

PROJEÇÕES *POST MORTEM* DA CULPA NO DIREITO SUCESSÓRIO

***POST MORTEM* PROJECTIONS OF GUILT IN SUCCESSION LAW**

Daniela Favero

Fernanda Daniele de Abreu Pereira

Resumo

O presente trabalho traz uma análise da evolução, na legislação e jurisprudência, da determinação legal de se promover a inculpação do morto para que se configure a capacidade sucessória do cônjuge sobrevivente, separado de fato do autor da herança há mais de dois anos (art.1.830 do Código Civil). De outro lado, na sucessão testamentária, o concubino do testador casado, caso comprove este, sem culpa sua, está separado de fato do cônjuge, há mais de cinco anos, poderá, excepcionalmente, ser nomeado herdeiro ou legatário (art. 1.801, III, do Código Civil). Determinando, a legalidade e os efeitos *post mortem* da culpa na sucessão legítima e testamentária. Observando que o critério de culpa previsto nos artigos 1.801, III e no artigo 1.830 do Código Civil não é compatível com os sistemas e os objetivos do Direito de Família, do Direitos das Sucessões e dos Direitos da Personalidade.

Palavras Chaves: Culpa; Sucessão legítima e testamentária; direitos da personalidade.

Abstract

The presente work brings an analysis of developments in legislation and case law, of the legal determination in promoting the inculcation of the dead to configure the succession capacity of the surviving spouse, separated from the inheritance author for more than two years. On the other hand, in the testamentary succession, the cohabitee of the married testament writer, if proves that he is separated for more than five years, may, exceptionally, be its heir of legatee. Determine, the legality and the effects of the post mortem in the legitimate and testamentary succession. Noting is that the guilty criteria foreseen in the art,

1.801, III, e no art. 1.830 of the Civil Code is not compatible with the system and objectives in the Family Law from Right of Successions and Personality.

Keywords: Guilty; Testamentary and legitimate succession; Right of Personality.

Introdução

A sucessão corresponde à necessidade humana de continuação, de transmissão. A morte traduz o trágico da destruição e do desaparecimento e conduz ao anseio de perenidade. O fundamento da sucessão reside na relação íntima entre família e propriedade, como corolário lógico da necessidade de se transmitir para as gerações futuras a cultura, o conhecimento, o patrimônio: *le mort saisit le vif*.

A ficção de continuação da pessoa do morto corresponde ao seu “renascimento” por meio de sua descendência, promovendo sua perpetuação. Por isso, a ideia de sucessão está diretamente ligada a três elementos: o individual, o familiar e o social. No primeiro predomina a constituição da propriedade e sua administração pessoal. No segundo, destaca-se a cooperação com os membros da família para o sustento dos seus membros e incremento do acervo. O terceiro se refere a todos os organismos da convivência humana (pessoas - naturais e jurídicas - famílias, Estado), como um fator da propriedade em si e de suas garantias.¹

Assim, esse conjunto de condições das quais depende a organização e transmissão *mortis causa* da propriedade está atrelado à conservação e livre desenvolvimento da personalidade, devendo ser interpretado o Direito das Sucessões, no sentido de promover a eficácia dos direitos fundamentais e em consonância com uma análise sistemática e interdisciplinar do Direito de Família e dos Direitos da Personalidade - razão pela qual a inculpação, prevista nos arts. 1.801, III e 1.830 do Código Civil de 2002 não pode ser interpretada isoladamente, o que justifica a relevância e o principal problema do trabalho ora proposto.

1 A incapacidade testamentária do concubino do testador casado

¹ OLIVEIRA, Arthur Vasco Itabaiana de. *Tratado de Direito das Sucessões*. 3ª ed., Rio de Janeiro: Livraria

A regra do art. 1.801, III, do Código Civil de 2002 não traz novidade no nosso ordenamento jurídico. O Código Civil de 1916, no art. 1719, III, proibía que a concubina do testador casado fosse nomeada sua herdeira ou legatária.

A inovação decorre da igualdade no tratamento entre marido e mulher. A regra do Código Civil de 1916 previa a incapacidade testamentária da *concubina do testador casado*, não se referindo a eventual concubino da mulher casada. Isso se deve ao fato de que a esposa, até o advento do Estatuto da Mulher Casada (Lei nº 4.121/1962), era considerada relativamente incapaz, juridicamente submissa ao marido, tendo a igualdade, não só formal, mas também material, sido efetivamente instaurada com o advento da Constituição da República de 1988.

No Código Civil vigente, assim como no Código anterior, estende-se a proibição a interposta pessoa (art. 1.802, do Código Civil), demonstrando-se que a lei civil, a exemplo do que ocorre com a doação (art. 550 c/c art. 1.642, V, do Código Civil), procura evitar seja o impedimento indiretamente burlado.²

Nega a lei ao concubino (art. 1.727 do Código Civil), não ao companheiro (art. 1.723, Código Civil), capacidade testamentária passiva³, mantendo-se clara a distinção de institutos e de efeitos jurídicos também na jurisprudência dos tribunais superiores.⁴

² Art. 550. A doação do cônjuge adúltero ao seu cúmplice pode ser anulada pelo outro cônjuge, ou por seus herdeiros necessários, até dois anos depois de dissolvida a sociedade conjugal.

Art. Art. 1.642. Qualquer que seja o regime de bens, tanto o marido quanto a mulher podem livremente: (...) V - reivindicar os bens comuns, móveis ou imóveis, doados ou transferidos pelo outro cônjuge ao concubino, desde que provado que os bens não foram adquiridos pelo esforço comum destes, se o casal estiver separado de fato por mais de cinco anos;

Art. 1.802. São nulas as disposições testamentárias em favor de pessoas não legitimadas a suceder, ainda quando simuladas sob a forma de contrato oneroso, ou feitas mediante interposta pessoa. Parágrafo único. Presumem-se pessoas interpostas os ascendentes, os descendentes, os irmãos e o cônjuge ou companheiro do não legitimado a suceder.

³ Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

§1º. A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente.

Art. 1.727. As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato.

⁴ COMPANHEIRA E CONCUBINA - DISTINÇÃO. Sendo o Direito uma verdadeira ciência, impossível é confundir institutos, expressões e vocábulos, sob pena de prevalecer a babel. UNIÃO ESTÁVEL - PROTEÇÃO DO ESTADO. A proteção do Estado à união estável alcança apenas as situações legítimas e nestas não está incluído o concubinato. PENSÃO - SERVIDOR PÚBLICO - MULHER - CONCUBINA - DIREITO. A titularidade da pensão decorrente do falecimento de servidor público pressupõe vínculo agasalhado pelo ordenamento jurídico, mostrando-se impróprio o implemento de divisão a beneficiar, em detrimento da família, a concubina. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Primeira Turma, Relator Min. Marco Aurélio, RE nº 590.779/ES, j. 10/02/2009. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 12.05.2012).

A nomenclatura *união estável* foi introduzida no ordenamento jurídico pátrio pela Constituição de 1988.⁵

Contudo, a construção jurisprudencial anterior à Constituição já vinha fixando distinção entre *concubina* e *companheira*. *Concubina* correspondia à amante, cúmplice em adultério. *Companheira* era a que vivia com homem não impedido de casar ou, se casado, separado judicialmente ou de fato. O objetivo da distinção era estabelecer diferenças quanto aos efeitos jurídicos a serem produzidos e, para tanto, chamava-se o primeiro de concubinato *impuro* ou *impróprio* e o último de concubinato *puro* ou *próprio* (que passou a ser denominado *união estável* após a Constituição de 1988).⁶

Na jurisprudência, há um *leading case*, que corresponde ao REsp. nº 196-RS, cujo relator foi o Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, em que a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, à unanimidade, considerou válido legado instituído à companheira, destacou a diferença entre companheira e concubina e afastou a proibição legal, diante da separação de fato que havia entre o instituidor e sua esposa e da prolongada convivência entre este e a legatária:

Refletindo as transformações vividas pela sociedade dos nossos dias, impõe-se construção jurisprudencial a distinguir a companheira da simples concubina, ampliando, inclusive com suporte na nova ordem constitucional, a proteção à primeira, afastando a sua incapacidade para receber legado em disposição de última vontade, com exegese restritiva do art. 1719, III, do Código Civil. Impede dar à lei, especialmente em alguns campos do Direito, interpretação construtiva, teleológica e atualizada.⁷

O relator, ao qualificar a legatária do caso *sub examine* como companheira, associou os elementos necessários à configuração da união estável à separação de fato, como se vê em trecho de seu voto:

Sua caracterização está na convivência de fato, como se casados fossem aos olhos de quantos se relacionem com os companheiros de tal união. Pesam no conceito as exigências de exclusividade, fidelidade, vida em comum sob o mesmo teto com durabilidade.

