VANESKA DONATO DE ARAÚJO

**A GÊNESE DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE E
SUA INAPLICABILIDADE À PESSOA JURÍDICA**

TESE DE DOUTORADO

**PROFESSORA ORIENTADORA
GISELDA MARIA FERNANDES NOVAES HIRONAKA**

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO**

São Paulo

2014

VANESKA DONATO DE ARAÚJO

**A GÊNESE DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE E SUA
INAPLICABILIDADE À PESSOA JURÍDICA**

Tese apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Doutora em Direito Civil, sob a orientação da Professora Titular Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka.

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO**

São Paulo

2014

Banca Examinadora

*À minha família e ao meu marido, Wilton,
pelas longas ausências.*

“Felizmente, jamais o passado morre completamente para o homem. O homem pode bem esquecê-lo, mas ele o guarda sempre consigo, porque o seu estado, tal como se apresenta em cada época, é produto e resumo de todas as épocas anteriores. Se o homem descer ao fundo de sua alma, nela poderá encontrar e distinguir essas diferentes épocas, segundo o que cada uma delas nele deixou” (FUSTEL DE COULANGES, Numa-Denis. *A cidade antiga*. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 2. ed. São Paulo: RT, 2011. p. 17).

“O que se conta, nestas páginas, é a parte mais bela e importante de toda a História: a revelação de que todos os seres humanos, apesar das inúmeras diferenças biológicas e culturais que os distinguem entre si, merecem igual respeito, como únicos entes no mundo capazes de amar, descobrir a verdade e criar a beleza” (COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 1).

Agradecimentos

Gostaria de registrar meus agradecimentos a todos aqueles que contribuíram de alguma maneira para a consecução e o enriquecimento deste trabalho:

- à minha querida orientadora, Profa. Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, pelos conselhos e atenção dispensados, pela generosidade e pela confiança, minha eterna gratidão;
- ao estimado Prof. Nestor Duarte, pelas orientações e companhia, que datam desde a época de realização do mestrado, bem como pela ampla bibliografia sugerida para o desenvolvimento do texto;
- ao prestigioso Prof. Antonio Carlos Morato, pelos importantes e pertinentes apontamentos formulados no processo de qualificação da tese, essenciais para o aperfeiçoamento deste trabalho;
- aos respeitáveis professores Teresa Ancona Lopez, Patrícia Faga Iglecias Lemos, José Fernando Simão, Otávio Luiz Rodrigues Junior, Paulo Fernando Campos Salles de Toledo, cujos ensinamentos na pós-graduação foram – e continuam sendo – muito importantes para minha formação;
- à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, pelo sentimento de acolhimento desde o primeiro contato, antes mesmo de que ali ingressasse na condição de discente.

RESUMO

A partir do contexto de ampliação dos direitos da personalidade, muito tem se discutido a respeito deles com relação à pessoa jurídica. A maior parte da doutrina e a jurisprudência praticamente uníssona orientam-se pela possibilidade de extensão dos direitos à pessoa jurídica, com esteio no art. 52, do Código Civil, bem como na consagrada Súmula 227, do Superior Tribunal de Justiça, que estabelece a possibilidade de a pessoa jurídica sofrer danos morais. Como esses danos, segundo entendimento hoje corrente, decorrem da violação de direitos da personalidade, infere-se a pertinência de estabelecimento de relação entre a pessoa jurídica e os direitos da personalidade.

O posicionamento esposado na presente tese, todavia, é radicalmente contrário ao que ora predomina, motivo pelo qual o trabalho versa especialmente sobre a demonstração do equívoco desta comparação, sob a inspiração de que os direitos da personalidade são mais do que uma mera categoria jurídica; são a glorificação do esplendor da alma humana, da qual decorre a dignidade que embasa o ordenamento jurídico. É em razão disso que é admissível o amparo dos direitos da personalidade ao nascituro e à pessoa já falecida, no que cabível, mas não à pessoa jurídica. Assim, o art. 52 do CC deve ser lido de maneira condizente com essa orientação.

A fim de atingir o mencionado objetivo, dar-se-á especial atenção aos direitos subjetivos, modalidade dentro da qual se incluem os direitos da personalidade, bem como à evolução dos direitos da personalidade, partindo do direito romano em direção aos séculos XIX e XX, momento de verdadeiro desenvolvimento desses direitos, seguido pelas principais declarações de direitos posteriores à Segunda Guerra Mundial. Serão tratados, igualmente, aspectos atuais dos direitos da personalidade, e sua inserção dentro do Ordenamento Jurídico. Sobre a pessoa jurídica, abordar-se-ão sua formulação histórica e as diversas teses existentes para explicar a sua natureza jurídica. Finalmente, será destinado um capítulo específico à desmistificação dos supostos direitos da personalidade da pessoa jurídica, aludindo-se ao nome empresarial, honra na acepção objetiva, imagem, intimidade e sigilo industrial, direitos morais de autor e marca.

Palavras-chave: Direitos da personalidade – Pessoa jurídica – Direitos subjetivos – Dignidade humana – Nome empresarial – Honra objetiva – Imagem – Intimidade – Direitos morais de autor – Marca.

ABSTRACT

From the context of expansion of personality rights (a special kind of personal rights), much has been discussed about these rights with respect to legal entities. Most of doctrine and jurisprudence agree with the possibility of extending these rights to legal entities, with mainstay in art. 52 of the Civil Code and in the consecrated “Súmula” (Precedent) 227 of the Superior Court of Justice (STJ). This “Súmula” establishes the possibility of the legal entity suffering moral damages. As this moral damage, according to current understanding, derive from the violation of personality rights, it’s usually inferred the appropriateness of establishing relation between the legal entity and personality rights.

The position espoused in this thesis, however, is radically contrary to what currently prevails, and that’s the reason why the work revolves especially around the demonstration of the misconception of this comparison, under the inspiration that personality rights are more than just a legal category; they’re the glorification of the splendor of the human soul, which explains the dignity that underlies the legal system. It is because of this that personality rights are extended to unborn and deceased person, when applicable, but not to the legal entities. Thus the art. 52, CC, should be read in a manner consistent with this guidance.

In order to achieve the mentioned goal, it will be given special attention to the personal rights, within which the rights of the personality are included, as well as the evolution of personality rights, starting from the Roman law towards the nineteenth and twentieth centuries, moment of true development of these rights, followed by the main declarations of human rights after the second world war. It will also be treated the current aspects of personality rights, and their inclusion within the Brazilian legal system. On the legal entities, it will be addressed its historical development and the various existing theories to explain its legal nature. Finally, the last chapter is intended to demystify the alleged personality rights of legal entities, alluding to: company name, objective honor, image, privacy and industrial secrets, copyright (moral rights) and trademark.

Key words: Personality rights – Legal entities – Personal rights – Human dignity – Company name – Objective honor – Image – Privacy – Industrial secrets – Copyright – Trademark.

RÉSUMÉ

D'après le contexte de l'expansion des droits de la personnalité, on a beaucoup discuté de ces droits à l'égard des personnes morales. La plupart de la doctrine et de la jurisprudence sont orientées vers la possibilité d'étendre ces droits aux personnes morales, avec des piliers de l'art. 52 du Code civil et de la consacré Súmula 227 de la Cour Supérieure de Justice (STJ). Ce Súmula présente la possibilité de dommages morales des personnes morales. Comme ces dommages, selon la compréhension actuelle, découlent de la violation des droits de la personnalité, en déduit la pertinence d'établir la relation entre les droits de la personnalité et la personne morale.

La position épousé dans cette thèse, cependant, est radicalement contraire à ce qui prévaut maintenant, pourquoi les travaux portent en particulier sur la démonstration de l'idée fausse de cette comparaison, sous l'inspiration de ce que les droits de la personnalité sont plus que juste une catégorie juridique; ils sont la glorification de la splendeur de l'âme humaine, qui se traduit par la dignité qui sous-tend le système juridique. C'est pour ça qu'il est permis la protection des droits de personnalité de l'enfant à naître et de la personne décédée, lorsque cela est approprié, mais pas à la personne morale. Alors l'art. 52, CC, doit être lu d'une manière conforme à cette orientation.

Afin d'atteindre l'objectif mentionné, sera accordée une attention particulière aux droit subjectifs, sein de lesquelles les droits de la personnalité sont inclus, ainsi que l'évolution des droits de la personnalité, à partir du droit romain vers les XIXe et XXe siècles, moment de véritable développement de ces droits, suivie par les principales déclarations des droits après la deuxième guerre mondiale. Sont également traités les aspects actuels de droits de la personnalité, et leur inclusion dans le système juridique brésilien. Sur la personne morale, seront abordés son développement historique et les différentes théories existantes pour expliquer sa nature juridique. Enfin, le dernier chapitre est destiné à démystifier les prétendus droits de la personnalité de la personne morale, en faisant allusion à le nom commercial, à l'honneur objectif, l'image, l'intimité et secrets industriels, droits moraux d'auteur et des marques.

Mots-clés: Droits de la personnalité – Personne morale – Droits subjectifs – Dignité humaine – Nom commercial – Honneur objectif – L'image – L'intimité – Droits moraux d'auteur – Marques.

SUMÁRIO

Introdução	12
1. A concepção de pessoa e de personalidade jurídica	18
1.1 Conceito jurídico de pessoa	18
1.2 Conceito de personalidade jurídica	22
1.3 Conceito de direitos subjetivos	24
1.3.1 Os direitos subjetivos no direito romano	25
1.3.2 Os direitos subjetivos na Idade Média	33
1.3.3 As diversas teorias sobre o direito subjetivo	34
1.3.4 A teoria da vontade	35
1.3.5 A teoria do interesse protegido	38
1.3.6 As teorias mistas ou ecléticas	40
1.3.7 A teoria de Jean Dabin	41
1.3.8 A teoria de Léon Duguit	44
1.3.9 A teoria de Hans Kelsen	47
1.3.10 Conclusões sobre as teorias dos direitos subjetivos.....	49
1.3.11 Classificações dos direitos subjetivos.....	51
2. A evolução dos direitos da personalidade.....	54
2.1 Relevância e dimensão dos direitos da personalidade	54
2.2 Os direitos da personalidade no direito romano	55
2.3 Os direitos da personalidade na Idade Média e a influência do cristianismo	63
2.4 A Escola do direito natural	65
2.5 Os direitos da personalidade no século XIX.....	72
2.6 O século XX e a eclosão dos direitos da personalidade	75
2.7 As grandes declarações do século XX	77
2.7.1 Direitos da personalidade, direitos humanos e direitos fundamentais	78
2.7.2 As declarações de direitos humanos e sua crucial contribuição para a feição atual dos direitos da personalidade.....	84
2.8 A crise dos direitos da personalidade	88
3. Feições atuais dos direitos da personalidade.....	91
3.1 Conceito e características principais.....	91

3.2 Teorias monista e pluralista. O direito geral da personalidade.....	98
3.3 O objeto e o sujeito dos direitos da personalidade.....	101
3.4 A classificação dos direitos da personalidade.....	105
3.5 Direitos da personalidade na Constituição Federal.....	107
3.6 Direitos da personalidade no Código Civil de 2002	110
4. A pessoa jurídica e sua formulação histórica.....	118
4.1 O conceito de pessoa jurídica	118
4.2 Breve delineamento histórico do instituto	120
4.3 A natureza jurídica da pessoa jurídica	126
4.3.1 Teoria da ficção	127
4.3.2 Teoria da destinação dos interesses ou teoria individualista	129
4.3.3 As teorias voluntaristas: teoria organicista e teoria da realidade objetiva.....	131
4.3.4 As doutrinas institucionalistas	133
4.3.5 Teoria da realidade técnica	139
4.3.6 Conclusões sobre as diversas teorias	141
4.4 A constituição da pessoa jurídica de direito privado	144
4.5 As espécies de pessoas jurídicas de direito privado	147
5. Os supostos direitos da personalidade da pessoa jurídica	154
5.1 Exposição do problema.....	154
5.2 O nome da pessoa jurídica, também chamado de nome empresarial	157
5.3 O direito à honra, em sua acepção objetiva	163
5.4 O direito à imagem	171
5.5 O direito à intimidade	173
5.6 Os direitos morais de autor	178
5.7 A proteção da marca	187
5.8 Os danos institucionais	192
Conclusão.....	197
Referências	209

INTRODUÇÃO

Os direitos da personalidade vêm sendo intensamente estudados pela doutrina pátria, de modo que são inúmeros os trabalhos dedicados à matéria. Uma das principais consequências dessa tendência é a ampliação do rol dos titulares de tais direitos, como o nascituro e a pessoa falecida.

O mesmo fenômeno se observa em relação à pessoa jurídica, cujos direitos da personalidade supostamente encontrariam respaldo no art. 52 do Código Civil, bem como na já consagrada Súmula 227, do Superior Tribunal de Justiça, que estabelece a possibilidade de a pessoa jurídica sofrer danos morais. Sendo o dano moral decorrente de violação a direitos da personalidade, infere-se que as pessoas jurídicas possuem direitos da personalidade.

Ocorre que o posicionamento jurisprudencial, praticamente uníssono no que tange a esta matéria, é manifestamente equivocado e se encontra em absoluta contrariedade ao próprio conceito de direito da personalidade, o que pode ser demonstrado a partir da análise da gênese histórica de tais direitos. Do mesmo modo, entende-se que o art. 52 do Código Civil deve ser interpretado de maneira sistemática e teleológica, e não puramente literal, como vem procedendo a maior parte da doutrina.

A escolha deste tema se deu em razão da convicção de que os direitos da personalidade são mais do que uma mera categoria jurídica; na verdade, são a consagração, dentro do Direito, da grandiosidade da alma humana, da qual decorre a dignidade que ora embasa o ordenamento jurídico. A preservação desta autoriza que os direitos da personalidade lancem suas projeções para antes do nascimento do ser humano, protegendo o nascituro, e para depois de sua morte, protegendo também a pessoa falecida, ou, ao menos, sua memória.

Uma análise evolutiva perfunctória já é capaz de demonstrar que a conquista de direitos da personalidade é um dos mais relevantes feitos da raça humana, ser reconhecido e respeitado por si mesmo, e não mais ser considerado apenas uma engrenagem para a formação e manutenção do Estado.¹ A leitura de estudos detalhados empreendidos sobre o assunto, como o de Daisy Gogliano, em sua tese de doutorado *Direitos Privados da*

¹ Em estágios menos avançados da civilização, não se pode falar propriamente em Estado, mas em outros entes coletivos, como famílias, tribos e clãs.

*Personalidade*² – grande inspiração para o presente trabalho –, somente aumentou a confiança na pertinência e relevância do tema.

Como conciliar, então, a magnitude do direito da personalidade da pessoa humana com a abstrata ideia de pessoa jurídica? Seria possível, em algum momento do desenvolvimento da matéria, verificar-se um ponto de encontro justificável entre os dois assuntos?

Entende-se que não, motivo pelo qual o trabalho objetiva demonstrar a inaplicabilidade dos direitos da personalidade à pessoa jurídica. Os motivos para tal relutância recaem, primordialmente, sobre a constatação de um fato bastante evidente: a pessoa jurídica é criada para determinada finalidade, tem sempre um objetivo, constituindo-se um instrumento para obtenção de determinados fins, sejam econômicos ou não, escopos estes que estão a serviço do homem e devem atender às suas aspirações. Os direitos da personalidade, por sua vez, devotam-se à proteção de características inerentes ou essenciais à pessoa humana considerada em si mesma, com fim em si própria,³ como medida de todas as coisas, como já prelecionava Protágoras.⁴

Com isso, não se quer dizer que a pessoa jurídica não mereça qualquer tipo de proteção, mas se sustenta que esta não possui os atributos necessários para receber a proteção tão específica conferida pelos direitos da personalidade. Poder-se-ia questionar se a pessoa jurídica não teria, por exemplo, um direito à proteção de sua imagem. A isso se deve responder positivamente, mas ressaltar que, nesse caso, a imagem não é um direito da personalidade, e sim uma característica que lhe propicia a obtenção dos meios necessários para as finalidades para as quais foi criada, o que nem remotamente se confunde com um direito da personalidade.

A importância do tema advém, portanto, do reconhecimento de que o estudo da gênese dos direitos da personalidade deve ser retomado, de modo a se discorrer com maior precisão acerca de seu conceito, natureza jurídica e principais características.

² GOGLIANO, Daisy. *Direitos privados da personalidade*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1982, sob a orientação de Rubens Limongi França.

³ AMARAL, Francisco. *Direito civil* – introdução. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 251: “O princípio da dignidade da pessoa humana é um valor jurídico constitucionalmente positivado que se constitui no marco jurídico, no núcleo fundamental do sistema brasileiro dos direitos da personalidade como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais. Significa ele que o ser humano é um valor em si mesmo, e não um meio para os fins dos outros”.

⁴ Trata-se de frase célebre, constante de diversas obras. É também utilizada por Daisy Gogliano (*Direitos privados da personalidade*, p. 185).

Trata-se de entendimento consolidado que o ordenamento jurídico brasileiro criou uma cláusula geral de direitos da personalidade que se funda sobre o princípio da dignidade humana, expresso no inciso III, do art. 1º, da Constituição Federal. Ocorre que os mesmos autores que afirmam serem os direitos da personalidade decorrentes do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana aduzem, de modo excessivamente positivista e formalista, que alguns desses direitos podem ser estendidos à pessoa jurídica, como o direito à honra objetiva, à imagem e ao nome, pelo simples fato de ser a pessoa jurídica apta à aquisição de direitos subjetivos. Outros autores já trataram tangencialmente do mesmo tema, mas entende-se aqui que o estudo deve avançar para que um trabalho seja integralmente dedicado a demonstrar esse equívoco.

Defender-se-á, assim, que pessoas jurídicas não possuem direitos da personalidade, que são próprios da pessoa natural e, por decorrência, também não são titulares nem mesmo da tão aclamada honra objetiva, que constitui mero estratagema para garantir o ressarcimento de danos materiais de difícil reparação (por dificuldade de comprovação cabal da perda patrimonial) ou, então, de danos coletivos infligidos a determinado grupo de pessoas. Ademais, valores como o segredo, a privacidade e a informação assumem valor existencial unicamente para a pessoa humana, e não para a pessoa jurídica.

Jaz aqui, portanto, a contribuição original à ciência jurídica brasileira, tendo em vista que não existem outras obras destinadas exclusivamente ao estudo dos direitos da personalidade da pessoa jurídica e que demonstrem a inaplicabilidade conceitual da extensão da titularidade dos direitos da personalidade a esses entes.

A metodologia empregada é a técnica jurídica de exegese dogmática e crítica de doutrina, jurisprudência e textos normativos. O âmbito de investigação é o direito interno brasileiro, muito embora tenham sido pesquisadas diversas obras de outros países do mundo ocidental. Será feita uma abordagem dialética da matéria, partindo-se do estudo de diversos autores com posição antagônica para que se obtenham as conclusões finais. A reconstrução histórica e o levantamento de trabalhos clássicos também serão essenciais para o estudo.

Convém salientar, igualmente, antes mesmo da exposição dos capítulos que constituem a tese, que o presente trabalho não tratará das pessoas jurídicas de direito público.

Essa opção não decorre da manutenção da reprovável dicotomia entre direito público e privado, mas tão somente do reconhecimento de que as pessoas jurídicas de

direito público encontram tratamento jurídico bastante diferenciado – o chamado regime de direito público propriamente dito –⁵ e possuem trajetória evolutiva diversa.

O sujeito das relações de direito público são pessoas jurídicas com caráter político, cujos objetivos escapam aos propósitos aqui discutidos.⁶ O caráter político do Estado e das outras pessoas públicas estatais implica em uma série de consequências distintas das pessoas jurídicas de direito privado, entre elas o princípio da especialidade.⁷ A capacidade de direito público é restrita aos atos praticados para a obtenção de certos objetivos, e dentro dos limites fixados pela lei e pelos Estatutos.⁸

Tendo em vista as divergências supramencionadas, o trabalho que ora se desenvolve não abrangerá as pessoas jurídicas de direito público, que apenas serão mencionadas quando forem necessárias para a compreensão do desenvolvimento histórico e das diversas teorias que procuram explicar a titularidade de direitos por parte das pessoas jurídicas.

Deslindadas essas questões iniciais, cabe destacar que a tese segue desenvolvida em 5 capítulos, precedidos desta introdução, e concluída pela síntese dos principais argumentos.

O primeiro capítulo se destinará ao exame do conceito jurídico de pessoa, de personalidade e capacidade jurídicas, que são essenciais para a compreensão da matéria em análise. Também serão abordados o tema dos direitos subjetivos e as diversas teorias existentes para justificar sua natureza jurídica – vontade, interesse protegido, teorias mistas ou ecléticas, o pensamento de Jean Dabin e o dos negativistas Hans Kelsen e Léon Duguit –, a fim de adotar um ponto de partida para o estudo dos direitos da personalidade, considerados aqui como espécie de direitos subjetivos. Esclarecer-se-ão os motivos pelos quais a teoria de Jean Dabin é a mais adequada para explicar a natureza dos direitos da personalidade. Serão igualmente abordadas as classificações dos direitos subjetivos.

O segundo é dedicado à evolução dos direitos da personalidade. O estudo principiará pelo direito romano, passando pela Idade Média e influência do cristianismo, pela escola do direito natural e pelos avanços obtidos nos séculos XIX e XX, momento este de verdadeiro desenvolvimento dos direitos da personalidade. Em seguida, serão tratadas

⁵ Renato Alessi esclarece que o direito público é o complexo de normas jurídicas que tem por objeto essencial o Estado, compreendido em sentido amplo, e as relações que com ele se conectam (*Diritto amministrativo*. Milano: Giuffrè, 1949, p. 1).

⁶ ALESSI, Renato. *Diritto amministrativo*, p. 5.

⁷ ARAUJO, Edmir Netto de. *Curso de direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 91.

⁸ OLIVEIRA, J. Lamartine Côrrea de. *A dupla crise da pessoa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1979. p. 27-28.

as grandes declarações do século XX, concomitantes ou posteriores às duas Guerras Mundiais, tendo em vista que dizem respeito à terceira fase de evolução dos direitos da personalidade, quando se verifica a superação da dicotomia entre o direito público e o privado. Dentro dessa seara, serão estabelecidos os principais pontos de congruência e de divergência entre os direitos da personalidade, direitos humanos e direitos fundamentais, além do exame do conteúdo de algumas declarações propriamente ditas. Ao final desse capítulo, serão estudadas a chamada crise dos direitos da personalidade, relacionada à banalização desses direitos, e sua equivocada identificação com simples direitos pessoais.

O Capítulo 3 é destinado às feições atuais dos direitos da personalidade, isto é, seu estágio de desenvolvimento atual, a maneira como se encontram inseridos na legislação brasileira. Nesse mister, aludir-se-á ao conceito e às principais características dos direitos da personalidade, às teorias monista e pluralista, com especial destaque ao direito geral da personalidade, que se encontra prestigiado na atualidade. Será feita menção ao objeto e aos sujeitos dos direitos da personalidade, salientando serem titulares as pessoas humanas já nascidas, os nascituros e as pessoas falecidas, no que for compatível com sua condição. Da mesma forma, serão debatidas algumas classificações de direitos da personalidade e, finalmente, versar-se-á sobre o ordenamento jurídico brasileiro. Um item será dedicado ao tratamento constitucional e outro ao tratamento conferido pelo Código Civil, fazendo uma breve análise dos dispositivos legais consagrados ao tema.

Com isso, restará construída uma plataforma de noções essenciais sobre os direitos da personalidade, e, no Capítulo 4, passar-se à pessoa jurídica e sua formulação histórica. A análise parte do conceito de pessoa jurídica, sendo apresentado, em seguida, um breve delineamento histórico do instituto que, assim como nos demais casos, inicia-se com o direito romano. Em sequência, ocupa-se da natureza da pessoa jurídica em diversas doutrinas: teoria da ficção; teoria da destinação dos interesses ou teoria individualista; teorias voluntaristas (organicista e da realidade objetiva); teorias institucionalistas; e a teoria da realidade técnica. Serão fornecidas conclusões sobre as diversas teorias, de modo a esclarecer a razão da adoção da realidade técnica no presente trabalho, bem como da eleição dessa teoria pelo legislador brasileiro. Serão tratadas, igualmente, a constituição e as espécies de pessoas jurídicas de direito privado, ressaltando a nova modalidade introduzida pela Lei n. 12.441/2011 – as empresas individuais de responsabilidade limitada, que oferecem desafio à ideia tradicional de pessoa jurídica.

Finalmente, o Capítulo 5 é destinado ao exame dos supostos direitos da personalidade da pessoa jurídica, com destaque para os principais direitos normalmente

associados a ela. De início, será feita a exposição do problema, seguida da menção aos doutrinadores com posicionamento convergente ao ora esposado, bem como da leitura do art. 52, do Código Civil, que se entende correta. Posteriormente, serão demonstrados os equívocos nos quais incidem aqueles que vislumbram direitos da personalidade da pessoa jurídica no nome empresarial, na honra (em sua acepção objetiva), na imagem, na intimidade e no sigilo industrial, nos direitos morais de autor e na marca. Acerca da marca, convém desde já mencionar que se trata de espécie de propriedade intelectual, o que não impede que certos autores tentem, mesmo assim, identificá-la com direitos da personalidade. O capítulo será concluído com os chamados danos institucionais, de forma a determinar o seu âmbito de atuação.

Uma vez percorrido este roteiro, serão obtidas a coerência e a unidade de todos os pontos debatidos, de modo a ser possível concluir que o sentido que histórica e ontologicamente se atribuiu aos direitos da personalidade é inaplicável às pessoas jurídicas, que não podem gozar da especialíssima proteção reservada a direitos inafastáveis da pessoa humana.

1. A CONCEPÇÃO DE PESSOA E DE PERSONALIDADE JURÍDICA

Neste capítulo, serão trazidas a lume noções essenciais para o prosseguimento do trabalho, ainda que não constituam seu cerne fundamental. Com este escopo, abordar-se-á o conceito de pessoa, de personalidade jurídica e o de direitos subjetivos de maneira sintética, mas que se considera suficiente para a construção dos capítulos subsequentes.

1.1 Conceito jurídico de pessoa

A terminologia *pessoa*, do modo que se encontra redigida no Código Civil atual, abrange tanto a pessoa natural, isto é, o ser humano, quanto a jurídica.

Importante notar, contudo, que a gênese da palavra *pessoa* está intimamente relacionada às pessoas físicas,⁹ em qualquer das três origens etimológicas que lhe sejam atribuídas. Na primeira delas, entende-se que o termo advém do etrusco arcaico *Phersu*, que decorreria da deusa Perséfone, significando máscara, pois, nas festas em sua homenagem, este adereço seria utilizado.¹⁰ A segunda origem seria a palavra grega *prosopon*, que, de início, significava rosto e também passou a se identificar com a máscara utilizada nas festas campestres em homenagem a Dionísio.¹¹ Finalmente, tem-se o termo *persona*, entre nós popularizado, relacionado ao verbo *personare*, que significa ressoar ou retumbar, fazer-se ouvir, tendo, posteriormente, passado a significar personagem.¹² O termo acabou por abranger a máscara que os atores utilizavam, durante o período da Antiguidade, para aumentar o volume de suas vozes.¹³

⁹ ORESTANO, Riccardo. *Il problema delle persone giuridiche in diritto romano*. Torino: G. Giappichelli, 1968. v. I, p. 79.

¹⁰ CASTAÑEDA, Ilya Miriam Hoyos. *El concepto jurídico de persona*. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 1989. p. 347-348. Pontes de Miranda entende ser esta a origem da palavra, atribuindo-lhe o significado simplesmente de máscara de teatro, gente com máscara, e afirmando que as demais interpretações são falsas (*Tratado de direito privado – Parte geral*. São Paulo: RT, 2012. t. 1, p. 244).

¹¹ CASTAÑEDA, Ilya Miriam Hoyos. *El concepto jurídico de persona*, p. 351.

¹² GOGLIANO, Daisy. *Direitos privados da personalidade*, p. 211. A autora salienta que Vico afirmava que o termo *persona* não advém de *personare*, mas sim de *personari*, cujo significado seria “vestir pele de fera” e “manto de herói”. Desse termo é que derivaria o termo *personagem*. De qualquer forma, conclui a autora seu próprio entendimento no sentido de ser inegável que o termo *persona*, em seu surgimento, significava mesmo a máscara do teatro grego, tendo Vico se equivocado ao subestimar a relevância do teatro grego, procurando outras origens para a palavra.

¹³ CARVALHO NETO, Inácio de. *Curso de direito civil brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2006. v. 1: Teoria geral de direito civil, p. 67; AMARAL, Francisco. *Direito civil – introdução*, p. 217; e FRANÇA, Rubens Limongi. *Manual de direito civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 1971. v. 1, p. 139.

Walter Moraes salienta que o termo *persona* efetivamente foi cunhado pelos romanos para designar o indivíduo humano, mas que o conceito de pessoa em sentido diverso da questão física e psicológica humana é uma iniciativa da filosofia patrística.¹⁴ Ademais, complementa que o termo *personalitas* e seu correspondente conceito são criações da escolástica.¹⁵

A concessão do atual significado à palavra é bastante sugestiva, já que a condição de pessoa é a vestimenta do homem, a maneira como ele se apresenta na sociedade, o papel por ele representado socialmente. Somente se apresenta aos demais aquele que é, antes de tudo, em si mesmo, isto é, aquele que tem consciência de que representa um papel a ser apresentado aos demais.¹⁶

Por essa razão, Miguel Reale define a pessoa (nesse caso, a pessoa natural) como: “a dimensão atributiva do ser humano, ou seja, a qualificação do indivíduo como ser social enquanto se afirma e se correlaciona no seio da convivência através de laços ético-jurídicos¹⁷(...)”.¹⁸ Convém salientar, desde o início, a relevância conferida, em todos os conceitos, à pessoa natural em detrimento da pessoa jurídica, eis que esta última, como se terá oportunidade de demonstrar, é um instrumento para a consecução de objetivos humanos, sendo uma realidade meramente técnica, e não substancial, especialmente quanto aos entes coletivos de direito privado.¹⁹

Dentro da seara jurídica, o conceito de pessoa ganhou outros contornos, de modo a significar todo ser suscetível, ou apto, à aquisição de direitos e deveres, o que, evidentemente, também inclui as pessoas jurídicas. Daisy Gogliano salienta, a este respeito, que o direito remanesce com conteúdo humanístico mesmo quando confere a outros entes o *status* de pessoa porque “o faz sempre em razão e benefício do homem”, de maneira a se comprovar “o caráter natural do conceito de sujeito de direito”.²⁰ Concorde-se plenamente com tal assertiva, o que, inclusive, constituirá o sustentáculo filosófico das conclusões a que se chegará ao final do trabalho.

¹⁴ Aqui, considerada como a filosofia cristã dos sete primeiros séculos (depois de Cristo), elaborada pelos padres da Igreja. A filosofia escolástica refere-se ao período que vai do século IX ao XV, em que ocorreu a retomada de princípios filosóficos gregos. Na escolástica, há a preocupação de explicar racionalmente a existência de Deus.

¹⁵ MORAES, Walter. Concepção tomista de pessoa: um contributo para a teoria do direito da personalidade. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, n. 2, p. 187-204, abr./jun. 2000, p. 191.

¹⁶ CASTAÑEDA, Ilya Miriam Hoyos. *El concepto jurídico de persona*, p. 356.

¹⁷ O correto seria “laços ético-jurídicos”, mas se está respeitando os vocábulos utilizados pelo autor.

¹⁸ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 231.

¹⁹ Verifique-se o Capítulo 4, especialmente item 4.3.5.

²⁰ GOGLIANO, Daisy. *Direitos privados da personalidade*, p. 200.

Historicamente, nem sempre esta aptidão – isto é, a condição de pessoa como titular de direitos – foi conferida a todos os seres humanos. No direito romano, por exemplo, a capacidade jurídica de gozo²¹ era restrita ao homem livre (portador do *status libertatis*), cidadão (isto é, não estrangeiro, com *status familiae*) e chefe de família (*sui iuris, paterfamilias*).²² Não bastasse isso, o começo da vida se dava com o nascimento com vida e forma humana²³ (afastavam-se aqueles nascidos com deformidades que poderiam colocá-los na categoria de *monstrum*²⁴). Utilizava-se o termo *persona* para todos os seres humanos, mas esse não possuía o significado jurídico que hoje se confere ao vocábulo pessoa.

Verifica-se, portanto, que a consideração de pessoa como todo ser humano nascido vivo (art. 1º do CC) é um conceito que advém do direito natural e evoluiu com o direito moderno,²⁵ como decorrência da extinção da escravidão e da consideração de que a personalidade é inerente à natureza humana.²⁶

²¹ Aqui, considerada como a aptidão da pessoa para ser sujeito de direitos e obrigações, conforme esclarecido no item 1.2. A diferença entre personalidade e capacidade também será esclarecida no mesmo subtópico. Saliente-se, igualmente, que o conceito jurídico de pessoa, de acordo com os parâmetros do direito romano, mantém certa semelhança com a noção de capacidade jurídica, mesmo porque a ideia de pessoa não foi bem construída pelos romanos. De fato, observa-se que a classificação das pessoas se dava de acordo com seu *status*, sendo negada a qualidade de pessoa ao escravo, perante o *jus civile* (GOGLIANO, Daisy. *Direitos privados da personalidade*, p. 212). Riccardo Orestano entende que os romanos não raciocinavam no sentido de uma atribuição de capacidade genérica, mas pensavam na questão de acordo com as exigências práticas, em cada caso específico estudado (*Il problema delle persone giuridiche in diritto romano*, p. 87).

²² MARKY, Thomas. *Curso elementar de direito romano*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 29. Daisy Gogliano afirma que, durante o Período Clássico, e mesmo na época bizantina, segundo alguns autores, os romanos não conheceram o conceito moderno de pessoa como sujeito de direitos. Ademais, salienta que durante o período clássico o termo *persona* é utilizado para qualquer ser humano, inclusive para os escravos, não se relacionando com a capacidade de ser titular de direitos e obrigações (*Direitos privados da personalidade*, p. 203-205).

²³ RAO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 7. ed. São Paulo: RT, 2013. p. 618. O autor assinala, contudo, que os direitos do nascituro eram assegurados desde a concepção se isto pudesse lhe ser favorável no que tange ao *status libertatis* ou para a preservação de direitos hereditários.

²⁴ O conceito de *monstrum* é controverso, e não necessariamente se relaciona com simples deformidades, segundo o entendimento de alguns autores. José Carlos Moreira Alves assinala que o *monstrum* era o ser com características bestiais e salienta que os romanos entendiam que este decorria do *coitus cum bestia*. Somente no século XIX, a ciência evoluiu o suficiente para se demonstrar que a conjunção carnal com animais não é apta a engravidar seres humanos. A partir daí, passou a se interpretar a “monstruosidade” do direito romano como uma deformidade no crânio do recém-nascido, o que é questionado pelo autor (*Direito romano*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 99).

²⁵ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*, p. 228: “Esses dois preceitos formam como que o pórtico da legislação civil dos povos modernos. Representam eles o resultado de uma longa e trabalhosa evolução histórica. Dizer que todos os homens, via de regra, sem distinção de nacionalidade, são titulares de direitos e obrigações na ordem civil é afirmar uma conquista da civilização”.

²⁶ Esta é uma concepção naturalista de pessoa. É possível também que se entenda, de acordo com a concepção formal, que a personalidade é a atribuição ou investidura do direito. De acordo com essa segunda vertente, pessoa e ser humano podem não coincidir. Partilhando da primeira acepção, verifique-se: CASTAÑEDA, Ilya Miriam Hoyos. *El concepto jurídico de persona*, p. 168: “Su genuino significado es que todo hombre, por serlo, es, no sólo persona en sentido filosófico, sino también persona en sentido jurídico, es decir, sujeto de derechos y obligaciones, por lo menos de los derechos humanos y los deberes

Acerca da escravidão, convém salientar que esta não é apenas atribuível ao direito romano. É, ao contrário, um instituto²⁷ do *ius gentium* e do *ius civile*, podendo ser encontrada em todas as civilizações do direito antigo. As causas para a escravidão são variadas e se modificaram durante a evolução do direito romano.²⁸ As causas pertinentes ao *ius gentium* são a captura por inimigos e o nascimento de mãe escrava, não importando o *status* do pai. A condição da mãe é analisada no momento do nascimento da pessoa, não importando, no direito clássico, se em algum instante da gravidez chegou a ser livre. Essa regra se atenua no direito pós-clássico, a fim de permitir que o nascituro seja livre desde que sua mãe também o tenha sido em qualquer momento da gestação.²⁹ As causas mais comuns do *ius civile* são a fraude perpetrada por maior de 20 anos ao se fingir de escravo em conluio com terceiro para dividir o produto do crime e a demonstração de ingratidão do liberto ao seu antigo proprietário.³⁰ A condição jurídica do escravo no direito romano é matéria de grande interesse para os direitos da personalidade, de modo que a questão será tratada com maior vagar no capítulo subsequente (item 2.2).

No que tange à pessoa jurídica de direito privado, a aptidão para a aquisição de direitos e deveres se fez necessária para o desenvolvimento do comércio e para atender à demanda gerada por atividades econômicas cada vez mais complexas e ágeis, conforme será exposto no Capítulo 4.

Na presente tese, defende-se que a pessoa (humana) é um conceito preexistente ao Direito, não podendo ser tratada como uma mera categoria formal, mas sim como uma realidade substancial. As pessoas jurídicas, ao contrário, são apenas uma realidade técnica, o que justificará a diferença de tratamento concedido a cada uma delas em relação aos direitos da personalidade.

correlativos. Todo ser humano es persona en sentido jurídico, tiene una personalidad jurídica, que en todas partes debe ser reconocida”.

²⁷ O termo instituto está sendo tomado na acepção por ele conferida a Vicente Ráo, citando Bonnacase: “o instituto jurídico é o conjunto de regras de direito que reciprocamente se penetram, a ponto de constituírem um todo orgânico no qual se compreende uma série indefinida de relações de fato, logo transformadas em relações de direito; todas estas relações derivam de um só fato fundamental, que não constitui, apenas, a origem e a base do instituto, senão, ainda, o elemento que lhe ordena a organização e o desenvolvimento” (*O direito e a vida dos direitos*, p. 246).

²⁸ As fases de evolução do direito romano serão esclarecidas no item 1.3.1.

²⁹ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*, p. 105.

³⁰ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*, p. 106.

1.2 Conceito de personalidade jurídica

Após tratar-se da pessoa, é natural que se caminhe para a análise do conceito de personalidade, em sua acepção jurídica. Segundo Daisy Gogliano, “a pessoa é um ente, enquanto a personalidade é dever ser, é a subjetividade, uma qualidade que pressupõe um ente ao qual se insere”.³¹

Personalidade jurídica pode ser definida como a aptidão da pessoa em ser sujeito ativo e passivo em uma relação jurídica.³² De acordo com Francisco Amaral, “é um valor jurídico que se reconhece nos indivíduos e, por extensão, em grupos legalmente constituídos, materializando-se na capacidade jurídica ou de direito”.³³ Em sentido semelhante, verifique-se a preleção de Walter Moraes:

“Em Direito, define-se a personalidade com grande precisão, nestes termos: *aptidão para ser sujeito de direito*. Ser *sujeito* de direito (de direitos e obrigações) é ser pessoa. Pessoa e sujeito, no plano jurídico, são conceitos equivalentes. Personalidade vem a ser, então, aptidão para ser pessoa; seja, personalidade é o *quid* que faz com que algo seja pessoa. E isto é exato”.³⁴

Não se olvide, contudo, posicionamento – do qual não se partilha – da lavra de Adriano De Cupis de que a personalidade é simplesmente uma qualidade conferida pelo ordenamento, e não uma característica natural de todas as pessoas humanas. A adoção desse ponto de vista levará o autor a afirmar, da mesma forma, que direitos da personalidade não são direitos inerentes à personalidade, mas sim produto do direito positivo, sendo o ordenamento jurídico fator essencial para a atribuição de personalidade.³⁵

A personalidade jurídica não deve ser confundida com a capacidade,³⁶ vez que esta última é a medida da personalidade,³⁷ ou seja, sua quantificação. Personalidade é a abstrata habilidade de ser sujeito de direitos e obrigações. A capacidade é a extensão do exercício da personalidade.³⁸

³¹ GOGLIANO, Daisy. *Os direitos privados da personalidade*, p. 323.

³² MACHADO, Antônio Cláudio da Costa; CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu (Coord.). *Código Civil interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo*. 6. ed. Barueri: Manole, 2013. p. 28.

³³ AMARAL, Francisco. *Direito civil* – introdução, p. 217.

³⁴ MORAES, Walter. Concepção tomista de pessoa: um contributo para a teoria do direito da personalidade, p. 189. No mesmo sentido: MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. Direito da personalidade no novo Código Civil e os elementos genéticos para a identidade da pessoa humana. In: DELGADO, Mario Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (Coord.). *Questões controvertidas*. São Paulo: Método, 2006. p. 47.

³⁵ DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade*. Tradução de Afonso Celso Furtado Resende. Campinas: Romana Jurídica, 2004. p. 27-28.

³⁶ CASTAÑEDA, Ilya Miriam Hoyos. *El concepto jurídico de persona*, p. 169. Em sentido contrário: CARVALHO NETO, Inácio de. *Curso de direito civil brasileiro*, v. 1, p. 69.

³⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil* – parte geral. São Paulo: Atlas, 2001. p. 139.

³⁸ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*, p. 232.

A capacidade pode ser de direito (ou gozo) e de fato (ou exercício). No que tange à primeira, refere-se à aptidão para ser sujeito de direito, sendo pertinente a todas as pessoas humanas, bem como às pessoas jurídicas regularmente constituídas. A capacidade de fato é a capacidade para a realização de atos da vida civil, criando, modificando ou extinguindo relações.³⁹

A personalidade jurídica e a capacidade de direito da pessoa natural, nos termos do art. 2º do Código Civil, iniciam-se com o nascimento com vida, que, do ponto de vista médico, é avaliada pela ocorrência de respiração,⁴⁰ sendo resguardados, desde a concepção, os direitos do nascituro.

A despeito da simplicidade com que é redigido o mencionado artigo, o momento da aquisição da personalidade jurídica é um dos temas mais controversos do direito civil, já que sofre naturalmente efeitos de questões metajurídicas, de modo a abranger também considerações de ordem religiosa e filosófica.

Ainda que a complexidade do tema seja alheia à pesquisa ora realizada, cumpre salientar que há basicamente três teorias sobre o início da personalidade: a *natalista*, que preleciona que a personalidade somente se inicia com o nascimento, de modo que não se deve estendê-la ao nascituro; a *condicionalista*, que sustenta que o nascituro possui personalidade condicionada ao seu nascimento com vida;⁴¹ e a *concepcionista*, que coincide o início da personalidade com o momento da concepção.

A controvérsia se estende também aos embriões mantidos *in vitro*, isto é, aqueles excedentes resultantes de inseminação artificial e que não foram inseridos para a subsequente gestação.

A corrente natalista é composta pela doutrina mais tradicional,⁴² mas a corrente concepcionista tem ganhado adeptos,⁴³ e é com esta que ora se coaduna, como já se pode

³⁹ CHINELATO, Silmara Juny de Abreu. *Tutela civil do nascituro*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 129-130; e *Código Civil interpretado*: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo, p. 29.

⁴⁰ O exame para a verificação de ocorrência de respiração (isto é, para determinar se o infante nasceu morto ou se faleceu após o parto) é chamado de *docimasia hidrostática de Galeno*.

⁴¹ Silmara Juny de Abreu Chinelato assinala que os preceitos “a personalidade jurídica do homem começa desde a concepção” e “os direitos do nascituro estão sujeitos a uma condição suspensiva (a do seu nascimento com vida)” são irreconciliáveis, já que, sendo a personalidade condicional, o nascimento sem vida seria condição resolutiva, e não suspensiva, da personalidade, destacando que o deferimento da herança produz efeitos desde a concepção (*Tutela civil do nascituro*, p. 155-157).

⁴² Exemplificativamente: VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil – parte geral*, p. 143: “O fato de o nascituro ter proteção legal não deve levar a imaginar que tenha ele personalidade. Esta só advém do nascimento com vida. Trata-se de uma expectativa de direito”, bem como RÃO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*, p. 624 (O autor ressalva, porém, a preservação de alguns direitos do nascituro desde a concepção, como o direito ao recebimento de doação, expresso no art. 542 do CC).

entrever do posicionamento esposado na Introdução. De fato, os direitos do nascituro apenas são condicionais no que diz respeito ao plano patrimonial (notadamente, doação e herança). Os direitos da personalidade, e a personalidade propriamente dita, são-lhes ínsitos, e irrevogáveis, em decorrência de sua condição humana, que apenas se encontra em fase anterior de maturidade, isto é, estágio anterior de desenvolvimento, com relação aos demais seres humanos. Ademais, como bem assinala Silmara Juny de Abreu Chinelato:

“Não há meia personalidade ou personalidade parcial. Mede-se ou quantifica-se a capacidade, não a personalidade. Por isso se afirma que a capacidade é a medida da personalidade. Esta é integral ou não existe”.⁴⁴

Em conclusão, o nascituro possui personalidade jurídica, ainda que não tenha a capacidade de direito.⁴⁵ Eis aqui, portanto, interessante hipótese hábil a demonstrar não coincidir a personalidade com a capacidade, nem mesmo a jurídica.

1.3 Conceito de direitos subjetivos

A temática dos direitos subjetivos, a despeito de clássica, continua a gerar controvérsia, de modo a ser possível afirmar que jamais chegou a se obter um consenso sobre o assunto, existindo, inclusive, posicionamentos contrários à sua existência.

Tratar-se-á a matéria a fim de estabelecer um ponto de partida para o estudo ora realizado, tendo em vista que, segundo o entendimento aqui esposado, os direitos da personalidade são direitos subjetivos especiais e recebem tratamento específico.⁴⁶

A lição tradicional sobre o tema é a de que o direito objetivo exprime a *norma agendi*, as normas necessárias para o regramento da conduta social, ao passo que o direito subjetivo – *facultas agendi* – refere-se à faculdade de exercício de direitos, isto é, à possibilidade de exigir de alguém determinado comportamento, a qual é conferida pelo direito objetivo. Assim, o direito subjetivo decorre do direito objetivo.

Mister salientar, contudo, que a faculdade não pode se confundir com o próprio direito, vez que faculdades consistem em modalidades de exercício do direito, podendo,

⁴³ Exemplificativamente: CHINELATO, Silmara Juny de Abreu. *Tutela civil do nascituro*, p. 161; AMARAL, Francisco. *Direito civil* – introdução, p. 221-222.

⁴⁴ CHINELATO, Silmara Juny de Abreu. *Tutela civil do nascituro*, p. 168.

⁴⁵ AMARAL, Francisco. *Direito civil* – introdução, p. 222. No mesmo sentido: REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*, p. 232. Não se deve confundir a capacidade ora comentada com a capacidade processual, ativa e passiva, a qual já vem sendo reconhecida ao nascituro em demandas que lhe sejam pertinentes (ação de alimentos, inventários, entre outras).

⁴⁶ DABIN, Jean. *Le droit subjectif*. Paris: Dalloz, 1952. p. 169.

inclusive, delas serem destacadas em algumas circunstâncias, como ocorre com as faculdades que advêm do direito subjetivo de propriedade.

Francisco Amaral esclarece que o direito subjetivo pode ser estudado a partir de duas vertentes: uma técnica e a outra ética. Sob a vertente técnica, o direito subjetivo estabelece uma margem de atuação livre para o titular de direitos, criando uma área de autonomia sobre um dado objeto. No que tange à ética, o direito subjetivo desempenha importante função para a defesa de liberdades públicas ou direitos fundamentais, na esfera pública, e para a realização de interesses do titular, na esfera privada.⁴⁷

Daisy Gogliano afirma, sobre o tema em discussão, que “a evolução da pessoa como sujeito de direitos, i.e., como o ente capaz, apto, suscetível de contrair direitos e obrigações, caminha ao lado da noção de direito subjetivo, pois, na medida em que o direito objetivo, *norma agendi*, outorga e confere, como também reconhece à pessoa determinadas faculdades, prerrogativas ou poderes, coloca-a na posição de titular de direitos subjetivos, justificando a célebre parêmia: *hominum causa omne ius constitutum sit*,⁴⁸ que constitui o embrião do humanismo jurídico”.⁴⁹

Sendo assim, tendo em vista a relevância do estudo da evolução dos direitos subjetivos para a temática dos direitos da personalidade, passar-se-á à análise do tema, bem como das principais correntes doutrinárias existentes dentro da matéria em análise.

1.3.1 Os direitos subjetivos no direito romano

Muito se discute se o direito romano conheceu o conceito de direito subjetivo, especialmente quando se analisa o direito de propriedade naquele período, e se este poderia ser entendido como um direito subjetivo do cidadão romano.

No que tange ao direito romano, contudo, não de ser feitas considerações prévias, que se prestarão a todas as hipóteses em que este for mencionado ou estudado. Trata-se do fato de que este direito tem conotação eminentemente histórica, que perdurou durante longo período, sofrendo diversas mudanças. Assim, não há um único direito romano, mas sim vários, de acordo com o período estudado.

Os romanistas, para facilitar o estudo evolutivo dos institutos, dividem esse direito em diversas fases que representam, de maneira aproximada, certas tendências apresentadas

⁴⁷ AMARAL, Francisco. *Direito civil* – introdução, p. 189.

⁴⁸ Tradução livre: “Todo direito é constituído em benefício dos homens”.

⁴⁹ GOGLIANO, Daisy. *Direitos privados da personalidade*, p. 265.

pelo direito. A divisão ora utilizada é de Edward Gibbon,⁵⁰ popularizada e reestruturada por Ferdinand Mackeldey,⁵¹ e está relacionada a mudanças na constituição do Estado Romano ou, então, a modificações relevantes do direito civil. Pode ser apresentada da seguinte forma:

- a) Primeiro Período, abordando o interregno compreendido entre as origens de Roma, em momento indeterminado, até a Lei das XII Tábuas, por volta do ano 300 de Roma, ou 450 a.C.
- b) Segundo Período, referente ao ínterim que se estende entre a prolatação da Lei das XII Tábuas, em 450 a.C., e o período aproximado da morte de Cícero,⁵² em 100 a.C.⁵³
- c) Terceiro Período, que abrange os anos transcorridos entre 100 a.C. e a morte de Marco Antônio Severo Alexandre – comumente designado como Alexandre Severo,⁵⁴ em 250 d.C.
- d) Quarto Período, cujo lapso se estende, aproximadamente, da morte de Alexandre Severo até a morte de Justiniano, de 250 a 565 d.C.

Apenas como forma de referência, e levando-se em consideração que a divisão supramencionada não é adotada por todos os romanistas, entende-se prudente mencionar o entendimento de Alexandre Correia e Gaetano Sciascia, que apresentam duas divisões: uma histórica e outra jurídica do Império Romano. Com relação à histórica, vislumbram-se quatro períodos: a) fase régia, de 754 a.C. até a expulsão dos reis de Roma (510 a.C.); b) a República, que segue até 27 a.C., período de ascensão de Otávio Augusto (instauração de seu principado); c) o Principado, que se estende até a ascensão ao poder de Diocleciano; e, finalmente, d) a Monarquia Absoluta, que termina com a morte do Imperador Justiniano.⁵⁵

No que diz respeito às fases internas do direito, esta divisão é tripartida em: a) o período do direito quiritário, que se desenvolve até a codificação da Lei das XII Tábuas; b) o período do *ius gentium*, subdividido em dois momentos – auge de Roma como potência bélica (término das Guerras Púnicas) e auge de Roma com relação à ciência jurídica (que

⁵⁰ GIBBON, Edward. *History of the decline and fall of the roman empire*. Edição Kindle, 1788. v. IV, Capítulo XLIV.

⁵¹ MACKELDEY, Ferdinand. *Manuel de droit romain*. Tradução de Jules Beving. Bruxelles: Société Typographique Belge, 1841. p. 10-12.

⁵² Marco Túlio Cícero morreu em 43 a.C.

⁵³ MACKELDEY, Ferdinand. *Manuel de droit romain*, p. 14.

⁵⁴ Alexandre Severo faleceu em 235 d.C.

⁵⁵ CORREIA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. *Manual de direito romano e textos em correspondência com os artigos do Código Civil brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1961. v. I, p. 15-16.

vai aproximadamente até 235 d.C.) –; e c) o período pós-clássico, que se inicia com Diocleciano, e termina com o direito justinianeu.⁵⁶

Fazendo uma comparação entre as categorias de Alexandre Correia e Gaetano Sciascia com as de Mackeldey (aqui escolhida), pode-se dizer, sempre de maneira aproximada, que o primeiro período de Mackeldey corresponde ao direito quiritário, também chamado de direito pré-clássico por outros autores.⁵⁷ O segundo e o terceiro períodos correspondem ao período do *ius gentium*, também denominado clássico pela maior parte dos estudiosos.⁵⁸ Finalmente, o quarto período relaciona-se ao chamado direito pós-clássico.⁵⁹ Procurar-se-á, sempre que possível, apresentar considerações que possam se adequar às diversidades supramencionadas, salientando que, ao longo do trabalho, predominará a divisão entre períodos pré-clássico, clássico e pós-clássico, pois é desta forma que a maioria dos autores aprecia cada um dos temas estudados dentro do direito romano, especialmente os direitos da personalidade e as pessoas jurídicas, que aqui interessam diretamente.

Uma vez feita esta pequena ressalva, passar-se-á, assim, à análise dos períodos, de acordo com a classificação optada.

Na primeira fase em estudo, observa-se a formação do estado romano a partir de duas classes: os patrícios e os plebeus. Há um chefe de estado, eleito, e equivalente a um rei que governa com a ajuda do Senado, composto de patrícios. Posteriormente, os reis são expulsos (por volta de 510 a.C.), e Roma se torna uma poderosa república, governada por dois cônsules escolhidos por patrícios, com mandatos anuais.⁶⁰ Os patrícios também escolhiam os magistrados e exerciam grande influência sobre as leis. Os plebeus foram inicialmente excluídos da participação na vida pública.

⁵⁶ CORREIA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. *Manual de direito romano e textos em correspondência com os artigos do Código Civil brasileiro*, p. 17-23.

⁵⁷ Há divisões diferentes, com a extensão desta primeira fase até a Lei *Aebutia de formulis*, de data incerta, mas que, provavelmente, remonta ao interregno de 149 a 126 a.C. A lei em comento afastou o arcaico sistema das *Legis Actiones* (ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*, p. 72). Sebastião Cruz apresenta uma divisão quadripartida entre época arcaica, clássica, pós-clássica e justinianeia. A época arcaica é, ainda, dividida em duas etapas, a primeira que vai até 242 a.C. (data de surgimento do pretor peregrino) e a que se estende até a época clássica, em que já há convivência entre o *ius civile* e o *ius gentium* (*Direito romano (ius romanum)*). 4. ed. Lisboa: Dislivro, 1984. v. I, p. 43 e ss.).

⁵⁸ Sebastião Cruz estabelece o término deste período em 230 d.C., próximo ao assassinato de Ulpiano (em 228 d.C.) e em razão das sucessivas crises do Império Romano (*Direito romano (ius romanum)*, p. 46).

⁵⁹ Sebastião Cruz divide o direito pós-clássico do período de Justiniano, estabelecendo que este terceiro período abrange os anos de 230 a 530 d.C. (*Direito romano (ius romanum)*, p. 48). O autor estabelece um quarto período específico para o direito justinianeu entre 530 e 565 d.C. (p. 51).

⁶⁰ MOMMSEN, Theodor. *Histoire romaine*. Paris: Flammarion, 1911. t. I, p. 194.

A contínua luta entre patrícios e plebeus dá origem à Lei das XII Tábuas.⁶¹ É uma lei fundamental do Estado e estabelece igualdade formal entre as duas classes. Ela será, mesmo durante o período de Justiniano, a base do direito público e privado dos romanos.⁶²

O direito antigo ou pré-clássico é caracterizado pelo formalismo, pelo materialismo e pela atuação dos jurisconsultos para a formação do *ius civile*, que é um direito predominantemente costumeiro.⁶³ Há pouquíssimo registro sobre tal direito.⁶⁴

A partir do surgimento da Lei das XII Tábuas, os jurisconsultos dedicam-se à sua interpretação, com utilização de técnicas jurídicas, como ficção, analogia, além da interpretação literal.⁶⁵

O segundo período é o de destaque dos pretores (*ius honorarium*). Até então, o poder judiciário pertencia aos reis e, depois deles, aos cônsules.⁶⁶ Durante a fase em comento, é criada a função do magistrado particular (*praetor urbanus*), encarregado da administração da Justiça, sendo escolhido, em tempos mais remotos, entre os patrícios, e, depois, entre os plebeus. Com o grande afluxo de estrangeiros, há também a escolha de um segundo pretor, o peregrino (*praetor peregrinus*), que tem por função dirimir conflitos mantidos entre estrangeiros, ou então estrangeiros e cidadãos romanos.⁶⁷

Pode-se distinguir um direito nacional (*jus civile*) de um estrangeiro (*jus gentium*). O direito estrangeiro tem um caráter mais geral, aproximando-se de um consenso de todos os povos da Antiguidade. No início, era apenas aplicado aos estrangeiros, mas propagou-se também entre os cidadãos romanos, especialmente a partir da Lei *Aebutia de formulis*. O direito romano excessivamente formal passa a se aproximar de um direito geral natural.⁶⁸

⁶¹ FUSTEL DE COULANGES, Numa-Denis. *A cidade antiga*. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 2. ed. São Paulo: RT, 2011. p. 412: “As Doze Tábuas, como vimos anteriormente, foram redigidas em meio a uma transformação social; foram os patrícios que as redigiram, mas foi a pedido da plebe e para uso dela. Essa legislação não é, pois, o direito primitivo de Roma; nem é ainda o direito pretoriano, mas uma transição entre os dois”. Theodor Mommsen assinala que a Lei em comento é provavelmente o documento romano mais antigo apto a receber o nome de livro. A lei das Doze Tábuas também iniciou o período de registro escrito de todos os decretos do senado (*Histoire romaine*, t. II, p. 167-168).

⁶² MACKELDEY, Ferdinand. *Manuel de droit romain*, p. 13.

⁶³ CORREIA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. *Manual de direito romano e textos em correspondência com os artigos do Código Civil brasileiro*, p. 16.

⁶⁴ *Direito romano (ius romanum)*, p. 44.

⁶⁵ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*, p. 73.

⁶⁶ CORREIA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. *Manual de direito romano e textos em correspondência com os artigos do Código Civil brasileiro*, p. 23.

⁶⁷ MOMMSEN, Theodor. *Histoire romaine*, t. VII, p. 289-290.

⁶⁸ CORREIA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. *Manual de direito romano e textos em correspondência com os artigos do Código Civil brasileiro*, p. 20.

Os jurisconsultos desenvolvem as leis já existentes e determinam as fórmulas que devem ser usadas.⁶⁹ Assim, aqueles que não são formados nas “ciências das leis” devem buscar auxílio dos jurisconsultos, que fornecem pareceres, defendem a causa no Tribunal ou então lhes mostram de que maneira devem propor uma ação, ou fazer atos com validade.⁷⁰

Neste caso, há maior registro das normas aplicadas, mantendo-se sempre o cuidado com a identificação das interpolações feitas posteriormente, que alteram o sentido do texto.⁷¹

No terceiro período, perturbações internas geram uma mudança do Estado, que se deve à reorganização fundiária, ao aprofundamento da democracia e ao aumento da classe aristocrática. Utilizando-se a divisão proposta por Mackeldey, neste período, Roma ainda é formalmente uma república, mas alguns homens poderosos já exerciam poder monárquico. Otávio Augusto toma à frente como príncipe da república.⁷²

O direito do período ora em análise decorre da elaboração do Estado, por meio das constituições imperiais. Trata-se de uma novidade, pois, até então, a atuação do Estado era pequena. Também é marcante o desaparecimento da distinção entre o *ius civile* e o *ius honorarium*. Verifica-se, igualmente, a decadência dos jurisconsultos, em virtude de estes terem sua atuação restringida por Otávio Augusto, que autoriza que apenas alguns deles possam exercer o *respondere* em seu nome.⁷³

A ciência do Direito atinge seu ápice, sendo o estudo do Direito complementado por filosofia e literatura gregas. Os estudos formulados neste período serão considerados clássicos, vindo a integrar, posteriormente, a *Pandectas* de Justiniano.⁷⁴

O quarto período se caracteriza pelo despotismo absoluto e pela fragmentarização do Império.⁷⁵ Constantino rebatiza o antigo Bizâncio que, por sua grandeza e poder bélico,

⁶⁹ Trata-se da atividade chamada de *agere*. O *cavere* consiste na colaboração dos juristas na elaboração de certos instrumentos mais elaborados, como o testamento. Finalmente, o *respondere* corresponde à atividade de fornecer pareceres e soluções jurídicas (CORREIA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. *Manual de direito romano e textos em correspondência com os artigos do Código Civil brasileiro*, p. 28).

⁷⁰ MACKELDEY, Ferdinand. *Manuel de droit romain*, p. 17.

⁷¹ Sebastião Cruz assinala que podem ser feitos três tipos de comentários sobre os textos romanos: as interpolações, as glosemas e as glosas. A interpolação é feita no próprio texto e altera o seu sentido, com a inserção, modificação ou retirada de palavras. A glosema também é inserida no próprio texto, mas não tem por escopo, em princípio, alterar o seu sentido, mas tão somente esclarecê-lo. Finalmente, as glosas são comentários feitos ao lado ou entre as linhas do texto, não alterando seu sentido, fazendo dele uma interpretação literal. As glosas normalmente são mais extensas que as glosemas (*Direito romano (ius romanum)*, p. 509).

⁷² MACKELDEY, Ferdinand. *Manuel de droit romain*, p. 18.

⁷³ MACKELDEY, Ferdinand. *Manuel de droit romain*, p. 20.

⁷⁴ MACKELDEY, Ferdinand. *Manuel de droit romain*, p. 21.

⁷⁵ CORREIA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. *Manual de direito romano e textos em correspondência com os artigos do Código Civil brasileiro*, p. 16.

é nomeado Constantinopla, tornando-se o centro do Império.⁷⁶ A religião cristã se torna dominante, e a língua grega afasta, aos poucos, a língua latina do Oriente. Esses dois eventos têm uma grande influência sobre o direito romano – a chamada influência helenística (especialmente a partir de 395 d.C.).⁷⁷ Observa-se, igualmente, uma tendência classicista, de valorizar o tradicional e afastar as vulgarizações.⁷⁸

As mudanças de leis não ocorrem pelas leis e pelos plebiscitos, mas sim pelas constituições dos Imperadores e pelo costume. As leis se mantiveram em pequeno número, e a maior parte delas sequer diz respeito ao direito privado, que tinha por objeto o governo, as finanças e a guerra.⁷⁹

Este também é o período da decadência da cultura jurídica, de modo que se torna notável a diferença entre o direito escrito e o aplicado na prática, o chamado direito vulgar. Trata-se de período com pouca singularidade, em que não se observam trabalhos de conteúdo original, mas tão somente compilações e resumos.⁸⁰ A Lei das XII Tábuas ainda é a base de todas as leis, e todas as normas que a seguem são consideradas sua adição ou modificação.⁸¹

Alexandre Correia e Gaetano Sciascia, contudo, discordam da ocorrência de uma decadência do ponto de vista jurídico, afirmando que esta não decorreu da decadência política – essa sim evidente –, destacando que:

“Se é verdade que faltam grandes jurisconsultos e os mestres do direito procuram simplificar a produção dos juristas clássicos, é também indiscutível que o direito romano contém em si a qualidade de se adaptar aos novos princípios sociais afirmados pelo Cristianismo, que entram como os fatores mais importantes na natural transformação do direito”.⁸²

Nota-se, igualmente, a grande arbitrariedade no julgamento dos magistrados e no parecer dos jurisconsultos. Constantino, parecendo já perceber a deterioração desses estudos jurídicos, prepara uma lista dos jurisconsultos que podem ser utilizados e quais devem prevalecer em caso de posicionamentos contraditórios.⁸³

⁷⁶ É interessante notar que a pujança desta parte do Império Romano somente irá desmoronar em 1453, com a invasão turca.

⁷⁷ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*, p. 77. Sobre o assunto, Fustel de Coulanges salienta que o cristianismo promoveu a separação entre a política e a religião. Segundo seu entendimento, é a primeira vez que se distingue tão claramente Deus do Estado (*A cidade antiga*, p. 519).

⁷⁸ *Direito romano (ius romanum)*, p. 50.

⁷⁹ MACKELDEY, Ferdinand. *Manuel de droit romain*, p. 26.

⁸⁰ *Direito romano (ius romanum)*, p. 48-49.

⁸¹ MACKELDEY, Ferdinand. *Manuel de droit romain*, p. 26.

⁸² CORREIA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. *Manual de direito romano e textos em correspondência com os artigos do Código Civil brasileiro*, p. 66.

⁸³ MACKELDEY, Ferdinand. *Manuel de droit romain*, p. 27.

O destaque final do período recai na figura de Justiniano que, em seu reinado de 38 anos, dedica-se particularmente à organização das leis, bem como a sua devida interpretação. Foram sua iniciativa e o trabalho desempenhado por competentes juristas que conseguiram preservar esse conhecimento até os dias de hoje. Sua obra monumental – *Corpus Iuris Civilis* – compreende: o Digesto⁸⁴ (também chamada de *Pandectas*); as Institutas; o Código antigo; o Código novo; e as novelas. O Digesto, concluído em 16 de dezembro de 533, teve por objetivo extrair o conteúdo de maior valor e utilidade prática do direito romano, organizando a matéria em diversos títulos. Os juristas foram instigados a alterar o texto e conservar apenas o que não havia envelhecido. As Institutas, publicadas em 21 de novembro de 533, constituem uma obra de ensino do Direito a estudantes do mundo oriental, pois já se havia percebido que o Digesto seria inacessível aos iniciantes (nesse momento, o Digesto já havia sido elaborado, mas não promulgado). O atualmente chamado Código velho (que, na verdade, era designado *Nouus Iustinianus Codex*) foi substituído por um novo em 534, o qual, então, tem sido chamado de Código novo. O Código revisado se fez necessário para harmonização de suas disposições com as normas expedidas no curso dos trabalhos do Digesto. A versão antiga se perdeu, de modo que não se tem mais conhecimento de seu conteúdo. Finalmente, as novelas referem-se à atividade legiferante de Justiniano, posterior à promulgação do Digesto e do Código revisado.⁸⁵

Depois dessa fase final, o direito romano perdeu grande parte de sua influência no Ocidente, voltando apenas a ser estudado na Itália, durante o século XII, pelos glosadores da Escola de Bologna. A compilação de Justiniano, nesse momento, foi acrescida de comentários de diversos estudiosos.⁸⁶

Uma vez consideradas as fases do direito romano da maneira delineada *supra*, sempre que se fizer necessário, estas serão invocadas, a fim de conferir um pouco mais de precisão ao estudo histórico.

Voltando ao direito subjetivo sob a concepção romana, Miguel Nogueira de Brito discute essa questão a partir do estudo do principal direito subjetivo, o direito de propriedade, e assinala que, segundo Michel Villey, a palavra *proprietas*, somente utilizada na época clássica,⁸⁷ designaria a qualidade da coisa de ser própria a alguém, ou de ser

⁸⁴ O termo advém de *digerere* – colocar em ordem.

⁸⁵ MACKELDEY, Ferdinand. *Manuel de droit romain*, p. 33-36.

⁸⁶ MACKELDEY, Ferdinand. *Manuel de droit romain*, p. 40.

⁸⁷ Acerca do termo, Antônio dos Santos Justo assinala que, cronologicamente, foram utilizadas as seguintes palavras para designar a propriedade: primeiro, *mancupium* ou *mancipium* (derivado de *manus*), que designava o poder sobre coisas e pessoas; depois, nos últimos tempos da República, *dominium*, para se

objeto de apropriação, e não de um direito subjetivo. A *proprietas* seria, portanto, uma qualidade indissociável da coisa, e não um direito do proprietário.⁸⁸

Villey esclarece que a propriedade não pode ser considerada um direito subjetivo porque o direito romano clássico não estabelece uma divisão nítida entre a pretensão processual e o direito subjetivo substantivo. Convém esclarecer que, para esse autor, o direito subjetivo é um atributo da pessoa, uma faculdade ou poder individual do sujeito,⁸⁹ motivo pelo qual a aceção apresentada para *proprietas* não poderia se enquadrar no conceito de direito subjetivo.⁹⁰ Em conclusão, sendo a propriedade o mais tradicional dos direitos subjetivos, não se poderia falar em direito subjetivo em Roma.

A questão, todavia, demanda maior reflexão, já que Moreira Alves salienta haver certo fragmento de Ulpiano (D. I, 3, 41), no qual a palavra *ius* é empregada em inegável conotação subjetiva,⁹¹ o que demonstra que os romanos já atribuíam a pessoas prerrogativas que atualmente recebem o nome de direito subjetivo. Sendo assim, não haveria razão para se afirmar peremptoriamente que esses direitos não foram conhecidos pelos romanos.

Ademais, outra questão deve ser ponderada. Tendo em vista que, posteriormente, em especial durante o século XIX, desenvolvem-se várias aceções para o que se possa entender como direito subjetivo,⁹² não se pode analisar somente uma delas para determinar o reconhecimento de tais direitos dentro do direito romano.

Acerca do assunto, preleciona Francisco Amaral ser incorreto afirmar que não existiam direitos subjetivos em Roma. Entende o autor que não se trata de desconhecimento dos direitos nesse período histórico, mas simplesmente do fato de serem os juristas romanos bastante práticos e não se preocuparem em elaborar conceitos específicos sobre o tema. Em acréscimo, salienta que:

referir ao poder ou à faculdade do proprietário; e, finalmente, *proprietas*, que salientou a pertença absoluta e exclusiva da coisa ao proprietário (*Direito privado romano*. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. v. III: direitos reais, p. 16).

⁸⁸ VILLEY, Michel. Du sens de l'expression jus in re em droit romain classique. In: Mélanges Fernand De Visscher, II – *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité*, ano 2, t. 3, 1949, apud BRITO, Miguel Nogueira de. *A justificação da propriedade privada numa democracia constitucional*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 33.

⁸⁹ VILLEY, Michel. La genèse du droit subjectif chez Guillaume d'Occam. In: *Archives de Philosophie du Droit*, n. 9, 1964, apud BRITO, Miguel Nogueira de. *A justificação da propriedade privada numa democracia constitucional*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 94.

⁹⁰ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*, p. 92.

⁹¹ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*, p. 93-94. O mencionado trecho possui a seguinte redação: “Totum autem ius consistit aut in adquirendo aut in conservando aut in minuendo: aut enim hoc igitur quemadmodum quid cuiusque fiat, aut quemadmodum quis rem uel ius suum conservet, aut quomodo alienet aut amittat”, e é traduzido pelo autor desta maneira: “Todo direito consiste ou na aquisição, ou na conservação, ou na diminuição, pois ou se trata de como alguém adquire alguma coisa de outrem ou de como conserva a coisa ou seu direito, ou de como aliena ou perde”.

⁹² REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*, p. 251.

“A categoria de maior importância no plano da técnica romana era a *actio* (*actio in rem*, *actio in personam*), e quem tinha *actio* tinha o direito. Isto não significa que os romanos não conhecessem o direito subjetivo, simplesmente não se interessavam na sua elaboração teórica, como ocorre, coincidentemente, com o sistema do *Common Law*”.⁹³

No mesmo sentido, Daisy Gogliano assevera que o estudo teórico do direito subjetivo somente surgiu com os pandectistas alemães, mas há diversos excertos no Digesto que revelam o exercício de direitos subjetivos, por meio das *actiones*,⁹⁴ de modo que se pode afirmar que a autora, assim como Francisco Amaral, também entende ser impróprio negar a existência de direitos subjetivos no direito romano.

De qualquer forma, por falta de estudos profundos sobre o tema, ao menos no que tange à perspectiva que ora se busca sobre os direitos subjetivos, que não é a processual, certamente não será no direito romano que se encontrarão os fundamentos necessários para se principiar o estudo desses direitos.

1.3.2 Os direitos subjetivos na Idade Média

Na Idade Média, a conceituação dos direitos subjetivos traz à tona novamente o estudo do direito de propriedade, sobre o qual surgiram ao menos duas formulações, com base nos textos do *Corpus Iuris Civilis*. A primeira delas é do *ius utendi et abudendi re sua*, a fim de demonstrar os amplos poderes conferidos ao proprietário. A segunda seria a resposta de Bártolo de Sassoferrato⁹⁵ ao que se define como propriedade: *ius de re corporali perfecte disponendi nisi legi prohibeatur*, ou seja, o direito de dispor inteiramente de uma coisa corpórea, em que não haja lei que o vede.⁹⁶

Vê-se aqui, então, claramente, uma formulação que denota ser a propriedade um direito subjetivo.

Avanços mais significativos somente serão observados com o desenvolvimento do individualismo, cujos ideais tratam a liberdade individual como valor absoluto. O

⁹³ AMARAL, Francisco. *Direito civil* – introdução, p. 190.

⁹⁴ GOGLIANO, Daisy. *Direitos privados da personalidade*, p. 254.

⁹⁵ Refere-se aqui ao estudioso medieval Bártolo de Sassoferrato, que elaborou comentários sobre todas as partes do *Corpus Iuris Civilis*.

⁹⁶ SANTOS JUSTO, Antônio dos. *Direito privado romano*, p. 16.

verdadeiro aprofundamento do conceito de direito subjetivo se deve à escola pandectista alemã,⁹⁷ analisada a seguir.

1.3.3 As diversas teorias sobre o direito subjetivo

A complexidade da matéria ora estudada sequer permite apresentar uma divisão incontroversa das teorias sobre o direito subjetivo. São muitos os modos de abordagem da matéria, e inúmeros os autores que poderiam ser mencionados neste mister.

