

As características dos direito fundamentais e os princípios dos direitos da personalidade na esfera privada

THE CHARACTERISTICS OF THE FUNDAMENTAL RIGHTS AND PRINCIPLES OF PERSONAL RIGHTS IN THE PRIVATE SPHERE

Alberto Junior Veloso *

Resumo: Este trabalho de investigação tem por objeto, em primeiro plano, uma análise das dimensões e características dos direitos fundamentais da pessoa humana, com apuração do tratamento que o tema recebeu na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, e, em seguida, o tratamento do assunto na esfera privada, com especial foco aos princípios de direitos da personalidade e sua regulamentação no Código Civil brasileiro de 2002, o que apenas confirma a efetiva necessidade da perspectiva constitucional dos temas do Direito Privado.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais; Personalidade; Constituição; Civil.

Abstract: This research work has by object in the foreground, an analysis of the dimensions and characteristics of the fundamental rights of the human person, with determination of treatment that the subject has received in the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988, and then the treatment of the subject in the private sphere, with special focus on the principles of personality rights and their regulation in the Brazilian Civil Code of 2002. This situation only confirms the need for effective constitutional perspective of subjects of private law.

Keywords: Fundamental Rights; Personality; Constitution; Civil.

* Especialista em Direito do Consumo pela Universidade de Coimbra, Portugal. Email: albertojrveloso@hotmail.com

1 INTRODUÇÃO

A evolução das sociedades contemporâneas, especialmente as ocidentais, para o Estado Democrático de Direito, permitiu a consolidação do entendimento de que todos os seres humanos são portadores de direitos que devem ser assegurados pelo Estado, e esta evolução é igualmente sentida no desenvolvimento do Direito Constitucional, que deixou de tratar apenas da formação e organização do Estado para igualmente tratar dos direitos dos indivíduos que o compõe, não apenas na esfera política, mas também, civil, constituindo o que hodiernamente se conhece por direitos fundamentais, exigindo regulamentações no ordenamento jurídico que possam assegurar o bem-comum e a existência digna ao cidadão.

De forma similar, o direito civil também contém a disciplina positiva da atividade de convivência da pessoa humana com as outras pessoas, e deve tutelar os interesses dessa pessoa nos vários planos da vida.

No campo da esfera privada, no momento atual, o assunto é tratado mais diretamente em tema de direitos da personalidade, em especial nas normas introduzidas no Código Civil de 2002, mas estes devem ser analisados sem descurar dos princípios constitucionais e características dos direitos fundamentais, assegurando concreção das proteções contidas na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, dos objetivos por ela preconizados.

A dimensão dos direitos fundamentais foi ampliada na atual Constituição brasileira, com concreta permissão da intervenção Estatal de modo a tentar concretizar o ideal de igualdade substancial e não apenas formal (tônica do direito civil oitocentista), fazendo diminuir a superada importância da autonomia privada, inclusive em relação aos direitos da personalidade, que não podem ser tidos como absolutos, sendo possível invocar uma chamada cláusula geral de tutela da personalidade, de modo a assegurar a efetividade dos direitos do cidadão, para muito além da mera liberdade de disposição de direitos sob uma ótima meramente privatista. Indispensável, assim, conhecer as relações e correlações entre o tema dos direitos fundamentais e os direitos da personalidade, e encontrar aquilo que o texto Constitucional pode influenciar no campo privado, especialmente a compreensão do princípio da dignidade da pessoa humana na esfera civilista.

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS: CONCEITO, DIMENSÕES E CARACTERÍSTICAS

Não se nega que vários foram os fatores que contribuíram para a formação da teoria sobre os direitos fundamentais, e grande papel deve ser atribuído ao cristianismo, com a pregação de que todos os seres humanos são criados à imagem e semelhança de Deus, todos possuem liberdade irrenunciável que nenhuma sujeição política ou social pode destruir.

Entretanto, dentre as fontes históricas mais remotas apontadas para o tema dos direitos fundamentais encontra-se no Reino Unido, e seriam a Carta Magna de 1215, a Petição de Direitos de 1628, a Lei do *Habeas Corpus* de 1679 e a Declaração de Direitos de 1689, embora, para CANOTILHO (2003, p. 382), não se tratavam, tais normas, de “manifestação da ideia de direitos fundamentais inatos, mas de afirmação de direitos corporativos da aristocracia feudal em face do seu suserano”, representando apenas uma “abertura” para transformação de direitos corporativos em efeitos direitos do homem. Posteriormente, no momento do rompimento das 13 Colônias Norte-Americanas com a Inglaterra, foi proclamada a Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia (1776), com nítida preocupação democrática e objetivo de limitação do poder, ocasião em que foi enunciada a proteção aos direitos e garantias individuais. A Revolução Francesa de 1789 foi igualmente outro marco, embora a igualdade então pregada não tenha passado de discurso, ficando seus ideários na liberdade do indivíduo, consubstanciada na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (homem em si considerado e homem enquanto indivíduo vivendo em sociedade).

