

A INVIOABILIDADE DA PESSOA HUMANA E O DIREITO GERAL DA PERSONALIDADE

THE INVIOABILITY OF THE HUMAN PERSON AND THE GENERAL RIGHT OF PERSONALITY

Odete Novais Carneiro Queiroz

Doutora e Mestre em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP. Professora Doutora, por concurso público, na Graduação e Pós-Graduação da Faculdade de Direito da PUC-SP, onde leciona Direito Civil.

Leonardo Estevam de Assis Zanini

Livre-Docente e Doutor em Direito Civil pela USP. Pós-Doutor em Direito Civil pelo Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht (Alemanha). Pós-Doutor em Direito Penal pelo Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht (Alemanha). Doutorando em Direito Civil pela Albert-Ludwigs-Universität Freiburg (Alemanha). Mestre em Direito Civil pela PUC-SP. Bacharel em Direito pela USP. Juiz Federal. Professor Universitário. Pesquisador do grupo Novos Direitos CNPq/UFSCar. Autor de livros e artigos publicados nas áreas de Direito Civil, Direitos Intelectuais e Direito do Consumidor. Foi bolsista da Max-Planck-Gesellschaft e da Capes. Foi Delegado de Polícia Federal, Procurador do Banco Central do Brasil, Defensor Público Federal, Diretor da Associação dos Juizes Federais de São Paulo e Mato Grosso do Sul e Diretor Acadêmico da Escola de Formação e Aperfeiçoamento de Servidores da Justiça Federal em São Paulo.

Resumo: O presente artigo realiza um breve estudo sobre o direito geral da personalidade, abrangendo as relações existentes entre esse direito e os direitos especiais da personalidade. Trata-se de pesquisa que utiliza metodologia descritiva, baseada fundamentalmente na investigação bibliográfica e jurisprudencial. Os temas mais relevantes da matéria são analisados, como o desenvolvimento do direito geral da personalidade nos países de língua alemã e a sua posterior admissão em outros países da *civil law*. O estudo deixa claro ao leitor a ideia de cooperação existente entre o direito geral da personalidade e os direitos especiais da personalidade, estes considerados desdobramentos daquele. Merece ainda destaque o debate sobre a existência, no ordenamento jurídico brasileiro, de uma pluralidade de direitos da personalidade ou a adoção do direito geral da personalidade. Assim, o trabalho procura apresentar um breve panorama atual da proteção dos direitos da personalidade, enfocando a situação no Brasil.

Palavras-chave: Direitos da personalidade. Direito geral da personalidade. Direito civil constitucional. Cláusula geral.

Abstract: The present article makes a brief study on the general right of personality, covering the relationships between this right and the special rights of personality. It is a research that uses descriptive methodology, based fundamentally on bibliographical and jurisprudential research. The most relevant issues are analyzed, such as the development of the general right of personality in

German-speaking countries and its subsequent admission in other countries of civil law. The study makes clear to the reader the idea of cooperation that exists between the general right of personality and the special rights of personality, these considered as consequences of that. Also worthy of mention is the debate on the existence, in the Brazilian legal system, of a plurality of personality rights or the adoption of the general right of personality. Therefore, the paper seeks to present a brief overview of the protection of personality rights, focusing on the situation in Brazil

Keywords: Rights of personality. General right of personality. Constitutional civil law. General clause.

Sumário: Introdução – **1** Origem e desenvolvimento do direito geral da personalidade – **2** O direito geral da personalidade e os direitos especiais – **3** Os direitos da personalidade no Código Civil brasileiro de 2002 – **4** O direito geral da personalidade no ordenamento jurídico brasileiro – **5** Os embates entre os defensores das correntes pluralista e monista – Considerações finais

Introdução

A categoria dos direitos da personalidade foi objeto de intensos debates doutrinários, em particular no período que vai do século XIX até o início do século XX. Os estudiosos apontavam muitos problemas que teoricamente impediriam o reconhecimento dos direitos da personalidade como direitos subjetivos.

Argumentava-se que os interesses ligados à personalidade não podiam ser protegidos seguindo os esquemas tradicionais dos direitos patrimoniais, mesmo porque o bem jurídico a ser protegido integrava o próprio sujeito.¹ A resistência na admissão dos direitos da personalidade também decorria da forma como se compreendiam os atos ilícitos e a responsabilidade civil deles derivada. A categoria igualmente suscitava dúvidas no que toca aos seus caracteres jurídicos, que se contrapõem aos direitos patrimoniais.

Entretanto, as objeções ao reconhecimento dos direitos da personalidade foram se abrandando no decorrer do século XX, especialmente depois da Segunda Guerra Mundial, haja vista que as atrocidades cometidas naquele conflito reforçaram a necessidade de reconhecimento dos direitos e garantias do homem.² Como consequência, o sistema de direito privado, pela via constitucional, acabou integrando os direitos da personalidade, não havendo mais dúvida quanto à admissão dessa categoria de direitos.

¹ Nesse sentido, veja-se a lição de Walter Moraes: “os bens que em direito se qualificam como de personalidade são partes integrantes do homem *in natura*” (MORAES, Walter. Concepção tomista de pessoa. Um contributo para a teoria do direito da personalidade. *Revista de Direito Privado*, v. 1, n. 2, abr./jun. 2000, p. 187).

² RESCIGNO, Pietro. *Manuale del diritto privato italiano*. 5. ed. Napoli: Jovene, 1982. p. 218.

Desta feita, superada a fase de reconhecimento dos direitos da personalidade, atualmente os debates da doutrina e da jurisprudência dizem respeito à existência de um direito geral da personalidade, no qual se integrariam todos os tipos previstos ou não pelo direito positivo. E o assunto ganhou ainda maior relevância em função do rápido desenvolvimento técnico-científico verificado nas últimas décadas. Essas inovações proporcionaram o surgimento de novas formas de violação da dignidade da pessoa humana, pelo que as indagações relativas ao direito geral da personalidade continuam atuais e merecem ser analisadas no presente trabalho.

1 Origem e desenvolvimento do direito geral da personalidade

1.1 Origem e os debates iniciais acerca dos direitos da personalidade

Com o reconhecimento da existência da categoria dos direitos da personalidade, muitos autores entenderam como viável a sua tipificação. Para tanto, utilizaram a técnica dos direitos subjetivos, o que levava ao reconhecimento de uma pluralidade de direitos da personalidade, incidindo cada um sobre um particular aspecto da personalidade. No entanto, outros teóricos consideraram insuficiente a proteção da pessoa humana por meio de direitos tipificados, sendo necessária uma regra geral, unitária, que compreendesse todos os casos relacionados a bens da personalidade.³

A doutrina que defendia a existência de um direito geral da personalidade floresceu na Áustria, na Suíça e na Alemanha. A temática foi inicialmente objeto de investigações teóricas, ainda sem repercussão prática, as quais foram promovidas, entre outros, por Regelsberger e Gierke. Passada a fase teórica, o direito geral da personalidade foi paulatinamente sendo reconhecido judicialmente.⁴

No que diz respeito à Alemanha, o desenvolvimento retrocedeu com a entrada em vigor do Código Civil alemão (*Bürgerliches Gesetzbuch – BGB*). De fato, a codificação alemã não consagrou os direitos da personalidade como categoria autônoma e sistematizada, deles cuidando tão somente em disposições esparsas relativas à responsabilidade civil e por meio da proteção dada ao nome no §12 do BGB.⁵

³ DONEDA, Danilo. Os direitos da personalidade no novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *A Parte Geral do novo Código Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 42-43.