Tendo em vista o propósito do presente estudo, apresentar-se-á a seguinte divisão: primeiro, serão tratadas as três principais vertentes positivas sobre a existência do direito subjetivo, isto é, a teoria da vontade, a do interesse protegido e a mista ou eclética. A teoria da vontade é uma teoria clássica, que pretende consubstanciar na vontade o elemento essencial característico do direito subjetivo. Em reação a ela, tem-se a teoria do interesse protegido, que pretende encontrar um elemento objetivo sobre o qual há de recair a conceituação aqui buscada. Finalmente, surge uma terceira via de sintetização dos dois elementos – a vontade e o interesse, seguindo ordens de prioridade diferentes de acordo com o autor, ora privilegiando-se a vontade, ora o interesse.

Uma vez tratadas as três vertentes nomeadas *supra*, estudar-se-á a teoria desenvolvida por Jean Dabin, de *appartenance-maîtrise*, que também é uma teoria positiva com características peculiares, bastante relevante para a análise dos direitos da personalidade. Posteriormente, seguir-se-á com a apreciação das teorias de Duguit, que negam a existência de direitos subjetivos, e as de Kelsen, que, ao buscarem um sistema jurídico puramente normativo, esvaziam o conteúdo desses direitos. Finalmente, far-se-á uma conclusão sobre as teorias expostas e buscar-se-á um conceito que melhor se adapte ao cerne do trabalho.

⁹⁷ Como esclarece Miguel Reale, a Alemanha, até 1900, não possuía um Código Civil próprio, razão pela qual era utilizado um complexo de regras baseado no direito romano, com modificações trazidas por leis e costumes regionais. Os pandectistas, portanto, sofreram grande inspiração do direito romano nos estudos de direito privado (*Lições preliminares de direito*, p. 251).

1.3.4 A teoria da vontade

A teoria da vontade, capitaneada por Savigny⁹⁸ e Windscheid,⁹⁹ da escola germânica dos pandectistas,¹⁰⁰ que sofre grande influência do *facultas agendi* do direito romano, consiste na identificação do direito subjetivo com a vontade que encontra reconhecimento na ordem jurídica, isto é, a vontade juridicamente protegida.¹⁰¹ Dessa teoria decorre o princípio da autonomia da vontade, já que a essência da relação jurídica é a esfera de independência de domínio da vontade.¹⁰² Assim, a natureza do direito subjetivo recai sobre o ato de vontade, ou o poder da vontade.

Como decorrência da identificação dos direitos subjetivos com o *facultas agendi*, a teoria voluntarista, segundo entendimento esposado por Savigny, não são admitidos como direitos subjetivos certos direitos fundamentais, como os direitos à vida e à honra, por exemplo, pois não decorrem do concurso de vontades e não exigem seu exercício para que subsistam. O autor, inclusive, afasta expressamente os direitos originários do âmbito de seu estudo para se dedicar exclusivamente aos direitos adquiridos.¹⁰³

A teoria sofreu diversas críticas, sendo a principal delas a de que o direito subjetivo pode existir mesmo que não haja qualquer vontade do titular, e sem que este tome qualquer providência em sua defesa. Imagine-se, por exemplo, o caso do credor que não recebe seu pagamento na data aprazada. O direito subjetivo de cobrar a dívida já existe, sem que o credor precise fazer coisa alguma. Não seria contraditório afirmar a existência de um poder de vontade quando não há vontade alguma?

Como explicar, igualmente, os casos em que um indivíduo é titular de um direito mesmo sendo incapaz e não possuindo um representante legal? Além disso, é possível ser titular de direito subjetivo sem o saber, por exemplo, no caso de ser beneficiário de uma herança.¹⁰⁴ Com efeito, pelo princípio da *saisine*, com o falecimento do *de cujus*, ocorre a

⁹⁸ Faz-se menção à obra *System of the modern roman law*. Tradução de William Holloway. Madras: J. Higginbotham Publisser, 1867. v. I.

⁹⁹ Refere-se aqui especialmente à obra *Il diritto delle pandette*. Tradução de Carlo Fadda e Paolo Emilio Bensa. Torino: Utet, 1925. v. I.

¹⁰⁰ O direito da pandecta é o direito privado comum alemão, isto é, consuetudinário, de origem romana.

¹⁰¹ WINDSCHEID, Bernardo. *Il diritto delle pandette*, p. 108: “Diritto [soggettivi] è una podestà o signoria della volontà impartita dall’ordine giuridico” (Tradução livre da autora: “O direito (subjetivo) é um poder ou o comando da vontade determinada pelo ordenamento jurídico”).

¹⁰² SAVIGNY, Friedrich Carl von. *System of the modern roman law*, v. I, p. 271 e 280.

¹⁰³ SAVIGNY, Friedrich Carl von. *System of the modern roman law*, v. I, p. 273.

¹⁰⁴ RÃO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*, p. 520.

transferência automática de seu patrimônio aos herdeiros. Ora, se o herdeiro não toma conhecimento de pronto de tal falecimento, passará a gozar de direitos subjetivos cuja existência sequer conhecia. A teoria da vontade segundo a concepção de Savigny seria, evidentemente, inábil a explicar tais direitos.

Windscheid reformula a teoria de Savigny de modo a fundamentar os direitos subjetivos no poder-vontade, dividindo-os em duas categorias.

A primeira das categorias é consubstanciada no poder de impor a outrem (pessoa determinada ou indeterminada) ato comissivo ou omissivo em relação a alguma coisa. Nela, a regra objetiva edita uma norma de conduta que está à disposição da pessoa tutelada. Ela deixa ao beneficiário a faculdade de usá-la, ou não, e de utilizar os meios previstos em face daquele que a viola. Assim, a vontade do beneficiário é determinante para a execução da regra.¹⁰⁵

A segunda categoria recai sobre a habilidade de realização livre da vontade em favor do destinatário da norma, como a possibilidade de alienação da coisa por parte do proprietário, da cessão do crédito pelo credor, e assim sucessivamente.

Juntando-se as duas categorias, o direito subjetivo pode definir o poder da vontade e a soberania da vontade, ambas encontrando seus limites no direito objetivo.¹⁰⁶ Windscheid admitia, igualmente, a existência de uma categoria de direitos sem sujeito, que se prestavam à realização de certa finalidade, por exemplo, o tratamento e a cura dos doentes.¹⁰⁷ O autor tenta, com tal assertiva, justificar a existência das fundações, formadas a partir de bens, e não de diversas vontades.

Em decorrência desse entendimento, não seria exigível que a pessoa possuísse a vontade de exercer seus direitos, bastando apenas que a lei preveja a possibilidade de querer. Não há necessidade da *capacidade* de querer, pois o ordenamento jurídico supre esta falta atribuindo como do incapaz aquela vontade de alguém que seja capaz de querer em seu lugar, como o representante.¹⁰⁸

No entanto, o problema da teoria é que, em verdade, a vontade nada tem a ver com os direitos subjetivos, que existem independentemente dela, como será esclarecido pelas

¹⁰⁵ DABIN, Jean. *Le droit subjectif*, p. 59.

¹⁰⁶ WINDSCHEID, Bernardo. *Il diritto delle pandette*, p. 108.

¹⁰⁷ WINDSCHEID, Bernardo. *Il diritto delle pandette*, p. 145.

¹⁰⁸ WINDSCHEID, Bernardo. *Il diritto delle pandette*, p. 144. Miguel Reale, tratando deste posicionamento, assinala: “Assim, o problema é transposto do plano psicológico para o plano lógico. Não se trata mais da vontade psíquica, concreta, empírica, de um sujeito em um determinado momento, mas tão somente de uma possibilidade lógica de querer no âmbito normativo” (REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*, p. 256).

teorias a seguir estudadas. Ademais, a teoria também não se adequa à evolução dos direitos da personalidade,¹⁰⁹ que, pelo objeto, não dependem de seu exercício para subsistir, como o direito à vida e à liberdade. Nesse caso, a existência do direito se confunde com o seu gozo, que é puramente passivo, ou seja, não há necessidade de demandar coisa alguma a ninguém.¹¹⁰ Mesmo nos casos em que os direitos são de natureza a exigir a consciência para que sejam exercitados, é erro grave confundir o direito com o seu exercício.¹¹¹ O exercício do direito é consequência do direito, e pode ser exercido de diversas maneiras. Nesse sentido, verifique-se, por exemplo, o direito de crédito. Ele pode ser exercitado de diferentes modos, dependendo da situação fática: ação de cobrança, ação monitória, execução de título extrajudicial e até mesmo eventual pedido de falência. Assim, o direito de exprimir uma vontade, mesmo que gere efeitos jurídicos, não constitui, ele próprio, a essência do direito de crédito, que deve ser buscado em outros elementos.

Miguel Reale salienta, igualmente, que existem direitos que sequer podem ser afastados pelas partes, por exemplo, os oriundos do contrato do trabalho, os quais existem mesmo contra a vontade do titular e mesmo que haja a renúncia expressa por parte do trabalhador.¹¹² E este não é o único caso, pois vários se encontram na mesma situação, como os destinados à proteção do consumidor, aos interesses do menor, além dos direitos da personalidade, evidentemente.

É natural, portanto, que sejam muitas as críticas endereçadas à teoria da vontade, tanto no que tange ao pensamento de Savigny como em relação à formulação de Windscheid, o que remete a continuação do estudo à segunda teoria, a do interesse.

¹⁰⁹ RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*, p.521: “Pondere-se, ainda, que a atribuição à norma jurídica objetiva, só a ela, da faculdade de determinar os direitos subjetivos, parece excluir, quando menos, a preexistência dos direitos inerentes à personalidade humana, interiores e superiores ao preceito normativo, direitos que são o fundamento e o ponto de partida do inteiro sistema jurídico, que desconhecerlos não pode, ou, quando menos, não deve”.

¹¹⁰ DABIN, Jean. *Le droit subjectif*, p. 63.

¹¹¹ AMARAL, Francisco. *Direito civil* – introdução, p. 194: “Fossem os direitos subjetivos manifestação de vontade do titular, deles estariam privados todos os que não a podem manifestar juridicamente, como os absolutamente incapazes. Além disso, existem direitos de exercício obrigatório, como os de família, os de propriedade com função social. Por isso, definir o direito subjetivo como poder de vontade significa confundir o próprio direito com o seu exercício”.

¹¹² REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*, p. 252-253. O mesmo autor salienta que Windscheid observou os equívocos de sua própria teoria e chegou a expressar que como vontade entendia o poder jurídico de querer, de modo que o direito subjetivo seria a concretização da vontade abstrata contida na norma jurídica (p. 253).

1.3.5 A teoria do interesse protegido

A teoria do interesse foi desenvolvida, e eloquentemente defendida por Rudolf von Ihering, tomando como ponto de referência não mais a vontade, mas sim o benefício a ser obtido pelo sujeito, isto é, seu *interesse*, como se observa de sua mais célebre obra *L'esprit du droit romain*:

“Quant à nous, nous disons que le véritable ayant-droit est celui qui peut prétendre non à vouloir, mais à profiter. (...) Le sujet du droit c'est celui auquel la loi destine l'utilité du droit (le destinataire); la mission du droit n'est autre que de lui garantir cette utilité”.¹¹³

Na obra *Luta pelo direito*, o autor aprofunda o conceito ora apresentado, salientando que a essência do direito recai sobre a sua aplicação prática. A norma que não é efetivada perde seu caráter normativo.¹¹⁴

Aplicando esse entendimento ao conceito de direito subjetivo, o autor o define como aquele interesse juridicamente protegido – tanto em relação a coisas materiais como imateriais.¹¹⁵ O foco, portanto, desloca-se da vontade, um conceito mais subjetivo, para o de interesse, com caráter mais objetivo.¹¹⁶ Sua definição envolve um elemento substancial, que é a utilidade que o direito provê, e um elemento formal, relacionado com a forma de viabilização deste direito, que é a ação.¹¹⁷ De acordo com essa formulação, pode existir direito sem vontade, mas nunca sem proveito, verificando-se aqui uma concepção finalista do direito.¹¹⁸ Aliás, o autor menciona que quando uma pessoa defende seus próprios direitos está também defendendo o direito em geral: a defesa de interesses é essencial para a constituição da sociedade.¹¹⁹

¹¹³ IHERING, Rudolf von. *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*. Tradução de O. de Meulenaere. 2. ed. Paris: A. Maresq, 1880. t. IV, p. 323. Tradução livre da autora: “Quanto a nós, dizemos que o verdadeiro detentor de direitos não é aquele que pode manifestar sua vontade, mas sim que pode ter um interesse. (...) O sujeito de direito é aquele a quem a lei destina a utilidade de um direito (o destinatário); a missão do direito não é outra que a de garantir esta utilidade”.

¹¹⁴ IHERING, Rudolf von. *A luta pelo direito*. Tradução de Cretella Jr., Agnes J. Cretella. 7. ed. São Paulo: RT, 2013. p. 79.

¹¹⁵ IHERING, Rudolf von. *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, p. 326: “Les droits sont des intérêts juridiquement protégés”. Em complementação: IHERING, Rudolf von. *A luta pelo direito*, p. 81: “O direito subjetivo, que faz parte do nosso patrimônio, pode ser entendido como o poder que nos confere o Estado, o qual habilita o titular de um direito a repelir a injustiça, dentro de sua esfera de interesses”.

¹¹⁶ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*, p. 254.

¹¹⁷ IHERING, Rudolf von. *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, p. 337.

¹¹⁸ IHERING, Rudolf von. *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, p. 316.

¹¹⁹ IHERING, Rudolf von. *A luta pelo direito*, p. 85.

A teoria tem a vantagem de garantir os direitos dos incapazes, pois esses, mesmo que não possam expressar sua vontade, têm interesses que podem ser garantidos ou tutelados pela ordem jurídica.¹²⁰

Os interesses, da maneira como tratados por Ihering, não são somente aqueles que oferecem vantagens econômicas, mas também os de natureza moral, como os laços de família, aos quais não é possível conferir qualquer valor patrimonial,¹²¹ o que faria com que fosse superada a maior parte das críticas direcionadas à teoria da vontade.

O problema da teoria do interesse protegido, como bem aponta Jean Dabin, é metodológico. De acordo com o jurista belga, o interesse é um mero fato, estranho ao direito, somente sendo relevante ao direito subjetivo no momento em que se encontra garantido por uma ação judicial. O direito não existe porque é protegido, mas justamente o contrário: ele é protegido porque é reconhecido como um direito merecedor desta proteção.¹²² Assim, primeiro surge o direito com relevantes características que indicam a necessidade de proteção, e depois advém a proteção propriamente dita.

Para Ihering, que analisa a questão do ponto de vista teleológico, o direito é um interesse porque sua finalidade é a satisfação de um interesse. Mas, ainda que o direito tenha uma finalidade, é equivocado defini-lo por esta finalidade, conforme arremata Dabin:

“Se contenter de ramener le droit à un intérêt, même couvert par la protection juridique, c’est renoncer à le définir par ce qu’il est en lui-même. L’intérêt est pré-juridique (il est matière ou le but du droit); la protection est postjuridique (supposant le droit): le droit, qui se situe entre les deux, est passé sous silence”.¹²³

Ademais, assim como há direito sem vontade, também há direito sem interesse. Francisco Amaral menciona os direitos potestativos, que não possibilitam a exigência de cumprimento, pois dependem da escolha do próprio titular, não cabendo ao sujeito passivo qualquer conduta.¹²⁴ Dabin menciona as diversas espécies de afetação do direito de propriedade, em que restrições e encargos são impostos ao proprietário. Nesse caso, o direito e o interesse não coincidem, já que o beneficiário da afetação tem o seu interesse protegido, ao passo que o titular do direito de propriedade não o tem.¹²⁵

¹²⁰ IHERING, Rudolf von. *L’esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, p. 320-322.

¹²¹ GOGLIANO, Daisy. *Direitos privados da personalidade*, p. 304.

¹²² DABIN, Jean. *Le droit subjectif*, p. 69.

¹²³ DABIN, Jean. *Le droit subjectif*, p. 71.

¹²⁴ AMARAL, Francisco. *Direito civil – introdução*, p. 205.

¹²⁵ DABIN, Jean. *Le droit subjectif*, p. 72.

Miguel Reale, em acréscimo, salienta que o interesse era tomado, por Ihering, na sua aceção mais ampla, tornando o conceito absolutamente genérico e indeterminado. Ademais, os interesses podem ser inúmeros, sem que com isso decorram direitos subjetivos.¹²⁶ Francisco Amaral também ressalta o fato de Ihering confundir o conteúdo dos direitos com sua finalidade e de não conceber que alguns direitos não trazem apenas a contemplação de interesses, mas também uma série de deveres, o que ocorre, por exemplo, em relação ao direito de propriedade. Não bastasse isso, há uma série de outros interesses, de caráter difuso e coletivo, que não constituem direitos subjetivos.¹²⁷

Somadas as críticas ora apresentadas, meramente exemplificativas, não causa estranheza que a teoria do interesse também não tenha sido tomada como a solução da definição sobre o âmago dos direitos subjetivos, sendo necessário perscrutar novos horizontes e aceções.

1.3.6 As teorias mistas ou ecléticas

Como reação às inúmeras críticas sofridas pelas teorias expostas anteriormente, surgem diversas teorias ecléticas, que mesclam os dois elementos – vontade e interesse. Para alguns de seus partidários, o interesse é o elemento essencial para a configuração do direito subjetivo, mas a vontade é o meio necessário para a realização desse interesse, que é a finalidade do direito. A definição mais célebre dessa categoria foi a de Georg Jellinek, que identifica os direitos subjetivos como bens ou interesses protegidos por um poder de vontade pertencente ao ser humano, isto é, aqueles tutelados por lei em reconhecimento da vontade individual.¹²⁸

Conforme salienta Miguel Reale, Jellinek não via uma oposição entre vontade e interesse, entendendo ser necessário conciliar os dois elementos para formular um conceito para o direito subjetivo, consistente no interesse protegido que dá a alguém a possibilidade de agir.¹²⁹ A vontade, nesse caso, é chamada a mover o direito, a lhe exercer e defender. Assim, pode-se entender o direito subjetivo, de acordo com tal concepção, no poder da vontade humana, dominada e regradada por um interesse.¹³⁰

¹²⁶ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*, p. 254.

¹²⁷ AMARAL, Francisco. *Direito civil* – introdução, p. 194.

¹²⁸ JELLINEK, Georg. *System der subjectiven öffentlichen Rechts*, 1928, apud DABIN, Jean. *Droit subjectif*, p. 73.

¹²⁹ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*, p. 255.

¹³⁰ DABIN, Jean. *Le droit subjectif*, p. 74.

Saleilles, que integra também a categoria eclética, afirma que “le droit subjectif est un pouvoir mis au service d’intérêt de caractère social, et exercé par une volonté autonome”, apresentando, novamente, os elementos vontade e interesse com diferente reorganização, ainda que o direito esteja diretamente ligado a outro elemento, o poder.¹³¹

Jean Dabin, contudo, desmistifica essa diferença ao afirmar que o poder, a força e o dinamismo que, segundo Saleilles, constituem o direito dependem da renovação trazida pelo exercício deste direito. E essa simples consideração reintegra a vontade ao poder e compromete a distinção entre o direito e o seu exercício.¹³² De fato, o poder mencionado por Saleilles não pode ser outro que não o poder de vontade.

Tendo em vista o aglutinamento dos elementos, a teoria eclética acaba por receber as mesmas críticas destinadas às teorias da vontade e do interesse juridicamente protegido, uma vez que nelas não se dissipa a função da vontade nem se desclassifica o interesse a elemento subordinado, justamente a origem da desaprovação destinada às duas teorias predecessoras.¹³³

Buscando desenvolver uma teoria que não se subordine nem à vontade, tampouco ao interesse, Dabin apresenta a definição de direito subjetivo como *appartenance-maîtrise*, o que será estudado em seguida.

1.3.7 A teoria de Jean Dabin

O termo francês *appartenance-maîtrise* é de difícil tradução em língua portuguesa. *Appartenance* significa o fato de pertencer a alguma coisa, ou alguém, ao passo que *maîtrise* é o controle exercido sobre alguma coisa ou alguém. Daisy Gogliano e Vicente Ráo utilizam o termo “direito de pertença e senhorio”,¹³⁴ que parece, realmente, ser o mais próximo do significado em francês, razão pela qual será aqui adotado.

De acordo com a teoria em comento, existe uma *pertença* que é causa e determinante do controle.¹³⁵ O direito subjetivo decorre da existência de um bem ou valor

¹³¹ SALLEILES, Raymond. *De la personnalité juridique*. Paris: Librairie Nouvelle de Droit et de Jurisprudence, 1910. p. 543. Tradução livre: “O direito subjetivo é um poder colocado ao serviço de interesse de caráter social e exercido por uma vontade autônoma”.

¹³² DABIN, Jean. *Droit subjectif*, p. 78.

¹³³ RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*, p. 527. No mesmo sentido: DABIN, Jean. *Le droit subjectif*, p. 79.

¹³⁴ GOGLIANO, Daisy. *Direitos privados da personalidade*, p. 309; RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*, p. 530.

¹³⁵ DABIN, Jean. *Le droit subjectif*, p. 80.

ligado à pessoa por um vínculo de pertença, chancelado pelo direito objetivo, de modo que aquela pessoa possa dizer que aquele bem ou valor é seu. Dessa forma, o autor em comento enxerga uma relação de pertença – *appartenance* – entre o sujeito e uma coisa.¹³⁶ O direito não é um interesse, mas o domínio (pertença) de um interesse, ou de uma coisa que diz respeito ao sujeito e seu interesse. Essas coisas lhe pertencem porque lhe são próprias. Em síntese, o direito subjetivo é a somatória da ideia de pertença com a de senhoria, ou seja, a possibilidade de disposição da coisa adicionada à autonomia do titular, a quem o objeto do direito pertence.

Dessa forma, o direito subjetivo não tem qualquer relação com a vontade ou qualquer manifestação de vontade, mesmo nos termos de Windscheid.¹³⁷ É possível ter direitos sem o saber porque é concebível ter bens ou interesses cuja existência se ignora. Assim se posiciona Dabin:

“l’ayant droit n’est ni celui qui *veut*, ni celui qui *sait*, ni celui qui *jouit*, ni celui qui *agit*, ni non plus celui qui *souffre*; c’est celui qui a comme *sien*. Le droit subjectif se traduit par un *avoir* (*habere*), avoir qui peut d’ailleurs porter, comme droit, sur l’*être* ou sur les *facultés d’agir* du titulaire lui-même”.¹³⁸

Mais adiante em sua obra, o autor reforça: “Quant à la *volonté*, elle n’intervient à aucun degré dans la construction, et c’est pourquoi elle est passée sous silence”.¹³⁹

As coisas que podem ser suscetíveis de pertença são as coisas exteriores e também aquelas que são internas e inerentes ao sujeito, como a vida e a integridade física, além das relações familiares – poder (dever) familiar –,¹⁴⁰ os poderes pertinentes ao chefe de Estado, as atribuições dos órgãos da pessoa jurídica, as prestações decorrentes de direitos de crédito,¹⁴¹ entre outros.

A pertença, contudo, é condicionada pelo direito objetivo, como, aliás, verifica-se em relação às outras teorias estudadas anteriormente. Há que se entender o direito objetivo,

¹³⁶ DABIN, Jean. *Le droit subjectif*, p. 81.

¹³⁷ RÃO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*, p. 530.

¹³⁸ DABIN, Jean. *Le droit subjectif*, p. 83. Tradução livre: “Aquele que tem o direito não é aquele que *quer*, nem aquele que *sabe*, nem aquele que *usufrui*, nem mesmo aquele que *sofre*; é aquele que *tem como seu*. O direito subjetivo se traduz por um ter (habere), um ter que pode, também, recair, como direito, sobre o ser ou sobre as faculdades de agir do próprio titular”.

¹³⁹ DABIN, Jean. *Le droit subjectif*, p. 104. Tradução livre: “Quanto à vontade, ela não intervém em grau algum na construção [dos direitos subjetivos], e é por isso que sobre ela nada se disse”.

¹⁴⁰ GOGLIANO, Daisy. *Direitos privados da personalidade*, p. 311: “Concebido o direito subjetivo dentro da noção pertença-domínio, os direitos da personalidade podem ser perfeitamente compreendidos no seu aspecto estrutural, porque, nas palavras de DABIN, os bens e valores que se pode ter como seus não se limitam às coisas exteriores, porque também compreendem, e de modo mais próximo, os bens ou valores inerentes à pessoa física ou moral, como: a vida, a integridade do corpo, as liberdades etc.”.

¹⁴¹ Nesse caso, o autor entende que a relação de pertença é atingida de maneira intermediária, por meio do devedor (DABIN, Jean. *Le droit subjectif*, p. 103).

entretanto, como um amplo complexo que abrange o direito positivo e o direito natural, cabendo ao primeiro deles consagrar os preceitos emanados do segundo, ou então criar novos direitos.¹⁴²

No que tange à segunda parte da definição – *maîtrise*, ou o controle –, ele existe porque o sujeito tem a coisa como sua, ele lhe detém o controle.¹⁴³ A pertença, ou o fato de pertencer a alguém, é atributo da coisa, ao passo que o controle é o atributo do sujeito em relação à coisa.¹⁴⁴ Como há o controle, é possível tanto exercer como não exercer o direito. As modalidades de disposição variam de acordo com o direito – a mais ampla possível com relação às coisas materiais, e bem reduzida no que tange aos direitos da personalidade. O mesmo se diga em relação aos direitos-deveres: o direito objetivo impede que a pessoa disponha dele como quiser.¹⁴⁵ O poder de controle, note-se, independe do exercício desse controle.

Outra consideração feita por Dabin é a necessidade de analisar, além da relação do sujeito com a coisa que lhe pertence, a relação do sujeito com os outros. É equivocado, como se observa em outras definições, não colocar em destaque o aspecto externo da noção de direito subjetivo. Assim, há que se considerar que a relação de pertença-controle é oponível a outras pessoas – não existe controle se não há outros sujeitos em face de quem controlar.¹⁴⁶ Esta oponibilidade pode ser representada pela abstenção por parte dos terceiros, ou então pelo cumprimento de uma obrigação (no caso de direito de crédito).

O autor realça mais um elemento: a exigibilidade. Aquele que detém o controle tem o direito de reivindicar ou de defender aquilo que lhe pertence. A exigibilidade, contudo, não integra o conceito de direito, sendo uma consequência deste, e sua garantia.¹⁴⁷ De fato, é necessário que sejam providas as vias legais para a preservação dos direitos, o que, contudo, não lhes altera o significado.

Finalmente, o autor define o direito subjetivo como a prerrogativa concedida ao sujeito cujas finalidades e extensão são estabelecidas pelo direito objetivo, e garantidas pelas vias legais, de “disposer en maître d’un bien qui est reconnu lui appartenir, soit

¹⁴² OLIVEIRA, J. Lamartine Corrêa de. *Conceito de pessoa jurídica*. Tese (Livre-docência em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Paraná, Curitiba, 1962. p. 27.

¹⁴³ CASTAÑEDA, Ilya Miriam Hoyos. *El concepto jurídico de persona*, p. 226.

¹⁴⁴ DABIN, Jean. *Le droit subjectif*, p. 87.

¹⁴⁵ DABIN, Jean. *Le droit subjectif*, p. 91-92.

¹⁴⁶ DABIN, Jean. *Le droit subjectif*, p. 94-95.

¹⁴⁷ DABIN, Jean. *Le droit subjectif*, p. 96.

comme sien, soit comme dû”.¹⁴⁸ Assim, o direito subjetivo é tudo aquilo que o sujeito tem como seu, seja porque este bem sempre lhe pertenceu (como ocorre com os direitos da personalidade), seja porque este bem lhe é devido de algum modo (o que se verifica, por exemplo, com os direitos de crédito). Nesse caso, de um lado, pouco importa a vontade, que não precisa ser exercitada; de outro, os interesses não são completamente afastados, mas se relacionam apenas com a exigibilidade dos direitos, que, conforme dito anteriormente, não lhes altera o conteúdo.

Uma vez concluída a análise das teorias que reconhecem a existência de direitos subjetivos, passar-se-á ao estudo dos principais teóricos que rejeitavam sua existência: Duguit e Kelsen.

1.3.8 A teoria de Léon Duguit

Léon Duguit, referência bastante comum quando se trata de direitos subjetivos, em razão da veemência com a qual combateu a sua existência, promoveu uma crítica a categorias básicas do direito, tanto na esfera do direito público como do privado, as quais, ainda que sejam consideradas muito radicais, são frequentemente lembradas pelos estudiosos da matéria.

Na obra *Les transformations du droit public*, o autor pretende destacar a necessidade de alteração do paradigma metafísico e individual para um de caráter realista e socialista. No antigo sistema, predominava a noção de direito natural, aquele considerado inalienável e imprescritível, que pode ser oposto ao poder soberano do Estado. A atividade pública, concomitantemente, direciona-se e limita-se em razão dos direitos individuais, os quais somente sofrem limitações para assegurar direitos da coletividade.¹⁴⁹

Segundo o autor, os fundamentos do antigo modelo – a soberania do Estado e o direito natural do indivíduo¹⁵⁰ – não mais se justificam, já que são conceitos metafísicos que não atendem ao sistema jurídico de uma sociedade impregnada de positivismo. O homem, dessa forma, não pode ter direitos naturais individuais porque ele é, por natureza, um ser social. O individualismo é apenas uma criação do espírito e não se coaduna com o

¹⁴⁸ DABIN, Jean. *Le droit subjectif*, p. 105. Tradução livre: “dispor como dono de um bem que lhe é reconhecido como pertencente, seja como seu próprio, seja como lhe devido”.

¹⁴⁹ DUGUIT, Léon. *Les transformations du droit public*. Paris: Armand Colin, 1913 (reimpressão), p. XIII a XIV (Introdução).

¹⁵⁰ Aqui o autor faz referência, especialmente, à Declaração de Direitos do Homem, de 1789.

Direito, que pressupõe a vida em sociedade.¹⁵¹ Ademais, não se poderia avaliar as vontades humanas, já que não se tem qualquer conhecimento acerca da vontade em si mesma considerada.¹⁵² Assim, o homem não tem direitos ínsitos à sua própria condição, somente adquirindo-os quando passa a conviver com outros seres humanos. O indivíduo, em si mesmo, não tem direitos e não está investido de prerrogativas pela simples razão de ser homem.

Duguit aduz que reconhecer direitos subjetivos significa atestar que certas vontades são superiores a outras vontades, mesmo quando são essencialmente particulares.¹⁵³ Ao ensinar que a propriedade é um direito subjetivo, quer-se dizer que este direito, por sua natureza, é superior à vontade das pessoas a quem se quer impô-los. Em acréscimo, a aceitação desses direitos depende da consideração de uma potência divina que lhes haja conferido, noção essa, contudo, que não poderia conservar-se ou manter-se no estado positivo de evolução geral das sociedades humanas.¹⁵⁴

Em síntese, pode-se afirmar que, para Duguit, não existem direitos subjetivos,¹⁵⁵ mas sim *situações jurídicas* que dizem respeito à conformidade de comportamento dos indivíduos, porque tais direitos estão diretamente ligados à essência humana, impossível de ser captada cientificamente.¹⁵⁶ As situações jurídicas são, portanto, um conjunto de mandamentos, que, em caso de perturbação, acarretam a imposição de coerção social.¹⁵⁷ Vê-se que tais situações têm apenas existência temporária, e são invocadas em situações especiais, encontrando o seu término após o exercício da pretensão do indivíduo.

A visão individualista tão reiteradamente invocada por Duguit está consagrada na Declaração de Direitos de 1789 e no Código Napoleônico,¹⁵⁸ assentando-se sobre quatro pilares: a liberdade individual; a inviolabilidade do direito de propriedade; o contrato; e a responsabilidade civil individual por culpa. Mas, de acordo com o autor, essa consagração

¹⁵¹ DUGUIT, Léon. *Les transformations du droit public*, p. XV e XVI (Introdução).

¹⁵² DABIN, Jean. *Le droit subjetif*, p. 6.

¹⁵³ DABIN, Jean. *Le droit subjetif*, p. 6.

¹⁵⁴ DUGUIT, Léon. Las transformaciones del derecho privado. Tradução de Carlos G. Posada. In: DUGUIT, Léon. *Las transformaciones del derecho público y privado*. Granada: Editorial Comares, 2007. p. 264-265.

¹⁵⁵ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; CHINELATO, Silmara Juny de Abreu. Propriedade e posse: uma releitura dos ancestrais institutos. *Revista Trimestral de Direito Civil*, ano 4, v. 14, p. 79-111, abr./jun. 2003. p. 86.

¹⁵⁶ RÃO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*, p. 546.

¹⁵⁷ DABIN, Jean. *Le droit subjectif*, p. 8-9.

¹⁵⁸ Este tema será retomado no Capítulo subsequente, quando for abordada a evolução dos direitos da personalidade.

da liberdade humana é equivocada, já que o homem e a coletividade não têm direitos. Na verdade, cada indivíduo desempenha uma função na sociedade que deve ser cumprida.¹⁵⁹

No que tange à propriedade, por exemplo, esta já não é um direito intangível e absoluto, mas sim uma função social. O proprietário de um bem de valor econômico tem de cumprir uma função social. Caso não seja cumprida, ou o seja de maneira insatisfatória, o Poder Público tem legitimidade para obrigá-lo a cumprir a mencionada função.¹⁶⁰

Apesar da segregação promovida em relação aos direitos subjetivos, o autor introduz uma distinção entre situações jurídicas objetivas (em sentido estrito) e subjetivas, esclarecendo que a primeira delas deriva da norma jurídica diretamente ou, então, de um ato de vontade que a condiciona e possui as mesmas características da norma, ou seja, é geral e permanente – essa é a situação jurídica, por exemplo, do direito (dever) de propriedade. Já as situações jurídicas subjetivas são especiais e particulares a um ou mais indivíduos determinados, bem como temporárias, de modo a desaparecer com o exercício das vias jurídicas que elas sancionam. Nesta categoria, são incluídos os contratos.¹⁶¹ É interessante notar, igualmente, que o autor trata os inúmeros direitos como riquezas materiais tuteladas por vias jurídicas. O direito de propriedade é a propriedade em si mesma. O direito à vida não é um direito: o sujeito possui a vida que é, para ele, um valor. O direito somente surgirá se a vida da pessoa for ameaçada ou acometida, porque o direito objetivo não tutela a violação a um direito, mas sim o ataque a esse valor.¹⁶²

Em conclusão, seria necessário superar as concepções individualistas do direito privado para se constatar que o homem não tem o direito de ser livre, mas sim de trabalhar, de se desenvolver e de cumprir sua missão social. A vida do indivíduo é um valor social e, como tal, há de ser preservada, mas não como um direito individual.¹⁶³

Jean Dabin critica o posicionamento de Duguit ao afirmar que, ao se negar a existência de direitos subjetivos, simplesmente está se substituindo concepções, ao que o autor chama de “querelle de mots”.¹⁶⁴ O autor afirma que Duguit utiliza o termo situação jurídica para explicar a posição do indivíduo nos polos ativo e passivo da relação jurídica, o que se traduz em ônus e vantagens. Quando são vantagens, o sujeito tem o inegável direito de delas se beneficiar, bem como de exigí-las. Assim, não se poderia, então, falar

¹⁵⁹ DUGUIT, Léon. *Las transformaciones del derecho privado*, p. 162.

¹⁶⁰ DUGUIT, Léon. *Las transformaciones del derecho privado*, p. 158.

¹⁶¹ DABIN, Jean. *Le droit subjectif*, p. 13.

¹⁶² DABIN, Jean. *Le droit subjectif*, p. 14. No mesmo sentido: GOGLIANO, Daisy. *Direitos privados da personalidade*, p. 268.

¹⁶³ DUGUIT, Léon. *Las transformaciones del derecho privado*, p. 164-166.

¹⁶⁴ DABIN, Jean. *Le droit subjectif*, p. 20.

em um direito subjetivo à situação jurídica ativa existente de acordo com as regras? Não poderia se dizer, em acréscimo, que a regra confere concomitantemente ao titular um direito subjetivo, isto é, uma prerrogativa própria, oponível aos demais, sob a sanção do direito objetivo?¹⁶⁵ O que Dabin quer dizer, com essas colocações, é que Duguit utiliza palavras diferentes para atingir resultados semelhantes. Eis, aqui, portanto, a querela/contenda de palavras.

De fato, a veemente negativa de Duguit perde sua força, e poder de persuasão, quando, a partir das lições de Jean Dabin, compreende-se que a teoria da inexistência de direitos subjetivos pode estar apenas rejeitando uma nomenclatura, e não propriamente o instituto tratado.

1.3.9 A teoria de Hans Kelsen

Não se pode afirmar que Hans Kelsen rejeitava completamente a existência de direitos subjetivos, como se observa no pensamento de Léon Duguit. Em verdade, o autor entendia o direito subjetivo em termos meramente formais, afirmando que é uma expressão do dever jurídico, refletindo o que se deve a alguém em razão de uma norma de direito. Tal entendimento decorre de sua concepção do direito como um conjunto de normas, de modo que conceitos metajurídicos como vontade e interesse devem ser excluídos do sistema.¹⁶⁶

O direito subjetivo é meramente a subjetivação do direito objetivo, ou o direito objetivo relacionado a um sujeito. E, com isso, esvazia-se o conceito de direito subjetivo, o que justifica sua classificação entre a corrente negativista.¹⁶⁷ Este esvaziamento decorre do próprio exaurimento do conceito de pessoa, que, segundo seu entendimento, é meramente uma atribuição jurídica, sem conceito material. Homem e pessoa são conceitos heterogêneos, resultantes de análises inteiramente distintas. A pessoa física é uma personificação de um conjunto de normas, assim como a pessoa jurídica, motivo pelo qual o autor chega a enunciar que a pessoa física também é jurídica. O conceito de homem é psíquico-biológico, e não jurídico, de modo que não interessa ao direito.¹⁶⁸ A ideia de direitos subjetivos, tratados como interesses juridicamente protegidos, contém uma contradição insolúvel, assim expressa:

¹⁶⁵ DABIN, Jean. *Le droit subjectif*, p. 22-23.

¹⁶⁶ CASTAÑEDA, Ilya Miriam Hoyos. *El concepto jurídico de persona*, p. 196-167.

¹⁶⁷ DABIN, Jean. *Le droit subjectif*, p. 14 e ss.

¹⁶⁸ CASTAÑEDA, Ilya Miriam Hoyos. *El concepto jurídico de persona*, p. 198.

“Se o Direito em sentido objetivo é norma, ou um sistema de normas, uma ordem normativa, e o direito subjetivo é, por sua vez, algo de inteiramente diferente, a saber: interesse, o direito subjetivo¹⁶⁹ e o Direito objetivo não podem ser subsumidos a um conceito genérico comum. E esta contradição não pode ser afastada pelo fato de se admitir, entre Direito objetivo e direito subjetivo, uma relação que consista em este ser considerado como um interesse protegido por aquele. Do ponto de vista de uma concepção que encare o Direito como norma ou sistema de normas, porém, o direito subjetivo não pode ser um interesse – protegido pelo Direito –, mas apenas a proteção ou tutela, deste interesse, por parte do Direito objetivo. E esta proteção consiste no fato de a ordem jurídica ligar à ofensa desse interesse uma sanção, quer dizer, no fato de ela estatuir o dever de não lesar esse interesse”.¹⁷⁰

Da mesma forma, são apontados diversos equívocos na teoria da vontade, entendendo Kelsen que as doutrinas fazem referência a coisas diversas, ou seja, estão pretendendo conceituar objetos diversos. Pela teoria da vontade, o que se está buscando definir é a autorização ou atribuição de competência, também entendida como um poder jurídico conferido ao indivíduo pela ordem jurídica. Assim, diante de uma violação, o ofendido se dirige a um órgão, que não possui alternativa a não ser aplicar a norma geral ao caso concreto, obtendo uma norma jurídica individual que se conecta ao ato ilícito *in concreto*. Por decorrência, o direito subjetivo nada mais seria que um reflexo do dever jurídico, “revestido pelo poder jurídico, pertencente ao seu titular, de fazer valer esse direito reflexo, quer dizer, o não cumprimento do dever de que este direito é o reflexo, através de uma ação judicial”.¹⁷¹

O direito subjetivo, desse modo, não pode ser visto como destacado ou independente do direito objetivo porque, nessa concepção, o direito subjetivo é tão somente a constatação que uma norma jurídica faz de determinada conduta pressuposto de certas consequências.¹⁷² O direito subjetivo é tão somente uma norma concreta individual.¹⁷³

Há que se entender, portanto, que dentro dessa concepção não há um direito subjetivo como prerrogativa do indivíduo, seja fora ou em contraposição ao Estado: este conceito não seria normativo, mas sim metajurídico e contraditório.¹⁷⁴

¹⁶⁹ O autor escreve toda a sua obra utilizando o termo direito com letra **maiúscula** para o **direito objetivo** e em letra **minúscula** para o **direito subjetivo**.

¹⁷⁰ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 149.

¹⁷¹ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 150.

¹⁷² KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 152.

¹⁷³ RÃO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*, p. 539.

¹⁷⁴ DABIN, Jean. *Le droit subjectif*, p. 14-15.

Em conclusão, para Kelsen, o direito subjetivo somente pode ser o reflexo de um dever jurídico existente em face de um indivíduo, ou então o poder conferido ao agente de fazer valer o descumprimento de um dever jurídico, existente em seu benefício, por meio de uma demanda judicial, para que haja a intervenção do Poder Público na criação de uma norma individual a ser aplicada naquele caso específico. Por fim, poderia também ser identificado como a permissão positiva conferida por uma autoridade.¹⁷⁵

É por isso que Kelsen acaba por ser enumerado entre os autores que negam a existência de direitos subjetivos, vez que, com sua teoria pura, excessivamente formalista, chega praticamente à mesma conclusão que os partidários da doutrina negativista.¹⁷⁶

Vicente Ráo critica o posicionamento de Kelsen com muita propriedade, ao vislumbrar que as regras e os princípios que compõem o direito nascem de necessidades práticas que se originam do “ser”, e não do “dever ser”. O ordenamento não pode ser analisado tão somente do ponto de vista da lógica formal, sob pena de ser colocado fora da vida real. Ademais, Kelsen promove uma identificação do Estado com o Direito, tornando muito difícil, em decorrência disso, que o Direito imponha limitações à atuação do primeiro.¹⁷⁷ Comparando sua teoria com a de Duguit, afirma que a deste último é até mesmo mais auspiciosa, justamente por estabelecer uma diferença entre o Estado e o Direito, “ora admitindo a preexistência da regra social transmutada em regra de direito, ora submetendo o exercício destas funções à opinião pública, aos costumes e às condições políticas e econômicas”.¹⁷⁸

Uma vez apresentadas as principais teorias existentes sobre o tema, convém apresentar breve conclusão sobre os ensinamentos obtidos.

1.3.10 Conclusões sobre as teorias dos direitos subjetivos

A maioria das teorias apresentadas anteriormente sofreu diversas críticas, bastante pertinentes, e difíceis de serem afastadas completamente.

¹⁷⁵ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 162.

¹⁷⁶ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*, p. 257: “No fundo, a atitude formalista leva ao mesmo resultado a que chegam os empiristas quando contestam, pura e simplesmente, a existência de qualquer direito subjetivo, declarando que, em face dos enunciados normativos, o que existem são situações de fato de natureza subjetiva, como é sustentado por Léon Duguit, um dos mestres do Direito Público francês, na primeira metade do século XX”.

¹⁷⁷ RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*, p. 543.

¹⁷⁸ RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*, p. 549.

Miguel Reale, trazendo a discussão dos direitos subjetivos para a teoria tridimensional do Direito, afirma ser próprio do Direito prever situações que possam se realizar no plano fático, não se tratando tais direitos de uma formulação meramente abstrata. A garantia da possibilidade de realização¹⁷⁹ é da essência do direito. Ademais, assinala que nem todas as situações subjetivas são direitos subjetivos, sendo a primeira mais ampla, de modo a abranger várias categorias, como o direito subjetivo, o interesse legítimo e o poder.¹⁸⁰

Tendo em vista tais considerações, preleciona que a situação subjetiva consiste na “possibilidade de ser, pretender ou fazer algo, de maneira garantida, nos limites atributivos das regras de direito”, ao passo que o direito subjetivo somente existe quando “a situação subjetiva implica na possibilidade de uma pretensão, unida à exigibilidade de uma prestação ou de um ato de outrem”.¹⁸¹

Em conclusão, afirma que:

“(...) a *possibilidade de ser pretendido algo*, tal como se acha expresso na norma, não difere, senão como momento, da *possibilidade de alguém pretender e exigir garantidamente aquilo que a norma lhe atribui*: o direito subjetivo vive da complementaridade desses dois momentos e com eles se confunde, consubstanciando uma proporcionalidade entre *pretensão* e *garantia*.

Parece-nos essencial essa compreensão do direito subjetivo em seu duplo momento, o *normativo*, ou da *previsibilidade tipológica da pretensão*, e o da *realizabilidade da pretensão, em concreto, através da garantia específica*. Este segundo momento pontualiza ou verticaliza, por assim dizer, a norma no sentido de um sujeito, que converte a *pretensão abstrata*, enunciada genericamente na regra de direito, numa *sua pretensão concreta*. Sem a ideia de pertinência não há, pois, que falar em direito subjetivo.

Dai podermos dizer, numa noção destinada a reunir os elementos essenciais do problema, que direito subjetivo é a possibilidade de exigir-se, de maneira garantida, aquilo que as normas de direito atribuem a alguém como próprio”.¹⁸²

Como se pode observar, a definição em comento assemelha-se bastante àquela apresentada por Jean Dabin, de pertença-domínio, que, realmente, demonstra ser a mais consistente para explicar os direitos subjetivos.¹⁸³ Com tal definição, sendo os direitos subjetivos entendidos como a *possibilidade de exigir aquilo que as normas de direito atribuem a alguém como próprio*, responde-se às principais críticas formuladas às teorias estudadas anteriormente e tem-se a vantagem da inclusão da relação de pertença-domínio

¹⁷⁹ Conforme Aulete Digital: substantivo feminino, qualidade de realizável. Destaca-se seu pouco uso.

¹⁸⁰ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*, p. 258-259.

¹⁸¹ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*, p. 259.

¹⁸² REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*, p. 260.

¹⁸³ Daisy Gogliano também se coaduna com a teoria de Jean Dabin, entendendo que é a que melhor explica os direitos subjetivos, e também a mais adequada ao tratamento dos direitos da personalidade (GOGLIANO, Daisy. *Direitos privados da personalidade*, p. 322).

não somente sobre os bens exteriores à pessoa, mas também aos bens e valores inerentes à existência humana, isto é, os direitos da personalidade.

A única observação que há de se fazer sobre a definição apresentada por Miguel Reale é o excesso de destaque sobre a ideia de realização do direito, a qual, segundo entendimento ora esposado, é relevante, mas não integra o conceito do próprio direito, como já havia sido destacado no item 1.3.7.

Tem-se, portanto, com Jean Dabin uma definição de direito subjetivo que se considera adequada e suficiente para o desenvolvimento do estudo dos direitos da personalidade, o que não se observava com relação aos demais doutrinadores outrora estudados.

1.3.11 Classificações dos direitos subjetivos

A fim de concluir o presente capítulo, cumpre tratar brevemente sobre as classificações dos direitos subjetivos, dentro dos quais se enquadram os direitos da personalidade, conforme enunciado anteriormente.

As divisões procedidas em relação a tais direitos normalmente são tripartidas. Limongi França divide as faculdades jurídicas em três campos fundamentais que, partindo do sujeito, alargam-se progressivamente. De início, tem-se apenas a própria pessoa, a que se restringem os direitos da personalidade. Em seguida, há a pessoa projetada em sua família, de modo a envolver o direito de família e o das sucessões. E, finalmente, segue-se o mundo exterior, no qual se localizam o direito das coisas e o das obrigações.¹⁸⁴

Em sentido bastante semelhante, Francisco Amaral promove a divisão dos direitos subjetivos em: direitos da personalidade; direitos patrimoniais; e direitos da família.¹⁸⁵

Os primeiros deles, por constituírem objeto do presente trabalho, serão tratados em capítulo específico. Os direitos patrimoniais são aqueles que têm caráter econômico, constituindo a forma de obtenção dos objetivos materiais do indivíduo. Os direitos de família são os de conteúdo extrapatrimonial, que analisam a posição da pessoa dentro da família e os direitos e deveres que exsurtem de tal situação. Diferenciam-se dos direitos da personalidade porque os primeiros (de família) analisam fatores externos à pessoa, sua relação com os familiares, ao passo que os segundos são direitos intrínsecos ao titular,

¹⁸⁴ FRANÇA, Rubens Limongi. *Manual de direito civil*. São Paulo: RT, 1972. v. 2, t. 1, p. 8.

¹⁸⁵ AMARAL, Francisco. *Direito civil* – introdução, p. 196.

considerando-se a pessoa em si mesma, sem observar suas eventuais relações com os demais.

Tais classificações, contudo, devem ser analisadas com cuidado e sem generalizações, já que os direitos de família também versam sobre questões materiais, como os alimentos, a partilha de bens e o bem de família. Com relação à matéria de sucessões, vinculadas à esfera do indivíduo inserido em sua família, também não há como se afastar a questão econômica, que até mesmo predomina em comparação ao aspecto extrapatrimonial.

É bastante tradicional, do mesmo modo, a classificação dos direitos subjetivos em públicos e privados. Os primeiros, previstos na Constituição Federal, abrangem os direitos de natureza política, direitos de caráter social e políticos, além daqueles individuais. Os de caráter privado, por sua vez, são apenas os individuais.

Francisco Amaral salienta que essa divisão se encontra superada porque, mesmo nas relações privadas, o social predomina sobre o particular, de modo que “não mais se justifica a distinção jurídica, considerando-se o direito subjetivo do ponto de vista técnico, como prerrogativa individual contida nas relações jurídicas dos particulares entre si ou com o Estado, todos subordinados à ordem jurídica, sob o império da constitucionalidade e da legalidade”.¹⁸⁶

No mesmo sentido, defende Gustavo Tepedino o abandono da divisão entre o direito público e o privado, esclarecendo que:

“A interpenetração do direito público e do direito privado caracteriza a sociedade contemporânea, significando uma alteração profunda nas relações entre o cidadão e o Estado. (...) Daí inevitável alteração dos confins entre o direito público e o direito privado, de tal sorte que a distinção deixa de ser qualitativa e passa a ser meramente quantitativa, nem sempre se podendo definir qual exatamente é o território do direito público e qual o território do direito privado. Em outras palavras, pode-se provavelmente determinar os campos do direito público ou do direito privado pela prevalência de interesse público ou do interesse privado, não já pela inexistência de intervenção pública nas atividades de direito ou pela exclusão da participação do cidadão nas esferas da administração pública. A alteração tem enorme significado hermenêutico, e é preciso que venha a ser absorvida pelos operadores”.¹⁸⁷

De fato, diante dos avanços e conquistas do direito contemporâneo, não há como deixar de concordar com os autores supramencionados. Não mais se pode tratar de direitos meramente privados, e, especialmente, de direitos privados da personalidade. Há

¹⁸⁶ AMARAL, Francisco. *Direito civil* – introdução, p. 197.

¹⁸⁷ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 19-20.

necessidade de análise do sistema jurídico como um todo, que gira em torno da proteção do valor máximo de nosso ordenamento: a dignidade humana.

Sendo assim, parte-se da aceção de que direitos da personalidade são modalidade de direitos subjetivos especialíssimos em razão das qualidades enumeradas no capítulo subsequente, e que guardam em si elementos de direito público e de direito privado. Tendo em vista que a presente tese examina os direitos da personalidade no tocante às pessoas jurídicas de direito privado, é evidente que a ênfase aqui fornecida será sobre o direito privado, o que não significa que se procederá à equívoca divisão estanque entre as esferas público-privadas, o que desde já resta afastado.

2. A EVOLUÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

2.1 Relevância e dimensão dos direitos da personalidade

No capítulo anterior, abordou-se a concepção de pessoa e de personalidade, bem como foi traçada, ainda que de maneira sucinta, a trajetória dos direitos subjetivos. Convém, neste momento, tratar propriamente do percurso pertinente aos direitos da personalidade que, como afirmado anteriormente, são direitos subjetivos especiais.

É interessante notar, antes mesmo de apresentar um estudo histórico, que a noção de direitos da personalidade é relativamente recente, datando do século XIX, especialmente a sua segunda metade, quando os civilistas incorporam em seus estudos a ideia de liberdade e de dignidade humana defendida pelos filósofos,¹⁸⁸ e consagrada pelo direito público no fim do século XVIII por meio de diversas declarações de direitos, inclusive a Declaração Francesa de Direitos do Homem e do Cidadão.¹⁸⁹

O século XX foi essencial para a consolidação desses direitos, cuja reafirmação é clamada em áreas progressivamente mais variadas daquelas pensadas originalmente. Ante as novas condições do progresso e da tecnologia, bem como o refinamento de ideias sobre a condição humana e social do homem, verifica-se a necessidade de revalorização de doutrinas jurídicas que advogam pelo resguardo da dignidade. A tendência ganha destaque acentuado depois das duas Guerras Mundiais, e é aceita pela quase unanimidade dos estudiosos, ganhando, assim, respaldo nas leis de direito civil. Como menciona Santos Cifuentes, trata-se do *tema del día*.¹⁹⁰

A despeito de se tratar de um tema recente, é possível buscar, muito antes disso, as raízes, ou os albores, como menciona Daisy Gogliano,¹⁹¹ dos direitos da personalidade, o

¹⁸⁸ KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007. p. 77: “No reino dos fins tudo tem ou um **preço** ou uma **dignidade**. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como *equivalente*; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então tem ela dignidade”.

¹⁸⁹ LUCAS-SCHLOETTER, Agnès. *Droit moral et droits de la personnalité – étude de droit comparé français et allemand*. Aix-en-Provence: Presses universitaires d’Aix-Marseille, 2002. t. I, p. 30.

¹⁹⁰ CIFUENTES, Santos. *Derechos personalísimos*. 2. ed. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1995. p. 41.

¹⁹¹ GOGLIANO, Daisy. *Direitos privados da personalidade*, p. 5.

que se fará neste capítulo, remontando o estudo ao direito romano¹⁹² e prosseguindo pela Idade Média, pela escola do direito natural e pelo estado da matéria nos séculos XIX e XX. Finalmente, serão abordadas as grandes declarações do século XX relacionadas à dignidade humana e aos direitos individuais, a relação entre direitos da personalidade, direitos humanos e direitos fundamentais, bem como a crise dos direitos da personalidade, que ocasionou a atual banalização verificada na matéria.

2.2 Os direitos da personalidade no direito romano

Conforme já se teve a oportunidade de mencionar anteriormente, o direito romano não analisava as pessoas de acordo com a sua individualidade, mas sim em relação à sociedade, isto é, o *status* por elas ocupado na sociedade, o que lhes conferia a capacidade jurídica.

Por essa razão, alguns autores sustentam que, no mundo antigo, não havia proteção à personalidade individual, e direito algum que pudesse se enquadrar na concepção do que hoje se entende como direitos da personalidade.¹⁹³

Há de se verificar, de início, que ainda que os romanos não previssem a proteção ao nome, à imagem e à intimidade, já havia a preocupação com a integridade física e a honra.¹⁹⁴ Cabe ressaltar, nesse sentido, a proteção oferecida contra a injúria, a *actio iniuriarum*, que não se limitava apenas aos prejuízos patrimoniais, já havendo, portanto, o reconhecimento de que certos valores imateriais do ser humano deveriam ser protegidos.¹⁹⁵

O surgimento da *actio iniuriarum* remonta ao período clássico do direito romano, que se inicia, conforme destacado no capítulo anterior (item 1.3.1), com a Lei das XII Tábuas. Ao longo do tempo, a *iniuria* passou a ser aplicada não apenas para ofensas físicas ou morais, mas também para outros tipos de ilícitos, como a cobrança indevida de

¹⁹² Trata-se de escolha da autora, havendo outros doutrinadores que iniciam esse estudo em momento pretérito. Tendo em vista a escassez de materiais para pesquisa, optou-se por iniciar o trabalho pelo direito romano.

¹⁹³ GOGLIANO, Daisy. *Direitos privados da personalidade*, p. 21: “(...) a pragmaticidade do direito romano não permitiu a visão filosófica da pessoa e da personalidade, dado o caráter eminentemente nacional do direito, próprio da *civitas* romana, em que o indivíduo é o cidadão”.

¹⁹⁴ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2001.p. 17.

¹⁹⁵ SAVIGNY, Friedrich Karl von. *System of modern roman law*. Tradução de W. H. Rattigan. London: Wildy & Sons, 1884. v. 2, p. 91.

débitos.¹⁹⁶ A *actio* foi aprimorada com o direito pretoriano, especialmente pela *Lex Cornelia de injuriis* (de 81 a.C.), de modo a incluir a proteção contra a invasão de domicílio.¹⁹⁷

Dessa forma, pode-se afirmar que os romanos, no período do direito clássico, já tinham a noção de que certos bens essenciais mereciam uma proteção especial, ainda que se estivesse muito distante da organização científica dos direitos da personalidade.

Acerca da proteção da honra, há que se mencionar, igualmente, a *actio sepulchri violati*, que poderia ser ingressada pelos filhos e/ou herdeiros do falecido em caso de ofensa ao cadáver.¹⁹⁸ Trata-se, de acordo com Savigny, de uma ação com caráter punitivo e cuja indenização era fixada de maneira arbitrária.¹⁹⁹

No direito pós-clássico, com o reconhecimento oficial da religião cristã, observa-se o emprego mais significativo da equidade. Nas Institutas de Justiniano, constam outras espécies de injúrias, como a perseguição de mulher honesta. Ademais, as lesões passam a ser classificadas de acordo com sua gravidade, sendo aquelas cometidas publicamente punidas mais severamente. Passam a denotar, portanto, uma preocupação com a proteção de parte daqueles direitos que, posteriormente, seriam chamados de direitos da personalidade.²⁰⁰

Também no que tange a esse reconhecimento quase arqueológico dos direitos da personalidade, ou, pelo menos, da substancialidade da pessoa humana, convém tratar brevemente sobre a condição jurídica dos escravos, que pode demonstrar um indício de proteção a esses direitos.

Como mencionado no capítulo anterior, a maior parte da doutrina entende que o termo *persona* apenas se destinava àqueles dotados de capacidade jurídica, de modo que o escravo²⁰¹ não se tratava de *persona*, mas sim de *res*. Elimar Szaniawski, contudo, esposa

¹⁹⁶ GOGLIANO, Daisy. *Direitos privados da personalidade*, p. 30-31.

¹⁹⁷ SZANIAWSKI, Elimar. Direitos da personalidade na antiga Roma. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, São Paulo, v. 12, n. 43, p. 28-41, jan./mar. 1988. p. 37-38.

¹⁹⁸ GOGLIANO, Daisy. *Direitos privados da personalidade*, p. 30-31.

¹⁹⁹ SAVIGNY, Friedrich Karl. *System of modern roman law*, v. 2, p. 91.

²⁰⁰ GOGLIANO, Daisy. *Direitos privados da personalidade*, p. 45-47.

²⁰¹ Acerca do termo escravo, convém salientar que se trata, nas palavras de José Ferreira Marnoco e Souza, de uma palavra nova para designação de uma instituição antiga, tendo em vista que o termo utilizado para a designação desta categoria de pessoas é *servus* (*História das instituições do direito romano, peninsular e português*. 3. ed. Coimbra: França Amado, 1910. p. 28). Nesse sentido, verifique-se o Título III, § 3º, das Institutas de Justiniano: “Os escravos são, assim, chamados servos, porque os generais costumam vender os prisioneiros, e, por isso, os conservavam (*servare*) ao invés de matá-los. São também chamados *mancipia*, *mancípios*, porque são aprisionados pela mão dos inimigos” (JUSTINIANUS, Flavius Petrus

entendimento em sentido contrário, sustentando que, em diversas passagens do Digesto, o termo *persona* é utilizado para designar o ser humano livre ou escravo, e não para se referir ao titular de um direito. O mencionado autor salienta que a afirmação de que os escravos e estrangeiros não eram *personae*, mas sim *res*, e que, por terem sofrido a *capitis diminutio* máxima, perderam sua capacidade jurídica não é verdadeira.²⁰²

J. Lamartine Corrêa de Oliveira, estabelecendo a diferença já tratada no item 1.2 entre personalidade jurídica e capacidade jurídica, afirma que o escravo no direito antigo era pessoa, pois tinha responsabilidade penal, fazia parte da família, além de outras prerrogativas. Entende o autor que, na verdade, apenas por ficção era o escravo considerado *res*. A diferença, com relação aos demais homens, seria apenas de capacidade, assim se posicionando o autor:

“O judeu não era menos pessoa que o cristão, aos olhos do Direito medieval nem a mulher menos pessoa que o homem, aos olhos do Direito Antigo, pré-cristão. Possuíam, e isto é coisa distinta, menor capacidade de direito. Da personalidade, decorre a capacidade de direito, em grau maior ou menor. Mas, uma vez existindo capacidade de direito, existe personalidade, qualquer que seja o grau da capacidade”.²⁰³

No mesmo sentido, Pierangelo Catalano afirma que os escravos participavam em várias esferas do direito, como o *ius sacrum* (o que acontecia já no período arcaico do direito romano) e o *ius naturale*²⁰⁴ (em período mais recente), além de diversas outras categorias de direito. Ademais, poderiam integrar pessoas jurídicas com fins religiosos e profissionais, de modo que não se tratava de meras coisas, ou objeto de direito.²⁰⁵

Theodor Mommsen, ao contrário, afirma que os escravos não eram criados na propriedade, mas sim comprados em idade adequada para o trabalho em um mercado escravagista. Quando, pela idade ou doença, tornavam-se impróprios à atividade para a

Sabbatius. *Institutas do Imperador Justiniano – Manual didático para uso dos estudantes de direito de Constantinopla, elaborado por ordem do Imperador Justiniano, no ano de 533 d.C.* Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 2. ed. São Paulo: RT, 2005. p. 27).

²⁰² SZANIAWSKI, Elimar. Direitos da personalidade na antiga Roma, p. 36; e *Direitos de personalidade e sua tutela*. 2. ed. São Paulo: RT, 2005. p. 28. No mesmo sentido: CORREIA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. *Manual de direito romano e textos em correspondência com os artigos do Código Civil brasileiro*, p. 39.

²⁰³ OLIVEIRA, J. Lamartine Córrea de. *Conceito da pessoa jurídica*, p. 75-76. Em sentido contrário: MARNOCO E SOUZA, José Ferreira. *História das instituições do direito romano, peninsular e português*, p. 39.

²⁰⁴ Vicente Ráo salienta que os romanos receberam a ideia de direito natural dos gregos, mas a utilizaram de maneira distinta ao longo de seu período de dominação. Ora se aplicou uma versão tripartida dos direitos – *ius naturale*, *ius civile* e *ius gentium* –, ora a classificação bipartida entre *ius civile* e *ius gentium*, englobando, este último, o direito natural. Em certo período, assinala o autor que o direito natural chegou a indicar o direito ideal ditado pelas exigências da natureza humana (*O direito e a vida dos direitos*, p. 96).

²⁰⁵ CATALANO, Pierangelo. *Diritto e persone*. Torino: G. Giappichelli, 1990. v. I, p. 169.

qual foram comprados, eram vendidos novamente no mesmo local. Isso significa, portanto, que não se tratava de membros da família. O mesmo autor é muito claro ao afirmar que, no período republicano, era aplicado um sistema de capital aos escravos, que se encontravam no mesmo nível do gado. Em períodos mais remotos, assinala que razões religiosas implicavam em tratamento atenuante com relação à mão de obra escrava, o que, mesmo assim, não indica se tratar de pessoas.²⁰⁶

Preliminarmente, há que se diferenciar o emprego do termo *persona* do sentido que nos tempos atuais se concedeu, juridicamente, a pessoa. Não é porque o termo *persona* era, em algumas passagens, utilizado para designar o escravo que esse deixava de ser objeto de direito. A questão a se discutir, portanto, é a personalidade jurídica no direito romano, matéria bastante complexa, por falta de lei da qual pudesse decorrer. Também não se prestava a lei como ponto de partida para justificar-se o *caput*, que significava mais uma cabeça existente no seio do grupo do que uma medida de capacidade.²⁰⁷ Tendo em vista o verdadeiro enfoque da questão, cumpre responder: no direito romano, os escravos eram pessoas ou coisas na acepção jurídica do termo?

Peter Birks esclarece que a condição jurídica dos escravos, ainda que muito complexa, é a de coisa, com um tratamento atenuado em razão de se tratar de propriedade humana. Seu posicionamento é justificado com a análise de um caso em específico: a doação com reserva de usufruto dos escravos e o destino de sua filiação. De início, o autor salienta que os romanos aceitavam a escravidão e trataram com rigor a lógica da propriedade que recaía sobre seres humanos. Os escravos tinham a potencialidade da liberdade, mas, até que isso acontecesse, lhes eram aplicáveis as mesmas leis que disciplinavam a propriedade sobre os animais. O escravo era apenas objeto de direito. Assim, qualquer desvio desse tratamento há de chamar atenção, já que, certamente, tratar-se-ia de uma restrição ao sistema tradicional em virtude da condição humana do “bem” em discussão. E isso efetivamente acontecia no caso ora analisado.²⁰⁸

Estuda-se, então, o tratamento dispensado às crianças no caso de doação de escravos com reserva de usufruto, o que acontecia frequentemente entre mães e filhos, as primeiras figurando na situação de doadoras usufrutuárias, e seus filhos na de donatários

²⁰⁶ MOMMSEN, Theodor. *Histoire romaine*, t. III, p. 312.

²⁰⁷ SZANIAWSKI, Elimar. Direitos da personalidade na antiga Roma, p. 37.

²⁰⁸ BIRKS, Peter. An unacceptable face of human property. In: BIRKS, Peter (Coord.). *New perspectives in the roman law of property* – Essays for Barry Nicholas. Oxford: Clarendon Press, 2004. p. 61.

nus-proprietários. Em doações semelhantes, as crianças nascidas das mulheres escravas não eram transferidas aos usufrutuários (como acontecia, por exemplo, com os bezerros e cabritos), mas sim para o nu-proprietário.²⁰⁹ As crianças não eram tratadas como fruto, e o nu-proprietário, neste caso, tornava-se proprietário de pleno direito.²¹⁰ A questão é saber por que os romanos assim se orientavam.²¹¹

A primeira vertente sustenta que isso se deve ao reconhecimento de que o ser humano não pode ser considerado fruto e seria detentor de uma dignidade própria. Os doutrinadores que assim entendem aduzem que, em regra, os filhos da escrava seriam filhos havidos com o nu-proprietário, sendo injusto que a doadora usufrutuária, normalmente mãe do nu-proprietário, tivesse poderes de dispor deste “fruto”. Segundo Peter Birks, contudo, estudos demonstraram que a maior parte dos filhos das escravas era decorrente de relações com outros escravos. Ademais, os filhos naturais, concebidos fora da relação matrimonial, poderiam ser comprados pelo nu-proprietário, o que, segundo seu entendimento, seria uma solução muito mais fácil do que estabelecer a regra em comento. Outra explicação, de ordem humanitária, é que a regra se destinava a manter o bebê com sua mãe escrava. Há que se considerar, todavia, que também não é totalmente eficiente para esta finalidade, já que o dono poderia separar os escravos (mãe e filho) de acordo com sua vontade.²¹²

A segunda vertente – chamada pelo autor de doutrina cínica – é aquela que entende que a criança escrava era muito valiosa para o nu-proprietário para que pudesse ser considerada fruto. Ademais, se todos os bebês escravos fossem destinados ao usufrutuário, quando a propriedade se consolidasse em mãos do nu-proprietário, ele poderia se encontrar sem força de trabalho para manter a propriedade. Peter Birks também questiona essa doutrina, ao afirmar que este problema poderia ser resolvido com uma regra aplicada para o usufruto de bois e ovelhas: o usufrutuário, antes de apossar-se dos bezerros e cordeiros para sua utilização, deveria manter o mesmo número de animais para o proveito do proprietário.²¹³ Assim, também não seria essa a justificativa da regra.

²⁰⁹ CORREIA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. *Manual de direito romano e textos em correspondência com os artigos do Código Civil brasileiro*, p. 45.

²¹⁰ O fundamento dessa afirmação é um texto atribuído a Ulpiano e inserido nas Institutas de Justiniano, o qual é assim redigido “Neque enim in fructu hominis homo esse potest” (Porque um humano não pode contar como fruto humano) – J. Inst. 2.1.37 (= D.22.1.28, *Gaius 2 rerum cottidianarum*).

²¹¹ BIRKS, Peter. *An unacceptable face of human property*, p. 61.

²¹² BIRKS, Peter. *An unacceptable face of human property*, p. 66.

²¹³ BIRKS, Peter. *An unacceptable face of human property*, p. 67. O texto do digesto mencionado é citado como D. 7.1.68.2, 7.1.70.1.

Peter Birks se coloca em uma posição intermediária, afirmando que, ainda que a escravidão fosse assimilada à ideia de propriedade, a lei romana se recusa a aceitar a ideia de que a sexualidade de escravos pudesse ser manejada como o fazem os fazendeiros com os animais, com vistas a maximizar a quantidade e a qualidade de produção. Bebês escravos não eram colhidos, não eram frutos disponíveis para o usufrutuário porque a criação de escravos não era uma prática que a lei pudesse contemplar, e muito menos incentivar. Não há, propriamente, o respeito à dignidade humana, mas já há certa consideração de que seres humanos, mesmo quando escravos, e mesmo quando considerados propriedade para fins jurídicos, não se assemelham a animais e vegetais. A transposição de práticas da agricultura para o cultivo humano, já àquela época, parecia repulsiva.²¹⁴

Ao final, assim se manifesta:

“The agricultural writers bring to life the reality of interventions involved in breeding, matching up selected animals, dispensing with others altogether. Even against the assumptions of a slave society, this shows how absurd and repugnant such procedures would have been if applied to humans. Ulpian reveals that the basis of the special rule for ‘partus ancillae’ was precisely that a line was being drawn above callous exploitation of human sexuality. Nothing lofty was involved. A useful analogy is to be found in castration. The agricultural writers of course give detailed instructions for the castration of animals. But, at least from the time of Domitian, the law attempted to stamp out the practice of human castration, albeit evidently without drying up the supply of eunuchs at the courts of great men. Nobody would regard the suppression of human castration as requiring explanation on the basis of a noble idea. It was another case of curbing an excess”.²¹⁵

Sendo assim, segundo o autor, o tratamento concedido aos filhos de escravas objeto de usufruto não era diferenciado em consideração à sua natureza humana, mas simplesmente porque, mesmo em uma sociedade em que a escravidão é vista com naturalidade, algumas situações são consideradas inaceitáveis e não são admitidas. A proibição do tratamento de bebês escravos como frutos foi a linha da moralidade traçada em relação à propriedade humana.

²¹⁴ BIRKS, Peter. An unacceptable face of human property, p. 62.

²¹⁵ BIRKS, Peter. An unacceptable face of human property, p. 72-73. Tradução livre da autora: “Os escritores agrícolas demonstram a realidade das intervenções envolvidas na reprodução, combinando-se animais selecionados e dispensando completamente outros. Mesmo dentro de uma sociedade escravagista, isso mostra quão absurdo e repugnante esses procedimentos poderiam se tornar se aplicados a pessoas humanas. Ulpiano revela que a base da regra especial para o ‘partus ancillae’ era precisamente que uma linha deveria ser traçada acima da fria exploração da sexualidade humana. Nada moralmente elevado estava envolvido. Uma analogia útil pode ser encontrada na castração. Os escritores agrícolas, certamente, fornecem instruções detalhadas para a castração de animais. Mas, pelo menos a partir da época de Domiciano, a lei tentou acabar com a prática da castração humana, embora, evidentemente, sem esgotar o suprimento de eunucos nas cortes de pessoas importantes. Ninguém poderia vislumbrar na supressão da castração humana uma explicação tendo por base uma ideia nobre. Era apenas outro caso de contenção de excessos”.

Ainda que suas ponderações sejam bastante razoáveis, não há como se deixar de entrever, na regra analisada, uma preocupação mínima de oferecimento de proteção à raça humana vista em sua totalidade, impedindo que, ao menos no que tange à reprodução, sejam os homens tratados como animais.

Cumprе acrescentar, igualmente, que, ao longo do tempo, várias foram as regras de atenuação à rigidez de tratamento desta *res* de controversa natureza jurídica. José Carlos Moreira Alves assinala, nos mesmos termos de Pierangelo Catalano, que os escravos faziam parte da família, já que, desde o período pré-clássico, podiam participar de cultos domésticos²¹⁶ e públicos e integrar corporações religiosas. À época clássica, podiam atuar como representantes do proprietário para contrair obrigações.²¹⁷ Finalmente, na pós-clássica, têm a sua integridade física protegida contra agressões severas de seus donos,²¹⁸ conforme se observa do § 2º, do Título VIII, das Institutas.²¹⁹ Nessa mesma fase, também se abrandou a regra da escravidão para os filhos de escrava. Até então, o filho da mulher escrava era sempre escravo, pouco importando a condição do pai ou se a mãe havia sido livre em algum período. De acordo com o direito justinianeu, muito mais benéfico que os anteriores no que tange a esse ponto, o indivíduo nasce livre se a mãe, em qualquer momento da gestação, foi livre.²²⁰

²¹⁶ O fato de participarem dos cultos domésticos não denota a benevolência dos patrões nem consideração em benefícios dos escravos. Como ensina Fustel de Coulanges, a religião doméstica, especialmente durante o período mais remoto da Antiguidade, não admitia que estranhos participassem da família, a não ser que o recém-chegado fosse introduzido nos cultos domésticos. O novo membro, então, passava por diversos rituais, sendo-lhe derramada sobre a cabeça a água lustral. Depois disso, o escravo passava a ser membro da família e partilhava da religião, sendo inclusive sepultado com a família. A religião, inclusive, era mais uma forma de opressão, já que o escravo ficava para sempre preso àquela família, mesmo se fosse libertado. O servo liberto não podia casar sem a autorização do seu senhor, e os filhos nascidos do seu casamento deviam obediência ao mesmo senhor (*Cidade antiga*, p. 144-145).

