A Proteção da Pessoa Humana pelo Direito Civil: Evolução Histórica

Leonardo Estevam de Assis Zanini
Juiz Federal Substituto em São Paulo.
Mestre em direito civil pela PUC/SP.
Bacharel em direito pela USP.

PALAVRAS-CHAVE:
História do direito; direito civil constitucional; direitos da personalidade; proteção da pessoa humana.

1. Introdução

As origens da proteção à pessoa humana[1] pelo direito civil já podem ser encontradas nas civilizações da Antiguidade, entre as quais vale mencionar a Índia, a Mesopotâmia, o Egito, a Grécia e, obviamente, Roma. De fato, não se pode conceber, mesmo na Antiguidade, uma civilização que nenhum valor outorgasse à figura humana, pois isso significaria seu próprio extermínio.

1 A expressão "pessoa humana" não se constitui um pleonasmo, visto que ela se opõe à "pessoa jurídica".

rev_academica_numero02.indd 109 12/4/2010 14:47:35

Todavia, como em qualquer evolução, nas civilizações antigas a proteção à pessoa humana veio sempre acompanhada de avanços e retrocessos, em especial devido à existência de profundas diferenças jurídicas entre as pessoas, com a manutenção de estatutos jurídicos discriminatórios (v.g. a admissão da escravidão), bem como a condição de inferioridade de determinados membros da família, como a mulher.

A despeito de termos mencionado várias civilizações antigas, vamos aqui fazer inicialmente uma abordagem apenas em relação às mais importantes para o ocidente, ou seja, Grécia e Roma, visto que nelas podemos mais facilmente visualizar as mais remotas categorias jurídicas destinadas a tutelar a pessoa humana.

Em seguida, passaremos a analisar os direitos da pessoa humana no âmbito do direito civil desde a Idade Média até a atualidade, dando especial destaque, a partir do século XIX, ao desenvolvimento e consolidação dos direitos da personalidade, categoria que hodiernamente tutela a pessoa humana no âmbito do direito civil e que, após o movimento de constitucionalização do direito civil, pode ser considerada a espinha dorsal desse ramo jurídico.

2. A tutela da pessoa humana na Antiguidade

2.1. A contribuição grega à tutela da pessoa humana

A história da Grécia Antiga é dividida em quatro períodos: 1) período micênico ou homérico, do século XV ao século VIII, a.C., com predomínio dos cretenses e aqueus; 2) período pré-clássico ou arcaico, do século VIII ao século VI, a.C.; 3) período clássico, do século VI ao século IV a.C, quando preponderou a *polis* e; 4) período pós-clássico ou helênico, do século IV ao século I, a.C., que abrangeu o império de Alexandre e culminou com a dominação romana[2].

Tal divisão histórica é relevante para a compreensão do direito grego, visto que nos dois primeiros períodos o direito consuetudinário imperava, não obstante o surgimento das primeiras normas escritas no período arcaico. Aliás, conforme informa Capelo de Sousa, a noção abstrata e geral de lei (*nomos*) já aparece em Hesíodo (século VIII a.C.)[3].

2 SZANIAWSKI, Elimar, Direitos de personalidade e sua tutela, p. 23-24.

3 CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo, O direito geral de personalidade, p. 41.

rev_academica_numero02.indd 110 12/4/2010 14:47:36

Como não poderia deixar de ser, o direito vigente na civilização grega mudou muito no decorrer de sua história, o que também se sentiu no que toca ao estatuto das pessoas, valendo aqui lembrar, apenas a título ilustrativo, que as mulheres mantinham no período micênico uma posição de igualdade em relação aos homens, situação essa que foi drasticamente modificada no período clássico, quando houve redução de sua capacidade[4].

Outro fator de dificuldade para uma visão global do direito grego era a existência de normas diversas em cada pólis, cada cidade tinha seu próprio direito, tanto público como privado, uma vez que, com exceção do curto governo de Alexandre o Grande, não houve unidade política e jurídica na Grécia Antiga[5].

Dentre as cidades-estado gregas, o direito privado mais conhecido é o de Atenas, cujas normas inclusive serviram de inspiração para a Lei das Doze Tábuas. Porém, a maior parte das fontes do direito grego acabou por se perder, chegando até nós apenas fragmentos esparsos ou fontes mediatas desse direito[6].

Apesar de tudo, grande foi a contribuição dada pelos gregos à atual categoria dos direitos da personalidade, haja vista o pensamento filosófico que passou a ver o homem, tanto no âmbito estadual quanto no universal, como a origem e a finalidade do direito, ganhando "novo sentido os problemas da personalidade e da capacidade jurídica de todo e cada homem e dos seus inerentes direitos de personalidade"[7].

Ainda, o pensamento grego, especialmente por influência de Aristóteles, passou a conceber a existência de igualdade entre as pessoas, bem como buscou a regulamentação das relações humanas em sociedade pela lei[8] (*nomos*), que, de acordo com os autores gregos citados por Gilissen, seria uma "disposição geral, uniforme e igual para todos", limitadora do poder da autoridade[9].

---

4 SZANIAWSKI, Elimar, Direitos de personalidade e sua tutela, p. 24.

5 GILISSEN, John, Introdução Histórica ao Direito, p. 73.

6 AZEVEDO, Luiz Carlos de. O direito grego antigo. Disponível em: <http://helciomadeira.sites.uol.com.br/historia_arquivos/Texto002.htm>. Acesso em: 27 mar. 2009.

7 CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo, O direito geral de personalidade, p. 47.

8 SZANIAWSKI, Elimar, Direitos de personalidade e sua tutela, p. 25.

9 GILISSEN, John, Introdução Histórica ao Direito, p. 75-76.

rev_academica_numero02.indd 111 12/4/2010 14:47:36

Não obstante a pretensa igualdade entre as pessoas e a submissão a uma lei geral, uniforme e igual para todos, a escravidão era instituto presente na Grécia, mas o escravo não era considerado simplesmente uma coisa, pois eram reprovados os maus-tratos aos escravos e punida sua morte, mesmo aquela provocada por seu senhor, bem como era permitido seu casamento e o exercício de atividade comercial[10].

A igualdade, da mesma forma, não existia no campo político, visto que eram considerados cidadãos apenas os nascidos em Atenas, do sexo masculino e maiores de vinte anos, ficando excluídos do processo decisório as mulheres, os estrangeiros (metecos) e os escravos[11].

A ideia de direito natural é outro importante legado grego, o qual era entendido como um corpo de normas ideais não escritas, opostas aos estatutos reais, que refletiam a imperfeição da vida cotidiana[12]. Essa ideia grega de direito natural pode ser nitidamente visualizada na obra de Sófocles, particularmente quando Antígona reclama, com fundamento no seu dever familiar imposto pelos deuses, o enterro de seu irmão como cidadão, em contradição ao que dispunha a legislação da pólis, que vedava o enterro daquele que combatera contra a cidade[13].

Esse conceito será, posteriormente, de fundamental importância para o desenvolvimento dos direitos da personalidade, já que o pensamento grego é retomado, mais tarde, no movimento jusnaturalista, que serviu de base para as declarações de direitos.

Acrescente-se, ademais, que na Grécia Antiga ocorreu a laicização do direito, de maneira que as leis podiam ser revogadas pelos mesmos homens que as fizeram[14], não tinham nada de religioso, de divino, o que foi um grande progresso para a civilização ocidental.

Outrossim, os gregos institucionalizaram o princípio da personalidade do direito e configuraram autênticas normas de direito

10 CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo, O direito geral de personalidade, p. 43.

11 AGUIAR, Renan, História do direito, p. 59.

12 CAENEGEM, R. C. van, Uma introdução histórica ao direito privado, p. 119.

13 SOFOCLES, A trilogia tebana: Édipo Rei, Édipo em Colono e Antígona, passim.

14 AGUIAR, Renan, História do direito, p. 60.

rev_academica_numero02.indd 112 12/4/2010 14:47:36

internacional, “impostas pela consciência e que já traduzem um respeito universal pelo homem”[15].

Já no campo dos institutos jurídicos, podemos destacar a tutela da pessoa em Atenas por meio de ação fundada na ideia de *hybris*. Essa ação tinha inicialmente caráter penal e objetivava a punição de ultrajes ou sevícias sobre uma pessoa. Com o passar do tempo houve o seu aprimoramento, o que permitiu, mediante ações públicas ou privadas, a tutela de outros ilícitos, como as ofensas corporais, a difamação, a violação de mulheres e o uso proibido da força sobre coisa alheia[16].

A palavra *hybris*, de acordo com Douglas Maurice MacDowell, é de definição e tradução difícil, sendo normalmente utilizada por escritores modernos com o significado de “arrogância”[17], o que não representa adequadamente o alcance da palavra grega[18]. Seja como for, é por meio da *hybris* que os gregos expressavam seu repúdio ao excesso, à injustiça, ao desequilíbrio, à insolência e à soberba[19], valendo ainda destacar que essa ação também protegia os escravos, uma vez que punia diretamente atos contra qualquer criança, mulher ou homem, porém não punia um ato de *hybris* contra um deus[20].

