

3

O direito à identidade pessoal como direito da personalidade

Introdução

Feito um panorama da evolução do pensamento civilista, de um Direito Privado apartado do Direito Público para uma superação da tradicional dicotomia para se chegar a um Direito Civil constitucionalizado, atento aos valores constitucionais e orientado por eles, com especial atenção ao princípio da dignidade da pessoa humana, parte-se ao estudo dos direitos da personalidade.

Sobretudo o princípio da dignidade da pessoa humana exerce um papel de central importância, em se tratando de cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana, como destacado por Gustavo Tepedino.

Os direitos da personalidade, por sua vez, são a categoria na qual se enquadra o objeto desse estudo, o direito à identidade pessoal. Para que se proceda a um estudo detalhado do direito à identidade pessoal é necessário verificar seu enquadramento como um direito da personalidade e, para tanto, é mister esmiuçar suas características e elementos.

No presente capítulo será feito, assim, um detalhamento dos direitos da personalidade para então verificar o enquadramento do direito à identidade pessoal e delinear suas primeiras características.

3.1 Relevância constitucional dos direitos da personalidade

Como já dito, toda a disciplina do século XIX gravitou, fundamentalmente, em torno da concepção liberal de Estado. O *Code Napoléon* era sua maior expressão, uma vez que foi fruto da Revolução francesa, da qual saiu vitoriosa a burguesia. Assim, no âmbito privado não havia qualquer previsão acerca da proteção da pessoa humana vigorando, dessa forma, o princípio da autonomia da vontade. Mesmo o BGB, código civil alemão, que rompia com a tradição civilista francesa, também não previa os direitos da personalidade.¹

Direito Público e Direito Privado eram considerados áreas estanques e impermeáveis². Tinha-se como dominante o ideal de intervenção mínima do Estado, fazendo com que atuasse apenas para manter a paz social e privilegiando, assim, a circulação de riquezas e a autonomia da vontade. O indivíduo é o valor fundamental, imperando a sua vontade e a determinação sobre seus bens.

Somente a Constituição de Weimar foi marcar uma mudança nesse panorama tradicional, uma vez que nela foram tratados institutos tipicamente representantes do direito civil: família, propriedade e contrato, atentando, assim, para a força normativa da Lei Maior, e dispondo, ainda, que os direitos pessoais deveriam ser aplicados quando se tratasse de questão atinente à personalidade humana. Dessa forma, fala-se que se produziu uma suavização dos limites da fronteira entre direito público e privado.³

A Constituição alemã data de 1919 e já configura uma mudança de perspectiva, mas somente após a Segunda Grande Guerra os direitos da personalidade passaram a realmente conformar o que é sua configuração atual: direitos essenciais à tutela da pessoa humana, de sua dignidade e integridade. Vários questionamentos foram suscitados: a impossibilidade de um direito ter equivalência de titularidade e objeto, suscitada pelas teorias negativistas; se poderiam enquadrar-se nos moldes dos direitos subjetivos ou se eram situações

¹ Danilo DONEDA, “Os direitos da personalidade no Código Civil”. In: Gustavo TEPEDINO (org.), *A parte geral do Novo Código Civil*, 2 ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 40.

² Michele GIORGIANNI, “O Direito Privado e suas atuais fronteiras”. In: *Revista dos Tribunais*, nº 747. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, pp. 35-55.

³ Danilo DONEDA, “Os direitos da personalidade no Código Civil”. In: Gustavo TEPEDINO (org.), *Temas de Direito Civil*, 2.ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 40.

jurídicas subjetivas; se eram singularmente considerados em sua tipificação ou se havia uma cláusula geral para sua tutela.

Muito também se discute quanto às fontes dos direitos da personalidade. A maior parte dos doutrinadores entende que os direitos da personalidade têm sua origem no direito natural. Sua concepção é comumente relacionada, portanto, às teorias jusnaturalistas, e esses direitos teriam a finalidade de defender o indivíduo do arbítrio e autoritarismo do poder público ou mesmo dos particulares. Defendem, assim, que seriam direitos inatos, sendo apenas reconhecidos e sancionados pelo Estado, e não por ele criados.⁴

No entanto, há que se observar que qualquer concepção que confira a direitos e obrigações deve sempre derivar da lei, não havendo como se colocar como direitos preexistentes ao Estado, e somente reconhecidos por ele. Veja-se, a respeito, a elucidação de Adriano DE CUPIS:

“A personalidade, ou capacidade jurídica, é geralmente definida como sendo uma susceptibilidade de ser titular de direitos e obrigações jurídicas. Não se identifica nem com os direitos, nem com as obrigações, e nem é mais do que a essência de uma simples qualidade jurídica.

