

CAPÍTULO II
O CÓDIGO CIVIL
E O DIREITO DA PERSONALIDADE

*Roxana Cardoso Brasileiro Borges**

Sumário • 1. Introdução – 2. O sistema jurídico, o subsistema civil e o microsistema do Direito da Personalidade – 3. Breve histórico do microsistema do Direito da Personalidade – 4. Objeto do microsistema do Direito da Personalidade – 5. Taxonomia no microsistema do Direito da Personalidade – 6. Características das espécies do Direito da Personalidade – 7. Metodologia e extensão do microsistema do Direito da Personalidade: 7.1 Cláusula geral ou direitos especiais?; 7.2 Liberdade negativa ou liberdade positiva?; 7.3 Direito público ou direito privado? – 8. Responsabilidade civil e o Direito da Personalidade – 9. A tutela processual no microsistema do Direito da Personalidade – 10. Conclusão – 11. Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Este artigo trata do microsistema do Direito da Personalidade e suas relações com o subsistema civil e o sistema jurídico como um todo, informado pela Constituição Federal.

Este trabalho sobre o Direito da Personalidade se justifica pela importância que tem o tema, marco da evolução civilística do patrimonialismo à consagração de categorias civis existenciais, ainda não compreendidas completamente pela doutrina e jurisprudência nacionais, que tentam se desvincular de uma cultura privatista que, em grande parte, voltou-se para questões patrimoniais.

Nosso objetivo será construir elementos teóricos que permitam uma compreensão geral da *ratio* das normas sobre o Direito da Personalidade, através da análise de sua justificativa histórica, seu objeto, suas características e sua metodologia e extensão, sua tutela processual. Como aplicação desta teoria geral, vamos analisar, também, alguns aspectos do Direito da Personalidade, comentando alguns problemas que envolvem o direito à

*. Professora Adjunta nas Faculdades de Direito da Universidade Federal da Bahia, Universidade do Estado da Bahia e Universidade Católica do Salvador, Doutora em Direito Civil pela PUC/SP, Mestre em Instituições Jurídico-Políticas pela UFSC.

vida, o direito à integridade física, o direito à imagem, o direito à honra, o direito à privacidade, o direito à identidade e o direito moral do autor. Propomos, também uma reflexão sobre o dano extrapatrimonial decorrente da violação ao Direito da Personalidade.

Ressalvamos que, apesar de utilizarmos as terminologias *sistema*, *subsistema* e *microsistema*, não desenvolveremos o trabalho a partir da matriz da teoria dos sistemas.

2. O SISTEMA JURÍDICO, O SUBSISTEMA CIVIL E O MICROSSISTEMA DO DIREITO DA PERSONALIDADE

Usando a expressão presente no título desta obra coletiva, que tem por objetivo reunir pesquisas sobre o Direito Civil e suas relações com alguns importantes microsistemas, começamos este artigo relacionando três conceitos: *sistema*, *subsistema* e *microsistema* e aplicando-os ao ordenamento jurídico, ao Direito Civil e ao Direito da Personalidade.

O conceito de sistema é de onde partiremos para, reduzindo nossa análise, chegarmos ao subsistema e, de forma analítica, alcançarmos o microsistema.

Sistema tem origem grega, *sýstēma*, e significa “conjunto de elementos, materiais ou ideais, entre os quais se possa encontrar ou definir alguma relação”¹. Os elementos de um sistema interajem.

A palavra *sistema*, acrescida do prefixo latino *sub*, tem o significado de um sistema menor, dentro do sistema, abaixo do sistema. O afixo *sub* indica “de baixo para cima” ou “embaixo” ou “submissão”².

A partícula *micro* será acrescida à palavra *sistema* indicando um sistema menor que o subsistema, representando um subsistema do subsistema. Uma vez que expressarmos-nos desta maneira dificulta a redação e a leitura, optamos por utilizar a palavra *microsistema*, como no título desta coletânea.

Assim, usaremos *sistema* para designar o ordenamento jurídico como um todo, desde a Constituição Federal, abrangendo o conjunto de normas jurídicas presentes em vários ramos do direito, incluindo princípios, regras e normas de conteúdo não estatal, como os costumes.

-
1. CUNHA, Antônio Geraldo da. *Dicionário etimológico Nova Fronteira da Língua Portuguesa*. 2.ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986, p. 728.
 2. VIARO, Mário Eduardo. *Por trás das palavras: manual de etimologia do português*. São Paulo: Globo, 2004, p. 39.

O Direito Civil será tratado como *subsistema*, por se encontrar dentro do ordenamento jurídico mas, também, por, ao mesmo tempo, ter componentes próprios estabelecendo entre si relações específicas.

O Direito da Personalidade será considerado um *microssistema*, palavra usada para representar um subsistema do subsistema Direito Civil.

Neste trabalho, vamos tratar do sistema, do subsistema e do microssistema de forma analítica, ou seja, separando e estudando suas partes, ainda que, ao final, a conclusão seja holística, reunindo estas partes e compreendendo o sistema geral do Direito da Personalidade, num movimento de ida e volta que nos permita conhecer as regras e, ao mesmo tempo, compreender os princípios e a finalidade.

Como o microssistema do Direito da Personalidade é um subsistema do Direito Civil que, por sua vez, é um subsistema do Direito, para compor e conhecer o Direito da Personalidade, temos que conhecer pelos menos uma parte do Direito Civil e, do que resta do Direito, optamos por explicitar algumas relações entre estes dois e o Direito Constitucional.

A compreensão do Direito da Personalidade, contudo, exige mais, sendo necessário, ainda, identificar inúmeras relações entre estes microssistemas e várias normas presentes no Direito Penal, na lei de doação de órgãos, na lei de registros públicos (Lei n. 6.015/73), na lei de imprensa, dentre outras, o que não faremos nos limites deste artigo.

Numa representação física das relações entre estes subsistemas, podemos perceber a seguinte figura:

O subsistema civil é maior do que o Código Civil. O Código Civil é apenas um documento no qual estão contidos alguns elementos do subsistema civil.

Como o subsistema civil insere-se no sistema jurídico, o subsistema civil e o subsistema constitucional se interrelacionam. Não vamos discutir aqui se o Direito Constitucional é sub ou macrossistema. Importa que ele também compõe o sistema jurídico, embora o documento Constituição Federal seja o documento superior de todo o ordenamento jurídico, informando todos os subsistemas, embora não represente, por si só, o todo. Portanto, não trataremos diretamente do Direito Constitucional, mas da Constituição Federal e suas relações genéricas com o subsistema civil.

Importa, aqui, ressaltar a posição de subordinação em que se encontra o subsistema civil em relação à Constituição Federal. Esta menção é importante, pois durante muito tempo, no Brasil, não se deu o devido valor à normatividade constitucional e sua influência sobre as demais normas jurídicas, o que levou, quanto ao subsistema civil, à contumaz aplicação do

Código Civil de 1916 em partes que, neste, chocavam-se com as normas da Constituição Federal de 1988.

Desde a Constituição Federal de 1988 vem crescendo a cultura jurídica de valorização das normas constitucionais, sua eficácia e sua incidência sobre os demais ramos. No campo do subsistema civil, este movimento é denominado de constitucionalização do Direito Civil, expressando a necessidade de se interpretar as normas encontradas em leis civis de acordo com os preceitos constitucionais, como igualdade, função social do contrato e da propriedade, formas variadas de entidades familiares, direitos da personalidade, dignidade da pessoa humana.

O microsistema do Direito da Personalidade, assim como o subsistema civil, encontram seus fundamentos de validade na Constituição Federal de 1988, tendo, portanto, dependência jurídica das normas constitucionais. Havendo alguma ruptura ou desconexão entre estes subsistemas e os preceitos constitucionais, aqueles perdem fundamento de validade, tornando-se inconstitucionais.

O principal fundamento jurídico da contemporânea teoria dos direitos de personalidade é o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, contido no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal.

A dignidade humana é uma cláusula geral constitucional. A dignidade humana é tratada como um valor constitucional, o que demonstra que as situações jurídicas existenciais da pessoa ampliam-se cada vez, sobretudo com o reconhecimento dos direitos de personalidade. Para Franco Bartolomei, a normatização constitucional dos direitos invioláveis do ser humano é particularmente importante quando se põe como cláusula geral de tutela essencial da pessoa, o que leva à exigência da tutela integral do ser humano através da proteção de todos aqueles interesses que lhes são essenciais³.

