

OS DIREITOS DA PERSONALIDADE E O NOVO CÓDIGO CIVIL: QUESTÕES SUSCITADAS

LUIZ ROLDÃO DE FREITAS GOMES

Desembargador TJ/RJ. Professor da EMERJ

I. DIREITOS DA PERSONALIDADE (RES SACRA HOMO)

1. Seu reconhecimento data do final do século passado e início deste, para cuja construção colaborou a doutrina dos grandes juristas germânicos e italianos, destacando-se, dentre estes, o célebre FERRARA (**Tratatto di Diritto Civile**, p. 388 e segs.), que os definia: “são direitos privados destinados a assegurar ao indivíduo o gozo do próprio ser, físico e espiritual”.

A amplitude de seu conceito, a renovação e a elaboração constantes por que, no princípio, passaram, não permitiram uniformidade de opiniões e critérios em torno deles.

A hesitação ocorre a partir de sua própria denominação, direitos individuais (KHOLER), direitos sobre a própria pessoa (WINDSCHEID), direitos pessoais (WÄCHTER), direitos de estado (MÜLHENBRUCH), direitos originários, direitos inatos, direitos personalíssimos. Acentuou-se a preferência por direitos da personalidade, empregada por GIERK (OLRLANDO GOMES, “Direitos da Personalidade”, **Rev. For.**, v. 216, 1966, p. 6).

Sofreram a influência do jusnaturalismo, que confere a cada homem direitos inatos, passando a figurar, na ordem civil, como atributos da personalidade. Favoreceu sua consagração legislativa a necessidade de se proteger a pessoa humana contra as ofensas à sua dignidade e o perigo, que corria de ser amesquinhada diante da hipertrofia do poder político e de avassalador progresso técnico e científico.

Para PONTES DE MIRANDA (**Tratado de Direito Privado**, 1954, t. III, p. 7), os direitos da personalidade são “efeitos de fatos jurídicos que se produziram, nos sistemas jurídicos, quando, a certo grau de evolução, a pressão política fez os sistemas jurídicos darem entrada a suportes fáticos que antes ficavam de fora, na dimensão moral ou na dimensão religiosa”.

Foram previstos, no século passado, dentre outros, no Código Civil suíço, no japonês, no egípcio, estando sistematizados no Código Civil italiano e no português. Fazem parte ainda do novo Código Civil Brasileiro e do Projeto do Código Civil francês.

Na França, foram sobretudo obra da construção jurisprudencial (**Une Création Prétorienne: Les Droits de la Personnalité**, RAYMOND LINDON, Dalloz, 1974).

2. Consideram-se absolutos, extrapatrimoniais, intransmissíveis, imprescritíveis, impenhoráveis, vitalícios e necessários, subdividindo-se em direitos à integridade física e à moral. Compreendem os primeiros o direito à vida, sobre o próprio corpo e ao cadáver.

De acordo com PERREAU, um dos primeiros juristas, que os estudaram (“Des Droits de la Personnalité”, **Revue Trimestrielle de Droit Civil**, 1909, p. 514). “*les deux caractères principaux des droits de la personnalité sont d’être opposables erga omnes et inestimables en argent*”. Desta última característica decorre não poderem ser cedidos, sua imprescritibilidade, a impossibilidade de serem transmitidos por sucessão e a não-aplicação dos meios comuns de representação de terceiros.

Reconhece, porém, que “*des besoins sociaux ont conduit les juges à limiter dans une plus ou moins large mesure toutes les conséquences*”, o que, de certo modo, se tem verificado mesmo no tocante ao caráter de serem extrapatrimoniais, como, por exemplo, em tema de liberdade de expressão, artística e de informação (FRANÇOIS RIGAUX, “La Liberté de la Vie Privée”, in **Revue Internationale de Droit Comparé**, julho/setembro de 1991, nº 3, p. 540 e 563).

