

Os direitos da personalidade e o projeto de Código Civil brasileiro

CARLOS ALBERTO BITTAR
Mestre em Direito pela USP

SUMARIO

1. CONSIDERAÇÕES GERAIS
 - 1.1 *Dificuldades do tema*
 - 1.2 *Denominação*
 - 1.3 *Existência*
 - 1.4 *Natureza*
 - 1.5 *Extensão: as classificações*
 - 1.6 *Conceito*
 - 1.7 *Caracteres*
 - 1.8 *Tutela*
2. CONSTRUÇÃO DA TEORIA
 - 2.1 *Aspectos gerais: o caráter recente*
 - 2.2 *Antecedentes*
 - 2.3 *Inserção nos Códigos*
 - 2.4 *A construção jurisprudencial e a obra da doutrina*
 - 2.5 *A consagração legislativa nos tempos atuais*
3. A SITUAÇÃO NO BRASIL; NO DIREITO ATUAL E PROJETADO
 - 3.1 *No Direito atual*
 - 3.1.1 *Na doutrina*
 - 3.1.2 *Na jurisprudência*
 - 3.1.3 *Na legislação*
 - 3.2 *No Direito projetado*
 - 3.2.1 *No Anteprojeto Orlando Gomes*
 - 3.2.2 *No atual projeto*
4. CONFRONTO ENTRE O DIREITO ATUAL E O PROJETADO
5. SÍNTESE CONCLUSIVA

1. CONSIDERAÇÕES GERAIS

1.1 *Dificuldades do tema*

O tema dos direitos da personalidade está eivado de dificuldades que decorrem, principalmente: *a*) das divergências entre os doutrinadores com respeito à sua própria existência, à sua natureza, à sua extensão e à sua especificação; *b*) do caráter relativamente novo de sua construção teórica; *c*) da ausência de uma conceituação global definitiva; *d*) de seu enfoque, sob ângulos diferentes, pelo direito positivo (público, de um lado, e privado, de outro), que lhe imprime feições e disciplinas distintas.

Em meio a tantas hesitações — que os próprios doutrinadores têm apontado ⁽¹⁾ — é que procuraremos caminhar, mostrando os diferentes aspectos abordados e intentando, dentro de nossas possibilidades, contribuir para o esclarecimento de, pelo menos, certos pontos de atrito.

A necessidade de ordenação da matéria é, aliás, ressaltada por alguns autores ⁽²⁾.

1.2 *Denominação*

As divergências começam já na própria denominação desses direitos, conforme os autores têm assinalado, dentre eles CASTAN TOBEÑAS ⁽³⁾, e os Profs. ORLANDO GOMES ⁽⁴⁾ e R. LIMONGI FRANÇA ⁽⁵⁾.

Diferentes denominações são enunciadas e defendidas pelos doutrinadores. Assim, consoante TOBEÑAS, que se inclina pelo nome “direitos essenciais da pessoa” ou “direitos subjetivos essenciais”, têm sido propostos os seguintes nomes: “direitos da personalidade (por GIERKE, FERRARA e autores mais modernos); “direitos à personalidade” ou “essenciais” ou “fundamentais da pessoa” (RAVA, GANGI, DE CUPIS); “direitos sobre a própria pessoa” (WINDSCHEID, CAMPOGRANDE); “direitos individuais” (KOHLE, GAREIS); “direitos pessoais” (WACHTER, BRUNS); “direitos personalíssimos” (PUGLIATI, ROTONDI) ⁽⁶⁾.

(1) V. dentre outros autores: EDUARDO ESPÍNOLA: *Sistema do Direito Civil Brasileiro*, Salvador, Enc. Reis, 1908, vol. I, págs. 239 e segs., especialmente pág. 241; ORLANDO GOMES: *Introdução ao Direito Civil*, Rio, Forense, 1974, pág. 169.

(2) Nesse sentido o Prof. ORLANDO GOMES: “Direitos da personalidade”, in *Revista Forense*, 1966, nº 216, págs. 5 a 10, especialmente pág. 6; e MOACYR DE OLIVEIRA: “Evolução dos direitos da personalidade”, in *Revista dos Tribunais*, nº 402, pág. 32.

(3) JOSÉ CASTAN TOBEÑAS: *Los derechos de la personalidad*, Madrid, Instituto Editorial Reus, 1952, págs. 14 e segs., especialmente pág. 15.

(4) ORLANDO GOMES: in *Revista Forense*, nº 216, pág. 6; e *Introdução ao Direito Civil*, págs. 161 a 178, principalmente pág. 168.

(5) R. LIMONGI FRANÇA: *Manual de Direito Civil*, S. Paulo, Ed. *Revista dos Tribunais*, 1972, vol. 2, t. I, pág. 323 e *Direitos privados da personalidade*, in *Revista dos Tribunais*, 370/7 e segs.

(6) Cf. CASTAN TOBEÑAS: ob. cit., págs. 15 e 16.

Mas a preferência tem recaído sobre o título "direitos da personalidade", esposado, dentre outros, por ADRIANO DE CUPIS (citado anteriormente) (7); e pelos Profs. ORLANDO GOMES (8); LIMONGI FRANÇA (9); ANTONIO CHAVES (10); OROZIMBO NONATO (11); e ANACLETO DE OLIVEIRA FARIA (12).

Devemos concentrar-nos em uma só fórmula, para nomear esses direitos e, efetivamente, é a expressão "direitos da personalidade" que se está impondo, quando examinados sob o ângulo do Direito Civil.

Alguns desses direitos, quando enfocados sob o aspecto do relacionamento com o Estado e reconhecidos pelo ordenamento jurídico positivo, recebem o nome de liberdades públicas (13).

São, pois, os mesmos direitos, mas examinados em planos distintos: de uma pessoa em relação a outras e frente ao Estado. Separa-os, nesse passo, a perspectiva de estudo, anotando-se, outrossim, que no campo das liberdades públicas se vem identificando também um conteúdo próprio, com o acréscimo dos direitos econômicos e sociais aos direitos do homem (14).

Basta que tomemos as diferentes classificações apresentadas pelos doutrinadores e comparemos os elementos enunciados em cada qual. Verificaremos, então, que esses direitos são estudados sob os dois aspectos: a mesma liberdade; a mesma integridade; a mesma segurança; a mesma intimidade, e assim por diante.

Nesse sentido, têm-se pronunciado os escritores. Com efeito, conforme assinala DE CUPIS, a doutrina juspublicista clássica — como ROMANO e ZANOBINI — inclui dentre os direitos subjetivos públicos

(7) ADRIANO DE CUPIS: *Os direitos da personalidade*, trad. de ADRIANO VERA JARDIM e ANTONIO MIGUEL CAETRO, Lisboa, Liv. Moraes Editora, 1961, págs. 15 e segs.

(8) Ob. e locais citados.

(9) Ob. e locais citados. Inclina-se para a fórmula "direitos privados da personalidade".

(10) ANTONIO CHAVES: *Lições de Direito Civil*, S. Paulo, Bushatsky, 1972, Parte Geral, vol. 3, págs. 167 e segs.

(11) OROZIMBO NONATO: "Personalidade", verbete in *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*, vol. XXXVII, págs. 69 a 79.

(12) ANACLETO DE OLIVEIRA FARIA: *Instituições de Direito*, S. Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1975, págs. 291 e segs.

(13) V. dentre outros autores: GEORGES BURDEAU: *Les libertés publiques*, Paris, Lib Générale, 1972, 4.ª ed. págs. 13 e segs.; CLAUDE ALBERT COLLIARD: *Libertés publiques*, Paris, Dalloz, 1972, 4.ª ed. pág. 12 e segs.; JEAN RIVERO: *Les libertés publiques*, Paris, Presses Universitaires de France, 1973, págs. 22 e segs.; JACQUES ROBERT, *Libertés publiques*, Paris, Ed. Montchrestien, 1971, págs. 22 e segs. É a denominação que prevalece hoje, embora outras tenham sido propostas, como "direitos individuais", "direitos fundamentais", "direitos públicos subjetivos" etc., (dentre inúmeros autores, V. VICENTE RAO: *O Direito e a vida dos direitos*, S. Paulo, Max Limonad, 1958, vol. 2, págs. 95 e segs.).

(14) V. os autores citados na nota anterior.

alguns direitos da personalidade e, dentre eles, os direitos de liberdade (15). CASTAN TOBEÑAS acentua, na mesma linha de pensamento, que alguns direitos da personalidade podem, em certos aspectos, ser classificados como direitos subjetivos públicos: nesse caso, os direitos da personalidade participam de elementos públicos (16).

Assim, apreciados sob o prisma das relações privadas, esses direitos chamam-se direitos da personalidade.

1.3 *Existência*

O debate continua com relação à própria existência desses direitos.

