

A DEFESA ESPECIAL DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE: OS INSTRUMENTOS DE TUTELA PREVISTOS NO DIREITO BRASILEIRO

Adriano Marteleto Godinho*
Gustavo Rabay Guerra**

SUMÁRIO: *Introdução; 2 Direitos da Personalidade: Breves Notas sobre suas Noções Gerais; 3 Características: o Regime Especial dos Direitos da Personalidade; 4 A Tutela dos Direitos da Personalidade; 4.1 Os Instrumentos de Tutela nos Âmbitos Civil e Processual Civil; 4.1.1 Tutela Inibitória; 4.1.2 Tutela Atenuante; 4.1.3 Tutela Repressiva; 4.2 A Legitimidade da Autotutela; 4.3 A Tutela Constitucional, Penal e Eleitoral; 5 A Tutela Póstuma dos Direitos da Personalidade; 6 Considerações Finais; Referências.*

RESUMO: Os direitos da personalidade, enquanto direitos subjetivos de irrecusável magnitude, demandam a imposição de instrumentos de tutela que sejam hábeis à promoção da defesa das pessoas contra eventuais ofensas à sua própria dignidade. O propósito destas notas é o de apresentar, ainda que em poucas linhas, a amplitude dos mecanismos de tutela de tais direitos, tal como previstos no ordenamento jurídico brasileiro. Para tanto, serão abordadas as noções gerais e as características dos direitos da personalidade, para que se possa, afinal, investigar de que maneira os diversos ramos jurídicos – especialmente o Direito Civil – propiciam o seu resguardo, em vida ou *post mortem*.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos da Personalidade; Defesa; Instrumentos de Tutela.

SPECIAL DEFENSE OF THE PERSON´S RIGHTS: TUTELAGE TOOLS IN BRAZILIAN LAW

ABSTRACT: Since person´s rights are highly relevant subjective rights, they demand the execution of tutelage tools capable of promoting people´s defense against even-

* Docente de Direito Civil da Universidade Federal da Paraíba – UFPB; Mestre em Direito Civil pela Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG; Doutorando em Ciências Jurídicas pela Universidade de Lisboa; Advogado. E-mail: adrgodinho@hotmail.com.

** Doutor em Direito, Estado e Constituição pela da Universidade de Brasília – UNB; Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE; Docente Adjunto do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba - CCJ-UFPB; Diretor Acadêmico da Escola Superior de Advocacia “Flósculo da Nóbrega” (ESA) da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção da Paraíba (OAB-PB).

tual offenses to their dignity. The broadness of tutelage mechanism of these rights will be forwarded, albeit briefly, as they are listed in Brazilian law. General concepts and the characteristics of the person's rights are analyzed so that the manner several juridical branches, particularly Civil Law, produce protection in life and after death could be investigated.

KEY WORDS: Person's Rights; Defense; Tutelage Tools.

LA DEFENSA ESPECIAL DE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD: LOS INSTRUMENTOS DE TUTELA PREVISTOS EN EL DERECHO BRASILEÑO

RESUMEN: Los derechos de personalidad, en cuanto derechos subjetivos de irrehazable magnitud, demandan la imposición de instrumentos de tutela que sean hábiles en promocionar la defensa de las personas contra eventuales ofensas a su propia dignidad. El propósito de estas notas es el de presentar, aunque en pocas líneas, la amplitud de los mecanismos de tutela de tales derechos, tal como previstos en el ordenamiento jurídico brasileño. Para tal, serán tratadas las nociones generales y las características de los derechos de personalidad, para que se pueda, al fin, investigar de qué forma las diversas ramas jurídicas – especialmente el derecho civil – propician su protección, en vida o *post mortem*.

PALABRAS-CLAVE: Derechos de la Personalidad; Defensa; Instrumentos de Tutela.

INTRODUÇÃO

No âmbito do Direito Civil, não há estudo que se revele mais instigante e relevante que a investigação sobre os aspectos que circundam as pessoas naturais, destacando-se, neste domínio, a categoria dos direitos da personalidade, inaugurada de forma expressa no Brasil com a entrada em vigor do Código Civil de 2002. A importância de que se reveste a matéria não decorre senão da própria expressividade dos direitos da personalidade, enquanto projeções da pessoa humana e da dignidade que lhe é inerente.

Na qualidade de direitos subjetivos primordiais à essência dos seres humanos, os direitos da personalidade reclamam a incidência de mecanismos de tutela suficientemente vastos e eficazes para acobertar todo tipo de possíveis transgressões

que atentem contra a sua existência. A averiguação sobre a extensão desta tutela, tal como incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro, consiste no ponto fulcral dos apontamentos que se seguem.

2 DIREITOS DA PERSONALIDADE: BREVES NOTAS SOBRE SUAS NOÇÕES GERAIS

Direitos da personalidade, como bem indica sua denominação, são os direitos que decorrem da personalidade, preenchendo-a e conformando-a ao primado da dignidade da pessoa humana. Envolve aspectos físicos e psíquicos, abrangendo, pois, a integridade corporal, intelectual e moral das pessoas, incluindo-se entre eles os direitos à vida, à saúde, à integridade física e psíquica, à liberdade, à privacidade, à imagem, à honra e ao nome, entre outros atributos. São, enfim, expressões jurídicas de projeções intrínsecas à própria pessoa humana² e dos seus mais caros valores, que integram internamente a essencialidade mesma de um indivíduo; ou, na definição de Rubens Limongi França,³ os direitos da personalidade são “as faculdades jurídicas cujo objeto são os diversos aspectos da própria pessoa do sujeito, bem assim as suas emanções e prolongamentos”.

Os direitos da personalidade, a um só tempo, *derivam* da personalidade e a ela *conferem significado*. São direitos elementares, cuja ausência faria da personalidade humana um mero rótulo, esvaziado de todo o sentido. Sem eles a pessoa natural ficaria reduzida a um mero centro de imputação de direitos (nomeadamente de conteúdo econômico) e deveres, isto é, nada mais seria que um simples partícipe nas relações jurídicas.

Historicamente, a categoria encontrou oposição. SAVIGNY objetava ser impossível admitir a existência de direitos sobre a própria pessoa, o que faria com que ela fosse, ao mesmo tempo, sujeito e objeto de direitos. Esta concepção, em tese, levaria à admissão da licitude de atos como o suicídio e o aborto, porquanto a concepção segundo a qual o indivíduo titulariza direitos extrapatrimoniais sobre si mesmo justificaria uma livre e ampla atuação sobre tais direitos, o que poderia, em última instância, acarretar a sua supressão.

2 Conforme LOPEZ JACOISTE, José Javier. Una aproximación tópica a los derechos de la personalidad. *Anuario de Derecho Civil*, Madrid, t. 39, n. 4, oct./dic. 1986. p. 1064.

3 FRANÇA, Rubens Limongi. *Manual de direito civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975. v. 1, p. 403.

As denominadas *teorias negativistas*, contudo, não prosperaram. O que os direitos da personalidade conferem, na realidade, é o poder de a pessoa buscar a realização da sua personalidade, segundo seus valores e sua concepção de liberdade, e não de atentar contra a sua própria essência. Os direitos subjetivos não podem contrariar os fins a que são orientados e, no caso específico dos direitos da personalidade, não cabe admitir a sua colisão com o princípio crucial que baliza a disciplina – a dignidade da pessoa humana.

Ademais, o argumento de que a pessoa não pode ser objeto de si mesma desafia, também, uma reformulação sobre o próprio significado de *bens jurídicos*. O suposto contrassenso da noção dos direitos da personalidade consistiria na alegada impossibilidade de se considerar que o indivíduo poderia ser titular dos direitos que compõem a sua própria personalidade, o que tornaria a pessoa, paradoxalmente, sujeito e objeto de si mesma.

Impõe-se, para resolver o problema, uma reformulação do conceito de objeto de direito, impropriamente considerado, à partida, como um bem necessariamente externo em relação ao sujeito. Esta noção, válida em relação às coisas, não soluciona a posição dos direitos da personalidade como objetos de direito. Assim, cumpre assumir outra concepção e proclamar que o objeto de um direito é o termo funcional de referência de uma dada afetação, sem que tal implique que se trate obrigatoriamente de uma realidade exterior ao sujeito.⁴ Admitindo-se a validade desta ordem de ideias, vislumbra-se a possibilidade de se encarar os direitos da personalidade como autênticos bens jurídicos, isto é, verdadeiros objetos de direito, nada havendo de contraditório na admissão desta categoria, sobretudo depois de superada a ideia de que os bens jurídicos são, necessariamente, bens econômicos, exteriores à pessoa que os titulariza.

