

Os Direitos da Personalidade

PROFESSOR CLAYTON REIS

Magistrado aposentado. Professor da Escola da Magistratura do Paraná

Excelentíssimo Senhor Desembargador Sergio Cavalieri, demais autoridades que compõem a mesa diretora, em particular o Excelentíssimo Senhor Desembargador e Professor Luiz Roldão de Freitas que será o debatedor após nossa exposição. Preliminarmente, agradeço a Vossa Excelência, de forma penhorada, o convite formulado pela Direção da EMERJ para participar desse importantíssimo Seminário destinado ao debate sobre o Código Civil de 2002, bem como, manifestar minha imensa satisfação em participar, nesta oportunidade, em Encontro de expressiva magnitude, ora promovido pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Nós que estivemos à frente da Escola da Magistratura do Paraná durante quatro anos, podemos avaliar a importância de encontros dessa natureza, especialmente no momento em que o Brasil começa a discutir o seu estatuto mais importante - o Código Civil de 2002 que, como já foi afirmado hoje pela manhã, pelo Excelentíssimo Senhor Ministro Moreira Alves, é a Constituição do cidadão privado. Antes de iniciar minha exposição, Senhor Desembargador Sergio Cavalieri, peço permissão a Vossa Excelência para prestar uma homenagem a um ilustre representante da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, com o qual tive a imensa satisfação de conviver, por ocasião em que dirigíamos a Escola da Magistratura do Paraná, nos inúmeros Encontros promovidos pela Escola Nacional da Magistratura, na oportunidade coordenada pelo Excelentíssimo Senhor Ministro Sálvio de Figueiredo. As-

sim, peço vênias para prestar homenagem a um homem culto, inteligente, afável e jurista de escol, na pessoa do ex-Diretor da EMERJ - o Desembargador Cláudio Vianna de Lima.

Faço-a a uma pessoa realmente especial, e que certamente ocupou um espaço importante na história do Poder Judiciário do Rio de Janeiro. Confesso que estou um pouco apreensivo, não obstante minha longa experiência no magistério superior e, minha participação em inúmeros eventos em diversos locais, talvez exatamente pela grande responsabilidade em dirigir-me a um público seleto após a exposição do Ministro Moreira Alves, que é o professor dos professores, o mestre dos mestres. Disse a ele, durante o almoço, que me sentia como uma das inúmeras letras que compõem o Código genoma e, vou tentar tecer algumas considerações sobre um dos temas mais importantes presentes no Código Civil.

Senhores Magistrados, advogados, alunos da Escola da Magistratura, Senhoras e Senhores presentes. No que tange ao tema relativo à personalidade, o novo Código Civil abriu espaço extraordinário na defesa do ser humano, mas não simplesmente, como iremos observar, apenas da pessoa física ou natural, particularmente, de todos os elementos valorativos integrantes da pessoa. Primeiramente, na época conturbada em que vivemos, onde se processam mudanças substanciais, inovações e surpresas que a vida sócio-político-econômica nos reserva, observamos que a pessoa natural ocupa o centro de um sistema.

O ser humano, indiscutivelmente, tem que ser encarado sob dois pontos de vista: o ponto de vista ontológico - o

Palestra proferida no Seminário realizado em 15.02.2002.

que é; e o ponto de vista axiológico - o que vale. Poderíamos afirmar que esta imagem representa o modelo adotado pela nossa Constituição Federal de 1988 que, em seu artigo 1º, inciso III, elegeu como ponto fundamental da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana. O mesmo poderemos dizer dos Direitos e Garantias Fundamentais da pessoa, constantes nos diversos incisos do artigo 5º de nossa Carta Magna. Nesse sentido, o artigo 5º, em seu parágrafo 2º, estende esses valores aos Tratados Internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. Outrossim, sob uma ótica de projeção, será lícito afirmar que o ser humano é, atualmente, o centro gravitacional de todo o direito, porque o homem é a razão essencial do sistema social e, em função dele é que a sociedade existe. A vida de relações, na ótica de Pontes de Miranda, não existe sem a presença humana, sem a presença da pessoa, que é o titular e, o agente responsável por essas relações humanas. É a partir da pessoa que surge todo um universo sistemático, conforme observaremos na seqüência de nossa exposição.

Nessa linha de pensamento é importante destacarmos que, segundo preleciona o professor e juiz José Renato Nalini, do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, “o direito, a reserva da intimidade, da vida privada, sofre turbulência em uma era de feérica explosão de informações. Uma sociedade, tangida pelo factóide e pelo espetacular, se caracteriza por despudorada exibição de suas entranhas, com exorbitante divulgação da intimidade. Há, inclusive, um confronto entre os direitos público e o privado”. Por seu turno, o professor italiano Pietro Perlingieri proclama, “a perda da patrimonialização ou a patrimonialização do direito”, ou seja, o sentido perda da função material do direito, que se deslocou em direção aos valores do ser humano, fato relevante e com grandes reflexos na ordem social. Na realidade, constatamos a existência de uma profunda e freqüente tendência em nosso direito, no sentido da

sua despatrimonialização. Nesse particular, relegamos para o passado o Código Civil de 1916, eminentemente individualista e patrimonialista, para um novo ordenamento jurídico de natureza axiológica. O novo Estatuto do cidadão, sancionado em 10 de janeiro de 2002, segundo a definição do Professor Miguel Reale, prima por três pontos fundamentais: *a eticidade, a socialidade e a operabilidade*. Trata-se de um Código, em que o seu destaque fundante se encontra alicerçado na eticidade. São os valores consagrados pelas questões éticas, na boa-fé e, através do efetivo exercício do direito de cidadania, que tornam, de fato e de direito, a pessoa como o centro gravitacional da realidade social e econômica.

Segundo nossa concepção, o homem da atualidade vem conquistando o exterior, perdendo-se, todavia, no plano interior; avançando na horizontal do progresso técnico, em detrimento da vertical ética. Trata-se de uma defesa intransigente dos valores, em face do tema alusivo ao DANO MORAL, ao ponto de poder afirmar que vivemos na realidade presente no meio de uma verdadeira crise de perda de valores.

Parece-nos que o novo Código Civil retoma esses valores e, desse fato decorre a defesa intransigente dos danos morais provocados ao ser humano, não com a finalidade punitiva. Nesse ponto especial, posicionamo-nos adotando a postura de que a verba indenizatória dos danos morais não é punição mas, sim uma compensação, em face dos danos subjetivos vivenciados pela vítima.

Quanto à questão dos valores da pessoa, observamos ainda que o Professor Pietro Perlingieri assinala com destaque a importância fundamental do ser humano. É com justificada razão que a Constituição Italiana, em seu artigo 1º, coloca o homem como o centro do universo, à semelhança de todas as demais constituições dos países civilizados. Essa postura se harmoniza com a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Dessa maneira, será possível con-

cluír que toda ordem jurídica existe em razão do ser humano. Todavia, nesse ponto reside um conflito de normas fundamentais – de um lado a prevalência do interesse social e, no outro, o interesse individual da pessoa, relativos aos direitos da personalidade.

Na verdade, constatamos que nessa colisão de interesses: de um lado o interesse privado e, do outro, o interesse público, não teremos dúvida em afirmar que a pessoa se sobreleva. Ela é a razão da existência das próprias instituições, que foram criadas e sobrevivem em razão do ser humano. Daí porque, o novo Código Civil, identificado com a legislação mundial pertinente, destaca uma nova ordem jurídica que se concentra na pessoa humana, como o fundamento de uma nova ordem social. O Professor Eduardo de Oliveira Leite, do Estado do Paraná, uma das figuras exponenciais do Direito de Família do Brasil e no exterior, afirma que “o terceiro milênio é o do espírito, é o milênio da pessoa”.

