

OS NOVOS PARADIGMAS PARA A TUTELA DA PERSONALIDADE

THE NEW PARADIGM FOR THE PROTECTION OF PERSONALITY

¹Joana de Moraes Souza Machado

Resumo

O presente estudo tem como cerne a análise dos novos paradigmas para a tutela da personalidade, a partir de suas raízes históricas no direito greco-romano, passando pela fase dos códigos oitocentistas para se chegar aos dias atuais, onde se tem como premissa básica a Constituição Federal no centro do sistema gravitacional, assim como a noção de dignidade da pessoa humana como base para a proteção dos direitos fundamentais e da personalidade. Nesse sentido, a pessoa humana está protegida pela cláusula geral de tutela inserida no âmbito civilista pelos princípios e valores, defendendo-se assim, uma tutela mais abrangente e menos excludente dos direitos da personalidade.

Palavras-chave: Direitos da Personalidade. Dignidade da Pessoa Humana. Cláusula Geral de Tutela da Pessoa.

Abstract

The present study is the analysis of the core new paradigms for protection of personality, from its historical roots in Greco-Roman law, through the phase of nineteenth-century codes to get to today, where it has the basic premise the Federal Constitution in the center of the gravitational system as well as the notion of human dignity as the basis for the protection of fundamental rights and personality. In this sense, the human person is protected by the general clause inserted in civilian protection under the principles and values, thus defending a broader and less exclusionary protection of personal rights.

Keywords: Rights of Personality. Dignity of the Human Person. General Clause of Guardianship of the Person.

1 INTRODUÇÃO

Para a compreensão do fenômeno jurídico é fundamental a ideia de pessoa e personalidade, tendo em vista que o Direito é concebido tendo como destinatários os seres humanos em convivência.

Sabe-se que as raízes da tutela da pessoa e da personalidade estão calcadas no pensamento doutrinário do século XIX, entretanto, alguns antecedentes históricos merecem ser lembrados para que se possa sistematizar a temática na sua trajetória evolutiva.

O direito Greco-romano é considerado ponto de partida para o estudo dos direitos da personalidade, tendo em vista que lá se encontram as maiores contribuições para a teoria dos direitos da personalidade. A expressão *dike*, em grego, representa uma concepção de justiça, baseada na ideia de igualdade, contrapondo-se à *themis*, que também representava a justiça, a partir de uma noção aristocrática da representação de uma vontade superior.

No entanto, apesar de o pensamento Greco-romano ser considerado o embrião da teoria geral da personalidade, grande parte da doutrina entende que no direito romano não se

¹ Doutoranda em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR; Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará - UFC; Professora Efetiva da Universidade Federal do Piauí - UFPI. E-mail: joana.souza17@hotmail.com

cuidava da proteção aos direitos da personalidade, como atualmente se tutela, levando-se em consideração que o seu contexto histórico-social é totalmente diverso.

Na verdade, na antiguidade clássica, a pessoa não era protegida em perspectiva integrada, não havendo sequer uma categoria que pudesse ser relacionada com a atual noção de personalidade.

Foi a partir do humanismo, do século XVI, que se começou a afirmar a independência da pessoa e a intangibilidade dos direitos humanos. Com a afirmação de que a personalidade humana é um valor próprio, inato, expresso justamente na sua ideia de dignidade do ser humano, que nasce na qualidade de valor natural, inalienável e incondicionado.

Assim, essas novas ideias conduziram os juristas da época à formulação do direito geral de personalidade, como um *ius in se ipsum* - teoria do direito sobre si mesmo.

O presente ensaio pretende analisar os novos paradigmas da tutela da personalidade, fazendo-se uma digressão histórica desde o direito greco-romano, que é considerado o ponto de partida para a tutela da pessoa, passando pelas noções de direito naturais inatos, bem como posteriormente da dificuldade em se positivarem os direitos da personalidade, especialmente no campo privatístico, considerando que uma grande parte da doutrina entendia que tais direitos deveriam ser alocados no direito público.

Somente após a superação da dicotomia público/privado, tendo como marco característico do processo de proteção da personalidade a Constituição da República Federal da Alemanha de 1919, pois repercutiu até hoje no constitucionalismo moderno, merecendo especial atenção no que diz respeito às relações entre a constituição e o direito privado, considerando que foi a Constituição de Weimar que englobou em âmbito constitucional os institutos de direito privado, como família, propriedade, empresa e contrato

Assim, foi inaugurado um novo momento do constitucionalismo, com a posição de predominância da Constituição no vértice normativo. Dessa forma, os interesses constitucionalmente protegidos não poderiam ser violados por normas inferiores à Constituição.

Nesse sentido, o Direito Civil passou a considerar o homem e a sociedade em seu todo, o que culminou com o aumento do número de problemas a serem solucionados, tendo institutos tradicionais perdidos a sua estabilidade, por terem sido obrigados a responder a demandas mais complexas, tais como: a propriedade que deixou de ter caráter absoluto, a autonomia da vontade, tendo sofrido limitações pela função social do contrato e outros exemplos que não cabem aqui serem discutidos.

Com a separação da dicotomia público/privado e a alocação da Constituição, bem como da dignidade da pessoa humana como centro do sistema normativo, uma parte da teoria dos direitos da personalidade passou a defender um direito geral de personalidade, o que culminou com a discussão de se saber se a tutela da pessoa deve ser realizada a partir da tipificação de vários direitos da personalidade, ou como um direito único e geral que pode ser aplicado em todas as situações existenciais.

Assim, o presente artigo pretende demonstrar a evolução da tutela da pessoa humana, alicerçado na doutrina nacional e alienígena, com o objetivo de contribuir para o fortalecimento da dogmática civil-constitucional.

