

DAS FRONTEIRAS À INTERLOCUÇÃO ENTRE OS DIREITOS DA PERSONALIDADE, OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E OS DIREITOS HUMANOS: ELEMENTOS PARA A CONSTRUÇÃO DA SUBJETIVIDADE

Joyceane Bezerra de Menezes*

Camila Figueiredo Oliveira Gonçalves**

***SUMÁRIO:** Introdução; 1.1 A Pessoa Humana – Um Sujeito em Movimento e para Além dos Códigos; 2 O Direito Geral de Personalidade – A Possibilidade de Autodeterminação e a Garantia de Bens Essenciais à Subjetividade; 3 A Interlocução entre os Direitos da Personalidade, os Direitos Fundamentais e os Direitos Humanos; Considerações Finais; Referências.*

RESUMO: O trabalho desenvolve discussão no plano dos direitos da personalidade, com o fim de analisar suas fronteiras em relação aos direitos fundamentais e humanos. Destaca que a disciplina da pessoa escapa à moldura estanque das codificações oitocentistas, especialmente em vista da capacidade de autodeterminação. Nesse processo de construção da subjetividade, o sujeito está protegido pela cláusula geral de tutela presente na ordem civilista a partir da influência dos princípios constitucionais e da própria plataforma de direitos humanos. Em vista disso, registra-se uma forte correlação entre os direitos da personalidade, os direitos fundamentais e os direitos humanos que delinea espaços comuns de tutela da pessoa, sem, no entanto, subtrair a autonomia de cada uma dessas categorias.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos da Personalidade; Direitos Fundamentais; Direitos Humanos; Autodeterminação; Cláusula Geral de Tutela da Pessoa Humana.

* Doutora em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco - UFPE; Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará - UFCE; Docente Adjunto do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu – Mestrado/Doutorado em Direito da Universidade de Fortaleza - UNIFOR, onde ministra a disciplina de Direito de Personalidade; Docente Adjunto da Universidade Federal do Ceará – UFCE. E-mail: joyceanebezerra@hotmail.com

** Mestranda em Direito pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR; Graduada em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará - UFC; Membro do Grupo de Pesquisa de Direito Constitucional nas Relações Privadas da Universidade de Fortaleza - UNIFOR, desenvolvendo pesquisas na área de Direito Civil ligadas aos Direitos da Personalidade e ao Direito de Família, com ênfase na tutela da pessoa; E-mail: goncalves_camila@hotmail.com

FROM THE BORDER TO INTERLOCUTION BETWEEN THE RIGHTS OF THE PERSON, BASIC RIGHTS AND HUMAN RIGHTS: ISSUES FOR THE CONSTRUCTION OF SUBJECTIVITY

ABSTRACT: The rights of the person are discussed to analyze their frontier with regard to fundamental human rights. It should be emphasized that the discipline on the person cannot be framed within the compartments of 18th century codifications, especially with regard to self-determination. In the wake of the construction of subjectivity, the subject is protected by the general tutelage clause in the civil order derived from constitutional principles and human rights. There is therefore a deep relationship between the right of the person, fundamental rights and human rights. They all show the person's common tutelage spaces without the autonomy of each category.

KEYWORDS: Rights of the person; Fundamental rights; Human rights; Self-determination; General tutelage clause of the human person.

DE LAS FRONTERAS A LA INTERLOCUCIÓN ENTRE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD, LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LOS DERECHOS HUMANOS: ELEMENTOS PARA LA CONSTRUCCIÓN DE LA SUBJETIVIDAD

RESUMEN: El trabajo desenvuelve discusión en el plan de los derechos de la personalidad, en el intento de analizar sus fronteras en relación a los derechos fundamentales y humanos. Destaca que la disciplina de la persona huye a la moldura estanque de las codificaciones ochocentistas, especialmente bajo la capacidad de autodeterminación. En ese proceso de construcción de subjetividad, el sujeto está protegido por la cláusula general de tutela presente en el orden civilista a partir de la influencia de los principios constitucionales y de la propia plataforma de derechos humanos. Desde esa perspectiva, se registra una fuerte correlación entre los derechos de personalidad, los derechos de personalidad y los derechos humanos que delinea espacios comunes de tutela de la persona, sin quitar la autonomía de cada una de esas categorías.

PALABRAS-CLAVE: Derechos de la Personalidad; Derechos Fundamentales; Derechos Humanos; Autodeterminación; Cláusula General de Tutela de la Persona Humana.

INTRODUÇÃO

Tratar dos direitos da pessoa é, sem dúvida, tocar no tema da autodeterminação. Em apertada síntese, todas essas categorias de direitos (humanos, fundamentais e da personalidade) visam o desenvolvimento da pessoa, ainda que pela tutela de bens específicos. A despeito de a *autodeterminação* suscitar debates nas mais variadas searas do Direito e nos diversos campos da ciência, no plano do Direito Civil-Constitucional tem imediata correlação com os direitos da personalidade e com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, substrato dos direitos fundamentais e dos direitos humanos. Diz respeito ao poder que tem o sujeito de decidir aspectos de sua vida privada e social, construindo a sua própria biografia.

Autodeterminação e capacidade jurídica não são sinônimas. Em que pese uma pessoa não gozar da capacidade jurídica de exercício, terá alguma senda para o exercício da autodeterminação, sem a qual não realiza a sua subjetividade. Nesse aspecto, a criança e até mesmo o amental têm autodeterminação. É possível que, para a proteção da pessoa, essa autodeterminação não autorize a celebração de todas as relações jurídicas. Daí as possibilidades de restrição legal no plano da capacidade civil de exercício e a consequente ascendência do poder familiar, da tutela ou da curatela.

Na ambiência do Direito Civil Publicizado ou do Direito Civil-Constitucional, expressão cunhada no pós-guerra para expressar a proposital simbiose entre o público e o privado, a pessoa é cercada da proteção de princípios constitucionais que fortalecem os princípios ou cláusulas gerais do direito civil. É dessa aproximação entre *a praça e o jardim*, utilizando a construção de Nelson Saldanha, que exsurgem os direitos da personalidade como mecanismos especiais ou gerais de tutela.

A par do reconhecimento dos direitos especiais da personalidade, previstos em *fattispecie* para permitir a proteção jurídica de certos bens da pessoa como o corpo, o nome, a imagem, a honra, a privacidade, não há como obnubilar a existência do direito geral de personalidade no Brasil. É um direito emergente da articulação dos direitos fundamentais, indispensável à integral proteção da personalidade nas diversas fases e circunstâncias pelas quais o sujeito pode passar.

É certo, porém, que persiste uma divisão doutrinária entre aqueles que se enfeixam na teoria pluralista, sustentando a existência de uma diversidade de

direitos especiais de personalidade, descritos em *numerus clausus*, e aqueles que reconhecem um direito geral de personalidade, na defesa de uma teoria monista. O Código Civil Português prevê expressamente a *Tutela geral da personalidade* no art.70, filiando-se a última corrente. O Código Civil Brasileiro não faz essa alusão expressa ao direito geral de personalidade, optando por elencar alguns direitos especiais de personalidade entre os arts. 11 e 21. Contudo, a considerar a ampla possibilidade ressarcitória assentada no art. 927, *caput* e parágrafo único do mesmo Código, é de se acreditar na presença de uma verdadeira cláusula geral de tutela da pessoa. Por esta razão são muitos os civilistas brasileiros que a reconhecem no sistema. Extraem os seus pressupostos daqueles dispositivos do Código Civil em articulação com a plêiade de direitos fundamentais assentados na ordem constitucional, notadamente o direito geral de liberdade (art. 5º, inc. II) e o direito fundamental à igualdade (art. 5º, inc. I), considerando ainda o princípio da dignidade da pessoa humana.

Se os direitos especiais de personalidade capitulados em *fattispecie* pelo Código Civil Brasileiro já são assemelhados aos direitos fundamentais, mais ainda seria a cláusula geral de tutela da pessoa, que também tem fina proximidade com os direitos humanos. Assim, destacando a importância da pessoa como sujeito de sua própria história e como agente transformador na coletividade, importa compreender essas três categorias jurídicas que lhe resguardam especial proteção: direitos humanos, direitos fundamentais e direitos da personalidade, perscrutando sobre a sua definição, fronteiras, especificidades e finalidade.