Essas declarações de direitos, que a princípio tinham forma de proclamações solenes em que se enunciavam os direitos, com o tempo, passaram a constituir o preâmbulo das constituições (cf. SILVA, p. 158), que, para serem assim consideradas, deveriam conter (após teorização de Montesquieu) a separação de poderes e controle do estado, também a enunciação dos direitos individuais.

Após a Segunda Guerra Mundial, ganham força as teorias que sustentam que o Estado não pode ser mais importante que o indivíduo, e a proteção aos direitos fundamentais assumem papel vital na tentativa de garantir uma convivência pacífica entre os seres humanos, encontrando o tema grande repercussão, especialmente, na Carta das Nações Unidas de 1945, na Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948).

CANOTILHO (2003, p.393), invocando a visão tridimensional dos direitos fundamentais de VIEIRA DE ANDRADE (jusnaturalista, universalista e constitucional), conceitua os direitos fundamentais como os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente, ou seja, direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta, o que permite distingui-los dos “direitos do homem”, que seriam direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos, o que demonstram que as expressões verdadeiramente não são sinônimas.

MIRANDA (2000, p.8) adverte, com propriedade, que não há direitos fundamentais sem reconhecimento numa esfera própria das pessoas frente ao poder público, que não há direitos fundamentais em estado totalitário integral e não há verdadeiros direitos fundamentais sem que as pessoas estejam em relação imediata com o poder, beneficiando de um estatuto comum e não separadas em razão dos grupos ou condições a que pertença, ou seja, sem uma comunidade política integrada, para finalmente os conceituar como “toda a posição jurídica subjectiva das pessoas enquanto consagrada na Lei Fundamental” (p.9), ou seja, direitos que dependem das filosofias políticas, sociais e econômicas, circunstâncias de cada época e lugar, já que podem ser entendidos como direitos inerentes à própria noção de pessoa, como direitos básicos da pessoa, que constituem a base da vida humana no seu nível atual de dignidade (p.10).

É clássica a teoria história da classificação dos direitos fundamentais em gerações, segundo a qual a proteção aos direitos individuais seriam de primeira geração; a preocupação com os direitos sociais seria de segunda geração; e, finalmente a proteção aos direitos coletivos seria de terceira ou até quarta geração, quando se fala em direitos difusos (cf. OLIVEIRA, 2004, p.89), embora talvez a melhor expressão seja realmente a de dimensões dos direitos fundamentais, já que o conceito de “geração” pode indicar que o surgimento de uma nova implicaria no desaparecimento da anterior, o que não ocorre (Cf. GUERRA FILHO, 1999, p.40), para quem os direitos “gestados” em uma geração, quando aparecem em uma ordem jurídica que já trás direitos da geração sucessiva, assumem uma outra dimensão, pois os direitos de geração mais recente tornam-se um pressuposto para entendê-los de forma mais adequada – e, consequentemente, também para melhor realizá-los.”

Com base inclusive em BOBBIO, pode-se afirmar que a primeira dimensão tem como palavra chave a liberdade, e seu titular é o homem enquanto indivíduo, constituindo-se de direitos de que são oponíveis em face do Estado, correspondendo àqueles direitos assegurados desde a Carta Magna e em especial

nas revoluções burguesas norte-americana e francesa. A segunda dimensão tem como palavra chave a igualdade, e a busca nos aspectos econômicos, sociais e culturais, e aqui se exige, em regra, um certo fazer, uma atuação positiva do Estado (e não apenas sua abstenção de conduta ofensiva a um direito do cidadão, típica da primeira dimensão), para obtenção do almejado equilíbrio. A terceira dimensão, dos direitos coletivos, tem como palavras-chave, conforme BONAVIDES, a solidariedade e a fraternidade, e se desenvolveu em especial após a segunda guerra mundial, restando representada pelas preocupações com meio ambiente saudável, desenvolvimento e busca de um patrimônio comum da humanidade, gênero humano. Os direitos da quarta dimensão ainda não possuem uma palavra chave específica [embora OLIVEIRA se refira aos “direitos à democracia”], e são sustentados por duas correntes diferentes: para BONAVIDES seria o direito à informação verdadeira (na ótica de quem a recebe), direito ao pluralismo (político, religioso, orientação sexual, em síntese, direito de minorias, enquanto que para BOBBIO são os chamados “novos direitos”, como, por exemplo, o biodireito, a bioética, a clonagem.