A dignidade humana apresenta-se no ordenamento através do artigo 1º, III da Constituição, o que faz com que o valor de dignidade da pessoa humana se torne, explicitamente, um princípio, uma norma de dever-ser, com caráter jurídico e vinculante e, por estar no topo do ordenamento jurídico como princípio fundamental, vincula todas as esferas jurídicas, informando, em especial, os direitos de personalidade, salientando a necessidade de se fazer uma interpretação civil-constitucional das normas presentes no Código Civil.

O sentido de dignidade enquanto princípio básico do ordenamento jurídico se aproxima das noções de respeito à essência da pessoa humana, respeito às características e sentimentos da pessoa humana, distinção da

3. *La dignità umana come concetto e valore costituzionale*. Torino: G. Giappichelli, p. 12-13.

pessoa humana em relação aos demais seres. É um sentido subjetivo, pois o conteúdo da dignidade depende das circunstâncias em que o sujeito se encontra inserido, como suas peculiaridades físicas, culturais, sociais, econômicas, ideológicas.

Além da norma expressa no artigo 1º, III, do texto constitucional, há outras, em especial no art. 5º, que fundamentam, de forma mais direta, os direitos de personalidade, ao prever, expressamente, de algumas de suas expressões, como direito à vida e direito à liberdade (Constituição Federal, art. 5º, *caput*), direito à imagem (CF, art. 5º, V, X e XXVIII, *a*), direito à intimidade (CF, art. 5º, X e LX), direito à vida privada (CF, art. 5º, X), direito à honra (CF, art. 5º, X), direito ao sigilo (CF, art. 5º, XII), direito autoral (CF, art. 5º, XXVII), direito à voz (CF, art. 5º, XXVII), dentre outros.

Os europeus utilizam a expressão “livre desenvolvimento da personalidade”, com conteúdo correlato ao nosso princípio da dignidade, embora aquela tenha mais expressividade no que tange à importância dos direitos de personalidade. Estes visam à realização do livre desenvolvimento da personalidade da pessoa humana. Os direitos de personalidade, cada vez mais desenvolvidos para uma proteção maior do ser humano, voltam-se para a realização da dignidade da pessoa, como próprios direitos da dignidade.

3. BREVE HISTÓRICO DO MICROSSISTEMA DO DIREITO DA PERSONALIDADE

Para Pontes de Miranda, a partir da teoria dos direitos de personalidade, “começou, para o mundo, nova manhã do direito”⁴. Esta afirmação, feita em, aproximadamente, 1955, revela a importância desta classe de direitos para a revalorização do ser humano, em especial no campo do Direito Civil. Trata-se de direitos que visam a garantir o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa humana, prevendo a proteção dos modos de ser da pessoa, o que, num ramo de tradição tão patrimonialista, como costuma ser o Direito Civil, pode causar uma alteração de eixo axiológico, pondo o foco sobre a valorização da pessoa humana, deixando periféricas as relações puramente patrimoniais que sempre ocuparam a atenção dos civilistas.

A previsão de um capítulo, no texto do Código Civil de 2002, tratando dos direitos de personalidade é proclamada por alguns como uma novidade, como algo inédito. De fato, não havia a previsão desta importante classe de direitos no texto de 1916, mas não significa que sua previsão no Código atual seja completamente inovadora.

4. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955. V. 7, p. 6.

O desenvolvimento mais sistematizado da teoria dos direitos de personalidade ganha espaço em meados do século XX, tendo sido objeto, inclusive, do anteprojeto de Código Civil elaborado pelo civilista baiano Orlando Gomes, em 1963. Em 1975, o autor do texto da Parte Geral do anteprojeto do Código Civil que foi publicado em 2002, ministro Moreira Alves, inspirado na proposta de Orlando Gomes, dedicou um capítulo aos direitos de personalidade. Embora os dois projetos lhe sejam anteriores, foi com a Constituição Federal de 1988, que os direitos de personalidade ganharam força e passaram a integrar, de forma mais explícita, as obras doutrinárias e a jurisprudência. Quando o Código de 2002 foi publicado, já existiam algumas monografias sobre o tema, embora não fosse objeto da maioria dos manuais, assim como a jurisprudência já apresentava decisões sobre direito à imagem, à privacidade, ao nome e os aspectos civis do direito à honra.

No texto do Código Civil em vigor, o tratamento dos direitos de personalidade mereceu capítulo próprio, inserido no livro “Das Pessoas”, no seu primeiro título, o que trata “Das Pessoas Naturais”. Este projeto, em geral, recebeu várias críticas, em relação a diversos aspectos, incluindo este capítulo, que foi criticado por não enumerar todos os direitos de personalidade, por não listar todas as suas características, por estabelecer normas muito genéricas. No entanto, o que, para alguns, é defeito, para outros, é mérito do novo texto: pelo que será demonstrado abaixo, não deveria ser diferente, tendo Josaphat Marinho explicado que “há de compreender-se porque o [atual Projeto de] Código Civil adota critério de normas concisas e flexíveis, destinadas a facilitar a abrangência da realidade e das concepções jurídicas sempre em mutação”⁵. O desenvolvimento destas normas há de ser feito pela doutrina e pela jurisprudência, como tem ocorrido.

O texto do Código Civil de 2002, neste capítulo, é influenciado pelos códigos italiano de 1942 e português de 1966. Ambos propõem um início de sistematização dos direitos de personalidade, mas sem excluir outros direitos que não foram ali expressos.

Embora hoje não existam dúvidas sobre a existência dos direitos de personalidade, suas peculiaridades levaram juristas, em outra época, a negar sua possibilidade, por considerarem que isso implicaria admitirem-se direitos sobre a própria pessoa e, como consequência extrema, a legitimação do suicídio. Ocorre que os direitos de personalidade não têm por objeto a

5. Os direitos da personalidade no projeto de novo Código Civil brasileiro. *Stvdia ivridica*: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra n. 40, Colloquia 2. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 254.

pessoa em si, mas atributos seus, expressões de sua personalidade, modos de ser que, embora indissociáveis da pessoa, são-lhe distintos.

Na história do direito, costuma-se identificar como marco jurídico inicial dos direitos de personalidade a *actio injuriarum* do direito romano, que, de forma não sistematizada, nem com o conteúdo ético atual, defendia a pessoa da ofensa à honra, à vida e à integridade física, conforme a evolução pretoriana⁶. Posteriormente, no século XIII, a contribuição veio da Carta Magna da Inglaterra, principalmente com o reconhecimento do direito à liberdade do indivíduo frente ao poder público. Atribui-se também ao cristianismo uma parcela de contribuição para a teoria dos direitos de personalidade, devido à valorização da dignidade do homem que aquele propunha, explicitada pela doutrina de São Tomás de Aquino. A Escola de Direito Natural influenciou a teoria por afirmar a existência de direitos inerentes à natureza humana. O movimento iluminista ressaltou a valorização do indivíduo frente ao Estado, ponto de vista importante para a afirmação desta classe de direitos. Citam-se também algumas declarações de direitos, como a já citada Magna Carta, a Bill of Rights de Virgínia, de 1776, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão da Revolução Francesa, de 1789 e a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948.

Dentre os primeiros direitos típicos de personalidade reconhecidos como direitos fundamentais estão o direito à vida, o direito à liberdade e o direito à integridade física. Foram direitos reconhecidos a partir da oposição entre indivíduo e Estado, chamados de liberdades públicas. Visava-se a proteger a pessoa contra as intervenções arbitrárias do Estado. Com o aumento populacional das cidades, com o crescimento dos veículos de comunicação de massa, com o aumento do desequilíbrio nas relações econômicas e com o avanço tecnológico, outros direitos da personalidade emergiram, desta vez não apenas para proteger o indivíduo contra o Estado, mas para protegê-lo também contra a intervenção lesiva de outros particulares. Na sociedade tecnológica de massa dos séculos XX e XXI, frente às novas formas de agressão, as pessoas, ao se conscientizarem mais de sua dignidade, passam a exigir o reconhecimento jurídico de sua condição de pessoa humana. Na esfera jurídica, a evolução do direito positivo e do conhecimento científico do direito levam ao reconhecimento, a cada dia, de novos direitos de personalidade.

6. CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 53-55.

4. OBJETO DO MICROSSISTEMA DO DIREITO DA PERSONALIDADE

O Direito da Personalidade visa à proteção dos modos de ser da pessoa, das projeções físicas e não físicas das pessoas, ou seja, de suas projeções físicas e morais, de seus atributos personalíssimos, daquelas características que lhes são essenciais. As projeções da pessoa, suas expressões, qualidades ou atributos são bens jurídicos tutelados pelo ordenamento jurídico, através de normas presentes desde o texto constitucional até a legislação especial.

