

DIREITOS DE PERSONALIDADE: PASSADO, PRESENTE E FUTURO

Walter Lucas Ikeda¹

Rodrigo Valente Giublin Teixeira²

Resumo: Os direitos de personalidade demonstram uma ruptura de valores na legislação civilista. Estes direitos de personalidade, que podem ser públicos ou privados, gravitam em torno da dignidade da pessoa humana – que abrange dignidade e pessoa. Qual seria o alcance e importância atual da tutela dos direitos de personalidade? Para responder esta pergunta, vale-se do método hipotético-dedutivo, exploratório e qualitativo, utilizando-se de fontes bibliográficas que trabalham em primeiro momento com o conceito, desenvolvimento e história do instituto; para em segundo momento, analisar-se a finalidade dos direitos de personalidade e sua categorização como cláusula geral. O objetivo do trabalho não é histórico, mas o de levantar contextos e rupturas que traçam uma perspectiva dos direitos de personalidade para o contexto atual e como abertura de elementos externos. Ao final, observa-se que os direitos de personalidade tem papel central na defesa da pessoa e no seu desenvolvimento em sociedades cada vez mais complexas, em que o ritmo legislativo não acompanha a realidade social e as inovações tecnológicas, mas que encontra janela para defesa dos atributos da pessoa na cláusula geral de tutela dos direitos de personalidade.

¹ Doutorando em Ciências jurídicas pela Cesumar. Bolsista CAPES. Mestre em Ciências Jurídicas pela Cesumar. Pós-graduado pela PUCPR. Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo.

² Doutor em Direito das Relações Sociais pela PUCSP. Mestre em Direito Negocial, com concentração em Direito Processual Civil, pela Universidade Estadual de Londrina. Graduado em Direito pelo Centro Universitário de Maringá.

Palavras-Chave: Pessoa. Direitos de personalidade. Cláusula geral. Finalidade. Hermenêutica.

PERSONALITY RIGHTS: PAST, PRESENT AND FUTURE

Abstract: Personality rights demonstrate a breach of values in civilist legislation. These personality rights, which can be public or private, revolve around the dignity of the human person - which includes dignity and the person. What would be the current scope and importance of safeguarding personality rights? To answer this question, we use the hypothetical-deductive, exploratory and qualitative method, using bibliographic sources that work in the first instance with the concept, development and history of the institute; secondly, to analyze the purpose of personality rights and their categorization as a general clause. The objective of the work is not historical, but to raise contexts and ruptures that bring a perspective of personality rights to the current context and as an opening of external elements. In the end, it is observed that personality rights play a central role in the defense of the person and in their development in increasingly complex societies, in which the legislative rhythm does not follow the social reality and technological innovations, but which finds a window for defense of the person's attributes in the general clause of protection of personality rights.

Keywords: Person. Personality rights. General clause. Ends. Hermeneutics.

1 INTRODUÇÃO



análise dos direitos de personalidade costuma ocorrer logo no início do Código Civil, entre os artigos 11 e 21. A inovação da positivação expressa dos direitos de personalidade decorre de uma revolução

copernicana civilista, em que a regulamentação jurídica cível deixa de gravitar ao redor do individualismo e patrimonialismo para gravitar ao redor da tábua de valores constitucionais, em especial, da dignidade da pessoa humana.

Com o deslocamento dos princípios para a categoria de normas, a interpretação que se deve dar ao direito ultrapassa aquela de cunho eminentemente dedutivo das normas positivadas. E neste ponto, temos uma gama de direitos que buscam tutelar a pessoa humana, como os direitos humanos, fundamentais e de personalidade.

Tamanho o peso dos direitos de personalidade, que se torna praticamente presente em todas as petições e trabalhos acadêmicos, e por muitas vezes, torna-se retórica vazia e sem riqueza argumentativa, pois tudo poderia ser concebido como dignidade da pessoa humana, especialmente com a adoção da teoria direta e imediata dos direitos fundamentais.

Neste contexto, como objetivo geral, o presente trabalho busca verificar inicialmente uma perspectiva de rupturas e continuidades dos direitos de personalidade, sem a pretensão de realizar uma pesquisa historiográfica e exaustiva da história, mas de resgatar a riqueza do instituto que se torna cada vez mais objeto de críticas de sua banalização e tentativas de embotamento do instituto à estrita positivação.

Temos uma situação em que não é mais discutido que personalidade é qualidade única do indivíduo, uma dignidade decorrente do simples fato de ser pessoa. Não foi sempre assim. A comum noção de sinônimo que temos entre pessoa, ser humano, sujeito de direitos e outros, é fruto de laboriosa construção da civilização ocidental.

Será com o resgate de uma perspectiva do instituto no tempo, e com um olhar mais voltado aos desígnios contemporâneos que se debruçará sobre a questão: qual seria o alcance da tutela dos direitos de personalidade atual?

Para analisar esta pergunta, buscar-se-á, após um

primeiro momento exploratório das origens e desenvolvimento da categoria, uma análise da finalidade dos direitos de personalidade sem olvidar um quadro social sintético mais amplo da codificação, do positivismo e da hermenêutica.

Sobre a organização do trabalho. Na primeira seção intitulada “conceito e aspectos históricos dos direitos de personalidade brasileiros”, objetiva-se uma análise de caráter exploratório do desenvolvimento do instituto no tempo. Na segunda seção intitulada “finalidade e enquadramento dos direitos de personalidade”, tem-se o escopo de uma análise sintética do desenvolvimento das fontes do direito e da função do direito contemporâneo.