Consoante CASTAN TOBEÑAS — que se detém na matéria —, autores há que negam a sua existência como direitos subjetivos, dentre eles: SAVIGNY, THON, UNGER, JELLINEK, ENNECERUS, CROME, OERTMAN, VON THUR, RAVA, SIMONCELLI, CABRAL DE MONCADA e ORGAZ (17). Argumentam que é falso o direito do homem sobre a própria pessoa, porque isso justificaria o suicídio, como SAVIGNY. Tendências para negar esse direito manifestam-se na prática, em face da evolução da ciência e da tecnologia, como tem sido lembrado pelos autores (18).

1.4 *Natureza*

As divergências prosseguem com relação à natureza dos direitos. São conceituados por alguns autores — a maioria — como poderes que o homem exerce sobre a própria pessoa (objeto do direito: o próprio homem), como PUCHTA, WINDSCHEID, CHIRONI, CAMPOGRANDE, RAVA, FADDA e BENSA, RUIZ TOMÁS, embora sob diversas modalidades, como assinala o referido TOBEÑAS (19).

Outros escritores, como FERRARA, os definem como direitos sem sujeito, assinalando que se não deve buscá-los na pessoa, mas nos demais indivíduos, que os devem respeitar. Nesse sentido, a colocação como direito à inviolabilidade da pessoa, de VANNI (20).

(15) Ob. cit., págs. 28 e segs.

(16) Ob. cit., págs. 12 e segs.

(17) Ob. cit., págs. 16 e segs. V. tb. DE CUPIS: ob. cit., págs. 19 e 20 e notas 36 a 45; ESPINOLA: ob. cit., pág. 247, em que mostra a refutação do argumento, especialmente por FADDA e BENSA, que importa em confundir o uso com o abuso do direito; ORLANDO GOMES: in *Revista Forense*, págs. 5 e 6; e R. LIMONGI FRANÇA: ob. cit., pág. 323, dentre outros autores.

(18) V. ORLANDO GOMES: ob. cit., pág. 5.

(19) Cf. TOBEÑAS: ob. cit., pág. 16 e nota 25.

(20) Cf. TOBEÑAS: ob. cit., pág. 17 e nota 25.

O objeto desses direitos encontra-se nos bens constituídos — conforme ainda TOBENAS — por determinados atributos ou qualidades físicas ou morais do homem, individualizados pelo ordenamento jurídico (21).

Concluindo, acentua o referido autor que os direitos da personalidade existem e apresentam caráter dogmático. E, com esse alcance, são concebidos em quase todos os sistemas, citando, na Itália: FADDA e BENZA, FERRARA, VENZI, RUGGIERO, PACIFICI-MAZZONI, COVIELLO, GANGI, MESSINEO, DE CUPIS, ROTONDI e DEGNI; na França: PLANIOL, RIPERT e BOULANGER; em Portugal: PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA; na Espanha: MARTIN BALLESTERO; na Argentina: ERRO y ALMAZA (22).

1.5 Extensão: as classificações

Também se discute quanto à extensão desses direitos.

Inexiste mesmo uma conceituação global definitiva. Ao revés, os autores têm procurado sistematizar a matéria, especificando os direitos que se devem inscrever nessa categoria ou reunindo-os sob certos critérios classificatórios. Diferentes classificações têm sido oferecidas pelos escritores (23) em um esforço de ordenação, incluindo cada qual direitos vários e, algumas vezes, distintos. Mas, certos direitos em todos encontram guarida, evidenciando-se linha de pontos de contatos que talvez se constitua no "fio de Ariadne" para a sua estruturação definitiva.

Assim, DE CUPIS especifica e estuda, como da personalidade, os direitos: à vida e à integridade física; a partes separadas do corpo e ao cadáver; à liberdade; à honra e respeito ao resguardo; ao segredo; à identidade pessoal; ao título; ao sinal figurativo; e o direito moral do autor (24).

CASTAN TOBENAS distribui esses direitos por duas categorias, incluindo: a) dentre os direitos relativos à existência física ou inviolabilidade corporal, os relativos à vida e à integridade física; à disposição do corpo, no todo, em partes separadas e ao cadáver; e, b) dentre os do tipo moral, os referentes à liberdade pessoal; à honra, ao segredo e o direito autoral, em suas manifestações extrapatrimoniais (direito moral de autor) (25).

O Prof. ORLANDO GOMES também insere esses direitos nas duas classes: a) os relativos à integridade física, enunciando: o direito à vida, ao próprio corpo, no todo ou em partes e ao cadáver; e b) à integridade

(21) Ob. cit., pág. 28 e nota 54. V. tb. MOACYR DE OLIVEIRA: ob. cit., pág. 30.

(22) CASTAN TOBENAS: ob. cit., págs. 20 e 21 e notas 48 e 50.

(23) A questão da diversidade de classificações é colocada, praticamente, por todos os autores que versam o tema dos direitos de personalidade.

(24) Ob. cit., págs. 63 e segs.

(25) Ob. cit., págs. 34 e 45 e segs. Apresenta ainda as classificações de DE CUPIS; GANGI; BALLESTERO; MESSINEO (págs. 26 a 29) e a posição de FERRARA, que remete a questão ao direito positivo (pág. 29).

moral, enunciando: o direito à honra, à liberdade, ao recato, à imagem, ao nome e o direito moral de autor (26).

O Prof. LIMONGI FRANÇA faz outra subdivisão: direitos relativos à: a) integridade física, a saber: à vida, à alimentação, ao corpo e a partes; b) integridade intelectual: liberdade de pensamento, autoria artística e científica e invenção; e c) integridade moral: os à honra, ao recato, ao segredo, à imagem e à identidade (27).

RAYMOND LINDON, sem propriamente definir uma classificação, versa sobre os direitos: ao respeito à vida privada e à imagem; aos modos de designação da pessoa, notadamente o nome; a sepultura; as lembranças de família; as cartas missivas; a defesa de consideração; e o direito moral de autor (28).

PONTES DE MIRANDA refere-se aos direitos: à vida, à integridade física, à integridade psíquica, à liberdade, à verdade, à igualdade formal, à igualdade material, a ter nome e ao nome, à honra e ao direito autoral de personalidade (29).

Os MAZEAUD diferenciam os direitos da personalidade dos da pessoa natural, especificando também diferentes direitos (30).

No mesmo sentido, o Prof. ANTONIO CHAVES separa: a) os direitos da pessoa natural: à vida, à integridade física, às partes do próprio corpo, à liberdade, e o direito de ação; b) os de personalidade, enunciando e estudando os direitos: à honra, ao nome, à própria imagem, à liberdade de manifestação do pensamento, à liberdade de consciência e de religião; à reserva sobre a própria intimidade; ao segredo e direito moral de autor (31).

Mais recentemente, o Prof. ANACLETO DE OLIVEIRA FARIA — que os distribui em direitos relativos à integridade física e moral — faz enunciação que apresenta como enunciativa dos direitos. Na primeira,

(26) Ob. cit., pág. 9. V. tb. *Introdução*, pág. 173.

(27) *Manual*, ob. cit., pág. 9; e *Revista dos Tribunais*, 370/9 págs. 9 e segs. É a de melhor sistematização, no dizer do Prof. WALTER MORAES, que também enfoca a questão, citando as classificações de RAVA; MESSINEO e COLIN e CAPITANT (*Adoção e Verdade*, S. Paulo, Ed. Rev. dos Tribunais, 1974, págs. 70 e segs).

(28) RAYMOND LINDON: *Les droits de la personnalité*, Paris, Dalloz, 1974, págs. 9 e segs. Também sem preocupação de classificação é a obra de PIETRO PERLINGIERI: *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, Jovene, 1972.

(29) PONTES DE MIRANDA: *Tratado de Direito Privado: Direitos da personalidade*, Rio, Ed. Borsoi, 1955, tomo VII, págs. 60 a 155, especialmente pág. 8. OROZIMBO NONATO estuda alguns deles: ob. cit., págs. 71 a 79.

(30) HENRI, LÉON e JEAN MAZEAUD: *Leçons de Droit Civil*, Paris, Ed. Montchrestien, 1965, págs. 527 a 554 e 622 a 643.

(31) Ob. cit., Parte Geral, vol. 3, págs. 133 e segs. Os direitos físicos ou somáticos são estudados também por JOAQUIM DIAZ DIEZ: *Los derechos físicos de la personalidad*, Madrid, Ediciones Santillana, s/data. (Especifica os direitos à vida, integridade, disposição do corpo e do cadáver).

insere os direitos: à vida; sobre o corpo vivo; sobre a disposição do cadáver; e sobre partes separadas do corpo; a tratamento médico ou recusa; à perícia médica (ou recusa à submissão); e, na segunda: à liberdade em geral, honra, recato, imagem, segredo e identidade (nome, pseudônimo etc.) (32).

