

MUDANÇA DO PARADIGMA DO DIREITO DA PERSONALIDADE À LUZ DO CONTITUCIONALISMO CIVIL

A CHANGING PARADIGM OF RIGHT OF PERSONALITY THE LIGHT OF CIVIL CONSTITUCIONALISMO

Mithiele Tatiana Rodrigues *

RESUMO: A Constituição Federal de 1988, denominada “cidadã”, colocou o Homem no centro do seu ordenamento jurídico. Isso ocorreu, sobretudo porque a pessoa humana foi absolutamente hostilizada e desamparada pelas 2 grandes guerras que ocorreram no mundo. Foram épocas de muita descrença e ceticismo até que houve uma mudança de paradigma na sociedade e esta passa de Estado Liberal para Estado Social e o patrimônio como centro das tutelas vai perdendo força a entra em cena o homem como sujeito de direito, pessoa com direitos e obrigações perante o Estado que deixa de ser totalitário e passa a reger a vida da sociedade com equilíbrio, fundado no princípio da dignidade humana da pessoa humana previsto no art 1, III da Carta da República, como a viga mestre regendo todo e qualquer direito fundamental. Em consequência, dele retirou-se diversos direitos fundamentais, tutelando-se a vida com dignidade e passou a dignidade da pessoa humana a ser a Cláusula Geral do direito da Personalidade. Muito embora a diplomação civil de 1916 ainda ser fruto de um Estado Liberal, em 2002 com o surgimento de outro Código Civil traz inovações surpreendentes com um capítulo próprio para o direito da personalidade. Consequentemente surge o fenômeno da constitucionalização civil do direito da personalidade onde rompe a dicotomia do enfoque público x privado.

PALAVRA-CHAVE: Direito da Personalidade; Dignidade da Pessoa Humana; Cláusula Geral; Dicotomia Público e Privado.

ABSTRACT: Federal Constitution of 1988, called "citizen", put the man at the center of its legal system. This occurred mainly because the human person was absolutely helpless and harassed by 2 major wars that have occurred in the world. Times were much disbelief and skepticism until there was a paradigm shift in society and this is only the Liberal State to Welfare State and heritage as a center of guardianships loses force to the man enters the scene as a subject of law, a person having rights and obligations to the State ceases to be totalitarian and shall govern the life of society with balance founded on the principle of human dignity of the person referred to in Art. 1, III, Letter of the Republic, as the crossbeam governing each and every fundamental right. Consequently, he retired his many fundamental rights, tutoring to life with dignity and passed the dignity of the human person to be the general duty clause of Personality. Although surprising innovations civil diploma 1916 still be the result of a liberal state in 2002 with the emergence of another Civil Code brings a chapter to itself the right of personality. Consequently the phenomenon of constitutionalization of civil law where you breaks the dichotomy of public x private of personality rights.

KEYWORDS: Personality Rights; Human Dignity; General Clause; Public-Private Dichotomy

* Mestranda em Direito da Personalidade na Contemporaneidade no Centro Universitário de Maringá - UNICESUMAR. Especialista em Direito Ambiental pelo IDCC (Instituto de Direito Constitucional e Cidadania). Bacharel em Direito pela Instituição Toledo de Ensino de Presidente Prudente (ITE - Presidente Prudente). Advogada.

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho pretende demonstrar o reconhecimento do direito da personalidade no âmbito privado e público e a evolução legislativa, doutrinária e jurisprudencial ocorrida, sobretudo nas últimas 2 décadas.

O Direito da personalidade é uma conquista muito recente se comparada com as evoluções do ordenamento jurídico trazidos desde o naturalismo, sobretudo pelo positivismo de Kelsen e Bobbio que deram nova roupagem ao Direito.

A ciência hoje é mais epistemológica, voltada para indagações sociológicas, econômicas, políticas, fruto de uma sociedade que passou por profundas mudanças e consequentemente estabeleceu fortes contatos com outras ciências, com destaque para as ciências sociais.

As 2 grandes guerras mundiais provocaram um profundo processo de transformação econômico-social dos povos, abalando o sistema jurídico idealizados por Pandectistas e codificadores do direito.

Na linha de Elimar Szaniawski a transformação do Estado Liberal em Estado Social provocou a ruptura do sistema concebido pelos pensadores do Séc XVIII e XIX.

O fim das ditaduras totalitaristas que dominaram na primeira metade do Séc XX e surgimento de uma nova ordem econômico-social resultaram que o direito civil já não responderia pelos anseios sociais, nem às necessidades do homem. Isso fez excluir o direito civil do centro do ordenamento jurídico, vindo a Constituição ocupar seu lugar, ditando princípios e regras que constituem e regulam as relações sociais.

