

OS DIREITOS DE PERSONALIDADE NO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

SUMÁRIO: 1. O Código Civil e a pessoa; 2. A ausência de previsão dos direitos de personalidade; 3. A explicação pelos antecedentes; 4. A evolução posterior; 5. A distinção entre direitos fundamentais e direitos de personalidade; 6. A ambiguidade da multiplicação dos direitos fundamentais; 7. Direitos da personalidade e direitos pessoais; 8. O regime dos direitos de personalidade; 9. O fundamento ético indeclinável; 10. Direito da personalidade e direito dos egoísmos individuais.

1. O Código Civil e a pessoa

Reunimo-nos aqui para homenagear este monumento que é o Código Civil brasileiro.

Marcou profundamente este século. Marcou-o mesmo totalmente, desde a sua preparação até à provável vigência no dealbar de 2000.

É um monumento na sua estruturação científica, só possível pelo alto nível que a doutrina civilística brasileira atingiu no século passado; só isso permitiu um diploma desta envergadura. Porque um Código Civil representa sempre um espelho muito fiel da ciência jurídica dum povo.

O Código estrutura-se em grandes categorias científicas, logo visíveis no art. 1.º – quando refere as pessoas, os bens e as situações jurídicas. Não é difícil encontrar aqui manifestação da tripartição de Gaio, nas suas *Institutiones*, em pessoas, coisas e acções.

Começa pelas pessoas (arts. 2 e seguintes). O que não pode deixar de ser sublinhado, porque a pessoa é simultaneamente:

- o fim do direito
- o fundamento da personalidade jurídica
- o sujeito das situações jurídicas.

O Código Civil preocupa-se particularmente com o terceiro aspecto: a pessoa que funciona como sujeito das situações jurídicas.

Mas isto não significa que o Código Civil não manifeste sensibilidade à pessoa ontológica.

Isso revela-se nomeadamente no art. 4, no que respeita ao nascituro.

Nesta matéria, como em várias outras, o Código Civil brasileiro poderia encontrar modelos no Código Civil alemão de 1900 e no Código Civil português de 1867.

O BGB proclama secamente, no seu § 1º: “A capacidade jurídica do homem começa com o nascimento completo”.

O art. 6 do Código Civil português de 1867 era do seguinte teor: “A capacidade jurídica adquire-se pelo nascimento; mas o indivíduo, logo que é procriado, fica debaixo da protecção da lei; e tem-se por nascido para os efeitos declarados no presente Código”.

O Código Civil brasileiro vai além, mesmo do Código Civil português: declara que “a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro”. Afirmando direitos, afirma a personalidade ontológica do embrião, pois só desta maneira lhe poderá reconhecer direitos.

Seguindo por esta via, e tendo presente a noção ontológica de pessoa que não pode deixar de subjazer à lei, procuremos então determinar os direitos que o Código Civil reconhece à pessoa, fundado justamente na sua dignidade de pessoa. Porque o art. 1.º se propõe regular os direitos e obrigações de ordem privada relativos às pessoas.

2. A ausência de previsão dos direitos de personalidade

Estariam em causa, antes de mais, os direitos de personalidade.

Mas, se os procurarmos, a nossa busca será vã.

Nem nos arts. 2 a 12, relativos às pessoas naturais, nem em qualquer outro lugar encontramos previstos os direitos de personalidade.

A nossa surpresa ainda aumenta se consultarmos as obras civilísticas brasileiras de carácter geral. Os direitos de personalidade não vêm sequer referidos, normalmente.

Significará isto que a categoria dos direitos de personalidade era desconhecida, no início do século?

Sabemos que não. A elaboração dos direitos naturais fora levada a fundo pelo jusracionalismo, particularmente no séc. XVIII, e tivera o seu

triunfo histórico no séc. XIX. No meio de muitas variantes possíveis, a figura dos “direitos do homem” era bem conhecida.

Esta manifestara-se historicamente antes de mais nas grandes Declarações de Direitos, que tanto haviam influenciado a história jurídica do séc. XIX.