Independentemente dessas classificações, o importante é considerar que todos os chamados direitos fundamentais produzem, entre si, influências recíprocas, e fazem parte de uma mesma realidade dinâmica, contribuindo para a concretização dos valores preconizados pela Constituição e convivência harmônica e pacífica entre os interesses do Estado e dos seus indivíduos. MIRANDA (2000, p.24) corrobora esse entendimento, inclusive com base em Willis Santiago Guerra Filho, ao sustentar que o que deve ser verificado em um Estado social é um enriquecimento crescente em resposta às novas exigências das pessoas e sociedades, e que as várias dimensões não representam nem mesmo um mero somatório, mas uma interpenetração mútua, com a consequente necessidade de harmonia e concordância prática.

O importante, conforme menciona CANOTILHO (2003, p.377) não é uma simples positivação desses direitos, mas assinalar-lhes a dimensão de “Fundamental Rights”, colocá-los no cume das fontes de direito, ou seja, as normas constitucionais, que não se tornem mera retórica política, meras esperanças e aspirações, mas sim deles derivem consequências jurídicas efetivas na medida em que encontram reconhecimento nas constituições, e entender que a categoria da fundamentalidade aponta para a especial dignidade de proteção desses direitos, tanto em sentido formal quanto material (p.378), compreendendo, também, que sequer é possível falar em tipicidade desses direitos, ou seja, que há uma cláusula aberta ou, aquilo que o autor chama de “norma com *fattispecie*

aberta”, permitindo a permanente evolução para alcançar suas funções, dentre elas a de defesa ou de liberdade perante os poderes do Estado; de prestação social, no sentido de direito do particular obter algo através do Estado (saúde, educação, etc); de proteção imposta ao Estado contra agressões de terceiros; e de não-discriminação, que parte do princípio da igualdade e vai além (não apenas tratar todos de forma isonômica, mas de forma não isonômica os desiguais, visando alcançar o equilíbrio), e que se refere a direitos, liberdades e garantias pessoais, políticas, e prestações sociais, albergando as proteções de minorias (cf. CANOTILHO, 2003, p.407-410).

A esta altura é importante lembrar que os direitos fundamentais não são apenas aqueles constantes do catálogo contido nas Constituições (no Brasil, artigos 5º a 17), mas podem estar dispersos por todo o texto constitucional (a exemplo, o artigo 225 da Constituição da República Federativa do Brasil, que trata do meio ambiente), e que a preocupação não deve ser apenas com o aspecto formal, mas especialmente com o substancial (aspecto axiológico), ou seja, não existir tanto a preocupação de que em que local está o direito assegurado, mas sim que um direito deva ser reputado fundamental independentemente de sua localização no texto constitucional, já que não haverá, neste aspecto, hierarquia alguma.

A doutrina informa que são características gerais dos direitos fundamentais (tema que será útil para melhor entendimento sobre os chamados direitos privados da personalidade), lembrando sempre que são gerais e, por conta disso, nem todas as características valem para todas as espécies de direitos fundamentais (por exemplo, a transindividualidade diz respeito a apenas alguns deles), e, ainda, comportam exceções, que, no corpo do trabalho, quando possível, serão referidas, sem nenhuma intenção de esgotamento do tema: 1. FUNDAMENTALIDADE: significa que possuem posição de fundamentalidade no ordenamento, ou seja, além de encontrarem um “locus” específico (a Constituição), ainda exigem um “quorum” muito qualificado para alterações e, ainda, no aspecto material, constituem base axiológica de um ordenamento jurídico; 2. HISTORICIDADE: são produto ou resultado da evolução histórica, embora alguns possam nem depender dessas circunstâncias, como por exemplo o direito à vida, que existe pelo simples motivo de alguém ser pessoa; 3. UNIVERSALIDADE: significa que existem em todos os tempos, em todos os lugares e são aplicados a todas as pessoas em oposição à relatividade, ainda que na prática possam não ser efetivados em todos os países, pode-se compreender o princípio ao menos no sentido de que todos quantos fazem parte