3. Seu conceito varia em função da natureza que se lhes atribui, entrando-se em terreno controverso.

Para uns, trata-se de direitos sobre a própria pessoa, *jura in re se ipsa*, contestado por outros mediante a impugnação de não poder a pessoa ser, simultaneamente, sujeito e objeto de direito. Assim de acordo com MAGGIORE (**Diritto Penale**, Bologna, 1955, v. I, t. I, p. 332), “*si può parlare di un diritto alla vita, alla integrità personale, all’onore, ... non sulla vita, sull’integrità personale, sull’onore*”.

Argumentam outros, porém, que o objeto do direito não é a personalidade em si mesma, mas em suas diversas manifestações e projeções físicas e psíquicas. Por confundir-se a personalidade com a capacidade jurídica em sua concepção, ela é o pressuposto dos demais direitos, mas não o objeto de

um deles. Amplia-se, deste modo, o conceito jurídico de bem, não adstrito ao significado naturalístico, mas de conteúdo histórico, para incluir estas projeções e torná-las merecedoras da tutela do direito como objeto de uma relação.

Replica-se que este desdobramento, abstrato, não é possível, quer jurídica, quer psicologicamente.

Seriam os direitos da personalidade, para alguns, ínsitos à pessoa, resumindo-se no direito de ser tratada como tal, ou seja, como titular de todos os direitos próprios da natureza humana.

ORLANDO GOMES (art. cit.) observa que, a par dos autores que julgam consistirem em direitos sem objeto, há outros, como FERRARA, que consideram objeto os outros homens, com o dever de respeito a seu gozo, sendo a vida e a integridade física meros termos de referência.

Não cessa, contudo, a divergência.

Sempre compreendidos na faixa da livre atividade humana, autores lhes opõem limites, outros, não; no primeiro caso, por imposição do interesse geral.

Procura-se, com esta exposição, mostrar a controvérsia que impera nesta área, devendo-se ressaltar a conclusão a que chegaram CUNHA GONÇALVES (**Tratado de Direito Civil**, Max Limonad, 1955, p. 337 e segs.) e WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO (“Transplante de Órgãos do Corpo Humano sob o Aspecto Jurídico”, **Rev. dos Tribunais**, 1968, v. 389, p. 89 e segs.): o homem, em princípio, tem o direito de dispor de si mesmo, exercendo livremente a sua atividade, para atingir a seus fins, atividade esta que é extrajurídica e entra na categoria do lícito e do jurídico. Ressalvam-se, porém, as proibições legais, estabelecidas menos em função do interesse individual, mas em nome da conservação da espécie, da utilidade social, da moral pública ou dos interesses do Estado. Assim, entre outras, a apenação do aborto, do induzimento e instigação ou auxílio ao suicídio e da falsa auto-acusação.

No dizer de FERRARA (“**Trattato**”, cit., p. 398), “*ma fuori queste limitazione l’uomo há una **facultas quaedam disponendi di se stesso che resta interna a lui, in una sfera extra-giuridica***”.

4. Não constavam estes direitos de diploma legislativo, de forma sistemática, em nosso ordenamento positivo. Eram tutelados em textos legais esparsos, como na Lei de Imprensa (ofensa à honra), no Código de Telecomunicações (iguais violações), na Lei de Registros Públicos (tutela do

nome), na Lei de Direitos Autorais (proteção da obra do autor), na Lei sobre Transplante (resguardo do corpo humano) e em outras disposições isoladas.

Deles não cogitou CLÓVIS BEVILÁQUA, embora fossem previstos à época da edição de nosso Código Civil no Código Civil suíço, porque, no tocante ao nome, por exemplo, entendia aquele Jurista que resultava adequadamente protegido pelas normas que impedem a usurpação da personalidade (SAN THIAGO DANTAS, **Programa de Direito Civil – Parte Geral**, Editora Rio, 1977, p. 196).