Nessa perspectiva, o novo Código Civil fez realmente uma inserção de grande magnitude. O que estamos vivenciando na atualidade é uma repersonalização da pessoa. O Código Civil de 1916 omitiu qualquer referência aos direitos da personalidade, ao passo que o Código de 2002 inseriu em seu texto, nos artigos 11º ao 21º, os referidos direitos. Não há dúvida de que a dignidade do homem é inviolável. Aliás, são essas as primeiras palavras contidas no artigo 1º da Constituição da República Alemã. Por outro lado, Justiniano já dizia que, **hominum causa imne jus constitum sit**, ou seja: “todo o direito é constituído em razão do homem”. A pessoa representa, assim, a razão maior do direito. Sob esse prisma, estamos vivendo uma época centrada na defesa dos direitos fundamentais da pessoa que, sem qualquer margem de dúvidas, se sobrepõem ao interesse público, quando se trata de questionar a dignidade da pessoa.

Por seu turno, no curso da história, em face do preceito romano alusivo

à responsabilidade, consistente na parêmia **neminem laedere** - a ninguém ofender, a ninguém causar prejuízo, há, uma regra esculpida nessa frase de respeito às pessoas. Todavia, o preceito somente será factível ou operável se atentarmos, através do nosso **modus vivendi**, para as regras de comportamento social. Isto porque, todo ato ilícito, segundo a lúcida explanação do Ministro Moreira Alves, decorre exatamente da inobservância do ordenamento jurídico. Nesse aspecto, agimos ilicitamente quando, de acordo com Hans Kelsen, distanciamos-nos do dever-ser, fato que decorre da inobservância do padrão de conduta definida pelos romanos e, consistente no comportamento representado pelo **bonus pater familiae**, ou seja, um bom chefe de família. Nessa ótica, é necessário que a pessoa seja detentora de um estado de consciência, ou seja, de ser capaz de, voluntariamente, assumir as alternativas que a atividade social impõe ao ser humano. Para alcançar esse desiderato, as regras sociais estabelecidas pelos ordenamentos jurídicos assinalam caminhos direcionados no sentido da criação de uma ordem social coadjuvada por pessoas responsáveis e conscientes de seus direitos e obrigações – situação determinante para o processo de evolução da sociedade.

O homem do futuro será, certamente, uma pessoa que saberá medir as suas ações e refrear os seus impulsos anti-sociais, procurando, dessa forma, amoldar-se ao princípio consistente no **neminem laedere**. Para alcançar o atual nível de comportamento social, o Cristianismo exerceu um papel determinante, a partir do momento em que a doutrina cristã, encarnada na figura do filósofo Cristo assinalou: “não fazer aos outros o que não quereis que os outros vos façam”. Trata-se de uma regra de reciprocidade ou de consciência, a respeito do comportamento da pessoa em relação ao próximo. Na verdade, o preceito consubstancia um conceito de extraordinário significado, se atentarmos profundamente para o sentido filosófico

inserido na expressão contida em São Mateus.

Diante dessa inserção de valorização da personalidade, poderíamos indagar qual será o verdadeiro sentido almejado pelo ***mens legislatori***? Esta situação decorre da atual conjuntura turbulenta, atualmente vivenciada pela humanidade. Torna-se necessária uma repersonalização da pessoa, é indispensável que a pessoa reflita sobre os seus valores, realize uma retomada dos valores presentes nas origens da filosofia Grega. Conhecer-se a si próprio, segundo a filosofia de Sócrates, para dimensionar a realidade social através da inclusão de novos valores.

Pontes de Miranda já dizia que a personalidade é o mesmo que ter capacidade de direito, poder ser sujeito de direito. Então, há uma inter-relação que decorre exatamente da capacidade do titular desse direito, sem o qual não se estabelece um mundo de relações. Observamos que nem todos os Códigos Civis abordaram com significância e propriedade a questão relacionada com os direitos da personalidade. Nesse particular, notamos que os Códigos Civis Francês, Espanhol, Argentino, Uruguaio e Chileno fizeram breve e genérica referência aos direitos da personalidade. Não se aprofundaram nessa questão, mas sim consignaram referências gerais aos direitos da personalidade – diverso do brasileiro, que abarcou todas as questões relativas aos direitos da personalidade, seja no plano da tutela física ou psíquica da pessoa. Todavia, não obstante essas breves considerações, os direitos da personalidade assumem papel importante na ordem jurídica desses Estados, em particular no Código Civil Alemão, que constitui modelo de legislação civil. E, ainda, merece especial destaque o Código Civil Italiano que, em seus artigos 5º a 7º tece uma série de considerações em torno da defesa dos direitos da personalidade. Por sua vez, o Código Civil Português, em seus artigos 70 ao 81 aludem aos direitos da personalidade.

As duas codificações citadas – a italiana e a portuguesa – chamam-nos especial atenção. O Código Civil Português, a título de ilustração, prescreve em seu artigo 75, o seguinte: “O destinatário de carta emissiva, de natureza confidencial, deve guardar reserva sobre o seu conteúdo, não lhe sendo lícito aproveitar os elementos de informação que ela tenha levado ao seu conhecimento”. Resguarda, inclusive, o dever de informação, o dever de evitar que fatos eminentemente sigilosos, confidenciais, de natureza privada sejam divulgados, àquele que recebe uma missiva. Nos demais textos dos citados artigos o Código Civil português assinala, com destaque, o retrato ou a imagem da pessoa, tanto quanto, os direitos à reserva da vida privada.

Os Códigos Civis, na sua generalidade, apontam com destaque a defesa da imagem das pessoas, explorada através dos meios de comunicação de forma ofensiva aos direitos do seu titular. Todavia, a partir de 11 de janeiro de 2003, ou seja, por ocasião da vigência do novo Código Civil, a tutela da imagem possuirá um comando normativo, inserido no texto do Código Civil brasileiro de 2002. A proteção da imagem assume destaque especial nos tempos atuais. Ainda, recentemente, em curso de pós-graduação ministrado em instituição oficial, destaquei fato importante para expressar o sentido da proteção da imagem. Nesse aspecto, citamos decisão então proclamada pela Corte de Apelação Francesa, de fato ocorrido com o Presidente da República daquele país quando, o então Chefe de Estado da França, Giscard d’Estaing, ao visitar determinada ilha de possessão francesa, no Pacífico, em um destróier, foi fotografado na lancha que o conduzia até a ilha. O fotógrafo flagrou o Presidente quando este se encontrava próximo a um dos motores ***enverud*** da lancha – marca de motor de popa de embarcações náuticas mundialmente conhecida. Algumas semanas após este fato, na França, ***outdoors*** estamparam a figura do Presidente Francês conten-

do o motor **enverud** ao fundo, com os seguintes dizeres: se o Presidente da França não confiasse na segurança dos motores **enverud**, não estaria certamente na lancha naquele momento. O Presidente Francês promoveu ação de indenização por danos morais. A Corte Francesa, em face da prova notória do ato lesivo, oriundo da exploração de imagem para fins comerciais, sem a autorização do seu titular, concedeu ao autor indenização a esse título. O fato constitui reprodução indevida da imagem ou retrato da pessoa, com finalidades eminentemente comerciais. Isto não ocorreu somente porque se referia ao Presidente da França, mas porque o ato lesivo feriu os direitos da personalidade. Como se observa do exemplo ilustrado, a tutela da personalidade deve ser ampla e efetiva, circunstâncias que se consolidam com a inserção dos direitos da personalidade no novo Código Civil.

As ações decorrentes de fatos lesivos dessa natureza são alicerçadas na disposição do artigo 159 (atual artigo 186 do CCB-2002), consistente em ação de indenização por danos morais. De qualquer forma, o legislador pátrio inspirou-se nos Códigos alienígenas, particularmente, no Código Civil Italiano que, não obstante a generalidade contida em seus artigos sobre direitos da personalidade, sugeriu tutelas importantes na defesa da pessoa. O sentido conferido pelo **mens legis** assinala, como se observou, ampla proteção da pessoa se considerarmos que o ser humano é uma entidade multifacetária. Ademais, quando nos referimos ao direito da personalidade, estamos diante de uma norma legal que se apresenta com múltiplas facetas. Nesse sentido, o artigo 5º. inciso X da CF/88 assegura o direito à intimidade, à privacidade, à honra e à imagem das pessoas, traduzindo a defesa ampla e irrestrita do ser humano.