Permitimo-nos, nesse passo, *data venia*, assinalar que, embora indiscutível e louvável o esforço classificatório — porque possibilita a sua sistematização e evidencia os diferentes direitos identificados como tal — a evolução tem demonstrado a contínua alimentação dessa categoria com novos direitos que a elaboração científica, processada principalmente pela ação da jurisprudência e da doutrina, vem inserindo em seu contexto (33).

A adoção de posição flexível, dada a generalização desse campo, torna possível, a nosso ver, o abrigo dos novos direitos que, naturalmente, a reflexão científica virá identificar e trazer para o posterior sancionamento do direito positivo.

Isso não escapou à observação do Prof. ORLANDO GOMES, na formulação do anteprojeto de Código Civil, em que inseriu alguns direitos considerados fundamentais, ressalvados "outros reconhecidos à pessoa humana", na orientação da preservação do respeito que merece o homem, como, em sua justificação, evidencia (34).

1.6 Conceito

Pode-se, então, chegar a um conceito dos direitos da personalidade.

ADRIANO DE CUPIS define-os como aqueles que têm por objeto os modos de ser físicos ou morais da pessoa (35).

TOBENAS inclina-se para o conceito de DE CASTRO, que os apresenta como aqueles que concedem um poder às pessoas, para proteger a essência de sua personalidade e suas mais importantes qualidades (36).

Configuram eles — consoante DE CUPIS — direitos subjetivos, cuja função é especial em relação à personalidade, constituindo o *minimum* necessário e imprescindível ao seu conteúdo. Constituem direitos cuja ausência torna a personalidade uma suscetibilidade completamente irrealizável, sem valor concreto: todos os outros direitos subjetivos perderiam o interesse para o indivíduo e a pessoa não existiria como tal. São, pois, direitos "essenciais", que formam a medula da personalidade (37).

(32) Ob. cit., pág. 295.

(33) V. RAYMOND LINDON: ob. cit., pág. 5.

(34) V. a exposição de motivos do anteprojeto, em sua introdução.

(35) Ob. cit., pág. 23.

(36) Ob. cit., pág. 9. A obra de DE CASTRO é: *Apuntes de Derecho Civil español común y foral*, P. geral, 1968, 2.ª ed. Refere-se ainda o autor a: SAVIGNY, FERRARA, BATAGLIA, ROTONDI, MESSINEO.

(37) Ob. cit., pág. 17.

Para o mesmo autor, esses direitos constituem, em sua maioria, direitos inatos, mas não se reduzem a essa noção. Ao revés, existem direitos que não têm por base o simples pressuposto da personalidade, e que, uma vez revelados, adquirem o caráter de essencialidade, referindo-se em particular ao direito moral de autor. Trata-se de figura que se acresce à existência da personalidade ou representa continuação da personalidade (38).

Considera, no entanto, devam ser incluídos como direitos da personalidade os reconhecidos pelo Estado, que lhes dá força jurídica (39). Não aceita, pois, a existência de direitos inatos, que constituiriam exigências de ordem moral, quando se situa o observador no plano do direito positivo. Em conclusão, acentua que todos os direitos subjetivos derivam do ordenamento positivo.

No mesmo sentido, CASTAN TOBEÑAS assinala que o ordenamento jurídico objetiva certos direitos da personalidade. Daí, sua delimitação no direito positivo em cada caso, e não na intuição da consciência (40).

Discorrendo sobre a matéria, em que parte da colocação de SAVIGNY, o Prof. LIMONGI FRANÇA divide os direitos em: a) da personalidade; b) de família; e c) patrimoniais (reais e obrigacionais), salientando que correspondem os primeiros a faculdades exercitadas normalmente pelo homem. São direitos que se relacionam com atributos inerentes à condição de pessoa humana (41).

Acentua que mesmo a concepção de direitos da personalidade adquiridos — de DE CUPIS e outros, como o direito moral de autor — não os desnatura, porque há sempre o pressuposto da personalidade natural, da qual a obra é prolongamento ou reflexo, com remissão a FILADELFO AZEVEDO (42).

Mas, em verdade, os direitos de personalidade constituem, a nosso ver, e com a devida vênia, direitos inatos — como a maioria dos escritores atesta —, cabendo ao Estado apenas reconhecê-los e sancioná-los em um outro plano do direito positivo — a nível constitucional ou a nível de legislação ordinária —, dotando-os de proteção própria, conforme o tipo de relacionamento, a que se volte: contra o arbítrio do poder público ou contra as incursões de particulares.

Assim, em certos casos, quando recebem consagração a nível constitucional — passando a representar liberdades públicas —, a sua con-

(38) Ob. cit., pág. 21.

(39) Ob. cit., pág. 20.

(40) Ob. cit., pág. 22. É também a posição de FERRARA, ali referida.

(41) R. LIMONGI FRANÇA: *Do nome civil das pessoas naturais*, S. Paulo, Ed. Rev. dos Tribunais, 1975, págs. 149 e segs. SAVIGNY coloca como esferas em que a vontade pode exercer influência: a pessoa; a pessoa aplicada na família e o mundo exterior.

(42) Ob. cit., págs. 154 e 155. A obra de FILADELFO AZEVEDO é: *Direito moral dos escritores*, Rio, Alba, 1930.

sideração e o seu enfoque dentro do plano positivo encontram justificativa, exatamente para a delimitação de um interessante campo de estudo, que se vem afirmando, especialmente em França — o das “liberdades públicas” (43).

Isso não importa, no entanto, em cingir os direitos de personalidade aos reconhecidos pelo ordenamento jurídico. Esses direitos — muitos dos quais não configuram ou não são suscetíveis de configurar “liberdades públicas” — existem antes e independentemente do direito positivo, como inerentes ao próprio homem, considerado em si e em suas manifestações. Quando ganham a Constituição, passando para a categoria de liberdade pública, recebem todo o sistema de proteção próprio.

O mesmo acontece com respeito ao campo privado, em que a inserção em códigos ou em leis vem conferir-lhes proteção específica e mais eficaz — e não lhes ditar a existência — desde que identificados e reconhecidos, em vários sistemas, muito antes mesmo de sua positivação (44).

Não se pode, pois, *data venia*, limitar — como se viu em alguns autores — esses direitos ao ordenamento positivo e depois de apresentá-los como inerentes ao homem (45).

Isso significa, em primeiro lugar, reduzir o Direito a normas positivas. Ora, inobstante constitua a sua mais importante forma de expressão a norma escrita — a lei —, o Direito não se cinge a normas e, muito menos, a normas positivas. O Direito compreende — como se sabe — o costume, a jurisprudência e outras inúmeras formas (46).

Uma tal posição importa, ainda, em cingir o Estado como o único definidor e identificador dos direitos. Ao Estado compete, na verdade, reconhecer os direitos que a consciência popular e o Direito natural mostram. Ademais, a noção de Estado é recente. O Direito existe antes do Estado e pela própria natureza do homem. Já Aristóteles apontava a existência do Direito Natural (47).

(43) V. os autores mencionados na nota 13.

(44) V. RAYMOND LINDON: ob. cit., pág. 5 e, sobre o direito moral de autor, STIG STROMHOLM: *Le droit moral de l'auteur en droit allemand, français et scandinave*, Stockholm, P. A. Norstedt & Sonens, 1966, vol. II, págs. 9, 23 e 27, em que mostra a ação da jurisprudência e da doutrina, que o reconheciam e protegiam, muito antes da inserção desse direito na legislação. Mesmo autores antigos já reconheciam o aspecto moral, como: GUSTAVE LARDEUR: *Du contrat d'édition en matière littéraire*, Paris, Arthur Rousseau, 1893, pág. 131; ÉDOUARD SILZ: *La notion juridique de droit moral de l'auteur — son fondement, ses limites*, in *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1933, XXXII, págs. 331 a 424, especialmente pág. 144; o EDUARDO PIOLA CASELLI: *Tratato del diritto di autore e del contratto di edizione*, Torino, Torinese, págs. 782 e segs.

(45) V. as noções, por exemplo, de DE CUPIS e TOBEÑAS: ob. e locais indicados e notas 38 e 39.

(46) V. R. LIMONGI FRANÇA: *O Direito, a lei e a jurisprudência*, S. Paulo, Ed. Rev. dos Tribunais, 1974, págs. 41 e segs., e ANTONIO CHAVES: ob. cit., vol. 1, págs. 187 e segs., dentre inúmeros outros autores.

(47) Cf. LIMONGI FRANÇA: ob. e local indicados. DE CUPIS fala do direito natural como fundamento ético do direito positivo: ob. cit., pág. 18.