da comunidade jurídica onde são positivados sejam titulares dos direitos ali consagrados; 4. POSITIVIDADE: precisam ser positivados (escritos, na tradição romana-germânica que inspira o Direito brasileiro, por exemplo; ou definição das normas decorrentes do costume, como ocorre no direito anglo-saxão), posto que assim possuem mais força normativa; 5. TRANSINDIVIDUALIDADE: a titularidade de alguns direitos fundamentais não pertencem a uma pessoa, um indivíduo específico, mas a uma pluralidade, uma coletividade, como ocorre com os direitos de meio ambiente e à paz; 6. COMPLEMENTARIEDADE: os direitos fundamentais complementam-se, um pode complementar o outro para que sejam adequadamente exercidos, como ocorre por exemplo, entre a necessidade do direito de acesso à Justiça para que possa ser exercitado o direito à ampla defesa; 7. APLICABILIDADE IMEDIATA: que vale para todos os direitos, não apenas aqueles constantes do catálogo, e que se encontra garantido, por exemplo, no parágrafo primeiro do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil; 8. INEXAURIBILIDADE: compreensão de que não se esgotam os direitos fundamentais no rol contido na Constituição, já que, conforme antes mencionado, tal rol não é taxativo, sendo possível recepção a outros direitos, já que, conforme BOBBIO, não nascem todos de uma vez e nem de uma vez por todas. MIRANDA (2000, p.162), para quem a enumeração está sempre pronta a ser preenchida ou completada através de novas faculdades para lá daquelas que se encontrem definidas ou especificadas em cada momento. Exemplo é o acréscimo formal do direito à moradia no rol da Constituição da República Federativa do Brasil por meio da Emenda Constitucional nº 26, de 14 de fevereiro de 2000; 9. VINCULATIVIDADE: porque vinculam ao Estado (em suas funções legislativa, executiva e judiciária, que devem estar comprometidas com a concretização desses direitos) e, ainda, a própria iniciativa privada, que não pode se afastar dos direitos fundamentais nas relações entre os indivíduos; 10. INALIENABILIDADE: não podem ser alienados, ou seja, a pessoa não pode abrir mão, ou se desinvestir do direito, sob pena de qualquer ato ou negócio jurídico nesse sentido ser considerado inválido pelo ordenamento jurídico; 11. IMPRESCRITIBILIDADE: não incide a prescrição sobre os direitos fundamentais; e 12. INDIVISIBILIDADE: cada direito fundamental constitui unidade incidível, em seu conteúdo elementar, que, só por isso, já demonstra que não era adequada a denominação de “gerações”.

Por derradeiro, neste capítulo, indispensável tecer algumas considerações sobre os direitos fundamentais especificamente na Constituição da República

Federativa do Brasil, de 1988. Cada uma das Constituições brasileiras foi marcada por fatos fundamentais e representou momento de inovações para o constitucionalismo brasileiro. A Constituição do Império (1824) já continha, no art. 179, uma declaração de direitos individuais que, nos seus fundamentos, permaneceu nos textos constitucionais seguintes. A Constituição de 1934 marcou época pela tentativa de substituição de um Estado liberal por um Estado voltado ao social, embora tenha sucumbido em 1937 a uma nova Constituição, esta com inspiração fascista, depois substituída pela Constituição de 1946, que teve como foco a tentativa de redemocratização do país, e, por isso, preocupou-se em assegurar a todos (tanto os brasileiros quanto estrangeiros aqui residentes) a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade, consagrando, expressamente, direitos e garantias. Também a Constituição de 1967 que entrou em vigor em 15 de março daquele ano, previa um capítulo de direitos e garantias individuais, mas várias crises no governo acabaram por culminar com a edição do Ato Institucional 5, de 13 de dezembro de 1968, e com a tomada do poder pelos Ministros da Marinha e Guerra, do Exército e da Aeronáutica Militar, que deram continuidade ao preparo de novo texto constitucional, promulgado em outubro de 1969, denominado de Emenda nº 1 à Constituição do Brasil, e que, na prática, foi reconhecida pelo ordenamento jurídico como a sétima Constituição, já que tecnicamente não se tratava de mera emenda, mas de novo Texto Constitucional, tanto que se denominou de Constituição da República Federativa do Brasil, enquanto a de 1967 se chamava apenas Constituição do Brasil. Os movimentos pela volta da democracia impuseram necessidade de uma nova ordem constitucional, que culminou, após Assembleia Nacional Constituinte, naquela que foi chamada por Ulisses Guimarães, então Presidente do Congresso Nacional e da Assembleia Constituinte, como “Constituição Cidadã”, ou seja, a atual Constituição da República Federativa do Brasil, que implementou grandes conquistas em termos de direitos fundamentais, tanto os individuais quanto sociais e coletivos (especialmente os difusos). BONAVIDES (2000, p.502) assevera, a respeito, que a atual constituição tinha um propósito definido ao procurar inovar tecnicamente em matéria de proteção aos direitos fundamentais, que se infere tacitamente do conteúdo de seus princípios e fundamentos: a busca em termos definitivos de uma compatibilidade do Estado social com o Estado de Direito, mediante a introdução de novas garantias constitucionais, tanto de direito objetivo quanto de direito subjetivo. A atual Constituição incluiu no Cap. II, do Título II, o tratamento dos Direitos Sociais, que até 1988 eram mantidos sob a forma de

princípios e incluídos na “Ordem econômica e social”, deixando explícito que não são de segunda categoria, ou seja, que efetivamente não há hierarquia entre as diversas gerações de direitos fundamentais. A atual Constituição preconiza meios para construção de uma sociedade justa e democrática, mas exige dos cidadãos postura ativa para tal concretização.

SILVA (p.167-168) faz uma síntese dos direitos fundamentais, partindo dos artigos da Constituição da República Federativa Brasileira, classificando-os em cinco grandes grupos: o primeiro, dos direitos individuais (art.5º); o segundo, dos direitos coletivos (art.5º); o terceiro, dos direitos sociais (arts.6º e 193 e seguintes); o quarto, dos direitos à nacionalidade (art. 12); o quinto, dos chamados direitos políticos (arts. 14 a 17).