A valorização da pessoa como *Ser Humano* e a salvaguarda de sua *dignidade*, recoloca o indivíduo como ponto nuclear, como primeiro e principal destinatário da REPERSONALIZAÇÃO do Direito. Um sistema axiológico no qual o homem preside o mais imprescindível dos valores.

A personalidade humana então consiste na característica intrínseca da pessoa, tornando uma *Cláusula Geral Pétrea Constitucional*, sendo o homem inalienável, inviolável. O homem é agora o principal destinatário da ordem jurídica.

Embora a Constituição Federal de 1988 não traga expressamente a Cláusula Geral da Personalidade a exemplo das Constituições da Alemanha e Itália, adotou no título I como

princípio fundamental a *Igualdade* e a *Dignidade da Pessoa Humana* e a *Prevalência dos Direitos Fundamentais*.

Adotou-se então o princípio da dignidade da Pessoa Humana a Cláusula Geral da Personalidade, e viga mestre do Direito da Personalidade (art. 1, III), de onde se desdobra todos os direitos fundamentais.

Somente com o Código Civil de 2002 foi expressamente tutelado a Personalidade Humana. Até então a doutrina Clássica, a exemplo de Carlos Alberto Bittar dividia o direito da personalidade em 2 facetas: 1) No plano de relacionamento com o Estado – Liberdades Públicas – podendo ser direitos subjetivos públicos; 2) no plano do direito privado – relações entre indivíduos.

Para a doutrina moderna na linha de *Elimar Szaniawski*, essa dicotomia foi superada a partir do fenômeno da *Constitucionalização do Direito Privado*, constituindo-se legítimos preceitos para a realização da vida social e para a realização da vida entre particulares.

Conceitualmente, o direito da personalidade configuram-se direitos subjetivos, embora haja discussão, para autores positivistas como *Adriano de Cupis* são direitos essenciais que formam a “medula da personalidade”. Já os naturalistas como *Limongi França* entende que o direito da personalidade são atributos inerentes à condição humana.

Certo é que, são direitos tutelados na Lei Magna, no Código Civil/02, em tratados internacionais, em leis extravagantes, no estatuto da Criança e do Adolescente, e com destaque para a Lei de Alimentos Gravídicos, Transplantes, Biossegurança, dentre outros, havendo colisões de direitos tutelados deve ser feita minucioso valoração de interesses aplicando-se o princípio do meio menos lesivo e o princípio da proporcionalidade-igualdade.

Sobre o prisma do direito da personalidade, o que vem sendo palco de inúmeras discussões doutrinárias e jurisprudenciais é *quando o Homem adquire a Personalidade?*

São essas e outras indagações do direito da personalidade que pretende este trabalho trazer de uma maneira compelida, contudo, atual.

2 DESENVOLVIMENTO

2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA E LEGISLATIVA DO DIREITO DA PERSONALIDADE NO ÂMBITO CONSTITUCIONAL

O direito da personalidade se diferencia do direito da pessoa. Personalidade versa sobre aspectos íntimos da pessoa como ente individualizado na sociedade. Traz uma ideia complexa, valorativo (intrínseco e moral) e extrínseco (físico), alcançando a pessoa em si, voltado para a coletividade – *erga omnes*. Já o direito da pessoa são componentes gerais como idade, higidez física ou mental, o fato do nascimento e outros comuns a qualquer pessoa, sobre a pessoa individualizada.

Antigamente se pensava que não poderia haver direito do homem sobre a própria pessoa, isso viria a justificar o suicídio. Com a continua evolução do homem e do direito, conseqüentemente, tais direitos foram reconhecidos concretamente na linha de De Cupis, Limongi França, Orlando Gomes, conceituando como poderes que o homem exerce sobre a própria pessoa, como objeto do direito: o próprio homem.

São direitos intrínsecos na pessoa, em função de sua própria estrutura física, mental e moral.

Para Carlos Alberto Bittar, configuram direitos subjetivos, que para os autores positivistas como De Cupis, são direitos essenciais que formam a medula da personalidade. Tem por objeto os modos de ser físicos ou morais da pessoa. Tem função especial constituindo um mínimo necessário e imprescindível ao seu conteúdo. São direitos cuja ausência torna a personalidade irrealizável, sem valor concreto.

No entanto, há diversos autores que nega o caráter de direito subjetivo da personalidade. Os naturalistas (Limongi França) afirmam que direitos da personalidade correspondem às faculdades exercitadas normalmente pelo homem, os atributos inerentes a condição humana.