Com suporte nestas bases, cabe estabelecer que o critério essencial para discernir o que respeita ou não aos direitos da personalidade é a possível afetação da própria personalidade humana. A assertiva permite, desde logo, destacar que há certos aspectos dos direitos da personalidade dotados de economicidade, que não colocam em xeque a personalidade em si, mas a simples possibilidade de se reconhecer o conteúdo patrimonial que permite o aproveitamento econômico por seu titular, sem que isto implique afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana.

⁴ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil*: teoria geral. 2. ed. Coimbra: Ed. Coimbra, 2000. v. I, p. 91.

3 CARACTERÍSTICAS: O REGIME ESPECIAL DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Por dizerem respeito à pessoa humana e ao resguardo de seus valores mais caros, os direitos da personalidade se revestem de características peculiares. Ao contrário de outros bens jurídicos, em regra amplamente transmissíveis, os direitos da personalidade não se desprendem do seu titular, eis que, sem eles, haveria um verdadeiro esvaziamento da personalidade e da dignidade humana. Os direitos da personalidade, portanto, traduzem a noção de preenchimento da existência dos seres humanos, sendo, como tal, atributos próprios do indivíduo, impassíveis de renúncia.

Tendo-se em conta as particularidades de que se revestem os direitos da personalidade, é possível apontar que:

- a) Os direitos da personalidade, em primeiro lugar, são *inatos*, no sentido de serem decorrentes da aquisição da própria personalidade, enquanto atributo inerente à condição humana.

Cabe a ressalva, contudo, da existência de direitos da personalidade *necessários* ou *originários*, que acompanham a pessoa desde o início da sua existência (tais como os direitos à vida e à integridade física), e os *eventuais* ou *derivados*, que dependem do advento de fatores futuros (como os direitos morais de autor, que só se manifestam, naturalmente, com o advento das criações intelectuais). Importa afirmar, portanto, que os direitos da personalidade eventuais são tutelados tão logo se manifeste seu *fato gerador*. Quanto ao nome, por ser um dado atribuído depois do nascimento, mediante registro próprio, considera-se que originário é o direito à identidade pessoal, do qual o direito ao nome é evidente decorrência. Noutros termos, o direito de ter um nome é inato, embora o vocativo pelo qual uma pessoa se tornará socialmente conhecida somente seja oficialmente registrado após o seu nascimento.

- b) Os direitos da personalidade são também *absolutos*, posto que oponíveis *erga omnes*; tal significa que eles impõem, por sua natureza e relevância, um dever universal de respeito e abstenção. São, neste sentido, *direitos de exclu-*

são – expressão cunhada não para estabelecer um afastamento do indivíduo do convívio com seus pares, mas para reafirmar que tais direitos merecem especial resguardo, protegendo-se o seu titular contra quaisquer intromissões não consentidas. Naturalmente, não se pretende tomar o termo *absoluto* por *ilimitado*, porque todo direito encontra limitações, em si mesmo e em confronto com direitos alheios – assertiva que prevalece até mesmo quanto ao direito à vida, bastando verificar as circunstâncias extraordinárias em que o próprio ordenamento permite que ela seja suprimida, como a legítima defesa e o aborto, nas circunstâncias excepcionais em que este é admitido (o que se dá, no ordenamento brasileiro, quando a gravidez decorrer de estupro ou representar risco à vida da própria gestante). A noção absolutista ora descrita pressupõe apenas que os direitos da personalidade, atributos indispensáveis aos seres humanos, merecem amplo resguardo.

- c) Ademais, os direitos da personalidade são *imprescritíveis*, pois mesmo que o seu titular opte por não reagir a eventuais ofensas dirigidas contra tais direitos, não perde o direito à sua proteção e à fruição das suas potencialidades.⁶ São, noutros termos, direitos perenes, não transitórios.

Não há prazo de caducidade relativo à titularidade dos direitos da personalidade, mas as pretensões patrimoniais decorrentes da violação destes direitos estão sujeitas aos prazos de prescrição estabelecidos em lei. Assim, caso uma pessoa seja vítima de afrontas aos seus bens da personalidade, poderá reclamar a devida reparação dos danos experimentados, muito embora esta pretensão condenatória esteja adstrita ao prazo prescricional de três anos, previsto pelo § 3º, inciso V, do art. 206 do Código Civil brasileiro.

- d) São, ainda, *vitalícios* os direitos da personalidade, pois acompanham a pessoa em toda a sua existência, não se admitindo a privação, em vida, dos referidos direitos. Entretanto, a necessidade de se tutelar os direitos da personalidade é tal que eles geram até mesmo reflexos *post mortem*, consoante oportunamente se destacará.

Cumpre referir, ainda, a particularíssima situação dos direitos morais de au-

5 HÖRSTER, Heinrich Ewald. **A parte geral do código civil Português**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 257.

6 JABUR, Gilberto Haddad. Limitações ao direito à própria imagem no novo código civil. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo. **Questões controvertidas no novo código civil**. São Paulo: Método, 2004. v. 1, p. 15.

tor, cujo resguardo produz efeitos *ad aeternum*, ainda que a obra tenha caído em domínio público.⁷

- e) Os direitos da personalidade são *extrapatrimoniais*, uma vez que não podem ser avaliados pecuniariamente, ou seja, não se tratam de bens jurídicos destinados a satisfazer uma necessidade econômica e a compor o patrimônio material do seu titular.⁸ Por patrimônio – definição crucial para delimitar o significado da expressão *direitos extrapatrimoniais* – considere-se “o acervo de bens valoráveis economicamente, o conteúdo apto a ser transformado em pecúnia, mediante câmbio de um por outro”; assim, como os bens da personalidade não se amoldam a esta acepção de patrimônio, que invoca “acomodação e integração pecuniária”, são considerados extrapatrimoniais.⁹

Cabe aqui, entretanto, uma observação: certos aspectos dos direitos de personalidade comportam a celebração de negócios jurídicos de caráter oneroso, como se passa quanto ao direito ao nome ou à imagem. O que se deve observar, fundamentalmente, é que não se admite a patrimonialização ou comercialização do direito em si, mas meramente a autorização para que terceiros dele explorem certos aspectos de caráter patrimonial. É o que se passa, por exemplo, quando uma pessoa permite o uso de uma fotografia sua em campanha publicitária, o que se admite porque, embora não comportem apreciação monetária, certos aspectos dos direitos da personalidade são dotados de economicidade e, por isso, são disponíveis pela via negocial, posto não respeitarem à personalidade e à dignidade em si mesmas.

Ademais, é possível que haja violação aos direitos da personalidade – como a exposição indevida da imagem, a divulgação de fatos que se circunscrevem à intimidade, ou a ofensa à honra de alguém –, cuja consequência poderá ser a condenação do infrator ao pagamento de determinada quantia à pessoa lesada, em respeito ao regime jurídico da responsabilidade civil, que impõe a todo aquele que vier a causar danos a outrem o dever de repará-los. Ainda assim, não se poderá afirmar que tais direitos se encontrem revestidos pri-

7 TUCCI, José Rogério Cruz e. Tutela jurisdicional da personalidade post mortem. *Revista do Advogado*, São Paulo, ano, 25, n. 84, dez. 2005. p. 121.

8 MOINE, Isabelle. *Les choses hors commerce*: une approche de la personne humaine juridique. Paris: LGDJ, 1997. p. 149.

9 JABUR, Gilberto Haddad. *Liberdade de pensamento e direito à vida privada*: conflitos entre direitos da personalidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 47.

mordialmente de um caráter de patrimonialidade, porque o que se mede em pecúnia é a obrigação de reparar os danos causados, com o único intuito de levar alguma compensação à vítima das ofensas perpetradas. Não se procede, com isso, a qualquer valoração econômica do direito violado.

- f) São *atípicos* os direitos da personalidade, posto que sujeitos a um regime meramente enunciativo (*numerus apertus*), porque é indispensável que sua amplitude seja compatível com o resguardo da pessoa em toda a sua integridade física e moral. O rol dos direitos da personalidade não se limita apenas àqueles eventualmente previstos expressamente em lei, já que a necessidade de ampla tutela da pessoa reclama uma extensão que não deixe lacunas, sendo questão de política legislativa determinar quais, dentre os diversos direitos da personalidade, merecem consagração legislativa e regime jurídico expresso, sem que daí derive a exclusão dos demais.
- g) Finalmente, os direitos da personalidade, nos termos do art. 11 do Código Civil brasileiro, são *intransmissíveis* e *irrenunciáveis*.