²¹⁷ Elimar Szaniawski cita as mesmas ocorrências a fim de corroborar seu entendimento de que os escravos eram pessoas (*Direitos da personalidade na antiga Roma*, p. 34-35).

²¹⁸ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*, p. 106-167.

²¹⁹ O texto tem a seguinte redação: “§ 2º. Hoje, entretanto, não permitimos a nenhum homem, que viva sob nosso Império, que maltrate seus escravos sem motivo legal, pois, pela Constituição do imperador Antonino Pio, aquele que mata seu escravo sem motivo é punido com as mesmas penas que receberia se tivesse matado escravo alheio. E também por essa Constituição é punido o rigor excessivo dos senhores, porque, consultado por alguns Presidentes de Província, a respeito dos escravos que se escondem nos Templos Sagrados, ou junto da Estátua do Imperador, que, se for intolerável a crueldade dos senhores, sejam estes obrigados a vender o escravo em boas condições, sendo o preço entregue aos senhores, e com razão, pois interessa à República que ninguém use mal suas coisas. (...)” (JUSTINIANUS, Flavius Petrus Sabbatius. *Institutas do Imperador Justiniano*, p. 35-36).

²²⁰ CORREIA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. *Manual de direito romano e textos em correspondência com os artigos do Código Civil brasileiro*, p. 45.

Luiz Joaquim Santana e Elimar Szaniawski afirmam que os romanos sofreram grande influência da filosofia estoica, bem como, no período justiniano, do cristianismo. A própria jurisprudência romana se orientava pelo pensamento aristotélico de justiça e da equidade. No entanto, nenhuma das mencionadas influências ia longe o bastante para desafiar a estrutura sociopolítica aristocrata.²²¹

Em conclusão, a proteção da honra por meio da *actio iniuriarum* já denota a tentativa de proteção de direitos da personalidade daqueles considerados cidadãos,²²² ainda que não haja sistema específico de proteção da personalidade nesse período.²²³ Em acréscimo, o tratamento concedido aos escravos, que, apesar de serem iguais juridicamente aos animais, eram protegidos da exploração reprodutiva e gozavam de algumas outras benesses, também indica uma consideração mínima no que diz respeito à raça humana, o que, contudo, segundo opinião aqui esposada, não significa que pudessem ser considerados pessoas do ponto de vista jurídico. O termo *persona*, que chegou a ser utilizado para a designação de escravos, refere-se à pessoa humana, e não à pessoa como titular de direitos e deveres.²²⁴ Não há que se coadunar, portanto, e apenas no que tange a esse ponto, com J. Lamartine Corrêa de Oliveira, já que a situação do escravo não pode ser comparada com a do judeu ou da mulher, os quais possuem personalidade, sofrendo apenas redução na capacidade de direito. O escravo, ao contrário dos demais exemplos fornecidos, era objeto do direito de propriedade, o que torna sua situação bastante diferente. Ademais, não há qualquer elemento que indique ser o escravo considerado *res* por mera ficção, como afirma o autor.

²²¹ SANTANA, Luiz Joaquim; SZANIAWSKI, Elimar. O direito natural em Roma. *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, v. 46, 1987, p. 43-55. Disponível em: <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs/index.php/direito/article/download/8937/6245>>. Acesso em: 01 abr. 2014. No mesmo sentido, Márnoco e Souza afirma que a influência estoica é responsável pela melhoria das condições dos escravos, e sob esse movimento se filiam, entre outros, a lei Petronia, que proibia os senhores de exporem seus escravos no circo para combater animais ferozes, e um édito de Cláudio, considerando homicídio o assassinato de escravo doente ou ferido (*História das instituições do direito romano, peninsular e português*, p. 37). No mesmo sentido, Theodor Mommsen esclareceu que o estoicismo influenciou a religião romana, mas de maneira a não prejudicar interesses locais, fenômeno que o autor chama de dogmatismo da moralidade (*Histoire romaine*, t. V, p. 269).

²²² PERLINGIERI, Pietro. *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*. Napoli: Jovene, 1972. p. 28.

²²³ CIFUENTES, Santos. *Derechos personalísimos*, p. 7-10. No mesmo sentido: TOBÉNAS, José Castán. *Los derechos de la personalidad*. Madrid: Instituto Reus, 1952. p. 9.

²²⁴ A título de exemplo, Márnoco e Souza menciona que o termo *persona* era utilizado no Código Visigótico para designar justamente o homem que está sujeito à condição servil. Assim, há que se ter máxima cautela com a utilização dos termos àquela época e o seu significado atual (*História das instituições do direito romano, peninsular e português*, p. 53).

2.3 Os direitos da personalidade na Idade Média e a influência do cristianismo

No que tange à Idade Média, cumpre tratar da influência do cristianismo sobre a abordagem dos direitos da personalidade.²²⁵ Na antiguidade clássica, o ser humano era considerado um objeto do Estado, que consumia as esferas sociais, políticas e religiosas em uma unidade natural que absorvia inteiramente o homem.²²⁶ Não seria admissível, portanto, que o indivíduo pretendesse exercer direitos em face do Estado. Com o cristianismo, observa-se uma ruptura de paradigma do caráter sagrado dessa unidade natural para que se reconheça a existência de uma personalidade individual.²²⁷ Todas as pessoas são dotadas do mesmo reconhecimento, já que se encontram em condição de igualdade.²²⁸ A construção da dignidade do ser humano implicou na busca de uma maior tutela da pessoa humana, contra o Estado e quaisquer outros agressores.

A base jurídica para a doutrina cristã foi o direito natural, a partir do qual os direitos da personalidade verdadeiramente se desenvolveram. O jusnaturalismo tem origens remotas, já na antiguidade grega, mas o cristianismo trouxe, como novidade, uma divisão bastante rígida entre os animais e os seres humanos, atribuindo a estes últimos uma alma imortal.²²⁹

²²⁵ Tratando sobre o direito medieval, Daisy Gogliano dedica algumas considerações sobre o Código Visigótico (que data provavelmente do ano de 654), a *Ley das Siete Partidas* (redigidas entre 26 de junho de 1256 e 28 de agosto de 1265) e os povos germânicos. No que tange ao primeiro, a autora reconhece que as disposições dele constantes foram um retrocesso em relação à *actio iniuriarum*, por falta de sistematização e combinação entre preceitos de direito público (direito penal) e privado. Em relação à *Ley das Siete Partidas*, retomou-se a injúria nos parâmetros romanos e em nada se avançou. Com os povos germânicos, também nenhum outro progresso foi feito, tendo em vista que ataques individuais eram tratados como ofensas à tribo (*Direitos privados da personalidade*, p. 54-64). Assim, optou-se aqui por tratar diretamente do cristianismo, fator mais relevante para os direitos da personalidade.

²²⁶ FUSTEL DE COULANGES, Numa-Denis. *A cidade antiga*, p. 296-299: “A cidade tinha sido fundada sobre uma religião e constituída como uma Igreja. Daí sua força; daí também sua onipotência e domínio absoluto que exercia sobre seus membros. Em uma sociedade estabelecida sobre tais princípios, era impossível existir liberdade individual.

O cidadão estava submetido em todas as coisas e, sem qualquer reserva, à cidade. Ele pertencia a ela inteiramente. A religião que havia criado o Estado e o Estado que mantinha a religião sustentavam-se mutuamente como uma unidade; estes dois poderes associados e confundidos formavam um poder quase sobre-humano ao qual alma e corpo estavam igualmente submetidos. (...)

Os antigos não conheciam, pois, nem liberdade de vida, nem liberdade de educação, nem a liberdade religiosa. A pessoa humana representava pouquíssimo ante essa autoridade santa e quase divina, a que se chamava pátria ou o Estado”.

²²⁷ FUSTEL DE COULANGES, Numa-Denis. *A cidade antiga*, p. 521. No mesmo sentido: BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 75.

²²⁸ DONEDA, Danilo. Os direitos da personalidade no Código Civil. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, ano VI, n. 6, jun. 2005, p. 73. Disponível em: <<http://fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revistas06/Docente/03.pdf>>. Disponível em: 10 jun. 2013.

²²⁹ CIFUENTES, Santos. *Derechos personalísimos*, p. 23.

A evolução do direito natural dá-se com os ensinamentos de São Tomás de Aquino (1225-1274), que afirma o direito fundamental da pessoa humana de ser respeitada em sua dignidade.²³⁰ Como bem salienta Diego Leite de Campos, de acordo com o pensamento tomista, o cristão é um indivíduo-em-relação com Deus, o que significa que é feito à sua imagem e semelhança, pois este tipo de comunicação somente pode ser mantido entre iguais. Os seres humanos se diferenciam de todos os demais seres por constituírem substâncias primeiras, isto é, entidades autossuficientes. Os entes coletivos e o Estado, por exemplo, possuem existências secundárias, sendo denominados substâncias segundas.²³¹

Walter Moraes, em texto clássico sobre o pensamento tomista, esclarece que a relação da personalidade e da pessoa é de subsistência e substância. A substância, como esclarecido anteriormente, define-se como aquilo que não depende de qualquer outra coisa para existir.²³² A subsistência é a característica de independência pertinente à substância. Quando a subsistência se encontra em seu grau máximo, tem-se o suposto, definido como “substância singular perfeitamente subsistente e incomunicável” pelo autor, que conclui sua exposição afirmando que “o suposto da natureza racional se diz pessoa”. À subsistência dá o nome de personalidade.²³³

Durante a Idade Média, portanto, o homem adquire uma qualidade de transcendentalidade, reconhecendo-se nele um valor que não é puramente material, e que será a base de desenvolvimento dos direitos da personalidade.²³⁴

A proteção ao indivíduo era buscada muito mais pelo viés espiritual do que pelo jurídico, o que explica a importância do cristianismo para o estudo ora desenvolvido. Muitas relações próprias do direito secular pertenciam ao âmbito da ordem jurídica da Igreja, como as relações pessoais de família, a disciplina das fundações, o cumprimento de testamentos, bem como o direito imobiliário referente aos bens da Igreja.²³⁵

²³⁰ LUCAS-SCHLOETTER, Agnès. *Droit moral et droits de la personnalité*, t. I, p. 34. No mesmo sentido: SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. 2. ed. São Paulo: RT, 2005. p. 36.

²³¹ CAMPOS, Diogo Leite de. Lições de direito da personalidade. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, n. 67, p. 129-223, 1991. p. 148.

²³² OLIVEIRA, Alfredo Emanuel Farias de. *O fundamento dos direitos da personalidade*. Belo Horizonte: Arraes, 2012. p. 22: “o termo *Substância* define um núcleo imutável, existente por si e em si, mas que permite o aporte existencial ou o suporte de sucessivas qualidades resultantes de transformações operadas na matéria e radicadas na substância”. O mesmo autor salienta que o trabalho de Tomás de Aquino retoma concepções aristotélicas já existentes acerca da substância, a qual é encontrada na pessoa (p. 30).

²³³ MORAES, Walter. Concepção tomista de pessoa: um contributo para a teoria do direito da personalidade, p. 192. No mesmo sentido: OLIVEIRA, Alfredo Emanuel Farias de. *O fundamento dos direitos da personalidade*, p. 36-37.

²³⁴ GODOY, Cláudio Luiz Bueno. *A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade*, p. 19.

²³⁵ WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004. p. 68.

Não há que se olvidar, contudo, que, a despeito da influência do cristianismo supramencionada, a Igreja não combateu a escravidão, já que entendia que a igualdade das pessoas se dá apenas perante Deus, e não entre os homens.²³⁶ A distinção que ocorre entre religião e Estado ante a ingerência do cristianismo é destacada por Fustel de Coulanges, frisando o autor que é a primeira vez na história dos povos antigos que isso se observa com tamanha nitidez.²³⁷ Assim, não há que se vislumbrar, em período tão remoto, a criação de direitos da personalidade, mas sim influências filosóficas importantes para os direitos criados posteriormente.²³⁸

Mesmo sendo notado o desprestígio pela busca de proteção jurídica à pessoa, desenvolve-se a ideia do direito natural como aquele representado por um conjunto de normas eternas, universais, que não precisam ser escritas, pois podem ser reveladas pela razão,²³⁹ conforme mais bem esclarecido a seguir.

2.4 A Escola do direito natural

A eflorescência do direito natural é atribuída aos ensinamentos de São Tomás de Aquino, conforme mencionado no item precedente,²⁴⁰ mas este se aperfeiçoa verdadeiramente no Renascimento, com a doutrina humanista, e, em momento posterior, com os trabalhos de Hugo Grócio (*De jure belli ac pacis*, de 1625) e seus discípulos.²⁴¹

O humanismo é o principal valor cultivado no Renascimento e, mais do que representar uma corrente filosófica, constitui um método de aprendizado que utiliza a razão

²³⁶ GOMES, Luiz Roldão de Freitas. Noção de pessoa no direito brasileiro. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, São Paulo, v. 16, n. 61, p. 15-34, jul./set. 1992. p. 19. No mesmo sentido: MARNOCO E SOUZA, José Ferreira. *História das instituições do direito romano, peninsular e português*, p. 41: “O numero de escravos possuídos pela Igreja foi considerável e a historia prova que elles foram duramente tractados por ella, peorando até muito a sua condição pela diffículdade de alienar os bens que pertenciam ás corporações ecclesiásticas. Os Padres da Igreja fallam da ignominia da escravidão e da baixeza dos escravos, nos mesmos termos em que o faziam os pagãos” (a diferença na grafia das palavras se deve ao próprio texto).

²³⁷ FUSTEL DE COULANGES, Numa-Denis. *A cidade antiga*, p.519.

²³⁸ CAMPOS, Diogo Leite de. Os direitos da personalidade: gênese e sentido. *Revista Doutrinária*, Rio de Janeiro, v. 4, n. 4, p. 27-48, maio 2001. p. 30.

²³⁹ LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos – um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia da Letras, 1988. p. 36.

²⁴⁰ É possível levar a investigação das origens do direito natural a período ainda mais distante, com Aristóteles e os estoicos, mas optou-se, neste trabalho, pelo início em São Tomas de Aquino.

²⁴¹ Abordam-se aqui, aproximadamente, os séculos 1600 a 1800, conforme preleção de Franz Wieacker (*História do direito privado moderno*, p. 279).

humana e a evidência empírica para a obtenção de conclusões.²⁴² O humanismo afirma a dignidade do homem e o coloca no centro do mundo (antropocentrismo) como investigador da natureza.²⁴³ Formula-se o *ius in se ipsum*, um direito geral de personalidade em estado primitivo, que justificará o surgimento das primeiras noções de direito subjetivo.²⁴⁴

O primeiro período dos jusnaturalistas da época moderna ainda está diretamente vinculado à doutrina escolástica e teológica e não tem qualquer preocupação política. Com essa primeira iniciativa, não se busca a ruptura com a metafísica teocêntrica do direito, nem se constroem pressupostos metodológicos para um sistema jurídico autônomo,²⁴⁵ mas definem-se os contornos do direito natural, de modo a associá-lo a tudo que é racionalmente necessário, em qualquer circunstância.²⁴⁶

A escola do direito natural é responsável pelo reconhecimento de que o indivíduo tem direitos inatos, justificados pela razão.²⁴⁷ Os filósofos consideram que o homem é um fim em si mesmo, destacando a importância de sua liberdade. O direito à liberdade é decorrente de um princípio geral anterior ao homem: é um direito inato porque não precisa ser adquirido.²⁴⁸ Ademais, o jusnaturalismo entende como injusto tudo o que repugna à natureza da sociedade. Assim, o Estado deve garantir os direitos naturais do cidadão, por meio de um contrato em que os homens submetem parte de sua liberdade em troca da defesa institucionalizada de seus direitos. O estado de natureza é anterior à organização Estatal e, como tal, deve ser respeitado.²⁴⁹

Dessa forma, o direito natural, já tendo sofrido processo de laicização desde Grócio, difundiu a tese do contrato social como explicação da origem do Estado, da Sociedade e do Direito.²⁵⁰ Não há consenso, todavia, sobre a natureza humana e o estado do homem antes de integrar a organização entre os contratualistas. De um lado, tem-se a visão absolutamente pessimista de Thomas Hobbes, e, de outro, a vertente mais crédula, de John Locke e Jean-Jacques Rousseau.

²⁴² ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. *Direitos da personalidade – aspectos essenciais*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 37.

²⁴³ PERLINGIERI, Pietro. *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, p. 28.

²⁴⁴ SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*, p. 38. No mesmo sentido: LACERDA, Dennis Otte. *Direitos da personalidade na contemporaneidade – a repactuação semântica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2010. p. 24.

²⁴⁵ WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*, p. 303.

²⁴⁶ WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*, p. 327-328.

²⁴⁷ GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade*, p. 21.

²⁴⁸ LUCAS-SCHLOETTER, Agnès. *Droit moral et droits de la personnalité*, t. I, p. 43.

²⁴⁹ GOGLIANO, Daisy. *Direitos privados da personalidade*, p. 92-93.

²⁵⁰ LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos – um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*, p. 121.

Segundo Thomas Hobbes, o homem não é um animal naturalmente social, como afirmava Aristóteles. Em verdade, no estado de natureza,²⁵¹ o homem pensa ter direito a tudo e vive em guerra.²⁵² Faz-se necessária, assim, a lei da natureza (*lex naturalis*), que se trata de uma regra geral estabelecida pela razão e que impede a destruição do ser humano por ele mesmo.²⁵³ Como existe o estado constante de guerra, é necessário que as pessoas aceitem determinada organização para a manutenção da paz, cuja solução, segundo Hobbes, é o Estado absolutista.²⁵⁴ Como existe igualdade moral entre os homens e seus desejos, e é justamente essa condição igualitária que leva ao estado de guerra, é necessário que o soberano esteja apto a controlar todos os súditos pelo temor.²⁵⁵ Esse posicionamento, posteriormente, justificará o positivismo, já que a fonte última da lei será, então, o soberano, não havendo mais que se buscar as regras da moralidade para soluções equânimes.²⁵⁶

John Locke também incorporou o direito natural aos seus trabalhos, mas é visto como o grande antagonista de Hobbes no que tange aos seus fundamentos, pois nega o constante estado de guerra propugnado por este último. A pessoa é considerada humana em razão da propriedade de seu próprio ser, que se reflete sobre os bens passíveis de apropriação. Segundo seu posicionamento, os direitos naturais inalienáveis do indivíduo constituem o cerne do estado civil, motivo pelo qual lhe foi atribuída a paternidade do individualismo liberal. Locke, assim como Hobbes, defende que a passagem do estado de natureza para o estado civil se faz mediante o contrato social, mas entende que o estado que o antecede não é beligerante, mas, sim, pacífico e de igualdade entre os homens.²⁵⁷ No estado de natureza, as pessoas, utilizando de sua própria racionalidade, podem fazer valer seus direitos e impedir a vulneração de sua propriedade física e material.²⁵⁸ É claro, porém, que a falta de um poder coercitivo gera inúmeras inconveniências, o que recomendará a formação de um governo civil. O inegável proveito de um juiz institucional que possa

²⁵¹ O estado de natureza é aquele em que cada homem, sendo o que ele é, necessariamente se comportaria se não houvesse autoridade para impor leis ou o cumprimento de contratos (CAMPOS, Diogo Leite de. Lições de direito da personalidade, p. 151).

²⁵² HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Tradução de Rosana D'Angina. São Paulo: Martin Claret, 2011. p. 95.

²⁵³ HOBBS, Thomas. *Leviatã*, p. 97-98.

²⁵⁴ PIPES, Richard. *Propriedade e liberdade*. Tradução de Luiz Guilherme B. Chaves e Carlos Humberto Pimentel Duarte da Fonseca. Rio de Janeiro-São Paulo, 2001. p. 53.

²⁵⁵ MACPHERSON, Crawford Brough. *The political theory of possessive individualism*. Oxford: Oxford University Press, 1962. p. 75.

²⁵⁶ WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*, p. 302.

²⁵⁷ LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. Tradução de Júlio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 382-383.

²⁵⁸ LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*, p. 385-386.

decidir entre as reivindicações dos litigantes conduz os homens a formarem uma sociedade e abandonarem o estado de natureza.²⁵⁹ A solução resultante do contrato social, contudo, não é a mesma oferecida por Hobbes, de um soberano com poder absoluto ou arbitrário; a monarquia absoluta é refutada e colocada como incompatível com a sociedade civil.²⁶⁰ O posicionamento político de Hobbes foi severamente criticado, e não teve influência nem mesmo na Inglaterra, ao contrário do que se deu com Locke,²⁶¹ que viria a agradar a cena política vigente à época.

O estado de natureza na concepção de Jean-Jacques Rousseau é um estado de equilíbrio entre o que o homem tem e o que ele possui, pois se encontra desprovido de ganância e de imaginação para obtenção de outras coisas.²⁶² Esse conceito é de importância fundamental do ponto de vista do sistema jurídico francês, já que constitui o fundamento filosófico da obra *Contrato Social*, que servirá de inspiração aos revolucionários franceses e à redação da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789. Com essa concepção, Rousseau busca explicar como o homem passa do estado de natureza à sua reunião em sociedade e quais são as consequências dessa mudança.²⁶³ Rousseau, ao contrário de Locke, não enxerga o homem como naturalmente sociável, mas também se distingue de Hobbes, ao afirmar que o ser humano tem uma bondade que lhe é ínsita.²⁶⁴ Sua visão do estado de natureza tem um caráter quase religioso de paraíso, em que se vive em abundância e todos são livres e iguais como os animais. A humanidade desvia-se dessa situação não por vontade própria,²⁶⁵ mas por mera eventualidade, pois a natureza se tornou, repentinamente, pouco hospitaleira, e compeliu os homens a lutarem contra o frio e o calor excessivos, a falta de alimentos, entre outras catástrofes naturais. Quando se depara com tal situação, o homem demonstra ser diferente dos animais, já que ele possui o potencial de desenvolver paixões e desejos que não tinha primitivamente, assim como de adquirir a capacidade de raciocínio, ao que o autor chama de perfeição (*perfectibilité*) do homem.²⁶⁶

²⁵⁹ LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*, p. 397 e 400.

²⁶⁰ LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*, p. 461.

²⁶¹ WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*, p. 344. No mesmo sentido: LACERDA, Dennis Otte. *Direitos da personalidade na contemporaneidade – a repactuação semântica*, p. 25.

²⁶² ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes* (1754). Disponível em: <<http://eet.pixel-online.org/files/etranslation/original/Rousseau%20JJ%20Discours%20sur.pdf>>. Acesso em: 30 mar. 2014. p. 21-22.

²⁶³ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Du contrat social* (1762). Disponível em: <http://classiques.uqac.ca/classiques/Rousseau_jj/contrat_social/Contrat_social.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2014. p. 9.

²⁶⁴ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, p. 31.

²⁶⁵ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Du contrat social*, p. 13.

²⁶⁶ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, p. 36.

A saída do estado de natureza levou os homens a se agruparem em cidades, e instaurarem um regime de propriedade, do qual decorrem as desigualdades e o estado de guerra.²⁶⁷ É em virtude desse estado de guerra superveniente que há de se estabelecer leis e de fazer com que os homens se submetam a uma autoridade comum.²⁶⁸ Como a sociedade engendra a corrupção, é necessário que o legislador atue fortemente para garantir a igualdade e a liberdade. É aqui, portanto, que surge a necessidade de um contrato social.²⁶⁹ A vontade social, segundo seu entendimento, não é a somatória das vontades individuais, o que seria autodestrutivo, mas decorre sim de um interesse geral, ou seja, do que é melhor para a coletividade. A vontade coletiva é a decisão coletiva do povo soberano, que exprime a escolha racional de cada um, e à qual os indivíduos chegam por serem racionais e conceberem que não são somente seus interesses que devem ser levados em consideração. A soberania pertence ao povo, e não à monarquia ou à aristocracia. Para que aceitem ser liderados, os homens devem discutir uma forma de associação que possa defender cada um deles convenientemente.²⁷⁰

É possível observar a ligação do jusracionalismo e do iluminismo, como bem mencionado por Franz Wieacker:

“O jusracionalismo e o iluminismo do séc. [sic] XVII e XVIII não são por natureza idênticos. O jusracionalismo foi a nova versão de uma filosofia social continuamente presente na tradição antigo-ocidental; o iluminismo, apesar da sua fundamentação filosófica, foi uma ruptura moral ou, em última análise, religiosa, no sentido de uma nova atitude perante a vida, da qual surgiu [sic] uma modificação da opinião pública e grandes reformas da vida política. Mas ambos os movimentos estão intimamente ligados: tanto quanto à sua origem, uma vez que o sistema do novo jusracionalismo só se tornou possível através dos pensadores do primeiro iluminismo, como Galileu e Descartes, quer quanto à sua acção, já que o iluminismo justificou jusracionalmente as suas exigências humanitárias, tais como a abolição dos delitos de magia, da tortura e das penas corporais”.²⁷¹

²⁶⁷ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, p. 37.

²⁶⁸ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, p. 45.

²⁶⁹ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, p. 50: “Sans entrer aujourd'hui dans les recherches qui sont encore à faire sur la nature du pacte fondamental de tout gouvernement, je me borne en suivant l'opinion commune à considérer ici l'établissement du corps politique comme un vrai contrat entre le peuple et les chefs qu'il se choisit, contrat par lequel les deux parties s'obligent à l'observation des lois qui y sont stipulées et qui forment les liens de leur union” Tradução livre: “Sem entrar hoje nas pesquisas que ainda estão sendo feitas sobre a natureza do pacto fundamental de todo governo, eu apenas sigo a opinião comum ao considerar aqui o estabelecimento do corpo político como um verdadeiro contrato entre as pessoas e os chefes que escolheram, contrato pelo qual duas partes se obrigam à observação das leis que lhe foram estipuladas e que formam os laços de sua união”. No mesmo sentido: ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Du contrat social*, p. 17.

²⁷⁰ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Du contrat social*, p. 20.

²⁷¹ WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*, p. 353-354.

Na esfera do direito civil, o iluminismo foi o propulsor do fim dos privilégios, da restrição à liberdade pessoal e das discriminações corporativas e profissionais. A secularização das ideias implicou na sua racionalização.²⁷² A partir desse momento, o movimento de reconhecimento dos direitos humanos não poderia mais ser freado.

Dennis Otte Lacerda salienta, todavia, que a teoria dos direitos da personalidade, ao mesmo tempo em que foi impulsionada pelo direito natural, também foi por ele contida, já que o triunfo das ideias de John Locke e do sistema antropocêntrico da escola de direito natural culminou na localização dos direitos subjetivos na dicotomia entre indivíduo e Estado, isto é, na proteção do primeiro em face do segundo. O *ius in se ipsum* passou a ser entendido como um mero poder da vontade individual, exercitado apenas em relação ao Estado, mas não em relação aos demais indivíduos.²⁷³

Nesse contexto, inserem-se as Declarações de Direitos Norte-Americanas,²⁷⁴ que se concentram na liberdade de expressão, opinião, religião, e igualdade perante a lei, transformando os antigos direitos naturais em direitos positivos, e elevando-os à categoria de direitos fundamentais, sempre analisados em oposição ao Estado.²⁷⁵ Dessas declarações se retiram alguns baluartes essenciais, como: a impossibilidade de supressão ou alienação dos direitos fundamentais, a possibilidade de mudança do regime político e dos governantes, bem como a completa rejeição aos privilégios pessoais.²⁷⁶

Segue-se, então, a Revolução Francesa, de 1789, como marco histórico do jusnaturalismo clássico.²⁷⁷ Como bem salienta Daisy Gogliano, “é a consagração dos direitos fundamentais, universais, inatos e individuais, também considerados direitos da personalidade, cuja proteção é dada em face dos desmandos e arbitrariedades do poder público”²⁷⁸. Esses direitos não são propriamente os de personalidade, mas se identificam com todas as situações jurídicas subjetivas essenciais para a definição de um cidadão.²⁷⁹

A Revolução Francesa teve um caráter generalizante que não se observou nos Estados Unidos, em que havia a preocupação preponderante na garantia da própria

²⁷² AZEVEDO, Antonio Junqueira. O direito, ontem e hoje. Crítica ao neopositivismo constitucional e insuficiência dos direitos humanos. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira. *Novos estudos e pareceres de direito privado*. 1. ed., 2. tir. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 3-14. p. 8.

²⁷³ LACERDA, Dennis Otte. *Direitos da personalidade na contemporaneidade* – a repactuação semântica, p. 25.

²⁷⁴ A declaração do Estado da Virgínia é de 12 de junho de 1776, a do Estado da Pensilvânia é de 16 de agosto de 1776, e a de Massachusetts é de 1780.

²⁷⁵ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 110-111.

²⁷⁶ SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*, p. 40-41.

²⁷⁷ CIFUENTES, Santos. *Derechos personalísimos*, p. 29.

²⁷⁸ GOGLIANO, Daisy. *Direitos privados de personalidade*, p. 97.

²⁷⁹ PERLINGIERI, Pietro. *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, p. 31.

independência.²⁸⁰ A igualdade, muito mais do que a liberdade,²⁸¹ é seu ponto central. A classe burguesa, até então desfavorecida, é alçada ao exercício do poder político. As Declarações originadas da Revolução Francesa foram inspiradas a partir das Declarações das antigas colônias americanas, mas também pelos temas de clamor geral do povo francês, que se voltava veementemente contra as ordens do clero e da nobreza. As principais preocupações da classe burguesa foram devidamente endereçadas na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão: a garantia da propriedade privada, anacronicamente entendida como sagrada,²⁸² e o princípio da estrita legalidade na criação e na cobrança de tributos.²⁸³ É inegável a influência do jusnaturalismo, conforme se observa dos dois primeiros artigos:

“Art. 1º Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundamentar-se na utilidade comum”.

“Art. 2º A finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão”.²⁸⁴

Além da Declaração supramencionada, a Constituição de 1791 também possui uma declaração de direitos acrescentando novas prerrogativas e reforçando o caráter antiaristocrático e antifeudal do novo regime. Foi também precursora no reconhecimento de direitos humanos de caráter social e no controle judicial da constitucionalidade das leis.²⁸⁵

O jusracionalismo exercerá grande influência sobre o processo de codificação subsequente, já que a crença em um direito absolutamente justo gera a falsa ilusão de que o legislador pode abranger todas as situações possíveis em uma única lei, que será sempre

²⁸⁰ OLIVEIRA, Alfredo Emanuel Farias de. *O fundamento dos direitos da personalidade*, p. 55.

²⁸¹ A questão da liberdade é abordada principalmente nos arts. 10 e 11 da Declaração de Direitos do Homem, a seguir reproduzidos: “Art. 10. Ninguém deve ser inquietado por suas opiniões, mesmo religiosas, desde que sua manifestação não perturbe a ordem pública estabelecida pela lei”; e “Art. 11. A livre comunicação dos pensamentos e opiniões é um dos direitos mais preciosos do homem; todo cidadão pode pois falar, escrever, imprimir livremente, respondendo, todavia, pelo abuso dessa liberdade nos casos determinados pela lei”.

²⁸² Nesse sentido, verifique-se o art. 17 da Declaração de Direitos do Homem: “Art. 17. Sendo a propriedade um direito inviolável e sagrado, ninguém pode dela ser privado, a não ser quando a necessidade pública, legalmente verificada, o exigir de modo evidente, e sob a condição de uma justa e prévia indenização”.

²⁸³ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*, p. 148. No mesmo sentido: BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*, p. 99.

²⁸⁴ Versão em português disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos_anteriores_à_criação_da_sociedade_das_nacoes_até_1919/declaracao_de_direitos_do_homem_e_do_cida_dao_1789.htm>. Disponível em: 01 set. 2014.

²⁸⁵ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*, p. 149.

válida.²⁸⁶ O lado negativo desse posicionamento será percebido em momento posterior, quando os Códigos Civis se mostrarem excessivamente rígidos e pouco adaptáveis a mudanças sociais.²⁸⁷

2.5 Os direitos da personalidade no século XIX

Como mencionado no tópico anterior, a Revolução Francesa e a escola jusnaturalista promoveram a consagração dos direitos da personalidade no âmbito do direito público e do direito internacional,²⁸⁸ o que, entretanto, não se verificou na esfera dos direitos privados.

Durante o século XVIII, entendia-se que a matéria de direitos da personalidade não deveria ser tratada nos Códigos de Direito Civil. Nesse sentido, Giorgio Pino chama atenção para o silêncio eloquente do Código Napoleônico de 1804, que trata apenas das condições para aquisição de direitos, e não da proteção dos direitos da personalidade, ao passo que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789,²⁸⁹ traz esses direitos apenas sob a óptica publicística.²⁹⁰

Da Revolução, o Código Napoleônico guardou os ideais liberais, garantindo a máxima proteção ao direito de propriedade porque esta é entendida como um atributo da personalidade humana. A noção de direito natural traduziu-se na supremacia da vontade em relação aos contratos. Ficou conhecido, por decorrência, como um “código dos bens”,

²⁸⁶ LACERDA, Dennis Otte. *Direitos da personalidade na contemporaneidade* – a repactuação semântica, p. 65: “(...) os códigos oitocentistas são elaborados segundo uma especial técnica de redação: arrolam artigos talhados segundo a lógica clássica da ‘fattispecie’ e efeito, isto é, norma que traça uma hipótese seguida por uma correlativa consequência jurídica. (...) A racionalização iluminista quer um ordenamento jurídico renovado e simplificado, aplicável diretamente pelo cidadão, restando dispensada a mediação judicial. A justiça resta mecanizada, reduzida a mera aplicadora de uma lei que se pretende plena em soluções. A tradição e o desenvolvimento jurídico se estagnaram”.

²⁸⁷ MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 116.

²⁸⁸ DE MATTIA, Fábio Maria. Direitos da personalidade: aspectos gerais. In: CHAVES, Antônio. *Estudos de direito civil*. São Paulo: RT, 1979. p. 100.

²⁸⁹ Cabe salientar, igualmente, que a Constituição Francesa de 1848 analisa a questão ora tratada sobre a vertente publicística. Ainda que represente grande avanço no que tange ao tratamento dos direitos humanos, muito pouco é dito sobre os direitos da personalidade. Ademais, de maneira questionável e contraditória com relação aos princípios nela enunciados, declara o território da Argélia e das colônias como território francês (COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*, p. 166).

²⁹⁰ PINO, Giorgio. Teorie e dottrine dei diritti della personalità. Uno studio di meta-giurisprudenza analitica. *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, Bologna, v. 33, n. 1, p. 237-274, jun. 2003. p. 247. A análise publicística dos direitos da personalidade não se observou apenas na França, mas em quase todo o ocidente, como rememora Antônio Menezes Cordeiro (Os direitos de personalidade na civilística portuguesa. *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, v. 61, n. 3, 2001. Disponível em: <<http://www.estig.iplieja.pt/~ac.direito/MCordeiro2001.pdf>>. Disponível em: 10 jan. 2014. p. 1233).

ou seja, do patrimônio.²⁹¹ No que tange aos direitos da personalidade, o Código promove apenas a proteção do nome, tratado ainda como direito da propriedade de seu titular. A honra e a vida privada somente são protegidas na esfera penal, pela criminalização dos delitos de injúria e de quebra de sigilo.²⁹² Trata-se de uma legislação que é expressão genuína da revolução que almejava acabar com o feudalismo e instaurar um novo sistema, de modo a propiciar a ascensão da classe burguesa. Assim, a igualdade buscada era meramente formal, e não substancial.²⁹³

A despeito do tratamento pouco avançado concedido aos direitos da personalidade, percebe-se, na legislação francesa, uma maior preocupação com os direitos autorais que, àquela época, eram caracterizados como propriedade intelectual, e não como direitos da personalidade. Na primeira metade do século XIX, já se menciona a existência de um direito à paternidade e à integridade da obra, que remanescem válidos mesmo com a cessão de direitos. A evolução para o conceito dualista de direitos de autor – direitos patrimoniais e extrapatrimoniais – já data deste período, assim como os primeiros entendimentos de que, na verdade, o direito autoral não é um direito de propriedade, mas sim um direito pessoal *sui generis*.²⁹⁴

Os Códigos Civis que se seguiram ao Código Napoleônico acabaram sendo influenciados pelo seu viés patrimonialista, e não trataram os direitos da personalidade. Como exceção, pode-se lembrar do Código Austríaco de 1811 (ABGB – Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch), que, em seu art. 16, estabelece que todos os homens têm direitos inatos e devem ser considerados pessoas.²⁹⁵

As grandes codificações liberais, contudo, não ignoraram a esfera moral da pessoa, mas a tomaram de maneira pressuposta, ou mesmo subentendida, destacando, ao revés, a função libertadora que a propriedade tem para o indivíduo. O êxito do Código Napoleônico foi monumental, e sua expansão somente foi diminuída com a pandectística e o Código Civil alemão de 1900, o que remete então o prosseguimento do estudo à Escola Histórica.

²⁹¹ LUCAS-SCHLOETTER, Agnès. *Droit moral et droits de la personnalité*, p. 46.

²⁹² CIFUENTES, Santos. *Derechos personalísimos*, p. 40.

²⁹³ PERLINGIERI, Pietro. *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, p. 38.

²⁹⁴ LUCAS-SCHLOETTER, Agnès. *Droit moral et droits de la personnalité*, p. 58-59.

²⁹⁵ Versão em italiano do mencionado artigo: “§ 16. Ogni uomo ha dei diritti innati che si conoscono colla sola ragione, egli perciò è da considerarsi come una persona. La schiavitù o proprietà sull'uomo, e l'esercizio della potestà ad essa relativa non sono tollerati in questi Stati”. Tradução livre: “Cada homem tem direitos inatos que se conhecem simplesmente com a razão, e por isso deve ser considerado uma pessoa. A escravidão ou a propriedade sobre o homem e o exercício do poder a ela relativo não serão tolerados nesses Estados”.

A Escola Histórica alemã surge como uma reação ao liberalismo e tem por objetivo a renovação da ciência jurídica pela construção de um sistema dogmático de direito privado. Esta vertente sofre grande influência do positivismo científico e clama por uma concepção de direito sem referência às noções estranhas ao campo jurídico, sejam elas religiosas, éticas, econômicas ou sociológicas. Seu objeto é determinado previamente pela historicidade do direito da atualidade, e não pelas abstrações advindas do jusracionalismo iluminista. O Direito passa a ser não mais uma junção de leis naturais gerais, mas sim um conteúdo vivo, constantemente alterado pelas mudanças do presente.²⁹⁶ Como bem salienta Celso Lafer, o Direito passa a ser um produto da história, e não da razão.²⁹⁷

Savigny, o maior representante dessa doutrina, é um ferrenho crítico do Código Civil francês²⁹⁸ e dos códigos escritos de maneira geral, exaltando o direito costumeiro de origem romana.²⁹⁹ Seu posicionamento é também radicalmente contrário à criação de uma categoria de direitos da personalidade, pois sustenta que se trata apenas de um reflexo do direito objetivo do qual se poderia retirar uma proteção jurídica.³⁰⁰ Segundo o raciocínio por ele desenvolvido, caso se admitisse que os direitos da personalidade sejam uma categoria autônoma de direitos subjetivos que tem por objeto a própria pessoa, justificar-se-iam a ampla disposição do corpo e até mesmo o suicídio,³⁰¹ tema sobre o qual se tratou no item 1.3.4.³⁰²

O direito natural passa, então, por um período de desprestígio, o que geralmente acontece quando predominam modelos essencialmente racionalistas, em virtude da duplicidade de ordens por ele introduzida. O direito natural é incompatível com a pretensão de exclusão da discussão da validade material e da justiça do âmbito jurídico.³⁰³

²⁹⁶ WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*, p. 444: “O direito estaria antes inevitável e predominantemente preso, de acordo com uma necessidade forçosa, aos seus pressupostos históricos; a ‘matéria’ do direito actual estava portanto predeterminada pelo passado total da nação, e por isso só podia ser encontrado e mantido através de uma ciência histórica. (...) Pois Savigny não entende a história como uma dinâmica vital irracional, determinista, mas como a tradição espiritual entre o ontem e o hoje, ou seja – com recurso a um conceito hoje muito referido – como história actuante [Wirkungsgeschichte] na qual a razão humana e a liberdade estão inseridos [sic]”.

²⁹⁷ LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos* – um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt, p. 42-43.

²⁹⁸ RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*, p. 97.

²⁹⁹ WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*, p. 468.

³⁰⁰ LACERDA, Dennis Otte. *Direitos da personalidade na contemporaneidade* – a repactuação semântica, p. 27.

³⁰¹ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*, p. 27.

³⁰² Saliente-se que esta matéria não gera mais controvérsia na doutrina, tendo em vista que já há entendimento de que o objeto não é a própria pessoa, mas sim seus prolongamentos, como se esclarecerá no capítulo posterior.

³⁰³ WEINERT, Iduna E. O direito da personalidade como direito natural geral: corrente naturalista clássica. *Revista de Informação Legislativa: Brasília*, v. 27, n. 108, p. 221-228, out./dez. 1990. p. 227.

O entendimento de Savigny³⁰⁴ e de alguns de seus discípulos não foi suficiente, contudo, para impedir o desenvolvimento da matéria. O direito civil alemão, já nesta época, não era dominado pela noção de propriedade, como era o caso da França. Fiel à concepção do direito romano, a doutrina majoritária entendia que a propriedade somente poderia recair sobre bens materiais, o que facilitou a criação, de maneira pioneira, dos direitos da personalidade como uma categoria de direitos especiais, originários, ligados à pessoa humana, os quais a ordem jurídica deveria reconhecer e proteger.³⁰⁵

A teoria que negava a existência de direitos da personalidade foi atacada com vigor pelo trabalho de Karl Gareis. De acordo com esse autor, tais direitos são diferentes dos demais por serem oponíveis *erga omnes*, assim como os direitos reais, mas, diferentemente destes, encontram fundamento no próprio homem e na manutenção de sua existência, e não em bens que lhe são externos.³⁰⁶ A personalidade é vista como um valor inerente e indispensável ao ser humano, o que justifica a especialidade da categoria de direitos subjetivos. A doutrina também influenciou o tratamento concedido aos direitos de autor na Alemanha, de modo a se entender que se trataria de direitos pessoais especiais, e não direitos de propriedade.³⁰⁷

2.6 O século XX e a eclosão dos direitos da personalidade

O século XX é o momento da consolidação e aprofundamento dos direitos da personalidade, bem como de seu ingresso maciço nas legislações de diversos ordenamentos jurídicos, inclusive nos Códigos Civis.³⁰⁸

Na França, esta inserção no Código Civil não ocorreu, cabendo à doutrina definir as principais características desses direitos, oponíveis *erga omnes*, e inestimáveis em pecúnia. A natureza jurídica do nome, que até então era visto como direito de propriedade, passa a ser considerado direito da personalidade, já que identificado com a identidade pessoal. O direito à imagem é consagrado pelos Tribunais, que garantem que qualquer pessoa pode se opor à reprodução de suas feições. O direito à intimidade é protegido por meio do sigilo das correspondências privadas. Por fim, o direito à honra é ainda prioritariamente

³⁰⁴ Sobre o assunto, verifique-se o item 1.3.4.

³⁰⁵ LUCAS-SCHLOETTER, Agnès. *Droit moral et droits de la personnalité*, p. 60-61.

³⁰⁶ GAREIS, Karl. *Das juristische Wesen der Autorrechte, sowie des Firmen – und Markenschutzes*: BuschsA 35 (1877) 185-210 apud LUCAS-SCHLOETTER, Agnès. *Droit moral et droits de la personnalité*, p. 64.

³⁰⁷ LUCAS-SCHLOETTER, Agnès. *Droit moral et droits de la personnalité*, p. 70.

³⁰⁸ CIFUENTES, Santos. *Derechos personalísimos*, p. 41.

protegido pelo direito penal, mas já se fala em indenização de danos morais em decorrência da injúria e da difamação.³⁰⁹

Na Alemanha, o século XX é marcado pela entrada em vigor de um novo Código Civil – o *Bürgerliche Gesetzbuch* (BGB) –, o qual, a despeito da ampla discussão que já se mantinha sobre os direitos da personalidade, especialmente sob a influência de Gierke, não previu disposições sobre os direitos da personalidade, com exceção do direito ao nome (§ 12º).³¹⁰ O BGB se destacou pela presença recorrente das chamadas cláusulas gerais, válvulas de abertura do sistema que, concomitantemente, vinculam e conferem liberdade ao juiz. A referência à boa-fé, aos hábitos, e à justa causa, por exemplo, transformou o Código em uma legislação mais adaptada às mutações e, com isso, mais duradoura.³¹¹

O direito da personalidade alemão diferenciou-se do francês no sentido de ser vislumbrado como um único direito, geral, do qual emanava uma série de outros direitos.³¹² A jurisprudência francesa tratava a matéria a partir de diversos direitos individualmente considerados.³¹³

Os juristas alemães são, assim, considerados os criadores da sistematização dos direitos da personalidade, tendo cunhado o termo hoje utilizado.³¹⁴ A despeito de tal fato, é o Código Civil italiano de 1942 o precursor na codificação da matéria, devotando diversos artigos aos direitos da personalidade, e tornando-se uma referência e modelo às legislações de diversos outros países. Nele, estão previstos o direito ao próprio corpo, à imagem e ao nome.³¹⁵

³⁰⁹ LUCAS-SCHLOETTER, Agnès. *Droit moral et droits de la personnalité*, p. 88-94. Os direitos da personalidade em espécie serão abordados no Capítulo 5, com referência àqueles pertinentes à pessoa jurídica.

³¹⁰ O mencionado artigo tem a seguinte redação em inglês (conforme tradução disponível em: <http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p0043>): “Section 12. Right to a name. If the right of a person to use a name is disputed by another person, or if the interest of the person entitled to the name is injured by the unauthorized use of the same name by another person, the person entitled may require the other to remove the infringement. If further infringements are to be feared, the person entitled may seek a prohibitory injunction”. Tradução livre: “Art. 12. Direito ao nome. Se o direito de uma pessoa de utilizar seu nome é disputado por outra pessoa, ou se o interesse do titular do direito é violado pelo uso não autorizado do mesmo nome por outra pessoa, o titular pode requerer que a outra abstenha-se de utilizá-lo. Se houver perigo de outras violações, o titular pode buscar um interdito proibitório”.

³¹¹ WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*, p. 545.

³¹² SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*, p. 45-46. Leonardo Estevam de Assis Zanini esclarece que, após a entrada em vigor do Código Civil alemão, houve um período de retrocesso no tratamento aos direitos da personalidade, já que o entendimento jurisprudencial era de que não havia sido previsto no ordenamento jurídico um direito subjetivo geral da personalidade. Dessa forma, até 1945, há pouquíssimas decisões sobre o tema (*Direitos da personalidade – aspectos essenciais*, p. 47). Posteriormente, essa situação será alterada, com a assimilação do direito geral de personalidade.

³¹³ LUCAS-SCHLOETTER, Agnès. *Droit moral et droits de la personnalité*, p. 98.

³¹⁴ DE MATTIA, Fábio Maria. *Direitos da personalidade: aspectos gerais*, p. 102.

³¹⁵ OLIVEIRA, Alfredo Emanuel Farias de. *O fundamento dos direitos da personalidade*, p. 55.

Em síntese, Pietro Perlingieri afirma que o tratamento legislativo e codificado dos direitos da personalidade passa por três fases. A primeira delas é caracterizada por uma postura jusnaturalista, iluminista, na qual os direitos da personalidade são vistos como liberdade negativa: o direito de conservar o mínimo para a existência. Em razão dessa visão, as disposições normativas são genéricas, como se observa do Código Austríaco supramencionado, que não procede à enumeração dos direitos da personalidade tutelados. Na segunda fase, que se inicia com o século XX, verifica-se a necessidade de abordagem dos mencionados direitos sob a óptica do direito privado, motivo pelo qual passam a integrar os códigos civis com mais detalhes. O Código italiano se encontra inserido neste segundo momento. Finalmente, a terceira fase tem início após a Segunda Guerra Mundial e caracteriza-se pela proteção da personalidade de maneira substancial – este é o período das Declarações Universais e das Constituições. Trata-se de momento de superação da dicotomia entre o direito público e o direito privado para a mais ampla proteção da pessoa humana.³¹⁶

Segue o presente estudo, então, com o exame da referida terceira fase dos direitos da personalidade.

2.7 As grandes declarações do século XX

O destaque dado à proteção da dignidade humana nesse período deve-se aos horrores das duas Guerras Mundiais.³¹⁷ Torna-se incontestável o enorme perigo que um poder estatal ilimitado poderia trazer à raça humana, ainda que avalizado pela maioria. A fim de garantir direitos mínimos em nível internacional, proliferaram-se as Declarações de Direitos, cujos preceitos acabam lentamente sendo internalizados pelas Constituições. Assim, como bem assinala José de Oliveira Ascensão, a dignidade da pessoa humana traduziu-se historicamente pela afirmação dos direitos fundamentais.³¹⁸

Em virtude dessas declarações, o fenômeno mais recente pertinente à matéria ora estudada é a convergência entre direitos humanos, fundamentais e da personalidade. O âmbito de atuação deles, contudo, não é idêntico. Dessa forma, preliminarmente, proceder-

³¹⁶ PERLINGIERI, Pietro. *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, p. 40-45.

³¹⁷ AZEVEDO, Antônio Junqueira. *O direito, ontem e hoje*. Crítica ao neopositivismo constitucional e insuficiência dos direitos humanos, p. 9.

³¹⁸ ASCENSÃO, José de Oliveira. Pessoa, direitos fundamentais e direito da personalidade. *Revista Mestrado em Direito*, Osasco, ano 6, n. 1, p. 145-168, 2006. Disponível em: <http://www.estig.ipbeja.pt/nac_direito/OAPessoa.pdf>. Disponível em: 10 fev. 2014. p. 148.

-se-á à diferenciação entre tais direitos, a fim de averiguar a extensão de seus pontos de intersecção, e a partir de quando as matérias devem seguir caminhos autônomos.

2.7.1 Direitos da personalidade, direitos humanos e direitos fundamentais

A origem dos direitos humanos e dos direitos fundamentais é bastante semelhante à dos direitos da personalidade. Todos estão historicamente relacionados à dignidade humana e foram manifestados, com grande deferência, na Declaração dos Direitos do Homem de 1789.³¹⁹ Como muito bem colocado por Celso Lafer, “o valor da pessoa humana enquanto conquista histórico-axiológica encontra a sua expressão jurídica nos direitos fundamentais do homem”.³²⁰

Os direitos da personalidade são usualmente considerados direitos humanos sob o enfoque do direito privado,³²¹ mas seu âmbito de atuação é diverso, de modo a abranger muitos outros direitos, que não os individuais, inatos, essenciais e extrapatrimoniais. Dessa forma, os direitos humanos podem, por exemplo, ser direitos patrimoniais, como o direito à propriedade, ou, então, envolver direitos sociais, econômicos e de coletividades.³²² De fato, a breve análise da teoria das gerações dos direitos humanos, de formulação de Karel Vasak, demonstrará a amplitude que estes podem alcançar.

Os direitos de primeira geração são os direitos civis e políticos, também chamados de liberdade negativa porque exprimem obrigações de não fazer. Têm por titular o indivíduo colocado frente ao Estado, ao qual são impostos limites. Busca-se, com isso, reservar um espaço de liberdade para a pessoa em relação ao Estado. Os direitos da segunda geração são os direitos político-econômico-sociais que dominam o século XX, oriundos da influência do socialismo, e instituem obrigações positivas a serem cumpridas pelo Estado, como o acesso ao trabalho, à saúde e à moradia. Envolve, igualmente, a participação mais ampla dos cidadãos no poder político.³²³ De início, sua previsão é

³¹⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 580.

³²⁰ LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos – um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*, p. 118.

³²¹ MORATO, Antonio Carlos. Quadro geral dos direitos da personalidade. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 106/107, p. 121-158, jan./dez. 2011/2012. p. 130.

³²² ASCENSÃO, José de Oliveira. Pessoa, direitos fundamentais e direito da personalidade, p. 149: “Nem sequer se pode dizer que todo o direito de personalidade, materialmente assim considerado por representar imposição da personalidade ôntica, deva por isso ser acolhido como direito fundamental”.

³²³ LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos – um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*, p. 127. No mesmo sentido: BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*, p. 52. O autor, contudo, não abrange os direitos sociais nos de segunda geração, mas sim de terceira, incluindo o bem-estar e a igualdade material.

considerada meramente programática, mas, posteriormente, passa a predominar o entendimento de que possuem aplicabilidade imediata. No que tange aos de terceira geração, esses estão relacionados à proteção de grupos humanos, como a família, o povo, a nação, as coletividades regionais ou étnicas e a própria humanidade. Envolvem a qualidade de vida, como o direito ao meio ambiente, ao patrimônio comum da humanidade, à liberdade informática, entre outros.³²⁴

Outras gerações, contudo, são idealizadas por alguns autores. Ricardo Luis Lorenzetti, por exemplo, menciona que há uma quarta geração de direitos humanos, que consiste no direito de ser diferente, como o direito à homoafetividade e ao aborto.³²⁵ Paulo Bonavides, por sua vez, sustenta que a quarta geração de direitos está relacionada à globalização dos direitos fundamentais, que encerram o direito à democracia, à informação e ao pluralismo. Apresenta, ainda, uma quinta geração de direitos, a qual se referiria à paz. A paz, segundo seu entendimento, não foi devidamente classificada por Karel Vasak.³²⁶

A despeito da frequência com que é mencionada, a tese das gerações é bastante criticada por Cançado Trindade, que aduz que a tese foi desenvolvida apenas por questões didáticas, para uma Conferência do Instituto Internacional de Direitos Humanos, e não representa a verdadeira evolução desses direitos. As três gerações originais estão inspiradas, para fins ilustrativos, na bandeira da França – *liberté*, abrangendo os direitos da liberdade e individuais; *égalité*, correspondendo aos direitos de igualdade e econômico-sociais; e *fraternité*, referente aos direitos da fraternidade. O autor salienta que a tese não tem qualquer fundamentação jurídica, e, além disso, é prejudicial ao estudo da matéria ao oferecer um tratamento atomizado dos diversos direitos. No que tange ao direito à vida, por exemplo, e que integra a primeira geração, Cançado Trindade argumenta que se trata de um direito de todas as gerações, não podendo ficar contido em apenas uma delas. Não bastasse isso, alude que, no plano internacional, os primeiros direitos que surgiram foram os econômicos e os sociais, já que as primeiras Convenções da OIT (Organização Internacional do Trabalho) são anteriores às das Nações Unidas. Nesse caso, a segunda geração é a que seria dos direitos individuais.³²⁷

³²⁴ LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos* – um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt, p. 131.

³²⁵ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: RT, 1998. p. 154.

³²⁶ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, p. 590-598.

³²⁷ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Cançado Trindade questiona a tese de “Gerações de direitos humanos” de Norberto Bobbio*. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/cancadotrindade/cancado_bob.htm>. Disponível em: 10 jan. 2014.

A despeito da bem fundamentada apreciação do doutrinador português, a teoria das gerações é de grande valia para a compreensão da diversidade dos direitos humanos, e, no caso em tela, demonstra a inexistência de coincidência entre esses direitos e os da personalidade no que diz respeito ao conteúdo. Não bastasse isso, verifica-se que os direitos humanos têm projeção internacional, de modo a garantir que suas preleções sejam inseridas em todos os ordenamentos jurídicos, ao passo que os direitos da personalidade são garantidos dentro do ordenamento jurídico, para aplicação nacional. Assim, os direitos humanos pertencem predominantemente ao direito internacional.³²⁸ Em adendo, não se reportam apenas às pessoas individuais, como os direitos da personalidade, mas também aos povos, para os quais são reconhecidos os direitos de preservação de sítios e monumentos, de preservação do meio ambiente, entre outros.³²⁹

Os direitos fundamentais são direitos positivados na Constituição,³³⁰ influenciados pelas Declarações de Direitos e pelos direitos humanos nela previstos, bem como pelas necessidades de cada Estado, vez que o que é considerado fundamental em determinados Estados, pode não o ser em outros. Os direitos fundamentais nem sempre têm caráter de essencialidade, e não se referem apenas a indivíduos, mas também a entidades coletivas, como a família e as pessoas jurídicas.³³¹ Assim, no que tange ao conteúdo, também diferem dos direitos da personalidade.

Observa-se, com frequência, que os direitos fundamentais são prevalentemente de direito público, ao passo que os de personalidade o são de direito privado, motivo pelo qual os direitos fundamentais normalmente são tratados de maneira autônoma em relação aos da personalidade.³³² Tendo em vista, contudo, a já mencionada necessidade de superação da dicotomia existente entre o direito público e o privado,³³³ convém tratar, ainda que brevemente, da teoria dos direitos fundamentais.

³²⁸ CIFUENTES, Santos. *Derechos personalísimos*, p. 224.

³²⁹ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*, p. 57.

³³⁰ ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. *Direitos da personalidade* – aspectos essenciais, p. 56: “(...) os direitos fundamentais devem ser entendidos, pelo menos nas ordens internas do tipo continental, como os direitos positivados, consagrados nas constituições estatais, ou seja, os ‘direitos relacionados com posições básicas das pessoas, inscritos em diplomas normativos de cada Estado’”.

³³¹ ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. *Direitos da personalidade* – aspectos essenciais, p. 57.

³³² MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato. Principais problemas dos direitos da personalidade e estado-da-arte da matéria no direito comparado. In: MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato (Org.). *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 16.

³³³ SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*, p. 58.

O estudo dos direitos fundamentais remete, necessariamente, aos princípios e seus significados, já que os direitos fundamentais foram elevados à categoria de princípios durante os movimentos constituintes ocorridos a partir da segunda metade do século XX.³³⁴ Sendo assim, inicia-se o exame da matéria a partir dos princípios.

Conforme esclarece Paulo Bonavides, atualmente, há certo consenso em relação ao caráter normativo dos princípios, o que não ocorre, contudo, com relação à diferenciação entre princípios e regras, que também possuem a mesma natureza normativa. Assim, observam-se diversos critérios de separação entre as duas modalidades, sendo o mais comum deles o da generalidade. Nesse sentido, os princípios são vistos como normas providas de alto grau de generalidade, em oposição às regras, que possuem grau de generalidade baixo. Os princípios também são comumente associados com normas de caráter programático, de hierarquia elevada e que desempenham função fundamental no ordenamento jurídico.³³⁵

Robert Alexy afirma, contudo, que os princípios não contrastam com as normas em razão de uma diferença gradual, mas sim por uma distinção qualitativa.³³⁶ De acordo com seu entendimento, princípios são mandamentos de otimização, o que significa que devem ser cumpridos na melhor medida possível, ao passo que as regras são inflexíveis: ou são cumpridas ou, então, descumpridas.³³⁷

Como as regras são necessariamente excludentes, os conflitos somente podem ser resolvidos com a inserção de uma cláusula de exceção que os eliminem. A exceção pode constar de outra regra ou, então, de um princípio.³³⁸ Caso contrário, tais conflitos somente serão resolvidos no plano da validade: com a declaração de invalidade de uma das regras e

³³⁴ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*, p. 144-145.

³³⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, p. 266-267.

³³⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 90.

³³⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 90-91: “O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.

Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio”.

³³⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 104.

sua consequente extração do sistema.³³⁹ Os conflitos de princípios, contudo, em razão de estarem relacionados com valores, não são solucionados no plano da validade, aplicando-se a técnica da ponderação. Dessa forma, os princípios discordantes devem ser ponderados, podendo prevalecer um ou outro, dependendo das condições, ou seja, eles possuem pesos diferentes nos casos concretos.³⁴⁰

A aplicação da técnica em comento impede que haja princípios absolutos – princípios que, de modo algum, cedem em favor de outros. Como salienta Alexy, se puderem ser encontrados princípios absolutos, a própria definição de princípio deve ser alterada. O que dizer, então, do princípio da inviolabilidade da dignidade humana, expresso, na Constituição alemã, com o postulado “a dignidade humana é inviolável” (art. 1º, § 1º, 1) e, na Constituição brasileira, como fundamento do Estado (art. 1º, III, CF)? Afirmo o autor que a particularidade da norma da dignidade humana é que se trata em parte de regra e em parte de princípio. Na parte em que é tomada como princípio, e dá ensejo a outros direitos, a dignidade também é ponderada com outros princípios, e pode ceder em certas situações. Sendo a dignidade vista sob o viés do direito à intimidade, por exemplo, poderá ceder ante o princípio da garantia à segurança do Estado, sendo admitida, por exemplo, a escuta telefônica.³⁴¹ O mesmo não ocorre no que tange à parte em que a dignidade é regra. Finalmente, acrescenta Alexy que:

“A relação de preferência do princípio da dignidade humana em face de outros princípios determina o conteúdo da regra da dignidade humana. Não é o princípio que é absoluto, mas a regra, a qual, em razão de sua abertura semântica, não necessita de limitação em face de alguma possível relação de preferência. O princípio da dignidade humana pode ser realizado em diferentes medidas. O fato de que, dadas certas condições, ele prevalecerá com maior grau de certeza sobre outros princípios não fundamenta uma natureza absoluta desse princípio, justificando apenas que, sob determinadas condições, há razões jurídico-constitucionais praticamente inafastáveis para uma relação de precedência em favor da dignidade humana”.³⁴²

Maurício Mazur salienta que os direitos da personalidade, por serem direitos subjetivos, são regras, e não princípios, motivo pelo qual seria inadmissível a solução de conflitos de direitos da personalidade pelo critério da ponderação. Segundo seu

³³⁹ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*, p. 287.

³⁴⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 93-94.

³⁴¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 111-112.

³⁴² ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 113.

entendimento, a aplicação da técnica poderia, inclusive, levar à perigosa consequência de relativização da força vinculativa dos direitos envolvidos.³⁴³

No entanto, ousa-se divergir de tal entendimento, especialmente se a discussão for transportada para o plano do direito brasileiro, em que predominam as cláusulas abertas, com forte caráter principiológico, bem como princípios constitucionais especialmente destinados à proteção de direitos da personalidade.

Isso não significa, todavia, que essas cláusulas confundam-se com os princípios. Ambos possuem uma vagueza semântica e estão aptos a abranger uma série de situações diferentes, mas as cláusulas gerais são uma técnica legislativa que permite o ingresso no sistema codificado não apenas de princípios valorativos ainda não codificados, como também deveres de conduta que não foram previstos legislativamente, além de costumes, normas de universos metajurídicos, entre outros.³⁴⁴ As cláusulas gerais empregam conceitos com significados intencionalmente indefinidos e amplos, e, com frequência, utilizam apenas uma vaga moldura, a fim de permitir a constante atualização do Código.

Dessa forma, como salienta Judith Martins-Costa, a cláusula aberta é uma “metanorma”, que tem como escopo permitir ao juiz se valer de critérios encontrados em ambientes não jurídicos, mas vigentes no ambiente social.³⁴⁵ Sendo assim, ainda que as cláusulas abertas não possam ser prontamente identificadas com princípios, é evidente que seu conteúdo valorativo permite aplicação da técnica da ponderação especialmente no que tange aos direitos da personalidade.

Uma vez estabelecida a diferença entre regras e princípios, ambos, como já dito, de caráter normativo, cumpre refutar quaisquer outras alegações no sentido de que os princípios somente se prestam a informar novas regras ou, então, que se trata de normas meramente programáticas. Sendo assim, todos os direitos fundamentais do ser humano estão aptos a vincular não apenas o Estado, mas também os particulares, o que justifica o estudo conjunto dos direitos fundamentais e dos direitos da personalidade sem a

³⁴³ MAZUR, Maurício. A dicotomia entre os direitos da personalidade e os direitos fundamentais. In: MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato (Org.). *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 50-54.

³⁴⁴ MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*, p. 118-119.

³⁴⁵ MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*, p. 118-119.

manutenção de esferas herméticas de atuação.³⁴⁶ Aliás, o reconhecimento da positividade, concretude e preeminência dos princípios é característica de sua fase pós-positivista.³⁴⁷

Aclarados os aspectos essenciais dos direitos fundamentais e dos direitos humanos, cumpre tratar das principais declarações de direitos humanos e de sua contribuição para a evolução dos direitos da personalidade.

2.7.2 As declarações de direitos humanos e sua crucial contribuição para a feição atual dos direitos da personalidade

Esclarecidas as diferenças entre direitos humanos, direitos fundamentais e direitos da personalidade, cumpre tratar das declarações sobre direitos humanos mais relevantes para o estudo aqui desenvolvido, as quais constituem, guardadas as devidas diferenças, mencionadas no item anterior, a fase mais recente de evolução dos direitos da personalidade. É marco inaugural dessa fase a Declaração Universal, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948.³⁴⁸

Antes disso, porém, cumpre destacar a importância da Convenção de Genebra sobre a escravidão, de 1926. A escravidão implantada na América diferenciava-se da escravidão do mundo antigo, que resultava da guerra e da servidão dos perdedores. Em mais um exemplo de que a degradação humana pode receber inúmeras facetas, a escravidão colonial ganhou caráter empresarial, de modo a constituir mão de obra fundamental para a produção de diversos artigos, como açúcar e algodão. Em 1889, houve a assinatura, em Bruxelas, de um ato geral sobre a repressão ao tráfico de escravos africanos, que, na verdade, permitia a continuidade da escravidão doméstica nos países signatários, mas coibia apenas o tráfico de escravos feito em prejuízo ao Estado de Congo, explorado pelo rei belga Leopoldo II. O mencionado ato não teve qualquer proveito em prol da dignidade humana, e o ciclo da borracha, que encontrou o seu auge durante esse período, levou ao extermínio de milhões de africanos. Após a 1ª Guerra Mundial, procedeu-se à revisão do mencionado ato geral, e,

³⁴⁶ MAZUR, Maurício. A dicotomia entre os direitos da personalidade e os direitos fundamentais, p. 62.

³⁴⁷ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, p. 304.

³⁴⁸ Na verdade, a declaração em comento é considerada por Norberto Bobbio o terceiro e último momento da evolução das declarações dos direitos do homem, pois a declaração é universal e positiva: “universal no sentido de que os destinatários dos princípios nela contidos não são mais apenas os cidadãos deste ou daquele Estado, mas todos os homens; positiva no sentido de que põe em movimento um processo em cujo final os direitos do homem deverão ser não mais apenas proclamados ou apenas idealmente reconhecidos, porém efetivamente protegidos até mesmo contra o próprio Estado que os tenha violado” (*A era dos direitos*, p. 49-50).

em 25 de setembro de 1926, a Assembleia da Liga das Nações elaborou um documento para efetivar a verdadeira extinção da escravidão em todo o mundo. O documento em discussão foi aprofundado em outros documentos posteriores, especialmente pela Convenção n. 29, da 14ª Conferência Internacional do Trabalho, realizada em Genebra, em 1930.³⁴⁹

Em 1929, ganha destaque a Convenção relativa ao tratamento de prisioneiros de guerra, também realizada em Genebra, que regula a captura, o cativo e a organização dos campos de prisioneiros, seu trabalho, bem como sua relação com o mundo e com as autoridades, em documento normativo extenso e minucioso. É abordada, igualmente, a aplicação de suas disposições aos civis que acompanham as forças armadas, como jornalistas, médicos, fornecedores de mantimentos, entre outros.³⁵⁰

O próximo documento que há de se fazer menção é a Carta Atlântica, de 14 de agosto de 1941, na qual os direitos do homem são reafirmados sem distinção e sem enumeração precisa, já que têm por fundamentos a dignidade e o valor da pessoa humana, tomada aqui como um valor unitário.³⁵¹ A Carta do Atlântico foi incorporada à Declaração das Nações Unidas, de 1º de janeiro de 1942, na qual as 26 potências aliadas proclamaram os seus objetivos de guerra. Esses signatários foram declarados os membros originais da Organização das Nações Unidas. O conteúdo da Carta Atlântica realça as liberdades individuais, mas faz também menção à obtenção de mecanismos para promoção do progresso econômico e social.³⁵²

A despeito desses documentos que lhe antecedem, o ponto crucial da defesa dos direitos humanos é realmente a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, na qual resta estabelecido que a pessoa há de ser tutelada como homem, e não apenas como cidadão, o que significa que a pessoa não encontra proteção somente dentro do Estado a que pertence, mas também fora dele. A Declaração avança além das liberdades individuais e da igualdade formal, já que tem também cunho solidário.³⁵³ Foi escrita sobre o impacto do massacre e da barbárie da 2ª Guerra Mundial, de modo a retomar os fundamentos da Revolução Francesa, alçando-se à manifestação histórica de âmbito universal dos valores de igualdade, liberdade e fraternidade, como constante de seu artigo I.³⁵⁴

³⁴⁹ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*, p. 201.

³⁵⁰ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*, p. 208.

³⁵¹ PERLINGIERI, Pietro. *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, p. 46.

³⁵² COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*, p. 212-213.

³⁵³ PERLINGIERI, Pietro. *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, p. 48.

³⁵⁴ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*, p. 223.

Como bem salienta Fábio Konder Comparato, mesmo sem possuir força vinculante, sendo apenas uma recomendação a ser seguida pelos Estados, a Declaração de 1948 é o clímax do processo ético já iniciado com a Revolução Americana e com a Revolução Francesa, e que levou ao reconhecimento da igualdade inerente a todos os seres humanos simplesmente em decorrência da substancialidade da pessoa. A ideia de superioridade de uma raça em detrimento de outras poderia colocar em risco a sobrevivência de toda a humanidade.³⁵⁵

Já em seu preâmbulo, consta que sua elaboração foi pensada “Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo”.³⁵⁶ A noção delineada no preâmbulo é desenvolvida pelo art. 1º, que assim se encontra redigido: “Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade”.

O art. 3º garante os direitos à vida, à liberdade e à segurança pessoal, ao passo que o art. 4º proíbe a escravidão e a servidão. O art. 5º proíbe a tortura e o tratamento degradante, e o art. 6º estabelece que todo homem tem direito de ser reconhecido, em qualquer local, como pessoa. O art. 12º trata de típicos direitos da personalidade, *in verbis*:

“Art. 12. Ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na sua família, no seu lar, ou na sua correspondência, nem a ataques a sua honra e reputação. Todo homem tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques”.

Em acréscimo, são garantidos: o direito à propriedade (art. 17), à liberdade de pensamento e de crédito (art. 18), à liberdade de opinião e expressão (art. 19) e à liberdade de reunião e associação pacíficas (art. 20).³⁵⁷

Cumprе salientar, ademais, que a obtenção da proteção substancial da personalidade depende também da garantia de direitos econômicos, sociais e culturais,³⁵⁸ motivo pelo qual são garantidos na Declaração Universal o direito à seguridade social (art.

³⁵⁵ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*, p. 225.

³⁵⁶ Texto em português disponível em: <www.dhnet.org.br/direitos/deconu/textos/integra.htm>. Disponível em: 02 set. 2014. Os demais artigos foram retirados do mesmo local.

³⁵⁷ Ainda no que tange às liberdades individuais clássicas, convém mencionar que a Declaração em comento deu origem à Convenção de 20 de dezembro de 1952, destinada à regulação dos direitos políticos femininos, à Convenção de 7 de novembro de 1962, sobre o consentimento para o casamento, a idade mínima para fazê-lo e o seu registro, bem como à Convenção de 21 de dezembro de 1965, versando sobre a extirpação de todos as formas de discriminação racial (BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*, p. 54-55).

³⁵⁸ RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*, p. 76.

21), o direito ao trabalho remunerado e à formação de sindicatos (art. 22), o direito à educação (art. 26) e à participação na vida social (art. 28).

O próximo destaque digno de menção é a Convenção Europeia de 4 de novembro de 1950, para a salvaguarda dos direitos do homem e das liberdades fundamentais.³⁵⁹ A Convenção alcança apenas os direitos individuais clássicos, sendo considerada, em virtude disso, um retrocesso em relação à Declaração Universal dos Direitos Humanos, ainda que seja relevante do ponto de vista dos direitos da personalidade.³⁶⁰ São consagrados o direito à liberdade e à segurança, à propriedade, bem como os direitos políticos.

Os demais direitos foram complementados pelos pactos internacionais assinados em 16 de dezembro de 1966: o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Discute-se, nesse momento, o direito ao desenvolvimento e o direito à autodeterminação dos povos, com referência à independência dos povos colonizados.³⁶¹

Finalmente, faz-se necessária a menção à Convenção Americana de Direitos Humanos, aprovada na Conferência de São José da Costa Rica – conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. O grande destaque é a proibição, em seu art. 4º, do restabelecimento da pena de morte nos Estados que a tenham abolido, bem como da proibição de sua aplicação, em qualquer hipótese, em se tratando de crimes políticos ou comuns a eles conexos. Dessa forma, a pena capital somente foi permitida a países que ainda não a tivessem abolido, quando não se tratasse de crime considerado político. O mesmo artigo protege a vida humana desde a concepção. O documento também garante a liberdade de atividade empresarial no âmbito da imprensa, rádio e televisão, o direito de retificação ou resposta, e o direito ao nome.³⁶²

Eis aqui, em síntese, os principais documentos que contribuíram para o desenvolvimento da matéria objeto de estudo.

³⁵⁹ SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*, p. 49.

³⁶⁰ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*, p. 264.

³⁶¹ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*, p. 278-282.

³⁶² COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*, p. 363-365.

2.8 A crise dos direitos da personalidade

A análise realizada demonstra que a evolução dos direitos da personalidade ocorre na exata conformidade das ideias de valorização do homem³⁶³ e da compreensão da identidade existente entre os seres humanos.³⁶⁴

Os direitos da personalidade se identificam com o direito natural nas características de universalidade e perenidade, que são devidas à apreensão da grandiosidade do espírito humano.³⁶⁵ Ao mesmo tempo, tais direitos são também uma conquista histórica, como se depreende dos itens anteriores.³⁶⁶ Não parece salutar optar por apenas uma única vertente: jusnaturalista ou histórica, já que os direitos da personalidade, como expressão da dignidade humana, são muitos e heterogêneos. Não há um único fundamento. Pelo mesmo motivo, observa-se idêntico fenômeno quanto aos direitos humanos e aos fundamentais. Há um núcleo intangível, de direitos indiscutíveis, como a vida e a liberdade,³⁶⁷ e há outros que foram sendo considerados essenciais de acordo com as mudanças socioculturais.