Seria então a categoria desconhecida das codificações civis?

De novo, vamos tomar como termos de comparação o BGB e o Código Civil português de 1867.

O BGB desconhece a figura dos direitos de personalidade: não os regula.

Não surpreende que assim aconteça. A situação imperial germânica não era favorável à germinação desta figura. Por isso o BGB é um instrumento técnico de altíssimo nível mas que evita afrontar essa problemática. Em consequência, o Projecto brasileiro, que tanto se inspirou no Código alemão, não encontrou aí um precedente favorável a uma disciplina global da situação da pessoa humana.

Todavia, há no BGB um elemento de particular importância: o § 823 I, relativo à responsabilidade civil. Aí se indicam os quatro bens pessoais cuja lesão implica o ressarcimento dos danos causados:

- a vida
- o corpo
- a saúde
- a liberdade.

Esta previsão foi fundamental para o desenvolvimento posterior dos direitos de personalidade nesse país, como veremos.

Outra é a posição do Código Civil português de 1867. Contrapõe os direitos originários aos direitos adquiridos e abre um capítulo para a previsão da categoria dos direitos originários.

O Código Civil brasileiro não seguiu nenhuma destas posições.

Não seguiu a do Código português, e por isso nunca abre espaço para esta categoria de direitos.

Mas não seguiu também a do Código alemão, pelo que não realiza sequer uma enumeração dos “bens da vida” cuja lesão origina responsabilidade civil.

Neste domínio específico, tinha razões para o não fazer. O BGB baseia-se na tipicidade dos bens da vida cuja lesão pode originar responsabilidade. O Código Civil brasileiro, pelo contrário, preferiu a fórmula ampla do art. 159: basta “violar direito, ou causar prejuízo a outrem”. Qualquer enumeração seria assim deslocada ¹.

Mas, de uma maneira ou de outra, o resultado é que a matéria dos direitos de personalidade está de todo ausente do Código Civil.

3. A explicação pelos antecedentes

Haverá antecedentes internos que expliquem esta situação?

¹ Clóvis Beviláqua, Direito das Obrigações, Rio, 1977, no Índice, com referência ao § 79, manifesta consciência desta problemática ao referir o “princípio geral do projecto de Código Civil alemão”. Curiosamente, o Índice não tem nenhuma correspondência no texto. Neste, nenhum princípio geral é referido.

Os direitos de personalidade, tanto quanto nos podemos aperceber, não apareceram autonomizados na obra de Teixeira de Freitas. Talvez viessem a encontrar lugar no seu projecto tardio de um “Código Geral”, que assentaria na distinção dos direitos em pessoais e reais; mas esse projecto malogrou-se ².

É curiosa a posição de Clóvis Beviláqua. É evidente que ele conhecia a categoria. Na sua Teoria Geral faz mesmo uma classificação dos direitos em que surge, como um dos termos, o dos direitos que recaem sobre modos de ser das pessoas ³. Entre estes, encontrar-se-iam, na ordem civil, os direitos das pessoas (jura personarum). Seriam:

- direito à vida
- direito de liberdade
- direito de ser respeitado na sua honra
- direito autoral (feição pessoal).

A verdade porém é que, apesar de os referir à ordem civil, não os estuda em nenhum lugar da sua obra.

Só encontramos uma justificação para a omissão desta matéria no Código Civil. Razões pragmáticas, que tanto pesaram na sua elaboração, terão feito pesar que a matéria estava já regulada na Constituição. Quis-se assim evitar a duplicação que consistiria em retomá-la no Código Civil ⁴.

² Cfr. Sílvio Meira, Teixeira de Freitas – o Jurisconsulto do Império, Livraria José Olympio Editora, 1978, cap. XVIII.

³ Teoria Geral do Direito Civil, 2.^a ed., Editoria Rio, 1980, n.º 52.

⁴ Além disso, ter-se-á considerado a tutela penal de alguns dos mais importantes direitos da personalidade, como os direitos à vida, à integridade física, à honra e à liberdade de locomoção.