⁵ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. (...) § 3º. Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

⁶ BITTENCOURT, Edgard de Moura. *Concubinatos*. 3ª ed., São Paulo: LEUD, 1988, p. 16 a 18; CAHALI, Francisco José. *União Estável e Alimentos entre Companheiros*. São Paulo: Saraiva, 1996, 41-49; GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *O companheirismo: uma espécie de família*. São Paulo: RT, 1998, p. 107-117; MOURA, Mário Aguiar. *Concubinatos*. 6ª ed., Rio de Janeiro: AIDE, 1985, p. 58-64; PESSOA, Cláudia Grieco Tabosa. *Efeitos patrimoniais do concubinato*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 30-33.

⁷ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Quarta Turma, REsp nº 196-RS, Relator Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 08/08/1989. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 23.08.2012.

(...)

Precisando a diferença, é de se reconhecer que, no primeiro caso, o homem tem duas mulheres, a legítima e a outra; no segundo, ele convive apenas com a companheira, porque se afastou da mulher legítima, rompeu de fato a vida conjugal (RTJ 82/934).⁸

A respeito da proteção da companheira em detrimento da mulher casada, em decorrência dos efeitos da separação de fato, a síntese da fundamentação foi a seguinte:

Por outro lado, restrito ao tema considerado relevante na arguição, estou em que o *decisum* não põe em risco a instituição do casamento, que permanece como base da sociedade (art. 226 da CF). A existência de união estável entre o homem e a mulher, por igual modo, é reconhecida como entidade familiar (§ 3ª da Carta Política), em inequívoca demonstração de que o legislador constituinte, sensível à realidade vivenciada pela sociedade, consagrou esse relacionamento como credor da proteção do Estado. E este, através de sua função jurisdicional, quando interpreta restritivamente o impedimento consignado no art. 1719, III, do CCB, cumpre o desiderato constitucional.⁹

Assentou-se também que outra é hoje a feição da família, bem como da posição da mulher no casamento, devendo o Direito prestigiar as situações reais e não meramente formais.

Mas, no art. 1.801, III, o legislador, sem remissão a qualquer outro dispositivo legal fala em concubino, o que sugere a exclusão das hipóteses em que tenha havido somente um relacionamento esporádico, adúlterino ou não.

No entanto, para Borghi, está certo que se fale em concubinato, porque seria indecoroso revolver a vida de testador e de terceiros, buscando provar relações adúlteras esporádicas, com terceiros, querendo a lei evitar um ultraje aos costumes e garantir o respeito ao direito de intimidade da vida do defunto e de sua família¹⁰.

Todavia, justificar a restrição somente ao concubino, excluindo o cúmplice em adultério, como proteção à intimidade do instituidor falecido, não é solução satisfatória, quando se confronta tal hipótese com a de morte do doador casado que realizara tal liberalidade ao seu cúmplice em adultério (art. 550, do Código Civil).

Dispõe o art. 550 do Código Civil, que será de dois anos o prazo para a anulação da doação feita pelo cônjuge adúltero ao seu cúmplice, contado o prazo da dissolução da sociedade conjugal.¹¹

⁸ *Idem, ibidem.*

⁹ *Idem, ibidem.*

¹⁰ BORGHI, Hélio. Liberalidades à concubina: nulas ou Anuláveis? *Revista dos Tribunais*. Abril de 1990, v. 654, p. 255.

¹¹ CIVIL - DIREITO DE FAMÍLIA - ANULAÇÃO DE DOAÇÃO À CONCUBINA - PRESCRIÇÃO - TERMO INICIAL - DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE CONJUGAL. 1. Em caso de fraude, o prazo

A hipótese é de anulabilidade, tendo em vista que a lei prevê prazo decadencial de dois anos para o ajuizamento da ação de invalidade e restringe a legitimidade ao cônjuge sobrevivente e aos herdeiros necessários. Vale lembrar que os negócios nulos não convalidam pelo decurso do tempo (art. 169, Código Civil), podendo ser arguídos por qualquer interessado, pelo Ministério Público e *ex officio* pelo juiz - o que não se aplica ao caso.

De acordo com Sylvio Capanema de Souza

Muito bem andou o legislador, para assim determinar. É que o cônjuge traído pode preferir não anular o negócio jurídico, suportando o prejuízo que dele decorre, ao invés de expor a público o escândalo do adultério, o que poderia lhe acarretar insuportável constrangimento.¹²

No entanto, também na hipótese da doação a concubino, uma vez dissolvida a sociedade conjugal pela morte do doador, não se estará, da mesma maneira, revolvendo a sua vida e desrespeitando sua intimidade?

Se algum dos herdeiros for incapaz, não há como afastar a iniciativa e a atuação do Ministério Público, sendo um consectário lógico a possibilidade de o juiz pronunciar a invalidade *ex officio*, diante da matéria de ordem pública voltada para a proteção de pessoas em situação de vulnerabilidade, como menores não emancipados ou interditados.

Lado outro, sendo os herdeiros todos maiores e capazes, autorizando-se inclusive o inventário pela via notarial, a anulabilidade da doação é direito potestativo, cujo decurso do prazo impede que o negócio seja atacado. De toda sorte, parece haver incongruência no sistema do direito privado, pois para a defesa de direito patrimonial violam-se direitos da personalidade do *de cuius*, que se projetam *post mortem* na legitimidade atribuída precisamente àqueles que devem, para aumentar seu acervo hereditário, maculá-los.

Sob o prisma sucessório, legado e herança compõem o rol das chamadas liberalidades que a lei civil proíbe que faça a pessoa casada, não separada de fato, ao concubino.

prescricional da ação anulatória de doação do art. 1.177 do CC/1916, inicia-se com a dissolução formal do casamento. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Terceira Turma, REsp nº 72997-SP, Relator Min. Humberto Gomes de Barros, j. 18/05/2004. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 23.08.2012.

¹² SOUZA, Sylvio Capanema. *Comentários ao novo Código Civil: Das várias espécies de contrato. Da troca ou permuta. Do contrato estimatório. Da doação. Da locação de coisas. Arts. 533 a 578.* (Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira). Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 8, p. 208.

A deixa testamentária para o *concubino do testador casado* tem consequência mais grave do que a doação (art. 550 do Código Civil), pois se trata de hipótese de nulidade, consoante disposto no art. 1.802 do Código Civil.

Embora haja decisões considerando de ordem pública a proibição relativa à liberalidade *causa mortis*, como defesa da mulher e do patrimônio familiar, não se vislumbra razão para a subsistência da sanção, que poderia ser promovida *ex officio*, ou pelo Ministério Público, quando, na verdade, não havendo herdeiros incapazes, cuida-se de direito patrimonial e, pois, disponível.

Em outras palavras, caso a invalidade não seja demandada pela viúva nem pelos herdeiros, por que haveria de ser revogada a intimidade do falecido?

Bittencourt menciona um julgado de 1968, no qual se anulou o legado deixado à concubina, uma vez que "não obstante o pedido da esposa e dos filhos do de cujus no sentido da validade", entendeu-se ser nulo o legado feito à concubina por homem casado, sob o fundamento de que: "A nulidade assim instituída, porque é de ordem pública, pode ser alegada por qualquer interessado ou pelo Ministério Público, quando lhe couber intervir, como expressamente dispõe o art. 146 do CC".¹³

No referido acórdão, a argumentação do Des. Bulhões de Carvalho (voto vencido), merece destaque:

Essa incapacidade da concubina para receber doação cessou de ser admitida em todos os Códigos Cíveis modernos, salvo o português e o brasileiro. O nosso legislador, entretanto, não se limitou a manter esse dispositivo referente à incapacidade de a concubina receber doação. Deve-se notar, em primeiro lugar, o evidente antagonismo existente entre esse art. 1.719 e os arts. 248, n. IV e 1.177 do CC. De acordo com estes dois últimos, a doação do marido à concubina ou a do cônjuge adúltero ao seu cúmplice somente podem ser anuladas pelo outro cônjuge ou seus herdeiros necessários, no prazo de dois anos depois de dissolvida a sociedade conjugal. De acordo com o art. 1.719, III combinado com o art. 1.720, o legado feito pelo testador casado à sua concubina é nulo. Entretanto, a razão da proibição legal em ambos os casos é a mesma: é o interesse patrimonial do outro cônjuge ou de seus herdeiros necessários. Por isso, muito logicamente se deveria interpretar a nulidade em que incide o legado à concubina como simples nulidade relativa, somente alegável pela viúva ou seus herdeiros necessários, pelo mesmo motivo jurídico que estatui simples nulidade relativa em caso de doação do marido à concubina.¹⁴

¹³ BITTENCOURT, Edgard de Moura. *Concubinato*. 3ª ed., São Paulo: LEUD, 1988, p. 125.