3 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA ESFERA PRIVADA

Os “direitos de personalidade” são direitos que se manifestam em uma dimensão privatista, onde também se manifestam os direitos fundamentais, mais de forma indireta, reflexa desses direitos. Os direitos da personalidade são, assim, um conceito afim daquele de direitos fundamentais, e, conforme MONCADA (1954, i, p.279-280) constituem posições jurídicas fundamentais do homem que ele tem pelo simples fato de nascer e viver, ou, no dizer de CARVALHO (1973, p.24), são condições essenciais ao seu *ser* e *dever*. Têm eles, por objeto, não apenas algo de exterior ao sujeito, mas modos de ser físicos e morais da pessoa, ou, nas palavras de GAGLIANO E PAMPLONA FILHO (2010, p.135), protegem a pessoa humana naquilo que tem de mais importante, que é sua essência.

MENEZES CORDEIRO (2001, p.1269) sustenta que mesmo em Portugal o Direito Civil despertou tarde para o problema desses direitos, mas desde a última década do Século XX as potencialidades abertas pelo Código Civil foram ampliadas na Constituição da República daquele país, através dos direitos fundamentais, e lograram concretização.

No Brasil a temática primeiro alcançou, como visto antes, importância no advento da Constituição de 1988, e na esfera privada, o tema tratado de forma específica no atual Código Civil de 2002, mas isto permite perceber que os direitos da personalidade adquirem imediata relevância constitucional, conforme advertência de MIRANDA (2000, p.61).

CANOTILHO, com grande profundidade, caracteriza os direitos de personalidade afirmando que abarcam certamente os direitos de estado (por

ex.: direito de cidadania), os direitos sobre a própria pessoa (direito à vida, à integridade moral e física, direito à privacidade), os direitos distintivos da personalidade (direito à identidade pessoal, direito à informática) e muitos dos direitos de liberdade (liberdade de expressão).

Inegável que a importância da vida e, em especial, da dignidade da pessoa humana, elevada à categoria de princípio fundamental no texto da Constituição da República Federativa de 1988, igualmente estruturaram o Código Civil de 2002, e gerou um novo e importante debate jurídico por conta do teor da nova codificação privatista, a respeito dos direitos da personalidade.

Com base em MOTA PINTO (2005, p.59) não se quer dizer que o direito civil seja o único ramo do direito ao serviço do livre desenvolvimento da personalidade humana, pois resta óbvio que a organização estatal, disciplinada pelo chamado direito público, deve proporcionar ao particular, mediante a outorga dos direitos subjetivos públicos ou faculdades, os meios eficazes e indispensáveis para o pleno desenvolvimento da sua personalidade, ou mesmo para defesa sua dignidade humana, e por isso seria absurdo que só o Direito Civil é o direito da pessoa, pois a validade de todo o Direito supõe o reconhecimento do homem-pessoa, e todo o direito deve visar facilitar ou melhorar a convivência com outras pessoas humanas. Entretanto, o Direito Civil (*civiles* = cidadão) situa-se no núcleo mais íntimo e fundamental da sociedade, disciplinando justamente as relações sociais de pessoa para pessoa, regula a vida quotidiana do homem comum, constituindo, ainda nas palavras de MOTA PINTO (op. cit., p.61) a “atmosfera imaterial onde se encontra envolvida – e onde se alimenta de uma ordenação – a nossa diária vida de relação com as outras pessoas”.

3.1 Direitos da Personalidade: conceito, características, e a chamada cláusula geral de promoção e tutela da personalidade humana

O homem e a mulher precisam ter consciência de seus direitos e da necessidade de os adquirir e alargar em todos os domínios da vida, tanto que REALE (1978, I, p.211) sustentou que é da autoconsciência da dignidade do homem que nasce a ideia de pessoa, segunda a qual não se é homem pelo mero fato de existir, mas pelo significado ou sentido da existência.

Em semelhante sentido, MOTA PINTO (2005, p.98) lembra que pelo fato do direito disciplinar interesses humanos – o Direito é constituído por causa e para serviço dos homens – é logicamente forçoso que, pelo menos, alguns

homens sejam dotados de personalidade, e a pessoa é sempre titular de um certo número de direitos absolutos, que impõe o respeito de todos os outros.

FACHIN (2000, p.7), valendo-se da explicação de Orlando de Carvalho (1981, p.92) sobre a “repersonalização” adverte que o Direito Civil deve se ancorar nos princípios e seus fins fundamentais, fundear-se para além da suposta autonomia e pretensa igualdade, e, em especial, saudar o reconhecimento da pessoa e dos direitos de personalidade, ficando clara a importância do tema em nosso momento contemporâneo, especialmente quando lembra que é pouco afirmar que o Direito Civil acompanha a vida das pessoas, porque, em verdade, muitas vezes ele as precede e as sucede (p.58).

