

DIREITOS DA PERSONALIDADE E RESPONSABILIDADE CIVIL

ORLANDO GOMES

1. O tema.
2. Prolegômenos.
3. Direito geral da personalidade.
4. A orientação unitarista do direito suíço.
5. A concepção pluralista.
6. Objeto da proteção.
7. A proteção de direito privado.
8. Critério a ser adotado.
9. Reparação do dano moral.
10. Orientação a tomar.

1. O tratamento normativo da lesão a direito da personalidade não se esgota na cominação de sanções penais. O direito civil também o dispensa, impondo, a quem o viola e causa dano ao titular, o dever de indenizar ou a obrigação de abster-se da prática danosa.

O dever de indenizar traduz-se, como se sabe, na obrigação de reparar os danos que se causam. A indenização é o objeto dessa obrigação e o ato ilícito a sua fonte ou causa geradora se o dano é consequência, sem permeio, do evento determinante a quando se produz ato contínuo. Sempre que a obrigação de indenizar deriva da prática de um ato ilícito, a responsabilidade civil do agente — dita extracontratual porque não preexiste um negócio jurídico entre o ofensor e a vítima, mas também conhecida como responsabilidade aquiliana —, supõe a lesão de um direito subjetivo absoluto, cujo titular seja prejudicado econômica ou moralmente.

A luz dessas noções elementares, indaga-se, com toda razão, se na lesão a direito da personalidade se justifica a aplicação dos princípios e regras da responsabilidade aquiliana.

É o que me proponho a responder.

2. A resposta pede uma tomada de posição nas perdurantes controvérsias que tornam intrincada, senão penosa, a definição dos conceitos necessários à solução do problema. Reduzidas às suas proporções mais simples, tais discussões concentram-se na conceituação dos direitos da personalidade e na determinação de sua natureza.

No que concerne à conceituação, a polémica desenrola-se em torno da sua contextura, discutindo-se ainda hoje se são um direito unitário ou uma categoria de direitos.

No que tange à natureza, disputa-se a respeito da sua qualificação como direito subjetivo.

O partido que se tome na solução desses dois problemas influi na orientação a ser seguida em busca da resposta à indagação feita.

Com efeito. A opção pela unitariedade ou pela pluralidade de tais direitos levará o optante à aceitação de tratamentos normativos distintos, assim como o conduzirá a soluções diversas a preferência por uma ou pela outra qualificação na definição de sua natureza.

Impõem-se, por esse motivo, algumas considerações a respeito dessas duas questões preliminares.

3. Informa LARENZ que, na Alemanha, a sensibilidade, depois da guerra, em face de toda sorte de menosprezo à dignidade humana e desprezo à personalidade por parte do Estado e a multiplicação dos atentados a esta por particulares em razão dos progressos da técnica moderna, incentivaram os tribunais a reconhecer, com fundamento em artigos da Constituição, o denominado direito geral da personalidade, isto é, o direito da pessoa humana a ser respeitada e protegida em todas as suas manifestações imediatas dignas de tutela jurídica, assim como na sua esfera privada e íntima.¹ Na sua concepção, esse *direito geral de personalidade* é o fundamento de todos os direitos especiais da personalidade, logicamente antecedente e juridicamente preferencial.²

Na linha desse pensamento, seriam desdobramentos do direito geral de personalidade:

- 1 — o direito à vida,
- 2 — o direito à integridade física, abrangendo o direito sobre o próprio corpo, vivo ou morto, inteiro ou em suas partes separáveis,
- 3 — o direito à integridade moral, compreendendo o direito à liberdade, à honra, à imagem,
- 4 — o direito à intimidade ou ao recato,

¹ *Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, na tradução espanhola da 3.^a edição, do advogado MIGUEL IZQUIERDO Y MACIAS PICAVEA, pág. 161.

² *Ob. cit.*, pág. 164.

5 — o direito ao nome,

6 — o direito moral do autor, dentre outros.³

Seriam direitos especiais cujo conteúdo é fácil de ser definido, desnecessário se tornando invocar o direito geral, se já foram violados. A invocação deste 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.

4. O Código Civil suíço o reconheceu, entretanto, a despeito da sua limitação funcional ou apesar do seu caráter subsidiário, ao dispor que quem sofre um dano ilícito nos seus interesses pessoais pode pedir ao juiz que ordene a cessação do ato lesivo ou pode propor uma ação para ser indenizado, a título de reparação moral — artigo 28.

