

## A PROTEÇÃO DA PERSONALIDADE NO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO \*

HAROLDO VALLADÃO

1. O tema da minha conferência é “A Proteção da Personalidade no Direito Internacional Privado” (DIP).

O DIP inicia o seu ramo, direito civil internacional, tratando do problema fundamental de toda ordem jurídica, a personalidade.

2. A personalidade, a capacidade geral de gozo do direito, capacidade de adquirir e contrair obrigações, a existência jurídica do ser humano é conceito *básico* da ordem jurídica moderna que a estende a todos os homens, consagrado na legislação civil e, mesmo, muito acima, esplendidamente, nos direitos constitucionais, p. ex., brasileiros, de subsistência, desde a Constituição de 16 de julho de 1934, e, após, de *vida* desde a de 1946, liberdade e igualdade.

Inexiste no Código francês de 1804 e aparece nos Códigos da Áustria, 16/18, Zurique, 7.º, Chile, 54/55 e 57, e vem a ser enfatizada no Brasil por FREITAS (*Esboço*, 16/17, 21/23, 35/36, 272 e segs.), desenvolvida e completada nos Projetos NABUCO, 11, FELÍCIO, 75, e consolidada no Código Civil, art. 2.º: “Todo homem é capaz de direitos e obrigações na ordem civil”, e 13 e segs. (pessoas jurídicas).

FREITAS conceituava *pessoa*, genericamente, *ente* suscetível de aquisições de direitos, unindo desde logo (*Esboço*, arts. 16/17) na *personalidade jurídica* as pessoas de *existência visível*, os homens, e as de *existência ideal*, públicas, p. ex., o Estado, e privadas, corporações, sociedades, etc.

Outros Códigos vieram a enfatizar tais idéias sobre a personalidade: Portugal, de 1867, art. 1.º, atual 2.º, com a denominação, também, de capacidade jurídica; Uruguai, 1868, 21 e Argentina 1869, 30/32 nas águas de FREITAS; Suíça, 11/12, e sobretudo, mo-

---

\* Conferência no II Simpósio de Direito Comparado do Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, em 17.08.1982.

dername, o da Etiópia, com o cap. 1.º *De la Personnalité et des Droits de la Personnalité* e, da Tailândia, 15.

De outra parte, e aí a glória de FREITAS, ele, em divergência radical de SAVIGNY, estabelecera no *Esboço*, 1860, a *distinção básica* entre *capacidade de direito*, de gozo, arts. 21/23, regida pela *lex fori*, art. 29 e *capacidade de fato*, de exercício por si, 22/24 e 25, regida pela *lei do domicílio*, 26/27, depois seguida por VON BAR, ROLIN e, mais recentemente, por M. CARASSO (v., em detalhes, VALLADÃO, DIP, Cap. XV, n.º 2, notas 14 e 15).

Caracterizava a primeira, capacidade de direito das legislações modernas, diferentemente da capacidade de direito de SAVIGNY, do Direito Romano, pois dizia FREITAS: “Para nós, para a civilização atual, todo homem é pessoa, pois que não há homem sem a suscetibilidade de adquirir direitos” (art. 21, nota). Corresponderia à *personalidade*, *inexistindo* para ele *incapacidade geral de direito* (“até o escravo” — de que não tratou no *Esboço* — disse: “tinha aptidão para adquirir direitos”), e, por isto, proclamando democraticamente: “Não há entre nós caso possível de privação de direitos civis” decorrente da perda da qualidade de brasileiro ou por sentença judiciária qual a morte civil. Só concebia, pois, *incapacidades especiais de direito*, “*determinada por motivo de utilidade pública, abstenção feita da incapacidade de fato*”, p. ex., a do *Senatus-Consulto Velleano*, de a mulher não poder ser fiadora, a de o filho ilegítimo não poder herdar por sucessão legal, a de o pai não poder dispor por testamento além da sua terça, etc.

3. Para FREITAS a capacidade de direito e, portanto, a *personalidade*, regia-se pela *lex fori*, pelas leis deste Código, art. 29 com 5 (ordem pública); realizara — conclui — a construção que SAVIGNY (p. 35) pedia alguém fizesse, para evitar as várias exceções obrigatórias no seu regime de uma lei única para toda a capacidade.