O propósito desta análise visa sustentar que, apesar de cada uma das categorias posta em foco guardar singularidades que lhe confere autonomia, todas se prestam à defesa da pessoa, auxiliando-a no processo de construção de sua subjetividade. Já se antecipa que a discussão visa facilitar a compreensão daqueles que se iniciam no estudo da temática, sem a pretensão de apontar uma fronteira estanque entre as três classes de direitos. Tentativa desse jaez seria despicienda e incompatível com a orientação epistemológica da Ciência do Direito na era da modernidade reflexiva. Feitas essas considerações prévias, para o desenvolvimento do estudo parte-se da demarcação conceitual da pessoa, destinatário desses direitos, pela contemplação não apenas da dogmático-jurídica nacional e comparada, mas também das contribuições da antropologia, da psicanálise e da filosofia para, em seguida, destacar o direito geral de personalidade como uma verdadeira cláusula da autodeterminação e

da busca do *fulfilment*. Ao final, são analisadas as fronteiras e a interlocução dessas categorias jurídicas como garantes da construção da subjetividade.

1.1 A PESSOA HUMANA – UM SUJEITO EM MOVIMENTO E PARA ALÉM DOS CÓDIGOS

Por óbvio, os direitos da personalidade têm por referência básica a pessoa e sua personalidade. Correspondem àqueles direitos sem os quais a sua condição da pessoa restaria esvaziada. Para Adriano De Cupis (2008, p. 24), os direitos da personalidade são aqueles que dão conteúdo à personalidade, constituindo-lhe um mínimo necessário.

Consultando os clássicos da doutrina nacional e portuguesa, tem-se por pessoa o sujeito de direito. Mas, o que seria sujeito de direito?

As codificações oitocentistas, apegadas ao ideal positivista e liberal-burguês de sistematizar a vida real em *fattispecie* e categorias abstratas, definiam sujeito de direito como o titular de liberalidades e faculdades atribuídas pelo próprio sistema. Define-se: “sujeito de direito é a pessoa a quem a lei atribui a faculdade ou a obrigação de agir, exercendo poderes ou cumprindo deveres” (GOMES, 2010, p. 108). Observavam-se exclusivamente as questões formais atinentes à capacidade, legitimidade e titularidade. Eram as regras jurídicas que informavam os entes que poderiam ser titulares de direitos.

No plano formal, Ascensão (2000, p. 43) esclarece pontualmente: “tudo se limita a qualificar ‘pessoas’ quaisquer entidades a quem as regras jurídicas atribuem a suscetibilidade de titularidade de posições jurídicas. Prosseguindo na formalização, acentuou-se a arbitrariedade do legislador, que determinaria quais os entes que deveriam ser ou não personificados”. Por esta via, sujeito e pessoa seriam a mesma realidade. Como a norma também define o marco inicial e final da existência da pessoa, os seres na fase pré-natal¹, assim como os falecidos não caberiam no designativo de sujeito tampouco de pessoa, logo não teriam personalidade.

Essa percepção deriva imediatamente do pensamento iluminista onde se sustentava a ideia da pessoa humana “como um indivíduo totalmente centrado,

¹ O ordenamento brasileiro põe a salvo os direitos do nascituro expressamente no art. 2º do Código Civil. O direito a vida, previsto no art. 5º da Constituição, também funciona para defesa do nascituro. Explorando o tema, ver MENEZES, Joyceane Bezerra de. A vida e a dignidade da pessoa humana na fase pré-natal: uma defesa da personalidade do nascituro. (In: _____ (Org.). **Dimensões jurídicas da personalidade na ordem constitucional brasileira**. Florianópolis, SC: Conceito, 2010.)

unificado, dotado das capacidades de razão, de consciência e de ação, cujo centro consistia num núcleo interior, que emergia pela primeira vez quando o sujeito nascia e com ele se desenvolvia, ainda que permanecendo essencialmente o mesmo – contínuo ou idêntico a ele – ao longo da existência do indivíduo” (HALL, 2011, p. 10-11). De certo modo, cancelava-se a percepção de uma essência estática na composição da pessoa, em oposição à sua manifestação como um sujeito histórico ou mesmo como um sujeito pós-moderno.

A ideia iluminista de sujeito acaba por alimentar a concepção jurídico-dogmática da pessoa, sujeito de direitos. O ápice do formalismo conceitual está em Kelsen (2009, p. 194) para quem a pessoa é uma construção das regras jurídicas, senão veja-se a transcrição:

A chamada pessoa física não é, portanto, um indivíduo, mas a unidade personificada das normas jurídicas que obrigam e conferem poderes a um e mesmo indivíduo. Não é uma realidade natural, mas uma construção jurídica criada pela ciência do Direito, um conceito auxiliar na descrição de fatos juridicamente relevantes. Neste sentido, a chamada pessoa física é uma pessoa jurídica (juristische Person).

Nesse caso, a pessoa é uma entidade que intervém nas relações jurídicas. E assim, a relação entre o sujeito e certo direito ou dada obrigação é oferecida pela própria titularidade. O exercício do direito e/ou obrigação se justifica pela capacidade e pela legitimação. A capacidade representa o direito ao gozo e exercício em abstrato enquanto a legitimidade faz referência a quem, em concreto, está em condição de agir para exigir o direito. O titular do direito é aquele que tem a capacidade. Mas a legitimidade para exigir tal direito pode até recair sobre pessoa diversa da pessoa do respectivo titular (GOMES, 2010, p. 108). Veja, porém, que a capacidade se biparte em capacidade de gozo e de exercício e, por esta via, todas as pessoas, inclusive as crianças, os amentais e os idosos teriam capacidade de gozo na medida em que sujeitas a uma situação colorizada por certa norma. Talvez, pela eventual ausência de capacidade de exercício, não possam apenas demandar judicialmente para a preservação desse direito.

No entanto, em todas as hipóteses, ainda lhes seriam reconhecida a personalidade, atributo intrínseco da pessoa e que lhe faz, no plano da

ordem jurídica, um sujeito de direito². É nessa medida que se pode sustentar a autodeterminação da pessoa, ainda que desprovida de capacidade civil. A seguir, pretende-se apurar os fundamentos para essa hipótese.

Caracterizada pela natureza racional, a personalidade humana se compõe a partir de uma montagem antropológica que envolve três elementos: a individualidade, a subjetividade e a personalidade (SUPIOT, 2006, p. 15). Cada homem é um indivíduo singular, exclusivo e irrepetível³ embora guarde semelhanças com os demais da espécie. Graças à razão, é um sujeito soberano, dono de uma vontade e de uma capacidade reflexiva e criadora, muito embora esteja subordinado à lei comum. É pessoa por congrega dupla dimensão: corpo e espírito – a sua existência física material e a sua inteligência criacional capaz de superar sua finitude.

O homem, indivíduo e sujeito, age, se comunica e cria. Nasce apenas em referência aos sentidos, mas, ingressando no mundo, ressignifica as palavras e os objetos que o cercam pela capacidade de domínio da linguagem (SUPIOT, 2006, p. 6). Mas também é submetido à lei da natureza cuja coerção máxima é a morte. Por toda a sua vida, o homem busca interferir nos processos naturais, muitas vezes, na tentativa de subjugar a natureza à sua existência, mas não consegue se subtrair de todos os efeitos da lei comum, haja vista a falibilidade diante da morte. Inobstante, pela personalidade, articula sua dimensão temporal (biológica), de existência falível, com a sua dimensão espiritual, racional, criativa, na tentativa de revelar sua vivência individual na história das futuras gerações e da Humanidade.

Dessa articulação com o mundo exterior se percebe a emergência de uma dimensão sociológica do sujeito que denuncia a insuficiência daquele núcleo interior proposto pelo pensamento iluminista. Na construção de sua subjetividade, o homem influencia e é influenciado pelas outras pessoas, de

² Nota-se, porém, que a legislação também demarca o termo inicial e final da existência da pessoa, colacionando mais um aspecto formal à existência real. No Brasil, a existência da pessoa natural começa do nascimento, com a vida, e termina com a morte. Veja que há uma escolha do legislador civilista em demarcar o período vital de um ser humano no qual ele é considerado pessoa.