São categorias do ser, não do ter. Consistem em situações jurídicas existenciais, não patrimoniais. O Direito da Personalidade ou, como prefere a doutrina brasileira, os direitos da personalidade são uma categoria especial de direitos, que se destaca em relação às classes dos direitos obrigacionais e dos direitos reais. Através dos direitos de personalidade, protegem-se a essência da pessoa e suas principais características, não bens que se situam fora do ser humano, nem bens de conteúdo patrimonial. Para o autor italiano Adriano de Cupis, há, no ordenamento jurídico, uma hierarquia entre os bens, sendo que o objeto dos direitos da personalidade são os bens de maior valor jurídico, sem os quais os outros perdem valor.⁷

Não há que se confundir, contudo, sujeito com objeto de direito. O sujeito de direito é a pessoa humana, enquanto o que se considera objeto dos direitos de personalidade, ou bem jurídico em sentido amplo, são as várias qualidades ou expressões da personalidade. Não é a personalidade o objeto dos direitos de personalidade, mas algumas qualidades, expressões ou projeções dela.

Esta categoria de direitos tem como objeto as próprias expressões da personalidade, como a honra, a integridade física, a imagem, a privacidade, a identidade.

Direitos de personalidade são “as faculdades jurídicas cujo objeto são os diversos aspectos da própria pessoa do sujeito, bem assim as suas emanções e prolongamentos”⁸.

Conforme Serpa Lopes, os direitos de personalidade são os atinentes à utilização e disponibilidade de certos atributos inatos ao indivíduo, como projeções biopsíquicas integrativas da pessoa humana, constituindo-se em

7. *Direitos da personalidade*. Lisboa: Morais, 1961.

8. LIMONGI FRANÇA, Rubens. *Manual de direito civil*. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. V. 1, p. 403.

objetos (bens jurídicos), assegurados e disciplinados pela ordem jurídica imperante⁹.

Uma definição que encerra muito bem o conceito dos direitos de personalidade é a de Alberto Trabucchi, segundo a qual os direitos de personalidade são direitos essenciais que visam a garantir as razões fundamentais da vida da pessoa e o desenvolvimento físico e moral de sua existência, tendo por objeto modos de ser da mesma pessoa¹⁰.

5. TAXONOMIA NO MICROSSISTEMA DO DIREITO DA PERSONALIDADE

São diversas as propostas de classificação dos aspectos do Direito da Personalidade apresentadas pela doutrina ou identificadas na jurisprudência. A identificação e classificação dos direitos de personalidade feita pela doutrina podem apresentar esquemas sintéticos, enquanto alguns autores preferem classificações mais analíticas.

Apesar do esmero da doutrina, não vemos importância prática na classificação dos direitos de personalidade. Na verdade, em certos casos concretos, há até mesmo a dificuldade de se identificar qual direito está sendo violado, ou qual denominação se deve dar ao bem jurídico lesionado. Por exemplo, se alguém publica a foto de outrem, atribuindo-lhe contexto falso ou constrangedor, ou ilustrando uma injúria, com citação de seu nome, quais direitos foram atingidos? A imagem, a honra, o nome, a privacidade? Talvez tenhamos que superar a categorização das várias expressões dos direitos de personalidade para que a dificuldade de identificação e de denominação não se torne obstáculo para a tutela da dignidade da pessoa humana.

As categorias que têm sido mais identificadas e suas classificações são:

Para o italiano Adriano De Cupis, os direitos de personalidade podem ser organizados assim: a) direito à vida, direito aos alimentos; b) direito à integridade física; c) direito sobre partes separadas do corpo, direito sobre o cadáver; d) direito à liberdade; e) direito à honra, direito ao resguardo pessoal, direito à imagem; f) direito ao segredo (correspondência, profissional, documentos, doméstico); g) direito à identidade pessoal (ao nome);

9. *Curso de direito civil*. 9. ed. rev. e atual. por José Serpa Santa Maria. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000. V. 1, p. 241.

10. *Intituciones de derecho civil*. Tradução da 15. ed. italiana de Luis Martínez-Calcerrada. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1967, p. 105.

h) direito ao título (nome e nobiliárquico); i) direito ao sinal figurativo (brasão); j) direito moral de autor.¹¹

São direitos de personalidade, na classificação de Pontes de Miranda: o direito de personalidade como tal, o direito à vida, o direito à integridade física, o direito à integridade psíquica, o direito à liberdade, o direito à verdade (o direito à *exceptio veritatis*), o direito à honra, o direito à própria imagem, o direito de igualdade, o direito ao nome, o direito à intimidade e o direito autoral de personalidade.

Orlando Gomes classifica os direitos de personalidade como: 1) direitos à integridade física, 1a) direito à vida, 1b) direito sobre o próprio corpo, 1b1) direito sobre o corpo inteiro, 1b2) direito sobre partes separadas, 2) direitos à integridade moral, 2a) direito à honra, 2b) direito à liberdade, 2c) direito ao recato ou direito à intimidade, 2d) direito à imagem, 2e) direito ao nome, 2f) direito moral do autor.¹²

Para Francisco Amaral, dentre os direitos de personalidade, estão: 1) no aspecto físico: 1a) direito à vida, 1b) direito ao próprio corpo; 2) no aspecto intelectual: 2a) direito à liberdade de pensamento, 2b) direito de autor, 2c) direito de inventor; 3) no aspecto moral: 3a) direito à liberdade, 3b) direito à honra, 3c) direito ao recato, 3d) direito ao segredo, 3e) direito à imagem, 3f) direito à identidade.¹³

Rubens Limongi França classifica os direitos da personalidade em: 1) direito à integridade física, 2) direito à integridade intelectual e 3) direito à integridade moral, reconhecendo, contudo, que esses direitos não são estanques e, por exemplo, o direito à imagem pode ser de natureza física e de natureza moral. Assim, de forma não definitiva, devido ao caráter evolutivo da matéria, o autor propõe uma classificação dos direitos da personalidade em que cada uma destas três classes abrange outros direitos. O 1) direito à integridade física abrange: 1a) o direito à vida e aos alimentos; 1b) o direito sobre o próprio corpo, vivo; 1c) o direito sobre o próprio corpo, morto; 1d) o direito sobre o corpo alheio, vivo; 1e) o direito sobre o corpo alheio, morto; 1f) o direitos sobre partes separadas do corpo, vivo; 1g) o direito sobre partes separadas do corpo, morto. O 2) direito à integridade intelectual envolve: 2a) o direito à liberdade de pensamento; 2b) o direito pessoal de autor científico; 2c) o direito pessoal de autor artístico; 2d) o direito pessoal de inventor. E 3) o direito à integridade moral comporta:

11. Op. Cit.

12. *Introdução ao direito civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 158.

13. *Direito civil: introdução*. 3. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

3a) o direito à liberdade civil, política e religiosa; 3b) o direito à honra; 3c) o direito à honorificiência; 3d) o direito ao recato; 3e) o direito ao segredo pessoal, doméstico e profissional; 3f) o direito à imagem e 3g) o direito à identidade pessoal, familiar e social.¹⁴

Para Carlos Alberto Bittar os bens jurídicos objetos dos direitos de personalidade são 1) físicos, 2) psíquicos e 3) morais. São 1) direitos físicos: 1a) o direito à vida, 1b) o direito à higidez física, 1c) o direito ao corpo, 1d) o direito a partes do corpo (próprio e alheio), 1e) o direito ao cadáver e a partes do cadáver, 1f) o direito à imagem e 1g) o direito à voz. Constituem 2) direitos psíquicos: 2a) o direito à liberdade (de pensamento, de expressão, de culto etc.), 2b) o direito à intimidade (privacidade, reserva), 2c) o direito à integridade psíquica e 2d) o direito ao segredo. Dentre os 3) direitos morais encontram-se: 3a) o direito à identidade, 3b) o direito à honra, 3c) o direito ao respeito e 3d) o direito às criações intelectuais¹⁵.

Renan Lotufo divide os direitos de personalidade em 1) direitos à integridade física e 2) direitos à integridade moral. Nos direitos à integridade física estão inseridos o 1a) direito à vida, 1b) o direito sobre o próprio corpo e o 1c) direito ao cadáver. Nos direitos à integridade moral o autor identifica o 2a) direito à honra, 2b) à liberdade, 2c) à privacidade, 2d) à intimidade, 2e) à imagem, 2f) ao nome e os 2g) direitos morais sobre as criações pela inteligência¹⁶.

