

- dos miembros. In: SEMINARIO HARMONIZAÇÃO DO DIREITO TRIBUTÁRIO NAS COMUNIDADES ECONÔMICAS DE INTEGRAÇÃO, 1, 1993, Belo Horizonte. *Anais...* Belo Horizonte: FDUFG, 1993. p. 1-19.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 1993.
- SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras linhas de direito econômico*. 2 ed. Belo Horizonte: FBDE, 1992.

DIREITOS DE PERSONALIDADE: INSERÇÃO CONSTITUCIONAL

Ricardo Adriano Massara Brasileiro

Sumário

1. Introdução. 2. Personalidade jurídica: surgimento. 3. *Actio iniuriarum*. 4. Personalidade moral e personalidade política. 5. O pensamento de Bobbio. 6. Síntese. 7. Declarações de direito e sua evolução. 8. Direitos de personalidade como disciplina autônoma. 9. A personalidade. 9.1. Personalidade e sujeito do direito. 9.2. Personalidade humana. 10. Traços distintivos. 11. Fundamentação. 12. Efeitos do assentamento constitucional. 13. Teoria atomística *versus* direito geral. 14. Instrumentos de tutela. 14.1. Tutela nos direitos constitucionais, penal e civil. 14.2. Tutela preventiva. 15. Taxionomia.

1 INTRODUÇÃO

Sobre a incipiente disciplina dos direitos da personalidade plaina toda a sorte de explicações doutrinárias, além de diversas, algumas vezes, discrepantes.

Para que se possa, então, proceder a uma melhor análise do instituto, propõe-se, *currente calamo*, este trabalho, à sua reconstrução histórica, do surgimento à sistematização; a considerações acerca da personalidade humana; e, também a breve trecho, ao esboço dos traços distintivos do instituto, bem como de sua fundamentação, seus instrumentos típicos de tutela e sua taxionomia.

2 PERSONALIDADE JURÍDICA: SURGIMENTO

É amplamente aceita a atribuição aos juristas romanos da criação da personalidade jurídica. Estes, por considerarem cada *cives* como “indivíduo autônomo e capaz de auto-organização, não só em relação a si mesmo, como perante outros”, atribuíram ao cidadão romano a personalidade jurídica como reconhecimento da “função criativa da pessoa”, fazendo-se por meio destas radicar o princípio da autonomia privada.¹

Com essa personalidade, a pessoa humana passou, em termos, a ser encarada como criadora da ordem jurídica, como “autora do seu próprio Direito, da ordem que se integra”; à sua atuação são atribuídas conseqüências jurídicas, é ela “produtora de efeitos de Direito”.²

Todavia, não eram ainda os juristas romanos personalistas, a pessoa humana ainda não tinha valor em si, o que só adviria posteriormente com o Cristianismo, pois, para o Direito Romano, a pessoa estava contextualizada num todo. Para a averiguação do que era, haveria que se precisar seu ponto de inserção na realidade social. Daí estar a capacidade do indivíduo subordinada ao preenchimento de certas condições, de depender ela do *status*, da posição que ocupava o sujeito na sociedade romana.³

Três eram os requisitos da capacidade:⁴ o *status libertatis*, o *status civitatis* e o *status familie*. Deveria a pessoa, para possuí-la, aglutinar esses atributos; deveria ela ser livre e não escrava; ser cidadã romana; e ser o patriarca da família, o *pater familias*.⁵

1 CAMPOS, Diogo Leite de. *Lições de direito da personalidade*. 2.ed. Coimbra, 1992, p. 17 et seq.

2 CAMPOS, Diogo Leite de. *Op. cit.*, p. 19.

3 SZANIAWSKY, Elimar. Direitos da personalidade na antiga Roma. *Revista de Direito Civil*, n. 43, 1988, p. 29.

4 Requisitos da capacidade, (para adquirir direitos e contrair obrigações) e não da personalidade, pois a identificação desta àquela é mais recente, não se confundindo ambos os conceitos no Direito Romano, segundo Elimar Szaniawsky, *op. cit.*, p.32.

5 Para uma descrição pormenorizada desses requisitos vide CHAMOUN, Ebert. *Instituições de direito romano*. 4 ed., Rio de Janeiro: Forense, 1962, p. 51 et seq.

3 ACTIO INIURIARUM

A despeito de pacífico o entendimento de que foram os juristas romanos os idealizadores da personalidade jurídica, pode-se dizer, com Castan Tobeñas, que àquela época eram desconhecidas formas protetivas da personalidade individual, pelo menos como sistematicamente hoje as consideramos sob o *nomem iuris* de Direitos da Personalidade.⁶ Entretanto, isso não significa ter estado a personalidade individual totalmente a descoberto, suscetível de suportar, sem reparação, toda uma gama de violações e ofensas. Por óbvio, não era ela protegida tal como o é hodiernamente, nem com a mesma intensidade, nem com o mesmo propósito. Prescindia-se, à época, do foco individualista sob o qual é hoje encarada a pessoa humana.

Para efeito assecuratório, havia a *actio iniuriarum*,⁷ para proteção contra a *iniuria*, delito que, a princípio, dizia respeito a lesões pessoais físicas; devido à sensibilidade romana em questões de honra, sofreu inúmeras ampliações conceituais, cedendo lugar à idéia de *contumelia* (ofensas morais).

Refere-se o supracitado autor à Lei das XII Tábuas, na qual os atentados à pessoa eram tratados casuisticamente, pois o texto legal condenava a recitação de fórmulas de bruxaria contra outrem (*mala carmine incantare*) e a difamação pública (*occentar*). Além desses dois delitos, dos quais poderiam decorrer danos morais, refere-se o estudioso que sob o mesmo diploma encontravam-se previstos vários casos de atentados contra a integridade corporal, dentre eles a mutilação (*membrum ruptum*), a fratura de ossos (*fractum*) e diversas outras menores lesões agrupadas sob o nome genérico de *iniuria*.

Dentro das ampliações conceituais retroaludidas, pode-se dizer que, na época clássica, éditos pretorianos fizeram constar como novos delitos a injúria pública (*convicium*), o atentado contra a boa reputação de matrona honesta ou donzela

6 CASTAN TOBEÑAS. *Los derechos de la personalidad*. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1952, p. 9.

7 Para as considerações que se seguem veja-se o curto, mas informativo, artigo de VELASCO, Ignacio María Poveda. *Actio iniuriarum* e direito do autor. *Revista de Direito Civil*, n. 63, out./dez. 1991.

(*adtemptata pudicitia*) e outras palavras ou atos infamatórios conscientemente deflagrados.

A maior flexibilização com relação à idéia de *iniuria* fez com que se mudasse a própria forma de reparação das ofensas, da estipulação de penas pecuniárias rígidas ou opção pela aplicação do Talião nos casos de *membrum ruptum*, na *actio iniuriarum legitima ex Lege XII Tabularum*, para a apuração do montante da reparação consoante a maior ou menor gravidade do delito, na *actio iniuriarum aestimatoria*, em cuja mensuração do valor considerava-se a ofensa moral causada (*contumelia*) e as circunstâncias do caso, sendo para *Gaius* (G. 3,225) relevante na quantização da gravidade da injúria a natureza do fato em si, o lugar da ofensa e as condições pessoais de ofensor e ofendido.

4 PERSONALIDADE MORAL E PERSONALIDADE POLÍTICA

Retoma-se, agora, a questão da personalidade jurídica inserindo-se uma noção dantes não cogitada. Diogo Leite de Campos, docente em Coimbra, diz que a personalidade jurídica, da forma como fora concebida em Roma, “ficou sempre reduzida de alcance, não fundamentada, insusceptível de actuar toda a sua potencialidade criadora”, porquanto a ela não correspondia construção semelhante da “personalidade moral” e da “personalidade política”.

Introduz sua assertiva com uma indagação: “Como conciliar a personalidade jurídica com a autoridade ilimitada do príncipe?”, cujo poder permitia-lhe toda sorte de interferências na vida privada, “desde a reconstrução da família [...] até à (*sic*) apropriação dos bens de particulares, anulação de testamentos e adoções, etc.”⁸

Para o mesmo autor, nunca demasiadamente aludido, havia que se criar as personalidades moral e política como condições para a melhor expressão da pessoa e, por conseguinte, para o efetivo surgimento dos direitos da personalidade. Aquela, desta pressuposto, surgiria somente com o Cristianismo, que determinou

a dessacralização da natureza e da sociedade, libertando o homem de ser objeto para o transformar em sujeito, portador de valores (pessoa). Somente a “busca da individualidade autônoma”, idéia tipicamente cristã, fez surgir, com ineditismo, a “subjetividade, junta com a infinitude da autoconsciência”.⁹

Foi, de fato, o Cristianismo que demarcou a destrição entre as esferas política e religiosa, trazendo para a intimidade de cada um os cultos, que preteritamente eram realizados em público em favor dos deuses oficiais da cidade. Em verdade, na sua concepção, a “doutrina cristã não tinha significado jurídico ou político, mas tão-só moral,”¹⁰ e mesmo seus ideais de liberdade e igualdade de todos os homens não foram diretamente dirigidos em afronta à ordem política estabelecida. A própria escravatura foi respeitada (e não combatida) como instituição humana, chegando mesmo os padres da Igreja a considerá-la como “condição propícia aos servos e aos senhores: aos primeiros, para se exercitarem na paciência e obediência devida aos segundos; a estes, na doçura e benevolência devida àqueles”.

O princípio cristão da igualdade do homem em Deus, a proposição de um fim religioso e ultramundano ao homem, a concepção do cristão como um “índivíduo-em-relação com Deus [...] que como ser razoável, determina-se a ele próprio a agir, segundo o seu livre arbítrio, motivo por que suas ações são meritórias”,¹¹ tudo isso fez com que no homem se introduzisse certo conteúdo moral.