2 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO DA PERSONALIDADE E A CLÁUSULA GERAL DE TUTELA DA PESSOA

Não obstante se afirmar que a construção da teoria dos direitos da personalidade é recente, a ideia de proteção da pessoa humana não é um dado tão recente assim. Pode-se encontrar várias formas de proteção, desde o direito grego, com as *dike kakegorias*, passando pelo direito romano, com a *vidicatio libertatis*, pelo qual obtinha-se uma declaração sobre se uma pessoa era livre ou não; o instituto da *potestas in se ipsum*, que alguns romanistas tentaram demonstrar que o direito romano concederia ao homem uma espécie de direito de propriedade sobre seu próprio corpo.

É possível citar como antecedente dos direitos da personalidade, a *actio iniuriarum aestimatoria*, como sendo uma ação destinada a repelir algumas espécies de atentados físicos ou morais contra o cidadão romano. Esta ação é característica da época clássica romana que se iniciou no séc. II a.C até 284 d.C., abrangendo o período pré-imperial até o Alto Império.

Por intermédio da *actio iniuriarum*, o pretor tinha total liberdade para julgar a extensão da injúria, graduando assim, uma sanção em pecúnia. Nesse sentido, através do direito pretoriano que se ultrapassaram as influências da Lei da XII Tábuas em matéria de direito da personalidade, tendo em vista que o refinamento cultural do povo romano gerou descontentamento em relação às penas taliônicas (CAPELO DE SOUSA, 2011, p.48-49).

Capelo de Souza (2011, p. 48) esclarece que o direito Greco-romano é considerado ponto de partida para o estudo dos direitos da personalidade, isto porque lá se encontram as maiores contribuições para a teoria dos direitos da personalidade. A expressão *dike*, em grego, representa uma concepção de justiça, baseada na ideia de igualdade, contrapondo-se à *themis*, que também representava a justiça, a partir de uma noção aristocrática da representação de uma vontade superior.

A tutela da personalidade na Grécia antiga se fazia através da *Hybris*, que significava a ideia de injustiça, excesso, desequilíbrio em face da pessoa. Era uma ação punitiva de natureza penal que vedava qualquer excesso cometido por um cidadão contra outro, proibindo maus tratos contra a pessoa humana, bem como o repúdio contra qualquer forma de injustiça.

Com o pensamento filosófico Greco, segundo Capelo de Souza (2011, p. 47), o homem passou a ser tido como origem e a finalidade da lei e do direito. Dessa forma, o homem é o destinatário primeiro e final da ordem jurídica, conferindo um novo sentido a personalidade e seus direitos.

Percebe-se que o homem, na Grécia antiga, era o centro referencial do ordenamento, como inclusive hoje concebemos. Hodiernamente, a dignidade da pessoa humana foi eleita como valor máximo e fundamento do Estado Democrático de Direito.

Na Grécia havia uma certa interpenetração do público e do privado, pois os cidadãos reunidos na ágora, participavam de grandes decisões envolvendo os interesses da comunidade, quer votando leis, quer julgando seus semelhantes em processos públicos de maior importância. Percebe-se que já em Roma vai ocorrer uma separação mais nítida entre as esferas pública e privada, havendo pouca participação dos cidadãos na esfera pública (FACCHINI NETO, 2003, p.16-18).

Ao longo de toda história do direito romano, os estatutos jurídicos das pessoas foram extremamente diversificados, segundo Capelo de Sousa (2011, p. 47):

Só tinha capacidade jurídica, e conseqüentemente integrais direitos de personalidade, quem possuísse os três *status*: o *status familiae* (com a inerente qualidade de *pater-familias*), o *status civitatis* (ou seja, a categoria de cidadão, que era desde logo negada aos estrangeiros e aos escravos e cuja plenitude muito custou a alcançar aos plebeus) e o *status libertatis* (ou seja, a qualidade de pessoa livre, que era condição, embora não suficiente, da cidadania).

É importante esclarecer que apesar de o pensamento Greco-romano ser considerado o embrião da teoria geral da personalidade, grande parte da doutrina entende que no direito romano não se cuidava da proteção aos direitos da personalidade, como atualmente se tutela, levando-se em consideração que o seu contexto histórico-social é totalmente diverso (SZANIAWSKI, 2005, p. 31).

Nesse sentido, Danilo Doneda (2006, p.67) adverte que na antiguidade clássica, a pessoa não era protegida em perspectiva integrada, não havendo sequer uma categoria que pudesse ser relacionada com a atual noção de personalidade.

O referido autor esclarece ainda que

os discursos neste sentido apresentam um erro de perspectiva, ressaltando, desmesuradamente a amplitude do caráter humanista da antiguidade clássica ao entendê-lo à estrutura jurídico-política – o que não raro ocorre em certas perspectivas que talvez padeçam de excessivo romantismo (DONEDA, 2006, p. 67)

Assim, pode-se concluir que na antiguidade não se tinha uma tutela da pessoa com a mesma intensidade e nos mesmos moldes de que se tem atualmente, considerando que havia muitas diferenças sociais, nas quais determinavam qual o tratamento seria dispensado à pessoa.

Nesse sentido, Ingo Sarlet (2006, p. 30) sustenta que “no pensamento filosófico e político da antiguidade clássica, verifica-se que a dignidade (*dignitas*) da pessoa humana dizia, em regra, com a posição social ocupada pelo indivíduo e o seu grau de reconhecimento pelos demais membros da comunidade”.

A construção da noção de dignidade da pessoa humana teve como base o cristianismo, ao reconhecer no ser humano um princípio divino e eterno. Entretanto, foi com Kant (1980, p. 134 a 141) que ocorreu o desenvolvimento da ideia de dignidade da pessoa, considerando-a um atributo do homem enquanto este, dotado de um intelecto moral e prático, concebendo-o como sujeito de uma autonomia prática, além de sustentar que o ser humano não pode ser tratado nem por ele próprio como objeto.

Contrapondo-se a ideia de Kant acerca da noção de dignidade da pessoa humana, pode-se citar Hegel, na sua Filosofia do Direito, para quem a dignidade constitui uma qualidade a ser conquistada. Hegel acabou por sustentar uma noção de dignidade centrada na ideia de eticidade, de tal sorte que o ser humano não nasce digno, tornando-se digno a partir do momento em que assume sua condição de cidadão. (SARLET, 2006, p. 36).