A Constituição Federal brasileira de 1891 continha uma secção epigrafada Declaração de direitos: logo se manifestava a sua inspiração nas históricas declarações dos direitos do homem e do cidadão. Se bem que integrada no título “Dos cidadãos brasileiros”, os direitos eram assegurados “a brasileiros e estrangeiros residentes no país” (art. 72).

A preocupação desta declaração de direitos é claramente a da limitação dos poderes do Estado em relação aos cidadãos; não é de modo algum a de compendiar as exigências da personalidade humana. É assim elucidativo que se declare abolida a pena de morte (§ 21) ⁵ mas se não consagre o direito à vida. E prolongava-se por matérias que nada tinham já que ver com a personalidade humana, de que era exemplar o § 27: “A lei assegurará também a propriedade das marcas de fábrica”.

Na realidade, é bem possível que esta Constituição, traduzindo mais as posições de alguns extractos sociais que uma verdadeira preocupação personalística, tenha procurado garantir posições adquiridas perante o poder emergente. Não era de supor que ultrapassasse o sentido das primitivas declarações dos direitos dos cidadãos, não obstante a sua extensão aos estrangeiros domiciliados. Em qualquer caso, era o poder político quem se pretendia vincular.

Quer dizer: os direitos assegurados eram políticos. Satisfaziam-se com a democracia formal. Não havia, a nível suficiente, a sensibilidade para a pessoa em si.

⁵ Cfr. Constituição Federal Brasileira, comentários por João Barbalho U.C., Senado Federal, 1992, anotação ao art. 72 § 21.

Mas isto gerou uma situação algo anómala. O Código Civil não regulou os direitos da personalidade porque não quis duplicar a Constituição; esta não regula os direitos civis, porque o que a preocupa são as vinculações do Estado perante os cidadãos.

4. A evolução posterior

Essa situação manteve-se fundamentalmente até hoje, perante as várias constituições, não obstante o empolamento dado ao elenco dos direitos, liberdades e garantias individuais.

Vamos porém procurar traços que melhor expliquem como se apresenta a situação perante a evolução posterior.

Não relatamos as posições tomadas pelos Códigos Civis posteriores doutros países. Não pela magnitude da tarefa: espantosamente, a produção de Códigos Civis no séc. XX foi exígua. Não teríamos que considerar mais que uma dúzia de códigos. Mas o nosso trabalho não é de Direito Comparado.

Limitamo-nos a apontar algumas realizações legislativas que sejam para nós particularmente significativas.

O Código Civil italiano, que representa um momento notável e influenciou toda a evolução posterior, contempla já alguns direitos de personalidade.

O mesmo caminho é prosseguido pelo Código Civil português de 1966, nos arts. 70 e seguintes. Intervém em dois domínios:

1) No estabelecimento de um regime comum aplicável aos direitos de personalidade, o que representa um considerável avanço

2) Na previsão de alguns direitos de personalidade.

Porém, verificamos com surpresa que os direitos previstos são afinal direitos de certo modo marginais:

- direito ao nome
- cartas-missivas
- direito à imagem
- direito à reserva sobre a intimidade da vida privada.

Não estão compreendidas as figuras mais significativas, como os direitos à vida, à honra ou à liberdade.

Porque se passa assim? Para além de o ambiente não ser muito favorável a um aprofundamento da matéria, fecha-se o pacto com a disciplina constitucional. Os direitos que estavam disciplinados na Constituição não são retomados. Disciplinam-se pelo contrário figuras que naquela estavam omissas porque menos relevantes perante uma carta política, como o direito ao nome e o direito à imagem.

Ainda no plano internacional, há um factor de evolução a anotar, embora não inteiramente de nível constitucional.

A Constituição Federal alemã abre com a frase lapidar: “Die Würde des Menschens ist unantastbar”.