Uma tal qualidade jurídica é um produto do direito positivo, e não uma realidade que este encontre já constituída na natureza e que se limite a registrar tal como a encontra. A susceptibilidade de ser titular de direitos e obrigações não está, no entanto, menos vinculada ao ordenamento positivo do que estão os direitos e obrigações. Nem sempre o direito positivo atribuiu aos homens, enquanto tais, uma qualificação deste gênero; e, quando lha dê, pode ela ser tanto geral como circunscrita. Assim, pode acontecer que o ordenamento jurídico atribua a certos indivíduos a susceptibilidade de serem titulares de somente de obrigações e não de direitos. E, quando se estenda a estes, pode ser limitada a determinadas categorias, tendo por fundamento as razões que podem dizer respeito ao sexo, à religião, como à nacionalidade, à raça, à classe social, e a outras.

O ordenamento jurídico é, pois, árbitro na atribuição da personalidade. A confirmação histórica nos foi dada quando o princípio de que a personalidade diz respeito a todos igualmente, salvo as limitações sofridas em lei, sofreu uma ulterior limitação (sucessivamente eliminada) devida às preocupações de índole racial. Tal característica manifesta-se igualmente na atribuição da personalidade aos nascituros e a entes diversos dos homens”.⁵

Assim, claro está que a fonte dos direitos da personalidade, assim como todos os demais direitos, não parte de algo pré-concebido; são criações humanas,

⁴ É o que defende Carlos Alberto BITTAR. Assim: “Isso não importa, no entanto, em cingir os direitos da personalidade aos reconhecidos pelo ordenamento jurídico. Esses direitos (...) existem antes e independente do direito positivo, como inerentes ao próprio homem, considerado em si e em suas manifestações.” (*Os direitos da personalidade*, 7.ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006, pp. 7-8).

⁵ Adriano DE CUPIS, *Os Direitos da Personalidade*. Tradução Antonio Celso Furtado Rezende, Campinas: Romana, 2004, pp. 19-20.

a partir de determinados valores nos quais se inserem uma coletividade, sendo noções condicionadas ao momento histórico, portanto. Somente nele se pode conferir a um bem jurídico a qualidade de superior, uma vez que não há bem não sacrificado na história da humanidade, sob os mais variados argumentos: éticos, políticos, religiosos. Exatamente por essa razão o Estado de Direito se utiliza da ordem jurídica como instrumento capaz de impedir o cometimento de abusos por parte de quem, sob qualquer justificativa, pretendesse violar garantias individuais asseguradas pelo direito posto, em virtude da soberania popular.⁶

Dessa forma, prefere-se, na atribuição da qualidade de “inatos” aos direitos da personalidade, considerar sua aceção sendo a de direitos que nascem junto com seu titular, sendo certo que tal garantia é positivada no ordenamento. Estar-se-á, portanto, distante da concepção jusnaturalista. Frise-se que nem todos os direitos da personalidade são inatos, pelo simples fato de terem um requisito específico, como é o caso dos direitos morais do autor, cuja tutela requer uma criação intelectual.⁷

As teorias negativistas⁸, por sua vez, representavam os questionamentos da doutrina acerca da existência conceitual dos direitos da personalidade, sua natureza, conteúdo e disciplina. Defendiam os negativistas que seria uma contradição lógica se entender a personalidade como titular e objeto de direitos. Parte-se, portanto, de uma concepção de personalidade como o direito de alguém sobre si mesmo.⁹

A crítica a essa concepção e sua diferenciação da capacidade é precisamente formulada por San Tiago DANTAS, que assevera:

“A palavra personalidade está tomada, aí, em dois sentidos diferentes. Quando falamos em *direitos da personalidade*, não estamos identificando aí a personalidade como a capacidade de ter direitos e obrigações; estamos então considerando a personalidade como um fato natural, como um conjunto de atributos inerentes à condição humana; estamos pensando em um homem vivo e não nesse atributo especial do homem vivo, que é a capacidade jurídica em outras ocasiões identificada como personalidade.”¹⁰

⁶ Gustavo TEPEDINO, “A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-Constitucional Brasileiro”. In: *Temas de Direito Civil*, 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, pp. 41-42.

⁷ Ibid, p. 44.

⁸ São dela representantes: SAVIGNY, UNGER, THON, VON THUR, entre outros.

⁹ Gustavo TEPEDINO, loc cit., pp. 25-26.

¹⁰ Francisco Clementino de SAN TIAGO DANTAS, *Programa de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 192.