⁴ ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 45-49.

⁵ GARCIA, Enéas Costa. *Direito geral da personalidade no sistema jurídico brasileiro*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007. p. 76.

Não se pode dizer, entretanto, que os idealizadores do BGB ignoravam os direitos da personalidade. Na verdade, preferiram não os incluir na codificação, salvo as exceções já mencionadas. Entendiam que as discussões acerca da categoria não estavam encerradas,⁶ de maneira que a sua inclusão seria precipitada e pouco operacional do ponto de vista do processo legislativo.⁷

Nos anos que seguiram à entrada em vigor do BGB, a doutrina alemã e a jurisprudência do *Reichsgericht* não acolheram a tese da existência de um direito geral da personalidade. A proteção legal ficou então restrita aos bens jurídicos expressamente mencionados, ou seja, aos direitos especiais da personalidade.⁸

De fato, mesmo doutrinadores de destaque, como Enneccerus e Nipperdey, não viam como necessário o reconhecimento de um direito geral da personalidade. Aduziam que os bens unidos indissolúvelmente à pessoa deveriam ter uma proteção absoluta geral igual à dos direitos subjetivos. Esses autores negavam a existência de outros direitos da personalidade além do nome e entendiam que o reconhecimento de um direito geral da personalidade entre os direitos subjetivos provocaria entraves ao progresso, bem como perturbações ao desenvolvimento de outras personalidades.⁹

1.2 O problema da proteção fracionada dos direitos da personalidade

A proteção fracionada dos direitos da personalidade, ao contrário do que pensavam os autores da época, mostrou-se bastante lacunosa diante do aumento das modernas técnicas que possibilitavam o desrespeito da vida privada e da liberdade, o que foi sentido especialmente após a Segunda Guerra Mundial.¹⁰

⁶ Aliás, segundo Günter Weick, na fundamentação do BGB o responsável pela parte geral da codificação, Gebhard, mencionou os trabalhos de Kohler e de Rudolf von Jhering, relativos aos direitos da personalidade (WEICK, Günter. *Natürliche Personen, Verbraucher, Unternehmer*. In: STAUDINGER, Julius von. *J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*. Berlin: Sellier, 2004. p. 173).

⁷ RIXECKER, Ronald. *Allgemeines Persönlichkeitsrecht*. In: SÄCKER, Franz Jürgen *et al.* (Ed.). *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. 5. ed. München: Verlag C.H. Beck, 2006. p. 268.

⁸ BARTNIK, Marcel. *Der Bildnisschutz im deutschen und französischen Zivilrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2004. p. 20.

⁹ GARCIA, Enéas Costa. *Direito geral da personalidade no sistema jurídico brasileiro*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007. p. 77.

¹⁰ LARENZ, Karl; WOLF, Manfred. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*. 8. ed. München: Beck, 1997. p. 147.

Na Alemanha, o primeiro problema estava na interpretação dada ao §823, I do BGB,¹¹ particularmente no que toca à expressão “um outro direito” (*ein sonstiges Recht*), que não abarcava, de acordo com a maioria dos autores, os direitos da personalidade, visto que tal dispositivo era considerado restrito aos direitos subjetivos ligados à propriedade.¹²

De acordo com Dieter Medicus, o BGB não chegou mesmo a acolher, entre os bens protegidos pelo §823, nem um direito geral da personalidade nem um direito à honra. Aliás, para a proteção da honra era necessária uma interpretação bastante complexa, que combinava os §§826 e 823, II do BGB, bem como os §§185 e seguintes do Código Penal (*Strafgesetzbuch – StGB*).¹³

Outro problema consistia no fato de que a enumeração dos bens protegidos pelo §823, II do BGB era considerada exaustiva, de forma que os demais bens da personalidade somente eram protegidos se fossem reconhecidos por normas legais especiais.¹⁴

Ademais, o §826 do BGB, não obstante a vagueza da expressão “bons costumes”, suficiente para funcionar como uma cláusula geral, tinha seu âmbito limitado, visto que requeria a existência de dolo.¹⁵

1.3 O reconhecimento do direito geral da personalidade na Alemanha: os casos *Leserbrief* e *Herrenreiter*

Todo esse quadro somente se modificou na Alemanha com as decisões proferidas em 25.5.1954 (*Leserbrief*)¹⁶ e em 14.2.1958 (*Herrenreiter*),¹⁷ quando

¹¹ O §823 do BGB dispõe: “Dever de indenizar. (1) Quem dolosa ou culposamente lesar antijuridicamente a vida, o corpo, a saúde, a liberdade, a propriedade ou um outro direito alheio está obrigado a compensar o dano surgido”. Vejamos o original: “§823 Schadensersatzpflicht. (1) Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt, ist dem anderen zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet”.

¹² GARCIA, Enéas Costa. *Direito geral da personalidade no sistema jurídico brasileiro*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007. p. 78.

¹³ MEDICUS, Dieter. *Allgemeiner Teil des BGB*. 9. ed. München: C. F. Müller, 2006. p. 423.

¹⁴ GARCIA, Enéas Costa. *Direito geral da personalidade no sistema jurídico brasileiro*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007. p. 78.

¹⁵ GARCIA, Enéas Costa. *Direito geral da personalidade no sistema jurídico brasileiro*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007. p. 79.

¹⁶ No caso *Leserbrief*, discutia-se a proteção de cartas missivas, visto que um periódico publicou uma carta de um advogado (representante de um ex-ministro do Reich), na rubrica “cartas do leitor”, sem sua autorização (BARTNIK, Marcel. *Der Bildnisschutz im deutschen und französischen Zivilrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2004. p. 20).

