

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

DENNIS OTTE LACERDA

**SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA E DIREITOS DA PERSONALIDADE:
PERSPECTIVAS DE UMA REPACTUAÇÃO SEMÂNTICA**

**CURITIBA
2010**

DENNIS OTTE LACERDA

**SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA E DIREITOS DA PERSONALIDADE:
PERSPECTIVAS DE UMA REPACTUAÇÃO SEMÂNTICA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientadora: Profa. Dra. Jussara Maria Leal de Meirelles

Co-orientador: Prof. Dr. Luiz Edson Fachin

CURITIBA

2010

Dados da Catalogação na Publicação
Pontifícia Universidade Católica do Paraná
Sistema Integrado de Bibliotecas – SIBI/PUCPR

Biblioteca Central

Lacerda, Dennis Otte

L131s Sociedade contemporânea e direitos da personalidade : perspectivas de uma
2010 repactuação semântica / Dennis Otte Lacerda ; orientadora, Jussara Maria Leal
de Meirelles ; co-orientador, Luiz Edson Fachin. – 2010.

121 f. ; 30 cm

Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná,
Curitiba, 2010
Inclui bibliografia

1. Personalidade (Direito). 2. Direitos civis. 3. Direito público. 4. Direito
privado. I. Meirelles, Jussara. II. Fachin, Luiz Edson, 1958-. III. Pontifícia
Universidade Católica do Paraná. Programa de Pós-Graduação em Direito.
III. Título

Doris 4. ed. – 341.272

DENNIS OTTE LACERDA

**SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA E DIREITOS DA PERSONALIDADE:
PERSPECTIVAS DE UMA REPACTUAÇÃO SEMÂNTICA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

COMISSÃO EXAMINADORA

Profa. Dra. Jussara Maria Leal de Meirelles
Pontifícia Universidade Católica do Paraná

Prof. Dr. Luiz Edson Fachin
Universidade Federal do Paraná

Prof. Dr. Eroulths Cortiano Júnior
Universidade Federal do Paraná

Prof. Dr. Antônio Carlos Efig
Pontifícia Universidade Católica do Paraná

Curitiba, 17 de março de 2010.

AGRADECIMENTOS

Ao Professor Luiz Edson Fachin, pela orientação e por todos os caminhos abertos; à Professora Jussara Meirelles, pela confiança no presente trabalho; ao amigo Professor Carlos Eduardo Pianovski, pelo apoio e incentivo no início desta jornada; ao Professor Antonio José Avelãs Nunes, Vice-Reitor da Universidade de Coimbra, pela receptividade e por ter aberto as portas da biblioteca a minha pesquisa; aos professores do PPGD da PUCPR pelo ensinamento; à secretaria do PPGD, a quem agradeço na pessoa de Eva Curelo; e em especial, à minha querida esposa Tereza Cristina, pelo apoio, incentivo e paciência nos momentos mais difíceis desta travessia.

“A dor é passageira. Desistir é para sempre.”
(Lance Armstrong)

RESUMO

A dogmática clássica, fundada na dicotomia que divide o direito em público e privado, fixa a divisão dos direitos da personalidade à luz da mesma racionalidade, separando-os em públicos e privados. A dissertação problematiza essa dualidade e intenta apreendê-la na disciplina e nas feições diversas de uma categoria jurídica com idêntico conteúdo, consistente na tutela dos valores mais elevados da Sociedade Contemporânea. Para assim proceder, a pesquisa realiza e apresenta uma travessia histórica na matéria em exame. Na Sociedade Contemporânea, os rígidos compartimentos do direito público e do direito privado não se mostram adequados para fundamentação dos direitos da personalidade. A tutela, além de superar a perspectiva setorial (direito público e direito privado), exige instrumentos de promoção para o desenvolvimento social e humano em qualquer relação jurídica que participe. Assim, esta dissertação pretende realizar uma possível e necessária problematização da fundamentação do Direito da Personalidade com base num conceito plural, a indicar limites e possibilidade de uma compreensão diferenciada dos Direitos da Personalidade na Sociedade Contemporânea.

Palavras-chave: Sociedade Contemporânea. Direitos da Personalidade. Fundamentação. Desenvolvimento Socioambiental.

RESUMEN

La dogmática clásica, fundada en la dicotomía que divide el derecho en público y privado, establece la división de los derechos de la personalidad a la luz de la misma lógica que los separa en públicos y privados. La tesis analiza esta dualidad y intenta comprenderla en la disciplina y en las diversas características de una categoría jurídica con el mismo contenido, consistente en la custodia de los más altos valores de la Sociedad Contemporánea. Para lograr esto, la investigación realiza y presenta un recorrido histórico en el material examinado. En la Sociedad Contemporánea, los rígidos compartimientos del derecho público y del derecho privado no se muestran adecuados para el fundamento de los derechos de la personalidad. La protección además de superar la perspectiva sectorial (derecho público y derecho privado), exige instrumentos de promoción para el desarrollo social y humano en cualquier relación de la cual participe. Así, esta tesis pretende realizar una posible y necesaria problematización del fundamento del Derecho de la Personalidad basados en un concepto plural, indicando las limitaciones y el potencial de una comprensión diferenciada de los Derechos de la Personalidad en la Sociedade Contemporánea.

Palabras-clave: Sociedad Contemporánea. Derechos de la Personalidad. Fundamento. Desarrollo Socioambiental.

SUMÁRIO

RESUMO.....	iii
RESUMEN	viii
INTRODUÇÃO	12
TÍTULO I - DIREITO DA PERSONALIDADE E SUA TRAVESSIA DO SÉCULO XIX AO XXI.....	16
1.1 O DIREITO DA PERSONALIDADE NO SÉCULO XIX - GÊNESE DA EVOLUÇÃO DA TUTELA.....	16
1.2 O DESENVOLVIMENTO DA IDEIA DO DIREITO GERAL DE PERSONALIDADE NA MODERNIDADE.....	20
1.3 O ACOLHIMENTO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE NAS CODIFICAÇÕES MODERNAS.....	31
1.4 O DECLÍNIO DO PROJETO LIBERAL DO SÉCULO XIX E A EMERGÊNCIA DO ESTADO SOCIAL NO SÉCULO XX: A VALORIZAÇÃO DA PESSOA HUMANA E SUA DIGNIDADE.....	39
1.5 OS DIREITOS DA PERSONALIDADE NO SÉCULO XX: A PROTEÇÃO AOS DIREITOS DA PERSONALIDADE E À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	43
TÍTULO II - ELEMENTOS PARA A ANÁLISE DA DICOTOMIA DIREITO PÚBLICO E DIREITO PRIVADO.....	53
2.1 A ORIGEM DA DICOTOMIA: UM BREVE ESBOÇO.....	54
2.2 A CRISE DA DICOTOMIA E A EMERGÊNCIA DO CONSTITUCIONALISMO...	62
2.3 A SUPERAÇÃO DA DICOTOMIA E AS ETAPAS DO CONSTITUCIONALISMO.....	70
TÍTULO III - ELEMENTOS PARA A COMPREENSÃO CONTEMPORÂNEA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE.....	79
3.1 DIREITOS DA PERSONALIDADE E DIREITOS FUNDAMENTAIS: A SIMETRIA NA POSITIVAÇÃO HISTÓRICA.....	79
3.2 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO SUSTENTÁCULO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE.....	87
3.3 NOVA LEITURA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE À LUZ DOS DESAFIOS	

DO SÉCULO XXI.....	93
3.4 IMAGEM COMO EXEMPLO DA CONCEPÇÃO PLURAL DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE NA CONTEMPORANEIDADE: O CASO DO ARREMESSO DE ANÃO	105
CONCLUSÃO	109
REFERÊNCIAS	115
ÍNDICE	120

INTRODUÇÃO

O presente texto é fruto de pesquisa que tem como ponto de partida, desenvolvimento e proposta de chegada adredemente estabelecer uma possível e necessária problematização da fundamentação dos Direitos da Personalidade com base num conceito plural.

Parte da constatação segunda a qual a historicidade dos significados não se limita pela permanência dos significantes e, na atualidade, parece ser inadequado fundamentar os Direitos da Personalidade com base num conceito unitário e excludente.

Com efeito, a dogmática clássica, fundada na dicotomia que divide o direito em público e privado, fixa a divisão dos direitos da personalidade em públicos e privados. Trata-se de se estabelecer disciplina e feições diversas a uma categoria jurídica com idêntico conteúdo, consistente na tutela dos valores mais elevados da pessoa humana.

Contemporaneamente, os rígidos compartimentos do direito público e do direito privado não se mostram adequados para uma proteção suficiente dos direitos da personalidade. A tutela da pessoa humana, além de superar a perspectiva setorial (direito público e direito privado), exige instrumentos de promoção da pessoa humana em qualquer relação jurídica que participe.¹

Na Modernidade, a lógica do Estado Liberal era a de estabelecer esferas incomunicáveis entre o direito público e o direito privado. Ao direito público, cujo destinatário era o Estado, foi reservado um elenco de liberdades negativas, além de sua organização administrativa, regulados pela Constituição. Ao direito privado, cabia regular todas as relações intersubjetivas através dos Códigos.

Isto porque o individualismo integrava o arcabouço lógico da Modernidade, no qual a liberdade se apresenta como a grande possibilidade de autodeterminação do ser humano. Esse desejo, ou ainda, essa necessidade de autodeterminação se manifestou na formação de um sistema jurídico, por meio do qual a todo custo se

1 TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: _____. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p.41.

protegesse o homem das intervenções estatais, garantindo-lhe a propriedade e a liberdade de dispor sobre seus bens.

Com o advento do Estado Social, esta divisão perde razão de ser, pois do Estado agora se passa a exigir o dever de ação e não só a de garantir as regras do jogo. As duas ilhas agora são ligadas por uma ponte, e o trânsito de uma passa a fluir na outra. Tentou-se, ainda, manter a dicotomia com os chamados fenômenos de publicização do privado e privatização do público, mas o fôlego não foi suficiente e, se a concepção não se afogou na tentativa, curvou-se ao processo de Constitucionalização do direito.

De fato, a Constitucionalização do direito o reconhecimento cada vez mais contundente da pessoa humana e dos direitos fundamentais, fez que a divisão dos direitos da personalidade em públicos e privados fosse cada vez mais questionada. A pessoa humana, e não o patrimônio, é o centro do sistema jurídico.

A valorização da pessoa humana passou a ser tratada com maior ênfase após as barbáries desencadeadas pelo nazifascismo no período da 2.^a Guerra Mundial, que foi o estopim que impulsionou o movimento de internacionalização dos direitos humanos. Várias Constituições da Europa e América Latina demonstraram francamente a preocupação com a inauguração de uma nova teoria constitucional, fundada na dignidade humana e no respeito aos direitos fundamentais, em todas as suas dimensões. A dinâmica imposta por este movimento acabou por gerar um deslocamento de uma visão centrada na organização do Estado para o Regime dos Direitos Fundamentais.

Assim, como aduz a melhor doutrina que adiante será exposta, ao considerar a opção axiológica de se eleger a dignidade da pessoa humana como valor máximo do sistema normativo, exclui-se a existência de redutos particulares que desconsiderem a plena realização da pessoa. A divisão entre público e privado não é mais suficiente para explicar as novas relações e nem de dar a resposta mais adequada a problemas cada vez mais complexos.

O princípio da dignidade da pessoa humana impõe limites à atuação estatal, objetivando impedir que o Poder Público venha a violar a dignidade pessoal, mas também implica que o Estado deverá ter como meta permanente a proteção, promoção e realização concreta de uma vida com dignidade para todos.

A dignidade da pessoa humana constitui não apenas a garantia negativa de que a pessoa não será objeto de ofensas e humilhações, mas implica também, num sentido positivo, o pleno desenvolvimento da personalidade de cada pessoa humana.

Assim, ao contrapor os direitos da personalidade aos direitos fundamentais, reconhecendo a maior amplitude destes em relação àqueles, pretende-se verificar se a visão contemporânea dos direitos da personalidade exige uma nova leitura, fundada no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, e se esta leitura revela a superação da dicotomia entre direito público e direito privado.

A base lógica da dinâmica da pesquisa científica será o método dialético. O corte metodológico se dará a partir da Modernidade. A opção pelo corte se dá em função da época em que ocorreu o apogeu dos Códigos, apesar das controvérsias.

O objetivo é problematizar o direito da personalidade a partir de uma leitura dos direitos fundamentais e da norma-princípio dignidade da pessoa humana. O resultado que se busca é verificar se subsiste a ambivalência dos direitos da personalidade em público e privado e de consequência se se pode concluir pela superação da dogmática clássica que divide o Direito em público e privado.

Para isso, elege-se como fio condutor do presente trabalho a travessia histórica dos Direitos da Personalidade, do legado moderno que se consolidou no século XIX ao século XXI, com intuito de demonstrar que, sob a ótica da Modernidade, estes Direitos estavam inseridos no paradigma totalizante e abstrato próprio da dicotomia que dividia o Direito em público e privado, o que lhes encerrava uma visão compartimentalizada, conceito este que, na contemporaneidade, não mais corresponde aos anseios e necessidades de uma sociedade plural, cuja compreensão não se pretende aprisionada em modelos abstratos e totalizantes.

Para atender a esse desiderato o presente trabalho é estruturado em três títulos, a versar sobre os estágios necessários dessa problematização. O título I tem o papel de estabelecer, através do histórico dos Direitos da Personalidade, o contexto em que este estava inserido no século XIX, sua passagem pelo século XX e a sua configuração na atualidade (século XXI).

Após esta contextualização histórica e como antessala necessária para problematizar o tema, se faz necessário enfrentar a dicotomia direito público *versus*

direito privado, que marcou o Direito na Modernidade e hoje se encontra superada. Esta é a travessia que se propõe no título II.

Com a superação da dicotomia, estabelece-se uma nova forma de interpretar o direito público e o direito privado, que refletirá em outros campos do direito, como nos Direitos da Personalidade. No título III passa-se a analisar a viabilidade de se problematizar a fundamentação dos Direitos da Personalidade com base num conceito plural.

TÍTULO I - DIREITO DA PERSONALIDADE E SUA TRAVESSIA DO SÉCULO XIX AO XXI²

Neste tópico cumpre demonstrar o contexto em que estava inserido o Direito da Personalidade no século XIX e no século XX, sob o ângulo de sua tutela, e como se dava a sua leitura, em especial sob o enfoque da dicotomia do Direito Público e do Direito Privado.

Para tanto, far-se-á uma breve alusão à Codificação, referencial do modelo de ordenamento jurídico do século XIX, passando a se expor como se deu o desenvolvimento do Direito da Personalidade na Modernidade, do humanismo renascentista, atravessar o jusracionalismo, para desembocar na pandetística alemã. Em seguida, iniciar-se-á uma visita nas Codificações Modernas, para verificar o acolhimento dos Direitos da Personalidade, ao mesmo tempo em que se verificará o declínio deste projeto liberal (Codificação) e a valorização da pessoa humana e sua dignidade, o que abrirá as portas para uma breve análise dos Direitos da Personalidade no século XX e, de consequência, como ele se encontra inserido no século XXI.

1.1 O DIREITO DA PERSONALIDADE NO SÉCULO XIX - GÊNESE DA EVOLUÇÃO DA TUTELA

O capítulo dividir-se-á em duas seções. Na primeira, tratar-se-á, de maneira sintética, da codificação como projeto da modernidade. Ao considerar o contexto jurídico em que estava inserida a sociedade moderna, passa-se a analisar como se deu o desenvolvimento da ideia geral de personalidade.

² Cumpre neste título estabelecer o fio condutor do trabalho, que consiste, a partir do corte dogmático a realizar na Modernidade, na travessia da tutela do Direito da Personalidade do século XIX ao XXI. A opção pelo corte se dá em função da época em que ocorreu o apogeu dos Códigos, apesar das controvérsias, mas como dito, escolheu-se esta opção.

1.1.1 Codificação: o projeto da modernidade

O Renascimento ocidental representou a libertação do espírito crítico do homem por longo tempo sufocado pelo dogmatismo teológico. A consciência individual buscou afirmar a sua autonomia e o direito passou a ser analisado à luz de fundamentos humanos e racionais.³

Nos séculos XVII e XVIII desenvolveu-se um novo sistema econômico - o capitalismo - que propiciou a ascensão da burguesia como expressão do poder econômico, cuja ideologia estava calcada na ideia de que um Estado somente poderia ser rico se fosse forte internacionalmente. Para tanto, seria necessária a expansão das atividades mercantis e capitalistas, o que inexoravelmente levou à outorga de liberdade e poder político social aos burgueses, como registra a literatura jurídica.⁴

A burguesia surgiu como a nova classe dominante da sociedade e encontrou no Direito a ferramenta ideal para impor sua dominação. Foi através do Direito que o burguês tornou-se o único membro apto do corpo social a ser sujeito de direitos.

Pelo processo de captação de poder através do Direito, a estruturação e o funcionamento do Estado cabiam ao Direito Público, enquanto a sociedade civil era disciplinada pelo Direito Privado. Com isso, criou-se uma acirrada dicotomia entre as duas esferas. Esta forte distinção entre o público e o privado era necessária para que nada prejudicasse o livre desenvolvimento da vontade particular da nascente burguesia.

Isto se revela com a característica mais marcante desse momento histórico, que foi a ampla sistematização do Direito Privado, que teve como marco o Código de Napoleão em 1804, eclodindo na chamada era da codificação, baseada no tripé: patrimônio – contrato – família.

Os postulados fundamentais para o Liberalismo era um Estado de Direito

3 Sobre o tema ver SALDANHA, Nelson. **Da teologia à metodologia**: secularização e crise do pensamento jurídico. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

4 SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: RT, 2005, p. 41.

ideal, completo, previsível. Pregava-se a unicidade do Direito, já que o Estado, cujo poder ideologicamente emanava do povo, passou a ser a única fonte neutra para elaboração das normas em relação ao seu conteúdo. Com isso, formou-se a concepção de homem abstratamente considerado como sujeito de direito. O individualismo jurídico clássico considerava o homem como entidade abstrata, alheia ao meio social.⁵

Os Códigos pretendiam ser completos, regulando aprioristicamente todas as relações em sociedade, sem que houvesse lacunas, ambiguidades ou contradições. Na medida que os Códigos eram completos, claros e coerentes, aos juízes cabia tão somente aplicar o direito, não lhes sendo autorizado qualquer criação ou interpretação.⁶

Os Códigos transformaram-se nos centros dos sistemas jurídicos o que reduziu as Constituições dos Estados Liberais a simples leis reguladoras dos poderes políticos e da estrutura administrativa. É neste contexto que se verificou a mais acirrada dicotomia entre o público e o privado.⁷

A pessoa humana abstratamente considerada era identificada com o sujeito de direito definido como aquele que é capaz de adquirir e contrair obrigações, ou seja, aquele indivíduo que contrata, constitui família e adquire patrimônio. Tal concepção revela nítida prevalência de valores relativos à apropriação de bens em detrimento dos valores existenciais.⁸

Os sistemas jurídicos centrados nos valores liberais estavam voltados para a proteção do patrimônio do homem burguês, o que impossibilitou a proteção do ser simplesmente porque dotado de dignidade, o respeito à igualdade material e à

5 RAMOS, Carmem Lucia Silveira. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. In: FACHIN, Luiz Edson et al (coord). **Repensando os fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 4.

6 BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10. ed. Brasília: UnB, 1999, p. 121.

7 CANTALI, Fernanda Borghetti. **Direitos da personalidade**: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 39.

8 MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. O ser e o ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à clausura patrimonial. In FACHIN, Luiz Edson (coord). **Repensando os fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 90-91.

justiça distributiva.⁹

Esse paradigma de legalidade, igualdade formal, individualismo e voluntarismo foi sedimentado através do Código de Napoleão, o que culminou no distanciamento entre o Direito e as relações sociais fáticas que ficavam à margem do sistema, por não interessarem ao sistema.

A este sistema jurídico só interessava o indivíduo titular de propriedade, capaz de realizar contratos, o bom pai de família, os que aí não se encaixavam foram excluídos do ordenamento jurídico, foram literalmente atiradas às margens do sistema.¹⁰

Era na esfera privada que se concentrava todo o poder, o verdadeiro poder, e à esfera pública foi delegada a tarefa de prometer aos excluídos o livre acesso ao poder, através de uma igualdade formal e inatingível.

O que se via na realidade era uma alienação da realidade e do direito. Não havia necessidade de trazer para o direito a realidade que não interessava. As pessoas que não se encaixavam aos ditames fixados (possuir bens, possuir patrimônio) era reservado o não-Direito (ou o Direito de não ter Direitos).

Concebeu-se, assim, uma nova ordem, uma nova sociedade que seria regida através de uma reordenação sistemática e inovadora do Direito, ditado pelo pensamento racional. Porém, esta nova ordem acabou gerando uma sistematização exagerada e conseqüentemente um fechamento do Direito em categorias estanques, que ao lado do voluntarismo, culminou com a absolutização excessiva da razão individual.¹¹

O Direito passou a ser um sistema fechado e pleno, já que negava a existência de lacunas no sistema.¹² Nesse sistema, as pessoas abstratamente consideradas passaram a ser um mero elemento das relações jurídicas, o que

9 RAMOS, Carmem Lucia Silveira. A constitucionalização ..., p. 5.

10 Nesse sentido ver: FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. 2. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 213.

11 SZANIAWSKI, *op. cit.*, p. 41-42.

12 AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 7. ed. rev. atual. aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 47.

provocou uma 'desumanização do jurídico'¹³ cujas sequelas estão presentes até hoje.¹⁴

Apesar deste contexto, houve espaço para o desenvolvimento, mesmo que tímido, da ideia do direito geral de personalidade, que se inicia com o *iura in persona ipsa*.

1.2 O DESENVOLVIMENTO DA IDEIA DO DIREITO GERAL DE PERSONALIDADE NA MODERNIDADE¹⁵

Neste capítulo, para se verificar o desenvolvimento do Direito da Personalidade na Modernidade, o percurso histórico será dividido em três fases: do humanismo renascentista, em que se abordará o *iura in persona ipsa*; a passar pelo jusracionalismo; e o desfecho com a pandetística alemã.

Apesar do corte metodológico se dar a partir da Modernidade, importante historiar, de maneira muito sucinta, a evolução da personalidade no direito ocidental, de suas raízes no direito romano e sua evolução na Idade Média.

1.2.1 Antecedentes históricos dos Direitos da Personalidade: de suas raízes no direito romano à evolução na Idade Média¹⁶

Importa referir Roma como o berço de onde resultou toda a evolução

13 CARVALHO, Orlando de. **A teoria geral da relação jurídica**: seu sentido e limites. 2. ed. atual. Coimbra: Centelha, 1981, p. 60.

14 CANTALI, Fernanda Borghetti. **Direitos da personalidade** ..., p. 41.

15 Cumpre ressaltar, que a partir deste ponto até o encerrar do Título I, as ideias expostas têm como parâmetro o autor Antonio Menezes Cordeiro e sua obra *Tratado de Direito Civil Português*, vol.1, parte geral, tomo 3, pessoas. Coimbra: Almedina, 2004. Por esta razão, há tantas referências ao autor português.

16 E aqui se está consciente que se trata de um brevíssimo apanhado, pois seria muita pretensão resumir milênios de história em tão poucas linhas. O objetivo que se propõe no que se seguirá é o de mostrar que os Direitos da Personalidade estão em constante construção histórica, e tem arco que o tempo revela suas vicissitudes no espaço jurídico.

condutiva aos direitos da personalidade. No seu período arcaico e monárquico, muito possivelmente em virtude da fraca estruturação e hierarquização social, bem como da economia primitiva, a tutela dos direitos da personalidade (em caso de morte, ofensas corporais, rapto, para ficar nestes exemplos) se dava pela vingança privada. Só após a instauração da República e a codificação de costumes na lei das XII Tábuas é que se inicia uma espécie de tutela da personalidade: o cerne desta lei era o *ius civile*, as normas da esfera jurídica do cidadão individual e o sancionamento das ofensas dos bens da personalidade tinha agora a diferença de, não obstante ter lugar prevalente pela vingança privada, necessitar de uma sentença pública nesse sentido. A grande divisão situava-se entre lesões pessoais ligeiras e lesões graves: nas primeiras prescrevia-se, na generalidade dos casos, uma pena pecuniária a pagar pelo lesante ao lesado; nas segundas, existia uma tipificação mais complexa, nomeadamente na distinção entre ofensas à personalidade física e personalidade moral, ou na distinção entre a ação voluntária da involuntária nas ofensas à pessoa.