A ampliação desses direitos, contudo, não exhibe apenas vantagens. José de Oliveira Ascensão observa, com bastante perspicácia, que o rol de direitos fundamentais cresce continuamente, não para a melhor proteção do indivíduo – seu objetivo precípua, mas para a consolidação de reivindicação de grupos de interesses, o que é completamente contrário ao escopo dos direitos fundamentais.³⁶⁸ Naturalmente, o mesmo problema se observa dentro da seara dos direitos da personalidade, como assinala o autor:

³⁶³ GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade*, p. 23: “Com efeito, os direitos da personalidade foram ganhando tanto mais relevo quando se distinguiu, na pessoa humana, elemento incorpóreo de dignidade, afinal, conforme assinala Orlando Gomes, cujo resguardo é justamente o escopo desses direitos”.

³⁶⁴ CAMPOS, Diogo Leite de. Os direitos da personalidade: gênese e sentido, p. 47.

³⁶⁵ WEINERT, Iduna E. *O direito da personalidade como direito natural geral: corrente naturalista clássica*, p. 223.

³⁶⁶ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada*. São Paulo: Saraiva, 2005. p.19.

³⁶⁷ Norberto Bobbio menciona que a maior parte dos direitos não é imutável, mas reconhece que alguns deles podem ser tomados como valores absolutos, ainda que isto caiba a pouquíssimas situações (*A era dos direitos*, p. 61).

³⁶⁸ Norberto Bobbio acredita haver tão somente uma crise de fundamentos, no sentido de que os direitos fundamentais são heterogêneos, de modo que não há um único fundamento que possa justificá-los (*A era dos direitos*, p. 43). Concorde-se com o autor no que tange à possibilidade de localização de um único fundamento para os direitos fundamentais e humanos, mas discorda-se que se trata de uma crise que versa somente sobre esse ponto. O fenômeno que se observa é verdadeiramente de banalização e de inclusão de direitos, especialmente na categoria dos direitos da personalidade, de maneira indevida.

“Manifesta-se também aqui a tendência da ampliação crescente do círculo dos direitos previstos. Podem ser empolados ao ponto de se confundirem com os direitos pessoais. E mais ainda, podem passar a incluir também direitos de pessoas colectivas: é a posição tomada entre nós por Rabindranath Capelo de Sousa.

Surge assim o que podemos chamar a crise de identidade dos direitos de personalidade. Com isto verificamos que afinal a concordância prática na pessoa, que apontámos logo de início, esconde um mundo de problemas.

A pessoa, como dado ontológico, poderia dar um apoio seguro a esta categoria. Mas o positivismo, que não morreu, não pode aceitar esta premissa. Terá então de encontrar para ela uma explicação positiva, que só poderia estar na noção jurídica de pessoa. Mas a noção jurídica de pessoa abrange a própria pessoa colectiva. O que resta então como traço que explique a identidade substancial que aparentava ter esta categoria de direitos?”³⁶⁹

Eis aqui, portanto, a crise de identidade dos direitos da personalidade: decorrem historicamente de características específicas da pessoa humana, mas, segundo entendimento atualmente predominante, podem ser estendidos às pessoas jurídicas. Tal posicionamento é equivocado, segundo a tese ora desenvolvida.

Não se deve buscar um conceito de direito da personalidade do ponto de vista meramente jurídico, sem considerações de ordem filosófica ou axiológica. O direito natural, mesmo desprestigiado em determinados momentos, é fundamental para a concessão de significado jurídico a esses direitos, que configuram a essencialidade jurídica da pessoa humana – vista em sua substancialidade.³⁷⁰ Em acréscimo, não se pode abdicar de sua trajetória histórica, tantas vezes já mencionada, para estendê-los também à pessoa jurídica por questões de conveniência prática. Os direitos da personalidade são uma categoria que não se presta aos chamados entes coletivos porque somente podem ser objeto de sua proteção os aspectos fundamentais da pessoa humana.³⁷¹ Conforme preleciona Alfredo Emanuel Farias de Oliveira, a natureza humana, que confere essência à pessoa, é provida de variadas potencialidades, que se manifestam também de múltiplas formas,

³⁶⁹ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Pessoa, direitos fundamentais e direito da personalidade*, p. 154. Mais adiante ainda salienta: “Mas em contradição com a posição privilegiada dada a estes direitos está a extensão que se vai fazendo dos direitos de personalidade a aspectos banais, em que nenhum valor ético está em causa. É um aproveitamento oportunístico que ameaça alastrar, à semelhança do que acontece com a categoria dos direitos fundamentais. Apoia-se na visão positivista dos direitos de personalidade como uma categoria formal como qualquer outra, bem como na tendência da nossa sociedade dominada pelo mercado de tudo transformar em fontes de provento”. No mesmo sentido, tratando da banalização dos direitos da personalidade: MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato. *Principais problemas dos direitos da personalidade e estado-da-arte da matéria no direito comparado*, p. 18-23.

³⁷⁰ AZEVEDO, Antônio Junqueira. *O direito, ontem e hoje*. Crítica ao neopositivismo constitucional e insuficiência dos direitos humanos, p. 12. No mesmo sentido: MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*, p. 183.

³⁷¹ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Pessoa, direitos fundamentais e direito da personalidade*, p. 158: “Enfim, e isto é essencial – [os direitos da personalidade] apelam para uma noção substancial de pessoa humana, como a chave do âmbito da categoria”.

como a vida, a integridade física, a honra e o nome. São essas expressões da substância da pessoa que recebem a designação de direitos da personalidade.³⁷² Assim, tais direitos não são uma categoria formal como outra qualquer e merecem receber um tratamento diferenciado e menos positivista tendo em vista a realidade ôntica do ser humano.

³⁷² OLIVEIRA, Alfredo Emanuel Farias de. *O fundamento dos direitos da personalidade*, p. 38.

3. FEIÇÕES ATUAIS DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

No capítulo anterior, abordou-se a evolução dos direitos da personalidade até que adquirissem sua formulação hodierna. Cabe tratar, neste momento, de suas feições atuais, no que tange a conceito, características, teoria adotada, objeto, sujeito e classificações, bem como de sua situação dentro do ordenamento jurídico brasileiro, tanto em relação à Constituição Federal quanto ao Código Civil.

3.1 Conceito e características principais

Os direitos da personalidade são normalmente definidos como o conjunto de direitos,³⁷³ atributos,³⁷⁴ faculdades,³⁷⁵ bens³⁷⁶ ou valores jurídicos³⁷⁷ inerentes à pessoa humana, sendo-lhe tão próprios de modo a com ela confundirem-se, o que significa que não podem ser destacados de seu titular, como afirmou o saudoso Silvio Rodrigues.³⁷⁸ Em outras palavras, são direitos que constituem o conteúdo mínimo da personalidade humana.

Conforme observado no capítulo anterior, a ideia dos direitos da personalidade advém do jusnaturalismo, ao qual devem ser somadas as conquistas históricas obtidas pelo ser humano nos últimos anos para que se apreenda a dimensão atual de tais direitos.

Não é necessário alongar-se sobre o conceito de direitos da personalidade, trazendo a lume diversos doutrinadores diferentes, tendo em vista que a definição desses direitos é ponto de consenso entre os estudiosos do tema. As controvérsias surgem com relação a outros aspectos, que serão aqui deslindados.

³⁷³ É a terminologia utilizada por Carlos Alberto Bittar (*Os direitos da personalidade*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 1), Adriano De Cupis (*Os direitos da personalidade*, p. 27), Orlando Gomes (*Introdução ao direito civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 130), Santos Cifuentes (*Derechos personalísimos*, p. 200) e José Castan Tobeñas (*Los derechos de la personalidad*, p. 7-8).

³⁷⁴ Optam por este termo Maria Helena Diniz (*Curso de direito civil brasileiro*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 7: Responsabilidade civil), José Serpa de Santa Maria (*Direitos da personalidade e a sistemática civil geral*. São Paulo: Julex, 1987. p. 31) e também Gustavo Tepedino (*Temas de direito civil*, p. 27).

³⁷⁵ “Faculdades jurídicas” foi o termo consagrado por Rubens Limongi França (*Manual de direito civil*, 1971, p. 321).

³⁷⁶ Termo utilizado por Silvio Romero Beltrão (*Direitos da personalidade de acordo com o novo Código Civil*. São Paulo: Atlas, 2005. p. 23).

³⁷⁷ Roxana Cardoso Brasileiro Borges expõe sua preferência pelo vocábulo “valores” em sua obra *Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada*, p. 12.

³⁷⁸ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil* – parte geral. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1, p. 61.

Uma das primeiras disputas versa sobre sua natureza jurídica. Uma das correntes defende que são direitos da personalidade apenas aqueles previstos no ordenamento. Adriano De Cupis, maior representante dessa vertente, entende que se faz necessário o reconhecimento do Estado, uma vez que os direitos da personalidade não são natural exigência da moral. Todos os direitos subjetivos derivam do ordenamento positivo, e o mesmo deve acontecer com os direitos da personalidade.³⁷⁹

A corrente majoritária, e atualmente absolutamente predominante, chamada jusnaturalista,³⁸⁰ sustenta, ao contrário, que os direitos da personalidade são direitos naturais, que correspondem a faculdades exercitadas normalmente pelo homem e que, em virtude disso, não precisam ser positivados para que sejam objeto de proteção jurídica, o que, inclusive, os diferencia dos demais direitos subjetivos.³⁸¹ São anteriores à elaboração de um ordenamento jurídico e dele independem. O ordenamento, dessa forma, apenas confere proteção mais específica e eficaz. É esta a opinião aqui esposada, o que já se depreende pelas colocações apresentadas nos capítulos anteriores.

Cumprido tratar, igualmente, das características dos direitos da personalidade, que trazem um viés de concretude para o genérico conceito formulado *supra*.

De início, cabe observar que os direitos da personalidade são direitos universais, ou seja, pertinentes a todas as pessoas. Apenas em razão desse aspecto, já se diferenciam dos direitos fundamentais, tendo em vista que estes últimos não são sempre direcionados para uma categoria geral de pessoas. De fato, admite-se que sejam voltados apenas para determinado grupo, como ocorre, por exemplo, com os direitos dos trabalhadores.³⁸² Há

³⁷⁹ DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade*, p. 19-20. No mesmo sentido: DRAY, Guilherme Machado. *Direitos de personalidade*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 29: “Direitos originários são todos aqueles que o Direito se limita reconhecer, por serem inatos, originários, ou primitivos. Trata-se de uma categoria trazida pelo jusracionalismo e pela Revolução Francesa. O critério que os distingue é o da pré-positividade: a sua existência existe independentemente e para além de qualquer previsão normativa específica. Os direitos de personalidade, pelo contrário, podem variar ao sabor da ordem jurídica, não obstante o seu significativo conteúdo ético, admitindo-se a existência de direitos de personalidade eventuais (v.g. direito à confidencialidade das cartas-missivas), i.e., que não estão necessariamente associados ao nascimento da pessoa”.

³⁸⁰ FRANÇA, Rubens Limongi. *Manual de direito civil*, 1971, v. 1, p. 324. No mesmo sentido: BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*, p. 7; e DE MATTIA, Fabio Maria. *Direitos da personalidade: aspectos gerais*, p. 255.

³⁸¹ Conforme mencionado no Capítulo 1, os direitos subjetivos abrangem os direitos da personalidade, mas são mais amplos, pois incluem o estado político, individual, familiar e profissional da pessoa, bem como os direitos de ordem patrimonial. Os direitos chamados pessoais são direitos não patrimoniais, que incluem os direitos da personalidade, mas também os de família, os direitos sociais e políticos (ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. *Direitos da personalidade – aspectos essenciais*, p. 104).

³⁸² MAZUR, Mauricio. A dicotomia entre os direitos da personalidade e os direitos fundamentais, p. 35: “Os direitos fundamentais não são **todos** nem são **sempre** direitos subjetivos. Além da dúvida de partida quanto à qualificação de alguns direitos fundamentais como subjetivos, a existência de um direito subjetivo, tutelável judicialmente, é sempre dependente da aferição no caso concreto de sua necessidade

que se fazer exceção, contudo, aos direitos morais de autor, que dependem da elaboração de uma obra, e não se referem a todas as pessoas de maneira genérica.

Os direitos da personalidade são, também, inatos ou originais, no sentido de que surgem com o nascimento da pessoa. A eles se opõem os direitos adquiridos.³⁸³ Também no que tange a esta característica, diferenciam-se dos direitos fundamentais, tendo em vista que vários deles são adquiridos posteriormente e de maneira eventual, como os direitos processuais.³⁸⁴

De acordo com Santos Cifuentes, todo direito que não tenha essa particular característica de ser concomitante ao princípio da personificação não pode ser chamado de direito da personalidade. A partir dessa perspectiva, sustenta que o direito ao nome e o direito moral de autor não são direitos da personalidade, pois o primeiro deles, que sequer é escolhido pela própria pessoa, e sim por seus pais ou responsáveis, somente lhe é fornecido em período posterior ao nascimento. No que tange ao direito moral de autor, este é eventual, ou seja, somente existe em caso de criação artística.³⁸⁵

José Castan Tobeñas, contudo, expressando quase que uníssona posição da doutrina, afirma que nem todos os direitos da personalidade são inatos, sendo admissível a inclusão do direito de autor em tal categoria,³⁸⁶ assim como o direito ao nome.³⁸⁷

Com relação ao nome, o problema não recai, todavia, em deixar de classificar os direitos da personalidade como necessariamente inatos. Em verdade, Santos Cifuentes, ao não considerar o nome um direito da personalidade, confunde o direito a dar um nome com o direito a receber e possuir um nome, esse sim um direito da personalidade. O direito a dar um nome, realmente, cabe aos pais ou guardiões do indivíduo, e configura um poder-dever. O direito a receber um nome, por sua vez, é um direito à individualização da pessoa,

para a realização do **conteúdo essencial** do direito fundamental de certo indivíduo, na proporção da sua importância para a salvaguarda da **dignidade da pessoa humana**. (...) Quando os direitos fundamentais são tutelares de bens de personalidade, aproximam-se dos direitos de personalidade; ao invés, quando são tutelares de outros bens, distanciam-se. E são muitos os direitos fundamentais com objetos diferentes de bens da personalidade, ainda que também sejam direitos pessoais, como, em geral, os direitos processuais, os direitos políticos, os direitos dos trabalhadores, os direitos econômicos, sociais e culturais e os direitos fundamentais dos administrados”.

³⁸³ BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*, p. 11. No mesmo sentido: CAPELO DE SOUZA, Rabindranath Valentino Aleixo. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. p. 417.

³⁸⁴ MAZUR, Maurício. A dicotomia entre os direitos da personalidade e os direitos fundamentais, p. 35.

³⁸⁵ CIFUENTES, Santos. *Derechos personalísimos*, p. 221.

³⁸⁶ TOBEÑAS, José Castán. *Los derechos de la personalidad*, p. 23-26.

³⁸⁷ TOBEÑAS, José Castán. *Los derechos de la personalidad*, p. 34.

como primeiro elemento de sua identidade pessoal.³⁸⁸ Esse direito não é posterior ao nascimento, mas sim concomitante, pouco importando o momento em que o nome efetivamente será conferido. Assim, o direito ao nome é inato – um direito da personalidade.³⁸⁹ Pode-se argumentar que a defesa do nome somente será passível de ocorrência após a sua atribuição, mas tal fato, segundo entendimento ora esposado, não altera a natureza do direito.

O direito moral de autor é mais complexo porque verdadeiramente não se trata de um direito inato, e depende da prévia elaboração de obra artística ou literária, o que não necessariamente se dará com todas as pessoas.³⁹⁰ Conforme será esclarecido no Capítulo 5, entende-se que o direito moral de autor somente configura direito da personalidade com relação a pessoas naturais, e desde que represente a sua liberdade intelectual e a expressão de seu espírito criador.³⁹¹

Outra importante característica é a vitaliciedade ou perenidade, o que decorre justamente do fato de serem os direitos da personalidade direitos inatos. A limitação desse tipo de direito somente pode ocorrer em caráter temporário.³⁹²

Os direitos da personalidade são também necessários,³⁹³ porque pertencem em qualquer hipótese ao sujeito e lhe acompanham por toda sua vida, produzindo efeitos, em alguns casos, até mesmo depois da morte, como ocorre com a honra e a imagem.³⁹⁴

³⁸⁸ MONTEIRO, Arthur Maximus. Direito ao nome da pessoa natural no ordenamento jurídico brasileiro. In: MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato (Org.). *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 373-374.

³⁸⁹ Em sentido contrário, defendendo que o direito ao nome não é inato, verifique-se: ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. *Direitos da personalidade – aspectos essenciais*, p. 190.

³⁹⁰ SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes. *Responsabilidade civil por danos à personalidade*. Barueri: Manole, 2003. p. 12. No mesmo sentido, esclarece De Cupis que a essencialidade no direito moral de autor é atenuada (*Os direitos da personalidade*, p. 27).

³⁹¹ CAPELO DE SOUZA, Rabindranath Valentino Aleixo. *O direito geral de personalidade*, p. 238-239: “Assim, a tutela civilística do poder criativo do homem, embora abranja a exteriorização nas denominadas obras intelectuais, em inventos ou em outras criações, ultrapassa a ligação ‘moral’ entre o criador e a criação, para atingir a defesa da própria força ou capacidade criativa humana, excluindo ataques que visem eliminá-la ou diminuí-la, que a inibam, que a arrisquem ou que dela se aproveitem indevidamente. Aliás, a capacidade criativa juscivilisticamente protegida não se confina ao domínio das obras intelectuais e dos inventos industriais, antes se estende a todo o poder transformador do homem, desde a ideia original transformadora e os sucessivos esboços até a obra acabada, desde as capacidades de execução dos mais simples trabalhos por conta de outrem até as capacidades mais inovadoramente culturais e de produção autônoma, sem prejuízo de, ao nível da obra produzida, nos parecer exigível uma indelével personalização da obra para se justificar a aplicação do regime civilístico da tutela geral da personalidade humana. Neste contexto, sublinhe-se ainda que a capacidade criadora é tutelada na sua individualização concreta e, por isso mesmo, em função dos níveis atingidos por cada indivíduo e das suas potencialidades reais”.

³⁹² CAPELO DE SOUZA, Rabindranath Valentino Aleixo. *O direito geral de personalidade*, p. 413.

³⁹³ Guilherme Machado Dray classifica os direitos da personalidade em direitos necessários e eventuais, salientando serem necessários quando decorram da própria existência humana, como ocorre com o direito à vida, à integridade física ou à integridade moral. São eventuais quando dependem da verificação, no caso em

Do mesmo modo, são essenciais, ou seja, existem em qualquer situação. Em virtude do caráter de essencialidade, não podem ser desconhecidos pelo ordenamento. Com relação a esta característica, Cifuentes vislumbra mais um argumento para afastar os direitos morais de autor da classificação de direitos da personalidade, já que os direitos de autor não são essenciais e somente surgem depois da elaboração da obra pelo sujeito.³⁹⁵ Ocorre que a essencialidade relaciona-se ao fato de serem os direitos da personalidade aqueles que têm por objeto os bens mais elevados passíveis de pertença pelas pessoas, por exemplo, o talento artístico e a expressão pessoal. O objeto dos direitos autorais, assim, mantém um nexó orgânico com a pessoa, devendo tais direitos, portanto, serem reconhecidos como direitos da personalidade.³⁹⁶

Por decorrência da originalidade e da essencialidade, os direitos da personalidade são inerentes ao sujeito. Convém salientar, contudo, que todos os direitos da personalidade são inerentes, mas nem todos os direitos inerentes à pessoa são direitos da personalidade. É o caso, por exemplo, dos direitos de família.³⁹⁷

São também absolutos, no sentido de que são oponíveis *erga omnes* em relação a todos os demais.³⁹⁸ Acerca desse assunto, José de Oliveira Ascensão salienta que os direitos absolutos normalmente são taxativos, por questão de segurança jurídica, para que terceiros não sejam surpreendidos por um direito cuja existência desconheciam. A despeito deste fato, os direitos da personalidade são atípicos. Isso ocorre porque se pressupõe que tutelam a pessoa humana, uma realidade que todos conhecem. Assim, destaca o autor:

concreto, na esfera jurídica do titular de determinados bens da personalidade. Fornece como exemplos o direito ao nome, que depende da prévia atribuição, e o direito à confidencialidade das missivas, já que depende que a pessoa tenha escrito uma carta previamente (*Direitos da personalidade – anotações ao Código Civil e ao Código do Trabalho*, p. 27-28). Não se partilha do mesmo entendimento, e não se vê pertinência em tal classificação. Com relação ao direito ao nome, já se esclareceu que este surge com o nascimento, pouco importando se há ou não a atribuição. É apenas a manutenção e preservação do nome que depende da prévia atribuição, mas o direito ao nome não se resume a isso. Por sua vez, o direito ao sigilo, do qual a correspondência é apenas uma manifestação, também não depende da prévia elaboração de uma carta. É, portanto, um direito necessário, relacionado com a existência humana.

³⁹⁴ GOGLIANO, Daisy. *Os direitos privados da personalidade*, p. 380.

³⁹⁵ CIFUENTES, Santos. *Derechos personalísimos*, p. 181.

³⁹⁶ MAZUR, Maurício. A dicotomia entre os direitos da personalidade e os direitos fundamentais, p. 28.

³⁹⁷ CIFUENTES, Santos. *Derechos personalísimos*, p. 183.

³⁹⁸ CAPELO DE SOUZA, Rabindranath Valentino Aleixo. *O direito geral de personalidade*, p. 401-402: “Eles geram nos sujeitos passivos uma obrigação *universal* normalmente *negativa*, abstencionista, de respeito por tais bens jurídicos e em correspondência ainda com o princípio *alterum non laedere*. Mas mesmo quando excepcionalmente determinam obrigações *positivas* de respeito por tais bens, as respectivas obrigações são também universais, pois abrangem toda e qualquer pessoa que se encontre nas circunstâncias normativas previstas para a defesa dos bens da personalidade”.

“Isto significa que no âmago destes direitos está a pessoa ontológica, e que é em homenagem e por decorrência dela que se estabelece este regime verdadeiramente excepcional”.³⁹⁹

Ao lado do termo “absoluto”, Walter Moraes acrescenta, igualmente, o vocábulo “categórico”, esclarecendo que:

“A norma básica que ordena este tipo de relação jurídica, ao mesmo tempo em que assegura ao sujeito, absolutamente, a disposição de partes de sua própria natureza, impõe, como ficou assinalado, a sujeito passivo universalmente tomado, um dever geral de abstenção ou respeito, dizendo v.g. ‘respeita a vida de cada homem’. É uma regra de teor simples e denso e de alcance extensíssimo, a qual responde ao caráter absoluto e à essencialidade do direito e do objeto que compreende; é destarte, absoluta, e poder-se-ia dizer categórica”.⁴⁰⁰

Também relevante a indisponibilidade relativa desses direitos.⁴⁰¹ A indisponibilidade abarca: a intransmissibilidade; a irrenunciabilidade; a inalienabilidade; a impossibilidade de responder por execução e de sofrer constrição; e a imprescritibilidade.

A intransmissibilidade consiste na impossibilidade de mudança do sujeito titular, inclusive a título de sucessão *causa mortis*,⁴⁰² ressaltando-se, porém, que esta é apenas relativa, porque alguns direitos podem ser cedidos dentro de certas condições, como a imagem e a voz.

A irrenunciabilidade impede o titular de abrir mão dos atributos personalíssimos. Não se olvide, outrossim, que o titular de direitos da personalidade pode conceder autorização para que estes sejam utilizados em ocasiões específicas, o que não significa que esteja renunciando a tais direitos.⁴⁰³

A inalienabilidade impede a venda de direitos da personalidade, cujo uso por outra pessoa somente pode se dar por período limitado.

³⁹⁹ ASCENSÃO, José de Oliveira. Pessoa, direitos fundamentais e direito da personalidade, p. 158.

⁴⁰⁰ MORAES, Walter. Concepção tomista de pessoa: um contributo para a teoria do direito da personalidade, p. 197-198.

⁴⁰¹ PINTO, Paulo Cardoso Correia da Mota. Os direitos de personalidade no Código Civil de Macau. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, v. 76, p. 205-250, 2000. p. 207.

⁴⁰² Pode haver a transmissão de resultados patrimoniais oriundos de direitos da personalidade, bem como, conforme assinala Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de Sousa, a “aquisição derivada translativa *mortis causa* de direitos pessoais, mas com um regime muito especial, funcionalizado em razão dos presumíveis interesses pessoais do *de cuius* como se vivo fosse e fundamentalmente alicerçado em termos de assegurar a legitimidade processual para requerer as providenciais do n. 2 do art. 70º do Código Civil a todos aqueles a que se reconheceu um interesse moral para agir em nome do falecido em razão dos presuntivos laços que os ligavam ao defunto” (*O direito geral de personalidade*, p. 404). No mesmo sentido: ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. *Direitos da personalidade – aspectos essenciais*, p. 242. Verifique-se, igualmente, o item 3.3. no qual a matéria é desenvolvida com maior profundidade.

⁴⁰³ DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade*, p. 60.

São também inexecutáveis e impenhoráveis, não podendo responder por dívidas. Roxana Cardoso Brasileiro Borges afirma, contudo, que os créditos oriundos de direitos autorais e direitos de imagem podem ser objeto de penhora.⁴⁰⁴

A imprescritibilidade relaciona-se à circunstância de o tempo não poder produzir a extinção dos direitos da personalidade,⁴⁰⁵ observando-se, contudo, que a ação de reparação de danos provocados pela sua violação prescreve em três anos e, uma vez iniciada, é transmissível aos sucessores do ofendido.⁴⁰⁶

A indisponibilidade relativa há de ser entendida em sentido estrito, de modo a sempre destacar que a regra é a indisponibilidade, sendo apenas excepcionalmente admitida a disposição de direitos da personalidade. O Enunciado n. 4, da 1ª Jornada de Direito Civil, do Centro de Estudos Judiciários da Justiça Federal, com relação ao art. 11, do Código Civil, preleciona que “o exercício dos direitos de personalidade pode sofrer limitação voluntária, desde que não seja permanente nem geral”.

Anderson Schreiber, contudo, salienta que a proteção à personalidade humana deve ser ainda mais significativa do que expressa o enunciado supramencionado, de modo a se analisar a intensidade da restrição ao direito. Com propriedade, aduz que qualquer limitação voluntária do indivíduo deve ser avaliada a partir da perspectiva de seu interesse, de modo a determinar se o titular do direito está obtendo algum benefício com aquela limitação. Como exemplo, fornece a implantação de um microchip subcutâneo. Se, de um lado, for para controle das funções vitais ou monitoramento da saúde do paciente, a limitação é lícita. De outro, se tiver por objetivo controlar as atividades realizadas pelo empregado dentro da empresa, como o seu horário de chegada e saída, seria inadmissível.⁴⁰⁷

Finalmente, é característica dos direitos da personalidade a extrapatrimonialidade, o que significa que não são suscetíveis de avaliação pecuniária,⁴⁰⁸ considerando-se patrimônio em sua acepção mais restrita e conhecida, como conjunto de relações jurídicas que podem ser avaliadas em dinheiro.⁴⁰⁹ Não se olvide, contudo, que os direitos da

⁴⁰⁴ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada*, p. 34.

⁴⁰⁵ DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade*, p. 66. No mesmo sentido: BITTAR, Carlos Alberto. *Direitos da personalidade*, p. 5.

⁴⁰⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 551.

⁴⁰⁷ SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 27.

⁴⁰⁸ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada*, p. 32.

⁴⁰⁹ CAPELO DE SOUZA, Rabindranath Valentino Aleixo. *O direito geral de personalidade*, p. 414.

personalidade podem adquirir importância econômica ao indivíduo, especialmente no que tange à imagem e ao direito de autor. Ocorre que, neste caso, a patrimonialização é secundária em relação à essencialidade do direito.⁴¹⁰

A tutela desses direitos tem prioridade em relação à de quaisquer outros.⁴¹¹ Sua violação implica, no mais das vezes, em dano moral, o que, no entanto, não afasta a ocorrência de dano material. Os danos decorrentes do atentado a um direito da personalidade podem ser reparados por meio de indenização monetária, ou, preferencialmente, por medidas concretas aptas a fazer cessar o dano,⁴¹² como a retirada de circulação de periódico no qual tenha sido veiculada fotografia tirada sem o consentimento do fotografado.

3.2 Teorias monista e pluralista. O direito geral da personalidade

As teorias sobre os direitos da personalidade podem ser divididas entre monistas e pluralistas, doutrinas estas também chamadas de unitárias e plurais.

De acordo com a primeira, existe um único direito da personalidade, do qual decorrem todos os demais direitos. Conforme mencionado no capítulo anterior, esta é a doutrina que sempre prevaleceu entre os alemães.⁴¹³ Esse direito pode ser definido como o direito do indivíduo de obter o resguardo da própria dignidade e a formar autonomamente sua individualidade. Trata-se de um direito reconhecido em face de qualquer pessoa, e não somente em relação ao Estado.⁴¹⁴ Alessandro Somma salienta que o direito ao nome, por exemplo, encontra-se positivado expressamente no BGB, mas não é visto como um direito autônomo, e sim um meio de concretização do direito geral de personalidade.⁴¹⁵

Enéas Costa Garcia, na mesma esteira, define o direito geral da personalidade como o “conceito indeterminado normativo segundo o qual a pessoa deve ser tutelada

⁴¹⁰ DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade*, p. 36.

⁴¹¹ COSTA NETTO, José Carlos. *Direito autoral no Brasil*. São Paulo: FTD, 1998. p. 14.

⁴¹² Nesse sentido, verifique-se a lição de Sílvio Romero Beltrão (Tutela jurisdicional dos direitos da personalidade. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (Coord.). *Questões controvertidas no novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2004. v. 2, p. 462).

⁴¹³ SOMMA, Alessandro. I diritti della personalità e il diritto generale della personalità nell'ordinamento privatistico della Repubblica Federale Tedesca. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Giuffrè, ano 50, n. 3, p. 807-835, set. 1996. p. 807-808.

⁴¹⁴ SOMMA, Alessandro. I diritti della personalità e il diritto generale della personalità nell'ordinamento privatistico della Repubblica Federale Tedesca, p. 811.

⁴¹⁵ SOMMA, Alessandro. I diritti della personalità e il diritto generale della personalità nell'ordinamento privatistico della Repubblica Federale Tedesca, p. 818.

globalmente em todos os aspectos que compõem a sua personalidade (físico, espiritual, moral), prevenindo e sancionando qualquer comportamento antijurídico que represente menoscabo à dignidade da pessoa humana, frustrando ou embaraçando o livre desenvolvimento da personalidade do titular”. Assinala, ademais, que a vantagem de um conceito indeterminado é a possibilidade de contemplar variadas situações, mantendo-se sempre atualizado.⁴¹⁶

Santos Cifuentes aponta o que considera um defeito lógico nesta doutrina: um direito subjetivo não pode conter diversos outros direitos, mas sim faculdades. Ademais, entende que a doutrina monista acaba por abarcar, de maneira indistinta, diversos outros direitos que não são verdadeiramente direitos da personalidade por falta de sistematização.⁴¹⁷ É interessante notar, contudo, que a mesma crítica é feita pelos doutrinadores da vertente unitária, que entendem que a fragmentação de direitos leva a equívocos sistemáticos.

Talvez o problema não seja o sistema adotado, mas sim a banalização que se deu com os direitos da personalidade, conforme mencionado no item 2.8. A inclusão de direitos que não são da personalidade entre aqueles que os são pode acontecer tanto dentro do sistema unitário como do pluralista.

O sistema pluralista, que predominou na segunda metade do século XX,⁴¹⁸ reconhece que existem vários direitos da personalidade, cada um com sua existência distinta e particular.⁴¹⁹ Como há o reconhecimento de uma multiplicidade de direitos, o sistema pluralista implica em outra característica: a da classificação dos direitos da personalidade em diversas categorias, como será estudado no item 3.4.

O sistema unitário é atualmente o prestigiado. A realidade do século XXI, por ora, transparece ser a consagração do direito geral de personalidade, consubstanciado em previsão constitucional e garantido por uma série de leis infraconstitucionais, inclusive no Código Civil brasileiro. Abandona-se a estreita visão privatística dos direitos da personalidade, vez que este se mostrou insuficiente para a proteção da pessoa humana. A dignidade tem local de preeminência na hierarquia de valores que constitui a ordem jurídica e dela decorre a cláusula geral da personalidade.⁴²⁰

⁴¹⁶ GARCIA, Enéas Costa. *Direito geral da personalidade no sistema jurídico brasileiro*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007. p. 87-89.

⁴¹⁷ CIFUENTES, Santos. *Derechos personalísimos*, p. 202.

⁴¹⁸ CAPELO DE SOUZA, Rabindranath Valentino Aleixo. *O direito geral de personalidade*, p. 87.

⁴¹⁹ DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade*, p. 32.

⁴²⁰ SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*, p. 62.

Defendendo essa orientação, Pietro Perlingieri afirma que a personalidade humana não pode ser vista de maneira fracionada, mas sim como um valor unitário que somente pode ser subdividido em interesses, bens e situações subjetivas isoladas. A pessoa humana, em razão da cláusula geral, deve ser tutelada mesmo nas hipóteses não tipificadas. A divisão entre as espécies de direitos da personalidade deve ser procedida apenas para fins didáticos e para a melhor compreensão da matéria.⁴²¹

No mesmo sentido, posiciona-se Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de Sousa:

“Acresce que a ideia do direito geral de personalidade tem ganho terreno e tem sido aplicada na casuística pelo facto de, face à multiplicidade da vida real e à complexidade do comportamento humano, vir sendo sentida a necessidade de fundamentar e complementar os direitos especiais de personalidade que, mais estritamente, a ordem jurídica desde sempre formulou ou admitiu, se bem que com diversas estruturas operativas”.⁴²²

O fracasso do sistema pluralista, segundo Elimar Szaniawski, deve-se a duas razões: a primeira seria o equívoco em separar os direitos da personalidade em direitos privados e públicos, sendo os primeiros relacionados apenas ao aspecto privado da personalidade, tutelado no Código Civil ou em legislação infraconstitucional, ao passo que os segundos seriam aqueles qualificados como direitos fundamentais, protegidos pelas Convenções e Declarações Universais. De fato, como já mencionado anteriormente, essa dicotomia não é mais admissível. A segunda razão do insucesso da doutrina pluralista seria a exigência de positivação dos direitos da personalidade, a partir da ideia de um sistema codificado fechado, que deve prever os direitos a serem tutelados. A tipificação dos direitos da personalidade se encontra em decadência, assim como a estanque divisão entre direitos públicos e privados, o que explicaria, por decorrência, a decadência do sistema pluralista.⁴²³

A despeito do posicionamento de Szaniawski, é importante não confundir o sistema pluralista com a vertente positivista, que considera que os direitos da personalidade são apenas aqueles previstos pela lei, pois as teorias não são coincidentes e não defendem a mesma coisa. A maior parte da corrente pluralista não advoga por um rol taxativo de direitos da personalidade, o que leva Roxana Cardoso Brasileiro Borges a afirmar que os efeitos práticos da teoria monista e da teoria pluralista são os mesmos, encontrando, em

⁴²¹ PERLINGIERI, Pietro. *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, p. 175.

⁴²² CAPELO DE SOUZA, Rabindranath Valentino Aleixo. *O direito geral de personalidade*, p. 92.

⁴²³ SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*, p. 125.

ambos os casos, fundamento na dignidade humana.⁴²⁴ Assiste a máxima razão à autora, já que a opção pela multiplicidade de direitos não significa afirmar que somente aqueles que estão positivados deverão ser protegidos.

Não bastasse isso, as soluções intermediárias são sempre melhores que as radicais. No caso dos direitos da personalidade, parece salutar contar com uma cláusula geral de personalidade, para abranger situações inéditas e novas violações de direito, ainda não previstas pelo legislador e recentes do ponto de vista social, bem como normas específicas, bem delineadas, para os direitos da personalidade já conhecidos e consagrados, o que deve ocorrer na esfera constitucional, e também na infraconstitucional, seja no Código Civil, seja em leis específicas.

O sistema brasileiro pode ser considerado misto, tendo em vista que traz um sistema geral de proteção da personalidade, ao lado de direitos especiais tipificados, tanto na Constituição quanto no Código Civil.⁴²⁵ Esse é o caminho correto, que apenas deve ser aperfeiçoado.⁴²⁶

3.3 O objeto e o sujeito dos direitos da personalidade

Uma das principais críticas aos direitos da personalidade era a aparente coincidência entre o sujeito e o objeto de tais direitos, que seria a pessoa humana. O equívoco advém da teoria segundo a qual os direitos da personalidade se restringiriam a um *jus in se ipsum*, ou seja, um direito sobre a própria pessoa.⁴²⁷

Santos Cifuentes entende que se trata meramente de uma questão técnica, quando se busca, em cada direito subjetivo, identificar o titular e o objeto de direito. Do ponto de vista prático, a distinção entre as duas posições não faz qualquer diferença para a tutela dos direitos da personalidade. A despeito deste fato, debruça-se sobre a análise da matéria, esclarecendo que o sujeito apenas se confunde com o objeto por ser o homem a entidade sobre a qual se torna concreto o objeto. Contudo, seus conteúdos são distintos. Como sujeito, a pessoa humana atua com todas as suas faculdades, físicas e morais de maneira

⁴²⁴ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada*, p. 29.

⁴²⁵ SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*, p. 137.

⁴²⁶ Esclarecendo que a mescla entre cláusulas gerais e direitos específicos tem predominado em países como França, Itália e Portugal: CAPELO DE SOUZA, Rabindranath Valentino Aleixo. *O direito geral de personalidade*, p. 87-91.

⁴²⁷ DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade*, p. 30.

indistinta. Como objeto, são abordados apenas aspectos especiais de sua personalidade. O autor frisa que, em algumas hipóteses, a perda do objeto implica também na perda do sujeito, como ocorre com a vida, mas isso não contradiz a existência de divergência de conteúdo entre os dois.⁴²⁸

Dessa forma, o objeto dos direitos da personalidade recai sobre certas manifestações físicas ou psíquicas da pessoa, objetivadas pelo ordenamento normativo e elevadas à situação de bem jurídico.⁴²⁹ São, assim, aquelas características que a individualizam e que lhe são essenciais.⁴³⁰

Quanto ao sujeito dos direitos da personalidade, entende-se que se trata da pessoa humana, fazendo-se a extensão de alguns deles para antes do nascimento (caso do nascituro), para depois da morte, e às pessoas jurídicas.

Com relação ao nascituro, há que se trazer a lume, novamente, as teorias sobre o início da personalidade tratadas no item 1.2. Para a doutrina natalista, a personalidade humana somente surge com o nascimento com vida. De acordo com a condicionalista, a personalidade se encontra condicionada ao nascimento com vida. Finalmente, os concepcionistas defendem que a personalidade emerge no momento da concepção. Se for adotada esta terceira teoria, como aqui se fez, não há qualquer dúvida na concessão de direitos da personalidade ao nascituro tendo em vista que este já possui personalidade. Se, contudo, for adotada uma das duas outras doutrinas, há de se entender que alguns direitos da personalidade projetam-se para antes mesmo do nascimento, de modo a se permitir a preservação da honra e da imagem, por exemplo, já no ventre materno, por aplicação do art. 2º, *in fine*, do CC.

A questão dos direitos da personalidade *post mortem* é de grande complexidade. É de conhecimento geral que os direitos normalmente exaurem-se com a morte de seu titular, mas isto não ocorre com alguns direitos da personalidade que, nas palavras de Haddad Jabur, “não fenecem com a pessoa e se perpetuam com e entre sucessores, como o direito à imagem-retrato (eternizada pela memória mecânica) ou à imagem-atributo (mantida pela natural preservação dos característicos pessoais amealhados em vida), à identidade (porque a defesa do nome não se esvai com a morte civil) e à honra (que também se funde e se

⁴²⁸ CIFUENTES, Santos. *Derechos personalísimos*, p. 172.

⁴²⁹ TOBEÑAS, José Castán. *Los derechos de la personalidad*, p. 18. No mesmo sentido: DABIN, Jean. *Droit subjectif*, p. 169; e BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada*, p. 20.

⁴³⁰ JABUR, Gilberto Haddad. *Liberdade de pensamento e direito à vida privada – conflitos entre direitos da personalidade*. São Paulo: RT, 2000. p. 75.

confunde com honra dos sucessores do finado), nos quais também se titularizará o direito de ação, cf. CP, art. 138, § 2º e Lei 5.250/67, art. 40, I, *d. Genérica*, mas suficiente, é a tutela aos personalíssimos direitos do falecido, destacadamente regradada no art. 12 do novo Código”.⁴³¹

Com efeito, alguns direitos da personalidade se ligam à pessoa de modo perpétuo, mantendo-se mesmo após a morte.⁴³² É o que destaca Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de Souza, salientando que os bens da personalidade do finado continuam a influir no curso social, motivo pelo qual perduram no mundo das relações jurídicas, devendo ser objeto, portanto, de proteção jurídica, o que ocorre, especialmente, com o cadáver, as partes destacadas do corpo, a imagem, a honra, a intimidade e a vida privada, além dos direitos autorais.⁴³³

Em alguns aspectos, tais direitos são transmissíveis por sucessão *mortis causa*, cabendo a alguns legitimados promover a sua defesa contra terceiros. Não se deve confundir, entretanto, o direito do falecido com o daqueles que têm capacidade jurídica para defender sua memória em juízo. A pessoa falecida tem interesses que lhe são próprios, os quais representam continuação de suas aspirações em vida, e que continuam a atuar autonomamente, podendo, inclusive, configurar contribuição para posteridade.⁴³⁴

Explica-se a projeção desses direitos pela necessidade de proteção da dignidade do indivíduo mesmo após a sua morte. Nesse sentido, o parágrafo único do art. 12 funciona como uma cláusula geral de tutela da personalidade da pessoa falecida. A dignidade da pessoa humana é peça central do sistema jurídico brasileiro, e esta não se extingue com o falecimento. Convém afastar, igualmente, a assertiva de que o verdadeiro interesse protegido é o dos familiares do falecido, tendo em vista que o respeito às pessoas falecidas, e aos seus direitos da personalidade, é de interesse de todas as pessoas, justamente por estar relacionado com sua própria dignidade.

É evidente que nem todos os direitos da personalidade se prolongam após a morte, tendo em vista que alguns deles pressupõem um titular vivo, como o direito à vida e à

⁴³¹ JABUR, Gilberto Haddad. Limitações ao direito à própria imagem no novo Código Civil. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (Coord). *Questões controvertidas*. São Paulo: Método, 2006. p. 15.

⁴³² MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. Direito da personalidade no novo Código Civil e os elementos genéticos para a identidade da pessoa humana, p. 88.

⁴³³ CAPELO DE SOUZA, Rabindranath Valentino Aleixo. *O direito geral de personalidade*, p. 188-193.

⁴³⁴ ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. *Direitos da personalidade – aspectos essenciais*, p. 199.

liberdade. Por sua vez, são bastante relevantes, no que tange ao falecido, os direitos à imagem, à intimidade e à honra.⁴³⁵

Os direitos de proteção da imagem e da intimidade se encontram em frequente conflito com a liberdade de imprensa e o direito de informar.⁴³⁶ Se a informação é verdadeira e é indispensável para que seja veiculada determinada notícia, poderá haver a intrusão à vida privada. A situação, entretanto, torna-se mais intrincada à medida que se observa o fenômeno da banalização de notícias, que acaba por vilipendiar a intimidade alheia. Esse problema também se manifesta com os direitos da personalidade *post mortem*.

Como exemplo, faz-se menção à ação de indenização proposta por Maria de Lourdes Morais Albuquerque, esposa do jogador de futebol Almir Morais Albuquerque, em face da TV Globo. A demanda foi motivada pela dramatização da vida do falecido (cujo personagem não era identificado pelo seu próprio nome, mas possuía características indiscutivelmente a ele pertencentes) na mencionada emissora. O programa televisivo mostrava-o como desonesto e sem caráter. Foi concedida indenização a seus familiares, tendo o acórdão, proferido nos autos de Recurso Extraordinário, salientado o direito à preservação da memória da pessoa falecida.⁴³⁷

Sendo assim, entende-se que os direitos da personalidade podem ser estendidos à pessoa falecida, assim como ao nascituro, dentro das hipóteses que sejam compatíveis com suas respectivas situações.

A questão das pessoas jurídicas é o ponto fulcral desta tese, motivo pelo qual será desenvolvida no Capítulo 5. Como já destacado nos capítulos anteriores, refutam-se veementemente os entendimentos que pretendem igualar os entes coletivos às pessoas naturais para fins de direitos da personalidade.

⁴³⁵ Carlos Alberto Bittar salienta que a honra acompanha o indivíduo desde o seu nascimento, por toda a sua vida e mesmo depois de seu falecimento (*Os direitos da personalidade*, p. 129). Em sentido contrário, Adriano De Cupis aduz que o falecido não tem direito à honra, o que não impede que, com a ofensa à sua memória, surjam danos aos parentes próximos sobreviventes (*Os direitos da personalidade*, p. 126-127). Como se infere do quanto *supra* salientado, defende-se posicionamento diverso, já que se entende que a pessoa falecida tem um direito de personalidade autônomo, que não se confunde com o de seus familiares.

⁴³⁶ GODOY, Luciano de Souza. A liberdade de imprensa e o segredo de justiça – uma questão de respeito à privacidade como direito da personalidade. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (Coord.). *Direito e responsabilidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 422-423.

⁴³⁷ STF, 1ª T, RE n. 112.263/RJ, Rel. Min. Sydney Sanches, j. 28.03.1989, v.u.

3.4 A classificação dos direitos da personalidade

Com escopo de sistematização da matéria, convém apresentar a classificação dos direitos da personalidade, tal qual externada por alguns autores.

A mais célebre dessas, ao menos no Brasil, é a de Rubens Limongi França, que divide os direitos da personalidade em três espécies, levando em conta os aspectos físicos, intelectuais e morais da pessoa humana. A mencionada classificação é apresentada da seguinte forma: a) direito à integridade física; b) direito à integridade intelectual; e c) direito à integridade moral. A integridade física incluiria, basicamente, o direito à vida e aos alimentos, ao próprio corpo, ao corpo alheio e às partes separadas do corpo, vivo ou morto (nos três casos). A integridade intelectual abrangeria o direito à liberdade de pensamento e o direito pessoal de autor científico, autor artístico e inventor. Por fim, o direito à integridade moral seria composto pelo direito de liberdade civil, política e religiosa, pelo direito à honra, à honorificiência,⁴³⁸ ao recato, ao segredo pessoal, doméstico e profissional, à imagem e à identidade pessoal, familiar e social.⁴³⁹

Silmara Juny de Abreu Chinelato adota a classificação de Limongi França, mas faz importante distinção: os direitos da personalidade são divididos em quatro categorias, a fim de conferir uma delas exclusivamente ao direito à vida, vez que este seria pressuposto dos demais direitos.⁴⁴⁰ A posição da autora é relevante, porém contraditória aos direitos da personalidade da pessoa falecida, mencionada no item anterior.

Carlos Alberto Bittar confere outra classificação a esses direitos, dividindo-os em: a) direitos físicos; b) direitos psíquicos; e c) direitos morais. Os primeiros se refeririam a componentes materiais da estrutura humana, como a vida, a integridade corporal, com suas subdivisões, a imagem e a voz. São identificados, portanto, como direitos físicos aqueles elementos extrínsecos da personalidade. Os psíquicos seriam aqueles relativos a elementos internos à personalidade, como a integridade psíquica, que, em seu entender, compreende a liberdade, a intimidade e o sigilo. Os direitos morais seriam aqueles relativos a atributos valorativos da pessoa na sociedade, representados pelo patrimônio moral que

⁴³⁸ A honorificiência pode ser definida como aquilo que causa distinção ao indivíduo, v.g., o título de professor *honoris causa* concedido por universidades.

⁴³⁹ FRANÇA, Rubens Limongi. Direitos da personalidade – coordenadas fundamentais. Direitos da personalidade e responsabilidade civil. *Revista do Advogado*, n. 38, p. 5-13, dez. 1992, p. 9. Verifique-se, igualmente, *Manual de direito civil*, v. 1, p. 329.

⁴⁴⁰ CHINELATO, Silmara Juny de Abreu. *Tutela civil do nascituro*, p. 293; e *Código Civil interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo*, p. 40.

compreenderia a identidade (nome), a honra e as manifestações do intelecto. Observa o autor que os direitos físicos e psíquicos estão relacionados com a pessoa em si mesma, ao passo que os direitos morais se referem à sua posição frente à sociedade, ou seja, sua projeção na coletividade.⁴⁴¹

É interessante notar, a partir das duas classificações, a dificuldade que alguns temas apresentam em inserir-se em uma categoria específica. Verifique-se, por exemplo, o direito à imagem, que possui uma conotação física (a chamada imagem-retrato) e uma conotação moral (a chamada imagem-atributo). Limongi França priorizou o aspecto moral, ao passo que Carlos Alberto Bittar destacou o aspecto físico.⁴⁴² Nenhum dos dois está equivocado, mas o direito dá margem à discussão. A inserção do direito à intimidade (ou à vida privada) também é intrincada, já que a lesão à intimidade pode atingir tanto a esfera psíquica quanto a esfera moral do indivíduo.

Santos Cifuentes apresenta, como os demais, uma classificação tripartida, da qual são excluídos o direito ao nome e o direito moral de autor, em razão dos motivos explicitados anteriormente.⁴⁴³ São suprimidos, ademais, outros direitos relacionados com a atividade comercial e industrial, como o segredo, e as marcas e patentes, no que seu pensamento é irretocável.⁴⁴⁴ Procedidas a essas supressões, a divisão apresentada se dá entre a) integridade física, b) liberdade e c) integridade espiritual. Na integridade física, são incluídos os direitos que permitem que a pessoa exercite faculdades sobre seu corpo – vida, meios de proteção e obtenção da saúde, e destino do cadáver. Na esfera da liberdade, são inseridos: a expressão de ideias, a realização de atos jurídicos e o emprego de força física ou espiritual. Por fim, junto à integridade espiritual, figuram a honra, a imagem, a intimidade, a identidade, e o segredo, considerando-se o último uma esfera mais restrita do direito à intimidade.^{445,446}

Walter Moraes, finalmente, não apresenta, propriamente, uma classificação dos direitos da personalidade, mas enumera aqueles que considera principais, procedendo à

⁴⁴¹ BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*, p. 17 e 64-65.

⁴⁴² Verifique-se item 5.4.

⁴⁴³ Verifique-se item 3.1.

⁴⁴⁴ Verifique-se o Capítulo 5, especialmente 5.7.

⁴⁴⁵ Esse também é o posicionamento aqui perfilhado, conforme exposto no item 5.5. Convém salientar que está sendo adotada a teoria dos três círculos concêntricos, na qual a esfera mais restrita é a do sigilo, a intermediária é a da intimidade propriamente dita, e a mais ampla é a da vida privada. A esfera mais ampla envolve informações pessoais de conhecimento de um grande número de pessoas e, conforme o observador se dirige ao centro do círculo, vai encontrando alojadas as informações mais exclusivas, como aquelas decorrentes de confidência e de tratamento psicológico terapêutico.

⁴⁴⁶ CIFUENTES, Santos. *Derechos personalísimos*, p. 229.

exclusão dos que extravasam os limites da individualidade humana. Com isso, são arrolados: o direito ao corpo, de modo a abranger a saúde e todos os seus desdobramentos; a integridade psíquica; a vida; a obra intelectual; a imagem; a condição de família; a liberdade e a dignidade; a identidade, abrangendo a verdade pessoal e o nome; e a intimidade.⁴⁴⁷ A enumeração, assim como as demais categorias aqui mencionadas, é apenas uma referência para facilitar a identificação dos direitos que são realmente essenciais, não se pretendendo tratar os direitos da personalidade como *numerus clausus*.

Atualmente, tendo em vista a já mencionada predominância da teoria do direito geral de personalidade, as diversas classificações dos direitos da personalidade são questionadas, sob o argumento de que implicam no fracionamento e na tipificação dos direitos decorrentes da personalidade em diversos direitos perfeitamente identificáveis,⁴⁴⁸ o que poderia impedir a apreciação de novos direitos. A crítica, contudo, é infundada, tendo em vista que os doutrinadores supramencionados mantêm a abertura do sistema de classificação proposto, e em nenhum momento afirmam que estes são os únicos direitos da personalidade possíveis. São, ao contrário, aqueles que puderam ser pensados naquele momento, divididos em categorias propositadamente amplas a fim de abarcar outros direitos, que possam ser objeto de discussão posteriormente. As diversas classificações detêm evidente interesse didático e de modo algum prejudicam o avanço da matéria, ou introduzem elementos que possam prejudicar o estudo dos direitos da personalidade, razão pela qual não se vê qualquer motivo para que sejam desaprovadas.

3.5 Direitos da personalidade na Constituição Federal

Conforme tratado no Capítulo 2, os direitos da personalidade foram consagrados primeiro na esfera constitucional e nas diversas declarações de direitos, passando a integrar a legislação infraconstitucional de direito privado somente décadas depois. Esta particularidade propiciou que a matéria fosse estudada de maneira segmentada, de forma a forjar certa dicotomia entre os aspectos públicos e privados de tais direitos.⁴⁴⁹

⁴⁴⁷ MORAES, Walter. Concepção tomista de pessoa: um contributo para a teoria do direito da personalidade, p. 197.

⁴⁴⁸ SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*, p. 87.

⁴⁴⁹ A dicotomia adotada pela doutrina é manifesta. José Serpa de Santa Maria, por exemplo, entende que os direitos da personalidade são espécies de direitos humanos, vez que os primeiros se encontram na esfera dos direitos privados e estes últimos abrangem também o direito público. Em seguida, pondera que alguns deles podem apresentar dupla feição, como a integridade física e psíquica e o direito à liberdade (*Direitos da personalidade e a sistemática civil geral*, p. 35). Adriano De Cupis afirma, expressamente, que sua obra aborda apenas direitos privados da personalidade (*Os direitos da personalidade*, p. 35). Sérgio

Esta orientação, entretanto, não pode prevalecer, especialmente sob a óptica da disciplina do direito civil constitucional,⁴⁵⁰ na qual não mais se admite a separação entre a esfera do público e do privado.

Acerca do assunto, aduz Maria Celina Bodin de Moraes que:

“a transposição das normas diretivas do sistema de Direito Civil do texto do Código Civil para o da Constituição acarretou relevantíssimas consequências jurídicas que se delineiam a partir da alteração da tutela que era oferecida pelo Código ao ‘indivíduo’, para a proteção, garantida pela Constituição, à dignidade da pessoa humana, elevada à condição de fundamento da República Federativa do Brasil (...). Dado o caráter normativo dos princípios constitucionais, princípios que contêm valores éticos-jurídicos fornecidos pela democracia, isto vem a significar a completa transformação do Direito Civil, de um Direito que não mais encontra nos valores individualistas codificados o seu fundamento axiológico”.⁴⁵¹

Conforme já destacado anteriormente, em particular no que tange aos direitos da personalidade, a interligação entre as duas esferas é muito expressiva, vez que estes, conforme ressaltado por Francisco Amaral, constituem “terreno de encontro privilegiado entre o direito privado, as liberdades públicas e o direito constitucional”.⁴⁵² Complementando este entendimento, assevera Fernando Noronha que “os direitos da personalidade constituem a versão civil dos direitos fundamentais da pessoa humana, tutelando esta na esfera privada”.⁴⁵³

De fato, o direito geral de personalidade se constrói a partir do princípio da dignidade humana,⁴⁵⁴ razão pela qual não se pode diferenciar de forma rígida entre os

Iglesias Nunes de Souza, ainda que em versão mais contemporânea, pretende a manutenção da divisão entre os âmbitos públicos e privados, estabelecendo divisão dos direitos da personalidade em: (i) direitos públicos da personalidade, que são os tutelados pela Declaração Universal dos Direitos Humanos; (ii) direitos privados da personalidade, os mesmos direitos da primeira divisão, mas vistos do ângulo das relações privadas; e (iii) direitos sociais da personalidade, os quais decorrem do progresso econômico e social, como o direito ao trabalho, à saúde, ao lazer, entre outros (*Responsabilidade civil por danos à personalidade*, p. 7).

⁴⁵⁰ O direito civil constitucional, de acordo com Gustavo Tepedino (*Temas de direito civil*, p. 49), se constrói a partir da Constituição Federal de 1988, sendo constituído de três princípios elementares: (i) a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III); (ii) a solidariedade social (art. 3º, I); e (iii) a igualdade em sentido amplo (art. 5º, *caput*).

⁴⁵¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana – uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 74.

⁴⁵² AMARAL, Francisco. *Direito civil – introdução*, p. 249.

⁴⁵³ NORONHA, Fernando. *Direitos das obrigações*. 1. São Paulo: Saraiva, 2003. v.1, p. 444.

⁴⁵⁴ Acerca do assunto, Marcelo de Carvalho Bottallo preleciona que os princípios que fundamentam os direitos da personalidade encontram-se na Constituição Federal, o que explica o seu caráter de *erga omnes*. (Os direitos da personalidade e a Constituição de 1988. Direitos da personalidade e responsabilidade civil. *Revista do Advogado*, n. 38, p. 45-48, dez. 1992. p. 47). Regina Beatriz Tavares da Silva partilha do mesmo entendimento (A dignidade da pessoa humana: princípio fundamental de direito constitucional e de direito de família. In: BITTAR, Eduardo C. B.; CHINELATO, Silmara Juny (Coord.). *Estudos de direito de autor, direito da personalidade, direito do consumidor e danos morais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 114).

direitos que constam da Constituição e os que constam da legislação privada civil.⁴⁵⁵ Tendo em vista que a dignidade é o fundamento único de tais direitos, estejam eles expressos na Constituição, na legislação infraconstitucional ou mesmo que nem constem de normas escritas, forma-se, no ordenamento jurídico brasileiro, uma tutela geral da personalidade,⁴⁵⁶ que, no entender de Judith Martins-Costa, sucede a partir das normas do art. 5º, incisos V e X, da CF, acrescidas das cláusulas gerais de proteção à pessoa constantes dos arts. 12, 21, 187, 927 e 944 do Código Civil, de modo a promover uma concretização do princípio da dignidade.⁴⁵⁷

Como mencionado anteriormente, nem todos os direitos fundamentais são também direitos da personalidade, como ocorre com os direitos trabalhistas e políticos. Sendo assim, os direitos da personalidade dentro da esfera constitucional podem ser divididos, para fins didáticos, em cinco principais vertentes: (i) vida e integridade física; (ii) honra; (iii) imagem; (iv) intimidade; e (v) direito de autor. Abordar-se-á sucintamente cada um desses direitos,⁴⁵⁸ levando em consideração que o rol de princípios fundamentais existente na Constituição aplica-se direta e imediatamente às relações de direito privado.⁴⁵⁹

A inviolabilidade do direito à vida e à integridade física consta expressamente do art. 5º, *caput*, mas também pode ser inferida de outros dispositivos, voltados para grupos específicos, como presos (art. 5º, XLIX), crianças e adolescentes (art. 227) e idosos (art. 230). Relaciona-se, igualmente, ao direito à saúde, exercido por meio de práticas destinadas à facilitação de seu acesso e à redução do risco de doenças e outros agravos (art. 196) e à proibição de tortura, tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III), hipótese esta que visa não somente à proteção à integridade física, mas também à honra.

A honra e a imagem são protegidas pelo disposto no inciso V, do art. 5º, que garante ao ofendido direito de resposta, além da indenização por dano material, moral e à imagem, bem como pelo inciso X, que determina serem invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas. A principal contribuição trazida pelos

⁴⁵⁵ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Disponibilidade dos direitos da personalidade e autonomia privada*, p. 16.

⁴⁵⁶ FACHIN, Luiz Edson. Direitos da personalidade no Código Civil brasileiro: elementos para uma análise de índole constitucional da transmissibilidade. In: TARTUCE, Flávio; CASTILHO, Ricardo (Coord.). *Direito civil: direito patrimonial e direito existencial*. São Paulo: EPD – Escola Paulista de Direito/Método, 2006. p. 627.

⁴⁵⁷ MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*, p. 126.

⁴⁵⁸ As considerações referentes à pessoa jurídica serão feitas no Capítulo 5.

⁴⁵⁹ FACHIN, Luiz Edson. Direitos da personalidade no Código Civil brasileiro: elementos para uma análise de índole constitucional da transmissibilidade, p. 635.

mencionados dispositivos constitucionais é a diferenciação entre o direito de imagem e o direito à honra, já que a violação à imagem não é admitida mesmo quando não haja violação à honra do retratado. A proteção à imagem e à voz, inclusive nas atividades esportivas (direito de arena), são também protegidas pela alínea *a* do inciso XXVIII.

A intimidade e a vida privada são tuteladas não somente pelo disposto no inciso X supracitado, mas também pela inviolabilidade da moradia (inciso XI), da correspondência e das comunicações telefônicas (inciso XII), e pela restrição, ainda que excepcional, da publicidade dos atos processuais (inciso LX).

Os direitos de autor, por sua vez, constam de diversos incisos do art. 5º, como o que assegura aos autores o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras (inciso XXVII). Em acréscimo, o inciso XXVIII do mencionado artigo confere proteção aos autores que participem em obras coletivas, bem como garante, em sua alínea *b*, “o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas”.

3.6 Direitos da personalidade no Código Civil de 2002

O Código Civil de 1916 não trazia qualquer previsão sobre os direitos da personalidade, tendo sido influenciado pela doutrina civilística predominante àquela época, especialmente os códigos francês e alemão. Dessa forma, o Código pretérito disciplinava apenas direitos de conteúdo patrimonial. Foram destinadas à esfera extrapatrimonial apenas as garantias individuais do art. 72, da Constituição de 24.02.1891.⁴⁶⁰

A inclusão de disposições acerca dos direitos da personalidade no Código Civil é uma das principais inovações trazidas pela Parte Geral do Diploma de 2002, o que não deixa de ser fato louvável, apesar da total falta de sistematização da abordagem escolhida pelo legislador. De qualquer modo, a importância dos arts. 11 a 21 do CC advém menos da enunciação das características dos diversos direitos da personalidade, estudadas à exaustão pelas doutrinas pátria e estrangeira, do que do fato de representarem reforço do conteúdo destes também na esfera privada.

⁴⁶⁰ SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*, p. 135.

É de se ressaltar, preliminarmente, que, além das disposições de cunho geral, e, portanto, aplicáveis a qualquer modalidade de direito da personalidade, priorizou-se a regulação dos direitos à vida, ao nome, à imagem, à honra e à intimidade. Esta alternância entre cláusulas gerais e regras específicas, tão característica do Código Civil de 2002, tem por escopo propiciar abertura e mobilidade ao sistema.⁴⁶¹

Os dois primeiros artigos (11 e 12) destinam-se a todos os direitos da personalidade. No primeiro deles, já se notam pequenas impropriedades. De fato, consta do mencionado artigo que “os direitos da personalidade são irrenunciáveis e intransmissíveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária”. Foi olvidada, assim, a enunciação das demais características anteriormente assinaladas, como a inalienabilidade e a imprescritibilidade. Ora, não se espera da legislação que prescreva os conceitos e características de todos os institutos jurídicos, mas, uma vez tendo principiado nesta tarefa, há de diligenciar para que esta seja a mais correta e precisa possível.

O artigo seguinte dispõe que a ameaça ou violação de direito da personalidade enseja a reparação de perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei, por exemplo, ordem de busca e apreensão de obras literárias ou de periódicos.⁴⁶²

Analisando-se atentamente a redação do *caput* do artigo, pode-se observar que ele nada traz de novidade, vez que a violação de direitos naturalmente enseja reparação. O que há de se observar, contudo, é que a norma constitui a já mencionada cláusula geral de proteção da personalidade,⁴⁶³ determinando que tais direitos, quaisquer que sejam, receberão proteção judicial.⁴⁶⁴ É, portanto, nesse caráter generalista e amplo que reside sua importância.

⁴⁶¹ MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*, p. 130.

⁴⁶² Nesse sentido é o entendimento de Sílvia Romero Beltrão (*Direitos da personalidade de acordo com o novo Código Civil*, p. 462).

⁴⁶³ Nesse sentido, verifique-se o Enunciado n. 5, da mesma Jornada: “Arts. 12 e 20: 1) as disposições do art. 12 têm caráter geral e aplicam-se, inclusive, às situações previstas no art. 20, excepcionados os casos expressos de legitimidade para requerer as medidas nele estabelecidas; 2) as disposições do art. 20 do novo Código Civil têm a finalidade específica de reger a projeção dos bens personalíssimos nas situações nele enumeradas. Com exceção dos casos expressos de legitimação que se conformem com a tipificação preconizada nessa norma, a ela podem ser aplicadas subsidiariamente as regras instituídas no art. 12”.

⁴⁶⁴ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*, p. 36. Judith Martins-Costa afirma que o Código Civil poderia ser ainda mais claro estabelecendo uma cláusula específica de proteção, mas que, mesmo assim, a jurisprudência pode chegar a um Direito Geral da Personalidade que tem potencialidade de abranger direitos da personalidade ainda não reconhecidos, a partir dos fundamentos axiológicos e normativos desses direitos, e de acordo com exigências práticas que se apresentarão no transcorrer do tempo (*Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*, p. 125).

Também releva destacar que o art. 12 abrange um âmbito de prevenção aos danos, facultando ao lesado a utilização de outras medidas que não a busca por indenização, como, por exemplo, a propositura de medidas cautelares, imposição de obrigações de fazer e não fazer, eventualmente cumuladas de pedido de antecipação de tutela, a interposição de ação inibitória (prevista no art. 461 do CPC), entre outros. Essas medidas judiciais são extensíveis à pessoa jurídica, e, segundo entendimento aqui esposado, é a isso que se refere o art. 52 do CC.⁴⁶⁵

O parágrafo único do art. 12, que trata da legitimação para a defesa dos direitos da honra da pessoa falecida,⁴⁶⁶ também gera controvérsia entre a doutrina nacional. A norma em comento confere legitimidade ao cônjuge sobrevivente, a qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau, para a tutela dos direitos da personalidade.

Acerca do assunto, José Rogério Cruz e Tucci afirma ser possível a ocorrência de duas situações: (i) a promoção de ação pelos legitimados em defesa da memória do falecido, na qual somente poderiam ser pleiteados direitos patrimoniais, e (ii) o ingresso de pedido em nome próprio, o qual deveria se restringir aos danos extrapatrimoniais. De acordo com seu entendimento, se o herdeiro ou descendente ingressar com a ação em nome próprio, defendendo direito próprio, esta fará coisa julgada somente para o demandante. Qualquer outro legitimado que sofrer danos morais poderia ingressar com ação autônoma, cujo transcurso seria independente daquela ingressada por qualquer outro, tendo em vista que este está exercitando direito próprio. Se, ao contrário, se tratar de ação em nome próprio, fundamentada na defesa da memória do falecido, todos os legitimados poderiam ingressar com a ação, em litisconsórcio. Se não o fizerem, contudo, ter-se-iam consequências diferentes em relação à hipótese de dano moral próprio: em caso de procedência da demanda, os efeitos da sentença abrangeriam todos os legitimados, entre os quais deverá ser dividido o valor concedido a título de indenização.⁴⁶⁷

Alfredo Migliore, entretanto, defende posicionamento divergente ao afirmar que a legitimidade extraordinária do parágrafo único do art. 12 refere-se efetivamente aos danos extrapatrimoniais, e não aos patrimoniais, eis que estes últimos se transferem naturalmente com o falecimento. Esclarece, ademais, que o direito protegido pelo art. 12 do Código

⁴⁶⁵ Para aprofundamento, verifique-se o Capítulo 5.

⁴⁶⁶ Alguns direitos podem ser estendidos também ao natimorto, como discutido no Enunciado n. 1, da I Jornada de Direito Civil, da CJF: “Art. 2º: A proteção que o Código defere ao nascituro alcança o natimorto no que concerne aos direitos da personalidade, tais como nome, imagem e sepultura”.

⁴⁶⁷ CRUZ E TUCCI, José Rogério. Tutela jurisdicional da personalidade ‘post mortem’. *Revista do Advogado*, ano XXV, n. 84, p. 119-129, dez. 2005, p. 125.

Civil não pode ser de titularidade dos legitimados, caso contrário a norma não traria em seu bojo, de maneira taxativa, o rol de legitimados.⁴⁶⁸

E, com efeito, assiste razão a Migliore. Se a norma em comento apresenta um rol de legitimados, não pode, por decorrência lógica, estar tutelando o direito próprio dos parentes, caso em que não precisariam ser nomeados. O parágrafo único do art. 12 somente pode ser justificado com a compreensão de que o falecido tem direitos da personalidade que lhe são próprios.⁴⁶⁹

Saliente-se que o rol de legitimados em comento não inclui o companheiro, mas uma interpretação teleológica da legislação afasta qualquer possível dúvida acerca de sua legitimidade.⁴⁷⁰

Os arts. 13 a 21 tratam de maneira casuística de alguns direitos da personalidade. Os arts. 13 a 15 estão relacionados à preservação da integridade física. O primeiro dispositivo legal veda ato de disposição do próprio corpo, quando implicar na restrição perene da integridade física ou contrariar os bons costumes. A proibição, contudo, deve ser analisada de maneira sistemática. A Lei n. 9.434, de 04 de fevereiro de 1997, em seu art. 9º, § 3º, permite a doação de órgãos quando se tratar de órgão duplo ou de parte de tecidos ou órgãos, e quando isso não comprometer gravemente a vida do doador. Acerca dos bons costumes, já há entendimento de que esses não são desrespeitados com as cirurgias de transgenitalização.⁴⁷¹

O art. 14 trata da possibilidade de disposição gratuita do corpo após a morte para fins científicos. Essa disposição também se encontra regulamentada com minúcias pela Lei n. 9.434/97. Conforme disposto no parágrafo único, o ato de disposição pode ser revogado a qualquer tempo.

O dispositivo legal subsequente trata da autonomia do paciente em decidir em fazer, ou não, dado tratamento médico ou intervenção cirúrgica, quando houver risco à sua vida. Silmara Juny de Abreu Chinelato critica o mencionado art. 15, afirmando que se trata de norma inútil e incompleta:

⁴⁶⁸ MIGLIORE, Alfredo Domingues Barbosa. *Direitos da personalidade “post mortem”*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006, p. 290, sob a orientação do Prof. Rui Geraldo Camargo Viana.

⁴⁶⁹ O Enunciado n. 398, da V Jornada de Direito Civil, da CJP, indica em sentido contrário, ao dispor que as medidas previstas no artigo em comento “podem ser invocadas por qualquer uma das pessoas ali mencionadas de forma concorrente e autônoma”. Ora, se a legitimidade é concorrente e autônoma, está se entendendo que os legitimados tutelam direito próprio e não do falecido.

⁴⁷⁰ Nesse sentido, verifique-se o Enunciado n. 275, da IV Jornada de Direito Civil, da CJP: “Arts. 12 e 20. O rol dos legitimados de que tratam os arts. 12, parágrafo único, e 20, parágrafo único, do Código Civil também compreende o companheiro”. No mesmo sentido dispôs o Enunciado n. 400, da V Jornada.

⁴⁷¹ Enunciado n. 276, da IV Jornada, do Conselho da Justiça Federal.

“Se admitido constranger alguém a submeter-se a tratamento médico ou cirúrgico, com risco de vida, haveria violação ao *caput* do art. 5º da Constituição Federal, que assegura a inviolabilidade do direito à vida. A norma ordinária parece-me, pois, supérflua. Não prevê outra hipótese, de grande relevância: obrigar alguém a submeter-se, sem risco de vida, a tratamento médico ou intervenção cirúrgica. Afronta a autonomia do paciente, o direito de personalidade à autodeterminação, com reflexos na própria integridade física, pretender a submissão contra sua vontade”.⁴⁷²

Acerca das situações de urgência, em que não seja possível a prévia obtenção de consentimento do paciente, verifique-se o Enunciado 533, da VI Jornada de Direito Civil da CJE, com a seguinte redação: “O paciente plenamente capaz poderá deliberar sobre todos os aspectos concernentes a tratamento médico que possam lhe causar risco de vida, seja imediato ou mediato, salvo as situações de emergência ou no curso de procedimentos médico-cirúrgicos que não possam ser interrompidos”.

Os arts. 16 a 19 referem-se ao nome da pessoa natural, mas são estendidos com frequência à pessoa jurídica, o que será discutido no item 5.2. Neste momento, portanto, ater-se-á à redação do Código Civil e ao indivíduo singular. A primeira norma mencionada garante expressamente o direito ao nome, estabelecendo que nele se incluem o prenome e o sobrenome. Pela utilização do termo “sobrenome”, já há de se criticar a escolha do legislador, tendo em vista que a expressão jurídica correta seria “patronímico”.⁴⁷³ O art. 19 concede a mesma proteção ao pseudônimo utilizado para fins lícitos, direito este que já era consagrado pela doutrina.⁴⁷⁴

Os maiores problemas se encontram com a redação dos arts. 17 e 18. O art. 17 estabelece que o nome da pessoa não pode ser empregado por outrem em publicações ou encenações que lhe exponham ao ridículo e ao desprezo, e o dispositivo subsequente determina que, sem autorização, não se pode usar o nome para fins comerciais. Ambos os artigos dizem menos do que deveriam dizer, já que, como visto, a limitação de direitos da personalidade só se dá com o consentimento do titular. Assim, pouco importa se o nome é utilizado para fins não comerciais, e que esta exploração não exponha o titular ao ridículo. Se não houve autorização, a utilização do nome por outrem é ilícita. Se, além disso, houver violação da imagem ou da honra, estar-se-á diante de mais um direito da personalidade ofendido.

⁴⁷² MACHADO, Antônio Cláudio da Costa; CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu (Coord.). *Código Civil interpretado*: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo, p. 42-43.

⁴⁷³ MACHADO, Antônio Cláudio da Costa; CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu (Coord.). *Código Civil interpretado*: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo, p. 43.

⁴⁷⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado – Parte especial*. São Paulo: RT, 2012. t. VII, p. 177.

O art. 20 trata sobre o direito à imagem e, em redação bastante longa e confusa, ao invés de oferecer prioritariamente proteção ao direito à imagem, acaba por confundi-lo com o direito à honra e à intimidade.⁴⁷⁵ Assim, a lesão à imagem acaba por ser condicionada à ofensa da reputação ou da intimidade. Para a melhor análise, transcreve-se o artigo em comento:

“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 de 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”.