¹⁴ *Idem*, p. 125-126.

Destaca-se o voto do referido Desembargador, porque revela a incongruência dos sistema sucessório com a teoria geral das nulidades, pela qual a lógica da distinção entre nulidade e anulabilidade reside no interesse, público ou privado, juridicamente tutelado pela norma violada. Ou seja, tratando-se de direito patrimonial e disponível, salvo interesse de incapaz, não se justificaria impor sanção tão grave como a nulidade.

Deveria haver coerência com a regulamentação conferida à doação, pois não se justifica atribuir tratamento *inter vivos* menos grave que o imputado *mortis causa*, justamente quando o autor do ilícito não está presente para se defender.

Na verdade, em ambas as hipóteses, trata-se, também, de restrição à liberdade do proprietário/testador, além da legítima e não apenas um impedimento dirigido à concubina.

Observe-se que a legitimidade para a propositura da ação toca a quem tenha interesse na queda da cláusula testamentária.¹⁵

Segundo Dias, é vedado o legado, ainda que sob a forma de remuneração por serviços prestados, considerando peremptório o texto do art. 1.719, III, do Código Civil de 1916, que corresponde ao art. 1.801, III, do Código Civil de 2002.¹⁶

Pode-se identificar o sujeito passivo, a quem se dirigem as vedações, diante das diversas qualificações, genericamente agrupadas sob duas qualificações principais: a) o concubino, identificado como aquele que mantém relacionamento não eventual com pessoa impedida de casar; e, b) o cúmplice do cônjuge adúltero (para fins civis, como violação ao dever de fidelidade, tendo em vista a descriminalização do adultério), que pode confundir-se com a anteriormente indicada, dependendo da situação fática, pois o impedimento para o casamento pode ser referente ao fato de se tratar de pessoa já casada.

A despeito das incongruências apontadas, verifica-se que as vedações a que pessoa casada beneficie terceiro, com quem tenha um relacionamento de ordem afetiva, instalam-se a partir de um núcleo comum traduzido pela proteção à família legalmente constituída e ao patrimônio familiar.

¹⁵ *Revista Forense*, v. 94, p. 71.

¹⁶ DIAS, Adahyl Lourenço. *A Concubina e o Direito Brasileiro*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 202.

Conquanto, no caso do art. 1.801, III, do Código Civil, o propósito tenha sido proteger a família, quanto à perquirição da culpa, o dispositivo merece a crítica de Caio Mário da Silva Pereira

A referência à culpa é uma ressalva incabível, ou um excesso de puritanismo. Separado de fato o casal por um quinquênio, não cabe apurar de quem a culpa, como se se tratasse de dissolução da sociedade conjugal. O que a disposição veda é que o marido ou a mulher teste em favor de seu (ou de sua) amante. Mas se o casal é separado de fato a mais de cinco anos, não é hora de apurar culpa.¹⁷

Contudo, as múltiplas interpretações no âmbito do direito sucessório do cônjuge, e, em especial, a regra do art. 1.830, que impõe a perquirição de culpa, revelam mais inconsistências no sistema, que se refletem na doutrina e na jurisprudência, conforme se demonstrará a seguir.

2 A culpa na sucessão do cônjuge

Não basta a qualidade de cônjuge para que seja pleiteado o reconhecimento de direito sucessório. O rompimento, em vida, da constância da sociedade conjugal, elide a possibilidade de suceder, porque a qualidade de sucessor baseia-se na sadia convivência, no esforço comum e na dedicação recíproca.

Assim, não há como falar em direito sucessório em favor do cônjuge sobrevivente quando, ao tempo da abertura da sucessão, estava separado de fato do consorte há mais de dois anos, salvo se demonstrado que o rompimento fático da relação matrimonial não foi motivado por culpa sua, nos termos consignados no art. 1.830 do Código Civil.¹⁸

¹⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Direito das Sucessões*. (atual. Carlos Roberto Barbosa Moreira). 17ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 192.

¹⁸ DIREITO DAS SUCESSÕES - APELAÇÃO - AÇÃO DECLARATÓRIA - SUCESSÃO DO CÔNJUGE - CÓDIGO CIVIL, ART. 1.830 - SEPARAÇÃO DE FATO - ABANDONO DO LAR - OCORRÊNCIA - RECURSO DESPROVIDO. Segundo o artigo 1.830 do Código Civil, somente é reconhecido direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados judicialmente, nem separados de fato há mais de dois anos, salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Quarta Câmara Cível, Relator Des. Moreira Diniz, Apelação Cível nº 1.0479.05.094351-9/001, j. 05/02/2009. Disponível em: www.tjmg.jus.br. Acesso em: 20.08.2013).

Ademais, conforme indaga Maria Helena Diniz, "como perquirir a causa daquela separação, provando a inocência do viúvo, se o autor da herança não mais está presente para defender-se das acusações que lhe são feitas?"¹⁹

Afora as dificuldades em provar a culpa de quem já morreu e, por vezes, há muitos anos, a regra do art. 1.830, segundo Maria Berenice Dias, dispõe de nítido caráter punitivo:

Ainda insiste o legislador em manter o casamento eterno até a morte. Além de estender os seus efeitos depois do fim da vida em comum, persegue o culpado pela separação, ainda que o casamento tenha se dissolvido pela morte de um dos cônjuges. Vindo um a falecer depois de cessada a convivência há mais de dois anos, a lei autoriza o cônjuge sobrevivente a acionar o Judiciário para discutir a culpa do falecido. Reconhecido que o sobrevivente não foi o responsável pelo fim da vida em comum, seu direito sucessório persiste. (...) A tentativa de identificar um culpado, ainda que ele já esteja morto, dispõe de nítido caráter punitivo. A causa de pedir da demanda é ou a inocência do sobrevivente, ou a culpa do finado.²⁰

A colisão com várias regras e jurisprudência do Direito de Família é evidente: o art. 1.723, §1º, do Código Civil, prevê a possibilidade de se configurar união estável envolvendo pessoa casada, desde que separada de fato, sem indicação do prazo mínimo dessa ruptura da vida em comum - o que encontra amparo em ampla e antiga jurisprudência, que admite caracterizado perdão tácito nas hipóteses de violação a certos deveres do casamento, quando houver separação de fato entre os cônjuges.²¹

Isso sem contar a afronta aos Direitos da Personalidade, na medida em que são "remunerados", com herança, os legitimados à defesa *post mortem* de tais direitos do falecido, para perquirirem sua culpa.

A possível da perquirição de culpa do falecido, em confronto com os sistemas do Direito de Família, especialmente depois da Emenda Constitucional nº 66, de 2010, e dos Direitos da Personalidade, tendo em vista as suas projeções *post mortem*, serão analisadas subsequentemente.

¹⁹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões*. 22ª. ed., São Paulo: Saraiva, 2007, v. 6, p. 117.

²⁰ DIAS, Maria Berenice. *Manual das Sucessões*. São Paulo: RT, 2008, p. 55-56.

²¹ Revista dos Tribunais, v. 620, p. 74 e v. 633, p. 148.

3 Direitos da personalidade e sua proteção *post mortem*

Ultrapassada a concepção exclusivamente patrimonialista das relações privadas, com a tutela da pessoa humana nas faculdades inseparáveis de sua natureza, reconhece-se a relevância jurídica dos direitos subjetivos existenciais.

Uma vez considerada a personalidade humana como um interesse a ser juridicamente protegido, a responsabilidade civil a abrange, pois, no princípio geral de tutela da pessoa entram todos os comportamentos e os interesses subjetivos mediante os quais ela se realiza.

O direito brasileiro positivou, na Parte Geral do Código Civil, os chamados *direitos da personalidade*, incluindo sua proteção *post mortem*. O objetivo a ser alcançado com a subsequente abordagem é, após uma breve análise da proteção jurídica da personalidade e de sua caracterização - sem pretender esgotar o tema - identificar suas projeções após a morte e a titularidade para a proteção dos bens da personalidade do falecido, que continuam a influir no curso social.

Também são examinados tais aspectos nas relações familiares, a fim de permitir a confrontação entre a necessidade de se perquirir culpa nas relações sucessórias, como requisito para a obtenção da herança, e as eventuais ofensas a bens da personalidade do *de cuius*.