A atividade jurisprudencial tinha grande importância para a superação das insuficiências da lei das XII Tábuas em matéria de tutela dos direitos da personalidade e de adaptação do direito romano aos seus vastos domínios e às suas mutações sociais. Funcionado este com base nas *actiones praetoriae*, a ela se deveu a criação da *actio iniuriarum* que visava uma tutela genérica da pessoa: a *iniuria*, surgindo primeiramente como o equivalente à ideia de injustiça ou de ilicitude, vê o seu alargamento intensificado, passando a implicar: i) um ato ilícito de qualquer tipo; ii) um ato que envolva os hoje ditos dolo ou culpa; iii) um ato insultuoso. A *actio iniuriarum* passa assim a proteger não apenas a pessoa como tal, mas também a tutela-la nas suas relações jurídicas concretas, em que apenas esteja mediatamente a pessoa mas em que se vise denegri-la, mediante o absoluto desprezo dos seus direitos.

Tem-se ainda como fontes de direito importantes para a extração de um conteúdo normativo de tutela da personalidade a *Lex Aquilia de damno* (entre 289 e 286 a. C.) e a *Lex Cornelia*, sensivelmente do mesmo período.

A evolução continua com as *Institutiones* de Justiniano (século VI), onde a

iniuria é apresentada como tudo o que não seja juridicamente regular (*quod non iure fit*), explicitando: a afronta injuriosa a uma pessoa (*contumelia*), o desprezo, a culpa, a iniquidade e a injustiça. Deste modo, é verificável que a tutela da personalidade já estava consignada no Direito Romano, transmitindo, este uma ideia clara de que o direito existe primacialmente para defender as pessoas. Esta concepção de que certos bens da personalidade deveriam de ter proteção aparece ainda mais exponencializada com o humanismo cristão que resulta do Cristianismo como religião oficial do Estado.

Com a desagregação do Império Romano do Ocidente, com a instituição do feudalismo e conexamente da sociedade estamental com diversidade de estatutos jurídicos, esta evolução parece ter apresentado alguma regressão, em detrimento de costumes diversos dos povos bárbaros e da justiça privada; só com a Escola dos Glosadores, irradiada a partir de Bolonha no século XII, se afigura um renascimento do direito romano, agora de feição justinianeia, que contudo não parece ter inovado em matéria de personalidade, mantendo as características do *actum iniuriarium*.

Porém a Idade Média não foi completamente estéril nesta matéria: mestres como São Tomás de Aquino evidenciam no seu pensamento a emergência de uma tendencia subjectivante no Direito que se opõe a todo um processualismo do direito romano (para a pessoa reivindicar um direito era necessária a correspondente ação, daí as *actio praetoriae*): é com estes mestres que nasce o direito subjectivo, como estrutura da vontade humana ou a ela ligada, verdadeira rampa de lançamento para o reconhecimento na Modernidade de um direito geral de personalidade.

1.2.2 O Humanismo Renascentista

Nos séculos XVI e XVII surgia o conceito de *ius imaginis*, referente à titularidade do direito da pessoa sobre o seu próprio corpo. Tal ideia evoluiu da noção da originário *actio iniuriarum*, que tinha como finalidade conferir tutela às vítimas de ofensas à personalidade humana. A ideia de um *ius in se ipsum* reflete a possibilidade de um poder da vontade do homem sobre si mesmo, ou seja, um

direito cujo objeto seria a própria pessoa.¹⁷

As ideias humanistas, ao assumirem antropocentricamente a condição humana, exponencializam essa progressão do direito cada vez mais ligada à pessoa humana e autonomizam finalmente a teoria dos direitos subjetivos, conseguindo operar uma transposição das *actiones* para os *iura* (direitos subjetivos). O *ius in se ipsum* reflete a ideia de um direito geral de personalidade fundamentado no poder da vontade e da razão humana individual, configurando-se a partir da transposição da *actio* para o *ius* (da ação para o direito) como meio de proteção da personalidade.¹⁸

De acordo com MENEZES CORDEIRO, Hugo Donellus, já no século XVI, exerceu um papel nuclear no surgimento dos direitos da personalidade. Seus textos são assim considerados a certidão de nascimento dos modernos direitos da personalidade.¹⁹ Prossegue o civilista português explicando que Donellus considerava que quanto aos direitos que são nossos, parte recai sobre a própria pessoa e parte sobre coisas externas. Quanto aos primeiro, que se ligam ao estado da pessoa, estes envolvem a própria vida, a integridade do corpo, a reputação e a liberdade. Donellus tipificava os *iura in persona ipsa* em quatro manifestações essenciais assim expressas: a vida que existe e é reconhecida; a integridade física que consiste em não ser molestado ou atingido; a liberdade que se traduz em fazer o que quiser; a reputação que corresponde a um estado de dignidade ilibada, comprovada pelas leis e pelos bons costumes.

1.2.3 O jusracionalismo: o bloqueio da construção dogmática dos direitos da personalidade

A temática dos direitos subjetivos continuou e foi amplamente aprofundada com o período das luzes e com o triunfo da *raison raisonnante* e, já numa fase mais

17 SZANIAWSKI, *op. cit.*, p. 38.

18 CORDEIRO, Antonio Menezes. **Tratado de direito civil português: parte geral**. Coimbra: Almedina, 2004. t. 3: pessoas, p. 33.

19 CORDEIRO, *op. cit.*, p. 34.

tardia, com a emergência dos liberalismos oitocentistas. Contudo, esse aprofundamento não se operou no sentido do desenvolvimento da teoria do direito da personalidade. O triunfo das ideias individual-contratualistas de John Locke e do sistema antropocêntrico da Escola de Direito Natural, de cunho apriorístico e racional-dedutivo fez localizar os direitos subjetivos numa dicotomia indivíduo/Estado. Os direitos seriam originários, inatos, derivados apenas de um direito natural que pelo seu reconhecimento no direito positivo se haviam transformado em direitos subjetivos e teriam uma vocação para tutelar uma reserva que os privados impunham que o Estado respeitasse; assim a teoria jus-subjetivista foi aprofundada sobretudo em estudo de Direito Público, *maxime* em Direito Constitucional.²⁰

MENEZES CORDEIRO esclarece ainda que uma referência aos direitos sobre a própria pessoa veio sendo mantida sucessivamente nas obras jusracionalistas sem, contudo, ter sido aproveitada dogmaticamente.²¹

O jusnaturalismo fechou o homem em si mesmo, em razão da absolutização da razão individual. O reflexo disso foi o entendimento do *ius in se ipsum* como um mero poder da vontade individual, reivindicado apenas em face do Estado e não em relação aos demais indivíduos, tornando-se assim, uma inócua categoria lógico-formal.²²

1.2.4 A pandetística alemã e o sentido histórico-cultural dos direitos da personalidade

Neste contexto histórico surgem, reativamente, os posicionamentos da Escola Histórica²³ e, posteriormente, do Positivismo Jurídico²⁴ acerca do direito geral

20 CORDEIRO, *op. cit.*

21 *Ibidem*, p.35

22 SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Coimbra, 1995, p. 80-81.

23 O historicismo marca o pensamento alemão durante o fim do século XVIII e início do século XIX, a configurar, no campo filosófico-jurídico, a denominada escola histórica do Direito,

de personalidade que se delineava a partir do entendimento do *ius in se ipsum*. Foi neste momento que iniciaram as hesitações da doutrina acerca da existência dos

representada principalmente por Savigny. A escola histórica do Direito é, portanto, eminentemente anti-racionalista, opondo-se à filosofia iluminista através de uma dessacralização do direito natural, substituindo o abstrato e o universal pelo particular e pelo concreto. O contexto de seu advento era inspirado pela valorização da tradição e dos costumes, em reação ao exacerbado racionalismo da escola de direito natural, valorizando, assim, as manifestações espontâneas em função da individualidade do próprio homem e demonstrando a perspectiva histórica de desenvolvimento social, a qual possui um sentido irracional, pelo que não era possível compartilhar do otimismo iluminista, que vê na razão uma força propulsora e transformadora do mundo, capaz de sanar todos os males da humanidade. O Direito para a Escola Histórica é visto como um produto histórico e espontâneo peculiar a cada povo e não como um mero produto racional. Criticando a codificação, produto do iluminismo, afirmava-se que a ciência do Direito não apenas produz os mesmos efeitos de unidade e sistematização que a codificação, mas ainda tem vantagem sobre esta na medida em que não petrifica o Direito através de uma rigidez cega, tornando-o mais maleável e adaptável. O Direito para Savigny tem suas bases na tradição e no costume e, dessa forma, exprime o sentimento e o espírito do povo. Não pode, pois, ser universal e imutável, tampouco criado arbitrariamente pelo legislador. Doravante, o papel sistematizador que a codificação exerce em outros países, na Alemanha, principalmente na primeira metade do século XIX, merece atenção. Esta função organizativa será incumbência da ciência do Direito, principalmente por meio da atividade dos pandectistas, que intentaram sistematizar cientificamente o direito comum então vigente naquele país. A noção de sistema é essencial para Savigny, principalmente no que diz respeito à interpretação das leis. Todavia, cabe ressaltar que existem dois momentos no pensamento deste autor: o de sua juventude, até aproximadamente 1814, e o de sua maturidade, após esta data, quando o elemento sistemático torna-se objeto de maior atenção. Embora Savigny defendesse a existência de um Direito espontâneo, é interessante notar que, no que tange à influência exercida pelo autor no pensamento jurídico alemão subsequente, o fator sistemático e cientificista de sua teoria termina por prevalecer sobre o fator historicista, permitindo com isso o desenvolvimento do formalismo jurídico na Alemanha através da jurisprudência dos conceitos, representada por Puchta. (CANTALI, Fernanda Borghetti. **Direitos da personalidade** ..., p. 41, nota 86.

24 O positivismo jurídico, com a pretensão de tornar o Direito uma verdadeira ciência, acabou por separar os juízos de valor dos juízos de fato. Nessa medida, expurgou da jurisprudência qualquer juízo de valor e concebeu o Estado como a única fonte criadora do Direito. Com esta concepção a tutela jurídica somente se dava a partir do direito posto. (SOUZA, R.V.A. Capelo de . **O direito geral de personalidade**, p. 81). A crítica ao jusnaturalismo anti-racionalista da Escola Histórica do Direito e o formalismo da jurisprudência dos conceitos abrem caminho para o desenvolvimento do positivismo jurídico na Alemanha. Para o positivismo jurídico o direito é produto da ação e da vontade humana refletido no direito posto, o direito positivo e não da imposição de Deus, da natureza ou da razão, como afirma o jusnaturalismo. O positivismo jurídico empenhou-se em banir toda metafísica do mundo da ciência, restringindo esta rigorosamente aos fatos e às leis desses fatos, considerados empiricamente. Em outras palavras, para a concepção positivista são suscetíveis de conhecimento científico os fatos sensíveis, juntamente com as leis que neles se manifestam e se comprovam na experimentação. Os positivistas defendem também que não existe necessariamente uma relação entre o direito, a moral e a justiça, já que estas últimas são relativas, mutáveis no tempo e sem força política para se impor contra a vontade de quem cria as normas jurídicas. A doutrina positivista defende o estudo do direito como fato e não como valor, devendo ser excluída do estudo toda qualificação que seja fundada num juízo de valor e que faça a distinção entre bom e mau, justo e injusto. Constitui-se, dessa forma, a definitiva alienação da ciência jurídica em face da realidade social, política e moral do Direito. (LARENZ, Karl. **A metodologia da ciência do direito**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2005, p. 29-49).

direitos da personalidade.²⁵

A reação à tradição jusracionalista encontra-se em Savigny e a na maior parte da Escola Histórica alemã, que contestam a pretensão de eficácia universal da razão individual na formulação jurídica e antepõem antes o espírito de cada povo enquanto reflexo das respectivas necessidades. Deste modo, Savigny evidencia a raiz historicamente existencial dos direitos da personalidade por contraponto à índole apriorística dos direitos fundamentais.²⁶

Savigny, contudo, é apresentado como um negativista, em termos de direito da personalidade, opondo-se a Puchta, o qual defendeu a existência de um direito geral da personalidade no seio da categoria mais ampla de direito sobre a própria pessoa. De acordo com Savigny, a tutela da pessoa seria conseguida através de múltiplos “direitos” desde a proteção penal às ações possessórias. A inviolabilidade da pessoa humana seria o fundamento último de toda essa proteção, a qual só seria obscurecida, de acordo com ele, na sua verdadeira natureza, através de construção de direitos sobre a própria pessoa. Assim, ainda que Savigny não discorde de uma tutela da pessoa, duvida essencialmente da viabilidade da categoria de “direitos da personalidade” para a efetivar. Menezes Cordeiro crê que esta rejeição de Savigny de uma categoria de direitos sobre o próprio indivíduo se justifica pela dificuldade de a arrumar sistematicamente no direito alemão antes do BGB, portanto no direito alemão ainda não codificado.²⁷

A interpretação antropocêntrica e individualista típica do racionalismo humanista desfigurou a ideia inicial do *ius in se ipsum* levando-o a ser entendida pela Escola Histórica do Direito como a possibilidade de, no seu legítimo exercício, o homem poder dispor da própria vida.²⁸

Conforme o entendimento da Escola Histórica, os direitos da personalidade

25 TEPEDINO, Gustavo. **A tutela da personalidade** ..., p. 27. O professor destaca os seguintes juristas que negaram a existência dos direitos da personalidade: Roubier, Unger, Dabin, Savigny, Thon, Von Tuhr, Enneccerus, Zitelmann, Crome, Iellinek, Rava, Simoncelli, dentre outros.

26 CORDEIRO, *op. cit.*

27 CORDEIRO, *op. cit.*

28 SZANIAWSKI, *op. cit.*, p. 42.

não seriam direitos subjetivos propriamente ditos (manifestação do poder da vontade), mas tão somente o reflexo do direito objetivo do qual se poderia retirar uma proteção jurídica a determinadas situações que envolvessem a personalidade.²⁹

Vale dizer, a proteção jurídica à personalidade limitar-se-ia à reação do ordenamento à lesão ao dano injustificado, por intermédio dos mecanismos da responsabilização civil.³⁰

Ao admitir-se que os direitos da personalidade seriam uma categoria autônoma de direitos subjetivos, estar-se-ia admitindo a existência de direitos que teriam por objeto a própria pessoa, logo seria possível a ampla disposição do corpo, cabível e justificável, portanto o suicídio.³¹

Para Savigny a admissão dos direitos de personalidade, baseados na concepção de que qualquer indivíduo estaria autorizado a dispor de si livremente, levaria à legitimação do suicídio e da automutilação. Iellinek também objetou a adoção da categoria dos direitos de personalidade. Argumentou que a vida, a saúde e a honra, para ficar nestes exemplos, não se enquadram na categoria do ter, mas do ser, o que os tornaria incompatíveis com a noção de direito subjetivo, predisposto à tutela das relações patrimoniais e, em particular, do domínio.³²

O direito subjetivo era entendido tão somente como o poder jurídico de uma pessoa sobre um objeto. É neste contexto histórico que surge a negativa de um direito geral da personalidade.

MENEZES CORDEIRO, afirma que Savigny tinha grande preocupação com a possibilidade de dogmatização dos direitos da personalidade à semelhança dos direitos de propriedade. Explica o professor que o direito alemão não dispunha à época de leis codificadas, logo não havia conceitos tais como o de capacidade de direitos e de direitos da personalidade aptos a justificar a categoria. Para Savigny,

29 *Ibidem*, p. 72.

30 TEPEDINO, Gustavo. **A tutela da personalidade** ..., p. 28.

31 SZANIAWSKI, *op. cit.*, p. 72.

32 As ideias dos autores citados encontram-se examinadas em TEPEDINO, Gustavo. **A tutela da personalidade** ..., p. 27, que a seu turno, tomou como ponto de referência o pensamento de Francesco Ferrara.

uma construção de direitos sobre si próprios só vira a obscurecer a tutela da pessoa humana.³³

Sobre a questão, TEPEDINO³⁴ esclarece que se entendia à época que a personalidade, identificando-se com a titularidade de direitos, não poderia, ao mesmo tempo, ser considerada também seu objeto. Caso fosse assim considerada, ter-se-ia uma contradição lógica.

SZANIAWSKI³⁵ sustenta que se tratava de uma visão pessimista e distorcida dos atributos da personalidade, a partir da qual a eventual proteção da pessoa humana seria decorrente tão somente de reflexos do direito objetivo, o que afastou totalmente a noção do *ius in se ipsum*. Em suma, emergia uma teoria negativista, uma corrente doutrinária que negava a categoria de direitos da personalidade e não reconhecia aos eventuais atributos, arrolados na lei, a natureza de direitos subjetivos.

O problema da teoria do direito sobre o próprio corpo resultou na identificação do sujeito com o objeto dos direitos da personalidade. Conforme Adriano de Cupis, o objeto dos direitos da personalidade encontra-se em um nexos estreito com a pessoa, a ponto de poder dizer-se orgânico. Nessa medida, não é exterior ao sujeito como outros bens que são possíveis objetos de direito. Todavia, o jurista italiano explica que esta não-externalidade não significa identidade, já que não se pode confundir o modo de ser da pessoa com a própria pessoa.³⁶ Tece uma crítica a teoria do *ius in se ipsum* sustentando que há nela um defeito de construção, mas isso não poderia significar a negativa de existência da categoria, principalmente quando se está falando justamente dos bens mais importantes da pessoa.³⁷

Inúmeras foram as críticas às teorias que negaram a existência dos direitos da personalidade como categoria autônoma de direitos subjetivos. Conforme,

33 CORDEIRO, *op. cit.*, p. 36-37.

34 TEPEDINO, Gustavo. **A tutela da personalidade** ..., p. 27.

35 SZANIAWSKI, *op. cit.*, p. 42.

36 CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade**. Trad. Afonso Celso Furtado Rezende. Campina: Romana, 2004, p. 29.

37 *Ibidem*, p. 30-31.

TEPEDINO, atacou-se a sua premissa.³⁸ A personalidade pode ser vista sob dois aspectos: tanto como atributo da pessoa que a habilita para o exercício de direitos, quanto como valor inerente e indispensável ao ser humano.

Se numa primeira fase, aparece Savigny a criticar uma potencial categoria autônoma de direitos da personalidade, em finais do século XIX, Ihering, com base num estudo aprofundado do sistema do *actum iniuriarum* do direito romano, defende a conceitualidade dessa figura: à função indenizatória e compensatória, ela soma uma função profiláctica, no sentido de prevenir a repetição futura de violações.

Em termos genéricos, os direitos da personalidade aparecem enriquecidos pelo tratamento dogmático alcançado pelo direito sobre bens imateriais. Ao que parece este reconhecimento não advém somente de uma crítica da pandetística ao positivismo e ao jusracionalismo, mas emerge mesmo de necessidades prática.

Nesta perspectiva, já no final do século XIX, percebeu-se que deveria ser ampliada a noção de direitos subjetivos para atender este espaço desregulamentado, no âmbito do Estado de Direito. Isso motivou a formulação do conceito de direitos personalíssimos de caráter extrapatrimonial. Assim, passou-se a aceitar a noção de direitos da personalidade, reconhecendo neles o vínculo entre os indivíduos e os prolongamentos de sua personalidade, corpóreos ou incorpóreos, juridicamente definidos como bens da personalidade.³⁹

O positivismo jurídico, com a pretensão de tornar o Direito uma verdadeira ciência, acabou por separar os juízos de valor dos juízos de fato. Nessa medida, expurgou da jurisprudência qualquer juízo de valor e concebeu o Estado como a única fonte criadora do Direito. Com esta concepção, onde a tutela jurídica somente se dava a partir do direito posto, fragmentou-se o direito geral de personalidade em diversos direitos de personalidade autônomos, tipificados em lei. Se o sistema positivista concebia apenas o Estado como fonte de Direito, negou-se a existência de um direito geral de personalidade, já que apenas tinham relevância alguns

38 TEPEDINO, Gustavo. **A tutela da personalidade** ..., p. 28.

39 GEDIEL, José Antônio Peres. **Os transplantes de órgãos e a tutela da personalidade**. Curitiba: UFPR, 1997. Tese de Doutorado da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, 1997, p. 35.

direitos especiais de personalidade tipificados em lei. Estes eram considerados os únicos e verdadeiros direitos subjetivos, merecedores de tutela do Estado nas relações interprivadas.⁴⁰

Na fase das grandes codificações havia uma acirrada dicotomia entre as searas do público e do privado. A consequência disso foi a bipartição da tutela do homem e de sua personalidade em direitos públicos da personalidade e direitos privados da personalidade. Os primeiros destinados a tutelar as pessoas e a sociedade contra as ingerências do Estado e os segundos adstritos à tutela das relações entre os particulares.⁴¹

SZANIAWSKI⁴² constata que de um lado a Escola Histórica do Direito, negando a existência de uma categoria jurídica destinada à proteção da personalidade da pessoa, qualificada como um direito subjetivo e, de outra parte, o positivismo jurídico, que mediante o expurgo de tudo o que dizia respeito aos juízos de valor e de noções metafísica da ciência jurídica e reconhecendo como fonte única do direito aquela dada pelo Estado, contribuíram decisivamente para a estagnação da evolução da tutela da personalidade humana e do declínio do direito geral de personalidade.

A nova ordem constituída e a sistematização fechada do direito, conduziu o direito geral da personalidade a passar por um estado de dormência, até meados do século XX, havendo, neste curto período, a proteção do homem contra os atentados do poder público, através da atuação dos direitos fundamentais, contidos nas declarações internacionais, e positivados nas constituições. Sob o aspecto privado, a tutela se dava a partir de alguns poucos direitos de personalidade fracionados e tipificados em lei.

Muito embora estivesse o direito geral de personalidade em estado de dormência em muitos países influenciados pela Escola Histórica e pelo Positivismo Jurídico, CAPELO DE SOUZA⁴³ identifica um lado positivo nas críticas ao

40 SOUSA, *op. cit.*, p. 81.

41 SZANIAWSKI, *op. cit.*, p. 43-44.

42 *Ibidem*, p. 44.

43 SOUSA, *op. cit.*, p. 82.

entendimentos jusracionalista do *ius in se ipsum*. Afirmar que a tipificação “solidificou a estrutura dos direitos especiais de personalidade e delimitaram-se as fronteiras de seus objetos, com o que tais direitos ganharam em credibilidade e eficácia”. Além, disso, sustenta que as críticas lançadas ao positivismo “contribuíram para que, reativamente, se circunscrevesse o objeto do direito geral de personalidade”.

No capítulo seguinte, verificar-se-á que, apesar da lógica individual e patrimonial da modernidade, os direitos da personalidade não foram expungidos de todo dos Códigos modernos. Alguns ordenamentos jurídicos europeus os tipificaram, o que contribuiu para sua retomada posterior.

1.3 O ACOLHIMENTO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE NAS CODIFICAÇÕES MODERNAS

Na modernidade, todo esforço no sentido de separar o indivíduo do grupo social no qual ele se encontrava inserido, para considerá-lo um sujeito de direito independente, resultou na acepção mais ampla do individualismo, que vê no homem e na sua subjetividade o dado fundamental da realidade.

LAFER⁴⁴ afirma que o individualismo integra o arcabouço lógico da modernidade, no qual a liberdade se apresenta como a grande possibilidade de autodeterminação do ser humano. Esse desejo, ou ainda, essa necessidade de autodeterminação se manifestou na formação de um sistema jurídico, por meio do qual a todo custo se protegesse o homem das intervenções estatais, garantindo-lhe a propriedade e a liberdade de dispor sobre seus bens.

O homem, individualmente considerado, sente-se fragilizado, e para se resguardar sua individualidade do todo, fosse esse todo o poder estatal ou outro indivíduo, passa a se isolar em sua ilha, que se reflete na concepção insular dos Códigos.

O jusnaturalismo e o racionalismo, que surgiram no movimento

44 LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos, um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. 5. reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p.120.

renascentista, levaram à concepção de um sistema jurídico então entendido como de Direito Privado, criado em função do indivíduo. Tal sistema passou a ser considerado como o conjunto dos direitos que cabia ao indivíduo.⁴⁵

O ambiente no qual surgiram as codificações foi marcado pelas ideias consagradas nas revoluções burguesas, em que deveria predominar a igualdade formal para se garantir o sistema econômico então vigente.

Desse modo, formou-se um modelo de sistema fechado, blindado para a intervenção do Estado na vida privada. Tratava-se de um sistema de direito privado no qual a autonomia da vontade deveria ser garantida pelo princípio da igualdade (formal).

Há uma excessiva preocupação com o patrimônio. A liberdade dos indivíduos perante o Estado era representada pela propriedade, sendo que a liberdade constitui-se no próprio fundamento da propriedade, visto que a liberdade se concretizava na possibilidade de dispor, fruir, transferir e fazer circular a propriedade.⁴⁶

O direito privado típico da primeira codificação teve como eixo central a tutela da propriedade, e em termos genéricos, não deixaram espaço nenhum à positivação dos direitos da personalidade. O contrato, a sucessão, o regime de bens entre os cônjuges, instrumentos de circulação da propriedade privada, eram as principais preocupações do direito civil. A segurança e a certeza eram os valores máximos a serem protegidos segundo a necessidade da burguesia vitoriosa, que se utilizou perfeitamente do direito privado como instrumento de seu projeto político-jurídico.⁴⁷

Assim, a positivação do direito que se formou a partir de então espelhou a ideologia vitoriosa representada pelo típico homem burguês, proprietário, contratante

45 GIORGIANNI, Michele. O direito privado e as suas atuais fronteiras. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, a. 87, v. 747, p. 38, jan. 1998.