Sabe-se que, de maneira bastante sintética, a imagem se divide em dois aspectos: a imagem-retrato (retrato físico) e a imagem-atributo (retrato moral).⁴⁷⁶ No primeiro caso, trata-se, efetivamente, da imagem física da pessoa, especialmente sua fisionomia, podendo incluir também a voz. Na segunda hipótese, refere-se à sua repercussão social. Da redação do artigo, observa-se que o legislador procurou abarcar as duas nuances, mas acabou por deixar desprotegida a imagem-retrato.

Ademais, o direito à imagem pode se relacionar com o direito à vida privada (ou intimidade), mas dele se diferencia, pois é mais amplo. De fato, o retratado pode se opor à divulgação de sua imagem mesmo quando esta não viole sua vida privada. A violação à imagem ocorre a partir do momento da realização da foto e da filmagem, isto é, antes mesmo de sua reprodução e difusão. O artigo em comento somente veda a publicação, exposição ou utilização da imagem, mas não sua captação. Assim, a imagem poderia ser utilizada para, por exemplo, praticar extorsão sem que houvesse violação ao art. 20.⁴⁷⁷

Ressalte-se, entretanto, que não há necessidade de que a violação da imagem atinja também a honra, a boa fama ou a respeitabilidade do retratado.⁴⁷⁸ Do mesmo modo, não há necessidade de que tenha fins comerciais, motivo pelo qual o artigo em comento foi alvo de diversas críticas.⁴⁷⁹

⁴⁷⁵ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*, p. 36.

⁴⁷⁶ SERRANO, Vidal. *A proteção constitucional da informação e o direito à crítica jornalística*. São Paulo: FTD, 1997. p. 97. Maria Helena Diniz (Direito à imagem e sua tutela. In: BITTAR, Eduardo C. B.; CHINELATO, Silmara Juny (Coord.). *Estudos de direito de autor, direito da personalidade, direito do consumidor e danos morais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 82) divide o direito de imagem em três: imagem-retrato (art. 5º, X), imagem-atributo (art. 5º, V) e imagem-direito de autor (art. 5º, XXVIII).

⁴⁷⁷ JABUR, Gilberto Haddad. *Liberdade de pensamento e direito à vida privada – conflitos entre direitos da personalidade*, p. 127.

⁴⁷⁸ Trata-se de atentado à honra objetiva.

⁴⁷⁹ JABUR, Gilberto Haddad. *Limitações ao direito à própria imagem no novo Código Civil*, p. 37.

Se, a par da divulgação de fotografia obtida ilicitamente, o retratado tiver sua honra atingida ou sua privacidade invadida, configurar-se-á violação de outros direitos. Se tiver fins publicitários, fará jus o retratado à indenização equivalente. Sendo assim, não é conveniente a divisão da imagem da maneira exposta *supra*, tendo em vista que, ao se analisar a repercussão social da imagem, ingressa-se no terreno de outros direitos da personalidade, como a honra e a intimidade.

Cabe salientar que, como os direitos da personalidade sempre são aplicados com a técnica da ponderação, o direito à imagem comporta algumas exceções, sendo permitida a veiculação da imagem nas seguintes hipóteses: (i) concessão de consentimento, o qual deverá sempre ser analisado em sentido estrito – no caso de pessoa falecida, o consentimento pode ser dado por seus familiares e descendentes; (ii) interesse geral, pedagógico, educacional ou jornalístico, no caso de pessoas que exercem atividades públicas, restringindo-se, porém, a divulgação de situação vexatória ou humilhante, ou quando se encontrem fora de sua real atividade;⁴⁸⁰ (iii) pessoa célebre ou notória, com a ressalva da hipótese anterior; (iv) desempenho de cargo público; (v) interesse público, para fins de segurança nacional, ou administração da justiça;⁴⁸¹ (vi) eventos públicos, desde que o propósito principal da imagem seja retratar o acontecimento, e não as pessoas que nele se encontravam. Também não é ilícita a veiculação não consentida da imagem de pessoas que figuram como pano de fundo de algum evento público, aparecendo em meio à multidão.⁴⁸²

Observam-se, assim, as impropriedades constantes do mencionado artigo do Código Civil, já que as exceções nele apresentadas não são suficientemente abrangentes, enquanto excessos de outros elementos são verificados, como a “divulgação de escritos” que não se relaciona, de modo algum, com a violação do direito de imagem. Se o escrito tiver conteúdo literário, estar-se-á diante de atentado a direito de autor.⁴⁸³ Se se tratar de

⁴⁸⁰ SANTOS, Antônio Jeová. *Dano moral indenizável*. 4. ed. São Paulo: RT, 2003. p. 373. Verifique-se, igualmente, o Enunciado n. 279, da IV Jornada de Direito Civil: “Art. 20. A proteção à imagem deve ser ponderada com outros interesses constitucionalmente tutelados, especialmente em face do direito de amplo acesso à informação e da liberdade de imprensa. Em caso de colisão, levar-se-á em conta a notoriedade do retratado e dos fatos abordados, bem como a veracidade destes e, ainda, as características de sua utilização (comercial, informativa, biográfica), privilegiando-se medidas que não restrinjam a divulgação de informações”.

⁴⁸¹ É o que ocorre, por exemplo, com a obrigatoriedade de aposição de fotografia em documentos de identificação.

⁴⁸² CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 3. ed. São Paulo: RT, 2005. p. 653.

⁴⁸³ Aqui entendido como o conjunto de normas voltadas à proteção da forma de exteriorização do pensamento ou sentimento humano, ou das emanações do espírito humano no campo das artes, ciências ou literatura (SILVA FILHO, Artur Marques da. Noção e importância das limitações aos direitos do autor. In: BITTAR, Eduardo C. B.; CHINELATO, Silmara Juny (Coord.). *Estudos de direito de autor*,

carta, e-mail, ou qualquer outro tipo de mensagem, ocorrerá violação de sigilo de correspondências, e, por decorrência, da privacidade.

O último dispositivo legal pertinente aos direitos da personalidade é o art. 21, que trata da inviolabilidade da vida privada da pessoa natural. A redação do artigo é bastante sucinta, e garante que o magistrado, mediante solicitação da parte, “adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário” à norma enunciada. A vida privada da pessoa natural envolve não apenas os bens objeto de tutela específica, como o sigilo das correspondências, por exemplo, mas também o sigilo profissional, o segredo documental, o sigilo bancário, além de todas as manifestações, ideias e opiniões que não queira dividir socialmente.⁴⁸⁴

Nesse caso, andou bem o legislador, não gerando desnecessária ambiguidade entre direitos da personalidade diferentes. Ademais, elaborou mais uma cláusula aberta, apta a ser preenchida com as variações pertinentes ao caso concreto. Como exemplo, verifique-se o Enunciado n. 404, da V Jornada de Direito Civil, que aborda a proteção de dados pessoais:

“Art. 21. A tutela da privacidade da pessoa humana compreende os controles espacial, contextual e temporal dos próprios dados, sendo necessário seu expresso consentimento para tratamento de informações que versem especialmente o estado de saúde, a condição sexual, a origem racial ou étnica, as convicções religiosas, filosóficas ou políticas”.

Um segundo Enunciado, de n. 405, utiliza o mesmo dispositivo legal para a proteção das informações genéticas:

“Art. 21. As informações genéticas são parte da vida privada e não podem ser utilizadas para fins diversos daqueles que motivaram seu armazenamento, registro ou uso, salvo com autorização do titular”.

Vê-se, assim, que o art. 21 atendeu mais às necessidades atuais da sociedade do que o art. 20, que foi mal redigido e restringiu indevidamente a abrangência do direito à imagem.

Dessa forma, restam contextualizados os direitos da personalidade dentro da legislação vigente, motivo pelo qual o trabalho prosseguirá com a análise da pessoa jurídica e, ao final, com o exame casuístico de direitos da personalidade normalmente atribuídos às pessoas jurídicas.

direito da personalidade, direito do consumidor e danos morais. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 28-32). Para o direito de autor da pessoa jurídica, verifique-se item 5.6.

⁴⁸⁴ CAPELO DE SOUZA, Rabindranath Valentino Aleixo. *O direito geral de personalidade*, p. 335.

4. A PESSOA JURÍDICA E SUA FORMULAÇÃO HISTÓRICA

4.1 O conceito de pessoa jurídica

A pessoa natural tem a potencialidade intelectual de querer e de atuar de acordo com suas vontades. Esse poder, quando utilizado de maneira legítima, é tutelado pelo ordenamento jurídico. Tal circunstância torna mais fácil a tarefa de apreender sua posição jurídica e entender a razão pela qual o homem é sujeito de direitos, uma vez superadas as discussões históricas sobre os direitos subjetivos, as quais foram narradas no Capítulo 1.

O mesmo não se verifica com relação à pessoa jurídica, que tem uma existência necessariamente abstrata, por ser um ente sem apresentação material no mundo fático, não importando qual das teorias seja escolhida a fim de se explicar sua natureza jurídica. O simples fato de o ser humano ser naturalmente sociável, e, assim, tender a formar grupamentos, não é suficiente para explicá-la como titular de direitos, vez que nem todas as coletividades adquirem personalidade e a capacidade de ser titular de direitos, ao passo que sociedades formadas por uma única pessoa recebem personificação jurídica própria.⁴⁸⁵

Os direitos da pessoa natural, com os contornos já oferecidos em capítulos precedentes, são adquiridos pela sua própria natureza. No que tange às pessoas coletivas, porém, a aquisição de direitos depende da natureza jurídica que lhe for concedida, o que será convenientemente esclarecido no item 4.3.

O que se pode afirmar, a título de introdução sobre o tema, é que a maioria dos autores aponta a existência de dois tipos de objetivos humanos: os *individuais*, ligados às pessoas individualmente consideradas, e os *coletivos*, que remetem naturalmente à figura da pessoa jurídica,⁴⁸⁶ tanto no campo do direito privado quanto no direito público. Os escopos coletivos transcendem a existência dos indivíduos, e possuem, de modo geral, caráter mais permanente do que os individuais, ainda que esta característica não seja obrigatória. Para a obtenção destes objetivos coletivos, faz-se necessária a formação de certos entes, cujas características variam de acordo com a teoria adotada. De qualquer modo, há certo consenso na assertiva de que a maioria das pessoas jurídicas desponta a partir da manifestação da força de associação e de organização que existem em qualquer

⁴⁸⁵ Verifique-se item 4.5, considerando-se que, no Direito Brasileiro, as empresas unipessoais não são consideradas modalidade de sociedade, mas um novo ente jurídico personificado.

⁴⁸⁶ Essa afirmação é apenas parcialmente verdadeira, em razão da existência de empresas unipessoais, mencionadas na nota anterior.

sociedade, sendo essencial para seu desenvolvimento, o qual vai ditando, inclusive, o surgimento de novas espécies de pessoas jurídicas, aptas a se adequar a situações fáticas diversas.⁴⁸⁷

As organizações humanas podem ou não receber uma moldura jurídica, o que acontece pelo reconhecimento estatal. Apenas quando dotadas de tal reconhecimento é que passam a ser consideradas pessoa jurídica, atuando, a partir de então, como sujeito de direito, com personalidade autônoma no que tange aos seus membros, sócios e administradores. Como salienta Francesco Ferrara, o reconhecimento gera o surgimento de um novo centro jurídico, ou seja, a concentração de direitos, poderes e responsabilidades em um sujeito de existência ideal.⁴⁸⁸

Cabe salientar que esse novo centro jurídico não é a mera somatória das capacidades jurídicas de cada um dos integrantes da pessoa jurídica, mas sim uma situação totalmente nova, que ganha a mais plena e completa autonomia. A partir da criação, pouco importa a capacidade jurídica de cada um dos integrantes e administradores originais, tendo em vista que poderão ser substituídos ou mesmo suprimidos,⁴⁸⁹ mantendo-se sempre constante a pessoa jurídica como aquele centro jurídico de atividades, interesses e de patrimônio⁴⁹⁰ outrora mencionado.

Estabelecendo-se uma conceituação sucinta e preliminar para as pessoas jurídicas, e tendo em vista o recorte do tema constante da Introdução, no qual se esclareceu que o presente trabalho versa apenas sobre pessoas jurídicas de direito privado, pode-se afirmar que as pessoas jurídicas sejam institutos nos quais se concentram relações jurídicas com objetivo de obtenção de fins sociais duráveis e diversos das pessoas que as compõem.

Alguns grupamentos se explicam pela necessidade de defesa da liberdade de manifestação de seus membros e de outros direitos individuais, o que se verifica, por exemplo, com os sindicatos, formados para conceder um maior poder de reivindicação aos trabalhadores individuais, o que já havia ocorrido, anteriormente, com as ordens profissionais. Pode-se, mencionar, na mesma categoria, a massa de credores de uma falência. Ocorre, contudo, que essa característica não diz respeito a todas as pessoas jurídicas, motivo pelo qual um conceito genérico não pode abrangê-la.

⁴⁸⁷ FERRARA, Francesco. *Le persone giuridiche*. 2. ed. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1958. p. 6.

⁴⁸⁸ FERRARA, Francesco. *Le persone giuridiche*, p. 7.

⁴⁸⁹ Cada ordenamento jurídico estabelece uma quantidade mínima de integrantes que deve remanescer nas sociedades e associações, o que pode variar também de acordo com o tipo de pessoa jurídica que esteja em discussão.

⁴⁹⁰ FERRARA, Francesco. *Le persone giuridiche*, p. 9.

Para que o trabalho adquira a densidade que dele se pretende, tratar-se-á da trajetória histórica das pessoas jurídicas, bem como das diversas teorias que explicam sua natureza jurídica, para, em seguida, posicioná-las dentro do ordenamento jurídico brasileiro, estudando-se, então, os requisitos para a sua constituição, bem como as diversas espécies de pessoas jurídicas admitidas dentro do campo de direito privado.

4.2 Breve delineamento histórico do instituto

As raízes históricas das primeiras pessoas jurídicas podem ser localizadas no direito romano,⁴⁹¹ que tratava da matéria primordialmente dentro do direito privado, com conteúdo técnico bastante restrito, conferindo a condição de titular de direito⁴⁹² àquelas pessoas que possuíssem capacidade patrimonial. Observou-se, durante este período, a gênese das corporações (ou sociedades) e as fundações como entidades de direito privado. Isso ocorreu, contudo, em fases distintas da evolução de Roma, motivo pelo qual o estudo deve ser feito separadamente.

Cumprir advertir igualmente, nos termos formulados por Riccardo Orestano, que não existe “a pessoa jurídica” como figura definível por si só, em termos válidos em qualquer ordenamento, de cada tempo e de cada lugar.⁴⁹³ Assim, não se busca aqui um conceito jurídico único em todas as situações, mas o que melhor se adapta dentro do período examinado.

Convém rememorar, igualmente, que o termo *persona* não foi destinado aos entes coletivos em nenhum momento da experiência romana, tendo surgido apenas no período medieval, motivo pelo qual o termo aqui utilizado é feito de maneira ampla, sem ater-se ao conceito atual de sujeito de direito.

⁴⁹¹ O direito antigo germânico não chegou sequer a elaborar um conceito de unidade de diversos sujeitos (OLIVEIRA, J. Lamartine Corrêa de. *Conceito de pessoa jurídica*, p. 17), motivo pelo qual o estudo deste período histórico se restringe ao direito romano.

⁴⁹² Propositadamente, evitou-se o termo “sujeito de direito” por este ser bastante criticado por Riccardo Orestano que esclarece que os romanos possuíam uma visão materialista, que colocava as coisas, isto é, os bens, como centro de relações de imputação. Por sua vez, coletividades de pessoas, como a família, eram vistas como objeto de relações jurídicas (*Il problema delle persone giuridiche in diritto romano*, p. 106-121). O mesmo autor salienta que o *populus* normalmente vem designado como beneficiário dos bens públicos, e não como seu sujeito. O termo, assim, tem um conteúdo mais objetivo do que propriamente subjetivo (ORESTANO, Riccardo. *Il problema delle persone giuridiche in diritto romano*, p. 298).

⁴⁹³ ORESTANO, Riccardo. *Il problema delle persone giuridiche in diritto romano*, p. 75.

No período pré-clássico, não há qualquer indicação do conhecimento de entes abstratos coletivos.⁴⁹⁴ As corporações originaram-se no direito clássico, assim como o Estado e outras pessoas jurídicas hoje conhecidas como de direito público.

A figura romana correspondente ao Estado – designado como *populus Romanus Quiritium* – é um ente soberano, e possui uma subjetividade própria, não mantendo relações jurídicas com particulares em plano de igualdade.⁴⁹⁵ O *populus Romanus* não podia ser demandado por pessoas comuns, que apenas dispunham de recursos administrativos contra suas decisões.⁴⁹⁶ Dessa forma, é incorreto afirmar que fosse uma pessoa jurídica propriamente dita.⁴⁹⁷

Não bastasse isso, novamente a matéria deve ser enfocada sob o ponto de vista das fases históricas, eis que o *populus Romanus* é apenas centro de imputação máximo do ordenamento geral durante a idade republicana. Nesse período, de fato, vislumbra-se a unificação de múltiplas faces de relações jurídicas em um único centro, dotado de uma vontade própria, que se manifesta por seus magistrados e nuncios, vontade esta que é, ao mesmo tempo, do povo e do próprio ordenamento. Como afirma Orestano, na República, coincidem o ordenamento comunidade e o ordenamento organização.⁴⁹⁸ As mudanças surgem, contudo, ao tempo de Augusto, quando se observa que à figura do povo se sobrepõe a figura do príncipe, que vai ganhando poder até o surgimento de um novo ordenamento, desta vez imperial. Assim, o *populus* continua por certo tempo a subsistir como centro de imputação de uma série de relações jurídicas, mas diversas outras encontram como destinatário o príncipe, que aqui já é um centro de imputação autônomo.⁴⁹⁹ Mencione-se, igualmente, que o caráter do príncipe é pessoal, não existindo um órgão que se pudesse chamar de principado, como entidade abstrata. Aproxima-se, em verdade, cada vez mais de uma monarquia absoluta – o Imperador vai, ao longo dos anos, substituindo-se ao *populus Romanus*, que, ao final, acaba por ser informalmente dissolvido.⁵⁰⁰

⁴⁹⁴ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*, p. 139.

⁴⁹⁵ CATALANO, Pierangelo. *Diritto e persone*, p. 166.

⁴⁹⁶ OLIVEIRA, J. Lamartine Corrêa de. *Conceito de pessoa jurídica*, p. 13: “(...) O Estado romano, o *populus romanus*, não chegou jamais a ser considerado como algo de patrimonialmente (ou sob qualquer outro aspecto jurídico) equiparável ao ser humano”.

⁴⁹⁷ CATALANO, Pierangelo. *Diritto e persone*, p. 184. No mesmo sentido: ORESTANO, Riccardo. *Il problema delle persone giuridiche in diritto romano*, p. 185-186.

⁴⁹⁸ ORESTANO, Riccardo. *Il problema delle persone giuridiche in diritto romano*, p. 213-216.

⁴⁹⁹ ORESTANO, Riccardo. *Il problema delle persone giuridiche in diritto romano*, p. 227-228.

⁵⁰⁰ ORESTANO, Riccardo. *Il problema delle persone giuridiche in diritto romano*, p. 271-279.

Mesmo durante o período de ápice do *populus Romanus*, este não realizava negócios jurídicos pelas mesmas regras e procedimentos destinados a outros entes, não havendo qualquer aproximação com normas de direito privado. Com o transcorrer do desenvolvimento social, contudo, a organização estatal passou a carecer do estabelecimento de uma distinção entre os órgãos públicos para que uma parte deles pudesse realizar atos no campo privado. Assim, verifica-se uma cisão, com a criação do *Fiscus*, para a atividade patrimonial e desempenho de atividades consideradas de direito privado,⁵⁰¹ e o *Aerarium*, considerado patrimônio do povo romano, durante o período da República. Posteriormente, e seguindo a trajetória do *populus* supramencionada, a divisão não mais é observada com clareza, e o Erário se identifica com o patrimônio do Imperador. Mais adiante, verifica-se novamente a separação entre os bens públicos e o patrimônio do Imperador, para, finalmente, o erário ser considerado um patrimônio inerente à função do príncipe e dedicado à finalidade pública.⁵⁰²

Pode-se admitir a existência de personalidade jurídica autônoma nas *civitates* e nos *municipia* (territórios estrangeiros conquistados e colocados sob o poderio de Roma, de modo que haviam perdido sua soberania).⁵⁰³ À diferença do Estado, eram disciplinadas pelo direito privado.⁵⁰⁴

São também pessoas jurídicas de direito privado as associações⁵⁰⁵ religiosas e as corporações de ofícios. As associações – chamadas por diversos nomes como *societas*, *collegium*,⁵⁰⁶ *corpos*, *universitas*⁵⁰⁷ – surgiram também durante o período clássico, como associação de pessoas naturais para diversos fins comuns, como religiosos, cívicos, corporações de ofício, corporação para arrecadação de tributos, para fins meramente

⁵⁰¹ SAVIGNY, Friedrich Karl von. *System of modern roman law*, v. 2, p. 182.

⁵⁰² FERRARA, Francesco. *Le persone giuridiche*, p. 10. Em virtude disso, J. Lamartine Corrêa de Oliveira salienta não se poder afirmar que o *Fiscus* era uma pessoa jurídica, já que não passava de uma manifestação da pessoa física do imperador (*Conceito de pessoa jurídica*, p. 13).

⁵⁰³ J. Lamartine Corrêa de Oliveira esclarece que a personificação dos municípios se deve a uma necessidade dos romanos de compensar a perda de autonomia sofrida pelas cidades conquistadas (*Conceito de pessoa jurídica*, p. 14).

⁵⁰⁴ CATALANO, Pierangelo. *Diritto e persone*, p. 184.

⁵⁰⁵ O termo associação não está sendo utilizado em sua concepção jurídica, mas tão somente para significar a organização de pessoas para fins diversos.

⁵⁰⁶ São associações que congregavam integrantes da mesma profissão ou ofício (OLIVEIRA, J. Lamartine Corrêa de. *Conceito de pessoa jurídica*, p. 14).

⁵⁰⁷ ORESTANO, Riccardo. *Il problema delle persone giuridiche in diritto romano*, p. 176-177. Como o autor mencionado esclarece, os termos *corpus* e *universitates* foram, ao longo do tempo, sendo utilizados para expressar coletividades, de início de gado e herança e, posteriormente, de pessoas. Segundo ele, foi justamente este efeito dos termos, atingido com maior expressão na Compilação Justinianeia, que propiciou o desenvolvimento final do termo *universitates personarum* no período medieval.

recreativos.⁵⁰⁸ Há que se destacar a existência das *societates publicanorum*, que se destinavam à arrecadação de recursos para grandes obras públicas, que não podiam ser suportadas pelo Estado. Dessa forma, a sociedade⁵⁰⁹ emprestava o dinheiro ao poder público, tornando-se arrendatária da cobrança de impostos. Quando o objetivo era atingido, a sociedade dissolvia-se e o patrimônio era dividido entre os membros da associação, os *publicani*. A morte de um dos sócios não implicava na dissolução da sociedade. Ao “estado” romano, era mais prático considerar esta reunião de pessoas um corpo único.⁵¹⁰

A possibilidade de ser considerado titular de direito se consubstanciava sobre dois predicados: possuir um patrimônio próprio e poder fazer sua própria representação em Juízo. Moreira Alves salienta que, de acordo com a Lei das XII Tábuas, não era exigível uma autorização estatal prévia para que os entes coletivos adquirissem personalidade jurídica. Contudo, ao longo do tempo, especialmente no período de Júlio César e Augusto, passou-se a exigir a autorização do Estado para aferir a licitude da finalidade das associações.⁵¹¹

No período pós-clássico, foram criados os entes com bens afetados à realização de certas finalidades. São consideradas fundações (*universitates rerum*) as *piae causae*, cujos bens têm por escopo a prestação de serviços assistenciais gratuitos, bem como a herança jacente.⁵¹²

Não há, durante o período romano, a formação de uma teoria da pessoa jurídica,⁵¹³ o que somente acontecerá pela influência do direito canônico.⁵¹⁴

Savigny menciona que a própria ideia do cristianismo levaria, tempos depois, ao surgimento da teoria da pessoa jurídica. Os deuses antigos eram concebidos como pessoas individuais, parecendo-se com homens comuns e materiais observados normalmente na

⁵⁰⁸ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*, p. 141.

⁵⁰⁹ O termo aqui também está sendo tomado em sentido vulgar, e não técnico-jurídico.

⁵¹⁰ OLIVEIRA, J. Lamartine Corrêa de. *Conceito de pessoa jurídica*, p. 15. Sem a utilização do termo *societates publicanorum*, Theodor Mommsen salienta ser muito comum que pessoas de amplo patrimônio realizassem empréstimos e contratos não como indivíduos, mas sim em parceria, o que acontecia em todas as grandes negociações, inclusive com o Estado. A mesma associação era verificada na navegação, em que cooperavam os proprietários do navio, da carga e investidores, para a divisão dos lucros posteriormente (*Histoire romaine*, t. III, p. 332-333).

⁵¹¹ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*, p. 141. O autor menciona que, no direito pós-clássico, a constituição de pessoas jurídicas de fim religioso, como igrejas, mosteiros e capelos, dependia apenas da autorização dos bispos, não sendo necessária, entretanto, para as associações exclusivamente beneficentes.

⁵¹² ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*, p. 140.

⁵¹³ OLIVEIRA, J. Lamartine Corrêa de. *Conceito de pessoa jurídica*, p. 10. No mesmo sentido: MORATO, Antonio Carlos. *Pessoa jurídica consumidora*. São Paulo: RT, 2009. p. 74.

⁵¹⁴ ORESTANO, Riccardo. *Il problema delle persone giuridiche in diritto romano*, p. 11.

vida cotidiana. Entendia-se, então, que cada um desses deuses tinha patrimônio próprio (decorrente de doação de fiéis) e era venerado em um templo próprio, que não se relacionava com os templos de outros deuses. A Igreja cristã, por sua vez, sustenta-se na existência de um único Deus e se encontrava unida por esta crença comum, de que, havendo somente um Deus, há apenas uma Igreja. Essa unicidade principiológica foi transportada para as relações patrimoniais.⁵¹⁵

O direito canônico, a partir dessa unicidade, aperfeiçoou o conceito de instituição, conferindo-lhe um caráter espiritual e transcendente – *corpus mysticum* – e dotando deste caráter todos os entes eclesiásticos ou ofícios com patrimônios e as fundações, que, de acordo com o entendimento com ele professado, decorrem de uma vontade superior.⁵¹⁶ Cada ofício eclesiástico, apesar da unicidade já mencionada, possui um patrimônio autônomo, e é tratado como ente, a partir do que se desenvolvem as fundações autônomas, como os hospitais.⁵¹⁷ Além disso, o termo *persona* apenas passa a ser estendido a esses entes coletivos sob a sua influência, já que, como visto anteriormente, durante o direito romano, o termo se destinava unicamente às pessoas físicas.

Mesmo durante a Alta Idade Média, verifica-se, também, a espontânea reunião de grupos de pessoas para desenvolvimento de atividades agrícolas que, no futuro, evoluíram para cooperativas, associações comerciais e industriais, como as guildas.⁵¹⁸ Destaca-se, entre elas, a propriedade comum de caráter indivisível, o que acabou por originar a chamada propriedade de mão comum (*zur gesamte Hand*) dos alemães.

De acordo com os relatos de Raymond Sallèles, as associações⁵¹⁹ aqui consideradas não eram somente uma junção de relações pessoais agrupadas para a obtenção de um fim comum, mas também uma forma de propriedade correspondente a esta unidade corporativa. Essa forma patrimonial é uma propriedade coletiva, que pertence à reunião de membros, e não aos indivíduos que a integram,⁵²⁰ constituindo o início da evolução das pessoas jurídicas personificadas, que atinge seu ponto de conclusão final com a propriedade corporativa da época dos glosadores.

⁵¹⁵ SAVIGNY, Friedrich Karl von. *System of modern roman law*, v. 2, p. 197.

⁵¹⁶ RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*, p. 693.

⁵¹⁷ FACCHIM, Tatiana. *A sociedade unipessoal como forma organizativa da micro e pequena empresa*. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 16, sob orientação da Professora Doutora Vera Helena de Mello Franco.

⁵¹⁸ CARBONNIER, Jean. *Derecho civil*. Tradução de Manuel M. Zorrilla Ruiz. Barcelona: Bosch, 1960. t. 1, v. I.

⁵¹⁹ Utilizadas em sua acepção não jurídica.

⁵²⁰ SALLEILES, Raymond. *De la personnalité juridique*, p. 166.

A propriedade comum deriva de situações de impossibilidade de divisão de bens familiares, o que ocorria frequentemente entre os povos agrícolas, não apenas na Alemanha, mas também na França. Com a morte dos pais, era frequente que irmãos constituíssem suas famílias e remanescessem na mesma casa, compartilhando o trabalho nas terras familiares. Todos participavam da administração da propriedade agrícola.

Salleiles adverte que essa propriedade não tem o mesmo caráter da copropriedade romana, já que, neste último caso, da indivisibilidade material não decorria a indivisibilidade ideal, o que não se observa nas comunidades agrícolas em comento. Os romanos, essencialmente individualistas, concebiam a copropriedade como uma superposição de direitos, do que decorria que cada parte ideal valesse um numerário pecuniário e pudesse ser negociado separadamente. Isso não acontecia de forma alguma entre as comunidades germânicas, que somente poderiam apreciar o valor da parte de cada um em caso de liquidação do patrimônio, e tendo em vista o número de comunheiros ainda existente no momento dessa dissolução. Isso impedia a transferência ou negociação de quotas não somente *inter vivos*, como também a título hereditário – aqueles que morriam antes da liquidação, não conseguiam transferir suas quotas para os seus herdeiros.⁵²¹

A fração ideal é puramente virtual, de maneira que não integra o patrimônio pessoal dos coproprietários, e impede que credores possam se servir do patrimônio coletivo. Assim, forma-se um conjunto de bens e interesses completamente separado, responsável apenas pelos seus próprios negócios. A propriedade comum se organiza de forma a funcionar como um patrimônio de uma pessoa jurídica. O patrimônio comum se torna um substituto da personalidade autônoma.

Posteriormente, em especial a partir do século XI, observa-se a intensificação do comércio, inclusive o marítimo, que acarreta na maior complexidade das relações estabelecidas entre os agentes que desenvolvem atividade econômica.⁵²² O crescimento empresarial demanda a separação formal de patrimônio entre a pessoa jurídica e seus integrantes, bem como a personificação de um maior número de entes coletivos.

Essa tendência prossegue durante a Idade Moderna, com o surgimento de diversos tipos de pessoas jurídicas, com utilidade pública e privada. De um lado, verifica-se a ampliação do conceito técnico-jurídico da pessoa jurídica, para que seja entendida não apenas como uma figura do direito privado, mas também de outras categorias do direito –

⁵²¹ SALLEILES, Raymond. *De la personnalité juridique*, p. 168-173.

⁵²² VIVANTE, Cesare. *Trattato di diritto commerciale*. 2. ed. Torino: Fratelli Bocca Editori, 1902. v. II, p. 6.

tornando-se, assim, universal.⁵²³ De outro, no que tange àquelas de direito privado, verifica-se a grande generalização da personificação societária.⁵²⁴

Ocorre que, para a filosofia do século XIX e os publicistas da Revolução Francesa, não há direitos além daqueles individuais, que a pessoa adquire ao nascer. Some-se a isso a ojeriza, característica deste período, à chamada propriedade de mão morta, que é aquela adquirida, por meio de doações e testamentos, pelas entidades de caráter religioso ou beneficente, que jamais deixam de diminuir, e não entram novamente em circulação, pois estão concentradas em mãos da Igreja, com caráter próximo da inalienabilidade. Tais propriedades perpetuavam indefinidamente os sistemas de regime agrícolas de suserania e vassalagem, com seus já conhecidos problemas de rendimento e produção.⁵²⁵ O conjunto desses fenômenos gerou forte resistência ao desenvolvimento livre da pessoa jurídica e é neste período que surge o problema de sua conceituação e natureza jurídica, o que será abordado no item subsequente.

4.3 A natureza jurídica da pessoa jurídica

A natureza jurídica da pessoa jurídica ofereceu desafio à doutrina, e interessou a diversos campos do direito, sendo discutida inclusive no âmbito do direito penal, a fim de apurar a possibilidade de cometimento de crime por entes coletivos.⁵²⁶ Tendo em vista o interesse despertado, e a complexidade da matéria, é natural que tenham surgido inúmeras teorias a fim de explicar as razões e os modos pelos quais os entes coletivos exercitam atividades típicas de pessoas humanas, especialmente de direito privado.⁵²⁷

Tratar-se-á brevemente das principais vertentes, com vistas a determinar se a teoria adotada pode ou não influenciar os resultados do presente trabalho. Ao final, serão tecidos

⁵²³ FERRARA, Francesco. *Le persone giuridiche*, p. 12.

⁵²⁴ MUNHOZ, Eduardo Secchi. *Empresa contemporânea e o direito societário*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 64.

⁵²⁵ SALLEILES, Raymond. *De la personnalité juridique*, p. 7. O autor relata que, durante esse período, a preocupação com a imobilidade do patrimônio era tão grande que as associações com mais de vinte pessoas, para serem consideradas lícitas, dependiam de autorização administrativa, que era concedida de maneira parcimoniosa. Em virtude disso, eram bastante frequentes as fraudes em que as associações se revestiam da forma de sociedades empresárias, e os “sócios” renunciavam antecipadamente à participação nos lucros (p. 17).

⁵²⁶ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 88.

⁵²⁷ GIORGI, Giorgio. *La dottrina delle persone giuridiche o corpi morali*. 3. ed. Firenze: Cammelli, 1927. v. I, p. 3. Observe-se, contudo, que a maior parte dos doutrinadores tentará explicar também as pessoas jurídicas de direito público, e alguns deles, como os institucionalistas, inclusive focam nesse aspecto em específico.

alguns comentários sobre a teoria aqui eleita, bem como a posição adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro.

4.3.1 Teoria da ficção

De acordo com a teoria da ficção, apenas as pessoas naturais podem ser verdadeiramente sujeitos de direito, pois possuem vontade que possibilita a deliberação, sendo dotadas de existência real, física e psíquica.⁵²⁸

Segundo essa concepção, ainda que somente as pessoas naturais tenham aptidão para serem sujeitos de direito, o ordenamento jurídico pode entender como *pessoas* entes diferentes das pessoas naturais, do mesmo modo que pode retirar das pessoas naturais o rótulo de pessoa. Para os ficcionistas, o que se observa com relação às pessoas jurídicas, é o mesmo fenômeno, isto é, a extensão da capacidade jurídica (confundida por tais teóricos com personalidade jurídica), para entes que, em verdade, não existem. Eis aqui, em conclusão, o esvaziamento da noção de pessoa, que perde seu caráter substancial.⁵²⁹

A reunião de pessoas, assim, mesmo formando uma coletividade orgânica, não pode constituir, sob o plano jurídico, um ente diferente com capacidade própria e personalidade separada. Apenas ficticiamente se representa como único o que, na verdade, é múltiplo e diferente. A personalidade é uma criação jurídica.

De acordo com os adeptos da teoria da ficção, o conceito de pessoa jurídica tem um valor jurídico próprio e distinto das realidades que encobre e tem um poder tão grande de unificação do grupo que faz desaparecer todos os direitos individuais dos quais ela é a representante.

Essa é a doutrina defendida por Savigny,⁵³⁰ Windscheid⁵³¹ e outros seguidores, a qual já havia surgido na época do pós-glosadores, que cunharam o termo *persona repraesentata* ou *persona ficta*.⁵³²

Sendo uma criação fictícia, o ato estatal autoriza – e não meramente declara – o funcionamento da pessoa jurídica.⁵³³ A lei cria a capacidade jurídica e, ao fazê-lo, pode

⁵²⁸ SAVIGNY, Friedrich Karl von. *System of modern roman law*, v. 2, p. 176.

⁵²⁹ OLIVEIRA, J. Lamartine Corrêa de. *Conceito de pessoa jurídica*, p. 32.

⁵³⁰ A matéria é tratada no segundo volume da obra *System of modern roman law*, já mencionada.

⁵³¹ WINDSCHEID, Bernardo. *Il diritto delle pandette*, p. 149 e 170: “Persona giuridica è una persona non esistente in effetto, ma soltanto immaginaria, che si considera come soggetto di diritti ed obbligazioni”.

⁵³² SALLEILES, Raymond. *De la personnalité juridique*, p. 309.

⁵³³ OLIVEIRA, J. Lamartine Correa. *Conceito de pessoa jurídica*, p. 30.

definir até onde ela se estende e o que ela abrange. Admite-se grande caráter de discricionariedade ao ato estatal, cabendo à administração livremente apreciar a conveniência da pessoa jurídica, bem como, posteriormente, decidir pela supressão de sua personalidade, com a mesma arbitrariedade com a qual lhe concedeu.⁵³⁴

É interessante notar que, sob este ponto de vista, a teoria encontra várias coincidências com a teoria normativista de Hans Kelsen, para quem a pessoa jurídica é uma “unidade de um complexo de deveres jurídicos e direitos subjetivos. Como estes deveres jurídicos e direitos subjetivos são estatuídos por normas jurídicas – melhor: são normas jurídicas –, o problema da pessoa é, em última análise, o problema da unidade de um complexo de normas”.⁵³⁵ A *pessoa* também tem seu conteúdo esvaziado, chegando Kelsen a afirmar que a chamada pessoa física não é um indivíduo, “mas a unidade personificada das normas jurídicas que obrigam e conferem poderes a um e mesmo indivíduo”. Além disso, acrescenta que as pessoas físicas não são uma realidade natural, “mas uma construção jurídica criada pela ciência do Direito, um conceito auxiliar na descrição de fatos juridicamente relevantes. Neste sentido, a chamada pessoa física é uma pessoa jurídica (*juristische Person*)”.⁵³⁶

Voltando à teoria ora em análise, cumpre asseverar que as pessoas jurídicas, por serem fictícias, contam com representantes, como ocorre com os menores impúberes, mediante os quais os entes coletivos expressam sua vontade.⁵³⁷ Isso a difere das teorias realistas, segundo as quais a pessoa jurídica expressa diretamente sua vontade mediante os órgãos nela constituídos, que são desdobramentos de sua personalidade.⁵³⁸

Francesco Ferrara,⁵³⁹ Jean Carbonnier⁵⁴⁰ e Giorgio Giorgi⁵⁴¹ assinalam que a teoria ficcionista tem origem que remonta à doutrina canônica do corpo místico, ou ente ideal, o que, contudo, é criticado por alguns autores, já que os institutos romanos, na feição adquirida no direito costumeiro do período medieval, têm caráter muito mais real do que fictício.⁵⁴²

⁵³⁴ SALLEILES, Raymond. *De la personnalité juridique*, p. 315-6.

⁵³⁵ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 193-194.

⁵³⁶ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 194.

⁵³⁷ SAVIGNY, Friedrich Karl von. *System of modern roman law*, v. 2, p. 210.

⁵³⁸ SALLEILES, Raymond. *De la personnalité juridique*, p. 323.

⁵³⁹ FERRARA, Francesco. *Le persone giuridiche*, p. 20.

⁵⁴⁰ CARBONNIER, Jean. *Derecho civil*, p. 368.

⁵⁴¹ GIORGI, Giorgio. *La dottrina delle persone giuridiche o corpi morali*, v. I, p. 26.

⁵⁴² J. Lamartine Corrêa de Oliveira, por exemplo, nega expressamente essa aproximação, salientando que os canonistas não são precursores da teoria da ficção jurídica, pois vislumbravam realidade nos entes coletivos (*Conceito de pessoa jurídica*, p. 160). Raymond Salleiles também destaca que o pensamento da Idade Média não era o de ser a pessoa jurídica um ente fictício (*De la personnalité juridique*, p. 335).

De qualquer modo, a doutrina da ficção influenciou fortemente diversos ordenamentos jurídicos, de modo que não é possível relativizar sua importância, ainda que se encontre em evidente desuso, e que tenha diversos inconvenientes por reduzir a capacidade da pessoa jurídica apenas para aspectos patrimoniais⁵⁴³ e para pessoas jurídicas de direito privado, não explicando corretamente a existência do Estado, que certamente não é fictício.⁵⁴⁴ Em verdade, o Estado, de acordo com os ficcionistas, é considerado uma pessoa jurídica necessária que sempre existiu,⁵⁴⁵ opção esta que parece ter sido tomada por falta de melhores argumentos a lhe serem destinados.

A teoria remanesce sendo estudada e lembrada em razão de sua importância histórica e pelo termo *pessoa jurídica* ter sido cunhado, ou popularizado, por Savigny.⁵⁴⁶

4.3.2 Teoria da destinação dos interesses ou teoria individualista⁵⁴⁷

Também há que se fazer referência à teoria da destinação dos interesses, ou teoria individualista, de autoria de Rudolf von Ihering, o qual afirma que, nas pessoas jurídicas, os sujeitos são sempre as pessoas físicas que as integram, os sócios, os associados, o corpo diretivo das fundações, entre outros.⁵⁴⁸ Os entes coletivos se reduzem a um somatório das pessoas físicas.⁵⁴⁹

Como também já se teve oportunidade de destacar anteriormente, Ihering identifica os direitos subjetivos não com a vontade, mas sim com o fato de se possuir interesses protegidos. No caso da pessoa jurídica, não é o ente coletivo que possui interesses, mas sim seus integrantes, sócios e administradores.⁵⁵⁰ Como não possui interesses, a pessoa jurídica também não pode possuir direitos. Trata-se apenas de ente aparente, que esconde diversas

⁵⁴³ WINDSCHEID, Bernardo. *Il diritto delle pandette*, p. 175.

⁵⁴⁴ OLIVEIRA, J. Lamartine Corrêa de. *Conceito de pessoa jurídica*, p. 31.

⁵⁴⁵ Savigny menciona que existem pessoas jurídicas naturais (ou de essência necessária) e outras artificiais (ou de essência arbitrária). Na primeira categoria, são colocadas as cidades e províncias, que constituem os elementos fundamentais do Estado e existem antes mesmo dele. As colônias romanas, contudo, têm existência artificial. Outras figuras são colocadas em uma categoria intermediária, que não é claramente elucidada: as guildas de artesãos e outras associações que se associam aos entes públicos, e acabam por figurar como partes dele (*System of modern roman law*, v. 2, p. 180).

⁵⁴⁶ SAVIGNY, Friedrich Karl von. *System of modern roman law*, v. 2, p. 179. O autor menciona que o termo em voga é pessoa moral, mas o termo deveria ser rejeitado por dois motivos: o termo não atinge o conceito de pessoa jurídica, que não diz respeito a pessoas morais, e porque a expressão *moral* é mais adaptada a denotar aqueles, entre as pessoas naturais, que se opõem à imoralidade.

⁵⁴⁷ Terminologia adotada por Francesco Ferrara (*Le persone giuridiche*, p. 20).

⁵⁴⁸ IHERING, Rudolf von. *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, p. 310.

⁵⁴⁹ OLIVEIRA, J. Lamartine Corrêa de. *Conceito de pessoa jurídica*, p. 41.

⁵⁵⁰ IHERING, Rudolf von. *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, p. 311.

peças físicas, assumindo o caráter instrumental necessário para desempenhar certas atividades, inclusive para simplificação das relações jurídicas.

A pessoa jurídica, assim, é apenas um *nomen iuris* que serve como um instrumento para assegurar que as pessoas individualmente consideradas gozem de certos direitos fixados pelo contrato social ou pelo estatuto.⁵⁵¹

Ocorre que, logo de início, vislumbra-se incorreto afirmar que o interesse da pessoa jurídica é o interesse dos sócios, tendo em vista que, mesmo em pessoas jurídicas de direito privado com fins lucrativos, isso nem sempre é verdade.

A questão das fundações é ainda mais complexa. Sobre esse assunto, o autor salienta que são aqueles que obtêm proveito das atividades desempenhadas pelas fundações que são os sujeitos de direito, como os pobres, os doentes, as viúvas e os órfãos. Em caso de desvio de função cometido pelos dirigentes da fundação, ou outras ações que lhe comprometessem o funcionamento, os beneficiários poderiam exercer a *actio popularis*, a fim de obter que as pessoas jurídicas continuassem desempenhando as atividades para as quais foram criadas. O fato de os objetivos obtidos pela ação beneficiarem não somente o litigante, mas também terceiros, não muda o fato de serem aqueles os verdadeiros detentores dos direitos subjetivos. O autor ainda vai mais além, afirmando que o mesmo raciocínio se aplica às coisas sacras, religiosas e públicas (*res publicae*).⁵⁵²

Acerca dessas assertivas, Giorgio Giorgi afirma, com propriedade, que Ihering confunde o gozo das vantagens materiais que são objeto do direito com a questão debatida de encontrar o fundamento dos direitos subjetivos das pessoas jurídicas. De fato, os doentes de um hospital obtêm os benefícios da recuperação e da cura, mas quem chamaria de proprietários os “usufrutuários” do patrimônio do hospital? Do mesmo modo, os habitantes de uma cidade utilizam as vantagens materiais geradas pelos bens públicos, mas não é por isso que se pode dizer que sejam os proprietários ou posseiros desses bens.⁵⁵³

De fato, os beneficiários das fundações, ainda que dispusessem da *actio popularis*, não integram a pessoa jurídica em comento, assim como os habitantes de uma cidade não formam o município. Visualizar em todas as pessoas jurídicas apenas pessoas físicas em algum tipo de agrupamento limitou bastante o alcance da teoria, que encontrou pequena propagação na doutrina e na legislação subsequentes.

⁵⁵¹ GIORGI, Giorgio. *La dottrina delle persone giuridiche o corpi morali*, v. I, p. 33.

⁵⁵² IHERING, Rudolf von. *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, p. 313-316.

⁵⁵³ GIORGI, Giorgio. *La dottrina delle persone giuridiche o corpi morali*, v. I, p. 33.

4.3.3 As teorias voluntaristas: teoria organicista e teoria da realidade objetiva

Em conformidade com as teorias realistas, a vontade é capaz de criar determinado organismo, que passa a ter vida própria. De acordo com essa concepção, a pessoa jurídica é dotada de uma vontade real coletiva, sendo equiparada completamente às pessoas físicas, tendo em vista que nascem e se extinguem a partir de fenômenos sociais, e não em decorrência da atuação do Estado.⁵⁵⁴ As teorias realistas são também chamadas de teorias voluntaristas, as quais não devem, entretanto, ser confundidas com aquelas mencionadas no Capítulo 1 (relacionadas ao direito subjetivo), já que assumem posicionamento diverso. Nesse sentido, não se deve olvidar que Savigny é um voluntarista do ponto de vista dos direitos subjetivos, mas um ficcionista com relação à pessoa jurídica, pois entende que os entes coletivos são desprovidos de vontade – característica exclusiva da pessoa natural.

De acordo com a teoria ora em análise, a assertiva de que somente as pessoas físicas podem ser sujeito de direito não é verdadeira, pois os entes coletivos são sujeitos existentes que o Estado apenas reconhece e constata. A personalidade é ínsita a tal realidade.⁵⁵⁵ A realidade da pessoa jurídica é sempre reafirmada, sem o recurso à analogia ou à ficção.⁵⁵⁶

As teorias voluntaristas, no que tange à pessoa jurídica, proliferaram, mas podem ser divididas em duas principais vertentes: a teoria da vontade propriamente dita (*Willentheorie*) e a teoria organicista. De acordo com a primeira, são pessoas jurídicas todos os organismos e grupos sociais que possam ter vontade própria, capacidade de querer e que busquem interesses coletivos. As pessoas jurídicas possuem vontade própria, que não é apenas a somatória dos interesses de seus integrantes – são, assim, vontades incorpóreas.⁵⁵⁷

Em conformidade com a segunda, capitaneada por Otto Friedrich von Gierke, a pessoa jurídica, que teria surgimento histórico espontâneo, é dotada de organicidade, e, em razão de tal característica, tem capacidade jurídica idêntica à das pessoas naturais.⁵⁵⁸ A pessoa jurídica acaba sendo comparada à pessoa individual de maneira fisiológica,

⁵⁵⁴ RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*, p. 697.

⁵⁵⁵ FERRARA, Francesco. *Le persone giuridiche*, p. 19-22.

⁵⁵⁶ ORESTANO, Riccardo. *Il problema delle persone giuridiche in diritto romano*, p.26.

⁵⁵⁷ OLIVEIRA, J. Lamartine Corrêa de. *Conceito de pessoa jurídica*, p. 58.

⁵⁵⁸ GIERKE, Otto Friedrich von. *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung*, 1887, 149-150, apud OLIVEIRA, J. Lamartine Corrêa de. *Conceito de pessoa jurídica*, p. 61.

corpórea e espiritual,⁵⁵⁹ de modo a se entender que “o grupo personalizado é tão independente da vida de seus membros, quanto a vida do homem é independente de cada uma de suas células”.⁵⁶⁰

É evidente que tal teoria é uma fantasia. Menciona-se o termo unidade orgânica da pessoa jurídica, mas a palavra é vazia de conteúdo.⁵⁶¹ Não se pode afirmar que se trata de uma unidade em sentido material ou fisiológico de orgânico, pois isso não sucede. Também não é possível se afirmar que haja uma vontade em sentido psicológico, pois, nesse sentido, somente as pessoas humanas a possuem. São sempre os sócios ou administradores que possuem uma vontade e que agem em nome da sociedade, não uma vontade mística advinda de um ser autônomo e superior.⁵⁶² Ademais, as teorias da realidade são pensadas com fundamento nos fenômenos corporativos, mas não dão o devido enquadramento às fundações, que muitas vezes voltavam a ser tratadas como ficção.⁵⁶³ É evidente, assim, que a realidade da pessoa jurídica não pode ser real ou orgânica, mas somente técnica, como será esclarecido mais adiante.

A teoria representa uma evolução, entretanto, quando reconhece a existência de grupos sociais que naturalmente têm aptidão para serem sujeitos de direito e quando demonstra que tal aptidão não é fictícia,⁵⁶⁴ mas não se pode olvidar que uma organização de pessoas (ou de bens, no caso da fundação) não constitui uma pessoa jurídica enquanto não houver algum tipo de reconhecimento⁵⁶⁵ de sua existência por parte do Estado.

Finalmente, convém não confundir a possibilidade de ser titular de direitos com a possibilidade de ter vontade própria, o que já foi discutido quando se tratou sobre a teoria dos direitos subjetivos de Savigny. O ordenamento jurídico concede direitos também àqueles que não possuem vontade, o que se verifica, por exemplo, com os nascituros, os infantes de tenra idade e em relação a todos aqueles que não possuem o necessário

⁵⁵⁹ GIERKE, Otto Friedrich von. *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung*, 1887, p. 159, apud OLIVEIRA, J. Lamartine Corrêa de. *Conceito de pessoa jurídica*, p. 66.

⁵⁶⁰ RÃO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*, p. 696.

⁵⁶¹ WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*, p. 521: “Fica por isso em aberto – num pensamento inundado de imagens apaixonadas – se a personalidade colectiva de Gierke era compreendida de forma metafísica ou de forma naturalista, como ideia ou como realidade. O facto de ele não se cansar em deduzir da imagem de organismo, de órgão, de *personalidade* colectiva, consequências jurídicas, coloca-o na tradição da metafísica social romântica; o facto de ele documentar continuamente a sua concepção, sempre com grande poder de observação, a partir da história do direito e da vida social do seu tempo, remete o seu trabalho para uma teoria social empírica, realista: no entanto, o seu material de observação continua a ser o da sociedade pré-industrial”.

⁵⁶² FERRARA, Francesco. *Le persone giuridiche*, p. 24.

⁵⁶³ ORESTANO, Riccardo. *Il problema delle persone giuridiche in diritto romano*, p. 30. No mesmo sentido: SALLEILES, Raymond. *De la personnalité juridique*, p. 523.

⁵⁶⁴ OLIVEIRA, J. Lamartine Corrêa de. *Conceito de pessoa jurídica*, p. 65.

⁵⁶⁵ Declaração ou autorização, o que será discutido no item 4.4.

discernimento para gerir os próprios negócios. Sendo assim, do fato de serem atribuídos direitos à pessoa jurídica não há que se inferir que ela possua vontade própria.

J. Lamartine Corrêa de Oliveira ainda tece críticas específicas à aplicação da teoria às fundações, que merecem ser aqui transcritas:

“Quanto às fundações em especial, além da estranheza de fórmulas como as de ‘vontade objetivada’, ‘vontade cristalizada’, o fato de que a fundação deve sua origem à vontade do fundador, expressa em ato jurídico que se torna irrevogável e cujos efeitos perduram no tempo, é tudo o que há de real por trás dessas fórmulas nebulosas. Ora, esta inalterabilidade das manifestações de vontade e caráter duradouro de seus efeitos não ocorre em todos os negócios jurídicos? Mais ainda: se uma volição isolada pode ser sujeito de direitos, isso não nos levará a uma multiplicação de sujeitos de direito dentro de um mesmo indivíduo humano?”⁵⁶⁶

Dessa forma, as teorias realistas sofreram inúmeras críticas, e, ainda que tenham tido fortíssima influência entre os juristas alemães, não foram acolhidas pela doutrina brasileira.

4.3.4 As doutrinas institucionalistas

De acordo com as teorias institucionalistas, a pessoa jurídica é uma instituição que possui uma vida exterior que se manifesta por atos jurídicos, como a aquisição de bens e o exercício de ações em juízo.

A instituição tem um escopo específico, de obtenção de determinados resultados, mas não necessariamente adquire essa manifestação exterior. Apenas quando isso acontece, a coletividade age como pessoa jurídica. Vários foram os adeptos dessa teoria, que sofreu algumas variações de acordo com o teórico estudado, motivo pelo qual, para verdadeiramente entendê-la, há que se estudar o posicionamento jurídico de cada autor. Tratar-se-á aqui de Salleiles e Hauriou.

J. Lamartine Corrêa de Oliveira insere Raymond Salleiles como precursor desta teoria,⁵⁶⁷ mas equivoca-se quem pensa se tratar o doutrinador francês de ardoroso defensor da teoria da instituição. Em verdade, o autor, sendo partidário da doutrina realista, busca meios de superar as diversas críticas à doutrina organicista de Gierke, partindo do pressuposto de que a vontade coletiva existe e não pode ser questionada. A pessoa jurídica, segundo seu entendimento, é uma realidade do ponto de vista jurídico, com vontade

⁵⁶⁶ OLIVEIRA, J. Lamartine Corrêa de. *Conceito de pessoa jurídica*, p. 59.

⁵⁶⁷ OLIVEIRA, J. Lamartine Corrêa de. *Conceito de pessoa jurídica*, p. 115.

própria e distinta de seus fundadores e integrantes, e tem por função exteriorizar e exercitar tal vontade.⁵⁶⁸ O autor vislumbra, ainda, a existência de uma dualidade de vontades nos entes coletivos: a pessoa física que integra a pessoa jurídica tem uma vontade própria, para os próprios assuntos, e outra destinada à pessoa jurídica, o que se repete com os demais membros. A somatória dessas vontades voltadas à pessoa jurídica forma a vontade do próprio ente coletivo. No caso da fundação, haverá a vontade do fundador, também dividida, e que, no caso da pessoa jurídica, foi destinada a uma obra duradoura que se estenderá além de sua própria existência.⁵⁶⁹ Assim, a teoria de Salleiles, em princípio, é voluntarista e busca esclarecer o surgimento da vontade da pessoa jurídica.

A fim de explicar melhor seu posicionamento, esclarece o autor o que entende como direito subjetivo: um poder a serviço de interesses sociais, exercido por vontade autônoma. A vontade se encontra a serviço do direito, e não o contrário, como pensava a teoria tradicional.⁵⁷⁰ O principal titular desse direito é uma pessoa natural, em razão dos três elementos que constituem o sujeito de direitos: a) ser dotado de organismo que pode exercer de fato o poder; b) possuir uma vontade independente que preside o poder; e c) destinar o poder ao atendimento do interesse coletivo que o garante e o protege.⁵⁷¹ A despeito desse entendimento, a personalidade, de acordo com Salleiles, é considerada uma noção relativa, que se aplica a todos os entes passíveis de preencher os três elementos, o que justifica sua ampliação também para as pessoas jurídicas.⁵⁷²

Depois de esclarecidos tais pontos, e ao final de sua obra, o autor tece poucos comentários que fazem parecer ter se filiado à doutrina institucionalista de Maurice Hauriou, afirmando que a teoria da instituição é uma tentativa de justificar a teoria da realidade, considerando-se instituições todas as organizações criadas em vista do exercício de direito. Assinala, ademais, que, no início das civilizações, eram as instituições que possuíam os direitos, e não os homens, pois estes somente poderiam gozá-los mediante o intermédio do grupo de que fizessem parte. Dessa forma, salienta que o direito precisa de organismos para se exprimir e que a instituição é a primeira das realidades jurídicas. A

⁵⁶⁸ SALLEILES, Raymond. *De la personnalité juridique*, p. 526.

⁵⁶⁹ SALLEILES, Raymond. *De la personnalité juridique*, p. 527.

⁵⁷⁰ SALLEILES, Raymond. *De la personnalité juridique*, p. 532-543: “le droit subjectif est un pouvoir mis au service d’intérêts de caractère social, et exercé par une volonté autonome” (Tradução livre: “o direito subjetivo é um poder colocado ao serviço de interesses de caráter social e exercido por uma vontade autônoma”).

⁵⁷¹ OLIVEIRA, J. Lamartine Corrêa de. *Conceito de pessoa jurídica*, p. 116.

⁵⁷² SALLEILES, Raymond. *De la personnalité juridique*, p. 558.

pessoa jurídica, em conclusão, é uma instituição, no sentido de ser uma realidade jurídica, que somente existe em conformidade com a concepção intelectual e doutrinária.⁵⁷³

Não fica muita clara, com relação ao mencionado autor, a diferença entre a noção de, por um lado, ser a pessoa jurídica uma ficção e, de outro, uma realidade jurídica. O que é, afinal, uma realidade jurídica? O autor menciona, em diversas passagens de seu trabalho, a importância da preservação de criações espontâneas da história, bem como da existência de uma consciência coletiva. Mas, sendo assim, não seria o caso de afirmar ser a pessoa jurídica também uma realidade em outros sentidos que não o jurídico?

J. Lamartine Corrêa de Oliveira afirma, em acréscimo, equivocarse Salleiles ao não reconhecer que o homem se distingue por ser uma realidade substancial, não dependendo de qualquer outra consideração, e cuja destinação não depende dos fins acidentais que haja buscado em momentos de sua vida.⁵⁷⁴ De fato, Salleiles dedica pelo menos dois capítulos inteiros de sua obra à crítica, com argumentos bastante pertinentes, da teoria da ficção e suas consequências nefastas, mas incide no mesmo equívoco de apresentar um conceito de personalidade meramente formal.

A despeito das críticas, o trabalho em comento se destaca pelo pensamento inovador, no sentido de se subtrair aos limites do positivismo e do voluntarismo que ainda impregnavam o pensamento jurídico da época. O fato de se tratar, verdadeiramente, de um institucionalista é duvidoso, mas, para fins de organização do trabalho, optou-se por incluí-lo ao lado daquele que realmente desenvolveu a ideia de instituição e que é mencionado por Salleiles: Maurice Hauriou.

Maurice Hauriou elaborou todos os seus trabalhos tendo como foco principal o Estado, já que, ao contrário dos demais teóricos aqui estudados, era um jurista de direito público, o que, contudo, não retira o caráter de interesse da sua obra para o presente trabalho. J. Lamartine Corrêa de Oliveira⁵⁷⁵ afirma que Hauriou reformulou seu posicionamento inúmeras vezes, tendo atingido o máximo de refinamento de sua teoria no trabalho *La Théorie de l'Institution et de la Fondation*,⁵⁷⁶ motivo pelo qual esta é a obra que aqui se analisa.

⁵⁷³ SALLEILES, Raymond. *De la personnalité juridique*, p. 560.

⁵⁷⁴ OLIVEIRA, J. Lamartine Corrêa de. *Conceito de pessoa jurídica*, p. 121.

⁵⁷⁵ OLIVEIRA, J. Lamartine Corrêa de. *Conceito de pessoa jurídica*, p. 127 e ss.

⁵⁷⁶ HAURIOU, Maurice. *La théorie de l'institution et de la fondation (essai de vitalisme social)*. In: HAURIOU, Maurice. *Aux sources du droit: le pouvoir, l'ordre et la liberté*. Caen: Centre de Philosophie politique et juridique, 1986. Disponível em: <http://visualiseur.bnf.fr/visualiseur?_Destination=Galli ca&O=NUMM_4725>. Acesso em: 02 jul. 2014. O termo “fondation” utilizado no texto não se refere à

O autor em comento sustenta que a instituição consubstancia uma ideia de obra ou empresa que encontra sua realização no meio social, e ali permanece. As instituições são fundadas graças a um poder, mas ele deve ser exercido por meio de alguma forma de consentimento. As pressões sociais são válidas para este intuito, desde que não cheguem até a violência.⁵⁷⁷ Salienta, ademais, que o Estado, ao contrário do que entendem os ficcionistas, não é uma pessoa jurídica natural ou que sempre existiu: pelo contrário, é uma formação política de final de civilização. Os homens, até então, organizaram-se de diversas outras formas, sob o poder do clã, das tribos, e até mesmo dos senhores feudais.⁵⁷⁸

Afirma o jurista que, para sua formação, a instituição há de ter três elementos: uma ideia da obra a ser realizada em um grupo social; um poder organizado de governo colocado a serviço dessa ideia para a sua realização; e manifestações de comunhão, produzidas no grupo social sobre a ideia e a sua realização. Nas instituições, ocorre uma internalização do poder organizado e das manifestações de comunhão dos membros do grupo, e esta incorporação conduz à sua personificação. A ideia, que é o elemento mais importante, é o objeto da instituição.⁵⁷⁹

Sua visão das ideias é bastante platônica,⁵⁸⁰ entendendo o autor que essas simplesmente existem, cabendo aos sujeitos apenas revelá-las, e não criá-las. Assim, a ideia da obra não pertence a pessoa alguma, estando livre no universo, de modo a integrar o subconsciente coletivo.⁵⁸¹

O segundo elemento, o poder organizado de governo, é autoexplicativo e relaciona-se à sistematização da instituição. O voluntarismo não foi completamente abandonado na obra em estudo, tendo em vista o autor afirmar ser o poder uma forma de vontade – os órgãos da instituição são poderes da vontade, a qual espiritualiza o elemento humano da organização. A organização deve, segundo sua concepção, obedecer a dois princípios: o da separação dos poderes, e o do regime representativo,⁵⁸² o que indica, novamente, o caráter público que impregna sua noção de instituição.

espécie de pessoa jurídica fundação, mas tão somente à forma de surgimento das instituições e à maneira pela qual são fundadas.

⁵⁷⁷ HAURIOU, Maurice. *La théorie de l'institution et de la fondation*, p. 89.

⁵⁷⁸ HAURIOU, Maurice. *La théorie de l'institution et de la fondation*, p. 92.

⁵⁷⁹ HAURIOU, Maurice. *La théorie de l'institution et de la fondation*, p. 98.

⁵⁸⁰ OLIVEIRA, J. Lamartine Corrêa de. *Conceito de pessoa jurídica*, p. 127-132.

⁵⁸¹ HAURIOU, Maurice. *La théorie de l'institution et de la fondation*, p. 101.

⁵⁸² HAURIOU, Maurice. *La théorie de l'institution et de la fondation*, p. 102-103.

Por fim, as manifestações de comunhão podem consistir em reuniões sociais para fins específicos, para resolver problemas e inquietações coletivas.⁵⁸³ No pensamento de Hauriou, os grandes movimentos populares acompanham a formação das instituições políticas e sociais, como se deu com o surgimento dos sindicatos, que se formaram no final do século XIX, em razão da aclamação da classe operária por melhores condições de trabalho. As consciências individuais entram em contato com a ideia comum, e, por um fenômeno que o autor chama de interpsicologia,⁵⁸⁴ têm o sentimento da emoção comum.⁵⁸⁵

Do mesmo modo, sustenta que, quando uma instituição alcança certo grau de especialização para obtenção de certas finalidades, torna-se automaticamente uma pessoa jurídica.⁵⁸⁶ As instituições corporativas sofrem o fenômeno da incorporação e, conseqüentemente, passam à personificação, que seria uma tendência natural. O Estado, por exemplo, seria personificado a partir do momento que atinge o estado de liberdade política com participação popular no governo, pois, neste caso, será atingida a ideia diretriz.⁵⁸⁷

De acordo com a leitura que faz J. Lamartine Corrêa de Oliveira do mencionado trabalho, as instituições personificadas fazem um movimento duplo de interiorização:

“Na primeira fase, a da incorporação, interioriza-se o poder de govêrno, com seus órgãos, com seu poder de vontade. Na segunda fase, a da personificação, interiorizam-se as manifestações de comunhão dos membros do grupo”.⁵⁸⁸

Sem esse duplo movimento, não há a personificação, o que justifica o fato de nem todas as instituições alcançarem o nível de *pessoa*, o que não se verifica, por exemplo, com a família.⁵⁸⁹ Sendo constatada a dupla interiorização, ter-se-á a realidade das pessoas jurídicas, decorrente do caráter natural dos fenômenos de incorporação e de personificação.⁵⁹⁰

A teoria em comento se aplica perfeitamente ao surgimento do Estado, mas encontra dificuldade em explicar o surgimento das fundações, que podem decorrer da vontade de uma única pessoa. Também há que se questionar a escolha do autor em colocar

⁵⁸³ OLIVEIRA, J. Lamartine Corrêa de. *Conceito de pessoa jurídica*, p. 128.

⁵⁸⁴ A palavra é utilizada no sentido de relação entre pessoas dentro da sociedade.

⁵⁸⁵ HAURIOU, Maurice. *La théorie de l'institution et de la fondation*, p. 105-106.

⁵⁸⁶ RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*, p. 698.

⁵⁸⁷ HAURIOU, Maurice. *La théorie de l'institution et de la fondation*, p. 111-112.

⁵⁸⁸ OLIVEIRA, J. Lamartine Corrêa de. *Conceito de pessoa jurídica*, p. 129.

⁵⁸⁹ CARBONNIER, Jean. *Derecho civil*, p. 370.

⁵⁹⁰ HAURIOU, Maurice. *La théorie de l'institution et de la fondation*, p. 127. Analisando a mesma obra, Francesco Ferrara nega o caráter de realidade da pessoa jurídica na teoria da instituição, no que, pelo aqui esposado, se equivoca (*Le persone giuridiche*, p. 23).

a ideia como sujeito de direito das instituições, o que gera perplexidade, conforme bem salienta J. Lamartine Corrêa de Oliveira.⁵⁹¹

Ferrara, em acréscimo, sustenta que a teoria em comento falha ao não explicar porque, em diversas situações, a personalidade jurídica existe antes mesmo de haver qualquer tipo de organização e congregação de vontade, que pode vir posteriormente, quando a pessoa jurídica estiver já atuando juridicamente. Ressalta, em acréscimo, que a teoria da instituição diz respeito à pessoa jurídica no seu funcionamento, mas não consegue abranger a sua existência ideal: a personalidade é conferida pelo ordenamento jurídico, mas é apenas um dos aspectos da pessoa jurídica.⁵⁹² Falta, assim, uma abrangência do conteúdo do ente coletivo. Segundo o mesmo autor, “il riconoscimento delle persone giuridiche è la traduzione giuridica di un fenomeno empirico: non il processo di una meditata semplificazione giuridica a scopi costruttivi”.⁵⁹³ Trata-se de fenômeno empírico, na concepção de Ferrara, já que o ser humano vê naturalmente as coisas a partir de conjuntos, sendo natural realizar simplificações tomando o conjunto pelos objetos individuais. Da mesma forma, observa-se, por experiência, o destacamento de direitos e obrigações de uma massa de pessoas associadas no novo ente coletivo, que acaba por ser absorvido pelo ordenamento jurídico.

Outras considerações também colocam em cheque a teoria em comento, já que, além das fundações poderem ser originadas a partir de uma única vontade, têm se popularizado as sociedades unipessoais, que não possuem qualquer relação com a interiorização da manifestação de uma coletividade, mas somente se destinam a promover a separação de patrimônio para o desenvolvimento de uma atividade específica. Essa consideração, por si só, é apta a demonstrar a conveniência da teoria da realidade técnica, que será abordada a seguir.

⁵⁹¹ OLIVEIRA, J. Lamartine Corrêa de. *Conceito de pessoa jurídica*, p. 131-134.

⁵⁹² FERRARA, Francesco. *Le persone giuridiche*, p. 32.

⁵⁹³ FERRARA, Francesco. *Le persone giuridiche*, p. 37. Tradução livre da autora: “O reconhecimento das pessoas jurídicas é a tradução jurídica de um fenômeno empírico: não o processo de uma simplificação jurídica pensada para fins construtivos”.

4.3.5 Teoria da realidade técnica

A teoria da realidade técnica é uma das mais aceitas atualmente, e é a adotada por diversos doutrinadores,⁵⁹⁴ entre eles J. Lamartine Corrêa de Oliveira, que é aqui mencionado com destaque pela maestria com que realizou a defesa da doutrina em comento.

De acordo com a vertente ora analisada, a realidade da pessoa jurídica não é uma realidade igual à da pessoa física, mas decorre da necessidade de conceder a certos entes jurídicos direitos subjetivos. Isso, contudo, não é uma ficção, mas sim uma realidade que se faz necessária para a tutela de interesses coletivos.⁵⁹⁵ Dessa forma, a pessoa jurídica é uma técnica da qual se faz uso para agrupar e justificar certas necessidades encontradas no mundo fático.⁵⁹⁶

Como bem salienta Giorgio Giorgi, a pessoa jurídica, assim, é uma realidade, desde que não se coincida *realidade* como sinônimo daquilo que é perceptível pelos sentidos, mas sim como o oposto àquilo que somente existe na imaginação.⁵⁹⁷

Ainda que o nome não tenha sido propriamente empregado por Francesco Ferrara,⁵⁹⁸ sua definição de pessoa jurídica deixa entrever a sua escolha pela teoria da

⁵⁹⁴ Os principais autores serão mencionados no decorrer do capítulo. Poder-se-ia entender ser este também o posicionamento de Pontes de Miranda, tendo em vista que o autor sustenta que pessoas jurídicas são criadas no mundo jurídico, mas advêm de realidades existentes do mundo fático, isto é, não surgiram *ex nihilo* (*Tratado de direito privado – Parte geral*, t. 1, p. 399). Contudo, mais adiante, afirma o autor ser a teoria da realidade técnica inadmissível (*Tratado de direito privado – Parte geral*, t. 1, p. 453). Sendo assim, o mencionado doutrinador não parece ter se filiado a qualquer das correntes existentes, não tendo desenvolvido, contudo, uma teoria própria para a matéria.

⁵⁹⁵ RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*, p. 696.

⁵⁹⁶ GASTAUD, Jean-Pierre. *Personnalité morale et droit subjectif*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1977. p. 8-11.

⁵⁹⁷ GIORGI, Giorgio. *La dottrina delle persone giuridiche o corpi morali*, v. I, p. 48. Na mesma esteira: MORATO, Antonio Carlos. *Pessoa jurídica consumidora*, p. 92-93: “De fato, visualizamos a pessoa jurídica como uma realidade, mas de cunho técnico, já que não é possível pretender visualizá-la como um organismo análogo às pessoas físicas, que é justamente o ponto falho na teoria da realidade orgânica. Dessa maneira, consoante a teoria da realidade técnica, a pessoa jurídica constitui uma realidade justamente porque a norma jurídica assim determina, tornando-a apta a realizar atos que produzem efeitos jurídicos no mundo concreto”.

⁵⁹⁸ J. Lamartine Corrêa de Oliveira classifica Ferrara como normativista, em virtude de elementos apresentados antes da definição, já que, de início, busca Ferrara evadir-se de uma definição físico-antropológica de pessoa, bem como de seu sentido teológico-filosófico. No entanto, quando o autor italiano se dedica à caracterização da pessoa jurídica, reconhece que se trata de uma forma espontânea de agrupamento de pessoas que recebe determinada forma jurídica. Dessa forma, optou-se por tratar o autor como partidário da doutrina da realidade técnica, ainda que Lamartine Corrêa o mantenha junto aos normativistas, ao lado de Kelsen e Duguit (*Conceito de pessoa jurídica*, p. 64). A maior parte dos autores entende que Ferrara era partidário dessa teoria. Verifique-se, exemplificativamente: AMARAL, Francisco. *Direito civil – introdução*, p. 282. VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil – parte geral*, p. 212-213; COSTA, Yvete Flávio da; SILVA, Alexandre Araújo da. A reparação por danos à pessoa jurídica como forma de tutela aos direitos de sua personalidade. *Revista Jurídica UNICOC*, ano VII, n. 6,

realidade técnica: “Le persone giuridiche dunque sono enti ideali, che servono come forme giuridiche di unificazione e concentrazione di diritti, obblighi e potestà, per il perseguimento potenziato di interessi umani, e che quindi si connettono o sono destinate a connettersi a quelle istituzioni ed opere, apprestate per il raggiungimento di tali fini”.

Ademais, acrescenta:

“Le persone giuridiche sono dunque una realtà, non una finzione. Ma, intendiamoci, la loro realtà non è quella di soggetti che si vedono o che si toccano, ma è puramente astratta, ideale, como quella di tutti gli istituti di diritto. Realtà ideale giuridica, non realtà corporale sensibile”.⁵⁹⁹

Dessa forma, Ferrara sustenta a realidade da pessoa jurídica como uma forma jurídica de concentração de direitos e obrigações, mas, em seguida, esclarece, nos mesmos moldes de Giorgio Giorgi, que essa realidade não é aquela material, dos sujeitos humanos, mas sim ideal – típica dos institutos de direito.