3.1 Proteção jurídica da personalidade humana

Apesar da *hipertrofia* do princípio da dignidade da pessoa humana²², diante da sua amplitude e polissemia, não se pode ignorar que, atualmente, a axiologia constitucional é norteada pelo princípio da *dignidade da pessoa humana*, como *eixo-central* do sistema, servindo de base hermenêutica para todo o sistema jurídico, inclusive de direito privado, que não podem estar em conflito com direitos fundamentais, mas, antes, ser voltados para conferir-lhes efetividade.²³

²² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. São Paulo: RT, 2008, p. 246-247.

²³ HOTTOIS, Gilbert. *Dignité et diversité des hommes*. Paris: Librairie Philosophique J. Vrin, 2009, p. 16-17.

Desde a doutrina cristã, expoentes como São Tomás de Aquino desenvolveram a ideia de o homem ter sido criado à imagem e semelhança de Deus, tornando inviável que se lhe retirasse a qualidade de pessoa. A concepção tomista enfatiza a pessoa como *impressão da ciência de Deus*, com inerente dignidade em sua alma.²⁴

O personalismo ético de Kant põe em destaque o *homem universal*, atribuindo-lhe, por ser ele *pessoa* em sentido ético, uma dignidade própria. Toda pessoa tem, em relação às demais, direito a ser respeitado e o dever de respeitá-las.

Apesar da consistência e da aceitação do pensamento kantiano, a Segunda Guerra Mundial e o Estado nazista, com os horrores do genocídio, levaram a extremos o desrespeito ao ser humano.

Por isso, a dignidade da pessoa humana surge como um postulado ético, voltado para a proteção e preservação do ser humano. Isso porque o total desrespeito pela vida e pela liberdade, que predominava nos regimes europeus totalitários, despertou os povos, depois de duas guerras mundiais, para a necessidade de proteger, sob todos os aspectos, os valores da personalidade e a importância da pessoa como ser humano.

Na contemporaneidade, após as duas Grandes Guerras, o conceito de “pessoa humana” perpassa essencialmente pela dignidade. A partir desta decorrem todos os atributos do ser humano. Segundo Ingo Wolfgang Sarlet

a dignidade, como qualidade intrínseca da pessoa humana, é irrenunciável e inalienável, constituindo elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado, de tal sorte que não se pode cogitar na possibilidade de determinada pessoa ser titular de uma pretensão a que lhe seja concedida a dignidade. Esta, portanto, como qualidade integrante e irrenunciável da própria condição humana, pode (e deve) ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida, não podendo, contudo (no sentido ora empregado) ser criada, concedida ou retirada, já que existe em cada ser humano como algo que lhe é inerente.²⁵

Assim, as constituições do pós-guerra deram prevalência à tutela especial do indivíduo como pessoa, à proteção de sua personalidade e à garantia da salvaguarda da dignidade do ser humano.

²⁴ ROSENVALD, Nelson. *Dignidade da Pessoa Humana e Boa-Fé no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 2.

²⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 41-42.

Nesse sentido, a Lei Fundamental de Bonn, de 1949, estabeleceu, em seu art. 1º, §º, que “a dignidade do homem é intangível”, sendo dever de todos os poderes estatais preservá-la e protegê-la. As constituições portuguesa (art. 1º), espanhola (art. 10º) e italiana (art. 3º) também consagraram a dignidade da pessoa humana. No Brasil, a Constituição de 1988, art. 1º, III, assenta a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito.

O substrato material da dignidade, segundo Maria Celina Bodin de Moraes, pode ser desdobrado em quatro postulados:

i) o sujeito moral (ético) reconhece a existência dos outros como sujeitos iguais a ele; ii) mercedores do mesmo respeito à integridade psicofísica de que é titular; iii) é dotado de vontade livre, de autodeterminação; iv) é parte do grupo social, em relação ao qual tem a garantia de não vir a ser marginalizado.²⁶

Apesar de a dignidade ser, segundo Elimar Szaniawski, o “elemento indicador da localização do ser humano no Universo”²⁷, dela emergem outras duas características determinantes do homem contemporâneo: *autonomia* e *alteridade*. Segundo Antônio Junqueira de Azevedo

de um lado, há a concepção insular, ainda dominante, fundada no homem como razão e vontade, segundo uns, como autoconsciência, segundo outros (...), a concepção própria de uma nova ética, fundada no homem como ser integrado à natureza, participante especial do fluxo vital que a perpassa há bilhões de anos, e cuja nota específica não está na razão e na vontade (...) ou na autoconsciência, (...), e sim, em rumo inverso, na capacidade do homem de sair de si, reconhecer no outro um igual, usar a linguagem, dialogar e, ainda, principalmente, na sua vocação para o amor (...). A primeira concepção leva ao entendimento da dignidade humana como autonomia individual, ou autodeterminação; a segunda, como qualidade do ser vivo, capaz de dialogar e chamado à transcendência.²⁸

A lógica da autonomia é a da solidariedade, uma vez os direitos só podem ser exercidos em contextos sociais, "nos quais se dão as relações entre as pessoas, seres humanos fundamentalmente organizados para viverem uns em meio aos outros".²⁹

²⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 85.

²⁷ SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. 2ª ed., São Paulo: RT, 2005, p. 114.

²⁸ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. In: *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 8, p. 3-24, jan-mar de 2002.

²⁹ ELIAS, Norbert. *Norbert Elias por ele mesmo*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar editor, 2001, p. 97-99.

Esta primazia da pessoa humana que, no Brasil, encontra-se prevista no art. 1º, III, da Constituição da República, deve repercutir-se sobre todo o sistema, norteando, inclusive a proteção aos direitos fundamentais.

Dentre os baluartes do Direito ocidental contemporâneo estão os chamados direitos fundamentais. Segundo Robert Alexy, um direito é tido como fundamental quando apresenta dois fatores: fundamentalidade formal e fundamentalidade substancial. A fundamentalidade formal de uma norma “decorre da sua posição no ápice da estrutura escalonada do ordenamento jurídico, como direitos que vinculam diretamente o legislador, o Poder Executivo e o Judiciário”. Já a fundamentalidade substancial implica no fato de, a partir de uma norma, serem “tomadas decisões sobre a estrutura normativa básica do Estado e da sociedade”³⁰.

Em outros termos, direitos fundamentais são aqueles que, para uma determinada sociedade, configuram como valores basilares que regem tanto a dinâmica do Estado como a dinâmica da sociedade, ocupando o ápice na hierarquia das normas que compõem um ordenamento jurídico.

Na Modernidade alguns valores políticos, individuais, sociais e difusos foram elevados à categoria de direitos fundamentais, se dividindo em três grupos: de primeira dimensão, de segunda dimensão e de terceira dimensão, respectivamente.

Quanto aos de primeira dimensão, podem ser definidos como direitos políticos e individuais, acerca dos quais Elimar Szaniawski assevera que “têm por escopo tutelar a pessoa humana, individualmente, de toda série de ataques contra a mesma desfechados”.

Mas, segundo Oliveira Ascensão, "uma coisa é reconhecer o primado da pessoa humana, outra estabelecer o elenco dos direitos da personalidade"³¹, cuja distinção, em síntese, seria que

Os direitos da personalidade são aqueles direitos que exigem em absoluto reconhecimento, porque exprimem aspectos que não podem ser desconhecidos sem afectar a própria personalidade humana.

O acento dos direitos fundamentais é diferente. Não só não respeitam exclusivamente às pessoas físicas como a sua preocupação básica é a da

³⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 520

³¹ ASCENSÃO, José de Oliveira. Os direitos de personalidade no Código Civil brasileiro. p. 12-13. Acesso em: 18.08.2012. Disponível em: <http://www.fd.ul.pt/Portals/0/Docs/Institutos/ICJ/LusCommune/AscensaoJoseOliveira10.pdf>

estruturação constitucional. Demarcam muito em particular a situação dos cidadãos perante o Estado. É assim a categoria cidadão (ou se quisermos a do súbdito, para falar com maior amplitude) que está primacialmente em causa.

Sendo esta preocupação assim diversa, resulta que há muitos direitos fundamentais que não são direitos da personalidade. É óbvio. Não são direitos fundamentais a garantia do júri, a definição como crime inafiançável e imprescritível a acção de grupos armados, a gratuitidade da certidão de óbito... A preocupação que traduzem é muito diferente.

