RENATO DE SOUZA MARQUES CRAVEIRO

O Direito à Honra *Post Mortem* e sua Tutela

Dissertação de Mestrado
apresentada ao Departamento
de Direito Civil da Faculdade
de Direito da Universidade de
São Paulo para obtenção do
título de Mestre em Direito
Civil.

São Paulo

2012

À minha orientadora, Prof^a Dra.
Daisy Gogliano, exemplo de
dedicação ao estudo.

Ao meu avô, Adelino Marques
Craveiro, exemplo de retidão de
caráter e cumprimento do dever,
que partiu deste mundo para
adentrar a eternidade.

Sumário

Resumo/Riassunto.....	5
Introdução.....	7
1. Tema a ser desenvolvido e suas limitações.....	7
2. A problemática do direito à honra <i>post mortem</i> na sociedade atual.....	12
I. Histórico da Honra.....	16
1. A honra do Direito grego.....	16
2. A proteção da honra em Roma.....	19
2.1 A influência do estoicismo sobre o Direito Romano.....	19
2.2 A proteção da honra objetiva em Roma: a pena de <i>infâmia</i>	26
2.3 A proteção da honra subjetiva em Roma: o instituto da <i>iniuria</i>	32
3. A honra do Direito Talmúdico.....	38
4. A honra do Direito Canônico.....	43
5. A honra na Idade Média.....	46
6. A honra no Direito moderno.....	49
7. A honra na transição da Idade Moderna para a Idade Contemporânea: a Revolução Francesa.....	52
8. A honra nos séculos XIX e XX.....	53
II. Os direitos da personalidade no Direito comparado.....	56
1. O Direito português.....	58
2. O Direito francês.....	62
3. O Direito alemão.....	64

4. O Direito espanhol.....	67
5. O Direito italiano.....	68
III. A honra <i>post mortem</i> no Direito brasileiro.....	72
1. Direito Civil brasileiro anterior ao Código Civil de 1916.....	72
2. Direito Civil brasileiro na vigência do Código Civil de 1916.....	75
3. O Código Civil de 2002.....	90
IV. O conceito de honra.....	96
1. Breve esboço de uma teoria geral dos direitos da personalidade.....	96
2. O conceito de honra.....	100
3. A honra <i>post mortem</i>	114
V. Teorias explicativas do rol de legitimados.....	119
1. O rol de legitimados.....	119
2. As teorias explicativas do rol de legitimados por meio do direito subjetivo.....	120
3. O direito subjetivo.....	127
4. Nossa posição.....	132
VI. Tutela do direito à honra <i>post mortem</i>.....	135
1. Direito da família ao corpo morto no velório.....	139
2. Durante o velório.....	147
3. Direito ao sepulcro.....	155
VII. Conclusões.....	164
VIII. Bibliografia.....	168

RESUMO

O tema desta dissertação é o do direito à honra *post mortem* e sua tutela. A primeira parte deste trabalho é dedicada à apresentação do tema e de suas limitações. Depois se fez um estudo das diversas concepções de honra e da sua tutela na História, especialmente no Direito grego antigo, Direito Romano, Direito Talmúdico, Direito Canônico, Direito Medieval, Direito da Idade Moderna, Direito durante a Revolução Francesa e nos séculos XIX e XX. Isto foi feito para mostrar que o conceito de honra, como a sua tutela jurídica, mudam no tempo, sendo este fato muito importante para se compreender como é feita a tutela atualmente.

Após isto, escreveu-se sobre a honra *post mortem* e sua tutela no Direito Comparado, especialmente nos ordenamentos português, francês, alemão, espanhol e italiano. Então se fez a análise da evolução do direito à honra e do direito à honra *post mortem* no Direito Civil brasileiro, antes e durante a vigência do Código Civil de 1916, e também das mudanças ocorridas com o advento do Código Civil de 2002, sendo as maiores dificuldades existentes no transcorrer deste período aquelas originadas do debate sobre a possibilidade de ressarcimento de danos extrapatrimoniais.

Busca-se posteriormente conceituar a honra após o exame de diversos conceitos da ciência jurídica e classificações para, então, discutir as diversas teorias que visam a explicar, com a categoria jurídica do direito subjetivo, a titularidade do direito à honra *post mortem* (art. 20, § único do Código Civil). Depois foi dada a nossa opinião sobre esta questão.

São apresentadas, então, algumas hipóteses em que há ofensa ao direito à honra *post mortem*, e também a sua correspondente tutela. Por razões de método, limitamo-nos a estudar as ofensas mais comuns no transcorrer do fato morte (antes, durante e depois do velório). Finalmente, são apresentadas as nossas conclusões finais.

RIASSUNTO

Il tema di questa dissertazione è quello del diritto all'onore *post mortem* e la sua tutela. La prima parte di questo lavoro è dedicata alla presentazione del tema e delle sue limitazioni. Dopo si ha fatto uno Studio a rispetto delle diverse concezioni d'onore e della sua tutela nella Storia, specialmente nel Diritto greco antico, Diritto Romano, Diritto Talmudico, Diritto Canonico, Diritto del Medioevo, Diritto dell'Età Moderna, Diritto durante la Rivoluzione Francese e nei secoli XIX e XX. Questo è stato fatto per mostrare che il concetto d'onore, come la sua tutela giuridica, cambiano nel tempo, essendo questo fatto molto importante per capire com'è la tutela attualmente.

Dopo questo, si ha scritto a rispetto dell'onore *post mortem* e la sua tutela nel Diritto Comparato, specialmente nei ordenamenti portoghese, francese, tedesco, spagnolo e italiano. In seguito si ha fatto l'analisi dell'evoluzione del diritto all'onore e del diritto all'onore *post mortem* nel Diritto Civile brasiliano, prima e durante la validità del Codice Civile del 1916, ed anche dei cambiamenti accaduti con l'avvenimento del Codice Civile del 2002, essendo le maggiori difficoltà esistenti nel trascorrere di questo periodo quelle derivate del dibattito a rispetto della possibilità di risarcimento di danni extrapatrimoniali.

Si há cercato posteriormente concettare l'onore con l'esame di diversi concetti della scienza giuridica e classificazioni per, allora, discutere le diverse teorie che vogliono spiegare, con la categoria giuridica del diritto soggettivo, la titularità del diritto all'onore *post mortem* (art. 20, § unico del Codice Civile). Dopo, è stata data la nostra opinione a rispetto di questa questione.

Sono state presentate, dopo, alcune ipotesi in cui c'è l'offesa al diritto all'onore *post mortem*, ed anche la sua corrispondente tutela. Per ragioni di metodo, ci abbiamo ristretto allo studio delle offese più comuni nel trascorrere del fatto morte (prima, durante e dopo la vigilia). Finalmente, sono state esposte le nostre conclusioni finali.

INTRODUÇÃO

1. TEMA A SER DESENVOLVIDO E SUAS LIMITAÇÕES

Entendemos que somente após conhecer o histórico completo de um dado instituto jurídico é que se pode conhecê-lo em sua plenitude, dando-lhe a aplicação mais consoante com os anseios da sociedade em que está imerso.

Feitas as considerações históricas concernentes ao direito à honra *post mortem*, será traçado um breve esboço de uma teoria geral dos Direitos da Personalidade, para, depois, adentrar-se o campo das investigações acerca do conceito de honra, não só jurídico, mas também filosófico, dado que muitas vezes é a Filosofia quem influi na interpretação das leis, não sendo indicado que as leis influam na criação da Filosofia, sob pena de um grave risco de se cair no arbítrio.

Após tais considerações, falar-se-á acerca do direito à honra *post mortem* no Direito Civil brasileiro, bem como de sua natureza e fundamentos em nosso ordenamento, desde os tempos anteriores ao Código Civil de 1916 até o Direito Civil atual, mostrando, assim, toda a sua evolução dentro de nosso Direito.

Entendendo-se como se deu tal evolução, fica mais fácil obter um conhecimento completo e sólido a respeito da aplicação deste importante instituto entre nós.

Far-se-ão também considerações a respeito das teorias que visam à explicação da categoria jurídica do direito subjetivo, a fim de que, por meio delas, se possa oferecer uma proposta para explicar cientificamente o rol dos legitimados pelo ordenamento jurídico a defender a honra *post mortem*.

Por fim, procurar-se-á um parâmetro para a aplicação dos diversos tipos de reparação conferidos pela teoria da responsabilidade civil. Reparação, pois casos há, como se verá, em que uma indenização em dinheiro não necessariamente satisfaz de modo completo a vítima da violação do direito à honra *post mortem*.

Também serão lembradas algumas hipóteses nas quais se poderia aplicar o instituto. Elas serão concernentes a casos em que a aplicação do instituto pode tornar a reparação mais efetiva, proporcionando uma maior aplicabilidade e contribuindo para uma maior paz social, fim precípua do Direito. Após isso serão dadas as conclusões finais.

Poucas áreas do Direito Civil exigem tantos estudos de Filosofia do Direito como a dos Direitos da Personalidade. O estudo de tal área deve envolver as teorias que tentam explicar, primeiramente, a natureza dos direitos subjetivos, além das diversas teorias que visam a conceituar o que seja “pessoa”, bem como as que explicam o que seja a “personalidade”.

Tudo isto vem afirmar a capital importância dos Direitos da Personalidade na sociedade ocidental, construída sobre as bases sólidas da tolerância e do respeito ao semelhante. Também a proteção, nos mais diversos ordenamentos jurídicos, dos Direitos da Personalidade vem afirmar a sua importância, sendo tais direitos verdadeiros baluartes da cultura ocidental contemporânea, fruto de cerca de três milênios de evolução.

Cabe ressaltar que nos primórdios da teoria dos Direitos da Personalidade foi necessário enfrentar-se os fortes argumentos de Savigny, para o qual não existiriam os Direitos da Personalidade, dado que neles o sujeito seria também o objeto do direito.¹ Seguindo-se este raciocínio, legitimar-se-ia, por exemplo, o suicídio, o que é evidentemente reprovável.²

Segundo Savigny, citado por Rubens Limongi França, há três campos básicos dentro dos quais incidem as relações jurídicas: a própria pessoa; a pessoa ampliada na família; o

¹ César Fiuza, Direito Civil: Curso Completo, p.168

² Rubens Limongi França, Direitos da Personalidade – I, In: Enciclopédia Saraiva do Direito, vol. 28, p. 141.

mundo exterior. Os Direitos da Personalidade se encontram no campo básico da relação da pessoa com a própria pessoa.³

Argumentava-se, ainda, que os direitos da personalidade não poderiam ser considerados como direitos subjetivos porque não poderiam separar-se do homem de quem derivam para serem representados como entidades independentes da pessoa, a qual constitui um todo orgânico, mas este argumento não prevaleceu porque não indica que não possam os direitos da personalidade deixar de ser qualificados como direitos se quanto ao essencial neles existem as características encontráveis nos outros direitos, ou seja, de um lado, um poder de nossa vontade, e, de outro, o dever jurídico de respeitar aquele poder por parte de outros.⁴

Também segundo se depreende do conceito lapidar de Rubens Limongi França, Direitos da Personalidade dizem-se as faculdades jurídicas cujo objeto são os diversos aspectos da própria pessoa do sujeito, bem assim da sua projeção essencial no mundo exterior.⁵

Honra, segundo o filósofo existencialista Arthur Schopenhauer, consiste na “opinião dos outros sobre nós, ou seja, a opinião daqueles que sabem de nós e, mais precisamente, a opinião geral que aqueles que nos conhecem têm sobre o nosso valor sob um aspecto qualquer a ser seriamente considerado, e que determina as diferentes espécies de honra.”⁶

Trata-se a honra, como se vê, de um atributo deveras importante da personalidade, principalmente após a eclosão dos diversos movimentos humanistas que marcaram a História da humanidade, e mais intensamente ainda durante os séculos XIX e XX.

³ Rubens Limongi França, Institutos de Proteção à Personalidade, *In*: Revista dos Tribunais, ano 57, maio de 1968, vol. 391, p.21.

⁴ Fábio Maria de Mattia, Direitos da Personalidade – II, *In*: Enciclopédia Saraiva do Direito, vol. 28, pp.152-153.

⁵ Rubens Limongi França, Instituições de Direito Civil, 1025.

⁶ Arthur Schopenhauer, Tratado Sobre a Honra, p. 9.

Juridicamente, a honra possui um conceito mais completo, podendo ser dividida em honra objetiva e honra subjetiva. Objetivamente, a honra é o conceito que fazem os outros do nosso valor. Subjetivamente, a honra é a nossa consideração para com esse conceito alheio.⁷

A diferenciação acima é utilizada, por exemplo, no Direito Penal a fim de se fazer a diferenciação entre os crimes de injúria *stricto sensu*, o qual consiste na ofensa à honra subjetiva, e o crime de difamação, o qual consiste na ofensa à honra objetiva (artigos 140 e 139 do Código Penal, respectivamente).

A doutrina civilística também divide a honra em objetiva e subjetiva. A honra objetiva consiste na respeitabilidade de alguém em seu meio social, ao passo que a honra subjetiva consiste na auto-imagem que cada um tem de si próprio. Ressalte-se que a ofensa à honra subjetiva se dá quando o íntimo do indivíduo é atingido, pouco importando a repercussão social da ofensa. A distinção, pois, demonstra sua utilidade, e será examinada com maior detalhamento em momento oportuno.

O Direito à Honra é absoluto (mas não é inato). E isso não poderia ser diferente. A Honra é, com efeito, algo de suma importância, visto que “a boa fama do indivíduo constitui o pressuposto indispensável a fim de que ele possa progredir no âmbito social e conquistar um papel adequado, e, por sua vez, o sentimento, ou consciência, da própria dignidade pessoal, representa uma fonte de elevadas alegrias espirituais.”⁸

A honra já tinha sua importância reconhecida muito antes do referido autor escrever acerca dela. Segundo José Castán Tobeñas, podem ser encontradas, já em épocas antigas, manifestações isoladas de proteção da personalidade⁹, e, conforme sua lição, em Roma era desconhecida a classe dos direitos da Personalidade, sendo que a proteção da personalidade funcionava através da *actio iniuriarum*.¹⁰

⁷ Walter Moraes, Direito à Honra, *In*: Enciclopédia Saraiva do Direito, vol. 25, p. 207.

⁸ Adriano de Cupis, I Diritti della Personalità, p. 133.

⁹ José Castán Tobeñas, Humanismo y Derecho, p. 26. “Encontraba em épocas antiguas manifestaciones aisladas – directas o indirectas- la protección de la personalidad.”

¹⁰ Ibidem, p. 27. “Así en Roma era desconocida esta clase de derechos, y la protección de la personalidad funcionaba a través de la *actio iniuriarum*.”

Havia, também em Roma, a pena de *infamia*, e que era, não sem razão, muito temida, ainda que até o reinado de Justiniano se tratasse apenas de uma sanção moral. As pessoas condenadas à *infamia*, ou seja, aquelas que agissem contra os preceitos da moral, do direito e da honradez, passavam a ser conhecidas como *personae ignominiosae*.

A partir de Justiniano, vê-se essa condenação moral à infâmia passar a ser imposta pelo Estado, e essas pessoas passam então a sofrer diversas restrições, como, por exemplo, o fato de poderem ter seus nomes retirados das listas das eleições, ou até mesmo a hipótese de poderem ser excluídas do Senado.¹¹

O cultor do Direito Romano, o qual possuía um cunho mais pragmático, poderia questionar aqui a efetividade da pena de infâmia no período anterior a Justiniano, quando se tratava tão-somente de uma sanção moral. Temos razões para crer na total efetividade da sanção. Roma, após suas conquistas territoriais, passou a dedicar-se cada vez mais ao comércio. Os romanos passaram a exercer o papel de motor comercial da antigüidade.

Destarte, infere-se que uma parcela importante de sua população dedicava-se ao comércio de forma profissional e organizada. Ora, é lícito pensar que na antigüidade um comerciante declarado *infamis* poderia ver-se prejudicado em seus negócios devido à desconfiança dos outros, mormente se tivermos em mente que a palavra empenhada, em priscas épocas, detinha muito maior valor do que atualmente.

Deste modo, um comerciante poderia facilmente ser arruinado na praça por ter sido declarado *infamis*, e, conseqüentemente, ter perdido seu bom nome e seu crédito. Em suma, por ter perdido sua reputação e honorabilidade. E se morresse sendo *infamis*, seus descendentes também se veriam conspurcados, pois a honra familiar era, na antigüidade, muito mais importante do que o é atualmente, embora sua importância ainda exista, e muito intensamente, em locais mais afastados. Assim, a pena de infâmia, segundo entendimento nosso, possuía, sim, grande efetividade. Ela será examinada com maior vagar posteriormente.

¹¹ José Carlos Moreira Alves, Direito Romano, vol.I, p.142.

Na Idade Média o conceito de honra muda de enfoque, devido, principalmente, à influência da Igreja Católica sobre a cultura da sociedade européia, sendo que, na Idade Moderna muda novamente a concepção da honra. Esta passa a ser encarada tendo-se em vista uma radical mudança de paradigma, onde Deus deixa de ser a medida de todas as coisas para dar lugar ao novo paradigma, vigente até nossos dias, segundo o qual o Homem passa a ser a medida de todas as coisas.

Na era contemporânea o conceito de honra foi ampliado, às vezes até exageradamente, o que contribui para torná-lo confuso e difícil de ser delimitado. É a fase onde a temática dos direitos da personalidade recebe maior apuro técnico, graças, principalmente, aos acontecimentos históricos que proporcionaram à humanidade uma maior preocupação com o homem individualmente considerado, deixando de ser encarado como sendo apenas uma parte de uma coletividade.

2. A PROBLEMÁTICA DO DIREITO À HONRA *POST MORTEM* NA SOCIEDADE ATUAL

Do que foi até aqui exposto, depreende-se que durante toda a História da humanidade (e não somente na antiguidade clássica) podem ser encontrados exemplos eloqüentes da proteção dos Direitos da Personalidade, ainda que até o século XIX tais exemplos, embora eloqüentes, sejam apenas pontuais, não se mostrando fruto de estudos sistemáticos.

Neste trabalho, uma das questões mais importantes é a concernente à delimitação da honra, tanto objetiva como subjetiva. Esta diferenciação, fácil de ser feita noutros tempos, torna-se hoje em dia mais difícil, mormente pelo aumento da complexidade da sociedade moderna, que possui novos anseios e metas, o que fez com que o conceito de honra se ampliasse, de um modo que poderia, até, ser considerado exagerado.

O Direito, sendo um produto social, não foge à regra desses questionamentos, que surgem a cada momento, devendo acompanhar a evolução da sociedade sob pena de tornar-se obsoleto e sem função, perdendo até mesmo a denominação de Direito.

Com efeito, ensina-nos Goffredo da Silva Telles Jr., referindo-se às normas, que elas, não se conciliando com o sistema dominante de convicções sobre o que deve e não deve ser feito – sistema que constitui o núcleo das legislações positivas legítimas – não são *normas*, porque contrariam a *normalidade*. São resoluções avulsas, determinações espúrias, contrárias à normalidade. São, de fato, imperativos contra o *Direito*. Não são o Direito, mas o *Torto*.¹²

Todas essas diferenciações e delimitações serão feitas com o fito de conferir ao direito à honra *post mortem*, uma maior aplicabilidade e justificação, respeitando-se, evidentemente, as particularidades de cada local e cultura, dado que um conceito tão intrínseco ao Homem não pode ser férreo numa sociedade tão particularizada quanto a nossa. A honra concebida numa metrópole não pode ser a mesma concebida num vilarejo rural. Uma igualdade total ensejaria injustiças e efeitos nocivos.

Sendo o direito à honra, e, por extensão, o direito à honra *post mortem*, tão importantes ao ser humano, é fácil inferir-se que muitos dos problemas que permearam a sua aplicação no decorrer da História permanecem, ainda que tenham assumido novas formas.

É o que ocorre, por exemplo, no que diz respeito às palavras injuriosas ou difamantes. A proteção contra uma tal conduta já era encontrada no Direito Romano clássico, conforme se verá posteriormente. Com efeito, a proteção à honra sempre visou palavras difamatórias e injuriosas, mas esta proteção se dava, tradicionalmente, no âmbito penal, exceto no Direito Romano, onde residia na seara dos delitos, muitos dos quais no decorrer da História passaram para a seara do Direito Civil exclusivamente. Durante os séculos XIX e XX, tal proteção deixa de ser exclusivamente penal e passa a se dar também no âmbito civil.

¹² Goffredo da Silva Telles Junior, *Iniciação na Ciência do Direito*, pp.208-209.

As hipóteses em que pode ocorrer o desrespeito ao Direito à honra *post mortem* tendem ao infinito, e, evidentemente, não é possível que se trate de todas elas neste trabalho. Após pensar muito a respeito, optamos por uma solução de cunho mais lógico e, ao mesmo, tempo, mais didático: começar do começo.

O direito à honra *post mortem* só passa a existir, como diz seu próprio nome, após a morte. Assim, o mais lógico seria que, não tendo um trabalho a capacidade de tratar de todas as hipóteses de desrespeito ao direito à honra *post mortem*, trate pelo menos daquelas diretamente ligadas ao evento morte, e de uma maneira cronológica.

Assim, primeiramente se tratará dos problemas freqüentes no que tange à preservação da memória do morto e que ocorrem logo após a decretação de seu óbito. Freqüentemente presenciam-se greves nos serviços funerários que acabam, devido à lentidão dos serviços que impõem, impossibilitando a realização do velório por motivos ligados à tanatologia. O cadáver é perecível. A demora faz com que sua decomposição aumente e com que se impossibilite a realização do velório, o que não é senão um grave desrespeito à honra *post mortem*.

Após a liberação do cadáver por parte do serviço funerário, procede-se ao velório. Uma conduta recorrente na sociedade atual e que desafia a aplicação do direito à honra *post mortem* está no fato tantas vezes presenciado de se fotografar, no leito de morte ou até mesmo em pleno velório, o morto e sua família a fim de que tais fotografias venham a estampar as primeiras páginas dos periódicos diários. O mesmo se dá com vítimas de assassinatos, que não poucas vezes têm sua fotografia no momento pouco depois de sua morte divulgada sem qualquer critério, unicamente por cobiça de editores.

O mesmo se dá em relação à TV, meio este de comunicação de massa, que de fato mudou toda a sociedade após seu advento na década de 30. A TV alcança mais lugares do que a mídia impressa, e tal fato pode contribuir para danos ainda maiores. Tanto fotografias quanto vídeos têm um potencial muito grande de ofender a honra *post mortem*.

Após o velório, providencia-se o enterro. Assim, será abordado também o respeito ao *ius sepulchri*, ou seja, o direito de ser sepultado e permanecer sepultado, o qual é freqüentemente desrespeitado pelas administrações dos cemitérios, sejam elas públicas, sejam elas particulares em regime de concessão ou permissão administrativa.

A discussão a respeito da intrincada questão acerca da legitimidade ativa para a proteção do direito à honra *post mortem* e do porquê de o ordenamento jurídico prever tal permissão jurídica será feita por meio da análise de conceitos da Teoria Geral do Direito, como, por exemplo, o de direito subjetivo, bem como dos conceitos de Direito Civil.

I. HISTÓRICO DA HONRA

Não existiu, durante toda a história, um povo sequer que tenha prescindido totalmente, direta ou indiretamente, do conceito de honra. Esta sempre se mostrou como sendo um dos pilares sobre os quais se mantém uma sociedade pretérita. Dependendo do conceito de honra imperante numa determinada sociedade, o fenômeno jurídico adquire diferentes vertentes que podem auxiliar na explicação de algumas facetas que o fenômeno jurídico possui hodiernamente.

É errado pensar-se que a honra esteve mais presente e mais protegida numa determinada época do que em outra época qualquer. A honra sempre esteve presente, assim como a honra *post mortem*. O máximo que se pode dizer a esse respeito é que o conceito de honra sempre se mostra como passível de enorme plasticidade.¹³

Desta forma, o presente capítulo visa a oferecer um panorama, ainda que de forma muito resumida, de como as sociedades que mais de perto influenciaram a cultura, e, pois, o Direito ocidental, encaravam a honra e sua tutela jurídica.

1. A HONRA NO DIREITO GREGO

O interesse e valor do Direito grego reside no fato de que tinha uma tendência para o útil e, em certos pontos, uma atenção especial para os elementos morais, no que se avantajava ao Direito Romano. O indivíduo aparece aí com uma independência maior do que em Roma, sendo que a liberdade se manifesta pela igualdade perante a lei, e pela igual cooperação de todos com relação ao estado.¹⁴

¹³ Ângelo Mário Costa e Trigueiros, Do Direito à Honra, (Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – departamento de Direito Civil. São Paulo, 1980), p.13.

¹⁴ Lino de Moraes Leme, Direito Civil Comparado, p.89.

A honra já se encontrava protegida na Grécia, e, se o Direito grego ainda se mostra um tanto quanto restritivo a esse respeito, podemos encontrar na literatura e na mitologia, as quais refletem o imaginário e os anseios mais imediatos desta sociedade que tanto influenciou a nossa, vestígios da tutela da honra.

Com efeito, é conhecida a passagem da mitologia grega na qual o Sol, que tudo vê, havia advertido Hefesto (o deus Vulcano dos romanos), de aparência burlesca e ridícula, das ligações existentes entre sua mulher, Afrodite (Vênus), e o deus da guerra, Ares (Marte).¹⁵

Hefesto, então, coloca um cepo sobre uma bigorna e forma grilhões indestrutíveis. Essas cadeias eram finas como teias de aranha e ninguém conseguia percebê-las, tal a habilidade com que haviam sido feitas. Mal Hefesto viu os dois culpados enredados nos fios, pôs-se a chamar todos os deuses.¹⁶

Estando os deuses do Olimpo reunidos, decidiram pela aplicação de uma pesada multa em favor de Hefesto por parte de Ares.¹⁷ O simples fato da existência de uma tal lenda já nos mostra ter sido praxe, desde os tempos homéricos, a reparação patrimonial por danos extrapatrimoniais.¹⁸

Partindo-se agora para uma análise estritamente jurídica da proteção da honra na Grécia antiga, é importante salientar que o Direito privado grego deixou poucos traços em nosso Direito moderno, e, ainda estes, por meio do Direito Romano.

É sabido que os gregos não eram muito afeitos a exprimir suas regras jurídicas por meio de fórmulas abstratas. Conforme assevera John Gilissen, há poucas leis e poucas obras jurídicas.¹⁹ Graças a essa quase que ausência de fontes escritas do direito grego, o direito privado mais conhecido da Hélade é o de Atenas.

¹⁵ René Ménard, *Mitologia Greco-Romana*, vol.2, p.155.

¹⁶ *Ibidem*, p.155.

¹⁷ *Ibidem*, p.155.

¹⁸ Wilson Melo da Silva, *O Dano Moral e sua Reparação*, p.28.

¹⁹ John Gilissen, *Introdução Histórica ao Direito*, p.77.

No Direito grego estavam englobados sob a mesma denominação tanto a injúria como a difamação, que recebiam o tratamento de delitos. É interessante notar que na Grécia Antiga a injúria tinha um conceito, e, conseqüentemente uma aplicação muito restritos. O tratamento era preciso e quase que taxativo.

A injúria somente se verificava em casos muito graves. Tal gravidade podia ser aferida segundo alguns aspectos, entre eles o da pessoa ofendida, o do lugar onde se deu a ofensa ou a intensidade da ofensa em si.

Com efeito, nos ensina Aparecida Amarante que a injúria no Direito grego assumia foros de muito grave se a pessoa ofendida fosse um magistrado no exercício de sua magistratura, ou, o que nos interessa mais de perto, se o ofendido fosse um morto.²⁰

Outro caso se dava no caso de a injúria ter sido proferida dentro de um tribunal ou num ofício público. Levando-se em conta a intensidade da ofensa em si, era esta reputada grave na hipótese de alguém ser chamado de homicida ou de violento contra os pais.²¹

A verificação da injúria ou difamação era muito restrita pelas leis. Isso gerou uma situação que culminou numa certa permissividade. A lei, rígida demais, acabou gerando um efeito contrário e se tornou permissiva em relação a outras espécies de condutas ofensivas à honra, reputadas menos graves, e que ficavam sem tutela jurídica.

O próprio Platão chegou a criticar a indulgência das leis gregas e a se posicionar contra elas, propondo que uma outra fosse feita, na qual a injúria tivesse um conceito, e, via de regra, uma aplicabilidade mais ampla.²²

²⁰ Aparecida I. Amarante, Responsabilidade Civil por Dano à Honra, p.32

²¹ Ibidem, p.32.

²² Ibidem, p.33.

2. A PROTEÇÃO DA HONRA EM ROMA

2.1 – A INFLUÊNCIA DO ESTOICISMO SOBRE O DIREITO ROMANO

O pensamento filosófico romano só pôde se desenvolver a partir do momento em que as famílias aristocráticas, após a centralização do governo nas mãos de César, praticamente esvaziando muitas magistraturas, puderam gozar de certa tranquilidade, ou seja, de uma vida sem trabalho, proporcionada pela riqueza do Império e pelo emprego de mão de obra escrava. Pôde, assim, dedicar-se às artes e à cultura.

Com efeito, diz Bernadete Siqueira Abrão que o pensamento romano floresceu nesse ambiente de ócio, mas ao contrário do que se deu na Grécia, o pensamento romano careceu de originalidade, e não alcançou o nível de abstração alcançado pelos gregos, exceto no Direito.²³ Na Filosofia, os romanos elaboraram um pensamento eclético no qual sobressaem as idéias de cunho moralizante.

O estoicismo foi introduzido em Roma aproximadamente em 140 a.C. por Panécio de Rodes, e, embora logo viessem a ser incluídos entre seus adeptos numerosos chefes influentes da vida pública, seu mais ilustre representante foi Cícero.²⁴

Segundo Michel Villey, a influência sobre o Direito Romano da doutrina clássica grega foi por muito tempo contestada, não sendo ainda reconhecida por muitos historiadores do Direito.^{25 a 26}

²³ Bernadete Siqueira Abrão, A História da Filosofia, p.84.

²⁴ Eduard McNall Burns, História da Civilização Ocidental, p.232.

²⁵ Michel Villey, Leçons d'Histoire de la Philosophie du Droit, p.30.

²⁶ Eis o texto original: "L'influence sur Le droit romain de la doctrine classique grecque a été longtemps contestée et n'est pas encore reconnue par beaucoup d'historiens du droit."

Entretanto, o mesmo autor diz não crer na força desta assertiva, justificando seu posicionamento por meio de diversos fatos conhecidos que denotam a existência de tal influência, como, v.g., o fato de os estudantes romanos da elite terem como preceptores escravos gregos, além do fato de a literatura grega ser amplamente praticada no mundo romano.^{27 a 28} Por fim, declara que em Roma, a escola era, sobretudo, grega, sendo que se pode explicar uma sociedade por suas escolas, sobretudo secundárias.^{29 a 30}

Por fim, Michel Villey dá o argumento mais convincente, a nosso ver, de que de fato houve forte influência grega sobre o Direito Romano. Diz o professor que no que tange aos juristas propriamente ditos do mundo romano, como Celso, Ulpiano, Paulo ou Papiniano, suas definições de Justiça, de Direito e de Direito Natural são as mesmas dos gregos, que eles aceitaram, pelo menos na aparência.^{31 a 32}

Com o tempo, o estoicismo passou a ser a filosofia dominante entre os romanos, apesar de haver certa influência, ainda, do epicurismo. Todavia, embora este ainda se exprimisse nas obras dos poetas, deixou de ser popular como sistema.³³

Segundo Eduard McNall Burns, as razões para o triunfo do estoicismo não são difíceis de serem apontadas. Com efeito, seu encarecimento do dever, da autodisciplina e da sujeição à ordem natural das coisas coadunava-se com as antigas virtudes dos romanos e com os seus hábitos conservadores. Além disso, sua insistência nas obrigações cívicas e na doutrina de cosmopolitismo tocava diretamente a mentalidade política romana e o orgulho de um império mundial.³⁴

²⁷ Michel Villey, *Leçons d'histoire de La Philosophie Du Droit*, pp.30-31

²⁸ Eis o texto original: “Je ne crois pas à La force de cette objection. (...) A l'époque de Cicéron, les enfants de l'élite romaine avaient comme précepteurs des Grecs; et la littérature grecque était largement pratiquée dans ce monde romain.”

²⁹ Ibidem, p.31.

³⁰ Eis o texto original: “Et, surtout, l'école était grecque. On peut largement expliquer une société par ses écoles surtout secondaires”.

³¹ Ibidem, pp.31-32.

³² Eis o texto original: “Quanta aux juristes proprement dits du monde romain, Celse, Ulpian, Paul ou Papinien, nous avons leurs définitions de la justice, du droit et du droit naturel. Ce sont celles memes des Grecs, qu'ils ont acceptées à tout le moins em apparence, à en juger par leur aveu.”

³³ Eduard McNall Burns, *História da Civilização Ocidental*, p.232.

³⁴ Ibidem, p.232.

Já o epicurismo era demasiado negativista e individualista para se harmonizar com as tradições coletivistas da história romana. Parecia não somente repudiar a idéia de qualquer finalidade no universo, mas até negar o valor do esforço humano. Uma vez que os romanos eram antes homens de ação do que pensadores especulativos, o ideal epicurista do filósofo solitário mergulhado no problema de sua própria salvação não podia atraí-los em definitivo.³⁵

Ressalte-se, entretanto, que o epicurismo desenvolvido em Roma diferia daquele desenvolvido na Grécia, pois as antigas teorias gregas foram abandonadas para dar lugar a um maior enfoque na política e na ética.

Cícero, além de destacado político romano, foi o autor de diversas obras filosóficas, entre elas *Sobre os fins*, *Sobre os Deveres* e *A Natureza os Deuses*. A preocupação básica de Cícero em suas obras era a convivência dos homens em sociedade, e defendia que embora o conhecimento da verdade absoluta fosse impossível, deveria existir alguma forma de conhecimento para assegurar o consenso.³⁶

Em seu “Sobre o Destino”, afirma que ficava muito tempo junto de amigos filósofos “procurando aqueles consensos que tocassem à paz e à concórdia dos cidadãos”, e afirma que “após a morte de César, todos os motivos de novas perturbações pareciam se resumir nessas deliberações”.³⁷

A parte que mais nos interessa da obra de Cícero é a sua ética, a qual se aproxima em muito da dos estóicos. Segundo Cícero, a virtude consiste em permanecer indiferente ao mundo, mas também não haveria mal em não desprezar os bens materiais, já que todos os homens agiriam desta forma. O mesmo raciocínio valeria para a religião.

Em síntese, o que importava para Cícero não era tanto o conhecimento das coisas por meio da razão, mas sim o que seria razoável e conveniente para os homens.³⁸ É exatamente

³⁵ Eduard Mcnall Burns, *História da Civilização Ocidental*, p.233.

³⁶ Bernadete Siqueira Abrão, *A História da Filosofia*, p.85.

³⁷ Cícero, *Sobre o Destino*, pp. 9-10.

³⁸ Bernadete Siqueira Abrão, *A História da Filosofia*, p.85.

sob este aspecto que difere o estoicismo concebido por seus fundadores gregos do Direito e da política, visto que estas duas áreas do conhecimento humano possuem em seu cerne um objetivo prático, que são, respectivamente, disciplinar a convivência humana (o Direito, pois, como uma disciplina da convivência³⁹) e bem governar (a política como a arte do bom governo, concepção esta aristotélica). O fato de o estoicismo romano ter se desviado para este caminho demonstra o pragmatismo inerente à civilização romana, e até mesmo aos seus maiores pensadores.

O estoicismo romano reflete o caráter pouco abstrato deste povo. Os debates de temas lógicos, tão freqüentes na Grécia, praticamente desaparecem em Roma, e as teorizações acerca da natureza nem sempre aparecem vinculadas à ética, o que era uma exigência do estoicismo original.⁴⁰

Nesse sentido, afirma Michel Villey que o estoicismo é mais uma doutrina moral do que política e jurídica, e continua ao dizer que os fundadores do estoicismo não tinham em vista a partilha dos interesses numa *polis*, pois a seu ver o sábio se desinteressava da *polis* e de suas convenções.⁴¹

O objetivo do estoicismo romano era a elaboração de idéias morais, e foi sobretudo nesse sentido que se esforçaram seus representantes maiores (Sêneca, Marco Aurélio e Epicteto, e, no Direito, influenciando-o em grande medida, Cícero).

Com efeito, a base da filosofia ética de Cícero era a presunção de que basta a virtude para a felicidade e de que o mais alto bem é a tranquilidade do espírito. Concebia como homem ideal aquele que, orientado pela razão, chegou à indiferença em relação à tristeza e à dor.⁴²

³⁹ Goffredo Telles Junior, *Iniciação na Ciência do Direito*, p.381.

⁴⁰ Bernadete Siqueira Abrão, *A História da Filosofia*, p.86.

⁴¹ Michel Villey, *A Formação do Pensamento Jurídico Moderno*, pp.67-68.

⁴² Eduard McNall Burns, *História da Civilização Ocidental*, p.227.

Cícero afirmava que ao jurar, quando deixou o consulado, na assembléia do povo romano, sentiu a recompensa das inquietações e cuidados que lhe produziam as injúrias, e que por mais que suas desditas tivessem mais de honras do que de trabalhos, e não tanto de inquietação como de glória, maior alegria recebeu pelos votos dos bons do que dor pela alegria dos maus.⁴³

Já se vê, no trecho acima, uma preocupação por parte de Cícero com as palavras injuriosas desferidas publicamente, e, também, maior preocupação em desenvolver o pensamento jurídico romano a ponto de proteger os cidadãos comuns, pois Cícero denota nesta passagem que só não se preocupou em muito maior medida porque era um estóico, e a indiferença em relação ao mundo material lhe permeava a personalidade. Todavia, que sorte de danos poderiam ser verificados em relação a um cidadão romano comum, sem tanta ilustração e força de caráter?

É apenas tendo-se em mente a influência exercida pelo estoicismo no pensamento romano como um todo, não escapando a essa regra o Direito, que é possível entender a mudança verificada quanto à proteção da honra no Direito Romano clássico e pós-clássico, e até mesmo hodiernamente, em relação à proteção desempenhada em tempos mais recuados na história romana.

O estoicismo influenciou consideravelmente o desenvolvimento do Direito Romano empreendido pelos grandes juristas dos séculos II e III de nossa era. Devido às suas contribuições para o pensamento romano e à sua tolerância, Cícero merece ser tido como um dos maiores homens que Roma produziu, pois ele encarnava o espírito do Império Romano no que ele tinha de melhor.

Estritamente no Direito, o estoicismo se mostra presente no *ius naturale*, que não foi fruto de uma prática jurídica, mas sim de filosofia. Os estóicos afirmavam que todos os

⁴³ Cícero, Da República, p.12.

homens são por natureza iguais e detentores de certos direitos que os governos não têm autoridade para transgredir, e o pai do *ius naturale* como princípio legal foi Cícero.⁴⁴

Com efeito, Cícero afirmava que o verdadeiro Direito é a razão justa, consoante à natureza, comum a todos os homens, constante, eterna. Promulgar decretos contra essa lei é proibido pela religião. Nem pode ser ela revogada ainda mesmo parcialmente. Nem temos, quer pelo Senado, quer pelo povo, o poder de nos livrar dela.⁴⁵

Inferre-se, portanto, que a “lei natural” concebida pelo estóico só tem alcance moral, estando disseminada na consciência individual. Não tem alcance jurídico por não ser autorizante, ou seja, não confere autorização à pessoa lesada por sua infringência para exigir pelos meios que a lei consagra seu cumprimento.⁴⁶

Entretanto, apesar de a lei natural estóica gozar somente de alcance moral, exerceu sensível influência sobre o Direito Romano clássico. Abrandou, por exemplo, os rigores sobre os escravos e peregrinos, além de ter promovido um avanço do consensualismo em Roma, v.g.⁴⁷

No campo da teoria geral do Direito, o estoicismo mostra sua influência no tocante à definição de lei natural constante das fontes desta época que nos chegaram. Exemplo claro é o conceito de Cícero, acima aludido. Outro exemplo é o de Ulpiano, o qual entende por Direito Natural relações jurídicas comuns a todos os seres animados (*quod natura omnia animalia docuit*).⁴⁸

Tamanha foi a influência exercida pelo estoicismo na teoria geral do Direito que a definição de *ius naturale* constante das Institutas de Justiniano, inspirada na definição que Gaio emprestou ao tema, possui sem dúvida matiz estóico. Segundo as Institutas,

⁴⁴ Eduard McNall Burns, História da Civilização Ocidental, p.242.

⁴⁵ Cícero, De Republica, III, 22.

⁴⁶ Goffredo Telles Junior, Iniciação da Filosofia do Direito, p.44.

⁴⁷ Michel Villey, A Formação do Pensamento Jurídico Moderno, p.68.

⁴⁸ Ibidem, p.69

“Direito Natural é o que a natureza ensinou a todos os animais. Este Direito não é próprio do gênero humano, mas comum a todos os animais que nascem no céu, na terra, e no mar. Dele resulta a união entre o macho e a fêmea, a que nós chamamos matrimônio, a criação dos filhos, e a sua educação. Vemos em verdade que também os outros animais usam desses direitos.”⁴⁹ a ⁵⁰

A dinâmica do estoicismo também contribuiu com o Direito romano no sentido de permitir que ele se modificasse de acordo com os anseios populares e da História. Não postulava, nos dizeres de Michel Villey, instituições permanentes, distanciando-se, assim, do Direito Natural, dado que admite que a maioria das instituições jurídicas provém de uma fonte histórica.⁵¹

Por conseguinte, o estoicismo contribuiu para a formação da interpretação romana do Direito, i.e., levou o intérprete romano a conferir maior valor ao texto positivo, histórico e à razão subjetiva do homem, bem como ao raciocínio dedutivo, contrariamente ao método oriundo do Direito Natural.⁵²

⁴⁹ Instituições de Justiniano, p.7.