A esse respeito, o artigo 11 do novo Código Civil prescreve, “Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exer-

cício sofrer limitação voluntária”. Preliminarmente, observamos que os direitos da personalidade, em seu contexto genérico, se referem a danos extrapatrimoniais. Ora, o que é imaterial é intransmissível por decorrência da subjetividade desses direitos. Por seu turno, além de inalienáveis os referidos bens de valor, são igualmente irrenunciáveis em virtude de estarem integrados, de forma indissociável, à estrutura da personalidade do seu titular.

Destarte, estamos diante de um bem amplamente tutelado pela ordem jurídica, como afirmamos, de caráter exclusivo do seu titular e, portanto, de natureza personalíssima. O legislador foi preciso ao estabelecer que os direitos da personalidade são irrenunciáveis e intransferíveis, a exemplo de determinados direitos existentes em nosso ordenamento jurídico, como por exemplo o reconhecimento da paternidade e o pátrio poder.

O que identifica e evidencia a verdadeira natureza dos bens da personalidade, é a representação da individualidade ou da pessoalidade. Por decorrência dessa realidade, segundo nossa ótica, a irrenunciabilidade e a intransmissibilidade resultam da aderência de elementos estruturados aos direitos da personalidade do agente, elegendo o referido direito na categoria de bens de valor.

É notório que o Estado não pode permitir que o exercício de direitos dessa natureza seja limitado, isto porque, são os direitos fundamentais em razão da sua intangibilidade e da garantia Constitucional.

O artigo 12 do Código Civil de 2002 prescreve que, “Pode-se exigir que cesse a ameaça ou a lesão a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízos de outras sanções previstas em lei”. Por sua vez, o parágrafo único dispõe, “em se tratando de morto, terá legitimação para requerer as medidas previstas neste artigo, o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, colateral até o quarto grau”.

Através desse comando normativo, o legislador pretendeu assegurar a pres-

tação jurisdicional, de forma ampla, no caso de lesão a direitos da personalidade. Não somente uma tutela antecipada, mas também o direito à indenização por perdas e danos, lucros cessantes, danos emergentes, cumulados com danos morais. Percebemos que a Súmula 37 do STJ admite cumulação dos danos patrimoniais com os danos extrapatrimoniais. É importante assinalar, conforme exposição realizada pelo Ministro Moreira Alves, no período da manhã, que este tipo de tutela não sofreu qualquer limitação estabelecida pelo Código Civil, bem como, o legislador não se referiu a qual tipo de pessoa será assegurada a apontada tutela. Portanto, será admissível que ela seja extensiva, em face do princípio da isonomia, à pessoa natural ou jurídica posto que, o legislador nada precisou nesse aspecto. Ademais, segundo consagrado pela Súmula 227 do STJ, é admissível o direito aos danos morais à pessoa jurídica. Essa questão foi objeto de inúmeras controvérsias e, encontra-se atualmente consolidada na doutrina e na jurisprudência de nossos Pretórios. Há muitos anos afirmo que a pessoa jurídica não era titular de direitos aos danos morais, porque não tinha sensibilidade ou honra subjetiva, a exemplo dos seres humanos. Portanto, somente as pessoas eram capazes de sentir e, por consequência, apenas a essas pessoas seria admissível a fixação do **prestium Dolores**. Todavia, antes mesmo da edição da Súmula do STJ, observei a incorreção da afirmativa para adotar a postura consagrada na decisão sumulada.

Da análise do contido no citado texto legislativo, observa-se que não somente o titular é parte legítima para postular a tutela dos direitos da personalidade, em face da referida pretensão indenizatória mas, também, os seus sucessores, ou seja, aqueles que sentiram de forma indireta os efeitos dos danos. Dessa maneira, podemos observar que o legislador estabeleceu caminhos precisos para a tutela antecipada, na medida em que assegura o direito à propositura de ações

indenizatórias, oriundas das múltiplas ofensas perpetradas contra a pessoa.

Na seqüência, em seu artigo 13, o Código Civil de 2002, assinala um comando legislativo da maior importância, ao prescrever, “Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física ou contrariar os bons costumes”. E, no Parágrafo único estabeleceu, “O ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial”. Através da presente norma, o legislador pretende salvaguardar não só a integridade psíquica, mas também a integridade física de paciente submetido a tratamento médico. Nossos Tribunais de Justiça se encontram com um enorme acúmulo de ações indenizatórias por dano estético, tanto quanto, de danos estéticos cumulados com danos morais.

Por ocasião do IX Encontro de Tribunais de Alçada em 1997, na Capital de São Paulo, os Magistrados concluíram ser inadmissível o acúmulo de dano estético com o dano moral. No dano estético se subsume o dano moral. O dano estético deve ser considerado sob a perspectiva material, consistente nas intervenções cirúrgicas restauradoras, decorrentes de acidentes que agridem a estrutura estética da pessoa, portanto, a parte física da pessoa. Por outro lado, o dano moral decorrerá dos sofrimentos íntimos e angústias vivenciadas pelo agente, oriundas da agressão e do tratamento a que foi submetido durante a sua convalescença.

Sobre as questões relativas ao dano estético, nossos Tribunais de Justiça já consagraram, através de inúmeras Jurisprudências, a sua admissibilidade nos casos assinalados, não obstante a ausência de um comando legal específico nesse particular. Por sua vez, o Código Civil de 2002, ao consignar disposição nessa direção, proíbe toda e qualquer agressão ao corpo físico, isto porque, o corpo físico é o retrato da pessoa, daí o destaque outorgado pelo legislador na

sua tutela, não admitindo o comércio de órgãos do corpo humano. Não obstante a pessoa seja depositária do seu próprio corpo, não o é, todavia, de forma ampla e irrestrita no que tange à sua disponibilidade. O legislador admite a disposição de órgãos, apenas e tão-somente para fins de transplante na conformidade da lei especial. Eram freqüentes notas constantes nos órgãos de imprensa, subscritas por pessoas em estado de miserabilidade, comercializando partes integrantes do seu corpo. O legislador não mais permite essa disposição, posto que, se trata de procedimento que fere os valores que compõem a pessoa em sua integridade físico-psíquica. Na realidade, trata-se de instituto legal de grande significado, já que, ao institucionalizar essa questão, o legislador tornou bastante clara a sua pretensão no sentido da defesa integral da pessoa em seu complexo físico-psíquico. Não podemos entender uma personalidade psíquica separada da personalidade física. O corpo humano, em conjunto com a nossa parte subjetiva, constituem elementos integrantes de um todo, constituindo uma unicidade de bens de valor.

Na ordem das disposições legais constantes nos Direitos da Personalidade, o artigo 14 do Código Civil de 2002 dispõe, “É válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte”. E, o seu Parágrafo único prescreve, “O ato de disposição pode ser livremente revogado a qualquer tempo”. Ora, a Lei número 9.344, de 04.02.1997, que dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento, já fazia expressa referência sobre a retirada de partes do corpo humano, bem como, sobre o uso do próprio corpo **post mortem**. De forma que, sendo a pessoa titular desse complexo físico-psíquico, poderá dispor dos seus órgãos, ou de parte dele, após a sua morte, se assim o entender. É um instituto que se consagrou em nosso sistema normativo e que, certamente, será objeto de dispo-

sições testamentárias e outras **post mortem**, permitindo que familiares, ou a quem se tenha outorgado o exercício desse direito, possam fazer uso de parte do corpo de pessoa morta. Trata-se de ato voluntário em vida, para ser exercido após a cessação da atividade cerebral. Todavia, o legislador estabeleceu uma condição impostergável, ao dispor que a doação, “seja para fins altruísticos e para fins científicos”. Caso contrário, deverá esbarrar com a objeção dos familiares e, em particular do Poder Judiciário, que impedirão o exercício de um direito contrário ao sentido eminentemente científico ou altruístico preconizado pelo legislador.