A doutrina cristã, a princípio, apolítica, com Santo Agostinho (354-430) passa a considerar a *civitas terrena* como o “reino da impiedade” (*societas impiorum*), como resultante do pecado original, sendo que até os Estados têm “delitos por origem (Caim e Rômulo, por exemplo, foram fraticidas)”. Contudo, também para Santo Agostinho o Estado terreno possuía finalidade louvável se mantivesse a “paz temporal entre os homens”, desde que se subordinasse à cidade celeste, desde que servisse de “instrumento por meio do qual a Igreja atinge os

8 *Op. cit.*, p. 19.

9 *Op. cit.*, p. 12.

10 Esta e demais asserções que se fazem, se não explicitado o contrário, pertencem a Del Vecchio. *Op. cit.*, p. 59 *et seq.*

11 CAMPOS, Diogo Leite de. *Op. cit.*, p. 20 – Conjunção inserida no original.

seus próprios fins”, subordinação essa que prevalece como pretensão dos papas e teóricos cristãos por toda a Idade Média.

Aliás, ainda segundo escólio do mestre coimbrão,

“são bem conhecidos os afrontamentos entre o Imperador, aspirando à realeza sagrada segundo o modelo romano, e o Papa, sacerdote real. De como nenhum deles conseguiu vencer definitivamente. E de como da separação entre a Igreja e o Estado, do espaço deixado vazio, surge a pessoa política, que, primeiro, a nível local, nomeadamente no município, depois, progressivamente, no Estado, criou o seu espaço político”.¹²

5 O PENSAMENTO DE BOBBIO

Outrossim, segundo Norberto Bobbio, a afirmação dos direitos dos homens, junto dos quais nasceram os direitos da personalidade, só pode surgir quando da radical (chega a dizer “revolução copernicana”) inversão de perspectiva, radical inflexão do ponto de observação, própria da formação do Estado moderno, na “representação da relação política, ou seja, na relação Estado/cidadão ou soberano/súditos”, relação entre governantes e governados. Relação essa que passa a ser, cada vez mais, tomada sob a perspectiva dos “direitos do cidadão não mais súditos, e não do ponto de vista dos direitos do soberano, em correspondência com a visão individualista de sociedade, segundo a qual, para compreender a sociedade, é preciso partir de baixo, ou seja, dos indivíduos que a compõem em oposição à concepção orgânica tradicional, segundo a qual a sociedade como um todo vem antes dos indivíduos”.¹³

Conforme sabemos, o homem na Antigüidade se determinava por especiais posições que ocupava na sociedade ou por funções que nela desempenhava. Con-

¹² *Op. cit.*, p. 24.

¹³ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. de Carlos Néilson Coutinho. Rio de Janeiro: UnB, 1994, p. 4 e 5. Veja-se também o ensaio que intitula o livro inserido em seu corpo.

trapuseram-se a estes posicionamentos os cínicos¹⁴ e os estóicos, com as idéias de cosmopolitismo, com a busca pela interioridade da consciência e o irrompimento de um forte sentimento religioso. À época, o vínculo dos indivíduos com o Estado encontrava-se enfraquecido em virtude do surgimento dos grandes impérios.¹⁵

Essa inversão de perspectiva que se torna a partir de então, irreversível, é provocada, mormente, pelas guerras de religião, em que se afirmava o direito ideal, direito fundamental de resistência à opressão – fundamental porque natural, inerente ao homem, independente de concessão por parte do soberano.

Afirma Bobbio que a noção de fraternidade dos homens, enquanto filhos de Deus, não tem em si mesma, como fraternidade, valor moral algum, pois “tanto a história sagrada quanto a profana mais próxima de nós nascem ambas [...] de um fratricídio”. Estipula, em seguida, que a doutrina filosófica que fez do indivíduo, e não da sociedade, o ponto de partida para a construção de uma doutrina da moral e do direito foi o jusnaturalismo, que pode ser considerado como a “secularização da ética cristã” e não o cristianismo.

Assim, as concepções individualistas, que geralmente eram consideradas “fomentadoras de desunião, de discórdia, de ruptura da ordem constituída”, pela extrema valoração e atribuição de autonomia dada ao indivíduo com o jusnaturalismo passou a ser tomada como uma noção intransponível, intangível, porquanto pressuposto e base filosófica da democracia, expressão do princípio de “uma cabeça, um voto”.

Ainda com Bobbio, a reviravolta referida, fundamentadora do reconhecimento dos direitos dos homens, ocorre “quando esse reconhecimento se amplia da esfera das relações econômicas interpessoais (essa havidas no direito romano) para as relações de poder entre príncipes e súditos, quando nascem os chamados

¹⁴ É célebre a frase de Diógenes: “Procuro o homem”, que vive conforme sua essência e para além de todas as exterioridades e das convenções sociais, frase que dizia com habitual ironia perambulando de dia, pelos locais públicos, com uma lanterna acesa (REALE, Giovanni e ANTISERI, Dario. *História da filosofia*, v I. Trad. de Álvaro Cunha. 3 ed., São Paulo: Paulus, 1990, p. 231).

¹⁵ AFONSO, Elza Maria Miranda. *O positivismo na epistemologia jurídica de Hans Kelsen*. Belo Horizonte: FDUFG, 1984, p. 106.

direitos públicos subjetivos, que caracterizam o Estado de direito” (parêntesis introduzidos no original).

6 SÍNTESE

Em compendíolo, somente após assim se encarar o homem, assente o foco individualista, firmado pelas filosofias seiscentistas e setecentistas, fez-se propício o terreno para o brotamento dos direitos do homem.

Em contraposição às concepções organicistas tradicionais, desde a Grécia até o personalismo cristão, aquela que só compreendia o homem integrado à cidade, em um contínuo divino,¹⁶ e este que só o tinha em união com Deus, respeitadas sua “vocaçãõ transcendental” e seu “destino salvífico”, enquistou o individualismo a idéia de que toda vinculaçãõ, à cidade ou a qualquer agrupamento social, “havia de basear-se na própria submissãõ voluntária do indivíduo”.¹⁷

Este, no entendimento contratualista de então, poderia abdicar de parcela de sua natural liberdade em prol do Estado, cuja cobrança não poderia exceder os limites da cessãõ. “E, para a defesa de toda esfera de liberdade não abrangida por essa parcela, importaria afirmar, sustentar, os *direitos individuais naturais*”.¹⁸

Concebeu-se, então, o indivíduo como fundamento constitutivo de qualquer sociedade, do Estado e do Direito, este autônomo com relaçãõ ao primeiro,

16 A cidade era tida como a saída natural para o homem, para que pudesse vencer as adversidades circundantes, porquanto somente ela era autárquica. Chega o próprio Aristóteles a asseverar que, para prescindir do Estado, deveria ser o indivíduo mais ou menos do que um homem: um deus ou um bruto; outrossim, que os indivíduos não pertenciam a si, mas ao Estado, que os dominava a vida completamente. Entretanto, esta idéia percorre todo o pensamento grego, desde os pré-socráticos, como, v.g., para Heráclito de Éfeso e Tales de Mileto, em cuja filosofia, respectivamente, o homem era considerado parte do cosmo e as coisas estavam cheias de deuses. Interessante é a concepção organicista de Estado, de Platão, que o comparava ao homem, dado que ambos eram organismos completos, regidos por relações harmoniosas entre os órgãos – o grosso em Del Vecchio. *Op. cit., passim*.

17 MARTINEZ, Pedro Mário Soares. *Filosofia do direito*. Coimbra: Almedina, 1991, p. 22, no qual se pode também encontrar a distinção entre personalismo e individualismo.

18 MARTINEZ, Pedro Mário Soares. *Op. cit.*, p. 23 (destaque do original).

para que de “pacto de resgate” não se transmude para “instrumento de coaçãõ”; indivíduo “cuja degradaçãõ, implica, necessariamente, a degradaçãõ social”.¹⁹

Delineiam-se, destarte, os direitos da pessoa como “condicionante e limite da vontade geral”, como “conteúdo do próprio Direito”. “Como uma espécie de Decálogo da modernidade”.²⁰

7 DECLARAÇÕES DE DIREITO E SUA EVOLUÇÃO

Sobrevieram, assim, no último quartel do século XVIII, declarações de direiros, nas quais se consagrou a intangibilidade dos direitos fundamentais do homem:²¹ o *Virgínia Bill of Rights*, de 1776, e a *Déclaration des Droits de l’Homme et du Citoyen*, de 1789.

O seu conteúdo, embebido dos ideais de homem do liberalismo burguês, foi acolhido, na América do Norte, pela Constituição Federal de 1787, e, na França, pelas Constituições de 1791, 1793 e de 1814, além de servir de inspiração (e de conteúdo obrigatório) para diversos constitucionalismos, sendo que, ainda hoje, só se possa considerar Estado constitucional, se consagra, em documento de ordenação estadual escrito, afora o princípio da divisãõ de poderes (garantia orgânica contra abusos da potestade pública), um sistema de garantias da liberdade – art. 16 da Declaração do Direitos do Homem e do Cidadão.²²

À declaração francesa seguiram-se outras, sendo de maior importância a Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada por 48 Estados, em

19 CAMPOS, Diogo Leite de. *Op. cit.*, p. 32. As duas primeiras expressões entre aspas são de Castanheira Neves, em quem este autor se embasa.

20 CAMPOS, Diogo Leite de. *Op. cit.*, p. 32.

21 Deve-se alertar que as declarações de direito não surgiram, entretanto, da forma romântica como talvez possa parecer o texto. Vieram de um contexto de reivindicações e contendas, na maioria das vezes sangrentas, no qual tiveram que se impor. Pode-se encontrar um sucinto apanhado dos direitos fundamentais no volver do processo histórico em CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6 ed., Coimbra: Almedina, 1993, p. 500 *et seq.*

22 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Op. cit.*, p. 63.