À partida já é possível enunciar, com base em CANOTILHO (2003, p.396), que muitos dos direitos fundamentais são direitos da personalidade, mas nem todos os direitos fundamentais são direitos de personalidade, pois estes abarcam mais diretamente os direitos de estado (cidadania), os direitos sobre a própria pessoa (vida, integridade moral e física, privacidade), direitos distintivos da personalidade (identidade pessoal) e muitos dos direitos de liberdade (liberdade de expressão), sem perder de vista que cada vez mais direitos fundamentais tendem a ser direitos da personalidade.

É inegável que a tutela jurídica dos direitos da personalidade fundamenta-se em dois planos: um constitucional, e outro infraconstitucional (onde há o desenvolvimento da concretização desses princípios). O tema, embora tenha adquirido grande relevância, no Brasil, nas últimas décadas, não é recente, pois já era debatido com vigor no Século XIX, e muitos autores negavam a possibilidade da personalidade titularizar direitos (posição, entre outros, de Jellinek, Savigny e Enneccerus).

Pode-se conceituar, com GAGLIANO E PAMPLONA FILHO (2010, p.136) os direitos da personalidade como aqueles que tem por objeto os atributos físicos, psíquicos e morais da pessoa em si e suas projeções sociais. Em suma, portanto, são aqueles direitos que conferem às pessoas o poder de proteger as características mais relevantes de sua personalidade, e uma das características típicas é no sentido de que embora o exercício de tais direitos possa até mesmo possuir reflexos patrimoniais, não possuem eles uma conotação econômica intrínseca.

Na doutrina existe controvérsia entre as correntes positivista (direitos da personalidade são apenas os reconhecidos pelo Estado) e a jusnaturalista (faculdades exercitadas naturalmente pelo homem, cabendo ao Estado apenas reconhece- los), BITTAR (1999, p.7), mas o próprio PERLINGIERI (2002,

p.155-156) – que se afirma positivista – adota a ideia da atipicidade dos direitos da personalidade (o que é importante, em especial porque na Itália o legislador optou por enumerar tais direitos ao invés de estabelecer uma cláusula geral), quando afirma:

“A tutela da pessoa não pode ser fracionada em isoladas *fattispecie* concretas, em autônomas hipóteses não comunicáveis entre si, mas deve ser apresentada como um problema unitário, dado o seu fundamento representado pela unidade do valor da pessoa... Nenhuma previsão especial pode ser exaustiva, e deixaria de fora algumas manifestações e exigências da pessoa que, mesmo com o progredir da sociedade, exigem uma consideração positiva. (...) O juiz não poderá 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”.

Independente da teoria adotada, aliás, o importante, de fato, é compreender que o Direito deve conservar um conteúdo mínimo de atributos que preservem a própria condição humana. O Código Civil brasileiro de 2002, ao positivizar os direitos da personalidade, demonstrou inclinação para adotar a posição de PERLINGIERI, pois embora contenha uma lista de direitos da personalidade no capítulo respectivo, procurou estabelecer mais que um catálogo efetivo, mas sim aquilo que ALVES (2011) chamou de “parâmetros principiológicos”.

Podem variar as enumerações, mas em geral a doutrina fixa os seguintes os princípios ou características que marcam os direitos da personalidade e os distinguem de outros direitos subjetivos: a) absolutos, pois podem ser opostos contra todos (*erga omnes*), embora ASCENSÃO (2006, p.56) lembre que normalmente os direitos que possuem tal característica constituem “*numerusclausus*”; b) gerais, porque conferidos a todos, basta ser pessoa humana; c) extrapatrimoniais, porque uma de suas características mais marcantes é a ausência de conteúdo patrimonial direto, aferível objetivamente, embora, por óbvio, possam gerar efeitos econômicos ou pecuniários; d) indisponíveis (inclusive abrangendo os contornos de irrenunciáveis e intransmissíveis), pois não podem ser alheados por atos ou negócios entre vivos, não podem mudar de titular (cf. GAGLIANO E PAMPLONA FILHO, 2010, p.147); e) imprescritíveis, porque ainda que o titular dos direitos se abstenha de exercê-los durante um período de tempo,

sempre poderá novamente invocá-los e utilizá-los, ou seja, o direito não se extingue pelo não-uso; f) impenhoráveis, ou seja, consequência lógica decorrente da própria indisponibilidade, como ocorre, por exemplo, com os direitos morais do autor, embora, por exemplo, seja possível a penhora de créditos patrimoniais que decorrem do direito de autor; e g) vitalícios, no sentido de que são inatos e permanentes, acompanham a pessoa desde seu nascimento até sua morte, extinguindo-se, em regra, com o fim de vida, embora alguns se projetem além da morte da pessoa, como é o caso do direito ao corpo morto, a memória do “de cujus”, etc. Os princípios não se esgotam nestes, porque há várias características dos direitos fundamentais que podem aqui ser reproduzidas (a exemplo a inexauribilidade, o fato de não existir rol fechado), sem falar que algumas são idênticas, especialmente a indisponibilidade e imprescritibilidade.