³ No mesmo sentido, Adriano de Cupis assevera que o indivíduo, como unidade de vida social e jurídica, precisa afirmar a sua individualidade, de modo a distinguir-se dos demais: “O bem que satisfaz essa necessidade é o da identidade, o qual consiste, precisamente, no distinguir-se das outras pessoas nas relações sociais. Poderia ser colocada a questão de saber se tal bem deve preceder na hierarquia dos modos de ser morais da pessoa, os bens da honra e resguardo, mas não sofre dúvida a sua grande importância, pois o homem atribui grande valor, não somente ao afirmar-se como pessoa, mas como uma certa pessoa, evitando a confusão com os outros.” (CUPIS, op. cit., 2008, p.179)

sorte que ele se forma e se modifica “num diálogo contínuo com os mundos culturais exteriores e as identidades que esses mundos oferecem (HALL, 2011, p. 11-12). Nesse sentido, a construção da subjetividade também é um fenômeno cultural e histórico.

O Estado seria um forte garante dessas montagens antropológica e sociológica caracterizadas pela unidade e pela contradição. Enquanto indivíduo é único, é também semelhante; enquanto é sujeito soberano, é também sujeitado e, enquanto pessoa é carne e osso e também espírito – finito e infinito.

Além das estruturas antropológica tridimensional e sociológica acima desveladas, a personalidade também é observada de modo peculiar por outras ciências, sem um completo distanciamento da conclusão final apresentada por Supiot (2006) e Hall (2011). Na psicanálise de Freud, a personalidade é composta de três grandes sistemas: o *id*, o *ego* e o *superego*. O *id* é o sistema original, nele encontram-se os instintos e tudo o que foi herdado psicologicamente; o *ego* busca o equilíbrio, decide quais os instintos que devem ser satisfeitos, quais ações devem ser realizadas e quais direções devem ser tomadas; por fim, o *superego* é o representante interno dos valores sociais, que age segundo um sistema de recompensas e castigos, estabelecido por parâmetros morais da sociedade (SOUSA, 1995, p. 110).

A partir dos critérios biopsicológicos, Capelo de Sousa (1995, p. 111) reitera a personalidade no seu caráter “unitário, dinâmico, ilimitável em si mesmo e individualizado”. Tais características são reafirmadas por Giselle Groeninga (2006, p. 446), em uma análise psicanalítica, que aborda a personalidade como “a condição ou maneira de ser da pessoa”, “a organização mais ou menos estável, que a pessoa imprime à multiplicidade de relações que a constituem”. Para essa autora, a personalidade é construída pela combinação de fatores hereditários, constitucionais e pelas experiências passadas e presentes que, por estarem em continuidade, conferem a ela um sentido dinâmico de constante desenvolvimento do ser e do vir a ser.

Sob o prisma ético-filosófico, o pensamento kantiano coteja as duas dimensões do homem, uma representada na sua dimensão física (*homo phoenoumenon*) e outra que o posiciona como um sujeito de razão prático-racional (*homo noumenon*). Pretendia Kant (1873, p. 57) delimitar a existência animal e a existência racional do homem. *In verbis*,

Puesto que en la ciencia de los deberes el hombre

puede y debe ser representado como una personalidad independiente de las determinaciones físicas (*homo noumenon*) en cuanto á su libertad, facultad que está por completo fuera del alcance de los sentidos, y por lo tanto tambien en cuanto á sua humanidad, en contraposition al hombre considerado como sujeto á estas determinaciones (*homo phoenomenon*).

A capacidade criativa e a autodeterminação seria atributo do *homo noumenon*, titular de dignidade, muito embora ambas as dimensões *homo noumenon* e *homo phoenomenon* não possam ser seccionadas, vez que o conjunto perfaz o ser humano digno da tutela jurídica. Na explicação de Junges (2004, p. 23-24), o hiperdesenvolvimento e a complexificação de qualidades vivas e animais são características humanas indiscutíveis. Pelo espírito, o homem se torna metaanimal, hipercomplexificando à sua animalidade pela evolução biológica, psíquica, social e espiritual. Tratam-se aqui do que Morin (2003, p. 37) chama de dimensões animal e metaanimal do homem.⁴

Portanto, deduz-se que há caracteres comuns que tornam iguais todos os homens (*homo phoenomenon*), mas que não lhes retiram os caracteres individuais que os tornam únicos e irrepetíveis da sua metaanimalidade, confirmando a intersecção perene entre a sua personalidade e a realidade circundante. Pois, “embora individualizado, não é um ser isolado, mas em permanente relação, com o mundo e consigo mesmo, assumindo aí especial relevo o mundo de valores a que ele aderiu, a ponto de lhe reestruturar, moldar e significantizar a personalidade (Personalität)” (SOUSA, 1995, p. 112).

Junges (2006, p. 24) afirma a existência do ser humano sob a tríade: indivíduo, espécie e sociedade. E a esse trinômio se acrescenta a dimensão da humanidade, tal qual propõe Edgar Morin (2003, p. 37). É pela consciência humanística e ética de pertença à espécie humana que se dá a abertura para a alteridade, para o reconhecimento do outro como um igual. Nesta medida, é reconhecida a todos os homens a igual dignidade; até mesmo os amentais teriam igual dignidade, ainda que totalmente desassistidos da razão.

Todas as noções acima colacionadas contribuem para a concepção jurídica da personalidade e não se afastam da montagem antropológica

⁴ Como explica Morin, “Trazemos, dentro de nós, o mundo físico, o mundo químico, o mundo vivo, e, ao mesmo tempo, deles estamos separados por nosso pensamento, nossa consciência, nossa cultura. Assim, Cosmologia, ciências da Terra, Biologia, Ecologia permitem situar a dupla condição humana: natural e metanatural” (2003, p. 37).

apresentada por Supiot (2006). Vê-se nessa composição, uma notável influência do personalismo e do solidarismo de inspiração cristã associados, no pós-guerra, ao espiritualismo católico, firmado no cristianismo social moderno; no existencialismo e no marxismo, na conformação do direito ocidental, no qual o princípio da tutela da pessoa representa o fundamento de legitimidade do ordenamento e soberania do Estado (PERLINGIERI, 2008, p. 461).

A pessoa é compreendida não apenas numa perspectiva insular⁵, na qual se enxerga o indivíduo, mas também e principalmente, na dimensão intersubjetiva e solidária de “zelo para com o outro”, de igualdade de afirmação dos direitos fundamentais de todos, de livre desenvolvimento pessoal. Na advertência de Fachin (2006, p. 46) “o ser humano, portanto, somente pode ser apreendido pelo Direito, em sua dimensão coexistencial, ressaltando o valor da solidariedade”.

Não sem razão, Perlingieri (2008, p. 464) lembra que a tutela da pessoa como um indivíduo pré-social, inspirada nas visões liberais-individualistas, amplia o isolamento social do indivíduo, esmaecendo a importância das relações com os outros para a formação e desenvolvimento da personalidade. Assim, propõe uma tutela da personalidade que perceba o indivíduo como um ente inserto em uma comunidade, cujo mister principal é favorecer-lhe o desenvolvimento, a realização do *valor pessoa*. Defende a concepção de pessoa inseparável da ideia de solidariedade, aqui compreendida para além dos fins econômicos, mas também em face dos fins políticos e sociais. De sorte que a solidariedade, explica Perlingieri (2008, p. 462), venha a exprimir a cooperação e a igualdade na afirmação dos direitos fundamentais de todas as pessoas. Ou seja, no processo de coexistência do homem em sociedade, o Direito deve assegurar uma igualdade substancial a todos os homens, pela superação do individualismo abstrato centrado no patrimônio e ascensão do solidarismo jurídico. A solidariedade seria uma prima-irmã da alteridade.

Esse entendimento do professor italiano tem correspondência na ordem constitucional brasileira pela conjugação dos artigos 1º, inciso III, e

⁵ Para Antônio Junqueira de Azevedo a concepção insular é antropocêntrica e subjetivamente fechada, considerando o homem simplesmente autoconsciente e racional, sendo inapta a garantir juridicamente o ser humano. Isso porque o conceito está imbricado à noção de autonomia individual e não se reajusta em prol da pessoa na busca de uma qualidade de vida real e concreta, desconsiderando o lugar do homem na natureza e ainda a capacidade dele “de sair de si, reconhecer no outro um igual, usar a linguagem, dialogar e ainda, principalmente”, “sua vocação para o amor como entrega espiritual a outrem”. (Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. *Revista USP*, São Paulo, n.53, mar./maio 2002, p. 92)

3º, inciso I, nos quais se prevê a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental e a solidariedade social como objetivo da República, associados ao direito geral de liberdade e ao direito fundamental à igualdade. Cita-se ainda o art. 170 da Constituição Federal, no qual se listam os objetivos da ordem econômica, induzindo-se o mercado a um comportamento conforme a solidariedade social. Na ordem jurídica, pois, há normas concretas impondo ações solidaristas às comunidades intermediárias e ao mercado, no sentido de promover o desenvolvimento da pessoa.