⁵⁰ Ibidem, p.6. Eis o texto original: “*Ius Naturale est, quod natura omnia animalia docuit. Nam ius istud non humani generis proprium est, sed omnium animalium quae in coelo, quae in terra, quae in mari nascuntur. Hinc descendit maris atque foeminae conjunctio, quam nos matrimonium appellamus; hinc liberorum procreation et educatio. Videmus etenim caetera quoque animalia istius juris perita censi*”

⁵¹ Michel Villey, A Formação do Pensamento Jurídico Moderno, p.69.

⁵² Ibidem, p.69.

2.2 – A PROTEÇÃO DA HONRA OBJETIVA EM ROMA: A PENA DE *INFAMIA*

É sabido que a honra, tanto subjetiva como objetiva, já se encontrava protegida no Direito Romano clássico e pós-clássico. Conforme já foi aludido, havia a temida pena de *infamia*, inicialmente social, posteriormente estatal, aplicada contra aqueles que houvessem andado contra os ditames da moral, do Direito e da honradez.

A *infamia* protegia a honra objetiva, ou seja, o conceito que a sociedade faz do homem. Visava a proteger a honra do cidadão perante seus pares, além, e principalmente, de proteger os valores mais caros à sociedade romana. Já a honra subjetiva, ou seja, o conceito que o ser humano faz de si próprio, era protegida pelo instituto da *iniuria*, embora também servisse para o fim de se proteger a honra objetiva.

A função do instituto da *infamia* era a proteção da honra objetiva, mas esta era levemente diferente da honra objetiva que conhecemos nos moldes de hoje. A *infamia* protegia, verdadeiramente, uma espécie de “honra social”, ou seja, protegia aqueles valores mais caros à vetusta sociedade romana, tais como o decoro, a coragem, e energia etc. Deste modo, a *infamia* servia mais para proteger a honra da sociedade do que a do cidadão romano considerado individualmente.

Entretanto, a *infamia* indiretamente protegia a honra objetiva, tal qual a conhecemos hoje, dos cidadãos, dado que o temor neles inculcido de virem a tornar-se *personae ignominiosae* fazia com que procurassem agir o máximo possível da maneira pretendida pelo Direito, evitando, deste modo, que perpetrassem condutas que pudessem desaboná-los perante seus pares.

Deste modo, a *infamia* protegia, indiretamente, a honra objetiva do modo como a conhecemos hoje em dia por meio da proteção da honra objetiva tal qual era concebida nos tempos de Roma, ainda que tal conceito não existisse abstratamente formulado.

Biondo Biondi explica que a honra influi sobre o *status* pessoal, dado que a minoração da honra, nos casos taxativamente estabelecidos pela lei, modifica a condição jurídica.^{53 a 54} E mais à frente complementa ao asseverar que a honra não é somente valoração social, mas entidade jurídica compreendida no *status* das pessoas e tutelada pela lei.^{55 a 56}

Feitas essas considerações, passemos a conceituar a *infamia*. Segundo Thomas Marky, “restringiam a capacidade jurídica de gozo a *intestabilitas*, a *infamia* e a *turpitude*, que eram penalidades impostas em consequência de atos ilícitos, penalidades que importavam na falta de honorabilidade.”⁵⁷

Vandick Londres da Nóbrega assinala que a *infamia* era uma diminuição da honra que ocorria segundo algumas regras jurídicas e produzia consequências jurídicas.⁵⁸

Ensina-nos José Carlos Moreira Alves que anteriormente a Justiniano, os cidadãos romanos, a fim de gozarem de consideração pública, deveriam comportar-se não só de acordo com o Direito, mas também de acordo com a Moral e a honradez. Os que não o faziam sofriam restrições em sua capacidade jurídica, e isso já no período republicano⁵⁹, embora o nome dado a isso não fosse, tecnicamente, o de *infamia*.

Com efeito, existia a *turpitude*, que é por alguns autores chamada de *infamia facti*. Tratava-se da má reputação de uma pessoa em virtude da prática de ações menos dignas que, embora não lhe acarretassem a *infamia*, traziam sobre ela o desprezo por parte da sociedade.⁶⁰

⁵³ Biondo Biondi, Istituzioni di Diritto Romano, p.140.

⁵⁴ Eis o texto original: “*L’onore influisce sullo status personale, giacchè le menomazione dell’onore nei casi tassativamente stabiliti dalla legge modifica la condizione giuridica.*”

⁵⁵ Ibidem, p.140.

⁵⁶ Eis o texto original: “*L’onore non è soltanto valutazione sociale, ma entità giuridica compresa nello status delle persone e tutelata dalla legge.*”

⁵⁷ Thomas Marky, Curso Elementar de Direito Romano, p. 37

⁵⁸ Vandick Londres da Nóbrega, História e Sistema de Direito Privado Romano, p. 139

⁵⁹ José Carlos Moreira Alves, Direito Romano, vol.I, p.142

⁶⁰ Ibidem, p.143

Ebert Chamoun leciona que a *turpitude* não era senão a sanção da opinião pública dirigida contra quem praticasse ações torpes ou imorais, e que inabilitava a *turpis persona* à participação em certos atos que requeriam honorabilidade.⁶¹

Aquelas pessoas tachadas como *turpae* sofriam algumas restrições em sua capacidade jurídica, como, por exemplo, não poderem ser designadas para exercer certas funções, tais como a de tutor ou a de curador, visto que para o exercício de tais funções era necessário que se levasse em conta a dignidade da pessoa.

Até Justiniano as pessoas apenas com a *infamia* propriamente dita não sofriam qualquer condenação moral imposta pelo Estado. Somente a opinião pública as denominava *personae ignominiosae*. Foi Justiniano que, mantendo as causas e efeitos já existentes anteriormente, impôs a esses condenados uma condenação moral por parte do Estado, denominando-os *infamis*.⁶²

A *infamia* romana não suprimia a capacidade civil do indivíduo. Apenas a restringia. Não era, pois, uma hipótese de *capitis deminutio*. É o que escreve Eugène Petit. Ainda segundo o mesmo autor, a *infamia* “é unicamente um ataque à consideração de que desfruta na sociedade, que implica em perdas mais ou menos graves”⁶³

Inicialmente, a *infamia* era resultado ou da lei ou da decisão de censores. Estes possuíam grande influência política no Império Romano, já que uma das incumbências de sua magistratura era justamente elaborar as listas de eleitores, e aqueles cidadãos declarados infames não detinham direito de voto. Além disso, poderiam excluir do Senado algum senador ou da Ordem Equestre algum cavaleiro por meio da declaração de *infamia*.

O historiador italiano Guglielmo Ferrero, em seu “Grandeza e Decadência de Roma”, nos dá alguns argumentos eloqüentes que atestam a influência que possuíam os censores na vida política romana. Segundo o historiador, todos em Roma compreendiam que, restaurada a

⁶¹ Ebert Chamoun, Instituições de Direito Romano, p.68

⁶² José Carlos Moreira Alves, Direito Romano, vol.I, p.142

⁶³ Eugène Petit, Tratado Elementar de Direito Romano, p.195

república após as sangrentas guerras civis, se tornava também necessário reconstituir uma nobreza senatorial e uma ordem equestre, capazes de aplicar as riquezas em favor do povo em vez de esbanjá-las em luxo insensato ou em vergonhosas orgias, e que deveriam dar ao povo o exemplo das virtudes que mantêm um império conquistado à força: a fecundidade, o espírito de família, a abnegação cívica, o valor militar, a *rigidez dos costumes* (grifo nosso), ação e energia.⁶⁴

O próprio Horácio já havia indicado como principal causa do poder de Roma a pureza dos costumes conjugais nas austeras famílias de outrora. O que Horácio dizia era por todos desejado na Itália, e era muito exigida de Augusto a criação de leis contra o luxo exagerado, contra os maus costumes, contra o celibato etc., de modo que se restabelecesse a polícia dos costumes existente outrora, polícia esta confiada pela aristocracia aos censores.⁶⁵

Deste modo, gozavam os titulares desta magistratura de grande poder político, pois tinham suas decisões, inicialmente, e numa situação política tão crítica, respaldadas pelo clamor popular, podendo influir decisivamente em eleições para as mais importantes magistraturas.

Posteriormente, o poder dos censores passou a ser exercido, inúmeras vezes, ao sabor das intrigas políticas, a fim de privilegiar um grupo político em detrimento de outro. É por isso que as famílias mais ricas e influentes desejavam que pelo menos um de seus membros se tornasse censor. A censura, inicialmente tão cara, passa a ser desvirtuada.

No período em que a infâmia se resumia apenas a uma sanção social (e não estatal), também devia ser muito temida, pois ser taxado de infame poderia arruinar a honorabilidade de alguém perante o círculo social a que pertencesse. Tal efeito poderia ser potencializado se a pessoa fosse uma pessoa pública, como, v.g., um comerciante, conforme já aludido.

⁶⁴ Guglielmo Ferrero, *Grandeza e Decadência de Roma*, vol. IV, pp. 13 a 15.

⁶⁵ *Ibidem*, p.14.

Com efeito, a infâmia poderia deteriorar suas relações comerciais, e seu nome na praça. É por isso que temos motivos para acreditar que a infâmia, mesmo quando ainda se resumia apenas a uma sanção moral, meramente social, já era por demais temida devido aos efeitos perversos que poderia acarretar.

A mácula do nome, numa sociedade em que as relações interpessoais se tornavam cada vez mais intensas e mais importantes com a paulatina transformação de Roma na capital do mundo conhecido, poderia trazer à baila diversas perplexidades e contratempos.

Entre as causas que poderiam acarretar a pena de *infamia* neste primeiro período estão a intemperança, o perjúrio, a ostentação e a negligência na administração do patrimônio. Cabe ressaltar que *infamia*, declarada pelo censor, durava até que houvesse uma outra decisão de um outro censor seguinte revogando-a. Tal revogação se dava apagando as *notae censoriae* da lista do recenseamento.⁶⁶

Posteriormente, já no período republicano a *infamia* passou a ser passível de ser aplicada como penalidade prevista em alguma lei penal. Exemplo disso é a *Lex Julia repetundarum*, a qual, no ano 59 a.C., restringia o número de presentes que um governador de província poderia receber, além de prescrever que ele deixasse as finanças da província equilibradas antes de deixar seu governo. Outro exemplo, ainda, é a *Lex Julia de Vi*, que tachava de infames os condenados em matéria penal.⁶⁷ Aqui, a infâmia causava sérios embaraços, como, por exemplo, a proibição de ser senador, de acesso a qualquer cargo público, entre outros entraves.

Conforme ensina Eugène Petit, a pena de infâmia não suprime a pessoa civil do cidadão romano, como a *capitis deminutio*, tratando-se unicamente de um ataque à consideração que desfrutava da sociedade, que implica a ele penas mais ou menos graves.⁶⁸

⁶⁶ José Carlos Moreira Alves, *Direito Romano*, p.142.

⁶⁷ Eugène Petit, *Tratado Elementar de Direito Romano*, p. 196.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 196.

A causa da *infamia*, neste segundo período, estava no fato de ter sido alvo de condenação criminal. Esta *infamia*, não é inútil dizer, durava, formalmente, até a morte do condenado. Todavia, seus efeitos poderiam ser apagados por decisão do Senado ou do Imperador. Ressalte-se que os efeitos poderiam ser apagados, mas a pecha de infame persistiria, no plano fático, até a morte, como ocorre socialmente até hoje com os condenados em matéria criminal.

Após essa fase evolutiva na qual a *infamia* passa a ser prevista em leis penais, vem a fase na qual ela passa a ser prevista nos editos dos Pretores. Aqui, os efeitos também poderiam ser graves, como, por exemplo, a perda da capacidade postulatória ou de se constituir em *procurator* de outrem.⁶⁹

É interessante notar que aqui existe uma pequena divergência por parte da doutrina romanista. Segundo Wenger, citado por Vandick Londres da Nóbrega, o pretor não tinha o poder e nem motivos para declarar qualquer excluído do *ius postulandi* infame, bem como de diminuir a honorabilidade de ninguém.⁷⁰

Todavia, Gaio aponta em seus escritos que aqueles a quem o pretor assim despreza são chamados de infames.⁷¹ Não ficou claro para a História se o vocábulo, aqui, foi usado por Gaio no sentido restrito, técnico, ou apenas no sentido coloquial, vulgar.

Neste terceiro e último período da *infamia*, suas causas poderiam ser condenações criminais e civis que implicaram má-fé do demandado, como a bigamia, ou exercício de certas profissões, tais como a de comediante ou a de gladiador, v.g.⁷² A duração deste tipo de infâmia é idêntica à da *infamia* resultante de leis penais, e seus efeitos podem ser afastados das mesmas formas.

⁶⁹ Eugène Petit, Tratado Elementar de Direito Romano, p. 196.

⁷⁰ Vandick Londres da Nóbrega, História e Sistema de Direito Privado Romano, pp.139-140.

⁷¹ Ibidem, pp.139-140.

⁷² Eugène Petit, Tratado Elementar de Direito Romano, p. 197.

A *infamia*, por fim, podia ser mediata ou imediata. Era imediata se pudesse ser aplicada imediatamente por si só, ou seja, independentemente de condenação judicial, por meio da simples verificação de um fato. Exemplos são os casos de simples exercício de ofício desonesto, demissão desonrosa da classe militar, bigamia, entre outros casos.⁷³

Era mediata, todavia, se tivesse sido aplicada após condenação judicial por certos atos reputados indignos desde que praticados como um castigo de honra (exemplo: condenados em ação de furto e *iniuria*).⁷⁴

Da mesma maneira que a aplicação da *infamia* visava, indiretamente, à proteção da honra objetiva no Direito Romano, o instituto da *iniuria* tinha por escopo a proteção da honra objetiva, embora servisse também e indiretamente para a proteção da honra subjetiva.

Com efeito, a diferenciação entre honra objetiva e subjetiva não existia em Roma devido ao pragmatismo inerente ao romano. Os romanos, e, conseqüentemente o seu Direito, não eram muito afeitos a abstrações e conceitos.

2.3 - A PROTEÇÃO DA HONRA SUBJETIVA EM ROMA: O INSTITUTO DA INIURIA

Segundo lição de Biondo Biondi, *iniuria* em sentido amplo é o elemento fundamental de qualquer delito; denota a antijuridicidade da ação. Em sentido estrito é uma figura particular de delito, que se concretiza na ofensa à integridade material ou moral de uma pessoa, punido sob o perfil mais da ofensa do que do dano.^{75 a 76}

⁷³ José Carlos Moreira Alves, Direito Romano, p. 142.

⁷⁴ Vandick Londres da Nóbrega, História e Sistema de Direito Privado Romano, p. 140.

⁷⁵ Biondo Biondi, Istituzioni di Diritto Romano, p.533.

⁷⁶ Eis o texto original: “*Iniuria in senso largo è l’elemento fondamentale di qualsiasi delitto; denota la anti giuridicità dell’azione. In senso stretto è una figura particolare di delitto, che si concreta nell’offesa all’integrità materiale o morale di una persona, punito sotto il profilo più dell’offesa che del danno.*”

Mario Talamanca, em seu *Istituzioni di Diritto Romano*, nos leciona que a *iniuria*, no período clássico, consiste, em linha principal, na ofensa à honra e ao decoro de uma pessoa, de qualquer modo efetuadas, e ainda, mas marginalmente, nas lesões pessoais.^{77 a 78}

Thomas Marky assinala que a *iniuria* consiste no delito consistente na ofensa ilícita e dolosa de alguém, causada à pessoa de outrem, sendo que tal ofensa poderia ser tanto física quando moral⁷⁹, tornando assim a abrangência do instituto extremamente ampla.

Ebert Chamoun nos ensina que a *iniuria* era o atentado à pessoa física ou moral do cidadão, não tendo ainda as XII Tábuas noção completa de tal delito, punindo apenas algumas espécies de violência física.⁸⁰

Alexandre Corrêa e Gaetano Sciascia definem a *iniuria* como sendo a ofensa de qualquer espécie, física ou moral, feita a uma pessoa, contra o Direito.⁸¹

Já Vandick Londres da Nóbrega assevera que o instituto da *iniuria* se encontrava entre os delitos privados, ou seja, aqueles atos ilícitos que acarretavam o pagamento de certa quantia de dinheiro (*poena*) em favor da vítima.⁸² Segundo o mesmo autor, a *iniuria* consistia, numa acepção ampla, em qualquer ato ilícito, ou seja, contrário ao Direito, sendo que no Direito Romano clássico indica os atentados à pessoa do cidadão.⁸³

Eugène Petit escreve que a *iniuria*, numa acepção mais restrita, designa o ataque à pessoa, ao passo que o *damnum iniuria datum*, reprimido pela *Lex Aquilia de Damno* é um dano injustamente causado a coisa alheia.⁸⁴

⁷⁷ Mario Talamanca, *Istituzioni di Diritto Romano*, p.629.

⁷⁸ Eis o texto original: “*In periodo classico l’iniuria consiste in linea principale nelle offese all’onore e al decoro di una persona, comunque attuate, ed ancora – ma marginalmente – nelle lesioni personali.*”

⁷⁹ Thomas Marky, *Curso Elementar de Direito Romano*, p. 137.

⁸⁰ Ebert Chamoun, *Instituições de Direito Romano*, p. 409.

⁸¹ Alexandre Corrêa e Gaetano Sciascia, *Manual de Direito Romano*, p.226.

⁸² Vandick Londres da Nóbrega, *História e Sistema do Direito Privado Romano*, p.445

⁸³ *Ibidem*, p.446.

⁸⁴ Eugène Petit, *Tratado elementar de Direito Romano*, p.620.

José Cretella Júnior leciona que *iniuria*, que etimologicamente significa ato contrário ao Direito (in+jus, iuris), designa, na época clássica, todo delito contra a pessoa física ou moral o cidadão. Na Lei das XII Tábuas, *iniuria* designa todo tipo de violência leve.⁸⁵

José Carlos Moreira Alves nos diz que *iniuria* consiste, em acepção ampla, em qualquer ato que é praticado sem que se tenha direito, sendo, portanto, elemento essencial de qualquer delito. Em acepção estrita, consiste na figura particular do delito, que se apresenta quando há ofensa à integridade física ou moral de alguém.⁸⁶

Ângelo Mário Costa Trigueiros ensina que em Roma a injúria tinha duas acepções: em sentido amplo, significava uma ofensa a um direito inominado – “*omne quod non jure fit, injuria fieri dicitur*”.⁸⁷ Numa acepção restrita, a injúria consistia naquilo que se fizesse ou se dissesse com o propósito de se ofender a alguém – chamava-se, então, de “*contumelia convicium*” e “*maledictio*”.⁸⁸

Foram aqui expostos tantos conceitos de diferentes romanistas de escol a fim de que se veja que são unânimes em colocar também as ofensas de cunho moral entre aquelas punidas pelo instituto da *iniuria*. Isto demonstra o quão avançado era para a época o Direito Romano. Caio Mário da Silva Pereira nos brinda uma elucidativa passagem acerca da atualidade que ainda possui o Direito Romano.

Segundo o grande civilista, o Direito Romano, depois de ter sido vertido em normas puras e simples, tão simples e tão puras que o faziam de todos conhecido, e aprendido decor pela crianças nas escolas, *ut carmen necessarium*, sua evolução prosseguiu com aquela segurança exemplar, animando a fórmula sem dela desprender-se de todo, vivificando um corpo com a inspiração do gênio da raça, tão grande, tão sóbrio e tão preciso, que sobre ele pôde ser construído todo o direito do ocidente, e apesar dos séculos terem passado sobre os

⁸⁵ José Cretella Júnior, Curso de Direito Romano, p.306.

⁸⁶ José Carlos Moreira Alves, Direito Romano, vol.II, p.276

⁸⁷ Em tradução livre de nossa parte: “tudo aquilo que não é jurídico é dito injúria”

⁸⁸ Ângelo Mário Costa e Trigueiros, Do Direito à Honra, (Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – departamento de Direito Civil. São Paulo, 1980), p.54.

destróços do *Imperium*, recebe o Direito moderno o influxo permanente daquele espírito superior, encarecendo a admiração profunda que é tributada a quem soube erigi-lo.⁸⁹

Ao cultor do Direito Romano, causa espécie o estudo da aceitação, jurisprudencial num primeiro momento e legislativa posteriormente, da possibilidade de se conceder uma indenização por dano moral no Brasil, onde, somente a partir 1988, com a promulgação da Constituição Federal, passou a haver previsão legislativa neste sentido, quando uma civilização nascida mais de dois milênios antes da nossa já os previa, ainda que de forma um tanto quanto diferente.

No princípio, as XII Tábuas cominavam multas pecuniárias para coibir violências de caráter físico. O valor da multa indenizatória por quebrar um osso de alguém (*os fractum*) era de 300 asses, ou de 150 asses se a vítima fosse um escravo, por exemplo. Era assim no período pré-clássico do Direito Romano.⁹⁰

A repressão prevista na Lei das XII tábuas logo se tornou inadequada ao ritmo de evolução da sociedade romana. Deste modo, a *actio iniuriarum* passou a ser *aestimatoria*, ou seja, eram levadas em conta as circunstâncias de tempo, lugar, e as qualidades das pessoas, segundo as quais se estabelecia o *quantum* indenizatório.⁹¹

Deste modo, a fim de se conferir ao instituto uma aplicabilidade satisfatória, ainda que seu conceito tenha sido em muito alargado, dá-se à *actio iniuriarum*, a fim de condenar-se o autor na *iniuria* ao pagamento de uma quantia a ser arbitrada pelo juiz popular de acordo com a gravidade do delito perpetrado, o caráter de *aestimatoria*.⁹²

Além da acelerada evolução por que passava a sociedade romana, à medida que a depreciação natural da moeda se foi dando ao longo das décadas, fazendo com que o valor das indenizações constantes das XII Tábuas se tornassem irrisórios, o pretor viu-se obrigado a

⁸⁹ Caio Mário da Silva Pereira, *Lesão nos Contratos*, p.15.

⁹⁰ Alexandre Corrêa e Gaetano Sciascia, *Manual de Direito Romano*, p.226.

⁹¹ *Ibidem*, p.226.

⁹² *Ibidem*, p.278.

intervir. Assim, por meio de um *generale edictum*, prescreveu que a pena deveria ser estimada pelo *arbitrium* do juiz (*actio iniuriarum aestimatoria*).⁹³

Portanto, quem teve o papel fundamental de conferir aplicabilidade ao instituto constante das XII Tábuas foi o pretor, dotado de sensibilidade suficiente para perceber que, se não o fizesse, condenaria um tão útil instituto para a manutenção da paz social a cair em total descrédito, e, pois, completo desuso.

Percebe-se, destarte, o importante papel que sempre teve o *ius honorarium* para o desenvolvimento do Direito Romano como um todo. Sem sua maleabilidade e, pois, a enorme capacidade de inovação, dificilmente o Direito Romano poderia ter correspondido aos anseios da sociedade de então.

O fato de uma multa pecuniária com caráter indenizatório ter seu montante definido por um juiz popular reflete a necessidade premente que existia de se encontrar um meio eficaz de coibir condutas atentatórias contra a honra de outrem.

Conta-se inclusive a história de um certo Lucius Veratius, o qual se comprazia em verberar, com a mão, o rosto dos cidadãos livres que encontrava na rua. Um escravo que o seguia com o dinheiro, entregava vinte e cinco asses (valor da multa previsto na Lei das XII Tábuas) a todos aqueles em quem o *dominus* batia.⁹⁴

Se não houvesse esta determinação por parte de um juiz popular, continuando-se a aplicar as penas pecuniárias exatamente como previstas na Lei das XII Tábuas, não teria havido um desencorajamento eficaz de condutas tão perniciosas quanto ofensas morais a outrem, comprometendo-se, assim, a paz social como um todo. O Direito, em suma, não cumpriria seu papel maior.

⁹³ Alexandre Corrêa e Gaetano Sciascia, Manual de Direito Romano, p.278.

⁹⁴ Vandick Londres da Nóbrega, História e Sistema do Direito Privado Romano, p. 446.

No mesmo diapasão, posteriormente, passou o pretor, por meio de seus editos, a punir condutas isoladas, tais como o tumulto de que resultassem palavras injuriantes, o ultraje ao pudor da *materfamilias* e do menor e até mesmo atos atentatórios em geral à reputação do indivíduo.

É assim que o pretor passa a reprimir ofensas feitas publicamente por meio de palavras infamantes. É a fórmula contida no *edictum de convicio*. A fórmula, segundo tradução livre, feita de nossa parte, era a seguinte:⁹⁵ “Àquele que, oposto aos bons costumes, fizer qualquer insulto por meio de qualquer obra feita que for dita, na qual se faça insulto contra os bons costumes: neste juízo darei (a ação).”⁹⁶

Posteriormente, tem-se notícia de um *edictum de adtemperata pudicitia*, o qual reprimia ofensas ao pudor. Infelizmente, a fórmula contida neste edito perdeu-se e não chegou a nós.⁹⁷

Havia também o *edictum ne quid infamandi causa fiat*, que reprimia qualquer atentado à honra do indivíduo, tais como escritos injuriosos.⁹⁸ Sua fórmula, também em tradução livre, dizia: “Que não se façam ocasiões infamantes. Quem, contra isto, fizer, segundo qualquer coisa que seja, será punido”⁹⁹

Com efeito, o pretor, no período clássico, com o auxílio da jurisprudência, atua em dois sentidos. Primeiramente, amplia o conceito do delito da *iniuria*, fazendo com que ele passe a abranger não somente ofensas físicas, mas também as ofensas à honra de outrem. Exemplos disso são o insulto e a atuação de alguém para provocar que outrem seja declarado *infamis*, ou ainda para fazê-lo perpetrar atos contrários aos bons costumes.

⁹⁵ Vandick Londres da Nóbrega, História e Sistema do Direito Privado Romano, p.447.

⁹⁶ Eis o texto original: “*Qui adversus bonos mores convicium cui fecisse cuiusque opera factum esse dicetur, quo adversus bonos mores convicium fieret: in eum iudicium dabo*”

⁹⁷ Ibidem, p.447.

⁹⁸ Ibidem, p.447.

⁹⁹ Ibidem, p. 447. Eis o texto original: “*Ne quid infamandi causa fiat. Se quis adversus ea fecerit, prout quaequae res erit, animadvertam.*”

Em segundo lugar, cria a *actio iniuriarum*, com o objetivo de condenar o autor da *iniuria* em quantia a ser avaliada pelo juiz popular, conforme a maior ou menor gravidade do delito.¹⁰⁰

É também no período clássico do Direito Romano que se inicia a lenta passagem da *iniuria* do campo dos delitos privados para o campo dos delitos públicos, principalmente após o advento da *Lex Cornelia Iniuriis*, pela qual poderia a vítima, em caso de *iniuria atrox*, obter o julgamento de réu pelas *Quaestiones Perpetuae*, tribunais que julgavam delitos públicos, impondo, conseqüentemente, penas públicas.¹⁰¹

3. A HONRA NO DIREITO TALMÚDICO

É muito comum, quando se pretende traçar uma linha histórica e evolutiva de um instituto jurídico ou de uma categoria de direitos, que sejam citados, como formadores de nosso Direito atual, o Direito Romano, o Direito Canônico, o Direito francês, o Direito alemão, o Direito português etc.

Nada mais lógico, dado são as linhas que mais de perto influenciaram, e continuam influenciando, a formação da cultura jurídica brasileira, seja pela antiguidade milenar que possuem, como é o caso do Direito Romano e do Direito Canônico, seja por outros fatores históricos, como, v.g., a colonização e a influência da cultura européia no mundo como um todo.

Na imensa maioria das vezes, esquece-se de abordar, ainda que de forma resumida, um Direito que tem máxima importância para a formação da cultura ocidental. Trata-se do Direito Talmúdico, ou seja, a tradição jurídica dos judeus. Este, com toda a antigüidade que possui, serviu de influência, sob muitos aspectos, à civilização ocidental, em seu importante impulso

¹⁰⁰ José Carlos Moreira Alves, *Direito Romano*, vol.II, p.277.

¹⁰¹ *Ibidem*, p.278.

teórico para a caracterização dos direitos da personalidade, de cujo rol faz parte o direito à honra *post mortem*.

A influência do Direito Talmúdico existe, sem sombra de dúvida, mais destacadamente ainda quando temos em mente que o próprio Cristianismo surgiu como uma dissidência do Judaísmo. A origem deste se perde nas brumas da História, ao passo que aquele possui cerca de dois mil anos de existência.

Assim, quando se percebe que o Judaísmo e o Cristianismo têm entre si um liame passado comum, sendo este um desdobramento daquele, não surpreende o fato de que suas respectivas tradições jurídicas possuam o mesmo liame, tendo o direito talmúdico influenciado, embora em menor medida do que se deu em relação às religiões e teologias, a formação do Direito Canônico.

Esta influência, ainda que possa ser considerada muito tênue, embora de suma importância, é verificada, por exemplo, por meio da influência sobre a mentalidade cristã acerca do dever de respeito à pessoa humana.

É intuitivo que uma tradição jurídica sobre um sistema religioso com milênios de existência tenha tido o poder de influenciar o então novel Direito Canônico. Quando nos lembramos de que a base cultural da sociedade ocidental não é apenas cristã, mas judaico-cristã, evidencia-se a importância de se conhecer, ainda que de forma superficial, o Direito Talmúdico.

O Direito Talmúdico corresponde apenas a uma fase, a mais importante, da história do Direito Judaico. Com efeito, Lino de Moraes Leme ensina, referindo-se ao Direito Judaico, que sua história tem duas fases: a primeira, que se passa na época bíblica e termina com o exílio babilônico, e a segunda, que é a época talmúdica, indo do exílio babilônico à revolta dos macabeus.¹⁰²

¹⁰² Lino de Moraes Leme, Direito Civil Comparado, p.98.

Segundo o civilista, após a destruição de Jerusalém por parte dos romanos, os judeus que aí permaneceram foram reconhecidos como uma comunidade religiosa e civil que podia viver segundo suas leis. Nasceu, então, um direito diferente do mosaico, fundado, em parte, nos princípios do Direito Romano, elaborado cientificamente pelos rabinos, os mestres da religião e do Direito.¹⁰³

Segundo Ze'ev W. Falk, o Direito Talmúdico teve início com a submissão do povo, que retornava da Babilônia, à Lei da Torá. Continua o autor ao dizer que um fator adicional no desenvolvimento do Direito Talmúdico foi o privilégio concedido a Esdras, o escriba, por parte de Artaxerxes, o rei dos Persas, para que nomeasse juízes locais para a administração da justiça, e a publicação da Lei de Deus e da Lei do Rei.¹⁰⁴

Tal é a origem do Direito Judaico, do qual o Talmude se mostra como sendo um seu desenvolvimento natural. Talmude significa conhecimento, estudo, que é o mandamento mais importante na vida judaica.¹⁰⁵ O Talmude é o estudo da lei, mas não somente dela. Também é o estudo de normas práticas (Halakhá) e dos ideais que as sustentam (Agadá).¹⁰⁶

Como é encarada a honra perante o Direito Talmúdico? A honra goza, no âmbito deste sistema jurídico, da mais alta importância, sendo resguardada já há séculos, embora a nomenclatura seja algumas vezes modificada, até por questões de tradução. Segundo Samuel Belkin, a condição sagrada da pessoa, aplicada a um princípio legal, confere a cada homem outros direitos, além do direito à vida.¹⁰⁷

É interessante notar que o Direito Talmúdico reconhece o direito à dignidade, direito este que, no ocidente, após a queda do Império Romano e a conseqüente decadência de seu direito, só voltou a ser objeto de debates em torno dos séculos XIV e XV, durante o Renascimento.

¹⁰³ Lino de Moraes Leme, *Direito Civil Comparado*, p.97.

¹⁰⁴ Ze'ev W. Falk, *O Direito Talmúdico*, p.17.

¹⁰⁵ *Ibidem*, p.11

¹⁰⁶ *Ibidem*, p.11.

¹⁰⁷ Samuel Belkin, *A Filosofia do Talmud*, p.104.

Ainda assim, o debate foi meramente doutrinário, sendo que o ocidente teve de esperar até o advento da Revolução Francesa para que alguns direitos da personalidade, de caráter mais político do que individual, fossem reconhecidos e defendidos pelo Estado de forma explícita e efetiva.

O direito à dignidade recebe no Direito Talmúdico um delineamento legal nas leis referentes à compensação pelas injúrias recebidas.¹⁰⁸ Aqui, deve-se entender que o bem jurídico resguardado pelo direito talmúdico no direito à dignidade pode ser equiparado de forma perfeita à honra objetiva, cuja proteção foi tão bem engendrada no Direito Romano.

Deste modo, quando se fala em direito à dignidade e à tutela correspondente no Direito Talmúdico, deve-se entender o direito que a pessoa tem de ver sua honra objetiva resguardada de ataques de qualquer espécie, mormente quando se leva em conta que a pessoa goza, neste sistema jurídico, de um caráter verdadeiramente sagrado.

Existe uma diferenciação básica no Direito talmúdico entre a injúria proferida e indignidade infligida a outrem. No caso da injúria, ainda que o ofendido seja a mais alta das dignidades sociais, sua injúria é avaliada como se fosse ele o mais humilde dos homens.¹⁰⁹

É diferente do que ocorre nos casos de indignidade, nos quais são levados em conta diversos fatores, como a situação do humilhado dentro da comunidade daquele que lhe inflige a humilhação, bem como sua situação dentro da comunidade de que faz parte. Aqui, os rabinos admitem uma relação entre a sensibilidade do humilhado, o local onde se deu a humilhação e a intenção de quem lançou a indignidade.¹¹⁰

Considera-se, por exemplo, maior a humilhação ocorrida na rua do que a humilhação ocorrida num banho público.¹¹¹ A preocupação do Direito Talmúdico em definir de forma

¹⁰⁸ Samuel Belkin. A Filosofia do Talmud, p.104.

¹⁰⁹ Ibidem, p.105.

¹¹⁰ Ibidem, p.105.

¹¹¹ Ibidem, p.105.

exata o que seja indignidade e o que seja humilhação se deve ao fato de se encarar o homem como tendo sido criado à imagem e semelhança de Deus.

Para os rabinos, infligir indignidade a um homem, ou seja, ofender-se sua honra objetiva, seja ele um homem livre ou um escravo é uma das ofensas mais sérias.¹¹² Deste modo, conclui-se que no Direito Talmúdico, toda e qualquer pessoa é protegida da humilhação e da indignidade.

No que diz respeito à consideração dos caracteres especiais de cada pessoa para fins de indenização, é impossível determinar o valor das personalidades humanas, sendo que o mais humilde dos homens, ainda que escravo de outro, é considerado de forma igual à que se considera um homem livre. São, pois, considerados como iguais.

Tal se dá porque, na religião judaica, absolutamente todos os homens são igualmente criações de Deus, não podendo qualquer um deles sofrer humilhações ou indignidades sem que o responsável por isso seja punido. Admitir o contrário seria o mesmo que admitir a possibilidade de se ofender a Deus impunemente.

Outro dado interessante reside no fato de que mesmo que alguém tenha por costume degradar a própria dignidade, é proibido às outras pessoas infligir-lhe indignidade.¹¹³ Tal ocorre porque no Talmude a dignidade humana não é determinada pela atitude da pessoa com relação a si mesma, mas sim como uma graça de Deus, inerente ao homem, pois ele é criado à sua imagem e semelhança. Assim sendo, ninguém tem o direito de infligir uma indignidade ao seu semelhante.¹¹⁴

Atualmente, o Direito Talmúdico tem, no Estado de Israel, aplicação no campo do direito de família e é reconhecido como precedente e princípio geral de Direito no ordenamento jurídico israelense, que é um ordenamento laico. Nesse sentido, trata-se de um

¹¹² Samuel Belkin, A Filosofia do Talmud, p.106.

¹¹³ Ibidem, p.107.

¹¹⁴ Ibidem, p.107.

interessante exemplo de recepção de um direito tradicional por um Direito positivo moderno, que nele encontra uma inspiração legitimadora.¹¹⁵

4. A HONRA NO DIREITO CANÔNICO

É inegável a influência exercida pelo Direito Canônico no Direito ocidental como um todo. Chega-se até mesmo a comprar sua influência com a influência exercida pelo Direito Romano. Todavia, as diferentes maneiras pelas quais se dá a criação destes Direitos permite que se elucubre acerca da continuidade desta influência para o futuro.

Lino de Moraes Leme leciona que o Direito Romano é um monumento científico, que continuará a viver na ciência do Direito, ao passo que o Direito Canônico permanecerá, nas legislações, como um monumento histórico.¹¹⁶ Todavia, é conhecida a notável influência da Igreja sobre as transformações do Direito.

É da Igreja o crédito por diversas medidas humanitárias no Direito, que vão desde a situação dos escravos até o casamento putativo. A influência da Igreja também pode ser verificada, ainda hoje, em muitos ordenamentos em que se admite o casamento religioso com efeitos civis. Além disso, a Igreja em muito contribuiu para a melhora da condição civil da mulher.¹¹⁷

Enfim, a influência da Igreja foi marcante no que diz respeito a certos ramos do Direito público e privado, principalmente àqueles tocados mais de perto pela idéia de equidade. Sob a influência do estoicismo, a *aequitas* passou a ser o princípio da razão natural, oriunda da razão universal, que governa todas as coisas, ou seja, propriamente o Direito Natural, em virtude do

¹¹⁵ Ze'ev W. Falk, O Direito Talmúdico, p.8.

¹¹⁶ Lino de Moraes Leme, Direito Civil Comparado, p.143.

¹¹⁷ Ibidem, pp.139-140.

qual as leis se fundam na liberdade e na igualdade, nos sentimentos de natureza, nos afetos espontâneos do homem, nas inspirações da reta razão.¹¹⁸

A implantação dos ideais de *aequitas* e do estoicismo caminharam lentamente, o que só mudou quando o Imperador Constantino investiu os bispos de numerosos privilégios temporais, entre eles, o de poderem julgar independentemente das formas dos órgãos do Poder Judiciário. A partir de então, conduziram eles com maior vigor e rapidez o Direito à razão e à equidade, antepondo os preceitos religiosos e morais aos preceitos civis.¹¹⁹

É evidente que o tratamento conferido ao direito à honra não poderia deixar de modificar-se perante uma tão acentuada modificação da forma como se encara o fenômeno jurídico. O Direito Canônico buscou, no tocante à proteção da honra, grande parte de sua inspiração no Direito Romano, embora elementos peculiares à própria Igreja não possam ser desprezados.

No Direito Canônico, a proteção da honra se dava principalmente por meio da aplicação da pena de infâmia. Aqui, trata-se da *infamia* romana, mas com algumas modificações, já que dotada de muitas novas hipóteses que acarretavam sua aplicação, em virtude, mesmo, das transformações por que passava a sociedade.

O Direito Canônico adotava a mesma distinção adotada pelo Direito Romano, qual seja, aquela entre a *infamia facti* e a *infamia iuris*. A primeira consistia na perda ou na diminuição da boa reputação devido a mau comportamento ou prática de um delito. Já a *infamia iuris* consistia naquela cujas hipóteses de aplicação estavam taxativamente estabelecidas no direito comum canônico.¹²⁰

Entre as penalidades impostas pelo Direito Canônico, estão a exclusão do exercício de função sacra, o impedimento de votar nas eleições eclesiásticas ou até mesmo de receber a

¹¹⁸ Lino de Moraes Leme, Direito Civil Comparado, p.135.

¹¹⁹ Ibidem, pp.135-136.

¹²⁰ Aparecida I. Amarante, Responsabilidade Civil por Dano à Honra, p. 34.

sagrada eucaristia, o que, numa época marcada por um sentimento religioso profundo, se mostrava deveras grave.¹²¹

A fim de se conferir uma maior garantia de que as penalidades produzissem os efeitos desejados, adotava-se um procedimento pelo qual era proferida uma sentença declaratória de *infamia*, a qual podia ser revogada por meio de dispensa por parte da Santa Sé.¹²²

Tal qual se dava no Direito Romano, a infâmia de fato não era formalmente uma pena, mas acarretava uma situação de fato na qual o principal efeito era a perda da boa reputação, ou seja, da honra objetiva, além da exclusão de atos importantes da Igreja, como a eucaristia. A *infamia facti* permanecia até o momento em que se provasse a recuperação da boa reputação por parte do indivíduo, o que se deve ao fato de a Igreja Católica pregar a possibilidade de arrependimento sincero, a qualquer tempo.

O principal móvel da pena canônica de infâmia, como se pode inferir das condutas que lhe davam ensejo, era a proteção do que na época se consideravam bons costumes, e não necessariamente a proteção da dignidade da pessoa humana.

O Direito Canônico reprimia também a calúnia e a injúria. O interessante é notar que o Código Canônico, nestes casos, cominava uma pena de natureza material e outra de natureza espiritual, como se infere da letra do cânone 2.355, que a seguir transcrevemos:

“Se alguém, não com atos, mas por meio de palavras ou escritos, ou de qualquer outra forma, injuria um terceiro, ou o prejudica em sua boa fama ou reputação, não só se obriga, nos teores dos cânones 1.618 e 1.938, a dar a devida satisfação e a reparar os danos, como também se torna passível de penas e penitências proporcionadas,

¹²¹ Aparecida I. Amarante, Responsabilidade Civil por Dano à Honra, p.34.