O ordenamento positivo existe em função do homem em sociedade: esquecer isso é olvidar as conquistas do pensamento moderno, desde os filósofos políticos, como LOCKE, ROUSSEAU, MONTESQUIEU, até os filósofos do Direito (48).

Discordamos também, com a devida vênia, da subdivisão desses direitos em essenciais e derivados ou adquiridos, porque todos são ínsitos no homem, e à ciência jurídica cabe apontá-los e estruturá-los, à medida em que evoluem os conceitos, exatamente como vem acontecendo nesse campo, em que jurisprudência e doutrina exercem papel decisivo. Nesse sentido, o reconhecimento dos chamados direitos sociais, a partir de fins do século passado (49).

A adoção da referida subdivisão importa em confundir a existência do direito da personalidade com o seu reconhecimento. Esses direitos existem no homem em si, como ser dotado de personalidade que, na noção clássica, significa capacidade de haver direitos e obrigações (fórmula adotada pelo Código Civil brasileiro: art. 2º).

É o que ocorre, por exemplo, com o direito moral de autor, referido como direito derivado. Ora, esse direito existe também no homem, defendido que é como de personalidade, pelos próprios autores de orientação positivista (50).

A sua manifestação ocorre com a criação da obra. O autor exercerá esse direito com a simples elaboração da obra de engenho: desde o direito de inédito (de não a comunicar ao público) até o de arrependimento (de retirá-la de circulação) (51). O homem tem o direito de não criar a obra.

Não se confunde, pois, a existência do direito com o seu exercício.

O direito moral é direito da personalidade e existente em si mesmo, porque situado na órbita dos direitos ligados ao ente humano.

Integra a personalidade do homem abstraído de sua condição de autor, assim como, quando se reconhece ao homem o direito de propriedade, abstrai-se de sua condição de proprietário, que talvez nunca venha *in concreto* a ter.

Por absurdo, a adoção de orientação diversa levaria a considerar-se existente o direito de propriedade, em si, apenas para o proprietário, ou seja, pela sua materialização, na aquisição de um imóvel por uma deter-

(48) V. MIGUEL REALE: *Filosofia do Direito*, S. Paulo, Saraiva, 1962, (em que estuda as diferentes concepções, ao longo dos tempos, até a apresentação de sua própria teoria), dentre inúmeros outros autores.

(49) V. dentre outros, os autores citados na nota 13.

(50) V. DE CUPIS e TOBENAS: ob. e locals citados.

(51) V. dentre outros autores: FILADELFO AZEVEDO: ob. cit., especialmente págs. 88 e segs., e ANTONIO CHAVES: *Direito autoral de radiodifusão*, S. Paulo, Max Limonad, 1962, págs. 289 e segs.

minada pessoa. Tornada nas últimas conseqüências, essa posição levaria ao esvaziamento total do âmbito dos direitos da personalidade ou dos direitos do homem em geral.

É claro que o reconhecimento pelo legislador confere maior dignidade ao direito — como sustentam os referidos autores ⁽⁵²⁾ —, mas, *permissa venia*, não a ponto de anular a consistência e a substância de categoria jurídica, que se vem revelando nítida e determinada, e esquecer-se dos embasamentos naturais do direito.

Em conclusão, devem os direitos da personalidade ser entendidos como: a) os próprios da pessoa em si, por sua própria natureza, como ente humano; b) ou em suas projeções para o mundo exterior ⁽⁵³⁾.

1.7 Caracteres

Os próprios autores de inspiração positivista conceituam os direitos da personalidade como direitos absolutos, embora no sentido em que defendem ⁽⁵⁴⁾.

São dotados de caracteres especiais, para uma proteção eficaz, em função de possuir, como objeto, os bens mais elevados do homem.

Dai o ordenamento jurídico não pode consentir que o homem deles se despoje, mas empresta-lhes caráter essencial. São direitos intransmissíveis e indispensáveis ⁽⁵⁵⁾.

Constituem direitos absolutos, extrapatrimoniais, intransmissíveis, imprescritíveis, impenhoráveis, vitalícios, necessários e oponíveis *erga omnes*, como salienta o Prof. ORLANDO GOMES ⁽⁵⁶⁾.

São direitos que transcendem, pois, ao ordenamento jurídico positivo, porque insitos na própria natureza do homem, como ente dotado de personalidade. Intimamente ligados ao homem, para sua proteção jurídica, independente de relação imediata com o mundo exterior ou outra pessoa, conforme UNGER, referido por ESPÍNOLA ⁽⁵⁷⁾. São intangíveis, *de lege lata*, pelo Estado, como diz PONTES DE MIRANDA ⁽⁵⁸⁾.

(52) V. DE CUPIS: ob. cit., pág. 21.

(53) V. ANACLETO DE OLIVEIRA FARIA: ob. cit., pág. 293. Inclina-se também para a colocação naturalista OROZIMBO NONATO: ob. cit., pág. 69, apresentando a personalidade como pressuposto do ordenamento jurídico e ressaltando a universalidade da tutela desses direitos.

(54) V. DE CUPIS: ob. cit., pág. 30; TOBENAS: ob. cit., págs. 22 e segs.

(55) V. DE CUPIS: ob. cit., pag. 48; TOBENAS: ob. cit., págs. 22 e 27 e segs. e PONTES DE MIRANDA: ob. cit., pág. 6.

(56) Ob. cit., pág. 7. V. tb. ANTONIO CHAVES: *Lições*, vol. 3, pág. 166; PONTES DE MIRANDA: ob. cit., pág. 6; OROZIMBO NONATO: ob. cit., pág. 70.

(57) Ob. cit., pág. 241.

(58) Ob. cit., pág. 13.

1.8 Tutela

Para a tutela desses direitos, conforme o Prof. ORLANDO GOMES, existem diferentes sanções: indenização pelo dano moral e cominação de pena pelo atentado (ações cumuláveis). Admitem-se também ações específicas para confessar-se ou negar-se um dos direitos de personalidade. (59).

2. CONSTRUÇÃO DA TEORIA

2.1 Aspectos gerais: o caráter recente

A teoria dos direitos de personalidade é de construção recente. Daí, as divergências e dificuldades apontadas. Já vimos, inclusive, que os primeiros autores lhes negavam existência autônoma.

Explica DE CUPIS, dentro da orientação que defende, que o grau de generalidade desses direitos nem sempre tem proporcionado a formulação de regras a respeito. A indeterminação de sua extensão tem prejudicado a sua positivação (60).

Mas, em direito público, além da constitucionalização de alguns desses direitos, no campo penal a sua proteção tem sido efetiva, na generalidade dos sistemas mundiais, através da instituição de diferentes formas de delitos para atentados contra os direitos de personalidade (nos crimes contra a vida, a honra, a integridade física, a inviolabilidade dos direitos autorais, o respeito ao segredo, o respeito aos mortos, a liberdade individual e outros) (61).

Ocorre, então, a tutela reflexa desses direitos, como assinala DE CUPIS, em face, porém, da concorrência do interesse público (62).

2.2 Antecedentes

Os autores divisam, outrossim, manifestações isoladas de proteção da personalidade em diversas épocas (63): no Direito Romano, através da *actio injuriarum*.

No século XIII, a Carta Magna da Inglaterra continha o reconhecimento de direitos próprios do ente humano.

(59) Ob. cit., págs. 6 e 10. V. tb. R. LIMONGI FRANÇA: *Manual*, cit., págs. 331 e 332; e *Revista dos Tribunais*, 370, pág. 16.

(60) Ob. cit., pág. 21.

(61) O nosso Código Penal contempla vários delitos: contra a vida, a honra, a liberdade individual, a segurança e saúde, a intimidade, o respeito aos mortos, os direitos autorais. V. dentre outros: arts. 121 a 127, 129 a 136, 138 a 140, 146, 151, 153 e 154, 184, 185, 187, 189, 197, 198, 208, 210, 212, 213 a 216, 241 a 243.

(62) Ob. cit., pág. 34.

(63) V. dentre outros autores: TOBEÑAS: ob. cit., pág. 9.

A construção da teoria dos direitos da personalidade humana deve-se principalmente: a) ao cristianismo, em que se assentou a idéia da dignidade do homem; b) à Escola de Direito natural, que firmou a noção de direitos naturais ou inatos ao homem, correspondentes à natureza humana, a ela unidos indissolivelmente e preexistentes ao reconhecimento do Estado; e c) aos filósofos e pensadores do iluminismo, em que se passou a valorizar o ser, o indivíduo, frente ao Estado (64).