Bittar entende ser um direito inato, cabendo ao Estado apenas reconhecer e sancioná-los no plano do direito positivo, porém não se restringe ao direito posto, entendendo o autor possuir 2 facetas: 1) os direitos da personalidade em si existente por sua natureza; 2) e os referentes às suas projeções para o mundo exterior, como ente moral e social, em seu relacionamento com a sociedade.

São direitos inatos (originários), absolutos, extrapatrimoniais, intransmissíveis, imprescritíveis, impenhoráveis, vitalício, necessário e oponíveis *erga omnes*.

Para aqueles que defendem a dicotomia pública e privada como Bittar alega que, quando esses direitos são examinados no plano do relacionamento com o Estado, chamam-se: Liberdades Públicas, podendo ser subjetivos. E, quando analisados sob o prisma do direito privado são: relações entre indivíduos (particulares)

Para Elimar Szaniawski, o jusnaturalismo e a teoria dos direitos inatos contribuíram decisivamente para a bipartição da tutela do homem e de sua personalidade em 2 ramos: público e privado. Os públicos seriam inerentes ao homem previsto na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do cidadão – direitos fundamentais. Os privados, são os mesmos direitos aplicados nas relações entre particulares.

As 2 Guerras Mundiais provocaram um processo encovado de transformação econômico e social da sociedade que por sua vez atingiu o sistema jurídico que havia sido idealizado pelos pandectistas e codificadores do direito. O Estado liberal passa a ser um Estado Social o que levou à ruptura do sistema concebido pelos pensadores dos Séc XVIII e XIX.

Com o fim do regime totalitaristas que dominaram até a 1 metade do Séc XX, surgiu uma nova ordem econômica social, o direito civil que até então era o comando jurídico passou a não responder aos anseios sociais, tampouco às necessidades do homem. A Constituição Federal ocupa o lugar do Direito Civil, tornando o centro jurídico ditando princípios e regras que constituem e regulam as relações sociais, descodificando o direito fragmentado do direito civil, transformando em leis extravagantes.

A valorização da pessoa humana e o reconhecimento do seu valor como dignidade, recoloca o indivíduo como ponto nuclear da ordem jurídica, anunciando o fenômeno da repersonalização do direito.¹

A personalidade humana consiste então na característica intrínseca da pessoa, tornando uma cláusula geral pétrea constitucional e inviolável dignidade. O homem é agora, o destinatário da ordem jurídica.

O constituinte alemão do pós-guerra, sensível a lacunas deixadas pela teoria fracionária, objetivando garantir o máximo da tutela da personalidade humana, inseriu na Lei Fundamental a Cláusula Geral da proteção da personalidade. Posteriormente, outras nações da Comunidade Européia passou a inserir em suas constituições a proteção da personalidade humana, a partir do princípio mãe da dignidade da pessoa humana.

Assim, no final do séc XX e início do séc XXI é feita a leitura do direito da personalidade na norma civil à luz da constituição e seus princípios primacial.

Quanto ao regime legal há certa discussão, Szaniawski afirma que o direito geral da personalidade consagrou-se na Suíça (1907) e não na Alemanha (1900) e somente em 1949 com a promulgação da Lei Fundamental de Bonn foi reafirmado o direito da personalidade na

¹ Sistema axiológico, ético a que o homem preside como o primeiro e mais imprescindível dos valores.

Alemanha, pelos horrores do Nazismo e pós-guerra que caracterizou o desprezo pela vida humana.

No Brasil o Código Civil/1916 não conceituava expressamente normas sobre a matéria, seguindo a influência francesa, dando ênfase no direito patrimonial das classes dominantes, somente pelas leis extravagantes o direito da personalidade começa a ser tutelado.

A Constituição Federal de 1988 não contém Cláusula Geral expressa, destinada a tutelas amplamente a personalidade, a exemplo das Constituições Alemã e Italiana, embora inclui o direito à vida, à igualdade, à intimidade, à vida privada, à honra, imagem, ao segredo e direito de resposta – categorias de direito da personalidade.

Inobstante, adotou no Título I como princípio fundamental norteadores da República Federativa do Brasil, a dignidade da pessoa humana e a prevalência dos direitos fundamentais.

A Lei Magna rompeu com os vínculos que ligava às concepções pandectistas e individualistas do Séc XIX, trazendo entre os princípios fundamentais, o *princípio da igualdade* (art 5, *caput*), *princípio da dignidade da pessoa humana* (art. 1, III) com idêntico valor. A Constituição/88 adota então o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana como Cláusula Geral. A viga mestre do direito da personalidade, o alicerce, passa a ser o princípio da dignidade da pessoa humana. Esse direito fundamental constitui a Cláusula Geral de Proteção da Personalidade. É o ponto nuclear de onde se desdobra todos os demais direitos fundamentais (patrimônio mínimo, saúde, meio ambiente ecologicamente equilibrado, vida, família, qualidade de vida).