¹⁷ No caso *Herrenreiter*, o réu, farmacêutico, elaborou um cartaz publicitário referente a um produto com supostas propriedades afrodisíacas, colocando no cartaz a imagem do autor, sem sua autorização para o uso publicitário (CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português*. Parte Geral. Coimbra: Almedina, 2004. t. III. p. 46).

o Tribunal de Justiça Federal (*Bundesgerichtshof* – BGH), em uma inimaginável mudança de paradigma, reconheceu o direito geral da personalidade.¹⁸

Além da admissão do direito geral da personalidade, é de se destacar que no caso *Herrenreiter* também foi reconhecida a pretensão a uma indenização em dinheiro. Tal prestação pecuniária estaria fundada na ocorrência de um dano imaterial,¹⁹ de uma severa lesão ao direito geral da personalidade, o que não tinha previsão expressa no BGB e contrariava o §253,²⁰ que só admitia indenização em casos expressamente previstos em lei. Posteriormente, a despeito de contrariar o disposto no §253, tal entendimento foi confirmado pelo BGH em 1965, no caso Soraya, e em 1973 pelo Tribunal Federal Constitucional (*Bundesverfassungsgericht*).²¹

A mudança de orientação do direito alemão veio como decorrência da Lei Fundamental de Bonn (*Grundgesetz* – GG), que ao proteger a dignidade da pessoa humana e o direito ao livre desenvolvimento da personalidade (arts. 1º e 2º da GG) exigiu o reconhecimento de um direito geral da personalidade,²² cujo fundamento legal, de acordo com o BGH, estaria justamente no §823, I do BGB. E tal proteção encontrou respaldo justamente na interpretação da expressão “um outro direito” (*ein sonstiges Recht*), integrante do §823, I do BGB, mas que não era acolhida pela doutrina nem pela jurisprudência anteriores à Lei Fundamental de Bonn.²³

A partir das decisões do BGH e da mudança de posicionamento da doutrina, a dignidade do homem (*Menschenwürde*) e o direito ao livre desenvolvimento da personalidade (*Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit*) passaram a ser vistos pelos alemães como um direito-fonte (*Quellrecht*), um direito-mãe (*Mutterrecht*), do qual todos os outros emanariam.²⁴

A despeito de todo esse desenvolvimento, o direito geral da personalidade ainda se mantém como uma criação da prática jurídica e da doutrina alemãs, haja

¹⁸ RIXECKER, Ronald. Allgemeines Persönlichkeitsrecht. In: SÄCKER, Franz Jürgen et al. (Ed.). *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. 5. ed. München: Verlag C.H. Beck, 2006. p. 268.

¹⁹ RIXECKER, Ronald. Allgemeines Persönlichkeitsrecht. In: SÄCKER, Franz Jürgen et al. (Ed.). *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. 5. ed. München: Verlag C.H. Beck, 2006. p. 268.

²⁰ WEICK, Günter. Natürliche Personen, Verbraucher, Unternehmer. In: STAUDINGER, Julius von. *J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*. Berlin: Sellier, 2004. p. 174.

²¹ PINTO, Paulo Mota. Notas sobre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e os direitos de personalidade no direito português. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 70.

²² MEDICUS, Dieter. *Grundwissen zum Bürgerlichen Recht*. 7. ed. München: Carl Heymanns, 2006. p. 207.

²³ BARTNIK, Marcel. *Der Bildnisschutz im deutschen und französischen Zivilrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2004. p. 19-20.

²⁴ SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 106.

vista que nenhum tratamento legal²⁵ foi dado ao tema, o que já foi qualificado como uma “fuga do legislador da responsabilidade política”.²⁶

De qualquer forma, não obstante todos esses percalços, a teoria do direito geral da personalidade é amplamente acolhida na Alemanha. Todavia, existem autores mais recentes, como Canaris, que consideram a opção pela definição de âmbitos de proteção do direito da personalidade, o que pode levar a uma regressão do direito geral da personalidade.²⁷

1.4 O direito geral da personalidade na Suíça e Áustria

Na Suíça o direito geral da personalidade se impôs mais cedo, tendo sido seu desenvolvimento menos traumático que o alemão. Realmente, o Código Civil suíço (*Zivilgesetzbuch* – ZGB), de 10.12.1907, anterior, portanto, à doutrina alemã do direito geral da personalidade, já consagrava expressamente, em seu art. 28,²⁸ uma cláusula geral protetora da personalidade humana, que foi inspirada na doutrina de Otto von Gierke (*Deutsches Privatrecht*).²⁹

Tal regra tinha o sentido de proteger não somente os interesses morais, mas também a atividade econômica de uma pessoa.³⁰ E nesse ponto Franz Wieacker já considera a obra de Eugen Huber, maior responsável pela elaboração do Código Civil suíço, como o “fruto legislativo mais amadurecido da ciência de língua alemã do séc. XIX”.³¹

No entanto, com a rápida evolução da sociedade e da ciência no século XX, viu-se que o art. 28 do Código Civil helvético não estava mais garantindo uma

²⁵ Notícia Paulo Mota Pinto que em 1959 foi apresentado um projeto de lei para a reordenação da proteção da personalidade e da honra, o que levaria a uma alteração no BGB. Todavia, em razão da pressão exercida pela imprensa, tal proposta, chamada pejorativamente de *Lex Soraya*, não chegou a ser acolhida (PINTO, Paulo Mota. Notas sobre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e os direitos de personalidade no direito português. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 70).

²⁶ PINTO, Paulo Mota. Notas sobre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e os direitos de personalidade no direito português. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 70.

²⁷ CORDEIRO, Antônio Menezes. *Tratado de direito civil português*. Parte Geral. Coimbra: Almedina, 2004. t. III. p. 48.

²⁸ Redação original do art. 28: “Celui qui subit une atteinte illicite dans ces intérêts personnels peut demander au juge de la faire cesser”. Tradução livre: “Aquele que sofre um atentado ilícito nos seus interesses pessoais pode demandar ao juiz que o faça cessar”.

²⁹ SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 94.

³⁰ KAYSER, Pierre. Les droits de la personnalité – aspects théoriques et pratiques. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, t. 69, n. 3, 1971. p. 487.

³¹ WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967. p. 564.

tutela satisfatória da personalidade. Assim, para a ampliação dessa tutela, a redação do referido artigo foi alterada por uma lei de 16.12.1983, em vigor desde 1^a.7.1985.³²

Entretanto, é de se ressaltar que o trabalho do legislador suíço não se resumiu à alteração do art. 28, visto que também foram inseridos diversos dispositivos complementares.³³ Dessa forma, além do art. 28 originário, possui hoje o Código Civil suíço a sequência do art. 28, que vai do “a” ao “l”.

Como consequência da inovação legislativa, o conceito adotado de personalidade deve ser compreendido em sentido amplo, abrangendo tudo aquilo que serve para individualizar uma pessoa e se mostra digno de proteção nas relações interpessoais. Cabe então aos juízes a definição dos contornos da personalidade, adaptando a noção à evolução das necessidades e ao surgimento de novos perigos.³⁴ E nesse contexto, os tribunais suíços passaram a construir uma nova jurisprudência acerca do direito geral da personalidade, bem como dos limites de sua atuação,³⁵ mais condizente com as atuais necessidades da sociedade.

Ademais, existe também no direito suíço a previsão, além da determinação abstrata e geral contida no art. 28 do ZGB, de dispositivos que outorgam proteção a pontos específicos da personalidade, como é o caso do art. 301, 2 do ZGB, bem como a Lei sobre Direitos Autorais (*Urheberrechtsgesetz*). Diante desses preceitos específicos a cláusula geral de proteção da personalidade vale apenas subsidiariamente.³⁶

Por outro lado, em face do reconhecimento do direito geral da personalidade, não é necessária uma enumeração detalhada dos bens da personalidade. Não existe um *numerus clausus* dos direitos da personalidade. Isso permite uma proteção mais ampla da personalidade, a qual seria bastante limitada se o legislador suíço tivesse seguido apenas o modelo tradicional da enumeração dos valores protegidos.³⁷

³² BIASIO, Giorgio De; FOGLIA, Aldo. *Introduzione ai codici di diritto privato svizzero*. 2. ed. Torino: G. Giappichelli, 2007. p. 155.