A personalidade, considerada como sujeito de direito, não pode ser também o objeto desse direito, o que denota claramente que não se exaure na categoria de direito subjetivo. Assim, os direitos da personalidade previstos no Código de 2002 são corolários de uma compreensão da pessoa como valor, que especialmente requer tutela ao conjunto de atributos inerentes e indispensáveis ao ser humano.¹¹

A concepção dos direitos da personalidade sempre foi bastante controversa, havendo grande discussão quanto à utilização de institutos de Direito Civil para a proteção da personalidade e seus bens, defendida por uma parte da doutrina. Outra parte, no entanto, entendia ser impossível a configuração de um direito cujo objeto de sua relação jurídica se confunde com o próprio sujeito, em uma relação de direito subjetivo.¹²

De um lado, alguns autores sustentam que os direitos da personalidade podem ser tipificados e enquadrados como direitos subjetivos, em razão das peculiaridades estruturais dos atributos da personalidade em relação a outros bens suscetíveis de apropriação jurídica. Fala-se, nessa hipótese, em “direitos da personalidade”, considerados singularmente, ao invés de se entender que haja um “direito geral da personalidade”.¹³

Por outro lado, alguns utilizam outra noção, que não a de direito subjetivo. Fala-se, por exemplo, em interesse jurídico relevante. Ao se utilizar o conceito de “interesse jurídico relevante” se pretende conferir relevância jurídica a determinados bens que dizem respeito à esfera da personalidade humana. Isso se dá independentemente da sua qualificação como pertencente ou não à categoria de direito subjetivo, e caracterizada por uma gradação de proteção de interesse diversa, reconhecendo a tutelabilidade de interesses de várias naturezas diretamente o indiretamente reconhecidos por uma norma legal. A dificuldade de se entender os bens da personalidade como direitos subjetivos se dá em razão da

¹¹ Rafael Garcia RODRIGUES, “A pessoa e o ser humano no novo Código Civil”. In: Gustavo TEPEDINO (org.), *A parte geral do Novo Código Civil*, 2 ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 3.

¹² A discussão foi superada, contudo, quando da adoção dos direitos da personalidade no sistema romano-germânico. (Danilo DONEDA, “Os direitos da personalidade no Código Civil”. In: Gustavo TEPEDINO (org.), *A parte geral do Novo Código Civil*, 2 ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pp .41-42).

¹³ Defendem essa tese: Adriano DE CUPIS, (*I diritti della personalità*, Milano: Giuffrè, 1982, p. 13); Massimo C. BIANCA, (*Diritto Civile I. La norma giuridica. I soggetti*, Milano: Giuffrè, 1990 (1978), p. 146); Massimo DOGLIOTTI (“Le persone fisiche”. In: *Trattato di diritto privato*, diretto da Pietro Rescigno, vol II, t. I, Torino: Utet, 1992, p.70) *apud* Giorgio PINO, *Il diritto all'identità personale*, cit., p. 136.

concepção do direito subjetivo como situação de vantagem ativa, como poder que tem por conteúdo uma faculdade de agir para a satisfação de um certo interesse. Nesse caso, falar-se-á genericamente de “bens da personalidade” ou de “atributos da personalidade” ou de diversos “interesses”: à identidade pessoal, à privacidade, etc. A diferença em relação à posição anterior é que para os defensores dessa tese, o “bem da vida” constitui objeto de uma “tutela objetiva” prestada pelo ordenamento, diferentemente da tutela dos direitos subjetivos, que dependem da existência de um válido título que o atribua. Nesse sentido, alguns representantes desse pensamento seriam F. SANTORO PASSARELLI, M. BESSONE, G. ALPA.¹⁴

Outra corrente, inicialmente semelhante a essa última, entende que não há como se enquadrar os direitos da personalidade na forma dos direitos subjetivos, relacionado com a apropriação de algo externo ao sujeito. Além disso, a sempre crescente e mutante necessidade de proteção da pessoa humana. Nesse caso, com vistas a atender a tais demandas, não há que se falar em direitos da personalidade ou de bens da personalidade, mas de uma “cláusula geral de tutela da personalidade”, ou de “valor jurídico da pessoa”, reconhecida na Constituição¹⁵. Aplicando-se ao ordenamento jurídico brasileiro, ao art. 1º, III, da Constituição Federal de 88 se apresenta como a cláusula geral de tutela da pessoa humana pela proteção da sua dignidade, trazendo, assim, como postulados, a defesa da igualdade, da integridade psicofísica, da liberdade e da solidariedade.¹⁶ Essa tese tem como principais defensores os juristas italianos P. PERLINGIERI¹⁷ e D.

¹⁴ Francesco SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, Jovene, 1989, p. 50; Mario BESSONE, e G. Ferrando, “Persona física (diritto privato)”. In: *Enciclopedia del Diritto*, vol XXXIII, Milano, Giuffrè, 1983, p. 204; Guido ALPA, Mario BESSONE e Vincenzo ZENOVICH, “Obbligazione e contratti”. In: *Trattato di diritto privato*, (org.) Pietro Rescigno, vol. XIV, t. VI, Torino, Utet, 1995, pp.136-162 *apud* Giorgio PINO, *Il diritto all'identità personale*, cit., pp. 136-137.

¹⁵ Giorgio PINO, *Il diritto all'identità personale*, cit., p.138.

¹⁶ Maria Celina BODIN DE MORAES, *Danos à Pessoa Humana*, cit., p. 127.