¹²² Ibidem, p.35.

inclusive se se trata de clérigo a quem, se for o caso, se deve impor a suspensão ou a privação de ofício e benefício”¹²³ a ¹²⁴ a ¹²⁵

O Direito Canônico teve como principal virtude e característica a preocupação permanente com a proteção dos bens espirituais da pessoa humana, como a vida, a integridade física e a honra. Tal se deu a fim de se garantir a satisfação espiritual da cristandade.¹²⁶

Também o Direito Canônico atual o faz, embora se utilizando de denominações mais afeitas à época em que vivemos, já que a utilização de expressões como “infâmia” poderia causar desconforto à sociedade contemporânea.

5. A HONRA NA IDADE MÉDIA

Apesar de o Cristianismo ter exercido grande influência na temática dos direitos da personalidade, é curioso notar que na Idade Média, época esta em que a religiosidade era muito mais profunda, não houve uma preocupação digna de nota com os direitos naturais. É o que nos ensina José Castán Tobeñas.¹²⁷

Com efeito, durante a Idade Média vigora a mentalidade segundo a qual Deus é a medida de todas as coisas. O homem, individualmente considerado, fica em segundo plano. A influência da Igreja é muito grande em todas as searas sociais e culturais. Como é sabido, com

¹²³ Aparecida I. Amarante, Responsabilidade civil por Dano à Honra, p.37.

¹²⁴ Eis o texto no original em latim: “Si quis non re, sed verbis vel scriptis vel alia quavis ratione injuriarum cuiquam irrogaverit vel eius bonam famam laesserit, non solum potest ad normam can. 1618, 1938, cogi ad debitam satisfactionem praestandam damnaque reparanda, sed praestera congruis poenis ac poenitentiis puniri, non exclusa, si de clericis agatur et casus ferat, suspensione aut remotione ab officio et beneficio.”

¹²⁵ Tradução da própria Aparecida I. Amarante.

¹²⁶ Ibidem, p.37.

¹²⁷ José Castán Tobeñas, Los Derechos de la Personalidad, p.9

o fim do Império Romano, a Igreja se torna a única entidade verdadeiramente organizada que restou na Europa.

A Europa se tornara caótica devido às invasões dos povos bárbaros nos séculos V ao X. A Igreja assume, então, a guarda dos mais preciosos tesouros culturais da antigüidade clássica, tendo preservado a sua maioria até os dias atuais.

Deste modo, a explicação mais racional para o aparente paradoxo entre a profunda religiosidade e a ausência de preocupação com direitos de caráter natural reside no paradigma que a própria religiosidade incute: Deus como a medida de todas as coisas, e não o Homem.

Tal cenário, conforme se verá mais adiante, foi radicalmente modificado na Idade Moderna, graças a movimentos como o Humanismo e o Renascimento.

A imagem mais popular da honra na Idade Média é, talvez, a da honra cavaleiresca. O período é marcado pela existência de diversas ordens de cavalaria, estas visando aos mais diversos fins.

Havia ordens com a finalidade de reconquistar a Península Ibérica do domínio muçulmano, como a Ordem de Calatrava, na Espanha. Havia ordens com a finalidade de conquistar a Terra Santa, como a Ordem dos Cavaleiros Templários. Havia, até mesmo, uma certa Ordem Militar com o objetivo de cuidado dos doentes leprosos na Terra Santa (Ordem de São Lázaro).

Cada uma dessas ordens de cavalaria possuía um estatuto próprio, chamado de regra. Esta previa as faltas que poderiam ser cometidas pelos cavaleiros e as cominações ensejadas por tais condutas. Aqui, a punição aos cavaleiros tinha mais ou menos o mesmo objetivo daquela do Direito Romano e do Direito Canônico: resguardar mais os bons costumes e a própria imagem da Ordem do que a honra pessoal.

Exemplo claro disso é a punição, constante da Regra do Templo, ao cavaleiro templário acusado de sodomia ou da perda da bandeira da Ordem: a perda da casa sem qualquer chance de perdão.¹²⁸

As penalidades, em geral, iam desde advertências e penitências por alguns dias até a expulsão da ordem, o que se mostrava muito grave, mormente se considerarmos o fato de que ser cavaleiro era uma grande honra e um título importante. Na França, por exemplo, ter um parente templário ou hospitalário era motivo de grande prestígio social.¹²⁹

As condutas que davam azo às punições constantes das regras eram muito parecidas com aquelas que ensejavam a punição por parte do direito comum canônico, motivo pelo qual deixamos de transcrevê-las aqui.

Destarte, infere-se que a imagem da honra medieval, no imaginário popular, era mais fruto do Direito Canônico e do receio de ser por ele punido do que de uma “honra cavaleiresca”, mesmo porque quem criava a regra de cada ordem de cavalaria não era ninguém senão a própria Igreja Católica, por meio de seus mais renomados juristas.

Ressalte-se também que, durante a Idade Média, o duelo passa a ser um instrumento para, segundo concepção vigente na época, proteger a honra. Este foi aos poucos assumindo um papel quase que jurídico. Se o duelo, na antiguidade era muito raro entre os homens livres, passa a ser muito comum na Idade Média.

Com efeito, Cesare Beccaria assevera que talvez na antiguidade o duelo fosse apenas um espetáculo ordinário e comum que os gladiadores escravos e aviltados ofereciam ao povo, sendo que os homens livres, recusando os combates privados, afastavam a aparência e o nome de gladiadores.¹³⁰

¹²⁸ Alain Demurger, Os Cavaleiros de Cristo, p.79.

¹²⁹ Philippe Aziz, A Palestina dos Cruzados, p.25.

¹³⁰ Cesare Beccaria, Dos Delitos e das Penas, p.48.

A prática do duelo se torna tão comum durante a Idade Média que alguns governantes tentam, por meio de editos, proibi-los a fim de evitar mortes numerosas e desnecessárias. Os governantes foram, todavia, mal sucedidos neste objetivo, pois o recurso ao duelo já estava tão arraigado no inconsciente coletivo que eles continuaram existindo.

Foi só à medida que os valores sociais foram se modificando no decorrer dos séculos e à medida que ocorreu um fortalecimento sempre crescente do Estado, que pôde este, então, passar a punir efetivamente as condutas indesejáveis dos cidadãos. Só então o número de duelos foi diminuindo, até tornar-se raridade já no século XIX e desaparecer completamente na sociedade ocidental no século XX.

Com efeito, o duelo passa a ser encarado como simples homicídio. Todavia, teses de defesa nestes casos, como a da legítima defesa da honra, foram muitas vezes invocadas e acolhidas pelos tribunais em princípios do século passado, inclusive no Brasil.

6. A HONRA NO DIREITO MODERNO

Com a época renascentista, verifica-se uma mudança na mentalidade da sociedade ocidental. Passa-se a se afirmar com cada vez maior veemência a independência das pessoas e a intangibilidade dos Direitos Humanos.

O homem se torna mais independente do Estado, e passa a ser considerado também em si mesmo, e não mais apenas como parte de uma coletividade, tendo sua vontade sempre submissa aos seus ditames. Entretanto, apesar do que defendem, por exemplo, os anarquistas, o homem jamais estará totalmente livre do Estado.

O Homem, como animal político que é, conforme definido por Aristóteles em sua Política, vive em coletividades a fim de que, entre outros objetivos secundários, possa ver as chances de realizar todo o seu potencial aumentadas. Não é uma ilha, e não se pode conceber

que viva totalmente isolado dos demais, salvo algumas hipóteses cerebrinas, como as aventadas por São Tomás de Aquino, a saber, a *mala fortuna*, a *excellentia naturae* ou a *corruptio naturae*.

A convivência coletiva é complexa e pede normas que a regulamentem, a fim de garantir aos homens a paz e a segurança necessárias para que possam desenvolver-se sem maiores empecilhos. O meio encontrado para fazer valer as regras que compõem tal regulamentação é o Estado. Se, em tempos mais recuados da História da humanidade os homens eram encarados como súditos do Estado, tal não se dá mais hodiernamente.

A evolução histórica por que passou a humanidade a partir do Renascimento, fez com que se encarasse o homem não mais como mero membro de uma coletividade, sem anseios próprios, súdito do Estado, mas sim como cidadão, o qual, por definição, tem direitos que devem ser respeitados por todos, principalmente pelo Estado.

A própria concepção sobre a função do Estado muda. Este passa a ser encarado como um instrumento que tem sua existência justificada a fim de promover o bem comum. É nesse sentido que vem o conceito de Estado dado por Dalmo de Abreu Dallari, segundo o qual o Estado consiste na ordem jurídica que tem por fim o bem comum de um povo situado em determinado território¹³¹.

Acerca do conceito de bem comum, a doutrina muito debateu e ainda debate. A nosso ver, o melhor conceito de bem comum é aquele dado pelo Papa João XXIII em sua Encíclica *Pacem in Terris*, qual seja, o conjunto de todas as condições de vida social que consintam e favoreçam o desenvolvimento integral da personalidade humana.¹³²

Apesar de o conceito de bem comum do Papa João XXIII ser datado do século XX, reflete de forma cristalina a maneira de pensar renascentista, ainda que nessa época não se tenha conseguido transformá-lo em realidade legislativa, devido, principalmente, a vicissitudes

¹³¹ Dalmo de Abreu Dallari, Elementos de Teoria Geral do Estado, p.118.

¹³² Papa João XXIII, *Pacem in Terris* (Encíclica), I, 58.

de caráter político, tendo isso ficado, tão-somente, no plano das idéias, o que seria corrigido alguns séculos depois, na Revolução Francesa e na Revolução Americana.

No contexto da mudança de ótica sob a qual se passa a encarar o Estado, vêm então à baila importantes mudanças outras, que, posteriormente, seguindo um inabalável movimento da História, acarretariam na origem da escola do Direito Natural. A mudança da concepção do Estado, do Homem e da concepção do Direito (Direito Natural) são a origem principal da maneira pela qual encaramos o fenômeno jurídico atualmente, o que toca mais de perto o objeto deste trabalho.

A obra do espanhol Baltasar Gómez Amescúa propugna, v.g., que todo homem tivesse poder sobre si mesmo.¹³³ E Daisy Gogliano leciona, com sua clareza habitual, que é o princípio do autogoverno, da autodeterminação, da liberdade e da independência que distingue *gli esseri personali dagli esseri naturali*. A personalidade enquanto síntese ativa é governo de si mesmo, é independência interior, porque a pessoa não é somente unidade, identidade, mas pura espontaneidade, movimento, liberdade e dinamismo. A pessoa não é pura razão, mas razão teórica e razão prática, pensamento e ação, tanto moral como jurídica.¹³⁴

A escola do Direito Natural passa, verdadeiramente, a exaltar alguns direitos naturais (ou inatos), os quais nascem com o homem, independentemente de sua origem e de seu reconhecimento por parte do Estado. São eternos e imutáveis, e isso é explicado pelo caráter de essenciais à natureza humana que lhes foi conferido.

Deste modo, conforme lição de Aparecida I. Amarante, a grande diferença, no tocante aos direitos da personalidade, entre o período da Idade Média e o período da Idade Moderna reside no fato de que, no primeiro, eles são reconhecidos tão-somente dentro de uma concepção universal do Direito. Já na Idade Moderna, surge a noção de pessoa individual, separada da coletividade.¹³⁵

¹³³ José Castán Tobeñas, Los Derechos de la Personalidad, p.10.

¹³⁴ Daisy Gogliano, Direitos Privados da Personalidade (dissertação de mestrado – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – departamento de Direito Civil. São Paulo, 1982), pp.197-198.

¹³⁵ Aparecida I. Amarante, Responsabilidade Civil por Dano à Honra, p.39.

Do exposto, infere-se que o principal mérito do Direito da Idade Moderna, apesar de confuso e iníquo em diversos campos e pontos, foi proporcionar a diferenciação referida acima, a qual até os dias atuais é um dos valores mais caros a serem preservados pelo Estado de Direito.

7. A HONRA NA TRANSIÇÃO DA IDADE MODERNA PARA A IDADE CONTEMPORÂNEA: A REVOLUÇÃO FRANCESA

A efervescência cultural da Europa nos séculos do Renascimento criou terreno propício a que as idéias, antes somente no plano teórico e demasiadamente abstratas, passassem a ser aplicadas no plano fático. Tal não se deu sem sacrifícios. Foi preciso uma grande revolução para fazê-lo, revolução esta que, no plano intelectual, bebia das fontes do Iluminismo.

A Revolução Francesa transformou aquela simples exaltação dos Direitos Naturais em reivindicações de caráter político. Com a vitória dos revolucionários, a Assembléia Nacional Francesa consagra, por meio de uma Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, grande parte daqueles direitos.

O principal objetivo da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão foi fortalecer o indivíduo perante o Estado. Todavia, o direito à honra deixou de ser mencionado, justamente pela maior preocupação em assegurar direitos de caráter político e econômico, que motivaram mais de perto a declaração.

Apesar deste enfoque, uma grande mudança se verificaria com o passar de algumas décadas. A escola histórica do Direito e, mais posteriormente, a escola positivista do Direito, surgidas no século XIX, rechaçam a idéia da existência de Direitos inatos ao homem, ou seja, de direitos que têm existência anterior à existência do próprio Estado, sendo apenas declarados por ele.

Com estas oposições, a doutrina busca então um meio de se conferir um novo enfoque à análise de tais direitos, o que culmina com sua transferência para a seara do Direito Privado. Esta transferência passou, por sua vez, a ser encarada com maior naturalidade e até mesmo como opção legislativa somente a partir do século XX.

8. A HONRA NOS SÉCULOS XIX E XX

É no período que vai de meados do século XIX ao século XX que encontramos a maior fecundidade e preocupação doutrinária no que diz respeito à teoria dos Direitos da Personalidade. Diversos fatos contribuíram para isso, e, apenas para citar dois de maior importância, citamos as Revoluções Liberais na Europa, no século XIX, e o término da Segunda Guerra Mundial.

Os debates de caráter principalmente doutrinário, técnico, embora já se dessem anteriormente com menor intensidade, podem ser apontados como tendo seu início a partir da famosa oposição de Savigny, para o qual não existiam Direitos da Personalidade pelo simples fato de que não se poderia conceber um Direito subjetivo cujo titular fosse também seu próprio objeto. Isso implicaria em se admitir a proteção contra a lesão aos direitos da personalidade, mas implicaria também na aceitação de sua livre disposição.

Segundo o grande civilista, a concepção de tal classe de direitos poderia ensejar a legitimação do suicídio (por meio da livre disposição)¹³⁶, o que evidentemente não atende aos fins precípuos do Direito, ainda mais levando-se em conta o paradigma, que demorou tanto tempo para ser abraçado e consumiu tantos esforços intelectuais da Igreja, segundo o qual toda pessoa é insubstituível, independentemente de sua origem.

¹³⁶ César Fiuza, Direito Civil: Curso Completo, pp.168-169.

Além disso, argumentou-se que direitos como a vida, a saúde e a honra não pertencem ao mundo do ter, mas sim do ser, o que os torna incompatíveis com a categoria dos direitos subjetivos.¹³⁷

A argumentação de Savigny não prevaleceu, pois que o estágio atingido pela sociedade do século XIX já não mais comportava tal entendimento, exigindo uma proteção eficaz a direitos de caráter unicamente imaterial, como a honra, o recato, os direitos de autor, o direito de imagem, entre muitos outros.

Com efeito, é no século XIX, no ano de 1886 que surge a convenção de Berna, importante diploma que consagra a proteção dos direitos de autor sobre obras de caráter estético. Os direitos de caráter industrial (segredo industrial, por exemplo) já eram protegidos desde 1883.

Essa internacionalização, por meio de convenções, se dá porque se pressupõe que o conceito de criação seja inerente aos seres humanos em geral, e não ao nacional de um ou de outro Estado. O potencial de criação faria parte da condição humana, e, pois, não faria qualquer sentido a existência de uma diferenciação entre nacionais e estrangeiros.

O que se deu com os Direitos de Autor pode ser considerado como um paradigma daquilo que veio a ocorrer posteriormente com outros direitos da personalidade.

Após os horrores sem precedentes verificados com o término da Segunda Guerra Mundial, a ONU preocupou-se em, por meio de diversas convenções, assegurar o máximo número possível de direitos da personalidade com o objetivo de evitar que tais horrores se verificassem novamente. A principal delas foi a Declaração Universal dos Direitos do Homem, que foi paulatinamente sendo incorporada pelas constituições dos diversos países.

¹³⁷ César Fiuza, *Direito Civil: Curso Completo*, pp. 168

Vicente Ráo leciona que esta Declaração consiste no mais importante documento contemporâneo de sentido social e político e a sùmula mais perfeita dos direitos e deveres fundamentais do homem, sob os aspectos individual, social e universal.¹³⁸

A declaração da ONU influenciou o direito mundial como um todo, e, após seu advento, muitas outras convenções foram elaboradas, resguardando um rol cada vez maior de direitos correspondentes aos mais diversos grupos humanos, desde as crianças, até a mulher, passando pelo grupo dos idosos e dos refugiados de guerra.

Mesmo antes dela, da Constituição norte-americana e da Constituição francesa, as garantias dos direitos do homem penetraram em todas as Constituições democráticas, denotando, com o correr dos tempos, um sensível progresso no sentido de definir, como direitos fundamentais, tanto os de caráter estritamente individual, quanto os de caráter social. E também se inscreveram, em vários desses estatutos políticos, garantias tendentes ao respeito e manutenção da paz universal.¹³⁹

Tal dinâmica refletiu de forma decisiva nos ordenamentos nacionais, que passaram, assim, a prever os direitos da personalidade, seja no corpo de seus códigos, seja por meio de leis especiais, como é o caso, por exemplo, da Espanha.

¹³⁸ Vicente Ráo, O Direito e a Vida dos Direitos, vol.I, t.1, p.51.

¹³⁹ Ibidem, p.50.

II. OS DIREITOS DA PERSONALIDADE NO DIREITO COMPARADO

Neste capítulo faremos um breve estudo acerca de como os ordenamentos estrangeiros que mais de perto influenciaram nosso Direito tratam da temática dos direitos da personalidade e de sua proteção. Todavia, daremos prioridade à legislação civil de tais ordenamentos, pois esta toca mais de perto o tema deste trabalho.

Limitaremos-nos apenas a breves relatos sobre a eventual proteção constitucional dos direitos da personalidade porque para grande parte da doutrina, os direitos da personalidade devem se limitar a ser enumerados constitucionalmente, sendo que sua proteção efetiva deve ser detalhada na legislação ordinária.

Com efeito, Rubens Limongi França nos ensina que o fato de durante muito tempo os sistemas jurídicos só haverem cuidado dos direitos da personalidade do ponto de vista do direito público, se de um lado constituía uma lacuna, do outro serve para mostrar a importância desses direitos, pois muitos deles integram as declarações de direito que servem como garantia dos cidadãos contra as arbitrariedades do Estado.¹⁴⁰

E continua o civilista ao dizer que, não obstante, essa tutela pública resulta insuficiente, pois muitos direitos da personalidade, como certos aspectos do direito sobre o próprio corpo, ou o direito à imagem, devido à excessiva gravidade das normas de direito público, aí não encontram lugar, sendo que por outro lado as lesões a direitos como à honra e ao recato só encontram sanção se provado o dolo específico do responsável.¹⁴¹

Além disso, freqüentemente os direitos da personalidade são previstos antes na legislação ordinária, e só após isso e após o decurso de um intervalo relativamente prolongado de tempo, passam a ser constitucionalmente previstos, seja por meio de Emendas Constitucionais, seja por meio da promulgação de uma nova Constituição. É o caso de

¹⁴⁰ Rubens Limongi França, *Direitos da Personalidade – I*, In: *Enciclopédia Saraiva do Direito*, vol. 28, p.141.

¹⁴¹ *Ibidem*, p.141.

Portugal, por exemplo, cujo atual Código Civil data de 1967, sendo a Constituição da República Portuguesa de 1976, ambos tratando dos direitos da personalidade.

Isto se dá pelo fato de a legislação ordinária (infraconstitucional) ser mais maleável e possuir a possibilidade de prever um rol de direitos mais detalhado, pormenorizado. As normas de direito público são menos maleáveis, mais graves. Nem sempre dão azo à previsão de algo tão dinâmico como os direitos da personalidade.

Assim, a proteção contra ofensas aos direitos da personalidade é muitas vezes anterior à sua previsão constitucional. Os direitos da personalidade são freqüentemente um fato já consumado pela doutrina e pela jurisprudência, sendo apenas “reforçado” *a posteriori* por um dispositivo constitucional ou legislativo, o que é totalmente válido.

A importância da previsão constitucional dos direitos da personalidade se faz presente no fato de que com ela passa a haver no ordenamento jurídico uma maior dificuldade para o êxito de eventuais tentativas de diminuição ou supressão da proteção aos direitos da personalidade, já que é muito mais difícil a alteração de uma Constituição do que a alteração de uma lei hierarquicamente inferior, salvo em hipóteses acadêmicas, de raríssima verificação, como nas de constituições flexíveis.

A previsão constitucional dos direitos da personalidade é fundamental, nesse sentido, para os verdadeiros regimes democráticos, ou seja, para aqueles que se mostram incansáveis no que tange à vigilância permanente do respeito aos direitos mais caros aos cidadãos que o compõem, pois essa vigilância é medida em grande parte pela dificuldade que o ordenamento jurídico prevê para a supressão ou diminuição daqueles direitos que tocam mais de perto a liberdade.

1. O DIREITO PORTUGUÊS

Antes do atual Código Civil Português, o ordenamento luso já vinha dando mostras de que poderia tornar a tutela dos direitos da personalidade mais eficaz por meio da aceitação da indenização de danos extrapatrimoniais.

O Código de Processo Penal português, de 1929, já previa o arbitramento, por parte do juiz, em condenando alguém por um delito, a título de reparação por perdas e danos, de uma indenização que cobrisse tanto o dano material como o moral decorrente do crime.¹⁴²

Também a Constituição portuguesa de 1938 declarava o direito à reparação eventualmente pecuniária a toda lesão efetiva, podendo esta ser moral. Deste modo, apesar de o Código Civil português de 1967 ter sido promulgado durante um regime ditatorial (Salazar) disciplinou com grande apuro os direitos da personalidade. Eis o teor de seu artigo 70:

“Art. 70º (Tutela Geral da personalidade).

- 1.** A Lei protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral.
- 2.** Independentemente da responsabilidade civil a que haja lugar, a pessoa ameaçada ou ofendida pode requerer as providências adequadas às circunstâncias do caso, com o fim de evitar a consumação da ameaça ou atenuar os efeitos da ofensa já cometida.”

¹⁴² Aparecida I. Amarante, Responsabilidade Civil por Dano à Honra, p.403.

A exceção à proteção dos direitos da personalidade *post mortem* se encontra no artigo 80 do Código Civil Português, o qual preceitua que no direito à reserva sobre a vida privada não é possível de violação após a morte.¹⁴³

Merece aplauso o legislador português pelo fato de não ter previsto em seu Código Civil os instrumentos por meio dos quais veríamos tutelados os direitos da personalidade, e, por conseguinte, o direito à honra *post mortem*. Seguiu a boa orientação da técnica, pois os instrumentos por meio dos quais é conferida a tutela de qualquer direito devem ser previstos em legislação de caráter processual, e não de Direito material.

Importa-nos mais de perto o artigo 71 do Código Civil luso, o qual estende a proteção dos direitos da personalidade também às pessoas já falecidas, indicando quem possui a legitimidade para propor a ação com esse objetivo. Eis o seu texto:

“Art. 71º (Ofensa a pessoas já falecidas)

- 1.** Os direitos de personalidade gozam igualmente de protecção depois da morte do respectivo titular.
- 2.** Tem legitimidade, neste caso, para requerer as providências previstas no nº 2 do artigo anterior o cônjuge sobrevivente ou qualquer descendente, ascendente, irmão, sobrinho ou herdeiro do falecido.
- 3.** Se a ilicitude da ofensa resultar de falta de consentimento, só as pessoas que o deveriam prestar têm legitimidade, conjunta ou separadamente, para requerer as providências a que o número anterior se refere.”

¹⁴³ José de Oliveira Ascensão, *Direito Civil: Teoria Geral*, p. 53.

Percebe-se que o dispositivo oferece um meio de os familiares sobreviventes ao falecido defenderem os próprios sentimentos dos efeitos reflexos de qualquer tipo de ofensa à memória do falecido.¹⁴⁴ É sabido que a ofensa à memória de um morto pode ter efeitos perversos sobre seus parentes sobreviventes, pois, muitas vezes, o nome de uma família como um todo pode restar ligado a um defunto que em vida gozava de grande notoriedade, havendo a possibilidade de aborrecimentos serem causados.

O artigo 71, entretanto, não é imune a críticas. José de Oliveira Ascensão assevera que sua fórmula é imprudentemente ampla, trazendo diversas dificuldades, como, por exemplo, a de se saber quem é o sujeito passivo em demanda de proteção aos direitos da personalidade *post mortem* (se o defunto ou seus familiares), sendo que para o autor o valor tutelado é a personalidade do morto, já que o rol do artigo 71/1 conferiria apenas uma legitimação processual, e não a titularidade sobre os direitos.¹⁴⁵

Pragmaticamente, o dispositivo atinge duas finalidades importantes ao mesmo tempo. Primeiramente, resguarda o interesse particular dos parentes do morto, i.e., o de resguardar o nome de sua família de eventuais opróbrios. Em segundo lugar, mas nem por isso menos importante, resguarda-se o interesse geral de respeito à memória dos mortos, valor social este de elevada importância.

Ainda segundo o grande civilista, nos casos em que se concebe o fato ofensivo após a morte, poderia estabelecer-se que ele não teria nenhuma relevância jurídica. Mas isso é contrário ao respeito aos mortos, eticamente ainda mais valioso que o respeito aos vivos.¹⁴⁶

Deste modo, devemos conceber a atitude do legislador civil português como sendo louvável, o que coloca Portugal no rol das nações mais civilizadas e avançadas do globo no tocante ao estudo e legislação dos direitos da personalidade.

¹⁴⁴ Edson Ferreira da Silva, *Direito à Intimidade*, p.131.

¹⁴⁵ José de Oliveira Ascensão, *Direito Civil: Teoria Geral*, p.82.

¹⁴⁶ *Ibidem*, p. 54.

A Constituição portuguesa de 1976 veio a proteger de modo expresso o direito à honra ao aludir ao bom nome e reputação. Era a proteção conferida à honra em caráter social. A honra em caráter individual só veio a ser legislativamente protegida pelo Código Civil, em seu artigo 71, III, por meio da tutela da imagem.¹⁴⁷

Outro mérito do legislador civil português foi prever uma proteção preventiva dos direitos da personalidade, figurando neste ordenamento a possibilidade de serem perpetrados atos com o fito de se evitar a consumação da ameaça de lesão. (artigo 70, II do Código Civil). O Código Civil português foi o primeiro da Europa a conceber de forma sistemática a proteção dos direitos da personalidade, já que o projeto de Código Civil francês não veio a se tornar realidade.¹⁴⁸

Deste modo, em que pese o fato de o Direito Constitucional português não prever o direito à honra *post mortem* expressamente, por meio de uma interpretação sistemática a sua tutela é garantida com um bom nível de eficácia, ou seja, em que pese as críticas feitas pela doutrina ao Código Civil português, dificilmente o dano à honra e o dano à honra *post mortem* ficam sem proteção.

O referido diploma, apesar de alguns dispositivos com excessiva amplitude (artigos 70 e 71, por exemplo), confere ao hermeneuta ao menos uma diretriz de interpretação. Desta forma, a jurisprudência tem conseguido conferir, na prática, uma efetiva proteção aos direitos da personalidade, seja por meio de indenizações justas, com real papel didático, seja por meio de tutelas mais específicas, como, v.g., retratações em meios midiáticos.

¹⁴⁷ Aparecida I. Amarante, Responsabilidade Civil por Dano à Honra, p.404.

¹⁴⁸ Ibidem, p. 406.

2. O DIREITO FRANCÊS

Como é sabido, o Código Civil francês de 1804 foi elaborado num ambiente social onde predominava o individualismo exacerbado, não tendo se referido aos danos de caráter unicamente moral. Referia-se, com efeito, apenas ao dano genericamente considerado. Assim sendo, coube à jurisprudência o importante papel de reconhecer este tipo de dano.

Referindo-se ao papel da jurisprudência francesa, Aparecida I. Amarante assevera que apesar de não estender a reparação a qualquer prejuízo, adotando um comportamento reticente, em se tratando de ofensa à reputação das pessoas, freqüentemente reafirmava posição no sentido de agasalhar a proteção da honra.¹⁴⁹

E completa a civilista dizendo que mesmo em se tratando de ofensa à imagem ou à vida privada (esta tutelada pelo artigo 9º do Código Civil após a reforma de 1970), não deixa a jurisprudência de distinguir quando a lesão se dá à honra individual.¹⁵⁰

Caso clássico que demonstra a assertiva acima é o de Brigitte Bardot, que foi fotografada em trajes íntimos. Tendo sido uma das mulheres mais fotografadas do mundo, a atriz Brigitte Bardot, impetrou ação de indenização contra o "Jour de France", por ter este publicado quatro fotografias suas apanhadas na intimidade, numa de suas propriedades, tendo o fotógrafo feito uso de lente teleobjetiva para tal.¹⁵¹

Apesar de já ter feito outras fotografias muito mais ousadas, mas, frize-se, com autorização para que fossem publicadas, a famosa atriz desejava, unicamente, ver reconhecida a sua oposição a que toda e qualquer fotografia da sua pessoa, tomada em lugar privado ou

¹⁴⁹ Aparecida I. Amarante, Responsabilidade Civil por dano à Honra, p.382.

¹⁵⁰ Ibidem, pp.382-383.

¹⁵¹ João Carlos Bianco, A Obra Fotográfica, o Direito à Imagem, à Vida Privada e à Intimidade, *In: Justitia*, 62 (189/192), jan/dez 2000, pp. 211-212.

público, ao largo de sua atividade artística, fosse publicada sem sua prévia anuência, tanto que pediu a indenização simbólica de um franco.¹⁵²

A demanda foi julgada, em 25 de novembro de 1965, pelo Tribunal do Sena, pelos seguintes princípios firmados: primeiramente, o fato de publicar sem autorização o retrato fotográfico alheio constitui uma transgressão geradora de responsabilidade. Entretanto, admite-se, no que diz respeito aos traços de uma personalidade pública, como uma atriz, que foram formados com o seu consentimento, sendo que no decorrer da sua vida profissional um consentimento especial para sua reprodução não é necessário, já que tais personalidades não somente aceitam, mas igualmente procuram a publicidade.¹⁵³

Esse princípio concernente às personalidades públicas encontra seu limite em seu fundamento: a autorização especial torna-se necessária quando se trata de publicar uma foto representando a pessoa pública no decorrer de sua vida privada. Muito mais que a proteção do direito à própria imagem, o caso enfrenta o direito à vida privada, à intimidade.¹⁵⁴

Toda pessoa, por mais famosa que seja, tem o direito de preservar sua vida privada, sua intimidade. Não é lícita a assimilação da vida particular à vida pública. Todos têm o direito de estar só.¹⁵⁵

Deste modo, tornam-se notórios e numerosos os casos em que a justiça francesa sancionou abusos praticados nesse sentido, sendo que o caso acima mencionado, em que Brigitte Bardot foi fotografada com o uso de lentes teleobjetivas no interior de sua propriedade em Bazoches, uma vez segurando seu filho nos braços e outra vestida apenas de calcinha e sutiã¹⁵⁶, torna claro que existem diferentes esferas de intimidade, sendo que mesmo as pessoas que gozam de fama têm intimidade a ser resguardada.

¹⁵² João Carlos Bianco, A Obra Fotográfica, o Direito à Imagem, à Vida Privada e à Intimidade, *In*: Justitia, 62 (189/192), jan/dez 2000, pp. 211-212.

¹⁵³ *Ibidem*, pp. 211-212.

¹⁵⁴ *Ibidem*, pp. 211-212.

¹⁵⁵ *Ibidem*, pp. 211-212.

¹⁵⁶ Edson Ferreira da Silva, O Direito à Intimidade, p.121.

Também as constituições francesas tiveram um importante papel no desenvolvimento da temática concernente aos direitos da personalidade. A de 1958, por exemplo, aderiu expressamente à Declaração de Direitos do Homem de 1789, assim como a de 1948 havia feito antes.

Todavia, há que se ressaltar que embora razoavelmente tutelado, o direito à honra ainda não foi legislativamente mencionado, mesmo com os esforços da doutrina nesse sentido, a qual entende que uma melhor tutela se poderia dar se o direito à honra fosse mencionado no Código Civil.

3. O DIREITO ALEMÃO

O §823 do BGB previa alguns direitos da personalidade fundamentais, que são a vida, o corpo, a saúde e a liberdade, não contemplando a honra especificamente, mas que se encontrava protegida por meio da dedução do teor do § citado, pois no final existe a expressão “ou qualquer um outro direito de uma pessoa”. O § 824 reconhece a tutela distinta da honra objetiva.¹⁵⁷

No direito penal alemão, a honra se encontrava protegida por meio dos institutos da injúria e da calúnia, podendo haver, além da condenação criminal, a estipulação de uma reparação pecuniária em favor do ofendido¹⁵⁸, segundo tão debatida temática que divide a doutrina penalista, qual seja, a de se indagar se estão ou não ocorrendo uma patrimonialização (alguns dizem até mesmo privatização) do Direito Penal da Alemanha.

No tocante ao direito à honra, Aparecida I. Amarante nos traz um trecho muito elucidativo, que passamos a transcrever. Diz a autora que a proteção da honra, no direito alemão, sob a égide do estatuto civil é instalada de um modo não abrangente e, conforme

¹⁵⁷ Aparecida I. Amarante, Responsabilidade Civil por Dano à Honra, p.385.

¹⁵⁸ Ibidem, p.388.

ressalta Helmut Coing, nem mesmo uma proteção geral do direito da personalidade foi reconhecida.¹⁵⁹

Especificamente no que diz respeito ao direito à honra, foi publicado a 10 de junho de 1959 um projeto de lei com o objetivo de reformular a tutela da personalidade e da honra no BGB. Detinha-se o projeto com maior apuro nas indiscrições da imprensa e na impertinência dos fotógrafos. Continha disposições salutaras a respeito da vida privada, do direito à própria imagem, da divulgação de palavras etc. O projeto, entretanto, causou tamanha polêmica na mídia que nunca chegou a entrar em vigor.¹⁶⁰

A jurisprudência permanece cautelosa na consideração dos danos não patrimoniais. Limitou-se a aperfeiçoar os meios técnicos do direito civil: ao lado da ação civil de perdas e danos, são admitidas ações visando à retratação de notas difamatórias e a proibição de tais notas para o futuro.¹⁶¹

Importante precedente vem de uma decisão do Tribunal do Reich segundo a qual uma agência de informação foi proibida de noticiar detalhes da condenação criminal de um jovem ocorrida em 1907. O Tribunal sabiamente distinguiu entre o objetivo de informar o público e o interesse público legítimo de simples curiosidade, pois a notícia viria 20 anos depois da condenação, e, portanto, a pena imposta já teria se incorporado à intimidade do apenado.¹⁶²

Fixou-se entendimento segundo o qual condenações impostas, ainda que definitivas, só devem ser divulgadas se houver um interesse superior que o justifique, sob pena de se afetar a tranqüilidade, honorabilidade, a reserva pessoal e o direito de ser deixado em paz. A divulgação, assim sendo, só poderia se dar se houvesse motivo sério.¹⁶³

Aqui, tutelou-se diretamente a intimidade do apenado, mas, pensando-se de maneira pragmática, também sua honra foi protegida, pois se sua condenação tivesse sido divulgada

¹⁵⁹ Aparecida I. Amarante, Responsabilidade Civil por Dano à Honra, p.388.

¹⁶⁰ Edson Ferreira da Silva, Direito à Intimidade, p.124

¹⁶¹ Aparecida I. Amarante, Responsabilidade Civil por Dano à Honra, p.388.

¹⁶² Edson Ferreira da Silva, Direito à Intimidade, p.123.

¹⁶³ Ibidem, p.123.

aos quatro ventos, sua honra teria sido manchada sem um motivo justo que o justificasse, i.e., apenas para aplacar o afã de um editor ávido por lucros e sem qualquer preocupação com o ser humano alvo da notícia. Motivo justo, aqui deve ser entendido como verdadeiro e relevante interesse público na divulgação da notícia, e não simples curiosidade.

Sucintamente, podemos afirmar que a proteção da honra no direito alemão é insuficiente, e a jurisprudência não se deve confinar aos limites estritos do BGB, salvo se novos dispositivos forem acrescentados, devendo socorrer-se da aplicação dos princípios constitucionais e da analogia.¹⁶⁴

Todavia, princípios constitucionais são por definição mais amplos do que as leis no sentido clássico da palavra, e sua aplicação em virtude tão somente de uma ausência de previsão em leis ordinárias, que são em regra mais detalhadas e pormenorizadas, pode fazer com que sejam banalizadas, além de eventualmente não oferecerem ao aplicador uma diretriz para sua aplicação, o que, por sua vez, gera sentenças diferentes para casos semelhantes. Isto acaba por causar na população verdadeiro sentimento de injustiça e falência do Poder Judiciário.

Em síntese, se o legislador alemão agir de forma a complementar e aperfeiçoar o sistema de proteção aos direitos da personalidade previstos no BGB, e, por sua vez, se a jurisprudência exercer o difícil mister de conferir diretrizes de aplicação dos princípios constitucionalmente previstos, conseguirão conferir uma maior e mais eficaz tutela aos direitos da personalidade, evitando que caiam em desuso e deixem de cumprir seu importante papel de resguardo da dignidade da pessoa humana.

¹⁶⁴ Aparecida I. Amarante, Responsabilidade Civil por Dano à Honra, p.390.

4. DIREITO ESPANHOL

O Direito espanhol não contém regra geral que preveja a reparação de dano extrapatrimonial. Seguiu o Código Civil espanhol a mesma tendência do Código Napoleônico, ou seja, previa apenas a reparação de danos em geral, e não especificamente de danos extrapatrimoniais.

Tal como se deu em França, coube à jurisprudência modificar esta maneira de ser do Direito espanhol. Muito antigamente, as *Siete Partidas* previam a indenização por dano extrapatrimonial em casos de injúria e difamação. Posteriormente, o Tribunal Supremo da Espanha passa a acolher a tese, fundado no artigo 6º do Código Civil, além das *Siete Partidas*, invocando os princípios gerais do Direito, principalmente a partir de 1912.¹⁶⁵

Isto foi um grande avanço, pois conferir responsabilidade por meio de indenizações é muito didático, servindo também para que se desencoraje o ofensor a voltar a perpetrar ofensas. Além disso, a proteção toma ares de maior pragmatismo, pois para o Estado é mais fácil e socialmente eficaz obrigar um transgressor, por exemplo, ao pagamento de uma indenização, do que mantê-lo sob sua custódia por infrações que muitas vezes não ameaçam a sociedade e seus valores mais caros, mas apenas uma única pessoa e de forma relativamente branda, mas que nem por isso merece ver-se privada da justa indenização que lhe é devida em decorrência do dano que sofreu.

Além disso, o ofendido se sente muito mais protegido e ressarcido com dinheiro ou retratações públicas do que com a prisão do ofensor, que efetivamente não lhe tem nenhuma finalidade prática.

¹⁶⁵ Aparecida I. Amarante, Responsabilidade Civil por Dano à Honra, p.392.

A partir de então, firma-se entendimento jurisprudencial acatando a reparabilidade por danos de caráter extrapatrimonial. O *Fuero de los Españoles*, de 1945, previa que os espanhóis tinham direito ao respeito de sua honra, incorrendo o ofensor em responsabilidade.¹⁶⁶

Por fim, a Constituição de 1978 prevê expressamente a proteção dos direitos da personalidade em seus artigos 10 , 18 e 53. Posteriormente, entrou em vigor uma lei orgânica dos direitos da personalidade, assegurando medidas de caráter processual a fim de protegê-los mais eficazmente, inclusive o direito à honra *post mortem*.¹⁶⁷

Podemos inferir que o Direito espanhol protege os direitos da personalidade, e, também e expressamente, o direito à honra *post mortem*, prevendo, inclusive, medidas de caráter processual para tal proteção, o que confere a esses direitos muito maior aplicabilidade e potencial de cumprimento de seus escopos.

5. O DIREITO ITALIANO

O Código Civil de 1942 acolheu a reparabilidade de danos extrapatrimoniais. Adotou o sistema do BGB, ou seja, inseriu regra pela qual tal reparabilidade somente se daria nos casos expressos em lei, restringindo-a em grande parte (art. 2059).

Na Itália, relativamente à questão, houve com o advento do Código Civil de 1942, antes um retrocesso que, propriamente um avanço. A norma citada do artigo 2059 é limitativa, o que não se verificava anteriormente, consoante a melhor e mais generalizada doutrina, à época do revogado Código Civil de 1865.¹⁶⁸

Todavia, o código italiano teve o mérito de prever de modo separado a tutela dos direitos políticos da pessoa e a dos direitos privados da personalidade, destacando estes

¹⁶⁶ Aparecida I. Amarante, Responsabilidade Civil por Dano à Honra, p.393.

¹⁶⁷ Ibidem, p.394.

¹⁶⁸ Wilson Melo da Silva, O Dano Moral e sua Reparação, pp.74-75.

últimos e deixando os primeiros em segundo plano. Previu, por exemplo, o direito ao próprio corpo, a tutela do nome e pseudônimo e o direito de imagem.

O direito à honra não foi previsto expressamente, mas estava parcialmente protegido por meio da proteção ao direito de imagem, visto que a lei italiana proíbe a utilização da imagem alheia quando houver prejuízo ao decoro ou à reputação, ainda que tal publicação seja consentida, resguardando-se, assim, a honra objetiva.