A partir do fenômeno da constitucionalização do direito privado e da superação da dicotomia da divisão em direito público e privado, constituem-se legítimos preceitos para realização da vida social e para as relações da vida entre particulares.

Arrola o art 5 da Lei Maior diversos direitos da personalidade, contudo, não se esgota nele. O Direito à vida não basta, precisa ser com qualidade de vida, sustentada pela princípio da dignidade da pessoa humana. Dele se retirou que o direito de não viver ou direito de morrer, embora altamente controverso já se protege com o testamento vital. A autodeterminação pessoal, refletindo as anomalias sexuais. Direito a identidade pessoa, direito à saúde - como um direito social e da personalidade vinculado ao direito à qualidade de vida. Direito ao acesso a um patrimônio mínimo – vinculado à qualidade de vida.

Nesta linha de defesa ensina com louvor Elimar Szaniawski.

Do direito a uma vida digna - O direito à vida não existe por si só, como direito especial de personalidade. O direito à vida vincula-se intimamente a outras tipificações de direitos de personalidade que o complementam, entre os quais o direito à qualidade de vida. O direito à vida não se basta a si ou, em outras palavras, o princípio da dignidade da pessoa humana não é plenamente vivenciado com a simples idéia de deixar alguém viver. A vida tem que ser vivida dignamente. Por esta razão, o direito à vida integra-se ao direito à qualidade de vida e ambos estão vinculados ao princípio da dignidade da pessoa humana.

O direito à qualidade de vida consiste no direito de todo o indivíduo poder levar uma vida digna, uma vez que não se pode admitir um direito à vida isento de uma mínima qualidade de vida. A pessoa que não possui uma boa qualidade de vida não está exercendo verdadeiramente seu direito à dignidade humana.²

2.2 PERSONALIDADE JURÍDICA NA LEGISLAÇÃO CIVIL

No ordenamento civil, o direito da personalidade encontra origem na *actio iniurantium* previstas nas Ordenações Filipinas.

O Código Civil de 1916 não disciplinou os direitos da personalidade. O anteprojeto do Código Civil de Orlando Gomes traria um direito de personalidade fragmentado em 16 artigos, contudo, não vingou e foi convertido no Código Civil de 2002 e este traz no capítulo II a tutela da personalidade humana.

Pertinentemente ao Código Civil de 2002, indagou-se e ainda continua sendo objeto de inúmeras discussões sobre “quando o homem adquire a personalidade?”

O direito clássico sustenta que todo indivíduo adquire a personalidade com a vida assegurando certa proteção ao nascituro. Contudo, a respeito da proteção total ou superficial do nascituro é objeto de longo debate na doutrina, predominantemente o entendimento de ser o nascituro, bem como o concepturo, sujeito de direitos.

O Código Civil/1916 já outorgava ao nascituro uma série de direitos subjetivos desde sua concepção.

O Código Civil/2002 amplia esses direitos. Personalidade jurídica é aptidão genérica para ser titular de direitos e contrair obrigações na órbita jurídica. Tanto a pessoa física como a pessoa jurídica são dotadas de personalidade. Contudo, o presente trabalho abordará apenas a complexidade da personalidade quanto a pessoa física.

² SZANIAWSKI, Elimar. *Direito da Personalidade e sua Tutela*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 158.

Teixeira de Freitas denomina a pessoa física de ente de existência visível. Em que momento a pessoa física ou natural adquire a personalidade jurídica?

Aparentemente, a primeira parte do art 2 do Código Civil defende que a personalidade começa com a vida. Todavia, a segunda parte do mesmo artigo, ao dispor que a lei põe a salvo desde a concepção os “direitos do nascituro” torna o questionamento muito mais complexo, na medida em que passa a ser importante investigarmos a própria natureza deste nascituro. Teria ele personalidade?

Na linha de Limongi França, o nascituro é o Ente já concebido, mas ainda não nascido. O nascituro tem vida intra uterina, já os embriões de laboratórios, não são nascituros, só passa a ser nascituro quando implantados no útero da mulher.

Em verdade, a natureza jurídica do nascituro é tema de alta complexidade, sem uniformidade doutrinária. Três teorias básicas tentam explicar a natureza jurídica do nascituro: Teorias: Natalistas (Vicente Ráo, Silvio Rodrigues, Eduardo Espínola); Personalidade Condicionada (Serpa Lopes) e a Concepcionista (Clovis Beviláqua, Silmara Chinelato).

