

FUNDAMENTOS, LIMITES E TRANSMISSIBILIDADE

ANOTAÇÕES PARA UMA LEITURA CRÍTICA, CONSTRUTIVA E DE ÍNDOLE CONSTITUCIONAL DA DISCIPLINA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE NO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

Luiz Edson Fachin

Professor Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná; Doutor em "Direito das Relações Sociais" pela PUC/SP; membro da Academia Brasileira de Direito Constitucional, da "International Society of Family Law", do IBDFAM, do IAB, do IAP e da APLJ - Academia Paranaense de Letras Jurídicas; autor de diversas obras e artigos.

1. INTRODUÇÃO: A CONFIGURAÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE NA TRAVESSIA DO SÉCULO XIX AO SÉCULO XXI.

Construção teórica relativamente recente, a categoria dos direitos da personalidade é proveniente especialmente de elaborações doutrinárias germânicas e francesas da segunda metade do século XIX.

A oposição tradicional à existência conceitual dos Direitos da Personalidade, fundada em uma concepção patrimonialística do

Direito Civil, além de questionar a natureza desses direitos, pois marcados essencialmente por valores existenciais, vacilava sobre o seu conteúdo e a extensão da sua disciplina jurídica.

A crítica à existência dos direitos da personalidade sustenta ainda que, se a personalidade for identificada com a titularidade de direitos, ela não poderia, ao mesmo tempo, ser considerada como objeto deles, sob pena de se entrar em uma contradição lógica.¹

Para Savigny, que adotava essa via, que ora posiciona a pessoa humana como sujeito, ora como bem da personalidade, a admissão dos direitos da personalidade levaria à legitimação do suicídio ou à automutilação.

Jellinek, ao seu turno, também foi um dos doutrinadores que objetaram a adoção da categoria dos direitos da personalidade, sob o argumento de que a vida, a saúde, a honra não se enquadram na categoria do ter, mas do ser, o que os tornariam incompatíveis com a noção de direito subjetivo, predisposto à tutela das relações patrimoniais e, em particular, do domínio.²

Após a superação das controvérsias históricas sobre a conceituação dos direitos tidos como da personalidade, restou amplamente aceito que "o homem, como pessoa, manifesta dois interesses fundamentais, como indivíduo, o interesse a uma existência livre; como partícipe do consórcio humano, o interesse ao livre desenvolvimento da 'vida em relações'. A esses dois aspectos essenciais do ser humano podem substancialmente ser reconduzidas todas as instâncias específicas da personalidade".³

Sob essa perspectiva é que se desenvolveram os substratos teóricos que alicerçaram, na contemporaneidade, os direitos tidos como da personalidade.

Nessa linha, de afirmação da existência de um conteúdo próprio dos direitos da personalidade, Adriano de Cupis, em passagem

¹ ENECCERUS. **Tratado de Derecho Civil**. V. I. Parter General. Barcelona: Bosch, 1947. p. 307.

² Como bem anota TEPEDINO, Gustavo. "A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-constitucional Brasileiro". *In: Temas de Direito Civil*. 3ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 25.

³ GIAMPICOLO, Giorgio. **La Tutela giuridica della persona umana e il c.d. diritto alla riservatezza**. *Apud.*: TEPEDINO, Gustavo. "A Tutela da Personalidade do Ordenamento Civil-constitucional Brasileiro". *In: Temas de Direito Civil*. 3ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 25.

clássica, afirma que "existem direitos sem os quais a personalidade restaria em uma atitude completamente insatisfeita, privada de qualquer valor concreto; direitos desacompanhados dos quais todos os outros direitos subjetivos perderiam qualquer interesse para o indivíduo: a ponto de chegar-se a dizer que, se esses não existissem, a pessoa não seria mais a mesma".⁴

O estabelecimento e a previsão legal dos direitos tidos como da personalidade se deu, essencialmente, nas constituições do pós-guerra, que passaram a adotar uma perspectiva de proteção integral da pessoa humana e que, por conseqüência, abrange a personalidade.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988, erigiu a dignidade da pessoa humana como fundamento da república e os direitos que materialmente emergem da dignidade e da sua afirmação e proteção foram tomados como fundamentais.

Em 2003, com a entrada em vigor do novo Código Civil, a disciplina dos direitos da personalidade passou a se dar, também, por meio da legislação infraconstitucional, que prevê e os rege nos artigos 11 a 21 do capítulo 2 da Parte Geral da codificação.

Embora já houvesse a disciplina constitucional de proteção integral da pessoa humana e, por conseguinte, dos seus correlatos direitos de personalidade, por meio do exame sistemático da dignidade humana e dos direitos fundamentais, em suas múltiplas dimensões, que, por si trazem uma tutela geral da personalidade, optou o legislador ordinário, na edição da Lei 10.406/02 a também disciplinar a matéria nos artigos acima mencionados.

Por conseguinte, nada obstante essa opção legislativa de incluir a disciplina dos direitos da personalidade no interior da codificação, cuja racionalidade é objeto de severa crítica, não é possível, na contemporaneidade, se fazer uma análise mais ampla dos direitos da personalidade desvinculada de um exame de proteção da dignidade humana e dos direitos a ela correlatos.