2 CONCEITO E ASPECTOS HISTÓRICOS DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE

Os direitos de personalidade têm previsão expressa no Código Civil brasileiro de 2002. A previsão dos direitos de personalidade no Código Civil, pela primeira vez, denota uma orientação de valorização da pessoa humana num campo legislativo que fora marcado como principal regulamentador das relações patrimoniais.

Dentro da legislação civil atual, a personalidade é atribuída àqueles que nascem com vida, resguardando os direitos do nascituro; com ressalvas necessárias daqueles que entendem que a personalidade começa na concepção e a capacidade de direito vem com o nascimento com vida. De natureza de direitos subjetivos, os direitos de personalidade vêm ao encontro de uma constitucionalização do Direito Civil, permitindo uma abertura valorativa do direito privado com as liberdades públicas e o direito constitucional. Portanto, os direitos de personalidade constituem-se como o conjunto de tutelas e fomento dos atributos da pessoa humana, localizadas na legislação infraconstitucional.

O termo atual de direitos de personalidade não vem de

uma tradição consensual e sólida entre os juristas, as leis e pela jurisprudência. O conteúdo a respeito dos direitos de personalidade fora tratado com diversos termos diferentes, o que não isentou o estudo e discussão sobre o instituto de diversas controvérsias. O termo direitos de personalidade foi consagrada por Gierk; Windscheid e Campo Grande utilizaram o termo direito sobre a própria pessoa; Koehler valeu-se de direitos individuais; Rontondi escreveu como direitos personalíssimos; Gangi e De Cupis, utilizaram direitos essenciais da pessoa ou fundamentais da pessoa (SZANIAWSKI, 2005, p. 71).

Apenas por amostragem, destaca-se a explanação de Adriano de (CUPIS, 2005, p. 24), para quem, os direitos de personalidade seriam aqueles direitos sem os quais a personalidade ficaria suscetível de não se fazer plena. Os direitos de personalidade seriam os direitos capazes de incutir o valor concreto, pois sem estes, todos os demais direitos subjetivos ficariam prejudicados, ao ponto que a pessoa como tal, não existiria. Os direitos de personalidade, portanto, tutelam os direitos essenciais, configurando-se como a medula da personalidade.

Ainda destaca-se o conceito de Carlos Alberto (BITTAR, 2015, p. 29), como aqueles direitos da personalidade reconhecidos em favor da pessoa humana em si e nas suas projeções na dimensão social, cuja previsão teleológica é da defesa de valores inatos no homem, como a incolumidade física, psíquica, intimidade, segredo, honra, intelectualidade e outros.

Já quanto à sua natureza, está assentado o entendimento que se trata de categoria pertencente aos direitos subjetivos. Os direitos de personalidade não podem ser enquadrados como direitos objetivos, tendo em vista que seu titular não ostenta poder ou domínio próximo ao proprietário de um bem; não pode o monopolizar em seu benefício. Estas características podem ser enquadradas dentro de uma categoria de indisponibilidade que é característico dos direitos de personalidade. Assim, para Franciellen (BERTOCENLLO, 2006, p. 25), os direitos de

personalidade, ligam-se ao seu titular por uma natureza própria e indelével.

Com efeito, os direitos da personalidade, como o corpo, a vida privada, a honra entre outros, são decorrentes de um estado natural e não podem ser monopolizados. Caso contrário, seria possível dispor sobre o nascimento, extinção ou transferência destes direitos, como tradicionalmente se faz com os objetos do direito objetivo. Podemos verificar a adoção desta categorização no Código Civil Brasileiro, a partir do artigo 11: “Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária” (BRASIL, 2002).

Doravante, pode-se pensar que a personalidade é o plexo de atributos do indivíduo, naquilo que é intrínseco da pessoa humana. Os direitos de personalidade seriam um bem jurídico que permite a pessoa humana desenvolver e tutelar aquilo que a faz ser uma pessoa, como a integridade física, psíquica, nome, honra, imagem e sua vida privada; sem prejuízo ainda dos bens materiais ou imateriais necessários e conexos com sua personalidade.

Portanto, com matriz constitucional, especialmente com a dignidade da pessoa humana que vem a ser o núcleo de legitimidade e finalidade do direito no pós-guerra mundial, os direitos de personalidade tutelam os atributos e o desenvolvimento destes atributos daquilo que faz de alguém uma pessoa.

Grandes rupturas do projeto moderno, como a Independência Norte-Americana, de 04 de julho de 1776, e a Revolução Francesa de 05 de maio de 1789 a 09 de novembro de 1799, instituíram categorias de direitos à pessoa para seu resguardo aos eventuais abusos, decorrentes de seu reconhecimento como ser humano, inspirados na ideia de direitos inatos e do direito natural racional. Aqueles direitos de personalidade que se voltassem à tutela perante arbitrariedades do Estado seriam direitos da personalidade do ramo do Direito Público, e, portanto, seriam

direitos fundamentais; e aqueles voltados para a proteção da pessoa no âmbito particular, seriam chamados de direitos da personalidade. Dessa forma, tanto os Direitos Fundamentais quanto os de personalidade teriam uma matriz comum (SZANIAWSKI, 2005, p. 45).