6. CARACTERÍSTICAS DAS ESPÉCIES DO DIREITO DA PERSONALIDADE

Os direitos de personalidade são, em geral, considerados extrapatrimoniais, inalienáveis, impenhoráveis, imprescritíveis, irrenunciáveis, indisponíveis, inatos, absolutos, necessários, vitalícios. Não são suscetíveis de avaliação pecuniária; não podem ser transmitidos a outrem,; sendo inerentes à pessoa, não podem ser renunciados; não se extinguem com o tempo; enquanto for viva, a pessoa é titular de todas as expressões dos direitos de personalidade; não estão sujeitos à execução forçada. Quando há a lesão ao direito de personalidade a compensação em dinheiro é devida porque não há como reparar o dano em sua integralidade, não há como restituir à pessoa, de modo satisfatório, o que foi lesado.

14. Op. cit., p. 412.

15. *Os direitos da personalidade*. 4. ed. rev. atualizada por Eduardo Carlos Bianca Bittar. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000, p. 65.

16. *Código Civil comentado: parte geral* (arts. 1º a 232). São Paulo: Saraiva, 2003, p. 50.

Os direitos de personalidade são considerados *absolutos* porque são oponíveis *erga omnes*, ou seja, geram para toda a coletividade o dever geral de abstenção, de não-intromissão nos direitos de personalidade de uma pessoa.

São *inatos*, pois, ao nascer, a pessoa os adquire automaticamente, não sendo exigido qualquer outro requisito, bastando a vida e a condição humana, configurando-se como direitos que nascem com a pessoa. Ao nascer, a pessoa adquire os direitos de personalidade sem ter de realizar qualquer ato jurídico de aquisição de direito. (Embora não seja este o espaço para desenvolver tão importante questão, consideramos que o nascituro, enquanto tal, já é titular de direitos de personalidade atuais, pois a aquisição da personalidade na forma do art. 2º do Código Civil determina apenas a aquisição de direitos patrimoniais).

São *inalienáveis* porque não podem ser vendidos ou doados a outras pessoas. Assim, não há aquisição nem extinção de direitos de personalidade por meio de negócios jurídicos, mas apenas pelo nascimento e, em certos casos, pela morte do sujeito.

São *intransmissíveis*, pois não se transmitem a outros sujeitos. Mesmo após a morte da pessoa, não se transmitem por sucessão, embora continuem a ser protegidos pelo ordenamento. Na verdade, a transmissão *mortis causa* dos direitos de personalidade é polêmica. Embora muitos considerem estes direitos intransmissíveis, o que ocorre, na prática, é que a jurisprudência vem concedendo amplamente tutela judicial a direitos como imagem, honra e privacidade sobre fatos relacionados a pessoas falecidas, ora se falando em direito próprio dos herdeiros, ora se falando dos herdeiros apenas como legitimados.

Os direitos de personalidade são, também, *irrenunciáveis*, estando ligados à pessoa a partir de seu nascimento e até sua morte. São direitos inseparáveis da pessoa, não podendo alguém simplesmente renunciar a seu direito.

São *indisponíveis*¹⁷, conforme Renan Lotufo, “porque o titular não pode privar-se de seus direitos da personalidade, o que é muito mais do que intransmissibilidade, ou inalienabilidade”.

17. Em outra obra relatamos a pesquisa sobre o significado, condições e limites da (in)disponibilidade dos direitos de personalidade e características correlatas, como inalienabilidade, intransmissibilidade, irrenunciabilidade e extrapatrimonialidade. BORGES,

No mesmo sentido, os direitos de personalidade são também *imprescritíveis* porque não se extinguem pelo decurso de tempo nem pelo não-uso ou pela demora em defendê-lo judicialmente, não sendo possível o estabelecimento de prazos para seu exercício. Discute-se, contudo, a existência de prazo para pleitear a compensação econômica pelo dano extrapatrimonial decorrente se sua violação.

Constituem-se direitos *extrapatrimoniais* por compreenderem “valores não redutíveis pecuniariamente” ou porque não possuem um “conteúdo patrimonial direto”. Em outro sentido, os direitos de personalidade são considerados extrapatrimoniais também por serem insuscetíveis de execução coativa. No entanto, admite-se que os direitos de personalidade possam ter repercussão pecuniária, além da possibilidade de compensação econômica por sua lesão.

Por serem extrapatrimoniais, são também *impenhoráveis*. No entanto, sobre esse aspecto, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho observam que, embora os direitos de personalidade sejam impenhoráveis, quando ocorre de tais direitos se manifestarem economicamente, como os direitos autorais ou o direito à imagem, os créditos gerados pela cessão de uso de tais direitos podem ser objeto de penhora.

São *necessários* porque todas as pessoas, ao nascer, os adquirem, pelo simples fato do nascimento. Também porque “não se admite a ausência de qualquer um deles para o desenvolvimento da própria vida; são imprescindíveis à própria vida”.

São *vitalicios* porque duram por toda a existência da pessoa.

Contudo, é preciso compreender estes conceitos de forma não dogmática, admitindo flexibilidades e exceções, pois as diversas expressões dos direitos de personalidade são distintas, exigindo, por vezes, a admissão de uma caracterização adequada a cada espécie.

Estas são as principais características dos direitos de personalidade. Lembramos que, conforme observou Josaphat Marinho, a caracterização “não é de ser resumida em conceito linear ou dogmático, dada a diversidade ou heterogeneidade desses direitos e a controvérsia em torno de suas delimitações”¹⁸.

Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade e autonomia privada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva: 2007.

18. Op. cit., p. 252.

7. METODOLOGIA E EXTENSÃO DO MICROSSISTEMA DO DIREITO DA PERSONALIDADE

7.1 Cláusula geral ou direitos especiais?

Quando o texto do Código Civil de 2002 estava para ser aprovado, alguns juristas criticaram o fato de o capítulo “Dos direitos da personalidade” (arts. 11 a 21) ser incompleto, ou seja, não prever todos os direitos de personalidade.

Ocorre que não há como, de forma definitiva, estabelecerem-se “todos” os direitos de personalidade, pois este número é indefinido. A lista de direitos de personalidade em espécie está em contínua expansão, constituindo uma série aberta ou um sistema aberto de várias expressões da personalidade e suas correspondentes tutelas jurídicas.

Ao longo da história, novos direitos de personalidade têm sido identificados. Na medida em que a sociedade torna-se mais complexa e as lesões às pessoas proliferam, até mesmo como decorrência de certos usos da tecnologia, novas problemáticas demandam resposta jurídica. É o que ocorre no campo dos direitos de personalidade: são direitos em expansão. Com a evolução jurídica e o desenvolvimento da pesquisa sobre o direito, vão se revelando novas situações que exigem proteção jurídica e, conseqüentemente, novos direitos vão sendo reconhecidos.

Por isso, os direitos de personalidade não são *numerus clausus*. Nem os direitos de personalidade presentes na Constituição Federal nem a listagem contida no texto do Código Civil de 2002 são listas exaustivas ou taxativas, uma vez que os direitos de personalidade não são unicamente aqueles direitos expressamente previstos¹⁹. Pelo contrário, são listas apenas exemplificativas e refletem dado momento histórico que está em veloz mutação. Além disso, vale lembrar a regra do artigo 5º, parágrafo 2º, do texto constitucional, que afirma que os direitos e garantias ali previstos não excluem outros que venham a ser reconhecidos posteriormente. A determinação legal de alguns direitos de personalidade, individualizados, encontrados explicitamente na Constituição Federal e no Código Civil de 2002, são apenas uma forma para lhes possibilitar proteção mais rápida e direta, facilitando a tutela do que já se considera consolidado.

Embora, no Brasil, a maioria da doutrina trate os direitos de personalidade como direitos em espécie autônomos, como descrito acima, ou seja, direito à integridade física, direito à honra, direito à imagem, direito à pri-

19. GALGANO, Francesco. *Il diritto privato fra codice e Costituzione*. 2. ed. Bologna: Zanichelli, 1983, p. 94.

vacidade etc., encontramos, na doutrina estrangeira e em parte da doutrina nacional, divergências quanto à extensão e à metodologia de proteção dos direitos de personalidade: se se trata de uma lista de direitos em espécie autônomos entre si (corrente pluralista) ou se se trata de um direito geral que tem como conteúdo a pessoa humana em seus vários aspectos, mas reunidos numa unidade (corrente monista).

Assim, há juristas que preferem falar de um direito geral de personalidade, como Pietro Perlingieri²⁰ ou Capelo de Souza²¹, direito geral que abarcaria todas as espécies de direitos de personalidade presentes e futuras.