Esse entendimento fora esboçado, já em 1980, por Francisco Muniz e José Lamartine Corrêa de Oliveira, no sentido da "impossibilidade de uma construção doutrinária que busque construir essa

⁴ CUPIS, Adriano de. **I diritti della personalità**. Milano: Giuffrè, 1950. p. 18.

cláusula geral e se feche dentro do campo do direito civil, ignorando os fundamentais princípios que asseguram o respeito à dignidade da pessoa humana".⁵

Na mesma toada, sustentam os ilustres civilistas que "no plano doutrinário, isso significa que só através do entendimento da ordem jurídica como um todo, que tem por base uma hierarquia de valores, dentro da qual ocupa lugar primacial a noção de que o ser humano é pessoa, dotada de inalienável e inviolável dignidade, é possível dar à noção de direitos da personalidade a sua real amplitude. Para tal, é necessário vincular a noção de direitos da personalidade à noção de direitos do homem".⁶

Essa é a perspectiva e o horizonte do presente estudo que pretende analisar o conteúdo, os limites e a transmissibilidade dos direitos de personalidade, à luz do exame do conceito, dos limites e da transmissibilidade dos direitos fundamentais, superando a exegese estrita da racionalidade codificada.

2. DA FUNDAMENTAÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE: DO DIREITO NATURAL AOS DIREITOS HUMANOS

Tomar esse caminho ora explicitado dos Direitos da Personalidade, significa sustentar a impossibilidade de uma visão puramente privatística de direitos da personalidade, desvinculada dos direitos do homem, e pressupõe um exame acurado da fundamentação da dignidade da pessoa humana que subjaz aos direitos da personalidade.

Denota-se que o Direito, na contemporaneidade, marca-se pelo reconhecimento da necessidade de tutela dos valores essenciais para o ser humano, que outrora foram relegados a uma proteção indireta, quando existente.⁷

Argumenta-se, assim que, "para demonstrar que uma e outra categoria (direitos da personalidade e direitos do Homem) só podem

⁵ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa. MUNIZ, Francisco José Ferreira. "O Estado de Direito e os Direitos da Personalidade". In: **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**. nº 19. ano 19. Curitiba, UFPR, 1980. p. 228.

⁶ Idem. *Ibidem*.

⁷ CORTIANO JÚNIOR. Eroulths. "Alguns Apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade". In: FACHIN, Luiz Edson *et alii*. (coord) **Repensando os Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

ser entendidas à luz de uma noção de pessoa que supere o esvaziamento a que tal noção foi submetida pela carga histórica de uma educação jurídica positivista a pesar sobre sucessivas gerações de cultores do Direito".⁸

Nessa linha, embora o surgimento de questões relacionadas à dignidade do homem, entendida como valor intrínseco da pessoa humana, tenham raízes longínquas⁹ no pensamento clássico¹⁰ e na doutrina cristã, pode-se afirmar, consoante lição de Ingo Wolfgang SARLET que "no pensamento filosófico e político da antigüidade 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"¹¹, e que somente após o fim da segunda grande guerra a concepção contemporânea da intangibilidade da dignidade da pessoa humana veio a se consolidar.

Nos séculos XVII e XVIII, período fértil no pensamento jusnaturalista, Ingo Wolfgang SARLET salienta que a concepção da dignidade da pessoa humana, assim como a idéia do direito natural

⁸ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa. MUNIZ, Francisco José Ferreira. "O Estado de Direito e os Direitos da Personalidade". In: **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**. nº 19. ano 19. Curitiba, UFPR, 1980. p. 230.

⁹ No período medieval, profundamente influenciado pelos pensamentos eclesiástico e estoíco, destaca-se São Tomás de Aquino, que trouxe a lume o termo "dignitas humana". Expressão essa que veio a ser, inclusive, cunhada no período renascentista e na idade moderna. Foi com o pensamento cristão que a idéia de uma dignidade pessoal, atribuída a cada indivíduo, foi concebida. Neste diapasão pode-se afirmar que São Tomás de Aquino compreende a dignidade sob dois prismas diferentes: "a dignidade é inerente ao homem, como espécie; e ela existe in actu só no homem enquanto indivíduo, passando desta forma o homem deve agora não mais olhar apenas em direção a Deus, mas voltar-se para si mesmo, tomar consciência de sua dignidade e agir de modo compatível. Mais do que isso, para São Tomás, a natureza humana consiste no exercício da razão e é através desta que se espera sua submissão às leis naturais, emanadas diretamente da autoridade divina". SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 29.

¹⁰ Nos séculos XVII e XVIII, período fértil no pensamento jusnaturalista, Ingo Wolfgang SARLET salienta que a concepção da dignidade da pessoa humana, assim como a idéia do direito natural em si passou por um processo de racionalização e laicização, mantendo-se, todavia, a noção fundamental da igualdade de todos os homens em dignidade e liberdade. Destacaram-se nesse período, Samuel PUFENDORF, para quem "mesmo o monarca deveria respeitar a dignidade da pessoa humana, considerada esta como a liberdade do ser humano de optar de acordo com sua razão e agir conforme o seu entendimento e sua opção" e Immanuel KANT, um dos grandes expoentes do desenvolvimento da temática. A concepção Kantiana acerca da dignidade tem como pressuposto a autonomia ética do ser humano, que engloba a liberdade de que dispõe a pessoa humana de optar de acordo com a razão e de agir conforme o seu entendimento e opção.

¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 30.

em si passou por um processo de racionalização e laicização, mantendo-se, todavia, a noção fundamental da igualdade de todos os homens em dignidade e liberdade¹². Destacaram-se nesse período, Samuel PUFENDORF, para quem "mesmo o monarca deveria respeitar a dignidade da pessoa humana, considerada esta como a liberdade do ser humano de optar de acordo com sua razão e agir conforme o seu entendimento e sua opção"¹³ e Immanuel KANT, um dos grandes expoentes do desenvolvimento da temática.¹⁴

A concepção Kantiana acerca da dignidade tem como pressuposto a autonomia ética do ser humano, que engloba a liberdade de que dispõe a pessoa humana de optar de acordo com a razão e de agir conforme o seu entendimento e opção.¹⁵

As constituições contemporâneas passaram adotar a dignidade da pessoa humana como fundamento, caso da CF/88, ou como um princípio, após a segunda metade do século XX, quando no âmbito do Direito Internacional, começa a delinear-se um sistema normativo internacional de proteção dos direitos humanos.¹⁶

Merece relevo o fato de que as bandeiras do movimento constitucionalista europeu, levantados no final do século XVIII, coincidem exatamente com a limitação do poder do Estado e a preservação de direitos individuais. Não obstante, somente cerca de duzentos (200) anos após esses direitos vieram a ser positivamente albergados, sendo que, a sua efetivação, ainda pode ser questionada. Nesse sentido, interessante a transcrição do artigo 16 da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789: "Toda sociedade, em que a garantia dos direitos não é assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não tem Constituição".¹⁷

¹² Idem. *Ibidem*.

¹³ PUFENDORF, Samuel. *Apud*. SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001. p. 32.

¹⁴ ANTUNES ROCHA, Carmem Lúcia. "O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a Exclusão Social". *In*: **Revista Interesse Público**. nº 4, 1999. Outubro/dezembro 1999. São Paulo: Notadez, 1999. p. 27.

¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.*, p. 33.

¹⁶ COMPARATO. Fábio Konder. *Op. cit.*, p. 52.

¹⁷ PIOVESAN, Flávia e VIEIRA, Renato Stanzola. **A Força Normativa dos Princípios Constitucionais: A Dignidade da Pessoa Humana**. p. 357.

No Brasil, somente em 1988, com a promulgação da atual constituição é que se erigiu "um sistema constitucional consentâneo com a pauta valorativa afeta à proteção ao ser humano, em suas mais vastas dimensões, em tom nitidamente principiológico, a partir do reconhecimento de sua dignidade intrínseca".¹⁸ Sistema esse, já assegurado pela Lei Fundamental Alemã desde 23 de maio de 1949; pela Constituição Portuguesa, desde 2 de abril de 1976 e pela Constituição Espanhola desde 29 de dezembro de 1978.

Inaugura essa fase de proteção internacional dos direitos humanos a Declaração Universal dos Direitos do Homem aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 1948 e a Carta das Nações Unidas de 1945.¹⁹

Na Carta Magna de 1988, o legislador constituinte brasileiro, consentâneo com as influências das Constituições européias, já nomeadas, erigiu a dignidade da pessoa humana a princípio fundamental da república, no artigo 1º, inciso III.

Além de fundamento da República (artigo 1º, III), o texto constitucional brasileiro recepciona a dignidade da pessoa humana, em outras três ocasiões: (i) como a finalidade assegurada no exercício da atividade econômica, tanto pelo Estado quanto pelos particulares (artigo 170, *caput*); (ii) como princípio essencial da família (artigo 226, § 7º) e (iii) como direito fundamental da criança e do adolescente (artigo 227, *caput*).

É preciso afirmar, ademais, que a dignidade da pessoa humana, como princípio fundamental, é um valor que foi edificado ao longo da evolução histórica da humanidade. A essa espécie de juízo, opõem-se concepções jusnaturalistas, que entendem dignidade, como um valor superior, fundado em um modelo abstrato ou ideal, e

¹⁸ *Ibid.*, p. 358.

¹⁹ Esta última em seu preâmbulo, faz referência à dignidade da pessoa humana, nos seguintes termos: "Nós, os povos das Nações Unidas, resolvidos a preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra que por duas vezes, no espaço da nossa vida, trouxe sofrimentos indivisíveis à humanidade, e a reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direitos dos homens e das mulheres, assim como nas nações grandes e pequenas (...)" . No mesmo sentido, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, deduz no seu artigo 1º: "Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. São dotados de razão e de consciência e devem agir uns para com os outros num espírito de fraternidade".

que possui validade independentemente de considerações espaciais ou temporais.²⁰

Sobre a dignidade da pessoa humana, pode-se afirmar que, no sentido em que é compreendida contemporaneamente como princípio fundamental de que todos os demais princípios derivam e que norteia todas as regras jurídicas, não foi constituída como valor fundamental desde os primórdios da história. Ou seja, não derivou de algum direito ideal constituído previamente ao ordenamento jurídico e válido perenemente. Ao contrário, a sua validade e eficácia como norma que foi elevada acima das demais regras e princípios, deriva da necessidade própria da sua integração e sua proteção nos sistemas normativos.