³³ A nova redação do art. 28 do ZGB é a seguinte: “Wer in seiner Persönlichkeit widerrechtlich verletzt wird, kann zu seinem Schutz gegen jeden, der an der Verletzung mitwirkt, den Richter anrufen”. Tradução livre: “Quem é ilicitamente lesionado em sua personalidade pode, para sua proteção, pedir a intervenção do juiz contra aquele que participou da ofensa”. Por conseguinte, são condições para a proteção da personalidade: a) a sua lesão; b) o comportamento ilícito (LOCHER, René. *Persönlichkeitsschutz und Adoptionsgeheimnis*. Zürich: Schulthess, 1993. p. 22).

³⁴ BIASIO, Giorgio De; FOGLIA, Aldo. *Introduzione ai codici di diritto privato svizzero*. 2. ed. Torino: G. Giappichelli, 2007. p. 160.

³⁵ SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 97.

³⁶ LOCHER, René. *Persönlichkeitsschutz und Adoptionsgeheimnis*. Zürich: Schulthess, 1993. p. 24-25.

³⁷ BIASIO, Giorgio De; FOGLIA, Aldo. *Introduzione ai codici di diritto privato svizzero*. 2. ed. Torino: G. Giappichelli, 2007. p. 160.

A situação não é diversa na Áustria, onde a doutrina continua atualmente a defender a existência do direito geral da personalidade, que retira sua força do §16 do ABGB.³⁸

1.5 A pluralidade dos direitos da personalidade na Itália

Entre os italianos, inicialmente a tese do *numerus clausus* dos direitos da personalidade era a posição majoritária da jurisprudência e da doutrina, já que o Código Civil de 1942 fez referência aos direitos da personalidade e não a um direito geral da personalidade. Essa é a tese defendida, entre outros, por Adriano de Cupis, que só admite a tutela de direitos da personalidade fracionados e tipificados em lei.³⁹

Hodiernamente, entretanto, há autores defendendo que a Constituição italiana teria mudado substancialmente esse quadro, reconhecendo, em seu art. 2º, uma cláusula geral de tutela da pessoa humana,⁴⁰ cujo “conteúdo não se limita a resumir os direitos tipicamente previstos por outros artigos da Constituição”, mas que permite estender a tutela a situações atípicas, levando ao reconhecimento do direito geral da personalidade.⁴¹

Daí afirmar Perlingieri que a “tutela da personalidade pode-se considerar unitária, não definida, sem limites, elástica, adaptável quanto mais possível às situações concretas e às condições culturais e ambientais nas quais ela se realiza”.⁴²

Contudo, ressalta Capelo de Sousa que a doutrina italiana majoritária “defende a exclusividade da existência de direitos particulares de personalidade”, o que não impede o reconhecimento de um leque bastante amplo de direitos especiais da personalidade, cujo fundamento estaria no “chamado direito ao *id quod interest* decorrente das reações penais e no art. 2º da Constituição da República Italiana”.⁴³

³⁸ CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra, 1995. p. 71.

³⁹ CUPIS, Adriano de. *I diritti della personalità*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1982, *passim*.

⁴⁰ Art. 2º da Constituição italiana: “A República reconhece e garante os direitos invioláveis do homem, seja como indivíduo, seja nas formações sociais onde desenvolve a sua personalidade e exige o cumprimento dos deveres inderrogáveis de solidariedade política, econômica e social”. Transcrição do original: “La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale”.

⁴¹ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 155.

⁴² PERLINGIERI, Pietro. *Il diritto civile nella legalità costituzionale*. 2. ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2001. p. 325.

⁴³ CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra, 1995. p. 129.

Por conseguinte, conforme destaca Paulo José da Costa Júnior, não teria vingado na Itália a doutrina unitária, orientando-se a maioria dos autores peninsulares num sentido oposto, “em direção a uma concepção pluralista dos direitos da personalidade”.⁴⁴

1.6 Os direitos da personalidade na França

Na França, a Lei 70-643, de 17.07.70, introduziu um novo art. 9º no Código Civil francês,⁴⁵ o qual criou as bases legais para a proteção da personalidade, proclamando o princípio do respeito pela vida privada das pessoas.⁴⁶ Seguiram-se outras leis importantes, como a Lei 78-17, de 06.01.78, relativa à proteção diante da informática; a Lei 93-2, de 04.01.93, que inseriu a presunção de inocência no art. 9º do Código Civil; e a Lei 94-653, de 29.07.94, que introduziu no art. 16 do Código Civil o direito ao respeito do ser humano e seu corpo.⁴⁷

Todavia, anteriormente o Judiciário francês já tinha, com apoio na cláusula geral de responsabilidade civil (art. 1.382 do Código Civil), desenvolvido uma ampla proteção da personalidade, bem como garantido a indenização de danos imateriais.⁴⁸ Por isso, destaca-se na França a importante colaboração pretoriana para a categoria dos direitos da personalidade, chegando-se a qualificá-la como “une création prétorienne”.⁴⁹

Como decorrência desse pragmatismo da proteção da personalidade, a doutrina francesa não chegou a reconhecer um direito geral da personalidade, não obstante a admissão dos “droits de la personnalité”.⁵⁰

Os principais problemas da doutrina do direito geral da personalidade, de acordo com os franceses, estariam na sua indeterminação e na abrangência de

⁴⁴ COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 60.

⁴⁵ Art. 9º do Código Civil francês: “Chacun a droit au respect de sa vie privée”. Tradução livre: “Cada um tem direito ao respeito de sua vida privada”.

⁴⁶ WEICK, Günter. Natürliche Personen, Verbraucher, Unternehmer. In: STAUDINGER, Julius von. *J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*. Berlin: Sellier, 2004. p. 183.

⁴⁷ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português*. Parte Geral. Coimbra: Almedina, 2004. t. III. p. 42.

⁴⁸ WEICK, Günter. Natürliche Personen, Verbraucher, Unternehmer. In: STAUDINGER, Julius von. *J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*. Berlin: Sellier, 2004. p. 183.

⁴⁹ MATTIA, Fábio Maria de. Direitos da personalidade II (verbete). *Enciclopédia Saraiva do Direito*, São Paulo, v. 28, 1979. p. 159.