- **TEORIA NATALISTA**

Esta teoria é tradicional no direito brasileiro, para ela a personalidade somente seria adquirida a partir do nascimento com vida, de maneira que o nascituro teria mera expectativa de direitos, a doutrina conservadora baseia-se essa doutrina na primeira parte do art 2 do diploma legal civil.

Contudo, os adeptos desta teoria não devem descuidar-se a cerca da supremacia do princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que, o nascituro, ainda que desprovido de personalidade não pode ser desamparado de completa proteção.

Nesse sentido, vale referir-se a Lei 20 de 2011 que alterou o art. 30 do Código Civil Espanhol que só considerava pessoa o bebê que tivesse forma “humana” e respirasse por 24 horas. Ou seja, se nascesse com deformidade física não se considerava pessoa humana.

No Brasil, para essa teoria o nascituro então, não teria personalidade jurídica.

- **TEORIA DA PERSONALIDADE CONDICIONAL (ou condicionalista)**

Essa segunda teoria, muito adotada na prática jurisprudencial, avança um pouco mais, ao afirmar que a personalidade somente seria adquirida sob a condição de nascer com vida, embora o nascituro já pudesse ser titular de determinados direitos extrapatrimoniais, a exemplo do direito a vida.

A crítica referida a essa teoria reside justamente no fato de ser dual e se aproxima na ideia apresentada pela professora Maria Helena Diniz, segundo o qual o nascituro gozaria de personalidade formal quanto a direitos personalíssimos, mas somente adquiriria personalidade material (para direitos patrimoniais) sobre a condição de nascer com vida.

- TEORIA CONCEPCIONISTA

Para esta teoria, o nascituro seria considerado pessoa desde a concepção inclusive para certos efeitos materiais ou patrimoniais. O nascituro é pessoa!

O nascituro pode receber doação, herança, sobre efeitos naturais. A teoria concepcionista, embora não seja uniforme de unânime, vem ganhando força nos últimos anos, na medida em que, considerar o nascituro uma pessoa, reforça sua tutela jurídica: 1) aprovação da lei de alimentos grávidos (Lei 11.804/2008), em que é beneficiário o próprio nascituro; 2) jurisprudência do STJ tem acatado a indenização por dano moral ao nascituro (Resp. 932.556/RS; Resp. 399.028/SP); 3) Noticiário do STJ de 15 de maio de 2011, informa que a terceira turma acatou pagamento de seguro DPVAT pela morte de um nascituro.

O que se questiona então seria, “qual dessas teorias teria sido adotada pelo direito positivo-brasileiro?”

Trata-se de uma matéria ainda conceitualmente polêmica, Clovis Babiláqua afirma que a teoria concepcionista tem os melhores argumentos, mas o Código Civil pretendeu adotar a teoria Natalista, “por ser mais prática”.³

Inobstante, a leitura da ementa da ADI 35.10 em que se questionaram dispositivos da Lei de Biossegurança, aparentemente reforçaria a Teoria Natalista, mas, em verdade, o embate entre as teorias persiste, mormente se considerando não haver sido objeto específico daquela ação a definição sobre qual teoria é adotada.

Outrossim, ter personalidade é titularizar a proteção básica do direito da personalidade, assim, que é pessoa tem direitos da personalidade. Mas esses direitos contemplam um rol de direitos exemplificativos, não se exaure nos tipos previstos em Lei, isso

³ *Comentários ao Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Ed. Rio, 1975, p. 178.

porque existe uma Cláusula Geral de Personalidade inserida na Constituição Federal no art 1, III, dignidade da pessoa humana. Todos os direitos da personalidade tipificados em lei estão baseados na dignidade, correspondendo a tudo que é necessário para ter uma vida digna em uma relação pública e privada, isso porque a dignidade humana tem um conteúdo mínimo, um núcleo duro.

É oportuno destacar ainda que a Lei de Biossegurança (Lei 11.105/2005) nega os direitos da personalidade ao embrião de laboratório. Estabelece que o embrião ficará guardado, criogenizado (congelado) pelo prazo de 3 anos, findo este prazo o casal interessado decidirá se irá implantá-lo para a reprodução humana, em caso negativo, será este descartado e encaminhado para a reprodução de células tronco embrionárias.

Quando esta lei entrou em vigor se discutiu a sua constitucionalidade, através da ADI 35.10/DF por entender inconstitucional em afronta a pessoa humana. Contudo o Supremo Tribunal Federal se manifestou pela constitucionalidade da Lei de Biossegurança. Assim, o embrião não dispõe do direito da personalidade, apenas adquirirá tal direito após ser implantado no útero materno, momento em que passará a ser nascituro.