Essa perspectiva principiológica da dignidade humana informa e conforma todo o ordenamento jurídico, servindo de substrato normativo e axiológico para todos os demais direitos não patrimoniais, como os direitos da personalidade. O que permite, assim, afastar as concepções jusnaturalistas sobre as fontes dos direitos da personalidade.

É nessa linha, pois, que a vida deixa de ser apenas o primeiro e mais fundamental direito tutelado pelo ordenamento jurídico para se tornar condição essencial de possibilidade dos outros direitos. Desenvolve-se aí a concepção da supremacia da vida humana e, que, para ser entendida como vida, necessariamente deve ser digna.

Este paradigma impõe pensar a vida (existência) sob um aspecto material, ou seja, o ponto de partida deste modelo é a vida enquanto um conteúdo material, pois, a princípio, a vida é também biológica. Assim sendo, pode-se afirmar que a vida nunca irá reduzir-se a uma mera abstração, haja vista seu substrato concreto, físico e biológico.²¹

²⁰ Considerações importantes acerca de concepções jusnaturalistas dos Direitos Humanos, pode ser extraída da obra de Nelson Saldanha. Ver: SALDANHA, Nelson. "Direitos Humanos: Considerações Históricas - Críticas". In: **Arquivos de Direitos Humanos**. Celso D. Albuquerque Mello e Ricardo Lobo Torres diretores. V. 1. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

²¹ MATURANA, Humberto e VARELA, Francisco. **A árvore do conhecimento: as bases biológicas da compreensão humana**. São Paulo: Palas Athena, 2001.

As críticas apresentadas à dignidade da pessoa humana, como uma concepção puramente abstrata, baseiam-se, ainda, no ideário cartesiano, que suprime uma visão física e biológica do seu pensamento, pois esteve sempre imbuído de uma índole essencialmente racionalista, própria do Iluminismo: "penso, logo existo".

Nesta perspectiva, portanto, este paradigma filosófico demonstra o fundamento material da dignidade da pessoa humana, soterrando as críticas quanto a sua feição abstrata e intangível.

Ultrapassados, então, estes temperamentos acerca da materialidade da dignidade da pessoa humana, convém, neste momento, a apresentação do núcleo do princípio em questão, que não visa apenas a garantir o respeito e a proteção da dignidade apenas no sentido, de assegurar um tratamento humano e não degradante e, tampouco conduz ao mero oferecimento de garantias à integridade física do ser humano.²² Ao contrário, pela sua amplitude não abstrata, é que a dignidade do ser humano deve ser assegurada. Nesse sentido, manifesta-se Maria Celina BODIN DE MORAES:

*Neste ambiente, de um renovado humanismo, a vulnerabilidade humana será tutelada, prioritariamente, onde quer que ela se manifeste. De modo que terão precedência os direitos e as prerrogativas de determinados grupos considerados, de uma maneira ou de outra, frágeis e que estão a exigir, por conseguinte, a especial proteção da lei. Nestes casos estão as crianças, os adolescentes, os idosos, os portadores de deficiências físicas e mentais, os não-proprietários, os consumidores, os contratantes em situação de inferioridade, as vítimas de acidentes anônimos e de atentados a direitos da personalidade, os membros da família, os membros de minorias, dentre outros.*²³

Sob este olhar, não é possível olvidar que a dignidade da pessoa humana abrange todos os setores da ordem jurídica, inclusive os

²² BODIN DE MORAES, Maria Celina. Op. cit., p. 116.

²³ *Ibid.*, p. 117.

que disciplinam mais especificamente esses direitos, como o Código Civil, ao tratar dos direitos da personalidade.²⁴

A partir destas premissas, a doutrina intentou viabilizar o substrato conceitual do princípio-fundamento em tela, novamente a partir da concepção kantiana. Baseou-se nos postulados filosóficos do autor alemão para determinar que o conceito de dignidade, como um valor intrínseco à pessoa humana, deve afastar e mitigar tudo aquilo que puder reduzir a pessoa à condição de um objeto direcionado a um fim.

Enquanto conceito plurívoco e aberto torna-se impossível "reduzir a uma fórmula abstrata e genérica aquilo que constitui o conteúdo da dignidade da pessoa humana". Assim, esta discussão acerca da dignidade e a delimitação do escopo que esta toma por base apenas pode ser levada a cabo no caso concreto. Deve-se haver a "verificação no caso concreto uma efetiva agressão contra a dignidade da pessoa humana".²⁵ Não obstante a dificuldade de delimita-

²⁴ Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.

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

Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau.

Art. 13. Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes.

Parágrafo único. O ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial.

Art. 14. É válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte.

Parágrafo único. O ato de disposição pode ser livremente revogado a qualquer tempo.

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

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

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

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

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

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

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

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

²⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 107.

ção, Ingo Wolfgang SARLET identifica a integridade física, a isonomia, a proteção da vida e o resguardo da intimidade enquanto pilares fundantes do conceito hodierno de dignidade da pessoa humana.