Inversamente, também haverá muitos direitos de personalidade que não são direitos fundamentais. São as manifestações da personalidade que estão fora do núcleo que levou a Constituição a delimitar os direitos fundamentais.³²

Especificamente quanto aos direitos de personalidade, Elimar Szaniawski afirma que “consistem na proteção dos atributos da personalidade humana”.³³ Direitos da personalidade, na dicção de Rubens Limongi França, são "as faculdades jurídicas cujo objeto são os diversos aspectos da própria pessoa do sujeito, bem assim, suas emanações e prolongamentos".³⁴

Considera-se, atualmente, que o objeto dos direitos da personalidade são projeções físicas ou psíquicas da pessoa, ou as suas características mais importantes. As projeções da personalidade, suas expressões, qualidades ou atributos são bens jurídicos e se apóiam no direito positivo.

Os direitos da personalidade são uma categoria especial de direito subjetivo, diferentemente dos direitos obrigacionais e dos direitos reais. Por meio dos direitos de personalidade se protegem a essência da pessoa e suas principais características. Os objetos dos direitos de personalidade são os bens e valores considerados essenciais para o ser humano e encontram fundamento na cláusula geral da dignidade da pessoa humana e como espécies desses direitos devem ser considerados todos aqueles sem os quais a dignidade humana fique ferida. A pessoa tomou do centro do direito contemporâneo, na expressão de René Savatier: *l'avènement de la personne au centre du droit contemporain*.³⁵

³² ASCENSÃO, José de Oliveira. Os direitos de personalidade no Código Civil brasileiro. p. 12-13. Acesso em: 18.08.2012. Disponível em:

<http://www.fd.ul.pt/Portals/0/Docs/Institutos/ICJ/LusCommune/AscensaoJoseOliveira10.pdf>

³³ SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. 2ª ed., São Paulo: RT, 2005, p. 19.

³⁴ FRANÇA, Rubens Limongi. *Manual de Direito Civil*. 3ª ed., São Paulo: RT, 1975, v. 1, p. 403.

³⁵ SAVATIER, René. *Les Métamorphoses Économiques et Sociales du Droit Civil Aujourd'hui*. Paris: Dalloz, 1959, p. 5.

3.2 Proteção dos direitos da personalidade e inculpação nas relações familiares

Nas relações familiares há controvérsias sobre a possibilidade de preservação de uma esfera de intimidade entre os cônjuges, tendo em vista a cláusula geral da comunhão plena de vida que rege as relações conjugais. O art. 1.511 do Código Civil estabelece que “o casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges”. Tal previsão é complementada pelo disposto no art. 1.565: “Pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família”. Daí resulta a noção de solidariedade entre os cônjuges, que fundamenta os deveres conjugais³⁶.

A questão que se coloca é a seguinte: as pessoas casadas, apesar da comunhão plena de vida entre elas estabelecida, preservam um espaço ou um mínimo de intimidade, ou, se optam pelo casamento, "abrem mão" do segredo?

Tereza Mafra também suscita tal questão

No casamento, a proteção da intimidade se destina à preservação tanto do grupo familiar como também aos membros do grupo. As aspirações de cada indivíduo podem florescer na intimidade da vida conjugal, tendo a família como o “lugar privado”, onde os sentimentos e as emoções podem se desvendar entre o casal. Nesse contexto, o lar conjugal apresenta-se como um espaço no qual as pessoas podem estar a salvo de intrusões indesejadas, onde estão livres para usufruir o seu mundo interior.

Entretanto, cumpre indagar se os casados têm, um cônjuge em relação ao outro, o *direito de estar só*³⁷.

Ao desenvolver a teoria dos *círculos concêntricos*, Paulo José da Costa Junior, aponta a existência de três esferas da vida privada: a) a vida privada, que compreende todos os comportamentos e acontecimentos que a pessoa não quer tornar públicos; b) a intimidade, da qual participam apenas aqueles com os quais a pessoa deposita confiança, envolvendo conversações ou acontecimentos íntimos; c) o segredo, que compreende a parte mais íntima da pessoa³⁸.

³⁶ MOTTA, Carlos Dias. *Direito Matrimonial e seus princípios jurídicos*. São Paulo: RT, 2007, p. 307.

³⁷ MAFRA, Tereza Cristina Monteiro. Segredo versus confiança na família conjugal. In: *Família e responsabilidade: Teoria e prática do direito de família*. (coord. Rodrigo da Cunha Pereira). Porto Alegre: Magister, IBDFAM, 2010, p. 511-521.

³⁸ COSTA JUNIOR, Paulo José da. *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2007, p. 31-32.

Para Milton Fernandes, o menor dos círculos concêntricos “compreende a parcela da vida particular que é conservada em segredo pelo indivíduo, do qual compartilham, quando muito, alguns amigos apenas. Desta esfera não participam sequer as pessoas da intimidade do sujeito”³⁹.

Consoante posicionamento adotado por Tereza Mafra

A existência de segredos que um cônjuge decide manter desconhecido do outro caracteriza o comportamento do indivíduo de querer preservar seu espaço privado e sua individualidade, em relação até mesmo à pessoa com quem decidiu estabelecer uma comunhão de vida.

O individualismo pode parecer antinômico com o princípio da solidariedade, que é a base dos deveres conjugais. Mas a pessoa, mesmo casada, mantém a sua singularidade e pode pretender resguardar um espaço no qual abrigue certos aspectos de sua vida.

Entretanto, embora haja interesses legítimos a serem colocados a salvo da ciência mesmo do cônjuge, pelo casamento são estabelecidos limites, determinados pela justa expectativa de cumprimento dos deveres do casamento, tanto no campo pessoal, quanto no patrimonial⁴⁰.

O comportamento de um dos cônjuges, em relação ao outro, na constância do casamento, deve estar em conformidade com a cláusula geral da comunhão plena de vida (art. 1.511, Código Civil), sob pena de autorizar ao outro tomar as providências necessárias para formalizar o término do casamento, judicial ou extrajudicialmente, uma vez caracterizada a insuportabilidade da vida em comum.

Com o advento da Emenda Constitucional nº 66, de 2010, tem-se, cada vez mais, falado no fim da inculpação pelo término do relacionamento conjugal, em decorrência da objetivação do divórcio - que não admite perquirição dos motivos do fim do casamento - tratando-se de uma tendência presente em vários países (modelos francês, alemão, *common law*)⁴¹.

³⁹ FERNANDES, Milton. *Proteção civil da intimidade*. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 71.

⁴⁰ MAFRA, Tereza Cristina Monteiro. Segredo versus confiança na família conjugal. *In: Família e responsabilidade: Teoria e prática do direito de família*. (coord. Rodrigo da Cunha Pereira). Porto Alegre: Magister, IBDFAM, 2010, p. 511-521.

⁴¹ Na França, após a reforma legislativa de 2004, houve um enfraquecimento da inculpação (NIBOYET, Frédérique. *L'ordre publique matrimonial*. Paris: L.G.D.J., 2008, p. 301). O modelo alemão adota a cláusula geral de ruptura ou falência, de modo que os deveres conjugais são predominantemente morais (SCHLÜTER, Wilfried. *Código Civil Alemão: Direito de Família*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 115). E no sistema de *Common Law* prevalece o *no-fault divorce* com a preponderância do *clean break* (WARDLE, Lynn Dennis, NOLAN, Laurence. *Family Law in the USA*. Great Britain: Kluwer Law International, 2011, p. 187-189).

O modelo tradicional pátrio permitia a perquirição da culpa pelo fim do casamento, fazendo-a triunfar sobre a proteção à intimidade e à vida privada. A evolução do Direito de Família, com a desdramatização dos mecanismos processuais voltados para o desfazimento do casamento refletem "uma evolução da sociedade, uma modificação das sensibilidades, uma transformação no espírito do Direito de Família"⁴².

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, desde 1959, já demonstrava uma tendência a repelir pretensões indenizatórias pelo fim do casamento, limitando a investigação de culpa. No Recurso Extraordinário nº 42.436, decidiu-se que a eficácia do casamento anulado é limitada pela lei até ao dia da sentença anulatória, tendo sido esse o termo final para os alimentos então fixados a benefício da esposa enganada, tendo-lhe sido indeferido o pedido cumulado de indenização por ofensa à honra⁴³.

Lado outro, não se pode ignorar a inutilidade prática de inquirir-se culpa pelo fim do casamento, revolvendo a intimidade da pessoa casada, quando o divórcio pode ser obtido sem apuração dos motivos que a ele conduziram as partes e, muitas vezes, já se deu a extinção fática da comunhão plena de vida pela separação de fato, cujos efeitos se produzem tanto na esfera pessoal, quanto na patrimonial, consoante discutido nos capítulos I e II.

Assim, apesar da inclinação para o término das controvérsias judiciais em torno da culpa, não se pode olvidar a grande importância, jurídica e prática, da separação de fato. Configurada pela apartação física dos cônjuges somada à intenção de encerrar o casamento, a separação de fato dá origem a múltiplos efeitos, pessoais e patrimoniais.