⁵⁰ WEICK, Günter. Natürliche Personen, Verbraucher, Unternehmer. In: STAUDINGER, Julius von. *J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*. Berlin: Sellier, 2004. p. 183.

categorias diversas de direitos.⁵¹ Além disso, destaca Kayser que como a jurisprudência francesa reconhece a existência de um direito da personalidade em todos os casos em que lhe parece útil a proteção de um interesse moral, a previsão legal do direito geral da personalidade, como se pretendeu no anteprojeto de Código Civil francês, não seria de grande utilidade.⁵²

1.7 Os direitos da personalidade em Portugal

Em Portugal o direito geral da personalidade não é unanimidade na doutrina.⁵³ Há um embate entre os estudiosos portugueses no que toca à sua aceitação, de modo que é admitido na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e rejeitado, majoritariamente, na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.⁵⁴

A jurisprudência predominantemente, por seu turno, abstém-se de tomar posicionamento sobre o tema, mas há decisões do Tribunal Constitucional e do Supremo Tribunal de Justiça adotando a construção do direito geral de personalidade.⁵⁵

Esse direito geral é acolhido, entre outros, pelos seguintes doutrinadores portugueses: Leite de Campos, Capelo de Sousa, Álvaro Dias, Paulo Mota Pinto e Nuno Pinto Oliveira.⁵⁶ Em sentido contrário opina José de Oliveira Ascensão: “Não há necessidade de semelhante solução, porque o problema pode ser resolvido, mais satisfatoriamente até, pela via alternativa do reconhecimento, em regime de *numerus apertus*, de direitos especiais de personalidade”.⁵⁷ Menezes Cordeiro, por seu turno, acrescenta que mesmo na Alemanha o direito geral “vem sendo suplantado a favor de esquemas mais operacionais, com relevo para a definição de âmbitos de proteção”.⁵⁸

A despeito da mencionada divergência, o direito português, pelo menos desde o Código Civil de 1966, tem instrumentos para o reconhecimento de um direito

⁵¹ PINTO, Paulo Mota. Notas sobre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e os direitos de personalidade no direito português. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 70.

⁵² KAYSER, Pierre. Les droits de la personnalité – aspects théoriques et pratiques. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, t. 69, n. 3, 1971. p. 488.

⁵³ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil teoria geral*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2000. v. I. p. 86.

⁵⁴ MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato. Principais problemas dos direitos da personalidade e estado-da-arte da matéria no direito comparado. In: MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato (Org.). *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 18.

⁵⁵ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Direito de personalidade*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 63.

⁵⁶ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português*. Parte Geral. Coimbra: Almedina, 2004. t. III. p. 80-81.

⁵⁷ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil teoria geral*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2000. v. I. p. 87.

⁵⁸ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português*. Parte Geral. Coimbra: Almedina, 2004. t. III. p. 80-81.

geral da personalidade, que encontraria fundamento no art. 70 do Código Civil.⁵⁹ De fato, a “tutela geral da personalidade corresponde, sem dificuldade, a um direito geral da personalidade, desde que se entenda o direito de personalidade como direito subjectivo”.⁶⁰ Assim, permitir-se-ia a tutela de “bens pessoais não tipificados, designadamente protegendo aspectos da personalidade cuja lesão ou ameaça de violação só com a evolução dos tempos assumam um significado ilícito”.⁶¹

Por conseguinte, pode-se afirmar hodiernamente que o direito geral da personalidade não é uma figura exclusivamente germânica, mas sim uma concepção que está ganhando espaço em muitos ordenamentos jurídicos de tradição romano-germânica, sobretudo em relação àquela concepção de direitos da personalidade como *numerus clausus*.⁶²

2 O direito geral da personalidade e os direitos especiais

2.1 O fundamento da proteção pelo direito geral da personalidade

O direito geral da personalidade tutela de forma global a personalidade humana. Trata-se de instituto que está ligado à concepção de pessoa humana como um valor unitário. Por isso, essa doutrina não admite que a tutela da pessoa possa ser fracionada em situações autônomas, devendo ser protegida como um problema unitário, dado que seu fundamento, vale ressaltar, está exatamente na unidade do valor da pessoa.⁶³ E não poderia ser diferente, já que decorre da própria natureza das coisas que o homem é uno e irreduzível.

Ao lado dessa unidade, há também a complexidade e a dinamicidade da personalidade, que inviabilizam a sua proteção unicamente por meio de direitos

⁵⁹ Vale notar que o art. 70 do Código Civil português foi inspirado nos trabalhos da Comissão de Reforma do Código Civil francês (1950-1951), que adotou um anteprojeto sobre direitos da personalidade, prevendo em seu art. 19 o seguinte: “Todo o atentado ilícito à personalidade dá àquele que o sofra o direito de pedir que seja posto cobro a isso, sem prejuízo da responsabilidade que, daí, possa resultar para o seu autor” (CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português*. Parte Geral. Coimbra: Almedina, 2004. t. III. p. 60).

⁶⁰ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Direito de personalidade*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 64.

⁶¹ PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral do direito civil*. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2005. p. 209-210.

⁶² PINTO, Paulo Mota. Notas sobre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e os direitos de personalidade no direito português. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 68.

⁶³ PERLINGIERI, Pietro. *Il diritto civile nella legalità costituzionale*. 2. ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2001. p. 324.

típicos, visto que, por mais perspicaz que seja o legislador, sempre escaparão do seu poder de previsão diversas vicissitudes da personalidade humana.⁶⁴

A tutela por meio de direitos tipificados ainda esbarra no fato de que os direitos da personalidade são uma categoria em expansão. Realmente, na medida em que a sociedade fica mais complexa, que novas tecnologias são descobertas, novos problemas surgem, que demandam o reconhecimento de novos direitos. Assim, essa dinâmica torna deficiente a tutela da personalidade apenas por direitos típicos.⁶⁵

Nessa mesma linha, ensina Perlingieri que o fundamento dos direitos da personalidade é único, representado pela unidade do valor da pessoa. Porém, as possíveis manifestações da personalidade são múltiplas e nem todas são preventivamente identificáveis.⁶⁶

Desse modo, o reconhecimento de um direito geral da personalidade é marcado por sua dinâmica evolutiva e contextualizadora, bem como pela multiplicidade de expressões, o que, em última instância, nada mais é que uma decorrência natural do próprio valor humano protegido pelo direito.⁶⁷

Ademais, além da fragmentação da personalidade proposta pelas concepções atomísticas, outro problema a ser destacado estaria no fato de que na raiz delas encontramos os ensinamentos tendentes a prestigiar um ordenamento jurídico voltado prevalentemente para a proteção das situações patrimoniais,⁶⁸ o que certamente está em descompasso com a proteção dada à pessoa atualmente pelo direito.

Destarte, com base nesses argumentos, os defensores do direito geral da personalidade rechaçam as teorias atomísticas, que dão origem a um catálogo de direitos da personalidade tipificados e admitem o fracionamento da pessoa humana em isolados interesses não comunicáveis entre si.

2.2 A coexistência do direito geral e dos direitos especiais da personalidade

Todavia, não obstante a certeza quanto à unidade da pessoa humana, a doutrina do direito geral da personalidade também não pode ser levada ao extremo. É

⁶⁴ GARCIA, Enéas Costa. *Direito geral da personalidade no sistema jurídico brasileiro*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007. p. 161.

⁶⁵ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Dos direitos da personalidade. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). *Teoria geral do direito civil*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 251.

⁶⁶ PERLINGIERI, Pietro. *Istituzioni di diritto civile*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2003. p. 82.

⁶⁷ MELLO, Cláudio Ari. Contribuição para uma teoria híbrida dos direitos de personalidade. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 87.