Entretanto, a proteção, levando-se em conta tão-somente o disposto no Código Civil é muito limitada. Existe, por exemplo, o debate, levantado por De Cupis acerca de se saber se existe ofensa se o ofensor se comunica com apenas uma pessoa, hipótese em que não se caracterizaria o delito da difamação e nem o de injúria, que exige a presença do ofendido. A doutrina diverge, e a jurisprudência mais recente tende a aceitar a reparação do dano à honra nestes casos.¹⁶⁹

Outra característica do direito italiano reside no fato de que este não prevê uma medida preventiva genérica para evitar danos futuros a uma pessoa, e mais uma vez a doutrina é divergente. Todavia, de Cupis aponta alguns casos em que a tutela se mostra tão-somente preventiva (exemplo: proibição em relação ao notário de receber atos expressamente proibidos pela lei ou manifestamente contrários aos bons costumes e à ordem pública).¹⁷⁰

Também é discutida a reparabilidade de danos não patrimoniais decorrentes de lesões aos direitos da personalidade, pois aqui o ressarcimento pelo equivalente pode não ser completamente satisfatório. Frequentemente os atos lesivos produzem conseqüências de natureza não-patrimonial, principalmente no que concerne à lesão à honra.¹⁷¹

No que diz respeito ao dano não patrimonial, o artigo 2.059 do Código Civil italiano é interpretado no sentido de que a ressarcibilidade de tais danos somente se dá quando há delito,

¹⁶⁹ Aparecida I. Amarante, Responsabilidade Civil por Dano à Honra, p.399.

¹⁷⁰ Ibidem, p.400.

¹⁷¹ Massimo Garutti, Il Diritto all'Onore e la sua Tutela Civilistica, p.132.

com a consequência de que, por exemplo, a difamação culposa exclui o ressarcimento extrapatrimonial. Eis o artigo transcrito:

“2059. Danos não patrimoniais. – O dano não patrimonial deve ser ressarcido nos casos determinados pela lei.”^{172 a 173}

Os danos não patrimoniais são reconhecidos em algumas hipóteses em que não existe condenação em juízo criminal. Tal se dá, por exemplo, nos delitos de difamação e de injúria que se extinguem por anistia, pois a extinção do delito não comporta a extinção das obrigações civis que dele derivam.

Pode-se entender que todos os direitos da personalidade se encontram protegidos no direito italiano, inclusive o direito à honra, abraçando o dano não patrimonial, ainda que não tenha sido resultante de delito, devido ao teor do artigo segundo de sua Constituição, que demonstra a existência de um direito geral de personalidade. Ei-lo transcrito:

“Art. 2 – A República reconhece e garante os direitos invioláveis do homem, seja individualmente considerado, seja nas formações sociais onde se desenvolve a sua personalidade, e requer o cumprimento dos deveres inderrogáveis

¹⁷² Stefano Liguori e Maria Mazzitelli, Codice Civile e Leggi Complementari, p.621.

¹⁷³ Eis o texto original: “Danni non patrimoniali. – Il danno non patrimoniale deve essere risarcito nei casi determinati dalla legge.”

de solidariedade política, econômica e social.”¹⁷⁴

a 175

A proteção ao direito à honra é restrita no direito italiano devido à restrição do artigo 2059 do Código Civil de 1942. A doutrina, no intuito de aperfeiçoar a tutela de tão importantes direitos, vem deslocando seu debate para a seara dos danos contra a pessoa.

¹⁷⁴ Ernesto Bettinelli, La Costituzione della Repubblica Italiana, p.145.

¹⁷⁵ Eis o texto original: “La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell’uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l’adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà política, economica e sociale.”

III. A HONRA *POST MORTEM* NO DIREITO BRASILEIRO

1. DIREITO CIVIL BRASILEIRO ANTERIOR AO CÓDIGO CIVIL DE 1916

No Brasil, o primeiro jurista a tratar do tema dos Direitos da Personalidade foi Augusto Teixeira de Freitas, em sua Consolidação das Leis Cíveis. Concebia o autor como direitos absolutos a liberdade, a segurança e a propriedade, só entrando na legislação civil o último deles, por dizer respeito aos Direitos Reais. Os outros dois estariam na seara do Direito Público (legislação criminal).¹⁷⁶

Interessante notar que apesar de o grande civilista conceber a existência de direitos da personalidade, não os incluiu em sua Consolidação (quando fala deles, o faz numa espécie de prefácio) e nem mesmo em seu esboço de Código Civil. Apesar disso, sua obra nos traz valiosas considerações acerca da matéria.

Teixeira de Freitas nos legou um interessante raciocínio, mediante o qual inclui os direitos da personalidade entre os direitos subjetivos privados, insurgindo-se contra a doutrina clássica.¹⁷⁷

Segundo o civilista, sob o aspecto de sua origem, os direitos se dividem em primitivos e derivados ou hipotéticos, e assevera que os escritores do Direito Natural chamam também de absolutos os direitos primitivos. Estes resultam da própria natureza do homem, e não dependem, para existir, de qualquer ato seu.¹⁷⁸

¹⁷⁶ Augusto Teixeira de Freitas, Consolidação das Leis Cíveis, vol. I, p.LXVI.

¹⁷⁷ Daisy Gogliano, Direitos Privados da Personalidade (dissertação de mestrado – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – departamento de Direito Civil. São Paulo, 1982), p.164.

¹⁷⁸ Augusto Teixeira de Freitas, Consolidação das Leis Cíveis, p. LXIII.

Ainda, os direitos primitivos são absolutos, no sentido de que obrigam todos os outros, que não o titular, a se absterem de perturbá-lo. A obrigação, no caso deste tipo de direito é uma inação, ou seja, abstenção de qualquer ato que possa estorvar o direito.¹⁷⁹

Feitas essas considerações, Teixeira de Freitas é expresso ao se referir aos Direitos da Personalidade, e é nisto que reside o seu pioneirismo.

O rol de direitos da personalidade que Teixeira de Freitas aponta, todavia, não é taxativo, conforme afirma o próprio civilista, segundo o qual “a enumeração de tais direitos é feita ao arbítrio de cada escritor, sem que haja nisto inconveniente.”¹⁸⁰

Sucintamente, infere-se que para Teixeira de Freitas os direitos da personalidade não entram na legislação civil porque a sanção fica preenchida com a aplicação da pena, em razão do dano resultante, cuja reparação é necessária. Só entram na legislação civil quando violados ou ofendidos, pois aí dão lugar a obrigações de satisfação ou indenização do dano.¹⁸¹

Sua contribuição, segundo lição de Daisy Gogliano, é muito importante porque apesar de considerar apenas o direito de propriedade, o direito de liberdade e o direito à segurança como direitos da personalidade, faz importante ressalva ao dizer que o rol não é taxativo, o que demonstra a sua sensibilidade.¹⁸²

Além disso, e mais importante, o autor fez importante distinção concernente ao tipo de relação motivada pelos direitos da personalidade. Se estes motivam relações positivas, ou seja, aquelas que se manifestam por meio da violação do direito da personalidade por ato ilícito, entram na legislação civil, dado que dão lugar a obrigações de satisfação, ou indenização, de dano.¹⁸³

¹⁷⁹ Augusto Teixeira de Freitas, *Consolidação das Leis Civis*, vol. I, p. LXIII.

¹⁸⁰ *Ibidem*, p.LXVI.

¹⁸¹ Daisy Gogliano, *Direitos Privados da Personalidade* (dissertação de mestrado – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – departamento de Direito Civil. São Paulo, 1982), p.170

¹⁸² *Ibidem*, p.169.

¹⁸³ *Ibidem*, p.170.

O que marcou também o período anterior à promulgação do Código Civil de 1916 foram seus diversos anteprojetos. Os de Teixeira de Freitas, Nabuco de Araújo, Felício dos Santos e Coelho Rodrigues não tratam dos direitos da personalidade.¹⁸⁴

Teixeira de Freitas coloca em seu esboço as mesmas idéias contidas em sua consolidação. Nabuco de Araújo apenas faz menção aos direitos individuais, absolutos, os mesmos contidos na constituição (art. 179, *caput* e §§), não conferindo a tais direitos caráter de privados.¹⁸⁵

Já Coelho Rodrigues, ao se referir aos bens, inclui alguns direitos de autor e inventor (são patrimônio dos inventores industriais e dos autores de obras científicas e artísticas as suas criações). O que pode parecer um avanço se mostra na verdade apenas um pequeno avanço, já que exclui o aspecto moral dos direitos de autor.¹⁸⁶

Do exposto, infere-se que o período anterior à promulgação do Código Civil de 1916 teve por mérito a primeira iniciativa de seu estudo doutrinário entre nós, por meio de Teixeira de Freitas, o qual, utilizando-se de sua sólida base de conhecimentos, nos deixou a primeira idéia que posteriormente serviria para se passar a conceber os direitos da personalidade no âmbito do direito privado, mudando para sempre o enfoque de seu estudo no Direito Civil e do estudo do próprio Direito Civil.

Todavia, é preciso notar que o direito à honra não foi expressamente mencionado nas obras de tal período, e, muito menos o direito à honra *post mortem*. Numa tal situação, só poderiam ser concebidos por meio de manifestações isoladas, já que o desenvolvimento apenas incipiente da doutrina dos direitos da personalidade, na época, teve a sensibilidade suficiente para não enumerar um rol taxativo de direitos, o que não excluiria o direito em análise neste trabalho.

¹⁸⁴ Daisy Gogliano, Direitos Privados da Personalidade (dissertação de mestrado – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – departamento de Direito Civil. São Paulo, 1982), p.171.

¹⁸⁵ Ibidem, p.172.

¹⁸⁶ Ibidem, p.172.

2. DIREITO CIVIL BRASILEIRO NA VIGÊNCIA DO CÓDIGO CIVIL DE 1916

É no período no qual vigorou o Código Civil de 1916 que vamos encontrar a primeira mostra de que as manifestações doutrinárias acerca dos direitos da personalidade, e, por consequência, do direito à honra se tornariam mais numerosas, seguindo uma tendência verdadeiramente internacional do Direito Civil.

Inicialmente, a honra gozava de proteção tão-somente penal em nosso ordenamento. Nelson Hungria já escrevia em 1958 que o homem tem direito à integridade de seu corpo e do seu patrimônio econômico, acrescentado que tem-no igualmente à indenidade de seu amor próprio (consciência do próprio valor moral e social, ou da própria dignidade ou decoro e do seu patrimônio moral). Notadamente no seu aspecto objetivo ou externo (i.e., como condição do indivíduo que faz jus à consideração do círculo social em que vive), a honra é um bem precioso, pois a ela está necessariamente condicionada a tranqüila participação do indivíduo nas vantagens da vida em sociedade.¹⁸⁷

A causa de o Direito Penal tutelar a honra, tanto em seu aspecto objetivo como em seu aspecto subjetivo não é outra senão a de que a sanção oferecida neste ramo do Direito a uma infração qualquer incute nas pessoas um maior receio no que tange à punição. Teme-se muito mais a perda da liberdade do que a eventualidade de se pagar uma indenização.

Além disso, a sanção criminal, qualquer que seja ela, pelo simples fato de ser qualificada como criminal, gera sobre o apenado certo estigma social. Passa a ser reconhecidamente um criminoso perante o sistema e, pois, perante a sociedade, ainda que já tenha cumprido a pena determinada pelo Poder Judiciário. É por isso que o direito Penal só deve ser utilizado como forma de controle social como última opção.

Nesse sentido, Francesco Carnelutti aduz que “O preso, ao sair da prisão, acredita não ser mais um preso; mas as pessoas não. Para as pessoas, ele é sempre detento; quando muito se

¹⁸⁷ Nelson Hungria, Comentários ao Código Penal, vol.6, p.39.

diz ex-detento; nesta fórmula está a crueldade e o engano. A crueldade está no pensar que, se foi, deve continuar a ser. A sociedade fixa cada um de nós ao passado. O rei, ainda em conformidade com o direito, não é mais rei, é sempre rei; e o devedor, porquanto tenha pago a sua dívida, é sempre devedor. Este roubou; condenaram-no por isto; cumpriu sua pena, porém...”¹⁸⁸

A pena surge quando falham todos os controles sociais. Nesse sentido, pondera Sérgio Salomão Shecaira que não é por outra razão que só devemos utilizar os mecanismos formais de controle social, entre os quais as penas se incluem, quando falharem as demais formas de controle social. É o que o Direito chama de *ultima ratio regum*, princípio informador de todo o Direito Penal consubstanciado no chamado Direito Penal Mínimo.¹⁸⁹

Eram previstos (e ainda são, visto que o Código Penal continua em vigor) delitos próprios contra a honra, consistindo na clássica tríade calúnia-difamação-injúria (artigos 138, 139 e 140 respectivamente). A calúnia é a falsa imputação de fato considerado crime. A difamação é a imputação de fato que constitui motivo de reprovação ético-social. Já a injúria consiste na manifestação de pensamento ou conceito que representa insulto, menosprezo a outrem, desde que o atingido o perceba.¹⁹⁰

Deste modo, se alguém sofre uma ofensa de natureza criminal contra sua honorabilidade, resta-lhe apenas a tarefa de procurar subsumir o fato (conduta do ofensor) à norma (um dos três tipos de delito que o legislador pôs à sua disposição), i.e., calúnia, injúria ou difamação.¹⁹¹

No que diz respeito à honra objetiva, a proteção penal era, e ainda o é, feita por intermédio do crime de difamação, cujo bem jurídico protegido é justamente a honra, e por meio de cuja repressão protege-se a reputação, ou seja, o conceito de que o sujeito passivo goza no meio social. É oportuno reconhecer que mesmo os chamados “desonrados”, ou seja,

¹⁸⁸ Francesco Canelutti, *As Misérias do Processo Penal*, pp.79-80

¹⁸⁹ Sérgio Salomão Shecaira, *Criminologia*, p.60.

¹⁹⁰ Carlos Alberto Bittar, *Direitos da Personalidade*, p.128.

¹⁹¹ Ângelo Mário Costa e Trigueiros, *Do Direito à Honra*, (Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – departamento de Direito Civil. São Paulo, 1980), p.62.

os que não mais detêm a estima pública, podem ser sujeitos passivos do crime de difamação, pois entende a doutrina que sempre resta um recanto moral intacto e passível de ser atingido pela ofensa.¹⁹²

A esse respeito, Adelmo Manna ensina que esta doutrina não é imune a críticas, dado que ela atrapalha a aferibilidade do bem jurídico a ser protegido, e, pois, não traz nenhuma contribuição criativa/hermenêutica à *fattispecie*, perdendo o bem jurídico em seletividade.¹⁹³ a
194

A conduta típica do crime de difamação consiste em imputar a outrem fato ofensivo à sua reputação, não importando se o fato é ou não verdadeiro, pois, ainda que verdadeira a alegação do fato ofensivo, sua mera imputação pode afetar em muito a reputação de que desfruta o ofendido. O fato deve ser suficientemente determinado para que se individualize o fato desonroso que se atribui.¹⁹⁵

É bem dizer, todavia, que a difamação contra pessoa morta não é tipificada pelo Código Penal, mas, se a atribuição de fato ofensivo à reputação do morto refletir-se sobre seus parentes, v.g., haverá difamação punível, se for possível também identificá-los no contexto da ofensa.¹⁹⁶ Deste modo, percebe-se que a proteção da honra *post mortem* pode dar-se por via reflexa na esfera penal, mesmo não estando tipificada, ainda que as hipóteses em que isso ocorra sejam pela própria lei restringidas, ou seja, a proteção penal neste caso é menor do que a proteção civil.

¹⁹² Luiz Regis Prado, Curso de Direito Penal Brasileiro, vol.2, p.259.

¹⁹³ Adelmo Manna, Reati Contro La Persona, p.372

¹⁹⁴ Eis o texto no original: “Tale teoria non resolve, infatti, i problemi legatti all’afferrabilità del bene giuridico, e, di conseguenza, non apporta alcun contributo critico/ermeneutico alla fattispecie. Il bene giuridico, così inteso, perde ogni sua capacità selettiva e non è un caso, come dimostrato dalla migliore dottrina l’esistenza di un’altra cifra grigia di questi reati che spingono gli studiosi più attenti, pur aderenti a quest’ultima, a ribadire, anche in tempi recenti la depenalizzazione dei reati contro l’onore e l’utilizzo di tecniche alternative di tutela.”

¹⁹⁵ Luiz Regis Prado, Curso de Direito Penal Brasileiro, vol.2, p.261.

¹⁹⁶ Ibidem, p.260.

Devido a essa restrição, a revogada lei de imprensa (Lei nº5.250 de 9 de fevereiro de 1967) veio a preencher parte desta lacuna punindo, em seu artigo 24, a calúnia, a injúria e a difamação contra os mortos.¹⁹⁷

A injúria, segundo Luiz Regis Prado, consiste na palavra ou gesto ultrajante, ofensivo ao sentimento de dignidade alheio. Também na injúria o bem jurídico tutelado é a honra, mais especificamente a dignidade e o decoro. Uma característica da injúria é a exteriorização do desprezo e do desrespeito, ou seja, trata-se de um juízo de valor negativo apto a ofender o sentimento de dignidade da vítima.¹⁹⁸

Difere a injúria da difamação pelo fato de não significar a imputação de um fato determinado, mas sim de vícios e defeitos morais, intelectuais e físicos. No que diz respeito à injúria, deve-se frisar que apesar de ela proteger a honra, particularmente em seu aspecto interno, subjetivo, é possível que a ofensa afete também a reputação da vítima (por exemplo, se a ofensa for propalada a terceiros).¹⁹⁹

Com efeito, a conduta típica no crime de injúria consiste em injuriar alguém, ou seja, ofender-lhe a dignidade ou o decoro. Não há imputação de fatos precisos, mas somente atribuição de qualidades negativas genéricas ou de fatos vagos e indeterminados.

A verificação ou não do desprestígio social decorrente da ofensa é totalmente indiferente para a verificação do crime de injúria. A injúria contra pessoa morta não se encontra tipificada no Código Penal, mas assim como ocorre no crime de difamação, se a ofensa refletir-se sobre seus parentes haverá injúria punível, assim como se for possível identificá-los no contexto da ofensa.²⁰⁰

¹⁹⁷ Luiz Regis Prado, Curso de Direito Penal Brasileiro, vol.2, p.260.

¹⁹⁸ Ibidem, p.271-272.

¹⁹⁹ Ibidem, p.272.

²⁰⁰ Ibidem, p.273.

Quanto ao crime de calúnia, a conduta típica consiste em atribuir falsamente a prática de crime a outrem. O fato imputado deve ser definido como crime, e deve ser determinado, ou seja, a imputação deve ser tal que se individualize o crime que se atribui.²⁰¹

Interessante notar que no crime de calúnia é admitida a exceção da verdade, que é uma defesa apresentada pelo ofensor para demonstrar a verdade da imputação, que lhe livra do crime, salvo se o fato imputado for crime de ação privada, se o fato for imputado ao presidente da República ou contra chefe de governo estrangeiro ou se pelo do crime imputado, mesmo sendo crime de ação pública, o ofendido tiver sido absolvido por sentença irrecorrível (Art.138, §3º, incs. I a III do Código Penal). Admite-se, por fim, a retratação nos casos de calúnia e difamação.²⁰²

Ressalte-se a previsão do artigo 138, §2º do Código Penal, pela qual é punida a calúnia contra os mortos. A esse respeito, a doutrina penalista é quase unânime em afirmar que aqui se quer tutelar não a honra dos mortos, mas sim a dos parentes vivos, visto que o morto não seria titular do bem jurídico protegido, dado que a morte extingue a personalidade jurídica, de modo que uma calúnia dirigida a um morto não o fere, mas sim à sua memória, o que interessaria somente aos seus parentes vivos.²⁰³

Deste modo, podemos dizer que o sujeito passivo do crime de calúnia contra os mortos são o cônjuge, o ascendente, o descendente ou o irmão, pois são os titulares da objetividade jurídica, que se reflete na honra dos parentes vivos.²⁰⁴

É pesaroso verificarmos que, apesar de termos um sistema penal razoavelmente completo no que tange à proteção da honra, tanto dos vivos quanto dos mortos, ocorreu nos últimos anos um fenômeno de verdadeira banalização da honra no Direito Penal. As penas infligidas são pequenas, de modo que perdem muito de seu papel didático, ou seja, de seu

²⁰¹ Luiz Regis Prado, Curso de Direito Penal Brasileiro, vol.2, p.248.

²⁰² Carlos Alberto Bittar, Direitos da Personalidade, p.128.

²⁰³ Luiz Regis Prado, Curso de Direito Penal Brasileiro, vol.2, p.248.

²⁰⁴ Damásio E. de Jesus, Direito Penal, vol.2, p.217.

papel de desestimular que condutas atentatórias à honra se verifiquem. Não se sente mais o transgressor desestimulado a transgredir.

Com efeito, muitas vezes as penas previstas na Lei Penal são convertidas em penas bem mais leves, sob o pretexto, por exemplo, de se desafogar o sistema prisional, que não possui vagas sequer para manter presos os condenados por crimes mais graves. Não se trata de nada além de uma admissão da incompetência do Estado em cumprir com seus deveres.

Além disso, apesar do argumento segundo o qual o Direito Penal deve ser mínimo, punindo apenas faltas tidas como muito graves, capazes de desestabilizar a sociedade como um todo, cremos que a proteção penal à honra deve continuar a ser conferida, pois a ofensa à honra de alguém ou à honra dos mortos é algo suficientemente grave para ser criminalmente punido.

Com efeito, a banalização da proteção penal à honra tem como efeito perverso a banalização da honra em si. Para os leigos, o fato de uma conduta deixar de ser tipificada como crime, ou, ainda, ter sua aplicação criminal banalizada, equivale a permitir a conduta, ainda que esta permaneça punível em outras esferas de jurisdição, como a civil e a administrativa.

É preciso que o operador do Direito tenha em mente que a honra é um valor muito importante, devendo ser protegido com o maior rol possível de mecanismos, dado que o desrespeito à honra de outrem pode ser um importante fator de desestabilização social.

As penas previstas em lei para crimes contra a honra são, infelizmente, na maioria das vezes, convertidas em penas mais brandas, como, por exemplo, serviços comunitários, os quais, quando não são burlados pelo condenado, são facilmente executados (muitas vezes em menos de uma semana), não servindo de forma alguma para desestimular a conduta criminosa.

Paulatinamente, foi-se engendrando um sistema que proporcionasse também a proteção civil do direito à honra. Ressalte-se que esse desenvolvimento deu-se independentemente da

banalização da honra do Direito Penal, visto que teve seus começos numa época em que tal banalização ainda não havia começado a acontecer.

Durante a vigência do Código Civil de 1916 o direito à honra era apenas implícito em alguns campos, como o do matrimônio, o das relações de filiação, o da adoção etc., sancionando o então Código Civil condutas caracterizadas pela indignidade.²⁰⁵ Não tinha, pois, previsão legal explícita em nosso diploma civil.

Apesar dos primeiros desenvolvimentos da doutrina pátria dos direitos da personalidade durante o século XIX, o Direito Civil brasileiro, em âmbito legislativo, encontrava-se, neste aspecto, atrasado em relação a outros. A lei romena, por exemplo, já tratava especificamente do direito ao nome desde o ano de 1895.²⁰⁶ Também o Código Civil alemão (BGB) já o fazia desde 1900, ainda que de modo incompleto.

A esse respeito, leciona Clóvis Beviláqua que se o interesse moral justifica a ação para defendê-lo ou restaurá-lo, é claro que tal interesse é indenizável, ainda que o bem moral se exprima em dinheiro.²⁰⁷ Com efeito, muitas vezes não há, deveras, maneira melhor para se proteger o interesse moral, mas não foi o parecer do civilista adotado em nosso estatuto civil de então.

O engano de Clóvis Beviláqua foi confundir a reparação do dano moral e sua teoria com a proteção e a reparação do dano causado pela violação do Direito da Personalidade.²⁰⁸ Apesar de constituírem campos afins, com diversos conceitos em comum, não é correto serem colocados como sinônimos. A doutrina civilista já possui apuro técnico suficiente para separá-los em categorias diferentes, embora não estanques.

Posteriormente, os doutrinadores civilistas em geral passaram a dedicar pelo menos um capítulo de suas obras, ainda que breve, ao estudo dos direitos da personalidade.

²⁰⁵ Carlos Alberto Bittar, *Os Direitos da Personalidade*, p.129.

²⁰⁶ Rubens Limongi França, *Manual de Direito Civil*, p.325.

²⁰⁷ Clóvis Beviláqua, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado*, vol. 1, p.319.

²⁰⁸ Daisy Gogliano, *Direitos Privados da Personalidade* (dissertação de mestrado – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – departamento de Direito Civil. São Paulo, 1982), p.161.

O primeiro jurista, em nível legislativo, a tratar verdadeiramente dos direitos da personalidade foi Orlando Gomes em seu anteprojeto de Código Civil. Já em nível doutrinário podem ser apontados diversos pioneiros, como, por exemplo, o professor Rubens Limongi França.

O debate doutrinário primacial no período da vigência do Código Civil de 1916, no que diz respeito aos direitos da personalidade, girou em torno da reparabilidade do dano somente moral. A esse respeito, Wilson Melo da Silva nos deu um grande rol de juristas a favor²⁰⁹ e contra tal reparabilidade.²¹⁰

Daí se percebe que a proteção esparsa da honra conferida pelo Código Civil de 1916, conferida principalmente pelos artigos 159; 219, inciso I; 1229, inciso II; 1548, 1595, II e 1547 era insuficiente. Leciona Ângelo Mário Costa Trigueiros, escrevendo no período em que o referido código estava em vigor, que o fato de o legislador civil ter se referido, expressamente, a casos de ofensa à honra, não implica que outros casos por ele silenciados não possam ocorrer ou que os outros casos não mereçam tutela jurídica ou que esses mesmos outros casos não possam merecê-la, conjuntamente com aqueles contemplados pelo Código.²¹¹

Tal se dava porque o conceito de patrimônio no código Civil de 1916 era também insuficiente. O patrimônio era definido no artigo 57 do revogado diploma civil. Eis seu texto transcrito:

Art. 57. O patrimônio e a herança constituem coisas universais, ou universalidades, e como tais, subsistem, embora constem de objetos materiais.”

²⁰⁹ Wilson Melo da Silva, O Dano Moral e sua Reparação, p.341.

²¹⁰ Ibidem, pp. 294-304.

²¹¹ Ângelo Mário Costa e Trigueiros, Do Direito à Honra, (Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – departamento de Direito Civil. São Paulo, 1980), p.63.

Embora tal concepção de patrimônio seja prática, não atende aos anseios de justiça daqueles que se viram presas e tiveram sua honra agravada pelos danadores civis.²¹² Devido a tal conceito legal, por muito tempo se pensou que bens jurídicos imateriais, como a honra, o decoro, a intimidade ou a imagem não faziam verdadeiramente parte do patrimônio jurídicos dos particulares. O dano moral, como já se disse, não era reparado, e muitas vezes a fundamentação para um tal entendimento era feita com base no artigo 57 do Código Civil de 1916.

Para que se mudasse essa situação, perniciosa por si só, visto que não se protegia civilmente valores muito caros à sociedade, dentre eles assumindo papel destacado a honra, e, por conseguinte, a honra *post mortem*, foi necessário que se gerasse uma doutrina segundo a qual tais valores passassem a reconhecidamente fazer parte do patrimônio jurídico do sujeito de direito.

Com efeito, basta que se amplie e que se reconheça que os bens imateriais compõem o acervo existencial do homem, para que se entenda que toda e qualquer ofensa a um desses mesmos bens pode e deve ser tratada como qualquer outra ofensa, ainda que a um bem palpável, dito material por isso mesmo. Bens da vida são bens da vida.²¹³

Wilson Melo da Silva nos dá um conceito de patrimônio que vem ao encontro dos anseios da sociedade. Diz o grande civilista que “o bem, em sentido jurídico, melhor dito: o objeto de direito tem uma acepção ampla, compreensiva tanto das coisas materiais, como das imateriais, tanto das coisas suscetíveis de avaliação econômica, como das não-suscetíveis dessa avaliação. O patrimônio, classicamente, sempre se concebeu como um acervo de direitos apreciáveis em dinheiro. O termo implica, juridicamente falando, uma idéia de haveres, de valores econômicos. Mas se assim é, bem é de ver-se, contudo, que não apenas esse patrimônio em sentido restrito merece a tutela do direito.”²¹⁴

²¹² Ângelo Mário Costa e Trigueiros, *Do Direito à Honra*, (Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – departamento de Direito Civil. São Paulo, 1980), p.65.

²¹³ *Ibidem*, p.66.

²¹⁴ Wilson Melo da Silva, *O Dano Moral e sua Reparação*, p.233.

Deste modo, passaria o Direito Civil a conferir proteção aos bens imateriais, o que serviria para fazer nascer na população um sentimento de maior confiança do Direito como um todo. Com efeito, a condenação civil, que na maioria das vezes consiste numa indenização ou num ato que faça cessar a ofensa, pragmaticamente, tem efeito muito maior perante o ofendido do que uma condenação criminal, conforme já dito.

E assim é porque a condenação criminal tem por principal objetivo resguardar a sociedade como um todo das ofensas a bens que esta julgue mais caros à sua preservação. Já a condenação civil tem cunho mais prático, pois ressarcir a vítima de modo mais direto. Esta se sente de fato mais protegida. E se lembrarmos-nos de que houve uma paulatina banalização das penas nos crimes contra a honra, salta aos olhos a necessidade de haver também uma condenação civil quando os bens jurídicos por eles protegidos são violados.

Deste modo, entende-se que a ofensa à honra se trata verdadeiramente de uma ofensa a um bem que compõe o patrimônio imaterial do indivíduo. Se é uma ofensa a um patrimônio, ainda que composto de bens imateriais, é passível de causar prejuízos. E se uma determinada conduta causa prejuízo a outrem, este deve ser ressarcido, ainda que a determinação do *quantum* indenizatório seja de difícil aferição.

No que diz respeito aos mecanismos de reação que poderiam ser utilizados pelo ofendido, admitia-se a reintegração específica, ou seja, a recomposição natural do patrimônio do lesado, por meio de retratação, publicação da sentença condenatória do ofensor, ou qualquer outro meio de desagravo possível, sem prejuízo de outras sanções.²¹⁵

Há que se qualificar melhor o dano moral a fim de evitar sua banalização. Infelizmente, tal banalização já existe. Com efeito, é prática corrente pedir indenização por danos morais quando se pede indenização por danos materiais, automaticamente e sem verificar minimamente sua existência efetiva. Trata-se de falta de apuro técnico que só serve para tornar comum uma categoria diferente de reparação para um tipo diferente de dano.

²¹⁵ Carlos Alberto Bittar, *Direitos da Personalidade*, p.129.

Segundo Carlos Alberto Bittar, qualificam-se como morais os danos em razão da esfera da subjetividade, ou do plano valorativo da pessoa na sociedade em que repercute o fato violador, havendo-se, portanto, como tais aqueles que atingem os aspectos mais íntimos da personalidade humana (o da intimidade e da consideração pessoal), ou o da própria valoração da pessoa no meio em que vive e atua (o da reputação ou da consideração social).²¹⁶

Desta forma, os danos morais não existem automaticamente decorrentes da só existência de um dano material. Para que se verifique a existência de um dano moral, é, em primeiro lugar, imprescindível que ele não seja decorrência natural de um determinado dano material (mero dissabor ou aborrecimento, totalmente equacionados por meio de indenização), e é exatamente aqui que a praxe tem se confundido e ocasionado um efeito perverso sobre a categoria do dano moral.

Neste sentido, é bastante claro o enunciado nº159 aprovado na terceira Jornada de Direito Civil, que abaixo transcrevemos:

“159 – Art. 186: O dano moral, assim compreendido todo o dano extrapatrimonial, não se caracteriza quando há mero aborrecimento *inerente* a prejuízo material.” (grifo nosso)

No que diz respeito à proteção da personalidade, há que se fazer mais uma diferenciação. Segundo Daisy Gogliano, na tutela da personalidade, a possibilidade de reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções, ilide *ab initio* qualquer possibilidade de confusão entre a matéria de responsabilidade civil com a própria tutela da personalidade.²¹⁷

Assim, o dano decorrente da ofensa aos direitos da personalidade se encaixaria numa categoria diferente de dano (diferente do dano material e do dano moral). Trata-se de dano que

²¹⁶ Carlos Alberto Bittar, Os Direitos da Personalidade, p.41.

²¹⁷ Daisy Gogliano, Direitos Privados da Personalidade (dissertação de mestrado – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – departamento de Direito Civil. São Paulo, 1982), p.175.

independe da repercussão psicológica que tenha causado no ofendido. Não é dano material porque não necessariamente produz diminuição em seu patrimônio material. Não se trata tampouco de dano moral porque independe da repercussão psicológica que causa no ofendido. É dano decorrente unicamente da violação aos direitos da personalidade. Na Itália, tal classe de danos vem sendo estudada com a denominação de “dano à pessoa”.

Poder-se-ia pugnar pela inexistência de dano decorrente da violação de direitos da personalidade como uma categoria diferente de dano, mas ela é sumamente necessária. Apesar de não ser decorrente de um prejuízo material ou moral experimentado pela vítima, é decorrente de algo ainda mais grave, ou seja, de um ataque à personalidade em si mesma.

A categoria do dano decorrente da violação aos direitos da personalidade serviria como uma maneira didática de demonstrar que o ordenamento não tolera ofensas à personalidade, independentemente da repercussão que cause na vítima direta (pessoa). A violação aos direitos da personalidade deve ser tratada de modo a se buscar não deixar a vítima sem a devida reparação, independentemente do efeito que lhe é causado, a fim de resguardar-se também a vítima indireta da violação (sociedade). O dano à personalidade poderia facilmente ser reparado por meio de tutela específica, da qual se falará mais adiante.

No que tange aos direitos da personalidade individualmente considerados, as maiores manifestações pela sua previsão legislativa consistem nos anteprojetos de Código Civil. Primeiramente, o de Orlando Gomes. Em segundo lugar, o da comissão presidida por Miguel Reale.

O projeto de Orlando Gomes, que se inspirava no anteprojeto de Código Civil francês, regulamentou a matéria dos direitos da personalidade de modo mais amplo e acurado do que o Código Civil italiano, que era o que até então se tinha dedicado ao tema com maior detalhamento.²¹⁸

²¹⁸ Daisy Gogliano, *Direitos Privados da Personalidade* (dissertação de mestrado – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – departamento de Direito Civil. São Paulo, 1982), p.174.

Com efeito, o anteprojeto de Orlando Gomes dedicou à matéria 15 artigos (artigos. 28 a 43), tutelando direitos como os de disposição do próprio corpo (artigo 29), disposição do cadáver (artigo 30), tratamento médico (artigo 32), reprodução da imagem (artigo 35), direitos autorais (artigo 36) e direito ao nome (capítulo IV, artigos 37 a 43).

O grande mérito do diploma em questão foi mencionar expressamente o direito à honra como um direito da personalidade. Assim se expressava em seu artigo 28, que transcrevemos:

“Direitos da personalidade – O direito à vida, à liberdade, à *honra* e outros reconhecidos à pessoa humana são inalienáveis e intransmissíveis, não podendo seu exercício sofrer limitação voluntária.

Parágrafo único. Quem for atingido ilicitamente em sua personalidade pode exigir que o atentado cesse e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de sanções de outras naturezas a que fique sujeito o ofensor.” (grifo nosso).

Há alguns pontos a serem destacados no anteprojeto do grande civilista. O primeiro deles diz respeito à possibilidade de se reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções, o que teve como efeito, segundo lição de Daisy Gogliano,²¹⁹ acabar com qualquer confusão entre a matéria dos direitos da personalidade e a da responsabilidade civil.

Outro ponto importante, que toca mais de perto o tema desta dissertação, diz respeito à ausência de dispositivos concernentes à integridade psíquica e à intimidade privada. Com efeito, o único aspecto da integridade moral previsto é o da reprodução da imagem.²²⁰ Preocupou-se o anteprojeto mais com a previsão de dispositivos concernentes à integridade física do que daqueles concernentes à integridade moral.

²¹⁹ Daisy Gogliano, *Direitos Privados da Personalidade* (dissertação de mestrado – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – departamento de Direito Civil. São Paulo, 1982), p.175.

²²⁰ *Ibidem*, p.176.

Apesar de conter algumas lacunas, é perfeitamente compreensível que o anteprojeto de Orlando Gomes tenha deixado de prever certos direitos da personalidade. Até os dias atuais, apesar de todos os estudos realizados e do desenvolvimento doutrinário que a matéria recebeu, não são unânimes os autores quanto ao rol dos direitos da personalidade. A situação, quanto a este fator, continua a ser como era nos primórdios de seu desenvolvimento doutrinário.

Em momento posterior, vem à baila o anteprojeto de Código Civil elaborado por uma comissão presidida por Miguel Reale. Tal anteprojeto, em relação aos direitos da personalidade, acompanhou a orientação daquele de Orlando Gomes, repetindo, muitas vezes, suas disposições.

Porém, o anteprojeto de 1972, tornado posteriormente projeto, que levou o nº 634, do ano de 1975, peca pela técnica nalguns aspectos. Primeiramente, em seu artigo 12, estabelece uma exceção aos casos previstos em lei para a transmissão e renúncia aos direitos da personalidade, o que vai de encontro ao próprio conceito de direito da personalidade, conforme se verá com maior detalhamento posteriormente.

Outra opção do anteprojeto, criticada por grande parte da doutrina, consiste na menção apenas da expressão “direitos da personalidade”, o que transfere à doutrina o importante papel de delimitá-los e especificá-los. No anteprojeto de Orlando Gomes tal não se dava, pois este se referia a direitos que se revestiam, na época, de uma maior importância, conforme lição de Daisy Gogliano.²²¹

O anteprojeto de Miguel Reale, em seu artigo 13 tutelava o direito da personalidade em caso de lesão conferindo a possibilidade de pedido de perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei. O anteprojeto de Orlando Gomes utilizava-se da expressão “sanções de outra natureza”, mais abrangente e indicada para o caso de uma classe de direitos que nunca tinha sido, em nosso direito, disciplinada legislativamente.

²²¹ Daisy Gogliano, *Direitos Privados da Personalidade* (dissertação de mestrado – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – departamento de Direito Civil. São Paulo, 1982), p.180.

Por fim, o anteprojeto da comissão presidida por Miguel Reale pecava imensamente ao não aludir em seus artigos concernentes aos direitos da personalidade à integridade moral e psíquica, ao menos em algumas de suas manifestações.

Entretanto, não só de erros era pleno o anteprojeto de Miguel Reale. Ele teve o grande mérito de prever expressamente, no parágrafo único de seu artigo 13, que ao morto seria dispensada a mesma proteção que aos vivos em relação aos direitos da personalidade, e conferiu legitimação para requerer tal proteção, por meio da reclamação de perdas e danos, ao cônjuge sobrevivente ou qualquer parente em linha reta ou colateral até o 4º grau. Deste modo, ficou previsto, ainda que indiretamente, o direito à honra *post mortem*. Nisto pode-se verificar uma manifesta influência do então recente Código Civil Português, de 1967.

Além disso, teve o mérito de prever de forma mais detalhada os direitos da personalidade. Inspirou-se, neste aspecto, no anteprojeto de Código Civil francês, que lhe serviu de base.²²²

O artigo 21 do anteprojeto reforça essa opção. Ei-lo transcrito:

“Art. 21. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a difusão de escritos, a transmissão da palavra ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a *honra*, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o

²²² Rubens Limongi França, Direitos da Personalidade I, In: Enciclopédia Saraiva do Direito, vol.28, p.143.

cônjuge, os ascendentes ou os descendentes.”²²³ (grifo nosso)

Da transcrição do artigo acima, inferimos que o direito à honra *post mortem* foi expressamente protegido pelo anteprojeto, e, embora seus atributos não fossem citados expressamente, pelo menos ficou expresso quem deteria a legitimidade para pleitear sua proteção, o que, se não solucionou todas as perplexidades, solucionou ao menos uma delas, e de grande magnitude.

Em sendo assim aprovado, o anteprojeto conferiria, apesar de suas deficiências de caráter técnico acima mencionadas, uma certa aplicabilidade à tutela do direito à honra *post mortem*, algo até então inédito no Direito Civil pátrio.

3. O CÓDIGO CIVIL DE 2002

O Código Civil de 2002 foi nosso primeiro diploma legislativo a prever de forma expressa o Direito à Honra *Post Mortem* no âmbito privado. Com efeito, seu artigo 20 tem a mesma redação do artigo 21 do anteprojeto, não tendo sido modificado em absolutamente nada.

Da leitura do referido dispositivo, percebe-se que a lei não definiu o que é honra e a delimitação de seu conceito, ou seja, deixou grande margem de interpretação ao juiz e à doutrina, característica esta premente na redação de nosso atual Código Civil como um todo.

Uma das inovações mais sensíveis do Código Civil de 2002 consiste no emprego de fórmulas abertas quando da elaboração dos dispositivos legais que o informam. Miguel Reale, presidente da comissão responsável por sua elaboração, explica ser isso fruto do princípio da

²²³ Anteprojeto do Código Civil, p.10.

eticidade, o que muitas vezes se traduz na opção por normas genéricas ou cláusulas gerais, sem a preocupação de excessivo rigorismo conceitual, a fim de possibilitar a criação de modelos hermenêuticos, quer pelos advogados, quer pelos juízes, para contínua realização dos preceitos legais.²²⁴

Malgrado a justificativa apresentada pelo mestre, o fato é que se trata, nas palavras do professor Antônio Junqueira de Azevedo, de um paradigma, ou seja, um modelo de problemas e soluções para uma comunidade de operadores, ultrapassado. O civilista nos traça um breve histórico acerca dos paradigmas do Direito.²²⁵

Cronologicamente, o primeiro foi o da lei, ou seja, o juiz era apenas um autômato, e basta-lhe verificar a subsunção do fato à norma, e, em caso positivo, impor a consequência nela prevista.²²⁶ Este paradigma, com o tempo, foi se mostrando insuficiente, e anomalias que não poderiam ser com base nele solucionadas foram surgindo, tais como lacunas na lei.