Diz-se que os direitos da personalidade são intransmissíveis porque apenas a própria pessoa os pode titularizar, sendo impossível o seu desprendimento e, consequentemente, a cessão do direito em si, seja a título oneroso ou gratuito, ou por ato entre vivos ou *causa mortis*; são também irrenunciáveis, porque não se pode abdicar da sua titularidade, sob pena de se provocar uma diminuição de tal sorte que venha a comprometer, em última instância, a própria inteireza da personalidade de alguém. Quanto muito, se aceita que a pessoa estabeleça limitações ao *exercício* de qualquer destes direitos, sem que tal possa significar a supressão do direito em si; nunca, contudo, se poderá cogitar da licitude de atos jurídicos que tendam à supressão dos direitos da personalidade. Por isso, na esteira do magistério de RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA,¹⁰ não poderá a personalidade humana ser reduzida à escravidão, não é lícito o suicídio, não tem validade o contrato de prestação de trabalho por toda a vida e tampouco será válido um negócio que obrigue uma das partes a ter de tolerar futuras e continuadas afrontas à sua honra. Nestes atos, entre

10 SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Ed. Coimbra, 1995. p. 405-406.

outros tantos exemplos passíveis de referência, um indivíduo estaria invalidamente a restringir o exercício dos direitos da personalidade, o que implicaria uma autêntica abdicção da sua titularidade.

Todas as características inventariadas revelam um regime particularíssimo, a demandar, pela importância dos bens jurídicos em jogo, a consagração de meios de tutela marcados por uma amplitude tal que não permita tornar a pessoa humana vulnerável em sua própria existência e personalidade jurídica. À relevância desta categoria de direitos, em suma, deve corresponder um quadro legal de proteção que confira às pessoas naturais a mais extensa e efetiva salvaguarda dos seus atributos mais essenciais. É esta a temática que se passa a abordar.

4 A TUTELA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

No Código Civil brasileiro pode-se vislumbrar a sistematização dos direitos da personalidade, na seguinte sequência: em primeiro lugar, a previsão genérica, objeto precípua desta investigação, segundo a qual os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, sendo como regra vedadas as limitações voluntárias ao exercício de tais direitos, exceto quando a própria lei as permitir; adiante, consagrou-se a previsão de múltiplos meios de tutela dos direitos da personalidade, com o fito de tornar eficaz e integral a sua proteção; por fim, enunciou-se um rol meramente exemplificativo destes direitos, abrangendo-se expressamente a integridade física e o próprio corpo, o nome, a imagem e a privacidade.

No que tange aos meios de tutela, a amplitude dos direitos da personalidade projeta a sua proteção para além do universo da responsabilidade civil decorrente da prática do ato ilícito que os viola. O art. 12 do Código Civil, depois de permitir a reclamação das perdas e danos, prevê a possibilidade de se exigir a cessação da lesão ou da mera ameaça de lesão a direito da personalidade, sem prejuízo de outras medidas, que, além da indenização cabível, podem emergir por meio de retratação, de direito de resposta ou de outra medida que confira ao indivíduo o resguardo cabal daquele direito.

Para além dos instrumentos de tutela resguardados pela legislação civil, emergem outros, não menos relevantes, de caráter processual, constitucional, eleitoral e penal, aos quais se fará referência, embora não com a mesma ênfase atribuída

àqueles, em virtude do enquadramento juscivilístico conferido a estas notas. Caberá ainda, por fim, firmar alguns apontamentos sobre a tutela *post mortem* dos direitos da personalidade.

4.1 OS INSTRUMENTOS DE TUTELA NOS ÂMBITOS CIVIL E PROCESSUAL CIVIL

No tocante à previsão contida no art. 12 do Código Civil, há três linhas de tutela dos direitos da personalidade bem delimitadas e perfeitamente cumuláveis:¹¹ a) a tutela inibitória, de caráter preventivo, que visa a evitar que meras ameaças venham a se tornar ofensas; b) a atenuação dos danos, meio que busca mitigar, quando possível, os efeitos da afronta já ao menos parcialmente consumada; c) a responsabilidade civil, medida de natureza repressiva, a impor a reparação pecuniária de todos os danos experimentados pela pessoa que sofrer violações em seus direitos da personalidade.

Em acréscimo, apesar de não haver previsão expressa na legislação brasileira sobre a matéria, é possível constatar, no âmbito dos direitos da personalidade, a prerrogativa de o ofendido defender-se pela via da autotutela, instrumento que lhe facultará agir de imediato e mediante o uso das próprias forças para evitar a consumação de uma violação. Trata-se, no caso, não de um quarto gênero de defesa, mas de um *modo de exercício* da tutela, sobretudo a inibitória, em que o agente se valerá dos próprios meios para prevenir danos sobre seus bens da personalidade.

É conveniente explicitar em apartado a maneira como se concretizam as linhas de tutela assinaladas.

4.1.1 Tutela Inibitória

Em primeiro lugar, faculta a lei o exercício da denominada tutela inibitória, de natureza preventiva. Trata-se da única via de tutela que pode impedir de todo a produção de danos, vez que dirigida a conter a mera ameaça de violação aos direitos da personalidade.

A admissibilidade de uma atuação preventiva do titular dos direitos da personalidade, a refrear toda e qualquer ameaça de violação contra eles dirigida, encontra justificativa na própria natureza não patrimonial de tais direitos, o que dificulta

11 VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Direito de personalidade**. Coimbra: Almedina, 2006. p. 127.

– ou mesmo inviabiliza, em determinadas circunstâncias – a reparação integral dos danos, uma vez já provocados.¹² Basta imaginar a hipótese de um indivíduo vir a sofrer graves atentados contra a sua integridade física, que lhe causem mutilações incontornáveis, ou mesmo a divulgação indevida e não consentida de imagens ou relatos de fatos da sua vida privada. Em casos tais, não há meio de tutela suficientemente eficaz para fazer cessar os efeitos do dano ocasionado, o que justifica a atribuição ao titular dos direitos da personalidade de um meio de defesa que o permita prevenir a ocorrência de eventuais lesões.

Para que o agente possa validamente opor contra outrem a proteção prévia dos seus direitos da personalidade, inclusive mediante o ajuizamento de ação especialmente destinada a tal fim, é fundamental que o ato de ameaça àqueles direitos seja ilícito e que seja fundado o receio do seu titular, em virtude da gravidade do mal cominado.¹³ Naturalmente, é de se exigir que o temor de um indivíduo de que seus direitos da personalidade possam vir a ser violados seja justificado, isto é, que as circunstâncias do caso concreto indiquem a iminência de uma conduta que possa vir a atentar contra a personalidade de alguém. Mais do que isso, saliente-se que a medida inibitória de que se trata não terá lugar senão quando a conduta desabonadora da personalidade de alguém for ilícita, o que não ocorrerá, por exemplo, nos casos em que o nome de um devedor for regularmente registrado nos cadastros das entidades de proteção ao crédito, por mais que se possa atestar que tal inscrição acarretará, por óbvio, danos à reputação do inadimplente.

As medidas que podem ser cominadas àquele que, com seu comportamento, coloca sob ameaça os direitos da personalidade alheios, tanto podem induzir condutas comissivas (ou positivas) e omissivas (ou negativas). Noutra formulação, todo aquele que ameace ilegítimamente os direitos da personalidade de terceiros pode ficar sujeito ao cumprimento de obrigações de fazer e de não fazer, sendo estas as mais corriqueiras.

Tiago Soares da Fonseca¹⁴ indica diversas hipóteses em que a tutela inibitória acarretará a imposição de condutas proibitivas, que implicam um dever de abstenção, tais como a proibição de divulgação e utilização de imagens não autorizadas ou de cartas missivas; a proibição de acesso ou de registros de informações que

12 FONSECA, Tiago Soares da. Da tutela judicial civil dos direitos de personalidade. *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, ano. 66, n. 1, jan. 2006. p. 256.