A regra era justa: seria inconcebível em face do princípio da *lex fori*, dando personalidade a todo ser humano, denegar a capacidade geral de direitos por motivo de raça, de cor, de sexo, de religião, de nacionalidade, de opinião política, ou em consequência de perda, qual a morte civil... Estava acorde com outros textos que punham ênfase na *existência da personalidade*, para “*todos os entes que apresentarem sinais característicos de humanidade*”, *Esboço*, 35/36, para todos os brasileiros e estrangeiros, tenham ou não domicílio ou residência no Brasil, arts. 37/38. Aliás, de nossa *tradição constitucional*, desde o Império (Carta, art. 179, e H. VALLADÃO, Pareceres Consultor-Geral I/258) à República (Const. 1891, art. 72, § 2.º) até o presente (Const. 1967 e Emenda Constit. 1969, 150 e 153, § 1.º).

Legislativamente a regência da *lex fori*, proposta por FREITAS, foi acolhida logo pelo Código Civil da Argentina, arts. 6.º/7.º com 949/49, mantida ali pela jurisprudência (GOLDSCHMIDT, II, p. 127) e reproduzida nos Projetos de Reforma, de 1936, art. 2.º, e de 1965 (CLUNET, 1955, 322), art. 6.º, disciplinando a capacidade “de adquirir derechos y contraer obligaciones”, “por las leyes de la República”. Também se vê na Lei de Execução das Disposições Gerais do Código da China, art. 2.º, e *a contrario sensu*, na L. I. Código da Alemanha, art. 7.º, que só mandou aplicar a lei da nacionalidade à capacidade de fato (*Geschäftsfähigkeit*), não se estendendo à capacidade de direito (*Rechtsfähigkeit*), sendo a geral, a personalidade, territorial por força da ordem pública, art. 30. Na doutrina seguiram-no, aí, VON BAR, trad. GILLESPIE, 2.ª ed., § 137 nota 24, ROLIN I, n.º 111/3; MEILI, § 57, I, BATIFFOL, *La Capacité...*, CARASSO, 23 (v. antes Cap. XV, n.º 2, p. 180/1, e Anteprojeto Lei Geral, Justificação, págs. 62/63).

Aliás, é esta a diretriz constante da jurisprudência nos diversos países. Assim nela se apoiou STORY para afirmar o *caráter de territoriais* das incapacidades de direito, estabelecidas em leis positivas de uma nação estrangeira, contrárias às leis da natureza, de caráter penal, em particular, a escravidão; essa asseveração foi transformada em texto legal, art. 9.º do Código Civil da Argentina. A novíssima lei austríaca, de 1978 (v. H. VALLADÃO, Material de Classe), *confunde* lamentavelmente, capacidade de direito e de fato, regendo-as por um só princípio, o da lei nacional.

4. No direito pátrio, em face de nossa citada tradição doutrinária (FREITAS), legal (Cód. Civ., art. 2.º) e constitucional (de 1824 a 1969), a personalidade que se confunde com a própria existência da pessoa, com a dignidade do ser humano, rege-se sempre pela lei brasileira (VALLADÃO, DIP, Cap. XXXII, n.º 1).

Já na Introd. a referência à capacidade no art. 8.º não abrangia a capacidade de direito e muito menos a geral, a personalidade, que se regia pela lei brasileira, Cód. Civ., 2.º e 3.º (BEVILAQUA, 136, nota 2; VILLELA, o DIP, 67/68); na L. I. o art. 7.º é *omisso* quanto à personalidade em si, e a palavra “capacidade” que vem após “o início e o fim da personalidade” só podia compreender a capacidade de fato (assim SERPA LOPES (II, 176), que aplica, para a *personalidade*, a lei brasileira pela ordem pública).

Em hipótese alguma um juiz brasileiro aplicaria lei estrangeira que *denegasse personalidade* a um escravo, a um judeu, a alguém decretado civilmente morto, etc.

Assim estabelecemos no Anteprojeto de Lei Geral, art. 21, que a “personalidade rege-se segundo o direito brasileiro”, mantido na Revisão de 1970, já Projeto de Código.

A infeliz expressão do art. 2.º, Cód. Civ., “*todo homem*”, foi criticada pela doutrina. Além de representar discriminação contra a metade da população, ainda era restrita, devia ser, na boa lição de FREITAS, “ente”, abrangendo as pessoas de existência visível, as pessoas físicas e as pessoas de existência ideal, Estado, sociedades, etc.

5. Encontramos, assim, em nosso direito, a personalidade completamente protegida no Código Civil, art. 2.º e na Constituição Federal, artigo básico, da Declaração de Direitos, art. 153, universalidade dos direitos concernentes à *vida*, liberdade, segurança e propriedade.

Mas o Código Civil brasileiro completou a proteção da personalidade com os seus artigos 2.º e 3.º.