Como é o caso de toda regra, também essas características sofrem exceções, sendo certo que além daquelas já antes referidas, pode-se afirmar, ainda, que alguns direitos personalíssimos podem se tornar disponíveis (ainda que apenas parte de sua essência), como é o caso do direito de uso da imagem, que, entretanto, ainda assim pode ser limitado pelos demais valores da personalidade humana, ou seja, desde que não seja ofendida a dignidade da pessoa, e que, ainda, ao menos no Brasil, devem ser fixados com tempo limitado, restando vedados negócios jurídicos vitalícios.

Impende afirmar que a construção da teoria sobre os direitos da personalidade - até culminar, no Brasil, com a expressa consagração em normas específicas contidas no Cód. Civil de 2002 - percorreu um longo caminho, que se iniciou primeiro na esfera do direito público (com finalidade de proteção de alguns atributos do ser humano contra os arbítrios do Estado) e, posteriormente, ingressou na esfera do direito privado com o fito de defender os bens essenciais da pessoa diante de todo tipo de agressões, notadamente por conta das evoluções sociais e tecnológicas, inclusive por conta das ideias sobre *repersonalização* do Direito Civil, ou seja, de deslocar seu eixo e preocupação centrais do patrimônio para a pessoa, ou seja, o destinatário das normas jurídicas civilistas.

Em relação à classificação dos direitos da personalidade, há quem pregue uma teoria monista, afirmando existência de uma cláusula geral de proteção à personalidade, ou seja, existiria um único direito, até porque a pessoa humana exprimiria valor único. Outra corrente, entretanto, prega que existe uma pluralidade de direitos indeterminados, dentro da qual está a discussão sobre

tipicidade ou atipicidade (existência ou não de rol limitado desses direitos). Embora a complexidade de tais aspectos filosóficos a respeito do que se pode constituir como direito da personalidade, em geral a doutrina, os classifica de acordo com a proteção à vida e integridade física (corpo vivo, cadáver, voz), integridade psíquica e criações intelectuais (liberdade, criações intelectuais, privacidade, segredo, por exemplo), e integridade moral (a exemplo, direito à honra, imagem, identidade pessoal), direitos que em geral encontram disciplina nos artigos 11 a 21 do Código Civil Brasileiro de 2002. MOTA PINTO (2003, p.101) afirma que este é um círculo de direitos necessários, conteúdo mínimo e imprescindível da esfera jurídica de cada pessoa.

De fato, o que se tem de concreto é que efetivamente o rol não pode ser taxativo e a discussão monista ou pluralista é insatisfatória, já que o tem dos direitos da personalidade encontra liame imediato com as disposições constitucionais, especialmente aquelas ligadas aos direitos fundamentais. Há diversos valores positivados na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 que afetam diretamente o conhecimento e o reconhecimento dos direitos da personalidade, inclusive e em especial o valor da dignidade da pessoa humana, ou seja, foi estabelecida uma cláusula geral de tutela da personalidade humana que influencia todos os dispositivos infraconstitucionais, e, por óbvio até mesmo a interpretação das normas de direito privado, interessante é a observação de TOMASZEWSKI (2006, p.14) quando refere que a solução para a falta de taxatividade pode ser solucionada com o artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil (atualmente denominada Lei de Introdução às Normas do Ordenamento Brasileiro, conforme redação da Lei Federal nº 12.376, de 2010) e com base no princípio da razoabilidade (RECASENS SICHES). Apenas para exemplificar, embora o Código Civil disponha sobre o direito e necessidade de respeito à integridade física das pessoas, a doutrina e a jurisprudência caminharam, numa interpretação à luz da Constituição da República Federativa do Brasil, de que era possível e adequada a realização de cirurgia para ablação do sexo masculino, a popular “mudança de sexo” para atender pessoas tidas como transexuais.

Isto levou MORAES (2006, p.54), a afirmar que novas e múltiplas situações existenciais que podem estar presentes na vida de relações de que faz parte o ser humano, e pode conduzir ao entendimento que a personalidade não é mero direito, mas efetivamente um valor, e, melhor, com foros constitucionais.

Desta forma, a proteção da personalidade passa por uma axiologia constitucional, está intimamente ligado aos direitos fundamentais assegurados justamente para permitir o desenvolvimento completo e saudável da pessoa humana, ou seja, que ela possa ser e que ele possa ser tornar o que deve ser, de forma efetivamente digna. AMARAL (2002, p.245), de forma muito feliz, afirma: “Por disciplinarem matéria de natureza privada, como são os direitos subjetivos e a personalidade, e por terem guardada no texto constitucional, pode reconhecer-se que os direitos da personalidade são o terreno de **encontro privilegiado entre o direito privado, as liberdades públicas e o direito constitucional**” (destaques meus).