13 SOUSA, op. cit., 1995, p. 475.

14 FONSECA, op. cit., 2006, p. 256.

versem sobre a vida privada de alguém; a vedação da publicação de livros, filmes e outros instrumentos de criação intelectual; a proibição de utilização de aparelhos que provoquem cheiros ou ruídos excessivos; e a proibição de uso, numa obra fictícia, do nome idêntico ao de um indivíduo, de modo a provocar confusão entre ele e o personagem, ou mesmo da utilização ilícita de um nome, total ou parcialmente idêntico ao de alguém.

O mesmo autor¹⁵ cuida de indicar as condutas impositivas, que revelem autênticas obrigações de fazer, como o dever a que se sujeita o proprietário ou possuidor de reparar ou conservar um imóvel que possa ruir total ou parcialmente, causando danos à integridade física de outrem, ou a imposição ao dono de animais ou de coisas perigosas de adotar medidas de cautela para evitar danos a terceiros, seja ao construir um abrigo adequado aos semoventes ou ao edificar um depósito adequado para estocar materiais tóxicos que porventura se encontrassem a céu aberto.

Importa ter em conta, a propósito, que algumas medidas de caráter preventivo se encontram abrangidas em disposições esparsas, contidas no Código Civil brasileiro. Ao regular o direito de vizinhança, seu art. 1.277, por exemplo, faculta ao proprietário ou o possuidor de um prédio o direito de *fazer cessar* as interferências prejudiciais à segurança, ao sossego e à saúde dos que o habitam, provocadas pela utilização de propriedade vizinha. Em seguida, os arts. 1.280 e 1.281 do mesmo diploma estabelecem que “o proprietário ou o possuidor tem direito a exigir do dono do prédio vizinho a demolição, ou a reparação deste, quando ameaça ruína, bem como que lhe preste caução pelo dano iminente” e que “o proprietário ou o possuidor de um prédio, em que alguém tenha direito de fazer obras, pode, no caso de dano iminente, exigir do autor delas as necessárias garantias contra o prejuízo eventual”. A natureza inibitória de todas estas medidas é flagrante, bastando atentar para o fato de que tais previsões legais aludem à *cessação* de prejuízos, à demolição ou reparo de bens que *ameaçam* ruína, à prerrogativa de exigir caução pelo dano apenas *iminente* – isto é, sequer provocado – e, na derradeira disposição, ao prejuízo meramente *eventual*. Outra não é a perspectiva quando se trata do regime jurídico do direito de construir. O art. 1.311, ainda do Código Civil, estabelece que “não é permitida a execução de qualquer obra ou serviço suscetível de provocar desmoronamento ou deslocamento de terra, ou que comprometa a segurança do prédio vizinho, senão após haverem sido feitas as obras acautelatórias”. Naturalmente,

15 Ibidem, 2006, p. 257.

a norma confere àqueles que tenham sua segurança ameaçada por uma construção em andamento o direito de exigir que tais obras acautelatórias sejam concretizadas, tudo com o propósito de evitar a consumação de possíveis danos. A finalidade de todas as regras aludidas, como se vê, é a de estabelecer a tutela cabal dos direitos da personalidade, nomeadamente a integridade física das pessoas.

Para assegurar a eficácia das medidas legais de tutela, o ordenamento substantivo se faz acompanhar de determinados instrumentos processuais, previstos, especialmente, no Código de Processo Civil brasileiro. Assim é que poderá uma pessoa que se sinta legitimamente ameaçada de sofrer violação em seus direitos da personalidade exigir não apenas a cessação da aludida ameaça, como também solicitar que o magistrado imponha ao infrator o pagamento de uma multa cominatória, para a eventualidade de descumprimento da ordem judicial. Trata-se de um meio eficiente de constranger quem quer que seja a adotar ou deixar de adotar qualquer comportamento lesivo aos bens da personalidade alheios. É o que se contém em diversas disposições do referido diploma processual, destacando-se o conteúdo dos arts. 287 e 461, que permitem ao julgador não apenas cominar pena pecuniária para o caso de desrespeito ao adimplemento do dever de cumprir ou deixar de cumprir algo, como também determinar medidas como a busca e a apreensão (que será particularmente útil para a recuperação de imagens ou informações concernentes à privacidade de uma pessoa), o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva, se necessário mediante requisição de força policial, consoante determina o § 5º do art. 461.

Outra medida judicial cunhada com a finalidade de resguardar, entre outros valores, o direito à vida e à integridade física das pessoas, é a ação de nunciação de obra nova, prevista nos arts. 934 a 940 do Código de Processo Civil. Trata-se de um procedimento que permitirá, inclusive, o embargo judicial de obras em andamento e cuja construção, de algum modo, possa embaraçar ou lesar legítimos interesses de terceiros. Se finda a obra de onde provém a ameaça, caberá ainda a propositura de ação demolitória, em que se determinará, se procedente o pedido, o completo desfazimento de construção já acabada.

Eventualmente, alguns instrumentos de tutela dos direitos da personalidade encontram previsão na legislação extravagante. É o que se passou com a edição, no Brasil, da Lei n. 11.340/06, popularmente conhecida como “Lei Maria da Penha”, cunhada com o propósito de criar mecanismos de prevenção e repressão à violência

doméstica e familiar contra as mulheres. Para além da reparação de todos os danos sofridos pela agredida, o art. 22 da Lei em apreço contempla uma série de medidas protetivas, que incluem, entre outras, a suspensão da posse ou restrição do porte de armas; o afastamento do agressor do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida; e a proibição de condutas como a aproximação da ofendida, mediante fixação de um limite mínimo de distância entre ela e o agressor, o contato com a ofendida e a frequentação de determinados lugares, tudo para preservar a incolumidade física da mulher. Entre os instrumentos inibitórios contemplados pela norma, desperta a atenção a previsão do denominado *mandado de distanciamento*, que obrigará o infrator a manter-se afastado do convívio com a ofendida, em consonância com os limites judicialmente estipulados.

A expressa consagração legislativa (material e processual) de um meio acatatório contra possíveis danos aos direitos da personalidade rompe, enfim, com a ideia de que o dever de indenizar será, em todo caso, a medida mais adequada para a defesa destes direitos. Sendo possível impedir a concretização de qualquer prejuízo, será a tutela inibitória o instrumento mais adequado e eficaz de defesa da personalidade humana, embora nada impeça que numa mesma demanda judicial sejam cumulados os pedidos de inibição de danos futuros e de reparação daqueles porventura já verificados.

4.1.2 Tutela Atenuante

No que concerne à tutela atenuante, poderá o lesado, embora já tenha sofrido algum dano aos seus bens da personalidade, pleitear a mitigação dos seus nefastos efeitos.

Sempre que possível, a reparação dos danos deve propiciar a sua recomposição natural, consistente na tentativa de “reconstituir a situação que existiria se não se tivesse verificado o evento (violador da personalidade)”, “por ser esta a forma mais perfeita de reparação dos danos concretos ou reais e que melhor garante a integridade das pessoas e dos bens”.¹⁶

Como nem sempre será cabível tornar as coisas ao *status quo ante*, mediante a completa eliminação de todo o dano – nos casos, por exemplo, de se provocar a morte de alguém –, talvez se possa atuar para, quando menos, atenuar os seus

¹⁶ SOUSA, op. cit., 1995, p. 463.

efeitos, a depender das circunstâncias do caso concreto. Conforme assinala Tiago Soares da Fonseca,¹⁷ no caso da ofensa à honra e ao bom nome, proferida em público, a retratação poderá se revelar a melhor medida para permitir a reconstituição *in natura* do dano; havendo a violação da intimidade de uma pessoa, cometida através do uso não consentido de fotografias, a reconstituição natural poderia consistir na devolução ou destruição das cópias e dos respectivos negativos, se existirem.

Outras circunstâncias em que será cabível a atenuação dos danos são enumeradas por Tiago Soares da Fonseca¹⁸ a requisição de medida atenuante contra um hotel, cujos hóspedes impedem o repouso de terceiros; a imposição de um direito de resposta numa publicação escrita, impressa ou virtual; e mesmo a medida atenuante dirigida contra certa empresa onde um desconhecido introduziu mensagem ou imagem suscetível de lesar direitos da personalidade de outrem – hipótese esta, aliás, aplicável inclusive à inserção de dados ofensivos à honra ou privacidade em sítios hospedados na internet.

Relevante exemplo desta via de tutela se encontra na previsão do art. 1.279 do Código Civil brasileiro, em que se determina que, ainda que uma pessoa seja constrangida a ter de tolerar certas interferências ao seu sossego, sobretudo quando amparadas por interesses de toda a coletividade, poderá exigir ao menos a sua redução, a fim de ter de aturar a menor intromissão possível sobre os seus direitos da personalidade.