Este primado da pessoa humana deveria consequentemente repercutir-se sobre todo o sistema. Mas defrontava-se o obstáculo de o § 823 do BGB limitar os “bens da vida”, susceptíveis de gerar responsabilidade civil,

aos quatro que enunciava: o que parecia deixar sem protecção outros bens da personalidade.

O BGH, supremo tribunal federal alemão, que traduziu depois da guerra uma muito acentuada preocupação ética, considerou isso incompatível com a Constituição; e elaborou a figura do “direito geral de personalidade”, que permitia reagir a todas as ofensas. Porque o primado da personalidade impunha que todos os aspectos da personalidade encontrassem defesa.

Não nos interessa a análise desta figura técnica, que se baseia em necessidades particulares da legislação alemã e que aliás não aceitamos ⁶. Interessa, sim, o reconhecimento de que a personalidade se deve impor por si, não podendo ficar na dependência de qualquer previsão da lei positiva.

E é com esta base que chegamos ao Projecto de novo Código Civil brasileiro.

Este contém, nos arts. 11 a 20, um capítulo intitulado “Dos direitos da personalidade”.

O esquema vem fundamentalmente na linha do Código Civil italiano e do Código Civil português. Regulam-se aspectos especiais, como os actos de disposição sobre o próprio corpo, o direito ao nome ou o direito à imagem.

Teríamos assim que se manteria a Constituição como a sede principal dos direitos de personalidade. O Código Civil limitar-se-ia a aspectos que se considerariam não suficientemente versados nesta, ainda que com

⁶ Sobre todas estas matérias remetemos para o nosso Direito Civil – Teoria Geral, I, Coimbra Editora, 1997.

carácter marginal. Para além disso, estabeleceria um regime geral, aplicável a todos os direitos de personalidade ⁷.

5. A distinção entre direitos fundamentais e direitos de personalidade

Haverá porém que nos interrogarmos sobre a suficiência do equilíbrio que assim se pretende alcançar.

Perguntemos antes de mais: tem justificação que se deixe para a Constituição a matéria dos direitos de personalidade?

É função da Constituição estabelecer as bases fundamentais da ordem jurídica. Pareceria assim que deveria ser esta uma matéria que primordialmente lhe caberia, dada a posição nuclear da pessoa humana.

Mas uma coisa é reconhecer o primado da pessoa humana, outra estabelecer o elenco dos direitos de personalidade. Este é o objecto de um ramo do direito especial, o Direito da Personalidade, que só pode estar incluído no Direito Civil.

Contra, pode observar-se que as Constituições chamaram a si a função de traçar esse elenco; e que o têm ampliado sucessivamente. Chega-se ao ponto extremo de o art. 5 da actual Constituição brasileira conter 77 incisos,

⁷ A jurisprudência tem revelado hesitações neste domínio: cfr. Elimar Szaniawski, Direito de Personalidade e sua Tutela, RT, 1993, 2.4.2.. Terá contribuído o facto de a indemnização por danos morais só ter sido acolhida com generalidade após a Constituição de 1988. Onde tem havido intervenção, e essa torrencial, é no que respeita ao direito à imagem, mas aí sem a devida distinção entre o que representa e o que não representa direito da personalidade.

que especificam os “direitos e deveres individuais e colectivos”; estes por sua vez são modalidade dos “direitos e garantias fundamentais”.

Perante este longo elenco, que viria trazer ainda de útil o Código Civil?

A realidade é porém diversa da aparência. Antes de mais, porque direitos fundamentais e direitos de personalidade não são termos equivalentes.

Os direitos da personalidade são aqueles direitos que exigem em absoluto reconhecimento, porque exprimem aspectos que não podem ser desconhecidos sem afectar a própria personalidade humana.

O acento dos direitos fundamentais é diferente. Não só não respeitam exclusivamente às pessoas físicas como a sua preocupação básica é a da estruturação constitucional. Demarcam muito em particular a situação dos cidadãos perante o Estado. É assim a categoria cidadão (ou se quisermos a do súbdito, para falar com maior amplitude) que está primacialmente em causa.