⁶⁸ PERLINGIERI, Pietro. *Il diritto civile nella legalità costituzionale*. 2. ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2001. p. 324.

que, ao lado de um direito geral, a proteção dos seres humanos também pode se dar por meio de direitos expressamente tipificados no ordenamento jurídico, que proporcionariam uma mais eficaz tutela da personalidade.

Realmente, dentro dessa perspectiva é perfeitamente possível a individualização de “uma série de manifestações específicas do direito de personalidade, que conformam justamente os direitos ‘especiais’ de personalidade”,⁶⁹ os quais têm como conteúdo bens particulares da personalidade.

Aliás, deve-se ressaltar que esse tratamento específico não somente amplia, e em algumas situações condiciona, a proteção da personalidade, mas ainda pode externar uma determinada posição do legislador diante do conflito de interesses.⁷⁰

Outrossim, é necessário salientar que o sistema fulcrado exclusivamente numa cláusula geral levaria a uma tutela mais lenta e complexa, já que todo tipo de violação deveria ser reconhecido a partir da concretização do direito geral da personalidade.⁷¹

Daí que a previsão legal de alguns direitos da personalidade na Constituição e nas normas infraconstitucionais acaba tornando a sua proteção mais rápida e direta,⁷² visto que seu conteúdo, em relação ao direito geral da personalidade, é mais determinado e concreto.⁷³

Reconhecida a unidade da pessoa humana e sem prejuízo de sua tutela geral, não se deve descartar a possibilidade da sua coexistência com direitos típicos da personalidade, os quais, em realidade, acabam por tutelar o próprio direito geral da personalidade.⁷⁴ Por isso, não há que se falar em antinomia, mas sim em complementaridade, a qual somente traz vantagens para a proteção do ser humano, fim do ordenamento jurídico.

Esse também é o entendimento de Capelo de Sousa, que defende a ideia da coexistência das estruturas normativas complementares do direito geral da personalidade e dos direitos especiais da personalidade, rejeitando “tanto a concepção de que só haverá um direito geral de personalidade e já não direitos especiais de

⁶⁹ MELLO, Cláudio Ari. Contribuição para uma teoria híbrida dos direitos de personalidade. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 87.

⁷⁰ GARCIA, Enéas Costa. *Direito geral da personalidade no sistema jurídico brasileiro*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007. p. 161.

⁷¹ GARCIA, Enéas Costa. *Direito geral da personalidade no sistema jurídico brasileiro*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007. p. 162.

⁷² BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade e autonomia privada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 25.

⁷³ LARENZ, Karl; WOLF, Manfred. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*. 8. ed. München: Beck, 1997. p. 285.

⁷⁴ BROX, Hans; WALKER, Wolf-Dietrich. *Allgemeiner Teil des BGB*. 31. ed. Köln: Carl Heymanns, 2007. p. 365.

personalidade como a ideia da inexistência de um direito geral de personalidade e da emergência apenas de direitos especiais de personalidade”.⁷⁵

É justamente isso que ocorre na Alemanha, onde, ao lado do direito geral da personalidade, existem os direitos especiais da personalidade (*besondere Persönlichkeitsrechte*), como o direito ao nome (§12 do BGB), o direito moral de autor (§§12 a 14 da Lei sobre direitos de autor – *Urhebergesetz* – UrhG)⁷⁶ e o direito à própria imagem (§§22 e seguintes da Lei sobre os direitos de autor de obras de arte visuais e fotografia – *Kunsturhebergesetz* – KunstUrhG).⁷⁷

Perlingieri também não vê incompatibilidade, no direito italiano, entre a tutela da pessoa como valor unitário e a consideração autônoma de algumas expressões da personalidade, dando como exemplos os direitos à saúde, ao estudo e ao trabalho.⁷⁸

Por conseguinte, vê-se que “a melhor técnica recomenda a associação de uma cláusula geral de proteção da personalidade com uma série de direitos específicos de personalidade”.⁷⁹

2.3 Problemas que emergem da relação entre o direito geral e os direitos especiais da personalidade

Ao se admitir a coexistência do direito geral da personalidade e dos direitos especiais da personalidade, surge um novo problema, isto é, o de estabelecer adequadamente como se dará a relação entre esses direitos.

O direito geral da personalidade fundamenta, informa e serve de princípio geral mesmo aos direitos especiais da personalidade, uma vez que é visto como um direito-mãe ou um direito-fonte. No entanto, sua aplicação se dá de forma subsidiária aos direitos especiais da personalidade, sendo englobante destes, que, por seu turno, não esgotam o bem geral da personalidade.⁸⁰ Assim, pode-se

⁷⁵ CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra, 1995. p. 562.

⁷⁶ WEICK, Günter. *Natürliche Personen, Verbraucher, Unternehmer*. In: STAUDINGER, Julius von. *J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*. Berlin: Sellier, 2004. p. 179.

⁷⁷ ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. *Direito à imagem*. Curitiba: Juruá, 2018, *passim*.

⁷⁸ PERLINGIERI, Pietro. *Il diritto civile nella legalità costituzionale*. 2. ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2001. p. 325.

⁷⁹ MELLO, Cláudio Ari. Contribuição para uma teoria híbrida dos direitos de personalidade. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 87.

⁸⁰ CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra, 1995. p. 560.

dizer que os direitos típicos seriam manifestações parciais da tutela globalmente conferida pelo direito geral da personalidade.⁸¹

Desta feita, havendo regulamentação específica, em princípio não há lugar para a incidência do direito geral da personalidade, já que os direitos especiais da personalidade têm caráter de *leges speciales*. Isso significa que, na aplicação, deve-se começar por aferir se certa lesão corresponde a um direito especial da personalidade.⁸² Por outro lado, em caso de lesão à personalidade não tipicamente regulada, incide em toda sua plenitude o direito geral da personalidade, o que é, inclusive, uma das grandes vantagens de sua aplicação, isto é, a colmatação de eventuais brechas deixadas pelo direito positivado.⁸³

Mais complicada é, todavia, a hipótese de um real concurso do direito geral da personalidade com um ou vários direitos especiais, que ocorrerá “quando se trate de assunções ou violações pelo mesmo ato de zonas múltiplas da personalidade humana, umas tuteladas especialmente na lei e outras abrangidas pelo regime regra”. Nesse caso, obtempera Capelo de Sousa que, na falta de disposição legal expressa, aplicar-se-á cumulativamente o direito geral da personalidade e o direito ou os direitos especiais envolvidos.⁸⁴

Portanto, a utilização tão somente do direito geral da personalidade ou dos direitos especiais acaba por limitar a plena eficácia da própria Lei Fundamental, que demanda a mais ampla proteção da dignidade da pessoa humana, o que não é alcançado quando o sistema jurídico se alinha a apenas uma das concepções, ou seja, ao direito geral da personalidade em detrimento dos direitos especiais ou vice-versa.

3 Os direitos da personalidade no Código Civil brasileiro de 2002

No Brasil, os doutrinadores foram muito influenciados pelas teorias tipificadoras, muito defendidas por juristas italianos, como Adriano de Cupis, cuja obra foi a base para muitos escritos nacionais.