Percebe-se que Hegel com a sua concepção de dignidade se afasta de Kant e da expressiva maioria de autores ao não fundar a sua concepção de pessoa e dignidade em qualidades inerentes a todos os seres humanos (SARLET, 2006, p. 37).

Dessa forma, o pensamento medieval lançou as sementes de um conceito moderno de pessoa humana baseado na dignidade e na valorização do indivíduo como pessoa, entretanto, ainda não se conferiu relevo aos direitos da pessoa.

Foi a partir do humanismo, do século XVI, que se começou a afirmar a independência da pessoa e a intangibilidade dos direitos humanos. Assim, é importante lembrar a contribuição do humanista Pico della Mirandola (1986, p. 52-53) que influenciado pelo pensamento tomista, afirmou ser a personalidade humana um valor próprio, inato, expresso

justamente na sua ideia de dignidade do ser humano, que nasce na qualidade de valor natural, inalienável e incondicionado.

Entende-se que essas novas ideias conduziram os juristas da época à formulação do direito geral de personalidade, como um *ius in se ipsum* - teoria do direito sobre si mesmo (SZANIAWSKI, 2005, p. 38).

O Renascimento e o Humanismo, segundo Capelo de Souza (2011, p. 61-62) contribuíram para construir a rampa de lançamento de um direito geral de personalidade, entendido como um *ius in se ipsum*, que não deixaria de estar presente na reflexão jurídica da tutela da personalidade humana. Com o *ius in se ipsum*, o homem teria direito de fazer de si o que melhor lhe conviesse, ressalvadas as proibições expressas em lei, como o suicídio, automutilação e sujeição voluntária à tortura.

Os chamados direitos naturais ou inatos também marcaram o surgimento dos direitos da personalidade a partir do século XVII, afirmando a existência de direitos que nascem com o homem, indissolavelmente ligados à pessoa, sendo preexistentes ao seu reconhecimento pelo Estado.

A ideia de direitos naturais inalienáveis aparece no pensamento do século XVII, com as obras de Hugo Grócio, Samuel Pufendorf, Thomas Hobbes e John Milton. Milton ainda reivindicou o reconhecimento dos direitos de autodeterminação do homem, de liberdade de manifestação e supressão da censura (SARLET, 2005, p. 46).

John Locke, pensador do século XVIII, sofreu influências dos seus antecessores, reconhecendo os direitos naturais inalienáveis do homem, entretanto, defendeu a sua oponibilidade frente aos detentores do poder, em face do contrato social e identificou o direito de resistência como um dos direitos naturais do homem (SARLET, 2005, p. 46-47).

A concepção de direitos inatos tem uma origem histórica, que se radica nas condições que se criaram quando da compreensão e absorção do indivíduo pelos poderes absolutos, surgindo assim, a pressuposição de um estado primitivo de existência, ao qual deveriam ter correspondido os direitos inatos.

Nesse contexto, a teoria dos direitos inatos foi a consequência da reação contra o superpoder do Estado de Polícia, estando na base das Declarações dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789.

Para a contextualização da presente temática, são de grande importância os antecedentes históricos aqui analisados, todavia, vale lembrar que a efetiva construção dos direitos da personalidade se deu com a doutrina europeia, sobretudo alemã, da segunda metade do século XIX.

Danilo Doneda (2006, p. 73) esclarece que a proteção da pessoa no ordenamento, mais ainda no campo privatístico, foi assimilada com dificuldade, isto porque os códigos civis que seguiram o *Code Napoléon* por mais de um século foram muito tímidos neste aspecto, sem contar a timidez da grande parte da doutrina em apregoar um sistema no qual os direitos da personalidade encontrassem efetiva cidadania. A doutrina tinha opinião de que a proteção da pessoa fosse função do direito público, de acordo com o pensamento jurídico e social da época.

Com a ascensão da burguesia houve a separação dos interesses econômico-privados dos interesses político-públicos, com uma acirrada dicotomia entre as duas esferas. Era necessário traçar a distinção entre público e privado para que nada de particular prejudicasse a vontade geral da nova nação.

O Direito Privado passou a ser disciplinado amplamente pelo legislador, surgindo assim, uma legislação influenciada pela ideologia burguesa. Em 1804, surgiu o Código Civil Francês, seguindo-se cem anos depois, o Código Civil alemão. Eis aí a era da codificação.

Dessa forma, Maria Celina Bodin de Moraes (1993, p. 1) afirma que o Direito Civil clássico identificava-se com o direito inserto no Código de Napoleão, tendo seu conteúdo delimitado através da sistematização procedida por Jean Domat, que pela primeira vez separou as leis civis das públicas.

O marco característico do processo de proteção da personalidade deve ser reconhecido na Constituição da República Federal da Alemanha de 1919, pois repercute até hoje no constitucionalismo moderno, merecendo especial atenção no que diz respeito as relações entre a constituição e o direito privado. Foi a Constituição de Weimar que englobou em âmbito constitucional os institutos de direito privado, como família, propriedade, empresa e contrato (DONEDA, 2006, p. 74).

A partir da segunda guerra mundial, o debate constitucional passou a incluir a tomada de posição do ordenamento em relação aos centros de interesses pessoais e patrimoniais e a Constituição de Weimar reconheceu que a tutela dos interesses econômicos somente seria legítima enquanto estivesse vinculada aos direitos da pessoa.

Assim, foi inaugurado um novo momento do constitucionalismo, com a posição de predominância da Constituição no vértice normativo. Dessa forma, os interesses constitucionalmente protegidos não poderiam ser violados por normas inferiores à Constituição.