Nesse sentido, pode-se pontuar que os direitos de personalidade são públicos ou privados por um critério topográfico, assim, são direitos humanos os direitos que tutelam a pessoa humana nas normas internacionais, e estes mesmos direitos seriam fundamentais se positivados na Constituição, e ainda, direitos de personalidade privados se positivados na legislação cível, sem prejuízo, ainda, que os mesmos núcleos normativos possam estar em diferentes esferas legais (SCHREIBER, 2013, p. 13).

É importante mencionar que o conceito de pessoa é muitas vezes remetido ao grego, pois *persona* faz referência à máscara grega utilizada nos teatros. Na Grécia antiga, a utilização da máscara auxiliava a marcar determinadas características que contrastavam a de outras *personas*. Ocorre que a ideia de pessoa como pura representação jurídica de cada pessoa já não é suficiente para atender às complexidades da sociedade contemporânea, pois a realidade e complexidade da realidade grega ao tempo coevo são muito diferentes, devendo o direito se adequar ao conceito mais contemporâneo de pessoa, não o de embotar o conceito de pessoa à tradição (DONEDA, 2005, p. 72).

O desenvolvimento do conceito de pessoa atual é concebido de diversos trabalhos de complexa elaboração nos séculos do Renascimento até o primeiro Jusracionalismo, do século XV ao XVII, perpassando ainda pelas pandectística alemã do século XVIII. A pessoa vem da ideia de indivíduo como categoria ético-jurídica, imbuído de direitos subjetivos. Esta concepção de pessoa acompanha, em paralelo, ao desenvolvimento do Estado como produto constitucional e da vontade humana; e do ordenamento jurídico como sistema dedutivo racionalmente ordenado (MARTINS-COSTA, 2007, p. 15).

A proteção dos direitos de personalidade, em seu sentido clássico, pode ser encontrada em diversas disposições anteriores e históricas, o que foge ao escopo e objeto do presente trabalho. No cenário grego já se observava alguns aspectos gerais dos direitos de personalidade nas relações entre cidadãos e com pessoas de outras cidades ou estrangeiros; o desenvolvimento de uma proteção geral ocorreu por volta dos séculos IV e III a.C., juntamente com o apogeu da filosofia grega.

Especialmente com Aristóteles, inspirou-se a ideia da igualdade entre as pessoas e a finalidade da lei buscar o bem comum, sendo a pessoa a causa e a finalidade da lei – algo perdido no decorrer da história-, devendo o direito regulamentar as relações entre as pessoas. O desenvolvimento deste pensamento fomentou a proteção da pessoa sobre três principais eixos: a) repúdio à injustiça; b) vedação de atos excessivos de uma pessoa em face de outra; e c) a proibição de atos de insolência para com outras pessoas (SZANIAWSKI, 2005, p. 23-25).

A proteção do direito de personalidade com os romanos teve grande influência do pensamento grego, especialmente da filosofia estoica. Para o direito romano, a personalidade era atribuída aos indivíduos que ostentassem três aspectos: *status libertatis*, *status civitatis* e o *status familiae*. Aquele que não tivesse liberdade, não fosse cidadão e não pudesse constituir família, não tinha personalidade. De toda forma, pontua-se que o no direito romano não havia um sistema de proteção aos direitos da personalidade, apenas por manifestações isoladas, especialmente por meio das *aixias* e da *actio iniuriarum* (SZANIAWSKI, 2005, p. 31).

Ressalta-se que malgrado a contribuição romana foi de importância fundamental para a tutela da pessoa, ainda não existia uma categoria própria de proteção dos direitos de personalidade, que demorou a ocorrer entre rupturas e continuidades da história (CORDEIRO, 2004, p. 47). Até porque no direito romano não reconhecia o direito subjetivo, pensava-se no direito

como decorrente de uma *actio*, assim, de natureza eminentemente processual (CORDEIRO, 2004, p. 311), assim, apenas posições processuais, pois os seres humanos não tinham direitos pelo simples fato de serem pessoas (MARTINS-COSTA, 2017, p. 16).

Na Idade Média, período ocorrido entre os séculos V a XV, em especial com a queda do Império Romano do Ocidente, ocorreu-se gradualmente, diversas modificações ao direito aplicado, inicialmente romano. O período da Idade Média foi marcado por um sistema de feudos, em que a aplicação jurídica divergia muito a depender do local, considerando ainda a aplicação do direito costumeiro de cada local, e que apesar de poderes independentes, eram unidos pela força da Igreja que era vista como um poder intertemporal.

Na Idade Média ocorreu a divisão do que o direito romano sintetizava: o direito material e o processual (CORDEIRO, 2004). E diante do pluralismo jurídico da idade média, a Igreja teve papel fundamental em determinar algumas balizas de valorização da pessoa humana e do desenvolvimento dos direitos de personalidade, fundamentando-se no direito natural, pensando-se a pessoa como um não animal, pois ostenta uma alma imortal, que existe por si mesmo e racional – substancia individual de natureza racional. Posteriormente, São Tomás de Aquino, no século XIII, faz a defesa do respeito à dignidade, pois a pessoa é feita à imagem e semelhança Dele, a pessoa é o indivíduo-em-relação com Deus (ARAÚJO, 2014, p. 63-64).