Para o civilista italiano Pietro Perlingieri, há uma cláusula geral de tutela da pessoa humana pois, em sua concepção, há situações de necessidade de proteção da pessoa em que o sujeito e o objeto de um certo direito não são seres diferentes, mas a mesma pessoa. Segundo o autor, no direito de personalidade o sujeito e o objeto do direito são, ao mesmo tempo, o ser, a pessoa, o que impede que a tutela a essa pessoa seja fracionada em diversos direitos de personalidade sem relação ente si.²² No seu entendimento, uma vez que a pessoa representa, ao mesmo tempo, as categorias de sujeito e de objeto, como um problema unitário, também o direito de personalidade deve ser unitário, tomando-se aí a personalidade como um valor²³. Pietro Perlingieri vê na tipificação dos direitos de personalidade a justificativa histórica para se limitar a sua tutela²⁴.

Antonio Baldassare compactua com o entendimento de que os direitos fundamentais garantidos à liberdade humana não precisam de uma específica previsão positiva. São os direitos de personalidade, para o autor italiano, paradigmas gerais que englobam várias possibilidades materiais nas quais se possa realizar a ação humana. Para ele, não há uma cláusula aberta de vários direitos, mas a possibilidade de, a partir do art. 2º da Constituição Italiana – que pode ser comparado ao inciso III do art. 1º da Constituição Federal brasileira –, reconhecerem-se, por expansão, direitos implícitos²⁵.

Para Francisco Amaral, a personalidade, como conjunto unitário dos bens e valores essenciais da pessoa, justifica a existência de um direito geral de personalidade, que tem as suas bases na dignidade da pessoa humana.

20. *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*. Napoli: Jovene, 1972.

21. *Op. cit.*

22. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 154.

23. *Idem*, p. 155.

24. *La personalità...* *op. cit.*, p. 43.

25. *Diritti della persona e valori costituzionali*. Torino: G. Giappichelli, *passim*.

Por outro lado, admitem-se também os direitos especiais de personalidade, que correspondem aos aspectos parciais da personalidade²⁶. Assim, admite o autor tanto a possibilidade de um direito geral de personalidade como uma série aberta de direitos de personalidade, previstos expressamente no ordenamento jurídico positivo ou não.

Ainda na doutrina brasileira, para San Tiago Dantas a personalidade é uma, sendo a honra, a vida, a integridade corpórea e a liberdade apenas “aspectos de manifestações” da personalidade, o que leva a um direito de personalidade que contém vários aspectos, não a uma coleção de direitos de personalidade. Embora haja um direito geral de personalidade, não há óbice para que algumas diferenciações sejam feitas para apresentar esses diversos aspectos do direito de personalidade em relações jurídicas diferentes, podendo várias espécies jurídicas ser identificadas e distinguidas dentro dele²⁷.

No Brasil, encontramos positivados, de forma expressa, os seguintes direitos de personalidade: direito à vida e direito à liberdade (Constituição Federal, art. 5º, *caput*), direito à imagem (CF, art. 5º, V, X e XXVIII, *a*; Código Civil de 2002, art. 20), direito à intimidade (CF, art. 5º, X e LX), direito à vida privada (CF, art. 5º, X; CC2002, art. 21), direito à honra (CF, art. 5º, X), direito ao sigilo (CF, art. 5º, XII), direito autoral (CF, art. 5º, XXVII), direito à voz (CF, art. 5º, XXVII), direito ao próprio corpo (CC2002, arts. 13 a 15), direito ao nome (CC2002, arts. 16 a 19), direito à honra, boa fama ou respeitabilidade (CC2002, art. 20), muitos também protegidos pelo Código Penal. É uma quantidade menor do que as listas que vêm sendo identificadas pela doutrina.

Ao se analisar o artigo 1º, III, da Constituição Federal, percebe-se que os direitos de personalidade, em nosso ordenamento jurídico, são, ao mesmo tempo, uma série aberta de direitos e, também, uma cláusula geral voltada para a dignidade da pessoa. No ordenamento jurídico brasileiro, as idéias de “série aberta de direitos” e “direito geral de personalidade” não se excluem e, ambas, têm a mesma relevância prática: a de ampliar a proteção da pessoa, nos mais diversos aspectos de sua dignidade, mesmo que nem todas as situações de risco à sua dignidade estejam previstas expressamente no ordenamento legislado, ou seja, independentemente de tipicidade.

Os efeitos práticos de se adotar o direito geral de personalidade ou uma lista exemplificativa de direitos de personalidade são o mesmo, pois ambos

26. Op. cit., p. 248-249.

27. *Programa de direito civil: teoria geral*. Taquigrafado por Victor Bourhis Jürgens. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p.152-153.

têm como fundamento a dignidade da pessoa humana e nenhuma das duas correntes restringe a proteção jurídica aos direitos tipificados no direito positivo, o que é imprescindível para a adequada proteção de tais direitos numa sociedade em veloz mutação. Neste sentido, Renan Lotufo percebeu que “independente da denominação usada, seja direitos da personalidade, seja direito geral da personalidade, pensando no caso brasileiro notamos que a redação deste artigo [artigo 12 do Código Civil de 2002], que a preocupação do legislador com a tutela do(s) direito(s) da personalidade foi de forma preventiva, quer para cessar a lesão, quer para repará-la”²⁸. O professor entendeu que o Código Civil de 2002 utiliza cláusulas gerais para tratar dos direitos de personalidade, pois “o nosso legislador entendeu impossível um Código Civil trazer previstas todas as hipóteses de situações relacionadas ao direito de personalidade”. E, quanto a isso, Renan Lotufo, analisando os artigos do mesmo Código, concluiu: “cabe aos operadores do Direito interpretar este capítulo inovador [dos direitos da personalidade], dando-lhe a extensão que é viável, a partir dos princípios e valores postos na Constituição, uma vez que o Código não se limita ao nele disposto; pelo contrário, ensaja a abertura”²⁹.

7.2 Liberdade negativa ou liberdade positiva?

Tradicionalmente, o estudo dos direitos de personalidade atribui a estes o enfoque de uma liberdade negativa, ou seja, tem como foco a percepção apenas do lado “negativo” de seu exercício. Os direitos de personalidade são, geralmente, levados em consideração apenas quando ocorre sua violação, tendo como consequência geral o dever de compensar economicamente o dano extrapatrimonial e/ou patrimonial sofrido pelo titular do direito de personalidade violado. Esta é a visão comumente encontrada na maior parte dos livros de doutrina brasileiros, assim como são com esta preocupação que inúmeros casos chegam à Justiça.

No entanto, entendemos que os direitos de personalidade são mais do que isso, são mais do que a proteção da honra ou da segurança do indivíduo, pois a pessoa humana tem a liberdade de exercer seu direito de personalidade de forma positiva³⁰, isto é, de forma ativa, não apenas o protegendo de terceiros, mas, principalmente, atribuindo aos seus direitos de personalidade o fim que melhor se adequar à realização de sua dignidade e ao livre desenvolvimento de sua personalidade.

28. Op. cit., p. 56.

29. Idem, p. 64.

30. Sobre isso, ver nosso BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade e autonomia privada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva: 2007.

Por isso admitimos que os direitos de personalidade são relativamente disponíveis, havendo possibilidade de incidência da autonomia privada sobre tais direitos, através, por exemplo, de negócios pelos quais se permite o uso da imagem de alguém, com ou sem contraprestação econômica, assim como se pode contratar o uso do nome de uma pessoa famosa numa publicidade, refletindo uma atuação positiva do titular sobre seu direito de personalidade.

É preciso perceber que o ordenamento jurídico abriga a liberdade jurídica de exercer certos direitos de personalidade de forma ativa ou positiva, não apenas na forma negativa, como tradicionalmente se pensou.

Estes dois aspectos, positivo e negativo, dos direitos de personalidade são percebidos pelo civilista português Carlos Alberto da Mota Pinto, para quem a lei, através da expressão “direitos de personalidade”, “protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral”, sendo esse o aspecto negativo de que falamos nesse trabalho, assim como “concretiza alguns direitos sobre certos aspectos da personalidade”³¹, encontrando-se aí o que consideramos como o sentido positivo dos direitos de personalidade, vinculado à autonomia privada e à relativa disponibilidade de tais interesses. Para o autor português, a irrenunciabilidade típica dos direitos de personalidade não afasta a possibilidade jurídica do consentimento da própria pessoa quanto à limitação voluntária de tais direitos. Contudo, a limitação voluntária ao exercício dos direitos de personalidade, na forma como o autor admite, deve ser conforme os princípios da ordem pública. Ele considera que podem ser objeto de limitações voluntárias válidas, na forma de negócios jurídicos ou de mera tolerância do ofendido, os direitos à integridade física, à honra, à intimidade e à imagem³².