Por conseguinte, é possível atribuir aos gregos boa parte da base filosófica que deu sustentáculo à moderna teoria dos direitos da personalidade, não se podendo esquecer, por outro lado, da importância da *hybris*.

2.2. A contribuição romana à tutela da pessoa humana

Ao longo da história do direito romano, tal qual ocorreu no direito grego, o acesso e a perda de estatutos jurídicos foi uma constante, o que decorreu de alterações sociais, econômicas, políticas etc. Daí que é interessante uma análise dos institutos jurídicos ligados à pessoa de acordo com os períodos em que é dividida a história

15 CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo, O direito geral de personalidade, p. 42.

16 CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo, O direito geral de personalidade, p. 44.

17 Conforme Capelo de Sousa, a noção comum de hybris traduzia as ideias de: excesso, injustiça, insolência, desequilíbrio e de soberba (CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo, O direito geral de personalidade, p. 44).

18 MACDOWELL, Douglas Maurice, The law in classical Athens, p. 129.

19 CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo, O direito geral de personalidade, p. 44.

20 MACDOWELL, Douglas Maurice, The law in classical Athens, p. 130.

rev_academica_numero02.indd 113 12/4/2010 14:47:36

do direito romano, ou seja: 1) direito antigo ou pré-clássico, que vai das origens de Roma à *Lex Aebutia*, compreendida aproximadamente entre 149 e 126 a.C.; 2) direito clássico, que tem término em 305 d.C., com o fim do reinado de Diocleciano; 3) período pós-clássico ou romano-helênico, que se encerra com a morte de Justiniano, em 565 d.C[21].

A despeito da mencionada diversidade dos estatutos jurídicos no decorrer da evolução do direito romano, o que vai ser a seguir mais bem explanado, não podemos deixar de observar que tradicionalmente os autores apontam a necessidade do preenchimento de três *status* (estados) para a aquisição, em Roma, da capacidade jurídica plena, que eram: *status libertatis* (a condição de homem livre), *status civitatis* (a cidadania romana, que era negada aos escravos e estrangeiros) e *status familiae* (a condição de *pater familias*, ou seja, o homem não subordinado a um ascendente masculino)[22].

2.2.1. Época pré-clássica

O direito romano do período pré-clássico traduz-se no *ius civile* e na aplicação a ele dada pelos jurisconsultos. Nessa época, as instituições jurídicas vigentes eram bastante primitivas, caracterizadas pelo formalismo e pela rigidez, já que voltadas para uma sociedade rural, fundada na solidariedade clânica.

Em vista disso, o sancionamento das ofensas aos bens da personalidade se dava precipuamente por meio da vingança privada. As penas para as lesões pessoais eram fulcradas no Talião e apenas nos casos de lesões pessoais leves cominava-se uma indenização[23].

Nesse estágio primitivo do direito romano até mesmo o devedor, que era visto como uma coisa do credor, podia ser massacrado, encarcerado em prisão doméstica e transformado em escravo[24], o que demonstrava justamente o livre-arbítrio, o exercício da vingança, bem como a dissonância com os padrões de proteção da pessoa da civilização atual.

Em um momento posterior, passou-se da vingança privada

21 ALVES, José Carlos Moreira, Direito Romano, v. 1, p. 02.

22 ALVES, José Carlos Moreira, Direito Romano, v. 1, p. 97-110.

23 CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo, O direito geral de personalidade, p. 49.

24 GARCEZ NETO, Martinho, Responsabilidade civil no direito comparado, p. 25.

rev_academica_numero02.indd 114 12/4/2010 14:47:36

para a pena privada de composições, primeiro voluntária e depois obrigatória, já se podendo encontrar na Lei das Doze Tábuas, elaborada no ano 305 a.C., sinais da transição da composição voluntária para a composição legal, porém, não estava compelida a vítima a aceitar a composição fixada[25].

Com o desenvolvimento do direito, a *iniuria,* que na Lei das Doze Tábuas traduzia apenas ofensas corporais ligeiras, passa a encontrar proteção mais ampla na Lex Aquilia (entre 289 e 286 a.C.), equivalendo à ideia de injustiça ou de ilicitude[26].

A condição dos escravos também muda sensivelmente através das várias épocas do direito romano. No direito pré-clássico o escravo estava sujeito a uma série de arbitrariedades de seu dono, mas mesmo assim podia participar de cultos domésticos e públicos, bem como ser membro e até ocupar, com o consentimento do dono, cargos de direção de corporações religiosas[27].

Aliás, é na época mais antiga, no estágio inicial de desenvolvimento, que os escravos menos sentiram o peso de sua condição, já que eram considerados quase como companheiros de trabalho do *dominus*, além de serem por ele conhecidos, bem como tratados com benevolência. Por sua vez, os escravos nutriam sentimentos de devoção, reconhecimento e disciplina[28].

Esse quadro, no entanto, vai mudando com o passar do tempo, conforme Roma vai se desenvolvendo e obtendo vitórias militares, o que faz com que o número de escravos aumente bastante, bem como que sua situação se torne assaz miserável[29].

Outro dado interessante em relação à escravidão nesse período é que os escravos eram geralmente povos da própria Itália, já que as guerras ainda estavam limitadas àquela região, o que garantia a esses povos certos laços de "parentesco" com os romanos[30].

Logo, vê-se que no período pré-clássico a tutela da pessoa

25 ALSINA, Jorge Bustamante, Teoría General de la Responsabilidad Civil, p. 31.

26 CORDEIRO, António Menezes, Tratado de Direito Civil Português, Parte Geral, t. III, p. 31-32.

27 ALVES, José Carlos Moreira, Direito Romano, v. 1, p. 100.

28 SANFILIPPO, Cesare, Istituzioni di diritto romano, p. 137-138.

29 MAYER-MALY, Theo, Römisches Recht, p. 37.

30 KASER, Max; OTTO, Walter; BENGTSON, Hermann, Das römische Privatrecht: Erster Abschnitt. Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht, p. 112.

rev_academica_numero02.indd 115 12/4/2010 14:47:36

em Roma era demasiadamente distinta daquela que conhecemos hodiernamente, especialmente pelo fato de que as ofensas aos bens da personalidade (v.g., em caso de morte, ofensas corporais, rapto etc.) eram reprimidas pela vingança privada, a qual foi cedendo lentamente lugar à pena privada de composições, primeiro voluntária e depois obrigatória. No entanto, a vingança privada não desapareceu, pois durante o período monárquico o papel do monarca, na maior parte dos casos, limitava-se a autorizar e controlar a vingança privada, estabelecendo as formas que ela deveria revestir, bem como impedindo ou reprimindo o seu excesso[31].

2.2.2. Época clássica

O direito da época clássica é caracterizado essencialmente por seu individualismo, por sua laicização e pela separação entre o direito público e o direito privado. A visão do direito da época clássica não partia mais da família, mas sim do indivíduo, o que, segundo Kaser, Otto e Bengtson, é claramente demonstrado pela estrutura do primeiro livro das Instituições de Gaio, cuja parte principal trata das pessoas[32].

O papel fundamental na administração da justiça era desempenhado pelo pretor urbano, que apesar de não poder atribuir direitos a ninguém, concedia ou negava ações, o que, na prática, equivalia à criação de direitos[33]. Assim, os magistrados encarregados da jurisdição, normalmente no início de seu mandato, mandavam afixar os editos, que eram proclamações que outorgavam ações judiciais em determinadas circunstâncias, o que aproximava o direito da realidade, permitindo sua adaptação a vastos domínios e às mutações sociais[34].

É justamente a partir desse direito pretoriano que vão ser ultrapassadas as carências do *ius civile* em matéria de proteção da pessoa, pois quando o pretor concedia ação para tutelar situações não previstas no *ius civile*, na verdade ele supria as lacunas dessa ordem jurídica. Assim, ao *ius honorarium*, criado pelos magistrados

31 CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo, O direito geral de personalidade, p. 48.

32 KASER, Max; OTTO, Walter; BENGTSON, Hermann, Das römische Privatrecht: Erster Abschnitt. Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht, p. 278.

33 ALVES, José Carlos Moreira, Direito Romano, v. 1, p. 70.

34 CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo, O direito geral de personalidade, p. 52.

rev_academica_numero02.indd 116 12/4/2010 14:47:36

romanos em razão de seu poder jurisdicional, contrapunha-se o *ius civile*. No entanto, ambos não se diferenciavam pela área de validade, mas sim pelo seu fundamento de validade[35].

Posteriormente, no principado, ao *ius civile* e ao *ius honorarium* (ou *praetorium*) vai se sobrepondo o *ius extraordinarium*, integrado por constituições imperiais[36], tornando-se progressivamente o imperador o único órgão legislativo[37].

Não havia, entretanto, uma proteção sistemática da pessoa, sendo certo que a tutela se fazia por meio de manifestações isoladas, entre as quais podemos citar as disposições da *Lex Aquilia*, que outorgava ação destinada a tutelar a integridade física das pessoas, da *Lex Cornelia* (81 a.C.), que protegia o domicílio contra a sua violação, e da *Lex Fabia*, que estabelecia meios processuais para a defesa de direitos inerentes à personalidade[38].