A presunção de paternidade (*pater is est*), que a lei impõe ao marido quanto aos filhos de sua esposa, havidos ou presumidamente concebidos na constância do casamento, pode ser afastada, em alguns casos, pela separação de fato, tendo em vista que, se a ruptura da vida conjugal permite que os cônjuges não fiquem mais vinculados ao cumprimento do dever de fidelidade, pode-se, sob a premissa da ausência da fidelidade da mulher, afastar-se a presunção de paternidade (*praesumptio sumitur ex eo quod plerumque fit* - a presunção decorre do que geralmente acontece)⁴⁴.

Reitere-se que, no âmbito patrimonial, o Superior Tribunal de Justiça há muito tempo consolidou entendimento de que os bens adquiridos por um dos cônjuges, durante a separação

⁴² VIAL, Géraldine. *La preuve en droit extrapatrimonial de la famille*. Paris: Dalloz, 2008, p. 121.

⁴³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Primeira Turma, Relator Min. Luiz Gallotti, Recurso Extraordinário nº 42.436/DF, j. 01.10.1959. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 31.10.2011.

⁴⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1974, v. 9, p. 24.

de fato, mediante seu esforço isolado, e, pois, sem a utilização de bens ou recursos comuns, são incomunicáveis⁴⁵.

Configurada a desnecessidade da inculpação *inter vivos*, no término do casamento, cabe, agora, verificar se o mesmo se dá no âmbito do Direito das Sucessões, tendo em vista eventual confronto com as projeções *post mortem* dos Direitos de Personalidade.

4 Proteção *post mortem* versus inculpação no direito sucessório

Vários são os fundamentos para a proteção *post mortem* dos direitos de personalidade.

Gustavo Tepedino afirma que “embora a morte do titular implique a extinção dos Direitos da Personalidade, alguns interesses resguardados permanecem sob tutela, como, por exemplo, a imagem, o nome, a autoria, a sepultura, e o cadáver do falecido”⁴⁶.

Francisco Amaral, apesar de entender também pela tutela de direitos de personalidade do *de cuius*, adota outro fundamento. Diz o autor que “o testamento, o respeito ao cadáver, a sepultura, a autorização para autópsia e para transplante, a proteção da memória do falecido contra injúria e difamação demonstram a permanência de traços da personalidade *post mortem*”⁴⁷.

Um terceiro fundamento é exposto por Paulo Luiz Netto Lôbo que atesta que, não obstante a personalidade e os direitos de personalidade se extinguirem com a morte, estes últimos possuem transeficácia *post mortem*, permitindo a defesa por parte dos familiares dos direitos de personalidade do falecido, conforme exposto de forma ampla no parágrafo único do art. 12 do Código Civil de 2002⁴⁸.

⁴⁵ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Terceira Turma, Relator Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Recurso Especial nº 40.785/RJ, j. 19.11.1999; Quarta Turma, Relator Min. Ruy Rosado de Aguiar, Recurso Especial nº 140694/DF, j. 13.10.1997; Quarta Turma, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, Recurso Especial nº 555771/SP, j. 05.05.2009. Disponível em <<http://www.stj.gov.br>>.

⁴⁶ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 35.

⁴⁷ AMARAL, Francisco. *Direito Civil: Introdução*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 226

⁴⁸ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Danos morais e Direitos da Personalidade. In: *Revista Jurídica*. Porto Alegre, n. 284, p. 5-17, jun. 2001.

Na doutrina paira a dúvida se com a morte se mantém a personalidade, os direitos de personalidade, ou nenhum deles, havendo apenas a proteção pelos familiares de interesses que outrora compunham os direitos de personalidade do falecido, ou se os familiares herdaram a titularidade destes interesses. Não obstante, é majoritário o entendimento de que há a tutela dos atributos que em vida compunham a personalidade do *de cujus*.

Considerando que a proteção *post mortem* é praticamente unânime na doutrina, que o próprio Código Civil de 2002 prevê expressamente, que a jurisprudência a aplica, cumpre apenas definir os fundamentos dessa proteção e, conseqüentemente, estabelecer seus limites e suas formas de exercício.

De toda forma, é importante ressaltar que a proteção *post mortem* dos direitos da personalidade não é matéria estranha às leis. O Código Civil brasileiro⁴⁹ prevê essa proteção expressamente, no que segue a orientação do Código Civil português⁵⁰.

O direito de proteger a honra do morto seria, a princípio, um direito do próprio familiar, surgida em decorrência da abrangência do vínculo familiar.

Diogo Leite de Campos observa, ainda, que a sucessão dos direitos da personalidade se faria mais para proteção do interesse do falecido do que para proteção do direito dos herdeiros, quase que como verdadeiro ônus⁵¹.

Observa o autor que os textos legais brasileiro e português, enquanto tratam da questão no plano da “legitimidade”, estariam reconhecendo implicitamente que a titularidade

⁴⁹ Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

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

⁵⁰ ARTIGO 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.

ARTIGO 71º

(Ofensa a pessoas já falecidas)

1. Os direitos de personalidade gozam igualmente de proteção 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 da 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.

⁵¹ CAMPOS, Diogo Leite de. *O estatuto jurídico da pessoa depois da morte*. In: CAMPOS, Diogo Leite de; CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. *Pessoa Humana e Direito*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 61.

continuará com o falecido, muito embora a possibilidade de agir fosse vinculada aos sucessores, ou seja, “continuando os direitos a pertencer ao falecido”. Disso tudo conclui: “O que está aqui em causa é a continuidade da pessoa, pelo menos para efeitos de proteção da pessoa no passado”⁵².

Tais direitos, subjetivos, somente protegem a pessoa humana, a qual tem como característica por excelência a dignidade, de onde decorrem a autonomia e alteridade, ambas também características determinantes do ser humano.

Dentre os fundamentos para a proteção *post mortem* dos direitos de personalidade, cumpre atentar para o que defende Diogo Leite de Campos. Para o autor, a morte não extingue por completo a entidade da “pessoa”. A morte, muito mais que um fenômeno biológico, é um fenômeno cultural, exigindo-se do Direito um estatuto a ser aplicado aos falecidos.

Isso porque, mesmo após a morte, a lembrança do *de cuius* mantém uma representação da pessoa que foi o falecido em vida, a qual exige tutela jurídica quanto a seus atributos como a honra, o nome etc.

Neste contexto, dos direitos de personalidade dos quais gozava o *de cuius*, alguns irão se extinguir, outros serão protegidos pelo herdeiros, que apesar de não serem os titulares, são legitimados a exercer tal proteção, ou ainda haver a titularização de direitos originários por parte dos herdeiros, direitos estes que não eram titularizados pelo falecido.

Independentemente de os herdeiros serem titulares ou legitimados, em ambas as hipóteses a tutela de tais direitos se dá sempre no interesse do falecido, considerando aqui a concepção esposada por Diogo Leite de Campos no sentido de haver a continuidade da pessoa após a morte.

Na hipótese de ser discutida eventual culpa do *de cuius*, aquele que não pode pessoalmente defender a própria imagem e a própria honra, estar-se-ia pondo o falecido em delicada situação de fragilidade perante os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Não bastasse, a perquirição da culpa do falecido leva à herdeira cônjuge, ou mesmo os herdeiros descendentes ou ascendentes, a enxovalhar a memória do *de cuius* no intuito de lhe ver atribuída a culpa e assim afastar o direito sucessório da amante. Esta, por sua vez,

⁵² *Idem*, p. 62.

defenderia a memória do falecido para afastar a imputação da culpa e lhe garantir benefícios econômicos.

Considerando que são os herdeiros, seja como titulares ou legitimados, quem devem proteger os interesses do falecido, a perquirição da culpa os obrigaria justamente a agir de forma contrária.

Permitir que os herdeiros atentem contra a memória do *de cuius* afronta a proteção *post mortem* dos direitos de personalidade, desconsidera a manutenção da pessoa após a morte e põe os herdeiros do falecido em considerável condição de fragilidade, diante da invasão à vida privada, intimidade e até mesmo honra daquele que não mais se encontra para se defender e esclarecer os fatos.

5 Reconhecimento jurisprudencial: quando a culpa não faz mais sentido

A exposição dos aspectos desenvolvidos na pesquisa poderia levar à proposição de diversas sugestões para aprimoramento do sistema. Porém, apontar as falhas do ordenamento de nada adiantaria se não fosse possível apresentar delineamentos de sua aplicação, reconhecendo, inclusive, a possibilidade de diálogo entre a produção acadêmica e as decisões judiciais.