Esse último é o genérico princípio de ouro latino-americano. Veio do Código Civil do Chile, obra do insigne DOM ANDRÉS BELLO.

Os dois artigos, 2.º e 3.º, integram-se, plenamente, na proteção dos direitos humanos, sendo realização, pela lei ordinária, do princípio constitucional antes citado.

6. Essa proteção elevou-se no continente americano a nível máximo.

Acha-se assegurada em duas convenções internacionais, coletivas, assinadas e ratificadas por grande número de Estados americanos.

A primeira delas é o Código Pan-americano de DIP, Código Bustamante, ratificada pelo Brasil (Decreto n.º 18.871, 13.08.1929).

Dispõe no seu art. 1.º: “Os estrangeiros que pertençam a qualquer dos Estados contratantes gozam, no território dos demais, dos mesmos direitos civis que se concedam aos nacionais...”

E a segunda é o Tratado sobre Condição dos Estrangeiros, Havana, ratificado pelo Brasil (Decreto n.º 18.956, 22.10.1929).

Dispõe no seu art. 5.º: “Os Estados devem conceder aos estrangeiros domiciliados ou de passagem em seu território todas as garantias individuais que concedem aos seus próprios nacionais e o gozo dos direitos civis essenciais, sem prejuízo, no que concerne aos estrangeiros, das prescrições legais relativas à extensão e modalidades do exercício dos ditos direitos e garantias”.

Esses textos internacionais têm sido amplamente aplicados por tribunais brasileiros, para assegurar direitos aos estrangeiros de outros Estados americanos.

7. Acerca do início da personalidade divergem as leis civis dos Estados, uma corrente fazendo-o depender da viabilidade da

criança, Cód. França, 725; Grécia, 34; viabilidade presumida se vive 48 horas, Etiópia, 4, 1; do nascimento com vida, presumido em caso de dúvida, Austria, 23; de ter o feto figura humana ("en sus partes principales", adita o Cód. da Bolívia, 507) e viver vinte e quatro horas separado do ventre materno, Cód. Espanha, 30, e Bolívia, 507; do nascimento completo, México, 11; Japão, 1.º, Peru, 1.º; Chile, 74; Colômbia, 90; Alemanha, 1.º; com vida, Brasil, 3.º; e completo, Suíça, 31; Portugal, 66, 1. Correlatamente, há divergências quanto ao princípio do reconhecimento dos direitos do nascituro, seguido do Brasil, art. 4.º, *fine*, na maioria dos países, mas omisso em outros, p. ex., França.

Alguns autores querem aplicar a presuntiva lei pessoal, nacional ou domiciliar, MEILI, § 69, outros a *lex causae*, do negócio, onde se apresenta a questão de existência da pessoa, de sucessão, de infanticídio (VON BAR, § 129, e ANZILOTTI, CORSO, 1919, 186).

Parece-nos preferível a opinião de FREITAS, da *lex fori* adotada no *Liechtenstein*, 53, seguida por GEMMA, *Revue*, 1930, 49, e *Appunti*, 111, FEDOZZI, pág. 370, CARASSO (pág. 23), QUINTÍN ALFONSÍN (I, n.º 563); MONACO (n.º 38, *fine*), uma vez que o problema do começo da personalidade liga-se fundamentalmente ao da sua existência e unidade, regendo-se, assim, por uma só lei (e não múltiplas, no caso da *lex causae*), pela lei que rege a personalidade, que é a *lex fori*, segundo vimos antes.

Principalmente no Brasil, que considera pessoa quem nasceu com vida, não é possível aplicar os outros critérios de ter figura humana, de viver 24 ou 48 horas, etc., pois seria restringir a personalidade e, ademais, a própria nacionalidade brasileira, uma vez que o nosso princípio básico, a respeito, é o do *jus soli*, de ser brasileiro quem nasce no Brasil, sendo, tal fato, o nascimento, qualificado pela lei brasileira" (v. VALLADÃO, DIP, Cap. XXIV, n.º 1).

Foi infelicíssima, assim, a L. I. ao pretender aplicar a lei do domicílio presuntivo (o do pai), que poderia ser no estrangeiro, onde vigorasse um daqueles princípios, de diminuição da personalidade, manifestamente contrários à nossa ordem pública. Pa-dece da mesma censura o art. 28 do Cód. Bustamante.