Como efeito disso, surge um segundo paradigma, que era o juiz estatal. Segundo o ilustre professor, introduziram-se nos textos normativos conceitos jurídicos indeterminados a serem concretizados pelo julgador no caso a decidir, e as cláusulas gerais, como a de boa-fé.²²⁷ Cabe ressaltar que é este o paradigma seguido pelo nosso atual Código Civil.

A sociedade pós-moderna não se conforma com as noções vagas e nem com um positivismo exacerbado. A lei e o juiz são então relegados a casos extremos. Com isso, o paradigma do juiz estatal é abandonado gradativamente e passa a ser o caso concreto. A centralidade do caso: é este o eixo em torno do qual gira o paradigma jurídico pós-moderno.²²⁸ Isso se reflete, por exemplo, na cada vez maior procura por meios alternativos de resolução de disputas, como a mediação ou a arbitragem. Fala-se até que de uma fuga para o juiz passou-se

²²⁴ Miguel Reale, História do Novo Código Civil, p.13

²²⁵ Antonio Junqueira de Azevedo, O Direito Pós-Moderno e a Codificação, In: Revista da Faculdade de Direito, vol.94, p.4.

²²⁶ Ibidem, p.6.

²²⁷ Ibidem, p.7.

²²⁸ Ibidem, p.8.

para uma fuga do juiz.²²⁹ Além de mais rápidos, respeitam mais as particularidades de cada processo. Todavia, estes meios são ainda muito caros e a imensa maioria da população não tem meios para arcar com tais custos. Deste modo, a grande maioria da população fica ainda presa ao paradigma, já ultrapassado, do Código Civil de 2002, qual seja, o do juiz, com normas abertas às vezes em demasia.

Segundo Jean Dabin, uma lei indefinida ou definida de maneira insuficiente não é praticável de modo algum porque sua aplicação ocasionaria hesitações e controvérsias que geram insegurança. Falando em termos sociais, a ausência total de qualquer regra onde ela é necessária, ou de uma regra imperfeita na substância de sua disposição, muitas vezes é preferível a uma regra incerta. Essas soluções têm pelo menos o mérito da clareza e, na pior das hipóteses, determinadas providências permitirão que sejam reduzidas, enquanto a incerteza acrescenta à desordem de conduta uma desordem mais monstruosa, a saber, a desordem no próprio decreto que pretende fazer regra de ordem.²³⁰ O ideal, pois, é um equilíbrio, pois assim diminui-se a incerteza e deixa-se uma margem ao juiz para usar, conforme as necessidades de cada caso.

A honra, e conseqüentemente a honra *post mortem*, no Código Civil atual, não tem seu conceito delimitado e nem seu âmbito de abrangência definidos. Esta situação causa alguns incômodos ao Poder Judiciário e também algumas situações iníquas.

Exemplo disto é o fato de que dificilmente o Poder Judiciário concede indenização por danos morais a síndico ofendido durante assembléia de condôminos, ou, ainda, o fato de concedê-la apenas se a ofensa tiver sido feita por escrito e distribuída aos condôminos, o que dificilmente ocorre na realidade.

Uma tal situação faz com que o Judiciário e o Direito como um todo caiam em descrédito perante a população, o que é indesejável. Deste modo, cabe à doutrina e aos operadores do Direito desenvolver mecanismos a fim de se delimitar a aplicação de um

²²⁹ Antônio Junqueira de Azevedo, O Direito Pós-Moderno e a Codificação, In: Revista da Faculdade de Direito, vol.94, p.8

²³⁰ Clarence Morris (Org.), Os Grandes Filósofos do Direito, pp. 490-491.

dispositivo tão importante para a paz social, realizando assim de forma mais plena os objetivos maiores do Direito.

É evidente que a legislação, numa sociedade de massa e que busca uma cada vez maior certeza do Direito, não deve conter conceitos muito fechados, sob pena de se engessar o desenvolvimento jurídico (paradigma já ultrapassado da lei). Tendo-se em vista que o Direito vem sempre a reboque, ou seja, tenta acompanhar o desenvolvimento frenético da sociedade, sem no entanto conseguir seu intento de modo perfeito, é necessária uma margem de interpretação a fim de que seus operadores possam desenvolver seu mister mais satisfatoriamente.

Todavia, para que essa margem não se torne por demais grande, inviabilizando completamente a aplicação dos institutos jurídicos, é necessário que o legislador confira, pelo menos, uma diretriz de como a interpretação e aplicação dos mesmos deve ser feita, o que não ocorreu com nosso diploma civil.

Com efeito, aduz Antonio Junqueira de Azevedo que os conceitos indeterminados continuam a ser usados hoje, mas agora com diretrizes materiais. A Constituição, sobre a função social, não se limitou a dizer que a propriedade tem função social, como está no art. 5º. Na verdade, disse o que era função social no art. 182, § 2º, para os imóveis urbanos e para a propriedade rural no art. 186. Ou seja, dá diretrizes, não é um jogo de palavras retórico.²³¹

E continua o civilista dizendo que, com relação à boa-fé, todos os códigos modernos dão diretrizes. O Código Civil holandês diz que a boa-fé deve ser vista de acordo com o interesse das partes, combinado com o interesse coletivo. Procura-se dar ao juiz alguma diretiva; uma diretriz para o conceito.²³²

Nosso legislador civil merece aplauso por ter tido o cuidado de prever em um capítulo próprio os direitos da personalidade. Todavia, poderia ter sido mais minucioso. Deixa de

²³¹ Antonio Junqueira de Azevedo, O Princípio da Boa-fé nos Contratos, In: Revista do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, v.3, n.9, setembro/dezembro de 1999, pp.44.

²³² Ibidem, pp.44.

prever alguns dos mais importantes direitos da personalidade, como, por exemplo, o direito à liberdade e o direito ao respeito, dentre outros.

Foi detalhista, por exemplo, na previsão do direito ao corpo (Arts. 13 e 14), mas limitou-se a enunciar, apenas, o direito à vida privada da pessoa natural (Art.21), não conferindo ao juiz qualquer parâmetro acerca das providências a serem tomadas quando de sua violação. Se por um lado é dada liberdade ao juiz para agir conforme o caso concreto, por outro gera-se a possibilidade de soluções diferentes, e até mesmo diametralmente opostas, para situações idênticas, o que contribui para uma sensação de ineficácia e injustiça. Também faz com que se demore mais para se formar uma jurisprudência, no sentido técnico da palavra, i.e., um conjunto de decisões uniformemente dadas pelos tribunais.

Teria sido salutar que tivesse o legislador civil dado uma diretriz, por mínima que fosse, ao juiz julgador da demanda que versasse acerca de direitos da personalidade. Pode-se argumentar, aqui, que a jurisprudência pátria é já firme no sentido de conferir indenização pelo dano causado, ainda que somente moral, principalmente após o advento da Constituição Federal de 1988.

Entretanto, a indenização não é o único meio conferido pelo Direito para se reparar o dano. Outros meios existem, que, dependendo da situação verificada no caso concreto, podem mostrar-se até mais satisfatórios. Se o legislador tivesse previsto alguma dessas modalidades para a violação dos direitos da personalidade, teria em muito facilitado o trabalho dos juízes, além de garantir com maior efetividade tais direitos.

Também teria contribuído o legislador para que se ganhasse tempo, pois é sabido que alguns anos são necessários, às vezes décadas, para que um determinado entendimento jurisprudencial seja considerado pacífico e seja aplicado indistintamente, possibilitando assim uma maior segurança jurídica.

Em momento posterior procuraremos mostrar as diversas maneiras pelas quais pode ser reparado o dano causado aos direitos da personalidade em geral, e principalmente, à ofensa ao direito à honra *post mortem*.

IV. O CONCEITO DE HONRA

1. BREVE ESBOÇO DE UMA TEORIA GERAL DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Antes de adentrarmos verdadeiramente o estudo do direito à honra *post mortem*, é aconselhável que se faça um breve esboço da teoria geral dos direitos da personalidade, pois, entendendo-se o geral, adquire-se uma maior facilidade para que se entenda o particular.

Primeiramente, enumeraremos alguns conceitos de direitos da personalidade, para, em seguida, elencar suas características essenciais, sem as quais eles perdem esse caráter.

Rubens Limongi França ensina que direitos da personalidade dizem-se as faculdades jurídicas cujo objeto consiste em diversos aspectos da própria pessoa do sujeito, bem assim da sua projeção essencial no mundo exterior.²³³

Segundo Orlando Gomes, na categoria dos direitos da personalidade compreendem-se direitos considerados essenciais ao desenvolvimento da pessoa humana, que a doutrina moderna preconiza e disciplina, no corpo do Código Civil, como direitos absolutos. Destinam-se a resguardar a eminente dignidade da pessoa humana.²³⁴

Arnoldo Wald escreve que os direitos da personalidade ou personalíssimos são direitos absolutos, aos quais correspondem deveres jurídicos de todos os membros da comunidade, cujo objeto está na própria pessoa do titular, distinguindo assim dos direitos reais que recaiam sobre coisas ou bens exteriores ao sujeito ativo da relação jurídica.²³⁵

²³³ Rubens Limongi França, Instituições de Direito Civil, p.1025.

²³⁴ Orlando Gomes, Introdução ao direito Civil, p. 168

²³⁵ Arnoldo Wald, Curso de Direito Civil Brasileiro, p. 108.

Para Silvio Rodrigues, direitos da personalidade são aqueles inerentes à pessoa humana e portanto a ela ligados de maneira perpétua e permanente, não se podendo mesmo conceber um indivíduo que não tenha direito à vida, à liberdade física ou intelectual, ao seu nome, ao seu corpo, à sua imagem e àquilo que crê ser sua honra.²³⁶

Daisy Gogliano diz que direitos da personalidade são os direitos subjetivos particulares, que consistem nas prerrogativas concedidas a uma pessoa pelo sistema jurídico e assegurada pelos meios de direito, para fruir e dispor, como senhor, dos atributos essenciais da sua própria personalidade, de seus aspectos, emanações e prolongamentos, como fundamento natural da existência e liberdade, pela necessidade da preservação e resguardo da integridade física, psíquica e moral do ser humano, no seu desenvolvimento.²³⁷

A enumeração de tais conceitos nos remete a traçar aqui uma enumeração dos caracteres dos direitos da personalidade.

Primeiramente, são eles absolutos, ou seja, tal como o direito de propriedade, por exemplo, implicam num dever de abstenção geral, sendo oponíveis *erga omnes*. Deve-se frisar que o caráter de absolutos de que gozam estes direitos não deve ser confundido com o caráter de primitivos (decorrentes da própria natureza humana) que os escritores jusnaturalistas lhes imprimiam. Todos os direitos primitivos são absolutos, mas nem todos os direitos absolutos são primitivos.²³⁸

O Direito à vida, por exemplo, é um direito primitivo, o que se pode inferir por razões óbvias. Também é absoluto, pois é evidente que implica a todo o gênero humano o seu respeito em relação ao titular. Já o direito à honra, embora seja absoluto no mesmo sentido empregado para a palavra no que tange ao direito à vida, não é primitivo, pois a bagagem moral que nos torna aptos a defendê-lo só é adquirida no decorrer da vida. A este respeito se falará mais à frente.

²³⁶ Silvio Rodrigues, Direito Civil, vol.I, p.61.

²³⁷ Daisy Gogliano, Direitos Privados da Personalidade (dissertação de mestrado – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – departamento de Direito Civil. São Paulo, 1982), pp.363-364.

²³⁸ Augusto Teixeira de Freitas, Consolidação das Leis Cíveis, p.LXIII.

Os direitos da personalidade também se revestem do caráter de vitalícios e necessários, ou seja, são direitos necessários na medida em que são imprescindíveis, não perdendo seu titular estes direitos enquanto viver.

Fábio Maria de Mattia, em excelente síntese, assevera que “os direitos da personalidade pertencem a toda e qualquer pessoa e começam a existir desde o seu nascimento. Não exigem outro requisito para existir senão a própria existência da pessoa à qual aderem.”²³⁹

Deste modo, é possível inferir que a característica da vitaliciedade dos direitos da personalidade deriva, até certo ponto, da característica da necessidade. São aspectos que caminham juntos e são indissociáveis entre si.

Também são os direitos da personalidade não pecuniários, ou seja, extrapatrimoniais, posto que são insuscetíveis de qualquer avaliação econômica. O fato de a indenização do dano aos direitos da personalidade ser pecuniária não retira destes direitos esta sua característica, visto que ela se insere apenas no campo obrigacional, na matéria dos atos ilícitos.²⁴⁰

Os direitos da personalidade são intransmissíveis. Não se transmitem por qualquer forma, nem mesmo *mortis causa*, ainda que nalgumas hipóteses gozem de proteção mesmo após a morte de seu titular.²⁴¹ São, em suma, inalienáveis. Segundo Massimo Garutti, consiste esta intransmissibilidade na impossibilidade de uma mudança do sujeito titular do direito, tendo-se em vista a impossibilidade de transmissão *inter vivos* ou *mortis causa*.^{242 a 243}

Os direitos da personalidade são também indisponíveis, ou seja, a indisponibilidade é entendida como a impossibilidade de alienar e de abdicar ao direito. Este aspecto dos direitos

²³⁹ Fábio Maria de Mattia, Direitos da Personalidade II, In: Enciclopédia Saraiva do Direito, vol.28, p.156.

²⁴⁰ Daisy Gogliano, Direitos Privados da Personalidade (dissertação de mestrado – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – departamento de Direito Civil. São Paulo, 1982), p.381.

²⁴¹ Ibidem, p.382.

²⁴² Massimo Garutti, Il Diritto all’Onore e la sua Tutela Civilistica, p.23.

²⁴³ Eis o texto original: “Altro carattere indicato come tipico dei diritti della personalità è la intrasmissibilità, cioè la impossibilità di trasmissione *inter vivos* o *mortis causa*”

da personalidade tem grande correlação com o aspecto de sua intransmissibilidade, mas abarca também a hipótese de abdicação do direito, sendo, pois, mais amplo.

Outra das características dos direitos da personalidade reside na sua imprescritibilidade, não se extinguindo pelo seu não uso ou pela inércia em sua defesa. Apesar de existirem direitos da personalidade de uma tal natureza que não se possa sequer conceber inércia de seu titular, como o direito à vida, há outros cujo objeto exige uma atividade de gozo de seu titular, como, por exemplo, o direito ao nome.

Nesse sentido, Massimo Garutti leciona que é inadmissível, no que diz respeito aos direitos da personalidade, a prescrição, seja na forma extintiva seja na forma aquisitiva, pois tais direitos devem necessariamente e permanentemente dizer respeito ao seu titular, sendo que no Direito italiano não são sujeitos à prescrição os direitos indisponíveis, e, pois, os direitos da personalidade, conforme letra do artigo 2.934 daquele Código Civil²⁴⁴, que abaixo transcrevemos:

“**2934.** Extinção dos direitos. – Todo direito se extingue por prescrição, quando o titular não o exercita pelo tempo determinado pela lei.
Não são sujeitos à prescrição os direitos indisponíveis e os outros direitos indicados pela lei.”^{245 a 246}

Todavia, tais distinções entre direitos que pressupõem atividade do titular e direitos que não a pressupõem são supérfluas, pois, segundo De Cupis, em nenhum caso o tempo pode

²⁴⁴ Massimo Garutti, *Il Diritto all'Onore e la sua Tutela Civilistica*, p.25

²⁴⁵ Eis o Texto original: “2934. Estinzione dei diritti. – Ogni diritto se estingue per prescrizione, quando il titolare non lo esercita per il tempo determinato dalla legge. Non sono soggetti alla prescrizione i diritti indisponibili e gli altri diritti indicati dalla legge.”

²⁴⁶ Stefano Liguori e Maria Mazzitelli, *Codice Civile e Leggi Complementari*, pp. 971-972.

produzir a extinção dos direitos da personalidade seja qual for a vontade de seu titular.²⁴⁷ Tal se dá a fim de se resguardar direitos tão importantes para a sociedade como um todo.

São também os direitos da personalidade impenhoráveis, não sendo passíveis de sofrer qualquer restrição coativa. E não poderia ser de outra maneira, pois, se pudessem os direitos da personalidade sofrer restrições coativas, seriam com o passar do tempo completamente desnaturados, desrespeitados, o que relegaria o papel da pessoa humana a segundo plano.

Por fim, são inexpropriáveis, em decorrência mesmo de sua intransmissibilidade e de seu caráter não pecuniário. A esse respeito, Fábio Maria de Mattia diz que “o sujeito ativo pode mudar-se conforme a vontade do titular, ainda que por determinação estatal. O caráter essencial desses direitos impede que o mesmo Estado possa despojar o indivíduo deles. Somente os direitos patrimoniais são transmissíveis.”²⁴⁸

Com efeito, a expropriação forçada representa uma transmissão coativa do bem que lhe forma o objeto, sendo que somente são passíveis de expropriação forçada, no que diz respeito aos direitos da personalidade, os direitos patrimoniais transmissíveis, como, por exemplo, o direito ao ressarcimento do dano, e não o direito de ver o objeto danificado protegido.²⁴⁹

2. O CONCEITO DE HONRA

Os conceitos doutrinários de honra são muitos, mas muito parecidos entre si. Segundo Antônio Chaves, honra é o sentimento da própria dignidade, e, por via reflexa, crédito decorrente da probidade, correção, proceder reto: é o apanágio da pessoa que sabe manter a própria respeitabilidade, correspondendo, assim, à estima em que é tido quem vive de acordo com os ditames da moral.²⁵⁰

²⁴⁷ Adriano De Cupis, *I Diritti della Personalità*, p.59.

²⁴⁸ Fábio Maria de Mattia, *Direitos da Personalidade II*, In: *enciclopédia Saraiva do Direito*, vol.28, p.157.

²⁴⁹ Massimo Garutti, *Il Diritto all'Onore a la sua Tutela Civilistica*, p.25.

²⁵⁰ Antônio Chaves, *Honra*, In: *Enciclopédia Saraiva do Direito*, vol.42, p.1.

Adriano de Cupis distingue dois sentidos da palavra, que pode ser tida como o íntimo valor do homem, que não pode ser ofendido ou como a sua estima perante terceiros, ou seja, sua consideração social.²⁵¹ E mais à frente nos ensina que a pessoa tem o direito de preservar a própria dignidade, mesmo fictícia, contra ataques da verdade, pois aquilo que é contrário à dignidade da pessoa deve permanecer um segredo dela própria.²⁵² Aqui vemos, então, que o direito à honra caminha ao lado do direito à privacidade, assim como do direito de imagem.

Segundo Adelmo Manna, as concepções de honra através dos tempos são várias. A teoria mais consoante com o sistema do Código Penal da Itália de 1930 é aquela da honra em sentido fatural, a qual na injúria se resolveria na sua aceção subjetiva (honra como sentimento que cada um tem da própria dignidade moral) ao passo que na difamação, se resolveria na sua aceção objetiva (honra como estima ou opinião que cada um tem de nós).^{253 a 254}

Carlos Alberto Bittar leciona que no direito à honra o bem jurídico protegido é a reputação, ou a consideração social a cada pessoa devida, a fim de permitir-se a paz na coletividade e a própria preservação da dignidade da pessoa humana.²⁵⁵ Deste modo, depreende-se que o autor põe a honra como sendo uma característica imprescindível à preservação da dignidade da pessoa humana, valor tão caro ao Direito atual.

Arnoldo Wald assevera que o direito à honra impede que sejam feitas referências injuriosas, seja em obras literárias, em filmes, peças de teatro, além de impedir que certas frases sejam atribuídas a determinada pessoa sem o seu consentimento.²⁵⁶ Do conceito do autor, pode-se inferir que o direito à honra caminha ao lado do direito de imagem, como foi acima aludido, sendo, algumas vezes, embora erroneamente, tratados como sinônimos.

²⁵¹ Adriano De Cupis, *I Diritti della Personalità*, p.62.

²⁵² Adriano de Cupis, *Riservatezza e Segreto*, In: *Novissimo Digesto Italiano*, p.117.

²⁵³ Adelmo Manna, *Reati Contro La Persona*, p.371.

²⁵⁴ Eis o texto original: “Varie sono le concezioni dell’onore succeditesi nel tempo. La teoria più consona alle scelte del codice del ’30 è quella dell’onore in senso fattuale, la quale nell’ingiuria si risolverebbe nella sua accezione soggettiva, mentre, nella diffamazione in quella oggettiva.”

²⁵⁵ Carlos Alberto Bittar, *Direitos da Personalidade*, pp.125-126.

²⁵⁶ Arnoldo Wald, *Curso de Direito Civil Brasileiro*, p.109.

José Afonso da Silva define a honra como sendo o conjunto de qualidades que caracterizam a dignidade da pessoa, o respeito dos concidadãos, o bom nome, a reputação, sendo direito fundamental da pessoa resguardar essas qualidades.²⁵⁷

Aparecida I. Amarante anota que a honra consiste numa qualidade moral do ânimo, que pode ser ferida, sofrer menoscabo e que acontece ser defendida com o mesmo afinho, com a mesma força de quem se afina entre a vida e a morte, e, citando Santos Cifuentes, quem se sente irremediavelmente desonrado perde as bases anímicas da luta e a superação, decai, debilita e padece o desengajamento dos mais essenciais e firmes suportes de sua individualidade; fica exposto à burla dos demais, à reprovação e à indiferença, a um sentimento de fracasso, de vergonha ou turbação. A alma está ferida.²⁵⁸

Segundo Welzel, A honra é um conceito normativo, entendido como o direito que tem o indivíduo de ser respeitado e a pretensão ao reconhecimento dos pressupostos necessários à sua função social, direito este que não se confunde nem com o respeito objetivo, a reputação que ele possui em seu ambiente social, nem com o sentimento da própria dignidade. Opõe-se, em síntese, à aludida distinção esquemática, perfilhada pela opinião majoritária.²⁵⁹ A opinião majoritária a que se refere o autor é a distinção entre honra objetiva e honra subjetiva.

Ângelo Mário Costa e Trigueiros leciona que, numa acepção ampla a honra é um sentimento de dignidade pessoal, mas que também pode significar auto-estima, consideração pelos dotes próprios, respeito às virtudes, brio, pundonor, glória, fama, consciência preservativa da importância pessoal ou do “status” social, grandeza individual e até prazer.²⁶⁰

Massimo Garutti assevera que a doutrina prevalente diz que o termo “honra” pode ser usado numa tríplice acepção, isto é, como valor íntimo moral do homem; como estima dos

²⁵⁷ José Afonso da Silva, Curso de Direito Constitucional Positivo, p.209.

²⁵⁸ Aparecida I. Amarante, Responsabilidade Civil por Dano à Honra, p.72.

²⁵⁹ *Apud* Luiz Regis Prado, Curso de Direito Penal Brasileiro, vol.2, p.246.

²⁶⁰ Ângelo Mário Costa e Trigueiros, Do Direito à Honra, (Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – departamento de Direito Civil. São Paulo, 1980), p.4.

terceiros, ou seja, como consideração social, bom nome ou boa fama; como sentimento ou consciência da própria dignidade pessoal.²⁶¹

Do exame de todos os conceitos de honra aqui expostos, pode-se perceber a importância de que se reveste tal direito. O homem desonrado, nalgumas culturas mais tradicionalistas e mais recuadas no tempo histórico, perde seu caráter de homem e é excluído da vida em comunidade. Com efeito, desconhece-se, em qualquer fase da História, a existência de uma sociedade onde a honra tenha sido relegada a um plano hierárquico inferior.²⁶²

Evidentemente, esse rol de definições do direito à honra não tem como objetivo fornecer uma base suficientemente sólida para que se possa efetuar uma comparação entre eles, visto que, apesar de muitos traços em comum, diferem entre si quanto a alguns atributos. A enumeração dos conceitos doutrinários do direito à honra, feita a cima, serve apenas para atestar a grande dinamicidade do conceito, o que dificulta, muitas vezes, o estudo sistemático do direito à honra.

Com efeito, a honra, e, portanto, o direito à honra, mudam de pessoa para pessoa e no tempo. A honra só pode ser concebida pelo homem de forma isolada, e de acordo com as experiências que teve no decorrer de sua vida. A honra concebida por um determinado indivíduo é diferente da honra concebida por seus semelhantes porque é simplesmente impossível que tais experiências tenham sido idênticas entre dois indivíduos, ainda que vivam numa mesma sociedade, com valores parecidos a serem defendidos. Isso, todavia, não retira do direito em questão certos aspectos universalmente verificados.

Interessante a observação segundo a qual o ser humano, quando nasce numa determinada sociedade, encontra a concepção de honra já formulada. Todavia, com o passar do tempo, vai desenvolvendo-a subjetivamente, dentro dos limites de sua própria estrutura, como ente racional.²⁶³

²⁶¹ Massimo Garutti, *Il Diritto all'Onore e la sua Tutela Civilistica*, p.11.

²⁶² *Ibidem*, p.2.

²⁶³ Ângelo Mário Costa e Trigueiros, *Do Direito à Honra*, (Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – departamento de Direito Civil. São Paulo, 1980), p.11.

Todos os acontecimentos passam, nenhum se apresenta novamente, Quanto aos fatos sociais, instituições, leis, costumes, roupas, modismos, eles se modificam de instante em instante. Os homens se sucedem e mudam, mas jamais aqueles que seguem se parecem com aqueles que os precederam.^{264 a 265}

Já no que diz respeito à sociedade, as transformações por esta sofridas não fazem com que princípios tidos como universais sejam simplesmente ignorados e esquecidos para todo o sempre. As constantes metamorfoses sofridas pela sociedade não significam, necessariamente, que, a cada uma delas, ruam por terra alguns de seus princípios tidos como universais.²⁶⁶

Desta forma, variando o conceito de direito à honra no tempo, no espaço, de pessoa para pessoa, e, por fim, nas diferentes fases da vida de uma pessoa, o conceito de honra se torna modificável e sem a estabilidade que é característica em outros direitos. Todavia, isso não justifica de forma alguma a pouca importância que tem recebido o estudo do direito à honra, e, mais ainda, o estudo do direito à honra *post mortem*.

No tempo as modificações do conceito de honra são facilmente percebidas. É fato que até meados do século XX a tese da legítima defesa da honra era relativamente aceita pelos tribunais sob a alegação de que todos têm o direito de defender sua honra. O valor da honra, nesse sentido, era colocado acima de valores como, por exemplo, a vida, o que é simplesmente impensável hoje em dia.

No espaço, também é fácil perceber a relatividade do conceito de honra. Basta a verificação, relativamente simples de ser efetuada, das diferenças entre as concepções de honra nas metrópoles e em localidades mais afastadas, via de regra mais conservadoras por serem detentoras de concepções de honra corriqueiras nas metrópoles muitas décadas atrás.

²⁶⁴ Théophile Funck-Brentano, La Science Sociale – Morale Politique, p.111.

²⁶⁵ Eis o texto original: “Tous les événements passent, aucun ne revient. Quant aux faits sociaux, institutions, lois, mœurs, coutumes, modes, ils se modifient d’instant en instant. Les hommes se succèdent et changent, et jamais ceux qui suivent ne ressemblent à ceux qui les ont précédés.”

²⁶⁶ Ângelo Mário Costa e Trigueiros, Do Direito à Honra, (Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – departamento de Direito Civil. São Paulo, 1980), p.10.

Sendo cada ser humano único em virtude das milhares de experiências que teve durante a vida e que colaboraram para a formação de sua personalidade, é fácil perceber que as concepções de honra mudam de indivíduo para indivíduo. O que é desonra para um, pode ser honra para outro. Pode-se citar o exemplo dos grupos *skinheads*, para cujos membros ser preso por agressão a alguma minoria é motivo de júbilo e também para sentir-se mais honrado perante seus iguais, ao passo que para a esmagadora maioria da sociedade, tal ato é inadmissível, além do fato de que ser criminalmente condenado gera um verdadeiro estigma social, conforme já aventado.

Por fim, o conceito de honra pode modificar-se também nas diferentes fases da vida de determinado indivíduo. A constatação pode ser feita quando se verifica que atos praticados pelas pessoas enquanto jovens são muitas vezes, quando envelhecem, tidos como ridículos ou reprováveis. Podemos mudar, e provavelmente mudaremos, nosso julgamento acerca de diversas concepções no decorrer da vida, e a honra não é a isto inerme.

A consequência da ausência de tutela do direito à honra é o padecimento do homem, pois é da natureza humana ser o homem um ser gregário. Vivendo como um pária, como vivem na maioria das vezes os desonrados, não consegue o homem desenvolver suas habilidades e satisfazer-se. Não consegue realizar-se e tem um grande sentimento de fracasso.

Apesar das diferentes concepções de honra, tão diferentes a ponto de se constatar que cada ser humano tem a sua própria, há que se ressaltar que toda pessoa tem direito a ver sua honra defendida. Nesse sentido, Massimo Garutti ensina que cada pessoa é titular de um direito à honra e que a tal pessoa deve ser reconhecida a tutela jurídica contra as ofensas cometidas à própria honra: então, qualquer ofensa à honra, ainda que tenha tido por objeto pessoa de humilde posição social ou de má reputação é fonte de responsabilidade, porque também a tais pessoas compete o mínimo ético insito no ser humano.^{267 a 268}

²⁶⁷ Massimo Garutti, *Il Diritto all'Onore e la sua Tutela Civilistica*, p.13.

²⁶⁸ Eis o texto original: Ora, dall'affermazione che l'onore consiste nella dignità insopprimibile dell'uomo e può avere un contenuto più o meno esteso in considerazione del "ruolo" della persona nella società, discende che ogni persona è titolare di un diritto all'onore e che ad essa deve essere riconosciuta tutela giuridica contro le offese arrecate al proprio onore: dunque, qualsiasi offesa all'onore, anche se há ad oggetto persone di umile rango

Vista a importância da tutela jurídica do direito à honra, pode-se agora passar à explanação de seu primeiro aspecto. A honra, ao contrário do que frequentemente se vê sustentado, não é inata ao ser humano. Ela é adquirida. A honra não é inata ao ser humano porque só adquirimos certa bagagem moral ao longo da vida. Nascemos sem qualquer capacidade de emitir juízos de valor a respeito de quaisquer comportamentos.

Explica Ângelo Mário Costa e Trigueiros que a honra está bem distante do homem quando ele nasce. Há de ir buscá-la, ao longo da existência, depois de, gradativamente, tomar consciência de seus valores pessoais e dos valores sociais de sua época.²⁶⁹

A vida humana se resume a um constante aprendizado, e, em decorrência deste aprendizado, vai o homem adquirindo conhecimentos que o tornam capaz de julgar subjetivamente as condutas daqueles que compõem a sociedade em que está imerso. O homem nasce, pois, nu de qualquer possibilidade de relacionamento lógico com o mundo exterior, e, para sair desta nudez, o homem nada mais faz do que carregar uma cruz de aprendizagem individual e social, que dele só se separa com a morte.²⁷⁰

Assim sendo, não se deve encarar a honra como algo inato ao ser humano. O que é inato existe automaticamente, nasce com o ser, é gerado ao mesmo tempo. Ora, o que é adquirido, ou seja, a bagagem de conhecimentos que permite que tenhamos uma noção, ainda que mínima, de honra, não pode ser inato. Seria uma *contraditio in terminis*.

Nenhuma heresia há no fato de se dizer que o conceito de honra nada tem de inato. É, antes, algo aprendido, imitado, imposto de fora para dentro ao ser humano, do que um mero atributo congênito.²⁷¹

sociale o di cattiva reputazione, è fonte di responsabilità, perché anche a tali persone compete quel mínimo ético nell'essere uomo.”

²⁶⁹ Ângelo Mário Costa e Trigueiros, *Do Direito à Honra*, (Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – departamento de Direito Civil. São Paulo, 1980), p.15

²⁷⁰ *Ibidem*, p.14.

²⁷¹ *Ibidem*, p.17.

Nesse diapasão pode-se argumentar que se trata de uma falácia a negação do caráter de inatidade do direito à honra, pois os incapazes também o possuem. Realmente, seria um paradoxo que o Direito Civil moderno deixasse de conferir a essas pessoas o direito de ver defendida a sua honra, dado que todos nascem iguais em direitos.

Esse fato, todavia, não confere inatidade ao direito à honra, visto que os incapazes não defendem por si sós os seus direitos, mas fazem-no por meio de representantes legais, sejam eles atribuídos diretamente por meio de lei (poder familiar) ou indiretamente por meio de sentença judicial (tutela ou curatela). É ao representante legal do incapaz que cabe a defesa da honra do representado que está sob sua responsabilidade.

Assim sendo, quando ocorre a defesa da honra do incapaz, sendo ela levada a cabo pelo seu representante legal, vem a ter por base as concepções de vida e do que seja de fato a honra deste, cabendo unicamente a ele fazer o juízo de valor acerca da necessidade ou desnecessidade da defesa.

É evidente que assim é, mesmo porque é do próprio conceito jurídico de incapacidade o aspecto segundo o qual o incapaz não tem discernimento para a prática dos atos da vida civil, justamente por não possuir a necessária bagagem moral e de conhecimentos suficiente ao desempenho desse mister. Não tendo discernimento, não consegue também obter uma concepção racional do que seja a honra, não podendo, destarte, defendê-la a contento sem graves prejuízos ao seu patrimônio imaterial.

Visto esta primeira característica do direito à honra, qual seja, o de ele não ser inato ao ser humano, mas adquirido ao longo de sua existência, modificando-se sempre, passamos agora aos diferentes tipos de honra. Com efeito, a honra pode ser dividida em honra objetiva e em honra subjetiva.

Segundo Ângelo Mário Costa Trigueiros, a honra objetiva, por sua vez, se subdivide em honra adquirida, honra atribuída e em honra assumida²⁷², classificação esta que adotaremos para fins didáticos, visto que a nosso ver abarca os aspectos mais importantes da honra.

A honra atribuída é aquela que não depende da vontade da pessoa para existir. Mesmo que ela não o deseje ou não o queira, ela se lhe agarra à existência.²⁷³

O exemplo clássico da honra atribuída é o caso do popularmente conhecido como “nascido em berço de ouro”, “bem nascido” etc. Trata-se de indivíduo que, pelo mero fato de ter nascido em determinada família é tido pelos outros membros da sociedade a que pertence como indivíduo honrado, ainda que não tenha demonstrado de forma alguma qualquer das virtudes necessárias para merecer tal consideração pública.

Um exemplo, mais recuado na história, é o próprio conceito de nobreza durante a Idade Média. Pelo simples fato de se ter nascido numa família nobre, o indivíduo era tido como igualmente nobre, e, pois, honrado. Havia reflexos disto perante o Direito, pois tal indivíduo era o detentor de privilégios que os demais membros da sociedade, por simples nascimento, não possuíam.

O segundo tipo de honra objetiva é a honra adquirida. Honra adquirida, como diz o próprio nome, é aquela que o indivíduo vai ganhando de acordo com seus méritos sociais, de acordo com as conquistas de suas capacidades, qualidades e habilidades específicas e individuais.²⁷⁴

Daqui, percebe-se que a honra objetiva adquirida do indivíduo, ou seja, a consideração de que goza no âmbito social, pode variar no decorrer da vida, de acordo com o exercício das qualidades individuais mais caras à sociedade, assim como pode diminuir se alguma dessas qualidades ou valores deixar de ser exercido.

²⁷² Ângelo Mário Costa e Trigueiros, *Do Direito à Honra*, (Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – departamento de Direito Civil. São Paulo, 1980), p.18-20.

²⁷³ *Ibidem*, p.18.

²⁷⁴ *Ibidem*, p.19.

Nada impede, deste modo, que durante a sua existência o indivíduo faça crescer ou diminuir a sua honorabilidade. Isto vai depender de sua conduta e modo de vida, além da maneira como a sociedade em que vive o encarará. Vê-se, pois que a honra é um conceito móvel no tempo, conforme já anteriormente dito.

Por fim, temos a honra objetiva assumida, que é a honra escolhida pela própria pessoa, que vai passar a ser parte de determinada honorabilidade social mediante a prática de um ato que seja visto com bons olhos pela sociedade. O exemplo mais corrente é o do casamento. Ninguém é de forma alguma obrigado a contrair matrimônio. Todavia, a pessoa pode livremente escolher fazê-lo, e, assim, assumir o status de “marido” ou “esposa”. Pode parecer banal este aspecto da classificação a honra objetiva, mas não o é.

Apenas para ficar num exemplo, na maioria das cidades interioranas o homem só passa a ser concebido como homem “sério”, “confiável”, após o casamento. É mesmo inadmissível, em algumas localidades mais provincianas, que este se decida unicamente por conviver com sua companheira. Neste sentido, assumir o *status* de marido aumenta em muito sua honorabilidade.

Há ainda uma outra maneira corrente se de verificar a existência da honra objetiva assumida, e mais uma vez o casamento está envolvido. Com efeito, além de o casamento conferir o *status* de marido ou de esposa aos cônjuges, estes, ao se unirem, acabam por assumir o mesmo *status* do consorte. Assim, se a mulher ou o homem se casam com alguém que goza de um muito bom conceito perante a sociedade, acabam por se beneficiar disto, pois passarão a gozar de conceito, senão igual, ao menos muito parecido.²⁷⁵

Aqui se nota a diferença entre a honra objetiva atribuída e a honra objetiva assumida. Sob o aspecto de seus efeitos são idênticas: o sujeito passa a gozar de maior (ou menor, dependendo do caso) honorabilidade. São diferentes sob o aspecto de sua origem, pois a honra

²⁷⁵ Ângelo Mário Costa e Trigueiros, *Do Direito à Honra*, (Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – departamento de Direito Civil. São Paulo, 1980), p.19

objetiva atribuída independe totalmente da vontade do sujeito, ao passo que a honra objetiva assumida pressupõe uma manifestação volitiva por parte do mesmo.

O exemplo mais recente disso se deu com o casamento real, na Inglaterra, entre o príncipe William, segundo na linha sucessória ao trono inglês, e Catherine Middleton, filha de empresários. O *status* do marido, com todos os atributos que dele fazem parte, passa a pertencer também à esposa, e ela terá de se comportar de modo condizente a manter a honra da família real, que adquiriu com o casamento, ou seja, algumas de suas características antigas serão perdidas.

É nesse sentido que Ângelo Mário Costa Trigueiros leciona que a honra assumida – e todo o seu caudal de honrarias, que são a repercussão social da honra, cujo papel se exerce – impõe ao seu titular, subjetiva e objetivamente, novos sacrifícios existenciais.²⁷⁶

A honra objetiva, em suma, é a representação da honra feita pelo indivíduo perante a sociedade, seja ela assumida, atribuída ou adquirida. Esta representação é feita culturalmente. Com efeito, o indivíduo nasce em meio cultural já formado e em constante modificação, mostrando-se a representação de seu papel perante a sociedade deveras influenciada pela cultura.

Já a honra subjetiva é o sentimento íntimo, a consciência da própria dignidade pessoal.²⁷⁷ Segundo Carlos Alberto Bittar, a honra subjetiva consiste no sentimento pessoal de estima ou a consciência da própria dignidade.²⁷⁸ O autor separa, entretanto, o conceito de dignidade e de decoro por crer que estes integram o direito ao respeito, ou seja, nas palavras do autor, modalidade especial de direito da personalidade apartada do âmbito geral da honra (que, na doutrina, vem, em geral, contemplada no mesmo conjunto).²⁷⁹

²⁷⁶ Ângelo Mário Costa e Trigueiros, *Do Direito à Honra*, (Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – departamento de Direito Civil. São Paulo, 1980), p.20

²⁷⁷ Paulo José da Costa, *O Direito de estar Só*, p.39.

²⁷⁸ Carlos Alberto Bittar, *Os Direitos da Personalidade*, p.125.

²⁷⁹ *Ibidem*, p.125.

Infere-se, portanto, que o dano à honra subjetiva se dá quando a ofensa causa ao titular um dissabor que faz com que se sinta menor perante o gênero humano, passando a não mais conceber a si próprio como igual, mas como um ser humano inferior. Faz com que perca ou veja drasticamente diminuído seu respeito próprio.

Sendo o bem da honra fundamental na ordem jurídica do homem, a desonra, com efeito, trava o desenvolvimento das potencialidades sociais do indivíduo, constrange-as, paralisa-as.²⁸⁰

Em síntese, a honra subjetiva é a faceta interior da honra objetiva, e tudo o que se escreveu até aqui sobre esta também pode, guardadas as devidas proporções, aplicar-se àquela. A intensidade da proteção conferida deve ser a mesma, pois ambas as facetas da honra são muito importantes e merecem tutela jurídica. Entretanto, somente a honra objetiva merece tutela *post mortem*. Acerca disto se falará com maior vagar no próximo item.

Só adquirimos o cabedal de conhecimentos e experiências necessários ao desenvolvimento de personalidade (maneira de ser de cada um), e, pois, suficientemente amplo para desejarmos protegê-la de quaisquer ingerências externas, no decorrer da vida. Temos uma personalidade jurídica inata, dado que não mais se admite a existência de seres humanos sem personalidade jurídica, como acontecia em tempos antigos com os escravos.

O que se protege, em verdade, com os direitos da personalidade, são as emanções da personalidade (de nossa maneira de ser), adquirida, e por meio da personalidade jurídica (inata). Assim ocorre não somente com o direito à honra, mas com a maioria dos direitos da personalidade.