Assim, como reconhecimento da tutela a intimidade dos mortos, confira-se o seguinte acórdão do STJ:

DIREITO DE FAMÍLIA E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL. HOMEM CASADO. OCORRÊNCIA DE CONCUBINATO. INDAGAÇÕES ACERCA DA VIDA ÍNTIMA DOS CÔNJUGES. IMPERTINÊNCIA. INVIOABILIDADE DA VIDA PRIVADA. SEPARAÇÃO DE FATO NÃO PROVADA. ÔNUS DA PROVA QUE RECAI SOBRE A AUTORA DA AÇÃO. 1. A jurisprudência do STJ e do STF é sólida em não reconhecer como união estável a relação concubinária não eventual, simultânea ao casamento, quando não estiver provada a separação de fato ou de direito do parceiro casado. 2. O acórdão recorrido estabeleceu que o falecido não havia desfeito completamente o vínculo matrimonial - o qual, frise-se, perdurou por trinta e seis anos -, só isso seria o bastante para afastar a caracterização da união estável em relação aos últimos três anos de vida do de cuius, período em que sua esposa permaneceu transitoriamente inválida em razão de acidente. Descabe indagar com que propósito o falecido mantinha sua vida comum com a esposa, se por razões humanitárias ou qualquer outro motivo, ou se entre eles

havia "vida íntima". 3. Assim, não se mostra conveniente, sob o ponto de vista da segurança jurídica, inviolabilidade da intimidade, vida privada e dignidade da pessoa humana, discussão acerca da quebra da *affectio familiae*, com vistas ao reconhecimento de uniões estáveis paralelas a casamento válido, sob pena de se cometer grave injustiça, colocando em risco o direito sucessório do cônjuge sobrevivente. 4. Recurso especial provido⁵³.

Vê-se, aí, claramente, em consonância com a proteção dispensada pela Constituição de 1988, a prevalência da *inviolabilidade da vida privada* (art. 5º, X).

Nesse mesmo sentido também se manifesta a doutrina, reconhecendo que a proteção da vida privada deve prevalecer sobre a eventual tutela de interesses de terceiros, desprovida a proporcionalidade:

De qualquer modo, não é difícil notar que a vida privada é o refúgio impenetrável da pessoa, protegido em face da coletividade e merecendo especial proteção. Ou seja, é o direito de viver a sua própria vida em isolamento, não sendo submetido à publicidade que não provocou, nem desejou. São situações atinentes aos aspectos amorosos, sexuais, religiosos, emocionais..., de uma pessoa. Aquilo que diz respeito ao seu eu. Ora, diante desta breve delimitação, não há qualquer dúvida de que um dos campos mais férteis para vislumbrar a necessidade de proteção da privacidade diz respeito às relações familiares. É que no seio da família a pessoa humana desenvolve a sua personalidade e os seus atributos personalíssimos, ampliando a necessidade de efetiva proteção contra a ingerência indevida de terceiros. Aliás, a família é o mais privado de todos os espaços do Direito Civil. Com isso, forçoso é reconhecer a suplantação definitiva da (indevida) participação do Estado no âmbito das relações familiares, deixando de ingerir sobre aspectos personalíssimos da vida privada que, seguramente, dizem respeito somente à vontade do próprio titular, como expressão pura de sua dignidade. PIETRO PERLINGIERI, que de há muito apregoa tais idéias, dispara, com precisão cirúrgica, que "expressão de liberdade é o poder reconhecido aos cônjuges de acordar a direção da vida familiar interpretando as exigências de ambos e da família". E mais adiante acresce que os acordos e estipulações recíprocas entre os consortes "assumem o papel de regra e de instrumento de realização do princípio de igualdade moral e jurídica e, ao mesmo tempo, relativamente à natureza e aos conteúdos da direção fixada"⁵⁴.

Mais do que isso, é preciso reconhecer nesses casos a quase impossibilidade de reconstrução do suporte fático-probatório. Afinal, não há meios de se reconstituir um passado inacessível, se um dos sujeitos daquela relação não pode mais participar de sua reconstituição.

Assim, por sinal, já reconheceu o STJ:

⁵³ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Quarta Turma, REsp nº 1096539-RS, Relator Min. Luis Felipe Salomão, j. 27/03/2012. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 23.08.2012.

⁵⁴ FARIAS, Cristiano Chaves. ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 21.

A investigação da cessação do afeto ou do distanciamento dos espíritos dos cônjuges é tarefa que, no entender deste relator, mostra-se praticamente impossível de ser exitosa, já que se insere na seara do subjetivismo íntimo e das conformações morais dos cônjuges, que possuem variados níveis de exigência recíproca. Ou seja, uma relação que para alguns não significa casamento, pode representar para outros o modo pelo qual são confortados seus espíritos e exigências mútuas. E isso conduz à conclusão de que não há juiz no mundo que possa afirmar, com segurança, os motivos pelos quais duas pessoas mantiveram a vida sob a mesma habitação, sobretudo quando tal investigação se realiza post mortem, com "provas fúnebres" de inconsistência quase sempre evidente. Também não se mostra conveniente, sob o ponto de vista da segurança jurídica, inviolabilidade da intimidade, vida privada e dignidade da pessoa humana, abrir as portas para o questionamento acerca da quebra da *affectio familiae*, com vistas ao reconhecimento de uniões estáveis paralelas a casamento válido, sob pena de se cometer grave injustiça e de se colocar em risco o direito sucessório do cônjuge sobrevivente. Assim, alinhame a voto proferido pela eminente Ministra Nancy Andrighi, segundo o qual "os arranjos familiares, concernentes à intimidade e à vida privada do casal, não devem ser esquadrihados pelo Direito, em hipóteses não contempladas pelas exceções legais, o que violaria direitos fundamentais enfeixados no art. 5º, inc. X, da CF/88 – o direito à reserva da intimidade assim como o da vida privada –, no intuito de impedir que se torne de conhecimento geral a esfera mais interna, de âmbito intangível da liberdade humana, nesta delicada área de manifestação existencial do ser humano" (REsp 1.107.192/PR, Rel. Ministro Massami Uyeda, Rel. p/ Acórdão Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 20/04/2010, DJe 27/05/2010)⁵⁵.

Em suma, a esfera íntima constitui espaço de resguardo e não se pode devassá-la, especialmente quando ao interessado não é possível defender-se.

Essa dimensão fica, mais uma vez, reconhecida na discussão sobre o paralelismo de uniões afetivas *post mortem*. Confira-se decisão do STJ:

DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. PARALELISMO DE UNIÕES AFETIVAS. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL POST MORTEM E SUA CONSEQUENTE DISSOLUÇÃO. CONCOMITÂNCIA DE CASAMENTO VÁLIDO. PECULIARIDADES. - Os arranjos familiares, concernentes à intimidade e à vida privada do casal, não devem ser esquadrihados pelo Direito, em hipóteses não contempladas pelas exceções legais, o que violaria direitos fundamentais enfeixados no art. 5º, inc. X, da CF/88 – o direito à reserva da intimidade assim como o da vida privada –, no intuito de impedir que se torne de conhecimento geral a esfera mais interna, de âmbito intangível da liberdade humana, nesta delicada área de manifestação existencial do ser humano. - Deve o juiz, ao analisar as lides de família que apresentam paralelismo afetivo, de acordo com as peculiaridades multifacetadas apresentadas em cada caso, decidir com base na dignidade da pessoa humana, na solidariedade, na afetividade, na busca da felicidade, na liberdade, na igualdade, bem assim, com redobrada atenção ao primado da

⁵⁵ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Quarta Turma, REsp nº 1096539-RS, Relator Min. Luis Felipe Salomão, j. 27/03/2012. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 23.08.2012.

monogamia, com os pés fincados no princípio da eticidade. Recurso especial não provido⁵⁶.

Nesse sentido, já decidiu a Terceira Turma que "se os elementos probatórios atestam a simultaneidade das relações conjugal e de concubinato, impõe-se a prevalência dos interesses da mulher casada, cujo matrimônio não foi dissolvido, aos alegados direitos subjetivos pretendidos pela concubina, pois não há, sob o prisma do Direito de Família, prerrogativa desta à partilha dos bens deixados pelo concubino" (REsp 931.155/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 07/08/2007, DJ 20/08/2007, p. 281). Assim, se o acervo probatório exigir julgamento por presunção, presume-se o que normalmente ocorre, de modo que, por ser de ordinário que as pessoas casadas não estão separadas de fato, o ônus de provar a separação recai sobre a concubina, contra quem militam, a um só tempo, a condição de autora da ação de união estável e a presunção decorrente da situação de legalidade da qual se beneficia a esposa.