Nesse contexto, Danilo Doneda (2006, p. 77) observa que

a relação entre direito civil e Constituição passa a ser reavaliada. Não somente entre Código Civil e Constituição, porém a partir da conscientização da unidade do ordenamento jurídico, que passa por um processo de reestruturação em torno de uma tábua axiológica na qual desponta como valor fundamental a dignidade da pessoa humana.

O Código Civil não poderia mais se apresentar como um sistema exaustivo em matéria de Direito Civil, ganhando vigor a discussão em torno da *summa divisio* entre direito público e direito privado. A realidade com a qual o ordenamento estava acostumado a conviver não encontrava mais as suas referências em um terreno construído em torno do paradigma da *summa divisio*.

O Direito Civil, na opinião de Danilo Doneda (2006, p. 78), passou a ser responsável pela tutela da pessoa em um sentido amplo, significando uma forte mudança em suas bases, fortemente alicerçadas no Código Civil oitocentista, que tinha como base o contrato e a propriedade, tutelando apenas os aspectos patrimoniais da vida em sociedade.

Essa mudança de paradigma foi interpretada por alguns autores, como Michele Giorgianni (1998, p. 35), como sendo certa a morte deste modelo na primeira metade do século XX, isto porque o Código Civil não mais representava a continuidade de uma tradição que separava os interesses individuais das questões de interesse da comunidade.

O Direito Civil passou a considerar o homem e a sociedade em seu todo, o que culminou com o aumento do número de problemas a ser solucionado, tendo institutos tradicionais perdidos a sua estabilidade, por terem sido obrigados a responder a demandas mais complexas, tais como: a propriedade que deixou de ter caráter absoluto, a autonomia da vontade, tendo sofrido limitações pela função social do contrato e outros exemplos que não cabem aqui ser discutidos.

A inclusão dos direitos da personalidade no Direito Privado representa essa mudança no paradigma privatístico, que se preocupava com questões de natureza patrimonial, passando a preponderar as questões existenciais. Assim, a personalidade em seus vários aspectos, como o nome, a honra, a imagem e outros, acabaram sendo compreendidos pelo Direito Civil como direitos subjetivos da pessoa, que em caso de ofensa, ensejaria uma reparação.

Nesse sentido, ocorreu nas palavras de Danilo Doneda (2006, p. 81), “a multiplicação de direitos subjetivos referentes aos aspectos da personalidade”, levando alguns juristas a inventariarem os direitos da personalidade previstos pelo ordenamento, tornando uma solução frequente classificá-los, particularizá-los, diferenciando-os dos demais direitos subjetivos. Assim, a proteção da personalidade lançou-se mão de um sistema preexistente, através da categoria dos direitos subjetivos.

Entretanto, o direito subjetivo, em sua estrutura clássica pressupõe a existência de um objeto, externo ao sujeito, o que não ocorre com os direitos da personalidade, que recaem sobre aspectos indissociáveis de seu titular. Com isso, diversos problemas foram surgindo, sendo um deles referente a qualificação de sujeito de direito como o próprio objeto dos direitos da personalidade, mostrando-se desconfortável para uma grande parte da doutrina.

Nesse contexto, Adriano de Cupis (2008, p. 33) afirma que o objeto dos direitos da personalidade não é exterior ao sujeito, ao contrário dos outros bens que são possíveis objetos de direito. Esta não exterioridade não significa identidade, visto que o modo de ser da pessoa não é a mesma coisa que a pessoa.

Vale mencionar que Adriano de Cupis (2008, p. 30) é um dos defensores da tese de pluralidade de direitos da personalidade, tendo admitido em sua obra *Os Direitos da Personalidade*, que a individualização do bem resulta na individualização das necessidades, sendo a exigência distinta da liberdade, e a necessidade de vivermos respeitados, não se confunde com a necessidade de nos distinguirmos das outras pessoas. Concluindo, que são também distintos os bens correspondentes.

A consciência comum para Adriano de Cupis (2008, p. 33) “não costuma distinguir um só bem na pessoa; pelo contrário, reconhece vários bens distintos, na vida, na honra, na identidade, e outros, da pessoa”.

Nesse contexto, surge uma discussão na doutrina dos direitos da personalidade: os direitos da personalidade devem ser concebidos como uma pluralidade de direitos, onde cada um incidiria sob um aspecto da personalidade, ou existe um único direito de personalidade, referindo-se a personalidade como um todo, um direito geral de personalidade? Esse questionamento gerou controvérsias na doutrina clássica, no entanto, atualmente parece não haver discordâncias na doutrina contemporânea.

A teoria que sustenta uma pluralidade de direitos da personalidade aponta duas concepções ditas atomísticas: a primeira sendo aquela que considera uma série aberta de direitos, ou seja, uma atipicidade de direitos da personalidade; e a segunda, uma série fechada de direitos, isto é, tipificados ou *numerus clausulus*.

Contrapondo-se às concepções ditas atomísticas dos direitos de personalidade, surge a teoria monista, cujos adeptos defendem os direitos da personalidade na forma de um direito único, originário e geral, concretizando a tutela geral da personalidade, apoiando-se na ideia de concepção do valor unitário da pessoa humana e da sua dignidade.

Nesse sentido, Perlingiei (2007, p. 156) ensina que

(...) O fato de a personalidade ser considerada como valor unitário, tendencialmente sem limitações, não impede que o ordenamento preveja, autonomamente, algumas expressões mais qualificantes como, por exemplo, o direito à saúde (art. 32 Const.), ao estudo (art. 34 Const.), ao trabalho (at. 35 ss. Const.). O juiz não pode negar tutela a quem peça garantias sobre um aspecto da sua existência que não tem previsão específica, porque aquele interesse já tem uma relevância ao nível de ordenamento e, portanto, uma tutela também em via judicial (art. 24 Const.).

Vale mencionar, que as teorias tipificadoras dos direitos da personalidade não encontram mais muitos adeptos, tendo em vista a evolução da teoria dos direitos da personalidade, visto que a admissão de uma tutela geral tem sido uma tendência mundial.