O campo de aplicação dessa norma é, sem dúvida, o da proteção da personalidade.⁴

Na definição do direito geral da personalidade que dos seus termos pode ser extraída, nota-se aquela imprecisão quanto ao respectivo âmbito que a doutrina registra, pois não se sabe bem o que se deve entender por interesses pessoais e por ofensa injusta, não sendo satisfatório dizer-se, em relação aos primeiros, que compreendem “tudo o que serve para individualizar uma pessoa e que é digno de proteção tendo-se em vista as necessidades das relações entre os indivíduos e segundo os costumes, nestes contidos os sentimentos íntimos”,⁵ nem sendo suficiente considerar a segunda uma expressão sinônima de ato ilícito, sabido, como é, que há proibições não escritas que também protegem os bens jurídicos correspondentes a atributos da personalidade. Não se duvida, contudo, que se trata do reconhecimento de um direito geral da personalidade, que há de receber conteúdo específico somente por meio da jurisprudência.⁶

O que mais importa, porém, é saber se há um só direito da personalidade que tenha a pessoa humana como ponto de referência de uma obrigação universal de abstenção de toda e qualquer

³ RAYMOND LINDON, *Les droits de la personnalité*; LIMONGI FRANÇA, *Manual de Direito Civil*; ANTONIO CHAVES, *Lições de Direito Civil*; ORLANDO GOMES, *Separata de Garantia Jurídica*; J. DIEZ-DÍAZ, *Derecho Somático*; DE CUPIS, *Os Direitos da Personalidade*; HUBMAN, *apud* Walter Moraes, in “Direito de Personalidade”, verbete da Enciclopédia Saraiva de Direito.

⁴ SAYBOZ e GILLIERON, *Code Civil Suisse et Code des Obligations annotés*, pág. 18.

⁵ SAYBOZ e GILLIERON, *op. et loc. cit.*

⁶ LARENZ, *op. cit.*, pág. 163.

ingerência, de tal modo que toda intromissão em sua esfera seja ilícita, salvo se for permitida em lei, ou se ao contrário é lícita, salvo se for proibida, como sustentam os seguidores da teoria atomística.

5. Contrapõe-se, com efeito, à concepção unitarista a teoria que preconiza a existência de distintos direitos da personalidade, reunidos porque têm características comuns. Constituiriam, em síntese, uma categoria. Não seriam mero desdobramento de um direito geral, mas direitos autônomos e distintos com regulamentação própria.

Seriam elementos comuns dos direitos da personalidade concebidos como uma categoria:

- a) a inerência, à pessoa, do interesse protegido;
- b) a natureza de direito absoluto.⁷

Só o primeiro é, para mais disso, traço distintivo.

A concepção pluralista dos direitos da personalidade tem a preferência do legislador. Onde quer que estejam disciplinados, acumulam-se a revezes, um em seguida ao outro, pela necessidade de regulamentação específica determinada pela diversidade de conteúdo, embora nada impeça que, além dessas regras particulares, acolham os Códigos um princípio geral na linha do modelo suíço.

Outro problema que requer exame em razão das repercussões de sua solução na determinação dos bens jurídicos inerentes ou ligados à personalidade é o que consiste -- como o coloca GIORGIANNI --, em saber se as normas de proteção se dirigem a reconhecer-los *ex novo* ou simplesmente a lhes conceder especial tutela. Se deve prevalecer a primeira colocação do problema, só seriam protegidos os aspectos ou maneiras de ser da personalidade que estivessem previstas, a outras não se aplicando as normas respectivas de tutela, nem mesmo por analogia, eis que a natureza destas regras lhes impediria a aplicação. Se, ao contrário, se entender que o legislador se limita, na proteção de tais bens, a tutelar especiais aspectos de sua substância ou particulares modos de ser, que não sejam exaustivos, outras situações podem ser cobertas com fundamento em princípios gerais compreendidos na teoria da responsabilidade civil.

6. A resposta à segunda indagação requer mais extensas considerações a respeito da natureza dos interesses que têm como pressuposto e como substrato a personalidade, uma vez que a sua

⁷ VERCELLONE, *Personalità, diritti della*, in "Novissimo Digesto Italiano".

proteção depende, inclusive no modo de execução, de exata qualificação.

É preciso investigar, realmente, se esses interesses podem ser tidos na conta de direitos, e no caso afirmativo, se podem ser considerados direitos subjetivos. Admitida que seja esta qualificação, interessa, ainda hoje, verificar se são direitos públicos ou privados, e se, tendo essa dupla natureza, podem e devem ser protegidos com medidas e através de meios que impliquem a aplicação dos princípios da responsabilidade civil extracontratual e extrapatrimonial.