46 FINGER, Julio Cesar. Constituição e direito privado: algumas notas sobre a chamada constitucionalização do direito civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 87.

47 MELLO, Cláudio Ari. Contribuição para uma teoria híbrida dos direitos de personalidade. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **O novo Código Civil e a Constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 70.

e bom pai de família. O homem proprietário e contratante, no contexto estabelecido, era também proprietário de sua própria pessoa. A ideia da personalidade humana é tida tão somente como mais um bem jurídico, merecedor de tutela jurídica e do qual o homem é legítimo proprietário. Desta forma consolidou-se todo o arcabouço destinado a proteger os direitos da personalidade, baseado na patrimonialidade destes direitos.

Esclarece TEPEDINO⁴⁸ que a preocupação com a pessoa humana, iniciada com as declarações de direitos a partir da necessidade de resguardar o cidadão contra o arbítrio do Estado totalitário, limitava-se à integridade física e a algumas garantias políticas. Não havia, no âmbito do direito privado, nenhum sistema de proteção aos direitos de personalidade.

Conforme BITTAR⁴⁹, os direitos da personalidade no direito privado constituem-se em uma construção jurisprudencial. Eles foram adquirindo forma nos tribunais, e a jurisprudência foi se encarregando de deduzir os seus princípios e características comuns, no sentido de assentá-los e possibilitar a sua sistematização.

MENEZES CORDEIRO⁵⁰ se refere a um movimento que ele chama de domínio dogmático da periferia dos direitos da personalidade. Por meio desse domínio periférico dos direitos da personalidade, foi possível alcançar a abstração necessária para a formação de uma base dogmática coerente para os direitos da personalidade.

Como exemplo de manifestações parcelares da periferia dos direitos da personalidade, MENEZES CORDEIRO⁵¹ cita o tema das patentes. Em 1877, em razão da rápida industrialização alemã, surgiu a Lei Alemã das Patentes, que introduziu um direito individual, de viver, desenvolver e valorizar suas forças. A doutrina para explicar a tutela aí dispensada introduz a ideia de “direito individual”,

48 TEPEDINO, Gustavo. **A tutela da personalidade** ..., p. 34.

49 BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 7. ed. rev. atual. de acordo com o novo Código Civil por Eduardo C. B. Bittar. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006, p. 33

50 CORDEIRO, *op. cit.*, p. 38-39.

51 CORDEIRO, *op. cit.*, p. 38.

que é visto como o primeiro reconhecimento de um direito geral da personalidade.

O trabalho dogmático igualmente se debruçou sobre o possível objecto que esses direitos viriam a tutelar: aqui o percurso foi mais curto, sendo que a doutrina alemã maioritária, perante a interpretação do paragrafo 823 do BGB, cedo alcançou a ideia de “bem de personalidade” (ainda que na generalidade não concedessem a um direito geral da personalidade).⁵²

BITTAR⁵³, afirma que especificamente acerca dos direitos da personalidade as primeiras leis são a belga de 1886 e a romena de 1895 sobre direitos autorais e direito ao nome.

Neste contexto, o Direito Francês, sedimentado com o Código de Napoleão, a partir dos postulados fundamentais da completude e unicidade do direito, pretendia regular tudo de forma lógica e suficiente. Este diploma legal, que tinha como finalidade a consolidação dos direitos fundamentais reconhecidos pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, pouco se referiu aos direitos da personalidade.⁵⁴ Assim, a doutrina civilista que se seguiu, por um longo período não identificou a figura dos direitos da personalidade.

O Direito Alemão, Austríaco e Suíço, durante o século XIX, ainda alheios à influência da nova ordem jurídica instaurada após a Revolução Francesa, mantinham a tutela da personalidade humana através da aplicação do direito geral de personalidade. As teses defensoras da existência de um único e genérico direito de personalidade, em detrimento da ideia da existência de direitos da personalidade multifacetados em diversas codificações, foram desenvolvidas por Gierke, Koehler e Huber, na Alemanha. Fundamentou-se a posição no fato de que cada homem possui uma única personalidade e, portanto, somente existe um único e geral direito de personalidade.⁵⁵

Para JUDITH MARTINS-COSTA⁵⁶, a expressão “direito da personalidade” foi

52 *Ibidem, passim*

53 BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade** ..., p. 33.

54 CORDEIRO, *op. cit.*, p. 40.

55 SZANIAWSKI, *op. cit.*, p. 45.

56 MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes teóricas do**

cunhada originariamente em 1866 por George Karl Neuer. O civilista alemão, apesar de fiel à doutrina de Savigny da prevalência da relação jurídica sobre a pessoa, foi quem primeiro mencionou um direito da personalidade. Constata-se, também, o seu pioneirismo ao relacionar esse direito da personalidade a um direito fundamental.

Entretanto, foi Otto Von Gierk, em 1895, o responsável pela sistematização dos direitos da personalidade. Com efeito, Gierk foi quem primeiro identificou esses direitos subjetivos especiais que decorrem do fato de ser pessoa.⁵⁷

Na obra *Deutsches Privatrecht* foi pela primeira vez enunciado um direito geral da personalidade nos seguintes termos: “os direitos da personalidade são os que concedem ao seu sujeito o domínio sobre uma parcela da própria esfera de personalidade; tratar-se-ia de direitos subjetivos, reconhecidos por todos”.⁵⁸

Assim o surgimento da teoria da personalidade, elaborada por George Karl Neuer e sistematizada por Gierk, teve como principal objetivo a criação de novas formas de proteção, as quais viessem a suprir as lacunas deixadas pelos direitos fundamentais do século XIX, tais como aqueles relativos à honra, à intimidade, à saúde, à integridade física e à vida privada.⁵⁹

Na Alemanha, acatava a tese da existência de um único direito geral de personalidade, o que fora incorporado também na jurisprudência da Corte Constitucional. Todavia, sob a influência da Escola Histórica e da Pandectista, elaborou-se um Código Civil, o BGB - entrou em vigor em 1900, que não consagrou expressamente o direito geral de personalidade. Assim, passou-se a entender que a doutrina do direito geral de personalidade era demasiada ampla e, portanto, desencontrada do espírito do Código, rompendo drasticamente com a jurisprudência

novo Código Civil brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2002, p.99 (nota 40).

57 LUDWIG, Marcos de Campos. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade na Alemanha e possibilidade de aplicação no direito privado brasileiro. In: MARTINS-COSTA, Judith (org.). **A reconstrução do direito privado.** São Paulo: RT, 2002. p. 87-107.

58 VON GIERK, Otto. *Apud* CORDEIRO, *op. cit.*, p. 40.

59 CUNHA, Alexandre dos Santos. Dignidade da pessoa humana: conceito fundamental do direito civil. In: MARTINS-COSTA, Judith (org.). **A reconstrução do direito privado.** São Paulo: RT, 2002. p. 239.

antes dominante, o que caracterizou um grande retrocesso.⁶⁰

Em que pese o desenvolvimento da teoria de Gierk, acerca de um direito geral da personalidade ocorrido antes da elaboração do Código Civil Alemão – BGB, esta codificação adotou-se a teoria tradicional de Savigny, predominando a expressão capacidade jurídica no BGB.

Houve tentativa de reação a essa ideia. O parágrafo 823, I do BGB trazia, na época, a locução “outros direitos”, o que permitia interpretação. Alguns doutrinadores tentaram sustentar que o direito geral de personalidade estaria subentendido nestes “outros direitos”, mas esta possibilidade interpretativa não ganhou eco na jurisprudência. Fato é que a referida norma permitiu um alargamento da tipificação da tutela da personalidade apenas enquanto fonte de obrigação de indenizar em caso de lesão a certos bens e interesses jurídicos da personalidade, como a vida, a integridade corporal, a saúde e a liberdade, compreendidos de forma ampla. Todavia, o referido alargamento não foi apto a solucionar o problema da insuficiência da tutela legislativa tipificadora.⁶¹

A codificação alemã trouxe, entretanto, em seu bojo o reconhecimento do direito ao uso do nome e impôs a obrigação do atentado contra pessoa garantindo assim o direito à vida, à saúde, ao corpo e à liberdade. Sobre tais dispositivos, BITTAR⁶² afirma que eles têm sido vistos como a aceitação dos direitos da personalidade, apesar de não suficientemente definidos.

As ideias sistematizadas por Gierk, referentes às regras gerais sobre direitos da personalidade somente foram utilizadas expressamente pela primeira vez no Código Civil suíço (1907), que contemplou o direito ao nome, fixou a obrigação de indenizar o atentado contra a pessoa, por meio da conceituação da liberdade como irrenunciável para a proteção da personalidade.⁶³

60 SZANIAWSKI, *op. cit.*, p. 46.

61 OLIVEIRA, José Lamartine Correa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. O Estado de direito e os direitos da personalidade. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, a. 69, v. 532, p. 12, fev. 1980.

62 BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade** ..., p. 32.

63 *Ibidem*, p. 33.

A codificação na Alemanha acabou também fazendo com que o direito geral de personalidade estagnasse, limitando-se a proteção aos casos tipificados no Código e em leis esparsas. A ideia de um direito geral de personalidade em nível legislativo manteve-se no Código Civil Austríaco, mas realmente se consagrou na Suíça que promulgou seu Código Civil em 1907 e expressamente regulou o direito geral de personalidade no seu artigo 28, protegendo-o e outorgando direito de ação a todos os que sofrerem algum atentado ilícito a sua personalidade.⁶⁴

Afora os exemplos da Áustria e da Suíça, as codificações europeias calcavam posicionamento de consagração de direitos especiais de personalidade, já que substancialmente influenciadas pela Escola Histórica e pelo Positivismo Jurídico. Foi o caso da Itália e da França, onde a doutrina dominante admitia apenas a existência e a tutela dos direitos de personalidade positivados pelo ordenamento, distinguindo também os direitos públicos e privados da personalidade.⁶⁵

Em Portugal, o Código de 1867 definiu os direitos à existência, à liberdade, à associação, à apropriação e à defesa.⁶⁶ O Direito Português, tendendo, assim, ao reconhecimento de um direito geral de personalidade, não ficou alheio à influência do positivismo. Tal influência acabou fazendo com que a jurisprudência e a doutrina reconhecessem apenas alguns direitos especiais de personalidade.⁶⁷

MENEZES CORDEIRO⁶⁸ afirma que o desinteresse do direito civil pelo tema é explicado pelo fato de que na tradição jusracionalista, a tutela da pessoa se realizava por meio do direito público e dos direitos fundamentais.

Para CAPELO DE SOUSA⁶⁹, ultrapassada a agitação decorrente da revolução liberal, as classes sociais triunfantes dedicaram-se abertamente ao

64 PINTO, Paulo Mota. Notas sobre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e os direitos de personalidade no direito português. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **A Constituição concretizada**: construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 70.

65 SZANIAWSKI, *op. cit.*, p. 48.

66 BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade** ..., p. 33.

67 SOUSA, *op. cit.*, p. 83.

68 CORDEIRO, *op. cit.*, p. 40.

69 SOUSA, *op. cit.*, p. 70.

desenvolvimento industrial e comercial, remetendo o individualismo e o liberalismo para o mero exercício da função econômica do tipo capitalista, que lhes garantia e legitimava a livre iniciativa econômica e a propriedade privada garantida de forma ilimitada.

Mesmo os direitos fundamentais, tão calorosamente apregoado, foram deixados, no mais das vezes, nos discursos políticos e nas declarações constitucionais, sem que obtivessem qualquer tipo de tutela específica no âmbito do Direito Civil. Nesse contexto, o Código de Napoleão foi muito mais um Código de bens do que um código voltado para a liberdade e para igualdade das pessoas.⁷⁰

No caso dos códigos elaborados no modelo de sistema fechado, acreditava-se na perfeição da construção conceitual feita pelo legislador, o que tornava a legislação codificada impermeável à intervenção da realidade.⁷¹ Eventuais alterações pretendidas ou necessárias demandaria a intervenção do legislador.

Dentro desse contexto, as normas que eventualmente viessem a disciplinar hipóteses da vida privada do cidadão eram tidas como leis especiais e excepcionais. O denominado dogma da completude aparece em decorrência da concepção sistemática formal-dedutiva na qual o Código era posto.

O juiz tinha a codificação como um verdadeiro prontuário que lhe deveria servir de guia de maneira infalível e do qual não poderia, sob nenhuma hipótese, se afastar.⁷² Como consequência dessa construção conceitualista formal do Código Civil um abismo se formou entre os interesses acolhidos pelo sistema e aqueles mantidos apartados dele.

Dessa forma, os direitos da personalidade desenvolveram-se com base na prática e na necessidade decorrentes de dar concretude aos anseios humanistas que animavam o Direito Civil.⁷³

Importa ressaltar ainda que desde a Declaração dos Direitos do Homem em 1789, mas principalmente no início do século XX, a tutela dos direitos de

70 *Ibidem, loc. cit.*

71 MARTINS-COSTA; BRANCO, *op. cit.*, p. 115.

72 FINGER, *op. cit.*, p. 88.

73 CORDEIRO, *op. cit.*, p. 38.

personalidade públicos, ou seja, os direitos fundamentais individuais, que se destinavam a proteger os indivíduos em face do Estado, tiveram uma evolução sensível, sendo incorporados nos textos de diversas Constituições. De outro lado, os direitos da personalidade privados, cuja posição dominante era a de tutelar somente aqueles positivados no ordenamento, não tiveram grandes avanços, ficando a tutela adstrita à construção jurisprudencial.⁷⁴

É certo que a tutela fragmentada da personalidade era insuficiente, deixando à margem do sistema muitas situações, já que a tipologia que se pretendia exaustiva não abarcava a mutante realidade fática.⁷⁵ Nessa medida é que se pode afirmar que a jurisprudência teve um papel fundamental nesta época para a construção da categoria dos direitos da personalidade.

Tal estrutura normativa era a característica liberal, onde imperava a *summa divisio* entre o Direto Público e o Privado, o que importava em diversidade de ambientes de proteção. As Cartas Constitucionais conferiam alguns princípios fundamentais de proteção da pessoa frente ao Estado. Já na esfera privada, domínio da autonomia privada e da proteção do patrimônio, não era dado ao homem proteção específica e individualizada pelo ordenamento. A partir daí, chegou-se a concluir que a proteção dispensada à pessoa humana cabia tão somente ao Direito Público, sendo impensável ao legislador de então a possibilidade de tutela da personalidade pelo Direitos Privado.

1.4 O DECLÍNIO DO PROJETO LIBERAL DO SÉCULO XIX E A EMERGÊNCIA DO ESTADO SOCIAL NO SÉCULO XX: A VALORIZAÇÃO DA PESSOA HUMANA E SUA DIGNIDADE

Na proposta liberal da modernidade, a igualdade e os direitos individuais, apesar de inicialmente formulados em termos universais, somente podiam ser exercidos por aqueles que detinham o poder econômico (os proprietários).

74 SZANIAWSKI, *op. cit.*, p. 49.

75 OLIVEIRA; MUNIZ, *op. cit.*, p. 14.

O trabalho subordinado e as relações comerciais, consequências da Revolução Industrial, fizeram pairar uma sombra sobre as ideias de igualdade formal. Percebe-se então que as pessoas não são iguais e que na verdade aquela igualdade difundida pelo individualismo burguês, o sujeito de direito único, não existia de fato.

Destarte, a natural evolução da sociedade, e de consequência da cultura jurídica, determinou a alteração do foco de concentração do direito privado. Com efeito, a maior parte da população dos países que aderiram à codificação era formada por indivíduos sem propriedade. A proteção de aspectos extrapatrimoniais inerentes ao ser humano não poderiam mais quedar-se marginalizadas e relegadas a plano secundário. A realidade expressa nas codificações do século XIX estava distante da grande totalidade dos tipos sociais existentes.⁷⁶

O retrato do direito privado não cabia mais na nova moldura imposta pela realidade social.

A chamada técnica do sujeito de direito único – o proprietário, o contratante, o pai de família – garantia a igualdade formal necessária para o desenvolvimento de uma economia de mercado livre da influência e das limitações estatais.

No final do século XIX, com o crescimento da população e a massificação da economia, aliado ao empobrecimento de muitos, este sistema jurídico não consegue mais responder a nova economia e vida social que se formava. Tal circunstância aumentou as pressões sociais, em especial das massas empobrecidas. Em 1891 a igreja católica edita a Carta Encíclica *Rerum Novarum* de Sua Santidade o Papa LEÃO XIII sobre as condições dos operários, uma nítida crítica ao sistema vigente. Ao então Estado Liberal sobrevém paulatinamente o Estado Social, com a finalidade de compensar os desníveis sociais.

Após a segunda guerra mundial, especialmente na Europa, tomou-se consciência dos riscos da diminuição da pessoa humana em relação a uma estrutura de poder constituída. De outra giro, o acelerado desenvolvimento tecnológico experimentado no pós-guerra trouxe como consequência inúmeras alterações na

76 MELLO, *op. cit.*, p. 68.

vida cotidiana do cidadão comum.

FRANCISCO AMARAL⁷⁷ sustenta que a tutela dos direitos da personalidade após a segunda guerra foi sendo fortemente associada à questão da inviolabilidade da pessoa garantida nos principais documentos internacionais sobre direitos humanos.

Dentre tais documentos, a Declaração Universal das Nações Unidas de 1948, o Pacto Internacional sobre Direitos Humanos e Civis de 1966 e a Convenção Europeia dos Direitos do Homem de 1990 contêm expressas exigências de proteção à personalidade da pessoa humana. Como meio de reagir às atrocidades praticadas pelo nazismo, a declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 dispôs, em seu artigo 1.º, que todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos.

MARIA CELINA BODIN DE MORAES⁷⁸ em que pese já haver a Constituição italiana de 1947 declarado entre seus princípios fundamentais que todos os cidadãos têm a mesma dignidade e são iguais perante a lei, é costume indicar-se a Lei Fundamental de Bonn, de 1949, como o primeiro documento legislativo a consagrar o princípio da dignidade da pessoa humana em termos incisivos.

Em meados do século XX o quadro estabelecido a partir das revoluções do século XVIII começa a mudar. O Estado Liberal passa a experimentar as consequências nefastas da insuficiência de seus mecanismos.

Surgiram novas técnicas de publicidade, alto índice de informação, utilização da informática para a coleta de dados pessoais, a pressão do consumismo desenfreado, sedimentação da agressividade e da competitividade nas relações intersubjetivas.⁷⁹

Toda essa movimentação levou o homem a pretender resguardar para si um território de ação no qual pudesse proteger-se e afirmar-se no meio social. E mais, o homem contemporâneo passa a exigir também um direito à diferença, que

77 AMARAL, *op. cit.*, p. 246.

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

79 SOUSA, *op. cit.*, p. 84.

contemple a especialidade.⁸⁰

Observar-se que a satisfação dessas reivindicações vai se processar não exclusivamente pelo alargamento dos direitos especiais da personalidade, mas principalmente pela consagração de um direito geral da personalidade, cujo objeto se procura concretizar e delimitar.

Teve início então uma nova luta pela unidade e expansividade da personalidade humana, bem como pela centralização do foco das regras jurídicas no homem.

A noção de Estado Social apareceu, pela primeira vez, na Alemanha, formulada por Hermann Heller, que após experimentar a situação da República de Weimar, concluiu que a salvação do Estado de Direito consistia em conferir-lhe conteúdo social, fixando novas regras para as relações de trabalho e efetuando uma distribuição de bens segundo novos parâmetros, de modo que uma parcela maior da população tivesse acesso aos bens essenciais à vida humana.⁸¹

O objetivo traçado pelo Estado Social era a diminuição das diferenças sociais, de modo a prevalecer, agora, o princípio da igualdade material.

Sob a denominação de direitos da personalidade compreendem-se aqueles direitos inerentes à pessoa humana e à sua tutela, envolvendo ainda a sua integridade física e moral. Abrangem, portanto, a sua dignidade.

A aplicação direta dos direitos fundamentais, ou melhor, do princípio da dignidade da pessoa humana às relações de direito privado apresenta conexões profundas com a forma pela qual se encaram o Estado, a sociedade e os próprios direitos fundamentais.

Desde o advento da Constituição Federal de 1988, o suporte básico da tutela da personalidade é o princípio disposto no artigo 1.º, III da Constituição Brasileira, o princípio da dignidade da pessoa humana.

FRANCISCO AMARAL⁸² afirma que é o princípio da dignidade da pessoa

80 *Ibidem, loc. cit.*

81 VON GEHLEN, Gabriel Menna Barreto. O chamado direito civil constitucional. In: MARTINS-COSTA, Judith (org.). **A reconstrução do direito privado**. São Paulo: RT, 2002. p. 176.

82 AMARAL, *op. cit.*, p. 246.

humana que orienta e legitima todo o sistema jurídico de proteção à personalidade no Brasil.

Por certo que a proteção à personalidade da pessoa humana é de tão grande importância que disposições a esse respeito se encontram hoje na Constituição Federal. Assim, a tutela da personalidade ganha contornos de princípios, e paira superior no ordenamento jurídico pátrio. A razão disso é que os direitos da personalidade se situam no terreno de encontro entre o direito privado e o direito constitucional.⁸³

1.5 OS DIREITOS DA PERSONALIDADE NO SÉCULO XX: A PROTEÇÃO AOS DIREITOS DA PERSONALIDADE E À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O Direito da Personalidade, a considerar a clássica dicotomia que marca o direito da Modernidade, ora é visto como direito público, quando protege a pessoa humana contra as arbitrariedades do Estado, ora é visto como direito privado, quando protege a pessoa humana contra outras pessoas.

A trajetória dos direitos da personalidade e, por consequência, da proteção da pessoa humana no século XIX foi bastante conturbada e a estes percalços se deve a difícil assimilação da temática principalmente no campo privado. Alguns doutrinadores, ainda no final do século XIX, foram determinantes para que a proteção da pessoa ganhasse força, como Puchta e Neuner. Estes reconheciam através dos direitos da personalidade o direito da pessoa a ser o seu próprio fim, afirmar-se e desenvolver-se como um fim em si mesma, na esteira do *ius in se ipsum*.⁸⁴

Mesmo já sendo utilizada a denominação “direitos da personalidade” em algumas manifestações do século XIX, o desenvolvimento da matéria ocorre mesmo no curso do século XX, durante o qual os direitos de personalidade passaram a

83 *Ibidem*, p. 247.

84 CANTALI, *op. cit.*, p. 48.

afirmar-se como categoria autônoma.⁸⁵

O primeiro passo para uma efetiva mudança de perspectiva na Europa veio com a Constituição de Weimar em 1919 que, colocando-se conscientemente no centro do sistema, trouxe no seu corpo previsão de institutos característicos da seara privada. Esta centralização veio a influenciar sobremaneira as concepções atuais de constitucionalização do Direito Privado e superação da dicotomia do ordenamento jurídico.⁸⁶

Com o desgaste do modelo liberal da Modernidade ocorreu uma valoração da pessoa humana e de sua dignidade, que se refletiu no alargamento dos Direitos da Personalidade. A positivação efetivas destes direitos teve início no constitucionalismo, com a tutela dos direitos fundamentais.

Esta mudança, no entanto, intensificou-se a partir do segundo pós-guerra. As atrocidades cometidas contra a pessoa humana mostraram os riscos da subalternização do indivíduo humano face aos desígnios da estrutura do poder detentora do aparelho do Estado.⁸⁷

Aliado a isso, neste período acelerou-se o desenvolvimento tecnológico onde a opressão da mídia, a pressão do consumismo, a utilização da informática e diversos outros fatores, como o acirramento da competitividade e a agressividade nas relações intersubjetivas, acabaram gerando uma severa interferência na vida privada dos cidadãos.⁸⁸

Essa nova perspectiva de mundo, diante de muitas situações complexas, levou o homem a reivindicar de forma mais contundente uma esfera de proteção pessoal, de resguardo e de ação, no intuito de se defender e de se afirmar no meio social.⁸⁹

O princípio da dignidade da pessoa humana como princípio matriz

85 PINTO, Paulo Mota. **Notas sobre o direito** ..., p. 62.

86 DONEDA, Danilo. Os direitos da personalidade no novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (coord). **A parte geral do novo Código Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 76.

87 SOUSA, *op. cit.*, p. 84.

88 CANTALI, *op. cit.*, p. 50.

89 SOUSA, *op. cit.*, p. 84.

constitucional, gerador de outros direitos fundamentais, ao atuar valoriza a tutela da pessoa humana e produz uma vinculação em relação ao Poder Público e a outros particulares.