Em caso de iniuria havia a proteção da actio iniuriarum, uma actio ex delicto baseada na *Lex Aquilia*[39]. Essa ação, de matriz pretoriana, alterou a forma de reparação do dano, afastando o critério tarifado existente na Lei das Doze Tábuas.

Realmente, a *actio iniuriarum*, no período clássico, outorgava ao ofendido o direito de exigir o pagamento de uma multa, que era arbitrada pelo magistrado e tinha a função punitiva e satisfativa, vindo daí a essência da atual indenização por dano moral decorrente da lesão aos direitos da personalidade[40].

Ainda, deve-se destacar que a *actio iniuriarum* tutelou aspectos essenciais da personalidade humana e alguns dos direitos a ela relacionados, avançando além do aspecto puramente material[41], o que tem levado muitos autores, como Capelo de Sousa, a apontá-la como o embrião de um direito geral de personalidade.

---

35 KASER, Max; OTTO, Walter; BENGTSON, Hermann, Das römische Privatrecht: Erster Abschnitt. Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht, p. 201.

36 ALVES, José Carlos Moreira, Direito Romano, v. 1, p. 70-71.

37 GILISSEN, John, Introdução Histórica ao Direito, p. 89.

38 SZANIAWSKI, Elimar, Direitos de personalidade e sua tutela, p. 32.

39 CORDEIRO, António Menezes, Tratado de Direito Civil Português, Parte Geral, t. III, p. 33.

40 BALTHASAR, Stephan, Der Schutz der Privatsphäre im Zivilrecht: eine historisch-vergleichende Untersuchung zum deutschen, französischen und englischen Recht vom ius commune bis heute, p. 15.

41 GARCIA, Enéas Costa, Direito geral da personalidade no sistema jurídico brasileiro, p. 10-13.

rev_academica_numero02.indd 117 12/4/2010 14:47:36

Outrossim, é nesse período que também passaram a vigorar leis que estenderam a cidadania romana aos habitantes do *Latium* (*Lex Iulia*, 90 a.C.), aos aliados de Roma (*Lex Plautia Papiria*, 89 a.C) e aos habitantes da Gália Transpadana (*Lex Roscia*, 49 a.C)[42].

Além disso, no direito clássico a situação dos escravos, que tinha se tornado insuportável, o que explica o surgimento de várias revoltas, é atenuada. Esse movimento se inicia na época do principado, sob influência da doutrina Estoica, podendo-se citar como exemplo o edito do imperador Cláudio que atribuía liberdade ao escravo abandonado enfermo pelo *dominus*, a constituição que vedou o homicídio do servo sem motivo válido[43], bem como a admissão da capacidade processual do escravo no processo extraordinário, que surge justamente no início do principado, permitindo a utilização do escravo pelo proprietário para, em nome deste, contrair obrigações ou adquirir direitos, sendo que nos contratos celebrados em seu próprio nome, resultavam obrigações naturais[44].

Por derradeiro, ainda no que toca à luta contra a escravidão, merece menção o posicionamento de Ulpiano, que entendia que o direito natural determinava que todas as pessoas nascem livres (*iure naturali omnes liberi nascerentur)*[45].

2.2.3. Época pós-clássica

O direito romano pós-clássico se caracterizou pela circunstância de passar a ser elaborado quase que exclusivamente pelo Estado, por meio de constituições imperiais, de forma bastante semelhante ao que ocorre no mundo moderno, deixando de existir a distinção entre o *ius civile, o ius honorarium e o ius extraodinarium*[46].

Não há dúvida que nesse período o direito romano sofreu influência do cristianismo[47], no entanto, como adverte Capelo de Sou-

42 ALVES, José Carlos Moreira, Direito Romano, v. 1, p. 105.

43 SANFILIPPO, Cesare, Istituzioni di diritto romano, p. 138.

44 ALVES, José Carlos Moreira, Direito Romano, v. 1, p. 100.

45 MAYER-MALY, Theo, Römisches Recht, p. 35.

46 ALVES, José Carlos Moreira, Direito Romano, v. 1, p. 71.

47 Não se pode deixar de mencionar que também exerceram influência no direito romano pós-clássico os seguintes fatores: "a nova constituição política, social e econômica do Império, que passa a ter, depois de Constantino, seu centro de gravidade no Oriente; os direitos provinciais; o empirismo que resulta de toda época de decadência; e o espírito e a preparação doutrinária dos jurisconsultos do Oriente grego" (ALVES, José Carlos Moreira, Direito Romano, v. 1, p. 73).

rev_academica_numero02.indd 118 12/4/2010 14:47:37

sa, "a aliança entre o Império e a Igreja teve como contraprestação da hierarquia eclesiástica o reconhecimento da ordem sócio-económica-política estabelecida, nomeadamente dos poderes do Imperador como supremo garante da ordem estabelecida", incluindo aí a manutenção do sistema produtivo escravocrata e da situação de desigualdade da maioria da população[48].

De fato, a moral cristã, não obstante ter exercido influência em Roma, não chegou a provocar grandes reformas na estrutura estatal, provocando mudanças apenas em zonas periféricas do direito, como, por exemplo, na atenuação da escravatura, na condenação dos jogos de gladiadores (325 d.C.), na repressão da prostituição (343 d.C.), na limitação da usura, na supressão do suplício da cruz e na abolição do cárcere privado[49].

Por isso, afirma Max Kaser que a era cristã conhece a proteção da personalidade e da liberdade individual somente em estritos limites[50].

Em contrapartida, com o cristianismo a tolerância religiosa, que era até então razoavelmente ampla, começou a ceder espaço à perseguição dos pagãos.

No que toca especificamente à situação do escravo[51], no período pós-clássico intensificaram-se as disposições, emanadas dos imperadores, de proteção ao escravo contra o rigor das punições de seus donos. Entre os imperadores podemos destacar Justiniano,

48 CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo, O direito geral de personalidade, p. 56.

49 CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo, O direito geral de personalidade, p. 57.

50 KASER, Max, Das römische Privatrecht: Zweiter Abschnitt. Die nachklassischen Entwicklungen, p. 114.

51 Afirma-se, tradicionalmente que os escravos não possuíam personalidade, eram coisas, de propriedade de seu senhor. Todavia, aponta Elimar Szaniawski que alguns estudiosos, entre eles Cossio e Robleda, vêm revisando o conceito tradicional, já que a escravidão seria apenas uma limitação da liberdade pessoal e não a negação da personalidade. Aponta o autor que vários atos praticados por escravos produziam efeitos no mundo jurídico, o que leva à conclusão de que os escravos não poderiam ser considerados como objeto, e sim como sujeito de direito com capacidade extremamente limitada (SZANIAWSKI, Elimar, Direitos de personalidade e sua tutela, p. 28). José Carlos Moreira Alves defende, entretanto, a doutrina tradicional, entendendo que o escravo podia praticar determinados atos, porém, isso ocorria porque servia como instrumento de ação jurídica de seu dono (como seu braço prolongado) e não porque tinha capacidade (ALVES, José Carlos Moreira, Direito Romano, v. 1, p. 98). Kaser, Otto e Bengtson, tratando do direito romano clássico, afirmam que os escravos eram simultaneamente personae e res. Como res corporales e mancipi são tratados conforme o direito das coisas, sendo propriedade de um senhor. Contudo, como seres humanos são personae, e na verdade, como as crianças da casa, estavam sobre potestas, desenhando-se, assim, as características dos escravos como seres humanos. Além disso, também fora do direito privado, conforme os autores alemães, os escravos eram tratados como seres humanos (KASER, Max; OTTO, Walter; BENGTSON, Hermann, Das römische Privatrecht: Erster Abschnitt. Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht, p. 285).

rev_academica_numero02.indd 119 12/4/2010 14:47:37

que influenciado pela ética cristã, apesar de não poder abolir a escravidão, esforçou-se para aliviar ainda mais a situação dos escravos, bem como reconheceu inúmeros casos de libertação[52]. A despeito disso, tais atenuações não chegaram a modificar a sua condição jurídica, ou seja, também no direito pós-clássico continuou o escravo a ser considerado como coisa[53].

Fica claro, portanto, que a Igreja não se opôs à existência da escravidão, porém, procurou suavizar o seu rigor, particularmente pelo cultivo da *caritas*[54].

Quanto à cidadania romana, desde os fins da República a tendência era a sua extensão a todos os súditos, havendo, com isso, um forte retrocesso no que toca à distinção entre cidadão e não cidadão[55].

Nessa linha, o imperador Caracala, em 212 d.C, por meio da *Constitutio Antoniniana*, outorgou o *status civitatis* a quase todos os habitantes do Império (*in orbe romano qui sunt*), já que aos peregrinos deditícios, que tinham sido vencidos em guerra, foi recusada a cidadania. As exceções que subsistiram desapareceram no oriente com Justiniano[56], quando apenas se opunha o cidadão ao estrangeiro[57], não sendo mais feita a distinção entre os cidadãos romanos, os latinos e os deditícios. No ocidente, porém, as fontes jurídicas mais tardias ainda conheciam essa distinção[58].