Os interesses que têm como substrato a personalidade dão lugar ao nascimento de uma pretensão *erga omnes* à abstenção de atos que os prejudiquem ou que possam vir a prejudicá-los. Bastaria, entretanto, este enunciado para tê-los como direitos subjetivos?

A questão não é todavia tão simples.

Se bem que subsistam as controvérsias a respeito da validade científica e da legitimidade ideológica do conceito de direito subjetivo, sustenta-se ainda hoje a utilidade do seu emprego. Mais de três dezenas de definições distintas confirmam a sua necessidade lógica no contexto do sistema jurídico que concebe o direito em função do indivíduo e torna possível a sua construção sobre a sua vontade como sujeito e titular de direitos.

O tratamento do tema em dissertação não consente comentários à erosão da teoria do direito subjetivo, ou sequer às diversas concepções que o separa do direito objetivo, que os unificam como aspectos de uma só e mesma realidade jurídica, que o deslocam extravagantemente para o campo do direito processual considerando único direito subjetivo o direito de ação, e as que, — “desviando-se completamente dos termos tradicionais do problema” —, negam a sua existência, tendo-o como simples individualização do direito objetivo, — como é o caso da chamada teoria pura do direito.

A luz dos princípios informativos do direito privado brasileiro, importa apurar se o interesse de todo ser humano na preservação dos atributos de sua personalidade contra atentados de outros indivíduos tem a natureza de um poder jurídico derivado, para ele, do direito objetivo, e se esse poder jurídico gera, ao ser lesado, um “vínculo munido de sanção”; ou, na definição de MIELE, se em relação a tais atributos, o homem encontra-se na “particular e autônoma posição que o ordenamento jurídico lhe outorga, asse-

gurando-lhe determinadas vantagens em relação a um bem para a tutela dos próprios interesses”.

Se o direito objetivo é um “*prius* histórico, lógico e genético” do direito subjetivo, há interesse em averiguar se os direitos da personalidade existem e gozam de proteção legal nos ordenamentos jurídicos que não os contemplam e que, portanto, não suscitam uma relação entre o sujeito e a norma a ele aplicável (CICALA).

Observe-se, em primeiro lugar, que a sua proteção estaria fundamentalmente no Código Penal, uma vez que é no seu âmbito que se encontram as proibições aos comportamentos lesivos aos interesses extrapatrimoniais que protege.

Atenta, porém, a circunstância de que tais direitos absolutos passaram a ser também protegidos na área civil, deu-se-lhes a contextura do direito subjetivo na suposição, hoje controvertida, de que a proteção civil, realizando-se em grande parte pelo mecanismo da responsabilidade civil, pressupõe a lesão a um direito desta natureza. Não se levou em conta a ponderação de A. VON THUR, de que faltam aos interesses as características que atestam a existência dos direitos subjetivos, dentre os quais sobreleva a do interessado decidir sobre o seu nascimento e extinção, sua transmissibilidade e sua renunciabilidade,⁸ atentando-se apenas para a circunstância de terem o atributo principal daqueles direitos, qual o de serem baseados em interesses especiais inconfundíveis, protegidos em si mesmos.⁹

Procurou-se superar o obstáculo da impossibilidade lógica da pessoa humana ser ao mesmo tempo sujeito e objeto, quer distinguindo os seus atributos essenciais dos poderes que sobre eles tem a pessoa ou dos direitos a eles correspondentes, equiparando-os a bens, e, assim, se encontrou para a relação jurídica personalíssima um objeto próprio e distinto, idôneo a permitir sua estruturação à imagem e semelhança dos direitos reais.

7. A construção dogmática segundo tais projetos arquitetônicos revela principalmente a preocupação de proteger a personalidade contra agressões a que está exposta. A esse fim optou-se pela técnica da tipificação de direitos subjetivos de natureza civil, providos com tutela primária, mas tendo reação igual à daqueles direitos.¹⁰

⁸ *Parte general del Derecho Civil*, traduzido por Wenceslau Rocas, pág. 26.

⁹ MESSINEO, *Manuale di Diritto Civile e Commerciale*, volume segundo, § 49.

¹⁰ SANTORO PASSARELLI, *Diritti soggettivi*, verb. in “Enciclopedia del Diritto”.

Tal reação manifesta-se no plano civilístico, como se sabe, por meio da ação de indenização para reparação do dano causado ao titular do direito subjetivo. Daí a interrogação a propósito da necessidade de pressupor um atentado a direito dessa natureza, e somente nessa hipótese.