O sentido de uma República lastreada na dignidade da pessoa humana acolhe a ideia de um indivíduo conformador de si próprio e de sua vida segundo o seu próprio projeto espiritual. Trata-se do reconhecimento do indivíduo como fundamento do domínio político da República, onde esta é tão somente uma organização política que serve ao homem, não é o homem que serve os aparelhos político-organizatórios.⁹⁰

A partir desta constatação, aliado ao fato de que a Constituição se colocou no vértice normativo inclusive para o Direito Privado, já que incorporou temáticas afetas a esta seara, iniciou-se o processo de “ofuscamento de fronteiras”⁹¹ entre o público e o privado, imposta pela *summa divisio* da modernidade.

A característica liberal de separação do público e do privado, onde somente mantinha a coexistência das esferas individuais para que este atuasse livremente com base em suas próprias regras, veio a ruir na medida em que o Poder Público passou a assumir um caráter intervencionista e regulamentador que, comprimindo a autonomia individual, passou a intervir, pois, nas relações privadas, modificando as funções do Direito Civil, além de publicizar o privado.⁹² Tratava-se do fenômeno da publicização do Direito Privado.⁹³ Tal processo de mudança social incentivou e

90 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2004, p. 219, 225.

91 GIORGIANNI, *op. cit.*, p. 35-55.

92 “O constitucionalismo moderno caracteriza-se pela limitação do poder estatal, afirmação dos direitos individuais, ainda que sua tutela fosse garantida em perspectiva meramente formal, bem como pela autonomia e liberdade irrestritas dos cidadãos para os atos da vida civil. Nesta perspectiva, havia uma forte separação entre o Direito Público, cuja Carta Política regulava todas as situações que emergissem das relações entre os particulares. O constitucionalismo social que se instaura no pós-guerra demarca o crescente processo de intervenção do Estado nas relações sociais, o que se tornou necessário diante das atrocidades cometidas contra o ser humano. Diante desse novo delineamento de Estado interventor e promocional, vê-se a ampliação do elenco dos direitos fundamentais e sua garantia de forma substancial. Essa maior intervenção estatal nas relações entre os particulares abranda a dicotomia entre o público e o privado, caracterizando o fenômeno que se costumou denominar publicização do direito privado”. Em CANTALI, *op. cit.* 51.

93 “A diluição da dicotomia entre público e privado teve duas leituras que são o verso e o reverso da mesma moeda. Alguns chamavam a atenção para a publicização do direito privado, cuja

posteriormente fortaleceu sobremaneira a elaboração hermenêutica que entende ultrapassado tal antagonismo, sustentando uma incidência direta dos valores constitucionais nas normas de Direito Privado.⁹⁴

O reconhecimento da necessidade da tutela dos valores existenciais da pessoa humana é marca da transição, porque passou o atual Estado de característica social e democrática, outrora de caráter liberal, no qual a proteção à pessoa humana, quando existente, era relegada a segundo plano diante da marcante concepção patrimonialista oitocentista dos ideais burgueses.⁹⁵

Esta transição de um Estado Liberal para um Estado Social rompeu definitivamente com o sistema jurídico concebido nos séculos XVIII e XIX, pois o fim do totalitarismo no início do século XX e a instauração de uma nova ordem econômica-social demonstraram que o Direito Civil clássico era insuficiente para atender as novas necessidades da pessoa humana.⁹⁶

As Constituições originariamente formuladas para serem meros estatutos de organização do Estado, no curso do século XX, passaram a trazer no seu corpo institutos característicos do direito privado. Tal deslocamento normativo alterou radicalmente o sistema jurídico calcado na divisão estanque das searas do público e do privado, onde as duas esferas passaram a se comunicar, deixando a segmentação de lado para fazer prevalecer a ideia de unidade do ordenamento jurídico. Esse movimento denominou-se constitucionalização do direito privado.⁹⁷

Com o deslocamento de matérias tradicionalmente pertencentes ao âmbito

pureza estava sendo temperada por inspirações de ordem publicista; outros apontavam para a privatização do direito público, já que havia uma incorporação pelo direito público de elementos do direito civil. Em CANTALI, *op. cit.* 51.

94 TEPEDINO, Maria Celina Bodin de Moraes. A caminho de um direito civil constitucional. **Revista de Direito Civil – Imobiliário, Agrário e Empresarial**, São Paulo, a. 17, v. 65, p. 24, jul./set. 1993.

95 CORTIANO JUNIOR, Eroulths. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade. In: FACHIN, Luiz Edson et al (coord). **Repensando os fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 32.

96 CANTALI, *op. cit.*, p. 50.

97 MELLO, *op. cit.*, p. 67-68.

civil para as constituições, a partir da constatação da alteração dos valores substanciais da ordem social e jurídica, esmaece a distinção antagônica das searas do público e do privado.

Tal deslocamento normativo alterou radicalmente o sistema jurídico calcado na divisão estanque das searas do público e do privado, onde as duas esferas passaram a se comunicar, deixando a segmentação de lado para fazer prevalecer a ideia de unidade do ordenamento jurídico, calcado no princípio da dignidade da pessoa humana e nos direitos fundamentais, em respeito à hierarquia das fontes normativas.⁹⁸

Houve uma alteração de fundamentos ideológicos do sistema normativo. Os Códigos passaram a apresentar inúmeras lacunas, em razão da emergência de muitas situações concretas diversas, em função do reconhecimento de uma (grande) parcela da sociedade que até então estava à margem do sistema, o que acarretou outra consequência: a fragmentação da matéria civil em diversas leis extravagantes, as quais acabaram constituindo novas disciplinas jurídicas autônomas.⁹⁹

Todavia, como adverte GUSTAVO TEPEDINO¹⁰⁰, a existência de microssistemas que constituem diversos sistemas autônomos deve ser entendida com cautela, eis que podem representar a fragmentação do sistema em diversos universos normativos isolados sob a égide de princípios e valores que não raro são díspares em relação aos princípios e valores contidos nas Constituições. A ideia de um Estado interventor, calcado em Constituições que regulam também matérias privadas e estejam no centro do ordenamento, no intuito de conferir unidade ao sistema, não pode se perder frente aos microssistemas que se apresentam. Afirma TEPEDINO que, embora se reconheça a existência dos mencionados universos legislativos setoriais, é de se buscar a unidade do sistema, deslocando para a tábua axiológica da Constituição o ponto de referência antes localizado no Código Civil.

98 TEPEDINO, Maria Celina Bodin de Moraes, *op. cit.*, p. 24.

99 CANTALI, *op. cit.*, p. 52.

100 TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: _____. **Temas de direito civil**. 4. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 11-13.

Enfim, o importante é que tanto os Códigos Civis como as normas de especialização estejam subordinados aos princípios constitucionais. Essa leitura de todo o ordenamento privado conforme os valores e princípios constitucionais representa outra faceta do fenômeno da constitucionalização do Direito Privado. A consequência mais evidente deste fenômeno é justamente a proteção dos direitos fundamentais, os quais são os direitos do homem jurídico institucionalmente garantidos.¹⁰¹

Além disso, tal mudança de perspectiva outorgou ao operador do direito o poder ou o dever de aplicar diretamente os princípios e os valores constitucionais não só nas relações entre os indivíduos e o Estado, mas também nas relações interprivadas.¹⁰²

A valorização da pessoa humana como ser dotado de dignidade recoloca o indivíduo como primeiro e principal destinatário da ordem jurídica. Assim, em sendo o homem e os valores que traz em si mesmo a última *ratio* do ordenamento, reconhece-se a inexorável repersonalização do Direito Privado, abandonando-se a ideia de simples protetor dos interesses patrimoniais para tutelar o patrimônio apenas como um suporte ao livre desenvolvimento da pessoa.¹⁰³ Neste contexto, afirma-se que o Direito Civil passou também por um processo de despatrimonialização.¹⁰⁴

A repersonalização do direito é, portanto, decorrente da preocupação com a valorização do ser humano protegendo sua dignidade existencial, dignidade esta

101 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional ...*, p. 378, 393.

102 CANTALI, *op. cit.*, p. 53.

103 CORTIANO JUNIOR, Eroulths. **Alguns apontamentos ...**, p. 33.

104 Nesse sentido FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica ...**, *op. cit.* Na Teoria Crítica do Direito Civil, FACHIN explicita em fls.78 o movimento de repersonalização e despatrimonialização do Direito Privado diante da influência dos princípios que carregam os valores constitucionais no processo de valorização da pessoa e sua posição de centralidade no ordenamento: “os princípios aparecem em outro movimento que o Direito Privado começa a sofrer, o da repersonalização, que significa discutir os valores que o sistema jurídico colocou em seu centro e em sua periferia. O Código Civil brasileiro, efetivamente, tem o seu núcleo na noção de patrimônio, o que acaba por promover uma alteração espacial no interior da disciplina jurídica atinente às relações entre pessoas. Esse movimento coloca no centro as pessoas e as suas necessidades fundamentais, tais como habitação minimamente digna. Essa situação conduz, também, a uma certa despatrimonialização, que também possui um sentido de desmaterialização da riqueza.

que, elevada a fundamento da República, colocou a pessoa humana como o centro do ordenamento, como principal destinatário da ordem jurídica.

Esta tendência de repersonalização que coloca o ser humano como centro referencial do ordenamento, como sendo o valor da pessoa e de sua dignidade o primeiro e o mais importante dos valores, caracteriza o sistema jurídico como um sistema axiológico e ético.

ORLANDO DE CARVALHO¹⁰⁵ conclui neste sentido dizendo que a repersonalização do Direito Civil é oportuna já que acentua a sua raiz antropocêntrica, mostrando sua ligação visceral com a pessoa e seus direitos e, a partir daí, o Direito deixa de ser um sistema lógico, como pretendiam os sistemas novecentistas, para ser um sistema axiológico, um sistema ético em que a pessoa humana figura como o primeiro e mais imprescindível de seus valores.

Os fenômenos da constitucionalização do Direito Privado, bem como o seu processo de repersonalização e despatrimonialização, orientam, inexoravelmente, o estudo dos direitos de personalidade, que nada mais são do que direitos fundamentais,¹⁰⁶ consagrados pelas Constituições. Inclusive, pode-se dizer que os direitos de personalidade representam a expressão máxima da repersonalização do direito, uma vez que trata da tutela dos próprios atributos inerentes à condição humana.

Ao fazer uma breve análise da historicidade dos direitos da personalidade, depara-se com a recente deferência que é dada a pessoa humana, pelos ordenamentos jurídicos, como um valor universal, cuja reconhecimento foi diretamente impulsionada pela doutrina cristã – que vislumbrava o ser humano como um sujeito favorecido com o dote do livre-arbítrio e proeminente em relação à coletividade social – bem como pelas declarações de direitos do final do século XVIII. Estas, aliás, compreendiam prerrogativas jurídicas atribuídas ao indivíduo que, em princípio, tinham por incumbência tutelá-lo face ao ente estatal e, posteriormente,

105 CARVALHO, *op. cit.*, p. 90-91.

106 Conforme CANOTILHO, os direitos de personalidade são direitos fundamentais, mas nem todos os direitos fundamentais são direitos de personalidade como, por exemplo, os direitos fundamentais políticos e os direitos a prestações, eis que não são atinentes ao ser como pessoa, CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional** ..., p. 396.

fundamentar um Estado burguês, garantindo-se a todos, por exemplo, a liberdade e o direito à propriedade privada.¹⁰⁷

Com efeito, ao longo da história o Direito foi dividido em direito público e direito privado assumindo, em cada período e contexto histórico, alcances diversos.

Na Idade Moderna, tendo como cenário as revoluções liberais, o direito público veio a adquirir um conteúdo efetivo, com a afirmação dos novos Estados Nacionais. Acentuou-se a diferença entre direito público e direito privado, tendo, este último, como objeto todas as relações suscetíveis de se estabelecerem entre os seres humanos na sociedade econômica. Ao direito público competia a Constituição e o aparato administrativo do Estado.

Estas circunstâncias formaram um ordenamento jurídico compartimentado pela incomunicabilidade dos direitos público e privado – conferindo destaque à renomada *summa divisio* entre esses “ramos da juridicidade” – e indicaram um sistema jurídico dicotomizado por distintos espectros de proteção da pessoa humana: de um lado a tutela consagrada pelas liberdades públicas (exercidas contra o Estado) e pela admissão de uma igualdade formal, ambas conferidas por meio das declarações de direitos e pelas constituições da época; e, do outro lado, a sede das relações privadas, domínio em que reinava a autonomia privada e o patrimonialismo e que subtraía da pessoa humana qualquer proteção particularizada do ordenamento em suas relações existenciais. Nesta fase da cultura jurídica, não se cogitava, ainda, a proteção da personalidade no âmbito do direito privado.¹⁰⁸

Foi, então, a partir da segunda metade do século XX, especialmente com o pós-guerra, que os direitos da personalidade lograram obter um maior desenvolvimento. Sobretudo por causa da célere evolução tecnológica e da consequente evolução do consumismo desenfreado, o ser humano passou a entabular relações privadas por meio das quais se tornou titular de inúmeras situações subjetivas que colocavam em risco seus atributos essenciais. Esse contexto fez repercutir uma grande preocupação com a tutela da pessoa na esfera

107 DONEDA, *op. cit.*

108 DONEDA, *op. cit.*

do direito privado.

Assim, a conformação teórico-dogmática dos direitos da personalidade se desenvolveu à medida que o ser humano – devido à necessidade de tutela de seus bens essenciais – se tornou objeto de proteção não apenas por parte do direito público, face às ameaças perpetradas por um Estado totalitário ou absolutista aos seus direitos políticos e à sua integridade física, mas também no âmbito das relações privadas, face a ameaça de um mercado voraz, por meio da técnica dos direitos subjetivos.

Ocorre que com a constitucionalização do direito como um todo e o reconhecimento cada vez mais contundente dos direitos fundamentais, a divisão dos direitos da personalidade em públicos e privados passa a ser matéria superada.

Nos dizeres de FACHIN "na contemporaneidade não é possível se fazer uma análise mais ampla dos direitos da personalidade desvinculada de um exame da proteção da dignidade humana e dos direitos fundamentais".¹⁰⁹

Tal assertiva se perfaz pelo fato de que as situações jurídicas - públicas e privadas - se interpenetram, a ponto de não mais ser facilmente identificável cada uma das esferas. O Estado contemporâneo constituído por uma sociedade cada vez mais complexa e plural, apresenta as duas esferas em contínua integração, na medida em que tanto o direito público, como o direito privado, visa proteger simultaneamente interesses públicos e interesses privados.

Constata-se, portanto, que o Direito sofre a incidência do tempo assimilando uma temporalização técnica como fator de criação, extinção, conservação ou modificação dos significados (conceitos), que não é algo que se perpetua pelo tempo. O Direito evolui e progride, e nesta marcha, supera e sujeita o tempo, atribuindo-lhe medida e sucessão, cronometrando-o e, mais que isto, promovendo-lhe uma sensibilidade jurídica, quando necessário.

Com o significado do Direito da Personalidade não é diferente. O significado deste significante, atualmente, possui novos contornos dados pela incidência dos

109 FACHIN, Luiz Edson. **Direitos da personalidade no Código Civil brasileiro: elementos para uma análise de índole constitucional de transmissibilidade.** Texto policopiado cedido pelo autor.

direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana. Difere do significado compartimentalizado da dicotomia direito público *versus* direito privado da Modernidade.

Esta nova concepção traz em seu bojo grande incerteza, pois a ideia de flexibilização dos conceitos e significados desafia a segurança jurídica. Não que se tenha medo do novo, mas grande é a dificuldade em se soltarem as amarras que prendem ao passado.

Na sociedade contemporânea, complexa e plural, o modelo dicotomizado da Modernidade não mais consegue dar conta do presente. É necessária uma nova proposta, com maior chance de gerar respostas dinâmicas frente as constantes inovações que surgem com a vida em sociedade.

Por isso, buscar-se-á realizar uma possível, viável e necessária problematização da fundamentação do Direito da Personalidade com base num conceito plural. Isso porque a área de aplicação dos conceitos e seus significados é dinâmica e apresenta oscilações com o decorrer do tempo.

Antes de analisar esta repactuação semântica dos Direitos da Personalidade, necessário se faz enfrentar a dicotomia direito público *versus* direito privado, que marcou o Direito na Modernidade e hoje se encontra superada.

TÍTULO II - ELEMENTOS PARA A ANÁLISE DA DICOTOMIA DIREITO PÚBLICO E DIREITO PRIVADO

Na Modernidade, a dicotomia direito público *versus* direito privado serviu ao Estado Liberal para delimitar a atividade do Estado e proteger as liberdades (livres atividades) dos particulares. Ocorre que esse pensamento não dá conta de explicar o presente e por isso não mais se sustenta. Com efeito, na atualidade não há como compartimentalizar determinada norma ou ramo do direito.

Isto foi possível pois a lógica do Estado Liberal era a de estabelecer esferas incomunicáveis entre o direito público e o direito privado. Ao direito público, cujo destinatário era o Estado, foi reservado um elenco de liberdades negativas, além de sua organização administrativa, regulados pela Constituição. Ao direito privado, cabia regular todas as relações intersubjetivas através dos Códigos.

Com o advento do Estado Social, esta divisão perde razão de ser, pois do Estado agora se passa a exigir o dever de ação e não só a de garantir as regras do jogo. As duas ilhas agora são ligadas por uma ponte, e o trânsito de uma passa a fluir na outra. Tentou-se, ainda, manter a dicotomia com os chamados fenômenos de publicização do privado e privatização do público, mas o fôlego não foi suficiente e, se a concepção não se afogou na tentativa, não mais vigora com a mesma força.

Assim, como aduz TEPEDINO, ao considerar a opção axiológica do constituinte brasileiro ao eleger a dignidade da pessoa humana como valor máximo do sistema normativo, exclui-se a existência de redutos particulares que desconsiderem a plena realização da pessoa. A divisão entre público e privado não é mais suficiente para explicar as novas relações.

A seguir, para fundamentar esta afirmação, passar-se-á a conceituar o que é uma dicotomia, e após, traçar o histórico do desenvolvimento da dicotomia direito público e direito privado. O corte da análise dar-se-á a partir da Modernidade. Após, uma breve abordagem sobre os fenômenos das publicização do direito privado e a privatização do direito público, para finalizar com a superação da dicotomia, através da leitura constitucional do Direito Civil.

2.1 A ORIGEM DA DICOTOMIA: UM BREVE ESBOÇO

Antes de ingressar na origem da dicotomia do direito público e do direito privado, necessário se faz uma breve consideração acerca do que seja uma dicotomia.

BOBBIO¹¹⁰ apontou dois requisitos fundamentais para que se esteja diante do que chamou de uma grande dicotomia, que sucintamente são: (a) a divisão de um universo em duas esferas, conjuntamente exaustivas, no sentido de que todos os indivíduos daquele universo em uma delas tenham lugar, e reciprocamente exclusivas, no sentido de que nenhum ente pode ser, simultaneamente enquadrado em ambas, e; (b) que seja ao mesmo tempo, tal divisão, total, todos os elementos da disciplina nela encontram lugar, e principal, outras eventuais dicotomias convergem em sua direção e se tornam, em relação a ela, secundárias.¹¹¹

Com relação à determinação conceitual, BOBBIO¹¹² adverte que os dois termos de uma dicotomia podem ser definidos de duas formas: um independente do outro, ou somente um deles é definido, e ao outro resta ter uma denotação negativa (ex. A paz, como o contrário de não-guerra). Pode se considerar a distinção entre direito público e privado como um exemplo do primeiro caso, já que cada um dos termos enseja uma definição e estudos próprios, muito embora seja possível afirmar que, dos dois termos, o mais forte é o público, em razão do que frequentemente, o privado é definido como tudo aquilo que não é público.¹¹³

Explica BOBBIO¹¹⁴ a razão pela qual a divisão entre direito público e privado tem sido classicamente considerada como uma grande dicotomia: não se trata de definições independentes, mas de uma definição positiva e outra negativa, enquanto

110 BOBBIO, Norberto. **A grande dicotomia: público/privado**. In: BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política**. 4. ed. Trad. Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995. p.13-14.

111 LUDWIG, Marcos de Campos. Direito público e direito privado: a superação da dicotomia. In: MARTINS-COSTA, Judith (org.). **A reconstrução do direito privado**. São Paulo: RT, 2002. p. 92.

112 BOBBIO, Norberto. **A grande dicotomia** ..., p. 14.

113 SILVEIRA, Michele Costa. As grandes metáforas da bipolaridade. In: MARTINS-COSTA, Judith (org.). **A reconstrução do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 23.

114 BOBBIO, Norberto. **A grande dicotomia** ..., p. 14.

opostos absolutos. Assim, público costuma ser definido como o termo mais forte da relação à medida que ocorre frequentemente de privado ser definido como não-público, raramente o contrário.

De acordo com essa concepção, as esferas do público e do privado condicionam-se e se delimitam reciprocamente, não deixando espaço a uma terceira esfera: uma vai até onde começa a outra. Admitir um espaço intermediário equivaleria, no caso, a aceitar a esdrúxula existência, entre o direito público e o direito privado, de um “direito mais-ou-menos”.¹¹⁵ Assim, necessariamente, o aumento de uma das esferas causa a diminuição da outra.¹¹⁶

Acerca da busca de um critério formal, baseado na diversa função das normas jurídicas, surgiram várias construções, como aquelas que assumem como critério de distinção a contraposição entre os conceitos de obrigatoriedade e liberdade. A norma de direito público seria caracterizada pela obrigatoriedade, enquanto limitadora do arbítrio do indivíduo.

A de direito privado, ao contrário, pela liberdade, à medida que propicia ao sujeito um espaço mais ou menos amplo, em que ele pode agir dentro de um âmbito de licitude. O direito público seria a parte do ordenamento jurídico que depende do próprio ordenamento e do Estado, ao passo que o direito privado seria aquela parte que o mesmo direito público, limitando-se, reserva uma esfera lícita de atuação ao sujeito.¹¹⁷

SALDANHA¹¹⁸ aduz que a referida dicotomia tenha sido e venha sendo uma das constantes estruturais mais características da Ciência do Direito, é inegável. Contudo, têm sido frequentes as suas oscilações, tando no sentido de que os ordenamentos jurídicos de certos contextos históricos não correspondam a ela quanto no sentido de a própria teoria do Direito questioná-la em certas ocasiões. A

115 LUDWIG, Marcos de Campos. **Direito público** ..., p. 92.

116 Nesse sentido BOBBIO: Para cada uma das situações a que convém o uso da dicotomia, as duas respectivas esferas podem ser diversas, cada uma delas ora maior ora menor, ou por um ou por outro dos dois termos. Um dos lugares-comuns do secular debate sobre a relação entre a esfera do público e a do privado é que, aumentando a esfera do privado diminui a do público; uma constatação que é geralmente acompanhada e complicada por juízos de valor contraposto. (BOBBIO, Norberto. **A grande dicotomia** ..., p.14).

117 SILVEIRA, *op. cit.*, p. 23-24.

118 SALDANHA, Nelson. Conceituações do direito: tendência privatizante e tendência publicizante. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n. 81, p. 74, jan./mar.1987.

existência de uma parte do universo chamada direito público é, sob certo aspecto, uma questão verbal. Sob outro prisma ela é um dado histórico, concreto, porém, variável; quanto ao caráter necessário da dicotomia, seria bastante discutível.¹¹⁹

2.1.1 O uso axiológico da grande dicotomia

Uma breve palavra impende, neste tópico, registrar. Para BOBBIO¹²⁰, os dois termos da dicotomia público e privado têm também um significado valorativo. Como se trata de dois termos que em sua descrição, passam a ter significados contraditórios e excludentes, no sentido de que algo não pode ser público e privado ao mesmo tempo ou não ser nem público nem privado, também o significado valorativo de um tende a ser oposto ao do outro, no sentido de que, quando é atribuído um significado valorativo positivo ao primeiro, o segundo adquire um significado valorativo negativo, e vice-versa. Daí derivam duas concepções diversas da relação entre público e privado, que podem ser definidas como a do primado do privado sobre o público, a primeira, e a do primado do público sobre o privado, a segunda.¹²¹

2.1.1.1 O primado do privado

De acordo com BOBBIO¹²², o direito privado romano, embora tendo sido na origem um direito positivo e histórico (codificado pelo Corpus Iuris de Justiniano), transformou-se através da obra secular dos juristas, glosadores, num direito natural, até transformar-se novamente em direito positivo com as grandes codificações do século XIX, especialmente a napoleônica - um direito positivo ao qual seus primeiros comentadores atribuem uma validade absoluta, considerando-o como o direito da razão, independentemente das circunstâncias de tempo e lugar. Durante séculos, o

119 SILVEIRA, *op. cit.*, p. 24.

120 BOBBIO, Norberto. **A grande dicotomia** ..., p. 20.

121 SILVEIRA, *op. cit.*, p. 40-41.

122 BOBBIO, Norberto. **A grande dicotomia** ..., p. 21.

direito privado foi o Direito por excelência, enquanto o direito privado era indicado pela expressão constituição.¹²³

A primazia do privado também é assinalada por SALDANHA¹²⁴, ao ponderar que construção e reconstrução do saber jurídico durante o século XIX, condicionada em parte pela influência da filosofia de Kant (não só a noção liberal da coexistência dos direitos, tomados como liberdades, mas também o ideal de sistema), consagrou de certo modo o modelo privatístico. Era sobretudo no plano privado que os direitos se reconheciam e se exerciam como liberdades – e era sob o arcabouço das codificações (que desde o início se mostravam mais estáveis que as cartas políticas) que o sentido sistemático do direito objetivo/positivo se manifestava.