¹⁷ “O art. 2 Const. É uma norma diretamente aplicável e exprime uma cláusula geral de tutela da pessoa humana: o seu conteúdo não se limita a resumir os direitos tipicamente previstos por outros artigos da Constituição, mas permite estender a tutela a situações atípicas” (Pietro PERLINGIERI, *Perfis do Direito Civil*, cit., p. 155).

MESSINETTI,¹⁸ e, no Brasil, Maria Celina BODIN DE MORAES¹⁹ e Gustavo TEPEDINO.²⁰

Assim, diante de tal perspectiva, parece mais acertado este último posicionamento, segundo o qual o art. 1º, III da Constituição Federal se apresenta como uma cláusula geral de tutela da pessoa humana, de modo a protegê-la de todas as maneiras necessárias, fazendo, inclusive, com que se possa adotar, sem necessidade de positivação, a aplicação da tutela da identidade pessoa no ordenamento jurídico brasileiro. Isso é possível porque esse instituto se apresenta como expressão da citada norma constitucional, possibilitando a proteção da identidade pessoa humana, entendida como sua verdade histórica, que não se encontra propriamente tutelada por nenhuma figura jurídica existente hoje no país.

3.2

Os direitos da personalidade no Brasil, para além do CC de 2002

O Código Civil de 1916, fruto de Estado Liberal de matriz kantiana, solidificando a ideologia dominante do século XIX, e constituiu-se como “A Constituição do Direito Privado”. Assim, o Código retrata um modelo em que imperavam os postulados da liberdade absoluta, da igualdade formal, da não intervenção estatal; era o primado da autonomia da vontade.

Em 1988, com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, seguindo o modelo da Constituição alemã, não só tratou de institutos tipicamente civilistas, trazendo-o para a dita “esfera pública”.

A Constituição de 1988, assim, tratou da personalidade em diversos de seus dispositivos, como explicita Carlos Alberto BITTAR:

“Expurgadas, felizmente, do texto, as matérias estranhas, acabou sendo aprovada a longa Declaração de Direitos Individuais (Título II, Capítulo I, art. 5º), com a inserção de novas figuras e de novos mecanismos de garantia, ampliando-se, pois,

¹⁸ Pietro PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, Jovene, 1972, pp. 139, 174; Davide MESSINETTI, “Personalità (diritti della)”. In: *Enciclopedia del Diritto*, vol. XXXIII, Milano: Giuffrè, 1983, pp. 355-406 *apud* Giorgio PINO, *Il diritto all'identità personale*, cit., p.138.

¹⁹ Maria Celina BODIN DE MORAES, *Danos à Pessoa Humana. Uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais*, cit., esp. pp. 117 et. seq.

²⁰ Gustavo TEPEDINO, “A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-constitucional Brasileiro”, cit., esp. pp. 47 et. seq.

sensivelmente, o rol contemplativo na Constituição de 1967, centrado em “direitos à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade” (art.153), com a enumeração de outros em seu contexto (§§ 5º, 9º, 10, 14, 25).

Refere-se, o novo texto, ao lado das liberdades e do sigilo, especialmente a: intimidade; vida privada; honra; imagem das pessoas (assegurando-se o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação: inc. X); direitos autorais (inc. XXVII); participações individuais em obras coletivas; e reprodução da imagem e da voz humanas (inclusive nas atividades desportivas: inc. XXVIII)”.²¹

Alguns direitos da personalidade são previstos fora do capítulo destinado aos direitos individuais, como é o caso do art. 220 da Constituição brasileira, que garante a liberdade de manifestação de pensamento, de criação, de expressão e de informação²². Outros, ainda, encontram-se dispostos na legislação extravagante, como é o caso da Lei nº 9.434/97 que regula o transplante de órgãos previsto no art. 199, § 4º da Constituição; a Lei nº 9.610/98, que trata dos direitos morais do autor; e os arts. 54 e ss. da Lei nº 6.015/73, que tratam do direito ao nome.²³

A Carta Magna também estabeleceu, pelo art. 1º, III, que a dignidade da pessoa humana é fundamento da República. Foi consagrada, dessa forma, a cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana, condicionando “o intérprete e o legislador ordinário, modelando todo o tecido normativo infraconstitucional com a tábua axiológica eleita pelo constituinte”, sagrando-se como a cláusula geral da personalidade.²⁴

Assim, conforme destaca Maria Celina BODIN DE MORAES, está superada, considerando tal dispositivo, a discussão existente entre as teorias monista e pluralista. Assim:

“Não há mais, de fato, que se discutir sobre uma enumeração taxativa ou exemplificativa dos direitos da personalidade, porque se está em presença, a partir do dispositivo constitucional da dignidade, de uma cláusula geral de tutela da pessoa humana. Por outro lado, tampouco há que se falar apenas em ‘direitos’

²¹ Carlos Alberto BITTAR, *Os direitos da personalidade*, 7ª. Ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006, p. 61.