10/12/48, na Assembléia Geral das Nações Unidas.²³ Esta, preludiando preocupações que aumentam em proporção ao avanço da técnica e à proliferação dos meios de comunicação, consagrou, em seu art. 12, os direitos à privacidade, à honra e à boa reputação.

Tiveram as mesmas preocupações e cuidados o art. 8º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, de 4/11/50; a Recomendação 509 da 19.ª Sessão Ordinária da Assembléia Consultiva do Conselho da Europa, de 31/1/68, mais preocupada com a criação de uma legislação estadual protetiva do direito à vida privada; a Conferência Internacional dos Direitos do Homem, de Teerã, de maio de 1968; as sessões da Assembléia Geral das Nações Unidas de 1968 e de 1970; e, a 15ª Sessão da Conferência Geral da Unesco.²⁴

8 DIREITOS DE PERSONALIDADE COMO DISCIPLINA AUTÔNOMA

De fato, são as iniciais manifestações dos direitos de personalidade estritamente vinculadas às dos direitos do homem e do cidadão, com as primeiras declarações, concebendo-se ambos como direitos naturais, inatos e originários, atribuíveis à pessoa unicamente pelo fato de assim o ser.

Todavia, pode-se situar a origem da idéia de caracterização dos direitos de personalidade como um novo ramo do direito civil, consoante Castan Tobeñas, na

23 Com esta, segundo Bobbio, encerra-se a, até agora última, já configurada fase da história da formação das declarações de direitos. São as três: a do nascimento das declarações em teorias filosóficas elaboradas pelo jusnaturalismo moderno; a do acolhimento dessas teorias por um legislador, nas declarações de direitos dos Estados norte-americanos e da Revolução Francesa; e a da afirmação universal e positiva dos direitos: "Os direitos do homem nascem como direitos naturais universais, desenvolvem-se como direitos positivos particulares, para finalmente encontrarem sua plena realização como direitos positivo universais" *Presente e futuro dos direitos do homem*. *Op. cit.*, p. 28.

24 Para uma descrição mais pormenorizada, vide SZANIAWSKY, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. São Paulo: RT, 1993, p. 25 *et seq.* As remissões que doravante se fazem a este autor referem-se a esta obra.

obra dos pandectistas e civilistas do século XIX, que, compartilhando o pensamento do positivismo jurídico, refutaram o direito natural, em que se fundavam os direitos do homem, em virtude do enfoque político que lhe era próprio, transportando-os para o direito privado, admitindo, assim, "a existência de uns direitos que se exercitam sobre a própria pessoa ou suas qualidades ou atributos assegurando o gozo de nossos bens internos, de nossas energias físicas e espirituais".²⁵

9 A PERSONALIDADE

Pode-se, agora, feito o esboço histórico, proceder-se a considerações acerca da personalidade humana, para que melhor caracterizar os direitos que ao encontro de sua proteção vêm.

9.1 Personalidade e sujeito de direito

Personalidade deriva do vocábulo latino *persona*, designado para representar as máscaras utilizadas por atores no teatro antigo.²⁶ De todo modo, aos distintos papéis ou personagens assumidos pelos artistas acresceu-se à significação do termo também a idéia dos incomensuráveis papéis representados pelos atores sociais (*v. g.*, o de pai, o de médico), de forma a tomar-se por personalidade a investidura e a atuação na cena jurídica.

Dessa maneira, tradicionalmente, vem a doutrina se posicionando no sentido de entender por personalidade a aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações, para ser sujeito de direitos. Como, então, toda pessoa natural ou

25 *Op. cit.*, p. 12. Mais adiante se aprofundará na assaz controversa questão do assentamento dos direitos de personalidade no direito público ou no direito privado.

26 A despeito da concordância quase unânime da doutrina sobre a etimologia do termo pessoa, notícia José Serpa de Santa Maria (*Direitos da personalidade e a sistemática civil geral*. Julex Livros, 1987, p. 20), que, segundo o Prof. Wandick Nóbrega, juristas tedescos descobriram origem etrusca mais remota, no vocábulo *ersu* ou *erso*, que remontaria a uma significação diversa da aqui referida.

jurídica é sujeito de direitos, afirmam alguns ser a personalidade aptidão para ser pessoa, chegando mesmo um autor a asseverar exata a idéia de que “personalidade é o *quid* que faz com que algo seja pessoa”.²⁷

Pode-se notar aqui inaceitável confusão entre as noções de pessoa física ou jurídica e de sujeito jurídico. É esta última, como aclara Tércio Sampaio Ferraz Júnior, mais extensa do que aquela, pois sendo o sujeito jurídico um ponto geométrico de confluência normativa, pode ser ele uma pessoa, natural ou moral, ou um patrimônio, como de fato o são a herança jacente e os bens em inventário, de modo que nem todo sujeito de direito se caracteriza como pessoa, a despeito de ser a recíproca verdadeira.²⁸

Percebe-se, pois, que só seria lícito falar em personalidade como aptidão para ser pessoa se se admitisse uma drástica redução conceitual daquela, porquanto, a bem da verdade, personalidade é aptidão para ser sujeito de direitos.²⁹

9.2 Personalidade humana

O entendimento da personalidade sob o prisma jurídico exclusivo, como capacidade para adquirir direitos e contrair obrigações, é, entretanto, como quer

Walter Moraes, embora suficiente para as exigências do trato jurídico estrito, desprovido das “extensões conceituais” para que se a possa tomar como um possível objeto sobre o qual recaiam direitos.³⁰ Se a percebendo como aptidão para ser sujeito de direito, restringiriam-se, pois, os direitos de personalidade à proteção das emanações da personalidade enquanto capacidade de direito, enquanto potencialidade para ter direitos e obrigações. Recorre-se, então, à psicologia. Nesta senda há copiosíssimos posicionamentos, quase todos relacionando a personalidade com a pessoa humana, como o que a individua, a singulariza, como aquilo que lhe dá conteúdo

Relata Mira y López que expertos congressados em Berna, em 1949, concluíram que, para representativa maioria dos psicólogos, seria a personalidade “a estrutura e a silhueta psíquica individual”, “o modo de ser peculiar do eu”.³¹

Neste sentido também Jean Filloux, no livro *A personalidade*, a define como a “configuração única assumida no decurso da história de um indivíduo pelo conjunto de sistemas responsáveis por seu comportamento”.³² Isso denotaria que,

27 MORAES, Walter. Concepção tomista de pessoa: um contributo para a teoria do direito da personalidade. *Revista dos Tribunais*, n. 590. dez 1984, p. 16. Também identificando pessoa e sujeito jurídico: embasado em Beviláqua, CARVALHO SANTOS. *Código civil brasileiro interpretado*, v. I, 10 ed. Rio de Janeiro, São Paulo: Freitas Bastos, 1963, p. 229; CARVALHO, Orlando de. *Les droits de l'homme dans le droit civil portugais. Boletim da Faculdade de Direito*, XLIX, Coimbra, 1973, p. 7 et seq. No sentido do texto: CORDEIRO, Antônio Menezes. *Teoria geral do direito civil*, v I. 2 ed. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito, 1987/1988, p. 309-310; e o Código Civil Peruano. *Apud* CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. Apuntes sobre el denominado daño a la persona en el código civil del Perú de 1984. *Revista de Derecho Civil*, São Paulo, n. 70, p. 21, out./dez. 1994.

28 FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução à ciência do direito*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 1994, p. 158.

29 Para Jellinek: “Teoricamente, a personalidade é uma relação com o Estado que qualifica o indivíduo. Por isso, juridicamente é uma situação, um *status*” (tradução) (*Apud* ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Versión castellana: Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 248.

30 *Op. cit.*, p 16.

31 *Apud* MORAES, Walter. *Op. cit.*, p. 16. Este mesmo autor arrola em nota do seu artigo diversas conceituações da personalidade por psicólogos. Além disso demonstra que, para a filosofia de raiz tomista a relação entre personalidade e pessoa é a de subsistência e substância, a da aptidão para ser sem dependência e a do ser em si e não em outra coisa, do ser independente do outro; seria, a personalidade a subsistência da pessoa. Para Garrigou-Lagrange, neotomista citado pelo mesmo autor, seria a personalidade o “*constitutivum formale* da pessoa: aquilo pelo que o sujeito racional é o que é (*'brevius est id quo subiectum rationale est id quod est'*)” – destaque do original.

32 FULLLOUX, Jean-C. *A personalidade*. Trad. de Eunice Katunda. 4 ed., São Paulo: DIFEL, 1983, p. 13. O mesmo autor estipula as diversas características que um conceito compreensivo de personalidade deve correlacionar, a saber: “1 – a personalidade é *única*, própria a um indivíduo, embora este possua traços em comum com os outros; 2 – ela não é somente uma soma, um total de funções, mas também uma organização, uma *integração*; mesmo que essa integração nem sempre chegue a ser realizada, é, pelo menos, essa tendência integrativa, que define tal noção de centro organizador; 3 – a personalidade é *temporal*, visto sempre pertencer a um indivíduo que vive historicamente; 4 – por fim, não sendo nem estímulo (social), nem resposta, ela se apresenta como uma *variável intermediária*, afirmando-se como um estilo *através e por meio* do comportamento”, p. 12 (parênteses no original).

onde o homem deixasse marca da sua individualidade, de esta sua característica mais essencial, nesta impressão deixada extravasaria sua personalidade; todo ato praticado por ele levaria um esboço de sua personalidade, só se a compreendendo, todavia, se tomado todo seu comportamento em conjunto. Todo ato humano, voluntário ou não, teria sentido e lhe conferiria unidade.