A doutrina brasileira e os próprios tribunais⁶ são majoritariamente favoráveis à incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas. Logo, mais um vetor que reafirma o aspecto solidarista que acompanha a pessoa na sua interação social, seja em face das comunidades intermediárias, como a família, a escola, as associações, seja em face do mercado, que sofre imposições próprias por normas de direito público e por normas cogentes do direito privado.

Todos os segmentos da sociedade estão vinculados ao dever de respeito à dignidade da pessoa humana, sustentáculo dos direitos de personalidade que podem ser representados aqui no amplo direito à autodeterminação. É preciso promover essa autodeterminação, sem a qual não se terá permitido o livre desenvolvimento da personalidade emanada da dignidade e da liberdade (GARCIA, 2007, p. 117). Em outras palavras, o *valor pessoa* (PERLINGIERI, 2007, p. 155) torna-se o valor primeiro não só do Estado, mas de toda a sociedade, favorecendo a realização da personalidade.

2 O DIREITO GERAL DE PERSONALIDADE – A POSSIBILIDADE DE AUTODETERMINAÇÃO E A GARANTIA DE BENS ESSENCIAIS À SUBJETIVIDADE

⁶ Sobre o posicionamento do Supremo Tribunal Federal acerca da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, Daniel Sarmento traz estudo dos julgamentos de forma cronológica ilustrando o amadurecimento da Corte na tratativa do assunto. Nas decisões anteriores à Constituição de 1988, informa o autor, havia uma predileção pela doutrina clássica alemã que limitava a eficácia dos direitos fundamentais à relação particular-Estado. Após a promulgação da Constituição de 1988, primeiramente, ocorreu o reconhecimento implícito da eficácia direta, sem a devida problematização, para somente no ano de 2005 o STF tecer análise teórica sobre o tema no Recurso Extraordinário n.º 201.819-8 da 2ª Turma. Atualmente, apesar de dissenso no órgão colegiado, parece sedimentada a corrente da aplicação direta dos direitos fundamentais para resolução de litígios entre os particulares. (SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (Coords). **Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal**: balanço e crítica. Rio de Janeiro, RJ: Lumen Juris, 2011, p.131 e ss.).

O direito geral de personalidade implica na própria cláusula geral de tutela da pessoa, cujo objetivo macro é resguardar o processo de autoconstrução que decorre, especialmente da autodeterminação ético-existencial. Na dicção de Oliveira (2002, p. 96), a autonomia ético-existencial corresponde ao “conjunto de princípios materiais em que se enunciam as condições concretas da dignidade da pessoa humana”. Integra a autonomia privada, faculdade do agente de “praticar um ato jurídico, determinando-lhe o conteúdo, forma e efeitos” (AMARAL, 2000, p. 338).

Incumbe a cada indivíduo formular as escolhas de vida que levarão ao desenvolvimento pleno da personalidade. A Corte Interamericana de Direitos Humanos há muito reconhece a proteção jurídica conferida ao projeto de vida (v. Loayza Tamayo *versus* Peru, Cantoral Benavides *versus* Peru), que indubitavelmente faz parte do conteúdo existencial da dignidade da pessoa humana. Sobre esse ponto, Antônio Augusto Cançado Trindade, em razão do caso Gutiérrez Soler *versus* Colômbia, julgado em 12 de setembro de 2005, afirma que:

Todos vivimos en el tiempo, que termina por consumirnos. Precisamente por vivirmos en el tiempo, cada uno busca divisar su proyecto de vida. El vocablo “proyecto” encierra en si toda una dimensión temporal. El concepto de proyecto de vida tiene, así, un valor esencialmente existencial, ateniéndose a la idea de realización personal integral. Es decir, en el marco de la transitoriedad de la vida, a cada uno cabe proceder a las opciones que le parecen acertadas, en el ejercicio de plena libertad personal, para alcanzar la realización de sus ideales. La búsqueda de la realización del proyecto de vida desvenda, pues, un alto valor existencial, capaz de dar sentido a la vida de cada uno. Es por eso que la brusca ruptura de esta búsqueda, por factores ajenos causados por el hombre (como la violencia, la injusticia, la discriminación), que alteran y destruyen de forma injusta y arbitraria el proyecto de vida de una persona, revístese de particular gravedad, - y el Derecho no puede quedarse indiferente a esto. La vida - al menos la que conocemos - es una sola, y tiene un límite temporal, y la destrucción del proyecto de vida acarrea un daño casi siempre verdaderamente irreparable, o una u otra vez difícilmente reparable.

Assim, o direito geral de personalidade pode ser interpretado como um direito de autodeterminação ético-existencial, na realização do seu projeto de vida, nas escolhas que pode fazer. Por isso, a liberdade é peculiar ao desenvolvimento da personalidade, representando um importante pressuposto para a autodeterminação do sujeito na realização de suas potencialidades (GARCIA, 2007, p. 117). E a liberdade se explica pela ausência de impedimentos (DE CUPIS, 2008, p. 25). Segundo Alexy (2008, p. 234), o direito geral de liberdade estabelece o direito a que o Estado não dificulte ou não embarace o seu exercício.

Mas essa liberdade deve ser compreendida com temperanças e desvinculada do caráter individualista do liberalismo. Se à época das codificações oitocentistas havia uma sinonímia entre liberdade e autonomia privada, mediante total desligamento do princípio da igualdade, que era assegurado apenas no aspecto formal (MORAES, 2003, p. 102), hoje essa liberdade tem profundas conexões com a igualdade material e com a fraternidade/solidariedade.

A liberdade que outrora legitimava os abusos do proprietário e do contratante, desprestigiando o homem sem posses, capaz de afastar da seara privada os interesses públicos e comunitários, assume nova feição. A liberdade que se exerce no ambiente de alteridade encontra limites no outro, em vista do princípio da solidariedade. Na seara contratual, por exemplo, a liberdade se atrela ao dever geral de zelo pelo interlocutor – a cláusula geral da boa-fé, a função social. Como simplifica Giorgianni (1988, p. 42), a liberdade individual e a necessidade social começaram a se equalizar e as diretrizes constitucionais favorecem essa interlocução. Em vista do valor pessoa que se embrenha na sistemática jurídica do pós-guerra, exurgem os direitos da personalidade na ambiência civilista.

É bem certo que essa categoria de direitos foi alvo de severas críticas. A doutrina clássica repudiou os direitos de personalidade em vista da impossibilidade epistemológica de sua conformação enquanto direito subjetivo (ENNECCERUS, 1934, p. 307). Se a personalidade era aquilo que emprestava ao sujeito a capacidade de ser titular de direitos, como poderia, ao mesmo tempo, ser objeto de direito? Não se admitia a construção jurídica una do homem em contraposição àquela construção dogmática convencional que o bipartida em sujeito e respectivo direito, sendo a personalidade compreendida somente como “aptidão genérica para adquirir direitos e contrair deveres” (PEREIRA, 2006, p. 213).

No entanto, conforme adverte Moraes (2010, p. 126), a transposição do arranjo dos direitos subjetivos das relações patrimoniais não se ajusta às relações existenciais. A dualidade direito e objeto de direito típica do esquema do direito subjetivo não se adéqua aos casos em que se tutela o homem, porque tanto um como o outro repousam na própria pessoa.

Tepedino (2001, p. 27) sinaliza que a premissa dessas teorias negativistas dos direitos da personalidade logo foi posta em cheque, haja vista que a natureza multifacetada da personalidade se apresenta tanto sob o viés objetivo quanto o subjetivo. Aquele teria o condão de habilitar, dentro da perspectiva dos direitos subjetivos, o sujeito como titular de direitos e/ou obrigações, enquanto este seria o conjunto de características e atributos da pessoa humana, compreensíveis como objeto da proteção jurídica por meio dos direitos da personalidade.