Assim, com a atribuição cada vez maior de direitos aos estrangeiros, a qualidade de cidadão romano passou a ter influência apenas na maior ou menor amplitude da capacidade jurídica, deixando de ser requisito para a aquisição de personalidade jurídica[59].

A tutela judicial da personalidade humana continuou a ser

52 SANFILIPPO, Cesare, Istituzioni di diritto romano, p. 138 e 145.

53 ALVES, José Carlos Moreira, Direito Romano, v. 1, p. 100-101.

54 KASER, Max, Das römische Privatrecht: Zweiter Abschnitt. Die nachklassischen Entwicklungen, p. 125.

55 KASER, Max, Das römische Privatrecht: Zweiter Abschnitt. Die nachklassischen Entwicklungen, p. 113.

56 CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo, O direito geral de personalidade, p. 55.

57 SANFILIPPO, Cesare, Istituzioni di diritto romano, p. 151.

58 KASER, Max, Das römische Privatrecht: Zweiter Abschnitt. Die nachklassischen Entwicklungen, p. 120-121.

59 ALVES, José Carlos Moreira, Direito Romano, v. 1, p. 98.

rev_academica_numero02.indd 120 12/4/2010 14:47:37

implementada pelos tribunais civis, por meio da *actio iniuriarum*, não obstante a presença do cristianismo no âmbito da tutela da personalidade moral e dos bens imateriais da pessoa[60].

Por derradeiro, é de se destacar que no século VI, na obra de Justiniano, encontramos uma ideia mais lata e mais precisa de *iniuria*, apresentada, em geral, como tudo o que não seja juridicamente regular (*quod non iure fit*). Assim, a *iniuria* explicitaria a afronta injuriosa a uma pessoa, o desprezo, a culpa, a iniquidade e a injustiça[61].

Portanto, vê-se que na Antiguidade greco-romana a proteção da pessoa não se dava nos moldes atuais, já que a organização socioeconômica e política era outra, bastante diversa, bem como não houve o enfrentamento pelas civilizações clássicas dos problemas hodiernamente trazidos pelo desenvolvimento tecnológico. Entrementes, podemos encontrar naquelas civilizações o embrião dos direitos da personalidade, tanto no que toca à sua base filosófica, como jurídica, valendo aqui, mais uma vez, lembrar os institutos da *hybris* grega e da *injuria* romana.

3. A tutela da pessoa humana na Idade Média

A Idade Média é tradicionalmente delimitada com base em eventos políticos, iniciando-se com a desintegração do Império Romano do Ocidente, no século V (476 d.C.), e terminada com a queda de Constantinopla e o consequente fim do Império Romano do Oriente, no século XV (1453 d.C).

3.1 A Alta Idade Média

Nesse período a sociedade e a economia da Europa Ocidental são profundamente alteradas. As invasões bárbaras provocam o surgimento de muitos reinos politicamente independentes, onde as leis bárbaras, próprias das tribos germânicas, passam a vigorar ao lado do direito romano vulgar.

A influência de cada um desses direitos dependia da quantidade de invasores bárbaros, ou seja, quanto maior o número de invasores, mais fragilizadas ficavam as regras do direito romano,

60 CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo, O direito geral de personalidade, p. 57.

61 CORDEIRO, António Menezes, Tratado de Direito Civil Português, Parte Geral, t. III, p. 32.

rev_academica_numero02.indd 121 12/4/2010 14:47:37

predominando o direito costumeiro bárbaro. Essa situação pode ser muito bem visualizada no território da atual França, pois no Sul a germanização foi superficial (*Herrensiedlung*) e os princípios essenciais do direito romano foram conservados. Já no Norte, houve uma maciça ocupação das tribos germânicas (*Bauernsiedlung*), perdendo-se o direito romano[62].

E com o passar do tempo o direito barbárico, absolutamente inferior, acabou recepcionando algumas categorias do direito romano vulgar, porém, onde houve forte ocupação dos povos bárbaros, os costumes dos germanos continuaram sendo a principal fonte do direito.

Com isso, a literatura jurídica do período era repleta de concepções errôneas, de falta de originalidade e de análise doutrinária, bem como favorecia a barbarização de institutos, misturando elementos de origem germânica com aqueles romanos[63].

Ademais, como era tradição o rei dividir as terras entre seus filhos, isso acabou levando à fragmentação e à decadência do poder real, merecendo destaque no período apenas o reino Franco, que legislou por meio das capitulares, as quais, ao lado do direito da Igreja Romana, constituíram o único ordenamento supranacional da época[64].

Dessa maneira, durante os primeiros séculos da Idade Média a legislação teve uma importância apenas secundária, predominando um direito oral, que variava inicialmente de tribo para tribo e, posteriormente, de região para região. A principal fonte do direito era o costume, não havendo qualquer sinal de tratados de direito ou de ensino profissional do direito[65].

Também não se pode esquecer a influência do direito canônico, considerado na época como fonte de direito vigente[66], já que no final do século VII grande parte dos reinos bárbaros já tinha sido convertida ao catolicismo. O direito da Igreja Católica era essencialmente

62 CAENEGEM, R. C. van, Uma introdução histórica ao direito privado, p. 29.

63 WOLFF, Hans Julius, Roman law: an historical introduction, p. 185.

64 CAENEGEM, R. C. van, Uma introdução histórica ao direito privado, p. 26.

65 CAENEGEM, R. C. van, Uma introdução histórica ao direito privado, p. 25.

66 SZANIAWSKI, Elimar, Direitos de personalidade e sua tutela, p. 34.

rev_academica_numero02.indd 122 12/4/2010 14:47:37

romano e seguia os modelos do antigo direito romano, considerando parte de suas instituições, bem como os procedimentos em juízo[67].

Outrossim, é interessante notar que o declínio da legislação, conforme Caenegem, não se explica apenas pela queda do Império Romano, ligando-se igualmente "às concepções dos povos germânicos acerca da realeza e do direito. Em sua visão, o direito não era uma técnica social que podia ser manipulada e adaptada quando as autoridades centrais desejassem, mas uma realidade eterna, um princípio fixo e intemporal de orientação, que devia ser elucidado e interpretado, mas jamais alterado fundamentalmente"[68].

Por conseguinte, a Alta Idade Média não é o campo fecundo para o estudo da proteção da pessoa humana, bem como para a doutrina dos direitos da personalidade. As condições eram incompatíveis com o fundamento ideológico necessário para tanto, ou seja, faltava a noção de individualidade[69], ofuscada, sobretudo, pelo direito barbárico. A despeito disso, no decorrer da Idade Média temos o importante reconhecimento, pelos filósofos cristãos, "da dignidade de cada homem concreto como filho de Deus, da unidade do género humano e da autonomia do espiritual perante o temporal"[70].

3.2. A Baixa Idade Média

A Baixa Idade Média é caracterizada pela crise da estrutura feudal e das relações econômicas, sociais e culturais a ela relacionadas. Há o surgimento da burguesia e do capitalismo, bem como o fortalecimento das cidades e do poder real, tornando-se o estado nacional soberano a forma dominante de organização política, cujo símbolo era o monarca absoluto.

É nesse período que o Ocidente redescobriu, no século XI, com a Escola dos Glosadores de Bolonha, o direito romano justinianeu, que influenciou profundamente a evolução do direito em praticamente toda a Europa. Esse movimento se inicia na Itália e se espalha pela Espanha, França e Alemanha, influenciando também a Inglaterra e outros países, inclusive do norte e do leste europeu[71].

67 WOLFF, Hans Julius, Roman law: an historical introduction, p. 188.

68 CAENEGEM, R. C. van, Uma introdução histórica ao direito privado, p. 22.

69 GARCIA, Enéas Costa, Direito geral da personalidade no sistema jurídico brasileiro, p. 13.

70 MIRANDA, Jorge, Manual de direito constitucional: direitos fundamentais, t. IV, p. 17.

71 WOLFF, Hans Julius, Roman law: an historical introduction, p. 183.

rev_academica_numero02.indd 123 12/4/2010 14:47:37

Essa redescoberta não significou apenas que o texto integral da compilação foi encontrado, mas sim que a nova escola passaria a estudá-lo e ensiná-lo nas universidades, o que, com o tempo, levou à produção de glosas e comentários às antigas compilações oficiais, bem como à construção gradual de um direito neo-romano ou um direito romano medieval, o qual, junto com o direito canônico, criou um direito erudito comum para todo o Ocidente, que ficou conhecido como *ius commune*[72].

Entretanto, para os glosadores não havia como se questionar a doutrina do *Corpus Iuris Civilis*, já que ela expressava a razão escrita, um modelo universal e eterno de revelação[73]. Aliás, os glosadores chegavam a considerar os textos de Justiniano como sagrados, atribuindo a eles autoridade quase bíblica[74].

Dessa maneira, não há que se falar em inovações produzidas pela Escola dos Glosadores, em especial no que toca à proteção da pessoa humana e aos direitos da personalidade, já que na glosa se manteve o âmbito e as características da *actio iniuriarum*, mas agora com desvantagem na sua aplicação prática, ante a ausência do conhecimento jurídico e da sensibilidade do pretor romano[75].