Esses pilares que delimitam a dignidade da pessoa humana se aproximam dos direitos da personalidade, os quais, quando integrados, compõem uma noção que pode ser dita como conformadora da dignidade humana. Nesse diapasão, a integridade psicofísica, tida pela doutrina como um dos pilares que integram a noção da dignidade da pessoa humana, representa forte exemplo como direito da personalidade.

Ao tutelar a integridade psicofísica, dá-se um exemplo de como o ordenamento jurídico desloca-se de um lugar em que atuava como mero protetor de interesses patrimoniais, para postar-se agora como protetor direto da pessoa humana. Ao proteger (ou regular) o patrimônio, se deve fazê-lo apenas e de acordo com o que ele significa: suporte ao livre desenvolvimento da pessoa.²⁶

3. A INTEGRIDADE PSICOFÍSICA COMO DIREITO DA PERSONALIDADE E PILAR DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Por longa data, esteve plasmada a idéia de que o princípio da dignidade da pessoa humana reportava-se ou significava diretamente e exclusivamente a compreensão da integridade psicofísica de qualquer pessoa.

Os direitos da personalidade, tal como designados inicialmente, restringiam-se, de algum modo a tão-só tutelar os interesses e direitos relacionados a uma noção de integridade psicofísica, excluindo os direitos referentes à tutela do nome e do cadáver, por exemplo.

Nos últimos anos, entretanto, a noção de integridade psicofísica, nomeadamente no direito privado, tem recebido especial atenção, haja vista que a sua compreensão tem servido de garantia a diversos direitos de personalidade, como a vida, o nome, a imagem, a honra, a privacidade, o corpo, a identidade pessoal entre outras.

²⁶CORTIANO JÚNIOR. *Eroulths*. *Idem*. p. 33.

A exegese da problemática atual no tocante à integridade psicofísica depende em grande parte, da compreensão da formação e do entendimento da racionalidade moderna.

Assim sendo, o sujeito moderno é concebido enquanto ser que se autodetermina, que decide livremente sobre a sua vida, com vistas ao autodesenvolvimento da personalidade, já que este possui capacidade de dominar a si e à natureza através da razão.

Neste influxo, afirma Ingo Wolfgang SARLET que "não restam dúvidas de que a dignidade da pessoa humana engloba necessariamente o respeito e a proteção da integridade física e corporal do indivíduo"²⁷. Adiciona ainda o referido professor que é justamente esta centralidade que permite o desenvolvimento e manutenção da integridade corpórea e psíquica enquanto "momento de sua própria, autônoma e responsável individualidade"²⁸.

Aduzindo à acuidade da proteção à integridade da pessoa, José Antônio Peres GEDIEL, argumenta que "o direito à integridade física, do mesmo modo que o direito à vida e todos os demais direitos da personalidade, prescinde de expressão puramente econômica para ver afirmada sua existência, conforme anteriormente destacado. Pela mesma razão, a tutela a esses direitos não deve se limitar a conferir mera reparação econômica do dano a eles causados".²⁹

Embora a noção de que a proteção à integridade psicofísica do ser humano tenha se desenvolvido sobremaneira nos últimos anos, a noção de que a Dignidade da Pessoa Humana restringe-se à integridade psicofísica não deve ser levada em conta, haja vista os outros direitos e garantias que ela também engloba, como a igualdade, por exemplo, tanto formal, quanto substancial.

Consignou-se durante toda a exposição que o princípio da dignidade da pessoa humana impõe (em um primeiro momento) limites à atividade estatal, uma vez que impede a violação, por qual-

²⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia... p.109.

²⁸ *Ibid.*, p.108.

²⁹ GEDIEL, José Antônio Peres. "Os Transplantes de Órgãos e a Tutela da Personalidade". Tese apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da UFPR. Curitiba, UFPR, 1998. p.80.

quer dos poderes veiculados pelo Estado, da dignidade pessoal de qualquer particular. Em um segundo estágio, o princípio fundamento da dignidade da pessoa humana também vincula os poderes públicos a sua efetivação, não apenas de modo programático, mas também concreto.

4. DA APLICAÇÃO DIRETA E IMEDIATA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS ÀS RELAÇÕES PRIVADAS E DA DISCIPLINA INFRACONSTITUCIONAL DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE.

Nada obstante a inserção na legislação infraconstitucional dos direitos da personalidade no capítulo 2 da parte geral do Código Civil de 2002, não se pode descurar de que, desde a promulgação da Constituição de 1988, já existia uma sistemática de proteção integral dos direitos da personalidade, erigida a partir, como antes sustentado, da cláusula geral de tutela da dignidade da pessoa humana, cujos direitos correlatos, tidos por fundamentais, espriam sua eficácia direta e imediatamente sobre todo o ordenamento jurídico.

A doutrina vem gradativamente acolhendo essa perspectiva de aplicação direta e imediata dos direitos fundamentais às relações privadas, haja vista que ela é derivada da própria natureza intrínseca da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental e que promove a integração normativa do ordenamento jurídico. Consoante com esse entendimento, pode-se transcrever de José Antonio Peres Gediél:

(...) a dignidade humana, então, não é criação da ordem constitucional, embora seja por ela respeitada e protegida. A Constituição consagrou o princípio e, considerando a sua eminência, proclamou-o entre os princípios fundamentais, atribuindo-lhe o valor supremo de alicerce da ordem jurídica democrática. Com efeito, da mesma forma que Kant estabelecera para a ordem moral, é na dignidade humana que a ordem jurídica (democrática) se apóia e constitui-se.³⁰

³⁰ *Ibid.*, p. 115.