No mesmo sentido, Cunha Gonçalves percebeu que “o homem tem direito de dispor de si como melhor entender, exercendo livremente a sua atividade para a realização dos seus fins, atividade que é *extra-jurídica*, pois entra na esfera do *lícito jurídico*”. Segundo o autor, “sob este ponto de vista, pois, é inegável que o homem pode exercer *direitos sobre a sua própria pessoa*, não só nos atos de vida quotidiana (cortar o cabelo e as unhas, fazer a barba, fumar, medicar-se ou sujeitar-se a operações cirúrgicas etc.) [...] mas também nos atos extraordinários, tais como: ceder o sangue para uma transfusão, a fim de salvar um doente; atirar-se à água ou no meio das chamas para salvar uma vida alheia; sujeitar-se à experiência de novas

31. *Teoria geral do direito civil*. Coimbra: Coimbra Editora, 1976, p. 223.

32. *Idem*, p. 227-228.

terapêuticas, ou legar o cadáver ao teatro anatômico [...], alistar-se voluntariamente para uma guerra, mesmo em país estrangeiro; contratar-se para arriscados serviços desportivos nos circos ou nas barracas de saltimbancos, sujeitando-se a perigosas provas como *fakir*, jejuador ou atleta. Todos esses atos são *direitos sobre o próprio corpo*, e com eles não se lesam os direitos alheios, nem ofendem os supremos princípios da conservação e utilidade social, da moral pública ou os interesses do Estado. De igual modo, quem se constitui em refém em tempo de guerra, ou cede o seu nome para fins mercantis ou literários etc., exerce direitos sobre parcelas da sua pessoa ou sobre manifestações da sua personalidade²³³.

O privatista português José de Oliveira Ascensão entende que o conceito de direitos de personalidade permite esta concepção de exercício positivo, pois “a existência do direito resulta da atribuição ao titular de meios de prossecução do seu interesse. É diferente haver meras proibições genéricas de actos ofensivos da honra, da existência de um direito subjetivo à honra [...] Por isso a posição negativa está predominantemente abandonada²³⁴”.

Ao se abandonar uma visão exclusivamente negativa de direitos de personalidade, que os concebe como poderes de proteção daqueles bens contra intervenção alheia, e ao se perceber que os direitos de personalidade são muito mais que isso, por facultarem ao sujeito posições jurídicas que permitem à pessoa perseguir ativamente finalidades jurídicas de seu interesse, concluímos que os direitos de personalidade são, além de uma liberdade negativa, uma liberdade positiva. A antiga concepção de direitos de personalidade enquanto direitos de liberdade negativa, isto é, direitos de proteger a pessoa, enquanto sujeito passivo, contra a violência de terceiros ou do Estado, não mais satisfaz as necessidades no que tange ao livre desenvolvimento da personalidade. Ao concebermos os direitos de personalidade também como direitos de liberdade positiva, verificamos que a noção de autonomia e de liberdade são imprescindíveis para uma tutela adequada.

7.3 Direito público ou direito privado?

Uma outra questão relativa à metodologia de proteção do Direito da Personalidade é a que busca situá-lo ora como categoria de interesse privado, ora como categoria de interesse público, suscitando o problema da divisão entre os ramos fundamentais do direito: o direito público e o

33. *Tratado de direito civil*. 2. ed. atual. e aum. 1. ed. brasileira. São Paulo: Max Limonad, 1955, V. I, t. I e 1958, v. III, t. I, p. 339.

34. *Direito civil: teoria geral*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. V. 3, p. 94-95.

direito privado. Muitas vezes já foi proclamada a superação da *summa divisio*, ou da dicotomia entre direito público e direito privado. Embora não se conceba mais a existência de uma separação ou oposição absoluta entre os dois ramos, ainda há distinções entre si, suas funções e seus métodos são diferentes e têm reflexos no campo dos direitos de personalidade.

Conforme visto acima, o Direito da Personalidade é, além de uma liberdade negativa, uma liberdade positiva, aspecto ainda pouco explorado pela doutrina. A antiga concepção de direitos de personalidade enquanto direitos de liberdade negativa, isto é, direito de proteger sua pessoa, enquanto sujeito passivo, contra a violência de terceiros ou do Estado, ou de conservar sua existência, com enfoque na segurança particular das pessoas, pode ser tutelada pelo direito público, como previsto no Código Penal, por exemplo. Mas se pensarmos nos direitos de personalidade como direito de liberdade positiva, verifica-se que as noções de autonomia e liberdade, próprias do direito privado, são necessárias para um regramento jurídico completo.

Embora se reconheça a crise da divisão entre direito público e privado, percebe-se que ainda há esferas da vida das pessoas que requerem ora um tratamento preponderantemente de direito público ora um tratamento com um método mais próximo ao direito privado, uma vez que em muitas situações – sobretudo quanto aos direitos de personalidade – há, sim, uma distinção entre interesse público e interesse individual, além do conflito existente em muitas circunstâncias práticas (já em outras vezes interesse público e interesse particular encontram-se incindíveis), mesmo em se considerando que a realidade seja una, que o ordenamento jurídico seja unitário, informado pelos valores presentes na Constituição.

Cada um dos campos da vida da pessoa e cada setor da vida em sociedade podem ser regidos por princípios diferentes, conforme suas próprias diferenças de razões. Como observou Ricardo Lorenzetti, “quando uma sociedade cresce e se diversifica, criam-se subsistemas”³⁵. Para o privatista argentino, “‘o problema da liberdade, hoje, se coloca em um nível mais profundo, o nível dos poderes da sociedade civil. Não importa tanto que o indivíduo seja livre em relação ao Estado, se depois não é livre na sociedade’. O que caracteriza a sociedade tecnocrata não é o homem es-

35. *Fundamentos do direito privado*. Tradução de Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: Rt, 1998. Título original: *Las normas fundamentales de derecho privado*, p. 117.

cravo, o homem servo, sim o não-homem, o homem reduzido a autômato, à engrenagem de uma grande máquina³⁶.

Ora, se se reduzir a regulamentação da vida do ser humano aos princípios de direito público, como se a dignidade da pessoa devesse ter uma função social ou como se fosse um dever do indivíduo com conteúdo determinado pelo direito, então o homem será reduzido, oficialmente, a um autômato, despersonalizado. Portanto, há um aspecto individualista e privatista da personalidade humana considerada concretamente que tem importância para a aplicação dos direitos de personalidade.

Não se pode colocar os direitos de personalidade na mesma classe que propriedade e empresa, uma vez que seus fundamentos e suas finalidades são muito distintos. A propriedade e a empresa devem se submeter a interesses de natureza privada e pública, conforme parâmetros de legalidade trazidos pelo Estado do bem-estar social, devendo tais direitos atenderem à função social. Mas ampliar essa regra para submeter os direitos de personalidade ao interesse público é praticamente negar a essência e a *ratio* dessa importante categoria de direitos na sociedade atual, pois, aí, o tão defendido valor da pessoa considerada em si mesma deixaria de existir.

Ricardo Lorenzetti considera que o reconhecimento dessa esfera privada ou íntima da vida das pessoas é recente porque “durante muito tempo, teve primazia o interesse público ainda sobre esta vida privada; o direito de recusar tratamentos médicos, a intimidade, a identidade, o corpo, a vida são bens e direitos elaborados neste século de mudanças³⁷”. O autor afirma que “o surgimento dos direitos fundamentais tem mudado esta visão estabelecendo um novo tipo de relacionamento entre o privado e o público, dando prevalência ao primeiro³⁸”. Neste sentido, Lorenzetti observa que “no Direito dos contratos assiste-se a um retrocesso da autonomia privada, que é colocada em crise por uma série de normas regulatórias, a tal ponto que se fala de crise do contrato[...] Nas questões extrapatrimoniais, produz-se o processo contrário, afirmando-se o individualismo contra toda forma de limitação como ocorre, por exemplo, no que se refere à disponibilidade dos direitos sobre o corpo³⁹”.

No campo do direito privado, um princípio que ganha importância é o princípio da exclusividade, que é muito mais amplo que a atual noção

36. Idem, p. 121. O trecho citado por Ricardo Lorenzetti é de BOBBIO, Norberto. *Igualdad y libertad*. Barcelona: Paidós, 1993, p. 143-150.