Quanto ao problema do fim da personalidade, o princípio do nosso Cód. Civ., 10, que a existência da pessoa termina com a morte, isto é, com a morte natural, inadmitindo, assim, p. ex., a morte civil, a religiosa, conduz aí também à regência da *lex fori*; vindo de FREITAS, adotada no *Liechtenstein*, 53, mantida por GEMMA e FEDOZZI (cits.), QUINTÍN ALFONSÍN, I, n.º 566, e consagrada pelo Código Bustamante, art. 30, reabilitando-se nesse texto do erro praticado no anterior, 28. A L. I., art. 7.º, manteve o erro, que não produzirá malefícios por força do limite da ordem pública,

art. 17 da mesma L. I. Serão examinados, em separado, os problemas da ausência, inclusive quanto a reflexos sobre a extensão da personalidade.

Destarte, no Anteprojeto de Lei Geral, art. 21, submetemos à lei brasileira (*lex fori*) também o início e a extinção da personalidade, mantido na Revisão de 1970.

8. O problema da morte presumida, com a conseqüente declaração da ausência, Código Civil brasileiro, arts. 12, c/426 (Curadoria), 469/80 (Sucessão Provisória), 481/3 (Sucessão Definitiva) e 484 (Efeitos nos Direitos de Família) liga-se, principalmente, a medidas processuais urgentes, de nomeação de Curador e arrecadação dos bens requerida até pelo Ministério Público, que são desde logo da *lex fori*, do tribunal da última residência e da situação dos respectivos bens. Assim a justiça e a lei brasileiras decidirão acerca do Curador e da arrecadação dos bens existentes no Brasil. Nesse sentido, internacionalmente, o Código Bustamante, arts. 78 e 81 e, no direito interno, L. I. Código Civil alemão, 9 (Lei 12.2.1939), Japão, Ho-rei, 6, Nicarágua, VI, 3.º, Grécia, 6, Polónia, Lei 1965, 11, § 2.º.

Quanto à abertura da sucessão provisória ou da definitiva, é matéria do direito das sucessões, regulada, assim, pela respectiva *lex causae*, no Brasil, explicitamente declarado no art. 10 da L. I., pela lei do respectivo domicílio, mas a competência do juiz brasileiro se firmará com a existência de bens no Brasil. Assim o estabeleceu o Tratado de Montevidéu, Dir. Civ. Internac., art. 10, princ. (1889), e 12, princ. (1940).

Igualmente, os efeitos da ausência quanto ao cônjuge e aos filhos regem-se pela *lex causae* dos direitos de família, no Brasil a lei do domicílio. Ainda Montevidéu, cit., art. 10, *fine* (1889), e 12, *fine* (1940).

A declaração de ausência decretada pelo juiz do domicílio, da residência habitual e da nacionalidade será, em princípio, reconhecida em outros Estados e no Brasil, salvo as restrições anteriores e ofensa à ordem pública internacional.

Questão relevante, no assunto, é a da possibilidade de novo casamento do cônjuge presente, proibido nos Estados em que a declaração de ausência constitui apenas uma *presunção de morte* (Cód. Civ. francês, art. 139, Cód. Civ. bras., arts. 11 e 363, parágrafo único) e admitido naqueles em que equivale a *uma declaração de morte* (Cód. Civ. alemão, art. 13 c/ art. 1.348; Cód. Civ. holandês, 549/551, Cód. português, 1967, arts. 115/116).

Muitos autores consideram de ordem pública internacional a proibição de novo casamento no caso de *presunção de morte*;

assim para o Brasil e para o antigo Cód. Civ. português, MACHADO VILLELA, I, 54; ESPÍNOLA FILHO, II, 87 e SERPA LOPES, II, 158.

Não nos parece que a proibição seja de ordem pública internacional; trata-se apenas de uma questão de prova da morte, e a solução natural será sempre ou a nulidade do segundo casamento, com a restauração do primeiro, nos países que não admitem o divórcio (antes na Itália, novo Cód. Civ., art. 68, seguido no Proj. Cód. Civ. brasil., art. 59) ou a decretação do divórcio pedido por ausência (Portugal, Decreto 3.11.1910, art. 4.º, n.º 6) ou considerada a morte como ocorrida à data da declaração de morte presumida (novo Cód. Civ. port., art. 116). São soluções construtivas que não precisavam sequer ser formuladas, especialmente a da nulidade do segundo casamento, que decorria logicamente da volta do cônjuge ausente.<sup>1</sup>

A declaração da ausência, feita no estrangeiro, do estrangeiro ou de alguém lá domiciliado, no sentido da declaração de morte, produzirá, *ad majorem*, efeitos no Brasil, inclusive para novo casamento do cônjuge presente; trata-se de simples reconhecimento (VALLADÃO, DIP, Cap. XXXVIII).