Na ordem seqüencial, o artigo 15 prescreve uma ordem legislativa que considero igualmente relevantíssima, ao determinar que, “ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco da vida, a tratamento médico ou intervenção cirúrgica”. Essa é uma questão fundamental. Estamos diante da teoria do consentimento informado. A intervenção médica, em face de qualquer risco, só pode ser realizada mediante expressa autorização do paciente ou dos familiares do enfermo, salvo naqueles casos de reconhecido estado de perigo, em que o quadro grave do paciente impõe ao profissional médico a obrigação de decidir. Nesse sentido, considera-se em estado de perigo a circunstância grave que subtrai do paciente a emissão de sua declaração de vontade e, a impossibilidade de obtê-la de seus familiares por decorrência da imediata e necessária intervenção do profissional, sob pena de notório risco de vida do enfermo. Nesse caso, a intervenção médica deverá ser realizada, como preceituado pelo Código de Ética Médica, do juramento de Hipócrates e mais ainda: das disposições legais pertinentes. Caso contrário, o médico responderá pelo crime de omissão de socorro. De qualquer forma, o comando constante no artigo 15 determina que o paciente tem que ser previamente cientificado sobre a realidade do seu estado de enfermidade, ainda que o Có-

digo de Ética Médica estabeleça que, em determinadas situações, o médico tem o direito de ocultar o verdadeiro estado do paciente, desde que tal fato possa comprometer a recuperação do enfermo. De qualquer forma, a informação ao paciente sobre os riscos que advirão ao tratamento, tanto quanto, o consentimento ao referido tratamento, são fatores que poderão determinar a responsabilidade do profissional, caso não sejam observados e realizados com a diligência necessária.

Na atualidade, a teoria do risco assume importância determinante na ordem jurídica e social. No caso em exame, o risco terá que ser calculado, porque o profissional competente dispõe da capacidade de estabelecer os seus limites. Nesse particular aspecto, não deverá submeter o paciente a qualquer intervenção, se verificar que os riscos são de tal magnitude, que possam comprometer a integridade física ou psíquica do paciente. A esse respeito, há casos, quando se tratam de cirurgias graves e de grande risco, que os médicos não recomendam; havendo situações de intervenções que, mesmo sendo necessárias, não são igualmente recomendadas. O paciente sempre deverá ser informado dessas situações. Dessas circunstâncias, é que decorre a clareza do texto legislativo, quando dispõe, “ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica”.

A teoria do consentimento informado assume, dessa forma, valioso papel no atual contexto em face da crescente ofensa aos direitos da personalidade. A responsabilidade civil da atividade médica vem sendo objeto de contínuos questionamentos perante os Tribunais, em virtude de procedimentos culposos geradores de danos de diversas magnitudes. Nessa realidade, o profissional médico tem a obrigação de obter do paciente declaração voluntária e consensualizada no sentido de consignar de que foi devida e corretamente informado sobre os riscos do seu tratamen-

to, tanto quanto, se encontra absolutamente consciente das conseqüências que advirão do referido tratamento, caso contrário o médico poderá responder civil ou criminalmente por omissão ao dever de informar e obter consentimento quanto aos procedimentos.

De acordo com o artigo 16, “Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome”. Pontes de Miranda já afirmara que toda pessoa tem direito a ter um nome, e que este significa a representação da pessoa. Todo ser humano se encontra inserido em um contexto social, havendo uma maneira como ele se apresenta na comunidade e compreende não só o nome como o prenome ou o apelido. Anteriormente, a Lei não admitia a mudança do prenome – Lei 6.015/73. Todavia, na atualidade, a Lei 9.708/98 admite, em casos excepcionais, até mesmo a inserção do apelido no nome, desde que isso constitua um fato notório e conhecido. Assim, a pessoa tem o direito de proteger o seu nome, não só a pessoa física mas também a jurídica, porque neste último caso, o seu nome constitui a razão da sua existência comercial. Já a pessoa física, é detentora da fama, ou seja, o destaque social que se verifica em decorrência de seu nome. Merecendo a proteção da ordem jurídica, o nome não pode ser objeto de uma exposição indevida ou não consentida pelo seu titular, porque acarretaria indenização por dano moral. Não há em nossa legislação pátria qualquer disposição com o alcance tão extraordinário como a presente. O legislador abarcou a tutela do nome da pessoa em seu mais amplo sentido. Nesse particular, os americanos, de um modo geral, possuem verdadeiro temor da exposição do seu nome, especialmente quando se trata de exposição que possa comprometer a sua fama perante a sociedade. Por esse motivo que, nos países anglo-saxões, da **common law**, os danos morais assumem proporções monetárias de grande magnitude, mesmo porque, em tais Estados prevalece a indenização dos danos morais com funda-

mento no princípio dos **punitives-damages**. Todos somos detentores desse direito intangível, que é o nome e que deve ser preservado em seu amplo aspecto. O instituto consagra, o que a doutrina, desde longo tempo, vinha praticando no Brasil, a exemplo de outros Estados, onde a tutela da personalidade sempre mereceu um lugar de destaque.

Segundo prescreve o artigo 17 do Código Civil, “O nome da pessoa não pode ser empregado por outrem em publicação ou representações que a exponham ao desprezo público, ainda quando não haja intenção difamatória”. O elemento causador do dano não é o exercício regular de um direito, senão o seu uso de forma irregular e abusiva. Nossos Tribunais de Justiça vêm decidindo, com certa frequência, que o simples arquivamento de queixas crimes contra pessoas, que foram indiciadas por decorrência de presumidos atos delituosos, não é causa a ensejar a propositura de danos morais. Todavia, estando configurado o abuso ou o **animus injuriandi**, resta inquestionável o uso irregular de um direito pela pessoa, ensejando danos extrapatrimoniais.

Na Capital do Estado do Paraná, tornou-se conhecida decisão prolatada pelo seu Tribunal de Alçada em que, determinada síndica de um condomínio, constrangida com os reiterados e contínuos atrasos de um dos condôminos, resolveu colocar o nome do devedor em todos os murais da unidade condominial, afirmando que se tratava de pessoa contumaz no cumprimento de suas obrigações condominiais. Não satisfeita com a presente situação, cortou de forma abrupta o fornecimento de água da unidade, para constrangê-lo ao pagamento do condomínio. O condômino, em sua defesa, postulou em juízo ação por danos morais. Em face de ser vencedor na citada ação indenizatória, com o valor apurado liquidou suas obrigações para com o condomínio. Todavia, caso a síndica propusesse ação de cobrança, segundo faculta a lei condominial, notificando o condômino a pagar sob pena

de não o fazendo promover as medidas de direito, a síndica estaria exercitando um direito regular que a lei faculta.

Assim, é fácil concluir que o nome da pessoa não pode ser veiculado em publicações que tenham conotações, ainda que de forma sub-reptícia, que possa causar qualquer tipo de constrangimento ou, que esteja configurado o **animus injuriandi**. Portanto, qualquer fato que tenha como objetivo desnaturar, desconstituir, ofender, macular a imagem da pessoa, constituirá em ofensa ao direito ao nome.