Com a perda da posição dominante da Escola dos Glosadores surgiu a Escola dos Comentadores ou Conciliadores, que tinha a cidade de Perugia como o seu mais renomado centro de atividades e como expoentes Bartolus de Saxoferrato e Baldus de Ubaldis[76]. Essa nova escola é que alcançou uma jurisprudência mais adulta e consciente das suas tarefas quotidianas, tornando as fontes romanas diretamente úteis para a satisfação das necessidades sociais[77].

De fato, conforme ensina Franz Wieacker, os conciliadores "exploraram pela primeira vez instituições ou disciplinas a que faltava no direito romano qualquer fundamento ou que aí apenas eram tratadas sob a forma de sugestões de carácter casuístico"[78].

---

72 CAENEGEM, R. C. van, Uma introdução histórica ao direito privado, p. 49.

73 CAENEGEM, R. C. van, Uma introdução histórica ao direito privado, p. 53.

74 STEIN, Peter, Roman law in European history, p. 46.

75 CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo, O direito geral de personalidade, p. 59.

76 WOLFF, Hans Julius, Roman law: an historical introduction, p. 189.

77 WIEACKER, Franz, História do Direito Privado Moderno, p. 84.

78 WIEACKER, Franz, História do Direito Privado Moderno, p. 82.

rev_academica_numero02.indd 124 12/4/2010 14:47:37

Seus representantes acabaram, assim, por ter um importante papel em direção à combinação do direito romano com os estatutos das cidades italianas, bem como com o direito canônico[79].

Logo, vê-se que os conciliadores interpretaram as fontes do direito de forma mais livre, o que inclusive favorecia a criação de novas figuras jurídicas, atualizando o antigo direito às necessidades da sociedade da época. Por isso, a obra dos conciliadores ultrapassou a dos glosadores, colocando-os como precursores da moderna dogmática do direito privado.

A despeito disso, esclarece Capelo de Sousa que o estado das questões da tutela da pessoa humana até o século XIV não foi alterado pela Escola dos Comentadores[80], visto que os esquemas da *actio iniuriarum* e da *Lex Aquilia* foram mantidos, podendo-se concluir que na Baixa Idade Média não houve desenvolvimento no que toca ao nosso tema de estudo, mas tão somente o renascimento do direito romano justinianeu.

4. A tutela da pessoa humana do século XV ao XVIII

O período aqui analisado praticamente coincide com a Idade Moderna, a qual vai do século XV ao XVIII, tendo como marco inicial a tomada de Constantinopla pelos turcos otomanos (1453) e como término a Revolução Francesa (1789). É um período de transição, cuja base consiste na substituição do modo de produção feudal pelo sistema capitalista, bem como pelo surgimento das Grandes Navegações, da Reforma Protestante, da Contra-Reforma e do Renascimento.

O Renascimento dos séculos XV e XVI alterou substancialmente a concepção medieval, colocando o homem no centro de tudo (antropocentrismo) e dando importância primordial ao racionalismo[81]. O mundo aparece como cenário das ações humanas, e não como expressão da vontade divina.

Ao Renascimento está associado o Humanismo, movimento que fez reviver estudos da Antiguidade clássica e que celebrava

79 WOLFF, Hans Julius, Roman law: an historical introduction, p. 189.

80 CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo, O direito geral de personalidade, p. 59.

81 GARCIA, Enéas Costa, Direito geral da personalidade no sistema jurídico brasileiro, p. 14.

rev_academica_numero02.indd 125 12/4/2010 14:47:38

uma série de valores e ideias relacionados ao ser humano. Com o Humanismo o homem acaba se tornando responsável por si mesmo e não mais subordinado à vontade divina, ou seja, abre-se o mundo à intervenção do homem, que passa a ter como princípios fundamentais a tolerância, a não violência e a liberdade de consciência.

Destarte, a potencialização das ideias humanistas pelo Renascimento faz com que o homem assuma sua condição e questione seu próprio destino, coexistindo, no entanto, a ideia e a imperiosidade da ordenação divina. Isso leva, conforme ensina Capelo de Sousa, à "continuação da reflexão antropocêntrica das relações entre o indivíduo e a sociedade, particularmente entre governantes e governados dentro do Estado, e a progressão do *ius*, cada vez mais ligado à vontade humana e à ideia de Justiça"[82].

No campo do direito, a Escola do Direito Natural desenvolveu amplamente as ideias humanistas de fundo individualista e voluntarista, bem como a doutrina dos direitos subjetivos. Essa escola defendia a primazia do direito natural sobre o direito positivo e fundava o direito natural "nos direitos 'inatos', 'originários' e irrenunciáveis do homem (...)"[83]. Aliás, daí se vê que na era moderna formou-se uma nova concepção do direito natural, o qual é entendido como um corpo de princípios básicos dos quais o direito positivo deveria diretamente derivar.

Dessa maneira, os integrantes dessa escola, a partir de princípios evidentes e de axiomas, realizavam uma dedução *more geometrico,* com a imutabilidade própria das deduções matemáticas, o que nos leva a crer, com fulcro nas lições de Caenegem, que seria mais adequado o nome "direito da razão" (*Vernunftrecht*)[84], ao invés de "direito natural"[85].

Esse também é o posicionamento de Celso Lafer, o qual destaca que o modelo jusnaturalista moderno "tem como nota unifi-

82 CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo, O direito geral de personalidade, p. 63.

83 CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo, O direito geral de personalidade, p. 65.

84 CAENEGEM, R. C. van, Uma introdução histórica ao direito privado, p. 129.

85 Igualmente, adverte Franz Wieacker que o "jusracionalismo europeu constituiu, na verdade, uma revolução cultural, mas traçada passo a passo por uma tradição coesa que, através das teorias sociais da Idade Média, remonta à filosofia greco-helenístico-romana. A unidade desta tradição é garantida não apenas pela continuidade histórica, mas também pela unidade dos problemas; já a execução deste projecto se processou por formas muitíssimo diversas" (WIEACKER, Franz, História do Direito Privado Moderno, p. 290).

rev_academica_numero02.indd 126 12/4/2010 14:47:38

cadora não um conteúdo em comum, mas sim um método compartilhado. Este método é o método racional. Dele resulta o empenho de enquadrar o Direito, a Moral e a Política no âmbito de uma ciência demonstrativa"[86].

Ainda, em decorrência da manifestação de diversos direitos inerentes à pessoa, fundados no *ius in se ipsum*, ocorreu a evolução da *hybris* e da *actio iniuriarum*, sendo certo que nos séculos XV e XVI já havia, em estado embrionário, um conceito de *ius imaginis* e a absorção da máxima *dominus membrorum suorum nemo videtur*, ou seja, o direito ao corpo como direito de propriedade[87].

Aliás, entre os autores da humanística tardia francesa, destaca Menezes Cordeiro a obra de Hugo Donellus, cujos textos fundamentais (*Commentarium de iure civile*, de 1590) "marcam a certidão de nascimento dos modernos direitos fundamentais"[88]. Na sua obra, Donellus aceita uma propriedade dupla, é dizer: "in persona cuisque" e "in rebus externis". A primeira propriedade vai, posteriormente, no século XIX, ser objeto de discussão, uma vez que compreenderia a vida, a integridade corporal, a liberdade e a reputação[89].

Superado o momento inicial dos séculos XV e XVI, no decorrer da Idade Moderna a nova classe social dos burgueses foi ficando mais forte, o que levou à redução da influência de instituições hierárquicas como a Nobreza e a Igreja. O Iluminismo, já no campo cultural, vai criticar, no século XVIII, a política e a sociedade então existentes, surgindo, devido a todas essas mudanças, a chamada Crise do Antigo Regime[90].

De fato, o Iluminismo forneceu boa parte do fermento intelectual de eventos políticos que se revelariam de extrema importância para a constituição do mundo moderno, visto que os ilustrados defendiam o respeito aos direitos naturais, à diversidade de ideias, à justiça, bem como tinham a razão como o grande instrumento de reflexão capaz de melhorar o mundo.

86 LAFER, Celso, A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt, p. 277.

87 SZANIAWSKI, Elimar, Direitos de personalidade e sua tutela, p. 38.

88 CORDEIRO, António Menezes, Tratado de Direito Civil Português, Parte Geral, t. III, p. 34.

89 WEICK, Günter, Natürliche Personen, Verbraucher, Unternehmer. In: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, p. 171.

90 GARCIA, Enéas Costa, Direito geral da personalidade no sistema jurídico brasileiro, p. 14.

rev_academica_numero02.indd 127 12/4/2010 14:47:38

A crítica dos ilustrados concentrou-se especialmente na desigualdade diante da lei, que era mantida pelo sistema político dos "estados", nas limitações às pessoas e à propriedade, nas intervenções arbitrárias e imprevisíveis da Coroa, na exclusão da participação popular, na predominância da Igreja e na intolerância religiosa[91].