37. Idem, p. 467.

38. Idem, p. 468.

39. Idem, p. 502-503.

de privacidade ou de intimidade enquanto direitos de personalidade. Aproxima-se mais, na verdade, da proteção da esfera de dignidade da pessoa contra a intromissão do Estado ou da sociedade, com o objetivo de afastar a intervenção alheia das opções de vida feitas por um indivíduo no exercício de sua autonomia, no intuito de que ele possa exercer sua autonomia sem a intromissão alheia, seja de outras pessoas, do Estado ou da sociedade, exercendo sua faculdade, inclusive e principalmente, de ser e agir de modo diferente em relação aos demais indivíduos.

O autor germânico Ludwig Raiser percebe que a tutela da esfera da intimidade privada foi reforçada, nos últimos anos, principalmente com o reconhecimento dos direitos de personalidade, ou, como ele escreveu, do direito geral de personalidade. E ele conclui que foi por isso que o direito privado não perdeu sua força vital⁴⁰.

8. RESPONSABILIDADE CIVIL E O DIREITO DA PERSONALIDADE

É conhecida a história recente da responsabilidade civil no direito brasileiro, no que tange à evolução do dano material para o dano moral, cujo apogeu se dá com a Constituição de Federal de 1988. Por conta da tradição patrimonialista do nosso Direito Civil, por muito tempo os juristas e operadores deixaram de lado, quando não negaram, tanto a possibilidade de um dano extrapatrimonial ou moral quanto a tutela civil dos direitos extrapatrimoniais, tais como os direitos de personalidade, que não representam o ter, mas o ser, ou seja, não integram o conceito tradicional de patrimônio.

Uma vez que os direitos de personalidade são direitos extrapatrimoniais, sua violação causa um dano também extrapatrimonial. Como os direitos de personalidade tutelam o ser da pessoa, uma lesão a tais interesses causa dano ao ser da pessoa, a uma situação subjetiva existencial, não patrimonial.

Aplicar à violação dos direitos de personalidade a sistemática da responsabilidade civil por dano material não é adequado. Parece-nos que, inicialmente, a teoria do dano moral foi construída nestes pilares, inspirando-se na mesma metodologia aplicável aos danos materiais. Isso vem trazendo problemas para a tutela dos direitos da personalidade e da dignidade da pessoa humana.

40. *Il compito del diritto privato: saggi di diritto privato e di diritto dell'economia di tre decenni*. Tradução de por Marta Grazieadei. Milão: Giuffrè, 1990. Título original: *Die Aufgabe des Privatrechts: Aufsätze zum Privat- und Wirtschaftsrecht aus drei Jahrzehnten*, p. 233.

Uma objeção que consideramos necessária é quanto à denominação da expressão. “Dano moral” é uma expressão que traz em si um conteúdo valorativo diverso de “dano extrapatrimonial”. O significado de moral, no senso comum, volta-se para o sentido de vergonha, de conduta, de estado de espírito, de sentimentos. No discurso jurídico majoritário e no senso comum, dano moral traz em si a idéia de agravo à honra, de sofrimento espiritual ou emocional, de constrangimento, vexame, abalo, apatia, vergonha, dor espiritual, sentimento de perda, tristeza, dentre outros. E, muitas vezes, aos aplicadores do direito parece necessária a comprovação deste dano moral, ou seja, a demonstração do abalo, o tamanho do vexame, a intensidade da dor.

No entanto, no sistema civil-constitucional contemporânea da responsabilidade por violação a direitos de personalidade, a tendência é não se falar mais de sofrimento, agravo moral, abalo etc. No entendimento que consideramos mais à frente da doutrina e da jurisprudência, convém abandonar a expressão “dano moral” e adotar “dano extrapatrimonial”, reforçando a idéia de que basta a violação do direito de personalidade para que se caracterize o dano extrapatrimonial, que consiste, nada mais, na violação do direito, abandonando-se a idéia de sofrimento e de demonstração da intensidade da dor sofrida.

Desta forma, vemos surgir um entendimento de que o dano causado pela violação de um direito de personalidade é objetivo. Não estamos confundindo com a chamada teoria do dano objetivo, uma das que fundamentam a responsabilidade objetiva. Estamos tratando de um dano que decorre da pura e simples violação do direito. Sua ocorrência é automática, objetiva, independente dos sentimentos que a violação pode causar na vítima. Estes sentimentos, que são a repercussão do dano, mas não o dano em si, influenciam para determinar o *quantum* indenizatório, mas não para que nasça a obrigação de compensar. Esta nasce juntamente com a violação de um interesse juridicamente protegido expresso numa situação subjetiva existencial. Para a comprovação da ocorrência do dano (embora não da extensão de seus efeitos negativos na vítima), não é necessária a comprovação do abalo, sendo suficiente a comprovação da violação da norma, pois o dano é objetivo.

A jurisprudência vem adotando, em muitas decisões recentes sobre dano moral, a presunção do dano extrapatrimonial, às vezes adotando uma presunção absoluta, outras vezes, relativa, gerando, nestes casos, inversão do ônus da prova do dano. Algumas decisões judiciais mais recentes, no âmbito do STJ, revelam esta tendência, como em casos de compensação pela perda de um filho ou por inscrição indevida do nome do consumidor em serviços de proteção ao crédito.

O STJ vem entendendo que certos danos são evidentes, evidência que decorre do próprio juízo de experiência, dispensando prova específica a ser produzida pela vítima. Outras vezes, vem entendendo que a violação do direito é, em si mesma, um dano – e que deve haver compensação. Nestes casos, não se deve falar da repercussão da violação do direito, mas, simplesmente, da mera violação em si mesma, ensejando uma idéia de dano objetivo, ou seja, dano que decorre diretamente da simples violação de um direito da personalidade.

Este posicionamento decorre de uma mudança geral que vem ocorrendo no Direito Civil brasileiro. Os direitos de personalidade são uma classe de direitos cuja tutela deve ser privilegiada, tendo em vista a proteção do que é mais ínsito à pessoa humana, como sua intimidade, seu corpo, sua integridade psíquica, sua honra. Trata-se da valorização da pessoa humana em sua dignidade, valorização de algo que, tradicionalmente, o Direito Civil não se ocupou, que é a esfera do ser, não do ter, do existir, não do possuir, do extrapatrimonial, não do patrimonial.

Por isso, a sistemática da tutela, ainda que compensatória, dos direitos de personalidade, deve seguir uma metodologia diferenciada das lesões ao patrimônio (no sentido jurídico-econômico), em que se exige a prova da existência e da extensão do dano. Inverte-se a metodologia jurídica no que se refere à responsabilidade civil (constitucional): antes, a grande preocupação eram os danos patrimoniais, única forma de dano então admitida. Os estudos se voltavam para os tipos de danos patrimoniais (danos emergentes, lucros cessantes, dano em ricochete etc.), seus meios de prova e de aferição de sua extensão. Todos sabem que, inicialmente, o dano extrapatrimonial não era admitido. Hoje vê-se o início da inversão do problema: o dano extrapatrimonial, por representar violação a uma categoria do ser, ganha importância sobre o dano patrimonial, inclusive no que se refere à sua prova: em alguns casos, ele é presumido, em outros, é objetivamente verificado, consistindo na violação em si do direito de personalidade. Isso revela uma valorização da esfera patrimonial de direitos sobre a esfera patrimonial, valorização explicitada pela mudança da metodologia jurisprudencialmente utilizada para responder às lesões.

9. A TUTELA PROCESSUAL NO MICROSSISTEMA DO DIREITO DA PERSONALIDADE

A tutela processual prevista para os direitos de personalidade é ampla. O *caput* do art. 12 do Código Civil estabelece que a tutela jurídica dos direitos da personalidade deve ser feita para evitar a lesão, para impedir a continuidade da violação e para garantir o ressarcimento dos prejuízos advindos da lesão e a compensação pelo dano extrapatrimonial.

Além das três formas de tutela previstas, o final do texto do artigo menciona “sem prejuízo de outras sanções previstas em lei”, abrindo a possibilidade de outros meios jurídicos de proteção dos direitos de personalidade, permitindo que o operador do direito, principalmente o juiz, encontre formas alternativas e criativas de tutela. “Não cabe indicação taxativa das medidas processuais admissíveis”, conforme salienta Josaphat Marinho⁴¹.

A simples possibilidade de compensação pelo dano extrapatrimonial decorrente da violação dos direitos de personalidade não satisfaz o objetivo de proteção da pessoa, pois não serve como reparação do dano, mas apenas como compensação econômica pelo que não pode ser restaurado.

Embora a maior parte dos litígios que chegam ao Judiciário e das questões tratadas pela doutrina trate da lesão ao direito e da sanção na forma de indenização (compensação), esta não é a via mais adequada para a proteção dos direitos de personalidade, pois reproduz uma lógica patrimonialista de defesa de interesses passíveis de serem expressos economicamente e passíveis de serem reparados ou substituídos por equivalentes, neutralizando o dano e a violação do direito, o que não é possível quando se trata, por exemplo, de uma ofensa à honra ou à privacidade.