Com o advento do renascimento, especialmente do *humanismo*, a partir do século XVI, posicionava-se os direitos de personalidade como direito subjetivo, inspirado no antropocentrismo e novas linhas filosóficas. O pensamento que emergia era da pessoa como ser que se relaciona entre si e cada indivíduo se relacionaria com a sociedade política, em busca da justiça. Uma nova escola do pensamento do direito natural, o jusnaturalismo, decorrente da razão humana, viria a integrar e reinterpretar o

direito romano justiniano, o costumeiro, o canônico, o mercantil e afins. Esta escola de pensamento influenciaria decisivamente o advento do liberalismo, a independência dos Estados Unidos e a Revolução Francesa, estas últimas duas que propunham direitos universais a todas as pessoas ao final do século XVIII (SZANI-AWSKI, 2005, p. 38).

Todo esse caldo teórico e histórico dos direitos de personalidade veio a ser absorvido por Portugal, que viria a colonizar o Brasil, por volta de 1500, e cujas influências europeias sempre ocorreram pelo fato da elite local realizar os estudos na Europa. No processo de colonização, o Brasil adotou muito do sistema jurídico português que ainda aplicava o Direito Justiniano na falta de um direito ou costume escrito à época, e que influenciou na redação das ordenações afonsinas,manuelinas e Filipinas, que regeram as relações privadas brasileiras, até o Código Civil Brasileiro de 1916, que inicialmente não previu os direitos de personalidade privados.

3 FINALIDADE E ENQUADRAMENTO DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE

Quanto à tipificação dos direitos de personalidade, podemos observar uma divisão entre os direitos de personalidade típicos e uma cláusula geral dos direitos de personalidade. O primeiro seriam aquelas tutelas fracionadas em diversos tipos de determinados atributos de personalidade, no direito brasileiro, os direitos de personalidade podem ser, resumidamente, colocados em 5 categorias: integridade física e psíquica, nome, honra, imagem e vida privada, positivados entre os artigos 11 a 21 do Código Civil. O Segundo, de maior divergência entre os juristas quanto à existência, e que buscaremos verificar, seria da proteção atípica para defesa da personalidade da pessoa humana de forma unitária.

Haveria uma cláusula geral dos direitos de personalidade

ou seriam as tutelas dos direitos de personalidade apenas aqueles tipificados no texto legal? Para responder a esta pergunta, será necessário resgatarmos uma discussão histórica da hermenêutica jurídica para refletirmos e respondermos a pergunta no direito contemporâneo ocidental.

As rupturas decorrentes da Independência Norte-Americana e da Revolução Francesa, inspiradas no pensamento racional e científico, buscavam uma nova ordem social, livrando-se dos resquícios do pensamento medieval – especialmente dos juízes de valores e metafísicos-, e o Direito Civil positivo seria a consubstanciação de todas as proteções da vida e das relações humanas por meio de um único código sistematizado e perpétuo, inspirado no racionalismo burguês (AMARAL, 1994, p. 236-237).

Duas principais escolas emergiram acerca de uma tutela geral dos direitos de personalidade: a Escola Histórica do Direito e o Positivismo Jurídico. Quanto à primeira, o resguardo a uma tutela geral dos direitos da personalidade, estava mais destacado, especialmente por uma ordem mais costumeira; duas das principais escolas desta linha foram: a alemã e a suíça. A codificação alemã do *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) de 1900 não contou a previsão da tutela geral e os Tribunais se aproximaram mais do positivismo, enquanto na positivação no direito suíço foi prevista uma cláusula geral de tutela dos direitos de personalidade.

O Código Civil Suíço, de 10 de dezembro de 1907, em seu artigo 28, previu expressamente o direito geral de personalidade, destacando sua tutela por meio da proteção judicial e prevenção para que cesse a perturbação; a reparação de perdas e danos; e por danos morais. O desenvolvimento posterior do instituto, inspirado no direito pretoriano, trouxe a perspectiva da tutela preventiva, de legítima defesa e de constatação do direito (ENGEL, 1987).

Quando ao positivismo, que propunha um direito científico, buscou-se retirar o juízo de valor e questões metafísicas do

direito, colocando o Estado como fonte única do direito positivo (BOBBIO, 1995). Dessa forma, uma tutela geral dos direitos de personalidade foi afastada de quase todos os ordenamentos jurídicos, colocando os direitos de personalidade como aquelas categorias de proteção positivadas em lei.

Com o fim das duas Guerras Mundiais, em setembro de 1945, diversas mudanças sociais, econômicas e políticas ocorreram, afetando a ordem jurídica e os direitos da personalidade. Verificou-se que aquele pensamento liberal dos séculos XVIII e XIX, consubstanciadas no Direito Civil positivista clássico, não tutelavam a pessoa adequadamente, especialmente depois de experiências ditatoriais e totalizadoras, o que retirou o Código Civilista do centro dos ordenamentos jurídicos e colocou as Constituições nacionais em seu lugar. Paralelamente, observou um movimento de descodificação do direito, em que diversas normas esparsas tivessem autonomia perante o Código Civil, observando preceitos constitucionais, ainda que fossem materialmente questões civilistas (SZANIAWSKI, 2005, p. 56).

Este movimento de descodificação não indicou a desnecessidade dos Códigos, mas de verificar a possibilidade da regulamentação do direito sem a necessidade da intervenção legislativa em todo o momento. Um dos grandes avanços para esta finalidade é da categorização dos princípios como normas e das cláusulas gerais que atuam como síntese jurídica e janela de valores que se adequam ao caso concreto, tendo em vista a crescente complexidade que a sociedade contemporânea toma e o objetivo de resguardo da pessoa (MARTINS-COSTA, 1998, p. 6).