A personalidade conformaria a atuação do homem lhe conferindo unidade. E, como a pessoa, como tudo, está sujeita a transformações, a mudanças, como outrora já notara Heráclito com seu princípio do movimento, manifestado pelo “tudo flui”, “ninguém se banha duas vezes no mesmo rio”,³³ a personalidade seria sempre um devir, estaria sempre em vir-a-ser, seria sempre cambiante e ilimitável, além de una e indivisível, não se podendo jamais limitar-lhe o conteúdo, sendo que qualquer avaliação sobre ela só se poderia fazer regressivamente.

10 TRAÇOS DISTINTIVOS

Percebida a personalidade da forma como se a expôs, como o reduto da radical singularidade do ser humano, e tendo-se como louváveis os preceitos de sua conservação e desenvolvimento desimpedido, tem-se como garantia das suas emanções os direitos de personalidade.³⁴

Consoante preleção do inolvidável Orlando Gomes, “sob a denominação de direitos da personalidade, compreendem-se direitos considerados essenciais à pessoa humana, que a doutrina moderna preconiza e disciplina, a fim de resguardar a sua dignidade”.³⁵

Todavia, a despeito de serem os direitos de personalidade dirigidos à tutela das emanções da personalidade individual, é dissonante a doutrina com relação

ao estabelecimento do que constituiria seu objeto. Aqui são incontáveis os posicionamentos, sendo, entretanto, mais comuns os que erigem como objeto dos direitos de personalidade a própria pessoa, assemelhando-o ao velho *ius in se ipsum*; a obrigação passiva universal; e as projeções morais e físicas da pessoa. São, porém, posicionamentos inaceitáveis: o primeiro porque, além de propiciar uma confusão entre sujeito e objeto destes direitos, poderia chegar ao extremo de legitimar o suicídio; o segundo pelo fato de tomar como nota essencial dos direitos de personalidade, a ponto de tê-lo por objeto, um de seus característicos, o fato de serem direitos absolutos, doutrina esta há muito superada na caracterização dos absolutos direitos reais. A última posição, de forma geral, é acertada. Os direitos de personalidade de fato referem-se às projeções morais e físicas, ao mesmo tempo constitutivas e reflexas, da personalidade humana. É a posição de Orlando Gomes, que leciona constituírem o objeto dos direitos de personalidade “os bens jurídicos em que se convertem projeções físicas ou psíquicas da pessoa humana, por determinação legal que os individualiza para lhes dispensar proteção”.³⁶ Entretanto, com esta asserção, acena o autor à teoria tipificadora dos direitos de personalidade, à qual, mais adiante, se irá contrapor a teoria do direito geral de personalidade.³⁷

Essa dicotomia é de grande relevância para a disciplina sob exame. A opção que se faça por uma ou por outra há que ser levada aos extremos para se manter uma postura de coerência diante das suas diversas implicações. Reflete-se ela, por exemplo, diretamente sobre a questão da classificação e da divisão desses direitos. Os defensores do direito geral consideram somente a existência de um único direito de personalidade, amplo e genérico. Os que perfilham a teoria tipificadora dizem haver tantos direitos quantas sejam suas manifestações. Em geral, consideram-nos como a vertente privada dos direitos humanos, porquanto, sendo ambos essencialmente os mesmos direitos, estes teriam guarida no direito público, devendo-se proteger a personalidade de possíveis violações por parte do

33 Apud GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 61.

34 A relação entre a personalidade e as manifestações de singularidade do homem não é linear, mas dialética, de modo que o que se chama de emanções da personalidade, para além de serem somente suas promanações, são também dela constitutivas.

35 GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 153.

36 GOMES, Orlando. *Op. cit.*, p. 155.

37 Acerca da discussão sobre o objeto dos direitos de personalidade, vide SZANIAWSKY, Elimar. *Op. cit.*, p. 44 et seq.

Estado; enquanto aqueles, por seu turno, seriam assegurados pelo direito privado contra os possíveis tormentos provocados pelos particulares. Estando assim, situados os direitos de personalidade no direito civil, poder-se-ia já dividi-los e agrupá-los.

Neste particular, quiçá se possa dizer que a cada autor corresponde uma distinta classificação e proposta de sistematização, segundo os característicos que repute mais relevantes. Destarte, a título de exemplificação, a classificação de Orlando Gomes em dois grandes grupos: 1. direitos à integridade física, abrangendo: o direito à vida e o direito ao próprio corpo, este subdividindo-se em direito sobre o corpo inteiro, direito sobre as partes separadas e direitos de decisão individual sobre tratamento médico e cirúrgico, exame médico e perícia médica; 2. direitos à integridade moral, a que correspondem o direito à honra, o direito à liberdade, o direito ao recato, o direito à imagem, o direito ao nome e o direito moral de autor.³⁸

Acompanhando o dissenso, nesta seara tão comum, sobre o objeto dos direitos de personalidade, está o que trata da terminologia a se lhes atribuir. Já foram denominados “direitos personalíssimos” (Pugliatti, Rodonti), “direitos sobre a própria pessoa” (Windscheid, Campogrande), “direitos pessoais” (Wachter, Bruns), “direitos individuais” (Koheler, Gareis), “direitos de estado” (Muhlenbruch). Vem, contudo, prevalecendo a preferência pela expressão “direitos da personalidade”, de Gierke,³⁹ que é inclusive utilizada pelo atual projeto de Código Civil (634-B), em tramitação no Congresso Nacional (Parte Geral, Livro I, Título I, Capítulo II – Dos Direitos da Personalidade).

São os direitos de personalidade, para o comum dos autores, direitos absolutos, oponíveis *erga omnes*; extrapatrimoniais, não figurando no patrimônio de seus titulares, havendo contudo a possibilidade de constituírem objeto de negócio jurídico e de existir o dever de indenização por ofensa ilícita; intransmissíveis, não se transferindo *mortis causa*; indisponíveis, só se podendo deles usar e gozar; e irrenunciáveis.

38 *Op. cit.*, p. 58.

39 GOMES, Orlando. *Op. cit.*, p. 155.

11 FUNDAMENTAÇÃO

A quase unanimidade da doutrina pátria considera o fundamento dos direitos de personalidade como assente no direito natural.⁴⁰

Isso se deve, em muito, à necessidade de proteção dos direitos de personalidade, há mais de um século requerida pela doutrina, e ainda hoje sem acolhimento sistematizado pelo legislador, e em parte, ao fato de haverem estes direitos exurgido concomitantemente com os direitos do homem, nas declarações de direito, sob patente influência jusnaturalista.

Relevando-se aqui o que se tenha precisamente por jusnaturalismo (expressão “perigosamente equívoca, porque o seu significado, tanto filosófico quanto político, se revela assaz diverso consoante as várias concepções do direito natural”)⁴¹ e não se acolhendo qualquer das suas múltiplas teorias, pode-se dizer que, no comum a todas, com algumas peculiaridades diferenciadoras das concepções contemporâneas pós-guerra, o *ius naturale* é um sistema de normas de comportamento diverso do sistema das estatalmente estabelecidas, sistema universal, comum a todos os povos e épocas, anterior e superior ao positivo, de modo que, em ocorrência de conflito entre mandames de ambos, deve-se aos deste em prol dos daquele preterir. Seria o direito natural, abstraindo-se de índole transcendente, imanente ou racional, nestas concepções, conjunto de preceitos deontológicos que, segundo Foriers, exerceria influência tripla no direito positivo: seria supletivo, no momento de preenchimento de lacunas legislativas, e fiscalizador e criador, no momento de produção da norma jurídico-positiva, ou seja, seria sempre um pa-

40 Apenas exemplificativamente, alguns dos autores consultados com esta orientação: PEREIRA, Caio Mário da Silva. Direitos da personalidade. *Revista do Instituto dos Advogados de Minas Gerais, nova fase*, Belo Horizonte, n. 1, 1995, p. 257; FERNANDES, Milton. Direitos da personalidade e estado de direito. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 50, jan. 1980, p. 166. WEIRNET, Iduna E. O direito da personalidade como direito natural geral: corrente naturalista clássica. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 108, out./dez. 1990. Contra: GOMES, Orlando. *Op. cit.*, p. 156.

41 FASSÒ, Guido. Jusnaturalismo. In: BOBBIO, Norberto *et al.* *Dicionário de política*, v. 2. Trad. João Ferreira (Coord.). 6 ed. Brasília: UnB, p. 656.

drão de dever-ser nos instantes de produção e aplicação do direito objetivamente constituído.⁴²

Entrementes, há que se fazer uma pergunta: se são os direitos do homem, e com eles os de personalidade, históricos e, como tal, temporalmente condicionados, se surgem eles e se modificam consoante o aparecimento de novos carecimentos, como se os pode fundamentar em uma ordem universalista, atemporal e a-histórica? Se se admitem direitos do homem de segunda, de terceira e até mesmo de quarta geração, muitas vezes contrastantes entre si e seguramente inconcebíveis e irremontáveis à época das primeiras declarações, como se pode, pois, conceber a todos como pertencentes ao direito natural, imutável e intangível?