É também partidário desse posicionamento Jean Carbonnier, salientando que, do ponto de vista jurídico, é possível a existência de personalidade sem base biológica, já que esta não reside na corporeidade nem na vontade, mas tão somente na aptidão de ser sujeito de direitos e adquirir sua titularidade.⁶⁰⁰

J. Lamartine Corrêa de Oliveira estabelece entre a pessoa física e a pessoa jurídica um vínculo de analogia, no sentido de que são coisas distintas, mas que apresentam pontos de contato em características essenciais.⁶⁰¹ A pessoa jurídica, de acordo com seu entendimento, é um ser indiviso, individual, permanente e que possui independência externa. Todavia, carece de substancialidade, dependendo, para sua existência, das pessoas naturais, o que se verifica também no caso das fundações, já que seu fundamento recai sobre os seres humanos que nelas trabalham de modo a assegurar os benefícios por elas

abr. 2013. Disponível em: <<http://www.revistajuridicaunicoc.com.br/midia/arquivos>>. Acesso em: 04 out. 2013. p. 14-15; NUNES, João Batista Amorim de Vilhena. Direitos da personalidade – a pessoa jurídica e o dano moral. *Revista Autônoma de Direito Privado*, Curitiba, n. 4, p. 95-22, jul./set. 2007. p. 106.

⁵⁹⁹ FERRARA, Francesco. *Le persone giuridiche*, p. 39.

⁶⁰⁰ CARBONNIER, Jean. *Derecho civil*, p. 371.

⁶⁰¹ OLIVEIRA, J. Lamartine Corrêa de. *A dupla crise da pessoa jurídica*, p. 606: “Tais entidades são – em um plano pré-normativo – pela *identidade* e *continuidade* que os homens lhe reconhecem, através do tempo, fazendo com que a entidade seja a mesma apesar da mudança de membros; pela formação de um *centro autônomo de interesses*; pela dotação de órgãos capazes de deliberar de modo vinculante, permitindo que declarações de vontade emanem de tais entidades – *seres*. São distintos de seus membros. No caso da fundação, distintos de seus diretores e de seus beneficiários. Não são, porém, *pessoas*, de modo idêntico ao modo pelo qual são pessoas os seres humanos. Não têm a *dignidade* da pessoa humana. São instrumentos de realização da pessoa humana e têm por finalidade servir ao homem e à sua vida em sociedade”. E, mais adiante, complementa: “A pessoa jurídica não é igual à pessoa humana – ao contrário do que pretendia o positivismo que, com isso, esvaziava o valor substancial da pessoa humana – mas análoga” (p. 609).

fornecidos.⁶⁰² O autor salienta que já existem, no mundo fático, realidades aptas a serem reconhecidas pelo Direito, o que diferencia a realidade técnica da teoria da ficção, que lhes retira qualquer tipo de existência.⁶⁰³

No que tange à lei, esta não tem um papel constitutivo da pessoa jurídica, mas tão somente declaratório, justamente porque a norma encontra uma realidade preexistente:

“Realidade cujo fundamento concreto é constituído pelas associações e sociedades nascidas da natural sociabilidade do homem e nas instituições derivadas de uma determinada destinação de bens a determinados fins, derivadas da natural tendência humana a perpetuar suas obras, tendência que Hauriou tão bem explica. (...)”

Para que a lei reconheça, é preciso que reconheça algo que, anteriormente ao reconhecimento já possuía as características ontológicas necessárias ao reconhecimento. A lei não reconhece qualquer coisa. Reconhece os institutos e associações cujo ser e cuja estrutura correspondam ao de uma pessoa jurídica. No efetuar tal reconhecimento, não é muito grande o arbítrio da lei. Ao menos, não deve sê-lo”.⁶⁰⁴

De acordo com o mesmo autor, os requisitos formais exigidos pelo ordenamento jurídico são necessários para que o reconhecimento se dê apenas àqueles entes que ontológica e estruturalmente sejam pessoas jurídicas.⁶⁰⁵ A exigência de objeto e fim lícito é um limite de conteúdo ético, cuja justificativa é encontrada no direito natural, e somente esta questão há de ser investigada pelo Estado ao efetuar seu reconhecimento.⁶⁰⁶

De todas as teorias, a da realidade técnica é a que melhor se adapta aos diversos tipos de pessoas jurídicas reconhecidas pelo ordenamento jurídico brasileiro, o que justifica que seja acolhida pela maior parte dos doutrinadores, como enunciado no início deste tópico. Trata-se de entendimento do qual ora se partilha, conforme esclarecido a seguir.

4.3.6 Conclusões sobre as diversas teorias

A primeira dificuldade, ao tratar este tema, é pretender abranger todas as pessoas jurídicas dentro de uma única teoria, o que dificilmente se poderá obter convenientemente. Ora, é evidente que a teoria institucionalista de Hauriou, por exemplo, não se adapta a diversas modalidades de pessoas jurídicas de direito privado, provavelmente porque não foi a elas destinada. Mas, de equívoco semelhante padece a teoria da ficção ao tentar

⁶⁰² OLIVEIRA, J. Lamartine Corrêa de. *Conceito de pessoa jurídica*, p. 164-167.

⁶⁰³ OLIVEIRA, J. Lamartine Corrêa de. *A dupla crise da pessoa jurídica*, p. 14.

⁶⁰⁴ OLIVEIRA, J. Lamartine Corrêa de. *Conceito de pessoa jurídica*, p. 168.

⁶⁰⁵ OLIVEIRA, J. Lamartine Corrêa de. *A dupla crise da pessoa jurídica*, p. 15.

⁶⁰⁶ OLIVEIRA, J. Lamartine Corrêa de. *Conceito de pessoa jurídica*, p. 169.

explicar as pessoas jurídicas de direito público, tratando algumas delas como realidade originária, ou seja, como se sempre tivessem existido, o que também não corresponde à verdade. O mesmo se diga acerca da teoria da realidade orgânica e da realidade objetiva, que não conseguem explicar as fundações. A situação se tornaria ainda mais complexa se tais teorias fossem chamadas a explicar as sociedades unipessoais, sobre as quais deixaram de se manifestar por se tratar de um fenômeno um pouco mais recente.

Assim, logo de início, há que se reconhecer o fracasso no objetivo de tentar abranger a complexidade da pessoa jurídica com um único raciocínio, ou com uma única argumentação. Há que se reconhecer que as pessoas jurídicas de direito privado têm caminhos e escopos diversos daqueles traçados e buscados por aquelas de direito público, e o que explica uma situação pode não ser conveniente para outra.

Feita essa pequena ressalva, partilha-se do entendimento esposado por J. Lamartine Corrêa de Oliveira no sentido de ser a teoria da realidade técnica a que melhor explica a natureza jurídica das entidades coletivas de direito privado. De fato, é bastante aceitável que o direito reconheça aquelas instituições que já configurem uma realidade no mundo fático. Essa realidade é vista em sentido analógico, já que as pessoas jurídicas, em todas as suas modalidades, são desprovidas de substancialidade. A teoria também tem a vantagem de não associar as pessoas jurídicas necessariamente aos agrupamentos humanos, permitindo as configurações unipessoais. Como dito anteriormente, as inúmeras conveniências trazidas pela teoria da realidade técnica, ainda que se possa acusá-la de excessivamente positivista,⁶⁰⁷ explicam o motivo pelo qual a teoria é da preferência da maior parte dos autores.

Ademais, segundo entendimento majoritário,⁶⁰⁸ esta é a teoria que sempre orientou o ordenamento jurídico pátrio, manifestando-se no art. 45 do Código Civil vigente:

“Art. 45. Começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, precedida, quando necessário, de autorização ou aprovação do Poder Executivo, averbando-se no registro todas as alterações por que passar o ato constitutivo.

Parágrafo único. Decai em três anos o direito de anular a constituição das pessoas jurídicas de direito privado, por defeito do ato respectivo, contado o prazo da publicação de sua inscrição no registro”.

⁶⁰⁷ AMARAL, Francisco. *Direito civil* – introdução, p. 283.

⁶⁰⁸ Exemplificativamente: VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil* – parte geral, p. 215; AMARAL, Francisco. *Direito civil* – introdução, p. 283; MORATO, Antonio Carlos. Quadro geral dos direitos da personalidade, p. 126; FACCHIM, Tatiana. *A sociedade unipessoal como forma organizativa da micro e pequena empresa*, p. 22; NUNES, João Batista Amorim de Vilhena. *Direitos da personalidade – a pessoa jurídica e o dano moral*, p. 107.

Com efeito, pela redação do artigo em comento, e daqueles que o precedem e o sucedem, somente poder-se-ia vislumbrar a adoção de duas teorias: a da ficção e a da realidade técnica. Diz-se isso porque o art. 45 não deixa claro se pessoas jurídicas são realidades que surgem espontaneamente e, justamente em razão desse fato, acabam por ser reconhecidas pelo direito objetivo e só nesse momento ingressam no mundo jurídico, ou se são dotadas de personalidade jurídica por mera ficção. Tendo em vista o predomínio da primeira teoria entre os doutrinadores atuais, há realmente que se reconhecer abrigada em nosso ordenamento a teoria da realidade técnica.

Pois bem. Uma vez tratada a teoria que se entende mais conveniente e que se encontra acolhida pela legislação vigente, há que se passar para uma terceira consideração, e a mais importante para o presente trabalho: para o propósito desta tese – analisar se as pessoas jurídicas podem ser titulares de direitos da personalidade –, faz alguma diferença a teoria que se adota? Em outras palavras, a adoção de uma ou outra teoria pode influenciar o entendimento de ser a pessoa jurídica possuidora de direitos da personalidade, ou isto não se verifica? Com exceção das teorias voluntaristas – doutrina organicista e teoria da realidade objetiva –, a resposta é um categórico não.⁶⁰⁹ Se a pessoa jurídica é uma realidade técnica, ou então tem sua personalidade jurídica conferida ficcionalmente pelo ordenamento jurídico, é natural que lhe sejam atribuídos direitos subjetivos gerais, e lhe sejam negados outros relacionados exclusivamente com entes substanciais. Todavia, caso se afirme que a pessoa jurídica tem existência orgânica, sendo dotada de órgãos e membros à absoluta semelhança com a pessoa física, possuindo vontade própria em seu sentido psicológico, haverá de se admitir que também lhe devem ser garantidos direitos da personalidade decorrentes do reconhecimento de sua dignidade. A mesma consequência, contudo, não decorre da adoção da teoria da realidade técnica, que é a escolhida pela quase unanimidade daqueles que defendem ter a pessoa jurídica direitos da personalidade. O mesmo se diga acerca das teorias institucionalistas, das quais não decorre a afirmação de que as pessoas jurídicas tenham exatamente os mesmos direitos que as pessoas naturais.

⁶⁰⁹ Interessantemente, Sérgio Salomão Shecaira observa o mesmo fenômeno em relação à responsabilidade penal da pessoa jurídica. Nesse compasso, salienta: “Se, por um lado, existe uma legislação recentíssima – como a francesa – invocando a discussão que em seguida abordar-se-á, também é verdade que a discussão sobre a teoria da ficção e da realidade tem um valor relativo. É que a questão pode ser resolvida independentemente do conceito que se tenha da responsabilidade coletiva. Tanto isso é fato que, na Inglaterra e nos Estados Unidos, onde é predominante a teoria da ficção, admite-se a responsabilidade coletiva. Contrariamente, os países da *Civil Law*, onde a doutrina da realidade (ou teorias dela derivadas) adquiriu certa supremacia, não conduziram o direito penal a uma responsabilidade da pessoa jurídica” (*Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, p. 88).

Assim, logo de início, há de se deixar suficientemente esclarecido que a presente tese não advém da opção da autora pela teoria da ficção. Muito pelo contrário. Adota-se aqui a teoria da realidade técnica, que, segundo entendimento esposado, não se adapta, de modo algum, à corrente que pretende conferir direitos da personalidade a pessoas jurídicas. J. Lamartine Corrêa de Oliveira, conforme mencionado anteriormente, explica com absoluta clareza que apenas analogicamente as pessoas jurídicas equiparam-se às pessoas naturais, e que o que é análogo não é igual, mas sim diferente.⁶¹⁰

Como são poucos os atuais defensores da realidade orgânica (especialmente no Brasil, em que não se encontrou autor algum se posicionando em prol dessa vertente), não se pode afirmar que é a adoção de teoria ultrapassada da natureza jurídica dos entes coletivos que leva ao falso entendimento de que estas não possuem direitos da personalidade. Defende-se aqui, portanto, que mesmo com a adoção da teoria aceita pela maior parte da doutrina, que é a da realidade técnica, ainda assim é absolutamente incorreto afirmar que pessoas jurídicas sejam detentoras de direitos da personalidade.

4.4 A constituição da pessoa jurídica de direito privado

Constituem a pessoa jurídica dois elementos: o substrato e o reconhecimento estatal.⁶¹¹

O substrato normalmente identifica-se com a reunião de pessoas e a ligação psíquica mantida entre elas, com o escopo de criação e manutenção de um ente autônomo.⁶¹² Este substrato, contudo, não é plenamente adequado para identificar a fundação, que pode decorrer de uma única vontade, tampouco as sociedades unipessoais, formadas por uma só pessoa. O substrato estaria definido mais adequadamente, assim, como um ente que se desenvolve naturalmente na sociedade, normalmente de caráter coletivo, sendo possível também que seja constituído a partir de uma única pessoa natural ou jurídica (pois uma pessoa jurídica pode constituir outra pessoa jurídica) e que exteriorize sua vontade de maneira autônoma.

⁶¹⁰ OLIVEIRA, J. Lamartine Corrêa de. *A dupla crise da pessoa jurídica*, p. 18.

⁶¹¹ FERRARA, Francesco. *Le persone giuridiche*, p. 46.

⁶¹² GIORGI, Giorgio. *La dottrina delle persone giuridiche o corpi morali*, v. I, p. 63. O autor afirma que tanto as sociedades como as fundações têm por substrato uma coletividade de indivíduos que, de maneira aparente ou oculta, constitui o objeto do direito patrimonial. No caso das fundações, o elemento subjetivo diz respeito à finalidade e ao patrimônio, vez que é destinado a uma coletividade de pessoas. As sociedades unipessoais, entretanto, rompem este paradigma, e decorrem de outro objetivo da pessoa jurídica de direito privado e com fins econômicos: a separação patrimonial para desempenho de certa atividade.

O reconhecimento estatal relaciona-se ao fato de a personalidade jurídica ser concedida pelo Estado, que avalia apenas o escopo daquela pessoa, e não os membros que a compõem, pois estes se alteram com o transcorrer do tempo, ao passo que a obra que se quer realizar é elemento estável e duradouro.⁶¹³

O reconhecimento estatal tem valoração diferente, de acordo com a teoria que se adote para a análise da natureza jurídica da pessoa jurídica. Em conformidade com a teoria da ficção, o reconhecimento tem sempre valor constitutivo, já que sua capacidade jurídica é ficcional, e somente existe por força da lei. No extremo oposto, encontra-se a teoria da realidade orgânica e da realidade objetiva, em que o reconhecimento necessariamente tem valor puramente declaratório.⁶¹⁴ As teorias intermediárias podem oscilar entre um ponto e outro.

Francesco Ferrara sustenta que o reconhecimento tem caráter constitutivo, não por adotar os argumentos da teoria da ficção, mas sob o fundamento de que as coletividades humanas existem independentemente do reconhecimento do Estado, mas não são pessoas jurídicas enquanto ainda não reconhecidas por ele como tais. Assim, não se trata de mera declaração, mas de constituição da pessoa jurídica. Segundo seu entendimento, não ocorre uma mera constatação daquilo que já existe, mas o aperfeiçoamento ou a confirmação daquilo que se encontra em vias de formação. É uma criação e atribuição de uma posição jurídica nova que deriva do direito objetivo.⁶¹⁵

J. Lamartine Corrêa de Oliveira, como já esclarecido anteriormente, sustenta justamente o oposto, ao afirmar que a lei somente reconhece o que já existe, não havendo arbítrio nesse sentido.⁶¹⁶ Salleiles também se posiciona na mesma toada, afirmando que o ato estatal deve apenas ter caráter declarativo, com função de registro e supervisão, e não de concessão de personalidade e capacidade. O autor francês, inclusive, menciona os diversos inconvenientes de se sustentar que o reconhecimento estatal tem caráter constitutivo, o que poderia implicar na atuação do Estado também na dissolução compulsória de pessoas jurídicas outrora autorizadas.⁶¹⁷

A despeito do que mencionam os dois autores, o ordenamento jurídico pátrio orienta-se pelo caráter constitutivo, e não meramente declarativo, o que, entretanto, pelo

⁶¹³ FERRARA, Francesco. *Le persone giuridiche*, p. 49.

⁶¹⁴ FERRARA, Francesco. *Le persone giuridiche*, p. 54.

⁶¹⁵ FERRARA, Francesco. *Le persone giuridiche*, p. 58.

⁶¹⁶ OLIVEIRA, J. Lamartine Corrêa de. *Conceito de pessoa jurídica*, p. 168.

⁶¹⁷ SALLEILES, Raymond. *De la personnalité juridique*, p. 314-315.

menos na atual conjuntura, não implicou nas nefastas consequências previstas por Salleiles.

Corroborando esse posicionamento, além do já mencionado art. 45 do CC, tem-se o art. 967, do mesmo diploma legal, que estabelece a obrigatoriedade de o empresário efetuar sua inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis antes que desenvolva qualquer atividade. Esse registro refere-se ao depósito dos atos constitutivos (contrato ou estatuto social). As sociedades empresárias devem fazê-lo nas Juntas Comerciais, órgãos estatais que se encontram sob a supervisão do Departamento Nacional de Registro do Comércio. As sociedades simples, isto é, aquelas que desenvolvem atividade não considerada atividade empresária (art. 982 do CC), devem proceder ao depósito de seus documentos no Registro Civil de Pessoas Jurídicas. Pode haver, igualmente, a necessidade de registro em outros órgãos, como se verifica em relação aos sindicatos, que devem ser inscritos no Tribunal Superior Eleitoral, de acordo com o art. 17, § 2º, da CF, e o art. 7º, da Lei n. 9.096/95.

A redação da lei é bastante clara: somente após a formalização, mediante registro, é que a sociedade adquire sua personalidade jurídica. O preceito ainda é reforçado pelo art. 985 do CC: “A sociedade adquire personalidade jurídica com a inscrição, no registro próprio e na forma da lei, dos seus atos constitutivos”.

Não bastasse isso, o funcionamento da pessoa jurídica também pode estar sujeito à autorização governamental dependendo da atividade que será desenvolvida, como ocorre, por exemplo, com as instituições financeiras (art. 18 e parágrafos da Lei n. 4.595/64 – dependem de autorização do Banco Central, ou decreto do Poder Executivo, quando forem estrangeiras), as sociedades seguradoras (art. 24 do Decreto-lei n. 73/66 e art. 42 do Decreto n. 60.459/67, que prevê a necessidade de portaria do Ministro da Indústria e do Comércio) e as empresas que prestam serviços de previdência privada (art. 33, da Lei Complementar n. 109/2001). As sociedades estrangeiras, independentemente de seu objeto social, também devem obter a autorização pertinente, nos termos do art. 1.134 do CC.

O registro tem efeitos retroativos muito limitados. De acordo com o disposto pelo art. 1.151 do CC, a aquisição da personalidade jurídica somente retroagirá à data de constituição da sociedade se o arquivamento dos documentos for requerido em até trinta dias. Depois desse período, a aquisição da personalidade somente ocorrerá na data de requisição do arquivamento. Enquanto isto não ocorre, existirá apenas uma sociedade em comum, sem personalidade jurídica.

Note-se, assim, a necessidade de diferenciar a existência da sociedade da existência da pessoa jurídica. Para que exista a sociedade (no sentido amplo da palavra), basta que haja a reunião das pessoas, que pode, inclusive, ter repercussão jurídica. No que tange à existência dessa reunião, o registro é meramente declaratório. Porém, com relação à *criação da pessoa jurídica*, aqui entendida como o ente que possui personalidade jurídica própria, o registro é ato constitutivo, e não declaratório.⁶¹⁸

Considerando-se essa diferença, que pode ter sido ponderada por J. Lamartine Corrêa de Oliveira, não se arrisca a afirmar com certeza se seu posicionamento diverge do ordenamento vigente. O fato é que a personalidade autônoma da pessoa jurídica apenas surgirá após o registro. Antes disso, há apenas a sociedade em comum, não personificada, prevista nos arts. 986 a 990 do Código Civil. Nesse caso, todos os sócios respondem solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais (art. 990 do CC), o que configura inegável desvantagem e em nada se difere da situação daqueles que negociam em nome próprio.

4.5 As espécies de pessoas jurídicas de direito privado

De acordo com o Código Civil vigente, existem seis espécies de pessoas jurídicas de direito privado (art. 44): a) associações; b) sociedades; c) fundações; d) organizações religiosas; e) partidos políticos; e f) empresas individuais de responsabilidade limitada (de acordo com o acréscimo trazido pela Lei n. 12.441/2011).

Tendo em vista que o tema é bastante amplo, escapando à finalidade do presente trabalho, as espécies de pessoas jurídicas serão apresentadas de maneira sucinta, de modo a abranger apenas aspectos que sejam pertinentes ao tema central da tese. A nova modalidade – a empresa individual de responsabilidade limitada – será estudada com maior vagar, tendo em vista representar uma importante exceção às concepções que normalmente são vinculadas à pessoa jurídica.

O critério de diferenciação entre associações e sociedades é o escopo de obtenção de lucro. As associações não possuem fim econômico, o que não lhes impede de realizar negócios econômicos para a manutenção de suas finalidades, podendo inclusive aumentar

⁶¹⁸ FACCHIM, Tatiana. *A sociedade unipessoal como forma organizativa da micro e pequena empresa*, p. 30. A autora salienta que o mesmo não ocorre com a sociedade em conta de participação, como será esclarecido no item subsequente, quando serão tratadas as modalidades de pessoas jurídicas de direito privado.

seu patrimônio, desde que não distribuam lucros entre os associados. Estão incluídos entre as associações os sindicatos profissionais, que têm por escopo “a associação para fins de estudo, defesa e coordenação de seus interesses econômicos ou profissionais de todos os que, como empregadores, agentes ou trabalhadores autônomos, ou profissionais liberais, exerçam, respectivamente, a mesma atividade ou profissão ou atividade ou profissões similares ou conexas” (art. 511 da Consolidação das Leis do Trabalho). O ato constitutivo das associações é o estatuto, um conjunto de disposições normativas necessárias para a organização da pessoa jurídica, bem como para o devido estabelecimento de direitos e deveres dos associados.⁶¹⁹

As fundações são formadas pelo conjunto de bens para a realização de determinada finalidade, que deve atender ao interesse público. Conforme salienta Sílvio de Salvo Venosa, a constituição da fundação tem dois momentos perfeitamente identificáveis: o ato de fundação propriamente dito, representado pela manifestação da vontade do instituidor (pessoa natural ou jurídica), e a dotação do patrimônio, que dará vida à pessoa jurídica.⁶²⁰

As organizações religiosas são conjuntos híbridos de bens e pessoas com objetivo específico de divulgação da fé, ao passo que os partidos políticos são conjuntos híbridos de bens e pessoas com a finalidade de exercer atividades político-eleitorais.⁶²¹ De acordo com o Enunciado 142, da III Jornada de Direito Civil, ambas possuem natureza associativa.⁶²²

No que tange às sociedades, estas são subdivididas em civis e empresárias.

As sociedades civis são aquelas que desenvolvem atividade considerada não empresária, ou seja, que não tenham finalidade precípua de produção ou circulação de bens ou serviços.

As sociedades empresárias, por sua vez, dividem-se em: a) sociedade em nome coletivo; b) sociedade em comandita simples; c) sociedade limitada; d) sociedade anônima; e e) sociedade em comandita por ações. Cabe mencionar, igualmente, a sociedade que, ainda que regular, é sempre despersonificada: a sociedade em conta de participação.

A sociedade em nome coletivo, espécie de sociedade pouco utilizada na atualidade, prevê a responsabilidade ilimitada e solidária de todos os sócios pelas obrigações

⁶¹⁹ AMARAL, Francisco. *Direito civil* – introdução, p. 289.

⁶²⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil* – parte geral, p. 239.

⁶²¹ HERKENHOFF, Henrique Geaquinto. *Direito civil em sua expressão mais simples*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 35.

⁶²² O enunciado em comento tem a seguinte redação: “Art. 44: Os partidos políticos, os sindicatos e as associações religiosas possuem natureza associativa, aplicando-se-lhes o Código Civil”.

sociais.⁶²³ A sociedade em comandita simples, contudo, prevê a existência de sócios de duas categorias: os comanditados, que respondem ilimitada e solidariamente, e, necessariamente, devem ser pessoas físicas; e os comanditários, que se obrigam apenas até o valor de suas respectivas quotas.⁶²⁴

Na sociedade limitada, a modalidade de maior ocorrência atualmente, o capital social é dividido em quotas, e cada sócio somente responde pelo valor de sua quota integralizada. A responsabilidade pela integralização do capital social, contudo, gera a responsabilização solidária de todos os sócios (art. 1.052 do CC).

As sociedades anônimas se caracterizam pela livre negociação das ações, sem que seja necessária a obtenção da anuência dos demais sócios. Ademais, são sempre consideradas empresárias, independentemente daquele que seja o seu objeto. O capital social é dividido em ações, e aqueles que as comprem – os acionistas – respondem apenas até o preço de emissão destas. A sociedade em comandita por ações tem o capital social dividido em ações e rege-se pelas normas pertinentes à sociedade anônima. Nesse caso, os sócios-diretores ou gerentes respondem solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais, em caráter subsidiário ao patrimônio social, e os acionistas respondem apenas pela integralização das ações subscritas ou adquiridas.⁶²⁵

Finalmente, é prevista, igualmente, a sociedade em conta de participação, que não é personificada (art. 993 do CC). Nesse caso, apenas o sócio ostensivo exerce a atividade constitutiva do objeto social, em seu nome individual, e sob sua responsabilidade, participando os demais sócios (chamados de ocultos) dos lucros sociais, de acordo com as tratativas firmadas entre as partes. São somente os sócios ostensivos que respondem perante terceiros pelas obrigações sociais, o que impulsionou sua popularização. Essa modalidade de sociedade atrai investimentos com menor risco para os investidores.

O art. 44, inciso VI, prevê um novo tipo de pessoa jurídica de direito privado, que, conforme ressaltado anteriormente, foi acrescentado pela Lei n. 12.441/2011: as empresas individuais de responsabilidade limitada. Por serem uma nova inserção no ordenamento jurídico pátrio, sobre elas se discorrerá com maior vagar.

As empresas individuais de responsabilidade limitada colocam à prova diversos conceitos normalmente ligados à pessoa jurídica. Aliás, os próprios termos utilizados nesta

⁶²³ REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 1, p. 432.

⁶²⁴ REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*, p. 434.

⁶²⁵ NEGRÃO, Ricardo. *Manual de direito comercial e de empresa*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 1. p. 383.

tese, a fim de evitar a repetição, como *entes coletivos* ou *entidades coletivas*, são equivocados no que tange a essas empresas formadas por uma única pessoa.

Como bem salienta Tatiana Facchim, ainda que não haja óbices teóricos ao reconhecimento de sociedades que possuam um único sócio, “o conceito de sociedade esteve historicamente ligado à *pluralidade* de sujeitos. Entendia-se que a forma associativa apenas se justificava como uma maneira de unificar a pluralidade de sócios a ela subjacente, sendo a personalidade jurídica destinada exclusivamente a essa finalidade”.⁶²⁶

A mesma autora complementa:

“Todavia, ao longo do tempo, o conceito de sociedade evoluiu, passando-se da teoria institucionalista germânica e da escola contratualista italiana à análise do contrato associativo e à teoria do contrato-organização, que vê no contrato social a função de criar uma organização, independentemente do número de pessoas envolvidas. A teoria do contrato-organização deu espaço à discussão sobre a unipessoalidade e, até mesmo, à existência de sociedades sem sócios”.⁶²⁷

De fato, é possível entender a perplexidade da doutrina. Como explicar as sociedades unipessoais a partir da teoria de Maurice Hauriou? Onde encontrar as manifestações sociais, um dos três elementos essenciais para a existência das instituições? Como pensar, por outro viés, que sociedades somente podem ser originadas a partir de contratos, se, neste caso, haverá apenas uma manifestação de vontade?

E os questionamentos não são apenas estes. As empresas com sócios únicos sempre trouxeram dificuldades ao direito privado em virtude da suspeita de utilização da personificação da pessoa jurídica apenas para o cometimento de fraudes, sendo bastante frequente nos diversos ordenamentos jurídicos a sua não admissão, ou que então apenas fossem toleradas em caráter provisório.

Rolf Serick, escrevendo sobre a legislação alemã que, à época, apenas admitia a sociedade unipessoal em caráter superveniente,⁶²⁸ afirma que, quando uma pessoa jurídica possui apenas um sócio, torna-se muito difícil estabelecer a diferença entre a vontade e os interesses da pessoa jurídica, e a vontade e o interesse dos sócios. E essa dificuldade de dissociação entre as pessoas gera consequências, como a maior frequência da

⁶²⁶ FACCHIM, Tatiana. *A sociedade unipessoal como forma organizativa da micro e pequena empresa*, p. 61.

⁶²⁷ FACCHIM, Tatiana. *A sociedade unipessoal como forma organizativa da micro e pequena empresa*, p. 61.

⁶²⁸ A legislação alemã mudou depois do clássico texto de Rolf Serick. Em 04 de julho de 1980, foi promulgada uma lei, que entrou em vigor em 1º de janeiro de 1981, admitindo a sociedade de responsabilidade limitada instituída por uma só pessoa, que pode ser natural ou jurídica, com algumas exigências no que tange ao valor do capital social (BASTIAN, Lúcia Bernd Azevedo. *Análise comparativa da sociedade limitada na Alemanha e no Brasil: foco na sociedade limitada unipessoal*. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2009_1/lucia_bastian.pdf>. Acesso em: 01 set. 2014).

desconsideração da personalidade jurídica de pessoas jurídicas unipessoais do que as formadas por vários sócios.⁶²⁹

O mesmo fenômeno é notado por J. Lamartine Corrêa de Oliveira, que salienta que, em uma sociedade unipessoal, a circunstância de que uma só pessoa seja a sócia torna muito forte a tendência de esse sócio vislumbrar a sociedade como mero instrumento de seus interesses. A vontade social é a vontade daquele único sócio.⁶³⁰

A eventual ocorrência de fraude, contudo, pode ser obstada pelos meios legais pertinentes, inclusive pela desconsideração da personalidade, e não serviu para obstar o desenvolvimento do instituto, inclusive no Brasil.

A orientação societária do Código Civil é predominantemente contratualista, conforme se observa do art. 981 (“Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados”), o que, contudo, não impediu a inserção de sociedades unipessoais na legislação brasileira já em 1976, mediante a Lei das Sociedades por Ações (Lei n. 6.404), na qual está prevista a subsidiária integral (arts. 251 a 253),⁶³¹ que se trata de uma pessoa jurídica que pode ser constituída por um único sócio – uma sociedade brasileira. Admite-se igualmente a conversão de uma companhia já existente em uma subsidiária integral, com a aquisição pela sociedade brasileira de todas as ações ou incorporação da totalidade das ações de uma dada companhia.

Além dessa hipótese, admitiu-se, igualmente, a unipessoalidade temporária. De acordo com o art. 1.029 do CC, em caso de morte de um dos sócios, de sua exclusão judicial ou de pleno direito, de sua saída em razão de dissidência, ou ainda de sua retirada imotivada, a sociedade poderá remanescer com apenas um sócio até a realização da Assembleia Geral Ordinária subsequente (em caso de sociedade anônima) e até cento e oitenta dias, com relação aos outros tipos societários.

Finalmente, há a evolução atual da ideia, a já mencionada Lei n. 12.441/2011, que criou um novo tipo de pessoa jurídica – as empresas individuais de responsabilidade limitada. A opção da lei, em criar um novo tipo de pessoa jurídica, e não uma modalidade

⁶²⁹ SERICK, Rolf. *Forma e realtà della persona giuridica*. Tradução de Marco Vitale. Milano: Giuffrè, 1966. p. 21-22.

⁶³⁰ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. *A dupla crise da pessoa jurídica*, p. 559.

⁶³¹ SALOMÃO FILHO, Calixto. *A sociedade unipessoal*. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 57.

que pode ser escolhida por todas as espécies de sociedades, foi bastante criticada, já que impossibilita a entrada de novos sócios, sendo inviável a transformação de sociedade.⁶³²

As disposições específicas sobre o novo tipo de pessoa jurídica se encontram dispostas no art. 980-A do CC, que estabelece que a empresa individual de responsabilidade limitada será constituída por uma única pessoa (sem diferenciar se se trata de pessoa física ou jurídica), com capital social integralizado de no mínimo 100 (cem) vezes o maior salário mínimo vigente no País. O nome social deverá ser acrescido da expressão “EIRELI” em seguida à firma ou à denominação social da empresa (§ 1º). O § 2º assinala que a pessoa natural somente poderá integrar uma única empresa dessa modalidade.

Antes mesmo da entrada em vigor da lei (09 de janeiro de 2012), a norma sofreu novos reveses em razão de uma Instrução Normativa regulamentadora preparada pelo Departamento Nacional de Registro do Comércio (DNRC), órgão este encarregado de fornecer diretrizes a serem adotadas pelas Juntas Comerciais. A Instrução n. 117/2011 aprovou um manual para “Atos de Registro de Empresa Individual de Responsabilidade Limitada”, no qual se admitia a constituição de empresa individual por parte de pessoas jurídicas nacionais e estrangeiras, o que esperava a maior parte dos estudiosos do assunto,⁶³³ e o que inclusive se podia deduzir da redação do *caput* do art. 980-A do CC. No entanto, poucos dias depois, o referido manual foi corrigido para estabelecer que pessoas jurídicas não poderiam constituir tais empresas, alterando completamente o pensamento do referido Departamento e restringindo em muito o âmbito de abrangência da referida lei.

A perplexidade gerada pela lei pode ser constatada, de modo exemplificativo, pela profusão de Enunciados dedicados a ela na V Jornada de Direito Civil (STJ), de 2012,⁶³⁴ sendo deles os mais relevantes os de números 468 (“Art. 980-A: A empresa individual de responsabilidade limitada só poderá ser constituída por pessoa natural”) e 469 (“Arts. 44 e 980-A: A empresa individual de responsabilidade limitada (EIRELI) não é sociedade, mas novo ente jurídico personificado”). Os mencionados Enunciados confirmam, pelo menos

⁶³² FACCHIM, Tatiana. *A sociedade unipessoal como forma organizativa da micro e pequena empresa*, p. 101: “A nosso ver, essa limitação é absolutamente prejudicial e precisaria ser revista, para que seja o empreendimento individual uma das formas de organização da sociedade, e não nova pessoa jurídica”.

⁶³³ RIVAS, Henrique. *A polêmica constituição da EIRELI por pessoa jurídica*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI148615,41046-A+polemica+constituicao+da+EIRELI+por+pessoa+juridica>>. Disponível em: 01 ago. 2014.

⁶³⁴ São seis enunciados apenas para o art. 980-A do CC, o que pode ser considerado um número bastante elevado, tendo em vista que apenas 31 Enunciados foram aprovados pela Comissão de Direito Empresarial.

por ora, a orientação do Departamento Nacional de Registro do Comércio, conforme supramencionado.

Independentemente das incertezas que ainda permeiam a matéria, o fato é que se observa a progressiva aceitação de pessoas jurídicas constituídas por um único sócio, tornando a colocar em discussão o conceito de pessoa jurídica, e mesmo sua natureza jurídica, o que, por si só, demonstra a relevância do tema.⁶³⁵

⁶³⁵ MARTINS-COSTA, Judith; HAICAL, Gustavo; SILVA, Jorge Cesar Ferreira. Panorama atual pelos atualizadores, § 75-B. In: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, *Tratado de direito privado – Parte geral*, t. 1, p. 420: “A discussão sobre a utilidade da categoria, todavia, evoluiu da mencionada ‘crise’ na direção de uma reconsideração da personalidade jurídica, sendo um dos motores propulsores deste redirecionamento a discussão acerca das chamadas sociedades ‘unipessoais’. A questão surge no contexto da adoção de técnicas de insulação patrimonial que sejam apropriadas à vida empresarial. A sociedade unipessoal (vale dizer, a criação de uma nova personificação jurídica no modelo societário) é uma entre muitas formas de criar uma insulação parcial entre patrimônios que seriam, na ausência da adoção de uma destas técnicas, perfeitamente comunicáveis por pertencerem a uma mesma pessoa. (...) Assim, a utilidade da personalidade jurídica e a sua forma de configuração voltou à agenda da doutrina nacional e inaugurou-se um período de reconsideração da personalidade. É importante salientar que esse movimento não implica a um retorno dogmático ao período pré ‘crise da pessoa jurídica’, mas uma evolução que incorpora as lições apreendidas nas décadas de 70 e 80 do século XX”.

5. OS SUPOSTOS DIREITOS DA PERSONALIDADE DA PESSOA JURÍDICA

5.1 Exposição do problema

O art. 52 do Código Civil vigente trouxe palpitante debate à já conturbada seara dos direitos da personalidade ao determinar que: “aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade”.

Lendo-se este dispositivo legal, abrem-se dois caminhos ao intérprete: o primeiro deles é entender que alguns direitos da personalidade se aplicam à pessoa jurídica, por exemplo, a honra. O segundo deles é se sustentar a aplicação à pessoa jurídica apenas da técnica de proteção dos direitos da personalidade, ou seja, o conteúdo do art. 12, do mesmo Diploma Legal.⁶³⁶

Como esclarecido por ocasião da introdução a este trabalho, o entendimento da jurisprudência é praticamente uníssono no sentido de que a pessoa jurídica pode sofrer dano moral, o que foi consolidado na Súmula 227 do Superior Tribunal de Justiça. Ora, seguindo tal preleção, estabeleceu-se, por consequência, que as pessoas jurídicas podem ser titulares de direitos da personalidade.⁶³⁷

A maior parte da doutrina, influenciada pela mencionada jurisprudência, advoga pela primeira vertente. Alguns autores chegam a sustentar, para justificar seu posicionamento, que tais entes também são imbuídos de valores, possuindo diversos interesses que não apenas aqueles patrimoniais.⁶³⁸

⁶³⁶ As pessoas jurídicas poderiam utilizar a seu favor as ações inibitórias, a fim de impedir a concretização do dano, as quais constam também do art. 21 do CC, o que é amplamente reconhecido pela doutrina e pela jurisprudência (JABUR, Gilberto Haddad. *A dignidade e o rompimento de privacidade*. In: MARTINS, Ives Granda da Silva; FERREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge (Coord.). *Direito à privacidade*. São Paulo: Centro de Extensão Universitária, 2005. p. 101).

⁶³⁷ SIMÃO FILHO, Adalberto. O direito da empresa à vida privada e seus reflexos no direito falimentar. In: MARTINS, Ives Granda da Silva; FERREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge (Coord.). *Direito à privacidade*. São Paulo: Centro de Extensão Universitária, 2005. p. 345-346: “Aliás, se é passível a pessoa jurídica sofrer dano moral (levando-se em conta exatamente a sua honra objetiva, bom nome, imagem, penetração mercadológica, conceito de mercado, etc.) como sacramentado pela Súmula 227 do Superior Tribunal de Justiça, em evolução do pensamento civilista formulado no sentido de que este atributo era tão só da pessoa natural por estar o mesmo ligado à dor e ao sofrimento impossível na pessoa jurídica, é certo que um conceito abstrato como o de vida privada pode ser apropriado à pessoa jurídica como se está a demonstrar”. No mesmo sentido: MATOS, Eneas de Oliveira. Direitos da personalidade e pessoa jurídica. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 797, 8 set. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7241>>. Acesso em: 12 out. 2011.

⁶³⁸ COSTA, Yvete Flávio da; SILVA, Alexandre Araújo da. A reparação por danos à pessoa jurídica como forma de tutela aos direitos de sua personalidade, p. 21. No mesmo sentido: JABUR, Gilberto Haddad. *A dignidade e o rompimento de privacidade*, p. 94-95.

Este trabalho, contudo, segue em sentido diverso, sustentando a impossibilidade de que pessoas jurídicas sejam titulares de tais direitos. As razões históricas já foram suficientemente abordadas.⁶³⁹ Neste capítulo, tratar-se-á dos direitos da personalidade normalmente associados à pessoa jurídica, e as razões pelas quais se entende ser este posicionamento equivocado.

Frise-se que, segundo entendimento ora esposado, a pessoa jurídica não é titular nem mesmo da tão aclamada honra objetiva, tratando-se, tal consideração, de mero estratagema para garantir o ressarcimento de danos materiais de difícil reparação (por dificuldade de comprovação), como será bem esclarecido no item 5.3.

Acerca do assunto, manifesta-se Pietro Perlingieri de maneira pungente e livre de dubiedades:

“Para as pessoas jurídicas o recurso à cláusula geral da tutela dos ‘direitos invioláveis’ do homem constituiria uma referência totalmente injustificada, expressão de uma mistificante interpretação extensiva fundada em um silogismo: a pessoa física é sujeito que tem tutela; a pessoa jurídica é sujeito; *ergo*, à pessoa jurídica deve-se aplicar a mesma tutela. Daqui uma concepção dogmática e unitária da subjetividade como fato neutro. O valor do sujeito pessoa física é, todavia, diverso daquele do sujeito pessoa jurídica. (...) É necessário adquirir consciência da identidade apenas aparente de problemáticas como, por exemplo, o segredo, a privacidade e a informação. Estes aspectos assumem valor existencial unicamente para a pessoa humana; nas pessoas jurídicas, exprimem interesses diversos, o mais das vezes de natureza patrimonial. O sigilo industrial, o sigilo bancário, etc. podem também ser em parte garantidos pelo ordenamento, mas não com base na cláusula geral de tutela da pessoa humana. Deve ser recusada, por exemplo, a tentativa de justificar o sigilo bancário com a tutela da privacidade. Esta exprime um valor existencial (o respeito da intimidade da vida privada da pessoa física); aquele, um interesse patrimonial do banco e/ou do cliente”.⁶⁴⁰

Na mesma esteira, preleciona Gustavo Tepedino, que interpreta o art. 52 do Código Civil em sentido coincidente com a presente tese, entendendo que a norma não confere direitos da personalidade à pessoa jurídica, mas apenas admite que a proteção cabível a tais direitos, em algumas hipóteses, seja estendida para a proteção da pessoa jurídica.⁶⁴¹

⁶³⁹ Até mesmo aqueles que são contrários à tese aqui esposada reconhecem que conferir direitos da personalidade às pessoas jurídicas é contrário ao processo histórico formador de tais direitos (DONEDA, Danilo. Os direitos da personalidade no Código Civil, p. 91).

⁶⁴⁰ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil* – introdução ao direito civil constitucional. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 157-158. No mesmo sentido, entre os autores estrangeiros: VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Direito de personalidade*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 123.

⁶⁴¹ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*, p. 55-56. Em acréscimo, o autor disserta que: “As lesões atinentes às pessoas jurídicas, quando não atingem, diretamente, as pessoas dos sócios ou acionistas, repercutem exclusivamente no desenvolvimento de suas atividades econômicas, estando a merecer, por isso mesmo, técnicas de reparação específicas e eficazes, não se confundindo, contudo, com os bens jurídicos traduzidos na personalidade humana (a lesão à reputação de uma empresa comercial atinge – mediata ou imediatamente – os seus resultados econômicos, em nada se assemelhando, por isso mesmo, a chamada *honra objetiva*, com os direitos da personalidade)”.

Anderson Schreiber, analisando a mesma norma, sustenta que o legislador desviou-se da melhor técnica, já que “os direitos da personalidade gravitam em torno da condição humana e, por isso mesmo, não têm qualquer relação com as pessoas jurídicas”. O mencionado autor salienta que os entes abstratos possuem apenas personalidade em sentido subjetivo, isto é, são dotados de aptidão para a aquisição de direitos e obrigações, não podendo ser protegidos por mecanismos especialmente desenvolvidos em benefício da pessoa humana.⁶⁴²

Roxana Cardoso Brasileiro Borges também assegura que “a origem da atribuição de direitos da personalidade à pessoa jurídica no Brasil é jurisprudencial, fruto da tentativa de permitir a reparação de danos (materiais) sofridos pela pessoa jurídica, mas que, por serem de difícil liquidação, foram chamados de danos morais”.⁶⁴³ José de Oliveira Ascensão chega a enunciar a crise de identidade dos direitos da personalidade, já que a tendência de ampliação da identificação de tais direitos levou à sua confusão com os direitos pessoais.⁶⁴⁴

Na mesma toada, verificam-se as lições de Maria Celina Bodin de Moraes e Heloisa Helena Barbosa, as quais, com Gustavo Tepedino, abordam outra questão problemática dentro do mesmo tema: os danos morais das pessoas jurídicas que não possuem fins lucrativos. Nesse caso, certamente, em caso de lesão à honra, não se estaria diante de danos

⁶⁴² SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*, p. 22-23: “Indiferente ao debate, o Superior Tribunal de Justiça tem repetido que ‘a pessoa jurídica pode sofrer dano moral’ (Súmula 227). A orientação é seguida por tribunais de todo o país, apesar da franca contradição com o conceito que a maior parte das nossas cortes ainda reserva ao dano moral: ‘dor, sofrimento, humilhação’, sentimentos de que a pessoa jurídica, por óbvio, não compartilha; Independentemente disso, o atentado à imagem, ao sigilo e, sobretudo, ao bom nome da pessoa jurídica são considerados pelas nossas cortes como fontes de dano moral.

A rigor, tais atentados não atingem a dignidade humana, mas o patrimônio das pessoas jurídicas. Por exemplo, se uma matéria jornalística atribui falsamente a certa sociedade empresária o emprego de mão de obra escrava, o atentado ao bom nome da pessoa jurídica não significa nada mais que a desvalorização da sua marca, com eventual queda nas vendas e desestímulo aos negócios. Tais danos são, tecnicamente, danos patrimoniais. Todavia, na tradição jurídica brasileira, o dano patrimonial precisa ser numericamente demonstrado, por meio de cálculos ou perícias. Exigir da pessoa jurídica que demonstre matematicamente o efeito negativo da matéria jornalística ofensiva significaria lhe impor prova impossível ou de extrema dificuldade, por envolver bens ideais (embora seguramente econômicos), com a desvalorização da marca junto ao público.

Mais fácil foi rotular tal dano como dano moral, abrindo as portas para que o juiz promovesse a sua quantificação por arbitramento. Trata-se de um artifício útil. ‘Moraliza-se’, por assim dizer, o dano patrimonial sofrido pela pessoa jurídica para permitir sua livre determinação pelo magistrado, dispensando-se o autor da prova quase impossível do prejuízo econômico experimentado em tais circunstâncias”.

⁶⁴³ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada*, p. 11.

⁶⁴⁴ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Pessoa, direitos fundamentais e direito da personalidade*, p. 154. No mesmo sentido: CIFUENTES, Santos. *Derechos personalísimos*, p. 602.

materiais, mas sim de outra categoria, a dos danos institucionais, que atingem a pessoa jurídica em sua credibilidade ou reputação,⁶⁴⁵ como será analisado no subitem 5.8.

Ainda no que tange à corrente doutrinária favorável ao entendimento aqui esposado, necessário trazer a lume a redação do Enunciado 286, aprovado na IV Jornada de Direito Civil: “Os direitos da personalidade são direitos inerentes e essenciais à pessoa humana, decorrentes de sua dignidade, não sendo as pessoas jurídicas titulares de tais direitos”, o que já demonstra tendência doutrinária em sentido coincidente com o ora apresentado.

Sendo assim, observa-se que, a despeito do entendimento majoritário de que a pessoa jurídica pode sofrer dano moral, há forte corrente doutrinária em sentido contrário. Necessário, contudo, tendo em vista a predominância dos posicionamentos contrários à presente tese, tratar de cada um dos direitos da personalidade normalmente associados à pessoa jurídica⁶⁴⁶ e demonstrar os motivos pelos quais os direitos dos entes coletivos, ainda que mereçam proteção do ordenamento jurídico, não são direitos da personalidade.

Abordar-se-ão aqui o direito ao nome, à honra, à imagem, à intimidade, os direitos morais de autor e a proteção da marca. Ao final, serão tecidos comentários sobre os mencionados direitos institucionais.

5.2 O nome da pessoa jurídica, também chamado de nome empresarial

Conforme mencionado no Capítulo 3, os arts. 16 a 19 do Código Civil tratam sobre o direito ao nome, ou melhor, o direito à manutenção do nome atribuído à pessoa no momento de seu nascimento.⁶⁴⁷ Pela maneira como se encontram redigidos os artigos, intui-se, com certa naturalidade, que sejam destinados às pessoas naturais, especialmente em razão do art. 16 fazer expressa referência ao prenome e ao sobrenome.⁶⁴⁸ No entanto,

⁶⁴⁵ MORAIS, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana*, p. 191-2: “A propósito, não se pode deixar de assinalar a enorme incongruência da jurisprudência nacional, seguida pela doutrina majoritária, no sentido, de um lado, de insistir que o dano moral deve ser definido como dor, vexame, tristeza e humilhação e, de outro, de defender a ideia de que as pessoas jurídicas são passíveis de *sofrer* dano moral. Das duas, uma: ou bem não mais se sustenta aquela definição – e outra, mais ampla, faz-se necessária –, ou bem a pessoa jurídica, pela sua própria natureza, não tem legitimidade para tal tipo de compensação”; e TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. v. 1, p. 134-138.

⁶⁴⁶ Eneas de Oliveira Matos fornece os seguintes exemplos: honra, reputação, nome, marca e símbolos, à identidade, à propriedade intelectual, ao segredo e ao sigilo, e à privacidade (*Direitos da personalidade e pessoa jurídica*, cit.). A matéria aqui será estudada de maneira que se considera mais bem sistematizada.

⁶⁴⁷ PACE, Alessandro. Il diritto sulla própria immagine nella società dei ‘mass media’. *Revista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano: Giuffrè, ano L, n. 2, p. 419-462, giugno 1996. p. 452.

⁶⁴⁸ O mencionado artigo possui a seguinte redação: “Art. 16. Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome”.

não são poucos os doutrinadores que têm entendido que o nome da pessoa jurídica, ou nome empresarial (como faz referência o Diploma Civil em seu art. 1.155 e seguintes),⁶⁴⁹ trata-se também de direito da personalidade,⁶⁵⁰ o que deve ser aqui desmistificado.

A proteção do nome da pessoa natural tem duas funções: a identificação pessoal do indivíduo e a manutenção da ordem pública, por meio da inserção da pessoa em órgãos cadastrais de controle.⁶⁵¹ A identidade pessoal é complementada pelo direito à imagem,⁶⁵² abordado no item 5.4. Não se trata, propriamente, de uma forma de diferenciá-la dos demais, mesmo porque prenomes e sobrenomes muitas vezes são repetidos e, para a eficaz diferenciação da pessoa, fazem-se necessários outros dados. Assim, a função do nome da pessoa natural é a identificação dela própria, em oposição aos demais, e situada na sociedade em que vive. Não é isso, todavia, que ocorre com a pessoa jurídica.⁶⁵³

É evidente que as pessoas jurídicas têm direito a um nome, que, segundo Francesco Ferrara, é um meio de identificá-las na vida jurídica (com relação às demais pessoas jurídicas) e ao qual está ligado o seu patrimônio.⁶⁵⁴

Daniel Adensohn Souza especifica o que seria esta *vida comercial* ao definir o nome empresarial como:

“(...) o instrumento de união entre a clientela e determinadas pessoas que exercem uma empresa, de forma que permitam aos clientes a individualização daqueles que exercem a empresa, assegurando, deste modo, aos empresários sua identificação e procura pelos clientes.

O nome exercita uma função jurídica importante: aquela de designar uma determinada pessoa em suas relações jurídicas e de permitir que esta pessoa se faça reconhecer e angarie clientela em qualquer atividade que se desenvolva”.⁶⁵⁵

A relevância da questão econômico-financeira do nome empresarial é tão relevante que os termos “cliente” e “clientela” são citados quatro vezes, observando-se que são essenciais para a análise da matéria.

⁶⁴⁹ O parágrafo único do art. 1.155 do CC determina que se equipara ao nome empresarial a denominação conferida às sociedades simples, associações e fundações. Dessa forma, utiliza-se aqui a nomenclatura “nome empresarial” para significar a designação de todos os entes coletivos, nas modalidades firma e denominação.

⁶⁵⁰ Como exemplo, verifiquem-se: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de direito privado – parte especial*, t. VII, p. 143-144 e 189.

⁶⁵¹ SOUZA, Daniel Adensohn de. *A proteção jurídica do nome de empresa no Brasil*. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 20, sob a orientação do Professor Doutor Newton Silveira. São Paulo, 2009, p. 20.

⁶⁵² PACE, *Alessandro*. Il diritto sulla própria imagine nella società dei ‘mass media’, p. 458. No mesmo sentido: SAHM, Regina. *O direito à imagem na dogmática civil contemporânea*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2001. p. 240.

⁶⁵³ Em sentido contrário, afirmando que o nome da pessoa jurídica tem conteúdo de identidade pessoal: DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade*, p. 193.

⁶⁵⁴ FERRARA, Francesco. *Le persone giuridiche*, p. 304.

⁶⁵⁵ SOUZA, Daniel Adensohn de. *A proteção jurídica do nome de empresa no Brasil*, p. 24.

Causa estranheza, portanto, que se possa associar tal conceito a um direito da personalidade. O que se observa, em verdade, é que o nome da empresa é um direito subjetivo pessoal, que pode ser protegido judicialmente contra qualquer usurpação e ofensa de terceiros,⁶⁵⁶ o que não significa que se trate de direito da personalidade.

Cesare Vivante, em sua obra *Trattato di diritto commerciale*, de 1902, já menciona o direito do comerciante de buscar a tutela de seu nome (empresarial), a fim de distinguir o seu patrimônio e a sua responsabilidade.⁶⁵⁷ O fundamento axiológico da proteção do nome empresarial é claríssimo: a vida comercial não é passível de ser desenvolvida sem uma individualização dos agentes de mercado (empresários ou comerciantes e empresas) em cada campo de sua atividade civil e econômica. Quem usurpa esse nome individualizador atenta à sua existência econômica.⁶⁵⁸

Para que a matéria seja amplamente compreendida, cabe salientar que o nome empresarial divide-se em duas modalidades: a firma (ou razão social) e a denominação. A firma pode ser de um empresário (chamada individual) ou, então, de uma sociedade (social).⁶⁵⁹

A adoção da firma é obrigatória para os comerciantes individuais e para as sociedades em que houver sócios de responsabilidade ilimitada. É facultativa para as sociedades por quotas de responsabilidade limitada e em comandita por ações, as quais podem adotar também a denominação. As sociedades anônimas não podem adotar firma, justamente porque são anônimas, devendo, necessariamente, adotar a denominação.

A firma é formada pelo próprio nome civil completo do empresário individual, ou de seus sócios, ou, então, por parte de seus nomes, acrescida da identificação do gênero de atividade desenvolvido. Há necessidade, igualmente, do elemento pluralizador que indica a existência de mais de um sócio, o chamado “e companhia” (art. 1.157 do CC).

A denominação é obrigatória para as sociedades anônimas e cooperativas, e tem caráter opcional, como já havia sido dito, para as sociedades limitadas e em comandita por ações. A denominação é de livre designação, podendo ser formada por palavras de uso comum ou vulgar, inclusive em língua estrangeira. A indicação da atividade desenvolvida

⁶⁵⁶ FERRARA, Francesco. *Le persone giuridiche*, p. 304. NEGRÃO, Ricardo. *Manual de direito comercial e de empresa*, p. 191: “(...) pode-se afirmar que o nome empresarial é um direito pessoal, protegido pela lei contra atos de concorrência desleal, com vistas ao interesse social e ao desenvolvimento tecnológico e econômico do País”.

⁶⁵⁷ VIVANTE, Cesare. *Trattato di diritto commerciale*, v. I, p. 191.

⁶⁵⁸ VIVANTE, Cesare. *Trattato di diritto commerciale*, v. I, p. 192-194.

⁶⁵⁹ REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*, p. 229.

também é facultativa.⁶⁶⁰ No caso da sociedade anônima, o nome deverá também abranger os termos “companhia” ou “sociedade anônima” (art. 1.160 do CC), ao passo que as sociedades por quotas de responsabilidade limitada devem conter a expressão “limitada”, por extenso ou abreviada, sob pena de responsabilidade solidária e ilimitada dos sócios-gerentes (art. 1.158 do CC).⁶⁶¹

Daniel Adensohn Souza, outrora mencionado, estabelece diferenças entre o nome civil e o nome empresarial, extremamente relevantes para este trabalho, razão pela qual se entende ser conveniente estudá-las. No que tange à formação, o nome empresarial deve ser novo, ao passo que, quanto ao nome civil, admite-se a homonímia. Com relação à possibilidade de alteração, esta é admitida livremente no que tange ao nome comercial, e de forma bem mais restrita em relação aos nomes civis. O nome empresarial, como já se pode inferir dos conceitos supramencionados, possui valor econômico, mas o civil, não.⁶⁶² O nome da empresa pode, em algumas situações, e com restrições, ser negociado, ao contrário do que ocorre com as pessoas naturais. O direito ao nome empresarial pode ser extinto, se cessar o exercício da atividade para o qual foi eleito, ou se houver a liquidação da sociedade, o que, evidentemente, não ocorre com o direito ao nome civil. Finalmente, quanto à extensão da proteção, o autor, apesar de sustentar que a natureza jurídica do direito ao nome empresarial é de direito da personalidade, admite que “a proteção ao nome de empresa tem contornos e limites próprios e que são determinados pela forma de utilização do nome”.⁶⁶³

A fim de esquematizar melhor as diferenças aqui mencionadas, apresenta-se uma tabela comparativa:

	Nome civil	Nome empresarial
Formação	Admite-se a homonímia	Rege o princípio da novidade
Alteração	Permitida em poucas hipóteses	Admitida livremente, condicionada ao princípio da veracidade
Valor econômico	Não possui	Possui, sendo essencial para o desenvolvimento da atividade econômica
Alienabilidade	Inalienável	Alienável, uma vez obedecido o art. 1.164 do CC
Extinção	Não ocorre	Ocorre em diversas hipóteses
Proteção	A mais ampla possível, já que relacionado à identidade pessoal	Contornos próprios, estabelecidos em legislação específica

⁶⁶⁰ GIACHETTA, André Zonaro. *A proteção do nome empresarial na perspectiva do Código Civil de 2002 – natureza jurídica e concorrência*. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007, p. 22, sob a orientação do Professor Doutor Newton Silveira.

⁶⁶¹ Previsão equivalente: art. 3º, §§ 1º e 2º, do Decreto n. 3.708/1919.

⁶⁶² Neste ponto, é importante não confundir, com relação às pessoas célebres, o *valor de sua imagem* com o seu *nome*, que, por si só, é inestimável.

⁶⁶³ SOUZA, Daniel Adensohn de. *A proteção jurídica do nome de empresa no Brasil*, p. 24.

Ora, a despeito do entendimento por ele esposado, o próprio autor fornece todos os elementos necessários para afastar completamente o nome empresarial dos direitos da personalidade. Se não, verifique-se.

A primeira diferença apresentada pelo autor advém do princípio da novidade, que, nos termos do art. 1.163 do CC, determina que o nome empresarial – tanto nas modalidades firma como denominação – deve ser original, isto é, distinto de outros nomes escolhidos por outras pessoas jurídicas. Como já se teve a oportunidade de esclarecer, os nomes individuais podem ser livremente repetidos, já que têm como principal escopo a identificação pessoal do sujeito. Mesmo para fins de controle público, são utilizados diversos outros dados para a individualização nas diversas esferas. O nome empresarial é de utilização exclusiva.⁶⁶⁴

O nome empresarial não é imutável, muito pelo contrário.⁶⁶⁵ Em virtude do princípio da veracidade, constante do art. 1.165 do CC, quando se tratar de firma, ele deve espelhar a composição da sociedade, não sendo permitida a inserção de nomes de terceiros. Além disso, procede-se à modificação em caso de retirada, exclusão, falecimento de sócio ou, ainda, quando houver alteração de seu nome em qualquer das hipóteses facultadas pela lei. Com relação às denominações, há liberdade ainda maior, tendo em vista que o nome não tem relação com a pessoa dos sócios, e pode ser alterado a qualquer tempo.⁶⁶⁶ O nome civil, como designador da essência de seu portador, não pode sofrer alteração, somente em hipóteses muito restritas, por exemplo, a alteração do estado civil ou mediante autorização judicial, em caso de nomes que causem menoscabo ou, então, na hipótese de transexualidade.⁶⁶⁷

A diferença com relação ao valor econômico é autoexplicativa, motivo pelo qual se passa à diferença subsequente, a alienabilidade. Com relação à alienação do nome comercial, o art. 1.164 do CC assinala não ser esta possível, mas o parágrafo único, aqui transcrito, fornece uma importante exceção: “O adquirente de estabelecimento, por ato entre vivos, pode, se o contrato o permitir, usar o nome do alienante, precedido do seu próprio, com a qualificação de sucessor”. Assim, o nome comercial somente poderá ser alienado se houver também o trespasse do estabelecimento.

⁶⁶⁴ REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*, p. 236.

⁶⁶⁵ PEREIRA, Daniel Queiroz. Direitos da personalidade e pessoa jurídica: uma abordagem contemporânea. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, v. 2, n. 22, p. 1-20, jul./dez. 2012. p. 10.

⁶⁶⁶ SOUZA, Daniel Adensohn de. *A proteção jurídica do nome de empresa no Brasil*, p. 61.

⁶⁶⁷ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada*, p. 221.

André Zonaro Giacchetta vislumbra em tal proibição a constatação de que o direito ao nome empresarial é um direito da personalidade,⁶⁶⁸ mas com tal assertiva não se pode concordar. Primeiro, a consideração feita pelo autor decorre da análise dos efeitos do direito ao nome, e não de sua substância, o que já é equivocado. Deve-se observar, contudo, fatores mais importantes. A inalienabilidade do nome da pessoa natural se deve ao seu caráter de identificação pessoal, mas o mesmo não ocorre com o nome comercial, mesmo porque este pode ser alienado, desde que isso se dê com o estabelecimento. A motivação da impossibilidade da alienação deve-se à necessidade de manutenção do princípio da veracidade. No caso de firma, o nome empresarial é composto do nome de pessoas naturais que integram a sociedade (ou, então, do empresário individual), não podendo ser utilizado por outras pessoas, sob pena de desrespeito ao princípio da veracidade e à própria personalidade dessas pessoas. Justamente por isso, o dispositivo normativo é criticado por abranger também as denominações, que até então vinham sendo negociadas livremente.⁶⁶⁹ Nesse sentido, posiciona-se Rubens Requião:

“É claro que o direito comercial, no caso da *denominação*, não outorga direitos humanos ou personalíssimos às pessoas jurídicas. A denominação que é uma das espécies do nome comercial, pode assim ser alienável e, por qualquer título, transmissível a terceiros, com ou sem a empresa. Em nosso entender nada impede que a denominação, como nome de empresa que é, seja alienada isolada ou integrando a empresa”.⁶⁷⁰

No que tange à extinção do nome comercial, esta se encontra prevista no art. 1.168 do CC, que estabelece o cancelamento do nome a requerimento de qualquer interessado, quando cessar o exercício da atividade para o qual foi eleito, ou em caso de liquidação da sociedade que o utilizou. Ademais, a empresa mercantil que deixar de proceder a qualquer arquivamento na Junta Comercial por período maior ou igual a 10 (dez) anos deverá comunicar seu interesse em manter-se funcionando, sob pena de ser considerada inativa, sofrer o cancelamento do registro e perder, automaticamente, o nome empresarial.⁶⁷¹ Por decorrência, em muitos casos, o nome empresarial utilizado por certa pessoa jurídica pode ser utilizado por outra, dentro das hipóteses legais.

⁶⁶⁸ GIACHETTA, André Zonaro. *A proteção do nome empresarial na perspectiva do Código Civil de 2002 – natureza jurídica e concorrência*, p. 123.

⁶⁶⁹ FIUZA, Ricardo; DE LUCCA, Newton. Do direito de empresa. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da (Coord.). *Código Civil comentado*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 1193.

⁶⁷⁰ REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*, p. 241.

⁶⁷¹ Lei n. 8.934, de 18 de novembro de 1994, art. 60.

De acordo com o art. 1.167 do CC, a ação para a anulação da inscrição de nome empresarial feito com violação à lei ou ao contrato é imprescritível. André Zonaro Giacchetta também vê neste dispositivo a confirmação da natureza jurídica de direito da personalidade do nome comercial.⁶⁷² Ocorre que, na verdade, a disposição do artigo em comento – que utiliza o termo “a qualquer tempo”, e não “imprescritibilidade” – é de que o nome empresarial não tem prazo de existência, perdurando enquanto a pessoa jurídica mantiver sua personalidade jurídica, o que não ocorre, por exemplo, com as marcas e patentes.⁶⁷³ Apesar do entendimento em sentido contrário, não se pode vislumbrar em tal disposição normativa a prova irrefutável da natureza do nome empresarial como direito da personalidade.

Em conclusão: o nome da pessoa jurídica é instrumental. O nome da pessoa jurídica está relacionado à identificação da empresa junto ao mercado, ao passo que o nome da pessoa natural está vinculado à sua identificação pessoal, do ponto de vista psicológico e emocional.⁶⁷⁴ Não é possível confundir as duas situações e pretender lhes dar tratamento unificado.

5.3 O direito à honra, em sua acepção objetiva

O direito à honra tem uma posição de grande destaque entre os direitos da personalidade da pessoa humana, e também com relação à pessoa jurídica, no que diz respeito à sua acepção objetiva.

Como bem salienta Massimo Garutti, a honra é o principal direito da personalidade entre aqueles que têm por objeto o modo de ser exclusivamente moral da pessoa.⁶⁷⁵ Segundo o mesmo autor, a honra pode ser utilizada em tripla acepção: a primeira relacionada a valores íntimos, de consideração pessoal do indivíduo; a segunda como a estima de terceiros, isto é, sua consideração ante a sociedade, bom nome e boa fama; e, em uma terceira, como sentimento ou consciência da própria dignidade pessoal. Somente as

⁶⁷² GIACHETTA, André Zonaro. *A proteção do nome empresarial na perspectiva do Código Civil de 2002 – natureza jurídica e concorrência*, p. 107.

⁶⁷³ REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*, p. 237.

⁶⁷⁴ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, p. 138.

⁶⁷⁵ GARUTTI, Massimo. *Il diritto all'onore e la sua tutela civilistica*. Padova: Cedam, 1985. p. 9. Interessantemente, o autor se olvida do caráter moral da honra colocado em sua própria definição e dedica um capítulo de seu trabalho ao campo econômico da honra, tratando da concorrência desleal (p. 169). Vê-se, então, a grande confusão promovida pela doutrina e jurisprudência no que tange à matéria dos direitos da personalidade da pessoa jurídica.

duas últimas acepções seriam objeto de tutela jurídica, constituindo o que se chama correntemente de *honra objetiva* (segunda hipótese de Garutti) e *honra subjetiva*⁶⁷⁶ (terceira hipótese). Em conclusão, afirma o autor que a honra pode ser definida como a dignidade da pessoa refletida em sua própria consideração e na de terceiros.⁶⁷⁷

No que tange à acepção objetiva, a maior parte da doutrina atesta ser a pessoa jurídica dotada de tal espécie de honra, a qual seria violada toda vez em que se estivesse diante de ofensa à credibilidade e outros aspectos imateriais do ente coletivo.⁶⁷⁸ Apesar de tudo quanto estudado no que tange à evolução dos direitos da personalidade, o direito à honra objetiva é estendido à pessoa jurídica pelo simples fato de esta possuir personalidade jurídica distinta da dos membros que a compõem. Assim, a honra decorre de um mero aspecto formal, da capacidade de ser titular de direitos.⁶⁷⁹

A primeira crítica que há que se fazer acerca do assunto é que a suposta honra objetiva da pessoa jurídica tem cunho eminentemente patrimonial, que não se coaduna com os direitos da personalidade, como já se teve oportunidade de expor em capítulos precedentes. De fato, quando se fala em prejuízo ao nome, à imagem e à honra, está-se

⁶⁷⁶ A existência de honra subjetiva é questionada por Bernard Beignier (*L'honneur et le droit*. Paris: LGDJ, 1995. p. 91), mas a divisão normalmente é aceita pela maioria dos doutrinadores.

⁶⁷⁷ GARUTTI, Massimo. *Il diritto all'onore e la sua tutela civilistica*, p. 11. O autor não explica do que se trataria propriamente a primeira hipótese, em que a honra é um valor moral íntimo do sujeito, motivo pelo qual nos parece bastante obscura a separação entre a primeira acepção e a terceira. De qualquer forma, mantivemos a divisão por ele apresentada a fim de não apresentar desvio indevido com relação ao raciocínio desenvolvido pelo estudioso.

⁶⁷⁸ Entre os mais célebres: BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*, p. 133, em posicionamento reiterado em outras obras (BITTAR, Carlos Alberto. *Atentado à honra pela imprensa e respectivas consequências jurídicas*. In: BITTAR, Carlos Alberto; BITTAR FILHO, Carlos Alberto (Coord.). *Tutela dos direitos da personalidade e dos direitos autorais nas atividades empresariais*. São Paulo: RT, 1993. p. 39); DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade*, p. 123; e CAPELO DE SOUZA, Rabindranath Valentino Aleixo. *O direito geral de personalidade*, p. 597-599. Antônio Menezes Cordeiro mostra-se contrário à extensão dos direitos da personalidade às pessoas jurídicas, mas acaba por afirmar que certas situações não podem ser defendidas de maneira individual, motivo pelo qual os direitos da personalidade poderiam ser exercitados pela pessoa jurídica. Nesse sentido, transcreve-se pequeno excerto: “A desonra de uma pessoa colectiva repercute-se sobre as pessoas que lhe sirvam de suporte ou que, para ela, trabalhem ou actuem. Reacções individuais seriam impensáveis; assim, há que reagir em *modo colectivo*. A pessoa colectiva ficará encartada nos direitos competentes, sendo certo que os bens em jogo são, sempre, verdadeiros bens de personalidade, atingidos de modo mediato. O artigo 484º do Código Civil, sensível à problemática, tutela, com indemnização, a ofensa do crédito ou do bom-nome das pessoas colectivas” (CORDEIRO, Antônio Menezes. *Tratado de direito civil*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2011. t. IV: Parte geral, p.115).

⁶⁷⁹ Nesse sentido: PEREIRA, Daniel Queiroz. *Direitos da personalidade e pessoa jurídica: uma abordagem contemporânea*, p. 18; COSTA, Yvete Flávio da; SILVA, Alexandre Araújo da. *A reparação por danos à pessoa jurídica como forma de tutela aos direitos de sua personalidade*, p. 6. Massimo Garutti sustenta, inclusive, que certas associações não reconhecidas também podem sofrer violação à honra, portanto, não se trata nem mesmo de se buscar a existência de uma personalidade jurídica autônoma e distinta. O autor menciona, como exemplo, ofensas dirigidas a parlamentares de dado partido político e de certa orientação política como se se tratasse de dano moral a uma associação não reconhecida, quando a hipótese, à visão desta autora, seria de dano coletivo, o que se discutirá mais adiante (GARUTTI, Massimo. *Il diritto all'onore e la sua tutela civilistica*, p. 123-126).

falando em prejuízo com relação à clientela. Ademais, são muitos os julgados que fazem ligação direta entre a violação à honra e o abalo de crédito. Ora, tal ligação é um equívoco não somente com relação à pessoa jurídica, mas também à pessoa física. Infelizmente, em virtude da frequência com que ocorre a inserção indevida de pessoas junto aos bancos de dados de proteção ao crédito, acabou por se convencionar um valor fixo de indenização, que varia de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), na modalidade de um dano moral *in re ipsa*, ou seja, que não depende de prova.

O equívoco se manifesta, com maior expressão, na Súmula 385 do Superior Tribunal de Justiça, que estabelece hipóteses em que a inserção indevida não gerará indenização. Com efeito, somente fará jus ao recebimento da reparação aquele que não tiver uma legítima inscrição preexistente.⁶⁸⁰ Ora, sendo o abalo de crédito uma lesão ao direito de personalidade, cada lesão deveria ser indenizada de maneira independente, pouco importando o que tivesse feito a pessoa natural ou jurídica no passado. Ocorre que, na realidade, a Súmula se destina a indenizar um prejuízo econômico provocado pela restrição do crédito. Se a pessoa já tem uma inserção correta, seu crédito já se encontra restrito, e ela não sofreu um novo abalo com a inserção indevida, que, assim, não será indenizada. Como se trata de uma ofensa de ocorrência cotidiana, interessou ao Poder Judiciário, completamente sobrecarregado de processos, abordar a matéria como dano moral presumido, resolvendo-se a questão com uma questionável indenização, jurisprudencialmente tabelada, sem instrução probatória.

A fim de restringir o campo da presunção, surgiu o entendimento consolidado na Súmula 385, STJ, que desconsidera dois fenômenos importantes.

O primeiro deles, em relação às pessoas naturais, é efetivamente o dano moral, que pode ser gerado pela inserção indevida, mesmo havendo outra já constante do cadastro. Não se pode reduzir a honra humana a certas situações, e negá-la em outras. Ademais, a mera tomada de diligências para a retirada do apontamento já gera dano moral, especialmente se se levar em consideração o péssimo tratamento fornecido ao consumidor em casos semelhantes.

O outro desconsiderado pela Súmula é de que a inserção indevida pode ser justamente aquela que gera o abalo do crédito, e não a anteriormente anotada. De fato, a dívida legitimamente inscrita pode ser de pequeno valor, e não comprometer o crédito do

⁶⁸⁰ A referida Súmula tem a seguinte redação: “Súmula 385: Da anotação irregular em cadastro de proteção ao crédito, não cabe indenização por dano moral, quando preexistente legítima inscrição, ressalvado o direito ao cancelamento”.

indivíduo, o que somente acontecerá com a inserção incorreta. Ainda que tal ocorrência não seja a regra, nada obsta que possa suceder, o que demonstra a impropriedade da Súmula em comento.