Sendo esta preocupação assim diversa, resulta que há muitos direitos fundamentais que não são direitos da personalidade. É óbvio. Não são direitos fundamentais a garantia do júri, a definição como crime inafiançável e imprescritível a acção de grupos armados, a gratuitidade da certidão de óbito... A preocupação que traduzem é muito diferente ⁸.

Inversamente, também haverá muitos direitos de personalidade que não são direitos fundamentais. São as manifestações da personalidade que

⁸ Aliás, ainda quando a mesma figura é prevista como direito fundamental e como direito da personalidade, isso não significa que o conteúdo relevante seja o mesmo nos dois sectores, e portanto que o regime se identifique afinal.

estão fora do núcleo que levou a Constituição a delimitar os direitos fundamentais.

6. A ambiguidade da multiplicação dos direitos fundamentais

Para além disso, o empolamento constante dos direitos de personalidade esconde uma ambiguidade que deve ser denunciada.

Aparentemente, esse crescimento representaria o vitorioso reconhecimento da categoria dos direitos da personalidade, na sua realização histórica.

Se confrontarmos porém as previsões normativas com a realidade circunstante, ficamos colocados perante a evidência de que a vastidão das proclamações constitucionais coexiste com a violação continuada dessas previsões. A realidade não acompanha o empolamento da lei.

E não pode deixar de nos invadir a dúvida sobre o verdadeiro significado de semelhante empolamento. Pois pode significar manifestação de demagogia. É sempre airoso fazer grandes declarações, sem se tomar nenhum compromisso quanto à transformação social efectiva que deveriam acarretar. É pecha velha das sociedades democráticas escusar-se através do legislativo das culpas de uma situação que só a transformação histórica de uma realidade social poderia apagar.

Mas há ainda muito mais do que isto.

A multiplicação do número de direitos fundamentais corresponde rigorosamente à sua banalização e enfraquecimento.

Observou-se que “a proclamação generalizada dos direitos do homem coincidiu no tempo com o processo do esvaziamento do seu conteúdo⁹.

E, escorando-nos em certa afirmação de Cavaleiro de Ferreira¹⁰, verificamos que o empolamento dos direitos fundamentais implica que os afastamos cada vez mais da base que os deveria sustentar, que seria a imposição da personalidade humana. Por outro lado, os direitos entram em conflito entre si, limitando-se reciprocamente, de maneira que novos direitos, de justificação duvidosa, acabam por limitar antigos direitos, verdadeiramente fundamentais, preexistentes.

7. Direitos da personalidade e direitos pessoais

Aqui devemos ter consciência duma evolução que se processa em nossos dias, e que levou a confundir direitos da personalidade e direitos pessoais.

O empolamento dos termos levou a integrar nos direitos da personalidade todos os direitos pessoais; e estes seriam definidos pela negativa, como direitos não patrimoniais.

Assim o âmbito da categoria fica distorcido. Já Clóvis Beviláqua contrapunha, aos direitos pessoais na ordem civil, os direitos pessoais na

⁹ Rita Amaral Cabral, O direito à intimidade da vida privada, em “Estudos em Memória do Professor Doutor Paulo Cunha”, Faculdade de Direito de Lisboa, 1989, n.º 4.

¹⁰ Direitos humanos e estado de direito, na Rev. Faculdade de Direito de Lisboa, 1996, n.º 3.

ordem internacional, na ordem política (direito de eleger e ser eleito) e na ordem político-civil (direito de ser nomeado para funções públicas). Serão todos estes direitos de personalidade?

Mas mesmo na ordem civil temos os direitos familiares, que são direitos pessoais em geral, mas não são direitos de personalidade. Os termos não se confundem.

E pode haver outros direitos pessoais civis, mesmo não pertencentes a ramos institucionalizados do direito, que não são direitos de personalidade. O direito a lugar sentado em transportes públicos, por exemplo, atribuído a grávidas, deficientes físicos ou pessoas idosas, é um direito pessoal, mas nada tem que ver com direitos de personalidade.