Em virtude da dificuldade da dogmática tradicional em compatibilizar o direito de personalidade à estrutura do direito subjetivo, refugou-se a sua capitulação mais detida entre os institutos do Direito Civil (ALVES, 2012).

No entanto, na contemporaneidade é premente a funcionalização dos institutos jurídicos e a criação de novas alternativas para a efetiva proteção da pessoa humana para além da figura dos direitos subjetivos. Analisando a questão, Perlingieri (2007, p. 121) relembra a origem dos direitos subjetivos, orquestrados para “expressar um interesse individual e egoísta, enquanto que a noção de situação subjetiva complexa configura a função da solidariedade presente ao nível constitucional.”

Por isso, a taxação dos direitos da personalidade por meio de direitos subjetivos não se adéqua ao momento em que a proteção da dignidade do homem é objetivo especial do Direito. Para Cunha (2006, p. 24), “a redução destes direitos paradigmáticos no novo ordenamento jurídico a poderes ou faculdades de exigir ou pretender... consoante a típica definição do direito subjectivo, parece parco para os captar na sua integralidade.”

Relembrando a análise de Giddens (1991) sobre a modernidade reflexiva, é de considerar que o desenho das relações sociais e jurídicas se expandiu e já não cabe na estrutura dos direitos subjetivos. As pessoas se entrecruzam nas redes sociais, a intimidade é relativizada pela vigilância e a identidade já não é unificada. O sujeito fragmentado é confrontado por uma multiplicidade de identidades possíveis com as quais se identifica temporariamente, na medida em que os sistemas de significação e de representação cultural também se multiplicam (HALL, 2011, p. 13). Ante a ausência de uma identidade unificada

do nascimento à morte, permite-se a apropriação do gênero diverso da expressão biológica, a redesignação sexual e a união entre pessoas do mesmo sexo. Enfim, tais mudanças demandam ajustes para os institutos tradicionais do Direito.

Retomando-se a lição de Perlingieri (2007, p. 34), “não é suficiente, portanto, insistir na afirmação da importância dos ‘interesses da personalidade no direito privado’”; é necessária a predisposição para reconstruir o Direito Civil com uma tutela qualitativamente diversa da plêiade de dispositivos zelosos da propriedade. Esse realinhamento do direito civil para acompanhar a tutela do sujeito pós-moderno passa, sem dúvida, pelo reconhecimento do direito geral de personalidade e pelo reconhecimento do perfil funcional de cada instituto.

A proteção integral de um sujeito multifacetado não se materializa pela articulação da tutela de bens pontuais. Não sem razão, a proteção da personalidade do homem nos diversos países ocidentais se faz pela cláusula geral de tutela e não apenas por um *numerus clausus* direitos especiais (SOUSA, 1995, p. 84) ⁷.

No Brasil se o capítulo *Dos Direitos da Personalidade* do “novo” Código Civil⁸ for analisado isoladamente levará a conclusão de que o legislador ordinário optou por elencar apenas alguns direitos especiais de personalidade: o direito ao corpo (arts. 13 a 15), o direito ao nome (art. 16 a 19), o direito à honra (art. 17 e 20), o direito à imagem (art. 20) e o direito à privacidade (art. 21). No entanto, observado o sistema jurídico pátrio há de se admitir a existência de uma cláusula geral de tutela da pessoa humana tanto pelo direito geral de reparação do dano (art. 927, *caput* e parágrafo único) quanto pela

⁷ O texto, *in verbis*, diz: “[...] aliás, bem se entende na medida em que o homem actual vem compreendendo que a tutela multiparcelar das suas diferentes expressões da personalidade acaba por torná-lo uma presa fácil da estrutura do poder dominante, que a pretexto de dar-lhe um bem de que carece ou julga carecer, acaba por castrá-lo no essencial da sua personalidade. Daí a nova luta pela unidade e pela expansividade da personalidade humana bem como pela antropocentralização das regras jurídicas, de que constitui uma das dinâmicas mais significativas a consagração de um direito geral de personalidade, enquanto matriz, referência e complemento dos direitos especiais de personalidade.”

⁸ Analisado o capítulo de *Direitos da Personalidade* no texto do Projeto de Lei n.º 634, de 1975, que viria a tornar-se o atual Código Civil, verifica-se que a par da inclusão do art. 21 e modificações sem efeito material no artigo 13, o legislador ordinário perdeu uma grande oportunidade de apontar a existência do direito geral de personalidade. Mais de duas décadas de tramitação, seria interstício suficiente para que o legislador amadurecesse e percebesse essa cláusula geral de tutela da pessoa. A promulgação da Constituição Federal deveria ter servido de norte para a elaboração de norma desta estirpe. Não que a ausência de artigo com esse conteúdo afaste a visualização do direito geral de personalidade, até porque a sistematicidade do ordenamento não permite tal conclusão, mas pela formação romano-germânica do jurista brasileiro, que ainda se apegava ferrenhamente à literalidade da lei, seria a positivação forte artifício para defesa integral da pessoa.

principiologia constitucional, o que é mais importante. Pois, pela articulação entre o princípio da dignidade da pessoa humana com o direito geral de liberdade e o direito fundamental à igualdade, é possível remontar cláusula geral de tutela da pessoa. Essa construção que no Brasil é defendida por Tepedino (2001, p. 48) e Moraes (2003, p. 117) e já pode ser observada em diversos julgados dos tribunais superiores.⁹

Do direito comparado, notadamente da doutrina italiana e portuguesa, se espriam os argumentos para sustentação do direito geral de personalidade. Compreendem que a atomização dos direitos da personalidade não atende a tutela da personalidade humana una, indivisível e multifacetada; que a tutela fragmentada não daria conta das situações subjetivas que envolvem o sujeito em suas multiformes fases da vida do nascimento à morte.

Na percepção de Perlingieri (2007, p. 155), tendo como mote o art. 2º da *Costituzione Della Repubblica Italiana*, a personalidade é um valor:

Onde o objeto de tutela é a pessoa, a perspectiva deve mudar; torna-se necessidade lógica reconhecer, pela especial natureza do interesse protegido, que é justamente a pessoa a constituir ao mesmo tempo sujeito titular do direito e o ponto de referência objetivo de relação. A tutela da pessoa não pode ser fracionada em isoladas *fattispecie* concretas, em autônomas hipóteses não comunicáveis entre si, mas deve ser apresentada como problema unitário, dado o seu fundamento representado pela unidade do valor da pessoa. Este não pode ser dividido em tantos interesses, em tantos bens, em isoladas ocasiões, como nas teorias atomísticas.

A personalidade é, portanto, não um direito, mas um *valor* (o valor fundamental do ordenamento) e está na base de uma série aberta de situações existenciais, nas quais se traduz a sua incessantemente mutável exigência de tutela. Tais situações subjetivas não assumem necessariamente a forma do direito subjetivo e não devem fazer perder

⁹ A título exemplificativo, elencam-se algumas decisões do STJ que expressamente mencionam a cláusula geral de tutela da pessoa, a saber: REsp 450.566/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 03/05/2011, DJe 11/05/2011; REsp 1008398/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 15/10/2009, DJe 18/11/2009; REsp 1000356/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 25/05/2010, DJe 07/06/2010; REsp 872.630/RJ, Rel. Ministro Francisco Falcão, Rel. p/ Acórdão Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 13/11/2007, DJe 26/03/2008.

de vista a unidade do valor envolvido. Não existe um número fechado de hipóteses tuteladas: tutelado é o valor da pessoa sem limites, salvo aqueles colocados no seu interesse e naqueles de outras pessoas. A elasticidade torna-se instrumento para realizar formas de proteção também atípicas, fundadas no interesse à existência e no livre exercício da vida de relações.