Bernard Beignier observa com clareza o fenômeno de considerar danos materiais danos morais, a fim de facilitar a condenação do ofensor, e assinala ser a razão pela qual os tribunais ingleses, bastante pragmáticos, exigem que a difamação à pessoa jurídica traga prejuízo ao seu patrimônio ou comércio, o que também se verifica na maior parte da jurisprudência francesa.⁶⁸¹

A segunda crítica advém da identificação, verificada tanto na jurisprudência como na doutrina, entre os conceitos de *honra* e *prestígio técnico* (ou *profissional*), uma vez que é o prestígio, e não a honra, que está relacionado ao desenvolvimento de atividades econômicas.⁶⁸² O prestígio profissional também pode ser entendido como o *bom nome*.⁶⁸³ A honra está relacionada com questões exclusivamente pessoais (mesmo em sua versão objetiva) e se trata de um direito da personalidade, ao passo que o prestígio individualmente considerado não o é. Em algumas situações, verificar-se-á a violação tanto da honra como do prestígio, contudo é possível distingui-los.

A fim de deixar a questão mais clara, traz-se à análise o exemplo fornecido por Ana Laura Cabezuelo Arenas. A autora menciona o caso de certo ginecologista, bastante famoso por sua defesa ao direito de aborto, e que concede uma entrevista a um programa de televisão. Dias depois, certo telespectador, incomodado com tal posicionamento,

⁶⁸¹ BEIGNIER, Bernard. *L'honneur et le droit*, p. 244. Alguns autores são inclusive contraditórios ao analisar o tema, como se observa do posicionamento de Carlyle Popp e Ana Cecilia Parodi, que afirmam que a pessoa jurídica possui honra objetiva, mas não dignidade (Dignidade humana, direitos da personalidade e patrimônio imaterial. In: GUNTHER, Luiz Eduardo; SANTOS, Willians Franklin Lira dos (Coord.). *Tutela dos direitos da personalidade na atividade empresarial*. Curitiba: Juruá, 2009. v. II, p. 214-215: “Ora, embora a pessoa jurídica possa ter honra objetiva e tenha sua imagem protegida dos danos morais, não possui honra subjetiva, até porque não tem dignidade”. Ora, mas não é justamente a dignidade que fundamenta a proteção dos direitos da personalidade e a cláusula geral constante do art. 12 do CC?

⁶⁸² Como exemplo do equívoco, verifique-se COSTA, Yvete Flávio da; SILVA, Alexandre Araújo da. A reparação por danos à pessoa jurídica como forma de tutela aos direitos de sua personalidade, p. 42-45: “Fornece conteúdo ao conceito de honra a noção de reputação, ou seja, a fama, o bom nome, o valor social do qual cada pessoa goza perante os que a cercam. É natural que a todos seja interessante a manutenção da estima e a consideração moral que conquistaram de outros. A este aspecto externo da honra, referente à relação de valorização que alguém mantém com outrem, dá-se o nome de honra objetiva. (...) A pessoa jurídica pode apenas ser ofendida em sua reputação, no conceito social que goza perante a sociedade. Alargar demasiadamente as hipóteses de cabimento de danos morais a estes entes, mesmo contra todas as regras do bom-senso, é contribuir para o fortalecimento das objeções contra o instituto, gerando confusões que podem desnaturá-los”.

⁶⁸³ Admitindo a diferença entre honra comum e honra profissional (o que aqui se chamou de reputação), verifique-se: BITTAR, Carla Bianca. A honra e a intimidade em face dos direitos da personalidade. In: BITTAR, Eduardo C. B.; CHINELATO Silmara Juny (Coord.). *Estudos de direito de autor, direito da personalidade, direito do consumidor e danos morais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 124.

encaminha uma carta a uma revista, chamando-o de assassino e mercenário. Nesse caso, não houve ataque à postura do médico como profissional, mas sim como pessoa, sendo caso de violação à honra, e não à reputação, mesmo porque o fato de ser defensor do aborto é por ele mesmo divulgado.⁶⁸⁴ A carta desrespeitosa, assim, não atinge sua vida profissional, já que não traz qualquer informação nova a eventuais pacientes, mas sim ofensa à sua vida pessoal, gerando-lhe menoscabo moral.

A diferenciação em comento pode ser transposta para a questão da pessoa jurídica que, ao contrário do alegado pela maior parte da doutrina, não tem direito à honra, mas sim à proteção do prestígio profissional, o qual merece ser tutelado pelo ordenamento jurídico, mas sem que isso implique na indevida desvirtuação do direito à honra, como bem salienta a mencionada autora:

“Esta reducción fundamenta nuestra posición, partidaria de un reconocimiento del prestigio o buen nombre profesional a favor de toda persona, física o jurídica, en el marco de las actividades que desarrollen, y contraria a una desnaturalización del derecho al honor, efecto que se produce cuando se predica respecto a personas jurídicas. Además, los derechos fundamentales están concebidos en nuestra Constitución para proteger los valores fundamentales que son inherentes a hombres y mujeres, no a instrumentos técnicos de unificación de patrimonios y de control económico”.⁶⁸⁵

O que se verifica, na prática, é a dificuldade de apreciação do abalo ao prestígio e à credibilidade.⁶⁸⁶ Muitas vezes, é certo que uma dada situação trouxe prejuízos ao desempenho da atividade comercial, diminuiu a clientela e desvalorizou a marca. No entanto, a comprovação das perdas patrimoniais é muito difícil e poderia demandar custosa prova pericial, optando assim a jurisprudência em resolver a questão com o arbitramento

⁶⁸⁴ ARENAS, Ana Laura Cabezuolo. *Derecho a la intimidad*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998. p. 73.

⁶⁸⁵ ARENAS, Ana Laura Cabezuolo. *Derecho a la intimidad*, p. 76, nt. 62. Tradução livre: “Essa redução fundamenta nossa posição, partidária de um reconhecimento do prestígio ou bom nome profissional a favor de toda pessoa, física ou jurídica, no âmbito das atividades desenvolvidas, e contrária a uma desvirtuação do direito à honra, efeito que se produz quando é predicado a respeito das pessoas jurídicas. Ademais, os direitos fundamentais estão concebidos em nossa Constituição para proteger os valores fundamentais inerentes a homens e mulheres, não a instrumentos técnicos de unificação de patrimônios e de controle econômico”.

⁶⁸⁶ Luiz Eduardo Gunther salienta que a reputação de uma empresa pode ser arruinada pela publicidade negativa de um produto, assim como por informações falsas sobre a situação financeira podem levar à perda da credibilidade (Os direitos da personalidade e suas repercussões na atividade empresarial. In: GUNTHER, Luiz Eduardo (Coord.). *Tutela dos direitos da personalidade na atividade empresarial*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 170-171). Ora, é evidente que isso ocorre, sendo inegável que, quando se verificar uma ocorrência semelhante, deverá ser estabelecida uma indenização a ser paga pelo ofensor. No entanto, tal indenização não é dos danos morais, nem se verifica aqui o abalo à honra objetiva. Reputação arruinada de uma pessoa jurídica significa prejuízo patrimonial, assim como se verifica com a publicidade negativa. O caráter econômico da ofensa é tão evidente que não se pode confundir com um direito da personalidade.

de danos morais.⁶⁸⁷ Para que dessa situação se caminhasse para o entendimento de que pessoas jurídicas possuem direitos da personalidade foi um simples passo, o que é reconhecido até mesmo pelos defensores do direito da personalidade da pessoa jurídica.⁶⁸⁸

Os lucros cessantes de difícil mensuração, ou seja, aqueles que demandam prova pericial cara e demorada para sua determinação, têm sido substituídos pelo dano moral, por razões de conveniência prática e de agilidade da prestação jurisdicional. Tome-se, para fins exemplificativos, apenas um desses casos, cuja ementa segue reproduzida:

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. VAZAMENTO DE ESGOTO EM FRENTE A RESTAURANTE. DANO MORAL. PESSOA JURÍDICA. POSSIBILIDADE. SÚMULA N. 227/STJ. CONFIGURAÇÃO. REDUÇÃO DA INDENIZAÇÃO. INVIABILIDADE. RAZOABILIDADE NA FIXAÇÃO DO *QUANTUM*. SÚMULA N. 7/STJ.

1. É possível o reconhecimento de dano moral às pessoas jurídicas, conforme se infere da Súmula n. 227/STJ: ‘A pessoa jurídica pode sofrer dano moral’.

2. O recurso especial não comporta o exame de questões que impliquem revolvimento do contexto fático-probatório dos autos, a teor do que dispõe a Súmula n. 7/STJ.

3. No caso em concreto, o Tribunal local à luz de ampla cognição fático-probatória concluiu que o vazamento de esgoto em frente ao estabelecimento comercial da autora, empresa do ramo de restaurantes, bem como a demora da concessionária de serviço público em resolver o problema, ensejaram dano moral à pessoa jurídica.

4. *In casu*, o Tribunal de origem manteve o valor da indenização decorrente de dano moral pela falha na prestação de serviços de esgoto com fundamento no contexto fático-probatório.

5. Agravo regimental desprovido”.⁶⁸⁹

O caso em tela foi escolhido, pois a matéria fática pode ser facilmente concebida ou imaginada, mesmo sem o acesso à cópia integral dos autos, e mesmo sem ter havido a oportunidade de constatar presencialmente a dimensão do estrago causado pelo vazamento do esgoto. Na hipótese em comento, assim como sempre quando diante de danos de natureza patrimonial, poder-se-ia estar diante de dois tipos de dano: os danos imediatos e os lucros cessantes. Os imediatos não gerariam maiores discussões desde que fossem cabalmente comprovados por notas fiscais, orçamentos de consertos, entre outros meios probatórios.

⁶⁸⁷ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, p. 135-136.

⁶⁸⁸ PEREIRA, Daniel Queiroz. Direitos da personalidade e pessoa jurídica: uma abordagem contemporânea, p. 17: “Além disso, o autor, apesar de sua discordância, alude à súmula 227 do STJ que reflete o entendimento daquele tribunal no sentido de que ‘a pessoa jurídica pode sofrer dano moral’. Esta fórmula cumpre importante papel na defesa da concorrência e livre-iniciativa, eis que a pessoa jurídica está sujeita a sofrer prejuízos dificilmente estimáveis em decorrência de eventuais ofensas à sua imagem ou honra”.

⁶⁸⁹ STJ, 4ª T., AgRg no AREsp 215.772/RJ. Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, j. 04.12.2012, v.u.

No que tange aos lucros cessantes, em caso de fechamento do restaurante por alguns dias, seria possível determinar o lucro cessante decorrente da perda de faturamento daqueles dias em específico, fazendo uma análise da média auferida pelo restaurante em períodos anteriores. Tal prova é um pouco mais difícil de ser obtida, mas pode ser feita. O maior problema, porém, é que o episódio em comento pode ter levado à perda definitiva de clientela, que passa a associar o restaurante com o aspecto mais negativo possível para um negócio semelhante – a sujeira, ou, então, a perda semipermanente de clientela, que poderá ser retomada, em um momento futuro, depois que o episódio ocorrido cair no esquecimento. Essa perda de clientela, decorrente de um abalo na imagem no restaurante, e que não tem qualquer conotação de direito da personalidade, é muito difícil de ser aferida. Contudo, não tem qualquer outro caráter que não o patrimonial: a perda de clientela implica na perda do faturamento, ou seja, dano material.

Pode-se até argumentar que a perda de clientela possa gerar desgosto ao dono do restaurante, apaixonado pela culinária e pelo belo ambiente que desenvolveu, ou então sentimento de profunda angústia ao *chef* do restaurante, que se encontrava em grande ascensão profissional, mas nada disso constitui dano moral da pessoa jurídica, e sim daqueles que são seus proprietários ou que ali trabalham.

No caso em tela, buscando o magistrado conferir uma indenização por essa perda potencial de clientela, que poderia, inclusive, configurar a perda de chance de sucesso da atividade econômica dependendo do caso concreto, acaba por arbitrar indenização por danos morais, o que, em verdade, jamais existiu.

Yvete Flávio da Costa e Alexandre Araújo da Silva afirmam que o abalo à honra da pessoa jurídica pode vir completamente desassociado de prejuízos materiais, fornecendo, como exemplo, um caso fictício de associação, sem fins lucrativos, e que, em notícia inverídica, é reputada como burladora do fisco e financiadora de empresas que desenvolvem atividades poluidoras do meio ambiente. De acordo com os autores, a pessoa jurídica não teve qualquer diminuição de seu patrimônio, tendo apenas perdido a confiança de que gozava no meio social, já que aqueles que contribuíam com a associação não têm mais credibilidade em seu trabalho. Assim, afirmam que não há dano pecuniário, mas há outros danos a serem reparados, que seriam de natureza moral.⁶⁹⁰

⁶⁹⁰ COSTA, Yvete Flávio da; SILVA, Alexandre Araújo da. A reparação por danos à pessoa jurídica como forma de tutela aos direitos de sua personalidade, p. 38.

A assertiva peremptória de que não há danos materiais a serem reparados deve ser estudada com maior cautela, vez que, ainda que não sejam evidentes, podem ser identificados em contexto um pouco menos óbvio. Aliás, este é outro equívoco da doutrina sobre o tema: confundir o dano patrimonial simplesmente com a diminuição do patrimônio já adquirido, sem pensar nos lucros cessantes e na perda de uma chance. Não bastasse isso, a questão patrimonial também pode estar relacionada com as verbas para a manutenção da finalidade da pessoa jurídica, justamente o que ocorre no presente caso.

De fato, os próprios autores esclarecem que a pessoa jurídica depende de contribuição de seus associados. Ora, se há abalo em sua reputação, as contribuições diminuirão ou cessarão completamente. Isso não é um prejuízo que se expressa em pecúnia? Não é possível determinar qual a média de contribuição existente antes das notícias inverídicas e depois do cometimento do ato ilícito e demandar em juízo requerendo esta diferença, ao invés do arbitramento de supostos danos morais decorrentes da violação de um ente que somente possui existência do ponto de vista técnico-jurídico? Ademais, mesmo que não fosse possível determinar a perda sofrida pela associação,⁶⁹¹ então seria o caso de se levar a questão para a seara dos danos institucionais, nos quais não se vislumbra a violação de direitos da personalidade, mas sim, especificamente, a frustração das finalidades de pessoas jurídicas sem fins lucrativos, como será esclarecido no item 5.8.

Finalizando este item, cumpre tratar brevemente do direito de resposta, que pode ser utilizado para a repressão à violação de direitos da personalidade, sendo também facultado às pessoas jurídicas.⁶⁹² A esse respeito, cabe salientar que o direito de resposta (e qualquer outro relacionado com a correção de informações inverídicas lançadas nos meios de comunicação) não é um direito da personalidade, nem mesmo um direito no sentido técnico da palavra, mas, ao contrário, um mecanismo jurídico para a proteção de diversos direitos. Não envolve somente direitos da personalidade daqueles que tiveram informações incorretas divulgadas, mas também o interesse da coletividade em ter acesso a informações verdadeiras. No que tange ao sujeito litigante, este não busca apenas salvaguardar direitos da personalidade, mas também exercer seu direito de acesso aos meios de comunicação de

⁶⁹¹ Santos Cifuentes é contrário à atribuição de direitos da personalidade a pessoas jurídicas, mas admite que possa haver lesão à honra de entidades sem fins lucrativos (*Derechos personalísimos*, p. 493). Novamente, segundo opinião ora esposada, seria o caso de se falar em danos institucionais, e não de lesão de direitos da personalidade.

⁶⁹² SOMMA, Alessandro. I diritti della personalità e il diritto generale della personalità nell'ordinamento privatistico della Repubblica Federale Tedesca, p. 831.

massa e à participação ao pluralismo informativo,⁶⁹³ não sendo necessário que a informação inverídica seja ofensiva para que possa exercer o direito de resposta.

Em conclusão, deve ser observado que nem tudo gira em torno de direitos da personalidade – existem outros direitos que também são tutelados pelo ordenamento e podem socorrer convenientemente as pessoas jurídicas sem a banalização da específica categoria dos direitos da personalidade.

5.4 O direito à imagem

A imagem é a representação gráfica da figura humana por meio de procedimento de reprodução, assim, classificada como atributo físico da personalidade.⁶⁹⁴ Quando se fala em direito à imagem, aborda-se a faculdade exclusiva do indivíduo de publicar, ou não, a sua imagem e de proibir a sua reprodução.⁶⁹⁵ Abrange, igualmente, a voz e as expressões dinâmicas da pessoa, isto é, trejeitos e movimentos. Esta, entretanto, é apenas uma das concepções que se dá à imagem, a chamada *imagem-retrato*.

A segunda concepção, a *imagem-atributo*, está relacionada à visão que a sociedade tem de dada pessoa (sua projeção social),⁶⁹⁶ sendo quase indistinta da honra objetiva,⁶⁹⁷ supramencionada, ou, em certos casos, do prestígio profissional e do bom nome.⁶⁹⁸

Regina Sahm, em trabalho dedicado exclusivamente ao estudo do tema, define o direito à imagem como:

⁶⁹³ MACIOCE, Francesco. La rettifica delle notizie lesive della personalità: disciplina attuale e prospettive future. *Revista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano: Giuffrè, ano L, n. 2, p. 649-659, giugno 1996. p. 651.

⁶⁹⁴ BEIGNIER, Bernard. *L'honneur et le droit*, p. 91. No mesmo sentido: SANTOS, Antônio Jeová. *Dano moral indenizável*, p. 362. Para Rubens Limongi França, seria o caso de atributo moral da personalidade (*Direitos da personalidade – coordenadas fundamentais*, p. 9).

⁶⁹⁵ GARCIA, Antonio Román. Aportación al estudio de la responsabilidad civil por los daños ocasionados en los bienes y derechos de la personalidad. *Revista de Derecho Privado*, Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, t. LXXIII, p. 325-336, jan./dez. 1989, p. 332. No mesmo sentido: CHARTIER, Yves. *La réparation du préjudice*. Paris: Dalloz, 1996. p. 127.

⁶⁹⁶ PACE, Alessandro. Il diritto sulla propria immagine nella società dei 'mass media', p. 450.

⁶⁹⁷ Utilizou-se o termo “quase indistinta da honra objetiva”, pois o direito à imagem pode ser utilizado para designar o direito de a pessoa ser descrita de acordo com sua verdade pessoal, ou seja, seu direito de não ser qualificada sob uma perspectiva falsa, o que não se confunde propriamente com a honra objetiva (SAHM, Regina. *O direito à imagem na dogmática civil contemporânea*, p. 34-228). Nesse caso, de descrição falsa do indivíduo, com uma ideia que não fosse desonrosa, mas absolutamente contrária à sua verdade, poder-se-ia pensar, eventualmente, em uma hipótese de violação à imagem-atributo, sem a violação da honra, o que, contudo, parece bastante improvável.

⁶⁹⁸ ARENAS, Ana Laura Cabezero. *Derecho a la intimidad*, p. 82. Em sentido contrário, verifique-se COSTA, Yvete Flávio da; SILVA, Alexandre Araújo da. A reparação por danos à pessoa jurídica como forma de tutela aos direitos de sua personalidade, p. 53.

“Conjunto de faculdades ou prerrogativas jurídicas cujo objeto é toda expressão formal e sensível da personalidade que individualiza a pessoa na sua expressão estática (figura), dinâmica (reprodução), assim como através da qualificação de acordo com a verdade pessoal (existencial), diante de si própria (subjettivamente) e da sociedade (objetivamente) garantida a utilização exclusiva pelo titular compreendendo a prevenção dos atentados sem prejuízo da indenização por danos causados”.⁶⁹⁹

Sendo assim, apenas a imagem-retrato tem independência conceitual em relação ao direito à honra e à intimidade, vez que a imagem em sua acepção físico-biológica pode ter sido violada mesmo sem a vulneração da honra e da intimidade.⁷⁰⁰ Para tal constatação, basta que se observe que a mera divulgação de uma fotografia sem autorização constitui ofensa à imagem. Pode ser que a imagem não seja desonrosa ao sujeito. Pode ser que este não tenha sido fotografado dentro de atividade típica de sua intimidade.⁷⁰¹ Mesmo assim, caracterizou-se a violação à imagem,⁷⁰² dando ensejo à indenização.

No que tange à pessoa jurídica, parece bastante claro que esta não possui direito à imagem-retrato por uma impossibilidade física: não há materialidade a ser retratada, vez que a pessoa jurídica é incorpórea. Também não de ser afastados quaisquer entendimentos que identifiquem a imagem da pessoa jurídica ao local em que desenvolve suas atividades (estabelecimento comercial), tendo em vista que a proteção à imagem pessoal não abrange seus bens materiais.⁷⁰³

Assim, a pessoa jurídica poderia apenas ser vinculada à imagem-atributo, que, como dito, confunde-se com a honra objetiva ou com o prestígio profissional. No caso das pessoas jurídicas, ocorre a segunda hipótese, que merece a plena proteção do judiciário, mas não sob o manto do direito da personalidade, como mencionado no item anterior.

⁶⁹⁹ SAHM, Regina. *O direito à imagem na dogmática civil contemporânea*, p. 34.

⁷⁰⁰ DINIZ, Maria Helena. Direito à imagem e sua tutela. In: BITTAR, Eduardo C. B.; CHINELATO, Silmara Juny (Coord.). *Estudos de direito de autor, direito da personalidade, direito do consumidor e danos morais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 86.

⁷⁰¹ A despeito da falta de identificação entre o direito à imagem e à vida privada/intimidade, Regina Sahm assinala que, na maior parte das vezes, a violação à imagem se dá a partir da violação à intimidade. Ela própria, porém, fornece dois exemplos em que a violação à imagem é dissociada de qualquer outra: utilização de fotografia alheia como se esta fosse sua, e reprodução de fotografia de atleta dentro do estádio (*O direito à imagem na dogmática civil contemporânea*, p. 228).

⁷⁰² ARENAS, Ana Laura Cabezuelo. *Derecho a la intimidad*, p. 90-1. A autora menciona que pessoas adultas foram filmadas sem autorização em um parque público, sentadas em um banco, e desenvolvendo outras atividades cotidianas. Essas imagens foram utilizadas para uma campanha municipal da cidade de Madri para conscientização dos jovens sobre os problemas da velhice. É evidente que o propósito da utilização das imagens não era econômico e visava louvável finalidade assistencial. Mesmo assim, prevaleceu o direito dos retratados de se negar à difusão das imagens.

⁷⁰³ MASSON, Jean-Pol. Le droit à l'image. In: RENCHON, Jean-Louis. *Les droit de la personnalité*. Bruxelles: Brylant, 2009. p. 239.

5.5 O direito à intimidade

O direito à intimidade, assim como a honra e a imagem, é um direito inato e essencial ao indivíduo, tendo em vista que a pessoa não apenas tem uma projeção social, mas também precisa de uma forma de encontrar-se consigo própria, característica esta sobre a qual recai a intimidade.⁷⁰⁴ Assim, a palavra que melhor caracteriza o direito à intimidade é a exclusão ou subtração,⁷⁰⁵ isto é, o direito de ficar ou remanescer sozinho em determinadas circunstâncias. Envolve, igualmente, o direito ao esquecimento.

Santos Cifuentes, de maneira lapidar, assim define o direito à intimidade: “(...) es el derecho personalísimo que permite sustraer a la persona de la publicidad o de otras turbaciones a la vida privada, el cual está limitado por las necesidades sociales y los intereses públicos”.⁷⁰⁶

Não há de ser confundido com a honra, já que, no caso ora analisado, visa-se à proteção do pudor com relação à vida privada e ao direito de manter certas informações em segredo.⁷⁰⁷

Como bem relata Pierre Kayser, o direito à intimidade foi reconhecido como um direito da personalidade nas Declarações que se seguiram à Segunda Guerra Mundial, sendo a primeira delas a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10 de dezembro de 1948,⁷⁰⁸ proclamada em Paris, pela Assembleia Geral das Nações Unidas, uma vez que este direito é considerado essencial ao desenvolvimento da personalidade humana e à vida em sociedade. A proteção à vida privada, da qual faz parte a intimidade, é necessária não somente à tranquilidade, mas também à liberdade do indivíduo, já que a veiculação de informações íntimas pode comprometer sua conduta cotidiana normal.⁷⁰⁹

⁷⁰⁴ ARENAS, Ana Laura Cabezuelo. *Derecho a la intimidad*, p. 18.

⁷⁰⁵ SIMÃO FILHO, Adalberto. O direito da empresa à vida privada e seus reflexos no direito falimentar, p. 339.

⁷⁰⁶ CIFUENTES, Santos. *Derechos personalísimos*, p. 544. Tradução livre da autora: “é o direito da personalidade que permite subtrair a pessoa da publicidade ou de outras turbacões à vida privada, o que está limitado pelas necessidades sociais e os interesses públicos”. O termo *derechos personalísimos* foi substituído por direito da personalidade, a fim de evitar eventuais dubiedades que o termo personalíssimo poderia trazer no direito brasileiro. Ademais, o termo consagrado na legislação pátria é direitos da personalidade.

⁷⁰⁷ KAYSER, Pierre. *La protection de la vie privée*. Paris: Economica, 1984. t. 1, p. 76. No mesmo sentido: CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. *O direito geral de personalidade*, p. 318-320.

⁷⁰⁸ O art. 12 da mencionada Declaração possui a seguinte redação: “Art. 12. Ninguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem ataques à sua honra e reputação. Contra tais intromissões ou ataques toda pessoa tem direito a proteção da lei”.

⁷⁰⁹ KAYSER, Pierre. *La protection de la vie privée*, p. 14-15.

O direito à intimidade é frequentemente explicado por meio da teoria dos círculos concêntricos,⁷¹⁰ que facilita o entendimento do que pode, ou não, ser divulgado acerca da vida da pessoa, mesmo quando esta goza de notoriedade. O círculo maior, e menos restrito, é ocupado pela chamada vida privada, que consiste em informações pessoais de conhecimento bastante generalizado e social.⁷¹¹ Pode-se dizer que abrange a projeção social do indivíduo. O círculo do meio é ocupado pela intimidade propriamente dita, que versa sobre dados de conhecimento mais restrito, de acesso de poucas pessoas.⁷¹² Finalmente, tem-se o menor círculo ocupado pelo segredo, de cujo conteúdo pouquíssimas pessoas compartilham.⁷¹³

A vida privada normalmente é considerada de livre divulgação, ao passo que o círculo da intimidade varia de acordo com a pessoa e com a informação que se pretende transmitir. Trata-se de área que demanda ponderação. A esfera do segredo, contudo, é inatacável, sendo tão pessoal ao sujeito que não há qualquer justificativa para que seja dividida com outros. Seria o caso, de acordo com exemplo fornecido por Ana Laura Cabezuelo Arenas, do segredo de confissão religiosa. A sua divulgação não se compara com qualquer outra informação que possa provir da vida privada, a qual, ainda que contenha acontecimentos particulares, refere-se a situações cotidianas. O prejuízo para o direito da intimidade (em sentido amplo) é muito maior, portanto, quando ocorre a violação à esfera do segredo.⁷¹⁴

Pelas explanações anteriores, pode se perceber o equívoco em mencionar que a pessoa jurídica possui direito à intimidade. Na verdade, os autores que assim o fazem, estão referindo-se a um fenômeno totalmente distinto: o direito ao sigilo industrial ou comercial,⁷¹⁵ que se manifesta por diversas formas, entre elas o sigilo dos livros mercantis e das informações comerciais.

⁷¹⁰ RAMOS, Erasmo M. Estudo comparado do direito de personalidade no Brasil e na Alemanha. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 91, p. 11-32, maio 2002, p. 27. No mesmo sentido: CIFUENTES, Santos. *Derechos personalísimos*, p. 548.

⁷¹¹ SIMÃO FILHO, Adalberto. O direito da empresa à vida privada e seus reflexos no direito falimentar, p. 340.

⁷¹² ARENAS, Ana Laura Cabezuelo. *Derecho a la intimidad*, p. 36.

⁷¹³ KAYSER, Pierre. *La protection de la vie privée*, p. 10. De acordo com Regina Sahm, a esfera do segredo envolve doenças, intervenções cirúrgicas, circunstâncias da morte, vida sentimental, conjugal e familiar (*O direito à imagem na dogmática civil contemporânea*, p. 230). Infelizmente, a experiência da vida contemporânea tem mostrado que nem mesmo tão íntimas informações têm sido resguardadas do grande público.

⁷¹⁴ ARENAS, Ana Laura Cabezuelo. *Derecho a la intimidad*, p. 39.

⁷¹⁵ FOSCHINI, Marcello. *Il diritto dell'azionista all'informazione*. Milano: Giuffrè, 1959. p. 24.

Visconde de Cairu, em sua obra *Princípios de Direito Mercantil e Leis de Marinha*, já mencionava ser o segredo a alma do comércio, devendo o comerciante zelar pelo sigilo de seus livros mercantis a fim de evitar a divulgação de informações essenciais sobre os seus negócios, pagamentos efetuados a crédito, e as transações confidenciais.⁷¹⁶ Com tal colocação, já se observa que o escopo do resguardo do sigilo dos livros comerciais e, por decorrência, do sigilo industrial e comercial, é o desenvolvimento do negócio e proteção deste em face da concorrência desleal, e não a proteção de direitos da personalidade da pessoa jurídica. Tal entendimento, contudo, não é esposado pela maior parte da doutrina, que perfaz verdadeiro exercício de argumentação a fim de sustentar raciocínio que desafia a lógica.

Daniel Queiroz Pereira assinala que, pelo sigilo industrial, protegem-se as criações oriundas da atividade da empresa, mas que não são suscetíveis de registro para proteção específica. O mesmo autor divide o segredo comercial em três tipos: aquele referente aos livros comerciais, que encontrava previsão junto ao art. 17 do Código Comercial já revogado;⁷¹⁷ o relacionado às atividades bancárias, cujo sigilo se encontra previsto no art. 38 da Lei n. 4.595/64 (Revogado pela Lei Complementar n. 105, de 10.1.2001);⁷¹⁸ e o dever de sigilo previsto para os administradores das sociedades por ações em conformidade com o art. 155, *caput* e parágrafos, da Lei n. 6.404/76.⁷¹⁹ Eis aqui, segundo o autor,⁷²⁰ a demonstração do direito à intimidade da pessoa jurídica.

⁷¹⁶ CAIRU, José da Silva Lisboa. *Princípios de direito mercantil e leis de marinha*. Reedição. Rio de Janeiro: Serviço de Documentação do M.J.N.I, 1963. p. 805.

⁷¹⁷ O mencionado artigo possuía a seguinte redação: “Art. 17. Nenhuma autoridade, juízo ou tribunal, debaixo de pretexto algum, por mais especioso que seja, pode praticar ou ordenar alguma diligência para examinar se o comerciante arruma ou não devidamente seus livros de escrituração mercantil, ou neles tem cometido algum vício”. A mencionada lei, antes mesmo da entrada em vigor do Código Civil, já havia sido revogada no que tange à fiscalização de impostos de consumo, de acordo com o Decreto-lei n. 385, de 1938.

⁷¹⁸ A norma era assim redigida: “Art. 38. As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados”. A Lei Complementar n. 105 manteve esta mesma redação no art. 1º, mas trouxe diversas exceções ao preceito, em seus arts. 2º e 3º.

⁷¹⁹ Eis a redação da norma: “Art. 155. O administrador deve servir com lealdade à companhia e manter reserva sobre os seus negócios, sendo-lhe vedado:

- I – usar, em benefício próprio ou de outrem, com ou sem prejuízo para a companhia, as oportunidades comerciais de que tenha conhecimento em razão do exercício de seu cargo;
- II – omitir-se no exercício ou proteção de direitos da companhia ou, visando à obtenção de vantagens, para si ou para outrem, deixar de aproveitar oportunidades de negócio de interesse da companhia;
- III – adquirir, para revender com lucro, bem ou direito que sabe necessário à companhia, ou que esta tencione adquirir.

§ 1º Cumpre, ademais, ao administrador de companhia aberta, guardar sigilo sobre qualquer informação que ainda não tenha sido divulgada para conhecimento do mercado, obtida em razão do cargo e capaz de influir de modo ponderável na cotação de valores mobiliários, sendo-lhe vedado valer-se da informação para obter, para si ou para outrem, vantagem mediante compra ou venda de valores mobiliários.

Adalberto Simão Filho vai mais além, de modo a afirmar que um pedido de falência, promovido pelo credor de maneira maliciosa, apenas para facilitar o recebimento do crédito, implica na violação do direito à vida privada da pessoa jurídica, em razão dos seus efeitos danosos. Seu posicionamento é fundamentado no conteúdo do art. 20 do Decreto-lei n. 7.661/45 (Lei falimentar já revogada),⁷²¹ que determinava que aquele que demandar a falência de outrem dolosamente será condenado a indenizar ao devedor na própria sentença que denegar a falência. O parágrafo único do mesmo artigo autorizava que o prejudicado pudesse ingressar com ação autônoma para reclamar indenização no caso de culpa ou abuso do requerente da falência denegada.⁷²²

Pois bem, a partir dessa norma, sustenta o autor que há direito à proteção da vida privada empresarial e que, ocorrendo abuso de direito, disso decorrerá uma “indenização pelos danos gerados à vida privada na esfera moral, institucional, negocial ou organizacional”.⁷²³ Mais adiante, conclui:

“Assim é que depõe contra a vida privada empresarial toda a ofensa praticada a este conjunto de direitos, dentre os quais pode-se citar seu nome empresarial, suas marcas e sinais distintivos registrados, suas patentes e desenhos de utilidade; seus segredos industriais; comerciais; administrativos e financeiros onde se inclui o *Know-How*, *trade secret*, tecnologias proprietárias genericamente consideradas; a plenitude do exercício de sua capacidade funcional e organização.

§ 2º O administrador deve zelar para que a violação do disposto no § 1º não possa ocorrer através de subordinados ou terceiros de sua confiança.

§ 3º A pessoa prejudicada em compra e venda de valores mobiliários, contratada com infração do disposto nos §§ 1º e 2º, tem direito de haver do infrator indenização por perdas e danos, a menos que ao contratar já conhecesse a informação.

§ 4º É vedada a utilização de informação relevante ainda não divulgada, por qualquer pessoa que a ela tenha tido acesso, com a finalidade de auferir vantagem, para si ou para outrem, no mercado de valores mobiliários”.

⁷²⁰ PEREIRA, Daniel Queiroz. Direitos da personalidade e pessoa jurídica: uma abordagem contemporânea, p. 13. No mesmo sentido: SZANIAWSKI, Elimar. Considerações sobre o direito à intimidade das pessoas jurídicas. *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, v. 25, n. 25, p. 81-92, 1989. p. 87; e GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade*, p. 52-53.

⁷²¹ A mesma norma, com pequena alteração de conteúdo, consta da Lei vigente n. 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. Nesse sentido, verifique-se: “Art. 101. Quem por dolo requerer a falência de outrem será condenado, na sentença que julgar improcedente o pedido, a indenizar o devedor, apurando-se as perdas e danos em liquidação de sentença.

§ 1º Havendo mais de 1 (um) autor do pedido de falência, serão solidariamente responsáveis aqueles que se conduziram na forma prevista no *caput* deste artigo.

§ 2º Por ação própria, o terceiro prejudicado também pode reclamar indenização dos responsáveis”.

⁷²² SIMÃO FILHO, Adalberto. O direito da empresa à vida privada e seus reflexos no direito falimentar, p. 360.

⁷²³ SIMÃO FILHO, Adalberto. O direito da empresa à vida privada e seus reflexos no direito falimentar, p. 361.

A proteção à vida privada deve assim tutelar além dos elementos acima descritos, a imagem mercantil, a credibilidade e reputação junto ao público, as políticas institucionais e de marketing, as decisões gerenciais e estratégicas para o enfrentamento da concorrência”.⁷²⁴

Ora, primeiro já se verifica a identificação entre conceitos diferentes, como reputação, honra e vida privada. Já se mencionou, no subitem 5.3, a conveniência de estabelecer uma diferença entre prestígio e honra, mas não há que se negar a proximidade entre as duas ideias e a frequência com a qual ambas são identificadas como sinônimos. Contudo, não se admite a aproximação da reputação com vida privada, que em nada coincidem. Ora, se o requerente ingressa com um pedido de falência de maneira abusiva em face de outra empresa, em que medida está violando o seu direito à intimidade? Nem mesmo há quebra de sigilo nesse caso. É evidente que o autor se refere à eventual violação da honra, e não da intimidade.

Em segundo lugar, há que se destacar o cunho exclusivamente econômico do segredo empresarial. De acordo com Luís Alberto G. Gomes Coelho, os segredos (dessa esfera) podem ser de três modalidades: a) segredos técnicos, pertinentes ao setor industrial, que envolvem fórmula de produtos, modo de confecção de maquinários, entre outros; b) segredos comerciais, relacionados a estratégias de venda, de abordagem do mercado, publicidade, plano de metas, carteira de clientes e fornecedores; e c) segredos gerais, sobre outros aspectos da empresa, como situação financeira e salário dos empregados. Essas três modalidades de segredo correspondem ao segredo do negócio ou *trade secret*, e abrangem informações que não se tem interesse de que sejam divulgadas, já que essenciais para a manutenção ou consolidação de posição no mercado.⁷²⁵

Por terem caráter iminentemente patrimonial, esses segredos não podem ser confundidos como direitos da personalidade e muito menos serem tomados como direitos à intimidade ou à vida privada.⁷²⁶

No que tange à conclusão do artigo de Adalberto Simão Filho, pode-se verificar que o autor estabelece que praticamente todos os aspectos da empresa devam ser protegidos sob o manto dos direitos da personalidade, o que constitui outro equívoco. Ao se pensar dessa forma, em nosso ordenamento, estaria se protegendo de forma mais eficiente a

⁷²⁴ SIMÃO FILHO, Adalberto. O direito da empresa à vida privada e seus reflexos no direito falimentar, p. 362.

⁷²⁵ COELHO, Luís Alberto G. Gomes. A proteção à propriedade intelectual como problema jurídico. In: GUNTHER, Luiz Eduardo (Coord.). *Tutela dos direitos da personalidade na atividade empresarial*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 146.

⁷²⁶ CIFUENTES, Santos. *Derechos personalísimos*, p. 209. No mesmo sentido: SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*, p. 22.

pessoa jurídica do que a pessoa física, já que a primeira delas pode buscar o resguardo de todos os seus interesses patrimoniais de maneira mais simplificada. Ora, imagine-se que um documento de estratégia comercial é subtraído de uma dada empresa. Esse documento gera certo prejuízo de ordem material, que ainda não pode ser precisado, já que a perda de clientela, por exemplo, pode ocorrer paulatinamente durante vários meses. A fim de poupar custos, e trabalho, a pessoa jurídica simplesmente alega a violação de seu direito da personalidade à intimidade, nos termos do art. 21 do CC e requer a indenização por danos morais, sem ter de comprovar qualquer prejuízo, em mais uma demonstração de banalização do instituto, que não se pode admitir.

Não bastasse isso, Rubens Requião menciona a tendência de divulgação de informações financeiras e comerciais das pessoas jurídicas, tendo em vista que o destino de uma grande empresa não afeta apenas o setor privado de seus proprietários, mas também um considerável número de terceiros, que com ela se relacionam de algum modo – trata-se da chamada *função social da empresa*. Assim, salienta o autor que balanços, pareceres e relatórios de diretoria não são um assunto interno, de modo a serem tratados com o máximo sigilo, mas sim matéria de relevante interesse da coletividade.⁷²⁷ Com relação às pessoas jurídicas sem fins lucrativos, e as de direito público, maior razão ainda se encontra para que haja a máxima transparência com relação à sua vida social e a maneira com que são empregados seus recursos. Nada mais dissonante, portanto, do que são a essência dos direitos da personalidade e, em especial, a do direito à intimidade.

5.6 Os direitos morais de autor

Cumprir tratar, igualmente, dos direitos autorais, a fim de se analisar se estes podem ser atribuídos à pessoa jurídica, especialmente no que tange aos chamados *direitos morais de autor*.

O campo do direito autoral é permeado de intensos debates, que se iniciam por sua natureza jurídica. Nas clássicas obras destinadas ao tema, verifica-se que o direito autoral é tratado como direito de propriedade. Nesse sentido, verifiquem-se, apenas a título de exemplo, J. X. Carvalho de Mendonça⁷²⁸ e João da Gama Cerqueira.⁷²⁹

⁷²⁷ REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*, p. 189.

⁷²⁸ CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. *Tratado de direito comercial brasileiro*. 7. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963. p. 12.

⁷²⁹ CERQUEIRA, João da Gama. *Tratado da propriedade industrial*. São Paulo: RT, 1982. p. 350-351: “Ao tratar da natureza do direito de autor e de inventor observamos que a maioria dos escritores estuda essa questão separadamente, em relação a cada classe de direitos que se integram na chamada *propriedade*

Atualmente, salientam Giselda Hironaka e Silmara Chinelato que a natureza jurídica desses direitos tem sido desvinculada da propriedade e caracterizada como de direito especial ou direito *sui generis*, tendo em vista as marcantes diferenças existentes entre a propriedade intelectual e os direitos de autor.⁷³⁰

De fato, a propriedade intelectual, ou imaterial, pode ser adquirida tanto pelo modo originário quanto pela modalidade derivada. No entanto, o mesmo não se verifica com o direito de autor, porque, mesmo que haja a cessão de direitos patrimoniais, não ocorre a transferência dos direitos morais, que pertencerão sempre ao autor original.⁷³¹ Ademais, não há livre gozo da obra por parte do adquirente, tendo em vista que sua utilização deverá ser realizada apenas nos termos do contrato, e na conformidade da autorização do autor.⁷³² Do mesmo modo, vislumbram-se importantes diferenças no que tange à duração, já que os direitos morais de autor são vitalícios, notando-se, contudo, que os patrimoniais têm sua duração limitada pelo direito positivo de cada país. Assim, por falta da devida identificação com o direito de propriedade, a matéria vem sendo tratada como um direito especial.⁷³³

No direito autoral, distinguem-se dois elementos: um de natureza patrimonial, que assegura ao autor os frutos de seu trabalho intelectual ou artístico (direito patrimonial de autor);⁷³⁴ e outro de natureza pessoal, que se refere à proteção da criação do autor e sua identificação como tal. Os direitos extrapatrimoniais de autor foram consagrados pelo artigo 6-bis, da Convenção de Berna para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas, de 26 de julho de 1978.

Foge ao âmbito deste trabalho a discussão aprofundada sobre o assunto, mas há que se mencionar a prevalência, na evolução do estudo dos direitos de autor, da teoria dualista.

intelectual, compreendendo a propriedade literária e artística e a propriedade industrial, e atribuem, muitas vezes, a esses direitos, natureza e fundamentos. (...) Em nosso estudo, seguindo método diferente, procuramos estabelecer a unidade entre os diversos institutos da propriedade industrial e entre esta e a propriedade literária e artística, demonstrando que todos esses direitos se caracterizam como direito de propriedade, com as mesmas notas da propriedade em direito comum, apenas diversificando em relação ao seu objeto, que é incorpóreo”.

⁷³⁰ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; CHINELATO, Silmara Juny de Abreu. Propriedade e posse: uma releitura dos ancestrais institutos, p. 32. No mesmo sentido: CARBONI, Guilherme Capinzaiki. *O direito de autor na multimídia*. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2001, p. 14, sob orientação de Silmara Juny de Abreu Chinelato e Almeida.

⁷³¹ COSTA NETO, José Carlos. *Direito autoral no Brasil*. São Paulo: FTD, 1998. p. 73.

⁷³² CARBONI, Guilherme Capinzaiki. *O direito de autor na multimídia*, p. 50.

⁷³³ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; CHINELATO, Silmara Juny de Abreu. Propriedade e posse: uma releitura dos ancestrais institutos, p. 33-34.

⁷³⁴ COELHO, Luís Alberto G. Gomes. A proteção à propriedade intelectual como problema jurídico, p. 143.

De acordo com essa concepção, as prerrogativas patrimoniais e extrapatrimoniais desenvolvem-se distintamente, mas de maneira interdependente, permitindo que a esfera moral se sobreponha à primeira, a fim de que possam ser preservados os interesses espirituais do autor.⁷³⁵ As duas esferas têm aplicação separada e nem sempre são simultâneas.⁷³⁶ No caso da pessoa jurídica, essa separação deverá ser feita de maneira bastante clara, como salientado a seguir.

Enquadrados na categoria de direito especial, os direitos morais de autor são considerados direitos da personalidade. Cumpre verificar, então: a) se as pessoas jurídicas também podem ser autoras de obras artísticas e intelectuais; b) se, sendo autoras, possuem os chamados direitos morais de autor; e, finalmente, c) se os possuindo, estes configuram, realmente, direitos da personalidade.

Tratando da primeira pergunta, Rolf Serick assinala que, na Alemanha, a tese prevalente é a de que uma pessoa jurídica de direito privado não pode ser titular de direito de autor.⁷³⁷ O estudioso entende, contudo, que a pessoa jurídica pode ser titular de obras autorais que sejam privadas de criação artística,⁷³⁸ como as coletâneas e obras coletivas.

Nesse ponto, cabe trazer à lume os aprofundados estudos empreendidos por Antonio Carlos Morato sobre o direito autoral em obra coletiva, por ele definida como aquela:

“criada por iniciativa de pessoa física ou jurídica que a organiza, publica ou divulga sob sua direção e seu nome e na qual há a contribuição pessoal de diversos autores, sem que tal contribuição possa com ela confundir-se, pois há na obra coletiva uma fusão que justamente é obtida por aquele que, mesmo não tendo participado das etapas anteriores, age sempre de acordo com um objetivo mais amplo”.⁷³⁹

Conforme se pode depreender do conceito em comento, há uma indivisibilidade permanente neste tipo de obra, não sendo possível atribuir a cada participante um direito específico sobre cada parte da obra.⁷⁴⁰ Em situações semelhantes, sendo a pessoa jurídica a organizadora da obra coletiva, deve ela ser considerada a autora, entendimento este que, conforme relata Antonio Carlos Morato, encontra resistência por parte da doutrina.

⁷³⁵ CARBONI, Guilherme Capinzaiki. *O direito de autor na multimídia*, p. 14.

⁷³⁶ CARBONI, Guilherme Capinzaiki. *O direito de autor na multimídia*, p. 15.

⁷³⁷ SERICK, Rolf. *Forma e realtà della persona giuridica*, p. 204.

⁷³⁸ SERICK, Rolf. *Forma e realtà della persona giuridica*, p. 210-211.

⁷³⁹ MORATO, Antonio Carlos. *Direito de autor em obra coletiva*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. XVII – Introdução.

⁷⁴⁰ CARNEIRO, Rodrigo Borges. O novo Código Civil e a disciplina dos direitos de personalidade da pessoa jurídica e suas conexões com a propriedade intelectual. *Revista da ABPI – Associação Brasileira da Propriedade Intelectual*, v. 61, p. 3-19, nov/dez. 2002. p. 16.

Segundo seus ensinamentos, a resistência decorre da adoção da ultrapassada teoria da ficção, abordada no item 4.3.1. Além disso, não se coaduna com a atual fase em que se encontra a pessoa jurídica, na qual se permite, de um lado, que seja beneficiária de direitos da personalidade e, de outro, responsabilizada penalmente por crimes ambientais, conforme se observa da Lei n. 9.605/98, em clara evolução ao princípio do *societas delinquere non potest*.⁷⁴¹

Não há dúvida de que a pessoa jurídica possa ser autora de obras, e assim deve ser considerada, por propiciar o desenvolvimento de trabalhos coletivos. Trata-se de uma forma diferente de autoria, que tem menor componente criativo e maior conteúdo empreendedor. Com efeito, a organização, a escolha, a instrução e a colaboração constituem formas de obra que podem ser atribuídas à pessoa jurídica, motivo pelo qual, com relação a esse ponto, deve-se realmente concordar com o autor.

O problema se refere, porém, aos chamados direitos morais de autor, entendidos tradicionalmente como direitos da personalidade.⁷⁴² Cabe destacar que entre os direitos morais de autor se encontra um direito essencial para a própria caracterização do direito de autor, que é o direito de paternidade da obra. A fim de analisar com maior profundidade a matéria, segue transcrito o art. 24 da Lei n. 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, que trata especificamente desses direitos:

“Art. 24. São direitos morais do autor:

I – o de reivindicar, a qualquer tempo, a autoria da obra;

II – o de ter seu nome, pseudônimo ou sinal convencional indicado ou anunciado, como sendo o do autor, na utilização de sua obra;

III – o de conservar a obra inédita;

IV – o 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;

V – o de modificar a obra, antes ou depois de utilizada;

VI – o 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;

VII – o 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”.

⁷⁴¹ MORATO, Antonio Carlos. *Direito de autor em obra coletiva*, p. 24.

⁷⁴² A voz dissonante sobre o assunto é Santos Cifuentes, que entende que os direitos de autor não podem ser direitos da personalidade porque não são direitos inatos e necessários – características essenciais dos direitos da personalidade –, mas adquiridos e eventuais. O autor admite que a obra intelectual projeta uma inspiração do criador, mas essa ideia somente seria protegida quando ocorre a exteriorização com originalidade, havendo, assim, uma diferenciação entre as prerrogativas do autor da obra e a própria pessoa (*Derechos personalísimos*, p. 213-214).

Os incisos I e II, que são complementares, referem-se ao direito de paternidade da obra. Os demais direitos, entre eles o direito de inédito (inciso III), estão relacionados à manutenção da integralidade intelectual do autor e à sua prerrogativa de publicar, ou não, sua obra, ou então de modificá-la e retirá-la de circulação, entre outras situações. O direito de inédito, com relação à pessoa humana, pode estar relacionado com o direito à intimidade.⁷⁴³

Tendo em vista a necessidade de conceder à pessoa jurídica a paternidade da obra coletiva, surge o entendimento de que a pessoa jurídica possui direitos morais de autor e, por consequência, da personalidade, com o que não se pode concordar, não havendo, inclusive, necessidade de se recorrer a essa estratégia. Explica-se: o art. 24, da Lei de Direitos Autorais, somente relaciona direitos da personalidade quando estes dizem respeito à pessoa humana, tendo em vista que pressupõem um ser apto à criação de obras artísticas, e que possa se arrepender do trabalho feito, ou então pretender modificá-lo ou opor-se a comercializá-lo. Não é a mesma finalidade, contudo, que se vislumbra com a pessoa jurídica, para a qual os chamados direitos morais são conferidos apenas para o resguardo de sua titularidade jurídica.

Rolf Serick partilha do mesmo entendimento e resolve o aparente impasse, afirmando que, na verdade, o direito à paternidade da obra não é um direito da personalidade, e não se confunde com o direito ao nome. O mencionado autor, em tradução italiana de sua obra, assim se manifesta:

“Inoltre il ‘droit moral’ há una natura giuridica diversa da quella del diritto alla tutela del nome. Quest’ultimo è immanente ad un soggetto umano e perciò costituisce un vero e proprio diritto della personalità. Il diritto alla paternità spirituale è, al contrario, un rapporto dell’autore con la propria opera, che viene in essere solo attraverso l’attività creatrice; non si tratta quindi di un vero e proprio diritto della personalità”.⁷⁴⁴

A equiparação entre pessoa jurídica e pessoa física tem sempre de ser conciliada com a essência e com o conteúdo do direito ou da norma particular em questão. Reconhecendo as peculiaridades da pessoa jurídica, Antonio Carlos Morato afirma que a

⁷⁴³ SAHM, Regina. O direito moral de autor e o fundamento do direito à intimidade. In: BITTAR, Eduardo C. B.; CHINELATO, Silmara Juny (Coord.). *Estudos de direito de autor, direito da personalidade, direito do consumidor e danos morais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 45.

⁷⁴⁴ SERICK, Rolf. *Forma e realtà della persona giuridica*, p. 208. Em tradução livre: “Igualmente, o direito moral tem uma natureza diversa daquela do direito à tutela ao nome. Este último é imanente a um sujeito humano e por isso constitui um verdadeiro e próprio direito da personalidade. O direito à paternidade espiritual é, ao contrário, uma relação do autor com a própria obra, que vem a ser apenas por meio da atividade criativa; não se trata, assim, de um verdadeiro e próprio direito da personalidade”.

pessoa jurídica é titular de uma *autoria objetiva*.⁷⁴⁵ Essa autoria objetiva, no modo de ver aqui exposto, afasta a pessoa jurídica dos direitos morais de autor em sua consideração de direitos da personalidade e somente autoriza a concessão de direitos estritamente relacionados com a titularidade da obra, o que ocorre, por exemplo, com o direito à paternidade, que não é, como bem assinala Rolf Serick, direito de personalidade, mas sim da essência do próprio direito de autor. Não existe direito de autor sem o reconhecimento de sua paternidade.

O doutrinador alemão ainda salienta que a impossibilidade de transferência do direito moral de autor em relação a pessoas físicas e jurídicas visa à proteção da pessoa natural que desenvolve atividade criativa. A pessoa jurídica não pode ser titular do direito moral de autor porque somente uma pessoa natural pode desenvolver esta atividade de criação. Se esta atividade não for preponderante de criação, como nas obras de coletânea, é possível negar o direito de autor às pessoas físicas que tenham colaborado com a obra, e reconhecê-lo, por sua vez, à pessoa jurídica que promoveu o trabalho conjunto.⁷⁴⁶ O posicionamento do autor parece se coadunar ao que consta do art. 17 da já mencionada Lei de Direitos Autorais:

“Art. 17. É assegurada a proteção às participações individuais em obras coletivas.

§ 1º Qualquer dos participantes, no exercício de seus direitos morais, poderá proibir que se indique ou anuncie seu nome na obra coletiva, sem prejuízo do direito de haver a remuneração contratada.

§ 2º Cabe ao organizador a titularidade dos direitos patrimoniais sobre o conjunto da obra coletiva.

§ 3º O contrato com o organizador especificará a contribuição do participante, o prazo para entrega ou realização, a remuneração e demais condições para sua execução”.

Esposa entendimento semelhante também Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de Sousa, analisando a questão a partir da legislação portuguesa (Código de Direito de Autor e dos Direitos Conexos – Decreto-lei n. 63/85), afirmando que o direito moral de autor tem caráter eminentemente pessoal, pertencendo exclusivamente aos criadores intelectuais da obra, que serão necessariamente pessoas físicas.⁷⁴⁷

⁷⁴⁵ MORATO, Antonio Carlos. *Direito de autor em obra coletiva*, p. 69: “A pessoa jurídica realiza uma criação em um nível diferenciado, também *objetivamente*, como sustentamos em tópico anterior (organizando o trabalho intelectual e proporcionando meios para que este se concretize, como já ensinava Carlos Alberto Bittar), tendo seu nome ligado à obra e reconhecido perante a sociedade (autoria objetiva, com o direito de paternidade previsto no art. 5º, VIII, *h*, da Lei n. 9.610/1998)”.

⁷⁴⁶ SERICK, Rolf. *Forma e realtà della persona giuridica*, p. 216-217.

⁷⁴⁷ CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. *O direito geral de personalidade*, p. 596. No mesmo sentido: DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade*, p. 360.

O que se pretende sublinhar, em síntese de tudo quanto exposto até o momento, é que os chamados direitos morais de autor não são direitos da personalidade quando se relacionam à titularidade de obra por pessoa jurídica. Aliás, mesmo no que tange à pessoa natural, são direitos da personalidade somente aqueles direitos morais que representam sua liberdade intelectual e a expressão de seu espírito criador.⁷⁴⁸

Agnès Lucas-Schloetter dedicou um trabalho inteiro – *Droit moral et droits de la personnalité – Étude de droit comparé français et allemand* – prioritariamente para demonstrar as diferenças entre o direito moral de autor e os direitos da personalidade. A autora afirma que o direito moral de autor é a expressão jurídica do vínculo que une o autor à sua obra, ou o artista à sua interpretação, conferindo ao autor um controle sobre o fruto de seu trabalho e de seu talento, uma vez que este trabalho ingresse no circuito econômico. Os direitos da personalidade são, por sua vez, as prerrogativas que têm por objeto elementos constitutivos da personalidade do sujeito tomado em seus múltiplos aspectos.⁷⁴⁹ A autora, contrária à identificação dos direitos morais de autor com os direitos da personalidade, salienta que os direitos morais somente são protegidos quando originais, ao passo que há uma proteção geral para os direitos da personalidade, o que impediria, segundo seu entendimento, que se aplicassem por analogia as regras dos direitos da personalidade aos direitos morais de autor.⁷⁵⁰ O entendimento de que direitos morais de autor são sempre direitos da personalidade não é uníssono, portanto, e merece ser tratado com maior flexibilidade.

Convém salientar, inclusive, que o nome “direitos morais de autor” já suscitou grande controvérsia no passado. Rubens Limongi França foi categórico ao afirmar que terminologia melhor seria *direito pessoal de autor*, a fim de contrapô-lo ao direito patrimonial de autor, salientando, inclusive, que não se relaciona com os direitos à integridade moral.⁷⁵¹ Apesar dessa importante consideração, o nome acabou por ser consagrado pela legislação, pela doutrina e pela jurisprudência.

No que tange à teoria adotada para explicar a natureza jurídica das pessoas jurídicas, tem razão Antonio Carlos Morato quando afirma que a teoria da realidade técnica pode explicar a titularidade de obra pela pessoa jurídica, o que não ocorre com a teoria da

⁷⁴⁸ BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Tutela jurídica dos direitos da personalidade e dos direitos autorais. In: BITTAR, Carlos Alberto; BITTAR FILHO, Carlos Alberto (Coord.). *Tutela dos direitos da personalidade e dos direitos autorais nas atividades empresariais*. São Paulo: RT, 1993. p. 11.

⁷⁴⁹ LUCAS-SCHLOETTER, Agnès. *Droit moral et droits de la personnalité*, p. 17.

⁷⁵⁰ LUCAS-SCHLOETTER, Agnès. *Droit moral et droits de la personnalité*, p. 753.

⁷⁵¹ FRANÇA, Rubens Limongi. *Manual de direito civil*, 2. ed., v. 1, 1971, p. 330-331.

ficção.⁷⁵² Há que se salientar, todavia, que isso não se estende a ponto de se entender que os entes coletivos possuam direitos da personalidade, conforme já esclarecido no item 4.3.6. Há que se fazer uma leitura diferente dos direitos de autor para que estes possam ser titularizados pela pessoa jurídica.

Uma vez feita essa afirmação, pode surgir importante indagação: por que os direitos de autor podem sofrer essa adaptação, a fim de abrangerem também as pessoas jurídicas, e o mesmo não pode ocorrer com os direitos da personalidade, conforme insistentemente defendido até esse momento? A resposta é de caráter axiológico, mas não se restringe a isso. Conforme tratado nos Capítulos 2 e 3, os direitos da personalidade possuem caráter extrapatrimonial e estão relacionados a aspectos fundamentais da pessoa humana, constituindo a manifestação, dentro da esfera jurídica, de uma sociedade que posiciona a dignidade humana como seu fundamento máximo. Os direitos de autor, ainda que sejam uma manifestação do indivíduo em certos substratos artísticos, têm também um caráter patrimonial (econômico) e constituem, inclusive, uma atividade que pode ser bastante lucrativa. Quando se conferem direitos autorais à pessoa jurídica, está-se criando uma situação para que haja interesse desses entes em desenvolver certa atividade, muito difícil de ser alcançada de outro modo. Se a pessoa jurídica não puder ser considerada titular da obra, jamais empreenderá esforços em realizá-la, pois disso não retirará o devido proveito. Trata-se, assim, de uma questão instrumental, para a viabilização da obra coletiva, como também lembra Antonio Carlos Morato.⁷⁵³ O mesmo não ocorre com os supostos direitos da personalidade da pessoa jurídica, que, conforme mencionado nos itens anteriores, são protegidos por normas específicas do ordenamento, não havendo necessidade de se valer da cláusula geral de personalidade (e dos direitos da personalidade individualmente considerados) para este escopo.

Na mesma toada, cabe dissipar o equívoco de se equiparar o fato de se poder ser autor de obra com o de ser autor de infrações penais e, portanto, ser criminalmente imputável, pois se trata de situações diferentes. De fato, atualmente, ambas as situações são admissíveis, mas por razões completamente distintas. Trata-se desse assunto, pois era bastante comum o entendimento de que a pessoa jurídica não podia ser autora de uma obra, assim como não podia ser autora de um crime. Ocorre que essa aproximação, antes mesmo

⁷⁵² MORATO, Antonio Carlos. *Direito de autor em obra coletiva*, p. 39.

⁷⁵³ MORATO, Antonio Carlos. *Direito de autor em obra coletiva*, p. 57: “levar a extremos a proteção a participações individuais pode dificultar seu objetivo maior, justamente o de divulgar a obra coletiva, já que a pessoa jurídica (...) não tem o direito moral de inédito ou de arrependimento da mesma maneira que a pessoa física”.

do desenvolvimento atual dos direitos autoral e penal, já era questionada por diversos autores porque, historicamente, era praticada a condenação de pessoas jurídicas (de direito público), como cidades, por exemplo, que eram excomungadas e afastadas da comunidade religiosa, o que somente veio a cessar no final da Idade Média.⁷⁵⁴ Por sua vez, atualmente a legislação brasileira autoriza a responsabilização penal dos entes coletivos, conforme se depreende do art. 3º da Lei n. 9.605/98, já lembrada por Antonio Carlos Morato, referente a crimes contra o meio ambiente. Assim, o argumento aparentemente se encontra enfraquecido, já que, se pessoas coletivas podem cometer crimes, então certamente poderiam ser autoras e detentoras de direitos autorais, o que somente é verdadeiro com relação à conclusão, mas não à motivação.

Ademais, não se poderia, jamais, aproximar a questão da responsabilidade penal aos supostos direitos da personalidade da pessoa jurídica, pois têm escopo diverso e partem de pressuposto valorativo completamente distinto. A responsabilidade penal das pessoas jurídicas se faz necessária porque a empresa, nos tempos atuais, tem se tornado a grande perpetradora de ilícitos, especialmente em face do meio ambiente. Nesse sentido, posiciona-se Sérgio Salomão Shecaira:

“(...) a empresa não é só expressão de uma realidade social, como se racionaliza através de um conceito de manifesto valor instrumental. A empresa é, assim, um dos nódulos essenciais do modo de ser das comunidades das atuais sociedades pós-industriais. Ela não é o lugar onde ou por onde a criminalidade econômica se desencadeia; é, sim, o *topos* de onde a criminalidade econômica pode advir. Portanto, tal concepção das coisas leva que a empresa possa apresentar-se como um verdadeiro centro gerador de imputação penal”.⁷⁵⁵

Enquanto não se elaborou a responsabilização penal desses entes, as pessoas jurídicas acabavam por ser utilizadas para acobertar toda a sorte de delitos econômicos, o que resultava, tão somente, na punição de prepostos – que cometeram materialmente os atos criminosos –, e não dos verdadeiros ofensores, que são os sócios e administradores da empresa. Para alcançar as pessoas físicas que efetivamente se utilizam da estrutura corporativa para cometer crimes, foi necessário responsabilizar criminalmente a pessoa jurídica. Assim, sua responsabilização é uma necessidade, e não a constatação de que pessoas jurídicas podem realizar atos lesivos concretos.

⁷⁵⁴ FERRARA, Francesco. *Le persone giuridiche*, p. 343. Em resposta a essa afirmação, Savigny esclarece que as punições tinham um caráter muito mais político do que criminal. Como exemplo, fornece a cidade de Cápuia, que desertou de Roma durante a Segunda Guerra Púnica. Após a reconquista, os principais cidadãos de Cápuia foram executados e a própria cidade foi privada de qualquer constituição municipal (SAVIGNY, Friedrich Karl von. *System of modern roman law*, v. 2, p. 239-240).

⁷⁵⁵ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, XXIV (Introdução).

Em conclusão, e voltando-se para os direitos morais de autor, estes, dentro da categoria de direitos da personalidade, estão relacionados com a capacidade de expressão criativa e artística do sujeito, o que somente pode se verificar em relação às pessoas físicas. Isso não significa, porém, que as pessoas jurídicas não possam ser autoras de obras dotadas de menor expressão imaginativa, como as coletâneas. O direito à paternidade da obra, ao contrário do que normalmente se afirma, não se trata de direito da personalidade, mas sim de pressuposto para o exercício do direito do autor. Não existe a autoria sem o direito à paternidade, motivo pelo qual não se pretende negar à pessoa jurídica o direito à paternidade da obra, mas tão somente destacar que este não se trata de um direito da personalidade, mas sim um direito pessoal, essencial para que esta tenha interesse em investir em pesquisa, contratação de pessoal e todo o mais que requeira a produção da obra final, como qualquer outra atividade empreendedora.

5.7 A proteção da marca

De todos os exemplos que usualmente se trazem sobre direitos da personalidade da pessoa jurídica, a marca – também chamada de marca de indústria ou marca industrial⁷⁵⁶ – é o mais desconexo, eis que se trata de uma espécie de propriedade intelectual,⁷⁵⁷ não podendo consistir em direito da personalidade. Contudo, outras considerações devem ser feitas sobre o assunto, pois este não é o único equívoco cometido pelos estudiosos que vislumbram a marca como um direito de personalidade da pessoa jurídica.

Passar-se-á, assim, para melhor explanação, à individualização do instituto. De acordo com Carvalho de Mendonça, as marcas “consistem em sinais gráficos ou figurativos, destinados a individualizar os produtos de uma empresa industrial ou as

⁷⁵⁶ De acordo com a Lei n. 9.279, de 14 de maio de 1996, as marcas são divididas em três espécies: marca de produto ou serviço, marca de certificação e marca coletiva (art. 123). No entanto, os termos que predominam na doutrina são os ora expostos e, por vezes, marca registrada. Waldemar Ferreira indica a preferência por uma divisão tripartida em: marca de indústria, reservada ao fabricante, industrial, agricultor ou artesão; marca de comércio, destinada ao empresário que pretende assinalar as mercadorias do seu negócio, fabricadas por outra pessoa; e marca de agricultura, vez que o agricultor também pode colocar marca em produtos por ele cultivados (FERREIRA, Waldemar. *Tratado de direito comercial*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1962. v. 6, p. 264).

⁷⁵⁷ Propriedade industrial consiste nos direitos resultantes das concepções da inteligência humana que se manifestam ou produzem no campo produtivo industrial. Dentro dela se incluem as invenções industriais, os modelos de utilidade, os desenhos e modelos industriais.

mercadorias postas à venda em uma casa de negócio, dando a conhecer a sua origem ou providência, e atestando a atividade e o trabalho de que são o resultado”.⁷⁵⁸

João da Gama Cerqueira segue na mesma toada e a identifica como: “todo sinal distintivo aposto facultativamente aos produtos e artigos das indústrias em geral para identificá-los de outros idênticos ou semelhantes de origem diversa”.⁷⁵⁹

O termo sinal distintivo é utilizado de forma a conferir a maior amplitude possível à definição, já que a marca pode ser criada a partir de inúmeras formas e estilos gráficos. No que tange ao termo “artigo das indústrias em geral”, há que se entender que abrangem também sinais apostos por comerciantes e outros tipos de intermediários responsáveis pela negociação de mercadorias junto ao público.

As marcas podem ser identificadas já no período da Antiguidade,⁷⁶⁰ porém apenas passaram a se revestir do conteúdo econômico que hoje se lhes empresta durante a Idade Média,⁷⁶¹ período em que a aposição de marcas de fábricas em certos produtos era até mesmo obrigatória. A matéria já tinha tanta relevância neste período que o glosador Bártolo de Sassoferrato, em 1550, redigiu um tratado sobre marcas, denominado *De insignis et armis*.⁷⁶²

A marca tem por escopo a diferenciação de produtos e mercadorias, o que é essencial no campo concorrencial. De fato, o empresário empreende grandes esforços para conquistar a preferência dos consumidores e manter uma boa reputação. Justamente por isso é de máxima relevância que tais consumidores saibam identificar o seu produto e não o confundam com outros semelhantes.

Nesse sentido, salienta Waldemar Ferreira:

“Para o proprietário, ela funciona como garantia de seus produtos, se industrial, ou de seus artigos, se comerciante. Por via dela um e outro identificam as suas mercadorias, de modo que, em verdade, elas levam consigo, para o mercado, o sinal característico de sua identidade. Daí o papel econômico da marca de indústria ou de comércio. Por via dela, assegura-se o comerciante ou o industrial da intensidade e da largueza de sua penetração no campo de consumo”.⁷⁶³

⁷⁵⁸ CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. *Tratado de direito comercial brasileiro*, v. V, Livro III, p. 215.

⁷⁵⁹ CERQUEIRA, João da Gama. *Tratado da propriedade intelectual*. Rio de Janeiro: Forense, 1946. v. I, p. 365, Parte I.

⁷⁶⁰ FERREIRA, Waldemar. *Tratado de direito comercial*, p. 23.

⁷⁶¹ CERQUEIRA, João da Gama. *Tratado da propriedade intelectual*, p. 344.

⁷⁶² O trabalho é mencionado por João da Gama Cerqueira (*Tratado da propriedade intelectual*, p. 345).

⁷⁶³ FERREIRA, Waldemar. *Tratado de direito comercial*, p. 267.

Sua proteção intenta a defesa do empresário, e de seu estabelecimento, contra a concorrência desleal, bem como é um serviço de proteção ao consumidor, que tem o direito de saber exatamente qual o produto que está sendo consumido, e que poderia ser iludido em sua boa-fé, sendo exposto a um produto de má qualidade, ou, pelo menos, de características diferentes daquelas que se pretendiam.⁷⁶⁴ A proteção conferida pela lei⁷⁶⁵ visa à utilização exclusiva da marca e, por consequência, à repressão das contrafações.

As aplicabilidades das marcas se expandiram ao longo tempo, representando, de início, apenas a indicação ou a procedência dos produtos comercializados no mercado e, posteriormente, o caráter distintivo do produto com relação aos demais, o que se torna ainda mais importante com a generalização dos nomes fantasia e o investimento dedicado à publicidade. Como bem observa João da Gama Cerqueira, as marcas individualizam e qualificam o produto, assumindo sua força de expressão, pois marcam o produto como diferente de todos os demais semelhantes e que se encontram à disposição para aquisição.⁷⁶⁶

O direito sobre a marca é um direito de propriedade⁷⁶⁷ sobre coisa incorpórea, pois não se protege o substrato no qual se apõe a marca, mas sim a marca em si mesma, idealmente considerada. Essa propriedade advém da concepção natural de que o homem pode usufruir do fruto do seu trabalho, ocorrendo sua aquisição originária pela ocupação.⁷⁶⁸ Apesar de tal observação, o registro da marca tem caráter constitutivo, nos termos do art. 129, da Lei de Propriedade Industrial,⁷⁶⁹ tendo em vista que, antes dele, o uso exclusivo da marca é privado de proteção.⁷⁷⁰

⁷⁶⁴ CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. *Tratado de direito comercial brasileiro*, p. 220. No mesmo sentido: FERREIRA, Waldemar. *Tratado de direito comercial*, p. 268.

⁷⁶⁵ A Lei que trata sobre a matéria é a Lei n. 9.279, de 14 de maio de 1996, e versa sobre os direitos e obrigações relativos à propriedade industrial.

⁷⁶⁶ CERQUEIRA, João da Gama. *Tratado da propriedade industrial*, p. 348.

⁷⁶⁷ João da Gama Cerqueira, em seu *Tratado da propriedade industrial*, relata a oposição existente à consideração da marca como direito de propriedade, salientando, inclusive, existir corrente doutrinária que a identificava como direito da personalidade do empresário (p. 359). Como, contudo, esta corrente se encontra já superada, optou-se por concentrar o trabalho nas questões mais importantes e que ainda geram questionamentos.

⁷⁶⁸ CERQUEIRA, João da Gama. *Tratado da propriedade industrial*, p. 353.

⁷⁶⁹ A mencionada norma possui a seguinte redação: “Art. 129. A propriedade da marca adquire-se pelo registro validamente expedido, conforme as disposições desta Lei, sendo assegurado ao titular seu uso exclusivo em todo o território nacional, observado quanto às marcas coletivas e de certificação o disposto nos arts. 147 e 148.

§ 1º Toda pessoa que, de boa-fé, na data da prioridade ou depósito, usava no País, há pelo menos 6 (seis) meses, marca idêntica ou semelhante, para distinguir ou certificar produto ou serviço idêntico, semelhante ou afim, terá direito de precedência ao registro.

§ 2º O direito de precedência somente poderá ser cedido juntamente com o negócio da empresa, ou parte deste, que tenha direta relação com o uso da marca, por alienação ou arrendamento”.

⁷⁷⁰ REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*, p. 247.

A marca não se confunde com o nome empresarial, tendo em vista que este último visa identificar a empresa ou empresário, ao passo que a marca se destina a distinguir o produto ou serviço. O nome empresarial, como estudado no item 5.2, é tão somente a designação pela qual a empresa ou empresário desenvolvem sua atividade, não tendo qualquer relação com o bem por eles comercializado.

A marca, para que possa ser objeto de proteção, deve ter algumas características: cunho distintivo, novidade, veracidade e caráter lícito.⁷⁷¹

O cunho distinto refere-se à capacidade de diferenciação com relação às demais marcas existentes no mercado,⁷⁷² e leva, naturalmente, à segunda característica, a da novidade (ou originalidade), já que essa implica justamente no fato de a marca ter um sinal distintivo diferente do das demais, ou seja, não se admite que este seja utilizado por mais ninguém, ressalvando-se casos de abandono devidamente comprovado.⁷⁷³

Com isso, impede-se que a marca seja utilizada de maneira fraudulenta, induzindo os consumidores a erro acerca do que estão adquirindo. A marca, contudo, não precisa ser completamente original; na verdade, o que se busca é uma organização inédita dos elementos, admitindo-se, inclusive, eventuais coincidências, desde que os produtos sejam de áreas distintas (princípio da especialidade) e não gerem dúvida ao consumidor.⁷⁷⁴

Nesse sentido, dispõe o art. 124, nos incisos XIX e XXIII, da Lei n. 9.279/96, a seguir reproduzidos:

“Art. 124. Não são registráveis como marca: (...)