Ademais, os iluministas fizeram prevalecer a noção por meio da qual o ser humano isolado era não somente parte do coletivo, mas dispunha de um singular plano interior, que deveria ser desenvolvido. Com isso, em correspondência com essa noção, colocava-se para o ordenamento jurídico a tarefa de reconhecer as peculiaridades individuais de cada ser humano, protegê-las e desenvolvê-las[92].

Essas ideias iluministas acabam por culminar em novas concepções democráticas e liberais, na Independência dos Estados Unidos (1776) e na Revolução Francesa (1789), gerando liberalismo político, econômico e jurídico. Por isso, assevera Capelo de Sousa que:

> "...foi preciso esperar pelo liberalismo, não apenas econômico mas também sócio-político, dos finais do séc. XVIII e do séc. XIX, para que se acentuasse a tendência – cara à escola de direito natural, aos filósofos franceses precursores da Revolução e a Kant – para a subjetivação dos direitos e para o reforço dos direitos individuais face ao Estado, pelo menos ao nível do discurso jurídico"[93].

Juntamente com os movimentos revolucionários surgiram as Declarações de Direitos[94], que enunciavam os direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem, os quais apenas eram declarados pelo Estado, já que eram preexistentes a ele e decorreriam da própria natureza humana[95].

---

91 CAENEGEM, R. C. van, Uma introdução histórica ao direito privado, p. 117-118.

92 LOCHER, René, Persönlichkeitsschutz und Adoptionsgeheimnis, p. 17.

93 CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo, O direito geral de personalidade, p. 69.

94 As Declarações de Direitos, de acordo com Massimo Dogliotti, são um momento fundamental para a definição unitária da pessoa, bem como para a passagem de definições filosóficas para o plano jurídico. Transcrevemos o original em italiano: "Momento fondamentale per la definizione unitaria della persona (e per il trapasso di tale definizione del piano filosofico a quello più strettamente giuridico) costituirono le <Dichiarazioni dei diritti> delle colonie americane e soprattuto la <Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino> della Francia rivoluzionaria..." (DOGLIOTTI, Massimo, Le persone fisiche. In: RESCIGNO, Pietro. Trattato di Diritto Privato, v. 2, p. 7).

95 GARCIA, Enéas Costa, Direito geral da personalidade no sistema jurídico brasileiro, p. 14.

rev_academica_numero02.indd 128 12/4/2010 14:47:38

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, promulgada pela Assembléia Nacional da França, em 26 de agosto de 1789, foi o grande monumento legislativo do período, tornando-se modelo para todo o constitucionalismo liberal[96]. A sua importância consiste no fato de ela se endereçar ao homem, e não apenas ao cidadão francês, ou seja, o seu mérito está na sua universalidade[97].

Também deve ser atribuída grande importância, no que toca à evolução dos direitos humanos e, por conseguinte, dos direitos da personalidade, às declarações americanas: Declaração de Direitos de Virgínia, de 16 de junho de 1776; Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, de 4 de julho de 1776; e a Constituição dos Estados Unidos da América, de 17 de setembro de 1787[98]. Todavia, como ressalta Manoel Gonçalves Ferreira Filho, tais declarações, diferentemente da francesa, "aproximaram-se do modelo inglês, preocupando-se menos com o Homem e seus direitos do que com os direitos tradicionais do cidadão inglês"[99].

É justamente nesse contexto que se inserem os movimentos e as medidas legais embrionárias de abolição da escravatura e da pena de morte, de reforma dos castigos corporais, de equiparação do homem e da mulher, de aproximação dos filhos e demais parentes nascidos dentro e fora do casamento e de atenuação de discriminações raciais ou motivadas pela nacionalidade[100]. Contudo, adverte Capelo de Sousa que:

> "Os estatutos jurídicos das pessoas conheceram, é certo, um nivelamento em termos de capacidade jurídica, mas não se assistiu concomitantemente com a gestação de direitos subjectivos à fruição efectiva de bens sociais, que, significativamente, visassem à consecução dos objetivos igualitaristas das revoluções liberais. E os próprios direitos

96 GARCIA, Enéas Costa, Direito geral da personalidade no sistema jurídico brasileiro, p. 14.

97 Segundo a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, "os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos" (art. 1º), sendo declarado que "o fim de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem", que são "a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão" (art. 2º).

98 MORAES, Alexandre de, Direitos humanos fundamentais, p. 27.

99 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, Direitos humanos fundamentais, p. 20.

100 CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo, O direito geral de personalidade, p. 66.

rev_academica_numero02.indd 129 12/4/2010 14:47:38

> fundamentais, embora calorosamente apregoados, eram as mais das vezes deixados no remanso das declarações constitucionais ou dos discursos políticos da época, sem uma adequada tutela a nível do direito civil"[101].

Da mesma forma, destaca Antonino Scalisi que a falta de tutela do homem, enquanto ser humano, tornou desprovida de real consistência a proclamação inicial de liberdade e igualdade. É que não obstante a liberdade e igualdade diante da lei, na realidade os seres humanos não eram livres e nem iguais[102].

Portanto, vê-se nesse período o surgimento do Estado moderno, como conhecemos atualmente, cuja lei maior é a Constituição, a qual assimilou todo o desenvolvimento filosófico-jurídico de mais de dois milênios, reconhecendo o valor fundamental da figura humana, bem como positivando a doutrina dos direitos fundamentais, que defende o cidadão dos abusos do Estado. A despeito disso, não se assistiu simultaneamente ao seu reconhecimento a sua fruição pelos cidadãos, dada a falta de efetividade da tutela então existente.

5. A construção dos direitos da personalidade no século XIX

O século XIX absorveu a doutrina revolucionária francesa, desenvolvendo um direito de fundo jusracionalista e iluminista. Viu-se grande evolução no que toca ao que se denominou de direitos públicos da personalidade, o que se deu graças à promulgação de resoluções das diversas declarações e conferências internacionais, bem como ao trabalho dos constituintes, que reconheceram a tutela da pessoa humana por meio dos direitos fundamentais[103].

No âmbito do direito civil, o século XIX é marcado pelo movimento de sistematização e codificação, já que o povo estava a exigir um sistema legal único, que fosse obrigatório para todos, não estabelecendo distinções odiosas entre os cidadãos, ou seja, uma legislação que garantisse a liberdade do cidadão e a igualdade entre

101 CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo, O direito geral de personalidade, p. 70.

102 SCALISI, Antonino, Il valore della persona nel sistema e i nuovi diritti della personalità, p. 5.

103 SZANIAWSKI, Elimar, Direitos de personalidade e sua tutela, p. 49.

rev_academica_numero02.indd 130 12/4/2010 14:47:38

os mesmos. Tal movimento deve sua existência e conteúdo em parte à influência do direito natural, surgindo daí os códigos da Prússia (1794), da Áustria (1811) e, o mais importante de todos, o Francês (1804)[104].

Entretanto, o Código Napoleônico, que influenciou a maioria dos códigos civis do século XIX[105], era um código do patrimônio e não um código dos direitos da pessoa, o que não ofereceu apoio para uma sistematização da categoria dos direitos da pessoa. As normas de proteção da personalidade humana no Código Civil francês eram escassas e fragmentárias, não existindo, nesse aspecto, um sistema[106].

A despeito da ideia da necessária positivação dos multifacetados direitos da personalidade, bem como dos desencontros da doutrina do período, a categoria dos direitos da personalidade é apontada como criação do século XIX[107], devendo seus avanços particularmente ao trabalho dos tribunais, que contribuíram decisivamente para a sua construção[108].

No campo dos direitos da personalidade, o maior embate doutrinário do período se deu entre a Escola Histórica do Direito e o Positivismo Jurídico. Tais escolas acabaram alterando fundamentalmente a tutela da pessoa humana, a qual ainda era protegida pela *actio iniuriarum*, particularmente na Alemanha, não obstante o desenvolvimento ocorrido nos séculos XVII e XVIII[109].

Segundo Savigny[110] e a maior parte da Escola Histórica, a

104 WOLFF, Hans Julius, Roman law: an historical introduction, p. 216.

105 Diferentemente do Código Civil francês, uma primeira referência à pessoa e à capacidade se encontra no Código Civil austríaco de 1811 (Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch - ABGB), que estabelece no seu § 16: "Todo homem tem direitos inatos que se conhecem somente com a razão: por isso ele deve ser considerado pessoa" (DOGLIOTTI, Massimo, Le persone fisiche. In: RESCIGNO, Pietro, Trattato di Diritto Privato, v. 2, p. 08).

106 Transcrevemos o original em italiano: "Si deve peraltro ribadire che la <Dichiarazione dei diritti> si riferiva principalmente agli aspetti pubblicistici e al rapporto individuo-Stato e, del resto, il Code civil appariva, com'è stato variamente evidenziato, più propriamente <Codice del patrimonio> che <Codice dei diritti della persona> e, in tal senso, non offriva alcun appiglio neppure indiretto per una accettabile sistemazione della categoria dei diritti della personalità (e a tale logica doveva ispirarsi la maggior parte dei codici europei dell'800, e lo stesso codice italiano del 1865)" (DOGLIOTTI, Massimo, Le persone fisiche. In: RESCIGNO, Pietro, Trattato di Diritto Privato, v. 2, p. 49).