Conclusões

A análise das hipóteses de articulação da culpa no Direito Civil e seus reflexos no Direito Sucessório revela a estrutura das relações familiares orientadas pela evocação de regras morais e religiosas, assim como inspirado por uma essência retributiva, fundada no mecanismo jurídico encarregado de proteger os interesses subjetivos em face de um comportamento particular reprovável (descumprimento dos deveres pessoais).

Ainda que a concepção sancionatória não tenha sido abandonada no Código Civil de 2002, a violação dos deveres do casamento gradualmente teve sua importância reduzida, na medida em que a separação litigiosa perde utilidade prática, com o advento da Emenda Constitucional nº 66, de 2010, representando a transição para um regime objetivo de término do casamento.

De outro lado, em contradição com a objetivação do divórcio, não basta a qualidade de cônjuge para que seja pleiteado o reconhecimento de direito sucessório, na sucessão legítima. Em princípio, depreende-se do art. 1.830 do Código Civil a exigência que o sobrevivente não

⁵⁶ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Terceira Turma, REsp nº 1.107.192-PR, Relator Min. Massami Uyeda, j. 20/04/2010. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 20.08.2012.

esteja separado judicialmente ou de fato há mais de dois anos, reclamando-se, ainda, no último caso, prova de que a convivência não se tornara impossível por culpa do sobrevivente.

Por tal interpretação, além da separação judicial e da separação de fato – que são critérios objetivamente verificáveis – adotou o legislador do Código Civil de 2002 o critério subjetivo da culpa, pelo rompimento da relação conjugal que, imputada pelo sobrevivente ao morto, gera a recompensa do direito de sucedê-lo, embora seja o viúvo legitimado para a defesa dos direitos da personalidade de quem, para herdar, deve achincalhar.

No tocante à sucessão testamentária, ao contrário do tratamento contido no Código Civil de 1916, que excluía, sem ressalvas, o direito sucessório dos concubinos (art. 1.719, III), o Código Civil de 2002 dispõe que eles não podem ser nomeados herdeiros nem legatários, salvo se o testador casado, sem culpa sua, estiver separado de fato do cônjuge há mais de cinco anos (art. 1.801, III).

Entretanto, o abandono da perquirição de culpa já vinha sendo consolidado na jurisprudência, bastando configurar-se a separação de fato para que, tanto no Direito de Família, quanto no Direito das Sucessões, prevalecesse o princípio da ruptura, reconhecendo-se a inutilidade de se indagar pela culpa para resolver demandas familiares e sucessórias.

Por fim, buscou-se mostrar o conflito da inculpação com os Direitos da Personalidade, não havendo coerência possível na invasão da intimidade e na ofensa à memória do falecido, como fundamento para obter direitos patrimoniais transmitidos *mortis causa*.

Identifica-se na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que a intimidade e a vida privada não devem ser revolvidos, sob pena de violação ao disposto no art. 5º, X, da Constituição da República.

Assim, deve-se abandonar a indagação de culpa, prevista nos arts. 1.801, III e 1.830 do Código Civil, sob pena de afronta à norma Constitucional, sendo que tal interpretação permite a coerência sistemática entre as normas de Direito de Família, Direito das Sucessões e dos Direitos da Personalidade.

Referências Bibliográficas

- AMARAL, Francisco. *Direito Civil: Introdução*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. Os direitos de personalidade no Código Civil brasileiro. p. 12-13. Acesso em: 18.08.2013. Disponível em: <http://www.fd.ul.pt/Portals/0/Docs/Institutos/ICJ/LusCommune/AscensaoJoseOliveira10.pdf>
- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. In: *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 8, p. 3-24, jan-mar de 2002.
- BITTENCOURT, Edgard de Moura. *Concubinato*. 3ª ed., São Paulo: LEUD, 1988.
- BORGHI, Hélio. Liberalidades à concubina: nulas ou Anuláveis? *Revista dos Tribunais*. Abril de 1990.
- CAHALI, Francisco José. *União Estável e Alimentos entre Companheiros*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- CAMPOS, Diogo Leite de. *O estatuto jurídico da pessoa depois da morte*. In: CAMPOS, Diogo Leite de; CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. *Pessoa Humana e Direito*. Coimbra: Almedina, 2009.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. São Paulo: RT, 2008.
- COSTA JUNIOR, Paulo José da. *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2007.
- DIAS, Adahyl Lourenço. *A Concubina e o Direito Brasileiro*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988.
- DIAS, Maria Berenice. *Manual das Sucessões*. São Paulo: RT, 2008.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões*. 22ª. ed., São Paulo: Saraiva, 2007.
- ELIAS, Norbert. *Norbert Elias por ele mesmo*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar editor, 2001.
- FARIAS, Cristiano Chaves. ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- FRANÇA, Rubens Limongi. *Manual de Direito Civil*. 3ª ed., São Paulo: RT, 1975.
- FERNANDES, Milton. *Proteção civil da intimidade*. São Paulo: Saraiva, 1977.
- GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *O companheirismo: uma espécie de família*. São Paulo: RT, 1998.

HOTTOIS, Gilbert. *Dignité et diversité des hommes*. Paris: Librairie Philosophique J. Vrin, 2009.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Danos morais e Direitos da Personalidade. In: *Revista Jurídica*. Porto Alegre, n. 284, p. 5-17, jun. 2001.

MAFRA, Tereza Cristina Monteiro. Segredo versus confiança na família conjugal. In: *Família e responsabilidade: Teoria e prática do direito de família*. (coord. Rodrigo da Cunha Pereira). Porto Alegre: Magister, IBDFAM, 2010.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

MOTTA, Carlos Dias. *Direito Matrimonial e seus princípios jurídicos*. São Paulo: RT, 2007.

MOURA, Mário Aguiar. *Concubinato*. 6ª ed., Rio de Janeiro: AIDE, 1985.

NIBOYET, Frédérique. *L'ordre publique matrimonial*. Paris: L.G.D.J., 2008.

OLIVEIRA, Arthur Vasco Itabaiana de. *Tratado de Direito das Sucessões*. 3ª ed., Rio de Janeiro: Livraria Jacintho Ribeiro dos Santos, 1936.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Direito das Sucessões*. (atual. Carlos Roberto Barbosa Moreira). 17ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PESSOA, Cláudia Grieco Tabosa. *Efeitos patrimoniais do concubinato*. São Paulo: Saraiva, 1997.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1974.

ROSENVALD, Nelson. *Dignidade da Pessoa Humana e Boa-Fé no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005.

SAVATIER, René. *Les Métamorphoses Économiques et Sociales du Droit Civil Aujourd'hui*. Paris: Dalloz, 1959.

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

SCHLÜTER, Wilfried. *Código Civil Alemão: Direito de Família*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

SOUZA, Sylvio Capanema. *Comentários ao novo Código Civil: Das várias espécies de contrato. Da troca ou permuta. Do contrato estimatório. Da doação. Da locação de coisas. Arts. 533 a 578*. (Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira). Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Primeira Turma, Relator Min. Luiz Gallotti, Recurso Extraordinário nº 42.436/DF, j. 01.10.1959. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 30.08.2013.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Quarta Turma, REsp nº 196-RS, Relator Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 08/08/1989. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 25.08.2013.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Terceira Turma, Relator Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Recurso Especial nº 40.785/RJ, j. 19.11.1999; Quarta Turma, Relator Min. Ruy Rosado de Aguiar, Recurso Especial nº 140694/DF, j. 13.10.1997; Quarta Turma, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, Recurso Especial nº 555771/SP, j. 05.05.2009. Disponível em <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 19.08.2013

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Terceira Turma, REsp nº 72997-SP, Relator Min. Humberto Gomes de Barros, j. 18/05/2004. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 22.08.2013.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Terceira Turma, REsp nº 1.107.192-PR, Relator Min. Massami Uyeda, j. 20/04/2010. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 20.08.2013.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Quarta Turma, REsp nº 1096539-RS, Relator Min. Luis Felipe Salomão, j. 27/03/2012. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 23.08.2013.

SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. 2ª ed., São Paulo: RT, 2005.

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

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Quarta Câmara Cível, Relator Des. Moreira Diniz, Apelação Cível nº 1.0479.05.094351-9/001, j. 05/02/2009. Disponível em: www.tjmg.jus.br. Acesso em: 20.08.2013).

VIAL, Géraldine. *La preuve en droit extrapatrimonial de la famille*. Paris: Dalloz, 2008.

WARDLE, Lynn Dennis, NOLAN, Laurence. *Family Law in the USA*. Great Britain: Kluwer Law International, 2011.