Além da tutela civil, não se pode esquecer da tutela penal, mais utilizada em casos de crimes contra a honra. Do sistema constitucional, podem ser utilizados o *habeas corpus*, o *habeas data* e o mandado de segurança.

Quanto à legitimidade para requerer a tutela aos direitos de personalidade de uma pessoa já falecida, o art. 12 do Código Civil faculta ao cônjuge sobrevivente ou a qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau. Em se tratando do direito à imagem, o art. 20 reduz a legitimação para o cônjuge e os parentes em linha reta.

10. CONCLUSÃO

O microsistema do Direito da Personalidade constitui-se de normas civis e constitucionais, além de ser composto, também, por normas de outros ramos do direito, como as normas penais, e outras encontradas em leis especiais.

O microsistema do Direito da Personalidade tem formação recente, em meados do século XX, embora desde o final do século XVIII alguns direitos, como vida e liberdade, integrem os ordenamentos jurídicos modernos. A principal característica do Direito da Personalidade como microsistema é o reconhecimento de categorias existenciais, não patrimoniais, protegidas civil-constitucionalmente como instrumentais da dignidade da pessoa humana, e a concepção de proteção geral e unitária da pessoa.

41. Op. cit., p. 260.

Apesar de vários autores e a jurisprudência, em maioria, tratarem os aspectos da personalidade como direitos autônomos entre si, convém e é juridicamente possível pensar o Direito da Personalidade como categoria geral, voltada a proteção ampla dos aspectos da personalidade da pessoa humana, principalmente em situações em que se torna difícil distinguir o objeto da violação, se a imagem, a honra, a privacidade ou o nome da pessoa. O fundamento para este método é a cláusula geral da dignidade da pessoa humana, encontrada no art. 1º, III da Constituição Federal de 1988.

Além disso, é necessário ressaltar que o Direito da Personalidade, além do seu tradicional estudo como liberdade negativa, expressa, também, liberdade positiva da pessoa humana, podendo ser exercido desta forma positiva em inúmeras situações do dia-a-dia, através, inclusive, de negócios jurídicos autorizativos que permitem que terceiros também, em certos limites, tenham benefícios do uso de aspectos do Direito da Personalidade de outrem, como nas autorizações para uso de imagem e nome.

O Direito da Personalidade ainda suscita muitas problemáticas, como a questão da responsabilidade civil por sua violação, que pode repercutir tanto danos extrapatrimoniais como danos patrimoniais, devendo os primeiros serem compensados economicamente, por falta, por ora, de melhor solução, e os segundos, reparados. A intersecção entre responsabilidade civil e o Direito da Personalidade demanda pesquisa mais aprofundada, pois trata-se de dois campos em veloz transformação atualmente. Sugerimos novas categorias que permitam ao campo da responsabilidade civil conhecer danos não patrimoniais e criar formas de enfrentá-los, como o dano extrapatrimonial reconhecido objetivamente pela violação de um direito extrapatrimonial, sem provas (no sentido tradicional) de prejuízo (que é ainda informado por uma concepção patrimonialista).

Aliada à exigência de um novo pensamento sobre a responsabilidade civil por dano ao Direito da Personalidade encontra-se a tutela processual preventiva deste direito, pouco utilizada, a nosso ver, no Brasil, e difícil de ser compreendida, por ser ligada à idéia de censura. Critérios de ponderação entre o Direito de Personalidade e outras liberdades, como a de imprensa e a de expressão do pensamento precisam ser mais amadurecidos para permitir que a sociedade democrática possa se utilizar de maneira ótima tanto um como outras.

11. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 3. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- ARAUJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional do transexual**. São Paulo: Saraiva, 2000.

- ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito civil**: teoria geral. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. V. 3.
- BALDASSARE, Antonio. **Diritti della persona e valori costituzionali**. Torino: G. Giappichelli.
- BARASSI, Lodovico. **Instituciones de derecho civil**. Tradução de Ramon Garcia de Haro de Goytisolo. Barcelona: Bosch, 1955. V.1. Título original: Istituzioni di diritto civile.
- BARTOLOMEI, Franco. **La dignità umana come concetto e valore costituzionale**. Torino: G. Giappichelli.
- BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 4. ed. rev. atualizada por Eduardo Carlos Bianca Bittar. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.
- BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de personalidade e autonomia privada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva: 2007.
- _____. Autonomia privada e critério jurídico de paternidade na reprodução assistida. In: LOTUFO, Renan (coord.). **Cadernos de direito civil constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2002. N. 3.
- _____. Direito de morrer dignamente: eutanásia, ortotanásia, consentimento informado, testamento vital, análise constitucional e penal e direito comparado. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos (org.). **Biodireito**: ciência da vida, os novos desafios. São Paulo: RT, 2001.
- CAMPOS, Diogo Leite de. Lições de direitos da personalidade. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**. 1991. V. LXVII.
- CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.
- CARBONNIER, Jean. **Droit civil**. Paris: Presses Universitaires de France, 1955. V. 1 e 4.
- CUNHA, Antônio Geraldo da. **Dicionário etimológico Nova Fronteira da Língua Portuguesa**. 2.ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.
- CUNHA GONÇALVES, Luiz da. **Tratado de direito civil**. 2. ed. atual. e aum. 1. ed. brasileira. São Paulo: Max Limonad, 1955, V. I, t. I e 1958, v. III, t. I.
- DE CUPIS, Adriano. **Direitos da personalidade**. Lisboa: Morais, 1961.
- GALGANO, Francesco. **Il diritto privato fra codice e Costituzione**. 2. ed. Bologna: Zanichelli, 1983.
- _____. **Diritto privato**. 9. ed. Padova: Cedam, 1996.
- GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.
- JOSSERAND, Louis. **Derecho civil**. Tradução da 3. ed. de Santiago Cunchillos y Manterola. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1952. Título original: Cours de droit civil positif français.
- LIMONGI FRANÇA, Rubens. **Manual de direito civil**. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. V. 1.

- _____. **Instituições de direito civil**. 5. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 1999.
- LINDON, Raymond. **Une création prétorienne**: les droits de la personnalité. Paris: Dalloz, 1974.
- LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. Tradução de Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: Rt, 1998. Título original: Las normas fundamentales de derecho privado.
- LOTUFO, Renan. **Código Civil comentado**: parte geral (arts. 1º a 232). São Paulo: Saraiva, 2003.
- MARINHO, Josaphat. Os direitos da personalidade no projeto de novo Código Civil brasileiro. **Stvdia ivridica**: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra n. 40, Colloquia 2. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.
- MATEO, Ramón Martín. **Bioética y derecho**. Barcelona: Ariel, 1987.
- MESSINEO, Francesco. **Manual de derecho civil y comercial**. Tradução da 8. ed. de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971. V. 1 a 3. Título original: Manuale di diritto civile e commerciale.
- MOTA PINTO, Carlos Alberto da. **Teoria geral do direito civil**. Coimbra: Coimbra Editora, 1976.
- PERLINGIERI, Pietro. **La personalità umana nell'ordinamento giuridico**. Napoli: Jovene, (1972?).
- _____. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- PONTES DE MIRANDA. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955. V. 7. Direito de Personalidade. Direito de Família.
- _____. _____. Atualizado por Wilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2000. V. 1 e 2.
- RAISER, Ludwig. **Il compito del diritto privato**: saggi di diritto privato e di diritto dell'economia di tre decenni. Tradução de por Marta Grazieadei. Milão: Giuffrè, 1990. Título original: Die Aufgabe des Privatrechts: Aufsätze zum Privat – und Wirtschaftsrecht aus drei Jahrzehnten.
- SAN TIAGO DANTAS. **Programa de direito civil**: teoria geral. Taquigrafado por Victor Bourhis Jürgens. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Curso de direito civil**. 9. ed. rev. e atual. por José Serpa Santa Maria. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000. V. 1.
- SZANIAWSKI, Elimar. **Limites e possibilidades do direito de redesignação do estado sexual**. São Paulo: RT, 1998.
- _____. **Direitos de personalidade e sua tutela**. São Paulo: RT, 1993.
- TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- TRABUCCHI, Alberto. **Intituciones de derecho civil**. Tradução da 15. ed. italiana de Luis Martínez-Calcerrada. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1967.
- VIARO, Mário Eduardo. **Por trás das palavras**: manual de etimologia do português. São Paulo: Globo, 2004.