Segundo prescreve o artigo 18, “Sem autorização, não se pode usar o nome alheio em propaganda comercial”. Nesse particular, o Egrégio Tribunal de Justiça do Acre decidiu questão relacionada com médico, então exercendo o cargo de Secretário de Saúde do Estado, que teve o seu nome veiculado em propaganda de determinado medicamento, através de **outdoors**, na Capital, em Rio Branco. Propôs ação de indenização por danos morais. Nesse sentido, postulou indenização de aproximadamente mil e duzentos salários mínimos a título de indenização, por danos imateriais. O nome da pessoa não poderá ser exibido em propaganda comercial, sem o expresso consentimento do seu titular. Afinal, todos têm o direito à privacidade e à intimidade. A veiculação do nome da pessoa em atividade comercial não autorizada, constitui ofensa que macula de forma profunda os direitos à intimidade, sendo considerada como invasão ao direito de recato e recolhimento de que as pessoas são detentoras.

O artigo 19 prescreve que “O pseudônimo adotado para atividades lícitas goza da proteção que se dá ao nome”. Este artigo atribui pseudônimo, adotado no exercício de atividades lícitas, as garantias dadas pela lei ao nome. Podemos observar no texto do artigo que o legislador outorgou idêntica proteção ao pseudônimo, da mesma forma que o fez em relação ao nome. Todavia, diverso do nome, ao pseudônimo é permitida a mutabilidade não havendo imposição do

vínculo como ocorre com o nome. A proteção do pseudônimo decorre da ofensa por decorrência de atividades ilícitas. Por sua vez, toda e qualquer atividade lícita é representada pelo exercício regular de um direito. Nessas hipóteses, não se configura a indenização. Não obstante haja uma justificada preocupação entre os membros do Poder Judiciário no que tange à apontada industrialização por danos morais no Brasil, não podemos excluir aquelas indenizações que representam inequívoca defesa dos danos causados aos direitos do nome ou do pseudônimo. O Professor Ives Gandra Martins assume particular e moderada posição contra a indenização por danos morais sob o fundamento do seu uso indiscriminado e abusivo, não obstante a sua consagração constitucional, como já salientada pelo Ministro Sálvio de Figueiredo.

Segundo prescreve o artigo 20, “Salvo se autorizadas ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama, a respeitabilidade, ou se destinarem a fins comerciais”. Por seu turno o seu parágrafo único assinala, “E em se tratando de morto, ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes”. Segundo observamos, trata-se de norma cogente em que se sobressai o interesse social. Desse fato decorrem as ações assecuratórias na defesa da integridade da personalidade. Conforme assinalamos anteriormente, a pessoa é o centro gravitacional do universo jurídico. O Estado possui o dever de assegurar a manutenção da ordem pública, bem como, propiciar medidas assecuratórias da correta e boa administração da justiça. Ora, o texto legal, nesse particular, assinala situações ou fatos que possam afetar a estabilidade ao equilíbrio social, colocando em risco

os direitos e garantias fundamentais do ser humano – portanto, o texto sinaliza a defesa incondicional da personalidade.

Nesse sentido e, para cumprir essa função constitucional de defesa dos valores fundamentais da pessoa, o legislador outorga ao magistrado o poder de, através de medidas *ex officio*, ordenar as providências cautelares consideradas indispensáveis. Por essa razão, são plenamente justificadas as providências acauteladoras adotadas pelo Juiz Darlan, do Rio de Janeiro, no episódio ocorrido no ano passado, em que a Rede de Televisão Globo utiliza cenas em que eram expostos menores. O Estatuto da Criança e do Adolescente, prescreve em seu artigo 4º que é “dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade...” Portanto, as medidas determinadas pela autoridade judiciária não ferem o direito Constitucional fundamental consistente na liberdade de informação, porque se contrapõe a outro igualmente Constitucional Fundamental superior retratado *na dignidade da pessoa*. Dessa forma, trata-se da boa administração da justiça e da ordem pública, que se sobrepõe a determinados interesses. Parece-nos que se trata de um instituto de expressiva magnitude, na medida em que legitima a intervenção *ex officio* do Poder Judiciário, como guardião da ordem Constitucional. A esse respeito, conforme já enfatizamos, o Ministro Moreira Alves, em vários momentos, relatou que o novo Código Civil ampliou de forma considerável os poderes do juiz. Nesse particular, os novos ordenamentos jurídicos, a exemplo do Código de Defesa do Consumidor e do Estatuto da Criança e do Adolescente, prescrevem a inversão do ônus da prova, naquelas situações que objetive a defesa dos direitos fundamentais da pessoa.

A ampliação dos poderes outorgados aos magistrados pelo novo Código

Civil sofreu críticas, sob o ponto de vista de que estar-se-ia conferindo um poder exacerbado à magistratura. Todavia, entendendo que a crítica não possui embasamento que a justifique. Afinal, o Poder Judiciário, na história desse país, tem sido o fiel da balança, o ponto de equilíbrio no confronto das forças sociais, econômicas e políticas, e assim haverá de ser, daqui para frente como tem sido no curso da história.

Finalmente, o artigo 21 dispõe “A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma”. O presente comando legal, contido no artigo 21, possui conexão com a previsão contida no artigo 11, quando este prescreve uma regra genérica. Todavia, não obstante este fato, de forma responsável, consciente da gravidade da ofensa à pessoa, estabeleceu o legislador que a privacidade e o direito ao recato é um princípio constitucional, constante no artigo 5º, inciso X da nossa Carta Magna de 1988. Na realidade, o instituto do direito à intimidade da vida pessoal ou familiar vem sendo reiteradamente violado na época atual, em face das contínuas invasões desses direitos levados a efeitos pelos meios de comunicação, ávidos de manchetes na mídia.

Nesse sentido, o Estado e a iniciativa privada vêm se utilizando de meios de gravação através de câmeras indiscretas, com o objetivo de flagrar atos ilícito praticados na atividade cotidiana no comércio ou instituições públicas. Restaria indagar se as referidas filmagens ferem o direito constitucional à privacidade. Na realidade, afetam substancialmente o referido direito, uma vez que se trata de uma invasão da privacidade, porque a pessoa está sendo filmada sem o seu consentimento. Todavia, não há ofensa aos direitos fundamentais se a filmagem é utilizada apenas e tão-somente para efeito de segurança e se o vídeo em questão não é exposto ao público ou utilizado de forma indevida. Nesse

particular aspecto, após a concessão de liminar em mandado de segurança impetrado na Comarca de Maringá por proprietários de imóveis, que se insurgiram contra os aumentos levados a efeitos pela Municipalidade nos impostos sobre propriedade territorial, o gabinete do magistrado foi invadido, algumas horas após, pelos canais de televisão local. Ato contínuo assinalei aos repórteres que não queria ser filmado e não poderia dar entrevista à televisão porque a matéria se encontrava **sub judice**. No que responderam os repórteres, “Mas é um direito que a imprensa possui de filmá-lo”. Ao que redargui: “Mas é um direito que eu tenho de não ser filmado”.

Assim, o artigo 21 do novo Código Civil assinala com precisão, a tutela do direito constitucional de reserva da vida pessoal e familiar das pessoas. A imagem decorrente desse sagrado direito do ser humano, não pode ser manipulada pelo Estado ou mesmo pela iniciativa (pessoa) privada, sem o expresso e formal consentimento do seu titular. O mau uso ou o uso indevido da imagem configura o direito à indenização pelos danos morais decorrentes dessa situação.

É do consenso popular que a então Princesa Diana era continuamente assediada por repórteres ávidos para a publicação de manchetes em seus veículos de informações. Nesse sentido, por ocasião em que se encontrava em local restrito ao público, em ilha no Mediterrâneo, foi flagrada pela lente de uma câmera munida de teleobjetiva em topless. A foto foi publicada em conhecida revista alemã na Europa. A princesa revoltada com a invasão da sua privacidade promoveu uma ação por danos morais. A Corte Alemã concedeu a indenização pleiteada, condenando a revista pela divulgação da foto indiscreta. O Código Civil Alemão, em seu parágrafo 843, consagra a ofensa a direito individual, como ocorreu no caso apontado, em face da invasão da privacidade da pessoa e o uso indevido da imagem. São questões que ocorrem com determinada frequência na atualidade. Competirá ao Poder

Judiciário equacioná-las, aplicando a norma consolidada em nosso ordenamento civil.