Daí deriva, portanto, o fato de que a dignidade da pessoa vincula o Estado a ter como meta permanente, "a proteção, promoção e realização concreta de uma vida com dignidade para todos".³¹

Essa seria uma dimensão positiva da atuação do Estado, em uma perspectiva que também é dotada, como anteriormente asseverado, de plena eficácia como a outra que se apresenta, que se trata de ação impeditiva, pelo Estado, de que o Poder Público e os particulares venham a violar a dignidade pessoal.

Estas duas dimensões: negativa (de proteção) e positiva (de concretização e implementação) da atuação estatal se fundamenta no fato de que a dignidade da pessoa humana constitui-se na "concepção que faz da pessoa fundamento e fim do Estado".

Reforçando esta concepção assevera, ainda, RIZZATTO NUNES: "Assim também o Estado, incumbido de proteger esses direitos e fazer que se respeitem as ações correlativas, não só é por sua vez obrigado a abster-se de ofender esses direitos, mas tem também a obrigação positiva de manutenção da ordem. Ele tem também a obrigação de criar as condições favoráveis ao respeito à pessoa por parte de todos os que dependem de sua soberania".³²

A vinculação não só do ente estatal, mas também dos particulares, ao amparo e à realização da dignidade da pessoa humana também encontra forte embasamento doutrinário, haja vista a dedicação, nos últimos anos a justificar a necessidade de vinculação da comunidade e dos indivíduos na implementação de direitos fundamentais, nomeadamente da dignidade da pessoa humana.³³

³¹ SARLET. Ingo Wolfgang. Dignidade..., p. 108.

³² RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. Op. cit., p. 53.

³³ Com este horizonte, imperativa a citação de Wilson Antônio STEINMETZ: Seja como norma-princípio constitucional fundamental autônoma, seja como conteúdo que se expressa ou se concretiza nos direitos fundamentais, a dignidade da pessoa vincula os poderes públicos. Mas não exclusivamente eles. Vincula também os particulares à medida que a CF normaliza âmbitos de vida nos quais o Estado não participa ou não participa diretamente e à medida que os particulares - de modo especial, quando detentores de poder econômico, social e ideológico - são potenciais violadores da dignidade da pessoa. Dado o fato de que a dignidade da pessoa é fundamento da República Federativa do Brasil, é inaceitável, por falta absoluta de consistência normativa e justificação racional, teórica e dogmática, a não vinculação dos particulares à dignidade da pessoa como princípio objetivo autônomo e a não vinculação a direitos fundamentais, direitos que, repita-se, são a expressão, em nível menos abstrato, da dignidade da pessoa. STEINMETZ, Wilson Antônio. "Vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais. Eficácia Jurídica". Tese aprovada no Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2003. p. 83.

Para além de vincular o Estado e os particulares em um dever de proteção e implementação dos direitos fundamentais, com destaque à dignidade humana, a doutrina ainda estabelece instrumentos jurídicos como garantia do cumprimento destes deveres tanto positivos como negativos. Nesse sentido, pode-se assegurar, consoante Paulo Mota Pinto, que da "garantia da dignidade humana decorre, desde logo, como verdadeiro imperativo axiológico de toda a ordem jurídica, o reconhecimento de personalidade jurídica a todos os seres humanos, acompanhado da previsão de instrumentos jurídicos (nomeadamente, direitos subjetivos) destinados à defesa das refracções essenciais da personalidade humana, bem como a necessidade de proteção desses direitos por parte do Estado".³⁴

5. DA LIMITAÇÃO E DA TRANSMISSIBILIDADE DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE: UM EXEMPLO DA SUPERAÇÃO DE UMA HERMENÊUTICA ESTRITA DO CÓDIGO CIVIL.

Dispõe o artigo 11 do Código Civil que, "com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária". Ou seja, a regra é que os direitos da personalidade, por sua própria natureza não são passíveis de limitação, de transmissibilidade e de renúncia.

É esse, pois, o entendimento da doutrina, a partir de uma exegese literal da nova codificação: "por serem também denominados direitos personalíssimos, eis que imanentes à pessoa humana e dela indissociáveis, são intransmissíveis. A inseparabilidade dos direitos da personalidade da pessoa do seu titular decorre mesmo de leis naturais; qualquer ato ou negócio jurídico que cogitasse da transferência de quaisquer desses atributos personalíssimos e inalienáveis constituiria atentado contra a ordem natural das coisas e seria, por isso, absolutamente nulo, de pleno direito, por impossibilidade física, objetiva".³⁵

³⁴ MOTA PINTO, Paulo. O Direito ao livre desenvolvimento da personalidade. *Apud.* SARLET. Ingo Wolfgang. **Dignidade...**, p. 88.

³⁵ **Comentários ao Código Civil Brasileiro**. V. I. Coord.: Arruda Alvim e Thereza Alvim. Rio de Janeiro, Editora Forense: 2005. p. 113.