XIX – reprodução ou imitação, no todo ou em parte, ainda que com acréscimo, de marca alheia registrada, para distinguir ou certificar produto ou serviço idêntico, semelhante ou afim, suscetível de causar confusão ou associação com marca alheia. (...)

XXIII – sinal que imite ou reproduza, no todo ou em parte, marca que o requerente evidentemente não poderia desconhecer em razão de sua atividade, cujo titular seja sediado ou domiciliado em território nacional ou em país com o qual o Brasil mantenha acordo ou assegure reciprocidade de tratamento, se a marca se destinar a distinguir produto ou serviço idêntico, semelhante ou afim, suscetível de causar confusão ou associação com aquela marca alheia”.

⁷⁷¹ CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. *Tratado de direito comercial brasileiro*, p. 265. CERQUEIRA, João da Gama. *Tratado da propriedade industrial*, p. 369.

⁷⁷² FERREIRA, Waldemar. *Tratado de direito comercial*, p. 270: “O objetivo da marca é o assinalamento de produtos ou de mercadorias, a fim de distinguirem-se de outros do mesmo gênero ou categoria. Destina-se a evitar confronto entre artigos similares. Não tem outro escopo”.

⁷⁷³ CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. *Tratado de direito comercial brasileiro*, p. 265.

⁷⁷⁴ FERREIRA, Waldemar. *Tratado de direito comercial*, p. 272. No mesmo sentido: CERQUEIRA, João da Gama. *Tratado da propriedade industrial*, p. 370-372. O autor em comentário ressalta, com razão, que o princípio da especialidade deve ser analisado caso a caso, sempre levando em consideração a perspectiva do destinatário final do produto, que deverá ser capaz de distinguir as marcas, e não ser levado a pensar que se trata do mesmo fabricante.

A veracidade está relacionada à necessidade de manutenção de coerência da marca com características básicas do produto ou serviço. As marcas podem utilizar nomes fantasia, logotipos, entre outros componentes de arte visual, mas não se admite que tais expedientes induzam quem os vê a erro sobre a origem ou a qualidade dos produtos que estão sendo comercializados. Dessa forma, as marcas não podem conter indicações contrárias à verdade, como informações incorretas acerca da origem ou da qualidade da mercadoria ou serviço, conforme determinado pelo inciso X, do art. 124, da Lei n. 9.279/96.

Finalmente, é necessário que a marca tenha caráter lícito, o que é bastante evidente em razão da construção do ordenamento jurídico pátrio. Reforçando tal ensinamento, verifique-se o conteúdo do inciso III, do art. 124, do Diploma Legal supramencionado, que não admite o registro de marcas que contenham sinal contrário à moral, aos bons costumes, que ofendam a honra, ou ainda que representem atentado à “liberdade de consciência, crença, culto religioso ou ideia e sentimento dignos de respeito e veneração”.

As informações delineadas *supra* tiveram como propósito demonstrar que a marca não tem qualquer relação com o direito à identificação pessoal (nome, imagem, entre outros), mas sim à identificação de produtos e serviços a fim de evitar concorrência desleal e eventuais prejuízos patrimoniais à pessoa jurídica que dela seja detentora. Tanto isso é verdade que a maior parte dos grandes empreendedores não registra apenas as marcas que utiliza, mas também as chamadas *marcas de defesa*, que são marcas parecidas com aquela por eles utilizada, a fim de impedir que outras empresas a utilizem e registrem para produtos semelhantes. Evidente, portanto, o caráter eminentemente patrimonial da marca, que não se coaduna com características mínimas dos direitos da personalidade. Ademais, existe também o registro de marcas de reserva, que podem, ou não, vir a ser utilizadas posteriormente para fins de publicidade, ou para novos produtos ou serviços. Esta estratégia também é utilizada por empresas estrangeiras que, antes mesmo de passarem a negociar em certos países, já fazem o registro de suas próprias marcas, a fim de que não sejam utilizadas por empresas locais.⁷⁷⁵

⁷⁷⁵ Evidentemente, tais empresas deverão observar o prazo de caducidade previsto pela Lei n. 9.279/96, em caso de não utilização da marca no país por período superior a cinco anos (art. 143).

5.8 Os danos institucionais

Os danos institucionais são definidos por Gustavo Tepedino como “aqueles que, diferentemente dos danos patrimoniais ou morais, atingem a pessoa jurídica em sua credibilidade ou reputação, sendo extrapatrimoniais, posto informados pelos princípios norteadores da iniciativa econômica privada”. Os danos institucionais são exclusivos das pessoas jurídicas sem fins lucrativos.⁷⁷⁶

Não há muito escrito sobre o tema, tendo em vista a grande aceitação, por parte da doutrina e da jurisprudência, dos danos morais da pessoa jurídica. Sendo assim, não parece haver interesse em buscar outra fundamentação para direito de reparação que já se encontra consagrado. Despiciendo rememorar aqui as razões pelas quais se entende que tal posicionamento é equivocado.

Os danos institucionais, segundo o entendimento esposado, e de modo coerente com todas as explanações anteriores, somente poderiam ser caracterizados se preenchidas as seguintes condições: a) não se tratar de pessoa jurídica com fins lucrativos; b) sendo um ente coletivo sem fins lucrativos, a lesão não pode ter gerado danos patrimoniais reflexos, como perda de arrecadação e doações; c) a lesão deve ser propriamente voltada ao ente coletivo, e não à sua administração ou a dirigentes; e d) há que se tomar o máximo cuidado para não entender como dano institucional eventuais danos morais coletivos. Passar-se-á a tratar cada uma das condições separadamente.

Com relação às pessoas jurídicas com fins lucrativos, já se esclareceu, inclusive com muita insistência, que o abalo à credibilidade e outros elementos imateriais leva invariavelmente ao prejuízo patrimonial, seja na modalidade de lucros cessantes, ou mesmo perda de uma chance.⁷⁷⁷ A dificuldade na apreciação do dano patrimonial não pode implicar em sua consideração como dano moral. Melhor alternativa seria a diminuição do rigor com que os tribunais avaliam os danos patrimoniais do que tomá-los por outra nomenclatura.

Com relação aos entes sem fins lucrativos, já se salientou que, mesmos nesses casos, o abalo ao prestígio, na maior parte das vezes, representa um prejuízo patrimonial,

⁷⁷⁶ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*, p. 57.

⁷⁷⁷ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, p. 138: “Não há dúvida de que a maioria das hipóteses de danos indenizáveis pretendidos por pessoas jurídicas pode ser facilmente enquadrada na categoria dos danos materiais, traduzidos em uma diminuição de seus resultados econômicos”.

com a perda de associados e a diminuição da doação de contribuintes para causas beneficentes. Somente por exclusão, ou seja, quando não se verificasse qualquer perda econômica, nem mesmo reflexa, é que se poderia admitir eventual dano institucional. E, ainda assim, há mais dois requisitos.

Passando-se ao item “c”, em que se mencionou a necessidade de que as ofensas sejam direcionadas efetivamente ao ente coletivo, e não à sua administração ou a diretores, há que se verificar que, inúmeras vezes, o dano é direcionado a pessoas específicas, e não propriamente à pessoa jurídica. Não é incomum que dirigentes tenham suas gestões sob escrutínio público e aleguem que as pessoas jurídicas para a qual trabalham estão sendo ofendidas, o que, em verdade, não aconteceu. Na maior parte dos casos, as alegações de corrupção e de má gestão de recursos estão inseridas nessa categoria.

No que diz respeito aos danos coletivos, é necessário trazer um exemplo concreto para ilustrar a situação e demonstrar que, muitas vezes, não há dano moral da pessoa jurídica, ou mesmo dano institucional, mas sim dano perpetrado a uma coletividade.

O Sindicato Médico do Rio Grande do Sul conduziu ruidosa campanha publicitária em hospitais públicos do Estado pela qual pretendia denunciar à população a realização de partos naturais por enfermeiros. Dessa forma, muitas faixas e cartazes foram afixados com os seguintes dizeres ou outros semelhantes:

“O Movimento de Donas de Casa e Consumidores do RS e do SIMERS alertam: No Hospital Conceição, partos estão sendo feitos por enfermeiras. Sindicato Médico do Rio Grande do Sul. A verdade faz bem à saúde”.

O conteúdo das “advertências”, somado às representações gráficas, parecia denotar que tais ocorrências seriam ilícitas e representariam riscos às gestantes.

Contudo, em conformidade com os arts. 6º e 11, parágrafo único, da Lei n. 7.498, de 25.06.86, norma regulamentadora da profissão de enfermagem, há autorização expressa para que o enfermeiro “titular do diploma ou certificado de obstetriz, ou de enfermeira obstétrica, conferidos nos termos da lei” possa “assistir ao parto normal podendo realizar a episiotomia,⁷⁷⁸ episiorrafia”,⁷⁷⁹ além de aplicação de anestesia local, quando necessária. Tais procedimentos, tomados em conjunto, autorizam a realização do parto normal por enfermeiros.

⁷⁷⁸ Episiotomia é uma incisão efetuada na região do períneo para ampliar o canal de parto e prevenir que ocorra um rasgamento irregular durante a passagem do bebê.

⁷⁷⁹ Episiorrafia é a sutura da incisão efetuada na região do períneo para ampliar o canal de parto, sutura de um períneo lacerado.

Em razão da mencionada publicidade, o Conselho Regional de Enfermagem do Rio Grande do Sul – COREN ingressou com ação de indenização por danos morais (cumulada com pedido de antecipação de tutela para a retirada da publicidade) em face do Sindicato dos Médicos do Rio Grande do Sul, com fundamento na ofensa aos profissionais de enfermagem, dando origem à jurisprudência a seguir analisada.⁷⁸⁰

Inferre-se do acórdão, ainda que não se tenha tido acesso à integralidade do processo, que, na exordial, o Conselho Regional de Enfermagem buscava a indenização de uma coletividade de pessoas – a categoria profissional dos enfermeiros. Trata-se, portanto, de dano coletivo.⁷⁸¹

Tal fundamentação, contudo, acabou sendo deslocada para a reparação do dano moral da pessoa jurídica, a partir de uma sugestão da Procuradoria Regional da República, já que a ação foi julgada improcedente em Primeira Instância, e procurava-se um argumento já consolidado pela jurisprudência para alterar a decisão e conceder a reparação do prejuízo.

Nesse sentido, analise-se o mencionado parecer, cujo excerto relevante segue transcrito:

“(…) Sustentou o SIMERS em seu recurso de apelação a ilegitimidade ativa do COREN/RS para postular, em nome próprio, dano moral sofrido por profissionais da categoria que representa. No entanto, o COREN/RS, na qualidade de autarquia federal, com personalidade jurídica própria, também está sujeito ao abalo moral, sendo passível de recebimento de indenização pelo dano sofrido. (...) No caso em exame, apesar de o COREN/RS ter sustentado que as mensagens veiculadas conteriam teor ofensivo à reputação dos profissionais de enfermagem, é de concluir-se que ao próprio conselho seria estendido o dano moral ocorrido, uma vez que colocaria em dúvida a regularidade de sua atuação, na medida em que teria deixado de atuar devidamente na fiscalização das atividades da categoria profissional em questão”.

A partir da prolatação desse parecer, o Relator Des. Flores Lenz deu parcial provimento ao recurso para condenar o Sindicato a uma indenização de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) em benefício do Conselho de Enfermagem.

⁷⁸⁰ TRF 4ª Região, 3ª Turma, Embargos de Declaração em Apelação Cível e Apelação Cível n. 2005.71.00.017072-2/RS, Rel. Des. Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, j. 04.11.2008, v.u.

⁷⁸¹ Definido por Flávio Tartuce como “o dano que atinge, ao mesmo tempo, vários direitos da personalidade, de pessoas determinadas ou determináveis” (*Direito Civil*. v. 2: Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil. 5. ed. São Paulo: Método, 2010, p. 426). Enquadra-se nessa categoria, por exemplo, o caso das pílulas de farinha, que geraram gravidez indesejada em várias consumidoras (STJ, 3. T., REsp 866.636. Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 29.11.2007. v.u.), bem como danos ao meio ambiente. Tratando sobre a tendência de reparação de danos transindividuais, verifiquem-se: NORONHA, Fernando. Desenvolvimentos contemporâneos da responsabilidade civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 88, n. 761, p. 31-44, mar. 1999. p. 39; e OLIVEIRA, Alfredo Emanuel Farias de. *O fundamento dos direitos da personalidade*, p. 72.

A decisão chama bastante atenção por abranger os principais elementos presentes em todas as decisões em que ocorre a concessão de indenização por danos morais à pessoa jurídica. De início, verifica-se, dentro do caso concreto, que certo senso de justiça indica fazer o litigante jus à indenização, mas há algum entrave ou obstáculo importante para a prolatação da decisão. No caso em tela, a questão de se tratar de dano coletivo já encerra inúmeras controvérsias, o que se agrava quando se analisam danos morais. Mesmo que superada a questão da ilegitimidade ativa de parte (conforme tratada em contestação), como conceder essa indenização por danos morais à coletividade? Ela deve ser destinada proporcionalmente a cada um dos enfermeiros abrangidos pela entidade? Deve ser atribuída exclusivamente à entidade? Deve ser encaminhada a um Fundo?

Em um segundo momento, surge a apresentação de uma tese jurídica, já consolidada pela jurisprudência, para que a ação possa ser julgada procedente. Os danos morais da pessoa jurídica são excelentes para essa finalidade, já que podem ser arbitrados livremente pelo magistrado e contam com entendimento sumulado que os autoriza. Com isso, chega-se a uma resolução satisfatória da controvérsia.

O problema de escolhas semelhantes é que, mesmo que obtenham bons resultados, ou seja, estejam no caminho do chamado bom direito, são falhas no que tange aos fundamentos jurídicos. O caso em comento é emblemático: a hipótese é claramente de dano coletivo, a litigante pretende a indenização de dano coletivo, mas o julgador confere danos morais à própria pessoa jurídica, e não àqueles por ela representados.

Não se pode negar, contudo, que há casos em que os danos institucionais são inafastáveis. Andrea Zoppini menciona, em seu trabalho *I diritti della personalità delle persone giuridiche (e dei gruppi organizzati)*, um caso jurisprudencial em que poderia ter sido aplicada uma indenização para esse tipo de dano: uma associação não reconhecida judicialmente, chamada “Telefone amigo” (*Telefono amico*, em italiano) pleiteia que certa empresa seja proibida de utilizar a denominação “Voz amiga” (*Voce amica*, em italiano), sob o argumento de que o nome da associação *Telefono amico* tinha adquirido um valor de identificação do ente, que desenvolve atividade assistencial psicológica pelo telefone, ao passo que a outra empresa – *Voce amica* – disponibilizava serviço telefônico de conteúdo erótico.⁷⁸² Nesse hipotético caso, o pleito era a condenação da ré em uma obrigação de não fazer para que não houvesse coincidência entre os nomes das pessoas jurídicas, mas, sendo

⁷⁸² ZOPPINI, Andrea. *I diritti della personalità delle persone giuridiche (e dei gruppi organizzati)*. Disponível em: <http://www.andreazoppini.it/pdf/zoppini_4.pdf>. Acesso em: 11 jun. 2014.

pleiteado o pagamento de uma indenização, esta poderia ter sido concedida a título de danos institucionais.

Em conclusão, ainda que se admita a possível existência de danos institucionais, estes somente podem ser admitidos em hipóteses extremamente raras, por exclusão de todas as outras situações supramencionadas.

CONCLUSÃO

As considerações formuladas ao longo do trabalho corroboraram a importância da reanálise dos pretensos direitos da personalidade da pessoa jurídica de direito privado, de modo a indicar o equívoco de estender tais direitos a esses entes coletivos. Conforme salientado, a despeito de se tratar de tema que recebeu inúmeros trabalhos científicos, remanesce o interesse em seu estudo, a fim de dissipar diversas incongruências e entendimentos equivocados, ainda que consolidados pela doutrina e pela jurisprudência. Reproduzem-se, a seguir, as principais conclusões alcançadas neste estudo:

1. O termo “pessoa” originalmente foi cunhado para designar a pessoa natural, mas, posteriormente, passou a significar todo ser suscetível de aquisição de direitos e deveres, de modo a incluir, igualmente, a pessoa jurídica. Tendo em vista que a categoria jurídica de pessoa adquiriu este significado, verificou-se historicamente a exclusão de certas pessoas naturais da categoria de pessoas, como os escravos. Para que ultraje semelhante jamais venha a suceder novamente, advoga-se no presente trabalho que a pessoa humana seja vislumbrada como um conceito preexistente ao Direito, não podendo ser reduzida a uma mera categoria formal. Trata-se de uma realidade substancial, o que a coloca em natural superioridade em relação às pessoas jurídicas, que são meramente uma realidade técnica.
2. A despeito da identificação feita por alguns autores no que tange à personalidade jurídica e à capacidade de direito, entende-se relevante proceder à diferença entre as duas noções. A personalidade jurídica é a aptidão para ser sujeito de direitos, ao passo que a capacidade de direito é a medida de tal aptidão, ou seja, sua quantificação. Rejeita-se, igualmente, a visão meramente positivista da personalidade, no sentido de que esta seria conferida arbitrariamente pelo ordenamento, e não uma característica natural de todas as pessoas humanas. A capacidade de direito é pertinente a todos os seres humanos como titulares de direitos e obrigações, ao passo que a capacidade de fato é afeita à realização de atos da vida civil, criando, modificando ou extinguindo relações.

3. O início da aquisição da personalidade jurídica também é matéria controversa, tendo sido adotado o posicionamento concepcionista, de modo a entender que esta se inicia com a concepção do indivíduo.
4. Acerca das diversas doutrinas que circundam os direitos subjetivos, abordaram-se a teoria da vontade, de Savigny e seus sucessores, que identificam estes direitos com a vontade juridicamente protegida; a teoria do interesse protegido, de Ihering, partidário de uma visão teleológica do direito e que defende serem os direitos subjetivos interesses juridicamente protegidos; as teorias mistas ou ecléticas, que mesclam os elementos vontade e interesse, ora privilegiando o primeiro deles, ora o segundo; a teoria de Jean Dabin, de *appartenance-maîtrise* (pertença-domínio); além das teorias negativistas de Léon Duguit e Hans Kelsen.
5. Esposou-se o entendimento de que a teoria de Jean Dabin é a que se encontra em melhores condições de explicar os direitos da personalidade, que são uma modalidade de direito subjetivo. Assim, defendeu-se que os direitos subjetivos são a possibilidade de exigir aquilo que as normas de direito atribuem a alguém como próprio. Os direitos subjetivos nada têm a ver com a vontade, tendo em vista que são também pertinentes àqueles que não tenham condições de expressá-la, e sequer tenham conhecimento dos direitos que possuem. Os interesses, por sua vez, são importantes, mas não essenciais para o conceito. Sendo assim, essa teoria é suficiente para responder às principais críticas formuladas às diversas outras estudadas no decorrer do Capítulo 1. A relação de pertença-domínio inclui também bens e valores essenciais à existência humana, ou seja, os direitos da personalidade, o que a tornou extremamente pertinente ao trabalho realizado.
6. As raízes dos direitos da personalidade foram buscadas junto ao direito romano, com o surgimento da *actio iniuriarum* voltada à defesa de ofensas físicas e morais, além de uma série de outros ilícitos, como a cobrança indevida de débitos. Foi trazida à discussão, igualmente, a atenuação ao rigor do tratamento destinado aos escravos durante as diversas fases do direito romano. Isso não significa, segundo o entendimento ora esposado, que os escravos possam ser considerados pessoas durante esse período, como afirmam diversos doutrinadores. Em verdade, o tratamento era de *res*, com algumas

particularidades, especialmente de vedação da manipulação da reprodução humana do modo como que se procedia com os animais.

7. Durante a Idade Média, destaca-se a influência do cristianismo, que ganhava força desde o período pós-clássico do direito romano. O cristianismo representa a superação da ideia da Antiguidade clássica de que o ser humano é um objeto do Estado, de modo a ser permitido que este lhe regulasse integralmente não somente a vida pública e social, mas também a privada. Promove-se, nesse momento, o reconhecimento da existência de uma personalidade individual do ser humano, que existe em qualquer pessoa. A base jurídica do cristianismo foi o direito natural, pois a transcendentalidade conferida à pessoa humana implicou no reconhecimento de direitos inatos, que posteriormente seriam chamados de direitos da personalidade. Não há que se entender, todavia, que o cristianismo estimulou ou promoveu medidas jurídicas de igualdade dos seres humanos. Em verdade, a Igreja referia-se apenas à igualdade perante Deus, havendo grande separação entre religião e Estado.
8. O direito natural se deve à filosofia humanista, que propicia o desenvolvimento do *ius in se ipsum*, um direito sobre si mesmo, que pode ser considerado um direito geral de personalidade em estado primitivo. O iluminismo levou à secularização e à racionalização dos direitos inatos, mas o triunfo do liberalismo apenas representou o reconhecimento de direitos subjetivos na dicotomia entre indivíduo e Estado.
9. No século XIX, ainda se observa a consagração de direitos da personalidade apenas na esfera pública, sendo característico o silêncio do Código Civil francês de 1804, que deu ênfase aos direitos patrimoniais. A Escola Histórica também representou um obstáculo ao desenvolvimento desses direitos, uma vez que Savigny era contrário à criação de uma categoria de direitos da personalidade, sob o argumento de que esses dizem respeito apenas a um reflexo do direito objetivo do qual se poderia retirar uma proteção jurídica. Seu posicionamento chegou a influenciar o Código Civil alemão (BGB) de 1900, no qual foi apenas previsto o direito ao nome. A despeito desse fato, a doutrina continuava avançando no estudo da matéria, verificando-se a apresentação de trabalhos relevantes sobre direitos da personalidade na Alemanha e sobre direitos autorais na França.

10. No século XX, dá-se a verdadeira eclosão dos direitos da personalidade, especialmente em virtude da jurisprudência. O direito geral de personalidade, ainda que inicialmente negado na Alemanha, acaba por ser finalmente aceito. Diversos outros países passam a aceitar a proteção desses direitos, dentro de situações específicas. Ganha destaque, igualmente, o Código Civil italiano de 1942, o precursor na codificação da matéria, que dedica diversos artigos a esses direitos e serve de inspiração a diversas legislações ao redor do mundo.
11. A última fase dos direitos da personalidade se dá com as duas Guerras Mundiais, quando se verifica a necessidade de garantia de direitos mínimos em nível internacional. Proliferam-se, então, as Declarações de Direitos, cujos preceitos vão sendo internalizados nas Constituições. A evolução da matéria coloca em relevo a necessidade de distinguir os direitos da personalidade, os direitos humanos e os direitos fundamentais. Ainda que todos tenham a mesma origem, seu âmbito de atuação é diverso. Os direitos humanos constam das Declarações de Direitos e não se restringem apenas àqueles inatos, essenciais e extrapatrimoniais, podendo incluir direitos patrimoniais, sociais, econômicos e de coletividades. A teoria das gerações dos direitos humanos demonstra perfeitamente essa ocorrência. Os direitos fundamentais são direitos humanos positivados nas Constituições, além daqueles nelas inseridos em decorrência de necessidades locais. Assim como os direitos humanos, também não se restringem a direitos inatos, essenciais e extrapatrimoniais.
12. A despeito da diferenciação estabelecida entre direitos fundamentais e direitos da personalidade, propugna-se pelo abandono da divisão rígida entre direitos públicos e direitos privados, de modo a propiciar que todos os direitos fundamentais do ser humano estejam aptos a vincular não apenas o Estado, mas também os particulares. Assim, busca-se o estudo conjunto dos direitos da personalidade e dos direitos fundamentais que digam respeito a direitos individuais com as características pertinentes ao da personalidade. Também estabelecendo uma relação entre as duas esferas, havendo conflitos entre direitos da personalidade, admite-se a aplicação da técnica de ponderação utilizada para a resolução de conflitos entre princípios. Destaque-se, em acréscimo, que os direitos da personalidade, na legislação brasileira, encontram-se previstos em cláusulas abertas, que possuem grande caráter principiológico.

13. O reconhecimento de um grande número de direitos é salutar e desejado, mas trouxe a inconveniência da banalização dos direitos da personalidade. Não há problema algum em expandir o rol de direitos da personalidade, desde que o crescimento não se dê na direção de direitos patrimoniais ou, então, daqueles que não são essenciais ao indivíduo. Nesse sentido, é edificante que se considerem direitos da personalidade, por exemplo, o direito de conhecer as próprias origens biológicas e o direito à adequação do sexo biológico e sexo civil à sexualidade psicológica. Desanimadora seria, contudo, a inclusão, entre os direitos da personalidade, daqueles pertinentes à propriedade ou à herança, assim como é desacertada, por exemplo, a abrangência da “honra objetiva” das pessoas jurídicas (na verdade, prestígio profissional), já que, em todos esses casos mencionados, o direito é de cunho predominantemente patrimonial, e não existencial.
14. Os direitos da personalidade não são uma categoria formal como qualquer outra, e decorrem da realidade ôntica do ser humano, além de resultarem da consagração de direitos à pessoa natural, e não aos entes coletivos. Tais direitos não se relacionam com a noção jurídica de pessoa, motivo pelo qual não podem ser entendidos como pertinentes a todos os tipos de pessoa, mas somente àquelas que possuem a substancialidade humana, em suas diversas fases de desenvolvimento.
15. Os direitos da personalidade são direitos que constituem o conteúdo mínimo da personalidade humana, correspondendo às faculdades normalmente exercitadas pelo homem, e que não demandam a positivação para que sejam protegidos.
16. São universais, inatos, vitalícios, necessários, essenciais, inerentes ao sujeito, absolutos, relativamente indisponíveis (o que envolve a intransmissibilidade, a irrenunciabilidade, a inalienabilidade, a impossibilidade de responder por execução e de serem constritos, e a imprescritibilidade) e extrapatrimoniais.
17. Com relação ao direito ao nome, há entendimento de que não são inatos, pois sua atribuição somente é realizada após o nascimento. No entanto, entende-se que não se deve confundir o direito de conferir um nome com o direito a receber e possuir um nome. O primeiro deles realmente não é um direito inato, ou da personalidade, mas sim um poder-dever que cabe aos pais ou guardiões do indivíduo. O direito a receber um nome, por sua vez, é um direito à individualização da pessoa, como primeiro elemento de sua identidade pessoal.

Esse direito é concomitante ao nascimento, pouco importando o momento em que o nome efetivamente será conferido. Trata-se, assim, segundo posicionamento ora defendido, de direito inato.

18. O direito moral de autor é mais complexo, já que, de fato, não se trata de um direito inato e depende da prévia elaboração de obra artística ou literária, o que não necessariamente se dará com todas as pessoas. Ocorre que o direito moral de autor não é sempre um direito de personalidade, somente podendo ser assim considerado com relação a pessoas naturais, e desde que represente a manifestação de sua liberdade intelectual e a expressão de seu espírito criador.
19. Predomina atualmente a teoria monista, que sustenta a existência de um direito geral da personalidade do qual decorrem todos os outros direitos, em oposição à teoria pluralista, que reconhece uma série de direitos da personalidade, cada um com sua existência distinta e particular. Sustenta-se a irrelevância da escolha de uma teoria ou outra, tendo em vista que, com frequência, figuram ao lado dos direitos típicos, cláusulas gerais para abranger situações inéditas e novas violações de direito, ainda não previstas pelo legislador. É este o modelo adotado pela legislação brasileira.
20. Sustentou-se que, entre os titulares de direitos da personalidade, figura a pessoa já falecida, com relação a certos direitos que continuam produzindo efeitos após a morte. A pessoa falecida tem interesses que lhe são próprios e que representam a continuação de suas aspirações em vida. A dignidade humana é peça central do ordenamento jurídico brasileiro e não se extingue com o término da vida. Segundo entendimento esposado, a preservação da dignidade das pessoas que já faleceram não diz respeito apenas a seus familiares, mas sim a todas as pessoas, vistas em sua condição de seres humanos.
21. A dignidade é o fundamento dos direitos da personalidade e dos direitos fundamentais, promovendo a integração das esferas pública e privada. Observa-se a tutela geral da personalidade a partir das normas do art. 5º, incisos V e X, da CF, e dos arts. 12, 21, 187, 927 e 944, do CC. Na Constituição Federal, foram tipificados o direito à vida e à integridade física, à honra, à imagem, à intimidade e ao direito de autor.
22. No Código Civil, alguns direitos da personalidade foram tipificados junto à parte geral. O art. 12 constitui a já mencionada cláusula geral de proteção de personalidade, determinando que todos os direitos da personalidade receberão

proteção judicial. O Código contém disposições equivocadas e outras mais condizentes com o atual estágio da matéria. Entre as primeiras, pode se mencionar o art. 20 que, ao tentar proteger a imagem, acaba por confundi-la com o direito à honra e à intimidade, comprometendo a autonomia entre os direitos já consagrada pela doutrina. Como exemplo de um modelo mais conveniente, reporte-se ao art. 21, que é uma cláusula aberta de proteção a vida privada, intimidade e sigilo e que fornece uma moldura flexível, idônea, a acolher uma série de situações fáticas diversas.

23. Os interesses humanos coletivos justificam o surgimento das pessoas jurídicas que, ao longo do tempo, vão atingindo configurações diferentes, inclusive para a admissão das fundações, formadas a partir de bens, bem como das sociedades unipessoais, que decorrem de uma única vontade.
24. As raízes históricas da pessoa jurídica podem ser encontradas no direito romano, mas será apenas o direito canônico que formulará uma teoria própria à matéria e promoverá a extensão do termo *persona* também aos entes coletivos. Durante a Idade Média, verifica-se o surgimento das sociedades personificadas, o que ocorre na propriedade de mão comum, em voga na Alemanha medieval, e, posteriormente, pelo desenvolvimento do comércio e da navegação.
25. Com relação à natureza jurídica da pessoa jurídica, foram abordadas as seguintes teorias: da ficção, da destinação dos interesses, as voluntaristas, as institucionalistas e a da realidade técnica. Defendeu-se a adequação desta última com relação às pessoas jurídicas de direito privado em razão dos inconvenientes encontrados nas demais.
26. A teoria da ficção deve ser rejeitada por conceder às pessoas jurídicas capacidade apenas relativa a aspectos patrimoniais e restrita aos entes coletivos de direito privado. Por falta de argumentos, afirma que o Estado se trata de um ente coletivo natural, que sempre existiu, o que é desmentido por estudos históricos relevantes.
27. A teoria da destinação dos interesses também deve ser refutada, tendo em vista que afirma que as pessoas coletivas são apenas um somatório dos interesses das pessoas físicas que as compõe, as quais seriam os verdadeiros sujeitos de direito. A doutrina em comento falha ao não conseguir explicar as fundações, que podem decorrer de um único interesse, e que têm permanência independentemente daquele que a fundou. Ademais a toda evidência, as pessoas

jurídicas têm interesses distintos e muitas vezes não coincidentes com as dos membros que as integram.

28. Reprováveis, do mesmo modo, as teorias voluntaristas e organicistas, que defendem a existência real da pessoa jurídica, de modo a poder ser comparada à pessoa humana de maneira fisiológica, corpórea e espiritual. Essas teorias são completamente fantasiosas, tendo em vista que não se sabe de onde a vontade real ou a existência orgânica advém. Os elementos metajurídicos trazidos para a análise não têm qualquer correspondência com a realidade da pessoa jurídica. Não bastasse isso, incorrem ainda na criticável assimilação da vontade a direitos subjetivos, quando já se comprovou, anteriormente, que a vontade não possui qualquer relação com esses direitos.
29. As teorias institucionalistas apenas conseguem explicar certos entes coletivos, como o Estado e os Sindicatos, mas falham no que tange a outras modalidades. Em conformidade com essa doutrina, as pessoas jurídicas são instituições com certo nível de organização, que decorrem de um poder exercido a partir do consentimento. As instituições demandam o poder organizado, uma ideia e a manifestação de comunhão, e formam-se com a internalização do poder organizado e das manifestações de comunhão dos membros do grupo. Essa incorporação conduz à personificação. Verifica-se, assim, que são absolutamente impróprias para explicar o surgimento das fundações, que podem decorrer da vontade de um único instituidor, bem como das sociedades unipessoais, que advém de uma única manifestação de vontade, não havendo que se falar em comunhão.
30. A teoria da realidade técnica sustenta que a realidade da pessoa jurídica não é idêntica à da pessoa jurídica, decorrendo, ao contrário, da contingência de ter de conceder a certos entes direitos subjetivos. É uma estratégia da qual se faz uso para agrupar e justificar certas necessidades encontradas no mundo fático. Não é uma ficção porque essas necessidades são verdadeiras, e não imaginárias, mas também não é a realidade pertinente às pessoas humanas, pois essas constituem realidades substanciais. Entende-se que esta é a teoria que melhor explica a natureza jurídica das pessoas jurídicas de direito privado, já que o direito não reconhece situações fictícias, mas sim aquelas que já configurem uma realidade no mundo fático. Essa realidade é verificada em sentido analógico, pela falta de substancialidade das pessoas jurídicas. A realidade técnica é proveitosa

inclusive a sociedades unipessoais e fundações, já que independe da constatação de agrupamentos humanos. Há entendimento predominante de que foi essa a teoria adotada pelo art. 45 do Código Civil.

31. Salientou-se, igualmente, que a escolha da teoria que explica a natureza jurídica das pessoas jurídicas não tem qualquer relação com o reconhecimento, ou não, de direitos da personalidade a essas pessoas, a menos que se adotasse a teoria da realidade objetiva ou orgânica. Com efeito, sendo uma realidade técnica, ou então uma ficção criada pelo ordenamento jurídico, é possível a concessão de certos direitos subjetivos gerais à pessoa jurídica, e a negativa de outros mais específicos, pertinentes aos entes substanciais. Assim, deixou-se claro que a presente tese não decorre da adoção da já ultrapassada teoria da ficção, mas sim da teoria da realidade técnica, que também autoriza a manutenção de uma esfera de direitos pertinentes apenas à pessoa humana.
32. O art. 52 do Código Civil tem sido interpretado como o respaldo ao entendimento já consolidado jurisprudencialmente de que as pessoas jurídicas possuem direitos da personalidade. Advoga-se aqui para sua interpretação simplesmente como a possibilidade de utilização dos meios de defesa previstos no art. 12 do diploma civil também para a pessoa jurídica, ou então que o dispositivo legal seja expurgado do ordenamento jurídico, tendo em vista a veemente discordância aqui expressa em relação ao entendimento predominante sobre o tema.
33. O nome empresarial não é um direito da personalidade, pois não tem por função a identificação pessoal, mas sim designação da pessoa jurídica na vida comercial, em relação ao mercado. O nome, assim, é um direito subjetivo pessoal, que pode ser protegido contra usurpação e ofensa de terceiros, mas que não é um direito da personalidade quando se refere a pessoas jurídicas. Uma das principais características dos direitos da personalidade, que é a perenidade, não se observa quanto ao nome comercial, que pode ser extinto a requerimento de qualquer interessado, quando cessarem as atividades para os quais foi estabelecido, ou em caso de liquidação da sociedade que o utilizava.
34. A pessoa jurídica não possui direito à honra, mesmo na sua acepção objetiva. A chamada honra da pessoa jurídica está relacionada à sua reputação junto à clientela, o que se preferiu chamar de prestígio técnico ou profissional. O prestígio profissional merece a tutela do ordenamento jurídico, mas sem a

desvirtuação do direito à honra, e sem que se aborde a matéria sob o viés dos direitos da personalidade. O ataque à suposta honra das pessoas jurídicas gera danos patrimoniais, e não morais. Esses danos frequentemente são de difícil avaliação, dado o rigor que se exige em sua comprovação, o que motivou a banalização das indenizações dos danos morais, arbitrados sem a observância de qualquer tipo de critério.

35. A pessoa jurídica também não tem direito à imagem. Como mencionado no transcórre do trabalho, o direito à imagem admite duas acepções: a imagem-retrato e a imagem-atributo. A imagem-retrato está relacionada às feições e à voz humana, e, sendo um atributo físico da personalidade, sequer pode ser cogitado com relação à pessoa jurídica. Com relação à imagem-atributo, esta se confunde com a honra, a qual também não é pertinente à pessoa jurídica, conforme salientado no item anterior.
36. O direito à intimidade é unicamente pertinente à pessoa humana, em qualquer um dos três círculos em que normalmente é dividido: vida privada, intimidade propriamente dita e sigilo. Quando se defende que a pessoa jurídica tem direito à intimidade, está se fazendo referência, na verdade, ao sigilo industrial ou comercial. Este tipo de sigilo não preserva a intimidade da pessoa jurídica – ele é essencial para o desenvolvimento dos negócios e para a proteção contra a concorrência desleal. O conteúdo patrimonial, portanto, é indiscutível. Não bastasse isso, o próprio direito de sigilo da pessoa jurídica tem sido colocado à prova com a tendência ora observada de transparência das empresas, o que implica na reivindicação social para divulgação de informações financeiras e comerciais de pessoas jurídicas. Como uma empresa, mesmo privada, tem a potencialidade de influenciar negativamente um grande número de pessoas, considera-se que esta possui uma função social. No que tange às pessoas jurídicas sem fins lucrativos, e as de direito público, com maior razão ainda se defende a completa abertura no que tange ao seu funcionamento. O sigilo das informações das pessoas jurídicas, portanto, não poderia estar mais distante da essência dos direitos da personalidade.
37. As pessoas jurídicas podem ser consideradas autoras de obras, especialmente porque esta postura é necessária para propiciar o desenvolvimento de trabalhos coletivos. É, evidentemente, um tipo diferente de autoria, que tem menor componente criativo e maior conteúdo organizativo e empresarial, sendo

chamada por Antonio Carlos Morato de autoria objetiva.⁷⁸³ Podendo ser autoras de obras, é natural que lhe sejam atribuídos os chamados direitos morais de autor, que são tradicionalmente considerados direitos da personalidade, e esse é o ponto que deve ser desmistificado. Nem todo o rol desses direitos, previstos no art. 24 da Lei n. 9.610/98, é verdadeiramente de direitos da personalidade. Alguns deles são essenciais para a própria existência dos direitos de autor, como o direito à paternidade da obra, não tendo relação com direitos da personalidade pertinentes ao criador intelectual dos trabalhos. O direito à paternidade é uma relação do autor com a própria obra, não havendo direito de autor sem o reconhecimento da paternidade. O direito moral de autor somente pode ser considerado direito da personalidade quando há desenvolvimento de atividade criativa e quando a obra constitui uma plataforma para a expressão artística individual, o que acontece apenas com a pessoa natural, consoante redação do art. 17 da mencionada Lei. Dessa forma, a pessoa jurídica pode ser autora, e tem reconhecido o direito à paternidade da obra. Contudo, no que tange à sua pessoa, os chamados direitos morais de autor não são direitos da personalidade, mas apenas direitos essenciais para a defesa e obtenção do proveito da obra por ela incentivada e gerenciada.

38. A marca de indústria não constitui um direito da personalidade, pois, em verdade, é uma espécie de propriedade intelectual, que tem por escopo a diferenciação de produtos e mercadorias. A marca defende o empresário e seu estabelecimento contra a concorrência desleal, assim como protege o consumidor, que tem os meios necessários para identificar exatamente o que está consumindo. A proteção conferida pela Lei n. 9.279/96 visa à utilização exclusiva da marca e à repressão das contrafações. Dessa forma, a marca não tem qualquer relação com o direito à identificação pessoal, mas sim ao reconhecimento de produtos e serviços, o que, novamente, está umbilicalmente relacionado a interesses patrimoniais.
39. Os direitos supramencionados são tradicionalmente invocados, em juízo, por pessoas jurídicas empresárias. Com relação às pessoas jurídicas sem fins lucrativos, podem ser verificados os chamados danos institucionais, que se referem à lesão da credibilidade ou reputação desses entes, não se enquadrando

⁷⁸³ MORATO, Antonio Carlos. *Direito de autor em obra coletiva*, p. 69.

entre os danos patrimoniais nem entre os extrapatrimoniais. A categoria em comento pode ser aceita e mostra-se pertinente desde que observadas as seguintes restrições: a) pessoa jurídica necessariamente sem fins lucrativos; b) a lesão não ter gerado danos patrimoniais reflexos, como perda de arrecadação e doações; c) a ofensa voltada diretamente à instituição, e não a dirigentes e membros de conselho; d) a afronta não pode constituir dano moral coletivo. Por decorrência, os danos institucionais somente poderão ser conferidos em hipóteses extraordinárias, por exclusão.

40. Finalmente, há que se manter a fidelidade axiológica aos institutos. Como bem salienta J. Lamartine Corrêa de Oliveira, a ordem jurídica só tem sentido quando orientada para certos valores que lhe justificam.⁷⁸⁴ Esses valores visam à preservação da dignidade humana, dos direitos fundamentais do homem e de sua igualdade. A pessoa jurídica é uma realidade accidental subordinada a esses valores do ordenamento jurídico, e que existe para atingir determinadas finalidades, consideradas humanas e socialmente relevantes. A pessoa jurídica é uma realidade técnica, e não orgânica, que desenvolve atividades produtivas impossíveis de serem obtidas de maneira isolada por um ser humano, limita riscos empresariais (o que explica a personificação das empresas unipessoais) e que facilita o agrupamento de pessoas para fins religiosos, políticos e educacionais e outros interesses produtivos. Carecendo de substancialidade, não pode ser titular dos especialíssimos direitos da personalidade.

⁷⁸⁴ OLIVEIRA, J. Lamartine Corrêa de. *A dupla crise da pessoa jurídica*, p. 608.

REFERÊNCIAS

- ALESSI, Renato. *Diritto amministrativo*. Milano: Giuffrè, 1949.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. *A pessoa jurídica e os direitos da personalidade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- AMARAL, Francisco. *Direito civil – introdução*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- ARENAS, Ana Laura Cabezuolo. *Derecho a la intimidad*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. Pessoa, direitos fundamentais e direito da personalidade. *Revista Mestrado em Direito*, Osasco, ano 6, n. 1, p. 145-168, 2006. Disponível em: <http://www.estig.ipbeja.pt/nac_direito/OAPessoa.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2014.
- ASSUNÇÃO, Alexandre Guedes A. et al. *Código Civil comentado*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira. *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 3-24.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira. Crítica à parte geral do projeto de Código Civil. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira. *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 67-79.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira. O direito, ontem e hoje. Crítica ao neopositivismo constitucional e insuficiência dos direitos humanos. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira. *Novos estudos e pareceres de direito privado*. 1. ed., 2. tir. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 3-14.

BARBOSA, Sílvio Henrique Vieira. Informação x privacidade – o dano moral resultante do abuso da liberdade de imprensa. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, São Paulo, v. 19, n. 13, p. 70-78, jul./set. 1995.

BASTIAN, Lúcia Bernd Azevedo. *Análise comparativa da sociedade limitada na Alemanha e no Brasil: foco na sociedade limitada unipessoal*. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2009_1/lucia_bastian.pdf>. Acesso em: 01 set. 2014.

BEIGNIER, Bernard. *L'honneur et le droit*. Paris: LGDJ, 1995.

BELTRÃO, Silvio Romero. *Direitos da personalidade de acordo com o novo Código Civil*. São Paulo: Atlas, 2005.

BELTRÃO, Silvio Romero. Tutela jurisdicional dos direitos da personalidade. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (Coord.). *Questões controvertidas no novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2004. v. 2, p. 449-463.

BIOY, Xavier. Le libre développement de la personnalité en droit constitutionnel, essai de comparaison (Allemagne, Espagne, France, Italie, Suisse). *Revue Internationale de Droit Comparé*, Paris, v. 55, n. 1, p. 123-47, jan./mar. 2003.

BIRKS, Peter. An unacceptable face of human property. In: BIRKS, Peter (Coord.). *New perspectives in the roman law of property – Essays for Barry Nicholas*. Oxford: Clarendon Press, 2004. p. 61-74.

BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Tutela jurídica dos direitos da personalidade e dos direitos autorais. In: BITTAR, Carlos Alberto; BITTAR FILHO, Carlos Alberto (Coord.). *Tutela dos direitos da personalidade e dos direitos autorais nas atividades empresariais*. São Paulo: RT, 1993. p. 9-27.

BITTAR, Carla Bianca. A honra e a intimidade em face dos direitos da personalidade. In: BITTAR, Eduardo C. B.; CHINELATO Silmara Juny (Coord.). *Estudos de direito de autor, direito da personalidade, direito do consumidor e danos morais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 121-132.

BITTAR, Carlos Alberto. Atentado à honra pela imprensa e respectivas consequências jurídicas. In: BITTAR, Carlos Alberto; BITTAR FILHO, Carlos Alberto (Coord.). *Tutela dos direitos da personalidade e dos direitos autorais nas atividades empresariais*. São Paulo: RT, 1993. p. 29-43.

- BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- BOTTALLO, Marcelo de Carvalho. Os direitos da personalidade e a Constituição de 1988. Direitos da personalidade e responsabilidade civil. *Revista do Advogado*, n. 38, p. 45-48, dez. 1992.
- BRITO, Miguel Nogueira de. *A justificação da propriedade privada numa democracia constitucional*. Coimbra: Almedina, 2007.
- BRITO, Miguel Nogueira de. *A justificação da propriedade privada numa democracia constitucional*. Coimbra: Almedina, 2007.
- CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 3. ed. São Paulo: RT, 2005.
- CAIRU, José da Silva Lisboa. *Princípios de direito mercantil e leis de marinha*. Reedição. Rio de Janeiro: Serviço de Documentação do M.J.N.I, 1963 (reedição).
- CAMARGO, André Antunes Soares de. A pessoa jurídica: um fenômeno social antigo, recorrente, multidisciplinar e global. In: FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes (Coord). *Direito societário contemporâneo I*. São Paulo: Quartier, 2009. p. 281-298.
- CAMPOS, Diogo Leite de. Lições de direito da personalidade. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, n. 67, p. 129-223, 1991.
- CAMPOS, Diogo Leite de. Os direitos da personalidade: gênese e sentido. *Revista Doutrinária*, Rio de Janeiro, v. 4, n. 4, p. 27-48, maio 2001.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Cançado Trindade questiona a tese de “Gerações de direitos humanos” de Norberto Bobbio*. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/cancadotrindade/cancado_bob.htm>. Acesso em: 10 jan. 2014.

CAPELO DE SOUZA, Rabindranath Valentino Aleixo. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011 (reimpressão).

CARBONI, Guilherme Capinzaiki. *O direito de autor na multimídia*. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2001.

CARBONNIER, Jean. *Derecho civil*. Tradução de Manuel M. Zorrilla Ruiz. Barcelona: Bosch, 1960. t. 1, v. I.

CARNEIRO, Rodrigo Borges. O novo Código Civil e a disciplina dos direitos de personalidade da pessoa jurídica e suas conexões com a propriedade intelectual. *Revista da ABPI – Associação Brasileira da Propriedade Intelectual*, v. 61, p. 3-19, nov/dez. 2002.

CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. *Tratado de direito comercial brasileiro*. 7. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963. v. V, Livro III, Parte I.

CARVALHO NETO, Inácio de. *Curso de direito civil brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2006. v. 1: Teoria geral de direito civil.

CASTAÑEDA, Ilya Miriam Hoyos. *El concepto jurídico de persona*. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 1989.

CATALANO, Pierangelo. *Diritto e persone*. Torino: G. Giappichelli, 1990. v. I.

CERQUEIRA, João da Gama. *Tratado da propriedade industrial*. São Paulo: RT, 1982.

CERQUEIRA, João da Gama. *Tratado da propriedade intelectual*. Rio de Janeiro: Forense, 1946. v. I.

CHAGAS, Carlos Orlandi. *Representação da pessoa jurídica e a teoria da aparência*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2010. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde_10012011_144134/publico/Representacao_da_Pessoa_Juridica_e_a_Teoria_da_Aparencia.pdf>. Acesso em: 02 jun. 2013.

CHARTIER, Yves. *La réparation du prejudice*. Paris: Dalloz, 1996.

CHAVES, Antônio. Direito à imagem e direito à fisionomia. *Revista dos Tribunais*, v. 620, p. 7-14, jun. 1987.

CHAVES, Antônio. Direitos à vida, ao próprio corpo e às partes do mesmo (transplantes), esterilização e operações cirúrgicas para ‘mudança de sexo’. Direito ao cadáver e a partes do mesmo. In: CHAVES, Antônio. *Estudos de direito civil*. São Paulo: RT, 1979. p. 139-194.

CHAVES, Antônio. O direito moral após a morte do autor. *Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia*, v. 14, n. 2, p. 71-94, dez. 1985.

CHAVES, Antônio. Os direitos fundamentais da personalidade moral (à integridade psíquica, à segurança, à honra, ao nome, à imagem, à intimidade). *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, p. 333-387, 1977.

CHINELATO, Silmara Juny de Abreu. Direito de arena, direito de autor e direito à imagem. In: BITTAR, Eduardo C. B.; CHINELATO, Silmara Juny (Coord.). *Estudos de direito de autor, direito da personalidade, direito do consumidor e danos morais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

CHINELATO, Silmara Juny de Abreu. *Tutela civil do nascituro*. São Paulo: Saraiva, 2000.

CIFUENTES, Santos. *Derechos personalísimos*. 2. ed. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1995.

COELHO, Luís Alberto G. Gomes. A proteção à propriedade intelectual como problema jurídico. In: GUNTHER, Luiz Eduardo (Coord.). *Tutela dos direitos da personalidade na atividade empresarial*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 131-150.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CORDEIRO, António Menezes. Os direitos de personalidade na civilística portuguesa. *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, v. 61, n. 3, 2001. Disponível em: <<http://www.estig.iplieja.pt/~ac.direito/MCordeiro2001.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2014.

CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2011. t. IV: Parte geral.

CORREIA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. *Manual de direito romano e textos em correspondência com os artigos do Código Civil brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1961. v. I.

CORREIA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. *Manual de direito romano*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

COSTA NETTO, José Carlos. *Direito autoral no Brasil*. São Paulo: FTD, 1998.

COSTA, Yvete Flávio da; SILVA, Alexandre Araújo da. A reparação por danos à pessoa jurídica como forma de tutela aos direitos de sua personalidade. *Revista Jurídica UNICOC*, ano VII, n. 6, abr. 2013. Disponível em: <<http://www.revistajuridicaunicoc.com.br/midia/arquivos>>. Acesso em: 04 out. 2013.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. Tutela jurisdicional da personalidade 'post mortem'. *Revista do Advogado*, ano XXV, n. 84, p. 119-129, dez. 2005.

CRUZ, Sebastião. *Direito romano (ius romanum)*. 4. ed. Lisboa: Dislivro, 1984. v. I.

D'AQUINO, Dante. A pessoa jurídica e os direitos fundamentais. In: GUNTHER, Luiz Eduardo; SANTOS, Willians Franklin Lira dos (Coord.). *Tutela dos direitos da personalidade na atividade empresarial*. Curitiba: Juruá, 2009. v. II, p. 513-534.

DABIN, Jean. *Droit subjectif*. Paris: Dalloz, 1952.

DABIN, Jean. *Le droit subjectif*. Paris: Dalloz, 1952.

DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade*. Tradução de Afonso Celso Furtado Resende. Campinas: Romana Jurídica, 2004.

DE MATTIA, Fábio Maria. Direitos da personalidade: aspectos gerais. In: CHAVES, Antônio (Coord.). *Estudos de direito civil*. São Paulo: RT, 1979. p. 99-124.

DE MATTIA, Fábio Maria. Direitos da personalidade: aspectos gerais. *Revista de Informação Legislativa*, v. 14, n. 56, p. 247-266, out./dez. 1977. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bds/item/id/181045>>. Acesso em: 05 mar. 2014.

DELGADO, Mário Luiz. *Direitos da personalidade de acordo com o novo Código Civil*. São Paulo: Atlas, 2005.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. v. II.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 7: Responsabilidade civil.

DINIZ, Maria Helena. Direito à imagem e sua tutela. In: BITTAR, Eduardo C. B.; CHINELATO, Silmara Juny (Coord.). *Estudos de direito de autor, direito da personalidade, direito do consumidor e danos morais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 79-106.

DONEDA, Danilo. *Os direitos da personalidade no Código Civil*. Disponível em: <<http://www.doneda.net/artigos/dperso2.pdf>>. Acesso em: 04 out. 2011.

DONEDA, Danilo. Os direitos da personalidade no Código Civil. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, ano VI, n. 6, p. 71-99, jun. 2005. Disponível em: <<http://fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revistas06/Docente/03.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2013.

DRAY, Guilherme Machado. *Direitos de personalidade*. Coimbra: Almedina, 2006.

DUGUIT, Léon. Las transformaciones del derecho privado. Tradução de Carlos G. Posada. In: DUGUIT, Léon. *Las transformaciones del derecho público y privado*. Granada: Editorial Comares, 2007. p. 151-238.

DUGUIT, Léon. Las transformaciones del derecho público. Tradução de Adolfo Posada e Ramón Jaén. In: DUGUIT, Léon. *Las transformaciones del derecho público y privado*. Granada: Editorial Comares, 2007. p. 3-150.

DUGUIT, Léon. *Les transformations du droit public*. Paris: Armand Colin, 1913 (reimpressão).

DUGUIT, Léon; LASKI, Frida; LASKI, Harold. *Law in the modern state (1919)*. Nova Iorque: B. W. Huebsch, 1919 (Kessinger Legacy Reprints).

FACCHIM, Tatiana. *A sociedade unipessoal como forma organizativa da micro e pequena empresa*. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

FACHIN, Luiz Edson. Direitos da personalidade no Código Civil brasileiro: elementos para uma análise de índole constitucional da transmissibilidade. In: TARTUCE, Flávio; CASTILHO, Ricardo (Coord.). *Direito civil: direito patrimonial e direito existencial*. São Paulo: EPD – Escola Paulista de Direito/Método, 2006. p. 625-643.

FERRARA, Francesco. *Le persone giuridiche*. 2. ed. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1958.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito – técnica, decisão, dominação*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994.

FERREIRA, Waldemar. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, n. 1, p. 70-90, out./dez. 1992.

FERREIRA, Waldemar. *Tratado de direito comercial*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1962. v. 6.

FIUZA, Ricardo; DE LUCCA, Newton. Do direito de empresa. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da (Coord.). *Código Civil comentado*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

FOSCHINI, Marcello. *Il diritto dell'azionista all'informazione*. Milano: Giuffrè, 1959.

FRANÇA, Rubens Limongi. Direitos da personalidade – coordenadas fundamentais. Direitos da personalidade e responsabilidade civil. *Revista do Advogado*, n. 38, p. 5-13, dez. 1992.

FRANÇA, Rubens Limongi. *Do nome civil das pessoas naturais*. 3. ed. São Paulo: RT, 1975.

FRANÇA, Rubens Limongi. *Manual de direito civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 1971. v. 1.

FRANÇA, Rubens Limongi. *Manual de direito civil*. São Paulo: RT, 1972, v. 2, t. 1.

FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. *Danos morais e a pessoa jurídica*. São Paulo: Método, 2009.

FUSTEL DE COULANGES, Numa-Denis. *A cidade antiga*. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 2. ed. São Paulo: RT, 2011.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; BARTHOLO, Bruno Paiva. Personalidade e capacidade jurídicas no Código Civil de 2002. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 8, n. 37, p. 27-41, ago./set. 2006.

GARCIA, Antonio Román. Aportación al estudio de la responsabilidad civil por los daños ocasionados en los bienes y derechos de la personalidad. *Revista de Derecho Privado*, Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, t. LXXIII, p. 325-336, jan./dez. 1989.

GARCIA, Enéas Costa. *Direito geral da personalidade no sistema jurídico brasileiro*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007.

GARUTTI, Massimo. *Il diritto all'onore e la sua tutela civilistica*. Padova: Cedam, 1985.

GASTAUD, Jean-Pierre. *Personnalité morale et droit subjectif*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1977.

GIACHETTA, André Zonaro. *A proteção do nome empresarial na perspectiva do Código Civil de 2002 – natureza jurídica e concorrência*. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.

GIBBON, Edward. *History of the decline and fall of the roman empire*. Edição Kindle, 1788. v. IV, Capítulo XLIV.

GIORGI, Giorgio. *La dottrina delle persone giuridiche o corpi morali*. 3. ed. Firenze: Cammelli, 1927. v. I.

GIRARD, Paul Frédéric. *Manuel élémentaire de droit romain*. Paris: Dalloz, 2003.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2001.

GODOY, Luciano de Souza. A liberdade de imprensa e o segredo de justiça – uma questão de respeito à privacidade como direito da personalidade. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (Coord.). *Direito e responsabilidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 421-433.

GOGLIANO, Daisy. *Direitos privados da personalidade*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1982.

GOMES, Luiz Roldão de Freitas. Noção de pessoa no direito brasileiro. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, São Paulo, v. 16, n. 61, p. 15-34, jul./set. 1992.

GOMES, Orlando. Direitos de personalidade. *Revista Forense Comemorativa 100 anos*, Rio de Janeiro, Forense, p. 633-676, 2007.

GOMES, Orlando. *Direitos reais*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

GUNTHER, Luiz Eduardo. Os direitos da personalidade e suas repercussões na atividade empresarial. In: GUNTHER, Luiz Eduardo (Coord.). *Tutela dos direitos da personalidade na atividade empresarial*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 151-179.

HAURIOU, Maurice. La théorie de l'institution et de la fondation (essai de vitalisme social). In: HAURIOU, Maurice. *Aux sources du droit: le pouvoir, l'ordre et la liberté*. Caen: Centre de Philosophie politique et juridique, 1986. Disponível em: <[http://visualiseur.bnf.fr/visualiseur? Destination=Gallica&O=NUMM_4725](http://visualiseur.bnf.fr/visualiseur?Destination=Gallica&O=NUMM_4725)>. Acesso em: 02 jul. 2014.

HERKENHOFF, Henrique Geaquinto. *Direito civil em sua expressão mais simples*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Estudos de direito civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Morrer e suceder – passado e presente da transmissão sucessória concorrente*. São Paulo: RT, 2012.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade civil na relação paterno-filial. *Revista Arte Jurídica – Biblioteca Científica do Programa de Pós-graduação em Direito Civil e Processo Civil da Universidade Estadual de Londrina (UEL)*. Curitiba: Juruá, 2005. v. 1, p. 149-170.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade civil: circunstâncias naturalmente, legalmente e convencionalmente escusativas do dever de indenizar o dano. In: DINIZ, Maria Helena (Coord.). *Revista Atualidades Jurídicas*. São Paulo: Saraiva, 1999. v.1, p. 139-158.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade pressuposta*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Tendências atuais da responsabilidade civil: marcos teóricos para o direito do século XXI*. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, Rio de Janeiro, Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, n. 19, p. 189-206.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; CHINELATO, Silmara Juny de Abreu. Propriedade e posse: uma releitura dos ancestrais institutos. *Revista Trimestral de Direito Civil*, ano 4, v. 14, p. 79-111, abr./jun. 2003.

HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Tradução de Rosana D'Angina. São Paulo: Martin Claret, 2011.

IGLESIAS, Sérgio. *Responsabilidade civil por danos à personalidade*. Barueri: Manole, 2003.

IHERING, Rudolf von. *A luta pelo direito*. Tradução de Cretella Jr., Agnes J. Cretella. 7. ed. São Paulo: RT, 2013.

IHERING, Rudolf von. *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*. Tradução de O. de Meulenaere. 2. ed. Paris: A. Maresq, 1880. t. IV.

JABUR, Gilberto Haddad. *A dignidade e o rompimento de privacidade*. In: MARTINS, Ives Granda da Silva; FERREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge (Coord.). *Direito à privacidade*. São Paulo: Centro de Extensão Universitária, 2005. p. 85-106.

JABUR, Gilberto Haddad. *Liberdade de pensamento e direito à vida privada – conflitos entre direitos da personalidade*. São Paulo: RT, 2000.

JABUR, Gilberto Haddad. *Limitações ao direito à própria imagem no novo Código Civil*. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (Coord.). *Questões controvertidas*. São Paulo: Método, 2006. p. 11-44.

JONGEN, François. *Le droit à l'honneur*. In: RENCHON, Jean-Louis. *Les droit de la personnalité*. Bruxelles: Brylant, 2009. p. 119-130.

JUSTINIANO, Flavius Petrus Sabbatius. *Digesto de Justiniano – Liber Primus*. Tradução de Hécio Maciel França Madeira. 6. ed. São Paulo: RT, 2012.

JUSTINIANUS, Flavius Petrus Sabbatius. *Institutas do Imperador Justiniano*. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 2. ed. São Paulo: RT, 2005.

JUSTINIANUS, Flavius Petrus Sabbatius. *Institutas do Imperador Justiniano – Manual didático para uso dos estudantes de direito de Constantinopla, elaborado por ordem do Imperador Justiniano, no ano de 533 d.C.* Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 2. ed. São Paulo: RT, 2005.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007.

KAYSER, Pierre. *La protection de la vie privée*. Paris: Economica, 1984. t. 1.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LACERDA, Dennis Otte. *Direitos da personalidade na contemporaneidade – a repactuação semântica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2010.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos – um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia da Letras, 1988.

LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. Tradução de Júlio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

LOPES, Bráulio Lisboa. *Direitos de personalidade. Inovações introduzidas pelo Código Civil de 2002*. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/8073-8072-1-PB.htm>>. Acesso em: 04 out. 2011.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: RT, 1998.

LUCAS-SCHLOETTER, Agnès. *Droit moral et droit de la personnalité – Étude de droit comparé français et allemand*, Aix-en-Provence: Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2002.

LUCAS-SCHLOETTER, Agnès. *Droit moral et droits de la personnalité – étude de droit comparé français et allemand*. Aix-en-Provence: Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2002.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa; CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu (Coord.). *Código Civil interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo*. 6. ed. Barueri: Manole, 2013.

MACIOCE, Francesco. La rettifica delle notizie lesive della personalità: disciplina attuale e prospettive future. *Revista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano: Giuffrè, ano L, n. 2, p. 649-659, giugno 1996.

MACKELDEY, Ferdinand. *Manuel de droit romain*. Tradução de Jules Beving. Bruxelles: Société Typographique Belge, 1841.

MACPHERSON, Crawford Brough. *The political theory of possessive individualism*. Oxford: Oxford University Press, 1962.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. Direito da personalidade no novo Código Civil e os elementos genéticos para a identidade da pessoa humana. In: DELGADO, Mario Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (Coord.). *Questões controvertidas*. São Paulo: Método, 2006. p. 45-90.

MARKY, Thomas. *Curso elementar de direito romano*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

MARNOCO E SOUZA, José Ferreira. *História das instituições do direito romano, peninsular e português*. 3. ed. Coimbra: França Amado, 1910.

MARTINS, Ives Granda da Silva. *Os direitos da personalidade*. In: FRANCIULLI NETTO, Domingos; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS FILHO, Ives Granda da Silva (Org.). *O Novo Código Civil – homenagem ao Prof. Miguel Reale*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2006. p. 54-69.

MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002.

MASSON, Jean-Pol. Le droit à l'image. In: RENCHON, Jean-Louis. *Les droit de la personnalité*. Bruxelles: Brylant, 2009. p. 237-246.

MATOS, Eneas de Oliveira. Direitos da personalidade e pessoa jurídica. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 797, 8 set. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7241>>. Acesso em: 12 out. 2011.

MATTOS E SILVA, Bruno. *Direito de empresa – teoria da empresa e direito societário*. São Paulo: Atlas, 2007.

MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Leon; MAZEAUD, Jean; CHABAS, François. *Leçons de droit civil*. 9. ed. Paris: Montchrestien, 1998. t. II, v. 1.

MAZUR, Maurício. A dicotomia entre os direitos da personalidade e os direitos fundamentais. In: MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato (Org.). *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 25-64.

MIGLIORE, Alfredo Domingues Barbosa. *Direitos da personalidade “post mortem”*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato. Principais problemas dos direitos da personalidade e estado-da-arte da matéria no direito comparado. In: MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato (Org.). *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 1-23.

MOMMSEN, Theodor. *Histoire romaine*. Paris: Flammarion, 1911. t. I, t. II, t. III, t. VI, t. V, 7. v.

MONTEIRO, Arthur Maximus. Direito ao nome da pessoa natural no ordenamento jurídico brasileiro. In: MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato (Org.). *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 359-396.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana – uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MORAES, Walter. Concepção tomista de pessoa: um contributo para a teoria do direito da personalidade. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, n. 2, p. 187-204, abr./jun. 2000. (Recuperação do artigo publicado na RT 590/14-24).

MORAES, Walter. *Direito da personalidade – estado da matéria no Brasil*. In: CHAVES, Antônio. *Estudos de direito civil*. São Paulo: RT, 1979. p. 125-138.

MORATO, Antonio Carlos. *Direito de autor em obra coletiva*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MORATO, Antonio Carlos. *Pessoa jurídica consumidora*. São Paulo: RT, 2009.

MORATO, Antonio Carlos. Quadro geral dos direitos da personalidade. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 106/107, p. 121-158, jan./dez. 2011/2012.

MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. I.

MOURA, Paulo César Cursino. *Manual de direito romano – Instituições de direito privado*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

MUNHOZ, Eduardo Secchi. *Empresa contemporânea e o direito societário*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

NEGRÃO, Ricardo. *Manual de direito comercial e de empresa*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 1.

NERY JR., Nelson. *Código Civil anotado e legislação extravagante*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003.

NORONHA, Fernando. Desenvolvimentos contemporâneos da responsabilidade civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 88, n. 761, p. 31-44, mar. 1999.

NORONHA, Fernando. *Direitos das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1.

NUNES, João Batista Amorim de Vilhena. Direitos da personalidade – a pessoa jurídica e o dano moral. *Revista Autônoma de Direito Privado*, Curitiba, n. 4, p. 95-22, jul./set. 2007.

OLIVEIRA, Alfredo Emanuel Farias de. *O fundamento dos direitos da personalidade*. Belo Horizonte: Arraes, 2012.

OLIVEIRA, Euclides. Direito ao nome. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, São Paulo, v. 6, n. 11, p. 190-210, jan./jun. 2003.

OLIVEIRA, J. Lamartine Côrrea de. *A dupla crise da pessoa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1979.

OLIVEIRA, J. Lamartine Côrrea de. *Conceito da pessoa jurídica*. Tese (Livre-docência em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade do Paraná, Curitiba, 1962.

ORESTANO, Riccardo. *Il problema delle persone giuridiche in diritto romano*. Torino: G. Giappichelli, 1968. v. I.

PACE, Alessandro. Il diritto sulla propria immagine nella società dei ‘mass media’. *Revista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano: Giuffrè, ano L, n. 2, p. 419-462, giugno 1996.

PEREIRA, Daniel Queiroz. Direitos da personalidade e pessoa jurídica: uma abordagem contemporânea. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, v. 2, n. 22, p. 1-20, jul./dez. 2012.

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

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil – introdução ao direito civil constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

PINO, Giorgio. Teorie e dottrine dei diritti della personalità. Uno studio di meta-giurisprudenza analitica. *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, Bologna, v. 33, n. 1, p. 237-74, jun. 2003.

PINTO, Paulo Cardoso Correia da Mota. Os direitos de personalidade no Código Civil de Macau. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, v. 76, p. 205-50, 2000.

PIPES, Richard. *Propriedade e liberdade*. Tradução de Luiz Guilherme B. Chaves e Carlos Humberto Pimentel Duarte da Fonseca. Rio da Janeiro-São Paulo, 2001.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado – Parte geral*. São Paulo: RT, 2012. t. 1.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado – Parte especial*. São Paulo: RT, 2012. t. VII.

POPP, Carlyle; PARODI, Ana Cecília. Dignidade humana, direitos da personalidade e patrimônio imaterial. In: GUNTHER, Luiz Eduardo; SANTOS, Willians Franklin Lira dos (Coord.). *Tutela dos direitos da personalidade na atividade empresarial*. Curitiba: Juruá, 2009. v. II, p. 201-243.

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

RÃO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 7. ed. São Paulo: RT, 2013.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 1.

RIVAS, Henrique. *A polêmica constituição da EIRELI por pessoa jurídica*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI148615,41046-A+polemica+constituicao+da+EIRELI+por+pessoa+juridica>>. Acesso em: 01 ago. 2014.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil – parte geral*. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.

ROMAN GARCIA, Antonio. Aportacion al studio de la responsabilidad civil por los danos ocasionados en los bienes y derechos de personalidad. *Revista de Derecho Privado*, Madrid, p. 325-336, abr. 1989.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes* (1754). Disponível em: <<http://eet.pixel-online.org/files/etranslation/original/Rousseau%20JJ%20Discours%20sur.pdf>>. Acesso em: 30 mar. 2014.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Du contrat social* (1762). Disponível em: <http://classiques.uqac.ca/classiques/Rousseau_jj/contrat_social/Contrat_social.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2014.

SAHM, Regina. *O direito à imagem na dogmática civil contemporânea*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2001.

SAHM, Regina. O direito moral de autor e o fundamento do direito à intimidade. In: BITTAR, Eduardo C. B.; CHINELATO, Silmara Juny (Coord.). *Estudos de direito de autor, direito da personalidade, direito do consumidor e danos morais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 41-51.

SALLEILES, Raymond. *De la personnalité juridique*. Paris: Librairie Nouvelle de Droit et de Jurisprudence, 1910.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *A sociedade unipessoal*. São Paulo: Malheiros, 1995.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito societário*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SAMANIEGO, Daniela Paes Moreira. *A concepção tomista de pessoa*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/Doutrina/texto.asp?id=560>>. Acesso em: 29 abr. 2014.

SANTA MARIA, José Serpa de. *Direitos da personalidade e a sistemática civil geral*. São Paulo: Julex, 1987.

SANTANA, Luiz Joaquim; SZANIAWSKI, Elimar. O direito natural em Roma. *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, v. 46, 1987, p. 43-55. Disponível em: <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs/index.php/direito/article/download/8937/6245>>. Acesso em: 01 abr. 2014.

SANTOS JUSTO, Antônio dos. *Direito privado romano*. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. v. III: direitos reais.

SANTOS NETO, Jose Antonio de Paula. Direitos da pessoa e direitos da personalidade ou estado de pessoa, direitos de estado, direito ao estado e direitos da personalidade. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 84, n. 719, p. 36-44, set. 1995.

SANTOS, Antônio Jeová. *Dano moral indenizável*. 4. ed. São Paulo: RT, 2003.

SAVIGNY, Friedrich Karl von. *System of modern roman law*. Tradução de W. H. Rattigan. London: Wildy & Sons, 1884. v. 2.

SAVIGNY, Friedrich Karl von. *System of the modern roman law*. Tradução de William Holloway. Madras: J. Higginbotham Publisser, 1867. v. I.

SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2011.

SERICK, Rolf. *Forma e realtà della persona giuridica*. Tradução de Marco Vitale. Milano: Giuffrè, 1966.

SERRANO, Vidal. *A proteção constitucional da informação e o direito à crítica jornalística*. São Paulo: FTD, 1997.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

SILVA FILHO, Artur Marques da. Noção e importância das limitações aos direitos do autor. In: BITTAR, Eduardo C. B.; CHINELATO, Silmara Juny (Coord.). *Estudos de direito de autor, direito da personalidade, direito do consumidor e danos morais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 25-40.

SILVA, Andréa Barroso. Direito à imagem: o delírio da redoma protetora. In: MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato (Org.). *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 281-332.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da (Org.). *Código Civil comentado*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. A dignidade da pessoa humana: princípio fundamental de direito constitucional e de direito de família. In: BITTAR, Eduardo C. B.; CHINELATO, Silmara Juny (Coord.). *Estudos de direito de autor, direito da personalidade, direito do consumidor e danos morais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 107-120.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Responsabilidade civil por ofensa à memória de pessoa falecida. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da (Coord.). *Responsabilidade civil e sua repercussão nos tribunais*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 373-396.

SIMÃO FILHO, Adalberto. O direito da empresa à vida privada e seus reflexos no direito falimentar. In: MARTINS, Ives Granda da Silva; FERREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge (Coord.). *Direito à privacidade*. São Paulo: Centro de Extensão Universitária, 2005. p. 337-365.

SOMMA, Alessandro. I diritti della personalità e il diritto generale della personalità nell'ordinamento privatistico della Repubblica Federale Tedesca. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Giuffrè, ano 50, n. 3, p. 807-835, set. 1996.

SOUZA, Daniel Adensohn de. *A proteção jurídica do nome de empresa no Brasil*. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes. *Responsabilidade civil por danos à personalidade*. Barueri: Manole, 2003.

STAUT JR., Sérgio Said. Inovações tecnológicas e rumos dos direitos autorais. In: CANEZIN, Claudete Carvalho (Coord.). *Arte jurídica*. Curitiba: Juruá. 2006. v. 3, p. 353-370.

SZANIAWSKI, Elimar. Considerações sobre o direito à intimidade das pessoas jurídicas. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba*, v. 25, n. 25, p. 81-92, 1989.

SZANIAWSKI, Elimar. Direitos da personalidade na antiga Roma. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, São Paulo, v. 12, n. 43, p. 28-41, jan./mar. 1988.

SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. 2. ed. São Paulo: RT, 2005.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil*. 5. ed. São Paulo: Método, 2010. v. 2: Direito das obrigações e responsabilidade civil.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. v. 1.

TOBEÑAS, José Castán. *Los derechos de la personalidad*. Madrid: Instituto Reus, 1952.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Direito de personalidade*. Coimbra: Almedina, 2006.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil – parte geral*. São Paulo: Atlas, 2001.

VIVANTE, Cesare. *Trattato di diritto commerciale*. 2. ed. Torino: Fratelli Bocca Editori, 1902. v. I e II.

WEINERT, Iduna E. O direito da personalidade como direito natural geral: corrente naturalista clássica. *Revista de Informação Legislativa: Brasília*, v. 27, n. 108, p. 221-228, out./dez. 1990.

WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

WINDSCHEID, Bernardo. *Il diritto delle pandette*. Tradução de Carlo Fadda e Paolo Emilio Bensa. Torino: Utet, 1925. v. I.

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

ZOPPINI, Andrea. *I diritti della personalità delle persone giuridiche (e dei gruppi organizzati)*. Disponível em: <http://www.andreazoppini.it/pdf/zoppini_4.pdf>. Acesso em: 11 jun. 2014.