A honra só passa a ser juridicamente protegida a partir do momento em que, de manifestação interna do indivíduo passa a ter efeitos sociais. No momento em que deixa sua sede e se propaga socialmente, como uma manifestação da existência individual, fende o

²⁸⁰ Walter Moraes, Direito à Honra, In: Enciclopédia Saraiva do Direito, vol.25, p.208.

mundo jurídico, e, então, revelando a face do seu titular, faz com que ele veja abrir-se em seu favor a tutela jurídica.²⁸¹

Mesmo no caso da honra subjetiva é assim, pois se ela é violada, fatalmente o indivíduo que sofreu tal violação não conseguirá desenvolver a contento todas as suas potencialidades.

Se a face do titular for o reflexo dos valores sociais vigentes – entre eles, a honra – e, ainda, se ele estiver empenhado na representação conveniente e aceitável desses mesmos valores, diz-se que há uma pessoa honrada em busca de proteção. E o direito vem em seu valimento. Conseqüentemente, não se protege apenas a honra, mas sim um comportamento honrado. E é isso o que o Direito faz.²⁸²

É nesse sentido que se diz que a honra é uma dessas emanções ou propagações da personalidade jurídica. E o é, porque, no em que se reconhece a personalidade ao Homem, desde o nascimento, reconhece-se-lhe, também, o direito de exercê-la, no campo ou aspecto ou particularidade da honra.²⁸³

É importante notar que o direito à honra difere do direito à intimidade. Com efeito, aduz Edson Ferreira da Silva que enquanto o direito à honra combate o que é falso a respeito do caráter e das qualidades pessoais do indivíduo, com desvirtuamento de sua imagem e reputação perante o corpo social, o direito à intimidade preserva o que é verdadeiro, mas embaraçoso ou desabonador.²⁸⁴

Embora o conceito do autor tenha o bom desígnio de oferecer um parâmetro para se fazer a diferenciação entre o direito à honra e o direito à intimidade, não é totalmente verdadeiro, pois há propagações de fatos verdadeiros que desvirtuam, além da honra objetiva, a imagem da vítima.

²⁸¹ Ângelo Mário Costa e Trigueiros, *Do Direito à Honra*, (Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – departamento de Direito Civil. São Paulo, 1980), p.32

²⁸² *Ibidem*, p.32

²⁸³ *Ibidem*, p.28

²⁸⁴ Edson Ferreira da Silva, *Direito À Intimidade*, p.85.

A distinção apontada entre direito à honra e direito à intimidade se mostra importante, pois em decorrência de sua presença, podem ser grandemente modificados os meios de prova que instruiriam eventual ação buscando a tutela do direito em questão. Com efeito, a mudança se mostra radical entre a prova de um fato verdadeiro ou de um fato falso, ainda que ambos sejam vexatórios.

A distinção também se mostra aplicável no plano prático porque, estando inserida num campo que ainda carece de apuro teórico, em virtude da rapidez com que a sociedade evolui e se modifica, pode em muito auxiliar ao órgão julgador quando do estabelecimento de critérios de julgamento, bem como de critérios lógicos e proporcionais para o estabelecimento do *quantum* indenizatório devido pela ofensa a tais direitos.

Após expor os caracteres da honra e dos direitos da personalidade considerados em sua generalidade, podemos passar ao importante mister de enunciar o nosso conceito de honra.

Honra é a emanção da personalidade culturalmente adquirida e desenvolvida (e por isso variável no tempo, no espaço, nas fases da vida do indivíduo e de pessoa para pessoa) que abarca dois aspectos, a saber, a honra objetiva (nossa imagem perante a sociedade, ou seja, nossa reputação) e a honra subjetiva (nossa imagem perante nós mesmos).

Do conceito acima, podemos inferir que o direito à honra é o direito da personalidade, e, como tal, com todas as características que a eles concernem, que busca proteger a honra de ofensas indevidas, tendo o objetivo de funcionar como um meio de o Direito atingir seu objetivo principal, qual seja, o de permitir que o indivíduo tenha à sua disposição um ambiente social que lhe permita o máximo desenvolvimento de suas potencialidades.

3. A HONRA *POST MORTEM*

Um capítulo tão extenso acerca, unicamente, do conceito de honra é sumamente necessário num trabalho que visa a discutir a honra *post mortem* e sua tutela pelo ordenamento jurídico brasileiro. Todavia, algumas adaptações devem ser feitas (por exemplo: a não aplicação da honra subjetiva aos mortos), pois, em que pese o bem jurídico protegido ser parecido no direito à honra e no direito à honra *post mortem*, a morte é um acontecimento de tal magnitude que faz com que algumas peculiaridades existam.

Primeiramente, ressalte-se que as sociedades se preocupam com a honra *post mortem* há muitos séculos. Para ficar apenas num exemplo, é sabido que já na antigüidade clássica, a própria religião dos cidadãos prescrevia um sem número de rituais que deveriam ser seguidos à risca para o culto aos mortos. Conforme lição de José Renato Nalini, não é demasia proclamar a universalidade da crença na imortalidade.²⁸⁵

Os mortos eram considerados criaturas sagradas. Tanto era deus o mau como o homem de bem; somente o mau continuaria na sua segunda existência com todas as suas más inclinações já reveladas durante a sua primeira vida.²⁸⁶ Mas o juízo sobre a bondade ou a maldade do morto não interferia no que diz respeito à sua posterior sacralidade. O que interferia era apenas o fato de se tratar de um ser humano. Se era ser humano, após a morte se tornava sagrado.

Talvez tenha sido esta a primeira manifestação da humanidade no sentido de que todos os seres humanos são iguais. Se em vida havia institutos jurídicos que concediam privilégios (muitas vezes odiosos) a alguns em detrimento de outros, a morte se mostrava como o grande nivelador. Todos seriam deuses da mesma forma como todos um dia morreriam.

²⁸⁵ José Renato Nalini, Reflexões Jurídico-filosóficas sobre a morte. Pronto para partir?, p.240.

²⁸⁶ Fustel de Coulanges, A Cidade Antiga, p.17

Em Roma, cada família possuía, no interior do local onde habitava, um altar onde ficavam objetos de culto que representavam os antepassados mortos, além do fogo sagrado da família, que jamais poderia ser extinto. Cada família tinha uma imensa autonomia no que diz respeito ao culto de seus mortos, sendo o *paterfamilias* o chefe de tal culto.

Em determinadas datas do ano tinham lugar festivais, os quais tinham por objetivo o culto aos mortos por meio, principalmente, do oferecimento de banquetes em sua honra. Desde os mais remotos tempos, deram estas crenças lugar a regras de conduta. Como, entre os antigos, o morto necessitasse de alimento e de bebida, concebeu-se ser dever dos vivos satisfazer-lhe esta sua necessidade. O cuidado de levar aos mortos os alimentos não foi relegado ao capricho ou aos sentimentos variáveis dos homens; foi obrigatório. Assim se estabeleceu uma verdadeira religião da morte, cujos dogmas logo desapareceram, perdurando, no entanto, os seus rituais até o triunfo do cristianismo.²⁸⁷

Pratos feitos de acordo com as normas religiosas eram deixados nos sepulcros, pois cria-se que se isso não fosse feito, o morto estaria condenado a passar fome no outro mundo. Ao deixarem de oferecer aos mortos o repasto fúnebre, deixavam estes seus túmulos; como sombras errantes, ouviam-nos gemer pela calada da noite silenciosa. Censuravam os vivos por sua negligência ímpia; procuravam puni-los enviando-lhes doenças ou castigavam-nos com a esterilidade da terra. Enfim, não davam descanso aos vivos até o dia em que restabelessem os repastos fúnebres.²⁸⁸

Por outro lado, se um morto de cujo culto se descurava tornava-se uma criatura malfazeja, um outro que se honrava satisfatoriamente era sempre um deus tutelar que amava aqueles que lhe ofereciam alimentos. Para protegê-los, continuava a tomar parte nos negócios humanos, neles desempenhava com freqüência o seu papel. Embora morto, sabia ser forte e ativo. Dirigiam-lhes súplicas, pedindo-lhe seu auxílio e os seus favores. Quando se encontrava algum túmulo parava-se e dizia-se: “Tu que és um deus sob a terra, seja-me propício”.²⁸⁹

²⁸⁷ Fustel de Coulanges, A Cidade Antiga, p.17

²⁸⁸ Ibidem, p.19

²⁸⁹ Ibidem, p.19

Este intenso culto aos mortos ajuda a explicar algumas regras do Direito Romano. Como se sabe, a partir de uma determinada época o celibato passa a ser punido em Roma. Comumente, vê-se a justificativa para uma tal regra na necessidade de se povoar um Império tão vasto com povo genuinamente romano, pois muitas vezes os bárbaros, principalmente na época áurea da expansão romana, não eram militarmente confiáveis.

Esta não é, todavia, a única justificativa. Para o romano, a pior sorte após a morte era não ter deixado um descendente do sexo masculino. Assim sendo, o culto familiar de que seria objeto após a morte se extinguiria e ele estaria, então, condenado a vagar eternamente nas sombras. Isso ajuda a explicar também a facilidade com que eram feitas as adoções, já que elas serviriam para debelar esta situação tão terrível aos olhos do romano.

Outro exemplo que atesta a antiguidade da preocupação do homem com a honra *post mortem* reside no fato de que uma das poucas restrições ao direito de propriedade no Direito Romano era a servidão, automática, no caso de haver um sepulcro de outra família na propriedade de alguém.

Com efeito, o proprietário tinha a obrigação jurídica de permitir a passagem da família do morto, estando este enterrado em seus domínios, pois se não o fizesse estaria interferindo de maneira fatal no culto familiar de outrem, condenando o morto à expiação eterna, pior coisa que poderia acontecer segundo a mentalidade de então.

Esta preocupação foi sempre presente na História, embora com modificações, tendo passado pela Idade Média, Idade Moderna e chegando aos dias atuais. O exemplo atual mais corrente é o fato de ser feriado nacional o dia de finados, que teoricamente serve para que nos lembremos daqueles que já se foram e prestemos a eles nossos respeitos.

É evidente que o Direito não pode ficar inerte perante tal panorama. A tutela da honra *post mortem* é uma realidade. Doutrinariamente, a honra *post mortem* tem seu embasamento na honra simplesmente dita. Todavia, a tutela para a ofensa a diferentes espécies de honra não pode ser idêntica, pois isso levaria a uma generalização incabível.

O direito à honra *post mortem* possui um desenvolvimento doutrinário menor do que o do direito à honra, e tal se deve ao fato de que por muito tempo a doutrina concebia que admiti-lo com um rol de legitimados a defendê-lo seria o mesmo que admitir uma transmissibilidade *mortis causa* do direito à honra, o que, como vimos alhures, é pelo próprio conceito de direito da personalidade impossível.

Todavia, a honra *post mortem*, importante que é, de maneira alguma poderia deixar de ser tutelada. Desta forma, passou a dividir-se em diferentes correntes no que diz respeito à fundamentação da proteção da honra *post mortem*. Segundo Massimo Garutti, há concórdia no que diz respeito ao rol de legitimados pelo Direito a defender a honra do morto, mas as opiniões divergem quanto ao fundamento de tal legitimação.²⁹⁰

A primeira corrente defende que os parentes próximos do morto são os legitimados a defender sua honra porque possuem interesse mais próximo no valor próprio da personalidade do defunto. A segunda corrente sustenta que a legitimação dos parentes para defender a honra do defunto se fundamenta na transmissibilidade *mortis causa* da tutela da honra, se bem que com regras diferentes das operadas na sucessão das relações patrimoniais. Por fim, a terceira corrente propugna que o rol de legitimados para defender a honra *post mortem* se fundamenta no fato de que os parentes próximos são ofendidos no sentimento de piedade que possuem perante o defunto e que a ofensa à memória do defunto pode tornar-se uma ofensa à honra de seus familiares.²⁹¹

Isto será exposto de forma mais detalhada no próximo item, onde se fará um breve resumo das teorias que visam justificar cientificamente o porquê de serem os familiares os legitimados a defender a honra *post mortem* do *de cujus*.

No direito à honra *post mortem*, o bem jurídico protegido de uma forma mais direta pode variar de acordo com a hipótese em que ocorra sua violação. Entretanto, à parte de

²⁹⁰ Massimo Garutti, *Il Diritto all'Onore e la sua Tutela Civilistica*, p.23.

²⁹¹ *Ibidem*, p.24.

alguns casos mais excepcionais, o direito à honra *post mortem*, ao contrário do que se pensa mais comumente, não protege diretamente a honra do morto.

O morto, não sendo mais sujeito de direito, não mais pode possuir direitos e obrigações. É sabido que a personalidade jurídica se extingue com a morte, e, tendo sido extinta, não tem mais o condão de produzir quaisquer efeitos.

Na imensa maioria das vezes o que se protege, pragmaticamente falando, é a honra da família do morto, pois conforme já foi dito anteriormente, a honra pode assumir diferentes caracteres, podendo ser atribuída, adquirida ou assumida. No caso do direito à honra *post mortem*, quando o morto é ofendido, na prática, protege-se em primeiro lugar a honra atribuída da família, e, também, a honra assumida por alguns de seus membros. Após isso, e com um efeito reflexo, protege-se a honra do morto, pragmaticamente falando.

Quando se faz parte de uma família notoriamente conhecida, alguns ônus podem recair sobre o indivíduo. Se um familiar morre em situação onde sua conduta ética é questionável, essa “má fama” acaba por respingar sobre os familiares sobreviventes, o que faz com que situações de constrangimento possam ter lugar.

Tal situação pode ser agravada se, em decorrência de uma grande notoriedade do morto, a imprensa passar a dedicar-se à publicação de matérias muitas vezes sensacionalistas e sem nenhum embasamento. Os parentes do morto passam, por um processo social natural, a ser identificados com o morto, como se eles próprios devessem ter suas condutas julgadas como inapropriadas e antiéticas.

Mas a honra do morto é, ao mesmo tempo, protegida (aqui a honra é comumente chamada de memória do morto). A proteção por parte dos familiares tem um duplo efeito benéfico: protege a honra atribuída ou assumida dos familiares e, ao mesmo tempo, protege a honra do morto (memória).

V. AS TEORIAS EXPLICATIVAS DO ROL DOS LEGITIMADOS

1. O ROL DE LEGITIMADOS

Conforme já dito, o Código Civil, no parágrafo único de seu artigo 20 explicita os legitimados a defenderem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade dos mortos. Em tal rol, figuram os ascendentes, os descendentes e o cônjuge. Ressalte-se que o Código não estabelece um limite no que diz respeito à distância de parentesco dos ascendentes e dos descendentes em relação ao morto.

Assim, por mais distante que seja a geração de um determinado descendente, pode este defender a honra, boa fama ou respeitabilidade de seu antepassado se sentir que elas foram violadas. O mesmo vale para os ascendentes, sendo até mais plausível a existência do dispositivo legal em relação a eles.

Andou bem o legislador ao não prever um limite de distância entre ascendentes, descendentes e o morto a ter a honra protegida, pois assim protege-se de maneira eficaz a honra de mortos que tenham tido durante sua vida uma grande notoriedade, mas cujos descendentes não possuam tanta notoriedade assim.

Todavia, quanto maior a distância entre as gerações do morto e de seus descendentes, mais a proteção à sua honra se torna indireta, pois, com efeito, tal proteção vai, em verdade, à medida que o espaço temporal entre as gerações aumenta, dando-se em relação a outros valores, como, por exemplo, o nome de família em detrimento da honra do morto considerada em si mesma.

Entretanto, ainda que a proteção à honra do morto se dê indiretamente, não se pode esquecer de que ela se dá. Ainda que a distância de tempo entre a geração do morto e a de seu descendente que pleiteia tal proteção (ainda que o faça por quaisquer outros fundamentos) seja

de mil anos, a proteção da honra do morto ainda existe, o que só serve para reafirmar a grande importância da honra *post mortem* como direito da personalidade.

2. AS TEORIAS EXPLICATIVAS DO ROL DE LEGITIMADOS POR MEIO DO DIREITO SUBJETIVO

A questão da explicação científica do rol de legitimados a defender o direito à honra *post mortem* é muito debatida. A este respeito já foram criadas diversas teorias, e está-se longe de uma unanimidade a tal respeito. É muito difícil chegar-se a um consenso, principalmente tendo-se em vista que tal explicação passa, invariavelmente, pela seara do direito subjetivo, sabidamente uma das mais áridas e controversas que há em todo o estudo do Direito.

Apesar da existência de debates de menor relevância, mas também importantes, como, por exemplo, o que visa a saber o que especificamente motivou o legislador a optar por incluir determinados sujeitos em detrimento de outros no rol de legitimados, debate este que toca mais de perto a filosofia e a psicologia do que o Direito, a maior controvérsia reside em dois pontos principais.

O primeiro deles é a existência ou não de um direito subjetivo *post mortem*, o que acaba por levar ao questionamento sobre se o morto possui ou não um direito subjetivo. O segundo ponto principal, desde que se pressuponha que não existe um direito subjetivo *post mortem*, é sobre a maneira como se daria a transmissão do direito subjetivo aos indivíduos constantes do rol de legitimados para que possam efetuar a defesa da honra *post mortem* de seu parente, se é que se trata de fato de um direito subjetivo.

Passaremos agora a mencionar diversas teorias, apontando as falhas e acertos de cada uma delas. Quem tratou mais recentemente e com maior apuro da enumeração de tais teorias foi Alfredo Migliore, que prima pela clareza em sua enumeração.

A primeira teoria é a chamada teoria do direito novo, segundo a qual a honra *post mortem* é um direito próprio dos familiares, e não do morto, tendo surgido com a morte deste. Surgiria então um novo direito subjetivo, cujos titulares seriam os familiares do morto, com o fito de proteger a honra deste.

Segundo Alfredo Migliore, o familiar, por esta teoria, tem um direito próprio seu, contra o ofensor do direito da personalidade *post mortem*. Um direito legitimamente adquirido e que diz respeito à memória do morto. Um direito surgido no momento da morte da pessoa. Não antes nem depois.²⁹²

É relativamente lógico que esta teoria tenha surgido primeiro, pois a explicação mais simples é sempre a que surge em primeiro lugar. Tem o benefício de sua simplicidade e de tentar transpor a intransmissibilidade dos direitos da personalidade, mas tal simplicidade também é um mal de que padece, pois não explica o porquê de tal direito subjetivo surgido ser conferido apenas a alguns familiares, e não a todos os herdeiros indistintamente.

Baseia-se principalmente no fato de que a morte acarreta ao morto o fim de sua existência e o esfacelamento de seu patrimônio moral, e, por conseguinte, de seu direito da personalidade.²⁹³

Além disso, a eventual existência de um novo direito subjetivo dos familiares à proteção da memória de seu parente morto teoricamente coloca a honra *post mortem* totalmente em segundo plano, sendo até mesmo dispensável a existência desta se levar-se esta teoria até os extremos, pois, na verdade a ofensa à memória do morto seria encarada como sendo uma afronta aos seus familiares sobreviventes (o direito subjetivo é deles).

A segunda teoria é a da transferência da personalidade. Tal teoria concebe o patrimônio moral meramente como uma coisa, no sentido jurídico do termo, que comporia o espólio. Segundo Elimar Szaniawsky, assim como se transfere o patrimônio do *de cujus* para os

²⁹² Alfredo Migliore, *Direitos a Personalidade Post Mortem* (Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – Departamento de Direito Civil. São Paulo, 2006), p.221.

²⁹³ *Ibidem*, p.221.

herdeiros, bem como todos os direitos e obrigações, menos as personalíssimas, são estes herdeiros os continuadores da personalidade do morto, adquirindo os direitos sobre o corpo do falecido, cabendo, a eles, a decisão do destino do corpo morto, podendo sepultá-lo ou destiná-lo para fins de estudos e pesquisas científicas, ou, ainda, doar partes deste corpo para aproveitamento através do transplante de órgãos para outros corpos de pessoas ainda vivas.²⁹⁴

Em suma, a teoria prega que o patrimônio moral lesado pertence ao morto, no que se contrapõe à primeira teoria, mas, como o morto não tem personalidade jurídica, pelo fenômeno fictício da “transferência de personalidade” seu patrimônio moral, sem sujeito de direito, passa a ser administrado, protegido e tutelado por todos e também cada um dos herdeiros do *de cujus*, fixado na lei o limite de atuação legal até o colateral de quarto grau, ou seja, o primo primeiro.²⁹⁵

Considerar-se o patrimônio moral do morto como uma coisa que compõe o acervo hereditário é por demais simplista e oferece algumas dificuldades. A teoria falha ao mencionar que os “herdeiros” receberiam por transferência a personalidade do morto, ao passo que a lei fala em parentes até o quarto grau, que não necessariamente são herdeiros do *de cujus*.²⁹⁶ Com efeito, o caráter de herdeiro depende da ordem de vocação hereditária, até mesmo um estranho pode ser herdeiro desde que tenha sido incluído por meio de testamento, por exemplo.

A lei não parece prever a defesa da honra *post mortem* por parte dos ascendentes, descendentes e cônjuge de modo subsidiário, mas parece, sim, conferir a cada um deles o direito de exercer tal defesa sem qualquer ordem prevista, o que contradiz a teoria aludida, visto que em relação a herdeiros uma ordem de vocação hereditária deve ser respeitada.

A terceira teoria é a chamada teoria do direito sem sujeito. Segundo esta teoria, os direitos da personalidade *post mortem*, e, por conseguinte, o direito à honra *post mortem*,

²⁹⁴ Elimar Szaniawski, Os Direitos da Personalidade e sua Tutela, p.504.

²⁹⁵ Alfredo Migliore, Direitos a Personalidade *Post Mortem* (Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – Departamento de Direito Civil. São Paulo, 2006), p.224.

²⁹⁶ Ibidem, p.225.

seriam direitos subjetivos sem sujeitos, já que o ofendido não mais existe para o ordenamento jurídico.²⁹⁷

O grande problema desta teoria, segundo Alfredo Migliore, é não conferir aos direitos do morto qualquer proteção, pois a titularidade dos direitos seria dos familiares e sucessores, o que vai diametralmente contra a lei, pois esta diz que existe de fato ofensa ao morto, tendo seus familiares legitimidade processual para defendê-lo após a morte.²⁹⁸

Não concordamos com o autor no que diz respeito à legitimidade processual dos familiares para defender o morto após sua morte, conforme se verá mais à frente. Mas cremos na inexistência de direitos subjetivos sem sujeito.

Com efeito, não se pode conceber que existam direitos subjetivos sem sujeito. Segundo Vicente Ráo, não é exato falar-se em direitos providos de titular imaginário, criado por ficção legal, mas, o que é diverso e não contradiz a natureza das coisas, de direitos cujo titular é esperado: sobrevivendo o titular, o direito se aperfeiçoa, não sobrevivendo, perece.²⁹⁹

A quarta teoria é a do dever jurídico geral, pela qual a tutela da honra *post mortem* seria um dever geral, de todos, sendo que qualquer do povo poderia defender a honra de qualquer morto desde que isso lhe parecesse conveniente. Embora possa parecer tentador pensar que assim a proteção da honra *post mortem* poderia ser muito mais intensa, já que absolutamente todos os sujeitos de direito poderiam proceder à sua proteção acarretando, assim, um maior “policiamento” por parte da população em relação às ofensas aos mortos, tal teoria não deve prevalecer por duas razões distintas.

A primeira razão concerne à política do direito. É sabido que todo o sistema da responsabilidade civil deve ser engendrado e modificado de acordo com as necessidades que a

²⁹⁷ Alfredo Migliore, *Direitos a Personalidade Post Mortem* (Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – Departamento de Direito Civil. São Paulo, 2006), p.225.

²⁹⁸ *Ibidem*, p.225.

²⁹⁹ Vicente Ráo, *O Direito e a Vida dos Direitos*, vol. II, pp.144-145.

evolução das sociedades impõe, sob pena de tornar-se obsoleto e cair em desuso, implicando na ausência de proteção às pessoas.

Conceder a todos o direito de proteger a honra de qualquer pessoa morta poderia muito facilmente tornar-se um verdadeiro meio de vida (já que a indenização iria para quem intentou a ação, e não para a família do morto), pois ainda que alguém sequer tenha conhecido o morto e travado com ele qualquer relação intersubjetiva, poderia pleitear de um eventual ofensor uma reparação nos moldes do artigo 12 do Código Civil. No que diz respeito ao ordenamento brasileiro, tal argumento não é válido, pois existe o § único do artigo 12, que limita tal defesa na hipótese de o ofendido for um morto. O argumento só existe para a Ciência do Direito.

A segunda razão é a de que se a teoria fosse abraçada, os direitos da personalidade seriam concebidos como deveres gerais de conduta sem um sujeito singular, podendo em tese ser defendidos por meio de ação civil pública, popular ou outros tipos de ações coletivas, através da atuação do Ministério Público ou de qualquer interessado, o que, efetivamente não é o que acontece, em vista do artigo 12 do Código Civil.³⁰⁰

A quinta teoria é a que concebe os direitos da personalidade *post mortem* como uma ficção jurídica, pela qual os familiares do morto defenderiam sua honra por meio de uma ficção, sendo que o morto permaneceria como titular do direito à honra *post mortem*. A ficção reside em se conceber o morto como se ainda estivesse vivo para efeito de defesa de sua honra.

Há também dois problemas que impedem que se aceite esta teoria. O primeiro está no fato de que o morto, sendo ainda o titular do direito à honra *post mortem*, não teria como exercer seu direito pelo simples fato de estar morto, sendo que esta função compete aos seus familiares sobreviventes. Eles teriam apenas uma legitimidade processual para efetuar a defesa de tais direitos, o que acaba por reduzi-los a uma mera criação legal, artificial, que se explica unicamente por meio de uma lei ou da doutrina. Os direitos da personalidade, assim, seriam

³⁰⁰ Alfredo Migliore, *Direitos a Personalidade Post Mortem* (Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – Departamento de Direito Civil. São Paulo, 2006), p.226.

uma mera criação da mente humana e cuja existência, por isso mesmo, seria simplesmente uma ficção.³⁰¹

Evidentemente isto não é acertado, pois ninguém seria capaz de defender, mormente na sociedade atual, que os direitos da personalidade não existem de fato, sendo fruto de uma mera ficção legal.

O segundo óbice está no fato de que a honra aqui seria como uma capa única que a pessoa carrega por toda a vida e que, quando morre, permanece intacta, representando, simbolizando ela mesma, em toda a sua individualidade, tudo que ela foi, como se ainda vivesse. Para defender a honra, a imagem e o bom nome do *de cujus*, o descendente, então, veste-se com a capa credenciando-se à tutela do direito alheio.³⁰²

Sendo a honra como que uma “capa única” que a pessoa carrega para toda a vida, é impossível dizer-se até que ponto a defesa exercida pelos legitimados da lei é de fato uma defesa da honra do morto ou uma defesa de sua própria honra. Dá-se azo, inclusive, a que se use a honra do morto como uma mera desculpa para defender a própria honra, o que é moralmente condenável.

Além disso, conforme já se disse, a honra é algo cuja concepção se modifica ao longo da vida das pessoas. Impossível saber ao certo, pois, qual era a exata concepção de honra que o morto tinha no momento de sua morte, justamente por tratar-se de um conceito tão amplo e dado a tantas minúcias que os fatos da vida acarretam.

A sexta teoria é a chamada teoria da personalidade jurídica parcial pós-mortal, pela qual mesmo com a morte persistiria ainda a personalidade do morto apenas em alguns aspectos. A teoria merece críticas por dois motivos principais.

³⁰¹ Caio Mário da Silva Pereira, Instituições de Direito Civil, vol. I, pp.250-251.

³⁰² Alfredo Migliore, Direitos a Personalidade *Post Mortem* (Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – Departamento de Direito Civil. São Paulo, 2006), p.227.

O primeiro é que não se pode conceber a existência de “meia-personalidade”. A personalidade, pelo seu próprio conceito, é una, devendo ser entendida como um todo. Conceber-se que a personalidade é divisível, ou seja, que partes dela podem deixar de existir (qualquer que seja a hipótese), é um rematado absurdo, pois assim legitimar-se-ia, por exemplo, que os indivíduos pudessem abrir mão de alguns dos atributos de sua personalidade, o que, por sua vez, contradiz a doutrina como um todo, que propugna pela indisponibilidade dos direitos da personalidade.

O segundo motivo, lembrado por Alfredo Migliore, reside no fato de se confundir a personalidade jurídica com a “personalidade bioafetiva”. Segundo o civilista, não é a personalidade jurídica que subsiste à morte, mas a “personalidade bioafetiva” ou “biológica”, como unidade de valores distintivos individuais do ser humano dentro de toda a humanidade. É isso que sobrevive à morte para sempre, porque ninguém jamais será igual ao outro e todos serão unidades diversas de uma mesma espécie. Essa parte de nós não perece. Então, de fato, há uma personalidade parcial pós-mortal.³⁰³

Ressaltamos, apenas, que o que sobrevive não é uma “personalidade” pós-mortal. Na expressão “personalidade bioafetiva”, a palavra personalidade pode facilmente ser substituída pelas palavras “arcabouço”, “patrimônio” ou, ainda, “aspectos”. Também pode ser utilizada a palavra personalidade, mas aqui esta não deve ser entendida em seu sentido técnico, mas sim em sentido vulgar. Desta forma, não existe uma personalidade pós-mortal.

A sétima teoria é a da aquisição derivada translativa *mortis causa* de direitos pessoais, pela qual quando da morte ocorre uma sucessão anômala dos direitos da personalidade do defunto para aqueles que são legitimados pela lei, que se tornam então seus titulares.

Alfredo Migliore explica que esta sucessão anômala seria derivada da norma jurídica que estabelece o direito *post mortem* de personalidade, e da qual estão excluídos herdeiros

³⁰³ Alfredo Migliore, *Direitos a Personalidade Post Mortem* (Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – Departamento de Direito Civil. São Paulo, 2006), p.228.

testamentários ou legatários, incluídos apenas os herdeiros da sucessão legítima.³⁰⁴ A teoria é incompleta e não explica claramente o motivo desta “sucessão anômala”. Todavia, pode se mostrar útil, pois traduz a realidade fática, ainda que peque no rigor científico.

A oitava teoria, por fim, é a que encara as pessoas vivas como fiduciárias dos direitos da personalidade do falecido. Por tal teoria, a legitimação dos parentes sobreviventes para defender a honra do morto não conferiria a eles a titularidade dos direitos subjetivos, mas apenas uma legitimação processual para fazê-lo.

Alfredo Migliore cita o entendimento de Heinrich Lange e de Kuchinke, segundo os quais os direitos da personalidade *post mortem* seriam um exercício fiduciário de um domínio jurídico do falecido, no interesse deste projetado para depois da morte. Para eles, o direito e a extensão da tutela a ser exercida determinam-se segundo a necessidade do falecido, e não segundo a do familiar.³⁰⁵

3. O DIREITO SUBJETIVO

Neste item, analisaremos alguns aspectos que dizem respeito aos direitos subjetivos, aspectos estes que mais de perto podem ter influência quanto à escolha de alguma das teorias que buscam explicar o rol de legitimados a defenderem os direitos da personalidade *post mortem*.

Desta forma, analisaremos como se dá a transferência dos direitos subjetivos, se é que há transferência, assim como a diferença entre a titularidade dos mesmos e a legitimidade para seu exercício, visto que as maiores dúvidas existentes no que tange aos direitos da personalidade *post mortem* residem em se saber quem tem de fato sua titularidade e o porquê disso.

³⁰⁴ Alfredo Migliore, *Direitos a Personalidade Post Mortem* (Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – Departamento de Direito Civil. São Paulo, 2006), p.230.

³⁰⁵ *Ibidem*, p.229.

O conceito de direito subjetivo é um dos mais difíceis de todo o Direito, até pelo grande caráter abstrato que envolve tal categoria. É intuitivo que, quanto mais abstrato é um conceito, maior será a dificuldade de a ele se chegar. Quanto maior a abstração realizada, mais etérea a formulação desenvolvida.

A própria expressão “direito subjetivo” pode ser pensada, pois pode não traduzir de maneira clara seu precípuo significado. Segundo Goffredo Telles Junior, o termo subjetivo tem raiz latina, provindo de *subjectum*, que designa o que está *submetido*, o que é *sujeito*, o que é “pertence” de alguma coisa; ou, no caso especial do direito subjetivo, como em casos análogos a este, designa o que está colocado *dentro*.³⁰⁶ (grifos do autor)

Isto vai ao encontro da noção de direito subjetivo de Jean Dabin, que o concebe como sendo uma pertença-domínio do sujeito, ou seja, como a prerrogativa concedida uma pessoa pelo direito objetivo e assegurada pelos meios de direito para dispor, como senhor, de um bem que se reconhece pertencer-lhe ou ser-lhe devido.³⁰⁷

Segundo o autor, há direito subjetivo onde há pertença. O interesse não se torna direito, do qual se retira a dimensão de gozo àquele que pertence. O direito não é um interesse, mesmo juridicamente protegido. Ele é pertença, não enquanto dele se goza ou se é chamado a gozar, mas enquanto pertence propriamente ao sujeito.^{308 a 309}

E explica mais à frente que o direito subjetivo é *subjetivo* porque as permissões ou autorizações, que o constituem, são *próprias* das pessoas a que foram concedidas. São permissões que lhes *pertencem*, podendo ser usadas ou não ser usadas por elas; permissões,

³⁰⁶ Goffredo Telles Junior, *Iniciação na Ciência do Direito*, p.255

³⁰⁷ Daisy Gogliano, *Direitos Privados da Personalidade* (dissertação de mestrado – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – Departamento de Direito Civil. São Paulo, 1982), p.360

³⁰⁸ Jean Dabin, *Le Droit Subjectif*, p.82.

³⁰⁹ Eis o texto original: “Il y a droit subjectif là où il y a appartenance; l’intérêt ne devient droit que si l’on quitte le plan de la jouissance pour celui de l’appartenance. Le droit n’est pas un intérêt, même juridiquement protégé; il est appartenance d’un intérêt ou, plus exactement, d’une chose qui touché le sujet et l’intérêt, non en tant qu’il jouit ou est appelé à en jouir, mais en tant que cette chose lui appartient en propre.”

portanto, que a elas se *sujeitam*, e que, de certa maneira, estão *dentro* delas.³¹⁰ (grifos do autor)

Talvez pelo fato de tratar-se de um conceito muito abstrato, não tenham os romanos chegado jamais a conferir um conceito ao direito subjetivo, já que seu pensamento era de cunho extremamente prático, concreto, pragmático. É por isso que foi somente na Idade Média que se passou a investigar acerca da natureza dos direitos subjetivos e de seus principais aspectos, mas, ainda aqui, de forma muito incipiente e sem o devido apuro técnico.

O estudo mais aprofundado acerca do direito subjetivo inicia-se em meados do século XIX, e, a partir daí, a doutrina se desenvolve, em comparação com o que existia anteriormente, em ritmo exponencial. Surgem inúmeras teorias objetivando explicar os direitos subjetivos, tendo elas os mais diferentes matizes e aspectos. Delas não trataremos de forma detalhada porque a maioria não oferece qualquer interesse para explicar o direito à honra *post mortem*.

Cumprе destacar que os direitos subjetivos possuem alguns caracteres que os informam. São eles o sujeito, o objeto e a relação jurídica entre eles. Segundo Clóvis Beviláqua, não há direito sem sujeito,³¹¹ sendo o sujeito do direito subjetivo o ser a que a ordem jurídica assegura o poder de agir contido no Direito.³¹²

Já o objeto do direito subjetivo é o bem ou vantagem sobre que o sujeito exerce o poder conferido pela ordem jurídica. O grande civilista faz uma classificação de tais objetos, a qual tem o poder de, com extrema simplicidade, abarcar todas as classes de objetos de direito. Ele defende que os objetos de direito podem ser modos de ser da própria pessoa na vida social (a existência, a liberdade, a honra etc.); ações humanas; ou as coisas corpóreas ou incorpóreas, entre estas últimas incluindo-se os produtos da inteligência.³¹³

³¹⁰ Goffredo Telles Junior, *Iniciação na Ciência do Direito*, p.255.

³¹¹ Clóvis Beviláqua, *Teoria Geral do Direito Civil*, p.62.

³¹² *Ibidem*, pp.63-64.

³¹³ *Ibidem*, p.64.

Percebe-se que o grande civilista coloca os atributos da personalidade como passíveis de figurar como objetos de direitos subjetivos, o que mostra o seu caráter de jurista de vanguarda de sempre.

Por fim, a relação jurídica, sendo o terceiro aspecto que forma o direito subjetivo, é conceituada como sendo o laço que, sob a garantia da ordem jurídica, submete o objeto ao sujeito,³¹⁴ sendo que efetivamente o direito é uma expansão da personalidade, e uma expansão que pressupõe sempre a ordem jurídica, ora se realiza pela apropriação de coisas da natureza, ora pelo relevo de algum de seus modos de ser ou qualidades, ora finalmente pela restrição imposta à atividade jurídica de outrem. Após dissertar de modo simples, porém profundo, acerca dos caracteres que informam o direito subjetivo, Clóvis Beviláqua conceitua de forma lapidar o direito subjetivo sendo um poder de ação assegurado pela ordem jurídica.³¹⁵ Conceito simples, mas realista e inteligível, e por isso mesmo digno de admiração.

Mais recentemente, Goffredo Telles Junior define com rigor os direitos subjetivos como sendo permissões dadas por meio de normas jurídicas, que, justamente por serem dadas por meio de normas jurídicas (imperativos autorizantes) são permissões jurídicas. Portanto, define sinteticamente os direitos subjetivos como sendo permissões jurídicas,³¹⁶ fazendo questão de ressaltar que os direitos subjetivos não são nem mandamentos, nem estruturas normativas, nem sistemas prescritivos, nem ordenações e nem a chamada *norma agendi*,³¹⁷ definições estas muito correntes.

A nosso ver, os conceitos de Goffredo Telles Junior e Clóvis Beviláqua são afins, sendo que o conceito daquele é apenas uma maneira mais pormenorizada exprimir o conceito deste. Ambos não prescindem do papel da ordem jurídica para a existência de direitos subjetivos. Dizer que o direito subjetivo é uma permissão jurídica ou um poder de ação conferido pela ordem jurídica é dizer a mesma coisa. E estão corretos os grandes juristas em

³¹⁴ Clóvis Beviláqua, Teoria Geral do Direito Civil, p.65.

³¹⁵ Ibidem, pp.66-67

³¹⁶ Goffredo Telles Junior, Estudos, p.119.

³¹⁷ Goffredo Telles Junior, Iniciação na Ciência do Direito, p.253.

seus raciocínios, inclusive ao conferir aos direitos da personalidade o caráter de direitos subjetivos.

No que diz respeito à transferência dos direitos subjetivos, trata-se de aspecto por demais importante quando se analisa os direitos da personalidade *post mortem*, e só pode ser discutida tendo-se em vista a natureza dos direitos subjetivos.

Embora grandes mestres defendam a existência de direitos subjetivos sem sujeito, não conseguimos conceber sua existência. Pelo próprio conceito de direito subjetivo, vê-se que pressupostos para a sua existência são um sujeito, um objeto e uma relação jurídica garantida pela ordem jurídica.

Não existem direitos subjetivos sem sujeito, conforme lição de Vicente Ráo, transcrita *supra*.^{318 a 319} Além disso, Clóvis Beviláqua leciona que os elementos constituintes do direito subjetivo são um sujeito, um objeto e a relação jurídica que submete o objeto ao sujeito, sem os quais não se pode falar em direito subjetivo.³²⁰

Deste modo, existe a transferência de direitos subjetivos (pelo menos daqueles que não são personalíssimos), e tal transmissão, sendo *inter vivos* ou *causa mortis*, se dá de acordo com o que é prescrito pelo ordenamento jurídico. Quando essa transferência não existir, o próprio ordenamento jurídico o diz.

No caso do direito à honra *post mortem*, não ocorre transferência de direito subjetivo. O que existe é um direito subjetivo, pertencente aos familiares do morto, de promover a defesa de sua honra. É um direito conferido diretamente pela lei, mas que depende, para seu exercício, do advento de um termo incerto (a morte de alguém).

Não há que se falar aqui em transferência de direitos subjetivos do morto para seus familiares. O direito subjetivo do morto à sua honra deixou de existir a partir do momento de

³¹⁸ Vicente Ráo, O Direito e a Vida dos Direitos, vol. II, p.145.

³¹⁹ Vide p. 115 deste trabalho, nota nº 299.

³²⁰ Clóvis Beviláqua, Teoria Geral do Direito Civil, p.62

sua morte, e o que passou a existir, então, foi o direito subjetivo dos familiares de defender sua honra.

4. NOSSA POSIÇÃO

Não concordamos com a existência de uma personalidade *post mortem*. O morto não pode mais ser considerado pessoa, e um dos pilares do Direito Civil é aquele segundo o qual a morte põe fim à personalidade jurídica. Pôr fim à personalidade jurídica quer dizer que não se pode mais ser titular de direitos e deveres.

Portanto, colocar o direito à honra *post mortem* como sendo um direito subjetivo do morto, justificando tal posicionamento pela existência de uma personalidade *post mortem* deste, é, em nossa opinião, equivocado. O que fica após a morte são nossos atos, os quais ajudam a prever a maneira pela qual seremos lembrados (ou esquecidos) pela posteridade (memória). Assim sendo, o que sobra do morto após a morte não é uma sua “personalidade *post mortem*”, pois morto não é pessoa. Ficam apenas seus atos, que se revelam por meio de algum atributo de sua então personalidade, como, por exemplo, a honra, tutelada por meio da tutela de sua memória.