²² Art. 220. “A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 1º - Nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

§ 2º - É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.”

²³ Gustavo TEPEDINO, “A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-Constitucional Brasileiro”. In: *Temas de Direito Civil*, 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 35.

²⁴ Gustavo TEPEDINO, “A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-Constitucional Brasileiro”, cit., p. 47.

(subjetivos) da personalidade, mesmo se atípicos, porque a personalidade humana não se realiza somente através de direitos subjetivos, que podem se apresentar, como já referido, sob as mais diversas configurações: como poder jurídico, como direito potestativo, como interesse legítimo, pretensão, autoridade parental, faculdade, ônus, estado – enfim, como qualquer circunstância juridicamente relevante”.²⁵

Os direitos da personalidade não possuíam previsão no Código Civil de 1916, mas isso não significa que não existiam no Brasil até o Código de 2002. Eles existiram mesmo naquele período em virtude de construções doutrinárias que tiveram por base leis especiais e a Constituição da República. “A rigor, a lógica fundante dos direitos da personalidade é a tutela da dignidade da pessoa humana”.²⁶

O Código Civil de 2002 representou uma inovação em relação ao anterior ao incluir um capítulo que trata de alguns direitos da personalidade, do qual constam onze artigos, constando, desses, duas cláusulas gerais (os arts. 12 e 21). Dessa forma, poder-se-ia entender que buscou conferir maior proteção à pessoa humana, e maior efetividade ao dispositivo constitucional. Estão ali dispostos os direitos à integridade física, o direito ao nome, à honra, à imagem e à privacidade. No entanto, a técnica utilizada para a inserção de tais direitos expressamente na lei civil se deu utilizando a técnica dos direitos patrimoniais que, como já visto, não é adequada a tutelar as inúmeras e crescentes formas de tutela que demandam a pessoa humana.

Os arts. 13, 14 e 15 referem-se aos direitos à integridade física. O primeiro estabelece a vedação dos atos de disposição do próprio corpo na medida em que importem diminuição permanente da integridade física ou seja contrária aos bons costumes, excetuando-se em caso de exigência médica.²⁷ O art. 14 prevê a possibilidade de disposição do próprio corpo após a morte²⁸, e o art. 15 estabelece

²⁵ Maria Celina BODIN DE MORAES, *Danos à Pessoa Humana. Uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pp. 117-118.

²⁶ Gustavo TEPEDINO, “Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002”. In: Gustavo TEPEDINO (org.), *A parte geral do Novo Código Civil*, 2 ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pp. XXI e XXIX).

²⁷ “Art. 13. Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes. Parágrafo único. O ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial”.

²⁸ “Art. 14. É válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte. Parágrafo único. O ato de disposição pode ser livremente revogado a qualquer tempo”.

a autonomia do paciente para decidir quanto à sua submissão a tratamento médico ou cirurgia que importe em risco de vida.²⁹

Os arts. 16 a 19 tratam do direito ao nome e pseudônimo. Esse é um ponto central para o presente trabalho, uma vez que se parte, com isso, para uma interpretação extensiva, capaz de abrigar a tutela da identidade pessoal, como defendido por Maria Celina BODIN DE MORAES³⁰ e Gustavo TEPEDINO³¹, e tratado especificamente no Capítulo 6.³²

A tutela da imagem e da honra encontra-se disposta no art. 20, de redação confusa e técnica ultrapassada, pois coloca como critério hábil a conferir licitude a administração da justiça e a manutenção da ordem pública – parâmetros não respaldados no texto constitucional –, além de vincular a imagem à honra, desconsiderando que há muito já se entende que são direitos autônomos.³³

A inviolabilidade da vida privada está prevista no art. 21.³⁴ Esse dispositivo se apresenta como cláusula geral uma vez que prevê a possibilidade de o juiz adotar “todas as medidas necessárias” para que se impeça ou faça cessar quaisquer atos que a violem.

Da mesma maneira, o art. 12³⁵ é também uma cláusula geral. Tal característica está presente na medida em que se prevê a possibilidade da utilização de tutela inibitória para que se faça cessar lesão a direito da personalidade.

²⁹ “Art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.”

³⁰ Maria Celina BODIN DE MORAES, “A tutela da Identidade Pessoal no Código de 2002”, *mimeo, passim*.

³¹ Gustavo TEPEDINO, “A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-Constitucional Brasileiro”. In: *Temas de Direito Civil*, 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 36.

³² “Art. 16. Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome.

Art. 17. O nome da pessoa não pode ser empregado por outrem em publicações ou representações que a exponham ao desprezo público, ainda quando não haja intenção difamatória.

Art. 18. Sem autorização, não se pode usar o nome alheio em propaganda comercial.

Art. 19. O pseudônimo adotado para atividades lícitas goza da proteção que se dá ao nome”.

³³ “Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes”.

³⁴ Art. 21. “A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma”.

³⁵ Art. 12. “Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei”.