5. É certo que a tutela dos bens jurídicos que constituem estes direitos se faz valer, com mais eficácia, no campo criminal. Nosso Código Penal pune suas violações em várias de suas manifestações (vida, integridade física, liberdade individual, honra, sigilo de correspondência e inviolabilidade dos segredos, sentimento religioso e respeito aos mortos, liberdade sexual, pudor, valores da Família e outros), assim como o Código da Propriedade industrial (Lei nº 9.279/96) reprime infrações ao privilégio de invenção e lei específica (Lei nº 9.610/98) incrimina a transgressão do direito autoral.

II. SUA PREVISÃO NO PROJETO DE CÓDIGO CIVIL DE 1973

6. Aquela proposta legislativa trazia preceitos sobre atos de disposição do próprio corpo, de disposição e direito ao cadáver, de tratamento e ao exame médico, sobre a reprodução da imagem e direitos autorais. Deles dizia o saudoso Prof. ORLANDO GOMES, na “Memória Justificativa do Anteprojeto”, DIN, 1963, p. 35:

“O primeiro e dos mais importantes objetivos do Anteprojeto é o de preservar um dos valores fundamentais de nossa civilização: o respeito à pessoa humana. Os Códigos individualistas, voltados inteiramente para o indivíduo, esqueciam a pessoa, omitindo-se diante de direitos sem os quais a personalidade do homem não encontra terreno propício à sua livre e necessária expansão. Alguns desses direitos, protegidos constitucionalmente, não tinham a sua tutela completada pela organização de um sistema de defesa contra possíveis atentados de particulares. Tanto mais quanto se ampliaram, adquirindo novos aspectos, tais como o do direito à vida, à educação e tantos outros.”

Na apresentação do Projeto, discorria ainda o civilista baiano: “No corpo do Código Civil devem ser isoladas as disposições que, na órbita privada, podem concorrer para a defesa da personalidade humana. A reafirmação, na lei civil, da intangibilidade de certos direitos inseparáveis da pessoa humana indica que o Código, completando a rede de proteção ao homem que se distende desde a Constituição e de declarações internacionais de princípios, reafirma solenemente a necessidade de serem preservados para que se resguarde a dignidade humana”.

“Contudo, ao disciplinar *os direitos da personalidade*, o Anteprojeto não os confunde com os *direitos do homem*, ainda que se refira a alguns destes que, por igual, se compreendem entre aqueles considerados, todavia, sob outra perspectiva. Como bem esclarece MAZEAUD, os chamados direitos do homem são *direitos públicos*, dado que visam primordialmente a protegê-lo contra o arbítrio do Estado, enquanto os direitos da personalidade são muitos daqueles direitos da pessoa humana encarados na possibilidade de sofrerem atentados por parte de outros homens (**Leçons de Droit Civil**, t. 1, p. 629) ou – acrescente-se – de serem auto-sacrificados”. Regulando-o, nas suas mais importantes manifestações, o Anteprojeto refere-se expressamente aos que são considerados fundamentais, prevenindo-se contra o risco de uma enumeração taxativa, com o uso da expressão: “e outros reconhecidos à pessoa humana”. “Devem ser protegidos, com efeito, todos os que são tidos como necessários ao desenvolvimento da personalidade, de acordo com as idéias dominantes na atualidade, sabido que não são invariáveis, nem limitados”. “Dirigem-se as regras propostas a duas categorias de direitos da personalidade, enriquecidas de novos aspectos por força, principalmente, do progresso feito pela ciência: a categoria dos direitos à integridade física e a dos direitos à integridade moral”. E versou sobre a proteção à integridade física (“direitos sobre o próprio corpo”, a inviolabilidade do corpo humano, o direito ao cadáver, a disposição de partes do corpo); a proteção à integridade moral (dos direitos intelectuais e à própria imagem e o direito a constituir família). Tratou também do direito ao nome.

III. O NOVO CÓDIGO CIVIL

7. Foram mantidos aqueles direitos no Projeto, que se converteu no novo Código. Em estudo comparativo, o eminente Ministro JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES, a quem incumbiu a redação da Parte Geral, louvou as

opções do novo Código Civil português nas linhas mestras daquele Direito (“Lições do Novo Código Civil português”, *in A Parte Geral do Projeto do Novo Código Civil Brasileiro*, Saraiva, 1986, p. 16 a 31).