107 GARCIA, Enéas Costa, Direito geral da personalidade no sistema jurídico brasileiro, p. 07.

108 SZANIAWSKI, Elimar, Direitos de personalidade e sua tutela, p. 49.

109 SZANIAWSKI, Elimar, Direitos de personalidade e sua tutela, p. 42.

110 No entender de Menezes Cordeiro, Savigny não foi bem compreendido. É que para o autor português, Savigny não era contrário à tutela da pessoa, mas tão somente duvidava da viabilidade dogmática dos direitos da personalidade, eis que uma construção de "direitos sobre si próprio" só viria obscurecer a sua tutela (CORDEIRO, António Menezes, Tratado de Direito Civil Português, Parte Geral, t. III, p. 36-37).

rev_academica_numero02.indd 131 12/4/2010 14:47:38

admissão de um direito subjetivo da personalidade levaria ao reconhecimento de um direito que teria como objeto a própria pessoa, fundado no *ius in se ipsum*, o que autorizaria a disposição sobre si mesmo, bem como o suicídio[111]. Por isso, tal escola negava a existência dos direitos da personalidade, não reconhecendo aos eventuais atributos, arrolados na lei, a natureza de direitos subjetivos[112].

Ainda, os adeptos dessa escola desconstruíram a crença na possibilidade de descoberta de um sistema absoluto de direito, baseado na pura razão, bem como se opuseram ao direito natural. Segundo eles, não havia um direito eterno e universal, baseado na natureza abstrata do homem, uma vez que o direito, como a linguagem e os outros elementos da cultura, é uma forma de expressão da individualidade de um povo[113].

Já para o positivismo jurídico, os diversos direitos que derivam da pessoa humana apenas poderiam ser reconhecidos como direitos da personalidade se estivessem expressamente tipificados no ordenamento jurídico, o que garantia a tutela do Estado, já que se tratavam de direitos subjetivos[114].

Ao lado dessa visão dos direitos da personalidade como "direito à própria pessoa", surgiu, no decorrer da segunda metade do século XIX, um outro ponto de vista, o qual viu nos direitos da personalidade o direito ao respeito da própria individualidade. Tal teoria foi fortemente influenciada pelo desenvolvimento dos direitos autorais, tendo sido fundada por Gareis e aperfeiçoada por Kohler[115].

Seja como for, em razão do tumultuoso desenvolvimento industrial, bem evidente, sobretudo a partir da segunda metade do século XIX, necessitava-se de uma incisiva e adequada tutela da personalidade humana, já que as agressões ao indivíduo eram gravíssimas, o que acabou por afastar as teorias negativas[116], que "enxerga-

111 VASCONCELOS, Pedro Pais de, Direito de Personalidade, p. 57-58.

112 SZANIAWSKI, Elimar, Direitos de personalidade e sua tutela, p. 42.

113 WOLFF, Hans Julius, Roman law: an historical introduction, p. 217.

114 SZANIAWSKI, Elimar, Direitos de personalidade e sua tutela, p. 43.

115 WEICK, Günter. Natürliche Personen, Verbraucher, Unternehmer. In: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, p. 171-172.

116 DOGLIOTTI, Massimo, Le persone fisiche. In: RESCIGNO, Pietro, Trattato di Diritto Privato, v. 2, p. 49-50.

rev_academica_numero02.indd 132 12/4/2010 14:47:38

vam uma contradição lógica na possibilidade de que a personalidade, identificando-se com a titularidade de direitos, pudesse ser também objeto deles"[117].

E em grande parte dos países da Europa prevaleceu a ideia de que os direitos da personalidade necessitavam de fundamentação normativa, o que estava em consonância com o positivismo jurídico prevalente na época. Entrementes, ante a ausência de normatização na órbita civil[118], foi por meio de sanções penais que os elementos constitutivos e as manifestações da personalidade humana começaram a ser tutelados, sendo certo que atualmente a tipologia penal ainda está entre as formas de defesa de determinados direitos da personalidade, justamente aqueles socialmente mais significativos[119].

Ainda, por influência do positivismo jurídico e da teoria dos direitos inatos, passou-se a conceber a tutela do homem e de sua personalidade em dois grandes ramos, ou seja, os direitos públicos da personalidade e os direitos privados da personalidade, sendo certo que os primeiros estariam previstos nas declarações de direitos e nas constituições, garantindo a defesa da pessoa contra atentados do próprio Estado; já os do segundo grupo eram aplicados nas relações entre particulares, nos casos de atentados por um sujeito privado contra algum atributo da personalidade de outro[120].

É interessante notar que no século XIX, enquanto muitos países europeus começaram a reconhecer os direitos da personalidade em diversas tipificações, o direito alemão, o austríaco e o suíço desenvolveram a tutela da personalidade a partir da existência de um único e genérico direito da personalidade, conforme doutrinavam Otto von Gierke, Kohler e Huber[121].

A situação se modificou na Alemanha após a entrada em vigor do Código Civil (*Bürgerliches Gesetzbuch* – BGB), quando o

117 TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina, Código Civil interpretado conforme a Constituição da República, p. 31-32.

118 A falta de disciplina legal dos direitos da personalidade também se sentiu na Itália, uma vez que o Código Civil de 1865, analogamente ao Código napoleônico, não apresentou uma sistematização orgânica da disciplina atinente aos sujeitos, visto que no livro das "pessoas", onde estavam reunidas normas relativas ao direito das pessoas e da família, não foi introduzida uma regulamentação completa, apesar de conter disposições variadas (DOGLIOTTI, Massimo, Le persone fisiche. In: RESCIGNO, Pietro, Trattato di Diritto Privato, v. 2, p. 10).

119 CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo, O direito geral de personalidade, p. 92.

120 SZANIAWSKI, Elimar, Direitos de personalidade e sua tutela, p. 44.

121 SZANIAWSKI, Elimar, Direitos de personalidade e sua tutela, p. 45-47.

rev_academica_numero02.indd 133 12/4/2010 14:47:38

Reichsgericht passou a decidir que o reconhecimento de um direito subjetivo geral da personalidade não encontrava lugar dentro do sistema positivo alemão[122], sendo que essa posição foi confirmada em várias decisões, particularmente em uma ação onde se discutia a publicação de cartas íntimas de Nietzche[123].

O retrocesso alemão, de acordo com Rixecker, deu-se pelo fato de que, não obstante o conhecimento dos redatores do BGB acerca da discussão sobre o reconhecimento dos direitos da personalidade, eles entenderam que a categoria estava incompleta e era pouco operacional para um processo legislativo[124], de forma que foram reconhecidos apenas alguns direitos da personalidade, deixando-se de lado o direito geral da personalidade. Seguiu-se assim a corrente dominante da época, ficando a proteção da personalidade como tarefa do direito penal[125].

Com isso, conforme noticia Stephan Balthasar, em razão da negação do direito geral de personalidade pelo *Reichsgericht*, antes de 1945 há na Alemanha apenas uma decisão judicial, proferida pelo Tribunal de Apelação de Kiel (*Oberlandesgericht*), reconhecendo um direito da personalidade não expressamente previsto pela legislação[126].

No Brasil, a disciplina dos direitos da personalidade não constou do Código Civil de 1916, o que se deve, segundo Renan Lotufo, ao fato de que na época em que o código estava sendo elaborado, ainda se discutia acerca da existência de direitos da personalidade, não se podendo ignorar a força da corrente doutrinária que considerava "não ser possível que o titular do direito subjetivo fosse ao mesmo tempo objeto desse direito"[127].

Por derradeiro, não podemos deixar de reconhecer o mérito

122 BALTHASAR, Stephan, Der Schutz der Privatsphäre im Zivilrecht: eine historisch-vergleichende Untersuchung zum deutschen, französischen und englischen Recht vom ius commune bis heute, p. 106.

123 KAYSER, Pierre, Les droits de la personnalité – aspects théoriques et pratiques, Revue Trimestrielle de Droit Civil, t. 69, n. 3, p. 486, 1971.

124 RIXECKER, Ronald, Allgemeines Persönlichkeitsrecht. In: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, p. 268.

125 HELLE, Jürgen, Besondere Persönlichkeitsrechte im Privatrecht: das Recht am eigenen Bild, das Recht am gesprochenen Wort und der Schutz des geschriebenen Wortes, p. 03-04.

126 BALTHASAR, Stephan, Der Schutz der Privatsphäre im Zivilrecht: eine historisch-vergleichende Untersuchung zum deutschen, französischen und englischen Recht vom ius commune bis heute, p. 106-107.

127 LOTUFO, Renan, Código Civil comentado: parte geral (arts. 1º a 232), v. 1, p. 47.

rev_academica_numero02.indd 134 12/4/2010 14:47:39

do Código Civil português de 1867, o Código de Seabra (Visconde de Seabra), que cuidou dos "direitos originários" (arts. 359 a 368), sendo, por isso, o código que no século XIX, nas palavras de António Menezes Cordeiro, maior relevo deu aos hoje consagrados direitos da personalidade[128].