Há, contudo, que se destacar a ausência de inovações nesse campo, uma vez que os dispositivos constitucionais já traziam tal previsão. Relacionando tais artigos do Código Civil com a cláusula geral de tutela da personalidade do art. 1º, III da Constituição da República, ter-se-á distanciado da noção tipificadora para ampliar a tutela da pessoa não só para abarcar novas hipóteses de ressarcimento, mas também para “promover a tutela da personalidade mesmo fora do rol dos direitos subjetivos previstos pelo legislador codificado”.³⁶ Somente dessa forma poder-se-á conferir à pessoa humana uma tutela integral, não exaustiva, de acordo com suas características, que ensejam demandas progressivas e imprevisíveis, porque sofrem alteração ao longo do tempo. Da mesma forma, a rígida dicotomia entre direito público e privado tornaria insuficiente a regulação de situações que reclamam a tutela dessas duas áreas – isto é, do Estado, da família, da empresa, do indivíduo – em questões em que está presente o interesse da pessoa humana, como é o caso da inseminação artificial, da reprodução assistida, dos transexuais, do tratamento dos dados pessoais, do desvirtuamento da identidade pessoal.³⁷

3.3 **Características dos direitos da personalidade**

Os direitos da personalidade são aqueles em que o bem tutelado não é externo à pessoa, mas intrínseco a ela, referindo-se aos seus atributos essenciais e às exigências de caráter existencial ligadas à pessoa humana enquanto tal.³⁸

Esses são direitos dotados de generalidade, isto é, são naturalmente concedidos a todos, pelo simples fato de estar vivo, ou pelo único fato de ser; extrapatrimoniais, uma vez que são insuscetíveis de avaliação econômica, embora sua lesão possa causar efeitos patrimoniais; absolutos, porque se impõe à coletividade o dever de respeitá-los; indisponíveis, pois seu titular não pode deles dispor, sendo, portanto, também irrenunciáveis e impenhoráveis; imprescritíveis uma vez que uma lesão a um direito da personalidade não enseja perecimento da

³⁶ Gustavo TEPEDINO, “A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-Constitucional Brasileiro”, cit., p. 37.

³⁷ Gustavo TEPEDINO, “A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-Constitucional Brasileiro”, cit., pp. 38.

³⁸ Maria Celina BODIN DE MORAES, “A tutela da identidade pessoal no Código de 2002”, *mimeo*, p. 2.

pretensão ressarcitória ou reparadora; por fim, são também intransmissíveis³⁹, extinguindo-se com a morte do seu titular, uma vez que têm caráter personalíssimo.⁴⁰

É importante mencionar, no entanto, que para a maior parte dos doutrinadores⁴¹, os direitos da personalidade dividem-se em dois grandes grupos: os direitos à integridade física (direito à vida, ao corpo e suas partes destacadas e ao cadáver) e os direitos à integridade moral (direito à honra, à liberdade, à intimidade, à imagem, ao nome e direito moral do autor).⁴²

Ressalte-se que as características dos direitos da personalidade são normalmente destacadas com o objetivo de traçar uma diferenciação com os outros direitos subjetivos. Em virtude de a tipificação dos direitos da personalidade nos moldes dos direitos subjetivos mostrar-se inadequada, pelo fato de se tratar de categoria criada para atender às características dos direitos patrimoniais – sendo, portanto, de natureza absolutamente diversa daqueles existenciais, ligados à proteção da pessoa humana – conclui-se que tal distinção estaria superada diante da presença, no ordenamento jurídico pátrio, da cláusula geral da personalidade, ou cláusula geral de tutela da pessoa humana. Estando por

³⁹ A característica da intransmissibilidade é controvertida. Há entendimento, muitas vezes adotado por doutrinadores e utilizado na jurisprudência, segundo o qual alguns interesses tutelados permanecem mesmo após a cessação da personalidade, com a morte. Seriam eles a imagem, o nome, a autoria, a sepultura e o cadáver do falecido. Tal posicionamento se baseia nos parágrafos únicos dos arts. 12 e 20 do CC/2002, que no entanto não se apresentam como exceção à intransmissibilidade, mas apenas estabelecem a legitimidade para requerer a tutela dos direitos da personalidade da pessoa falecida. *In verbis*:

“Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei. Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até quarto grau”.

“Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição, ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama e a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais. Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes”.

(Gustavo TEPEDINO, Heloisa Helena BARBOZA e Maria Celina BODIN DE MORAES (orgs.) *et alli*. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, pp. 34-35, 56-57).

⁴⁰ Gustavo TEPEDINO, “A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-Constitucional Brasileiro”. In: *Temas de Direito Civil*, 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, pp. 33-34.

⁴¹ V., por todos, Orlando GOMES, *Introdução ao Direito Civil*, Rio de Janeiro: Forense, 1999, 13ª Edição, pp. 153-154.