Finalmente, no que tange ao processo indenizatório decorrente dessas normas, não há dúvida de que se tratam de ações de indenização de perdas e danos, cumulada com danos morais. Os comandos normativos nominados se referem às perdas e danos, ou seja, lucros cessantes e danos emergentes, quando se tratar de lesões de natureza eminentemente materiais, não excluindo todavia, a ação somente por danos morais ou acumulados nos casos em se configurar essa situação. De qualquer forma, a indenização deverá abranger todo e qualquer prejuízo vivenciado pela vítima, atento ao princípio consistente na **restitutio in integro**, ou seja, de restituição integral do bem perdido. Quando se tratar de danos morais, haverá de prevalecer o **arbitrium boni viri**, em que o magistrado levará em consideração critérios de razoabilidade e proporcionalidade, na fixação do **quantum debeat**. Não sendo admissível, em nosso ordenamento jurídico, a exemplo do que ocorre na França, o tabelamento dos danos imateriais, em face da disposição contida no artigo 5º., inciso V da Constituição Federal de 1988 que adotou o princípio correspondente a parâmetros abertos.

Nesse particular, em decorrência do citado dispositivo constitucional em que a indenização é proporcional ao agravo, não é admissível que lei ordinária, no caso especial da Lei de Imprensa, que adotou parâmetros fechados nessas indenizações tenha aplicações e sirva de parâmetros para a fixação do quantum indenizatório. O Egrégio Superior Tribunal de Justiça já argüiu a inconstitucionalidade da Lei de Imprensa, posto que estabelece o limite de danos morais que oscila de 5 a 200 salários mínimos. Por outro lado, o artigo 944 do novo Código Civil prescreve que “a indenização mede-se pela extensão do dano”, ou seja, quanto maior o dano, maior a indenização. Portanto, deverá

haver uma correlação imediata entre o dano e a indenização, sempre atendendo ao princípio consagrado em nosso ordenamento jurídico consistente na **restitutio in integro**.

Afora esse aspecto, há uma questão da avaliação dos danos morais. Essa é uma questão realmente complexa, porque tudo isso que observamos até agora, do artigo 11 ao 21, deverá inexoravelmente desaguçar em danos morais. Mas como indenizar os danos morais?

Trata-se de questão relegada ao subjetivismo do magistrado. Isso não é novidade para ninguém. E há parâmetros? Sim, a própria Lei de Imprensa em seu artigo 53 e, o Código Brasileiro de Telecomunicações no artigo 84, estabelecem parâmetros para aferir a citada indenização. Como previsto nos apontados ordenamentos legais, o juiz ao proceder a quantificação, deverá considerar a situação econômica das partes, a extensão do dano, o sofrimento vivenciado pela pessoa, o grau de culpa do agente ofensor. O Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Paraná decidiu recentemente uma questão inusitada, referente a uma senhora de 83 anos de idade, que fora vítima do crime de estupro. A notícia do fato foi narrado através de programa de televisão policial no Estado – portanto, amplamente divulgada. A vítima promoveu ação por danos morais contra a empresa de Televisão, que foi condenada em primeiro e segundo graus a pagar uma indenização de 1.000 salários mínimos.

Em casos dessa natureza, a subjetividade do magistrado na avaliação dessas questões é preponderante na formação do seu juízo de valor, isto porque, se trata de situação de extrema comoção para a vítima e para a sociedade – fatores que devem ser considerados como forma de cumprir a função binomial consistente na punição e compensação do lesionador, presentes nos processos indenizatórios por danos morais.

Segundo a lúcida e experiente opinião do Ministro Sálvio de Figueiredo do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, o

bom senso, a experiência, a vivência do magistrado no curso da sua vida são determinantes na aferição do **pretium doloris** nessas indenizações. Portanto, são questões de natureza subjetiva que dependerão sempre da análise acurada e sensível dos julgadores, atentos à realidade da vida social. Nesse plano, não há como estabelecer valores reais, capazes de satisfazer em sua plenitude a pretensão da vítima à indenização efetiva dos danos perpetrados pelos agentes ofensores. Cada ser humano vivencia esse tipo de lesão, através dos canais da sua sensibilidade e em conformidade com a sua escala de valores pessoais, que diferem substancialmente entre as pessoas, sendo impossível, nessa área do direito, estabelecer avaliações milimetricamente precisas. Cada pessoa sente a dor a seu modo, de acordo com as suas convicções pessoais, espirituais, morais, culturais, intelectuais e históricas. Como afirmamos, cada ser humano é representado através de princípios sedimentados na unicidade.

Reporto-me ainda, à decisão prolatada pelo Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo referente a determinada senhora que em companhia de seus três filhos, sendo que uma criança se encontrava em seu colo e as duas outras ao seu lado, ao descer do coletivo na Capital paulista deparou com enchente em seu bairro. Ao trafegar pela calçada, em uma esquina, havia uma abertura coletora de águas pluviais na via pública, que se encontrava sem a grade protetora. Oportunidade em que as duas crianças foram sugadas pela violência das águas, morrendo em consequência desse fato. Diante da situação, promoveu ação por perdas e danos, cumulada com danos morais, contra o Município de São Paulo. O juiz, em sua decisão narra com destaque que, na fase instrutória da ação, foi compelido a suspender em vários momentos a audiência, em face da comoção manifestada pela vítima. Ao final, condenou o Município ao pagamento da pretensão indenizatória manifestada pela autora.

O Egrégio Tribunal de Justiça, através de sua Câmara Cível, o relator adotou integralmente a decisão do magistrado em primeiro grau.

A realidade e a contundência desse fato, é suficiente para retratar o nível de sofrimento das pessoas, que deve ser aferido pelo julgador, isto não significa que a decisão deve ser pautada pela emocionalidade. Mas, o nível de percepção dos fatos vivenciados pelo ofendido deve ser considerado, para o efeito de assegurar uma ampla e irrestrita indenização – diversa daquela simbólica que se afasta do princípio constitucional da equivalência entre a indenização e o dano.

Portanto, o magistrado deve estar atento à referida realidade. Como afirmamos, não se trata de uma apologia ao sentimentalismo. A **contrario sensu**, faço a apologia da realidade humana. O magistrado é um ser humano, capaz e habilitado a captar os anseios das pessoas vítimas das diversas lesões, que ferem profundamente os valores que conferem razão e sentido à vida. Nesse particular, a doutrina e a jurisprudência brasileiras não adotaram a teoria do valor do desestímulo, ou a teoria punitiva. Determinado comentarista da Rede de Televisão Globo, conhecido no meio internacional, foi acometido de infarto do miocárdio ao tomar conhecimento que a Diretoria da Petrobras havia proposto ação por danos morais nos Estados Unidos, contra o referido repórter, em razão das contundentes críticas que vinha fazendo aos citados diretores. O referido comentarista tivera conhecimento de que, caso fosse condenado ao pagamento de danos morais no território americano, teria que dispendar importâncias vultosas em dólares, aquém de sua capacidade econômica – em face do princípio punitivo consagrado pela jurisprudência americana.

É claro que a nossa realidade nacional difere substancialmente da americana. No caso de fixação da indenização por danos morais, o magistrado terá que se utilizar de determinadas medidas para avaliar a extensão dos danos

morais, procurando avaliar a extensão do prejuízo vivenciado pela vítima, quando se tratar do uso indevido da imagem, a divulgação de fatos que possa causar todo e qualquer tipo de repercussão depreciativa na estrutura da personalidade do ser humano.