BOBBIO¹²⁵ aduz que o direito público como corpo sistemático de normas nasce muito mais tarde, se comparado ao direito privado: apenas na formação do Estado moderno, embora possam ser encontradas as origens dele entre os comentadores do século XIV. A autonomia da esfera privada se alarga em detrimento da esfera pública, senão ao ponto da extinção do Estado, ao menos até a sua redução aos mínimos termos.

2.1.1.2 O primado do público

O primado do público, para BOBBIO¹²⁶, assumiu várias formas segundo os vários modos através dos quais se manifestou, sobretudo no último século, a reação contra a concepção liberal do Estado e se configurou a derrota histórica, embora não definitiva, do Estado mínimo. Ele se funda sobre a contraposição do interesse coletivo ao interesse individual e sobre a necessária subordinação, até a eventual supressão, do segundo ao primeiro, bem como sobre a irredutibilidade do bem comum à soma dos bens individuais.

Na prática, o primado do público, segundo BOBBIO¹²⁷, significa o aumento

123 SILVEIRA, *op. cit.*, p. 41.

124 SALDANHA, Nelson. **Conceituações** ..., p. 76.

125 BOBBIO, Norberto. **A grande dicotomia** ..., p. 22.

126 BOBBIO, Norberto. **A grande dicotomia** ..., p. 24.

127 *Ibidem*, p. 25.

da intervenção estatal na regulação coativa dos comportamentos dos indivíduos e dos grupos infra-estatais, ou seja, o caminho inverso ao da emancipação da sociedade civil em relação ao Estado, emancipação que fora uma das consequências históricas do nascimentos, crescimento e hegemonia da classe burguesa (sociedade civil e sociedade burguesa são, no léxico marxiano e em parte também no hegeliano, a mesma coisa). Com o declínio dos limites à ação do Estado, este foi aos poucos se reapropriando do espaço conquistado pela sociedade civil burguesa até absorvê-lo completamente na experiência extrema do Estado total (total no sentido de que não deixa espaço algum fora de si).

Para BOBBIO, sociedade civil e sociedade burguesa, nessa época, são termos conexos na linguagem dos filósofos alemães, principalmente Hegel e Marx, significando a esfera das relações sociais distinta da esfera das relações políticas. Tal expressão, em seu significado oitocentista moderno, nasceu da oposição entre uma esfera política e uma não-política. O não-estatal pode significar, então, pré-condição do Estado; antítese do Estado e dissolução do Estado. Para o mesmo autor, a sociedade civil estaria destinada a desaparecer a ser totalmente absorvida pelo Estado, o que culminaria com o Totalitarismo.

SALDANHA¹²⁸ reconhece que a dicotomia direito público e direito privado tem sido uma das constantes estruturais mais características da ciência do Direito. Contudo, têm sido frequentes as suas oscilações, tanto no sentido de os ordenamentos jurídicos de certos contextos históricos não corresponderem a ela, quanto no sentido de a própria teoria do Direito questioná-la em certas ocasiões. A existência de uma parte do universo jurídico chamada Direito Público e de outra chamada Direito Privado é sob certo aspecto uma questão verbal; sob outro prisma ela é um dado histórico, concreto, porém, variável; quanto ao caráter necessário da dicotomia, seria bastante discutível.

Importa, isto sim, deixar claro que a categorização do direito público e do direito privado como duas esferas estanques, auto excludentes, é gerada pela perspectiva dicotômica. Para uma nova noção desses dois conceitos distintos é necessário superar essa visão radical.¹²⁹

128 SALDANHA, Nelson. **Conceituações do direito** ..., p. 74.

129 LUDWIG, Marcos de Campos. **Direito público e direito privado** ..., p. 93.

2.1.2 Contextualização histórica da dicotomia direito público e direito privado

A sistematização racional da visão dicotômica do direito é recente. A distinção, porém, é antiga. Na antiguidade romana não se conhecia, praticamente, tal distinção, que veio a desenvolver-se, posteriormente, com a noção de Estado. À Roma antiga era estranha a pretensão tipicamente liberal e cientificista de enclausurar os dois conceitos de modo dicotômico,¹³⁰ e a característica principal era exatamente o paralelismo entre o direito público e o direito privado, porquanto não haviam uma distinção clara, assim como o próprio Estado não se distinguia do poder do *pater familias* e do poder religioso.¹³¹

É o comparativista francês Rene David quem lembra que a divisão entre direito público e privado é um fenômeno exclusivo dos países integrantes da família romano-germânica, inexistindo essa preocupação taxinômica em outras famílias jurídicas.¹³²

Escreveu também David que a distinção entre direito público e privado se apoia numa ideia que parece evidente aos olhos dos juristas da família romano-germânica: as relações entre governantes e governados geram problemas específicos, de natureza absolutamente diversa daqueles oriundos das relações de pessoas privadas entre si, quando mais não seja porque o interesse geral e os interesses particulares não podem ser pesados na mesma balança.¹³³

Para a maioria das distinções entre o direito público e o privado, deve-se ter em conta o elemento substancial da diversa natureza do interesse tutelado pelo direito: direito público é, então, aquele que tem por objeto o interesse social ou geral e direito privado é aquele que se refere a interesses individuais ou particulares.¹³⁴

Com as revoluções burguesas, o movimento codificatório e a filosofia liberal insurgente inicia-se a Era Moderna. As grandes codificações desenvolveram um sistema de normas para assegurar uma esfera privada – livre intercâmbio das

130 *Ibidem*, p. 94.

131 SILVEIRA, *op. cit.*, p. 25.

132 DAVID, Rene. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4. ed. Trad. Hermínio Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 85.

133 *Ibidem*, p. 84.

134 SILVEIRA, *op. cit.*, p. 25.

peças privadas entre si -, bem como para garantir a instituição da propriedade privada¹³⁵ e sua livre circulação, representada pela liberdade de contratação, de empreendimento e de herança.¹³⁶

A dicotomia, como critério dotado de pretensão científica, veio afinal manifestar-se claramente através da técnica normativa adotada pelos países de família romano-germânica, a partir da Revolução Francesa, para moldar seus ordenamentos jurídicos. Nessa época, surgiu o outro polo da relação que hoje conhecemos – a Constituição entendida em seu sentido contemporâneo.

Assim, de um lado passou a haver a Constituição, encarregada de dividir os poderes do Estado e limitar seu âmbito de atuação, entre si e perante os cidadãos, como diploma público por excelência, de raízes jusracionalista; de outro lado descansava o Código Civil, responsável por reger as relações substancialmente econômicas entre os particulares, como diploma privado por excelência, supostamente perfeito e total. Afora os critérios formais de hierarquia, não se cogitava, então, de eventuais ligações entre essas duas fontes, porquanto tratavam de esferas materialmente opostas: o campo de organização e limitação do Estado e o campo de regulação da sociedade civil.

Enfim, foi mormente devido aos movimentos oitocentistas de codificação e constitucionalismo – bem como à laboriosa tarefa de sistematização da ciência jurídica que se fez necessária – que se originou na qualidade de verdadeiro axioma, a concepção dicotômica da relação entre direito público e direito privado.¹³⁷

O estágio do constitucionalismo, à época, é tão relevante para tornar historicamente compreensível o fenômeno aqui aludido quanto o é o processo codificatório. É inegável que, no século XIX, era mais fácil demarcar o essencial ao Estado, devido ao reinado do liberalismo clássico, que apenas reconhecia liberdades

135 Nesse sentido BOBBIO ao relatar que "com Locke a propriedade converte-se num verdadeiro direito natural, pois nasce do esforço pessoal no estado de natureza antes da constituição do poder político, e como tal deve ter o seu livre exercício garantido pela lei do Estado (que é a lei do povo). Através de Locke a inviolabilidade da propriedade, que compreende todos os outros direitos individuais naturais, como a liberdade e a vida, e indica a existência de uma esfera do indivíduo singular autônoma com respeito à esfera sobre a qual se estende o poder público, torna-se um dos eixos da concepção liberal do Estado, que nesse contexto pode então ser redefinida como a mais consciente, coerente e historicamente relevante teoria do primado do privado sobre o público. BOBBIO, Norberto. **A grande dicotomia** ..., p. 23-24.

136 SILVEIRA, *op. cit.*, p. 26.

137 LUDWIG, Marcos de Campos. **Direito público e direito privado** ..., p. 96.

negativas – ou seja, poderes de agir perante o ente estatal, sem ser incomodado dentro do âmbito desenhado pelos direitos individuais.¹³⁸

A contraposição absoluta entre Estado e sociedade civil ou entre indivíduo e sociedade vigora até meados do século XIX. As lutas sociais decorrentes da situação enfrentada pelos trabalhadores e o próprio sistema de organização do trabalho acabam por alterar definitivamente as feições do Estado Liberal, o que levou à gradual integração do Estado com a sociedade civil.

Passa o Estado, com o intervencionismo, a ampliar suas atividades, cumprindo funções de estruturação, influenciando investimentos privados, regulamentando investimentos públicos e, principalmente, controlando a economia.¹³⁹

Hodiernamente, no entanto, sob a égide do Estado social, também são contempladas, ao menos pelas Constituições sociais democráticas, liberdades positivas – isto é, poderes de exigir do ente estatal prestações específicas, visando ao preenchimento dos assim chamados direitos sociais. Essa nova fase do constitucionalismo, veremos, acarreta uma mudança radical no enfoque a ser conferido ao tema.¹⁴⁰

Clara é a lição de CLÓVIS DO COUTO E SILVA¹⁴¹, ao dizer que aqueles primeiro valores constitucionais foram se tornando orgânicos na sociedade, sendo que o século XX já encontrou uma pré-ordenação nesse sentido. Trata-se, justamente, do nascimento do Estado social, apresentando, em síntese, uma nova conformação para o princípio da supremacia da Constituição, que passou a ter por escopo, a partir de então, conjuntamente, garantir uma ordem econômica justa e não permitir que se cerceie a liberdade de iniciativa do particular.

138 *Ibidem*, p. 97.

139 SILVEIRA, *op. cit.*, p. 27.

140 LUDWIG, Marcos de Campos. **Direito público e direito privado** ..., p. 97.

141 "No século XIX, o *punctum saliens* do problema entre sociedade e estado era o de oposição ou separação entre um e outro. A função primordial do Estado era ordenar a sociedade no respeito aos princípios declarados como fundamentais nas Cartas Magnas. Nessa função de estruturador da sociedade impôs-se como guardião absoluto dos *bill of rights*. Era o estado liberal e o estado de direito. Com o tempo, esses valores insertos nas Constituições tornaram-se orgânicos na sociedade e no século XX encontrou-a já pré-ordenada. Desapareceu assim, a separação entre sociedade e Estado, e passou este a ter uma função reguladora da mesma sociedade. Nasce o estado social". **Fontes e Ideologia do Princípio da Supremacia da Constituição**. IN Revista Jurídica, n.º 38, mar/abr - 1959, Porto Alegre, p.64.

Esta evolução política se tornou imprescindível, devido, fundamentalmente, a razões de ordem econômica. O acelerado crescimento do mercado passou a absorver certas liberdades públicas: é o problema principal oriundo do surgimento dos ditos “potentados econômicos”, que por vezes ameaçam o poder estatal, adentrando no âmbito político. Principalmente após a I Guerra Mundial, portanto, foi se tornando cada vez mais complexa a tentativa de definir uma essência do Estado, e a perspectiva dicotômica, esculpida nos moldes liberais do século XIX, já começava a mostrar-se ineficiente ou insuficiente, pelo menos.¹⁴²

2.2 A CRISE DA DICOTOMIA E A EMERGÊNCIA DO CONSTITUCIONALISMO

Constituição e codificação são institutos jurídicos típicos da cultura ocidental moderna. O binômio constituição-codificação é o reflexo da dicotomia do direito público e do direito privado.

No final do século XIX o modelo liberal está em declínio e os Códigos começam a perder espaço para a Constituição. Os Códigos forjados numa concepção individualista e patrimonial não consegue fornecer as soluções de uma sociedade cada vez mais complexa, plural e humana. Instaura-se uma crise no modelo liberal e ao Estado cabe a responsabilidade de oferecer uma solução para a sociedade.

Nas linhas que se seguem, tentar-se-á demonstrar de maneira sintética como esta crise refletiu no ordenamento jurídico vigente, marcado pela dicotomia público e privado.

2.2.1 Constitucionalismo: visão do fenômeno

A história dos textos constitucionais não teve início recente, mas o constitucionalismo, enquanto arma ideológica a serviço de uma classe – a burguesia-, é fenômeno verificado a partir dos fins do século XVIII.

142 LUDWIG, Marcos de Campos. **Direito público e direito privado** ..., p. 97-98.

Com a progressiva centralização do poder nas mãos do monarca, sustentado nos interesses comerciais da burguesia ascendente, configura-se o Estado nacional moderno. O feudalismo entra em colapso e as estruturas institucionais modernas começam a tomar forma. A seguir, como reação às ideias e práticas políticas absolutistas que acompanham o processo de unificação nacional e de formação do Estado moderno, surge o Estado liberal clássico.

O novo modelo estatal é animado pelo Iluminismo humanista, racionalista e individualista. Surge o constitucionalismo, movimento político-ideológico que visava a elaboração de uma Constituição, entendida como conjunto de normas jurídicas que institucionaliza o poder.¹⁴³

Para o constitucionalismo, é necessário que o texto constitucional garanta os direitos individuais e a separação dos poderes. Surgem, assim, as primeiras constituições modernas, destinadas a: disciplinar a organização fundamental do Estado e a limitar o poder interno (pela separação dos poderes) e externamente (pelos direitos fundamentais). É o chamado ciclo das constituições liberais, arma político-ideológica a serviço do liberalismo burguês.¹⁴⁴

Ao longo de todo o *Ancien Régime* verificou-se a existência de uma pluralidade de fontes jurídicas, isto é, completa ausência de unidade de fontes e de coerência entre as leis vigentes em uma dada esfera espaço-temporal, ao que se denominou “particularismo jurídico”. Esta realidade – de traços verdadeiramente feudais – é superada pelo constitucionalismo, que traz, como novidade, a unidade de sujeito e de fontes, fulcrada no postulado de igualdade perante a lei.¹⁴⁵

A burguesia, sequiosa por consolidar suas conquistas, logo percebe o valor político do jurídico e o utiliza, habilmente, em seu proveito. Assim, declarados os direitos fundamentais e firmada a separação dos poderes segundo a receita liberal de Montesquieu, entraram em cena os códigos destinados a fixar o ideário da revolução burguesa. Enquanto as declarações de direito garantiam a liberdade política dos indivíduos nas relações com o Estado, os códigos tutelavam as

143 MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 5. ed. Coimbra: Coimbra, 2003. t. 2, p. 8.

144 *Ibidem*, p. 17-18.

145 AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Constituição e codificação: a dinâmica atual do binômio. In: MARTINS COSTA, Judith (org.). **A reconstrução do direito privado**. São Paulo: RT, 2002. p. 58.

liberdades civis do indivíduo na sua vida privada contra as indevidas ingerências do poder político.¹⁴⁶

Os novos donos do poder, compreendendo a importância do Direito, chamam para si a produção legislativa, estabelecendo um rígido monopólio sobre a mesma. Visava-se a segurança: fixada a lei em um código, fixou-se, após a sua interpretação, realizada por meio da exegese. Assim, o Direito restou confinado à letra fria da lei, cuja interpretação deveria restringir-se ao sentido literal do texto normativo veiculador do ideário liberal.¹⁴⁷

2.2.2 Codificação: visão do fenômeno

A codificação oitocentista pretendeu ser um corpo normativo completo e exauriente, destinada a regular todas as situações em abstrato com a mesma solução jurídica. Elegeu como premissa a igualdade formal para todos os destinatários da norma, independentemente do caso concreto e aqueles que não eram alcançados pelo ordenamento jurídico por ele eram excluídos para a zona do não-direito.

Os códigos sedimentaram os ideais burgueses como: a propriedade (a riqueza), a liberdade contratual (forma como se dava a circulação da riqueza, e a família (quem ficaria com a riqueza no falecimento do titular proprietário). A autonomia privada é garantida enquanto livre escolha de fins. A lei limita-se a garantir que o pacto se cumpra.

Para desempenharem esta missão, os códigos oitocentistas são elaborados segundo uma especial técnica de redação: arrolam artigos talhados segundo a lógica clássica da 'fattispecie' e efeito, isto é, norma que traça uma hipótese seguida por uma correlativa consequência jurídica.¹⁴⁸

A pretensão é criar um conjunto normativo previsível, facilmente deduzido, que contemple e discipline todos os fatos da vida social, encadeados em normas

146 AMARAL JÚNIOR, *op. cit.*, p. 58-59.

147 *Ibidem*, p. 59.

148 AMARAL JÚNIOR, *op. cit.*, p. 61.

simples, acessíveis a qualquer um do povo. Ao consultá-lo, à luz de determinada situação concreta, o homem simples poderia apreender, com precisão, os efeitos jurídicos a serem esperados e ao juiz cabia tão-somente reproduzir a lei.

Os Códigos elaborados na segunda metade do século XIX trazem uma novidade: a inclusão de uma parte geral, em que os conceitos de pessoa, bens e fatos jurídicos, conceitos que deverão vigorar em todo o direito, fossem claramente disciplinados.¹⁴⁹

Ao contemplar o cenário até aqui descrito, parece seguro concluir que a codificação é a expressão última de uma linha evolutiva, a saber: (1) revolução; (2) declaração de direitos; (3) constituição e (4) códigos. Esta é a sequência histórica verificada na França e em diversos outros países ocidentais.¹⁵⁰

2.2.2.1 O código francês: expressão clássica do fenômeno

Registra-se uma pequena palavra sobre o ícone da codificação na modernidade: o Código Francês. Este pretendeu afirmar a nova ordem liberal-burguesa, refletindo os valores de uma sociedade capitalista nascente. Reduz-se o Direito à lei, esta a serviço da liberdade. A racionalização iluminista quer um ordenamento jurídico renovado e simplificado, aplicável diretamente pelo cidadão, restando dispensada a mediação judicial. A justiça resta mecanizada, reduzida a mera aplicadora de uma lei que se pretende plena em soluções. A tradição e o desenvolvimento jurídico se estagnaram.

2.2.3 A decadência do modelo liberal: a falência dos códigos oitocentistas

Diversos fatores ensejaram o declínio do código oitocentista. Os problemas da codificação oitocentista e da relação entre direito privado e público se inserem num contexto muito mais amplo – histórico, filosófico e político – além do que

149 *Ibidem*, p. 62.

150 *Ibidem*, p. 63.

jurídico e sociológico. Pertence à história da cultura do direito.¹⁵¹

MICHELE GIORGIANNI¹⁵² constata que o código já estava em declínio no curso do século XIX. Por várias razões, afirma, não somente o ambiente cultural, mas também o filosófico em que o século XVIII se desenvolveu, conduzem a aceitar da parte dos juristas o axioma de que todo o direito derivava daquela que se chama norma, axioma seguramente estranho à essência do código, cuja filosofia não pressupunha certamente uma imposição autoritária. No dizer do mestre italiano, desde o princípio já se destacava a crise da legalidade, a qual envolve diretamente o problema das fontes do direito.

Para CLÓVIS DE COUTO E SILVA¹⁵³ a crise resulta da admissão de princípios tradicionalmente considerados metajurídicos no campo da ciência do Direito, aluindo-se, assim, o rigor lógico do sistema com fundamento no puro raciocínio dedutivo.

Alia-se a isso a progressiva complexidade das relações sociais e econômicas da sociedade, em especial com o processo de massificação, que não encontrava soluções jurídicas no ordenamento. A pretensão de totalidade normativa dos códigos entra em crise.

2.2.4 A nova face do Estado: Estado social e a nova Constituição

Outro fator importante que influenciou sobremaneira o declínio da codificação clássica foi o crescimento e fortalecimento do Estado. A Constituição, em consequência, foi o desaguadouro lógico de todos os avanços do público, enquanto o código, aos poucos, foi deixando de ser, como outrora, o foco central do sistema, a influenciar os demais ramos do direito.

O movimento de expansão, ora do público, ora do privado, pode se classificar em três fases: (1) da Constituição e da afirmação da monarquia absoluta,

151 ALBUQUERQUE, Ronaldo Gatti de. Constituição e codificação: a dinâmica atual do binômio. In: MARTINS COSTA, Judith (org.). **A reconstrução do direito privado**. São Paulo: RT, 2002. p. 55.

152 GIORGIANNI, *op. cit.*, p.37-55.

153 SILVA, Clovis do Couto e. **A obrigação como processo**. São Paulo: José Bushatsky, 1976, p. 74.

(2) liberal-constitucionalista e (3) das políticas de massa. Na primeira fase, houve um predomínio das funções estatais públicas com características diretivas e reguladoras; na segunda, o predomínio da iniciativa privada e a diminuição das funções do Estado; e na terceira, o auge do poder público, que toma função intervencionista, protecionista e empreendedora.¹⁵⁴

A última fase iniciou-se após a 2.^a Guerra Mundial, haja vista que com as barbáries praticadas o Estado viu-se obrigado a desempenhar um papel de maior destaque no cenário social, diante das profundas alterações ocorridas.

O Estado Social foi uma reação ao período liberal, caracterizando-se pela crescente noção do social, do coletivo. O Estado social moderno chama para si duas funções primordiais: promotor ativo do bem comum e garantidor da justiça social.

O desempenho destas funções exigiu que ao Estado fossem atribuídos poderes de intervenção, possibilitando até mesmo que, em nome do interesse coletivo, limitasse a livre iniciativa dos indivíduos. E o texto constitucional foi o lugar que recepcionou tais mudanças, pela proteção que proporciona, cabendo-lhe, neste novo momento histórico, a enunciação dos princípios fundamentais da nova sociedade civil, que o Estado de Direito Social almejou impor no lugar da sociedade burguesa do século XIX. A supremacia do direito público, assim, foi o corolário da nova ordem ideológica.¹⁵⁵

A Constituição passa a absorver uma série de direitos que antes estavam vinculados exclusivamente nos Códigos, recepcionando alguns como fundamentais. A este fenômeno dá-se o nome de publicização do direito.

2.2.5 A Publicização e a privatização do direito

A distinção público e privado se duplica na distinção política e economia, com a consequência de que o primado do público sobre o privado é interpretado como o primado da política sobre a economia, ou seja, da ordem dirigida do alto sobre a ordem espontânea, da organização vertical de sociedade sobre a

154 Conforme Sérgio Cotta, exposto em ALBUQUERQUE, *op. cit.*, p. 75.

155 *Ibidem*, p. 75-76.

organização horizontal, isto é, o processo de intervenção dos poderes públicos na regulação da economia que é designado como processo de publicização do privado.

Com efeito, o processo de publicização do privado é apenas uma das faces do processo de transformação das sociedades industriais mais avançadas. Ele é, por outro lado, acompanhado e complicado por um processo inverso que se pode chamar de privatização do público.

Os dois processos, de publicização do privado e de privatização do público, não são, de fato, incompatíveis e realmente se interpenetram um no outro. O primeiro reflete o processo de subordinação dos interesses do privado aos interesses da coletividade representada pelo Estado, que invade e engloba progressivamente a sociedade civil; o segundo representa a revanche dos interesses privados através da formação dos grandes grupos que se servem dos aparatos públicos para o alcance dos próprios objetivos.

2.2.5.1 O processo de publicização do privado

Cabe esclarecer que só se pode falar em processo de publicização do privado e, contrariamente, de privatização do público – quando se aceita e se aplica a perspectiva dicotômica da distinção supracitada. Ao superar-se tal noção, que compartimenta o direito em duas esferas estanques – a esfera do Estado contraposta à esfera da sociedade civil -, percebe-se que perde sentido falar-se em processos opostos de invasão.¹⁵⁶

Ao analisar a questão por outro prisma, pode-se afirmar que o privado seria publicizado quando se desse o primado da política sobre a economia, ou seja, da ordem dirigida do alto sobre a ordem espontânea, da organização vertical da sociedade sobre a organização horizontal. Reflexo disso seria a crescente intervenção dos poderes públicos no campo econômico privado: os interesses do privado restariam subordinados aos interesses da coletividade, representada pelo Estado.¹⁵⁷

156 LUDWIG, Marcos de Campos. **Direito público e direito privado** ..., p. 98.

157 *Ibidem*, p. 99.

Para LORENZETTI¹⁵⁸, é necessário “recuperar os bens públicos e a perspectiva pública, para resolver os problemas privados”. De fato o termo perspectiva pública parece delinear com precisão como devemos compreender o fenômeno chamado de publicização do privado: não há uma invasão de um campo no outro, mas uma nova perspectiva a incidir sobre os institutos tradicionais do direito privado. Não se pode mais persistir na imagem do direito privado como ramo jurídico formado apenas por normas dispositivas – em oposição ao direito público, reino das normas cogentes, ou de ordem pública.