O momento extintivo dos direitos da personalidade é a Morte. Contudo, a Lei 9434/97 – lei de transplantes estabelece que o momento jurídico da morte corresponda a morte encefálica. A morte encefálica extingue os direitos da personalidade, em razão disso admite-se a extração dos órgãos para transplantes, por isso que a pessoa falecida não tem direitos da personalidade pois cessou sua proteção.

No entanto o art 12, parágrafo único do Código Civil protege os lesados indiretos da pessoa falecida que consiste na lesão dirigida a personalidade de alguém que já morreu. A sua personalidade já está extinta, assim não produzirá nenhum efeito. Contudo, além de atingir diretamente ao morto, esta lesão vai atingir indiretamente aos familiares do morto. A lesão dirigida a alguém que morreu não produz efeitos ao morto porque sua personalidade já se extinguiu, mas lesa seus parentes, que são chamados lesados indiretos. É legitimidade ordinária, autônoma do cônjuge sobrevivente, descendentes, ascendentes e colaterais até 4 grau, não incidindo vocação hereditária.

Recentemente a doutrina civilista ao contrário do que traz a Carta da República tem defendido o direito de morrer como norteador do princípio de vida digna, pois se deve haver dignidade para viver igualmente raciocínio deverá ser aplicado no caso da morte, tendo o indivíduo “doente” o direito de morrer dignamente,

Nesse sentido é o posicionamento de Elimar Szaniawski:

Do direito de não morrer. O direito à vida, compreendendo o direito de toda a pessoa alcançar o seu desenvolvimento pessoal, espiritual e material, outorga a todo cidadão a possibilidade de não ser impedido de cumprir esta sua evolução através da interrupção da mesma, mediante aplicação da pena capital. Todos possuem o direito ao respeito à vida, devendo a mesma ser promovida, sendo vedada a execução de pessoas sob qualquer justificativa. Neste tema, caberiam discussões sobre aplicação da pena capital que consiste em uma exceção, ou limitação ao direito à vida, em determinadas circunstâncias. Na atualidade, os modelos jurídicos de inspiração democrática têm vedado expressamente a aplicabilidade de diversas modalidades de penas severas, tais como a da pena de morte, as das penas de caráter perpétuo, das penas corporais, das penas desumanas, das penas degradantes e das penas exemplificadoras. Estas proibições possuem, por princípio informador, o princípio da humanidade da pena, albergada pela Constituição brasileira de 1988, assegurando aos detentos penas compatíveis com a condição humana.⁴

2.3 COLISÕES DE DIREITO DA PERSONALIDADE COM DIREITOS CONSTITUCIONAIS

Na hipótese de colisão deve ser resolvido por ponderação de direitos.

Os interesses postos em conflitos são balanceados. Cumpre ao juiz, através de minuciosa valoração de interesses, decidir em que medida deve-se fazer prevalecer. O princípio da proporcionalidade é aplicável em todos os campos do direito, sempre que se verificar a colisão de interesses tuteláveis. Aplica-se ainda o princípio do meio menos lesivo ou do menor sacrifício e o princípio da proporcionalidade-igualdade.

Podendo atentar contra o direito da personalidade das parte de um processo a constituição federal limita os direitos.

Direito à Intimidade ou do respeito à vida privada – consiste essencialmente em poder levar a vida como se entende, com o mínimo de ingerências.

As pessoas públicas também tem direito à proteção à sua vida privada, o fato de uma pessoa se encontrar em público ou ter atividade pública pode trazer limites ou diminuir a esfera privada, mas não desaparece jamais. Tais limites à vida privada de quem leva atividade pública são impostos pelo *direito à liberdade de informação* trazida na Declaração Universal dos Direitos do Homem e adotada em quase todas as constituições, e expressa na Lei Magna em diversos dispositivos: art 5, IV, IX, XIV...

⁴ *Op. cit.*, p. 135.

Todos esses direitos se respeitados convivem harmonicamente entre si, contudo, o problema esbarra quando se trata da mídia que muitas vezes ao dar suas informações para a opinião pública pode ferir do direito à privacidade, o segredo e neste caso terá o indivíduo lesado a proteção e defesa do seu direito.

A privacidade se desdobra em 2 outros momentos: *segredo e intimidade*. Privacidade é aquilo que pertence ao titular estando fora do alcance de terceiro. Segredo é informação que pertence ao titular que eventualmente tem que ser dito a terceiro por interesse público. Ex: movimentação telefônica. Já a intimidade é a informação que pertence ao titular e só a ele. Ex; religião, sexo. Assim, toda a informação íntima é privada, mas nem toda informação privada é íntima, podendo ser um segredo. Costa Júnior denomina - o círculo concêntrico – onde o segredo é o menor deles.