A dignidade da pessoa humana moderna é conexas com o pensamento de Immanuel Kant. Para o filósofo, a pessoa não poderia ser tratada como meio para um fim que não fosse ela mesma, diferentemente do objeto que se presta a algum fim outro. E todas as pessoas seriam merecedoras dessa dignidade, em caráter universal, pois é em decorrência da racionalidade que

emerge a sua dignidade. Portanto, a dignidade da pessoa humana seria observada na medida em que as coisas têm um preço e o homem tem valor, pois o homem é um fim em si mesmo, nunca é meio para qualquer outro fim (KANT, 2007, p. 77).

Nessa toada, as reflexões que ocorreram após a 2ª Guerra Mundial, foram necessárias para rever a imagem de pessoa e seu valor, o que fundava à época a ideia de personalismo (PERLINGIERI, 2002, p. 35-36). As potencialidades animais do homem na 2ª Guerra Mundial assolaram a Europa demonstraram a necessidade da formação de laços transnacionais pela preservação da humanidade e de seus valores (SCHREIBER, 2011, p. 6), especialmente após os experimentos despersonalizadores de tratamento aos reféns dos campos de concentração (LEVI, 1988) que não apenas matavam, mas alcançavam situações extremas de despersonalização da pessoa que nem mesmo podia-se ver como um animal (ARENDDT, 2006, p. 488).

O direito alemão no pós-guerra, visando analisar os espaços deixados, por uma tipificação forte e fragmentada da proteção à dignidade da pessoa humana e à personalidade humana, especialmente após as experiências da guerra frente à personalidade e dignidade humana, inseriu os artigos 1º e 2º, da Constituição Alemã, de 23 de maio de 1949, com uma cláusula geral de proteção da personalidade humana, reposicionando o direito geral de tutela de personalidade no direito Alemão (SZANI-AWSKI, 2005, p. 58).

Salutar pontuar que diversamente do direito brasileiro, que em sua Constituição prevê em seu artigo primeiro “a dignidade da pessoa humana” (BRASIL, 1988), a Constituição Alemã coloca em seu artigo 1º a declaração de que é intangível a dignidade do homem, e em seu artigo 2º reconhece que todos possuem o direito ao livre desenvolvimento da personalidade humana.

No Brasil, diante da nova tábua de valores constitucionais carreados pela Constituição de 1988, ocorreu a constitucionalização do Direito Civil, em que o Código Civil Brasileiro de

2002, deixou de ter como principais eixos o patrimonialismo e o individualismo, com a efetivação de valores existenciais e de justiça social. Trata-se de movimento mundial do século XX, em que se muda a perspectiva das Constituições no ordenamento jurídico, de carta política ou de intenções, passa-se a norma jurídica de caráter imperativo (SARMENTO, 2003).

Em uma visão tradicional, poder-se-ia postular que os direitos fundamentais – direitos de personalidade públicos – seriam exercidos para a defesa dos direitos dos cidadãos perante os abusos do Estado; enquanto os direitos de personalidade seriam exercidos como defesa dos direitos da pessoa em relações privadas. Ocorre que a dicotomia entre direitos privados e públicos não mais vem se sustentando, bem como temos no direito brasileiro a adoção da incidência direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas (SARLET, 2011), o que torna a categoria dos direitos de personalidade cada vez mais atuais e abrangentes.

A divisão de direito público e privado não é compatível com o Estado de bem-estar social. Pois, além da integração de diversos tratados e convenções internacionais que afetam a ordem privada, a Constituição Federal brasileira disciplina diversas diretrizes civis. Se não bastasse isso, as teorias que sustentam a dicotomia de direito público e de direito privado já não conseguem se manter perante as novas demandas sociais e jurídicas, como a Teoria do Sujeito, a Teoria do Interesse e a Teoria da relação de dominação (SIQUEIRA; OLIVEIRA; ZANINI; FRANCO, 2018, p. 211-212).

É justamente através desse sulco de valores que permeiam o direito, apenas categorizado para fins didáticos, pela abertura dos princípios jurídicos e das cláusulas gerais que se pode pensar em um direito com valores. E como construção da efetiva e ampla tutela à pessoa, não se pode pensar em apenas considerar as tutelas estritamente tipificadas no texto legal, tendo em vista que a proteção da pessoa humana deve

acompanhar os modelos sociais e as expectativas que o direito legou à sociedade, especialmente com o pós-guerra.

Apenas pela riqueza do contraponto, expõe-se que a tutela geral do direito de personalidade apresenta, para alguns, uma insegurança jurídica, tema que sempre foi caro ao direito positivo e moderno, pois o direito geral de personalidade, nessa perspectiva, não teria contornos claros e poderia resultar que terceiros fossem “surpreendidos pelas consequências que dele possa resultar em um caso concreto, não favorecendo a tipificação de modalidades de intervenção, que poderia causar uma insegurança jurídica, com a passagem direta do direito geral a aplicação prática” (ASCENSÃO, 1999, p. 79).

Pontua-se também que não apenas deve ser observada a insegurança jurídica, mas também a banalização do instituto. A dimensão aberta que os direitos humanos, fundamentais e de personalidade legam não deve ser distorcidos ou banalizados em reprodução mecânica e isenta de reflexão em petições e trabalhos acadêmicos como uma retórica vazia (MORATO, 2012, p. 154).