⁴² Gustavo TEPEDINO, “A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-Constitucional Brasileiro”, cit., pp. 35-36.

ela tutelados, os direitos da personalidade, por óbvio, não partilharia das características dos direitos patrimoniais.⁴³

A inserção dos artigos que tratam dos direitos da personalidade no Código Civil de 2002 é insuficiente a tutelar o que pretende, isto é, a pessoa humana e seus interesses existenciais, em razão técnica ali empregada para a proteção da pessoa humana.⁴⁴ A tipificação dos direitos da personalidade, seja de cunho monista ou pluralista, seguindo a trilha dos direitos patrimoniais – na sua detalhada classificação, na definição de poderes do titular e nos mecanismos previamente definidos para sua proteção –, está em franco desacordo com a natureza desse direito. As formas de tutela são imprevisíveis porque estão atreladas às necessidades da pessoa humana, que mudam de acordo com o tempo, com os avanços tecnológicos, com o momento histórico. Uma previsão normativa rígida, portanto, não se compatibiliza com situações mutantes por excelência, embora merecedoras e carecedoras de tutela jurídica.⁴⁵

Diante dessa dificuldade, há que se buscar o fundamento na função informadora dos princípios da Constituição Federal, hábeis a tutelar valores não expressamente tratados no texto legal ou restritamente dispostos.⁴⁶ Veja-se, a respeito, a valiosa lição de Pietro PERLINGIERI:

A hierarquia das fontes não responde apenas a uma expressão de certeza formal do ordenamento para resolver os conflitos entre as normas emanadas por diversas fontes; é inspirada, sobretudo, em uma lógica substancial, isto é, nos valores e na conformidade com a filosofia de vida presente no modelo constitucional. O respeito à Constituição, fonte suprema, implica não somente a observância de certos procedimentos para emanar a norma (infraconstitucional), mas, também, a necessidade de que

⁴³ Danilo DONEDA, “Os direitos da personalidade no Código Civil”, cit., p. 47.

⁴⁴ Veja-se, a respeito, a constatação de Gustavo TEPEDINO: “O novo Código nascerá velho principalmente por não levar em conta a história constitucional brasileira e a corajosa experiência jurisprudencial, que protegem a personalidade humana mais do que a propriedade, o ser mais do que o ter, os valores existenciais mais do que os patrimoniais. E é demagógico porque, engenheiro de obras feitas, pretende consagrar direitos que, na verdade, estão tutelados em nossa cultura jurídica pelo menos desde o pacto político de outubro de 1988.” (“O Novo Código Civil: duro golpe na recente experiência constitucional brasileira”, Editorial da *Revista Trimestral de Direito Civil*, n. 7. Rio de Janeiro: Padma, jul.-set. 2001, p. iv).

⁴⁵ Gustavo TEPEDINO, “Direitos Humanos e Relações Jurídicas Privadas”. In: *Temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 62.

⁴⁶ Cf. Maria Celina BODIN DE MORAES, “A Caminho de um Direito Civil Constitucional”. In: *Direito, Estado e Sociedade*: Revista do Departamento de Direito da PUC-Rio, n. 1, 2. ed. Rio de Janeiro: PUC-Rio, jul./dez. 1991, pp. 59-73; Gustavo TEPEDINO, “Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil”. In: *Temas de Direito Civil*, 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 1-22; Luiz Edson FACHIN, *Teoria Crítica do Direito Civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 2000, *passim*.

o seu conteúdo atenda aos valores presentes (e organizados) na própria Constituição.⁴⁷

Assim, a perspectiva de um Direito Civil orientado por valores constitucionais é também aqui imprescindível, a fim de possibilitar a plena proteção da pessoa humana, como mais detalhadamente explicitado no Capítulo 2.

3.4

O direito à identidade pessoal como direito da personalidade

Diante da cláusula geral dos direitos da personalidade no Código Civil, em seu art. 12, e da cláusula geral de tutela da personalidade na Constituição Federal, claro está que é possível a criação de um novo direito da personalidade a fim de tutelar com maior precisão as demandas da pessoa humana. Assim, o direito à identidade pessoal, interesse juridicamente relevante, pode ser tutelado no ordenamento brasileiro.

Tal direito integra a categoria dos bens da personalidade por se tratar de um direito essencial relacionado com a pessoa humana, é uma situação jurídica subjetiva. Portanto, dá ensejo à concessão de tutela inibitória para que cesse a lesão ou ameaça de lesão a esse direito da personalidade e, caso tenha sido lesionado, justifica pedido de indenização por danos morais, enquanto ofensa à dignidade da pessoa humana na sua dimensão psicofísica, além da previsão da lei civil.