Aliás, isso se fez sentir no Código Civil de 2002, que de forma semelhante ao Código Civil italiano de 1942 previu um capítulo sobre os direitos da personalidade. Realmente, a codificação brasileira, na linha da italiana, cuidou dos direitos da

⁸¹ GARCIA, Enéas Costa. *Direito geral da personalidade no sistema jurídico brasileiro*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007. p. 164.

⁸² VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Direito de personalidade*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 62.

⁸³ GARCIA, Enéas Costa. *Direito geral da personalidade no sistema jurídico brasileiro*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007. p. 164.

⁸⁴ CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra, 1995. p. 575.

personalidade, não seguindo outras tradições jurídicas, que preferem desenvolver a matéria no capítulo dedicado à responsabilidade civil por ato ilícito, apenas indicando a peculiar dignidade dos bens protegidos.⁸⁵

Todavia, apesar da promulgação do Código Civil brasileiro em pleno século XXI, é certo que a legislação nacional, pelo menos no que toca aos direitos da personalidade, poderia ter avançado mais, prevendo, expressamente, ao lado dos direitos especiais da personalidade, a tutela geral da personalidade.

De fato, na Exposição de Motivos do Anteprojeto do Código Civil já se pode perceber que o legislador buscava, com o novo capítulo (“Dos Direitos da Personalidade”), apenas enunciar poucas normas sobre direitos da personalidade, dotadas de rigor e clareza, o que certamente não coincide com a adoção de uma cláusula geral de tutela da personalidade.

Com isso, prevalece entre os estudiosos o entendimento no sentido de que o Código Civil de 2002 não consagrou expressamente uma cláusula de proteção ou tutela geral da personalidade. A codificação teria preferido a concepção externada pela doutrina tradicional dos direitos típicos, que toma a pessoa de forma fragmentada.⁸⁶

E isso fica evidente no início do capítulo dos direitos da personalidade, dado que ao invés de prever expressamente a tutela geral da personalidade já no art. 11, que abre o capítulo, preferiu o codificador brasileiro tão somente a enunciação de algumas das características do regime jurídico dos direitos da personalidade.⁸⁷

4 O direito geral da personalidade no ordenamento jurídico brasileiro

A despeito de não ter ocorrido o reconhecimento expresso do direito geral da personalidade pela legislação brasileira, nada impede sua admissão pela via da interpretação conjunta das normas do Código Civil e da Constituição, como fizeram os alemães. De fato, na Alemanha, malgrado a ausência de previsão expressa no BGB, não existem dúvidas em relação ao acolhimento, pelo ordenamento jurídico, do direito geral da personalidade.

Assim, a falta de previsão expressa de uma cláusula geral de tutela da personalidade, à diferença do que ocorreu em outros países como Portugal (art. 70

⁸⁵ RESCIGNO, Pietro. *Manuale del diritto privato italiano*. 5. ed. Napoli: Jovene, 1982. p. 217.

⁸⁶ GARCIA, Enéas Costa. *Direito geral da personalidade no sistema jurídico brasileiro*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007. p. 197.

⁸⁷ PINTO, Paulo Mota. Direitos de personalidade no Código Civil português e no novo Código Civil brasileiro. *Revista Jurídica*, v. 51, n. 314, dez. 2003. p. 14.

do Código Civil), Suíça (art. 28 do ZGB) e Cabo Verde (art. 68 do Código Civil),⁸⁸ não deve ser sobrevalorizada,⁸⁹ haja vista a possibilidade de seu reconhecimento implícito, como decorrência da própria Constituição Federal.

Nesse quadro, a vanguarda da doutrina brasileira considera que o direito geral da personalidade está implícito no ordenamento jurídico pátrio, sustentando-se no princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da CF), na permissão constitucional do reconhecimento de outros direitos e garantias fundamentais (art. 5º, §2º da CF), bem como no art. 12 do Código Civil de 2002, que funcionaria como cláusula de abertura formal do sistema.

Esse é o entendimento defendido por Maria Celina Bodin de Moraes, a qual assevera que não há mais “que se discutir sobre uma enumeração taxativa ou exemplificativa dos direitos da personalidade, porque se está em presença, a partir do princípio constitucional da dignidade, de uma cláusula geral de tutela da pessoa humana”.⁹⁰ No mesmo sentido, manifestam-se Rosa Nery e Nelson Nery, considerando que a tutela geral da personalidade atua no sistema jurídico brasileiro como uma cláusula geral.⁹¹

Ademais, vale acrescentar que o Enunciado nº 274, aprovado na IV Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, sinaliza exatamente nesse sentido, dispondo que:

Os direitos da personalidade, regulados de maneira não-exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1º, III, da Constituição (princípio da dignidade da pessoa humana). Em caso de colisão entre eles, como nenhum pode sobrelevar os demais, deve-se aplicar a técnica da ponderação.

Outrossim, ao lado desse direito geral da personalidade, não se pode negar a existência, no ordenamento jurídico brasileiro, de direitos especiais da personalidade, que estão expressos na Constituição Federal e em normas infraconstitucionais. Os direitos especiais da personalidade, em última análise, nada mais são

⁸⁸ O Código Civil de Cabo Verde reconhece, em seu art. 68, que abre a seção dos direitos da personalidade, a tutela geral da personalidade: “1. A lei protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral. 2. Independentemente da responsabilidade civil a que haja lugar, a pessoa ameaçada ou ofendida pode requerer as providências adequadas às circunstâncias do caso, com o fim de evitar a consumação da ameaça ou atenuar os efeitos da ofensa já cometida”.

⁸⁹ PINTO, Paulo Mota. Direitos de personalidade no Código Civil português e no novo Código Civil brasileiro. *Revista Jurídica*, v. 51, n. 314, dez. 2003. p. 15.

⁹⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da dignidade humana. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (Coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 51.

⁹¹ NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. *Instituições de direito civil: Parte Geral do Código Civil e direitos da personalidade*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. v. I. p. 499.

do que manifestações parciais do direito geral da personalidade. Desse modo, deve-se concluir que as listas de direitos especiais são exemplificativas, refletindo dado momento histórico (art. 5º, §2º da CF).

Por conseguinte, nas palavras de Francisco Amaral, tem-se “um direito geral da personalidade, que considera um bem objeto da tutela jurídica geral, e defende a inviolabilidade da pessoa humana, nos seus aspectos físico, moral e intelectual”, bem como existem direitos especiais, correspondentes a esses aspectos parciais da personalidade.⁹²

5 Os embates entre os defensores das correntes pluralista e monista

A despeito da argumentação acima mencionada, a maioria da doutrina brasileira trata os direitos da personalidade como uma lista de direitos autônomos entre si (corrente pluralista). E dentro da concepção pluralista ainda existem dois pontos de vista diversos: a) uma corrente concebe uma série aberta de direitos da personalidade; b) enquanto outra defende a taxatividade dos direitos da personalidade.⁹³ Isso significa que a tipicidade dos direitos da personalidade, conforme a concepção adotada, pode ser de natureza aberta ou fechada.⁹⁴

Paulo José da Costa Júnior está entre os defensores da corrente pluralista, argumentando que cada um dos vários bens personalíssimos tutelados é “dotado de determinadas peculiaridades, o que impede sua unificação”. E arremata afirmando que não “seria possível que o *jus positum* fosse dotado de uma defesa única, de caráter genérico, contra todos os possíveis ataques que viessem a sofrer os vários componentes da personalidade”.⁹⁵

Outro paladino da corrente pluralista é Silvio Romero Beltrão, que adota um regime *numerus apertus* de direitos da personalidade, criticando o direito geral da personalidade pelo fato de ele impor “a generalização das situações protegidas, com o indivíduo tendo que se defender não do caso típico, mas sim do direito geral, o que pode provocar insegurança jurídica, pela falta de percepção social das situações que merecem respeito”.⁹⁶

⁹² AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 253.