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 sensu* do seu causador, sem que haja infringido uma norma positiva específica, isto é, uma proibição legal expressa.

Tal é o âmbito da responsabilidade civil extracontratual, como traçado no Código Civil (art. 159) ao definir o ato ilícito nos seguintes termos: “aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”. O Código Civil português, por sua vez, aceita igualmente as duas formas da ilicitude, tanto a violação de um direito subjetivo como a violação da lei que protege interesses alheios (art. 483). Tempo houve em que os Códigos, e entre eles o antigo Código Civil de Portugal, só admitiam a obrigação de reparar o dano causado pela prática de um ato ilícito se este violasse ou ofendesse direito subjetivo (art. 2.361), mas essa identificação restritiva não subsiste, tendendo a jurisprudência para legitimar, até mesmo, a concessão da reparação de danos no caso de atos que se afiguram injustos à consciência do juiz.

Atualmente entende-se que tal obrigação também surge da violação de um preceito legal de proteção a certos interesses.

Em suma, se o fim da norma infringida é a tutela de um interesse particular e o dano se produz na esfera de interesses privados que a lei visa a tutelar,¹¹ a pessoa lesada tem direito à indenização, tal como na violação de um direito subjetivo.

Não é preciso, desse modo, configurar os chamados direitos da personalidade como verdadeiros direitos subjetivos para lhes assegurar proteção jurídica e lhes aplicar, quando lesados, os princípios e regras da responsabilidade civil aquiliana.

É de perguntar-se todavia: se forem simples interesses, estarão compreendidos entre os que geram a obrigação de indenizar para quem quer que os ofenda?

¹¹ SALVATORE PUGLIATTI, *Responsabilità Civile*, II, pág. 115.

A regra geral em matéria de responsabilidade civil é de que a sua fonte é a violação de qualquer dever legal, de que resulte prejuízo a outrem. Não é somente a violação de um direito subjetivo que implica também a violação da norma em virtude da qual surgiu e que encerra o dever de ser respeitada por todos. Também podem ser lesados um bem jurídico ou um interesse legítimo, compreendidos numa situação jurídica subjetiva, em termos que analogamente importam infração legal ou transgressão do dever geral do *neminem ledere*. A tal ponto se aproximam essas entidades no que toca à reparação dos danos derivados de um evento juridicamente relevante que um escritor alerta para a dificuldade de um confronto entre as duas porque tanto uma quanto a outra não possuem valor objetivo por assim dizer absoluto, nem conteúdo preciso e fisionomia estável e nítida.

Como quer que seja, a proteção aos direitos da personalidade através do mecanismo da responsabilidade civil não requer a sua qualificação controvertida como direitos subjetivos nem a sua discriminação como direitos autônomos, muito embora a adoção de um só preceito genérico constitua solução considerada perigosíssima.¹²

Os mais importantes direitos da personalidade, como o direito à vida, à liberdade, à honra e outros tantos, estão protegidos, em si e em suas manifestações, na Constituição, e a tutela penal cobre a vida, a integridade física, a liberdade, a honra, a intimidade, o nome, a identidade, havendo legislação específica que resguarda alguns desses direitos, dentro e fora do campo da responsabilidade civil, como a lei de imprensa (Lei n.º 5.250, de 1967), a lei sobre a disposição de partes do corpo (Lei n.º 5.479, de 1968) e a lei dos direitos autorais (Lei n.º 5.988, de 1973). Encarados no seu aspecto civilístico, isto é, na perspectiva que os descortina também como interesses particulares subjacentes, a ofensa que por acaso sofram é punida de modo diferente, limitando-se a sanção obviamente ao dever de indenizar o dano conseqüente. Nem por isso — repita-se ainda uma vez — se pode dizer que esses interesses tutelados pela lei penal são direitos subjetivos,¹³ não só porque lhes falta a disponibilidade característica de tais direitos como porque sua proteção contra atentados é predominantemente de direito público.

8. Sejam porém direitos subjetivos ou apenas interesses que nestes não se convertem apesar de tutelados do mesmo modo, a particularidade de consistir a tutela fundamentalmente em impor

¹² PESSOA JORGE, Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil, pág. 300.