Capelo de Sousa (1995, p. 559) também defende a tutela integral da pessoa pelo direito geral de personalidade. Embora reconheça a importância dos direitos especiais, destaca a importância do Direito Geral de Personalidade como um direito-mãe, apto a assegurar o sujeito quando esgotado os *numerus clausus*. *In litteris*:

[...] o direito geral de personalidade, enquanto direito-mãe (*Mutterrecht*) ou direito-fonte (*Quellrecht*), tendo como objecto a personalidade humana no seu todo, fundamenta, enforma e serve de princípio geral mesmo aos próprios direitos especiais de personalidade *legais*, que, embora dotados de relativa autonomia, têm por objecto determinadas manifestações parcelares daquela personalidade. Daí que, nomeadamente, as normas do direito geral de personalidade se apliquem subsidiariamente, como vimos, aos direitos especiais de personalidade *legais*. Além do que, devendo estes direitos, pela sua própria natureza, estar específica e circunscritamente previstos na Lei, não esgotam o bem geral da personalidade humana, necessariamente mais extenso, intenso e dinâmico do que os bens especiais de personalidade tutelados por aqueles direitos e, de certo modo, englobante destes últimos bens. Assim, o direito geral de personalidade *completa* a tutela juscivilística da personalidade humana, constituindo o seu *Tatbestand* amplo e aberto, mas suficientemente delimitável, a estrutura normativa directa e imprescindível para a sanção civil das ofensas ou ameaças de ofensas da personalidade não reguladas especificamente na lei e das ofensas ou ameaças de ofensa de zonas múltiplas da personalidade, uma tuteladas especialmente na lei e outras abrangidas pelo regime-regra.

Garante dos bens essenciais à subjetividade, o direito geral de personalidade, portanto, prescinde de disciplina legislativa ordinária exauriente. Escapa do campo privado a prerrogativa exclusiva de defesa dos indivíduos (GIORGIANNI, 1998, p. 44) e é da ordem constitucional, especialmente do princípio da dignidade da pessoa humana, que se extrai o fundamento. Bem por isso, não há como olvidar da tênue fronteira entre a cláusula geral de tutela da pessoa, representando o direito geral de personalidade, os direitos fundamentais e os direitos humanos. Tanto assim o é que as normas de direitos humanos se assemelham ao direito geral de personalidade e muitos direitos de personalidade apresentam correspondentes no rol de direitos fundamentais depositados na Constituição.

Destarte, verificada essa fundamentalidade e humanidade presente na dinâmica dos direitos de personalidade, quais seriam as fronteiras e os pontos comuns entre essas categorias de direito? A seguir, intenta-se tal análise.

3 A INTERLOCUÇÃO ENTRE OS DIREITOS DA PERSONALIDADE, OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E OS DIREITOS HUMANOS

A incerteza corrente na era atual, qualificada por Giddens (1991) como *modernidade reflexiva*, demanda normas gerais que, a partir da mediação interpretativa e integrativa do aplicador, possam atender ao sem número de situações nas quais a pessoa pode se ver envolvida. Como afirma Ascensão (1997, p. 10), o primado da personalidade impõe que todos os aspectos da personalidade encontrem defesa. É o valor pessoa que anima e justifica a existência do ordenamento jurídico, que se arquiteta a partir da articulação entre os ramos do direito internacional, direito público e privado.

A caminhada pela tutela do valor pessoa teve início no plano internacional quando se buscou defender os direitos caros ao homem com a construção dos direitos humanos. Atribui-se à Europa moderna, com a ebulição das revoluções tendentes a dismantelar o *Ancien Régime*, a estruturação dos direitos humanos (VILLEY, 2007, p. 9). A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e a Declaração de Direitos da Virgínia de 1776 trouxeram em seus textos diretrizes que deveriam servir de guia a todas as nações para que o homem fosse efetivamente protegido.

Bobbio (2004, p. 29) afirma que a importância dessas Declarações está no fato de que pela primeira vez ocorreu a “passagem da teoria à prática, do

direito somente pensado para o direito realizado”. É nesse instante que ganha alguma concretude os direitos do homem.

Para Alexy (2008, p. 94), os direitos humanos se caracterizam pela universalidade, fundamentalidade, abstratividade, moralidade e prioridade. Na medida em que se destinam igualmente a todos os homens, são considerados universais¹⁰; a nota da fundamentalidade está no objeto de tais direitos, qual seja, a defesa de bens essenciais ao homem; a abstratividade está na forma ampla e genérica de sua disposição normativa; a moralidade resulta da aceitação, racionalmente justificada, desses direitos por cada pessoa e a prioridade, vinculada ao aspecto moral, representa a força cogente e soberana dessa categoria de direitos.

Contraponto os direitos humanos aos fundamentais, Alexy (2008) alude à diferença teórica e prática. Segundo ele, direitos humanos carecem de juridicidade, funcionando apenas como diretrizes morais. Somente a sua positivização pelos ordenamentos nacionais atribuir-lhes-ia a eficácia jurídica além da validade moral. Em termos literais, “direitos fundamentais são, portanto, direitos do homem transformados em direito constitucional positivo” (ALEXY, 2008, p. 96). Essa distinção não destoia muito da proposta por Bonavides (1993, p. 132), no sentido de que os direitos humanos estão na órbita internacional, apresentando-se com baixo teor de juridicidade e os direitos fundamentais se acham na ordem constitucional, qualificados como normas de alto grau hierárquico, quiçá, amparados pelos efeitos das cláusulas pétreas.

Todavia, por mais que os direitos humanos tenham gênese no ambiente da política internacional e se consolidem como matéria de direito internacional, positivados nos diversos tratados e convenções, Piovesan (2010, p. 13) adota uma “concepção contemporânea de direitos humanos, pela qual eles são concebidos como unidade indivisível, interdependente e inter-relacionada, na qual os valores da igualdade e liberdade se conjugam e se completam”, formando um sistema internacional de proteção do homem. Inicialmente se estruturaram como certas liberdades do indivíduo ante ao Estado, mas hoje envolvem a demanda positiva do Estado, constituindo liberdades e créditos (CLÈVE, 1993, p. 129). Ou seja, dirigem-se ao Estado para que este promova condições materiais de desenvolvimento e ainda garanta a proteção da pessoa

¹⁰ Uma crítica feita ao caráter universal dos direitos humanos pode ser encontrada em Heiner Bielefeldt. (Os direitos humanos num mundo pluralista. Tradução Bruno Weyne. **Pensar – Revista de Ciência Jurídica**, Fortaleza, v. 13, n. 2, p. 166-174, jul./dez. 2008)

ante a invasão lesiva de outros indivíduos e/ou grupos privados. Na síntese de Clève (1993, p. 129) “os direitos de crédito são o solo sobre o qual floresce a capacidade, complemento indispensável das liberdades no e contra o Estado”. O direito internacional dos direitos humanos busca garantir o exercício dos direitos da pessoa humana.

Na medida em que os direitos humanos, ora perfilhados como direito internacional dos direitos humanos, concentram seu objeto na defesa da pessoa, já assume um conteúdo materialmente constitucional (PIOVESAN, 2010, p. 16). Portanto, a interdisciplinaridade entre o direito internacional dos direitos humanos e o direito constitucional é decorrente da pretensão comum de resguardar o valor primazia da pessoa humana.

No Brasil, a aproximação dessas categorias de direito é ainda mais evidente. O art. 4º, inc. III, da Constituição é taxativo ao afirmar a prevalência dos direitos humanos nas tratativas internacionais do Estado brasileiro, ao passo que o § 3º do art. 5º, ao prescrever que tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos serão equivalentes às emendas constitucionais quando aprovados em processo legislativo diferido nas casas legislativas, acaba por conferir status constitucional às normas de direito humanos.

Concentrando a análise em torno dos direitos fundamentais, observa-se que o seu desenvolvimento está associado ao ideal libertário com a defesa dos direitos da liberdade. Segundo Paulo Bonavides (2007, p. 564), a primeira geração de direitos fundamentais “têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzindo-se como faculdade ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado”. Pretendia-se com eles frear a ingerência e poder Estatal na vida privada e pública, notadamente no mercado e na política, objetivando encerrar o despotismo.

No entanto, a vivência escancarou as limitações do Estado Liberal, que se fizeram evidentes já no século XIX, importando na sua derrocada no século XX. A percepção da insuficiência dos direitos fundamentais individuais para salvaguarda da dignidade da pessoa humana (SARMENTO, 2006, p. 15) serviu de mola propulsora para o desenvolvimento do Estado Social, que viria a consagrar uma nova ordem de direitos fundamentais, uma segunda geração, muito mais afinada aos direitos do homem. Essa roupagem subverteu o papel do Estado, que passou de mero espectador do exercício arbitrário das liberdades individuais a garante da igualdade substancial através de medidas prestacionais.