À crítica, quanto à fixidez do direito natural, já procedera o historicismo jurídico alemão, cujos luminares, nos primórdios do século passado, acusaram-no de “abstratismo intelectualista ao pretender determinar normas e valores imunes ao devir histórico, eternos e imutáveis”.⁴³

Interessante é, porém, como ressalta Fassò, o retorno do jusnaturalismo após a Segunda Grande Guerra, em contraposição ao estatismo dos regimes fortes totalitários.⁴⁴ Um dos cultores desta reabilitação quase póstuma, Gustav Radbruch, pretende que, à noção de “direito natural eterno e de conteúdo imutável”, se substitua por outra de “direito natural de *conteúdo variável* (Stammler) ou dum direito cultural”; quer tomar pela expressão direito natural um conceito “puramente *categorial* dum *direito justo*”, porquanto “a ‘categoria’ *direito justo* é [...] a única a que devemos atribuir um valor universal; não, porém, a cada uma das aplicações que dela pudermos fazer”.⁴⁵

Abstraindo-se a toda esta discussão, pertinente ao âmbito da filosofia do direito, que se preocupa com a fundamentação das coisas, pode-se aduzir, com Tércio Sampaio Ferraz Júnior, que a dicotomia direito natural/direito positivo atualmente perdeu força “como instrumento operacional”, “como técnica para a descrição e classificação de situações jurídicas normativamente decidíveis”, mui-

42 Apud MARTÍNEZ, Pedro Soares. *Op. cit.*, p. 305.

43 FASSÒ, Guido. *Op. cit.*, p. 659.

44 *Op. cit.*, p. 659.

45 RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. Trad. L. Cabral de Moncada. 6 ed. Coimbra: Armenio Amado-Editor, Sucessor, 1979, p. 63/64.

to em virtude da promulgação constitucional dos direitos do homem e a sua conseqüente trivialização, restando apenas como argumento, com força retórica, nas “discussões sobre a política jurídica, na defesa dos direitos fundamentais do homem”. Todavia, consoante o entendimento desse mesmo autor, a despeito do enfraquecimento operacional da dicotomia, “o problema do direito natural está por detrás de muitas das preocupações da ciência dogmática do direito, por exemplo, na sua tentativa de encontrar-lhe substitutos, isto é, princípios para-universais e para-consistentes”, como, v. g., o aqui para nós de suma importância princípio de respeito à dignidade humana, princípio esse fundamentador e orientador da República Federativa do Brasil (art. 1º, III, da Constituição da República de 1988).

12 EFEITOS DO ASSENTAMENTO CONSTITUCIONAL

Com a consagração constitucional referida, pode-se dizer que, onde quer que se repute ter assento último os direitos fundamentais, qualquer que seja a fundamentação filosófica que se lhes dê, para os limites deste trabalho seria ela irrelevante.⁴⁶ Primeiramente, porque se quer aqui uma teorização jurídica geral (e não filosófica) da disciplina dos direitos de personalidade, jurídica e, ao mesmo tempo, geral, pois tenta-se englobar todos os direitos de personalidade, se pautando pelo ordenamento jurídico brasileiro e alienígena, quando necessário, no esforço de formulação de conceitos gerais sobre a matéria. Ademais, conforme Robert Alexy, “se a discussão acerca dos direitos fundamentais não pudesse apoiar-se

46 Bobbio, no ensaio “Sobre os fundamentos dos direitos do homem”, *In: A era dos direitos. Op. cit.*, p. 15 *et seq.*, diz que “toda busca do fundamento absoluto é [...] infundada” desenvolvendo quatro argumentos em favor de sua tese: o de não se poder ter sobre os direitos do homem uma noção precisa; o de terem eles conteúdo variável; o de serem as várias classes dos direitos do homem heterogêneas entre si e até mesmo incompatíveis; e o de poder haver antinomias entre os direitos do homem invocados pela mesma categoria de pessoas. Conclui, então, que “não se trata de encontrar o fundamento absoluto [...], mas de buscar, em cada caso concreto os vários fundamentos possíveis” e, ainda, que “o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de *justificá-los*, mas de *protegê-los*. Trata-se de um problema não filosófico, mas político”.

mais que no texto da Constituição e no terreno movediço de sua gênese, haveria que contar com um quase indeterminável e ilimitado debate de opiniões”.⁴⁷

Destarte, sendo dotado de dignidade constitucional o aludido princípio e dada a “posição hierárquico-normativa superior” do direito constitucional, em face dos outros ramos jurídicos, pode-se dizer ser, tendo eles lá assento, descabida qualquer discussão acerca da fundamentabilidade ou não-fundamentabilidade dos direitos de personalidade e sobre o cabimento ou o não cabimento de sua proteção legítima no ordenamento pátrio (“autoprímazia normativa” do direito constitucional). Possível é também asseverar a vinculação imediata ao preceptivo em nota (e a seus correspectivos pares constitucionais ou outros decorrentes “dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”) de todos os órgãos do Poder Público (princípio da conformidade) e de todas as entidades privadas, inclusive os próprios cidadãos (efeito externo ou horizontal dos direitos fundamentais) – art. 5º, §§ 1º e 2º, da Constituição da República⁴⁸.

Dizer que são imediatamente aplicáveis os direitos fundamentais nas relações particulares não significa, contudo querer-se desvanecer o direito civil, muito menos a autonomia privada, dado que com a aplicabilidade direta não se quer comparar em deveres o particular ao Estado, nem se intervir no âmbito de liberdade pessoal juridicamente assegurado ao cidadão. Qualquer dúvida se resolverá com a mediação entre princípios, como, mais adiante, se tentará aclarar.

47 *Op. cit.*, p. 23.

48 A terminologia entre aspas é de CANOTILHO, J. J. Gomes. *Op. cit.*, p. 136-137. Neste autor pode-se também ler exaustivamente sobre as vinculações referidas, p. 579 *et seq.* Com relação ao efeito em terceiros, que consagrado expressamente no art. 18º da Constituição Portuguesa (1-“Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas”), apresentando um modelo conjugado de vinculação dos entes estatais e privados, modelo dividido “em três níveis, o dos deveres do Estado, o dos direitos frente ao Estado e o das relações jurídicas entre sujeitos do direito privado” (ALEXY. *Op. cit.*, p. 515 *et seq.* Com uma visão primordialmente privatista, de aplicabilidade mediata dos efeitos civis dos direitos fundamentais, na concretização de conceitos indeterminados, mas admitindo a aplicabilidade imediata quando axiológica e funcionalmente adequada, Antônio Menezes Cordeiro (*Op. cit.*, p. 327 *et seq.*).

13 TEORIA ATOMÍSTICA VERSUS DIREITO GERAL

Orlando Gomes, na esteira de De Cupis, afirma que “a teoria dos direitos de personalidade somente se liberta de incertezas e imprecisões se sua construção se apóia no Direito Positivo”. Este estudioso do assunto, de forma exata, toca em ponto fulcral da matéria.

Entrementes, resta agora saber, dando também maior desenvolvimento à questão dantes sucitada, qual a melhor maneira de abroquelamento legislativo desses direitos sob exame, se por via tópica e discriminada ou se por modo amplo e genérico.

O citado autor, finalizando sua asserção, exprime sua preferência: “a teoria dos direitos de personalidade somente se liberta de incertezas e imprecisões se sua construção se apóia no Direito Positivo e reconhece o pluralismo desses direitos ante a diversidade de bens jurídicos em que recaem, tanto mais quanto são reconhecidamente heterogêneos”.⁴⁹ O comum dos autores que abraçam a teoria atomística dos direitos de personalidade pensam haver “distintos direitos da personalidade reunidos porque têm características comuns”, quais sejam: “a) a inerência, à pessoa, do interesse protegido e b) a natureza de direito absoluto”, somente sendo a primeira o traço distintivo. Constituiriam, em síntese, uma categoria. Não seriam mero desdobramento de um direito geral, mas direitos autônomos e distintos com regulamentação própria”.⁵⁰

A análise da teoria tipificadora, pelo ângulo da tutela dispensada às emanações da personalidade, revela sua tibieza e insuficiência protetiva. Com a enumeração pormenorizada dos direitos de personalidade, perde-se, em muito, na largura devida à esfera de proteção individual. Menospreza-se a idéia da ilimitabilidade

49 *Op. cit.*, p. 157.

50 GOMES, Orlando. Direitos da personalidade e responsabilidade civil. *Revista de Direito Comparado Luso-Brasileiro*. Rio de Janeiro, n. 2, p. 12, 1983, remetendo a Vercellone no concernente aos elementos comuns aos direitos de personalidade. As passagens aqui citadas foram extraídas do capítulo em que o insigne jurista baiano caracteriza a concepção pluralista dos direitos de personalidade, talvez não refletindo sua exata posição, dado que “é relativa, muito embora fortemente tendencial, sua adesão à teoria tipificadora da forma como se a irá caricaturar para que melhor se possa criticá-la”.

da pessoa humana, desse ser que se faz e se constitui a cada dia e que merece a devida atenção do direito. Ignora-se que os direitos legalmente discriminados nada mais são do que pontos de referência, pelos quais se deve pautar o intérprete, que trazem consigo os mananciais instrumentais tuitivos e não uma lista exaustiva em que se esgota o que se deve proteger. A tipificação dos direitos de personalidade é demasiadamente falha: as formas de manifestação individual são inquantificáveis; os meios de tolhimento proliferam em larga escala; o valor constitucional consagrado é o homem, o respeito à sua dignidade como um todo, não a tal ou qual manifestação.⁵¹ Tendo-se semelhante concepção, ficaria vinculada a tutela ao pretérito reconhecimento legal de direito próprio e respeitante ao homem.⁵²

Sendo o valor a pessoa, faz-se mister sua proteção lata, a proteção a seu “ser” e a seu “dever”. “A questão da tutela da personalidade é a questão da amplidão da proteção jurídica indispensável, na nossa civilização, para que cada indivíduo seja verdadeiramente uma pessoa”, porquanto “o que nossa consciência moral adquiriu é o princípio de que a personalidade é inexaurível, que ‘cada pessoa é um mundo’. Isso é que supõe a ilimitabilidade de cada pessoa enquanto tal e, por conseguinte, a ilimitabilidade das prerrogativas jurídicas que são ligadas ao simples fato de que cada homem é um homem”.⁵³