Vêm eles disciplinados nos arts. 11 a 21, dispondo o primeiro preceito que, “com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo seu exercício sofrer limitação voluntária”. Prossegue o art. 12: “Pode-se exigir que cesse a ameaça ou lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei”.

Nos artigos seguintes, cuida da disposição do próprio corpo, admitindo-a gratuita, com o objetivo científico ou altruístico, para depois da morte, e ocupa-se do tratamento médico, a que ninguém pode ser constrangido.

8. Onde, entretanto, a matéria veio de receber unificada consagração legislativa, com explícito relevo para os direitos denominados morais (vida privada, honra e imagem das pessoas), iniciando-se pelo próprio direito à vida (art. 5º, *caput*), foi na vigente Carta Magna.

Não cuidou especificamente do direito ao corpo, de suas partes e ao cadáver, a envolverem o tratamento médico, os transplantes e as técnicas de reprodução assistida, mas forneceu seus fundamentos.

9. Na Exposição de Motivos da Parte Geral do Projeto do novo Código, de 1970, expunha o ínclito Min. MOREIRA ALVES: “O Capítulo II versa os direitos da personalidade, onde se trata, inclusive, do direito ao nome, em suas linhas gerais. Nesse Capítulo, aproveitei, com alterações e supressões, o material que se encontra no Projeto revisto, que se elaborou com base no Anteprojeto do Prof. Orlando Gomes” (ob. cit., p. 71/2).

10. Comentando o Projeto do novo Código, o saudoso Des. e Prof. CARLOS ALBERTO BITTAR (**Direitos da Personalidade**, Forense Universitária, 4. ed., 2000, p. 41), acentua que ele apresenta o tema no Capítulo II do Título I (“Das Pessoas Físicas” do livro I “Das Pessoas”) sob a epígrafe “Dos direitos da personalidade” (arts. 11 a 20). “Aproveita o material do anteprojeto do Prof. Orlando Gomes, introduzindo algumas inovações: a irrenunciabilidade (art. 11), a disposição altruística (art. 14) e a norma referente à divulgação de escritos e da imagem (art. 20). Conforme as notas explicativas, o texto inscreve poucas regras sobre a matéria, QUE DEFINE COMO COMPLEXA E DE SIGNIFICAÇÃO ÉTICA ESSENCIAL, deixando-a para o natural desenvolvimento da doutrina e da jurisprudência”. “Sofre, conseqüentemente, influência do Código Civil italiano, como se

verifica do exame dos textos que se contêm nas notas justificativas oferecidas por seus autores”.

Prossegue: “Com efeito, o atual projeto reduz as disposições relativas aos referidos direitos, mantendo o seu posicionamento referente às pessoas físicas. Inicia a regulamentação com disposição genérica, quanto às suas características, definindo-as, salvo casos previstos em lei, como intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo seu exercício sofrer limitação voluntária (art. 11). Sobre a tutela dos direitos e sem prejuízo de outras sanções, permite que cesse a ameaça ou a lesão a direito da personalidade (art. 12), cabendo ao cônjuge supérstite ou a qualquer parente de linha reta, até o quarto grau, requerer a medida, em se tratando de morto (parágrafo único).

“Versando sobre o direito de disposição do corpo, veda os atos que importem em diminuição permanente da integridade física, ou contrariem os bons costumes (art. 13), admitindo transplantes, consoante dispuser lei especial (parágrafo único). Para depois da morte, permite, com objetivo altruístico, ou científico, a disposição do próprio corpo, no todo ou em parte (art. 14), sendo revogável o ato, a qualquer tempo”.