Porém, esta confusão instalou-se no plano civil, desnaturando o significado da categoria.

E fenómeno paralelo se verificou no domínio dos direitos fundamentais. A evolução levou a encontrar na categoria albergue para puros interesses económicos. O longo elenco dos direitos fundamentais deu guarida para uma posição avantajada constitucionalmente em relação aos demais direitos.

Assim, o art. XXVIII a da Constituição assegura “a protecção às participações individuais em obras colectivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas actividades desportivas”.

Será isto um direito fundamental? Não se vê com que critério será assim considerado. Na realidade, há um lobby que se impôs e que conseguiu que, logo a nível constitucional, os seus interesses fossem

salvaguardados. Mas substancialmente isto nada tem que ver com os direitos fundamentais: poderia constar da lei ordinária apenas. A consagração constitucional tem apenas o significado de garantir a este interesse a resistência à mudança que resulta da inclusão naquele diploma.

Mas com isto, no ponto de vista dos direitos humanos, a categoria constitucional é descaracterizada, porque abandona o fundamento na personalidade que historicamente a justificou.

Descaracterizada assim a categoria constitucional, como base da protecção dos direitos da personalidade, cabe à lei civil retomá-la no seu autêntico sentido.

Só pode ser considerado direito da personalidade aquele direito que encontrar fundamento ético na personalidade humana.

Consequentemente, só o que tiver esse fundamento merece um regime especial, que o distinga e privilegie em relação a todos os restantes direitos.

Estes aspectos merecerão por isso atenção particular.

8. O regime dos direitos de personalidade

O regime dos direitos de personalidade não se confunde com o dos direitos fundamentais.

É certo que os direitos de personalidade cujo conteúdo for correspondente a um direito fundamental beneficiam do regime específico destes. E a regra tem grande extensão, porque o elenco dos direitos

fundamentais é aberto, admitindo-se outros resultantes do regime e dos princípios constitucionais (art. 5 § 2º C.B.).

Pertence assim ao regime desses direitos:

- 1) a aplicação imediata (art. 5 § 1º C.B.)
- 2) as restrições admitidas na ocorrência de estado de defesa e de estado de sítio (arts. 136 e 139 C.B.)
- 3) o limite à revisão constitucional previsto no art. 60 § 4º IV C.B.)
- 4) a defesa penal contra qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais (art. 5 XLI C.B.).

Mas isso não significa, como sabemos já, que se confundam direitos de personalidade e direitos fundamentais. Basta pensar que há direitos de personalidade que não são direitos fundamentais. Assim, fala-se recentemente num direito ao livre desenvolvimento da personalidade. Na medida em que possa ser considerado um direito de personalidade autónomo, não se integra por isso nos direitos fundamentais, pois não parece possível forçar nesse sentido as previsões constitucionais, que o não referem nunca.

O que nos interessa não é porém o regime dos direitos fundamentais: é o regime dos direitos de personalidade. Este deverá ser obra da lei civil, fundada na natureza destes.

Quais são os aspectos em que os direitos de personalidade reclamam esse regime civilístico especial?

Vamos enumerar os que se nos afiguram os principais:

I – Numerus apertus

Os direitos de personalidade são direitos absolutos. Em princípio os direitos de personalidade deveriam pois ser típicos, para defesa de terceiros, porque os direitos absolutos são típicos: os terceiros não podem ser surpreendidos pela oposição de direitos absolutos com que não contavam.

Mas em matéria de direitos da personalidade não pode ser assim, porque a defesa da personalidade não pode estar dependente de previsão legal. O que for verdadeiramente emanção da personalidade humana tem de ser reconhecido por todos, porque a personalidade é a própria base comum do diálogo social. Pode por isso ser actuado um direito não tipificado por lei, mas que se reconheça ser imposto pelo respeito à personalidade humana.

A possibilidade de reconhecimento de concretos direitos de personalidade, em regime de numerus apertus, apresenta a nosso ver grandes vantagens em relação à concepção germânica do direito geral de personalidade ¹¹.