O direito privado, atualmente, também contempla normas de ordem pública; também o direito privado contém normas de interesse geral; também os institutos de direito privado possuem marcada função social. Efetivamente, o conceito de ordem pública não é exclusivo do direito público, equívoco em grande parte responsável pela concepção dicotômica do discrimine entre o direito público e o privado.¹⁵⁹

2.2.5.2 O processo de privatização do público

No sentido oposto, dar-se-ia a chamada privatização do público quando fosse valorativamente verificada a supremacia do privado sobre o público. As relações de tipo contratual – que, de modo geral, constituem a essência do direito privado – não foram relegadas a meras relações interindividuais, mas se impuseram sobre um plano público e politicamente relevante. Pode-se afirmar que se trata do primado da economia sobre a política, aí entendido como o acréscimo de importância política de determinadas relações tradicionalmente horizontais. A sociedade civil atual é constituída por grupos cada vez mais fortes economicamente, restando ao Estado hodierno a função de mediador e de garante mais do que a de detentor do poder de império segundo a representação clássica da soberania.¹⁶⁰

LORENZETTI¹⁶¹ parece detectar, como indício do alegado processo de privatização do público, tanto o individualismo exacerbado quanto o fato de que o

158 LORENZETTI, Ricardo Luiz. **Fundamentos do direito privado**. Trad. por Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: RT, 1998, p. 221.

159 LUDWIG, Marcos de Campos. **Direito público e direito privado** ..., p. 99.

160 BOBBIO, Norberto. **A grande dicotomia** ..., p. 26.

161 LORENZETTI, *op. cit.*, p. 221.

Estado vem sendo, em grande parte, tomado pelas empresas e conglomerados econômicos. Isso demonstra uma situação jurídica de proteção insuficiente da pessoa, bem como de desfavorecimento dos bens públicos, razão pela qual o autor conclui que o individualismo à deriva precisa de âncoras, em face dos atuais potentados econômicos, sobreviria o risco do advento de um novo feudalismo, onde a tomada da dianteira pelo direito privado colocaria em curso um processo de degeneração da figura do Estado, ocasionado pela redução excessiva do âmbito de controle característico do direito público.

Enfim, a expressão privatização do público poderia denotar uma situação de revanche dos interesses privados, mediante a formação de grandes grupos econômicos que acabam, inegavelmente, por influenciar de maneira sensível o campo político (entendido como representação dos interesses da coletividade). Uma vez mais existe o problema no mundo fático, mas a sua transposição para o mundo jurídico parte de uma perspectiva assentada em premissas mal fundadas.¹⁶²

2.3 A SUPERAÇÃO DA DICOTOMIA E AS ETAPAS DO CONSTITUCIONALISMO¹⁶³

Percebeu-se que o constitucionalismo e a codificação são contemporâneos do advento do Estado liberal e da afirmação do individualismo jurídico. Cada um cumpriu seu papel: um, o de limitar profundamente o Estado e o poder político (Constituição), a outra, o de assegurar o mais amplo espaço de autonomia dos indivíduos, nomeadamente no campo econômico (Códigos).

PAULO LOBO¹⁶⁴ ressalta que os códigos civis tiveram como paradigma o cidadão dotado de patrimônio, vale dizer, o burguês livre do controle ou impedimento público. Isto pois, para os iluministas, a plenitude da pessoa dava-se com o domínio sobre as coisas, com o ser proprietário.

As primeiras constituições, portanto, nada regularam sobre as relações

162 LUDWIG, Marcos de Campos. **Direito público e direito privado** ..., p. 103.

163 Neste capítulo as ideias centrais foram extraídas dos autores Paulo Luiz Netto Lôbo e Maria Celina Bodin de Moraes, por isso que se fazem muito presentes.

164 LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Constitucionalização do direito civil**. Revista de Informação Legislativa. Brasília: ano36, n.141, jan/mar-1999, p.99-109.

privadas, cumprindo sua função de delimitação do Estado mínimo. Ao Estado coube apenas estabelecer as regras do jogo das liberdades privadas, no plano infraconstitucional, de sujeitos de direitos formalmente iguais, abstraídos de suas desigualdades reais. Como a dura lição da história demonstrou, a codificação liberal e a ausência da constituição econômica serviram de instrumento de exploração dos mais fracos pelos mais fortes, gerando reações e conflitos que redundaram no advento do Estado social.

Aduz o autor que o legado do Estado liberal, a liberdade e a igualdade jurídicas, apesar de formais, incorporaram-se ao catálogo de direitos das pessoas humanas, e não apenas dos sujeitos de relações jurídicas, e nenhuma ordem jurídica democrática pode delas abrir mão.

O Estado social, no plano do direito, é todo aquele que tem incluída na Constituição a regulação da ordem econômica e social. Além da limitação ao poder político, limita-se o poder econômico e projeta-se para além dos indivíduos a tutela dos direitos, incluindo o trabalho, a educação, a seguridade social, o meio ambiente, todos com inegáveis reflexos nas dimensões materiais do direito civil.

Para PAULO LÔBO¹⁶⁵, nem mesmo a onda de neoliberalismo e globalização, que agitou o último quartel do século, abalou os alicerces do Estado social, permanecendo cada vez mais forte a necessidade da ordem econômica e social, inclusive com o advento de direitos tutelas de novas dimensões da cidadania.

Enquanto o Estado e a sociedade mudaram, alterando substancialmente a Constituição, os códigos civis continuaram ideologicamente ancorados no Estado liberal, persistindo na hegemonia ultrapassada dos valores patrimoniais e do individualismo jurídico.

Atualmente a ordem jurídica global deve levar em conta um mundo instável, inseguro e plural e não um mundo da segurança, no qual os valores do liberalismo podiam pretender traduzir a bipartição da ordem jurídica entre o público e o privado, montando sistemas fechados e centralizados, respectivamente, na Constituição e na codificação. Hoje a fronteira entre um e outro ramo se dilui diante da ingerência estatal em áreas tradicionalmente reservadas aos particulares, assim como diante da adoção de princípios próprios do direito privado clássico na administração do

165 LÔBO, Paulo Luiz Neto. **Constitucionalização** ..., p. 102.

Estado.

A mesma necessidade de garantia obtida através da técnica da codificação encontra hoje uma satisfação mais adequada na Constituição.¹⁶⁶

Com efeito, o direito civil, ao longo de sua história no mundo romano-germânico, sempre foi identificado como o 'locus' normativo privilegiado do indivíduo enquanto tal. Nenhum ramo do direito era mais distante do direito constitucional do que ele. Pela sua longa trajetória histórica, parecia que as relações jurídicas interpessoais não seriam afetadas pelas vicissitudes históricas, permanecendo válidos os princípios e regras imemoriais, pouco importando o tipo de constituição política que fosse adotada. Os estudos mais recentes dos civilistas têm demonstrado a falácia dessa visão estática, atemporal e desideologizada do direito civil.¹⁶⁷

PAULO LÔBO¹⁶⁸ aduz que antes havia a disjunção; hoje, a unidade hermenêutica, tendo a Constituição como ápice conformador da elaboração e aplicação da legislação civil. A mudança de atitude é substancial: deve o jurista interpretar o Código Civil segundo a Constituição e não a Constituição segundo o Código, como ocorria com frequência (e ainda ocorre). Agora, o Direito Civil ladeia os demais na mesma sujeição aos valores, princípios e normas consagrados na Constituição. Daí a necessidade que sentem os civilistas do manejo das categorias fundamentais da Constituição. Sem elas, a interpretação do Código e das leis civis desvia-se de seu correto significado.

Arremata o citado autor que a constitucionalização é o processo de elevação ao plano constitucional dos princípios fundamentais do direito civil, que passam a condicionar a observância pelos cidadãos, e a aplicação pelos tribunais, da legislação infraconstitucional.

Nada obstante, durante muito tempo, cogitou-se de publicização do direito civil, que, para muitos, teria o mesmo significado de constitucionalização. PAULO LÔBO¹⁶⁹, ressalta que as situações, todavia, são distintas. A denominada publicização compreende o processo de crescente intervenção estatal, especialmente no âmbito legislativo, característica do Estado Social do século XX.

166 ALBUQUERQUE, *op. cit.*, p. 79.

167 LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Constitucionalização** ..., *op. cit.*, p. 99-100.

168 *Ibidem*, p.100.

169 *Ibidem*, *loc. cit.*

Tem-se a redução do espaço de autonomia privada para a garantia da tutela jurídica dos mais fracos. O fato de haver mais ou menos normas cogentes numa matéria, não elimina a natureza originária da relação jurídica privada, vale dizer, da relação que se dá entre titulares de direitos formalmente iguais; não é esse o campo próprio do direito público.

Propugna-se pela superação da velha dicotomia, que resiste à falta de outra mais convincente e mantém sua utilidade no plano didático. No Estado social, todos os temas sociais juridicamente relevantes foram constitucionalizados. O Estado social caracteriza-se exatamente por controlar e intervir em setores da vida privada, antes interditados à ação pública pelas constituições liberais. No Estado social, portanto, não é o grau de intervenção legislativa, ou de controle do espaço privado, que gera a natureza do direito público. O mais privado dos direitos, o direito civil, está inserido essencialmente na Constituição de 1988 (atividade negocial, família, sucessões, propriedade). Se fosse esse o critério, então inexistiria direito privado.¹⁷⁰

Arremata o autor, em exame, para que possa fazer sentido, a publicização deve ser entendida como o processo de intervenção legislativa infraconstitucional, ao passo que a constitucionalização tem por fito submeter o direito positivo aos fundamentos de validade constitucionalmente estabelecidos. Enquanto o primeiro fenômeno é de discutível pertinência, o segundo é imprescindível para a compreensão do moderno direito civil.

2.3.1 Pedras e flores no caminho de um Direito Civil Constitucional

Neste tópico, com MARIA CELINA BODIN¹⁷¹, verificar-se-á como a Constituição passou a ser o centro de referência do ordenamento jurídico e o como o princípio da dignidade da pessoa humana alterou a forma de interpretar o Direito.

Ao considerar o modelo jurídico do ideário liberal, as relações do direito público com o direito privado apresentam-se bem definidas. O direito privado insere-se no âmbito dos direitos naturais e inatos dos indivíduos. O direito público é aquele

170 LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Constitucionalização** ..., p.100-101.

171 TEPEDINO, Maria Celina Bodin de Moraes. *Op. cit.*, p. 22-29.

emanado pelo Estado para a tutela de interesses gerais. As duas esferas são quase impermeáveis, atribuindo-se ao Estado o poder de impor limites aos direitos dos indivíduos somente em razão de exigências do próprios indivíduos.

Afastou-se do campo de direito civil aquilo que era a sua real nota sonante, isto é, a defesa da posição do indivíduo frente ao Estado (hoje matéria constitucional), alcançável através da predisposição de um elenco de poderes jurídicos que lhe assegurava absoluta liberdade para o exercício da atividade econômica.

O sustentáculo fundamental do liberalismo que, pressuposta a separação entre o Estado e a sociedade civil, relegava ao Estado a tarefa de manter a coexistência pacífica entre as esferas individuais, para que atuassem livremente, conforme suas próprias regras, entrou em crise desde que o Poder Público passou a intervir quotidianamente na economia. Diante de um Estado intervencionista e regulamentador, que dita as regras do jogo, o direito civil viu modificadas as suas funções e não pode mais ser estimado segundo os moldes do direito individualista dos séculos anteriores.

O novo peso dado ao fenômeno importa em rejeitar a ideia de invasão da esfera pública sobre a privada, para admitir, ao revés, a estrutural transformação do conceito de direito civil, ampla o suficiente para abrigar, na tutela das atividades e dos interesses da pessoa humana, técnicas e instrumentos tradicionalmente próprios do direito público como, por exemplo, a aplicação direta das normas constitucionais nas relações jurídicas de caráter privado.

Diante da nova Constituição e da proliferação dos chamados microssistemas, é forçoso reconhecer que o Código Civil não mais se encontra no centro das relações de direito privado. Tal polo foi deslocado, a partir da consciência da unidade do sistema e do respeito à hierarquia das fontes normativas, para a Constituição, base única dos princípios fundamentais do ordenamento. A unidade do ordenamento é característica reconhecidamente essencial da estrutura e da função do sistema jurídico.

Acolher a construção da unidade (hierarquicamente sistematizada) do ordenamento jurídico significa sustentar que seus princípios superiores, isto é, os valores propugnados pela Constituição, estão presentes em todos os recantos do tecido normativo, resultando, em consequência, inaceitável a rígida contraposição

direito público - direito privado.

Consequentemente, a separação do direito em público e privado, nos termos em que era posta pela doutrina tradicional, há que ser abandonada. A partição que sobrevive desde os romanos não mais traduz a realidade econômico-social, nem corresponde à lógica do sistema, tendo chegado o momento de empreender a sua reavaliação.

Com cada vez maior frequência aumentam os pontos de confluência entre o público e o privado, em relação aos quais não há uma delimitação precisa fundindo-se, ao contrário, o interesse público e o interesse privado. Tal convergência se faz notar em todos os campos do ordenamento, seja em virtude do emprego de instrumentos privados por parte do Estado em substituição aos arcaicos modelos autoritários, seja na elaboração da categoria dos interesses difusos ou supra-individuais, seja, no que tange aos institutos privados, na atribuição de função social à propriedade, na determinação imperativa do conteúdo de negócios jurídicos, na objetivação da responsabilidade e na obrigação legal de contratar.

Aliás, a convicção de que o Estado, em um regime democrático, não possa se furtar do dever de intervir (promocionalmente) no desenvolvimento da economia, predomina hoje nas principais correntes do pensamento contemporâneo.

Defronte de tantas alterações, direito privado e direito público tiveram modificados seus significados originários: o direito privado deixou de ser o âmbito da vontade individual e o direito público não mais se inspira na subordinação do cidadão. A divisão do direito, então, não pode permanecer ancorada àqueles antigos conceitos e, de substancial - isto é, expressão de duas realidades herméticas e opostas traduzidas pelo binômio autoridade-liberdade - se transforma em distinção meramente "quantitativa": há institutos onde é prevalente o interesse dos indivíduos, estando presente, contudo, o interesse da coletividade; e institutos em que prevalece, em termos quantitativos, o interesse da sociedade, embora sempre funcionalizado, em sua essência, à realização dos interesses individuais e existenciais do cidadão.

Mais: no Estado Democrático de Direito, delineado pela Constituição de 1988, que tem entre seus fundamentos a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, o antagonismo público-privado perdeu definitivamente o sentido. Os objetivos constitucionais de construção de uma

sociedade livre, justa e solidária e de erradicação da pobreza colocaram a pessoa humana - isto é, os valores existenciais - no vértice do ordenamento jurídico brasileiro, de modo que tal é o valor que conforma todos os ramos do Direito.

Desse modo, a normativa fundamental passa a ser a justificação direta de cada norma ordinária que com aquela deve se harmonizar. Negar tal atitude hermenêutica significaria admitir um ordenamento assistemático, inorgânico e fragmentado, no qual cada núcleo legislativo responderia a tecido axiológico próprio, desprovido da unidade normativa, traduzindo-se em manifesto desrespeito ao princípio da legalidade constitucional.

Grande parte da doutrina especializada, antiga e moderna, encontra-se coesa em torno do caráter normativo das prescrições constitucionais, isto é, de sua juridicidade. As normas constitucionais, com efeito, são dotadas de supremacia (decorrente da rigidez constitucional), elegem-se como as principais normas do sistema, não podem ser contraditas por qualquer regra jurídica, sendo precípua seu papel na teoria das fontes do direito civil.

Fortalece-se, assim, a cada dia, a tendência de não mais se permitir a utilização das normas constitucionais apenas em sentido negativo, isto é, como limites dirigidos somente ao legislador ordinário, sustentando-se, ao contrário, o seu caráter transformador, entendendo-as como fundamento conjunto de toda a disciplina normativa infraconstitucional como princípio geral de todas as normas do sistema.

Configura-se inevitável, em consequência, a inflexão da disciplina civilista (voltada anteriormente para a tutela dos valores patrimoniais) em obediência aos enunciados constitucionais, os quais não mais admitem a proteção da propriedade e da empresa como bens em si, mas somente enquanto destinados a efetivar valores existenciais, realizadores da justiça social.

Assim é que qualquer norma ou cláusula negocial, por mais insignificante que pareça, deve se coadunar e exprimir a normativa constitucional. Sob essa ótica, as normas de direito civil necessitam ser interpretadas como reflexo das normas constitucionais. A regulamentação da atividade privada (porque regulamentação da vida cotidiana) deve ser, em todos os seus momentos, expressão da indubitável opção constitucional de privilegiar a dignidade da pessoa humana. Em consequência, transforma-se o direito civil: de regulamentação da atividade

econômica individual, entre homens livres e iguais, para regulamentação da vida social, na família, nos grupos comunitários, onde quer que a personalidade humana melhor se desenvolva e sua dignidade seja mais amplamente tutelada.

Tais são os fundamento de um direito civil constitucionalizado, um direito civil efetivamente transformado pela normativa constitucional.

Pode-se arriscar a concluir que desde que rompeu o limiar das selvas e ingressou no processo civilizatório, a humanidade vem ganhando em complexidade. A diversificação das relações sociais é um processo paulatino, inexorável e exponencial. Ficou evidente a impossibilidade de ser alcançada uma unidade ideológica global com a pretensão de prever e solucionar todas as situações e conflitos possíveis na sociedade.

Parece não fazer sentido, nos tempos atuais, sustentar a permanência de uma real dicotomia entre direito público e privado, entendida a referida separação, na forma exposta por BOBBIO, como duas esferas reciprocamente opostas, excludentes e exaustivas. Talvez, se possa, no máximo, manter a ideia de uma mera distinção que se fragiliza diante de determinadas situações impostas pela nova ótica da refundação das bases do direito privado em face da Constituição.

O direito civil é hoje evidentemente diverso daquele que tinha lugar no período oitocentista, marcado pelos estanques limites do indivíduo, da família, da propriedade, do contrato e da responsabilidade civil. É buscada à luz da Constituição a renovação do direito privado, à medida que as normas consideradas privadas invadem a Carta, o que somente faz reforçar a constatação da invalidade da perspectiva dicotômica dos dois clássicos ramos do ordenamento, nos quais a modificação dos padrões constitucionais passa a iluminar o direito privado.

É o que constata MARIA CELINA BODIN, quando afirma que a separação do direito em público e privado, nos termos em que era posta pela doutrina tradicional, há de ser abandonada.

Parece inquestionável o fato de que atualmente a Constituição configura-se como o principal mecanismo de captação dos valores sociais de cada nação. A transferência de inúmeros institutos nascidos no seio do direito privado para o corpo constitucional, elevados à condições de direitos fundamentais, além do reconhecimento da dupla face que tais institutos possuem (privada e social), é fruto do labor democrático que ocorre na origem da carta política de forma mais intensa

do que em qualquer outro estatuto jurídico.

Esta nova forma de interpretar o direito público e o direito privado irá se refletir em outros campos do direito, como nos Direitos da Personalidade, o que acarretará uma nova leitura de sua fundamentação. É o que se passa a analisar no próximo capítulo.

TÍTULO III – ELEMENTOS PARA A COMPREENSÃO CONTEMPORÂNEA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Atualmente a divisão do Direito em público e privado não mais se sustenta. O situar da pessoa humana como fundamento do ordenamento jurídico, altera a estrutura e a dinâmica social contemporânea, impondo o repensar do Direito como um todo. Não mais se admite a dualidade de sistemas jurídicos - público e privado - uma vez que a Constituição é que representa o centro do sistema jurídico, em torno do qual gravitam as demais fontes do Direito.

Esta nova forma de interpretar o Direito se reflete no Direito da Personalidade. A divisão dos Direitos da Personalidade em públicos e privados, não mais subsiste.

Neste tópico buscar-se-á realizar uma possível e necessária problematização da fundamentação contemporânea do Direito da Personalidade com base num conceito plural. Isso porque a área de aplicação dos conceitos e seus significados é dinâmica e apresenta oscilações com o decorrer do tempo.

Assim, passa-se a analisar a contraposição entre os Direitos da Personalidade e os Direitos Fundamentais, através do histórico de ambos, reconhecendo a maior amplitude destes em relação àqueles. Após, uma breve consideração sobre o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, para ao final, com base neste Princípio, procurar demonstrar que só uma visão plural dos Direitos da Personalidade é capaz de oferecer as soluções mais adequadas para a complexa sociedade contemporânea.

3.1 DIREITOS DA PERSONALIDADE E DIREITOS FUNDAMENTAIS: A SIMETRIA NA POSITIVAÇÃO HISTÓRICA

A história dos Direitos da Personalidade coincide com a o Direitos Fundamentais. Ao fazer uma breve análise de ambos, de uma maneira geral, depara-se com a recente deferência que é dada a pessoa humana pelos ordenamentos jurídicos como um valor universal, cuja reconhecimento foi diretamente

impulsionada pela doutrina cristã – que vislumbrava o ser humano como um sujeito favorecido com o dote do livre-arbítrio e proeminente em relação à coletividade social – bem como pelas declarações de direitos do final do século XVIII. Estas, aliás, compreendiam prerrogativas jurídicas atribuídas ao indivíduo que, em princípio, tinham por incumbência tutelá-lo face ao ente estatal e, posteriormente, fundamentar um Estado burguês, garantindo-se a todos, por exemplo, à liberdade e o direito à propriedade privada.¹⁷²

O reconhecimento dos direitos da pessoa humana, no âmbito legislativo, deu-se, primeiramente, na esfera pública, em que se buscava a proteção do indivíduo, por meio do estabelecimento de garantias frente ao Estado. Dos diplomas textuais que marcaram a evolução desses direitos, merecem destaque a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e a Declaração Universal dos Direitos do Homem em 1948.

Esses textos evidenciaram a preocupação do legislador em reconhecer direitos aos homens em uma esfera pública e política, agasalhando-os contra o absolutismo e o totalitarismo estatal. Efetivamente, a atenção dessas declarações, em princípio, não estava direcionada para a proteção dos atributos da pessoa na seara do direito privado, inexistindo, mesmo, um sistema protetivo dos bens mais elevados da pessoa humana, em face dos particulares, além daqueles cunhados pelo direito penal.¹⁷³

Estas circunstâncias formaram um ordenamento jurídico compartimentado pela incomunicabilidade dos direitos público e privado – conferindo destaque à renomada *summa divisio* entre esses “ramos da juridicidade” – e indicaram um sistema jurídico dicotomizado por distintos espectros de proteção da pessoa humana: de um lado a tutela consagrada pelas liberdades públicas (exercidas contra o Estado) e pela admissão de uma igualdade formal, ambas conferidas por meio das declarações de direitos e pelas constituições da época; e, do outro lado, a sede das relações privadas, domínio em que reinava a autonomia privada e o patrimonialismo e que subtraía da pessoa humana qualquer proteção particularizada do ordenamento em suas relações existenciais. Nesta fase da cultura jurídica, não se

172 DONEDA, *op. cit.*, p. 71.

173 TEPEDINO, Gustavo. **A tutela da personalidade** ..., p. 34.

cogitava, ainda, a proteção da personalidade no âmbito do direito privado (entre os particulares).¹⁷⁴

O reconhecimento pelo Estado da personalidade do homem como um elemento fundamental para o seu desenvolvimento e, portanto, circunstância geradora de direitos subjetivos privados, consolidou-se de fato somente a partir da sua inclusão nos ordenamentos jurídicos editados após a segunda guerra mundial.¹⁷⁵

Assim, a história da positivação dos direitos da personalidade se mistura com a história dos direitos fundamentais. Suas raízes estão no iluminismo e nas declarações de direitos humanos que marcaram a progressiva emancipação do homem na conquista da sua dignidade.

Os direitos fundamentais representam situações reconhecidas juridicamente sem as quais o homem é incapaz de alcançar a sua própria realização e desenvolvimento pleno. Resumem-se no resultado da luta dos homens por um direito ideal, justo e humano, e vão sendo aperfeiçoados e estendidos ao longo do tempo. Vale dizer, a evolução dos direitos fundamentais acompanha a história da humanidade.

Na questão referente à terminologia utilizada para a definição dos direitos das pessoas, verifica-se a utilização de diferentes expressões como direitos humanos, direitos do homem e direitos fundamentais.

Não se pretende adentrar no exame aprofundado do significado de cada uma das expressões mencionadas. Em verdade, busca-se tão somente estabelecer a ligação dos denominados direitos fundamentais com os direitos da personalidade, na medida em que a positivação dos direitos da personalidade teve sua origem no reconhecimento pelo Estado dos direitos fundamentais.

Inicia-se esclarecendo a distinção entre as expressões direitos fundamentais e direitos humanos por se referirem ambas a conceitos utilizados às vezes como sinônimos, gerando certa confusão de sentido.