Com isso, começaram a ser conhecidos, nos tempos modernos, certos direitos do homem e do cidadão, frente ao poder público, inicialmente sob a forma de "Declaração de Direitos" e constitucionalização de alguns como liberdades públicas (65) embora, mais tarde, com a Escola Histórica, escritores chegassem a negar a existência de direitos inatos ou a recair em um positivismo exagerado. Mas, no geral, são reconhecidos esses direitos, que se exercitam sobre a própria pessoa, inatos, assegurando o gozo de bens internos também no campo do direito privado (66).

Mas, quando se elaboraram os códigos, prevalecia o individualismo, que encontrou nas revoluções dos fins do século XVIII (americana, de 1776, e francesa, de 1789) a sua consagração. Tomava-se o homem como indivíduo e cidadão frente ao Estado. A preocupação do legislador concentrava-se, pois, na enunciação e no reconhecimento de direitos humanos no âmbito público e político.

Não se voltaram, pois, para os seus reflexos na esfera do direito privado. Em outras palavras, os direitos da personalidade ainda não se encontravam suficientemente estruturados, para que se interessasse o legislador em conferir proteção, no âmbito privado, aos atributos da pessoa (67).

Os autores do Código napoleônico aperceberam-se da existência desses direitos, mas de modo nebuloso. Inseriu-se no *Code* regra segundo a qual o credor poderia exercer todos os direitos e ações do devedor, "salvo os exclusivamente ligados à pessoa" (art. 1.166). Contudo, a jurisprudência dividiu, na fórmula, direitos tais como: o da vítima, em acidente corporal, para demandar indenização; e o do devedor, para a revisão ou supressão de pensão alimentícia (68).

Assim, no Código Civil da França não figuram, por expresso, esses direitos, nem nos de influência francesa (69).

(64) V. DE CUPIS: ob. cit., pág. 19 e TOBENAS: ob. cit., pág. 11. V. tb. os autores referidos na nota 13.

(65) V. os autores citados na nota 13.

(66) V. DE CUPIS: ob. cit., págs. 19 e 20; e TOBENAS: ob. cit., pág. 12.

(67) V. tb. exposição de motivos do anteprojeto de Código Civil apresentado pelo Prof. ORLANDO GOMES.

(68) V. ARMINJON, NOLDE e WOLFF: *Traité de Droit Comparé*, Paris, Lib. Générale, 1950, t. 1, pág. 220 e RAYMOND LINDON: ob. cit., pág. 4.

(69) V. ARMINJON, NOLDE e WOLFF, ob. e local citados.

2.3 Inserção nos Códigos

Foi sob a égide da doutrina alemã e, depois, da suíça, que se subordinou a matéria ao enunciado de regras gerais sobre direitos da personalidade ⁽⁷⁰⁾, embora o Código austriaco de 1810 já falasse em direitos inatos, “fundados na única razão pela qual o homem há de considerar-se pessoa” (§ 16). No Código português de 1867, já haviam sido definidos os direitos à existência, à liberdade, à associação, à apropriação e à defesa (arts. 359 a 367) ⁽⁷¹⁾.

No B.G.B. (de 1896), reconheceu-se o direito ao nome (§ 12) e impôs-se a obrigação de reparação do atentado contra a pessoa (§ 823), textos que têm sido vistos como aceitação dos direitos da personalidade, mas ainda não suficientemente definidos.

O Código suíço de 1907 também contemplou o direito ao nome (arts. 29 e 30) e fixou a obrigação de indenização no atentado contra a pessoa, conceituando como irrenunciável a liberdade (art. 28), para a proteção da personalidade (art. 27).

O Código espanhol de 1902 determinou, da mesma forma, a indenização pelo dano. A lei fundamental de 17-7-45 impôs respeito à liberdade e à dignidade humanas.

Especificamente sobre um dos direitos de personalidade a primazia cabe à lei romena de 18-3-1895, sobre o direito ao nome ⁽⁷²⁾.

2.4 A construção jurisprudencial e a obra da doutrina

Mas, na verdade, esses direitos constituem criação pretoriana. Nos tribunais é que vêm adquirindo forma. A jurisprudência tem procurado deduzir os princípios e características comuns dos diferentes direitos, no sentido de assentá-los e possibilitar-se a sua sistematização ⁽⁷³⁾.

A referência a esses direitos — e exatamente em relação ao direito moral de autor — aparece, por vez primeira, no famoso “arrêt Lecoq”, de 25-6-1902, que representa importante etapa no desenvolvimento do direito moral do autor. Nesse caso, o Tribunal reconheceu ao autor de obra literária ou artística “a faculdade, inerente à sua personalidade”, de impedir modificações em sua obra. Assinala RAYMOND LINDON que em outras decisões foram-se afirmando diferentes aspectos desses direitos — que estuda —, cabendo à doutrina completar a obra da jurispru-

(70) Idem: pág. 220.

(71) Sobre a evolução legislativa, v. dentre outros autores: DE CUPIS: ob. cit., pág. 21; TOBENAS: ob. cit., págs. 29 e segs.; e R. LIMONGI FRANÇA: *Manual*, cit., págs. 325 e segs.

(72) V. R. LIMONGI FRANÇA: ob. cit., pág. 325.

(73) V. ARMINJON, NOLDE e WOLFF: ob. cit., pág. 220 e RAYMOND LINDON: ob. cit., pág. 5, em cuja obra enuncia e comenta inúmeros pronunciamentos dos tribunais sobre esses direitos.

dência, como com: PERREAU, os MAZEAUD e MARTY e RAYNAUD (74). Muitos outros autores podem, ainda, ser lembrados (75).

Por isso é que, em autores do século passado, não se encontra referência a esses direitos, como em seguida se verá.

Assim, PASQUALE FIORE, ao discorrer sobre os direitos pessoais propriamente ditos, apresenta-os como os que uma pessoa desfruta sem poder transmiti-los a outrem, e cessam com a sua morte, restringindo-se, no entanto, às relações correspondentes à cidadania, à naturalização e à família (76).

ROBERT BEAUDANT assinala que a pessoa, como ente humano, tem existência real e natural e, em consequência, direitos que vêm da própria natureza ou direitos naturais. Mas também se limita às relações referentes à nacionalidade, ao estado civil e à família (77).

No mesmo contexto mantém-se BAUDRY LACANTINERIE que, ao cuidar dos direitos da pessoa, enfoca os problemas da nacionalidade, do Estado, do domicílio e da ausência (78).

É a posição também de MARCEL PLANIOL e GEORGES RIPERT, que falam em atributos da personalidade do ser humano, especificando e estudando: o nome, o domicílio e o estado, detendo-se, depois, no primeiro (79).

No presente século, assim também se dimensiona SALEILLES, que, voltado para a construção da personalidade civil, para explicar a das sociedades, remonta ao Direito Romano, ao Canônico e aos glosadores, acentuando que, com SAVIGNY, é que se começou a cogitar da questão (80). No mesmo sentido DÉMETRE NÉGULESCO, que também estuda a personalidade jurídica das sociedades (81).

Com efeito, só recentemente têm os autores versado, especialmente italianos, em face de sua legislação, os direitos da personalidade, em tratados, como capítulo autônomo na parte especial do direito privado (MESSINEO), ou não; em monografias (a melhor, de DE CUPIS) e em revistas, como assinala o Prof. LIMONGI FRANÇA — que cita vários trabalhos —, preocupando-se com a taxinomia da matéria e propugnando

(74) Ob. cit., págs. 5, 293 e 294.

(75) V. adiante notas 82 e 83.

(76) PASQUALE FIORE: *Dello stato e della condizione giuridica delle persone*, Napoli, Eugenio Marghieri, 1893, vol. I, págs. 16 e segs.; 20, 76 e 85 e segs.

(77) ROBERT BEAUDANT: *Cours de Droit Civil Français*, Paris, Arthur Rousseau, 1896, t. 1, pág. 1.

(78) Ob. cit., vol. 1, págs. 257 e segs.

(79) MARCEL PLANIOL e GEORGES RIPERT: *Traité Pratique de Droit Civil Français*, Paris, Lib. Générale de Droit et Jurisprudence, 1925, t. 1, págs. 7 e 101 e segs.

(80) RAYMOND SALEILLES: *De la personnalité juridique*, Paris, Arthur Rousseau, 1922, 2.ª ed., págs. 46 e segs.

(81) DÉMETRE NÉGULESCO: *Le problème juridique de la personnalité morale et son application*, Paris, Arthur Rousseau, 1900, págs. 46 e segs.

pela sua inserção, em apartado, no preâmbulo da parte especial do Código (82).

Outros textos podem ser mencionados, como as monografias de EMILIO ONDEI e ANTONINO CATAUDELLA (83).

2.5 *A consagração legislativa nos tempos atuais*

Daí para cá, vêm sendo inseridos em alguns Códigos e projetos apresentados em diversos países.