Mais uma vez, determinadas medidas processuais podem ser cruciais para a concretização da tutela atenuante. Desperta a atenção, em particular, a ação de busca e apreensão, regida pelos arts. 839 a 843 do Código de Processo Civil. Este procedimento, aliás, tem se tornado comum quando são publicadas notas desabonadoras à conduta de uma pessoa em livros, jornais ou revistas, tornando-se possível a sua apreensão, como meio de impedir o alastramento dos danos que, a esta altura, já estarão consumados.

No momento de se dar efetividade à tutela atenuante, há que atender, fundamentalmente, ao critério da proporcionalidade, exigindo-se que a medida protetiva dos direitos da personalidade não supere o efeito do agravo sofrido e se torne, ela mesma, um instrumento de violação dos interesses alheios. Por isso, um eventual pedido de retratação ou a concessão de um direito de resposta deverão ser suficien-

17 FONSECA, op. cit., 2006, p. 250.

18 FONSECA, op. cit., 2006, p. 266-267.

temente amplos para facultar ao lesado a oportunidade de, se não eliminar, ao menos mitigar a afronta contra si perpetrada, sem que tal implique no estabelecimento de obrigações excessivas ao infrator. Por isso, caso uma pessoa tenha sua honra maculada em virtude de publicações inverídicas, ou mesmo verídicas, mas que atentem contra a sua privacidade, poderá exigir que a retratação mereça o mesmo destaque atribuído à nota desabonadora divulgada. Assim, se o aviltamento da dignidade de um indivíduo se dá através da publicação de uma matéria de capa de um jornal ou revista, com detalhamentos contidos numa reportagem de duas páginas do mesmo periódico, uma eventual nota de desagravo merecerá igual espaço numa edição posterior daquela publicação. Em se tratando de notícias divulgadas em páginas da internet, que tenham ficado expostas por uma quinzena, poderá o magistrado determinar que a retratação figure no mesmo sítio virtual por idêntico período.

Ademais, cabe ter cautela inclusive quanto ao possível choque de direitos fundamentais, sobretudo quando a pretensão de se opor a tutela dos direitos da personalidade puder entrar em rota de colisão com os direitos à liberdade de expressão e de imprensa – ressalva esta cabível, a propósito, tanto em relação à tutela atenuante como à inibitória. Ao interesse de preservar sua imagem, seu bom nome ou sua privacidade, entre outros valores dignos de resguardo, poderá se contrapor um direito-dever à informação, competindo ao magistrado, em última instância, dirimir a controvérsia, de modo a nem permitir a desonra e a degradação dos bens jurídicos mais caros às pessoas naturais e nem sacrificar indevidamente a liberdade de informar e de se expressar.

4.1.3 Tutela Repressiva

No Código Civil brasileiro, a responsabilidade civil tem seu regime jurídico assentado nos arts. 927 a 954. Aquela primeira disposição estabelece, em seu *caput*, que “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. Prossegue a norma com seu parágrafo único: “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”. Consagrou o legislador, num mesmo dispositivo legal, as bases para as teorias objetiva e subjetiva da responsabilidade civil, esta amparada na noção de culpa ou dolo do ofensor, e aquela na ideia do risco inerente a determinadas atividades, mesmo que lícitamente desempenhadas.

Para os fins deste estudo, não importa delimitar as distinções sobre as quais se fundam estes dois modelos de responsabilidade civil. Releva, neste domínio, apontar de que maneira as regras jurídicas sobre o instituto revelam meios de proteção dos direitos da personalidade, sobretudo, neste espaço, quanto à imposição da obrigação de indenizar em virtude de danos já consumados sobre aqueles bens jurídicos.

Depois de consagrar normas gerais sobre a responsabilidade civil, o legislador cuidou de estabelecer disposições especificamente voltadas para a repressão – leia-se, a imposição de um dever de reparação – das violações aos direitos à personalidade, nomeadamente à vida, à integridade física, à honra e à liberdade pessoal. Naturalmente, tal não importará dizer que os demais direitos da personalidade não referidos expressamente pelo Código Civil estejam desguarnecidos, porque sua proteção deriva quer das regras gerais de tutela destes direitos (art. 12 do Código Civil, mormente) e da normatização da responsabilidade civil como um todo, quer da consagração de normas especiais (como, por exemplo, as regras proibitivas contidas na Lei n. 9.610/1998, que protege o titular do direito moral de autor contra violações praticadas por terceiros).

Quanto à consumação do homicídio – infração máxima do ordenamento, por respeitar à supressão da vida de alguém –, o art. 948 do Código Civil determina que a indenização consistirá, sem prejuízo de outras reparações (de ordem moral, sobretudo), “no pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família” (inciso I) e “na prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima” (inciso II). Preocupou-se o legislador, neste particular, com o ressarcimento de prejuízos econômicos causados aos familiares da vítima do crime.

Adiante, o legislador tem em mira o resguardo do próprio ofendido, quando sofrer violações à sua integridade física, cuja reprimenda variará conforme o grau das lesões provocadas. Nos termos do art. 949 do Código Civil, “no caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até ao fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido”. Porém, se tais ofensas forem de tal sorte intensas que venham a suprimir ou pelo menos reduzir a capacidade laboral do ofendido, “a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até ao fim da convalescença, incluirá pensão correspondente à importância do trabalho para que

se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu”, podendo o lesado, neste caso, “exigir que a indenização seja arbitrada e paga de uma só vez” (art. 950 e seu parágrafo único, novamente do Código Civil). Tais disposições, conforme o art. 951 do mesmo diploma é aplicável ainda quando a morte ou lesão corporal de um paciente advier de conduta culposa (negligente, imprudente ou imperita) de profissionais da área da saúde, como médicos, dentistas e enfermeiros.

No que toca à indenização por danos causados à honra, em virtude da prática de injúria (ofensa à honra subjetiva, isto é, à dignidade e ao decoro de um indivíduo), difamação (violação à honra objetiva, vale dizer, ao bom nome e à respeitabilidade social de alguém) ou calúnia (falsa imputação, a uma pessoa, de fato definido legalmente como crime), estabelece o caput do art. 953 do Código Civil tão somente que a indenização consistirá “na reparação do dano que delas resulte ao ofendido”. Mais relevante é a regra contida no parágrafo único do mesmo dispositivo, ao estipular que “se o ofendido não puder provar prejuízo material, caberá ao juiz fixar, equitativamente, o valor da indenização, na conformidade das circunstâncias do caso”.

Finalmente, o art. 954 do Código Civil estabelece balizas para a responsabilidade civil daquele que atentar contra a liberdade pessoal de outrem, enquadrando-se em tal conduta ilícita, conforme previsão do parágrafo único da mesma norma legal, o cárcere privado, a prisão por queixa ou denúncia falsa e de má-fé e a prisão ilegal. A indenização, no caso, “consistirá no pagamento das perdas e danos que sobrevierem ao ofendido”; se este não puder provar prejuízo, caberá aplicar o disposto no parágrafo único do art. 953, que faculta ao julgador, diante dos elementos de cada caso concreto, estabelecer o montante indenizatório com base na equidade.

Nos dispositivos legais acabados de mencionar, nota-se uma latente prevalência do ressarcimento dos danos materiais experimentados pelo ofendido – medida que, evidentemente, é insuficiente para tornar integral a reparação a que faz jus qualquer indivíduo violentado em seus direitos da personalidade. A lei, contudo, não encerra (e nem poderia, sob pena de incorrer em flagrante inconstitucionalidade) a tutela repressiva no âmbito de reparação material dos danos sofridos pelo agredido, como, aliás, deixam antever algumas disposições que denotam haver margem para “outras reparações” cabíveis em sede de infrações aos direitos da personalidade.

Não se pode ignorar que as afrontas aos direitos da personalidade podem ensejar danos patrimoniais apenas reflexamente, isto é, quando se puder demonstrar algum prejuízo econômico derivado da ofensa, que atinge diretamente a dig-

nidade da pessoa humana. Neste domínio, avulta, pois, a importância dos danos morais, que são consequência imediata das violações aos bens da personalidade.