Assim, conclusivamente, estamos diante da aplicação do princípio consistente na despatrimonialização do direito - defendido pelo Professor Gustavo Tepedino, que coloca o homem como o centro de um sistema jurídico. Não é sem justificada razão que o novo Código Civil, particularmente através da defesa dos direitos da personalidade, consagra essa posição da pessoa no contexto social e jurídico. As questões relativas à eticidade assumem, na perspectiva do nosso ordenamento civil, o valor fundamental da pessoa, que foi verticalizado em nossa Constituição Federal de 1988. Na realidade, trata-se igualmente da consagração da Declaração Universal dos Direitos Humanos e, da sua inserção em nossa realidade, direcionada na construção do homem do futuro, mais humano e atento aos direitos do seu semelhante estatuído na ordem consistente no preceito romano do **neminem laedere**.

Finalizando, agradeço o distinto convite feito pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador Sergio Cavalieri. Esteja certo Vossa Excelência de que o seu convite honrou-me sobremaneira, para proferir na Cidade Maravilhosa, o centro cultural do país, uma palestra destinada a uma plateia tão seleta. Assim, reiterando meus agradecimentos ao convite formulado por Vossa Excelência, na esperança de haver contribuído, de forma singela, para a elucidação de tão importante e significativo tema. Muito obrigado.

DEBATES

Des. Luiz Roldão de Freitas Gomes

Excelentíssimo Desembargador Sergio Cavalieri Filho, a quem agradeço a honra de participar desta Mesa na condição de debatedor e como aprendiz de

tanto ouvir as brilhantes exposições, como a do Professor Clayton Reis, rica de informações perpassadas realmente de um sentimento humano muito profundo; demais integrantes da Mesa, Professor Clayton Reis, magistrados, senhoras e senhores. A missão é muito facilitada diante da exuberância da exposição do Professor Clayton Reis que abordou a matéria em seus delineamentos fundamentais e também pinçando cada artigo do novo Código, fazendo uma verdadeira correlação entre os artigos e as espécies às quais ele se dirige. De modo que pouco haveria para indagar. Mas apenas com o fito de ensejar que o professor nos traga mais erudição dos seus conhecimentos e, sobretudo, o aspecto prático de seu pensamento, filosofia e interpretação, é que me permito, apenas nesse sentido, imbuído desse propósito, fazer singelas e breves indagações ao Professor Clayton Reis.

Primeiro, o eminente professor salientou que alguns códigos civis estrangeiros - citou o do Chile, Argentina, Uruguai - não faziam alusão específica aos direitos da personalidade, mas continham apenas uma fórmula genérica. Quanto ao Código Civil Português - que contém uma regra inicial chamada *tutela genérica da personalidade*, argüi-se que o atual Código Civil, bem como o futuro código, teriam sido omissos por não conterem uma regra nesse sentido, sobretudo porque este não contém em si todos possíveis direitos da personalidade, inclusive alguns que estão previstos na Constituição, como o direito à honra, às obras intelectuais, à voz humana e assim por diante.

De modo que indago ao eminente professor se seria possível extrair do novo Código a feição de uma regra desse jaez, em suma, uma síntese que pudesse constituir a chamada *tutela geral da personalidade* a ser exatamente preenchida pelo juiz.

Professor Clayton Reis

Veja bem, Excelência, que o Código Civil Português faz uma alusão em

seu artigo 70, por exemplo, dispondo que a lei protegerá os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral. Depois, estabelece, na seqüência, uma série de situações específicas no que tange as diferentes nuances que temos na personalidade. Diria que, no contexto que o novo Código Civil nos apresenta, hoje, somos levados à conclusão de que temos uma ampla tutela da defesa da personalidade. Não obstante e, a título de ilustração, o nosso Código não tenha feito referência às cartas missivas, mas aí há uma lei especial, a de Direitos Autorais, que faz esta abordagem específica, e dispõe que são titulares aqueles que as escreveu. Todavia, o artigo 11 traz uma tutela genérica, como afirmamos em nossa exposição. Inclusive o artigo 21, confere margem de interpretação de que ocorre uma certa colisão entre os dois comandos, porque o artigo 11 dá uma abordagem ampla e genérica, quando prescreve que “Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade (...) não podem sofrer limitação voluntária”. Isso significa, então, que todo e qualquer exercício de limitação é **contra legem**, fere os direitos da personalidade e, por consequência, capaz de ensejar danos. Ora, havendo dano haverá o inevitável direito à indenização.

Então, isto nos leva a concluir que os artigos 11 ao 21 realmente abrem perspectiva para uma tutela genérica da personalidade.

Des. Luiz Roldão de Freitas Gomes

Formulei essa indagação com dois propósitos: o primeiro é porque na verdade os juízes, a partir de janeiro do ano que vem, defrontar-se-ão com esse texto e terão que, a todo momento, aplicá-lo no sentido de identificar se há ofensa ao direito da personalidade ou não; e determinar, na quantificação das indenizações. São questões com as quais, a partir de janeiro, todo juiz terá que se defrontar, independentemente da corrente que abraça, que adote.

O segundo desdobramento dessa indagação seria: o juiz poderia identificar novas formas de ofensa ao direito da personalidade, que não apenas aquelas que estão previstas no Código, mas que a tecnologia, a ciência vão, a todo momento, mostrando que devem ser reprimidas ou ele estaria apenas contido e restrito a essas hipóteses do Código?

Professor Clayton Reis

Entendo que sim, pois observe Vossa Excelência o caso de uso da Internet em que certas pessoas a utilizam mediante a colocação de câmeras em sua residência, especialmente em locais privados, constituindo o fato em absoluta invasão da sua privacidade. Muito embora seja uma disposição voluntária da pessoa, mas se isso contrariar os bons costumes, a ordem pública, o juiz, de ofício, poderá (em face da disposição prevista no artigo 20), a bem da administração da justiça, a bem do interesse público, promover uma tutela de defesa, do interesse coletivo. Poderemos ainda mencionar o fato de a Internet ser explorada com imagens pornográficas; devem existir meios, evidentemente, através dos quais o juiz possa operacionalizar esse instituto, para salvaguardar e manter a integridade física e psíquica das pessoas, em decorrência dessa exposição indevida.

Então, acho que o juiz possui esse mecanismo e o artigo 20 do novo Código Civil é muito claro nesse particular quando menciona “à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização de imagens” que possam prejudicar realmente a personalidade em seu aspecto global. Então, é um instituto que se colocará realmente à disposição dos magistrados, e eles terão que, efetivamente, exercitar essa disposição, que não se trata de um direito e, sim, de um dever.

Des. Luiz Roldão de Freitas Gomes

Outra indagação, eminente Professor, se prende ao seguinte: a partir

de janeiro, evidentemente, teremos uma série de ações de indenização que versarão simultaneamente sobre dano patrimonial, eventualmente sobre o dano moral e, provavelmente quase certo, sobre a violação do direito à personalidade. Então fica a indagação: uma vez que a violação do direito da personalidade, a ofensa a este bem gera tanto uma reparação de dano moral como de dano material, por exemplo, o direito à imagem que está disposto na Constituição; a partir do novo Código Civil, toda a ofensa ao direito da personalidade se reconduziria apenas a este Capítulo II do Código Civil ou poderia haver ainda cumulação de pleitos ressarcitórios, como, por exemplo, dano moral, material e simultaneamente o direito da personalidade? Indago isso apenas com vistas a que os juízes comecem a clarear o caminho para que, de início, não venha aquela catarata de ações de reparações de danos morais, como ocorreu após a Constituição.

Professor Clayton Reis

Acho que a cumulação dos danos patrimoniais com os danos extrapatrimoniais está, como afirmamos, consagrada pela Súmula 37. De maneira que, se restar configurado um dano patrimonial, seja lucros cessantes ou danos emergentes, porque pode ter ocorrido um dano extrapatrimonial e não ter ocorrido um dano patrimonial. Todavia, se houve a ocorrência simultânea, em face da concomitância de um dano e outro, a cumulação parece-nos absolutamente legítima, como aliás tem ocorrido reiteradamente nas ações, por exemplo, de revisões contratuais com perdas e danos, cumulados com danos morais; a rescisão de um contrato, cumulado com danos morais. Então nos parece que isso é um instituto que se consagrou realmente, especialmente por decorrência da Súmula 37.