José Lamartine Corrêa de Oliveira e Francisco José Ferreira Muniz, convencidos do “caráter absolutamente insatisfatório de uma proteção fracionada,

fragmentária, de direitos da personalidade, enumerados e tipificados”, apresentam “dois exemplos históricos de passagem do típico para o atípico”. Referem-se à construção pretoriana de uma mais ampla e genérica noção de direitos de personalidade procedida na Alemanha e na Itália do pós-guerra.⁵⁴ Passaram os tribunais a interpretar os respectivos códigos civis, consagradores da limitada tutela tipificada, conforme as novas vigentes Constituições (de Bonn, de 1949, e italiana, de 1947), cujos arts. 1º e 2º e 2º e 3º, respectivamente, sancionaram os princípios da intangível dignidade do homem e do pleno desenvolvimento da pessoa humana, sendo estes, desde então, considerados como substrato constitucional para a teoria do direito geral de personalidade.⁵⁵

Os defensores desta admitem a existência de um único direito de personalidade, geral e abstrato, um direito-mãe, que seria pressuposto e fundamento dos diversos direitos especificados, estes que, por seu turno, nada mais seriam que “manifestações, incompletas, empobrecidas e sempre em descoberta” do direito geral.⁵⁶ Consideram a pessoa no seu conjunto, ilimitável; pleiteiam, contra a possibilidade de aviltamento e como escudamento global do homem, a inclusão, nos códigos, de um preceito geral inclusivo, que abranja toda e quaisquer formas de

51 Destaca-se, todavia, especial atenção dispensada à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e às invioláveis intimidade, vida privada, honra e imagem pessoais, assegurando-se os direitos de resposta, proporcional ao agravo, e de indenização pelos danos material e moral decorrentes da lesão (art. 5º, *caput* e incisos V e X, da Constituição Federal).

52 A posição de Orlando Gomes é outra, pois se diz que “larga é a esfera da personalidade, mas, apesar da heterogeneidade de suas manifestações, torna-se necessário fixar o número e a extensão dos direitos que lhe correspondem”, também acentua que “desta necessidade de defini-los com precisão, não se deve inferir que constituem *numerus clausus*, se considerados historicamente, mas de sua natureza de direitos absolutos, e, portanto, oponíveis *erga omnes*, segue-se que devem estar instituídos em lei, muito embora constituam categoria elástica em face da ampla compreensão de muitos deles. Direitos de personalidade (*Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 11, set. 1966, p. 44-50).

53 CARVALHO, Orlando de. *Op. cit.*, p. 12.

54 Em realidade, a doutrina do direito geral de personalidade já era defendida por Gierke e Kohler na Alemanha do século passado. Entretanto, após a promulgação do BGB, “o Tribunal do Império decidiu que ‘o reconhecimento de um direito subjetivo geral da personalidade não tem seu lugar no sistema positivo de nosso direito civil’”. KAYSER, Pierre. Les droits de la personnalité: aspects theoriques et pratiques. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Paris, v. 70, n. 3, Julliet/Septembre 1971, p. 486.

55 O estado de direito e os direitos da personalidade. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 532, fev. 1988, p.11 *et seq.* Pode-se também ter como exemplo de uma ampliação conceitual com o escopo de maior proteção da pessoa a suso referida transmutação do conceito de *iniura* para *contumelia*.

56 CAMPOS, Diogo Leite de. *Op. cit.*, p. 49. Orlando Gomes, apoiado em Larenz, assevera que a invocação do direito geral “teria cabimento apenas quando não se pudesse caracterizar a lesão de um direito especial, servindo tal direito, portanto, nas expressões do mesmo autor, como simples elemento de captação”. Direitos da personalidade e responsabilidade civil, cit., p. 11. Pierre Kayser diz que “os direitos da personalidade devem ser completados pelo reconhecimento de um direito geral da personalidade”. *Op. cit.*, p. 486.

exteriorização da personalidade, dispositivo plástico, a receber conteúdo pela jurisprudência, pelo direito judicial.⁵⁷

A doutrina do direito geral, no que concerne à vastidão da tutela dispensada, o que realmente interessa em toda essa discussão, é flagrantemente superior à concepção pluralista. Contra ela insurgem-se os perfilhadores da tese adversa, tachando-a de nebulosa e obscura, carecedora de conteúdo. Questionam-se: como dimanaria o direito de um princípio tanto mais genérico? Faltando a tipicidade, como se determinaria o conteúdo desses direitos?

Perante tal sorte de questionamentos poder-se-ia render, caso não fosse racional e controlável o processo de adscrição de conteúdo à norma, o processo de concretização normativa. Mas, para respondê-las é necessária uma longa jornada. Utiliza-se aqui, um tanto livremente e em termos generalíssimos, o critério de distinção entre regras e princípios de Robert Alexy, para quem os princípios são “mandatos de otimização”, normas que prescrevem seu cumprimento ótimo, mas que se podem cumprir em variáveis graus, segundo as possibilidades fáticas e jurídicas existentes. As regras, por sua vez, são normas que só podem ser cumpridas ou não, não havendo delas graus de cumprimento; ou se cumpre ou não se cumpre. Os princípios só contêm um caráter *prima facie*, enquanto as regras, mandatos definitivos. Conflitando regras regulamentadoras de um mesmo caso, de forma seguir-se uma, resultado diverso haverá se o fosse a outra a ser aplicada, só

57 Segundo Antonio Román García, que comentando a Lei Orgânica espanhola 1/1982, que dispõe sobre a proteção civil à honra, à intimidade pessoal e familiar e à própria imagem, desenvolvendo o art. 18 da Constituição Espanhola de 1978, faz considerações transponíveis à realidade constitucional brasileira, “o caráter de conceitos jurídicos indeterminados das categorias jurídicas que representam os bens e direitos protegidos por esta Lei [...] faz que não devamos nos admirar que sejam os critérios jurisprudenciais os que trazem mais luz neste tema” [...]. “Isto é perfeitamente explicável se considerarmos que a função da jurisprudência civil em torno desta matéria é tão criadora como o pode ser em um sistema de *Case Law*, onde o labor do juiz não consistirá unicamente em comprovar se um determinado comportamento está ou não incluído nas previsões da Lei, mas que sua tarefa será fundamentalmente criadora, já que tem que resolver qual interesse deverá gozar de proteção jurídica”. (Aportación al estudio de la responsabilidad civil por los daños ocasionados em los bienes y derechos de la personalidad. *Revista de Derecho Privado*, Madrid, abr. 1989, p. 330).

uma delas pode permanecer; não há lugar para regras antinômicas no mesmo sistema. Colidindo princípios, tenta-se a harmonização entre eles; ambos são *standarts* juridicamente válidos, não devendo um ao outro ceder por completo; deve-se proceder à ponderação entre eles, segundo o critério da proporcionalidade; deve-se observar o peso de cada qual no caso concreto. É precisamente aqui, da colisão e da ponderação entre os princípios, que se extrairá a regra para a sua aplicabilidade e determinação de conteúdo, segundo a fórmula: as condições de precedência de um princípio ao outro constituem a *facti species*, a hipótese de incidência do princípio prevalente. Exemplifica-se com um caso concreto trazido pelo próprio autor: uma rede de televisão pretendeu exibir, pela segunda vez, um programa no qual se noticiava o assassinato de quatro soldados do grupo de guarda de um depósito de munições do Exército Federal Alemão, enquanto dormiam, numa ação de subtração de armas para a utilização em outros delitos. Um dos envolvidos no crime, prestes a sair da prisão, por ser citado nominalmente e aparecer por fotos no filme, considerou que a exibição do mesmo feria direito fundamental seu, constitucionalmente previsto, sobretudo por prejudicar sua ressocialização. Não tendo sua pretensão de suspender a re-exibição do filme acolhida nos Tribunais Provincial e Provincial Superior, interpôs um recurso de inconstitucionalidade. Acionado, constatou o Tribunal Constitucional uma colisão entre os princípios da proteção à personalidade e o da liberdade de informação. Não se podendo declarar inválida uma das normas, procedeu à ponderação. O fato é que, prevalecendo a proteção à personalidade, suspender-se-ia a exibição; prevalecendo a liberdade de informação, seria ele exibido. Tendo presente o Tribunal a precedência geral da liberdade de informação da emissora, no caso de uma informação atual sobre fatos delituosos, contudo, contrapondo-a ao caso concreto, em que se tratava de uma repetição de informação sobre um delito grave, lá não correspondente a interesses atuais de informação, e que punha em perigo a ressocialização do criminoso, decidiu pela não-exibição do filme, dando preferência ao preceito de proteção à personalidade em face do direito de liberdade de informação, segundo a regra: uma informação televisiva repetida, que não corresponda a interesses atuais de informação, sobre um fato delituoso grave e que põe em perigo a ressocialização do autor, está jusfundamentalmente proibida.

da; regra cuja hipótese de incidência coincide com as condições de precedência do princípio de proteção à personalidade.⁵⁸

14 INSTRUMENTOS DE TUTELA

14.1 Tutela nos direitos constitucional, penal e civil

Do mister de proteção ampla dos direitos pessoais do homem, forçosa é a difusão da tutela pelos vários ramos jurídicos. Em verdade, ela bem se espraia.

Assim, o direito constitucional os fundamenta de modo amplo e exige o resguardo disseminado deles. Propugna, de forma lata, a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e as garantias e os direitos fundamentais individuais (art. 5º), além dos direitos da família, criança, adolescente e idoso (Capítulo VII, Título VIII).