9. Acerca dos direitos da personalidade — em especial sobre o nome — os “*jura in persona quisque*”, “*id quod quisque habet in sese*” de DONELLUS (*apud* WOLFF, P. I. L., 2.ª ed., págs. 189/90) ou “direitos pessoais absolutos”, incrustados na personalidade, p. ex., o direito à sua vida, ao seu corpo, à sua liberdade, à sua honra, ao seu nome, à sua imagem, etc., entendemos que não podem depender, para sua segurança e proteção no Brasil, de outra lei que não seja a brasileira, básica, para a própria personalidade e suas qualidades essenciais.

Assim ela se confunde com o nome e não se identifica, ou desaparece, *v. g.*, sem ele... É o sistema consagrado para os direitos de autor de relevante jurisprudência (J. DONNEDIEU DE VABRES, *Conflits de Lois*, pág. 437, RABEL, I, pág. 169).

Daí o texto do art. 23 do Anteprojeto L. Geral: “Os direitos da personalidade, inclusive o nome, serão protegidos segundo o direito brasileiro”, mantido na Revisão de 1970.

Para outros aspectos do nome, se teoricamente tem primazia o princípio da lei da nacionalidade de origem, a que se segue o

---

1 V. em Portugal a peça de ALMEIDA GARRET, “Frei Luís de Sousa”, do reaparecimento do cônjuge ausente, da ida para o convento da esposa recasada, e da ordenação religiosa do segundo marido.

do domicílio de origem, há a considerar, na prática, a grande importância da *lei do lugar do registro coincidente com o nascimento*, quando é ele escolhido e redigido (muitas vezes lei de ordem pública), principalmente se ali se adota o *jus soli* para a nacionalidade, ou a lei que rege a filiação e o casamento e, para a mudança de nome, a lei do domicílio atual...

O art. 7.º, da L. I., adotando unitária e universalmente o domicílio, fugiu à realidade, esquecendo os princípios acima. O Decreto-Lei n.º 5.101, posterior, já o abandonou ao determinar que o nome do estrangeiro a ser registrado no Brasil é o constante do seu passaporte (lei do Estado da nacionalidade). Na Argentina, em bom estudo, "Nombre de Personas Físicas y su relación con el DIP", 1951, o Dr. CELESTINO PIOTTI mostrou a impossibilidade da adoção daquele critério domiciliar único, combatendo a opinião de Busso em tal sentido (*op. cit.*, págs. 20/4).

Esse mesmo decreto-lei deu ao Ministro da Justiça competência para autorizar a alteração em casos excepcionais, do nome estrangeiro constante do registro estrangeiro no Brasil, art. 2.º. Depois, a Lei da Nacionalidade, Decreto-Lei n.º 818, de 19.9.1949, repetida no Decreto-Lei n.º 941 de 1969, art. 127, *d*, deu ao mesmo Ministro poderes para autorizar a tradução do nome do naturalizado se este o requerer.

Em verdade a alteração do nome diz muito de perto com a identidade, constitui, pois, matéria de ordem pública, não podendo fugir de todo à *lex fori*. O nome da mulher rege-se, qual o do homem, pela lei nacional ou pela do domicílio de origem, mas sua alteração pelo casamento dependerá da lei reguladora dos efeitos do casamento e de sua dissolução.

10. As incapacidades apenas especiais (FREITAS, cit.) de *direito*, p. ex., de ser proprietário, de ser tutor, de testar, que FREITAS regia pela *lex fori* (VALLADÃO, em DIP, Cap. XV), hoje se submetem à *lex causae*.

Mas a influência da *lex fori* na matéria é muito relevante. Precisa ser enfatizada.

Dai o texto do art. 24 do Anteprojeto da Lei Geral: "As incapacidades especiais de direitos regem-se segundo a lei reguladora da substância dos mesmos direitos, na medida em que não forem incompatíveis com o direito brasileiro". É o princípio da ordem pública reforçado e, assim, a Comissão Revisora de 1970 o redigiu no final: "se não contrariarem manifestamente a ordem pública".

11. **Conclusão.** Caminhamos, através do tema, personalidade, pelos altiplanos do direito, galgamos as cumiadas, fizemos alpinismo na ordem jurídica.

Agradeço a Deus ter-me permitido fazê-lo, para o que não medi concentração e esforços.

E a todos vós, caros assistentes, pela atenção e compreensão com que me honraram.