Incurções na vida privada, especialmente ditadas pela evolução da tecnologia e das comunicações (84), têm exigido o reconhecimento expresso desses direitos e a sua regulamentação, para garantir-lhes proteção no âmbito privado.

O sancionamento pelo Estado, nesse plano, vem conferindo nova dignidade a esses direitos. Indubitável o valor político dessa colocação, segundo anota DE CUPIS, como resposta às teorias negativas (85).

Assiste-se, assim, nos dias presentes, à disciplinação parcial desses direitos no preâmbulo dos novos Códigos, como eixo de todo o direito privado (86). A melhor colocação encontra-se no Código Civil italiano de 1942 (arts. 5 a 10). O Código veda a disposição do corpo, que importe em diminuição permanente de sua integridade ou contrária à lei, à ordem pública ou aos bons costumes (art. 5º); consagra o direito ao nome (art. 6º) e confere ação para sua tutela (art. 7º); tutela para previsão familiar (art. 8º); o direito ao pseudônimo (art. 9º); e o direito à imagem (art. 10), outorgando ação ao interessado para a cessação da violação ou o ressarcimento do dano.

O Código peruano de 1939 consagrou o direito ao nome (arts. 13 a 18), conferindo-lhe inclusive tutela judicial.

O Código Civil português também regula, por expresso, os direitos da personalidade (arts. 79 e segs.).

Ademais, vêm esses direitos encontrando guarida nos projetos de Código: francês (arts. 151 a 157 e 162 a 164); português (arts. 70 e 71); e brasileiro (arts. 11 a 20).

(82) Ob. cit., págs. 326 e 327. Refere-se a: TOBEÑAS, ANTONIO BORRELL MACIA: *La Persona Humana*; TRABUCCHI e MESSINEO, em seus tratados; DE CUPIS, FRANCESCHELLI: *Il Diritto alla Riservatezza*; e outros autores, em revistas jurídicas, como: PUGLIESE, RAVA, MUSATI.

(83) EMILIO ONDEI: *Le persone fisiche ed i diritti della personalità*, Torino, Torinese, 1965, e ANTONINO CATAUDELLA: *La tutela civile della vita privata*, Milano, Giuffrè, 1972. Lembre-se também dos MAZEAUD: em suas citadas *Lições*. V. ainda: TOBEÑAS: ob. cit., págs. 6 e 7; PONTES DE MIRANDA: ob. cit., pág. 6; e WALTER MORAES: in *Revista dos Tribunais* 443/64 e segs. em que citam vários autores que versaram a matéria: o primeiro, diferentes autores; o segundo, principalmente, alemães; e o terceiro, italianos.

(84) Cf. RAYMOND LINDON: ob. cit., pág. 18.

(85) Cf. DE CUPIS: ob. cit., pág. 21.

(86) Cf. DE CUPIS: ob. cit., pág. 22; R. LIMONGI FRANÇA: ob. cit., pág. 326; e ORLANDO GOMES: ob. cit., pág. 5, que versam sobre essa evolução.

A respeito de direitos de personalidade, deve-se ainda adicionar a Declaração Universal de Direitos do Homem de 1948 (que se seguiu à Americana), projetando esses direitos em outro e mais elevado plano, como princípios universais para a inspiração do direito interno dos povos civilizados.

Como se verifica, é de criação moderna a doutrina dos direitos de personalidade e ainda não estruturada em definitivo. Daí por que o pesquisador não encontra referência a esses direitos em muitos escritores do século passado e mesmo nos tempos presentes — a exceção do direito moral de autor, já identificado e definido, bem antes do atual, por jurisprudência e doutrina, como acentuamos em trabalho sobre interpretação no Direito de Autor ⁽⁸⁷⁾. Inserido, por expresse, na Convenção de Berlim (1908), vem alcançando as legislações internas sobre Direito de Autor, em diferentes países, como, por exemplo, na França (art. 1º da lei especial); Itália (art. 20 e segs.); Checoslováquia (art. 15); Suécia (art. 3º); Áustria (art. 19); México (art. 2º) e Brasil (principalmente, arts. 21, 25 e 28)

3. A SITUAÇÃO NO BRASIL

3.1 No direito atual

3.1.1 Na doutrina

Dentre os autores brasileiros é de assinalar-se o pioneirismo de TEIXEIRA DE FREITAS, em seu *Esboço* ⁽⁸⁸⁾.

A pesquisa levou-nos a vários outros autores, que têm discorrido sobre o tema.

Assim, já EDUARDO ESPÍNOLA dedica um capítulo em seu *Sistema*, a respeito dos direitos da personalidade ⁽⁸⁹⁾.

FILADELFO AZEVEDO versa o direito moral de autor, em sua tese ⁽⁹⁰⁾.

O Prof. ANTONIO CHAVES, que também cuidara do direito moral de autor, trata, em capítulo especial de suas *Lições*, desses direitos ⁽⁹¹⁾.

Ainda sobre Direito de Autor publicamos recentemente a nossa tese *Direito de Autor na obra feita sob encomenda* ⁽⁹²⁾, além de artigos em revistas especializadas.

(87) O trabalho é "Interpretação no Direito de Autor", (que será publicado na Revista *Justitia* de nº 201).

V. a respeito, dentre outros autores, STIG STROMHOLM, no texto citado.

(88) V. R. LIMONGI FRANÇA: "Manual", cit., pág. 11.

(89) Ob. cit., págs. 239 a 258.

(90) *Direito moral dos escritores*, cit.

(91) *Direito autoral de radiodifusão*, págs. 289 e segs.; e *Lições*, Parte Geral, vol. 3, págs. 133 e segs. e 167 e segs. Outros autores brasileiros versaram depois os direitos de autor em geral e certos aspectos também.

(92) CARLOS ALBERTO BITTAR: *Direito de Autor na obra feita sob encomenda*; S. Paulo, Revista dos Tribunais, 1977.

O Prof. LIMONGI FRANÇA contribui, na matéria, de início, com a sua monografia sobre o direito ao nome, estudando, também à parte, e em seu *Manual*, os direitos da personalidade (93).

Da mesma forma, PONTES DE MIRANDA, em seu *Tratado*, dedica um capítulo à matéria (94).

De extraordinária influência a obra do Prof. ORLANDO GOMES que, além dos textos doutrinários, como o capítulo especial em sua *Introdução ao Direito Civil*, apresentou *Anteprojeto de Código Civil*, com a inserção desses direitos (95).

LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, na edição brasileira de seu *Tratado*, analisa o direito ao nome (prenomes, apelidos, sobrenome, título honorário e nobiliário) (96).

HERMANO DUVAL trata, por sua vez, do direito moral de autor e do direito à imagem (97).

Em diferentes artigos, tem sido o tema analisado, como nos de autoria dos Profs. LIMONGI FRANÇA (98), ORLANDO GOMES (99), ANTONIO CHAVES (100) e WALTER MORAES (101).

O passo decisivo, entre nós, para a sistematização desses direitos e o seu reconhecimento legislativo, foi dado pelo *Anteprojeto de Código Civil* do Prof. ORLANDO GOMES, que lhes dedicou capítulo especial, embora ainda na parte referente à "pessoa", e em sua introdução (arts. 25 e 44), inspirado no Código Civil italiano.

Autores existem que, mesmo dentro de nosso século, não cuidam dos direitos de personalidade. Outros doutrinadores, embora se refiram a esses direitos, mantêm-se na orientação tradicional de versar apenas os aspectos dos direitos da pessoa, na forma consagrada pelo nosso Código Civil (102).

(93) *Do nome civil das pessoas naturais*, cit.; e *Manual*, págs. 11 e segs. e 231 e segs.

(94) Ob. cit., v. VII, págs. 6 a 155.

(95) Ob. cit., e notas na exposição de motivos de seu anteprojeto.

(96) Ob. cit., págs. 188 e segs., especialmente págs. 212 e segs.

(97) *Direitos autorais nas invenções modernas*, Rio, Andes, 1956, págs. 72 e 75.

(98) In *Revista dos Tribunais*, cit.

(99) In *Revista Forense*, cit.

(100) "Direito à própria imagem", in *Revista da Faculdade de Direito*, S. Paulo, 1972, nº LXVII, págs. 45 e segs.

(101) WALTER MORAES: cit. in *Revista dos Tribunais*, 443/64 e 444/11, sobre o direito à imagem. Também em seu livro *Adoção e verdade*, cit. refere-se a esse direito.

(102) V. CARVALHO SANTOS: *Código Civil brasileiro interpretado*, Rio, Freitas Bastos, 1937, vol. I, págs. 243 e segs.; e os Profs. WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO: *Curso de Direito Civil*, São Paulo, Saraiva, 1970, vol. 1, Parte Geral, págs. 93 e segs. e SILVIO RODRIGUES: *Curso de Direito Civil*, S. Paulo, Saraiva, 1974, vol. 1, Parte Geral, págs. 33 e segs.