As referências aos danos morais na legislação brasileira, contudo, são esparsas. É certo que a Constituição da República os consagrou, ao firmar sua autonomia em relação aos danos materiais, o que decorre das previsões contidas no art. 5º, incisos V e X e no art. 114, inciso VI, como também é inequívoco que o art. 186 do Código Civil brasileiro define o ato ilícito como sendo a conduta culposa ou dolosa capaz de provocar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral. Não há, contudo, na normatização conferida à responsabilidade civil por este Código, uma única referência expressa aos danos morais.

À míngua de regulamentação legal sobre os danos morais, subsistem dificuldades quanto à sua incidência, especialmente no que tangencia os parâmetros para a sua quantificação: afinal, sendo extrapatrimoniais os direitos da personalidade, como estabelecer a medida adequada da reparação pecuniária decorrente da sua violação?

O postulado primordial, neste âmbito, consiste em reconhecer que as violações aos direitos da personalidade jamais serão recompostas *in natura* através de prestações pecuniárias, em virtude do caráter não econômico dos direitos da personalidade. A obrigação de reparar em dinheiro, no caso, assume natureza meramente *compensatória*, posto que insuficiente para reparar integralmente o dano e permitir uma reconstituição do estado em que o indivíduo se encontrava antes de sofrer certa violação aos seus direitos da personalidade. A prestação pecuniária, no caso, cumpre a finalidade de causar à vítima dos danos morais uma sensação de conforto, não apenas por ter merecido alguma retribuição pelo mal que sofreu, mas também pelo fato de saber que o ofensor, de algum modo, respondeu por seu comportamento ilícito.

Partindo-se em busca de bases minimamente sólidas para a fixação do montante compensatório a ser prestado pelo advento de danos morais, o único critério estabelecido pelo Código Civil consta em seu art. 944, a determinar, como preceito basilar, que a reparação deve ter em conta a extensão do dano. Naturalmente, quanto mais grave o dano, maior o montante reparatório. São diversas as circunstâncias em que a afronta ao bom nome de uma pessoa ou a divulgação de fatos que respeitem à sua esfera privada circulem entre um número de pessoas relativamente restrito e aquelas em que as mesmas ofensas são amplamente divulgadas na imprensa ou em redes sociais na internet. Não obstante os bens jurídicos em jogo sejam os mesmos,

é notório que, no segundo caso, a extensão dos danos é sensivelmente mais intensa, donde decorrerá a necessidade de se estabelecer um valor compensatório significativamente mais elevado que aquele a ser apurado no primeiro caso.

Em acréscimo à solitária baliza legal, consistente na extensão do dano, doutrina e jurisprudência têm invariavelmente feito apelo a dois outros critérios complementares (sem prejuízo de outros, esporadicamente suscitados): a capacidade econômica do ofensor e o princípio do não enriquecimento indevido. O recurso às condições econômicas do causador do dano se justifica porque, imiscuído à necessidade de se compensar à vítima pelos danos morais que experimentou, há um propósito pedagógico – quiçá punitivo – inerente à reparação de tais danos: o montante reparatório deverá ser suficientemente grave para desestimular a prática de condutas semelhantes. Já o preceito do não locupletamento à custa alheia tenciona inserir em bons termos o patamar da reparação dos danos morais, evitando-se que o lesado, ao receber compensação financeira manifestamente desproporcional ao agravo sofrido, se sinta premiado com a violação de que foi vítima.

Paralelamente aos danos materiais e morais, doutrina e jurisprudência têm admitido, hoje já sem ressalvas, a reparação dos eventuais danos estéticos sofridos por alguém. Quando o bem jurídico violado consistir na integridade física de um indivíduo, é possível que este venha a sofrer danos em sua fisionomia, ou, em termos mais gerais, sobre sua incolumidade corporal. A autonomia dos danos estéticos em relação aos danos morais – com os quais costumeiramente se confundiam – foi proclamada em sede jurisprudencial com a edição da Súmula n. 387 do Superior Tribunal de Justiça, cujo teor enuncia que “é possível a acumulação das indenizações de dano estético e moral”. Como exemplos de circunstâncias em que tais danos se manifestam, podem ser citadas as deformidades físicas decorrentes da amputação total ou parcial de membros ou partes do corpo humano ou as cicatrizes, aleijões ou manchas provocadas sobre a pele, independentemente de serem marcas ostensivas, perceptíveis por terceiros. O dano estético é provocado pela mera afetação à aparência física de um indivíduo, ainda que não visível a olho nu por outrem; o fato de a lesão corporal eventualmente ser aparente contribuirá apenas para a majoração do valor da reparação, pois a extensão do dano será, naturalmente, mais elevada.

Embora o texto do Código Civil não tenha firmado qualquer alusão expressa ao dano estético, é viável entender que sua base legal assenta no disposto no art. 949 deste diploma, que reconhece que, havendo lesão ou outra ofensa à saúde, a re-

paração compreenderá as despesas do tratamento e os lucros cessantes até ao fim da convalescença, “além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido”.

Uma última consideração é digna de nota no âmbito da tutela repressiva às violações dos direitos da personalidade. Duas disposições contidas no Código Civil brasileiro permitem ao magistrado, caso seja ajuizada alguma ação, ajustar o montante da reparação a ser prestada ao ofendido. Em primeiro lugar, prevê ineditamente o parágrafo único do art. 944 que “se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização”. Ademais, a culpa concorrente do próprio ofendido poderá, quando menos, ensejar uma mitigação sobre o valor a receber em virtude da lesão, consoante determina o art. 945: “se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano”. Neste caso, poderá o julgador, com base na gravidade da conduta de cada uma das partes – infrator e vítima – e nas consequências que delas resultem, estipular a justa medida da indenização a ser concedida. Este balanceamento poderá ocorrer no caso de uma pessoa que, embora tenha sofrido afrontas ao seu direito ao bom nome, tenha também se vangloriado publicamente dos ilícitos que cometeu, ou quando um indivíduo, embora violado em sua integridade física, tenha prestado seu consentimento para as lesões.¹⁹ Embora não se possa dizer, neste último caso, que a mera autorização do próprio lesado seja suficiente para afastar a responsabilidade civil daquele que provocou as lesões, poderá tal consentimento valer como parâmetro para o estabelecimento de uma eventual redução equitativa do *quantum* indenizatório.

4.2 A LEGITIMIDADE DA AUTOTUTELA

Consoante se antecipou noutro lugar, também não se pode recusar às pessoas a prerrogativa, ainda que lídima apenas em situação extremas, de apelar à *autotutela*, com o fito de resguardar seus direitos da personalidade. Constata-se que o Código Civil brasileiro deu abrigo à figura da legítima defesa, enquadrando-a, em seu art. 188, no rol das circunstâncias excludentes de ilicitude, embora não tenha atribuído ao instituto qualquer desenvolvimento. Esta função ficou a cargo do Cód-

19 FONSECA, op. cit., 2006, p. 252.

go Penal brasileiro, que, ao prever a inexistência de crime quando o ato for praticado em legítima defesa (art. 23, inciso II), indica que esta excludente se verifica nos casos em que uma pessoa, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem (art. 25).

Aplicado este raciocínio à tutela dos direitos da personalidade, nada impede que uma pessoa, lícitamente, venha a se valer dos seus próprios meios – sem o recurso, portanto, ao auxílio das autoridades constituídas – com o intuito de afastar as violações àqueles direitos, desde que esta conduta se revele necessária e que seja exercida moderadamente, isto é, com o estrito propósito de evitar um dano, ainda que para tanto se tenha de sacrificar outros interesses jurídicos.

Para ilustrar a hipótese, pode-se recorrer a exemplos. É comum a divulgação, sobretudo televisiva, de notícias que mostram a tentativa de se retirar (e porventura inutilizar) equipamentos de fotógrafos ou cinegrafistas. Nestas circunstâncias, caso a pessoa retratada tenha motivos para se contrapor à captação da sua imagem – por não querer se revelar ou por pretender resguardar sua privacidade, por exemplo – e desde que se valha dos meios necessários à repulsão da ofensa, é possível o reconhecimento da legítima defesa do direito,²⁰ levando-se em consideração que a omissão do retratado no próprio momento da obtenção indevida da sua imagem inevitavelmente acarretará a sua divulgação, consumando-se um dano ainda mais intenso. Eis, portanto, a justificativa da necessidade de agir prontamente, com o intuito de evitar o exaurimento da ameaça de violação a determinado direito da personalidade.