⁹³ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade e autonomia privada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 28.

⁹⁴ LÔBO, Paulo. *Direito civil: parte geral*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. v. 1. p. 145.

⁹⁵ COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 60-61.

⁹⁶ BELTRÃO, Silvio Romero. *Direitos da personalidade: de acordo com o Novo Código Civil*. São Paulo: Atlas, 2005. p. 56.

Todavia, a insegurança jurídica não pode ser considerada um argumento plausível para a não admissão do direito geral da personalidade, pois, se fosse assim, não poderíamos aceitar a cláusula geral de boa-fé objetiva (art. 422 do Código Civil), que traz a mesma “insegurança” do direito geral da personalidade. Além disso, o referido autor esclarece que os novos direitos da personalidade a serem reconhecidos derivarão de uma cláusula geral, o que, em última instância, em nada difere da proteção por meio do direito geral da personalidade.⁹⁷

Desse modo, a diferença não está na cláusula geral ou na referida “insegurança jurídica”, mas sim no fato de que os adeptos do pluralismo não consideram a unidade da natureza humana, que “faz da pessoa um indivíduo, irrepetível e sem igual”.⁹⁸

A despeito da óbvia unidade da pessoa humana defendida pela teoria monista, não é grande o número de manuais brasileiros que dá notícia da existência de um direito geral da personalidade, sendo menor ainda aqueles que o acolhem. Isso é bastante preocupante, pois demonstra que a nossa doutrina está muito distante do desenvolvimento alcançado por alguns países europeus em relação à tutela da personalidade.

Mais complicada ainda é a situação no âmbito dos tribunais superiores, em que não parece que se pode falar no reconhecimento do direito geral da personalidade, ao contrário, é notável a distância que os separa da teoria desenvolvida pelos tribunais alemães. No entanto, quando se passa ao exame da jurisprudência de algumas cortes estaduais, como o TJRS, nota-se que o resultado obtido é mais profícuo.⁹⁹

Portanto, não há dúvidas acerca da compatibilidade da teoria do direito geral da personalidade com nosso sistema jurídico, bem como da necessidade de sua implementação para a efetiva proteção da dignidade da pessoa humana. Também estamos certos acerca da possibilidade da tutela da personalidade, de forma concomitante, por um direito geral e por direitos especiais. O que falta, na verdade,

⁹⁷ Para Roxana Cardoso Brasileiro Borges, os “efeitos práticos de adotar o direito geral de personalidade ou uma lista exemplificativa de direitos de personalidade são os mesmos, pois ambos têm como fundamento a dignidade da pessoa humana e nenhuma das duas correntes restringe a proteção jurídica aos direitos expressos no direito positivo, o que é imprescindível para a adequada proteção de tais direitos numa sociedade em veloz mutação” (BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade e autonomia privada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 29). De qualquer forma, ainda que os efeitos práticos sejam os mesmos, a fragmentação da personalidade não deixa de ser algo artificial, contrário à natureza uma do ser humano.

⁹⁸ NERY, Rosa Maria de Andrade. *Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 285.

⁹⁹ LUDWIG, Marcos de Campos. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade na Alemanha e possibilidade de sua aplicação no direito privado brasileiro. In: MARTINS-COSTA, Judith. *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 296-300.

é a vontade de superar a visão tradicional, que construiu a teoria dos direitos da personalidade sobre uma base dogmática patrimonialista, pois só assim daremos adequada proteção à dignidade da pessoa humana e, por conseguinte, garantindo a eficácia da Constituição.

Considerações finais

Pode-se afirmar que uma das maiores novidades surgidas no direito privado do século XX foi a efetiva sistematização do direito geral da personalidade.

Restrito inicialmente aos países de língua alemã, atualmente o direito geral da personalidade não é uma figura exclusivamente germânica. A concepção vem ganhando espaço em muitos ordenamentos jurídicos de tradição romano-germânica, inclusive no Brasil.

O direito geral da personalidade cuida de um complexo de interesses pessoais, que gozam de proteção bastante diversa. Ao lado do direito geral da personalidade são previstos direitos especiais da personalidade, que contam com texto legal que facilita a sua tutela, não havendo então necessidade de recorrer ao complexo sistema do direito geral da personalidade.

Aponta-se a ausência de contornos claros como desvantagem do direito geral da personalidade. É que os campos de aplicação se sobrepõem, isto é: a proteção jurídica esbarra nos interesses legítimos de terceiros, o que é bastante difícil de resolver.

É certo que a utilização tão somente do direito geral da personalidade ou dos direitos especiais acaba por limitar a plena eficácia da própria Lei Fundamental, que demanda a mais ampla proteção da dignidade da pessoa humana, o que não é alcançado quando nos alinhamos a apenas uma das concepções, ou seja, ao direito geral da personalidade em detrimento dos direitos especiais ou vice-versa.

Os desenvolvimentos técnicos, científicos e médicos criam continuamente, em uma velocidade sem precedentes, novas ameaças à personalidade humana, o que não é resolvido adequadamente pelo legislador, não restando outro caminho senão a via do direito geral da personalidade. Caso não haja proteção pelos direitos especiais da personalidade, é possível a adequação da tutela às necessidades da atualidade pela via do direito geral da personalidade.

Por conseguinte, a tutela dos direitos da personalidade deve ser realizada por meio desse sistema, que conjuga o direito geral da personalidade com os direitos especiais da personalidade, tudo tendo em vista a adequação da proteção da personalidade às exigências da sociedade moderna, chamada por muitos de sociedade da informação. Assim, a pessoa humana deve ser compreendida como

um valor unitário, protegido pelo direito geral da personalidade, que está implícito no ordenamento jurídico pátrio e se sustenta: no princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da CF); na permissão constitucional do reconhecimento de outros direitos e garantias fundamentais (art. 5º, §2º da CF); bem como no art. 12 do Código Civil de 2002, que funcionaria como cláusula de abertura formal do sistema. Em todo caso, é necessário máximo cuidado, para que se evite qualquer distorção ou mesmo uma banalização da tutela dos direitos da personalidade.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

QUEIROZ, Odete Novais Carneiro; ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. A inviolabilidade da pessoa humana e o direito geral da personalidade. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 27, p. 15-36, jan./mar. 2021.

Recebido em: 01.03.2020

1º parecer em: 14.05.2020

2º parecer em: 20.09.2020