Não se pode confundir a honra, que é um dos atributos da personalidade, com a própria personalidade. Seria como confundir uma peça com todo o quebra-cabeça já montado. Ou a personalidade inteira persiste, em coerência com a unicidade que é de sua essência, ou então não se poderá dizer que a personalidade persiste após a morte. Não pode persistir a personalidade do morto, mas apenas alguns de seus atributos, que não se confundem com ela. Assim, por exemplo, não se pode dizer que o morto tem direito à vida, pois seria, filosoficamente, um absurdo, ou seja, algo que de tão contraditório não pode sequer ser pensado.

Não sendo o morto pessoa, é dedução lógica que não pode ser ele titular de quaisquer direitos e obrigações, por mais nobres que sejam. Trata-se de uma questão conceitual. O direito subjetivo de defender a honra do morto existe, mas não está em seu patrimônio jurídico, mesmo porque mortos não têm patrimônio jurídico, mas sim no de seus parentes, cujo rol é previsto pelo parágrafo único do artigo 20 do Código Civil.

Aqui inferimos que se trata realmente de direito subjetivo, perfeitamente enquadrado na noção clara e precisa de Goffredo Telles Junior, explicitada alhures, qual seja, a de que o direito subjetivo consiste numa permissão jurídica, isto é, uma permissão dada por meio de norma jurídica para se buscar algo.

Há que se ressaltar que esta permissão jurídica ocorre somente a partir do momento da morte. É evidente que, antes do momento da morte o direito subjetivo de defender a honra é do próprio titular, pois não precisa de ninguém para fazê-lo por ele (salvo hipóteses de incapacidade ou ausência, v.g., mas aqui o titular continua sendo o incapaz, que é pessoa, tendo seus representantes legais tão somente legitimação processual para empreender tal defesa).

Em síntese, o direito subjetivo de defender a honra *post mortem* é de titularidade dos familiares, devendo ficar claro que o objeto de tal direito subjetivo é a tutela de um dos atributos da personalidade do morto, que persiste após sua morte, e não sobre própria personalidade, e nem mesmo sobre este único atributo que persiste, qual seja, a honra. A honra é de cada um que a possui. Não se transmite.

Aliás, é bem dizer que na prática, o que ocorre na maioria das vezes em que a honra do morto é defendida por seus familiares sobreviventes estes o fazem para proteger a sua própria honra, protegendo, incidentalmente, a honra do morto. Dificilmente uma ofensa à honra do morto deixa de respingar sobre seus familiares, sendo este mais um motivo que dá indícios de que o direito subjetivo pertence aos parentes, e não ao morto.

Por meio de uma interpretação teleológica da lei, podemos inferir que o artigo 20 do Código Civil foi concebido para, além de proteger a honra dos mortos, valor este muito caro às sociedades civilizadas, conferir um meio de os parentes se verem defendidos de maneira mais direta quando uma ofensa perpetrada a um seu familiar morto ofender também sua própria honra. O objetivo da lei é duplo, pois.

Portanto, o direito subjetivo pertence aos familiares, e não ao morto. Seu objeto é a tutela da honra do morto, já que a honra do morto subsiste. Tal tutela da honra do morto pode servir (e na maioria das vezes serve) para proteger a própria honra dos familiares (honra familiar, v.g.). Trata-se de direito subjetivo de titularidade dos familiares, cujo objeto é a tutela da honra do morto (e não a honra do morto em si mesma) e garantido pela ordem jurídica por meio do parágrafo único do artigo 20 do Código Civil.

Não se transmite a personalidade do morto aos seus familiares sobreviventes, pois esta é única. A honra, que era uma pertença-domínio do defunto e um atributo de sua personalidade, como tal, se transmitiu aos seus familiares legitimados pelo rol contido no § único do artigo 20 do Código Civil, em virtude de previsão legal, mas não pode, por motivos de sua essência, transmitir-se completamente, já que a concepção de honra de cada um é absolutamente única.

É impossível que a concepção de honra dos legitimados seja idêntica à concepção de honra do morto, e a honra, atributo adquirido da personalidade que é, é também única. É por isso que sustentamos que o que se transmitiu aos familiares não foi a honra em si do morto, mas sim sua tutela, que deve ser exercida pelos familiares segundo as concepções de vida do morto, o mais próximo possível. Trata-se de novo direito subjetivo, decorrente de uma sucessão anômala (em virtude unicamente da lei) e com objeto diferente do objeto do direito subjetivo à honra do defunto quando era ainda vivente, objeto este, todavia, que lhe é conexo, ou seja, muito parecido.

VI. TUTELA DO DIREITO À HONRA *POST MORTEM*

Procuraremos aqui mostrar algumas das situações em que mais freqüentemente podem ser presenciadas ofensas à honra do morto. É evidente que pelo fato de o conceito de honra ser dinâmico e deveras amplo, o número de situações em que pode dar-se a ofensa tende ao infinito, e seria impossível tratar neste trabalho sequer de uma pequena parte delas.

Todavia, por uma questão de método e a fim de tornar as coisas possíveis, trataremos da ofensa aos mortos tentando seguir um esquema mais ou menos lógico e que leve em conta todo o desdobrar do acontecimento “morte” do ponto de vista cronológico. cremos que assim o exame de uma matéria tão complexa fica facilitado.

Apesar de este trabalho não tratar especificamente de todas as possibilidades em que ocorre uma ofensa à honra *post mortem*, as situações aqui relatadas podem servir de paradigma para a aplicação a outras situações mais específicas que a vida eventualmente possa criar.

Trataremos, inicialmente, do direito que têm os familiares de terem o corpo de seu parente morto no velório, de modo que este possa ocorrer como mandam as tradições, o que tem sido desrespeitado diversas vezes. Em seguida, trataremos das ofensas à honra dos mortos durante velório em si, bem como dos direitos que têm os familiares no que diz respeito ao seu desenvolvimento.

Como após o velório se dá o enterro ou a cremação, é necessário que se fale também da responsabilidade dos sujeitos incumbidos de administrarem uma tão importante atividade como é a administração de cemitérios.

Antes disso, todavia, é necessário que se fale acerca dos tipos de reparação possíveis na tutela do direito à honra *post mortem*. É bom ressaltar que a tutela da honra *post mortem* pode ser tanto específica quanto inespecífica.

A tutela específica põe ao alcance do titular mecanismos necessários e hábeis à defesa e restauração da honra e da verdade, quando ameaçadas ou turbadas, sendo que a simples violação do direito à honra constitui ato ilícito absoluto, capaz de, *ipso facto*, provocar o exercício da tutela específica. O dano está ínsito no próprio fato da violação. A tutela específica se desdobra em dois momentos de atuação: tutela específica negatória, que se subdivide em negatória e proibitória; e tutela específica restauratória.³²¹

A tutela específica negatória tem por objetivo prevenir ou fazer cessar violações. Já a tutela específica proibitória cabe quando há risco iminente de violação a direitos. No âmbito da informação, aplicável que é à mídia de um modo geral, a tutela específica proibitória tem por objetivo impingir sobre o ofensor ou uma obrigação de não fazer ou uma obrigação de fazer cumulada com pena de multa diária em caso de descumprimento se a obrigação for fungível.³²²

Nesse sentido, Massimo Garutti leciona que talvez se poderia licitamente fazer-se uso de procedimentos de tipo cautelar que liguem a tutela inibitória à *astreinte* da experiência francesa ou à *Geldstrafe* da experiência alemã; Em verdade, no que diz respeito aos fatos lesivos que de protraem no tempo e pelos quais se aplica a tutela inibitória, poder-se-ia pensar em irrogar uma sanção pecuniária para o caso de persistência de dano para o futuro. Por outro lado, a obrigação derivada da aplicação de tal sanção possuiria a valoração econômica da prestação e o caráter também não patrimonial do interesse do credor.³²³

Já a tutela restauratória garante a restauração dos bens ofendidos, possibilitando a reintegração específica, seja da verdade, seja da honra através de diversos mecanismos, como, v.g., o direito à retratação, que é a faculdade atribuída ao ofensor para, de livre e espontânea vontade, se retratar perante o ofendido de modo expresse e cabal; o direito de resposta, pelo qual a informação, noticiosa ou opinativa que for contrária à verdade, por falsidade ou erro, abre lugar à versão do ofendido, a ser publicada com igual destaque; o direito de retificação,

³²¹ José Carlos Rocha de Carvalho, Honra e Verdade na Informação (tese de doutorado – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – Departamento de Direito Civil – São Paulo, 1985), p.315.

³²² Ibidem, p.316.

³²³ Massimo Garutti, Il Diritto all'onore e la sua Tutela Civilistica, p.192

que garante ao ofendido ver publicada a retificação, que fornece, quando a informação contém dado importante, por estar incorreto ou inverídico e precisa ser retificado.³²⁴

O direito de retificação se revela um precioso instrumento à disposição de quem é lesado por informações divulgadas em jornais para intervir sobre o mesmo meio de comunicação para responder (ou retificar) sobre o que foi publicado.³²⁵

Outro meio é a publicação de sentença pelo veículo que violou a honra a pedido do ofendido.³²⁶ Há que se levar em consideração o fato de que a publicação da sentença de condenação se revela idônea a reparar em particular o dano não patrimonial causado a um bem ideal como a honra, de modo que a ela se recorre freqüentemente na prática judiciária principalmente nos delitos lesivos ao direito à honra.³²⁷

Evidentemente, a utilização destas modalidades de reparação não exclui, absolutamente, a possibilidade de o ofendido propor outras ações objetivando a determinação de responsabilidade civil ao ofensor. Com efeito, muitas vezes, além da aplicação destas modalidades, a indenização pecuniária, desde que proporcional ao dano ocasionado, tem grande efeito dissuasório.

Com efeito, em matéria de direitos da personalidade, o ressarcimento específico, que visa a criar uma situação correspondente materialmente àquela que existiria se não fosse produzido o dano, reconstituindo o interesse comprometido mediante a restituição ao *status quo ante*, é de reter-se seguramente aplicável e também revela uma peculiar funcionalidade.³²⁸

Seria, na maioria das vezes, totalmente inútil a determinação, v.g., da publicação de uma sentença judicial condenatória sem uma indenização cumulada, pois o efeito dissuasório, didático mesmo, disto seria praticamente nulo. Os grandes veículos midiáticos, de circulação

³²⁴ José Carlos Rocha de Carvalho, Honra e Verdade na Informação (tese de doutorado – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – Departamento de Direito Civil – São Paulo, 1985), pp.317-319.

³²⁵ Massimo Garutti, Il Diritto all'onore e la sua Tutela Civilistica, p.155.

³²⁶ José Carlos Rocha de Carvalho, Honra e Verdade na Informação (tese de doutorado – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – Departamento de Direito Civil – São Paulo, 1985), p.319.

³²⁷ Massimo Garutti, Il Diritto all'onore e la sua Tutela Civilistica, p.154.

³²⁸ Ibidem, p.152.

nacional ou até mesmo internacional não se sentiriam desencorajados à ofensa da honra ou da honra *post mortem* de quem quer que seja se a perspectiva de lucro ocasionada por isto fosse grande. Disto se tem vários exemplos e, infelizmente, pode-se dizer que tem ocorrido diversas vezes.

A este respeito, pode-se dizer que o conceito de patrimonialidade do dano não deve necessariamente coincidir com aquele de depauperamento econômico entendido *stricto sensu*, e não deve ser limitado à capacidade de ganho. Pensamos, por outro lado, que muito mais útil seja o reconhecimento da maior idoneidade dos instrumentos de sanção direta para assegurar a proteção dos direitos da personalidade.³²⁹

Pode-se, por outro lado, observar-se que os direitos da personalidade não são jamais perfeitamente ressarcíveis em forma específica, pois tal forma de tutela se refere mais ao objeto material, cuja alteração ou subtração constituiu o meio de ofensa dos direitos da personalidade, ou à coisa utilizada para consumir a lesão do direito. E esta afirmação se enquadra perfeitamente ao direito à honra, que não é jamais perfeitamente reintegrável, tendo-se em vista a forma intrínseca que possui no que diz respeito ao sujeito lesado, além da impossibilidade de restituição após o sujeito ser em sua honra atacado.³³⁰

A honra *post mortem* também pode ser tutelada por meio de tutela inespecífica, a qual confere ao titular o poder de ação de responsabilidade civil indenizatória, que obriga à reparação por danos morais e danos materiais.³³¹ Trata-se de uma decorrência da existência da cláusula geral de responsabilidade contida no artigo 927 do Código Civil.

Há que se lembrar que o dano moral consiste no próprio fato da ofensa, independentemente da existência de qualquer dano.³³² Todavia, tem o ofendido total direito de dar-se por satisfeito unicamente com a tutela específica, se assim o desejar.

³²⁹ Massimo Garutti, *Il Diritto all'onore e la sua Tutela Civilistica*, p.191.

³³⁰ *Ibidem*, pp.152-153.

³³¹ José Carlos Rocha de Carvalho, *Honra e Verdade na Informação* (tese de doutorado – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – Departamento de Direito Civil – São Paulo, 1985), p.321.

³³² *Ibidem*, p.324.

Se o juiz pode por iniciativa própria ordenar o cancelamento das expressões a seu ver inconvenientes ou ofensivas para manter os procedimentos judiciais no alveio do decoro, não pode por seu arbítrio conceder em favor da parte ofendida uma reparação pecuniária com a qual esta pode conceber como sendo imotivada. Isto não implica renúncia a qualquer direito, mas apenas a consequência de remeter à parte a valoração da oportunidade de receber uma reparação pecuniária por um fato que pode não considerar lesivo à sua honra ou de qualquer modo pode não desejar, por infinitos motivos, que seja monetizado.³³³ Exemplo clássico é o já aludido caso de violação do direito à intimidade de Brigitte Bardot, que, no processo que moveu para defendê-lo, pediu a indenização simbólica de um franco.

No que diz respeito às possibilidades de ofensa à honra *post mortem* trazidas neste trabalho, a seguir, quais sejam, violação ao direito que tem a família ao corpo morto de seu parente no velório, violação à honra *post mortem* por meio da violação reflexa do direito à intimidade da mesma no velório e violação do *ius sepulchri*, tem-se que a tutela específica é aplicável, salvo raríssimas exceções, às violações da honra *post mortem* que se dêem durante o velório.

1. DIREITO DA FAMÍLIA AO CORPO DO MORTO NO VELÓRIO

A morte, sendo um fenômeno que acarreta inúmeras modificações no Direito, algumas delas podendo perdurar por anos, ironicamente dura, com a soma de todos os seus eventos sanitários e litúrgicos, no máximo um dia, salvo raríssimas exceções, como, por exemplo, no caso de ser o morto uma celebridade.

Num único dia é decretada por meio da certidão de óbito. O corpo é então preparado e liberado pelo serviço funerário. Procede-se posteriormente ao velório, para, então, providenciar-se o enterro. Este é, de maneira assaz simplificada, o “cronograma” de eventos da morte.

³³³ Massimo Garutti, *Il Diritto all'onore e la sua Tutela Civilistica*, p.142.

Paralelamente às razões religiosas e metafísicas que justificam o enterro ou a cremação dos corpos, há também importantíssimas razões de cunho sanitário que apontam neste sentido. A correta destinação dos corpos é essencial para a prevenção de diversas doenças que sua decomposição pode transmitir, assim como para a salubridade dos bairros que se localizam no entorno dos cemitérios. O correto manejo dos corpos é uma verdadeira e essencial ciência.

Como o destino invariável dos viventes é a morte, pode-se facilmente inferir que todos nós, um dia, precisaremos de tais serviços para proceder ao sepultamento de nossos parentes, até que, um dia, outros parentes se utilizarão de tais serviços para proceder ao nosso. É a infatigável dinâmica da vida. Vivemos para morrer.

O fato de o serviço funerário ser um serviço essencial do qual absolutamente todos farão uso, fez com que o Estado tomasse para si esta responsabilidade, seja realizando a atividade diretamente, seja dando parte dela em concessão a particulares. Todavia, o fato é que o Estado regulamenta exaustivamente esta atividade e mantém severa vigilância sobre os particulares que a exerçam por meio de regime de concessão (empresas funerárias, por exemplo).

Uma característica dos serviços funerários é que eles devem ser prestados com a devida presteza, pois, do contrário, por razões biológicas, o corpo começa a sua decomposição, que pode chegar ao ponto de inviabilizar a realização do velório.

Com efeito, com a morte cessa a circulação sanguínea e as células deixam de receber os nutrientes necessários à manutenção dos fenômenos biológicos. O meio orgânico, que em vida era neutro, passa a ser ácido, tornando impossível a realização dos fenômenos vitais. Com a alteração do pH e pela ação da pressão osmótica, as membranas celulares rompem-se, desintegrando os tecidos.³³⁴

A isto se dá o nome de autólise. A putrefação começa logo após a autólise pela ação de organismos aeróbicos e anaeróbicos. Inicia-se geralmente no intestino grosso, dando origem à

³³⁴ Eduardo Roberto Alcântara Del-Campo, Medicina Legal, p.244.

chamada mancha verde abdominal e espalha-se pelo organismo. A fase da coloração surge entre 20 e 24 horas após a morte e pode durar até sete dias. Após a fase da coloração vem a fase gasosa, que decorre dos gases da putrefação que são formados no interior do corpo e fazem com que o cadáver adquira uma aparência de agigantamento, com protusão da língua e inchaço dos genitais. O sangue é forçado para a periferia, dando origem ao desenho dos vasos na superfície da pele (circulação póstuma de Brouardel), tendo início entre dois e sete dias após o óbito, podendo durar de sete a trinta dias. Após a fase gasosa vem a fase coliquativa (dissolução do cadáver pela ação de bactérias e da fauna cadavérica), que dura de um mês a dois ou três anos, e, por fim, vem a fase da esqueletização, que é a redução do cadáver às suas partes ósseas, que um dia se tornará pó.³³⁵

A presteza é essencial, principalmente levando-se em conta que o velório é a última despedida dos familiares e amigos do morto. Na maioria das vezes esta presteza é observada. Entretanto, há ocasiões em que isso não ocorre. Essas ocasiões, em sua maioria, se devem a greves deflagradas pelos funcionários do serviço funerário.

Serviço público que é, o serviço funerário carece de regulamentação no que diz respeito ao direito de greve de seus funcionários. Em que pese a existência de uma débil regulamentação do direito de greve nos serviços de caráter essencial, o que se verifica é que esta, quando não é descumprida, é absolutamente insuficiente, pois diz somente um percentual da atividade que deve ser mantido em funcionamento.

O que ocorre na prática e na maioria das vezes é que os sindicatos, por desídia, permitem que muitos funcionários continuem trabalhando em alguns setores e que pouquíssimos trabalhem em outros, o que acarreta um enorme acúmulo de trabalho e uma grande lentidão.

No caso do serviço funerário, isto pode ocorrer, por exemplo, permitindo o sindicato que muitos funcionários trabalhem na verificação de óbitos, mas que muito poucos

³³⁵ Eduardo Roberto Alcântara Del-Campo, Medicina Legal, p.245.

permaneçam trabalhando na liberação dos corpos, o que, conforme se vê, causa um fenômeno tétrico de “represamento” de cadáveres a serem liberados, impossibilitando vários velórios.

Com efeito, quando há uma greve no serviço funerário, todos ficam apreensivos, pois já se sabe que haverá demora na prestação dos serviços. Aliado à já grande dor acarretada pela perda de alguém querido, há também o sentimento de incerteza, e, mesmo, de frustração, causado por uma espera interminável, que ocasionará, muitas vezes, a impossibilidade de realização do velório.

O familiar acaba privado de um momento único, que serve para que, de fato, possa ocorrer uma despedida e o início de uma gradativa recuperação emocional e psicológica da dor causada por sua perda. Daqui, pode-se facilmente inferir que a existência do dano moral em relação aos familiares e amigos do defunto é manifesta.

Mas, pode-se dizer que houve também violação do direito à honra do morto? Conforme já dito anteriormente, esta tutela, em primeiro lugar e necessariamente a memória do morto, e, em segundo lugar, mas não necessariamente, a honra familiar do morto, embora na prática essa ordem se inverta. Se o cerimonial do velório é impossibilitado por um fato alheio à vontade dos familiares e pelo desrespeito a uma legislação (ainda que débil) em vigor, está clara a perpetração de um ato ilícito, sendo a consequência lógica disto a obrigação de indenizar.

Segundo Francesco Messineo, ato ilícito é o ato voluntário praticado contrariamente a uma norma legal, causando dano a outrem e, como consequência, importando, para quem o praticou, o dever de ressarcir o dano causado.³³⁶

Não fosse suficiente a flagrante perpetração de ato ilícito, há ainda uma já antiga tendência do Direito Civil que se faz presente e que corrobora a tese segundo a qual tem lugar indenização neste caso. Trata-se da tendência segundo a qual o tecnicismo jurídico e o direito estrito não satisfazem, só por si, à consciência geral do Direito, nem resolvem todos os

³³⁶ Francesco Messineo, *Manuale di Diritto Civile e Commerciale*, vol.I, § 33.

problemas, individuais ou coletivos, que se relacionam com os fundamentos éticos da convivência social.³³⁷

Isto faz com que se verifique uma penetração constante e progressiva dos princípios éticos, em particular dos princípios morais, no Direito, à medida que este se desenvolve segundo as contingências e transformações das relações humanas e as necessidades do bem comum que não consiste, apenas, no bem material quer da soma dos indivíduos, quer das coletividades consideradas em sua comunhão social.³³⁸

É evidente que em caso de greve no serviço funerário que impossibilite a realização do velório, greve que pelo simples fato de impossibilitar velórios é ilícita (visto que os limites legais para as greves em serviços essenciais ensejam somente uma demora, mas não uma impossibilidade), há a perpetração de ato ilícito, devendo haver indenização, e, além disso, há a ofensa a um dos valores mais caros à sociedade, qual seja, o do culto à memória dos mortos, sendo esta a segunda razão em virtude da qual é devida indenização. E o serviço funerário é um serviço essencial segundo a letra do artigo 10, IV da lei nº7.783/89.

No caso, indeniza-se, em primeiro lugar, a ofensa à memória do morto, ou seja, faz-se um juízo sobre se a ofensa de fato interfere na maneira pela qual o morto será lembrado pela posteridade. Se deste juízo (feito pelo familiar legitimado pelo parágrafo único do artigo 20 do Código Civil) desumir-se que a memória do morto foi ferida, ou seja, que a ofensa é passível de interferir em sua honra objetiva (seu conceito por parte da sociedade), diminuindo-a, sobrevém o direito à indenização.

Nesse sentido, tendo sido impossibilitada a realização de seu velório, entendemos que deve haver indenização, pois a ausência de velório ocasiona uma “diminuição da memória do morto”, ou seja, ele será menos lembrado quando de sua morte do que o resto do gênero humano o será.

³³⁷ Vicente Ráo, Ato Jurídico, p.26

³³⁸ Ibidem, p.26

Desta forma, a honra do morto e o início do culto de sua memória dependem, ressaltada a hipótese de ele ser ateu ou não pender, quando em vida, a questionamentos metafísico-religiosos (agnosticismo forte, por exemplo), da realização de seu velório ou do cerimonial correspondente, dependendo de sua religião, pois a honra do morto deve ser defendida (a não ser que os familiares queiram defender a própria honra) do modo mais próximo possível da concepção de honra do mesmo. O fato é que a liberação do corpo é sempre crucial para isso.

Ainda na hipótese de ter sido o morto ateu ou agnóstico, deve haver responsabilização, pois de fato o velório é organizado pelos parentes e amigos do morto. Estes não são necessariamente ateus ou agnósticos como o era o defunto. Ainda que o sejam, o direito à indenização existe, pois o ato ilícito foi perpetrado. Com efeito, para provar a ocorrência do dano moral, basta a verificação do fato que o gerou.

Além da ofensa à honra do morto, que será menos lembrado do que o resto do gênero humano, tendo sido impossibilitado o velório por fato alheio à vontade da família, esta pode sentir-se ofendida da mesma maneira, fazendo jus ao ressarcimento pelo dano sofrido. Mas nesta segunda hipótese, cabe ressaltar, não é a honra do morto que foi ofendida, mas tão somente a honra familiar (atribuída e assumida), visto que a ausência de velório pode fazer com que a sociedade pense que a família foi descuidada no que diz respeito a este aspecto.

Sendo manifesto o dever de indenizar, cabe a indagação acerca de quem deve arcar com tal indenização. Sendo o serviço funerário um dever do estado, *a priori* é este quem deve indenizar, independentemente da verificação de culpa, já que sua responsabilidade é objetiva. Evidentemente, o Estado tem o direito de regresso, ou seja, pode buscar o ressarcimento da quantia despendida com a indenização se provar que seu funcionário (agente) agiu com culpa ou dolo quando do desempenho de suas funções públicas.

O mesmo se dá em relação aos particulares que desempenham qualquer função dos serviços funerários sob o regime de concessão, sendo o maior exemplo disto o caso das

empresas funerárias ou de empresas que administram os espaços dedicados à realização de velórios.

No caso, o Estado poderia buscar a responsabilização do sindicato ao qual são filiados os funcionários da empresa concessionária que deflagrou a greve, principalmente após ter sido esta declarada ilegal por parte da Justiça do Trabalho, pois não seria justo e nem desejável que todos os cidadãos arcassem, por meio de seus tributos, com a despesa causada pela desídia de sindicalistas que agem muitas vezes de forma temerária, descumprindo o artigo 11 da lei nº7.783/89.

Segundo Sérgio Pinto Martins, a responsabilidade seria tanto do trabalhador, como do sindicato. E continua mais à frente ao aduzir que a responsabilidade civil de ter causado prejuízo ao empregador, por exemplo, poderá ser indenizada pelo sindicato ou pelo trabalhador, dependendo de quem foi o culpado.³³⁹

Deste modo, o dano nunca deixa de ser ressarcido. A família pode tranquilamente pedir o ressarcimento perante o Estado. Este, a fim de ressarcir-se e também com o fito de resguardar o interesse público, tem o poder-dever de demandar judicialmente aquele que deu causa ao dano, desde que tenha agido com culpa ou dolo, seja ele o sindicato, seja ele um trabalhador em especial, pois pode ocorrer de este não trabalhar durante a greve, mesmo tendo ordens expressas do sindicato neste sentido, dando origem ao dano.

O sindicato é, sim, passível de responsabilização civil. Não se pode afastar a responsabilidade do sindicato pela greve abusiva, com o argumento de que a greve foi decidida pela assembléia de trabalhadores, sendo que os usuários de serviços que fossem prejudicados com a greve poderiam cobrar seus prejuízos do sindicato, podendo fazer o mesmo o empregador.³⁴⁰

³³⁹ Sérgio Pinto Martins, *Direito do Trabalho*, p.848.

³⁴⁰ *Ibidem*, p.848.

No que diz respeito às greves do funcionalismo público, existe uma omissão legislativa. Com efeito, o artigo 37, em seu inciso VII, prescreve que o direito de greve do servidor público será exercido nos termos e limites definidos em lei específica, a qual não foi até hoje editada. Trata-se, pois, de norma de eficácia limitada, dependendo de lei complementar para ser exercitada.³⁴¹

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal julgou, em 2007, três mandados de injunção, onde declarou a omissão legislativa nesta matéria, tendo decidido também que se aplica aos servidores públicos, no que couber, a lei nº 7.783 de 1989, que dispõe sobre o direito de greve dos trabalhadores do setor privado, até que seja promulgada uma lei complementar regulamentando a greve no setor público.

Assim, se a greve no serviço funerário causou prejuízos a particulares e foi deflagrada por servidores públicos, o sistema de responsabilização civil é o mesmo já descrito, e assim deve ser, pois não se pode privar alguém da indenização que lhe é devida em virtude de omissões legislativas, o que contrariaria uma das grandes tendências do Direito Civil e da sistemática da responsabilidade civil contemporânea, qual seja, a de pensar-se antes na vítima do que no ofensor.

Isso nada mais é do que a coroação de um pensamento que vai ao encontro dos princípios gerais do Direito, que são: viver honestamente, não lesar a outrem e dar a cada um o que é seu. Portanto, quem efetivamente causa dano deve ser responsabilizado. Se o Estado o é num primeiro momento, tal se deve unicamente para impedir que haja qualquer chance de que a vítima se veja sem a indenização que lhe cabe.

Todavia, tem o Poder Público o poder-dever de ressarcir-se com o verdadeiro responsável pela perpetração do ato ilícito. Assinala Aguiar Dias, citando Henocho D. Aguiar, que todo dano proveniente do mau funcionamento de um serviço público se origina sempre da culpa atual do funcionário encarregado de prestá-lo, ou da de outro que atuou no passado e que esteve encarregado de organizá-lo, sendo que quando é possível individualizar o

³⁴¹ Sérgio Pinto Martins, *Direito do Trabalho*, p.848.

responsável e o Estado paga a importância do dano causado por ele, paga uma dívida a que estava obrigado, não em razão da culpa, mas em virtude da lei que a impõe, por motivos estranhos a uma figura jurídica, de que, em razão do seu próprio caráter, não pode ser sujeito.³⁴²

E mais à frente o Aguiar Dias defende a aplicação da teoria do risco administrativo nos moldes defendidos por Amaro Cavalcanti. Aduz, deste modo, que assim como a igualdade dos direitos, assim também a igualdade dos encargos é hoje fundamental no direito constitucional dos povos civilizados e que, portanto, dado que um indivíduo seja lesado nos seus direitos, com condição ou necessidade do bem comum, segue-se que os efeitos da lesão, ou os encargos de sua reparação, devem ser igualmente repartidos por toda a coletividade, isto é, satisfeitos pelo Estado, a fim de que, por este modo, se restabeleça o equilíbrio da justiça cumulativa: *Quod omnes tangit ab omnibus debet supportari*.³⁴³

Resta claro, pois, que o Estado deve indenizar a fim de que se impeça que a vítima (família do morto) reste prejudicada, mormente se se tiver em mente que é parte manifestamente mais fraca do que o Estado. Todavia, há que se deixar claro que o direito de regresso do Estado perante seu funcionário que perpetrar o ato ilícito é um poder-dever, pois o fato de o Estado arcar com indenizações (despesas) devidas pela desídia de alguém prejudica a todos. Com efeito, tal montante gasto pelo Estado em indenizações poderia ter sido empregado em benefícios sociais como novas escolas, creches, praças, parques, hospitais etc. Se o Estado não exerce seu direito de regresso, vai contra o interesse público.

2. DURANTE O VELÓRIO

O velório é o momento mais importante naquilo que forma o cenário da morte de um indivíduo. É o momento em que parentes e amigos prestam suas últimas homenagens ao

³⁴² José de Aguiar Dias, Da Responsabilidade Civil, vol. II, p.190.

³⁴³ Ibidem, p.210.

defunto. É o momento em que este é honrado e em que seus próximos têm com ele o último contato.

A etimologia da palavra velório diz que esta vem do verbo latino *vigilare* (*vigilo, avi, atum*), que significa estar acordado, velar, não dormir, ou estar sempre aceso (aqui no sentido de não se deixar que se apague o fogo sagrado).³⁴⁴ É impressionante como a etimologia pode ter o condão de explicar certos costumes, pois, com efeito, na maioria das vezes o velório consiste em simplesmente passar-se a noite ao lado do corpo do defunto até que chegue a hora de se proceder ao enterro, com o fito de despedir-se.

O velório, psicologicamente falando, serve para que os parentes e amigos despeçam-se do morto, dando-lhes certo alívio e contribuindo na difícil tarefa de conformação com a perda de alguém querido. Os velórios podem ter a duração de algumas horas ou de alguns dias, dependendo das circunstâncias.

Duram algumas horas, por exemplo, os velórios em que o corpo a ser velado se encontra em relativo estado de decomposição, o que o torna inviável por questões sanitárias. Por outro lado, o velório pode durar alguns dias quando, se tratar-se de defunto assaz célebre, cuja morte causa grande comoção social.

Na maioria das vezes são realizados em salas próprias para tal fim, contíguas aos cemitérios ou muito próximas deles por questões de logística. Entretanto, pode haver, principalmente em localidades mais interioranas ou rurais, velórios na residência da família do morto. Trata-se mesmo de um costume muito comum em locais mais afastados dos grandes centros, até em virtude das dificuldades de locomoção até a cidade, as quais poderiam inviabilizar a realização do velório.

Ainda, em se tratando de um morto célebre, seu velório pode ser feito em outras dependências que não as destinadas especialmente a este fim, como palácios de governo,

³⁴⁴ Francisco Torrinha, Dicionário Latino Português, p.932.

ginásios etc. até para que se consiga suportar a grande carga de visitação dos que desejem prestar seus respeitos ao falecido.

Do pouco que foi até aqui exposto, depreende-se que o ambiente onde se desenrola o velório é íntimo. Até mesmo os velórios de pessoas célebres não deixam de ter esta característica, pois o acesso do público em geral é restrito a certo horário, sendo que em outros horários tão-somente a família do morto e seus amigos mais próximos têm acesso às dependências.

Tendo o velório notório caráter íntimo, resta claro que deve ser protegido contra ingerências indevidas, as quais envolvem condutas inadequadas a um ambiente que deve ser permeado de respeito, introspecção e reflexão. Com efeito, é comum ver, estampando as primeiras páginas de periódicos, fotografias de mortos em seu leito de morte, prestes a morrer, ou então já em seu esquife, o que, além de ser de um extremo mau gosto, pode-se considerar ao menos como sendo um desrespeito ao morto e aos seus familiares.

Um exemplo recente pode ser verificado no documentário denominado “The Falling Man”, originado de uma fotografia de um homem que, tomado de desespero, atirou-se do World Trade Center durante os ataques terroristas de 11 de setembro de 2001. A fotografia apareceu em jornais do mundo todo, e a comoção foi tamanha que gerou um documentário que tentou, por meio de investigações, descobrir a identidade do homem retratado. Não se chegou a uma conclusão cabal acerca disso, mas há fortes indícios que apontam para uma determinada pessoa. Entretanto, a exposição que tal documentário causou à família do suposto morto pode ser questionável, principalmente se tratar-se de família conservadora, que não admite suicídio em hipótese alguma por razões religiosas, ou mesmo de família que prefira o recato à exposição mundial a fim de poder recuperar-se melhor de um acontecimento tão traumático. As críticas ao documentário foram tantas que até hoje nos EUA é um tabu a publicação de fotografias de pessoas que se atiram de torres.

Mas, na hipótese de algum desrespeito e pedido de respectiva tutela, o que se tutela efetivamente? A honra do morto? O direito à intimidade de seus familiares? Para se chegar a

uma conclusão, inicialmente há que se fazer uma breve diferenciação entre o direito à imagem e o direito à honra *post mortem*.

É sabido que o direito à imagem possui uma grande relação com o direito à honra. Com efeito, os direitos da personalidade ainda não receberam o suficiente apuro técnico a ponto de o núcleo de todos aqueles direitos que compõem seu rol ser totalmente determinado.

Ainda há uma parte considerável da doutrina que chega a confundir o direito à honra com o direito à imagem, ou, ainda, que aproxima tanto o núcleo dos dois direitos citados que a diferenciação entre ambos se torna inútil e muito difícil de ser feita. Uma justificativa para isso se mostra no fato de o conceito de imagem, assim como o de honra, ter se modificado muito com o decorrer de tempo.

Na divulgação da imagem, é vedada qualquer ação que importe em lesão à honra, à reputação, ao decoro (ou à chamada “imagem moral”, ou “conceitual”), à intimidade e a outros valores da pessoa (uso torpe), verificando-se, nesse caso, atentado contra os aspectos correspondentes (e não violação ao direito de imagem, que se reduzirá a meio para o alcance ao fim visado).³⁴⁵

Antonino Scalisi anota que o conceito de imagem no tempo mudou substancialmente de natureza. Emancipou-se da área da imediata e pura ligação entre a pessoa e suas aparências físicas para representar a conexão entre a pessoa e o significado existencial de suas aparências e ainda mais entre pessoa e significado global de si.³⁴⁶

É natural que tal mudança se dê, principalmente numa sociedade como a nossa, em que os valores mudam a cada instante. Também o Direito não destoa, como produto cultural que é, destas frenéticas mudanças sociais. A doutrina procurou elaborar diversos meios diferentes para dar corpo ao direito à imagem, o que deu azo à formação das mais diversas correntes com o objetivo de estabelecer seu objeto e sua natureza.

³⁴⁵ Carlos Alberto Bittar, Os Direitos a Personalidade, p.90.

³⁴⁶ Antonino Scalisi, Il Diritto alla Riservatezza, p.29.

O mais acertado é fazer a diferenciação entre o direito à imagem e o direito à honra, dado que o direito à imagem, segundo Antonino Scalisi existe em si e por si, como direito inerente à pessoa e como tal tem sua ontológica existência jurídica e é tutelado independentemente da ofensa e do dano, isto é, também onde a reprodução e/ou difusão da imagem não provoque dano à pessoa.³⁴⁷

O direito à honra, por sua vez, não é inato, e, para que se caracterize sua lesão, é necessário que haja algo de ofensivo nisto. Cabe ressaltar que esta ofensividade deve ser valorada *in concreto*, visto que o conceito de ofensa é relativo e varia de pessoa para pessoa de acordo com diversos fatores, tais como escolaridade, profissão, lugar onde se vive, relações familiares, classe social ou religião, v.g., assim como a sensibilidade social do momento.

Deste modo, a principal diferença entre o direito à imagem e o direito à honra reside na necessidade da presença de ofensividade para a caracterização da lesão do último. A diferenciação entre os dois direitos demonstra a sua utilidade, pois além de se protegerem diferentes valores caros à sociedade (imagem pública, fisicamente considerada e honra objetiva e subjetiva), conferem-se mecanismos diferentes para a proteção de valores diferentes.

Se o direito à imagem e o direito à honra tivessem núcleos idênticos, ou a veiculação de imagens sem o consentimento do lesado estaria protegida, e até mesmo incentivada pelo ordenamento jurídico, nos casos em que não se mostrasse ofensiva, ou a honra (principalmente subjetiva) estaria desprotegida nos casos de veiculação de imagens ofensivas, tanto ao lesado como à sociedade como um todo.

Existem muitos casos em que a ofensa ao direito à imagem se mostra também como sendo uma ofensa ao direito à honra. Um bom exemplo disso é o caso em que o retrato divulgado sem a permissão do retratado tenha aparência deformada ou represente uma atitude do sujeito que deixa a pessoa retratada ridícula, repugnante, desprezível, ou, ainda, quando o

³⁴⁷ Antonino Scalisi, *Il Diritto alla Riservatezza*, p.31.

retrato, em si não ofensivo à honra, seja divulgado em razão do contexto que o cerca, ou por um lugar ou sede indecorosa, com modalidades tais que resultem lesivas à pessoa.³⁴⁸

Mazziotti menciona diversos enfoques segundo os quais muda a natureza do direito à imagem. Segundo uma concepção personalística de tal direito, a imagem é uma das possíveis projeções externas da pessoa. Segundo outra conhecida doutrina, a imagem é um aspecto particular do direito ao próprio corpo. Outros, todavia, seguindo uma concepção objetivística, consideram o direito à imagem como um direito absoluto de caráter patrimonial sobre o próprio retrato, concebido este como bem imaterial.³⁴⁹

Independentemente do enfoque sob o qual se encare o direito à imagem, o que sobreleva ressaltar é que, apesar de ser parecido com o direito à honra, é dele diferente, tem um núcleo diferente e tem instrumentos de tutela diferentes. Não devem ser confundidos. O direito à honra protege a honra objetiva e a honra subjetiva de manifestações ofensivas.

Segundo Carlos Alberto Bittar, o direito à imagem protege a forma plástica e respectivos componentes distintos (rosto, olhos, perfil, busto) que a individualizam no seio da coletividade. Incide, pois, sobre a conformação física da pessoa, compreendendo esse direito um conjunto de caracteres que a identifica no meio social. Por outras palavras, é o vínculo que une a pessoa à sua expressão externa, tomada no conjunto, ou em partes significativas (como a boca, os olhos, as pernas, enquanto individualizadoras da pessoa).³⁵⁰ O direito à honra tem cunho mais imaterial. O direito à imagem se mostra mais físico, material.

Feita a diferenciação entre o direito à imagem e o direito à honra *post mortem* e tendo-se em mente o que o direito à honra *post mortem* efetivamente protege, podemos inferir que fotos do morto durante o velório e durante todo o cerimonial de sepultamento são condenáveis, por mais célebre que pudesse ser o falecido.

³⁴⁸ Antonino Scalisi, *Il Diritto alla Riservatezza*, p.32

³⁴⁹ M. di Celso Mazziotti, *Diritto all'Immagine e Costituzione*, p.1552.

³⁵⁰ Carlos Alberto Bittar, *Os Direitos da Personalidade*, p.87.

Além disso, há que se ponderar se a divulgação de fotos do morto em seu leito de morte ou em seu esquife possui algum interesse público que a justifique, sendo que este juízo deve ser feito com base no que se vem fazendo na Alemanha, onde a divulgação de certos dados é restringida ou até mesmo vedada a fim de se respeitar o direito à intimidade ou a ordem pública.

Os tribunais franceses preocuparam-se com esta temática. É notório o desfecho que teve o chamado *Affaire Philippe*, no qual se condenou um jornalista ao pagamento de indenização por ter fotografado no leito hospitalar o doente sem sua permissão, e, o pior, mesmo após os reiterados pedidos deste par não fazê-lo.³⁵¹

Apesar de não se tratar especificamente de direito à honra *post mortem*, o caso Philippe pode ser utilizado como um modelo, pois pode facilmente levar a um questionamento que se mostra como sendo de suma importância, qual seja, o de se vedar a fotografia de cadáveres.