Surge, nesse contexto, os direitos econômicos, sociais e culturais, corolários dos princípios da igualdade e da solidariedade.

Na realidade brasileira, essa reviravolta foi operacionalizada pela Constituição Federal de 1988. Logo no primeiro título, *Dos Princípios Fundamentais*, o texto balizar do Estado Democrático de Direito da República Federativa do Brasil define tábua axiológica dedicada à proteção integral da pessoa humana, tendo como fundamento o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III). Já o art. 3º traz como objetivos fundamentais a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a erradicação da pobreza e da marginalização através da redução das desigualdades sociais e regionais; a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. No título seguinte, *Dos Direitos e Garantias Fundamentais*, o art. 5º encarrega-se de, ao longo de seus 78 incisos, ratificar em diversos pontos o compromisso da defesa da pessoa, anunciando, v.g., o princípio da igualdade (inc. I), o direito geral de liberdade (inc. II), a vedação a tratamento degradante ou desumano (inc. III), a inviolabilidade da vida privada (inc. X), a defesa através do Estado-Juiz de qualquer lesão ou ameaça a direito (inc. XXV).

Outro aspecto relevante na evolução dos direitos fundamentais está no dilargamento de sua eficácia. Se num primeiro momento a eficácia dos direitos fundamentais cingia-se à relação vertical havida com o Estado, com o movimento de constitucionalização do direito privado, esses direitos passaram a ter eficácia também nas relações com particulares (SILVA, 2011), sendo esta horizontalidade mais um passo para defesa da pessoa em todas as suas relações.

Examinados os direitos humanos e fundamentais, cabe agora destacar a autonomia dos direitos da personalidade e explanar a articulação desses direitos com aqueles outros, bem como até onde todos se prestam à concretização da subjetividade da pessoa. Haveria demarcações precisas do campo de incidência dessas normas ou as fronteiras na atualidade são descontínuas, permitindo uma união de forças para defesa da dignidade da pessoa humana?

De todas as categorias postas em foco, a de mais recente elaboração é a dos direitos de personalidade. Após as grandes guerras mundiais, o homem conscientizou-se dos males que o Estado poderia perpetrar ao indivíduo, ainda que sob a égide de um poder legalizado. Aliado a isso, o incremento tecnológico potencializou os impactos na esfera da intimidade, momento em que o homem se viu despido e maculado diante da intromissão na sua vida privada, fazendo com

que a pessoa buscasse cravar um cerco individual intocável para sua afirmação, passando “a reclamar, ciente da sua individualidade constantemente ameaçada pela normalização e pela massificação, um direito à diferença que contemple a especificidade da sua personalidade” (SOUSA, 1995, p. 84).

Sucedede que o desenrolar desse movimento emancipatório do homem para ser aquilo que deseja, no exercício da sua determinação ético-existencial, foi lento, gradativo e traumático. Só foi possível assentar os direitos de personalidade quando a ciência jurídica passou a encarar o homem não como sujeito de direitos, mas sim como pessoa humana, com a conseqüente consolidação dos direitos humanos e fundamentais. É quando o homem deixa de ser encarado como mero destinatário e passa a ser visto “como origem e fundamento da ordenação social” (SOUSA, 1995, p. 91) que ganham força os direitos da personalidade.

Com efeito, concomitantemente à afirmação dos direitos humanos e fundamentais na seara internacional e pública, importantes mudanças foram operadas na ambiência do direito privado. Limites foram impostos à autonomia privada, não sendo mais viável o particular agir da forma que melhor lhe aprouvesse sem atentar ao bem-estar do próximo.

Isso porque, mesmo nas relações privadas, há que se garantir esta tutela, sob pena de o complexo pessoa se achar limitado em seu desenvolvimento ou projeção pela vontade dominadora de um par ou de um particular hipersuficiente. Diversas são as relações jurídicas de caráter privado que podem ameaçar a integridade da pessoa – no ambiente da família, da escola, da vizinhança, do trabalho, do lazer, nas intervenções para tratamento de saúde etc.

Alguns elementos podem nortear as fronteiras dos direitos da personalidade. São eles absolutos por que correspondem aos aspectos sem os quais afetariam demasiadamente a personalidade humana. É bem certo que muitos dos direitos humanos também se constituem como direitos fundamentais e ainda podem ser apresentados como direitos da personalidade, a exemplo do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à intimidade etc. Outros direitos humanos e direitos fundamentais podem se distanciar do conteúdo dos direitos de personalidade, na medida em que se dispõem à tutela de interesses difusos, coletivos e políticos, por exemplo. Ao mesmo tempo em que outros direitos de personalidade também não se comportam como direitos fundamentais, a exemplo do direito à vida de relação, ao hobby etc.

No entanto, se, originariamente, os direitos fundamentais se estruturaram

para preservar as liberdades do cidadão ante a atuação do Estado, os direitos de personalidade garantem a pessoa contra as investidas dos particulares e mesmo do Estado. A competência que se outorgava ao direito privado para defender o homem nas relações entre pares deixou de ser exclusiva, passando a concorrer com as normas de direito público. Admitindo-se a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, na defesa da incidência de tais direitos nas relações entre particulares, complicada se torna a distinção conceitual entre essas modalidades de direitos.

Daí já se pode extrair o ponto que aproxima esses direitos: com o amadurecimento dos direitos fundamentais e humanos destinados à promoção do homem, os direitos de personalidade vieram para, também na ordem privada, edificar muros para salvaguarda da pessoa. É de fácil observação a zona de coincidência entre as três categorias: *a busca incessante pela garantia da dignidade da pessoa humana*. Inicialmente, pelos direitos humanos, depois por meio dos direitos fundamentais até culminar nos direitos de personalidade, numa evolução conturbada, com avanços e retrocessos, mas com o objetivo comum de zelar pela pessoa.

A doutrina se debate na tentativa de firmar divisórias precisas para categorizar esses direitos, mas é certo que no momento em que a ciência do Direito põe a prova o conhecimento tradicional, numa verdadeira reflexão sobre os caminhos que se pretende seguir, as linhas demarcatórias das construções jurídicas passam de contínuas a pontilhadas. E essa porosidade é própria do momento atual, em que os princípios e cláusulas gerais ganham destaque, permitindo, com sua abertura oxigenadora, que o sistema sobreviva aos novos problemas da contemporaneidade, acompanhando, sem grandes reformas legislativas, “a marcha infinita da personalidade” (SCHREIBER, 2011, p. 213).

Se os direitos humanos enalteciam a singularidade humana, mas pecavam pela carência de imperatividade até recentemente, se os direitos fundamentais mais atinavam para a defesa do cidadão em face do Estado, certo é que os fundamentos e as insuficiências presentes na elaboração destes serviram sobremodo ao desenvolvimento dos direitos da personalidade, os quais se destacam por serem dedicados e aptos à afirmação plena e individual do ser humano no seu singular projeto de vida. *A universalidade, a fundamentalidade, a abstratividade, a moralidade e a prioridade*, características dos direitos humanos não deixam de se fazer presentes na dinâmica dos direitos da personalidade. De igual modo, é da articulação dos princípios e direitos fundamentais que

se extrai o sumo para a sustentação da cláusula geral de tutela da pessoa, que transborda na verificação de um direito geral de personalidade.

Diante do objetivo comum dessas variantes de direitos que têm como fim e justificativa o homem, não são raros aqueles que apoiam que todos nada mais significam do que o mesmíssimo fenômeno encarado sob perspectivas diversas, haja vista que “todas essas diferentes designações destinam-se a contemplar atributos da personalidade humana”, mudando “tão somente o plano em que a personalidade se manifesta”, sendo o valor tutelado idêntico e unitário, qual seja, a dignidade da pessoa humana (SCHREIBER, 2011, p. 13). Não seria absurdo sustentar um gênero de direitos protetivos e promocionais da pessoa, dentro dos quais se situam como espécies os direitos humanos, fundamentais e da personalidade.