Doravante, a tutela de um direito geral de personalidade busca a proteção de cada pessoa ter respeito ao desenvolvimento de sua personalidade humana e de suas potencialidades. O direito geral de personalidade seria enquadrado “com garantias eficazes, com delimitação criteriosa e articulação eficaz do direito geral da personalidade, com os direitos especiais da personalidade e com os direitos próximos ou afins” (CAPELO DE SOUZA, 1995, p. 624). Ocorre que cada vez mais os direitos de personalidade se tornam tutelas necessárias ao rápido desenvolvimento tecnológico que ultrapassa, em muito, a morosidade legislativa (MORAES, 2007).

Como projeção no mundo social, não é possível limitar os direitos de personalidade apenas aos direitos positivados (FRANÇA, 1994, p. 1033). Apesar de hodiernamente observamos o direito a partir da lei, a categoria de direitos da

personalidade deve ser respeitada independentemente do sistema de direito positivo, diante da própria concepção de pessoa na história (BELTRÃO, 2005, p. 45). Portanto, os direitos de personalidade, e assim da pessoa humana, antecedem à própria Constituição, pois a pessoa é pré-realidade e além do Direito (LARENZ, 1997, p. 183).

Deve-se reforçar que os direitos de personalidade, tem matriz constitucional e com a dignidade da pessoa humana. A dignidade da pessoa humana, por sua natureza própria, para além da inspiração kantiana, possui natureza aberta e deve ser analisada no caso concreto, em sua dimensão ontológica de pessoa (GONÇALVES, 2008, p. 13-19), até porque a fundação primeira dos direitos de personalidade é a proteção da dignidade da pessoa humana (TEPEDINO, 2003, p. 37).

Fernanda Borghetti (CANTALI, 2010, p. 13-14) reforça que a dignidade da pessoa humana deriva do livre desenvolvimento da personalidade, fundada na concepção de autodeterminação de sua existência por meio do exercício de seus direitos de personalidade. Dessa forma, não se pode falar em um contorno apriorístico e fechado de seu alcance, e que, por consectário lógico, desagua seu propósito na tutela geral dos direitos de personalidade.

Para Maria Celina Bodin de (MORAES, 2003, p. 117-118), a cláusula geral de tutela da pessoa humana decorre da própria dignidade humana. A jurista vai além, e também entende que os direitos de personalidade não se limitam aos direitos subjetivos, permitindo novas configurações e que podem ser juridicamente relevantes.

Partindo da premissa de Noberto (BOBBIO, 2004, p. 45) em que o problema do direito não seria mais tanto filosófico, mas jurídico, e até político, no sentido em que a discussão deve transcender as argumentações meramente descritivas de quais e quantos são tais direitos, devendo voltar-nos a discutir o modo mais seguro para garantir estes direitos.

Com efeito, a perspectiva sistêmica que vem tomando o direito exige uma nova postura metodológica. O antigo método de ideia holística do ordenamento jurídico ou do direito positivo dá lugar a uma ordenação que ainda se utiliza dos códigos, mas que se abre aos elementos externos, para a mobilidade da vida social, e aos valores constitucionais.

As cláusulas gerais têm papel fundamental para complementar a atividade jurisdicional e desenvolver o direito, acoplando valores fundamentais do sistema numa perspectiva total (MARTINS-COSTA, 2000, p. 25-27).

Os sistemas jurídicos que eram fechados aos elementos externos e se fechavam como sistemas fechados, abrem-se cognitivamente ao externo, mas operam internamente de forma fechada, por meio de utilização de instrumentos jurídicos como as cláusulas gerais e princípios jurídicos.

É salutar destacar que a tutela geral dos direitos de personalidade não seria considerada um princípio, mas uma cláusula geral que busca a concreção de princípios, como o da dignidade da pessoa humana. Todos os princípios precisam de concreção, e as cláusulas gerais servem como instrumentos para este fim, por meio de uma formulação de generalidade que permite uma lapidação casuística, observando a boa-fé, costumes, uso abusivo do direito, tráfico jurídico e afins, que apenas vão ser firmemente averiguados no caso concreto.

Assim, a cláusula geral consubstancia norma especial por permitir a concreção de princípios que se abrem aos elementos externos e são pontos de partida para formação da norma no caso concreto, que se dá pelo trabalho de hermenêutica. Portanto, pode-se concluir que as cláusulas gerais permitem a síntese judicial que se abre aos valores “éticos, sociológicos, históricos, psicológicos, ou até mesmo soluções advindas da análise comparativista, atuando tais critérios tradicionalmente tidos como extralegais através de verdadeiras ‘janelas’ consubstanciadas em tais cláusulas” (MARTINS-COSTA, 1991, p. 21-22).

Nessa toada, a cláusula geral dos direitos de personalidade seria da espécie extensiva. Judith (MARTINS-COSTA, 2018, p. 89) expõe que temos 3 espécies de cláusulas gerais: a) as restritivas, que buscam liminar e delimitar permissões; b) as regulatórias, que buscam regulamentar um bojo de casos; e c) as extensivas, que buscam ampliar determinada regulamentação, partindo de uma possibilidade semântica do texto.