3.1.2 Na jurisprudência

Em face dos elementos expostos, especialmente de sua construção teórica recente, poucos são os casos levados aos tribunais, entre nós, a respeito de reflexos privados dos direitos da personalidade.

Na jurisprudência encontramos, pois, um número pequeno de questões sobre a matéria — referidas por HERMANO DUVAL (103). Discussões têm sido travadas mais sobre direitos autorais e em função do amparo ao seu aspecto moral (104).

3.1.3 Na legislação

O nosso Código Civil, fiel às suas origens, não contém normas sobre direitos de personalidade. Segue a estruturação geral dos Códigos tradicionais de influência francesa. Apenas, em uma disposição: a) refere-se ao direito à imagem, estabelecendo que, nos retratos ou bustos de encomenda particular, a pessoa retratada podia opor-se, bem como seus sucessores, à reprodução ou pública exposição do retrato ou busto (art. 666, X); e b) em outra, preserva o segredo de correspondência (art. 671, parágrafo único). Em outros reconhecia um direito moral de autor (art. 649; 650, parágrafo único; 651, parágrafo único; 658). Mas, logo em seguida, permitia a cessão do direito de ligar o nome à obra (de caráter personalíssimo), texto aliás que suscitou encremes polêmicas, prevalecendo a diretriz de sua inaceitação, por aberrar ao sistema, como demonstramos em nossa referida tese.

Mas, diferentes diplomas posteriores têm-se preocupado com os direitos da pessoa, como anota o Prof. LIMONGI FRANÇA (105): o Código de Menores, para a tutela do menor — Decreto nº 5.083, de 1º-12-26; o Decreto nº 24.559, de 3-7-34, para proteção à pessoa e aos bens dos psicopatas; a Lei nº 3.133, de 8-5-57, sobre adoção, para proteção do adotado; e a Lei nº 4.655, de 2-6-65, sobre legitimação adotiva.

Além disso, o Decreto nº 29.931, de 11-1-32, sobre o exercício da Medicina, proíbe a esterilização (art. 16) e outros diplomas legais foram baixados mais recentemente (106) a respeito de direitos da personalidade: a Lei nº 4.280, de 6-11-63, sobre a extirpação de órgãos, revogada pela Lei nº 5.479, de 10-8-68, sobre retiradas de órgãos e transplantes. Essa última, que se preocupa com o corpo vivo, e o cadáver, impedindo qualquer utilização econômica, permite a disposição do corpo para fins humanitários e terapêuticos (art. 10), mas: exige autorização específica para cada tecido, órgão ou parte do corpo (§ 1º); restringe o ato a órgãos duplos ou que não impliquem em prejuízo ou mutilação grave; e impõe correspondência a necessidade terapêutica, comprovadamente indispen-

(103) HERMANO DUVAL: *A publicidade e a lei*. S. Paulo, Ed. Revista dos Tribunais 1975, págs. 100 a 104. V. tb. decisão à *Revista Forense*, nº 41/297.

(104) Sobre direitos de autor, com relevo ao aspecto moral. V. *Revista dos Tribunais*: 243-399; 105-206; 181-631; 304-181; 213-101; 182-604; 225-303; 372-108 e 444-100.

(105) Ob. cit., págs. 14 e 15.

(106) V. ANTONIO CHAVES: ob. cit., págs. 156 a 162.

sável, para o receptor (§ 2º). Proíbe qualquer intervenção cirúrgica no caso de suspeita de ser o paciente vítima de crime, consistente em vício de consentimento ou na prática de ato contra a vida, a saúde ou a integridade corporal do doador (art. 12).

Cumpre-nos citar também a Lei nº 4.701, de 28-6-65, que disciplina a atividade hemoterápica e institui a política do sangue humano, com a regulamentação do Decreto nº 60.969, de 7-7-67; e o Decreto nº 61.817, de 1º-12-67, que veda a exportação de sangue humano.

Recente lei sobre o sistema sanitário (federal) também se refere ao problema do sangue.

Por fim, compete-nos registrar a Lei nº 5.988, de 14-12-73, que regula os direitos autorais, a qual reconhece por expresse o direito moral de autor (principalmente nos arts. 21, 25, e parágrafo único do art. 52), com os caracteres de inalienabilidade e irrenunciabilidade (art. 28), para a proteção da pessoa do autor de obra intelectual.

Permite a reprodução de retratos ou de outra forma de representação da efigie, feitos sob encomenda, pelo titular do objeto, desde que não haja oposição da pessoa representada ou seus herdeiros (art. 49, I, f), protegendo a imagem.

Em outro passo, exige a autorização da entidade para a fixação, transmissão ou retransmissão, por quaisquer meios ou processos, de espetáculo desportivo público com entrada paga (direito de arena). Estabelece que vinte por cento do produto seja distribuído entre os atletas participantes, salvo convenção em contrário (art. 100, parágrafo único). Com respeito ao direito de arena — forma de proteção de imagem —, ressalva a fixação parcial do espetáculo, até três minutos, para fins informativos pela imprensa, cinema e televisão (art. 101).

3.2. No Direito projetado

3.2.1 No anteprojeto ORLANDO GOMES

O anteprojeto de autoria do Prof. ORLANDO GOMES, de 1963, previu — como já se assinalou — e sob a influência do Código Civil italiano — a introdução desses direitos no Livro das Pessoas (arts. 29 a 44), em dois capítulos, um sob a rubrica de “direitos da personalidade” (arts. 29 a 37) e outro especial sobre o direito ao nome (arts. 38 a 44).

Continha disposições relativas a tutela dos direitos (art. 29); a atos de disposição do corpo e do cadáver; a tratamento médico; a imagem; aos direitos autorais e ao nome (incluindo pseudônimo).

Justificando a inserção da matéria, o Prof. ORLANDO GOMES acentuava o objetivo de preservar um dos valores fundamentais da sociedade: o respeito à pessoa humana.

Nas notas introdutórias assinalava ainda a distinção entre esses direitos e os direitos do homem, com os MAZEAUD, embora se referisse

a alguns, mas sob ângulo diferente — o das relações privadas — para resguardar a pessoa de outros homens, ou, como frisa, evitar o auto-sacrifício dos homens.

A sua inclusão no Código — consoante o Prof. ORLANDO GOMES — completaria a rede de proteção ao homem feita pela Constituição e pelas Declarações internacionais, vindo, pois, a preencher lacuna em nosso sistema ⁽¹⁰⁷⁾.

A matéria foi retomada no anteprojeto da Comissão presidida pelo Prof. MIGUEL REALE — que ora se encontra no Congresso — mas com a mesma colocação sistemática, inspirando-se, em sua regulamentação, no trabalho anterior.

3.2.2 *No atual projeto*

O atual projeto apresenta o tema no Capítulo II, do Título I (“Das pessoas físicas”), do Livro I (“Das pessoas”), sob a epígrafe “Dos direitos da personalidade” (arts. 11 a 20).

Aproveita o material constante do anteprojeto ORLANDO GOMES, introduzindo algumas inovações: a irrenunciabilidade (art. 11), da disposição altruística (art. 14) e a correspondente à divulgação de escritos e da imagem (art. 20).

Conforme as notas explicativas, o texto inscreve poucas regras sobre a matéria, que define como complexa e de significação ética essencial, deixando-a para o natural desenvolvimento da doutrina e da jurisprudência.

Sofre, conseqüentemente, influência do Código Civil italiano, como se verifica do exame dos textos e se contém nas notas justificativas oferecidas por seus autores.

Com efeito, o atual projeto reduz as disposições relativas aos referidos direitos, mantendo o seu posicionamento no capítulo referente às pessoas físicas.

Inicia a regulamentação com disposição genérica, quanto às suas características, definindo-os, salvo casos previstos em lei, como: intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária (art. 11).

Sobre a tutela dos direitos e sem prejuízo de outras sanções, admite que se exija que cesse a ameaça ou a lesão a direito da personalidade (art. 12), cabendo ao cônjuge supérstite ou a qualquer parente de linha reta, até o quarto grau, requerer a medida, em se tratando de morto (parágrafo único).

Versando sobre o direito de disposição do corpo, veda os atos que importem em diminuição permanente da integridade física, ou contra-

(107) Ob. cit., in *Revista Forense*, pag. 11. V. 10. MOACYR DE OLIVEIRA: ob. cit., pag. 30.

riem os bons costumes (art. 13), admitindo transplantes, conforme dispuser lei especial (parágrafo único). Para depois da morte, permite, com objetivo altruístico, ou científico, a disposição do próprio corpo, no todo ou em parte (art. 14), sendo revogável o ato, a qualquer tempo (parágrafo único).