Nada obstante isso, o STJ, em uma das Jornadas de Estudos sobre Direito Civil, trouxe a lume o enunciado, segundo o qual: "O exercício dos direitos da personalidade pode sofrer limitação voluntária, desde que não seja permanente nem geral".

Esse entendimento, destarte, parte de uma compreensão dos direitos da personalidade a partir da sua dimensão, em igual medida, como direitos fundamentais. Isto é, parte da premissa de que os direitos da personalidade, assim como os direitos fundamentais, não são garantidos ilimitadamente, mas que, quando em conflito com outros direitos fundamentais, podem, eventualmente, ceder, uns aos outros, para que, todos, tenham sua eficácia garantida.

À luz de uma hermenêutica estrita da codificação, os direitos da personalidade não seriam passíveis de qualquer forma de limitação, interpretação essa que, poderia, inclusive, inviolabilizar a sua tutela.

Eis porque se reafirma a importância de que a problemática dos direitos da personalidade seja analisada à luz dos grandes princípios constitucionais, que fornecem inclusive critérios de valor e que devem inspirar uma releitura do próprio texto da lei ordinária à luz dessa inspiração global que a Constituição acolhe.³⁶

Sustenta-se, portanto, sobre os direitos da personalidade que, embora intransmissíveis em sua essência, os efeitos patrimoniais dos direitos da personalidade são transmissíveis. A utilização dos direitos da personalidade, se tiver expressão econômica, é transmissível, respeitado sempre o princípio da dignidade da pessoa. Este é o sentido do artigo 12 do Código, segundo o qual, "pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei".

Essa análise torna-se evidente a partir de uma exemplificação prática. A autoria de obra literária, nesse passo, é intransmissível, mas o recebimento de valores pela comercialização da referida obra pode ser negociado livremente, sendo, portanto, transmissível inclusive por herança.

³⁶ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa. MUNIZ, Francisco José Ferreira. "O Estado de Direito e os Direitos da Personalidade". In: **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**. n.º 19. ano 19. Curitiba, UFPR, 1980. p. 229.

Por sua vez, o direito a alimentos é irrenunciável porque respeita o direito à vida, mas seus efeitos patrimoniais, o valor da pensão, v.e., podem ser objeto de transação.

A jurisprudência sustenta, do mesmo modo, a transmissibilidade do direito de personalidade, exatamente na hipótese em que a passagem desse direito a terceiro se faz necessária para a garantia desse direito e tutela da dignidade humana a ele inerente.³⁷

A transmissibilidade dos efeitos patrimoniais dos direitos da personalidade, por conseguinte deve passar a ser entendida a partir de uma interpretação construtiva e de índole constitucional, que supera uma hermenêutica estrita da literalidade do código.

6. QUESTÕES EMERGENTES COMPLEXAS

Como já reiterado, a ordem constitucional brasileira tem como fundamento básico a dignidade da pessoa humana, o que significa dizer que a sociedade brasileira assumiu o compromisso de construir o seu direito sob esse horizonte.

A aplicabilidade concreta da norma constitucional, não obstante se dê direta e imediatamente sobre as relações privadas, traz questões que, em si, acarretam alguma complexidade.

Uma dessas situações é a aplicação da eutanásia a pacientes terminais (ou que padecem de atrozes sofrimentos), cuja discussão voltou à cena contemporânea com o caso recente da norte-americana Terri Schiavo.

³⁷Esse é o entendimento do STJ, *in verbis*: Intransmissibilidade dos direitos de personalidade. Sucessão do direito à imagem. Os direitos da personalidade, de que o direito à imagem é um deles, guardam como principal característica a sua intransmissibilidade. Nem por isso, contudo, deixa de merecer proteção à imagem de quem falece, como se fosse coisa de ninguém, porque ela permanece perenemente lembrada nas memórias, como bem imortal que se prolonga para muito além da vida, estando até acima desta, como sentenciou Ariosto. Daí porque não se pode subtrair da mãe o direito de defender a imagem de sua falecida filha, pois são os pais aqueles que, em linha de normalidade, mais se desvanecem com a exaltação feita à memória e à qualquer agressão que possa lhe trazer mácula. Ademais, a imagem de pessoa famosa projeta efeitos econômicos para além de sua morte, pelo que os seus sucessores passam a ter, por direito próprio, legitimidade para postularem indenização em juízo". (STJ, 4ª Turma. Resp. 268660-RJ, Rel. Min. César Asfor Rocha. DJU: 19/02/2001). E mais: Direito de Ação por Dano Moral. Transmissibilidade. O direito que, na situação analisada, poderia ser reconhecido ao falecido, transmite-se indubitavelmente, aos seus pais. A regra, em nossa ordem jurídica, impõe a transmissibilidade dos direitos não personalíssimos, salvo expressão legal. O direito de ação por dano moral é de natureza patrimonial e, como tal, transmite-se aos sucessores da vítima. (RSTJ 71/183).