Quanto ao texto inicial para a identificação da cláusula geral de caráter extensiva, destaca-se que o artigo 12, do Código Civil Brasileiro (BRASIL, 2002), assim dispõe: “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”. Observe-se que não se define de forma taxativa os direitos de personalidade nem as sanções possíveis, permitindo que uma janela de preenchimento semântico e de tutela à pessoa humana se abra, pensar o contrário traria o risco do direito em negligenciar os danos ocorrido à personalidade não previstos expressamente no texto legal.

Nesse diapasão, o artigo 12, do Código Civil, trata da “tutela geral dos direitos da personalidade, inclusive no âmbito preventivo, podendo o lesado socorrer-se das medidas processuais cabíveis”, em que o próprio artigo indica o não acolhimento exaustivo de direitos de personalidade, pois além da tutela geral, há sanções típicas em leis especiais, como a da lei de direitos autorais (CHINELLATO, 2012, p. 43).

Por derradeiro, também é fundamental destacar o princípio da proibição da proteção deficiente ou insuficiente. Conforme se observa, a Corte Constitucional Alemã, ao julgar um caso sobre direitos de personalidade na década de 1970, e outro em 1992, ventilou-se a possibilidade da prática de aborto. De conclusão do julgado, aponta-se que não basta o Estado se abster de praticar atos que atentem contra a vida humana, mas de também tutelar e promover a vida humana.

Assim, observa-se a necessária tutela dos direitos de

personalidade por uma cláusula geral ativa, não se limitando apenas as proteções expressamente positivadas. É, portanto, nesse sentido que Ingo (SARLET, 2009, p. 396) afirma que a proporcionalidade, como instrumento de controle dos atos comissivos ou passivos do poder público, atua tanto na omissão de atos excessivos que lesione direitos, quanto na atuação comissiva e proativa de proteção aos direitos.

Primaz apontar neste ponto que o contexto em que emerge o princípio da vedação à proteção deficiente ou insuficiente é o de crise de operacionalidade do direito. Uma causa desta crise é a insistência em legarmos os problemas sociais e jurídicos ao excessivo formalismo jurídico que marcou nossa história, aliado à incompreensão do direito como um todo, que deveria observar uma rede sistêmica de valores que buscam dar cumprimento aos objetivos justificadores do Estado Democrático – em que se concretizam as normas abstratas em busca da vontade axiológica do sistema (FREITAS, 1995, p. 54).

Dessarte, colocando-se em vista que o Estado Democrático de Direito moderno tem sua legitimidade e fim na dignidade e no desenvolvimento da pessoa humana, que devem ser perseguidos de forma omissiva e comissiva, numa perspectiva jurídica que supera a simples dedução ao enunciado positivo, os direitos de personalidade, sejam públicos ou privados, devem ser tutelados por meio de uma cláusula geral que permita a defesa e o fomento da pessoa que é a destinatária e a origem de todo o Direito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo geral da pesquisa foi traçar perspectivas de ruptura e continuidades dos direitos de personalidade, em caráter exploratório, sem a pretensão de realizar uma pesquisa historiográfica e exaustiva da história. Na primeira seção foi realizada uma análise do sistema grego, romano, da idade média e da idade

moderna, em que se pontuaram algumas discussões sobre a natureza jurídica, terminologia, conceituação, e outros aspectos que de uma forma ou de outra, são carreados na história do direito da civilização ocidental.

Na segunda seção, analisou-se a emergência de novas finalidades do direito, especialmente em decorrência de atrocidades humanas legitimadas pelo direito estritamente positivo, evidenciando a necessidade de uma nova estrutura jurídica para a tutela da pessoa humana em consonância com uma percepção de sistema aberto aos valores e elementos externos.

Neste sentido, a pesquisa verificou a cláusula geral de tutela dos direitos de personalidade permite a abertura para valores externos, e novas dinâmicas sociais, que permitem a tutela de atos excessivos, e concomitantemente uma postura ativa em defesa dos direitos de personalidade, reforçado pelo princípio da vedação da proteção deficiente.

Esta pesquisa fez ponderações quanto à tutela geral dos direitos de personalidade como necessários à proteção efetiva da pessoa humana. Em um contexto social cada vez mais complexo e que tem novas dinâmicas em intervalos cada vez menores, aguardar a positivação legislativa para tutelar cada situação da personalidade é dar vazão para tornar a pessoa vulnerável e enrijecer o sistema jurídico, o que fará com que cada vez mais não corresponda com os anseios e expectativas sociais.

Diante da pesquisa realizada, a fim de responder a pergunta: qual seria o alcance da tutela dos direitos de personalidade atual? A proteção dos direitos de personalidade deve partir das tutelas tipificadas, em hermenêutica dedutiva; caso a personalidade humana não encontre guarida na tipificação expressa, deverão os hermeneutas partirem da norma especial da cláusula geral dos direitos de personalidade, a fim de permitirem uma cognição aberta aos valores éticos, sociológicos, históricos, psicológicos e outros que se mostrem pertinentes para preencherem a semântica genérica da tutela e do que é pessoa, personalidade

e direito de personalidade; refletindo sobre a finalidade axiológica do Estado Democrático de Direito numa visão ampla, conectando uma lógica sistêmica na rede de seus institutos e categorias, para ao final, conceber uma resposta jurídica – operacionalmente fechada. Não são menores os desafios dos juristas e dos direitos de personalidade no século XXI.