Direito à integridade da Pessoa Humana - direito de não ter seu corpo atingido por atos ou fatos alheios (art. 13 do Código Civil), decorre do direito à vida, à integridade corporal, à saúde.

A integridade da Pessoa Humana envolve todos seus aspectos físicos e psíquicos, integridade psicofísica que se traduz no direito à saúde, constituindo em uma cláusula geral de tutela da personalidade humana.

A doutrina atual entende ser o direito à integridade da pessoa humana uma tipificação do direito da personalidade, destinados a assegurar a proteção dos interesses materiais e morais do ser humano ao seu próprio corpo. A identidade psicofísica constitui a pessoa como uma unidade, fazendo parte da sua personalidade e ainda em pressuposto que permite-se a de desenvolver e realizar-se. Não se deve distinguir o corpo do ser (da pessoa como ser).

O direito a integridade é considerado um direito absoluto somente podendo intervir o médico se eminente risco de vida ou em estado de necessidade. Do contrário, exames, consultas e internações cirúrgicas, exames psiquiátricos somente serão autorizadas com o consentimento do paciente. Apesar de ser um direito absoluto, a integridade física pode sofrer limitações em certos casos, tornando disponíveis ao contrário do direito à vida que é indisponível. 1) o indivíduo pode consentir em dispor de sua integridade física desde que não seja permanente e lícitas. Ex: tatuagem, percing. 2) E, por exigência médica. Ex: amputação.

Situações polêmicas que relativizam o direito da personalidade no âmbito da integridade física são: 1) *Cirurgia de Transgenitalização* – transexuais, mudança de sexo – a

Resolução do Conselho Federal de Medicina 1652/2002 estabelece que o transexualismo é tratado como patologia médica, a cirurgia para este caso é considerada terapêutica.

O transexual é pessoa que sofre de dicotomia físico-psíquica, na cabeça tem um sexo e o corpo traz outro, assim a medicina manda tratar o lado psicológico por 3 anos, se não der certo aí sim faz a cirurgia de mudança de sexo, se apresenta como adequação fisiopsíquica, morfológica.

Essa cirurgia vai ter diminuição da integridade física, contudo é possível pela ressalva do diploma legal “salvo por exigência médica” (art 13).

O transexual tem o direito de mudar o estado sexual e o nome – STJ, SE 1058 – Itália – homologação de sentença estrangeira. Igualmente, o STJ, Resp. 1.008.398/SP, o STJ diz que o transexual operado tem o direito o nome, estado sexual e sem qualquer referência do estado anterior. Maria Berenice Dias sustenta o cabimento da mudança do nome e do sexo sem fazer a cirurgia.

2) *Gestação por substituição* – conhecida pela Barriga de aluguel, já está disciplinada no ordenamento jurídico é permitido pela Resolução 1.957/10 do Conselho Federal de Medicina.

3) *Transplantes* – para ser autorizado a dispor por meio de transplantes o objeto transplantado precisa ser órgãos dúplices ou regeneráveis, gratuidade e intervenção do Ministério Público, contudo essas regras não se aplicam ao sangue, semem, óvulo e cabelo.

4) *Living Will* – testamento vital – Resolução 1995/2012 do Conselho Federal de Medicina que autoriza a pessoa em vida e com plena capacidade vital e mental a dispor de tratamentos médicos inúteis. Considerado um avanço pela comunidade científica pois prevalece a vontade da pessoa e não da família.

No caso de doação de órgão e tecidos – se o indivíduo não se opôs ou não se declarou

Direito à imagem – teve maior importância com o avanço tecnológico do Séc XX, constituindo um direito civil constitucional. É espécie do gênero do direito da personalidade, com tutela constitucional no art 5, V, X e XXVII, rechaçados sobre a cláusula geral da dignidade da pessoa humana.

Embora o Código Civil de 2002 reservou um capítulo inteiro para o direito da personalidade, o direito de imagem retratado no art 20 apresenta-se como um retrocesso, pois ao contrário do que traz a Constituição Federal, o Código Civil vinculou a imagem a concomitante lesão da honra ou utilização para fins econômico.

Há de sobrelevar o direito de imagem por retratar a identificação do indivíduo no seio da sociedade representando elemento essencial e dignificante da pessoa humana.

Imagem é o conjunto de traços e caracteres que distinguem uma pessoa no meio social. É a projeção da pessoa na Sociedade, é tridimensional, podendo ser: 1) imagem-retrato – características fisionômicas (foto); 2) imagem atributo – características imateriais (inteligente, bondosa...); 3) imagem voz – timbre sonoro (Ex: Lombardi).