II – Providências atípicas de protecção

Os direitos de personalidade devem se incondicionalmente protegidos, independentemente da correspondência a formas prestabelecidas de tutela. E isso implica duas manifestações:

1) Possibilidade de serem judicialmente decretadas providências atípicas de qualquer espécie, mesmo que em geral não admissíveis.

¹¹ Cfr. sobre esta matéria o nosso Direito Civil – Teoria Geral cit., n.ºs 44-46.

2) Possibilidade de serem intentados procedimentos e decretadas providências que vão além das providências cautelares, nomeadamente por não serem dependência de processo definitivo a instaurar posteriormente.

III – Ofensas a pessoas já falecidas

Impõe-se um regime especial, em que se tenha presente que é ainda a personalidade do falecido que está em causa, embora obviamente os direitos deste tenham cessado; mas em que se conceda legitimidade a pessoas próximas para actuarem funcionalmente, defendendo a memória daquele.

IV – Irrenunciabilidade, intransmissibilidade e imprescritibilidade

Deve estabelecer-se a caracterização fundamental destes direitos, resultante da sua indefectível ligação à personalidade humana.

V – Restrições negociais

Os direitos de personalidade estão sujeitos a limites. Esses limites podem ser também negociais. O art. 11 do Projecto de Código Civil brasileiro exagera, ao dispor que o exercício dos direitos de personalidade não pode sofrer limitação voluntária.

Assim, é lícito que alguém consinta em submeter-se a uma experiência científica de encarceramento, muito embora isso atinja a sua liberdade de locação.

Mas o regime destas restrições tem de estar precisamente demarcado, especialmente no que respeita:

1) Ao âmbito em que são admissíveis

2) À legitimação para a autorização quando a pessoa for já falecida

3) À revogabilidade unilateral

4) Ao dever de indemnizar os prejuízos causados pela revogação.

VI – Prevalência sobre outras categorias de direitos

Em caso de conflito com outros direitos, o direito de personalidade prevalece, dada a sua superioridade intrínseca.

Este é porém um princípio muito geral. Só em concreto, perante as situações individuais de conflito, se poderá determinar como o conflito se compõe.

Não pretendemos com isto expor um regime positivo, já actualmente vigente na ordem jurídica brasileira. Não deixamos porém de notar que, mesmo na ausência de previsão legal, à generalidade destas regras haverá já hoje que chegar, por força do carácter fundante da ordem jurídica da pessoa humana.

9. O fundamento ético indeclinável

Do que se disse resulta que os direitos de personalidade exigem um regime verdadeiramente excepcional.

Mas esse regime só tem razão de ser quando estiver em causa verdadeiramente a personalidade humana. Usá-lo para outros fins criaria uma

desproporção incompreensível. Como se justifica, por exemplo, que uma restrição de um direito que se não alicerce na personalidade seja objecto de revogação unilateral?

O grande problema revela-se assim como sendo o de determinar os limites em que há exigência da personalidade humana, e aqueles em que não há.

Isso obriga-nos a rejeitar decididamente a exclusão actual do âmbito destes direitos, que equivale à dissolução do seu núcleo substancial.

Assim, em obra recente dedicada ao tema, são dados como exemplos de direitos de personalidade:

- o direito ao lugar sentado em ónibus, quando outro nos passa à frente
- a violação constante em espiar dois namorados em banco de jardim ¹².

Não pode ser. A confusão com a categoria dos direitos pessoais é inadmissível.

Para demarcar o que representa direito de personalidade, podemos distinguir nestes três núcleos:

1) os direitos de personalidade em sentido estrito ou direitos à personalidade

Asseguram a base da personalidade, como os direitos à existência e à integridade física.

2) os direitos à individualidade

¹² Cfr. Rabindranath Capelo de Sousa, O Direito Geral de Personalidade, Coimbra Editora, 1995.

São direitos pelos quais o homem se demarca socialmente. Mas compreende-se também a esfera tão importante da privacidade, dando ao homem as condições para realização do seu projecto pessoal.