A questão, que se coloca nesse caso, pode ser sintetizada da seguinte maneira: se a vida vale ser vivida, valerá ser vivida não importa em que terríveis condições? Qual a vida com dignidade? Esse questionamento tem sido feito há muito e não há lugar para ele nessas breves notas. Todavia, é fundamental que seja feita uma abordagem não sobre a questão em si, mas sobre a discussão que se tem colocado acerca da questão, que se dá na esfera do presente estudo.

A discussão em torno da eutanásia transita em torno da opção pessoal (pela morte aliviadora do sofrimento ou pela manutenção da vida, ainda que em condições adversas). Contudo, não se tem discutido sobre a morte e seu significado e menos ainda sobre políticas públicas para essas figuras.³⁸ Na verdade, como destaca Eroulths Cortiano Júnior, entrelaça-se, no caso, a mentalidade individualista, exigidora de autonomia e controle sobre a própria vida e os progressos da moderna medicina. Assim é necessário repensar o conceito do eu, da natureza e da sociedade e nossas vidas.³⁹

Dito de outra forma, a questão da eutanásia não deve ser limitada apenas à tradicional questão da legitimidade da morte consentida, justificada por razões humanitárias. Há que se pensar o que a moderna medicina tem feito em prol da dignidade humana e, principalmente, o que o homem, está fazendo em relação à sua dignidade.

Outra questão tormentosa diz respeito sobre a indisponibilidade do corpo humano. As novas tecnologias já possibilitam ao indivíduo a disposição de seu corpo ou de partes dele. Forma-se, nesse caso, uma antítese entre a solidariedade humana (que, eventualmente, poderia justificar a disposição do corpo) e o individualismo (onde a disposição se daria para atingir fins particulares, como o proveito econômico), que entrelaça as questões da indisponibilidade do corpo humano como a extrapatrimonialidade dos direitos da personalidade.

Em geral é admitida a disposição de partes do corpo para fins solidários e humanitários, mas é absolutamente inadmitida a remu-

³⁸CORTIANO JÚNIOR. Eroulths. Idem. P. 51.

³⁹Idem. *Ibidem*.

neração por tais, com a exceção de algumas partes do corpo (ditas renováveis, como os cabelos, leite e esperma), as quais são objeto de retorno econômico. Isso evidencia as diversas formas de disciplina jurídica para a mesma questão, pois envolve a influência de preceitos éticos, morais e, também, econômicos sobre o direito.

A questão que se coloca, por conseguinte, é a de que, ao se atribuir uma patrimonialidade aos direitos de índole existencial, na sistemática de vida ocidental, que se alicerça na lógica de mercado, não haverá a imposição, mais cedo ou mais tarde, na questão do corpo humano?⁴⁰

7. CONCLUSÕES

As notas traçadas no presente trabalho intentam demonstrar que os direitos da personalidade possuem um fundamento material, proveniente da sua relação intrínseca e de sua direta relação com a dignidade da pessoa humana e com os direitos dela correlatos, ditos fundamentais.

Sem embargo da disciplina infraconstitucional e verticalizada dos direitos da personalidade pelo Código Civil de 2002, não se pode olvidar da existência, na Constituição, da cláusula geral de proteção dos direitos da personalidade na interseção do fundamento da dignidade com os direitos fundamentais, o que, na prática, propicia uma mobilidade necessária para o intérprete e permite uma adequada inserção na discussão relativa aos constantes avanços da biomedicina.

Portanto, nesse passo é que se afirma a necessidade de se colocar os direitos fundamentais como algo vivo e presente no cotidiano de todos nós, de modo a diminuir o fosso abissal existente entre sua afirmação teórica e a prática efetiva. Para dar início a esta caminhada da efetivação prática desses direitos é imperativo que se parta de uma hermenêutica constitucional que efetivamente coloque a Constituição como centro real do ordenamento, buscando, assim, uma aplicabilidade direta das normas e princípios constitu-

⁴⁰ Idem. *Ibidem*. p. 52.

cionais. Destarte, é sob as lentes da dignidade da pessoa humana que esta problematização deve ser focada enquanto escopo e fundamento necessários e presentes no núcleo dos direitos da personalidade.

O Código Civil de 2002 inovou o ordenamento pátrio ao colocar um capítulo específico sobre a disciplina dos direitos da personalidade. Teria sido, porém, muito mais interessante se tivesse elaborado uma cláusula geral do direito da personalidade, como fez com o direito de resguardo da vida privada, no artigo 21, que acaba remetendo o intérprete, invariavelmente, à disciplina constitucional. Nesse sentido é que se subscreve a lição de Lenio Luiz Streck, para quem "a profusão de novos textos pode engendrar um direito meramente simbólico, que pode provocar efeitos nocivos naquilo que representa a Constituição no imaginário social: 'o resgate das promessas da modernidade'. E essa circunstância assume foros de dramaticidade em um país como o Brasil, em que o Estado social foi um simulacro".⁴¹

Essas são algumas questões que, na travessia do nosso tempo, impõem-nos a refletir sobre o direito posto que não mais se encaixa na moldura dos fatos e tampouco nas esperanças do homem.

Esses são pontos de partida. O ponto de chegada, porém, do Direito, e de qualquer Direito, necessariamente há de ser a pessoa humana. 📄

⁴¹ STRECK, Lenio Luiz. In: AGRA, Wagner Moura. **Comentários à Reforma do Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.