Como tal, detém todas as características dos direitos da personalidade: é um direito dotado de generalidade, pois é concedido a todos, pelo simples fato de estar vivo, ou pelo único fato de ser; extrapatrimoniais, uma vez que é insuscetível de avaliação econômica, embora sua lesão possa causar efeitos patrimoniais; absoluto, porque se impõe à coletividade o dever de respeitá-lo (respeitar a identidade pessoal); indisponível, pois seu titular não pode dele dispor, sendo, portanto, também irrenunciável e impenhorável; imprescritível uma vez que uma lesão a um direito da personalidade não enseja perecimento da pretensão

⁴⁷ Pietro PERLINGIERI, *Perfis do Direito Civil*. Tradução Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, pp. 9-10.

ressarcitória ou reparadora; por fim, é também intransmissível⁴⁸, extinguindo-se com a morte do seu titular, uma vez que tem caráter personalíssimo.⁴⁹

A maior justificativa que se pode dar ao reconhecimento do direito à identidade pessoal no ordenamento brasileiro e sua perspectiva de integrar os direitos da personalidade reside, assim, no seu fundamento constitucional, isto é, na cláusula geral de tutela da pessoa humana.

O art. 1º, III da Constituição Federal é norma dotada de eficácia plena e imediata, e, na qualidade de cláusula geral para tutelar a pessoa humana, seu conteúdo não se limita congregando naquele dispositivo os demais direitos expressamente consagrados no texto constitucional. Ele se presta, sobretudo, a contemplar e tutelar situações atípicas.⁵⁰

Dessa forma, é imprescindível atentar para o que esclarece Pietro PERLINGIERI:

“Afirmada a natureza necessariamente aberta” da normativa, é da máxima importância constatar que a pessoa se realiza não através de um único esquema de situação subjetiva, mas com uma complexidade de situações que ora se apresentam como poder jurídico (*potestà*), ora como interesse legítimo, ora como direito subjetivo, faculdade, poderes. Devem ser superadas as discussões dogmáticas sobre a categoria do direito (ou dos direitos) da personalidade. Nestas discussões controvertia-se principalmente sobre a possibilidade de assimilar a personalidade à categoria (em aparência “geral” e, portanto, vista – sem razão – como “universal”) do direito subjetivo, como tinha sido elaborado pela tradição

⁴⁸ A característica da intransmissibilidade é controvertida. Há entendimento, muitas vezes adotado por doutrinadores e utilizado na jurisprudência, segundo o qual alguns interesses tutelados permanecem mesmo após a cessação da personalidade, com a morte. Seriam eles a imagem, o nome, a autoria, a sepultura e o cadáver do falecido. Tal posicionamento se baseia nos parágrafos únicos dos arts. 12 e 20 do CC/2002, que no entanto não se apresentam como exceção à intransmissibilidade, mas apenas estabelecem a legitimidade para requerer a tutela dos direitos da personalidade da pessoa falecida. *In verbis*:

“Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei. Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até quarto grau”.

“Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição, ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama e a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais. Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes”.

(Gustavo TEPEDINO, Heloisa Helena BARBOZA e Maria Celina BODIN DE MORAES (orgs.) *et alli*. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, pp. 34-35, 56-57).

⁴⁹ Gustavo TEPEDINO, “A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-Constitucional Brasileiro”. In: *Temas de Direito Civil*, 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, pp. 33-34.

⁵⁰ Pietro PERLINGIERI, *Perfis do Direito Civil*. Tradução Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 155.

patrimonialística. Não parece fundada, portanto, a opinião de quem nega uma tutela jurídica, ainda que na fase patológica, a tais situações porque não qualificáveis como direitos, ou no pressuposto de que elas não apresentariam interesses substanciais.

(...)

A personalidade é, portanto, não um direito, mas um *valor* (o valor fundamental do ordenamento) e está na base de uma série aberta de situações existenciais, nas quais se traduz a sua incessantemente mutável exigência de tutela. Tais situações subjetivas não assumem necessariamente a forma do direito subjetivo e não devem fazer perder de vista a unidade do valor envolvido. Não existe um número fechado de hipóteses tuteladas: tutelado é o valor da pessoa sem limites, salvo aqueles colocados no seu interesse e naqueles de outras pessoas. A elasticidade torna-se instrumento pra realizar formas de proteção também atípicas, fundadas no interesse à existência e no livre-exercício da vida de relações.

(...)

O fato de a personalidade ser considerada como valor unitário, tendencialmente sem limitações, não impede que o ordenamento preveja, autonomamente, algumas expressões mais qualificantes (...) O juiz não poderá negar tutela a quem peça garantias sobre um aspecto da sua existência que não tem previsão específica, porque aquele interesse já tem uma relevância ao nível de ordenamento e, portanto, uma tutela também em nível judicial.⁵¹

Assim, a relevância constitucional dos direitos da personalidade reside no princípio da dignidade da pessoa humana, que faz com que se deva protegê-la em sua totalidade, independentemente de previsão expressa e da forma de tutela que se venha a requerer. Importa, assim, a efetivação desse mandamento.

⁵¹ Pietro PERLINGIERI, *Perfis do Direito Civil*. Tradução Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, pp. 155-156.