Entretanto, a teoria que admite uma série atípica de direitos de personalidade ainda encontra muitos adeptos, como por exemplo, a doutrina francesa, que reconhece uma série ampla de direitos isolados da personalidade, a partir da aplicação da norma que gera o dever de indenizar em hipótese de lesão a algum bem da personalidade, sustentando o caráter não taxativo das listas de direitos da personalidade.

A doutrina espanhola também é adepta da teoria atomística que admite uma série de direitos dos quais decorrem outros atípicos, dividindo-os em duas categorias: os direitos relativos à existência física ou inviolabilidade corporal; e os do tipo moral (TOBEÑAS, 1952, p. 34-60).

No Brasil, pode-se encontrar diversas classificações dos direitos de personalidade. Orlando Gomes (2001, p. 153-154) classificou os direitos de personalidade em dois grupos: os direitos à integridade física e os direitos à integridade moral, afirmando que os direitos de personalidade sempre cabem em uma dessas categorias. Já Pontes de Miranda (2000, p. 37) divide os direitos de personalidade em: direito à vida, à integridade física, à integridade psíquica, à liberdade, à honra à imagem, à igualdade, ao nome, à intimidade e direito autoral.

Carlos Alberto Bittar (2006, p. 17) classifica tais direitos em físicos, ou de integridade corporal, que compreendem o corpo, como um todo, os órgãos, os membros; os direitos psíquicos, que são aqueles relativos aos elementos intrínsecos da personalidade e direitos morais, compreendendo a liberdade, a intimidade e o sigilo.

Todas essas teorias tipificadoras dos direitos da personalidade sofrem críticas, pelo fato de que nem mesmo seus adeptos conseguiram aclarar o tema, a partir de suas classificações, isto porque não há como criar uma classificação absolutamente científica que abarque todos os direitos possíveis.

Na opinião de Szaniawski (2005, p.123-124) o fracasso das teorias tipificadoras foi o fato de estarem atreladas à distinção entre direitos públicos e direitos privados da personalidade, e na verdade seriam os mesmos, mas em ambientes protetivos diversos, bem

como a exigência de que tais direitos estejam positivados no Código Civil, o que se justifica pelo apego aos sistemas fechados do século XIX.

Por outro lado, alguns autores, como José de Oliveira Ascensão (1997, p. 78), sustentam que a admissão de um direito geral de personalidade oferece algumas desvantagens, como por exemplo, causar insegurança jurídica, por ser um direito de desmesurada extensão. Entretanto, as teorias atomísticas estão em franca decadência, posto que não conseguiram justificar as críticas que lhe foram lançadas.

O fato é que, com os fenômenos da publicização, constitucionalização e repersonalização do Direito Privado, bem como pela eleição da dignidade da pessoa humana como valor fundamental dos Estados Democráticos de Direito, recolocando o ser humano no centro do sistema, não há mais que se falar em dicotomia entre o público e privado.

Dessa forma, estes fenômenos contribuíram para a afirmação do direito geral de personalidade, considerando que somente uma cláusula geral de proteção da pessoa permitiria o desenvolvimento da jurisprudência que abarque as diversas modalidades de lesão à personalidade.

Nesse contexto, Perlingieri (2007) ensina que ao lado da técnica de legislar com normas regulamentares, através de previsões específicas, coloca-se a técnica de cláusulas gerais. Legislar por cláusulas gerais significa deixar ao juiz, ao intérprete, uma maior possibilidade de adaptar a norma às situações de fato.

Resta demonstrado que somente a tutela da pessoa pelos direitos da personalidade tem como abarcar a complexidade das situações que envolvem a personalidade humana, sendo a única a tutelar de forma adequada a pessoa humana, permitindo uma tutela em uma perspectiva globalizante, não excludente, abrangendo mesmo os bens não previstos em lei.

É importante destacar que a doutrina costuma fazer uma confusão conceitual entre a cláusula geral de tutela da pessoa e o direito geral da personalidade. Não raro, os autores se referem a ambas expressões como tendo o mesmo significado, entretanto em uma análise mais profunda do tema, verifica-se que tratam-se de conceitos distintos.

Analisando as teorias tipificadoras ou pluralistas, bem como aquelas que reconhecem um direito geral de personalidade, Menezes e Gonçalves (2012, p. 177-178) destacam que o Código Civil brasileiro, apesar de não ter feito menção expressa ao direito geral da personalidade, optando por especificar alguns direitos especiais, considera a ampla possibilidade ressarcitória, prevista no art. 927, *caput*, e parágrafo único do mesmo código. Por esta razão as referidas autoras acreditam na presença de uma verdadeira cláusula geral de tutela da pessoa.

Tal fato se justifica, considerando-se que se os direitos especiais de personalidade, previstos no Código Civil brasileiro já são assemelhados aos direitos fundamentais, muito mais seria a cláusula geral de tutela da pessoa, isto porque tem fina proximidade com os direitos humanos (MENEZES E GONÇALVES, 2012, p. 178).

A cláusula geral de tutela da pessoa, expressão utilizada por Perlingieri (2007, p. 156) entende a personalidade não como um direito, mas como um valor fundamental do ordenamento jurídico. Para o referido autor, o fato de a personalidade ser considerada como valor unitário, não impede que o ordenamento preveja algumas expressões mais qualificadas, como, por exemplo, direito à saúde, ao estudo, ao trabalho. Já o direito geral de personalidade é uma norma aberta do direito privado, que tem como finalidade salvaguardar a pessoa humana em qualquer circunstância.

Na próxima seção, considerando-se a pertinência e importância do estudo da personalidade como valor, bem como situação jurídica existencial, analisar-se-á as principais diferenças entre personalidade e capacidade, assim como a possibilidade de aplicação da categoria dos direitos subjetivos aos direitos da personalidade, afastando-se toda e qualquer interpretação que identifique estes direitos com interesses meramente patrimoniais.