Destarte, no século XIX os direitos da personalidade não estavam suficientemente desenvolvidos para que pudessem ser amplamente acolhidos pelo direito privado, ainda mais se considerarmos que muitos juristas do período chegavam até mesmo a negar a existência da categoria. Apesar disso, é inegável a contribuição dada pelos tribunais e pela doutrina francesa e alemã para a formação e evolução dos direitos da personalidade. Merecem também destaque os mencionados "direitos originários", previstos no Código Civil português de 1867.

6. A consolidação dos direitos da personalidade no século XX

No final do século XIX, com a Revolução Industrial, o mundo passou novamente por mudanças, que tiveram reflexo na sociedade, na economia e na política do início do século XX. Assim, formou-se uma nova classe social (a classe operária), a população concentrou-se nas grandes cidades, a estrutura familiar se modificou com a contínua emancipação da mulher, as ideias socialistas avançaram, houve a afirmação da doutrina social da Igreja, a produção se massificou e as empresas concentraram grandes capitais, o governo central reuniu maior soma de poderes por causa da necessidade de maior segurança, a intervenção do Estado no domínio econômico tornou-se crescente e institui-se o sufrágio universal[129].

Com isso, os diplomas constitucionais do início do século XX passaram a apresentar forte preocupação social, o que pode ser facilmente observado na Constituição mexicana de 1917 e na Constituição de Weimar de 1919[130], bem como nas que nelas se inspiraram, que acabaram consolidando os direitos de segunda geração, ou seja, os direitos econômicos, sociais e culturais.

128 CORDEIRO, António Menezes, Tratado de Direito Civil Português, Parte Geral, t. III, p. 51-53.

129 BITTAR, Carlos Alberto, Direitos da personalidade, p. 21.

130 MORAES, Alexandre de, Direitos humanos fundamentais, p. 29.

rev_academica_numero02.indd 135 12/4/2010 14:47:39

No âmbito do direito civil o desenvolvimento foi mais modesto, visto que as codificações do início do século XX ainda tinham inspiração liberal. A despeito disso, é relevante lembrar que o Código Civil alemão de 1896 (BGB) já reconhecia alguns dos direitos da personalidade, a exemplo do direito à vida, à saúde, ao corpo, à liberdade (§ 823), à honra e ao nome (§ 12)[131].

Na mesma linha, o Código Civil suíço de 1907 (*Schweizerisches Zivilgesetzbuch* - ZGB) também contemplou o direito ao nome (arts. 29 e 30), conceituou como irrenunciável a liberdade, impedindo a sujeição, no uso da mesma, a uma limitação incompatível com o direito e a moral (art. 28) e fixou a obrigação de indenização no atentado contra a pessoa (art. 27)[132].

Em 1942, durante a 2ª Guerra Mundial, foi promulgado o Código Civil italiano, o qual inovou no que toca aos direitos da personalidade (arts. 5º a 10), trazendo uma disciplina parcial da matéria[133], que serviu de modelo para os novos códigos que foram surgindo, entre eles o Código Civil português de 1966 (arts. 70 a 81) e o Código Civil brasileiro de 2002 (arts. 11 a 21).

Não obstante o reconhecimento dos direitos de segunda geração pelo direito constitucional e o desenvolvimento dos direitos da personalidade pelo direito civil, as ditaduras existentes no período calaram o que havia sido desenvolvido no que toca à proteção da personalidade humana e, ainda, muitas vezes fizeram uso do direito positivo para justificar as atrocidades praticadas. Por isso, o período do século XX que vai até a Segunda Guerra Mundial pode ser descrito, de uma maneira genérica, como uma época de grandes massacres e desrespeito aos direitos fundamentais e da personalidade.

Com o fim da Segunda Guerra Mundial a sociedade internacional passou a ter consciência dos riscos da subalternização do ser humano face aos desígnios da estrutura detentora do poder do aparelho do Estado[134], vindo a lume, já em 1945, a Carta de São Francisco (Carta das Nações Unidas), que reafirmou “a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano”

131 GOMES, José Jairo, Responsabilidade Civil e Eticidade, p. 247.

132 BITTAR, Carlos Alberto, Direitos da personalidade, p. 32.

133 DOGLIOTTI, Massimo, Le persone fisiche. In: RESCIGNO, Pietro, Trattato di Diritto Privato, v. 2, p. 50.

134 CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo, O direito geral de personalidade, p. 84.

rev_academica_numero02.indd 136 12/4/2010 14:47:39

(Preâmbulo), bem como promoveu e estimulou o "respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião" (art. 1º, 3)[135].

Também de segura relevância para a teoria dos direitos da personalidade foi a Declaração Universal dos Direitos do Homem, proclamada em 10 de dezembro de 1948 pela Assembléia Geral da ONU[136], a qual serviu, posteriormente, de modelo para outras declarações regionais, entre as quais podemos citar a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), de 1969.

Dessa maneira, vê-se que o total desrespeito pela vida e liberdade do homem, que predominou na Europa ao tempo dos regimes totalitários da primeira metade do século XX, deu lugar a uma nova realidade, onde o valor fundamental passou a ser a dignidade da pessoa humana, expressamente protegida pelos documentos internacionais que surgiram no pós-guerra, bem como pelas constituições a partir daí promulgadas[137].

Ora, como não se podia mais permitir que o holocausto da Segunda Guerra Mundial voltasse a ocorrer, as constituições, fundadas, como mencionamos, na dignidade da pessoa humana, assumiram a posição de ponto nuclear da ordem jurídica dos povos, lugar antes ocupado pelo direito civil clássico.

Ainda, pelo fato de as instituições jurídicas fundamentais terem presença garantida nas constituições do pós-guerra, o novo direito civil deveria ser lido sob a ótica dos grandes princípios constitucionais, o que levou ao abandono dos valores do liberalismo, que não respondiam mais aos anseios sociais e às necessidades do homem, "estendendo [o direito civil] seu poder de atuação no sentido de realizar a efetivação de valores existenciais e de justiça social"[138].

---

135 GOMES, José Jairo, Responsabilidade Civil e Eticidade, p. 247.

136 DOGLIOTTI, Massimo, Le persone fisiche. In: RESCIGNO, Pietro, Trattato di Diritto Privato, v. 2, p. 52.

137 A Lei Fundamental de Bonn está entre as Constituições do pós-guerra que protegeram a dignidade da pessoa humana, o que vem expresso já em seu artigo 1º, 1: "Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt". Tradução livre: A dignidade do homem é intangível. Todos os poderes públicos têm a obrigação de respeitá-la e de protegê-la. Conforme Gerhard Robbers, a Lei Fundamental de Bonn colocou os direitos fundamentais justamente em seu início para acentuar o consciente abandono da tradição jurídica prevalente, bem como reação contra o desrespeito dos direitos dos indivíduos pelo nacional-socialismo (ROBBERS, Gerhard, Einführung in das deutsche Recht, p. 47).

138 SZANIAWSKI, Elimar, Direitos de personalidade e sua tutela, p. 56.

rev_academica_numero02.indd 137 12/4/2010 14:47:39

Essa mudança de visão do direito civil, que deixou de ser centralizado no Código Civil, dando margem a uma leitura à luz dos preceitos constitucionais, entre eles a dignidade da pessoa humana, acabou por dar um grande impulso, na segunda metade do século XX, aos direitos da personalidade, que foram amplamente acolhidos pelos países de sistema romano-germânico, permanecendo, no entanto, a discussão acerca da técnica de inserção de tais direitos no ordenamento jurídico[139].

Além disso, a aceleração do desenvolvimento científico e tecnológico provocou diversas interferências na vida privada dos cidadãos, como, por exemplo, o recolhimento e utilização de dados pessoais, inclusive genéticos, por empresas, a permanente vigilância das pessoas por aparelhos de captação de imagem e som, o surgimento de técnicas que permitem a "mudança" de sexo, as novas técnicas de reprodução humana, a clonagem, bem como as pesquisas em células-tronco. Ora, os abusos daí decorrentes devem ser prevenidos e reprimidos pelo Estado, surgindo com isso um novo campo, bastante fecundo, para a evolução dos direitos da personalidade[140].

7. Considerações finais

Portanto, constata-se que o direito civil, interpretado à luz dos ditames constitucionais, caminha para uma melhor colocação do ser humano na sociedade, o qual passa a ser a sua grande preocupação da ordem jurídica, deixando-se o patrimônio, tão festejado pelo direito civil do século XIX, em segundo plano. O "ter" foi colocado a serviço de uma plena realização do "ser"[141]. Essa mudança já se vê no direito legislado, no entanto, mais uma vez, caberá aos tribunais e à doutrina a escolha dos caminhos a serem seguidos pelos direitos da personalidade no século XXI.

139 DONEDA, Danilo, Os direitos da personalidade no novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (org.), A parte geral do novo Código Civil, p. 42.

140 BITTAR, Carlos Alberto, Direitos da personalidade, p. 35.

141 SCALISI, Antonino, Il valore della persona nel sistema e i nuovi diritti della personalità, p. 6.

rev_academica_numero02.indd 138 12/4/2010 14:47:39