Outra hipótese de exercício da legítima defesa, que toca mais de perto ao âmbito do Direito Penal, diz respeito às eventuais violações à integridade física. Aquele que se sentir justificadamente ameaçado em sua incolumidade corporal estará autorizado por lei a agir consoante suas forças, desde que seu comportamento esteja pautado pelos critérios da necessidade e da proporcionalidade, que conformam a noção da legítima defesa. Este ato de desforço privado, em virtude de sua licitude, isentará o agente do dever de reparar os danos porventura causados àquele que violou ao ameaçou violar seus direitos da personalidade, ressalvada a hipótese de eventuais abusos, que ultrapassem a medida do necessário para a salvaguarda dos bens jurídicos em questão.

20 SILVA JÚNIOR, Alcides Leopoldo e. *A pessoa pública e o seu direito de imagem*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 49-50.

4.3 A TUTELA CONSTITUCIONAL, PENAL E ELEITORAL

Os direitos da personalidade, em virtude de sua magnitude, mereceram também o amplo resguardo do ordenamento constitucional, através de institutos como o *habeas corpus*, que assegura a quem quer que seja a liberdade de ir e vir,²¹ e de previsões como aquelas contidas no art. 5º, incisos V e X, em que se consagram, respectivamente, os direitos à indenização por ofensa à imagem e à inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Diversas hipóteses de proteção dos direitos da personalidade também foram albergadas pelo sistema normativo penal, sujeitando-se o infrator, ao violá-los, a uma série de sanções, cuja intensidade dependerá do bem jurídico a que se dirigiu a ofensa e da gravidade da conduta do ofensor. Carlos Alberto Bittar²² sintetiza o rol de crimes voltados contra os direitos da personalidade:

As figuras delituosas previstas no estatuto repressivo – e que levam em conta diferentes bens jurídicos que compõem a personalidade humana – espriam-se desde os crimes contra a vida, com o homicídio (art. 121); o induzimento a suicídio (art. 122); o infanticídio (art. 123) e o aborto (art. 124); aos crimes de periclitación da vida e da saúde, com diversas situações de perigo (arts. 130 a 136) e à rixa (art. 137); aos crimes de lesões corporais (art. 129); aos crimes contra a honra, compreendendo a calúnia (art. 138), a difamação (art. 139) e a injúria (art. 140); aos crimes contra a liberdade individual, com o constrangimento ilegal (art. 146), a ameaça (art. 147), o sequestro e o cárcere privado (art. 148), e a redução à condição análoga à de escravo (art. 149); aos crimes contra a inviolabilidade do domicílio (art. 150) e aos crimes contra a inviolabilidade de correspondência (arts. 151 e 152, incluídas as de comunicação telegráfica, radioelétrica ou telefônica, e a de correspondência comercial), e, por fim, aos crimes contra a inviolabilidade dos segredos (comum e profissional) (arts. 153 e 154).

Adiante, o mesmo autor apresenta a sistemática da tutela dos crimes cometidos contra a saúde:

No âmbito dos crimes de saúde, destacam-se: a exposição a contágio de moléstia venérea (art. 130); o perigo de contágio de moléstia gra-

21 FRANÇA, Rubens. Limongi. **Direitos da personalidade**: coordenadas fundamentais. Revista do Advogado, São Paulo, n. 38 dez. 1992. p. 11.

22 BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006. p. 55.

ve (art. 131); o perigo para a vida ou a saúde de outrem (art. 132); o abandono de incapaz (art. 133); a exposição ou abandono de recém-nascido (art. 134); a omissão de socorro (art. 135); ou maus-tratos (art. 136).²³

No tocante à consagração da inviolabilidade da intimidade (art. 5º, X), a Constituição contempla particularmente o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal (art. 5º, XII). Para regulamentar a parte final do dispositivo constitucional acabado de referir, criou-se a Lei n. 9.296/96 que, entre outras disposições, impede a interceptação de comunicações telefônicas quando não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal, quando a prova puder ser feita por outros meios disponíveis ou nos casos em que o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção.

Já em sede eleitoral são frequentes os pedidos de retratação e de concessão de direito de resposta, sobretudo durante os períodos em que se organizam os pleitos, seja em âmbito municipal, estadual ou federal. Trata-se de um meio específico de tutela atenuante, que encontra respaldo no texto constitucional, posto que o art. 5º, inciso V, da Carta Magna assegura o direito de resposta, desde que proporcional ao agravo – exigência que reforça as referências já assinaladas sobre a necessidade de se balancear adequadamente a intensidade da ofensa e a reparação à honra do ofendido.

O direito de resposta foi também positivado no art. 243 do Código Eleitoral (Lei n. 4.737/1965), cujo § 3º assegura a medida a quem for injuriado, difamado ou caluniado através da imprensa, do rádio, da televisão ou do alto-falante – cabendo estender idêntico resguardo às violações perpetradas por outros meios de comunicação posteriormente surgidos, dada a flagrante evolução tecnológica observada desde a data da edição do diploma até os dias que correm – e nos arts. 58 e 58-A da Lei n. 9.504/1997, que regulamenta, no Brasil, as normas para as eleições.

A sistematização da disciplina no ordenamento civil, eleitoral penal – com a devida previsão dos meios de tutela e repressão às violações aos direitos da personalidade –, aliada à circunstância de vários deles terem sido alçados também à

23 BITTAR, op. cit., 2006, p. 77-78.

condição de direitos fundamentais, devidamente instituídos no texto constitucional, demonstra a inteireza da defesa da personalidade das pessoas naturais, medida imprescindível para assegurar a coerência de uma ordem jurídica como a brasileira, centrada na primazia da dignidade da pessoa humana.

5 A TUTELA PÓSTUMA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Para o traçar destas linhas, é irrelevante abordar os problemas atinentes à natureza jurídica do cadáver, enquanto expressão residual da pessoa humana, após o seu falecimento.²⁴ Contudo, com o fito de demonstrar a completitude da abrangência da tutela dos direitos da personalidade, releva apontar, ainda que com breves notas, de que forma a proteção destes direitos pode ser alargada para além da morte.

O ponto de partida é a noção de que a morte põe termo à personalidade humana, ideia contida no art. 6º do Código Civil brasileiro, ao enunciar que “a existência da pessoa natural termina com a morte (...)”.

Para que se alcance a definição de morte no ordenamento brasileiro – que, ao contrário do regime do Direito Romano, que admitia hipóteses de “morte civil” (isto é, de perda da personalidade em vida), resguarda a personalidade humana enquanto houver vida –, prevalece o critério da morte encefálica, embora o referido art. 6º do Código Civil não o enuncie expressamente. A ilação é extraída do próprio sistema, pois a Lei dos Transplantes (Lei n. 9.434/97) enuncia que “a retirada *post mortem* de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica, constatada e registrada por dois médicos (...)” (art. 3º), devendo-se interpretar o conceito de morte encefálica como “a cessação irreversível de todas as funções cerebrais”.²⁵

A revisão do conceito de morte, que antes levava em conta a parada respiratória e cessação dos batimentos cardíacos, se justifica pela eficácia dos transplantes, pois, naturalmente, os órgãos cadavéricos devem ser extraídos do corpo humano ainda em funcionamento, mesmo depois de cessada a atividade cerebral. A fixação deste critério tem o objetivo de “manter intacta a maioria das funções integrativas

24 PRATIS, Carlo Maria. Prelevamenti di organi e diritto all'integrità corporale. In: I DIRITTI dell'uomo nell'ambito della medicina legale: prima sessione di studio e formazione sui diritti dell'uomo. Milano: Giuffrè, 1981. p. 451.

25 OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. O direito geral de personalidade e a 'solução do dissentimento': ensaio sobre um caso de 'constitucionalização' do Direito Civil. Coimbra: Ed. Coimbra, 2002. p. 154.

e regulativas necessárias para manter a existência do organismo como um todo”,²⁶ permitindo-se que a pessoa mantenha algumas funções orgânicas, porque esta manutenção artificial da vida melhorará as condições de colheita de órgãos e tecidos para fins de transplante.²⁷ O critério eleito pelo legislador, contudo, não escapa a diversas críticas, sobretudo quanto à convicção de ser este o meio mais fiável de aferir com toda a certeza que findou o processo de morte de uma pessoa.²⁸ Para além disso, prevalecerá sempre alguma suspeita sobre a correção da decisão que declara morto um indivíduo, podendo a declaração do óbito ocorrer apenas para atender ao intuito de extirpar-lhe órgãos e tecidos em condições ideais.²⁹ De qualquer forma, a apuração do momento exato da morte é atribuição técnica do profissional da medicina, importando verificar, fundamentalmente, a irreversibilidade da situação.