De forma que, se entendi a questão profundamente formulada por Vossa Excelência, é preciso que o juiz pos-

sa distinguir, realmente, a ocorrência de danos na esfera patrimonial e na esfera extrapatrimonial, ou se for o caso, nas duas esferas, e permitir conceder a tutela pretendida pela parte autora.

Desembargador Sergio Cavaliere

Creio que todos nós estamos interessados também em conhecer a opinião do eminente Professor Desembargador e examinador de concurso, o Desembargador Luiz Roldão. Ele está aí em uma posição cômoda, fazendo indagações e bombardeando o Professor Clayton. Gostaríamos de saber a sua opinião a respeito, Excelência.

Des. Luiz Roldão de Freitas Gomes

No tocante à primeira indagação, estou de acordo com o Professor Clayton Reis. Penso que com os direitos da personalidade - parece que consta na nota explicativa do Projeto - o que se quis foi conferir ao magistrado um poder sobre esses critérios, de identificar novas fórmulas, também no futuro, de violação a esses bens, a partir da Constituição, sobretudo. Agora, no tocante à questão da responsabilidade civil, fico ainda a meditar, porque na medida em que a violação do direito da personalidade em si e por si, independentemente até de um dano visível, gere um direito: em primeiro, a cessação da ofensa, da ameaça; em segundo lugar, a reparação que será o que mais vai ocorrer sobretudo no campo do direito à imagem porque é muito rápida. A divulgação da imagem se faz instantaneamente e não há como se restabelecer o *status quo ante*. De modo que a indenização será, na verdade, o escoadouro normal de toda a infração aos direitos.

Tenho a impressão de que talvez se pudesse refletir aí o seguinte: na medida em que eles estão previstos em separado, no Código Civil, em um capítulo próprio, qualquer ofensa a esses bens se resolveria a partir deste capítulo, para evitar que haja uma excessiva cumulação de pleitos: por violação de direitos à personalidade, por dano mate-

rial, por dano moral. Teríamos aqui uma propagação geométrica do que ocorreu com as ações de dano moral após a Constituição. De modo que meu pensamento em princípio, Desembargador Cavalieri, é que talvez devêssemos estudar, tentando reconduzir a este capítulo todas as infrações que na verdade se cometeram contra os direitos da personalidade, mas não dispersá-las entre as reparações de dano moral e extrapatrimonial nos capítulos próprios do Código Civil.

Professor Clayton Reis

Concordo plenamente com Vossa Excelência, caso contrário poderia haver até um *bis in idem* quando se promovessem ações distintas como, por exemplo: por danos à imagem, uma outra por danos à privacidade, reprodução do retrato sem autorização do titular. Penso que as ações deverão ser concentradas, sem dúvida alguma, será em torno da indenização. Uma indenização ampla e irrestrita. É claro que o ônus da prova cabe a quem alega, como Vossa Excelência afirmou quanto à reprodução da imagem - é preciso que se prove efetivamente que essa reprodução, na forma como foi feita, foi indevida ou foi inconseqüente, haverá inevitável irresponsabilidade de quem consentiu na divulgação.

Des. Luiz Roldão de Freitas Gomes

Uma outra indagação, professor, se prende também à questão do próprio exercício desses direitos, porque os direitos da personalidade mostram (como em outros capítulos do Código Civil, como nos direitos da vizinhança) que dois fatores fundamentais hão de estar presentes em qualquer julgamento, sobretudo no tocante ao exercício dos direitos. Vale dizer da coexistência dos direitos, o que significa que tenho o meu direito, mas o direito encontra um limite não só em outros direitos, mas também no bem comum, no fator que interessa a todos.

Então, em tema de direitos da personalidade, no tocante ao direito à imagem etc. tem-se, também, de outro lado, o dever de informar da imprensa. Aí, te-

remos, em torno dessa matéria, mais questões judiciais. De modo que a indagação que formulo é a seguinte: na medida em que o novo Código fala que o direito da personalidade é irrenunciável, se isso não implicaria em não se afastar uma idéia do chamado, no mínimo, do consentimento tácito do titular do direito. Isso significa dizer que quem se coloca em determinada situação está, tacitamente, admitindo que possa ocorrer determinada invasão, digamos assim, da sua intimidade: ou que seja fotografado, tenha sua imagem divulgada, tenha ditos publicados e assim por diante. Isso não significa dizer que ele renuncie aos direitos, mas tacitamente ele está abdicando do exercício de qualquer direito com respeito a uma alegada infração. É o pensamento que tenho e gostaria de ouvir a opinião de Vossa Excelência.

Professor Clayton Reis

A questão foi formulada com muita pertinência e penso o seguinte: a exemplo do que ocorre *mutatis mutandis*, com relação à teoria do consentimento informado no que se refere à intervenção do médico no paciente. Primeiro, isso vai depender da informação do médico, do profissional, sobre o tratamento ou processo cirúrgico e, em segundo plano, o consentimento, em face das informações precisas, do paciente que se submeterá àquela determinada intervenção. No caso de uma exposição, é claro que os órgãos de divulgação do país, a partir da vigência do novo Código, deverão ter muita cautela na reprodução da imagem das pessoas. Não obstante, como Vossa Excelência bem o afirmou, está claro na lei que é irrenunciável, mas o titular do direito, sabendo desse fato poderá autorizar a exposição da sua imagem e o fazendo, não renunciar ao direito, mas saber de que há um consentimento, há uma autorização. Ele está ciente efetivamente de que a sua imagem vai ser divulgada.

Objetivamente, peço vênias para citar recente caso concreto ocorrido em Curitiba: uma determinada pessoa sub-

meteu-se a tratamento dentário, quando implantou um dente na parte frontal. A cirurgiã-dentista pediu autorização para fotografá-lo com o objetivo apresentar o caso em um congresso, posto que se tratava de técnica inovadora. O paciente consentiu na reprodução de sua fotografia para fins científicos. Todavia, a profissional publicou a sua imagem na Revista Veja, de forma comercial. O cidadão foi apelidado em Curitiba de “risadinha”. Isto lhe causou depressão e transtornos psicológicos, oportunidade em que ingressou com ação por danos morais em face da cirurgiã-dentista. Nesse caso, observa-se que a vítima consentiu na divulgação do seu retrato, ou seja, de que sua foto fosse levada a um congresso odontológico, como consagração de uma técnica aprendida no exterior. Todavia, o paciente não renunciou ao direito de impedir a divulgação indevida de sua imagem.

Penso que não houve uma renúncia ao direito da imagem, não obstante o consentimento havido para determinado fim. Se a dentista utilizasse as fotos para a finalidade autorizada, não

poderia o paciente promover qualquer ação indenizatória. Assim, parece-nos em que pese a irrenunciabilidade ao direito de imagem, a renúncia no caso em tela foi restrita. Na realidade, a pessoa abdicou de um determinado direito. A presente situação se aplicaria no caso, ***mutatis mutandis***, como ocorre na prestação alimentícia. O cônjuge poderá abdicar do direito de receber a prestação em determinadas circunstâncias. Todavia, jamais poderá renunciar ao referido direito, em face do princípio da irrenunciabilidade da pretensão à prestação alimentícia. Por essa razão, a renúncia ao direito será temporária, sendo assegurado, no entanto, o direito em promover ação de alimentos quando dele necessitar. Isto significa que os profissionais liberais deverão ser cautelosos ao estabelecer procedimentos referentes à renúncia de direitos. À pessoa, em determinadas situações, não será assegurada a prestação da tutela jurisdicional, quando ocorrer uso lícito e regular do direito. Na hipótese, o paciente havia consentido e autorizado a exposição da sua imagem naqueles termos em que foi proclamada. ☐