REFERÊNCIAS

- AMARAL, Francisco. Racionalidade e sistema no Direito Civil brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v.31, n.121, p. 233-243, 1994. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176154/000482280.pdf?sequence=3&isAllowed=y>. Acesso em: 14 de mar. 2021.
- ARAÚJO, Vaneska Donato de. A gênese dos direitos da personalidade e sua inaplicabilidade à pessoa jurídica. *Tese (doutorado em Direito)* – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.
- ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. *Teoria geral do direito civil*. Coimbra: Almedina, 1999.
- BELTRÃO, Silvio Romero. *Direitos da personalidade de acordo com o Novo Código Civil*. São Paulo: Atlas, 2005.
- BERTONCELLO, Franciellen. *Direitos da personalidade: uma nova categoria de direitos a ser tutelada*. Maringá: Centro Universitário de Maringá, 2006.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. São Paulo: Saraiva, 2015.

- BOBBIO, Noberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: 2004.
- BOBBIO, Noberto. *O Positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1995.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.
- BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o *Código Civil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 27 de mar. 2021.
- CANTALI, Fernanda Borfhetti. *A dignidade da pessoa humana e a tutela geral da personalidade: tutela promocional para além da protetiva e o direito à privacidade em épocas de reality shows*. Porto Alegre: HS Editora, 2010.
- CAPELO DE SOUZA, V.A Rabindranath. *O Direito Geral da Personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.
- CHINELLATO, Silmara Juny. Comentários à Parte Geral – artigos 1º a 21 do Código Civil. In: Antonio Cláudio da Costa Machado (Org) Silmara Juny Chinellato (Coord) . *Código Civil Interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo*. Barueri: Manole, 2012.
- CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português: parte geral (volume 3)*. Coimbra: Almedina, 2004.
- CUPIS, Adriano de. *Os direitos da personalidade*. São Paulo: Quorum, 2008.
- DONEDA, Danilo. Os direitos da personalidade no Código Civil. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, n.6, p. 71-99, 2005.
- ENGEL, Pierre. La protection des donnés personelles: État de la législation et tendances de la jurisprudence em Suisse. *Revue internationale de droit compare*, v. 3, p. 627-52, 1987. Disponível em: https://www.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_1987_num_39_3_2730. Acesso em: 27 de mar. 2021.

- FRANÇA, Limongi Rubens. *Instituições de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. Porto Alegre: Malheiros, 1995.
- GONÇALVES, Diogo Costa. *Pessoa e direitos da personalidade: fundamentação ontológica da tutela*. Coimbra: Almedina, 2008.
- KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Lisboa: Edições 70, 2007.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- LEVI, Primo. *É isto um homem?* Rio de Janeiro: Rocco, 1988.
- LUZ, Igor Henrique dos Santos; BRITO, Jaime Domingues. Positivismo jurídico e os direitos da personalidade natural. *Revista Brasileira de Direito*, Passo Fundo, v.14, n.2, p. 236-254, 2018. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1812/1840>. Acesso em: 03 de abr. 2021.
- MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.
- MARTINS-COSTA, Judith. As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico. *Revista de informação legislativa*, Brasília, v.28, n.112, p. 13-32, 1991. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/175932>. Acesso em: 03 de abr. 2021.
- MARTINS-COSTA, Judith. Indivíduo, pessoa, sujeito de direitos: contribuições renascentistas para uma história dos conceitos jurídicos. *Cadernos do PPG em Direito UFRGS*, Porto Alegre, v.6, n.7 e 8, p. 13-49, 2007.

- MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um “sistema em construção”: as cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro. *Revista de informação legislativa*, Brasília, v.35, n.139, p. 5-22, 1998. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/383/r139-01.pdf?sequence=4>. Acesso em: 03 de abr. 2021.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. Ampliando os direitos da personalidade. *Saúde Pública*, São Paulo, v. 41, n. 5, 2007. Disponível em: https://www.academia.edu/9689598/Ampliando_os_direitos_da_personalidade. Acesso em: 29 de mar. 2021.
- MORAES, Maria Celina Bodin. *Danos à pessoa humana – uma leitura civil: constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- MORATO, Antonio Carlos. Quadro geral dos direitos da personalidade. *Revista Faculdade de Direito Universidade de São Paulo*, São Paulo, v.106, p. 121-158, 2012. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67941>. Acesso em: 03 de abr. 2021.
- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. *Revista dos Tribunais Online*, p. 1-50, 2011. Disponível em: <http://www.direitocontemporaneo.com/wp-content/uploads/2018/03/SARLET-Direitos-fundamentais-e-direito-privado.pdf>. Acesso em: 29 de mar. 2021.
- SARMENTO, Daniel. A normatividade da Constituição e a

- Constitucionalização do Direito Privado. Rio de Janeiro: *Revista da EMERJ*, v.6, n.23, 2003. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista23_272.pdf. Acesso em: 29 de mar. 2021.
- SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2013.
- SIQUEIRA, D. P.; OLIVEIRA, E. A.; ZANINI, L. E. A.; FRANCO JR., R. M. Os direitos da personalidade em face da dicotomia direito público – direito privado. *Revista de Direito Brasileira*, v. 19, p. 208-220, 2018. Disponível em: <http://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/3203/3534>. Acesso em: 27 de mar. 2021.
- SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.
- TEPEDINO, Gustavo. Cidadania e os direitos da personalidade. *Revista Jurídica Notadez*, Porto Alegre, n.51. v. 305, p. 24-39, 2003.