11. Analisando observações do Prof. COUTO E SILVA à Parte Geral do Anteprojeto, de março de 1970, assinalava o Min. MOREIRA ALVES (ob. cit., p. 35, nota nº 1), que prevê o artigo 14 uma dupla possibilidade para resolver a lesão de direito da personalidade: a ação cominatória, seja preventiva ou mesmo após a violação para que não se repita, e perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções. Quanto a essa parte, cabe ponderar que nem sempre a lesão é culposa, de modo que a doutrina distingue sempre duas hipóteses: a cominatória há de caber em qualquer hipótese, mas a indenização supõe culpa. Relativamente ao direito de imagem, tutelado em seu art. 21, discordava da reação sugerida, que, além de demasiado ampla (impediria até a publicação de biografia de pessoa viva, sem o seu *imprimatur*), cria norma sem sanção, puramente programática, se não se conjugar com o art. 196 do Anteprojeto, que admite perdas e danos quando o prejuízo for moral. E, se necessária a conjugação, desnecessário se torna o art. 196 do Anteprojeto, que admite perdas e danos quando o prejuízo for moral. E, se necessária a conjugação, desnecessário se torna o art. proposto, pois, mesmo sem ele, o bem jurídico estaria protegido”.

Dispunha o art. 21 que “a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa podem ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, boa fama ou a

responsabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais”. Corresponde de certo modo ao atual art. 20, que ressalva quando sejam necessárias a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, a publicação e a utilização de imagem (mais ampla) à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública.

Anotava o Min. MOREIRA ALVES que o Anteprojeto adotou apenas o que parece insuficiente, a proteção do direito à imagem, como direito da personalidade. Atualmente, a proteção é bem maior, e atende à esfera íntima e à esfera privada de uma pessoa, ao *right to privacy*. Igualmente à imagem, protegem-se os escritos, as cartas e a palavra de uma pessoa. Propôs, assim um aumento ao conteúdo do artigo, formulando-o nos termos próximos ao do art. 20 (nota nº 3, p. 36).

IV. QUESTÕES SUSCITADAS PERANTE O CÓDIGO CIVIL

12. A matéria já vinha tratada em leis esparsas anteriores (Código da Propriedade Industrial, das Telecomunicações, de Direitos Autorais, Lei de Imprensa, de Registros Públicos, sobre transplantes, v.g.), e veio a ser sistematizada na C.F., com o reconhecimento do direito à honra, à vida privada, à intimidade, à imagem (assegurando-se o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação: art. 5º, inc. X); dos direitos autorais (inc. XXVII); a participações individuais em obras coletivas; e à reprodução da imagem e da voz humanas (inclusive nas atividades desportivas: inc. XXVIII), além de que a especificação dos direitos e garantias não exclui outros, decorrentes do regime e dos princípios adotados no Estatuto Fundamental.

Indaga-se: À falta de uma cláusula geral de tutela da personalidade, como no art. 70, 1º, do Código Civil português, como se interpretar a previsão de direitos que figuram na Carta Magna e situações outras que podem surgir? Disporia o intérprete, o Juiz, basicamente, do poder discricionário de reconhecê-los com base no postulado ético, que informa a matéria, de conformidade com as notas explicativas ao Projeto, podendo identificá-los e conceder os remédios cabíveis? Antepor-se-lhe-iam óbices? A C.F. seria limite a este reconhecimento?

Poder-se-ia, em suma, dizer que estes direitos serão de configuração nitidamente pretoriana, à semelhança do Direito francês?

13. Os direitos da personalidade foram sempre havidos como irrenunciáveis, intransmissíveis e extrapatrimoniais. Contudo, FRANÇOIS RIGAUX (est. cit.) mostra que, hoje, tendo-se em vista o valor que adquirem,

em economia de mercado, e devido à rápida circulação que os envolve (direito à imagem, à voz, a publicações, na internet, os direitos autorais e conexos etc.), passam a apresentar nítidas e irrefutáveis conotações patrimoniais. Pode-se dizer que não mais se caracterizam pela extrapatrimonialidade?

Seria esta uma das características dos direitos subjetivos em geral hoje, de não mais se comportarem naquelas categorias estanques. Em época de “globalização”, na qual o problema de restrições aos bens da personalidade já não mais advêm do Estado e de entes e pessoas nacionais, mas sobretudo de empresas multinacionais, de organizações supranacionais etc., como concebê-los para serem feitos valer?