O direito de imagem pode ser relativizado em alguns casos, pois embora autônomo, não é absoluto: 1) cessão expressa ou tácita do titular; 2) pessoas públicas; 3) pela função social da imagem (art 20, *in fine*)

Inúmeros são os direitos inerentes ao direito da personalidade, apenas mencionando neste trabalho os selecionados como os mais relevantes para o tema proposto, evidenciando o valor jurídico deles após o fenômeno da Constitucionalização na norma Civil.

Assim, como remate, é importante destacar que o direito da personalidade está inserido tanto no Código Civil, Constituição Federal, Leis Extravantes e ainda em tratados internacionais, sendo reconhecido como um direito fundamental cuja Cláusula Geral está expressa no art 1, III da Carta Magna pelo Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

3 CONCLUSÃO

O corolário visado com este estudo é mudança de paradigma após as atrocidades do passado onde o homem foi reduzido ao “nada”, depois de momentos difíceis, de dor, de opressão vivido pela humanidade em decorrência de um regime totalitário, houve a ruptura do Estado liberal para o Estado Social e o homem tornou-se o centro da Lei Maior.

E com o surgimento do Código Civil de 2002 no qual havia destaque para o patrimônio passa o enfoque também ser um Estado Social, a legislação civil torna então humanitária, no sentido de ter o homem como o centro dos interesses e não apenas o patrimônio como ocorrerá na diplomação de 1916.

Por derradeiro, o presente estudo, pretendeu demonstrar o avanço vultoso do direito da personalidade, sobretudo após a promulgação da Constituição Federal de 1988. O legislador respondeu a tempo as mudanças da nova sociedade. O legislador ordinário foi feliz ao introduz o princípio da dignidade da pessoa humana como um princípio mestre norteador do Estado de Direito e a base da Cláusula Geral do Direito da Personalidade.

O Diploma Civil de 2002 da mesma forma inovador trouxe avanço considerável, introduzindo um capítulo próprio e autônomo dos Direitos da Personalidade. Doravante ter praticado um retrocesso quanto ao direito de imagem em contrapartida traz a Lei Maior uma rica legislação a respeito.

Muitos embates há entre as colisões dos direitos, principalmente dos direitos ditos como fundamentais, contudo não haverá jamais um princípio superior ou mais praticável que o outro. Somente com o caso concreto será possível afastar um sobre o outro ou preponderar cada qual, não podendo o direito, tampouco a jurisprudência ou a doutrina demandar qualquer pesos de um sobre o outro, pois o direito da personalidade está intimamente ligado com a vida, a vida com a dignidade que o alicerce não só dessa tutela como de todo o vão construtivo do Estado de Direito.

Por outro lado, há controversas doutrinárias a respeito das 2 facetas quanto a natureza do direito da personalidade sob enfoque público e privado como defende a doutrina clássica ou a eficácia horizontal pela superação da dicotomia, defendida pela doutrina mais moderna.

Por fim, o direito da personalidade é inato ao homem e dele faz parte desde seu nascimento, ainda que haja discussão quando se adquire a personalidade uma vez adentrado no mundo do seres humanos a pessoa terá inimagináveis direitos referente a ela do qual ainda se espera muita evolução já para a próxima década, pois o homem viveu por centenas de anos no escuro sem saber sua vital importância e agora começou apenas a “engatinhar”, contudo não pode-se olvidar que a constitucionalização do direito civil colocou uma gama de direitos da pessoa e expandiu o ordenamento jurídico brasileiro.

REFERÊNCIAS

ARDUIN, Juvenal. *Antropologia ousar para reinventar a humanidade*. Ed. Paulus, 2002.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução: Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Revisão técnica: Cláudio de Cicco. Apresentação: Tércio Sampaio Ferraz Júnior. 10. ed. Brasília: UNB, 1999.

DE CUPIS, Adriano. *Os Direitos da personalidade*. Trad. de Adriano Vera Jardim e Antonio Miguel Caeiro. Lisboa: Moraes, 1961.

DIMOULIS, Dimitri. *Teoria geral dos direitos fundamentais / Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

FACHIN, Zulmar A. *A proteção jurídica da imagem*. São Paulo: Celso Bastos; Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1990.

FARIAS, Edmilson Pereira de. *Colisões de Direitos A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. 2. ed. atual. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2002.

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito (Técnica, decisão e dominação)*. São Paulo: Atlas, 1989.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de Direito Civil: contém análise comparativa dos Códigos de 1916 e 2002*. 2. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004, v. 3.

SZANIAWSKI, Elimar. *Direito da Personalidade e sua Tutela*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.