3 A PERSONALIDADE COMO VALOR E AS SITUAÇÕES JURÍDICAS EXISTENCIAIS

O liberalismo impôs à sociedade uma lógica proprietária que envolvia a ideia de pessoa humana, a partir de uma perspectiva de propriedade do próprio corpo, isto é, o corpo humano passou a ser objeto de um direito de propriedade, sendo a ideia de pessoa substituída pela de indivíduo. Assim, para ser pessoa deveria ser sujeito de direito, capaz de adquirir direitos e contrair obrigações.

Nesse sentido, para o direito civil tradicional, a personalidade é entendida como a possibilidade de ser sujeito de direito, titular de direitos e obrigações. Dessa forma, a personalidade acabou sendo confundida com a ideia de capacidade de direito. Fato esse que se observa até hoje na maior parte da doutrina civilista. Autores como Pontes de Miranda (2000), Silvio Rodrigues (2002) e Maria Helena Diniz (2004) comungaram desta mesma ideia, no sentido de que a personalidade e capacidade jurídica são expressões sinônimas.

Capelo de Souza (2011, p. 106-107) afirma que personalidade e capacidade são conceitos interpenetrados e conexos, mas que não podem ser confundidos, na medida em que os valores jurídicos que estes institutos incorporam são reabsorvidos também no bem jurídico da personalidade, enquanto objeto da tutela geral referida.

Dessa forma, pode-se afirmar que a personalidade é um valor inerente à condição humana, isto porque o vínculo existente entre a personalidade e a pessoa, é segundo Perlingieri (2007, 153-157), orgânico, pois as situações ligadas organicamente ao titular estabelecem um liame muito estreito com o sujeito, que encontram a sua razão de ser, a sua função. A titularidade orgânica encontra aplicação, sobretudo nas situações existenciais, nos direitos fundamentais da pessoa.

Na verdade, boa parte da doutrina faz distinção entre personalidade e capacidade. Entretanto, há uma dificuldade de mudança de perspectiva diante de uma confusão conceitual que se manteve dominante no pensamento jurídico por muito tempo e só se desfez recentemente.

Assim, necessário se faz uma ampliação desse entendimento que reduz a personalidade à capacidade, considerando que tal concepção reflete um momento histórico que não mais deve subsistir, sendo fruto da concepção clássica de natureza patrimonialista.

É necessidade premente reconhecer a personalidade como um valor e não identificada com a capacidade de adquirir direitos e contrair obrigação, tendo tal imposição a finalidade de afastar todas as correntes doutrinárias, que no século XIX negaram a existência dos direitos da personalidade.

San Tiago Dantas (2001, p. 152) ensina que quando se fala em direitos da personalidade não estamos identificando aí a personalidade com a capacidade de ter direitos e obrigações, e sim a personalidade como um fato natural, como um conjunto de atributos inerentes à condição humana.

O fato é que atualmente não mais se discute a existência ou não dos direitos da personalidade, a afirmação destes direitos foi de extrema relevância frente aos progressos científicos e tecnológicos observados na atualidade.

4 APLICAÇÃO DA CATEGORIA DOS DIREITOS SUBJETIVOS AOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Questão problemática na seara dos direitos da personalidade diz respeito a aplicação da categoria dos direitos subjetivos àqueles direitos, isto porque os que negavam essa possibilidade argumentavam que o homem não poderia ser considerado sujeito e objeto da relação jurídica.

Sustentava-se que a tutela dos interesses existenciais não poderia se dar através de uma categoria cujo campo tradicional de aplicação é a tutela dos interesses patrimoniais.

Todavia, com o alargamento da noção de personalidade como um valor esse entrave foi solucionado.

Assim, os que negavam a possibilidade de aplicação da categoria dos direitos subjetivos aos direitos da personalidade também argumentavam que o direito subjetivo havia sido elaborado, tradicionalmente, para a categoria do *ter*, e não do *ser*, considerando a tutela do patrimônio. Nos direitos da personalidade, os objetos de tutela são indissociáveis de seu titular e por isso não se admitia tutelar interesses existenciais através de uma categoria que defendia interesses patrimoniais.

Todavia, tal situação foi alterando-se gradativamente, a partir da afirmação da dignidade da pessoa humana como valor fundamental da ordem jurídica e social e com a valorização dos interesses existenciais, em detrimento dos interesses patrimoniais. Dessa forma, a categoria dos direitos subjetivos merecia ser reavaliada, ocupando-se também nas relações que envolvem interesses extrapatrimoniais.

Nesse contexto, Pietro Perlingieri (2007, p. 120) esclarece que

Contrapõem-se, tradicionalmente, duas definições de direito subjetivo: direito subjetivo como poder de vontade e direito subjetivo como interesse protegido. A disputa entre os defensores das duas teorias subtende diversas avaliações e diversas ideologias; nela se espelha as diversidades entre as concepções liberalistas e as primeiras tentativas de entender o direito de um ponto de vista teleológico. A definição corrente salda os dois aspectos: o direito subjetivo é, afirma-se usualmente, o poder reconhecido pelo ordenamento a um sujeito para realização de um interesse próprio do sujeito.

Merece destaque que, além de uma reavaliação na noção de direito subjetivo, também reclamou-se o alargamento do conceito de bem, isto porque o direito subjetivo se divide em três elementos: sujeito, objeto e relação jurídica (PEREIRA, 1998, p.42). Assim, o objeto, tradicionalmente, foi reduzido aos bens patrimoniais. Todavia, admitindo-se a tutela de interesses existenciais, o objeto da relação pode ser um bem extrapatrimonial.

Não se pode conceber que há uma impossibilidade lógica em se aceitar que os direitos da personalidade constituem direitos subjetivos, nem tão pouco que os direitos da personalidade tenham como objeto os atributos físicos ou morais da pessoa (CUPIS, 2008, p. 24-25). O sistema jurídico não pode se limitar a tutelar apenas a categoria do *ter*, deixando de fora o *ser*, já que esta categoria tutela os bens mais preciosos da personalidade humana.