14. O grande problema que têm proposto não é mais o de sua previsão, mas o dos meios judiciais postos à disposição de seu titular para torná-los efetivos. Em que sua previsão no Código Civil pode contribuir para aquele fim, seja preventivamente (o que se deseja), ou mesmo para fazer cessar a lesão. Desfruta o ofendido de meios mais eficazes?

15. O surgimento e a tutela dos direitos da personalidade apresentaram-se sempre associados à reparação do dano moral. No entanto, tendo-se em vista que constituem categoria à parte nos direitos subjetivos, gerando sua violação também direito à reparação do dano material, pode-se dizer que sua infração gera não apenas responsabilidade civil, mas lesão a direito próprio?

16. Neste caso, em sendo *a posteriori*, a que critérios deve recorrer o Juiz para fixar a indenização (na transmissão, não autorizada, do direito à imagem, de seu uso indevido, assim como do nome, em propagandas comerciais etc.), questões que, a todo o momento, são submetidas aos Tribunais?

17. Aliás, o direito à imagem, que é incessantemente alvo delas, poderá eventualmente ser reproduzido sem o consentimento do titular? E a divulgação de fatos ocorridos na Imprensa escrita ou falada (reportagem etc.), à qual incumbe o direito-dever de informar? Que critério deve o Juiz utilizar nesta área, delicada e regida por princípios distintos? E na obra histórica, na literatura, nas crônicas etc.?

18. É cabível falar-se de direito da personalidade da pessoa jurídica, máxime depois que o STJ lhe reconheceu o direito à reparação de danos? Seria cabível quanto ao conceito comercial dela, com respeito à sua marca, insígnias, sigilo industrial, quanto à sua organização e métodos para disputa no mercado?

19. O Código Civil não tratou do direito à honra, às criações intelectuais, ao sigilo, à voz, à participação em obras coletivas, tuteladas na

Carta Magna, à sepultura, à memória dos familiares e às cartas missivas, confidenciais e não confidenciais. Podem-se entender como implícitos nos direitos da personalidade, considerando-se sua base ética?

20. Pode-se falar em direito da personalidade *post mortem* (sobre manifestação da pessoa após a morte). Quem será o titular dele? Haveria implícito reconhecimento da personalidade do falecido, após o óbito? Por exemplo, se alguém vem a falecer após período de padecimento de dores sofridas por ferimentos causados culposamente por terceiro, podem os sucessores demandar a respectiva indenização? A que título?

21. Como conciliar estas situações com a apontada intransmissibilidade daqueles direitos?

22. Aliás, quando o Código (arts. 12, parágrafo único e 20, parágrafo único), defere a sucessores (incluindo colaterais até o 4º grau) o direito de perseguir reparação por ofensa a direito do morto, por que os vincula à sucessão hereditária, quando aqueles direitos são fundamentalmente de ordem moral?

23. Pode haver lesão ao direito da personalidade sem dano, quando, v.g., alguém atravessa jardim da casa alheia, sem danificá-lo nem devassa a intimidade do morador?

24. O Código Civil não alude ao direito ao sigilo. Vem contemplado no art. 21 (inviolabilidade da vida privada). Consiste no direito à reserva?

Tendo-se em vista os círculos concêntricos, da doutrina germânica, como se situa este? Quais os seus limites?

25. O parágrafo único do art. 12 e do art. 20 não inscrevem o convivente, na união estável, dentre os que podem demandar indenização por ofensa aos direitos da personalidade do morto? É-lhe concedida esta legitimação?

26. Admite o Código a indenização pelo dano da morte?

27. Conclui-se com o pensamento de que os direitos da personalidade se erigem hoje na principal barreira contra os ímpetos das pesquisas científicas, que põem em xeque a identidade físico-espiritual do ser humano (clonagens, manipulações genéticas etc.), com evocação da célebre frase de ANDRÉ MALRAUX:

“Une vie ne vaut rien, mais rien ne vaut une vie.” ◆