É com a morte, pois, que cessa a condição da pessoa de titularizar direitos, embora caiba afirmar que certas projeções da personalidade geram efeitos *post mortem* – e aqui, o estudo sobre os direitos da personalidade é elucidativo, uma vez que as violações à honra ou à imagem de uma pessoa falecida, entre outros valores, são passíveis de tutela, não somente pelos reflexos negativos porventura gerados entre os familiares supérstites, mas, principalmente, para perpetuar a dignidade da pessoa falecida.

O próprio Código Civil permite, em seus arts. 12, parágrafo único, e 20, parágrafo único, a defesa *post mortem* de aspectos da personalidade, que passam a ter, portanto, certa eficácia póstuma. Tais disposições de lei enunciam que, em se tratando de morto, a legitimação para requerer as medidas de defesa dos direitos da personalidade será deferida ao cônjuge sobrevivente, ou a qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau (embora o parágrafo único do art. 20, que se reporta à tutela específica dos direitos à imagem, à voz e à reserva e transmissão de escritos tenha excluído do rol dos legitimados os colaterais, o que não deixa de caracterizar uma indevida ruptura no sistema dos direitos da personalidade, que merecem idêntico resguardo, quaisquer que sejam).

26 Ibidem, 2002, p. 147.

27 ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito e bioética. *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, ano 51, jul. 1991. p. 442.

28 Nuno Manuel Oliveira coloca em xeque a validade do critério da morte encefálica: “Face às valorações jurídico-constitucionais subjacentes ao princípio *in dubio pro vitae*, a pessoa em estado de morte cerebral teria de ser considerada como uma pessoa viva e, conseqüentemente, como titular do direito fundamental à vida (...)” (OLIVEIRA, op. cit., p. 148).

29 ASCENSÃO, op. cit., 1991, p. 443.

Nesses casos, os legitimados não demandarão por ofensa a direitos próprios, posto que a violação foi imediatamente dirigida ao falecido. Há, contudo, a possibilidade de ocorrer danos reflexos no âmbito da família da pessoa falecida, pois certas afrontas, ainda que tenham em mira a profanação do morto, podem ocasionar danos por ricochete nas pessoas que lhe são próximas, o que justificaria a exigência de reparação, agora, sim, por danos efetivamente sofridos também pelos familiares. Mediamente, pois, os bens da personalidade do cônjuge, companheiro ou parente do falecido podem ser violados; imediatamente, contudo, a afronta e a respectiva tutela recairão sobre as projeções póstumas da personalidade da própria pessoa morta. Trata-se de um fenômeno em que o falecido lega aos seus herdeiros uma espécie de “herança moral”, em que os interesses protegidos pertencerão àquele, e o poder de agir – isto é, a legitimidade para fins processuais – será transmitido a estes.³⁰ Noutros termos, conforme MÁRIO RAPOSO,³¹ os vivos atuam como se o *de cuius* vivesse; o interesse a resguardar é deste, não daqueles. Tal se explica porque “a personalidade jurídica cessou com a morte, mas não cessou o relevo ético da pessoa que foi, e a sua tutela moral”. O que se protege é a projeção “do valor da vida para além da morte, na sua perdurável dignidade”.³²

Explica-se a tutela da pessoa falecida, embora tenha cessado a sua personalidade, para a preservação da sua memória, corolário da necessidade de se permitir que o defunto *descanse em paz*. O que está em causa “é a continuidade da pessoa, pelo menos para efeitos da proteção da pessoa no passado”.³³ Assim, afirma-se que há a projeção de certos aspectos da personalidade para além da morte, sobretudo no que tange à proteção da honra, da imagem, do nome e da incolumidade do corpo.

Por fim, mais uma vez a proteção dos direitos da personalidade em sede juscivilística se faz acompanhar da correspondente tutela criminal. No Código Penal brasileiro foram tipificados os crimes contra o respeito aos mortos – o que reforça a ideia de que, em cena, figura a proteção da memória das pessoas falecidas –, que abrangem delitos como o impedimento ou perturbação de cerimônia funerária (art. 209), a violação de sepultura (art. 210), a destruição, subtração ou ocultação de cadáver (art. 211) e o vilipêndio a cadáver ou suas cinzas (art. 212).

30 CAMPOS, Diogo Leite de. *O estatuto jurídico da pessoa depois da morte*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 250. (Separata da Revista “O Direito II”).

31 RAPOSO, Mário. *Curso de direito das pessoas: sumários desenvolvidos*. Lisboa: Associação Académica da Universidade Internacional, 1989, p. 80-81.

32 Idem.

33 CAMPOS, op. cit., 2007, p. 252.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apontadas algumas noções indispensáveis à compreensão dos direitos da personalidade, foram firmadas as bases para a análise dos mecanismos dispostos pelo ordenamento brasileiro para a sua tutela. À inarredável relevância dos direitos da personalidade, atribuiu-se um sistema de proteção proporcionalmente extenso, de maneira a evitar, mitigar ou reprimir todo tipo de conduta que possa representar violação à dignidade da pessoa humana.

Ao legislador, incumbia municiar as pessoas naturais com os meios necessários ao resguardo dos seus mais caros direitos; ao intérprete e ao magistrado, compete atingir os fins visados pelas correspondentes normas jurídicas, ao tornar eficazes os instrumentos de tutela da personalidade humana. Para tanto, impõe-se o rigoroso afastamento de todo tipo de intromissão não consentida sobre o âmbito dos direitos da personalidade, tudo para permitir, enfim, que as pessoas naturais desenvolvam com liberdade e plenitude os atributos que derivam da sua própria essência.

REFERÊNCIAS

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

ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito e bioética. **Revista da Ordem dos Advogados**, Lisboa, ano 51, p. 419-428, jul. 1991.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006.

CAMPOS, Diogo Leite de. **O estatuto jurídico da pessoa depois da morte**. Coimbra: Almedina, 2007. (Separata da Revista "O Direito II").

FONSECA, Tiago Soares da. Da tutela judicial civil dos direitos de personalidade. **Revista da Ordem dos Advogados**. Lisboa, ano. 66, n. 1, p. 231-293, jan. 2006.

FRANÇA, Rubens Limongi. Direitos da personalidade: coordenadas fundamentais. **Revista do Advogado**, São Paulo, n. 38, p. 5-13, dez. 1992.

FRANÇA, Rubens Limongi. **Manual de direito civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975, v. 1.

HÖRSTER, Heinrich Ewald. **A parte geral do código civil português**. Coimbra: Almedina, 2003.

JABUR, Gilberto Haddad. **Liberdade de pensamento e direito à vida privada: conflitos entre direitos da personalidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

JABUR, Gilberto Haddad. Limitações ao direito à própria imagem no novo código civil. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo. **Questões controvertidas no novo código civil**. São Paulo: Método, 2004, v. 1, p. 11-44.

LOPEZ JACOISTE, José Javier. Una aproximación tópica a los derechos de la personalidad. **Anuario de Derecho Civil**. Madrid, oct./Dic. 1986, t. 39, n. 4, p. 1059-1120.

MOINE, Isabelle. **Les choses hors commerce: une approche de la personne humaine juridique**. Paris: LGDJ, 1997.

PRATIS, Carlo Maria. Prelevamenti di organi e diritto all'integrità corporale. In: I DIRITTI dell'uomo nell'ambito della medicina legale: prima sessione di studio e formazione sui diritti dell'uomo. Milano: Giuffrè, 1981, p. 447-452.

OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. **O direito geral de personalidade e a 'solução do dissentimento'**: ensaio sobre um caso de 'constitucionalização' do Direito Civil. Coimbra: Ed. Coimbra, 2002.

RAPOSO, Mário. **Curso de direito das pessoas: sumários desenvolvidos**. Lisboa: Associação Académica da Universidade Internacional, 1989.

SILVA JÚNIOR, Alcides Leopoldo e. **A pessoa pública e o seu direito de imagem**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Ed. Coimbra, 1995.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Tutela jurisdicional da personalidade post mortem. **Revista do Advogado**, São Paulo, ano 25, n. 84, p. 119-129, dez. 2005.

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

Enviado em: 27 de julho de 2012

Aceito em: 08 de abril de 2013