Como destaca SARLET¹⁷⁶, os direitos fundamentais são de certa forma

174 DONEDA, *op. cit.*, p. 72-73.

175 MELLO, *op. cit.*, p.76.

176 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p.35.

direitos humanos, uma vez que em ambos os casos o titular dos direitos é a pessoa humana, ainda que configurada na forma de entes coletivos, tais como povos, grupos sociais e nações. De modo que qualquer confusão criada nesse sentido não chega a ser totalmente impertinente.

A distinção mais elementar a ser feita quanto às expressões direitos humanos e direitos fundamentais alude à positivação de uma categoria pela Constituição de um determinado Estado e à menção a outras nas regras de Direitos Internacional.

Explica-se se de um lado os direitos fundamentais são reconhecidos como aqueles direitos da pessoa humana positivados na esfera constitucional de um determinado Estado, os direitos humanos se ligam aos documentos de direito internacional, por reconhecerem a situação jurídica do ser humano, sem levar em conta o ordenamento jurídico ao qual ele esteja vinculado. Portanto, se os direitos fundamentais aspiram a uma validade interna, os direitos humanos aspiram a uma validade universal. Então os direitos do homem são válidos para todos os povos em todos os tempos.¹⁷⁷

Acerca da relação entre os direitos humanos e os direitos da personalidade, TEPEDINO¹⁷⁸ esclarece que os chamados direitos humanos são, a princípio, os mesmos direitos da personalidade. Todavia, afirma o autor, deve-se entender que, quando nos referimos aos direitos humanos, estamos na seara dos direitos individuais protegidos em relação ao arbítrio do Estado. De outro giro, ao tratar dos direitos da personalidade, sem dúvida, se está diante dos mesmos direitos, mas sob o ângulo das relações entre particulares.

Assim, na perspectiva do direito constitucional, os direitos da personalidade são espécie do gênero direitos fundamentais, e desse modo são tratados pelos publicistas.¹⁷⁹

Como demonstrado, os direitos da personalidade, na qualidade de instrumentos jurídicos de proteção da pessoa humana no que concerne à sua subjetividade, têm sua origem na categoria dos direitos fundamentais individuais

177 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia** ..., p. 36.

178 TEPEDINO, Gustavo. **A tutela da personalidade** ..., p. 35.

179 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia** ..., p. 36.

inicialmente atribuídos aos indivíduos contra a atuação dos governantes.¹⁸⁰

Todavia, segundo afirma TEPEDINO¹⁸¹, durante o processo de concretização dos instrumentos de tutela dos direitos humanos, quer estes instrumentos tenham se consolidado no âmbito do direito internacional, por meio de tratados, acordos e convenções, quer na esfera dos textos constitucionais e das declarações de direitos, esta tutela ficou restrita ao direito público.

No âmbito do direito privado, a preocupação estava em proteger a propriedade e a autonomia da vontade da interferência do poder constituído, e não propriamente a personalidade como categoria de direito subjetivo.

A positivação da proteção do homem contra os arbítrios do poder constituído sob a forma de Estado encontra suas origens no liberalismo inglês desenvolvido a partir do século XVII.¹⁸² Foi justamente na Inglaterra que a concepção contratualista de sociedade e consequentemente a ideia da existência de direitos naturais inerentes ao ser humano ganharam importância e concretude.¹⁸³ Dessa forma, a Inglaterra foi o país que mais cedo protegeu as liberdades públicas contra o despotismo do soberano.¹⁸⁴

Todavia, conforme alerta SARLET¹⁸⁵, a positivação de direitos e liberdades civis ocorridas na Inglaterra não pode ainda ser considerada o marco inicial dos

180 MELLO, *op. cit.*, p.75

181 TEPEDINO, Gustavo. Direitos humanos e relações jurídicas privadas. In: _____. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 64.

182 SZANIAWSKI, *op. cit.*, p. 39.

183 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia** ..., p. 47.

184 Consoante COMPARATO: "Forçoso lembrar que na Inglaterra a supremacia do rei sobre os senhores feudais, vigente durante todo o século XII, enfraqueceu-se desde o início do reinado de João Sem-terra. Com o aumento das exações fiscais contra os barões, estes passaram a exigir periodicamente o reconhecimento formal de seus direitos como condição para o pagamento dos tributos. Pressionado pela Igreja e após ter enfrentado a revolta armada dos barões que chegaram a ocupar Londres, o rei se viu obrigado a assinar em junho de 1215, perante o alto clero e os barões do reino a Magna Charta Libertatum, como condição para a cessação da hostilidade. Em que pese a todo o tumultuado contexto histórico no qual a convenção foi assinada, e ainda a seu caráter de promessa de regalias feita pelo rei em favor dos barões, a Magna Charta é o documento por meio do qual se reconhece a limitação dos poderes do monarca, ainda que em relação a determinado segmento social. Ademais, por meio da Magna Charta, fica implícito, pela primeira vez na história política medieval, que o rei acha-se vinculado às leis que edita". Afirma COMPARATO que a grande inovação do documento foi justamente a de reconhecer próprios de dois segmentos livres da sociedade, o clero e a nobreza. O poder dos governantes passa a ser limitado não por normas superiores, mas por direitos subjetivos dos governados." (COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 71-78).

185 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia** ..., p. 51.

direitos fundamentais na forma como são atualmente conhecidos. Isso se deve ao fato de que, apesar de limitarem o poder dos monarcas, as declarações inglesas não vinculavam o Parlamento, de modo que a sua supremacia e estabilidade restavam extremamente prejudicadas.

As ideias liberais surgidas na Inglaterra, transportadas para a América do Norte influenciaram a Declaração da Colônia de Virgínia, em 1776, que por sua vez precedeu a Declaração de Independência das antigas treze colônias britânicas da América do Norte e a Constituição dos Estados Unidos.

O valor moral da dignidade da pessoa humana foi consagrado como um valor constitucional. Aquelas Declarações e posteriormente a Constituição Americana inauguraram a democracia moderna, combinado sob o mesmo regime constitucional a representação popular, a limitação de poderes governamentais e o respeito aos direitos humanos.¹⁸⁶

Por certo que a grande relevância da Declaração de Independência dos Estados Unidos na evolução da tutela dos direitos da personalidade está no fato de que aquele documento politicamente reconheceu não só a legitimidade da soberania popular, mas também a existência¹⁸⁷ de direitos inerentes a todo ser humano, independentemente de raça, sexo, religião, cultura ou posição social.

CLAUDIO ARI MELLO¹⁸⁸ afirma que, desde então, a categoria do direito subjetivo inerente ao ser humano oponível contra quaisquer agressões externas transformou-se no principal recurso para a realização da defesa dos direitos fundamentais no pensamento político e jurídico da modernidade.

Acerca do tema ressalta SARLET¹⁸⁹ que a Declaração de Direitos do povo da Virgínia marcou a transposição dos direitos de liberdade legais para os direitos fundamentais constitucionais, sendo ainda, inegável a sua influência na Declaração Francesa cronologicamente posterior.

Na França surge como raiz dos direitos fundamentais individuais, portanto dos direitos da personalidade, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão aprovada pela Assembleia Constituinte Francesa em 1789. Com efeito, referido texto

186 COMPARATO, *op. cit.*, p. 95.

187 *Ibidem*, p.103.

188 MELLO, *op. cit.*, p.74.

189 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia ...**, p. 51.

influenciou as legislações e as constituições de diversos Estados.

Importante esclarecimento faz BONAVIDES¹⁹⁰ acerca do caráter universal da Declaração Francesa em contraposição às Declarações Inglesas e Americanas que a precederam. Afirma o autor que se de um lado às declarações inglesas e americanas ganhavam em concretude, por outro, perdiam em abrangência, na medida em que se dirigiam a camadas privilegiadas da sociedade (barões) ou ainda a uma sociedade que se libertava politicamente como no caso das colônias americanas. Com efeito, as declarações inglesas, na verdade, não reconheciam direitos gerais, mas tão somente obrigações concretas daqueles reis que as subscreviam.

Quanto à Declaração dos Direitos do Homem de 1789, segundo BONAVIDES¹⁹¹, esta tinha como destinatário o gênero humano. Em razão disso foi a mais abstrata das declarações solenes já feitas sobre as liberdade e os direitos individuais.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, frutos da revolução que provocou a derrocada do regime feudal e a instauração da ordem burguesa, tem como característica uma profunda inspiração jusnaturalista.¹⁹²

São direitos atribuídos aos homens de modo geral, e não somente a um grupo ou estamento social. Entretanto, na esteira dos princípios iluministas, a Declaração de 1789 preocupou-se apenas com os aspectos individuais do ser humano, restando desprovidos de tutela os direitos sociais, que somente mais tarde viriam a ser reconhecidos.

Os direitos fundamentais individuais, garantidos nas constituições originárias das revoluções, eram direitos de defesa do indivíduo contra o Estado. Sua finalidade principal era a de impor ao poder político um dever de abstenção, de modo que eventuais violações desses direitos fundamentais por outros indivíduos não eram contempladas na teoria dos direitos fundamentais.

Importante é a observação de SZANIAWSKI¹⁹³ acerca do contexto histórico

190 BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 562.

191 *Ibidem*, p. 562.

192 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia ...**, p. 52.

193 SZANIAWSKI, *op. cit.*, p. 42-43.

que se seguiu à Revolução Francesa e as consequências da prevalência do pensamento positivista para a formação e a tutela dos direitos da personalidade.

Relembra o referido autor que a ideia proposta pela nova ordem, baseada no jusnaturalismo racionalista, colocava o homem no centro de interesses do ordenamento jurídico. Todavia, essa reordenação sistemática do direito, ditada pelo pensamento racional findou por forjar um sistema de direito exageradamente fechado, resultando, assim, na criação de categorias estanques de direitos. O direito passa a ser considerado como um sistema fechado, pleno e isento de lacunas¹⁹⁴.

No que tange à tutela dos direitos da personalidade, forjou-se um bipartição do direito: os direitos subjetivos públicos e os direitos da personalidade resguardados da esfera do direito privado.

Os direitos públicos seriam aqueles inerentes ao homem, previstos na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, expressos nas constituições de diversos países como direitos fundamentais, destinados à defesa da pessoa contra atentados praticados contra ela pelo Estado.

De outra mão, concomitantemente, a doutrina e a jurisprudência passaram a admitir a existência de direitos da personalidade de ordem privada. Entretanto, seriam os mesmos direitos ditos públicos, observados e aplicados, nas relações entre particulares nas hipóteses de atentados por um sujeito privado contra algum atributo da personalidade de outro.¹⁹⁵

Estabeleceu-se assim a dicotomia entre o direito público e o privado também no que tange à tutela dos direitos da personalidade, que somente seria superada após a Segunda guerra mundial, por meio do princípio da dignidade da pessoa humana, que passa a atuar como elemento de interseção entre o público e privado na tutela da personalidade humana.

Posta assim a questão, o direito da personalidade é a porta aberta para aplicação direta, sem a interferência do legislador ordinário, das garantias conferidas pelos direitos fundamentais às relações de direito privado. E a chave desta porta é a dignidade da pessoa humana.

194 *Ibidem*, p. 42.

195 *Ibidem*, p. 44.

3.2 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO SUSTENTÁCULO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Atualmente não há possibilidade de se estudar e aplicar o Direito sem que se confira prevalência à tônica principiológica constitucional que este detém, com especial realce ao princípio da dignidade da pessoa humana, que nutre todo o sistema jurídico.

Neste sentido, nossa Constituição nos artigos 1.º ao 4.º que mostram nítida prevalência para o postulado da dignidade da pessoa humana, não só como critério definitivo de interpretação do texto constitucional, como principalmente o norte para aplicação das normas constitucionais nos casos concretos. Os princípios fundamentais encontram-se refletidos ao longo de todo texto constitucional.

Dentre as diversas classificações elaboradas, a que apresenta o substrato mais seguro até o presente, para que sejam analisados os princípios constitucionais fundamentais, é aquela desenhada na Constituição Federal que dá prevalência à dignidade do ser humano.

A relevância do entendimento dos princípios fundamentais da Constituição como efetivas normas constitucionais parece irretorquível. Por serem mais genéricos que outras normas insertas no corpo legislativo, têm a máxima abrangência no ordenamento, além de serem o maior substrato do ordenamento jurídico. Ao se fazer concretos os preceitos constitucionais, devem ser observados os princípios, sob pena de se incorrer em inconstitucionalidade.

PIOVESAN¹⁹⁶ ao concordar com a mais atualizada doutrina brasileira e estrangeira, no sentido de que não há dispositivo constitucional despido de normatividade, e que a própria normatividade não vem no texto mesmo, sendo antes o resultado de um complexo procedimento que envolve a minudente análise do caso concreto, quer da norma que se lhe julgue aplicável, a imperatividade - a força normativa - que se reclama da Constituição depende umbilicalmente do seguimento e aplicação de seus princípios fundamentais, dentre eles o da intangibilidade do respeito à Dignidade da Pessoa Humana. O que deve vingar é o entendimento de que os princípios constitucionais fundamentais valem como lei constitucional e

196 PIOVESAN, Flávia VIEIRA, Renato Stanzola. A força normativa dos princípios constitucionais fundamentais: a dignidade da pessoa humana. In: PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 396.

possuem eficácia jurídica positiva ou simétrica, pois criam direito subjetivo ao cidadão. E para tanto, é que se reclama a hermenêutica concretizadora que culmine por prestigiar a força normativa dos princípios constitucionais fundamentais, otimizando a força expansiva do princípio da dignidade humana.

Na contemporaneidade, se faz necessária uma análise mais ampla dos direitos da personalidade, vinculados ao exame de proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos a ela correlatado.¹⁹⁷

FRANCISCO MUNIZ E JOSÉ LAMARTINE¹⁹⁸ sustentam que no plano doutrinário isso significa que só através do entendimento da ordem jurídica como um todo, que tem por base uma hierarquia de valores, dentro da qual ocupa lugar primacial a noção de que o ser humano é pessoa, dotada de inalienável e inviolável dignidade, é possível dar à noção de direitos da personalidade a sua real amplitude. Para tal, é necessário vincular a noção de direitos da personalidade à noção de direitos do homem.

Tomar esse caminho significa sustentar a impossibilidade de uma visão puramente privatística de direitos da personalidade, desvinculada dos direitos do homem, e pressupõe um exame acurado da fundamentação da dignidade da pessoa humana que subjaz aos direitos da personalidade¹⁹⁹.

Em Portugal, GOMES DA SILVA aduz que “na base de toda a ordem jurídica encontra-se, ..., a pessoa, como ente individual dotado de razão e de liberdade e destinado a um fim transcendente, fixo e necessário, cuja realização ao direito compete assegurar, ... tudo que existe no direito se destina ao homem concreto e vivo e de (que) tudo quanto negar esta verdade não será direito, mas torto”²⁰⁰. O autor capta o sentido de que todas e cada uma das pessoas têm uma dignidade que é sagrada e igual, e que o direito está ao seu serviço. O direito da personalidade é o núcleo central do direito ao serviço da dignidade de cada uma das pessoas concretas²⁰¹ e vivas²⁰².

197 FACHIN, Luiz Edson. **Direitos da personalidade** ..., p. 4.

198 OLIVEIRA; MUNIZ, *op. cit.*, p. 228.

199 *Ibidem*, *loc. cit.*

200 *Apud* VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Direito de personalidade**. Coimbra: Almedina, 2006, p. 30.

201 Acerca da pessoa concreta, Jussara MEIRELLES leciona que “tem-se de um lado o que se pode denominar pessoa codificada ou sujeito virtual; e, do lado oposto, há o sujeito que

Essa concepção toma a dignidade como atributo que se refere ao ser humano concretamente considerado. Infere-se, ainda, outro elemento de extrema relevância, que não pode deixar de ser observado quando se trata do princípio em exame: a dignidade da pessoa humana é imperativo que decorre de uma ética de alteridade que paira sobre o direito e deve, necessariamente, informá-lo²⁰³.

OLIVEIRA ASCENSÃO²⁰⁴ funda a categoria dos direitos de personalidade na dignidade humana, que afirma como o ponto de partida do ordenamento jurídico e como uma imposição ontológica: a pessoa, com sua dignidade, não é criatura do sistema jurídico. A dignidade da pessoa humana implica que a cada homem sejam atribuídos direitos, por ele justificados e impostos, que assegurem esta dignidade na vida social e que devem representar um mínimo que crie o espaço no qual cada homem poderá desenvolver a sua personalidade, mas devem representar também o máximo pela intensidade da tutela que recebem.

Na contemporaneidade, o direito marca-se pelo reconhecimento da necessidade de tutela dos valores essenciais para o ser humano, que outrora foram relegados a uma proteção indireta, quando existente²⁰⁵. Argumenta-se, assim, que para demonstrar que uma e outra categoria (direitos da personalidade e direitos do Homem) só podem ser entendidas à luz de uma noção de pessoa que supere o esvaziamento a que tal noção foi submetida pela carga histórica de uma educação jurídica positivista a pesar sobre sucessivas gerações de cultores do Direito.²⁰⁶

Nessa linha, embora o surgimento de questões relacionadas à dignidade do homem, entendida como valor intrínseco da pessoa humana, tenha raízes longínquas no pensamento clássico e na doutrina cristã, pode-se afirmar que no pensamento filosófico e político da antiguidade clássica, verifica-se que a dignidade

corresponde à pessoa verdadeiramente humana, vista sob o prisma de sua própria natureza e dignidade, a pessoa gente.” (O ser e o ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à clausura patrimonial. In FACHIN, Luiz Edson (coord). **Repensando os fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998).

202 VASCONCELOS, *op. cit.*, p.31-32.

203 FACHIN, Luiz Edson; PIANOVSKI, Carlos Eduardo. A dignidade da pessoa humana no direitos contemporâneo: uma contribuição à crítica da raiz dogmática do neopositivismo constitucionalista. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 35, p. 102, abr./jun. 2006.

204 ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito civil: teoria geral I**, introdução, pessoas, bens. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2000.

205 CORTIANO JUNIOR, Eroulths. **Alguns apontamentos ...**, *op. cit.*

206 OLIVEIRA; MUNIZ, *op. cit.*, p. 230.

da pessoa humana dizia, em regra, com a posição social ocupada pelo indivíduo e o seu grau de reconhecimento pelos demais membros da comunidade, e que somente após o fim da segunda grande guerra a concepção contemporânea da intangibilidade da pessoa humana veio a se consolidar.²⁰⁷

Sobre a dignidade da pessoa humana pode-se afirmar que, no sentido em que é compreendida contemporaneamente como princípio fundamental de que todos os demais princípios derivam e que norteia todas as regras jurídicas, não foi constituída como valor fundamental desde os primórdios da história. Ao contrário, a sua validade e eficácia, como norma que foi elevada acima das demais regras e princípios, derivam da necessidade própria da sua integração e sua proteção nos sistemas normativos. É de se salientar que a dignidade da pessoa humana, como princípio fundamental, é um valor que foi edificado ao longo da evolução histórica da humanidade²⁰⁸.

Essa perspectiva principiológica da dignidade humana serve de substrato normativo e axiológico de todos os demais direitos não patrimoniais, como os direitos da personalidade. Afasta-se, assim, as fontes jusnaturalistas dos direitos da personalidade, que entendem dignidade como um valor superior fundado num modelo abstrato, com validade independentemente de questões espaciais ou temporais.²⁰⁹

É nessa linha que a vida deixa de ser apenas o primeiro e mais fundamental direito tutelado pelo ordenamento jurídico para se tornar condição essencial de outros direitos. Desenvolve-se aí a concepção da supremacia da vida humana e que, para ser entendida como vida, necessariamente deve ser digna.²¹⁰

Este modelo impõe pensar a vida (existência) sob um aspecto material, ou seja, o ponto de partida deste modelo é a vida como um conteúdo material, pois, a princípio, a vida é também biológica. Assim, pode-se afirmar que a vida nunca irá reduzir-se a uma mera abstração, haja visto seu substrato concreto, físico e biológico²¹¹. Com isso, não procede as críticas quanto a feição abstrata e intangíveis

207 FACHIN, Luiz Edson. **Direitos da personalidade** ..., p. 5-6.

208 *Ibidem*, p. 6.

209 *Ibidem*, p. 9.

210 FACHIN, Luiz Edson. **Direitos da personalidade** ..., p. 9.

211 MATURANA, Humberto; VARELA, Francisco. **A árvore do conhecimento**: as bases

do direito da personalidade, pois o seu modelo filosófico demonstra o fundamento material da dignidade da pessoa humana²¹².

Nesta mesma perspectiva acerca da dignidade e dos valores pautados como essenciais pelo e para o Estado Democrático de Direito, assevera Carmem Lúcia Antunes Rocha que o princípio da dignidade da pessoa humana é posto como fundamento da própria organização política do Estado Democrático de Direito, significando que este princípio “existe para o homem, para assegurar condições políticas, sociais, econômicas e jurídicas que permitam que ele atinja os seus fins; que o seu fim é o homem, como fim em si mesmo que é, quer dizer, como sujeito de dignidade, de razão digna e supremamente posta acima de todos os bens e coisas, inclusive do próprio Estado”.²¹³

Independente de toda a contribuição teórica historicamente produzida sobre a dignidade do ser humano, alguns autores o classificam como um conceito fluido, elástico, indeterminado, porque, de maneira distinta do que ocorre com outros Direitos Fundamentais, não se pauta exclusivamente em aspectos restritos da vida humana, como a intimidade, a integridade física, conceitos cuja compreensão mostra-se mais simples. Ao contrário, a dignidade humana se pauta em uma idéia mais ampla que engloba e exterioriza todas essas expressões que se sintetizam nela.

Pode-se, entretanto, afastar o argumento da abstração e indeterminação do princípio *in foco* por vários ângulos, a começar pela própria existência concreta da dignidade do ser humano, que se manifesta como um valor próprio que identifica o ser humano como tal, bem como pelos diversos matizes em que pode se revelar.

Superando a concepção de que a dignidade da pessoa humana seria um conceito de contornos vagos e imprecisos, caracterizado por uma “ambigüidade” e “porosidade” marcantes em um conceito cuja natureza é necessariamente polissêmica²¹⁴, diversos autores têm buscado uma delimitação do princípio

biológicas da compreensão humana. São Paulo: Palas Athena, 2001.

212 FACHIN, Luiz Edson. **Direitos da personalidade** ..., *op. cit.*

213 ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. **Revista Interesse Público**, São Paulo, n. 4, p. 34, out./dez. 1999.

214 SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 40.

fundamento da dignidade da pessoa humana.

Recepcionando a contribuição de Kant para a edificação do princípio da dignidade, bem como a necessidade da sua proteção pelo ordenamento jurídico, destaca-se SARLET, que conceitua a dignidade da pessoa humana como:

(...) a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.²¹⁵

O princípio da dignidade da pessoa humana impõe (em um primeiro momento) limites à atividade estatal, uma vez que impede a violação, por qualquer dos poderes veiculados pelo Estado, da dignidade pessoal de qualquer particular. Em um segundo estágio, o princípio-fundamento da dignidade da pessoa humana também vincula os poderes públicos a sua efetivação, não apenas de modo programático, mas também concreto. A doutrina é unânime na acolhida dessa perspectiva, porquanto é derivada da própria natureza intrínseca da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental e que promove a integração normativa do ordenamento jurídico. Consoante com esse entendimento, MARIA CELINA BODIN DE MORAES²¹⁶ afirma que:

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

Daí deriva, portanto, o fato de que a dignidade da pessoa vincula o Estado a ter como meta permanente, “a proteção, promoção e realização concreta de uma

215 *Ibidem*, p. 62.

216 MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p.116-117.

vida com dignidade para todos”.²¹⁷

Essas duas dimensões: negativa (de proteção) e positiva (de concretização e implementação) da atuação estatal se fundamentam no fato de, como argumenta Jorge Miranda, a dignidade da pessoa humana constituir-se na “Concepção que faz da pessoa fundamento e fim do Estado”.²¹⁸

3.3 NOVA LEITURA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE À LUZ DOS DESAFIOS DO SÉCULO XXI

O parentesco entre Direitos da Personalidade e Direitos Fundamentais possibilita o livre trânsito do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana que, com sua força normativa, promove o reconhecimento da incidência de institutos originalmente privados no âmbito da disciplina pública e da incidência de valores e princípios constitucionais na disciplina privada, aptos a revelar a superação da dicotomia direito público *versus* direito privado.

O Princípio da Dignidade Humana prioriza, nas relações jurídicas, a pessoa em sua personalidade e em seu livre desenvolvimento.

Assim, neste tópico, procurar-se-á demonstrar que, ante a complexidade das relações sociais contemporâneas, somente a ideia de um conceito plural de Direitos da Personalidade pode tentar dar conta de oferecer as respostas mais adequadas a questões cada vez mais complexas.