O Direito Penal protege-os por meio da cominação de penas restritivas de direitos e liberdades, na Parte Especial do Código, para os crimes contra a pessoa (vida, corpo, honra, saúde, liberdade, intimidade – Título I), contra a propriedade intelectual (Capítulo I, Título III), contra o sentimento religioso e o respeito aos mortos (Título V), contra os costumes (Título VI) e contra a família (Título VIII), e na legislação extravagante.⁵⁹

58 ALEXY, Robert. *Op. cit.*, p. 81 *et seq.* No concernente à relação conflituosa entre princípios e regras, crê-se não suscitar ela grandes dificuldades. Considerados os apanágios de ambos, pode-se asseverar serem as regras exceções aos princípios adversos, devendo, por tal, serem elas as aplicáveis. Alexy fala ainda da existência de duas normas de dignidade da pessoa humana, uma regra e um princípio, isso porque quase não há razões jurídico-constitucionais que façam com que ceda o princípio de dignidade da pessoa a outros, fato que faria com que, com alto grau de certeza, no caso concreto, provavelmente, preceda ele a todos os outros princípios, p. 108-109. Também para a discriminação entre normas, com o sentido bem aproximado ao do texto (CANOTILHO, Gomes. *Op. cit.*, p. 165 *et seq.*).

59 A proteção penal é demasiado estreita, porquanto, para mais de vir sob tipificação cerrada, é necessária a prova do dolo específico, quando não previsto o apenamento da modalidade culposa (art. 18, parágrafo único, CP).

O Direito Civil lhes dá guarida, também de forma larga, ao prescrever a responsabilidade civil aquiliana ou extracontratual, consagração de um dos preceitos mais fundamentais à convivência humana em sociedade: o de não causar prejuízo a ninguém (“Aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano” – art. 159, *caput*, primeira parte, CC).⁶⁰

Os dois anteprojetos de Código Civil que abordaram o tema dos direitos de personalidade, o de 1963, de Orlando Gomes, e o de 1972, coordenado por Miguel Reale, este em trâmite no Congresso Nacional (Projeto 634-B), de modo mais explícito, respectivamente, estatuíram no art. 29: “O direito à vida, à liberdade, à honra e outros reconhecidos à pessoa humana são inalienáveis, intransmissíveis, não podendo seu exercício sofrer limitação voluntária”, e no parágrafo único: “Quem for atingido ilicitamente em sua personalidade pode exigir que o atentado cesse e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de sanções de outra natureza a que fique sujeito o ofensor”; no art. 13: “Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas na lei.” Este artigo, para mais daquele, consagra a possibilidade de se pleitear a cessação da ameaça.⁶¹

60 Tal preceito avulta tamanha importância que Bobbio pensa, se concebível um ordenamento jurídico de uma só norma, esse o seria, ou melhor, deveria ser o regido pelo preceptivo *neminem laedere* (*Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 5ª ed., Brasília, UnB, 1994, *passim*).

61 A cessação da ameaça ou da lesão, constitucionalmente prevista (art. 5º, XXXV: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito), pode ser pleiteada via cautelares, v. g., o sequestro de publicações nas quais se ofendem os direitos de personalidade de alguém. Propõe-se, aqui, outro instrumento: o apelo ao poder geral de cautela do juiz (art. 798, CPC), pedindo-se, em cautelar antecedente, a cominação de pena pecuniária ao réu, no caso de se efetivar o dano, no curso da principal, ação cominatória (art. 287, CPC), com o pedido sucessivo de, ocorrido o dano pendente a ação, indenização em danos materiais e morais. Relata Antônio Chaves a existência de uma sentença de 1923, do Ministro Octávio Kelly, do STF, então juiz de direito da Segunda Vara da cidade do Rio de Janeiro, concedendo preceito cominatório para a proibição da exibição pública de um filme, com finalidade comercial, em respeito ao direito à imagem da Mlle. Zezé Leone, então tida como “Rainha da Beleza” (*apud* RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil*, v. I. 22. ed., São Paulo: Saraiva, 1991, p. 90).

Precavendo-se contra possíveis interpretações equívocas, o autor do anteprojeto de 1963 afirma que, regulando os direitos de personalidade “nas suas mais importantes manifestações, o Anteprojeto refere-se 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 os ideais dominantes na atualidade, sabido que não são invariáveis, nem ilimitados”.⁶²

Procedeu-se, pois, em ambos anteprojetos, à consagração do direito geral de personalidade. Aliás, pensa-se já ser ele, por mais vinculante razão, francamente defensável com a imbricação dos preceitos constitucionais com a regra da responsabilidade civil extracontratual.⁶³

A proteção civilística estrita dos direitos fundamentais se faz por meio da responsabilidade civil, com a obrigação de indenizar a lesão decorrente do dano. Com ela, assina Orlando Gomes, numa tentativa de contornar uma sua visão privatística do direito subjetivo, marcada pela disponibilidade, não seria preciso

“configurar os chamados direitos da personalidade como verdadeiros direitos subjetivos, para lhes assegurar proteção jurídica [...] quando lesados,

62 GOMES, Orlando. Memória justificativa do anteprojeto de Código Civil. In: *Código Civil: anteprojetos*, v. 2. Brasília, Senado Federal, 1989, p. 160.

63 O enunciado do art. 159 do Código Civil é até mesmo dispensável nos casos de proteção à intimidade, vida privada, honra e imagem pessoais, pois assegurados na própria Constituição, além do direito de resposta, proporcional ao agravo, o de indenização pelos danos material e moral decorrentes da lesão (art. 5º, incisos V e X, da CR). Se se desconsideram os mandames constitucionais, dos mais gerais aos mais específicos, sob uma avelhentada concepção, mesmo contra a letra do Estatuto Político (§ 1º do art. 5º), de inaplicabilidade imediata dos direitos e garantias individuais, por ausência de interposição legislativa: *primo*, destroi-se a unidade do ordenamento jurídico; *secondo*, mata-se uma das mais amplas normas do Código Civil, a do art. 159, que justamente por sua plasticidade mantém-se há oito décadas com plena força; *tertio*, acaba-se com a proteção civil da personalidade, relegando-a a tópicos do Código ou à legislação extravagante.

[porquanto]na aplicação dos princípios e regras da responsabilidade extracontratual ou aquiliana, a delimitação do dever de indenizar não nasce única e restritivamente nos casos em que ocorre uma violação de direito subjetivo, mas também quando o ato danoso é consequência da violação de uma norma, ou, ainda, quando um dano resulte de culpa *lato senso* do seu causador, sem que haja infringido uma norma positiva específica, isto é, uma proibição legal expressa”.⁶⁴

Na mesma obra, assinala Orlando Gomes:

“Em lugar da regra de que a reparação do dano extrapatrimonial somente pode ser pleiteada nos casos previstos na lei, seria preferível que, no capítulo reservado à categoria dos direitos da personalidade, ou no microsistema que se lhe dedicasse, como seria melhor, se introduzisse um preceito de caráter geral e de aplicação cautelosa, que servisse de fundamento legal à obrigação de reparar o dano moral puro proveniente de ofensa ou lesão a qualquer direito da categoria”.⁶⁵

Com a introdução desta “disposição elástica” (Orlando Gomes), bem se daria vazão, como quer João Baptista Villela, ao necessário reconhecimento de um “novo perfil de centralidade” aos códigos civis, pois “se os códigos buscam um novo espaço e uma nova identidade na *selva selvaggia* de leis em que se move a sociedade contemporânea, é na autoconcatenação e na flexibilidade de suas disposições, assim como no poder radial de seus preceitos que eles se encontrarão a si mesmos e reescreverão o seu destino.”⁶⁶

64 Direitos da personalidade e responsabilidade civil. *Op. cit.*, p. 15.

65 *Op. cit.*, p. 18.

66 Introdução (à republicação do Anteprojeto de Código das Obrigações, de 1941). *Arquivos do Ministério da Justiça*, Brasília, n. 174, out./dez. 1988, p. 14.

14.2 Tutela preventiva

Como da existência de hiato entre as tutelas legislativa e jurisprudencial, esta somente cabível após a agressão, ou em sua iminência, excogita-se, sob essa epígrafe, modo de escudamento preventivo. Não se trata, aqui, do uso de cautelares, nem das prevenções especial e geral dispensadas pelo Direito Penal, enquadráveis ambas nas formas protetivas supra, aquelas na segunda, e esta na primeira. A somente prescrição comportamental é insuficiente à finalidade protetiva, tanto que se consuma o dano. É ainda mais insuficiente se se baseia o mandame na coerção ou no temor, de ver-se privado de direitos ou da liberdade ou de ter que reparar o dano, nos casos de apenamento e responsabilidade civil respectivamente. Enquanto funcionar o mecanismo de conduta social assentado em fatores externos ao homem, como acena João Baptista Villela, só têm o cidadão e a sociedade a perder:

“Uma sociedade não pode ser feliz, se a respectiva ordem jurídica é mantida ao preço da liberdade. E a liberdade não existe para quem adere por medo.⁶⁷ [...] À força de existir e ser usado, o sistema *extrínseco* de coerção tende a liberar o homem do seu sistema interior de referência ético-social, que fica, assim, exposto a se atrofiar progressivamente.”⁶⁸

Haveria a conduta que se pautar em fatores intrínsecos ao homem. Haveria ele de obedecer não só porque aderiu à ordem livremente, mas principalmente porque a *co-construiu* livremente. Reger-se-ia, pois, ao fundo, por sua livre convicção ética e moral. Como, contudo, poder-se-ia a isso chegar senão por via educativa? Mas não com uma educação qualquer. É requerida uma educação de índole humanista, pois como mesmo é atribuível a Protágoras, sofista grego do quarto século anterior a Jesus, no diálogo platônico grafado com seu nome, enquanto a educação técnica afasta o homem dos animais, provendo-os de mananci-

⁶⁷ *Direito, coerção e responsabilidade*: por uma ordem social não-violenta. Belo Horizonte, Faculdade de Direito da UFMG, 1982, p. 32.