Segundo Bernard Beignier, tendo ido mais longe ainda, os tribunais acreditaram dever reprimir a publicação da fotografia do cadáver, fazendo disso referência a uma estupefaciente “vida privada *post mortem*”, propugnando que o direito ao respeito da vida privada se estende para além da morte.^{352 a 353}

O tribunal sustenta também que ninguém pode sem consentimento da família reproduzir e dispor para a publicidade os retratos de uma pessoa sobre seu leito de morte, qualquer que tenha sido a celebridade do defunto. Todavia, a jurisprudência recente é mais

³⁵¹ Bernard Beignier, *L'Honneur et le Droit*, p.67.

³⁵² Ibidem, p.68.

³⁵³ Eis o texto original: “Allant plus loin encore, ils ont cru devoir réprimer la publication de la photographie du cadaver, en faisant reference à une stupéfiante ‘vie privée post-mortem’. Le droit au respect de la vie privée s’étend par-delà la mort à celui de la dépouille mortelle. (...) nul ne peut sans le consentement de la famille reproduire et livrer à la publicité les traits d’une personne sur son lit de mort quelle qu’ait été la célébrité du défunt. Toutefois, la jurisprudence récente est plus circonspecte, déclarant ‘que l’image d’une personne constitue, en effet un élément de sa personnalité qui mérite protection par dessus la mort. Ce qui est certain c’est que l’atteinte à la vie privée d’un vivant ne peut plus être réprimée après son décès. (...) Radicalement contestable quant à l’idée d’une ‘vie privée post mortem’, la solution serait acceptable s’il s’agissait de préserver la vie privée de la famille du défunt.”

circumspecta, declarando que a imagem de uma pessoa constitui, com efeito, um elemento de sua personalidade que merece proteção após a morte ³⁵⁴, ou seja, um atributo que persiste.

O que se percebe quando do exame da jurisprudência francesa é que, ainda que o fundamento para a proteção da honra *post mortem*, por meio da vedação da veiculação de fotografias dos mortos, seja errado (vida privada após a morte não existe), o fato é que acaba por se proteger a vida privada da família do defunto, o que é também muito importante.

Leciona Bernard Bergnier que apesar de radicalmente contestável quanto à idéia de uma vida privada *post mortem*, a solução de se concebê-la seria aceitável se se tratasse de preservar a vida privada da família do defunto.³⁵⁵

Desta forma, os tribunais franceses condenam a conduta de se tirar fotos de mortos, o que ocorre, na maioria das vezes, com intuito egoístico de lucro, em detrimento da situação daqueles que se encontram na situação no mínimo desgastante do velório: os familiares. O raciocínio aplicado ao caso Philippe pode também ser aplicado ao caso de fotos tiradas do morto em seu velório, mas com duas agravantes destas últimas em relação àquelas.

A primeira é que o morto não mais pode reclamar, estando vulnerável a quaisquer abusos (salvo pela proteção de sua família, se esta estiver em condições psicológicas de opor-se a qualquer abuso). A segunda é que a família do morto, que tem o poder-dever de proteger sua honra, passa, no momento do velório, por uma situação emocionalmente muito mais desgastante do que a da família de alguém que está doente. Quem está doente pode reabilitar-se. Para a morte não há remédio, e a perda já se consumou.

A única diferença, qual seja, a de que Philippe se encontrava ainda vivo, pode não ser uma diferença tão grande assim, pois Philippe, no caso, era incapaz, o que gera os mesmos efeitos práticos do caso do morto, desprovido de personalidade e, portanto, incapaz, igualmente (embora por fundamentos diferentes), de exercer seus direitos.

³⁵⁴ Bernard Beignier, *L'Honneur et le Droit*, pp.68-69.

³⁵⁵ *Ibidem*, p.69.

Para o juízo, o que mais se ofendeu na hipótese foi a intimidade da família e do doente, mas pode-se facilmente conceber que houve também ofensa à honra do doente, pois dificilmente alguém que esteja passando por um tratamento médico delicado e muitas vezes doloroso, com conseqüências físicas visíveis, assim como sua família, desejaria ver fotos suas publicadas em jornais ou quaisquer outros tipos de publicação sem prévia anuência.

Apesar das semelhanças do caso Philippe com os casos de violação ao direito à honra *post mortem*, há um caso de efetiva proibição de publicação de fotos de cadáveres na França, conforme traz à baila Bernard Beignier.³⁵⁶ A sentença citada é boa em seus efeitos, ou seja, o de conceder indenização à família do morto.

Todavia, peca em seus fundamentos, pois justifica a medida pela existência de uma “vida privada *post mortem*” (conforme já dito), o que é inconcebível, sendo que a doutrina se posiciona no sentido de que seria mais correto que tal vedação se desse para proteger a intimidade e a honra da família.

Em síntese, ocorrendo abusos no velório por meio da publicação de fotografias do morto sem a prévia anuência da família (a qual raramente se encontra em condições psicológicas satisfatórias para anuir algo), é manifesta a violação do direito à intimidade da família e da honra *post mortem* do morto, devendo, pois, haver responsabilização civil.

3. DIREITO AO SEPULCRO

De todos os direitos que dizem respeito mais de perto aos desdobramentos da morte, o direito ao sepulcro é aquele que possui maior lapso temporal de duração. Ele é, desde que cumpridas todas as formalidades administrativas e desde que a família continue existindo, eterno.

³⁵⁶ Bernard Beignier, *L'Honneur et le Droit*, p.69.

Realizado o velório, procede-se ao sepultamento do falecido, ou, se for o caso, à sua cremação. Nasce então para o falecido o direito de sepulcro, mais conhecido doutrinariamente pelo seu nome latino de *ius sepulchri*. O *ius sepulchri* consiste no direito que tem a família do falecido de utilizar o sepulcro, mediante o cumprimento dos requisitos legais para tal, para inumações e de vê-lo devidamente conservado por quem administra o cemitério em que estão localizados.

A discussão sobre qual o melhor destino a ser dado aos cadáveres sempre permeou o urbanismo, e isto porque se trata de uma questão que, além de envolver questões religiosas, envolve questões sanitárias. A busca incessante do urbanismo é por um modelo de cemitério no qual a salubridade seja preservada ao máximo, sem deixar de levar em conta aspectos religiosos, ou seja, sem deixar de desenvolver um ambiente em que a introspecção, a reverência e a paz interior possam estar presentes, ideal este não necessariamente fácil de ser conseguido.

Com efeito, aduz Justino Adriano Farias da Silva que a morte, além das indagações especulativas que desperta no homem, produz uma série de conseqüências no seio da sociedade. Entre estas, a decomposição dos corpos tem sido um problema para o homem, problema este que o acompanha desde tempos imemoriais.³⁵⁷

A humanidade sempre tentou encontrar outras maneiras de alocar os cadáveres, que não os cemitérios, pois estes ocupam uma grande área, têm implantação cara e acabam, ainda que sejam construídos nos limites da zona urbana, sendo por esta engolidos devido ao incremento da urbanização, fenômeno este do qual não se pode fugir.

Entretanto, nunca se conseguiu encontrar uma maneira de alocar cadáveres mais eficaz e barata do que os cemitérios, pois métodos como mumificações e embalsamamentos, v.g., além de complexos, não atingem os fins almejados por serem processos custosos e de grande dificuldade técnica.

³⁵⁷ Justino Adriano Farias da Silva, Direito Funerário Administrativo, In: Revista Forense, vol.313, p.61.

A ciência tem sido cada vez mais o norte para a construção de novos cemitérios. Buscam-se lugares que sejam ao mesmo tempo mais afastados dos centros das cidades (para evitar, por exemplo, problemas com a desvalorização de imóveis próximos), arborizados (prevenindo assim as cercanias de eventuais odores fétidos ou outros problemas de caráter sanitário), amplos (a fim de dilatar ao máximo o tempo de sua utilização antes que sua capacidade de receber novos cadáveres esteja saturada) etc.

É evidente que o cemitério não deve ser engendrado tendo-se em mente somente o aspecto do resguardo da saúde pública. O tratamento estético dispensado aos cemitérios também se mostra de suma importância, tanto para fins religiosos como para finalidades mais palpáveis.

O tratamento estético obsoleto dado aos cemitérios contribui para a desvalorização das áreas que lhe são próximas, provocando, quase sempre, um fenômeno de degenerescência. O mau gosto usado no tratamento das necrópoles reflete-se, inclusive, na deformação conceitual que tem tido o cemitério que, cada vez mais, vem perdendo o sentido que deveria ter, de lugar sagrado e de respeito, onde as pessoas pudessem meditar e recordar sem serem perturbadas por um ambiente mórbido e inadequado.³⁵⁸

E continua o autor propugnando pela importância da estética e da arborização em cemitérios. Diz que no que se refere à estética, após lembrar que as sepulturas, nos nossos cemitérios, não obedecem a padrão algum, misturando-se em grande quantidade os mausoléis de granito com os carneiros de mármore, cruzes de bronze, anjos de gesso, etc., é necessário que se crie certa padronização das sepulturas e uma legislação onde os abusos de determinados “monumentos” sejam proibidos. Também a arborização de um cemitério é um importante fator para a melhoria de sua aparência, além de concorrer para a melhoria das condições urbanísticas em geral. É necessário que as árvores plantadas tenham raízes profundas, para evitar que prejudiquem as sepulturas.³⁵⁹

³⁵⁸ Justino Adriano Farias da Silva, Direito Funerário Administrativo, In: Revista Forense, vol.313, p.65.

³⁵⁹ Ibidem, p.66.

Há alguns tipos principais de cemitério. O cemitério tradicional é caracterizado pela ocupação unitária de uma determinada fração de solo, isto é, num único local, há apenas uma sepultura ou um único túmulo, mausoléu ou sepulcro. Já o cemitério horizontal tem a forma de conjuntos geminados de carneiros, nichos ou columbários, onde, numa fração de terreno mais ou menos longa, constroem-se um número elevado de sepulcros.³⁶⁰

Existem também os cemitérios parques, que são aqueles em que não é permitida a construção de sepulcros, sendo as inumações realizadas apenas em sepulturas localizadas no subsolo, permitindo-se, apenas, na parte aérea, a colocação de pequenas placas ou lápides (de granito ou bronze), com os nomes, data de nascimento e óbito dos inumados ali.³⁶¹

Estes três tipos de cemitérios respondem pela quase totalidade das inumações realizadas. As pessoas optam ou por serem enterradas sob um sepulcro, ou por serem destinadas a um carneiro ou então enterradas simplesmente, sem maiores ostentações. Tal decisão vai da índole do morto e de suas convicções sociais e religiosas, assim como de sua família.

Há, todavia, outros tipos de inumação e de necrópole tão diferentes destes três tipos mais tradicionais que chegam a causar espécie. Há, por exemplo, um “cemitério orbital”, no qual o cadáver é cremado por um processo secreto (protegido pela legislação concernente ao segredo industrial) que tem o condão de diminuir a massa e o volume das cinzas remanescentes do cadáver de forma tão considerável a ponto de elas poderem ser colocadas dentro de uma pequena cápsula metálica, com o nome do morto gravado. Feito isto, a cápsula é colocada num recipiente maior, feito de material altamente reflexivo, que será então levado ao espaço por meio de um foguete. Em noites sem lua os familiares poderão avistar este recipiente com o uso de binóculos.³⁶²

³⁶⁰ Justino Adriano Farias da Silva, Regime Jurídico dos Cemitérios, In: Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial, Ano 16, nº 62, Outubro-Dezembro de 1992, p.104.

³⁶¹ Ibidem, p.105.

³⁶² Ibidem, p.105.

Vê-se que a quantidade de tipos de cemitério é grande. Todavia, em todos eles há a atribuição de responsabilidade ao seu administrador, pois auferir benefícios econômicos, seja ele o Estado ou um particular. O benefício econômico que auferir é-lhe devido em virtude do serviço essencial que presta. Desta forma, tem o dever legal de zelar pela conservação e salubridade dos cemitérios, sob pena de responsabilização civil. Além disso, não pode a administração efetuar a remoção dos cadáveres sem antes obter autorização da família. Infelizmente, é freqüente o desrespeito a isso, pois cadáveres somem ou são misturados a outros no ossário geral, não havendo mais a possibilidade de serem individualizados. A esse respeito a jurisprudência já se manifestou algumas vezes, responsabilizando a administração do cemitério.³⁶³

No que tange aos cemitérios públicos, é função estatal mantê-los em funcionamento a fim de que qualquer pessoa tenha possibilidade de ser enterrado, mesmo que já existam numa cidade cemitérios privados. Tal se dá a fim de evitar que algum motivo ligado à vaidade ou à intolerância impeça que alguma pessoa receba sepultura. É a realização do *ius sepulchri*.³⁶⁴

Todavia, nosso ordenamento jurídico não obriga que o Estado explore diretamente a atividade funerária. Frequentemente opta-se por administrações autárquicas ou então por concessão de serviços públicos, sendo este último o caminho adequado no caso de o Poder Público não ter condições de executar diretamente os serviços de funcionamento de cemitérios.³⁶⁵

Já no que diz respeito aos cemitérios privados, apesar de relativamente raros (a imensa maioria dos municípios brasileiros contam com somente um cemitério, e municipal), têm sua existência possível graças à possibilidade de obtenção de permissão por parte do Poder Público.

³⁶³ Nesse sentido, TJ/MG, Apelação Cível nº1.0480.01.022397-6/001. Rel. Des. Pinheiro Lago, 7ª Câmara Cível, DJ de 25.10.2005; TJ/MG, Apelação Cível nº1.0000.00.244628/000, Rel. Des. Dorival Guimarães Pereira, 6ª Câmara Cível, DJ de 10.10.2002.

³⁶⁴ Justino Adriano Farias da Silva, Regime Jurídico dos Cemitérios, In: Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial, Ano 16, nº 62, Outubro-Dezembro de 1992, p.106.

³⁶⁵ Ibidem, p.106.

Assim, a abertura de cemitérios privados está condicionada a autorização por parte do Poder Público municipal por meio de permissão.³⁶⁶ Esta consiste num ato administrativo discricionário e precário pelo qual a administração consente que o particular execute serviço de utilidade pública ou utilize privativamente bem público.³⁶⁷

Desta forma, a iniciativa privada não tem total liberdade para explorar a atividade econômica consistente na administração de cemitérios. Depende de permissão do Estado, e nisto andou bem o legislador, pois o Estado é então obrigado a fazer um juízo de oportunidade e conveniência antes de conceder ou não a permissão. Deverá levar em conta, por exemplo, se o particular realmente tem condições de prestar o serviço que pretende de forma satisfatória, resguardando, assim, o interesse público. A chance de falhas é menor.

O município pode, também, ditar regras mínimas a serem respeitadas quando da implantação de cemitérios particulares, o que é muito salutar, já que se dá às relações oriundas de tal liame uma maior certeza jurídica, além de possibilitar aos particulares que tiverem a intenção de explorar tal atividade econômica uma preparação, antevendo os requisitos exigidos e os desafios de tal atividade.

Em que pese a existência de diversos tipos de cemitério, bem como a variação de sua titularidade, os deveres impostos quando do desenvolvimento de sua função são inúmeros, e, o desrespeito a eles dá ensejo à responsabilização civil. Dentre tais deveres, os que importam mais de perto ao respeito à honra dos mortos se ligam, basicamente, ao respeito integral ao *ius sepulchri*.

Ius sepulchri, em apertada síntese, é o direito de ser sepultado e de permanecer sepultado, tendo garantida a inviolabilidade do sepulcro, salvo em hipóteses legalmente definidas (como, por exemplo, exumação de cadáver necessária à administração da justiça).

³⁶⁶ Justino Adriano Farias da Silva, Regime Jurídico dos Cemitérios, In: Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial, Ano 16, nº 62, Outubro-Dezembro de 1992, p.107.

³⁶⁷ José dos Santos Carvalho Filho, Manual de Direito Administrativo, p.135.

Trata-se, nas palavras de Justino Adriano Farias da Silva, do direito a ser sepultado, direito de permanecer sepultado, direito à sepultura ou direito sobre a sepultura e direito de sepultar.³⁶⁸

Deste modo, resta claro que o *ius sepulchri* é o direito que mais de perto vai tutelar a honra do morto na parte final, cronologicamente falando, do evento morte. Infelizmente, é muito comum vermos o maior dos desrespeitos aos mortos sendo perpetrado diariamente, qual seja, a profanação dos sepulcros por pessoas inescrupulosas buscando objetos de valor que porventura tenham sido enterrados com o cadáver ou, então, em virtude de anomalias psicológicas, que podem ser desde parafilias sexuais (necrofilia) até uma curiosidade mórbida.

Mais freqüente ainda é a depredação dos sepulcros (deste vez sem que haja um desenterro do cadáver) para o roubo de objetos metálicos que os adornem, tais como vasos, crucifixos, veleiros, placas, alças etc. a fim de vendê-los a ferros-velhos, que posteriormente os fundem para dar origem a outras peças.

É dever de quem administra o cemitério providenciar sua segurança, evitando que tais profanações e roubos se dêem. Esta preocupação deve estar entre as prioridades do administrador, pois se trata da matéria que mais de perto afeta os cidadãos que têm parentes enterrados (e que, pois, são titulares do *ius sepulchri*).

Além de tais furtos e profanações ocasionarem manifestos prejuízos materiais (visto que após o roubo os familiares, até por um sentimento de piedade e reverência em relação ao morto, providenciam rapidamente a reposição da peça que foi roubada), ocasionam também um sentimento de impotência e de frustração por não conseguirem, pelo menos sob seu ponto de vista, proteger a contento a memória (honra) de seu parente. O dano moral aqui é manifesto.

O Poder Público deve, portanto, tomar todas as medidas cabíveis para a manutenção da segurança das dependências do cemitério, assim como aquelas que tenham o condão de evitar

³⁶⁸ Justino Adriano Farias da Silva, Alguns Aspectos da Responsabilidade Civil do Poder Público em Matéria de Direito Funerário, In: Estudos Jurídicos, vol.23, nº57, janeiro/março de 1990, p.20.

que profanações se dêem. Aqui, pouco importa se o cemitério é público ou privado. A responsabilidade civil existe. É fato. A única diferenciação existente é a que diz respeito ao tipo de responsabilidade civil incidente. Se for cemitério público, não pode restar dúvida de que se trata de responsabilidade civil objetiva.³⁶⁹

Podemos dizer que um cemitério é público quando se encontra em área caracterizada como domínio público. Entretanto, existe a possibilidade de existirem cemitérios particulares. Estes são instituídos sobre áreas privadas, ou seja, do domínio particular. O fato de ser particular não torna um cemitério totalmente livre de regulamentação e fiscalização por parte do Poder Público.

Com efeito, para que exista um cemitério particular deve haver anuência do Poder Público, em forma de concessão ou permissão. Desta forma, se um cemitério particular descumpre, na exploração do serviço público essencial que leva a cabo, normas sanitárias, ou, o que toca mais de perto *o ius sepulchri*, o dever de vigilância das sepulturas que abriga, cabe responsabilização civil.

A responsabilidade civil aqui se dá como a que se dá em relação a permissionários de serviços públicos, ou seja, trata-se de responsabilidade civil objetiva, em decorrência mesmo da aplicação da teoria do risco.

No caso dos cemitérios públicos, é intuitivo dizer-se que se trata de responsabilidade civil objetiva, pois se o Estado causa dano, também tem o dever de indenizar a vítima, sabendo-se, todavia, que tem direito de regresso contra o funcionário se este desempenhou sua função de maneira a causar dano a outrem, tanto por dolo como por culpa.

Vemos, então, que qualquer que seja a titularidade do cemitério e o título pelo qual é administrado, a responsabilidade civil é objetiva no que diz respeito aos danos causados em

³⁶⁹ Nesse sentido, ver os seguintes julgados: TJ/DF, Apelação Cível no Juizado Especial nº2003.01.1.026742-6, Rel. Des. Benito Augusto Tiezzi, Segunda Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, 26.11.2003; TJ/DF, Recurso Inominado nº20080710207519acj, Relª Juíza Sandra Reves Vasques Tonussi, 1º Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, julgado em 02.03.2010.

sepulturas, seja por profanações, seja por furtos etc. Mas isso se dá somente em momento posterior, o que serve para resguardar a família do morto, que não pode em hipótese alguma ficar sem indenização.

Evidentemente, o fato de se tratar de responsabilidade civil objetiva não impede que o administrador do cemitério busque ressarcir-se do prejuízo havido com o pagamento de indenização em relação a quem deu causa efetivamente ao dano se puder prová-lo.

O administrador do cemitério exerce sobre este um poder de polícia. Deve sempre notificar as famílias dos mortos sobre danos que as sepulturas sobre as quais exercem seu *ius sepulchri* podem causar a outras sepulturas, até mesmo para tais famílias possam tomar as devidas providências a fim de impedir que tal dano ocorra.

Se o fizer, facilmente poderá se ressarcir do dano causado a outrem. Na hipótese de não o fazer, dificilmente o conseguirá, mesmo porque muitas vezes os danos são internos (infiltrações, por exemplo), o que evidentemente torna impossível seu conhecimento por parte das famílias.

VII. CONCLUSÕES

A honra *post mortem* deve ser resguardada o máximo possível de violações de qualquer espécie. Todavia, em que pese a importância que tem a honra, ela não deve ser encarada como algo inato ao ser humano, visto que é adquirida com o tempo, por meio das experiências e conhecimentos que cada indivíduo vai acumulando no decorrer de sua vida.

Não há nenhuma dúvida de que o direito à honra, e, por tabela, o direito à *honra post mortem*, assim como os outros direitos da personalidade, encontram-se a lutar, no atual momento histórico, contra uma situação contraditória, pois enquanto de um lado há a mais a inelutável exigência de se proteger adequadamente os aspectos fundamentais da personalidade humana – dentre os quais a honra goza de uma posição de indiscutível relevo – por outro se assiste a uma sempre maior invasão da sociedade e dos indivíduos na vida de cada um, e, assim, a um número sempre maior de atentados – favorecidos também pelas invasões tecnológicas – à personalidade considerada em si mesma.³⁷⁰

O direito à honra *post mortem* serve para se proteger a honra do morto, a qual persiste após a morte, mas acaba protegendo por via reflexa a honra familiar atribuída ou assumida, isto é, o conceito de que goza determinada família no ambiente social em que está inserida.

A personalidade não persiste após a morte. O que persiste são alguns de seus atributos, o que não quer dizer de qualquer forma que a personalidade persiste, pois esta é uma e só pode existir se todos os seus atributos também existirem. Pensar-se desta forma seria confundir-se a parte com o todo. Assim, chega-se à conclusão de que a titularidade do direito subjetivo contido no § único do artigo 20 do Código Civil é dos familiares ali elencados.

Todavia, há que se fazer a ressalva de que o objeto de tal direito subjetivo é a tutela de um dos atributos da personalidade do morto, qual seja, a sua honra, a qual persiste para após a morte. O objeto não é a personalidade do morto, que, como vimos, não persiste. Não é sequer

³⁷⁰ Massimo Garutti, *Il Diritto all'onore e la sua Tutela Civilistica*, p.187

a honra do morto em si mesma. O objeto é apenas a tutela desta honra, a qual não está mais no patrimônio jurídico do defunto por razões óbvias, aliás, do princípio segundo o qual os mortos não podem ser sujeitos de direitos.

Outra razão para se pugnar pela titularidade dos familiares reside no entendimento a que se pode chegar por meio de uma interpretação teleológica da lei, pois por meio dela pode-se conceber que o legislador quis permitir aos que compõem o rol previsto também a proteção própria contra as violações da honra do morto que lhes prejudique de alguma forma (embora a tutela que lhes é conferida seja totalmente independente disto).

Concluimos também que a tutela da honra *post mortem* pode ser tanto inespecífica, a qual se dá por meio das tradicionais ações indenizatórias de danos morais e materiais, como específica, quando possível, a qual se dá por meio de algumas espécies diferentes: proibitória (para impedir a perpetração do dano), negatória (para fazer cessar uma violação) e restauratória (que tem por objetivo, como diz o próprio nome, a restaurar o bem ofendido). A tutela específica restauratória se dá por meio, por exemplo, de publicação de sentenças judiciais condenatórias, direito de retificação, direito à retratação, direito de resposta etc.. Verificamos que a tutela específica pode ser útil para ressarcir o dano decorrente da violação direta ao direito da personalidade, que é diferente do dano material e do dano moral.

Entretanto, como a hipótese fática em que se dá a violação ao direito à honra *post mortem* nem sempre permite uma tutela específica, é evidente que ao titular resta a possibilidade da tutela inespecífica (indenizações decorrentes de danos morais e materiais). Ainda que a hipótese fática permitisse a tutela específica, restaria a opção para se pleitear, ao mesmo tempo, a tutela inespecífica. A tutela da honra do morto deve ser feita pelos seus familiares de acordo com a concepção de honra que ele tinha quando em vida, ou o mais próximo disso possível, visto que a concepção de honra de cada um é única. Todavia, isso é muito difícil na prática. É difícil até mesmo constatar se isso ocorreu ou não, pois não se pode perscrutar a alma de ninguém, nem vivo, e, muito menos, morto.

O evento morte pode ser dividido em três momentos cronológicos: antes, durante e após o velório. Antes deste, a violação mais freqüente se dá na hipótese de demasiada demora do serviço funerário na prestação do serviço essencial que lhe compete em decorrência, muitas vezes, de greves temerárias. Nesta hipótese, assiste aos familiares do defunto o direito à tutela inespecífica, cuja indenização correspondente é paga pelo Estado, que tem responsabilidade civil objetiva e que possui também o poder-dever de posteriormente ressarcir-se perante o sindicato que deflagrou a greve e que causou o dano.

Já durante o velório, pode ocorrer violação ao direito à honra *post mortem* por meio da violação ao direito ao recato que tem a família do morto por parte da mídia em geral. Aqui, a família tem o direito tanto à tutela inespecífica quanto à tutela específica, nos exemplos desta elencados alhures. O velório é um momento delicado, permeado de respeito e introspecção, sendo que o Direito deve zelar para que tal ambiente assim se mantenha, protegendo-o de ingerências indevidas.

Parece-nos que o *trend* interpretativo e a linha de tendência da legislação devem ter o objetivo de assegurar a plena tutela da pessoa, e salvaguardar de modo especial a honra— no seu conteúdo mínimo igual para todos e em seu conteúdo variável em relação à qualificação do sujeito na sociedade —, protegendo-o também das sempre insidiosas formas de lesão consentidas pelos meios de comunicação de massa e pelas novas técnicas cognitivas.³⁷¹

Por fim, após o velório o direito à honra *post mortem* pode ser violado por meio do desrespeito ao *ius sepulchri*, que é o direito de ser e permanecer sepultado (direito da família sepultar e de ver aquele que sepultou sepultado no mesmo local e sob as mesmas condições pactuadas). Assim, o responsável pela administração dos cemitérios, seja ele o Estado, seja ele um particular, responde objetivamente, em caso de falhas na prestação do serviço essencial que presta. Os familiares do morto têm, aqui, direito à tutela inespecífica, pois não conseguimos vislumbrar hipótese de aplicação da tutela específica.

³⁷¹ Massimo Garutti, *Il Diritto all'onore e la sua Tutela Civilistica*, p.195.

A variedade da tutela deriva da diferente posição do sujeito no grupo social a que pertence, sendo necessário verificar caso a caso a ofensividade ao menos da conduta, bem como o sentido que a expressão ofensiva possui no ambiente em que o fato se deu.

O juiz deve ter a sensibilidade suficientemente apurada a ponto de determinar indenizações que sejam ao mesmo tempo justas e que dissuadam o ofensor da prática de novas ofensas. Também deve vencer a resistência que há entre nós à aplicação da tutela específica ao direito à honra *post mortem* quando seja o caso, pois ela tem um grande poder didático sobre o ofensor.

Todavia, o juiz deve fazê-lo levando em conta as particularidades do lugar das partes envolvidas, da ofensa perpetrada e do próprio caso concreto a fim de se manter uma mínima coerência na jurisprudência, conferindo-se, por via reflexa, uma maior segurança jurídica e evitando injustiças.

Somente assim se poderá dizer que a honra *post mortem* é devida e satisfatoriamente protegida no Brasil. Constatado isso, poderemos dizer que nosso país entrou de fato para o rol de povos civilizados, já que o nível de avanço de uma determinada sociedade pode ser medido, dentre outras maneiras, pelo respeito que dedica a seus mortos.

VIII. BIBLIOGRAFIA

ABRÃO, Bernadete Siqueira, *A História da Filosofia*, Nova Cultural, São Paulo, 2004.

ANTEPROJETO DO CÓDIGO CIVIL, 1ª ed., Saraiva, São Paulo, 1972.

AMARANTE, Aparecida I. *Responsabilidade Civil por Dano à Honra*, 5ªed., Belo Horizonte, Del Rey, 2001.

ASCENSÃO, José de Oliveira, *Direito Civil – Teoria Geral*, vol.1, 3ª ed., Saraiva São Paulo, 2010.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de, *O Direito Pós-Moderno e a Codificação*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Vol.94, 1999.

_____, Antonio Junqueira de, *O Princípio da Boa-fé nos Contratos*. Revista do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, vol.3, n.9, setembro/dezembro de 1999.

AZIZ, Philippe, *A Palestina dos Cruzados*, Otto Pierre Editores, Rio de Janeiro, 1978.

BAUAB, José d'amico, *Direito à honra: delineamentos e âmbito de tutela no Direito Brasileiro Hodierno*. Dissertação de Mestrado. Faculdade de direito da Universidade de São Paulo – departamento de Direito Civil. São Paulo, 1994.

BECCARIA, Cesare, *Dos Delitos e das Penas*, 2ª ed., Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1997.

BELKIN, Samuel. *A Filosofia do Talmud – O Caráter Sagrado da Vida Humana na Teocracia Democrática Judaica*, Sêfer Livraria Ltda., São Paulo, 2003.

BEIGNIER, Bernard, *L'Honneur et le Droit*, L.G.D.J., Paris , s.d.

BETTINELLI, Ernesto, *La Costituzione della Repubblica Italiana*, 6ªed., Milão, BUR, 2008.

BEVILÁQUA, Clóvis, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado*, vol.I, 6ª ed., Livraria Francisco Alves, São Paulo, 1940.

_____, *Teoria Geral do Direito Civil*, 1ª ed., Livraria Francisco Alves, São Paulo, 1908.

BIANCO, João Carlos, *A Obra Fotográfica, o Direito à Imagem, à Vida Privada e à Intimidade*, In: Justitia, 62 (189/192), jan/dez 2000.

BIONDI, Biondo, *Istituzioni de Diritto Romano*, 4ª ed., Giuffrè, Milão, 1972.

BITTAR, Carlos Alberto, *Direitos da Personalidade*, 2ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 1995.

BRASIELLO, Teucro, *Personalità Individuale (Delitti Contro la)*. In: Novissimo Digesto Italiano, p.1092-1096.

BURNS, Eduard McNall, *História da Civilização Ocidental*, vol.1, 2ª ed., Globo, Rio de Janeiro, 1959.

CARNELUTTI, Francesco, *As Misérias do Processo Penal*, Russell, Campinas, 2008.

CARVALHO, José Carlos Rocha de, *Honra e Verdade na Informação*, Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – Departamento de Direito Civil. São Paulo, 1985.

CASTÁN TOBEÑAS, José, *Los Derechos de la Personalidad*, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, 1959

CHAMOUN, Ebert, *Instituições de Direito Romano*, 5ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 1968.

CHAVES, Antônio. *Os Direitos Fundamentais da Personalidade Moral (à integridade psíquica, à segurança, à honra, ao nome, à intimidade)*. Revista da faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1977, pp.333-387.

_____. *Honra*. In: Enciclopédia Saraiva do Direito, vol.42, pp.1-6.

CÍCERO, Marco Tulio, *Da República*, Edipro, Bauru, 1995.

_____, *Sobre o Destino*, Nova Alexandria, São Paulo, 2001.

COLIN, Ambroise & **CAPITANT**, Henri. *Traité de Droit Civil*, t.1, Léon Juliot de la Morandière, Paris, 1952.

CORRÊA, Alexandre & **SCIASCIA**, Gaetano, *Manual de Direito Romano*, Cadernos Didáticos, São Paulo, s.d.

COSTA JR., Paulo José da, *O Direito de Estar Só: Tutela Penal da Intimidade*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1970.

COULANGES, Fustel de, *A Cidade Antiga: Estudos sobre o culto, o Direito, as Instituições da Grécia e de Roma*, 12ªed., Hemus, São Paulo, 1975.

CRETILLA JUNIOR, José, *Curso de Direito Romano*, 20ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 1997.

DABIN, Jean, *Le Droit Subjectif*, Dalloz, Paris, 1952.

DALLARI, Dalmo de Abreu, *Elementos de Teoria Geral do Estado*, 24ªed., Saraiva, São Paulo, 2003.

DE CUPIS, Adriano. *I Diritti della Personalità*, Giuffré, Milão, 1982.

DE MATTIA, Fábio Maria. *Direitos da Personalidade II*. In: Enciclopédia Saraiva do Direito, vol.28, pp.147-165.

DEL-CAMPO, Eduardo Roberto Alcântara, *Medicina Legal*, 4ªed., Saraiva, São Paulo, 2007.

DEMURGER, Alain, *Os Cavaleiros de Cristo*, Jorge Zahar Editor, Rio de Janeiro, 2002.

FALK, Ze'ev W. , *O Direito Talmúdico*, Perspectiva, São Paulo,1988.

FERRERO, Guglielmo, *Grandeza e Decadência de Roma*, Vol.IV, 1ª ed., Globo, São Paulo, 1963.

FIUZA, César, *Direito Civil: Curso Completo*, 11ªed., Del Rey, Belo Horizonte, 2008.

FRANÇA, Rubens Limongi. *Direitos Privados da Personalidade*, Revista do Tribunais, 370, pp. 7-16, 1966, São Paulo.

_____. *Institutos de Proteção à Personalidade*, Revista dos tribunais, 391, pp.21-31, 1968, São Paulo.

_____. *Direitos da Personalidade: Coordenadas Fundamentais*, Revista dos Tribunais, 567, pp. 9-16, 1983, São Paulo.

_____. *Manual de Direito Civil*, 1º vol., 1ª ed., Editora Revista os Tribunais, São Paulo, 1966.

_____. *Instituições de Direito Civil*, 1ªed., Saraiva, São Paulo, 1988.

FUNCK-BRENTANO, Théophile, *La Science Sociale – Morale Politique*, 1ª ed., Plon, Nourie et Cie., Paris, 1897.

GARUTTI, Massimo, *Il Diritto all'Onore e la sua Tutela Civilistica*, CEDAM, Padova, 1985.

GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*, 2ª ed., Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1985.

GOGLIANO, Daisy. *Direitos Privados da Personalidade*. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – Departamento de Direito Civil. São Paulo, 1982.

_____. *O Direito ao Transplante de Órgãos e Tecidos Humanos*. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – Departamento de Direito Civil. São Paulo, 1986.

GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*, 4ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 1974.

_____. *Direitos da Personalidade*. In: Revista Forense, volume 216, outubro a dezembro de 1966, pp.5-15.

_____, *Direito Funerário Administrativo*, In: Revista Forense, volume 313, Janeiro/fevereiro/março de 1991.

GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português*, vol.I, Coimbra Editora, Coimbra, 1929.

GONELLA, Guido. *La Persona nella Filosofia del Diritto*, Giuffrè, Milão, 1959.

HUNGRIA, Nelson, *Comentários ao Código Penal*, vol. 6, 4ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 1958.

JESUS, Damásio E. de, *Direito Penal*, vol.2, 24ª Ed., Saraiva, São Paulo, 2001.

LEME, Lino de Moraes, *Direito Civil Comparado*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1962.

LEVENEUR, Laurent, *Code Civil*, 28ªed., Litec, Paris, 2009.

_____, *Code Civil*, Litec, Paris, 1993.

MANNA, Adelmo (org.), *Reati Contro la Persona*, Giappichelli Editore, Turim, 2007.

MARKY, Thomas, *Curso Elementar da Direito Romano*, 8ª ed., Saraiva, São Paulo, 1995.

MARTINS, Sérgio Pinto, *Direito do Trabalho*, 22ªed., Atlas, São Paulo, 2006.

MAZEAUD, Henri & **MAZEAUD**, Léon. *Leçons de Droit Civil: Introduction à l'étude du Droit*, 5ª ed., Editora Montchretien, Paris, 1972.

MAZZIOTTI DI CELSO, *Diritto all'immagine e Costituzione*, In: *Giurisprudenza Costituzionale*, 1970, pp. 1530 e ss.

MEIRA, Silvio A. B., *História e Fontes do Direito Romano*, Editora da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1966.

MÉNARD, René. *Mitologia Greco-Romana*, vol. II, Fittipaldi, São Paulo, 1985.

MESSINEO, Francesco, *Manuale di Diritto Civile e Commerciale*, 8ªed., Giuffrè, Milão, 1952.

MIGLIORE, Alfredo Domingues Barbosa, *Direitos da Personalidade Post Mortem*. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – Departamento de Direito Civil. São Paulo, 2006.

MORAES, Walter, *Direito à Honra*. In: Enciclopédia Saraiva do Direito, vol.25, pp.207-209.

_____, *Direitos da Personalidade*. In: Enciclopédia Saraiva do Direito, vol.28, pp.28-45.

MOREIRA ALVES, José Carlos, *Direito Romano*, 5ª ed., forense, Rio de Janeiro, 1983.

MORRIS, Clawrence (org.), *Os Grandes Filósofos do Direito*, Martins Fontes, São Paulo, 2002.

NALINI, José Renato, *Jurídico-filosóficas sobre a morte. Pronto para partir?*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011.

NÓBREGA, Vandick Londres da, *História e Sistema do Direito Privado Romano*, 3ª ed., Freitas Bastos, São Paulo, 1961.

ONDEI, Emilio. *Le Persone Fisiche e i Diritti della Personalità*, UTET, Torino, 1965.

PAPA, Michele, *I Reati contro la Persona II*, 1ªed., UTET, Turim, 2010.

PAPA João XXIII, *Pacem in Terris* (Encíclica), I, 58.

PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Instituições de Direito Civil*, 6ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 1982.

_____, *Lesão nos Contratos*, 2ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 1959.

PERLINGIERI, Pietro, *La Personalità Umana nell'ordinamento Giuridico*, 1972

PETIT, Eugène, *Tratado Elementar de Direito Romano*, Russell, Campinas, 2003.

PLANIOL, Marcel. *Traité Élémentaire de Droit Civil*, t.1, 7^a ed., LGDJ, Paris, 1915.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*, vol.1, Borsoi, Rio de Janeiro, 1955.

PRADO, Luiz Regis, *Curso de Direito Penal Brasileiro*, vol.2, 5^a Ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2006.

RÃO, Vicente, *O Direito e a Vida dos Direitos*, 1^a ed., Max Limonad, São Paulo, 1952.

_____, *Ato Jurídico*, 3^a ed., Saraiva, São Paulo, 1981.

REALE, Miguel, *História do Novo Código Civil*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2005.

RODRIGUES, Silvio, *Direito Civil – Parte Geral*, vol. 1, 34^aed., Saraiva, São Paulo, 2003.

SCALISI, Antonino, *Il Diritto alla Riservatezza*, Giuffrè, Milão, 2002.

SCHOPENHAUER, Arthur. *A Arte de se Fazer Respeitar (ou Tratado sobre a Honra)*, 2^a ed., Martins Fontes, São Paulo, 2004.

SHECAIRA, Sérgio Salomão, *Criminologia*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2004.

SILVA, Edson Ferreira da, *Direito à Intimidade*, 2^a ed., Juarez de Oliveira, São Paulo, 2003.

SILVA, José Afonso da, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 28^a ed., Malheiros, São Paulo, 2007.

SILVA, Justino Adriano Farias da, *Direito Funerário*, In: Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil, Ano III, nº 14, Novembro-Dezembro de 2001.

_____, *Comunhão e Extinção do Jus Sepulchri*, In: Estudos Jurídicos, volume 27, nº69, Janeiro-Abril de 1994.

_____, *Regime Jurídico dos Cemitérios*, In: Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial, Ano 16, nº 62, Outubro-Dezembro de 1992.

_____, *Apontamentos de Direito Funerário*, In: Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial, Ano 11, nº 39, Janeiro-Março de 1987.

_____, *Alguns Aspectos da Responsabilidade Civil do Poder Público em Matéria de Direito Funerário*, In: Estudos Jurídicos, volume 23, nº57, Janeiro-Março de 1990.

SILVA, Wilson Melo da, *O Dano Moral e sua Reparação*, 2ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 1969.

SOLOVE, Daniel J, *Understanding Privacy*, President and Fellows of Harvard College, Cambridge, 2008.

SZANIAWSKI, Elimar, *Direitos de Personalidade e sua Tutela*, 2ªed., Revista dos Tribunais, 2005.

TALAMANCA, Mario. *Istituzioni di Diritto Romano*, 1ª ed., Giuffrè, Milão, 1990.

TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto, *Consolidação das Leis Cíveis*, vol.1 (obra fac-similar), Senado Federal, Brasília, 2003.

TELLES JUNIOR, Goffredo da Silva, *Iniciação na Ciência do Direito*, 3ª ed., Saraiva, São Paulo, 2006.

_____, *Estudos*, São Paulo, Juarez de Oliveira, 2005.

TORRINHA, Francisco, *Dicionário Latino Português*, 2ªed., Gráficos Reunidos, Porto, 1942.

TRIGUEIROS, Ângelo Mário Costa, *Do Direito à Honra*, Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – Departamento de Direito Civil. São Paulo, 1980.

VILLEY, Michel, *A Formação do Pensamento Jurídico Moderno*, Martins Fontes, São Paulo, 2005.

_____, *Leçons d'Histoire de La Philosophie Du Droit*, 2ªed., Dalloz, Paris, 2002.

_____, *O Direito Romano*, Arcádia, Lisboa, 1973.

WALD, Arnaldo. *Curso de direito Civil Brasileiro - Introdução e Parte Geral*, 5ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 1987.