Em outro sentido, Maria Celina Bodin de Moraes (2010, p. 112) entende que não há que se falar exclusivamente em direitos subjetivos da personalidade, mesmo se atípicos, porque a personalidade humana não se realiza apenas através de direitos subjetivos, mas sim

mediante uma complexidade de situações jurídicas subjetivas que podem apresentar-se, sob as mais diversas configurações.

Dessa forma, não existe um número fechado de hipóteses tuteladas, com ensina Pietro Perlingieri (2007, p. 156), isto porque tutelado é o valor da pessoa sem limites, salvo aqueles colocados no seu interesse e naqueles de outras pessoas Assim, Perlingieri (2007, p. 156) conclui que “a elasticidade torna-se instrumento para realizar formas de proteção também atípicas, fundadas no interesse à existência e no livre exercício da vida de relações”.

Nesse contexto, a personalidade não é um direito, mas um valor fundamental do ordenamento, estando na base de uma série aberta de situações existenciais, nas quais se traduz a sua exigência de tutela, não assumindo necessariamente a forma de direito subjetivo, nem tão pouco existindo um número fechado de hipóteses tutelada, pois tutelado é o valor da pessoa humana.

Maria Celina Bodin de Moraes (2010, p. 112-120) adverte que a relevância dos direitos da personalidade decorre de fatores sociais, como a explosão de meios de comunicação de massa, progressivamente direcionados a desconsiderar vidas particulares.

Nessa perspectiva, reclamou-se que para a definição dos direitos da personalidade, além da releitura da noção clássica de direito subjetivo, era necessário o alargamento do conceito jurídico de bem. A noção de bem jurídico passou a ser compreendido como a totalidade dos bens corpóreos ou incorpóreos, vinculados a esfera jurídica do sujeito, para se chegar a noção de bens da personalidade.

Francisco Amaral (2006, p. 249) explica que o objeto da relação jurídica pode ser uma coisa nas relações de direitos reais, pode ser uma ação humana nas relações obrigacionais e pode ser um atributo da própria pessoa nas relações que envolvem direitos da personalidade.

Já Capelo de Sousa (2011, p. 117), acerca da definição do bem da personalidade humana, adverte que

O bem da personalidade humana juscivilisticamente tutelado como o real e o potencial físico e espiritual de cada homem em concreto, ou seja, o conjunto autônomo, unificado, dinâmico e evolutivo dos bens integrantes da sua materialidade física e do seu espírito reflexivo, sócio-ambientalmente integrado.

Percebe-se que o conceito de bem já não se confunde com o conceito de coisa, na medida em que a ampliação do conceito de bem se fez necessária, por não mais comportar a clássica definição como sendo suscetível de valoração pecuniária. Tal concepção estava em sintonia com as convicções de século XIX, considerando que o vínculo patrimonial representava expressão da própria personalidade humana.

Com a elevação da dignidade da pessoa humana como centro dos ordenamentos jurídicos, possibilitou-se a superação do paradigma patrimonialista vigente nos séculos XVIII e XIX. Assim, não havia mais a necessidade de os bens exprimirem um valor econômico, afirmando os direitos da personalidade como direitos subjetivos.

Nessa perspectiva, os direitos da personalidade são também considerados direitos subjetivos não patrimoniais, vinculados a ideia de proteção da pessoa humana, nos seus aspectos mais íntimos, seu livre desenvolvimento enquanto ser.

Szaniawski (2005, p. 70) esclarece que a personalidade que consiste na parte intrínseca do ser humano é o primeiro bem pertencente a pessoa, já que somente através dele se poderá adquirir os demais bens. A proteção conferida a estes bens inerentes ao indivíduo se efetiva a partir dos direitos da personalidade.

Dessa forma, já se mostra como consenso na doutrina a ideia de direitos da personalidade como efetivos direitos subjetivos, assim como Francisco Amaral (2006) que considera os direitos da personalidade como direito subjetivo, que tem como particularidades inata e original, um objeto inerente ao titular, que é a sua própria pessoa, considerada nos seus aspectos essenciais.

Nesse sentido, a negação da existência de direitos subjetivos da personalidade se mostra absolutamente inconsistente, considerando que com a repersonalização do direito, a noção de direito subjetivo ampliada assumiu importante relevo. Na opinião de Luiz Edson Fachin (2003, p. 104-106), o direito subjetivo apresenta-se em diferente configuração, pois alguns são tidos como impróprios, chamados de potestativos, e outros personalíssimos, ambos ligados à condição humana.

Todavia, insta ressaltar que não se pode falar apenas na realização da personalidade através de direitos subjetivos, mesmo que atípicos, pois a personalidade pode-se realizar por uma pluralidade de situações jurídicas existenciais que devem estar abarcadas na tutela geral, considerando que a pessoa humana não se realiza apenas através do direito subjetivo.

Corroborando com esta posição, Perlingieri (2007, p. 155) esclarece que “a pessoa se realiza não através de um único esquema de situações subjetivas, mas com uma complexidade de situações que ora se apresentam como poder jurídico (*potestá*), ora como interesse legítimo, ora como direito subjetivo, faculdade, poderes”.

Assim, devem ser superadas as discussões dogmáticas sobre a categoria dos direitos da personalidade, pois a esta matéria não se pode aplicar o direito subjetivo elaborado sobre a categoria do “ter”. Na categoria do “ser” não existe a dualidade entre o sujeito e o objeto,

porque ambos representam o ser, e a titularidade é institucional, orgânica, conforme explicado anteriormente.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Viu-se que malgrado a tutela da pessoa humana tenha sua origem identificada no século XIX, vários antecedentes históricos comprovam que no pensamento greco-romano já havia uma certa preocupação com este tipo de tutela. No entanto, nesta época não se pode comparar a tutela que era dispensada à pessoa humana com a que hoje se conhece, até porque não havia naquele momento uma tutela integral como atualmente se tem.