⁶⁸ *Op. cit.*, p. 26.

ais de defesa contra as adversidades, dos quais já são os animais por natureza dotados, não seria ela suficiente para o convívio humano, pois sem uma educação moral e humana, ao pudor, à justiça e à vida política “os homens acabam-se prejudicando-se reciprocamente [...], de forma tal que vão dividindo-se e perecendo”, de modo que, como alertara Zeus, no mito citado, até as cidades não sobreviveriam.⁶⁹ Outrossim, para se evitar o próprio dano à pessoa, haveriam que ser transmitidos valores, não só como os quase evidentes da igualdade e respeito ao próximo, seu semelhante, mas também valores tais como os de respeito à alteridade e à diversidade do outro, que só genericamente, como humano, é seu igual.

Com a educação que se quer, evitar-se-ia o dano ou, ao menos, amenizar-se-iam seus corolários, efetivamente atuando-se as normas protetivas, ao se contornar a máxima *nemo iudex sine actore*, porquanto se “o ser humano eticamente sadio e maduro não encontra maiores motivos para exigir os seus direitos subjetivos do que para cumprir com os seus deveres jurídicos”,⁷⁰ a ciência do dever é também a dos direitos e, consoante Aroldo Plínio Gonçalves, se a via de acesso ao Judiciário é o instrumento técnico do processo, também ela “é, sobretudo, a consciência da sociedade de que a proteção a direitos *tem que ser reivindicada*, porque o Judiciário não pode atuar de ofício”.⁷¹

15 TAXIONOMIA

De modo genérico, tem respondido a doutrina à questão do enquadramento dos direitos de personalidade no sistema jurídico de acordo com a posição por ela adotada ante a dicotomia teoria tipificadora/direito geral de personalidade.

⁶⁹ *Apud* NOGARE, Pedro Dalle. *Humanismo e anti-humanismo*: introdução à antropologia filosófica. 12 ed. Petrópolis: Vozes, 1990, p. 32.

⁷⁰ VILLELA, João Baptista. *Direito, coerção...*, cit., p. 26.

⁷¹ Poder judiciário. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 34, 1994, p. 95. Este artigo encontra-se também em TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *O judiciário e a constituição*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 23-30.

Tendo assento no direito privado, mais especificamente no Direito Civil, a doutrina os tem posto como uma categoria *sui generis*, insuscetível de se agrupar com outras, dado seus caracteres peculiares, dissemelhantes, como um todo, dos caracteres das demais categorias jurídicas privadas.⁷² Não concordam, todavia, os doutrinadores, com relação a sua ideal situação em um código.⁷³

A idéia, contudo, subjacente a essas concepções, de se ter os direitos de personalidade como a faceta privada dos direitos do homem, por resguardadores de possíveis ofensas vindas de particulares, é extremamente reducionista, simplista e limitadora, mormente se contrastada com a complexa noção dos direitos fundamentais como um todo, como um “feixe de posições (jusfundamentais) definitivas e *prima facie* vinculadas reciprocamente [...] e

72 Assim, *v. g.*, Orlando Gomes diz não ser possível classificá-los entre os direitos pessoais ou reais. *Introdução ao direito civil*, cit., p. 157; Fábio Maria de Mattia os diz “categoria autônoma”. Direitos da personalidade: aspectos gerais. *Revista Forense*, n. 262, 1978, p. 81; Serpa Lopes coloca-os como direitos subjetivos não-patrimoniais, distintos dos direitos de família. *Curso de Direito Civil*, v. I. 6 ed. Atualizado por José Serpa de Santa Maria. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1988, p. 201; Pierre Kayser, pondo em relevo a natureza do poder que cada qual confere a seu titular, após distinguir como falsos direitos de personalidade os direitos à vida, integridade física, honra, trabalho, saúde e ao repouso, separa-os em “direitos da personalidade comparáveis aos direitos reais”, “direitos da personalidade comparáveis aos direitos de crédito” e, à parte, o direito moral do autor e do inventor, separação esta que faz com que só se os possa ter, ao fundo e globalmente, como uma categoria singular. *Op. cit.*, p. 454 *et seq.*

73 Rubens Limongi França os quer, juntamente com os institutos de proteção à personalidade, tutela, curatela, adoção e legitimação adotiva, na Parte Especial, antes do Livro dos Direitos de Família. (*apud* MATTIA, Fábio Maria de. *Op. cit.*, p. 81); Orlando Gomes os quer assistidos na Parte Geral “como capítulo final do estudo das pessoas” (Direitos de personalidade. *Op. cit.*, p. 44.) Este último autor, entretanto, em seu projeto de Código Civil, suprimida a Parte Geral, coloca-os como um capítulo (Capítulo III) do título “Das Pessoas Físicas” (Título I) do Livro “Das Pessoas” (Livro I) – Justifica longamente a ausência da Parte Geral nas “Memórias justificativas [...]”, *Op. cit.*, p. 146 *et seq.* O anteprojeto de Miguel Reale findou por inseri-los no Capítulo II (“Dos Direitos da Personalidade”), Título I (“Das Pessoas Físicas”), Livro I (“Das Pessoas”) da Parte Geral.

adscritas a uma disposição jusfundamental”,⁷⁴ além do que, por vincular-se a uma concepção liberal dos direitos fundamentais, “que reconduziria os direitos, liberdades e garantias, exclusivamente a *direitos subjetivos* de defesa perante os poderes estaduais”, não teria “virtualidades suficientes para compreender a actual *dimensão* objectiva dos direitos fundamentais, isto é, a sua natureza de elementos da *ordem objectiva*, com uma ‘eficácia irradiante’ em várias direcções que não apenas a dos poderes públicos”.⁷⁵

Em verdade, tenha-se como exemplo a situação de ser um detido torturado. O único fato lesivo, a submissão de outrem à tortura, é, por si só, suscetível de engendrar múltiplas conseqüências, dentre elas, a responsabilização criminal do agente, não se admitindo qualquer hipótese de exclusão de ilicitude, e a responsabilização civil do Estado. Outrossim, lesando corporalmente alguém, também submete-se o causador particular à responsabilização civil e criminal. Assim, (1) o princípio da responsabilidade civil do Estado (art. 37, § 6º, da CF) aplica-se aos casos de lesão aos direitos de personalidade, mesmo não atuando ele como particular, como no exemplo dado ou, *v. g.*, em casos de abuso de autoridade; (2) os preceitos criminais vigem também para coibir agressões de particulares a particulares, não se encarregando dessa função somente o direito privado.

Tendo presente a noção do direitos fundamentais como um todo, considerada a fundamentação constitucional dos direitos de personalidade, nota-se que o que faz a concepção aqui combatida é nada mais que limitar os direitos de personalidade a apenas uma de suas dimensões, dimensão esta que, mesmo assim, bem e melhor resolvida é pelo efeito externo ou horizontal dos direitos fundamentais.

Os direitos de personalidade inserem-se entre os direitos fundamentais individuais. Segundo Gomes Canotilho, tradicionalmente se assemelham aos direitos de estado, direitos sobre a própria pessoa, direitos distintivos da própria personalidade e vários dos direitos de liberdade, sendo eles afastados dos direitos fundamentais políticos e dos direitos a prestações, por não serem estes atinentes ao

74 ALEXY, Robert. *Op. cit.*, p. 224 (parêntesis introduzidos no original).

75 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Op. cit.*, p. 592.

ser como pessoa. Entrementes, acentua ainda o provector publicista português, “dada a interdependência entre o estatuto positivo e o estatuto negativo do cidadão, e em face da concepção de um direito geral de personalidade como ‘direito à pessoa ser e à pessoa devir’, cada vez mais os direitos fundamentais tendem a ser direitos de personalidade e vice-versa”.⁷⁶

Com razão o mestre, ao assinar a interdependência referida, pois, como sabiamente preleciona, mesmo direitos fundamentais primordialmente negativos, direitos a abstenções estatais, envolvem, correlatamente, direitos a prestações, como, *v. g.*, o direito à vida, que, *se, prima facie*, um direito a não ser morto, pelo Estado ou por particulares, possui, por outro lado, uma dimensão positiva, qual seja a de dispor de condições mínimas de sobrevivência e a da manutenção, pelo Estado, de um corpo de segurança pública.⁷⁷ Aliás, pode-se mesmo sustentar que, no mais alto grau de abstração, todo direito, qualquer que seja, tem uma dimensão positiva, porquanto, para sua garantia, é mister o manutimento de todo um aparato burocrático judiciário permanente pelo Estado.

Exigida, pois, a proteção ampla do homem, diante de toda sua dimensão de sociabilidade, melhor se compadeceria ao fim, sua tutela inserta no direito constitucional. Com isto, pode-se ter direitos, liberdades e garantias como “*direitos subjectivos*, independentemente do carácter público ou privado”,⁷⁸ mesmo porque “a dicotomia direito público/direito privado não se reconduz hoje a um dualismo absoluto relações jurídicas públicas/relações jurídicas privadas, aludindo-se antes à ordem jurídica como uma *ordem pluralista de relações jurídicas*”.⁷⁹ Neste particular, só tem a acalentar, com a habitual destreza, Tércio Sampaio Ferraz Júnior, afirmando que para a dogmática jurídica, “não obstante as distinções, o direito é, em última análise, um só”.⁸⁰

⁷⁶ *Op. cit.*, p. 520, com remissão a Orlando de Carvalho.

⁷⁷ *Op. cit.*, p. 526.

⁷⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Op. cit.*, p. 600.

⁷⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Op. cit.*, p. 133.

⁸⁰ *Op. cit.*, p. 141.

Recomendamos aos nossos leitores:

REVISTA BRASILEIRA DE ESTUDOS POLÍTICOS

(Fundada em 1956)

Diretor: *Orlando M. Carvalho*

Publica-se semestralmente

*

Sede da Redação
Faculdade de Direito da UFMG

Av. Álvares Cabral, 211 – sala 1206 – Fone: (031) 224-8507
Caixa Postal 1301 – 30170-000 – Belo Horizonte – MG – Brasil