3) os direitos ao desenvolvimento da personalidade

Compreendem-se aqui genericamente as liberdades. O acento é agora dinâmico: a personalidade é também um projecto, que o homem deve realizar em comunhão mas também em autonomia.

Daqui resulta que só o que estiver eticamente fundado na pessoa cabe no Direito da Personalidade. O que não atingir esta essência não passa os umbrais deste ramo do Direito. Porque só a densidade ontológica da pessoa humana justifica a autonomização desta categoria e o regime a que fica submetida.

Todo o direito da personalidade desemboca assim na garantia do desenvolvimento da personalidade de cada um. Desenvolvimento que supõe o silêncio, mas supõe também o outro. Propicia a aventura pessoal de cada, mas num fundo que não pode deixar de ser o da comunhão e da solidariedade.

10. Direito da personalidade e direito dos egoísmos individuais

Tudo isto que acabamos de dizer pode parecer evidente. Mas não é.

A sociedade em que vivemos só festeja tão gostosamente os direitos da personalidade porque os deturpa. Na sua densidade ética, a categoria é-lhe incompreensível.

A crise do Direito da Personalidade é na realidade tão grande que leva a fazer inverter o sinal a este ramo do direito.

O que deveria ser o direito da pessoa ontológica transformou-se no puro direito dos egoísmos individuais. Os direitos da personalidade ganham cariz anti-social, perdendo o sentido de comunhão e solidariedade que lhes é constitutivo.

Nada é tão elucidativo como o que se passa com o direito de privacidade, ou de reserva da intimidade da vida privada.

O seu empolamento tem sido tal, particularmente na vertente anglo-americana da privacy, que acaba por se transformar quase no direito de personalidade – o super-direito que englobaria em si todos os outros.

Mas acaba por se dar de privacy uma noção individualística ou anti-social, que fez alguns traduzirem-na como o right to be alone.

A privacy acaba assim por se tornar mera capa dos egoísmos individuais. Passaria à frente de qualquer noção de solidariedade, justificando toda a recusa egoísta de participar no diálogo social ou de atender ao outro.

A transformação do direito de personalidade numa grandeza meramente negativa descaracteriza-o. O elemento personalístico perdeu-se. Espelha a sociedade desumanizada que se generaliza e a definição do outro como o inimigo; mas está nos antípodas do sentido ético do Direito da Personalidade.

Contra esta adulteração, é tarefa indispensável trabalhar o núcleo fundamental do Direito de Personalidade, e de pessoa humana que está na sua base. Todos aceitam o fundamento da sociedade na “dignidade de pessoa humana (art. 1 III da Constituição). Mas é necessário tirar consequências dessa afirmação.

Só o Direito Civil está em condições de consagrar e desenvolver este núcleo fundamental de todo o Direito. O Código Civil é o lugar ideal para o fazer.

O actual Código Civil correspondeu à sua época. Mas um novo Código terá de ir além. Terá de receber a sua lição e projectá-la para futuro.

A deturpação dos direitos da personalidade toma muitas formas.

Antes, era uma atitude condenável a ingerência nos assuntos internos doutro país. Hoje, atingem-se exactamente os mesmos objectivos com a capa de defesa dos direitos humanos. Os direitos humanos transformam-se assim numa espécie de arma de arremesso. Mas a preocupação que exprimem nada tem que ver na realidade com a defesa da personalidade.

Também, por invocação dos direitos da personalidade, proibem-se referências laudatórias do nome ou da imagem alheias com finalidades publicitárias. Mas uma referência laudatória em nada atinge a personalidade. Os direitos humanos são aqui invocados como maneira de fazer

dinheiro. Pode a regra que o estabeleça ser justificada: não é isso que está em causa. Não tem é nada que ver com os direitos humanos.

Perante tudo isto, há que voltar ao essencial. A grande descoberta exprime-se facilmente: os direitos da personalidade são, simplesmente, os direitos da Pessoa.

Belo Horizonte, 30.X.97