Percebeu-se que, inicialmente, a tutela da pessoa era uma preocupação apenas do direito público, não sendo objeto de proteção no âmbito privatístico, considerando que os códigos oitocentistas tinham um perfil absolutamente patrimonialista, não havendo qualquer preocupação com as situações existenciais.

Com a superação da dicotomia público/privado, bem como a alocação da Constituição Federal para o centro do sistema normativo e a dignidade da pessoa humana como base de sustentação para os direitos fundamentais e da personalidade, observou-se uma mudança no paradigma da teoria dos direitos da personalidade, que passou a ter como preocupação maior as situações existenciais, ou seja, aquelas referentes ao “*Ser*” e não ao “*Ter*”.

A dignidade da pessoa humana teve um importante papel nesta mudança de paradigma, passando a ser a pessoa não só destinatária destes direitos, como também o fundamento de todo o ordenamento jurídico.

Nessa perspectiva, a doutrina civil-constitucional começou a discutir se a tutela da pessoa humana deveria ser realizada por diversas espécies de direitos da personalidade, ou apenas por intermédio de um direito único e geral da personalidade, que possibilitasse uma tutela mais abrangente e menos restritiva, o que ficou devidamente demonstrado no presente ensaio, que há uma tendência em se preferir a última hipótese, isto é, a tutela de um direito geral de personalidade, considerando que não se pode prevê todas as situações existenciais possíveis.

Na verdade, defende-se uma tutela integral da personalidade, protegendo a pessoa em todas as suas potencialidades, muito embora se delineiem diversas classificações, que se mostra como adequadas apenas para fins didáticos.

Por fim, constatou-se que não há qualquer problema em se aplicar a categoria dos direitos subjetivos aos direitos da personalidade, tendo em vista que não se deve admitir, como faz os mais tradicionais, que tal categoria se refiram exclusivamente aos direitos

patrimoniais, nem tão pouco que os direitos da personalidade só se realizam através dos direitos ditos subjetivos. Portanto, é premente a necessidade de se alargar a noção de direito subjetivo para que se possa aplicá-lo aos direitos da pessoa humana, pois só assim se terá uma tutela integral e eficaz da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil: teoria geral: introdução, as pessoas, os bens*. Coimbra: Coimbra, 1997.

_____. Pessoa, Direitos Fundamentais e Direitos da Personalidade. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, n. 26, p. 43-66, abr.-jun, 2006.

BELTRÃO, Silvio Romero. Direitos da personalidade: natureza jurídica, delimitação do objeto e relações com o direito constitucional. In: *Dimensões jurídicas da personalidade na ordem constitucional brasileira*. Florianópolis: Conceito editorial, 2010.

BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 7. ed., revista e atualizada de acordo com o novo Código Civil. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006.

CANTALI, Fernanda Borghetti. *Direitos da Personalidade – Disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra, 2011.

CUPIS, Adriano de. *Os direitos da personalidade*. São Paulo: Quorum, 2008.

DANTAS, San Tiago. *Programa de Direito Civil: Teoria Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro*. 1º vol. São Paulo: Saraiva, 2004.

DONEDA, Danilo. Os direitos da personalidade no Código Civil de 2002. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, ano VI, n.06, Junho/2005.

_____. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

FACHIN, Luiz Edson. *Direitos da personalidade no Código Civil Brasileiro: elementos para uma análise de índole constitucional da transmissibilidade*. In: TARTUCE, Flávio; CASTILHO, Ricardo (coord.). *Direito Civil, Direito Patrimonial e Direito Existencial -*

Estudo em homenagem à professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. São Paulo: Método, 2006.

GIAMPUCCOLO, Giorgio. La tutela giuridica della personal umana e il c.d. diritto alla riservatezza. In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1958.

GIORGIANNI, Michele. *O direito privado e suas atuais fronteiras*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 747, ano 87, p. 35-55, jan. 1998.

GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

KANT, Immanuel. *Metafísica dos costumes*. Bauru: Edipero, 2003.

LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil: Ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo*. Petrópolis: Vozes, 1999.

MEIRELLES, Jussara. O ser e o ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à clausura patrimonial. In: FACHIN, Luiz Edson (coord.) *Repensando fundamentos do Direito Civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

MENEZES, Joyceane Bezerra de (org.). *Dimensões jurídicas da personalidade na ordem constitucional brasileira*. Florianópolis: Conceito editorial, 2010.

MENEZES, Joyceane Bezerra de; GONÇALVES, Camila Figueiredo Oliveira. *Das fronteiras à interlocução entre os direitos da personalidade, os direitos fundamentais e os direitos humanos: elementos para construção da subjetividade*. In: *Revista Jurídica Cesumar – Mestrado*, v. 12, n.1, p. 175-203, jan/jun 2012.

MIRANDOLA, Giovanni Pico della. *Discurso sobre a Dignidade do Homem*. Lisboa: Edições 70, 1986.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um Direito Civil-Constitucional. *Revista de Direito Civil*. São Paulo, n. 65, jul-set 1993.

_____. *Na medida da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

_____. Perspectivas a partir do Direito Civil-Constitucional. In: *TEPEDINO, Gustavo. Direito Civil Contemporâneo – Novos problemas à luz da legalidade constitucional*, 2008.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. Trad. Maria Cristina de Cico. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Campinas: Bookseller, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. *A dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006

SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos da Personalidade e sua tutela*. 2. ed., rev., atual. e ampl.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TEPEDINO, Gustavo. *A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional Brasileiro*. In: _____. *Temas de Direito Civil*. 3. ed., revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. Direitos Humanos e relações jurídicas privadas. *Revista do Ministério Público*. Rio de Janeiro. V. 4, n. 7, p.103-116, 1998.

_____. Premissas metodológicas para a constitucionalização do Direito Civil. In: *Temas de Direito Civil*. 3. ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TOBEÑAS, José Castan. *Los Derechos de La Personalidad*. Madrid: Réus, 1952.

Apresentado em: 30.05.2014

Aprovado em: 30.06.2014