Com respeito ao direito à vida, prescreve que ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica (art. 15).

Assegura o direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o patronímico (art. 16), vedando o seu emprego por outrem: *a*) em publicações ou representações que o exponham ao desprezo público, ainda quando não haja intenção difamatória; e *b*) em propaganda comercial, sem autorização (art. 18). Estende a proteção ao pseudônimo adotado para atividades lícitas (art. 19).

Com referência ao direito ao segredo e à imagem, proíbe a divulgação de escritos, a transmissão de palavras, ou a publicação e exposição ou a utilização da imagem de pessoa, sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a sua boa fama ou respeitabilidade, ou se destinarem a fins comerciais, salvo se autorizadas ou se necessárias à administração de justiça ou à manutenção da ordem pública (art. 20). A iniciativa cabe ao interessado (*idem*) e, em se tratando de morto ou ausente, aos ascendentes ou descendentes (parágrafo único).

4. CONFRONTO ENTRE O DIREITO ATUAL E O PROJETADO

Examinando-se esses direitos, em vista de uma futura promulgação do Código, evidencia-se do exposto que não haverá conflito nessa matéria — só possível entre leis —, pois inexitem, à exceção dos apontados, textos a respeito de direitos da personalidade. Trata-se, pois, de colocação nova em nosso direito positivo.

Além disso, ao definir os caracteres desses direitos, o projeto ressalva a possibilidade das exceções em lei especial (art. 11) e remete à lei ordinária a regulamentação dos transplantes (art. 13, parágrafo único).

As normas sobre disposição do próprio corpo inspiram-se em princípios já definidos na lei especial editada (Lei nº 5.479/68).

Com respeito aos direitos autorais — em que a lei especial reconhece, por expresse, o aspecto moral —, também em nada o direito projetado suscitará conflito. Aliás, em face da superveniência da lei específica, foram retiradas do anteprojeto inicial as disposições sobre os contratos de edição (arts. 757 a 768) e de representação dramática (arts. 769 a 772), bem como a nota transitória final que ressalvava a regulamentação que, sob o título “propriedade artística, científica e literária”, consta do Código Civil (art. 2.233 do anteprojeto original).

Essa é, aliás, a tônica nos sistemas em que se vêm inserindo esses direitos, sempre no sentido de se cobrirem vazios existentes.

De observar-se, no entanto, que, em face de sua natureza, a lei que os contempla deve ter aplicação imediata, na transposição, para o plano positivo, de direitos reclamados pela própria natureza humana e que, portanto, sobrepairam aos próprios textos legais, como se assentou.

E, nesse sentido, poder-se-ia chegar até à negação do próprio conflito, eis que ínsitos no homem, esses direitos imperam por si, sem texto positivo, pois — como se estabeleceu — a sua construção partiu da jurisprudência e da doutrina. Mas, a previsão no ordenamento positivo vem conferir-lhes proteção mais eficaz.

As normas ditadas sobre esses direitos são de ordem pública — eis que interessa ao próprio Estado o seu respeito — como têm reconhecido a doutrina, a jurisprudência e a legislação, em especial com relação ao direito moral de autor, prescrevendo a sua irrenunciabilidade e a sua intransmissibilidade (como no projeto brasileiro).

5. SÍNTESE CONCLUSIVA

Os direitos de personalidade — tema sobre o qual se digladiam os autores e sob diferentes aspectos (1) não se alcançando, ainda, uma colocação definitiva, em face, principalmente, da construção teórica recente (2) — vêm obtendo, gradativamente, a inserção em Códigos e projetos recentes, fato que reflete tendência para o seu reconhecimento legislativo geral (2 e 3). Essa postura vem preencher lacunas existentes na orientação tradicional, pois os Códigos, especialmente os de influência francesa, inspiraram-se na divisão dos direitos em pessoais, reais e obrigacionais, não se preocupando com a inclusão dos da personalidade, cabendo à jurisprudência e à doutrina a sua afirmação (2.4 e 2.5).

Por isso é que, ao abrigar-se esses direitos, nos novos textos, nos países em que se cogita de fazer-se a reformulação do direito positivo — como no direito brasileiro (3) — não se verificará conflito de leis (4). Ao revés, a matéria apresenta-se como inovação, no sentido de se preencherem vazios existentes.

BIBLIOGRAFIA

I — Sobre direitos da pessoa

- BEAUDANT, Robert. *Cours de Droit Civil Français*. Paris, Arthur Rousseau, 1896, t. 1.
- FIORE, Pasquale. *Dello stato e della condizione giuridica delle persone*. Napoli, Eugenio Marghieri, 1893, vol. I.
- NÉGULESCO, Demètre. *Le problème juridique de la personnalité morale et son application*. Paris, Arthur Rousseau, 1900.
- PLANIOL, Marcel e RIPERT, Georges. *Traité Pratique de Droit Civil Français*. Paris, Lib. Générale de Droit et de Jurisprudence, 1925, t. 1.
- SALEILLES, Raymond. *De la personnalité juridique*. Paris, Arthur Rousseau, 1922, 2.^a ed.

II — Sobre direitos de personalidade

- ARMINJON, Nolde e WOLFF. *Traité de Droit Comparé*. Paris, Lib. Générale, 1950.

- BITTAR, Carlos Alberto. "O Direito de Autor no plano das liberdades públicas" in *Justitia* nº 98.
- CATAUDELA, Antonino. *La tutela civile della vita privata*. Milano, Giuffrè, 1972.
- CHAVES, Antonio. *Lições de Direito Civil*. S. Paulo, E. Bushatsky, 1972, Parte Geral, vol. 3.
- CUPIS, Adriano de. *Os direitos da personalidade*. Trad. de ADRIANO VERA JARDIM e ANTONIO MIGUEL CAEIRO, Lisboa, Liv. Moraes Editora, 1961.
- DIEZ, Joaquim Diaz. *Los derechos físicos de la personalidad*. Madrid, Ediciones Santillana, s/data.
- DUVAL, Hermano. *Direitos autorais nas invenções modernas*. Rio, Andes, 1956.
- FARIA, Anacleto de Oliveira. *Instituições de Direito*. S. Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1975, 3.ª ed.
- FRANÇA, Rubens Limongi. *Manual de Direito Civil*. S. Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1972, vol. 2, t. 1; e "Direitos privados da personalidade", in *Revista dos Tribunais*, 370/7.
- GABBA, Carlos Francesco. *Teoria della personalità*. Torino. Torinese, 1897, 3ª ed., vol. II.
- GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. Rio, Forense, 1974; e "Direitos de personalidade", in *Revista Forense*, 216/5.
- LINDON, Raymond. *Les droits de la personnalité*. Paris, Dalloz, 1974.
- MAZEAUD, Henri, Léon e Jean. *Leçons de Droit Civil*. Paris, Ed. Montchrestien, 1965.
- MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado — Direitos da personalidade*. Rio, Borsoi, 1955, T. VII.
- MORAES, Walter. "Direito à própria imagem", in *Revista dos Tribunais*, 44/64 e 444/11; e *Adoção e verdade*. S. Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1974.
- NONATO, Orozimbo. "Personalidade", verbete in *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*, vol. XXXVII, págs. 69 e 79.
- OLIVEIRA, Moacyr de. "Evolução dos direitos da personalidade", in *Revista dos Tribunais*, 402/32.
- ONDEI, Emilio. *Le persone fisiche di diritti della personalità*. Torino, Torinese, 1965.
- PERLINGIERI, Pietro. *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*. Napoli, Jovene, V. Camerino, 1972.
- TOBEÑAS, José Castan. *Los derechos de la personalidad*. Madrid, Instituto Editorial Reus, 1952.

III — Sobre Direito de Autor

(Apenas com referência aos pontos assinalados no trabalho)

- AZEVEDO, Filadelfo. *Direito moral dos escritores*. Rio, Alba, 1930.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de Autor na obra feita sob encomenda*. S. Paulo, Rev. Tribunais, 1977 e "Interpretação no Direito em geral", RT 493/24.
- CASELLI, Eduardo Piola. *Trattato del diritto di autore e del contratto di edizione*. Torino, Torinese, 1927.
- CHAVES, Antonio. *Direito autoral de radiodifusão*. S. Paulo, Max Limonad, 1952.
- DESBOIS, Henri. *Le droit d'auteur en France*. Paris, Dalloz, 1966.
- DUVAL, Hermano. *Direitos autorais nas invenções modernas*. Rio, Andes, 1956.
- HUGUET, André. *L'ordre public et les contrats d'exploitation du droit d'auteur*. Paris, Lib. Générale, 1962.
- LARDEUR, Gustave. *Du contrat d'édition en matière littéraire*. Paris, Arthur Rousseau, 1893.