4 CONCLUSÃO

Conforme foi possível verificar, há um nítido liame entre as dimensões públicas e privadas quando se trata da proteção à pessoa humana.

No âmbito constitucional é possível afirmar que os direitos fundamentais são assegurados a todos os indivíduos, encontrando a pessoa especial proteção, ainda, no âmbito infraconstitucional, no Brasil, nas normas da Parte Geral do Código Civil de 2002.

Pode-se afirmar que o sistema de tutela jurídica dos direitos da personalidade desenvolve-se, em dois níveis. O primeiro deles decorre da Constituição, que fixa normas de organização e disciplinam o funcionamento da sociedade. A proteção aos direitos da personalidade, na esfera constitucional, diz respeito essencialmente aos princípios fundamentais que regem a matéria, e, em nosso país, a norma basilar é a contida no artigo 1º da República Federativa do Brasil, ao assegurar a dignidade da pessoa humana na sequência do valor, também este fundamental, da igualdade, ou seja, aquilo que AMARAL (2002, p.252) afirma ser o suporte inicial que justiça e admite a especificação dos demais direitos. É princípio base que vai nortear a aplicação de todos os demais dispositivos constitucionais e, com mais razão, as normas infraconstitucionais. O segundo nível é o da legislação ordinária, que tem função de desenvolver e concretizar os princípios enunciados no Texto da Constituição, e, no Brasil, o diploma básico para assegurar o respeito aos direitos da personalidade passou a ser o Código Civil de 2002, que tratou do assunto de forma expressa, embora as regras sobre o início da personalidade já existissem no Código Civil de 1916, recentemente revogado.

A largos passos, portanto, o Brasil caminha para concretização dos direitos fundamentais e cumprimento efetivo do Pacto de San José da Costa Rica, sobre Direitos Humanos, tratado que ingressou no sistema jurídico brasileiro como norma infraconstitucional, através do qual os Estados signatários firmaram compromisso inequívoco de garantir os direitos da personalidade.

REFERÊNCIAS

ALVES, José Carlos Moreira. **A parte geral do projeto do Código Civil.** Disponível em: <<http://www.cjf.gov.br/revista/numero9/artigo1.htm>> Acessado em 25/07/2011.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil. Introdução.** 4ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Pessoa, direitos fundamentais e direitos de personalidade.** In: Revista Trimestral de Direito Civil. vol. 26, abr-jun. 2006. Rio de Janeiro: Padma.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade.** 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campos, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa:** por um Direito Constitucional de luta e resistência por uma Nova Hermenêutica por uma repolitização da legitimidade. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

CANOTILHO. J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 7ª ed., 5ª reimpressão, Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO, Orlando de. **Os direitos do homem no Direito Civil português.** Coimbra: ed. do Autor, 1973.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil – Parte Geral**, vol. I, São Paulo: Saraiva, 2010.

GOMES, Sérgio Alves. **Hermenêutica Constitucional: um Contributo à Construção do Estado democrático de Direito**. 1ª ed, 2ª reimpr, Curitiba: Editora Juruá, 2010.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**, Tomo IV – Direitos Fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

MENEZES CORDEIRO, António. **Os direitos de personalidade na civilística portuguesa**. Estudos em Honra do Prof. Doutor Inocêncio Galvão Teles. *In*: Revista da Ordem dos Advogados, Ano61, v.III (Dezembro 2001), p.1129-1256.

MONCADA, Cabral de. **Lições de Direito Civil**, Tomo I, 2ª ed., Coimbra: Armênio Amado, 1954.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **O princípio da dignidade humana**. *In*: Princípios do direito civil contemporâneo. Maria Celina Bodin de Moraes (coordenadora). Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

MOTA PINTO, Carlos Alberto da. **Teoria Geral do Direito Civil**, 4ª Ed. atualizada por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Teoria discursiva da argumentação jurídica de aplicação e garantia processual jurisdicional dos direitos fundamentais**. *In*: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (Coord.). Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil. Introdução ao direito civil constitucional**, 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**, vol. I, 8ª ed., São Paulo: Saraiva, 1978.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 9ªed., 3ª tiragem, São Paulo: Malheiros, 1993.

TEPEDINO, Gustavo. **A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro**. *In*: Temas de Direito Civil, 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TOMASZEWSKI, Adauto de Almeida. **Lições Fundamentais de Direito**, vol. 1, Direitos da Personalidade. Londrina: edição do autor, 2006.

Submetido em: 06/09/2011

Aprovado em: 28/06/2013

Como citar: VELOSO, Alberto Júnior. As características dos direitos fundamentais e os princípios dos direitos da personalidade na esfera privada. *Scientia Iuris*, Londrina, v.17, n.1, p.9-26, jul. 2013. DOI: 10.5433/2178-8189.2013v17n1p9.