¹³ ANTUNES VARELA, *op. cit.*, pág. 365.

ao ofensor a obrigação de indenizar tem aconselhado o legislador a adotar o critério de especificar as hipóteses em que cabe, recusando, desse modo, a “recepção incondicionada” do princípio indenizatório, mas a verdade é que a perfilhação do critério discriminatório deve ser completada com a inclusão de um preceito geral que assegure ao lesado direito a reclamar a reparação do dano que sofreu. Na primeira vez que se cogitou de dar tratamento normativo sistematizado a tais interesses, ou bens jurídicos ou valores, o autor do anteprojeto de reforma do Código Civil, apresentado em 1963, adotou essa orientação. Depois de expressa menção aos direitos à vida, à liberdade e à honra, dispôs que “quem fosse atingido ilicitamente em sua personalidade poderia exigir que o atentado cessasse e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de sanções de outra natureza”.

Até certa medida aceitava eu a posição do Código Civil alemão (§ 827), o qual reconhecendo a autonomia de alguns valores ligados à personalidade, como os que o anteprojeto enunciava, tornou responsável civilmente quem quer que agrida ou ofenda tais valores, levando para o campo da normativa dos atos ilícitos os atentados aos direitos da personalidade e suas conseqüências.

9. A natureza especial desses direitos ou desses interesses, ou dos valores a que correspondem, determina conseqüências da ofensa ou da agressão que, em relação à maioria deles, não se traduzem em danos materiais, nem mesmo em danos que só o sejam de modo reflexo. O dano que produzem é, em síntese, um dano moral.

Quem não aceita a reparabilidade desse dano, não admite a proteção civilística da personalidade senão por meio de outras sanções. SAVIGNY, que tinha esses valores como bens inatos, constitutivos de uma classe à parte, distinguia o *nostrum in persona* do *nostrum in rebus externis*¹⁴ para excluir da “custódia do direito positivo” os direitos originários, “por não serem suscetíveis, quando postergados, de restauração pelos meios ordinários de tutela jurídica”. Na sua esteira, foi recusada no direito alemão, como princípio geral, por insignes civilistas e por algum tempo, a ressarcibilidade dos danos morais.¹⁵

Hoje em dia a solução do problema da reparabilidade de tais danos é recebida sem maior resistência a ponto de se ter sugerido entre nós, num projeto de Código das Obrigações, em 1965, a in-

¹⁴ *Traité de Droit Romain*, vol. I, pág. 330.

¹⁵ LARENZ, na trad. espanhola *Derecho de Obligaciones*, vol. II, págs. 639 e segs.

clusão de um preceito geral no qual se rezava: “o dano ainda que simplesmente moral será também ressarcido” — art. 856 —, e de se ter proposto a sua disciplina como ampliação e reforço do tratamento que lhe dava o Código Brasileiro de Telecomunicações — Lei n.º 4.117, de 27.8.62 —, de se difundirem os julgados e decisões que acolhem, não somente o princípio da reparabilidade dos danos morais apenas em suas conseqüências patrimoniais, mas também dos danos morais puros.¹⁶ O próprio Código Civil admitiu, ao regular a liquidação dos danos, que, em alguns casos — artigos 1.538, 1.547, 1.548, 1.549, 1.550, 1.553 — o dano moral é reparável, mas a verdade é que o problema ainda não tem, entre nós, solução pacífica.

Da inexistência de uma regra geral autorizante de indenização do dano moral e de algumas vacilações na interpretação de certas disposições legais não há que inferir a irreparabilidade desse dano por atentado a direito da personalidade. Sempre que existir, o dano moral deve ser reparado, provenha, ou não, de delito penal ou de delito civil. Até através de criação pretoriana a existência dos direitos da personalidade e a reparabilidade do dano moral que sua lesão ou ofensa ocasione devem ser recebidos nos tribunais, quando menos por interpretação construtiva do art. 1.553 do Código Civil.¹⁷

10. É verdade que a obrigação de indenizar não surge pelo simples fato de se ter provocado um dano moral qualquer, mas essa regra de interpretação só tem cabimento nos ordenamentos jurídicos que individualizam e enumeram os direitos e os bens jurídicos cuja integridade se acha protegida mediante ações de indenização para o caso de serem violados,¹⁸ como procede o Código Civil alemão — art. 823. 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 microssistema 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.

¹⁶ WILSON MELO DA SILVA, *O dano moral e sua reparação*; assim AGUIAR DIAS, *Da Responsabilidade Civil*, II, págs. 442 e segs. No ensaio do autor, publicado em *Scientia Juridica*, 1967, foi admitido que o ofendido pode pleitear a indenização do dano moral.

¹⁷ Art. 1.553: “nos casos não previstos neste Capítulo” — “Da liquidação das obrigações resultantes de atos ilícitos” — se fixará por arbitramento e indenização.

¹⁸ H. A. FISCHER, *A Reparação de Danos no Direito Civil*, pág. 260.