De sorte que, apesar das vicissitudes de cada uma das categorias, são as similaridades que importam na prática. É o desígnio comum de servir à construção da subjetividade que carece de exaltação. Lançar mão de todos esses direitos é uma necessidade para reafirmação do homem, sendo inconcebível munir-se de escusas conceituais, como se fossem permissivos do Direito, para perpetrar arbitrariedades contra o homem. Em outros tempos, episódios nefastos da História foram escritos com a pena da lei. Hoje, isso é impensável, pois, se aplicados com toda sua carga cogente e valorativa, os direitos humanos, direitos fundamentais e da personalidade constituem barreira intransponível de acesso ao homem, ao seu projeto de vida e a todos os atributos que o conformam. Pelo que se pode afirmar: com o entrelaçamento desses direitos, a personalidade está a salvo ou, pelo menos, deveria estar.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A liberdade alcançada pelo homem pós-moderno de poder traçar seu projeto de vida foi uma difícil conquista. O processo de ruptura das amarras dos poderes heterogêneos tendentes a limitar o ser humano aconteceu apenas depois da perpetração de graves danos. Revoluções e guerras tiveram que irromper para iniciar o primado da pessoa na ordem política, social e jurídica. Nesta última, somente após ultrapassar o sufocante aprisionamento da pessoa na categoria de sujeito de direitos, em um movimento personalista, viabilizou-se a tutela do homem em sua inteireza. E o princípio da dignidade da pessoa humana teve singular importância para fazer confluir os conceitos de sujeito e pessoa.

E esse princípio guia foi responsável ainda pela subversão da visão do homem como destinatário para o entendimento de que este só poderia ser o fundamento de todo ordenamento. Exsurge dessa mudança de foco toda uma nova ordem de valores. Do objetivismo individual chega-se ao subjetivismo solidário. O epicentro do sistema se altera, e oferecer guarida ao projeto de vida de cada um é o que se busca.

Nessa linha, o advento tanto dos direitos de humanos, quanto dos direitos fundamentais e da personalidade tiveram sobejada importância para defesa concreta da pessoa humana. Uma e outra categoria estão a serviço do homem, coibindo máculas do Estado e dos pares. Seja no plano internacional, no público ou no privado, são eles a expressão mais sólida do compromisso do Direito de zelar pela dignidade da pessoa.

É do direito público, a partir dos direitos fundamentais, que se extrai o alicerce para montagem do mais importante direito capaz de preservar a integridade da pessoa: o direito geral de personalidade. Sucedâneo da cláusula geral de tutela da pessoa, esse direito geral de personalidade é a montagem jurídica mais habilitada a proteger o homem em toda sua compleição, haja vista que avança para além dos contornos dos direitos fundamentais na afirmação da pessoa e prospecta-se de forma mais eficaz que os direitos humanos.

Embora se delineiem classificações, mesmo porque há distinções entre essas espécies e também porque o pano de fundo do surgimento de cada um desses temas diverge, é notório o idêntico objetivo desses direitos: proteger e auxiliar o homem no pleno exercício de todas as suas potencialidades, encetando seu engrandecimento individual. Bem por isso, não é absurdo sustentar-se uma montagem de gênero-espécie entre direitos protetivos e promocionais e os direitos humanos, fundamentais e da personalidade.

É patente a proximidade entre os direitos humanos, fundamentais e da personalidade. Os três temas foram erigidos para consecução da dignidade da pessoa humana. Podá-los através de classificações inflexíveis implica no enfraquecimento de meios ao cumprimento de seu objetivo. A união de todos eles assegura completa proteção ao homem, sendo evidente que, pelo caminho que for, todos se destinam à construção da subjetividade humana.

REFERÊNCIAS

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

_____. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado Editora, 2008.

ALVES, José Carlos Moreira. **A parte geral do Projeto do Código Civil**. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/revista/numero9/artigo1.htm>>. Acesso em: 23 fev. 2012.

AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. Rio de Janeiro, RJ: Renovar, 2000.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito civil teoria geral: introdução, as pessoas 3 os bens**. Coimbra: Ed. Coimbra, 2000.

_____. **Os direitos de personalidade no código civil brasileiro**. 1997. Disponível em: <<http://www.fd.ul.pt/Portals/0/Docs/Institutos/ICJ/LusCommune/AscensaoJoseOliveira10.pdf>>. Acesso em: 27 out. 2011.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. **Revista USP**, São Paulo, n. 53, mar./maio 2002.

BIELEFELDT, Heiner. Os direitos humanos num mundo pluralista. Tradução Bruno Weyne. **Pensar – Revista de Ciência Jurídica**, Fortaleza, v. 13, n. 2, p.166-174, jul./dez. 2008.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro, RJ: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo, SP: Malheiros, 2007.

_____. **Direito constitucional**. São Paulo, SP: Malheiros, 1993.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Temas de direito constitucional**. São Paulo, SP: Acadêmica, 1993.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Gutiérrez Soler Vs. Colômbia**. Sentença de 12 de setembro de 2005. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_132_esp.pdf>. Acesso

em: 27 out. 2011.

CUNHA, Paulo Ferreira da. Direitos de personalidade, figuras próximas e figuras longínquas. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Jurisdição e Direitos Fundamentais**: Anuário 2004/2005 da Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado, 2006, v. 1, tomo 2.

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

ENNECCERUS, Ludwig. **Tratado de derecho civil**: parte general. Tradução Blas Pérez González y José Alguer. Barcelona: Bosh/Casa Editorial, 1934. Tomo 1.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro, RJ: Renovar, 2000.

GARCIA, Enéas Costa. **Direito geral da personalidade no sistema jurídico brasileiro**. São Paulo, SP: Juarez de Oliveira, 2007.

GIDDENS, Anthony. **As conseqüências da modernidade**. Tradução Raul Fiker. São Paulo, RJ: Ed. da UNESP, 1991.

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

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 2010.

GROENINGA, Giselle Câmara. O Direito a integridade psíquica e o livre desenvolvimento da personalidade. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). Família e a Dignidade Humana. CONGRESSO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 5., 2006, São Paulo. **Anais....** São Paulo: IOB Thomson, 2006.

HALL, Stuart. **A identidade cultural na pós-modernidade**. Rio de Janeiro, RJ: DP&A, 2011.

JUNGES, José Roque. **Transformações recentes e prospectivas de futuro para a ética teológica**. 2004. Disponível em <<http://projeto.unisinos.br/ihu/uploads/publicacoes/edicoes/1217875256.371pdf.pdf>>. Acesso em: 08 abr. 2012.

KANT, Immanuel. **Principios metafísicos del derecho**. Tradução G. Lizarrga. Madrid: Librería de Victoriano Suarez, 1873.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo, SP: Martins Fontes, 2009.

MENEZES, Joyceane Bezerra de. A vida e a dignidade da pessoa humana na fase pré-natal: uma defesa da personalidade do nascituro. In: _____ (Org.). **Discussões jurídicas da personalidade na ordem constitucional brasileira**. Florianópolis, SC: Conceito, 2010.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro, RJ: Renovar, 2003.

_____. **Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil**. Rio de Janeiro, RJ: Renovar, 2010.

MORIN, Edgar. **A cabeça bem-feita: repensar a reforma, reformar o pensamento**. Tradução Eloá Jacobina. Rio de Janeiro, RJ: Bertrand Brasil, 2003.

OLIVEIRA, Nuno Manuel de. **O direito geral de personalidade e a solução do dissentimento: ensaios sobre um caso de constitucionalização do Direito Civil**. Coimbra: Ed. Coimbra, 2002.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 2006.

PERLINGIERI, Pietro. **O Direito civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro, RJ: Renovar, 2008.

_____. **Perfis do direito civil: uma introdução ao direito civil constitucional**. Rio de Janeiro, RJ: Renovar, 2007.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional público**. Rio de Janeiro, RJ: Saraiva, 2010.

SALDANHA, Nelson Nogueira. **O jardim e a praça: ensaio sobre o lado privado e o lado público da vida social e histórica**. Porto Alegre, RS: Sergio Antonio Fabris, 1986.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro, RJ: Lumen Juris, 2006.

_____. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). **Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal**: balanço e crítica. Rio de Janeiro, RJ: Lumen Juris, 2011.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. São Paulo, SP: Atlas, 2011.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo, SP: Malheiros, 2011.

SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Ed. Coimbra, 1995.

SUPIOT, Alain. **Homo juridicus**: ensaio sobre a função antropológica do direito. São Paulo, SP: Martins Fontes, 2006.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro, RJ: Renovar, 2001.

VILLEY, Michel. **O direito e os direitos humanos**. Tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo, SP: Martins Fontes, 2007.

Recebido em: 15 junho 2012.

Aceito em: 22 junho 2012.