3.3.1 A paisagem que compõe o atual retrato dos Direitos da Personalidade

Com efeito, as necessidades da sociedade atual desafiam um ordenamento jurídico que busca em modelos do passado as bases para as soluções das controvérsias do presente. A fotografia atual não mais cabe no antigo quadro em que se pretende colocá-la. O tema relativo aos direitos da personalidade é um

217 SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**, p.113.

218 MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2000. t. 4, p.180.

destes desafios doutrinário.

Ao considerar a clássica dicotomia, direito público *versus* direito privado, que marca o direito da Modernidade, o direito da personalidade, ora é visto como direito público, quando protege a pessoa humana contra as arbitrariedades do Estado, ora é visto como direito privado, quando protege a pessoa humana contra outras pessoas.

Ao tentar inserir os direitos da personalidade nesta dogmática clássica, fundada na dicotomia que divide o direito em público e privado, fixa-se a divisão dos direitos da personalidade em públicos e privados. Trata-se de se estabelecer disciplina e feições diversas a uma categoria jurídica com idêntico conteúdo, consistente na tutela dos valores mais elevados da pessoa humana.²¹⁹

Viu-se que na Modernidade todo esforço, no sentido de separar o indivíduo do grupo social no qual ele se encontrava inserido, para considerá-lo um sujeito de direitos independentes, resultou na aceção mais ampla do individualismo, que vê no homem e na sua subjetividade o dado fundamental da realidade.

LAFER²²⁰ afirma que o individualismo integra o arcabouço lógico da modernidade, no qual a liberdade se apresenta como a grande possibilidade de autodeterminação do ser humano. Esse desejo, ou ainda, essa necessidade de autodeterminação se manifestou na formação de um sistema jurídico, por meio do qual a todo custo se protegesse o homem das intervenções estatais, garantido-lhe a propriedade e a liberdade de dispor sobre seus bens.

Com efeito, na modernidade, centrada no individualismo burguês e no patrimônio, forma-se um ordenamento jurídico compartimentado pela incomunicabilidade dos direitos público e privado, em que ao direito público reserva-se o dever de não se imiscuir nas relações interprivadas e respeitar, de maneira absoluta, a liberdade das pessoas; e ao direito privado reserva-se o poder de tutelar todas as relações interprivadas, em que reinava a autonomia privada, o patrimônio e a igualdade formal.

Naquela cultura jurídica, a preocupação com a pessoa humana se dava a partir da necessidade de resguardar o cidadão contra o arbítrio do Estado totalitário

219 TEPEDINO, Gustavo. **A tutela da personalidade** ..., p. 26.

220 LAFER, *op. cit.*, p.120

e limitava-se à integridade física e algumas garantias políticas. Não havia, no âmbito do direito privado, nenhum sistema de proteção aos direitos da personalidade.²²¹

Sociedade e Estado representavam duas esferas completamente distintas, contrapostas, reguladas cada qual por um ramo próprio do Direito, com premissas e pressupostos diferenciados.

O Estado era mero espectador das arbitrariedades promovidas pelos particulares com maior poder econômico, que, sob o manto da autonomia privada e da *pacta sunt servanda*”, por exemplo, promoviam contratações em massa de trabalhadores sem as mínimas condições de trabalho e os submetiam aos contratos de adesão.

Com isso, cindiu-se o significante e o significado do direito da personalidade, que no enfoque dicotomizado dado pela dogmática clássica, sob um ângulo publicista os reconhece como direitos fundamentais, a ser tratado sob a égide da Constituição Federal e, numa ótica privatística, confere-lhes o status de direitos da personalidade, a ser tratado sob a égide do Código Civil, de maneira compartimentalizada e sem diálogo entre as esferas.²²²

Conforme TEPEDINO²²³, tal enfoque apenas renova as dificuldades conceituais quanto os direitos da personalidade, pois se verificam de um lado enormes avanços tecnológicos que propões situações verdadeiramente desafiadoras para o ordenamento jurídico. De outro giro, a doutrina ainda insiste em respaldar a conceituação dos direitos da personalidade e consequentemente a solução de situações que os envolvam em modelos do passado.

A secular tradição individualista e dicotômica do direito Moderno, em que pese ter prestado relevantes serviços na limitação do arbítrio do poder do Estado frente aos direitos do cidadão, já não encontra mais eco na nova realidade social.²²⁴

Hodiernamente os rígidos compartimentos do direito público e do direito privado não se mostram adequados para uma proteção suficiente dos direitos da personalidade. A tutela da pessoa humana, além de superar a perspectiva setorial (direito público e direito privado), exige instrumentos de promoção da pessoa

221 TEPEDINO, Gustavo. **A tutela da personalidade** ..., p. 32.

222 *Ibidem*, p. 35.

223 *Ibidem*, p. 26.

224 CUPIS, *op. cit.*, p. 22.

humana em qualquer relação jurídica que participe.²²⁵

É necessária uma resignificação²²⁶ contemporânea dos direitos da personalidade diante dos direitos fundamentais.

Os direitos da personalidade formam uma categoria de direitos que ultrapassa a construção tradicional dos direitos subjetivos de ordem patrimonial, uma vez que tem por objetivo a proteção à pessoa humana e à sua dignidade. Nesta categoria de direitos são absolutamente relevantes, também, o comprometimento social e os aspectos existenciais do homem.

A eclosão de movimentos sociais no final do século XIX e início do século XX contra o abuso desenfreado calcado na política liberal, fez com que o Estado passasse a intervir na ordem econômica para, além de garantir as liberdades individuais, impor o atendimento a uma função social às atividades econômicas e manter o equilíbrio entre as partes. Isso orientou as novas Cartas Constitucionais para uma mudança qualitativa com ênfase à função social dos direitos individuais. A

225 TEPEDINO, Gustavo. **A tutela da personalidade** ..., p. 41.

226 Aqui cabe uma breve explanação terminológica: A resignificação é um fenômeno da linguística frequentemente abordado em cursos de semiótica e da própria linguística. É de fundamental importância para as ciências humanas e sociais como um todo. O estudo da linguagem pressupõe a compreensão dos três elementos básicos que a constituem. Primeiramente há o significante, parte concreta da comunicação humana que, conectada a um significado ou conceito, forma o terceiro elemento desta cadeia: o signo. No processo de compreensão, o sujeito fará uso do significante a partir de sua bagagem cultural e do contexto comunicativo em que se encontra. Assim, sendo estes elementos variáveis, que são reformulados continuamente, haverá também várias formas de se compreender um mesmo signo, o que comprova a ideia de que o signo é plurivalente, a ensejar diversas interpretações. A linguagem está em constante criação pelo homem de forma que uma mesma palavra é conceituada de forma diferente em diferentes conjunturas, sejam históricas, teóricas, jurídicas, filosóficas ou culturais. Há uma constante re-interpretação dos signos, em novos sistemas semiológicos, pelos quais os signos dos sistemas anteriores tornam-se significantes aos quais são atribuídos novos significados, formando novos signos. O que ocorre, em realidade, é um reenquadramento, pois um mesmo signo visto em diferentes contextos passa a ter significados diferentes, formando novos sistemas semiológicos. Assim, a propriedade numa sociedade capitalista possui uma conotação, enquanto em contexto socialista ela adquire outra. Do mesmo modo, em momentos históricos distintos, há diferentes formas de se observar os signos. A mudança de um significado para outro, na emergência de uma nova narrativa capaz de organizar não só a experiência presente, mas também a passada e as possibilidades futuras. As experiências, a cultura, as interações sociais são fundamentais para a percepção dos fatos. O ser humano constrói o mundo a sua volta por meio da incessante construção de significados, os quais nunca se reputam completos. A construção de significados é dinâmica, desta maneira a resignificação implica complementação nos significados compostos pela sociedade, os quais nunca se reputam completos. Ao aplicar este conceito aos direitos da personalidade, há que se compreender que este se encontra inserto no processo evolutivo, a sofrer transformações constantes - seja pela mudança de contexto social, seja pela mudança de contexto jurídico -, as quais interferem na construção dos significados a que cada preceito remete. (TENÓRIO, Camila Muritiba. **A re-significação dos direitos individuais à luz da nova conjuntura sócio-jurídica brasileira. Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 2250, 29 ago. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13416>>. Acesso em 02/02/2010.

Constituição deixa de ser mera fonte suprema de direito público, enquanto reguladora da forma de governo e garantidora das liberdades individuais dos cidadãos, para se tornar lei fundamental do direito privado, reguladora das relações interprivadas.

As constituições originariamente constituídas para serem meros estatutos de organização do Estado, no curso do século XX, passaram a trazer no seu corpo institutos característicos do direito privado. Tal deslocamento normativo alterou radicalmente o sistema jurídico calcado na divisão estanque das searas do público e do privado, onde as duas esferas passaram a se comunicar, deixando a segmentação de lado para fazer prevalecer a ideia de unidade do ordenamento jurídico. Esse movimento denominou-se constitucionalização do direito privado.²²⁷

A constitucionalização importa na incorporação, pela Constituição de direitos subjetivos do homem, retirando do legislador ordinário o reconhecimento e garantia de disponibilidade. A consequência mais evidente da constitucionalização é, pois, a proteção dos direitos fundamentais, os quais são os direitos do homem jurídico institucionalmente garantidos.²²⁸

Com o deslocamento de matérias tradicionalmente pertencentes ao âmbito civil para as constituições, a partir da constatação da alteração dos valores substanciais da ordem social e jurídica, esmaece a distinção antagônica das searas do público e do privado.

O Poder Público passou a assumir um caráter intervencionista e regulamentador, modelando a autonomia individual e intervindo nas relações privadas. Este processo de mudança social incentivou e fortaleceu sobremaneira a elaboração hermenêutica que entende ultrapassado tal antagonismo, sustentando uma incidência direta dos valores constitucionais nas normas de Direito Civil.²²⁹

Os fenômenos da constitucionalização do direito privado, bem como o seu processo de repersonalização e despatrimonialização orientam o estudo dos direitos de personalidade, que têm como característica o fato de integrarem o complexo dos direitos fundamentais consagrados pela Constituição Federal.²³⁰

227 MELLO, *op. cit.*, p.67-68.

228 CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional** ..., p. 377-393.

229 TEPEDINO, Maria Celina Bodin M. *Op. cit.*, p. 24.

230 Nos dizeres de CANOTILHO (*op.cit.*, p. 396), "Muitos dos direitos fundamentais são

Esta nova atmosfera altera a relação entre direito público e direito privado (ou entre Constituição e direito privado). Este último perde o caráter de reino da vontade e da autonomia privada, e o direito público, por sua vez, deixa de ser o direito relativo à supremacia do Estado em relação ao cidadão.

O tempo influencia o direito e altera a historicidade dos significados, que não se limitam pela permanência dos significantes.

3.3.2 O Tempo e o Direito: algumas considerações à guisa da matéria em pauta

O Tempo e o Direito estão intrinsecamente relacionados. Tanto a incidência do tempo no direito (temporalização do direito) como a do direito no tempo (temporalidades jurídicas) são compreendidas pelo direito, pois é conforme regras de direito – gerais ou específicas – que tais incidências acontecem.

A palavra tempo, apesar de significativamente clara, é de difícil conceituação, pois ao lado do que já foi (passado) e do que ainda não é (futuro), eis que estanca diante de uma nadificação instantânea e inextensa (presente)²³¹. O fato de algo que existiu (passado) resultar de um nada (presente), e deste suscitar-se que algo possa vir a existir (futuro), é a aporia do tempo, pois tudo o que existiu, existe e existirá depende dele para ser desvelado. O lado de sua obscuridade conceitual, eclode a cristalina experiência do tempo incidindo em tudo o que há, e essa experiência denominada tempo reclama uma concepção de si, pois, se tudo foi, é e será, tal decorre do fato de existir esse ser-passagem experimentado pela eterna mudança de tudo o que há²³².

A temporalização do direito tem um duplo direcionamento, tanto para o passado como para o futuro. A sujeição do direito ao tempo não abdica da ordem jurídica, esta, necessária à compreensão dos defeitos da ordem social, ou, à manutenção da sua ordenação, impondo-se, destarte, seja administrada a

direitos da personalidade, mas nem todos os direitos fundamentais são direitos de personalidade”.

231 COMTE-SPONVILLE, André. **O ser-tempo**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p.18.

232 BEZERRA, Luis Antonio dos Santos. **Tempo, direito e processo** (bases filosóficas e políticas para as tutelas de urgência). Curitiba: Universidade Federal do Paraná – UFPR, Doutorado em Direito, 2005, p.20 e ss.

temporalização por critérios adequados à suscitação da ordem jurídica. Jean-Louis BERGEL, ao tratar da questão relativa à sujeição do direito ao tempo, não se afasta de que, ainda assim, o tempo deve articular estratégias para manter-se no seu desiderato de postular ou manter a ordem jurídica, permitindo-se, “assim, denominar os efeitos do tempo sobre as situações jurídicas apreendendo-as e remediando-as”²³³. O direito, ao sujeitar-se ao tempo, não abre mão de estabelecer critérios para tanto.

Enquanto argumento, o direito administra a incidência do tempo sobre si mesmo regrando a oportunidade argumentativa como instrumento de superação das dúvidas e das hesitações, bem assim como estamento da opcionalidade, da liberdade de escolha.

Mais visível, no sistema de normas, as regras de direito estão fundadas em uma dada situação passada, regendo situações similares no movimentar cíclico do fato jurídico. Pela dogmática, enquanto não desconsiderada, pelas regras do próprio sistema, o direito positivado na forma escrita permanece com a sua validade estrita – marcada por correto domínio, correta elaboração –, mantém a sua vigência.

Neste aspecto, diz-se que o direito tem amarras no passado. Enquanto permanecer vigente, diz-se que a norma é eficaz. Ocorre que nem sempre o consenso sobre a incidência da norma no fato jurídico se mantém o mesmo e, quando de sua alteração, dá-se evidente dissensão entre a regra de direito e o fato jurídico, deixando a norma de ser eficaz.

Perdendo a sua eficácia, a regra de direito, embora vigente, supera o passado no qual foi elaborada.

Vezes ocorrem em que a norma jurídica padece de eficácia pelo fato de ainda não se encontrar em concordância com o fato jurídico, cuja validade expecta um fato social futuro e ideal.

A temporalização do direito pode ocorrer, destarte, também negativamente, seja pela superação do passado normatizado ou pela expectativa de um momento vindouro.

Com relação a incidência do Direito no tempo, não se pode olvidar das lições

233 BERGEL, Jean-Louis. **Teoria geral do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p.157.

de LEONEL SEVERO DA ROCHA²³⁴.

A tese esboçada por ROCHA é a de que o tempo é uma instituição social e nesse sentido depende do Direito. O Direito é uma estrutura da sociedade e assim configura a continuidade e a descontinuidade da ação social na forma de sociedade dominante até o advento da globalização. A forma de sociedade globalizada implica uma reconstrução necessária do que é o Direito, que exige, entre outras dimensões, uma observação diferenciado do tempo.

A questão do tempo está ligada à forma de sociedade em que vivemos. O tempo é contextual (espacial). Neste início de século estamos entrando numa nova forma de sociedade, que se pode chamar de globalizada, pós-moderna, modernidade-reflexiva, modernidade límpida, que tem como uma das características fundantes a dissolução da noção de tempo/espaço de Kant/Newton, e das estruturas tradicionais de regulação social²³⁵.

Na atualidade o grande problema é que essa noção de tempo e espaço, kelsiana, saussureana, não funciona mais. Essa noção de tempo e espaço não é mais válida, porque nós estamos numa outra forma de sociedade globalizada. A concepção de tempo e espaço de Newton, que se mantinha filosoficamente com Kant, é uma categoria que permitiria duração, permitiria antecipação: tempo para pensar, tempo para refletir, tempo de continuidade. O fato é que depois de Albert Einstein, que também não é o culpado por ser o mensageiro, a Teoria da Relatividade vai destruir a noção de tempo linear. Isto é, não há mais o tempo do antes e do depois, o passado e o futuro. Assim deixa de ter sentido toda epistemologia montada numa racionalidade ligada à ideia de tempo e espaço newtoniana. Por tudo isso, então é necessário procurar-se como alguns chamam o ponto de mutação, pensar um novo tempo, um tempo da relatividade. Nesse novo tempo tudo é instantâneo, não existe mais a separação rígida entre passado, presente e futuro. O tempo é imediato, impedindo que a Teoria do Direito possa se desenvolver dentro dos padrões normativistas kelsianos. Por isso o nosso recurso as teorias sistêmicas (de LUHMANN) para a observação do Direito atual.²³⁶

O Direito contemporâneo para influenciar de forma decisiva o tempo social tem que procurar manter as quatro propostas de OST, inserindo-as numa velocidade maior, como está exigindo hoje a globalização²³⁷.

Para ROCHA, do ponto de vista dogmático o Direito é um mecanismo de

234 ROCHA, Leonel Severo. A construção do tempo pelo direito. In: _____; STRECH, Lenio Leuiz (Org.). **Anuário do Programa de Pós Graduação em Direito**, São Leopoldo/RS: Portão, 2003. p. 309-320.

235 *Ibidem*, p. 309.

236 *Ibidem*, p.313.

237 ROCHA sintetiza as ideias de OST, aduzindo que num primeiro momento o Direito está ligado à ideia de memória, num segundo momento, com o perdão, o terceiro momento com a promessa e o quarto momento com o questionamento.

controle de nosso passado, de garantia do nosso passado; de um ponto de vista crítico, ele pode ser uma promessa, pode ser algo que aponta para o futuro. O tempo é construído pela sociedade e o Direito constrói a sociedade, portanto ROCHA defende a existência de uma constante dialética entre o tempo como instituição social e o Direito como institucionalização social²³⁸.

Desse modo, na globalização as decisões têm que ser tomadas de maneira urgente, mais rápidas, dificultando a ideia do questionamento²³⁹. A função do Direito é reduzir a complexidade por meio da construção da sociedade, fornecendo os valores fundamentais para o questionamento.

Assim, continua atual a reflexão de ROCHA, quando diz que

as grandes maneiras de temporalização, que o Direito tem, a Constituição, a legislação e o contrato, essas grandes formas de criar o Tempo, de dar duração à sociedade, precisam de uma continuidade que não é mais possível. A sociedade está mudando numa velocidade muito grande, forçando que o jurista tenha consciência de que nós só seremos sujeitos da construção do tempo histórico, se nós tivermos a velocidade, a capacidade de decidir, a partir de teorias que levem em conta essa complexidade: os paradoxos e os riscos que começam a surgir a partir daí²⁴⁰.

E arremata o autor:

O tempo que é o Tempo do Direito na teoria de OST e de LUHMANN, talvez amanhã não seja o Tempo do Direito, porque o Tempo está escapando de nossas mãos. É preciso que se tenham mecanismos efetivos de tomada de decisões para se poder produzir o futuro. O grande problema quando não se controla o Tempo é que os riscos de ampliação de complexidade se ampliam, ou seja, que as decisões jurídicas não poderão resolver os problemas que nós pretendemos enfrentar, perdendo o controle dos processos de desinstitucionalização e reinstitucionalização da sociedade.²⁴¹

238 Aduz ainda o autor que “O Direito tem que ter no questionamento, hoje em dia na globalização, a capacidade de se institucionalizar rapidamente, porque não temos mais aquela longa duração para criar os institutos. E ter a capacidade de uma vez institucionalizados admitir a desinstitucionalização e novamente uma outra re-institucionalização. O Direito tem que ter a capacidade de construir, reconstruir e desconstruir o tempo e a si próprio. (ROCHA, Leonel Severo. *Op. cit.*, p. 316).

239 Neste ponto, ROCHA aduz que “O Direito brasileiro até que é extremamente inovador nesse sentido quando criou a medida provisória. A medida provisória não deixa de ser teoricamente uma resposta inteligente, porque a medida provisória é tudo aquilo que o Direito não é. O Direito não pode ser provisório, ele tem que ter duração. Então, quando se inventa uma medida provisória, está se criando algo para a globalização. É o caminho de um novo Direito. Todavia, com um preço alto: pois se está colocando em xeque uma série de princípios, não somente do Direito, mas da própria democracia, que também foi elaborada a partir de uma ideia de tempo de longa duração, de tempo de reflexão e de antecipação.” (*Ibidem*, p. 317).

240 *Ibidem*, p. 318.

241 ROCHA, Leonel Severo. *Op. cit.*, p. 319.

Uma das formas para o Direito acompanhar o tempo da Sociedade é através da ressignificação dos significados. É o que ocorre com o Direito da Personalidade, que ao adotar um significante de dois séculos atrás, não consegue responder aos problemas que a sociedade contemporânea lhe apresenta.

3.3.3 A ressignificação dos Direitos da Personalidade

GIORGIO GIAMPICCOLO²⁴² de maneira precisa assinalou que o homem, como pessoa, manifesta dois interesses fundamentais: como indivíduo, o interesse a uma existência livre; como partícipe do consórcio humano, o interesse ao livre desenvolvimento da vida em relações. Esses dois aspectos essenciais do ser humano podem substancialmente ser reconduzidas todas as instâncias específicas da personalidade.

Por outro lado, de acordo com DE CUPIS²⁴³, a consciência moral de um grupo social está sempre em mutação. Os direitos da personalidade estão vinculados ao ordenamento jurídico, tal como quaisquer outros direitos subjetivos, portanto sujeitam-se igualmente às mesmas variações axiológicas quanto à sua essencialidade. Assim, conclui que o direito da personalidade deve ser ressignificado para acompanhar a mutação social.

Com efeito, os significantes, em permanente reconstrução, assumem significados diversos. Essa abertura habilita e reclama a constante redefinição dos conceitos e das categorias, a permitir novas atribuições de sentido à norma, diante do caso concreto. Portanto, confere-se novo significado à própria ideia de interpretação.

Esta postura não significa uma autorização despropositada ao elástico desmedido e desprovido de técnica. Justamente a percepção da insuficiência da rigidez é que alimenta a necessidade de adequação. Na medida em que os conceitos jurídicos são vistos como ao menos não exclusivamente científicos, a atribuição de seu sentido ganha alguma liberdade.

242 *Apud* TEPEDINO, Gustavo. **A tutela da personalidade** ..., p. 26-27.

243 CUPIS, *op. cit.*, p. 25.

A interpretação ao invés de procurar simplesmente apurar se determinada hipótese enquadra-se na descrição normativa, na subsunção ao tipo, questiona o fundamento da tutela e da previsão e, indagando sobre aspectos peculiares do quadro, preenche (ou ainda amplia ou reduz) a categoria em consonância com a matriz constitucional e com a evolução social. Certo que tal processo não seja neutro, igualmente não o é a técnica da subsunção e outras formas de atribuição dos rótulos jurídicos.

Para PERLINGIERI²⁴⁴ "mais do que refutar os conceitos, é necessário reconstruí-los em conformidade com a realidade sócio-normativa, com função que sirva a esta, com formas instrumentais flexíveis idôneas para abranger as diversidades".

Na Modernidade, a universalidade das abstrações encampou a pretensão de um mundo racional. Inverte-se essa racionalidade na Contemporaneidade. Rejeita-se a defesa do público e do privado como retas paralelas, assim como a pretensão de uma igualdade aritmética. A régua da igualdade material não mede com base no metro, porque o meio-termo em relação a nós não é a metade. A padronização dos pesos e medidas é útil aos fins econômicos, entretanto, inábil a abarcar a complexidade do Direito (contemporâneo) e de sua abertura, e de sua flexibilidade.

Cai o modelo da pessoa-conceito da codificação. Na lição de FACHIN "um sistema pretensamente neutro, calcado em abstratas categorias jurídicas, destinado a um ser impessoal, praticamente inatingível e com pretensões à perenidade, desenhou a formulação mais acabada do projeto ideológico de sustentação do direito civil nos últimos dois séculos".

Nesse compasso, evidencia-se que a racionalidade da codificação foi construída na busca da certeza das respostas universais, ligando-se pois à abstração das normas e dos sujeitos, e refletem a opção valorativa de determinada época e lugar.

Ultrapassada a redução do Direito à lei, não é preciso a revogação do texto normativo para que se lhe possa extrair sentido diverso, vez que são pessoas e não as palavras que definem os sentidos.

O Direito contemporâneo é herdeiro do moderno, mas possui disponibilidade

244 PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 905.

sobre as categorias que sucedeu. É apto a atribuir novos sentidos, o que não significa a renúncia ao conhecimento do passado. Respeitadas as balizas da coerência e consistência sob o prisma técnico, e dos "limites e possibilidades constitucionais" sob o prisma axiológico e principiológico, os significantes assumem novos significados no Direito contemporâneo.

Na contemporaneidade, o repensar do significado do Direito da Personalidade não é excludente da autonomia privada nem, tampouco, do coletivo. Existem espaços de interseção entre elas, a depender da situação concreta.

Assim, pode-se considerar um conceito plural de Direito da Personalidade, coerente com uma sociedade plural, cuja compreensão não pode se pretender aprisionada por modelos abstratos e totalizantes.

A consagração dos princípios constitucionais no âmbito do direito privado tem o efeito de reduzir o campo das diferenças entre o direito público e o direito privado, hoje conjugados na ação comum de prover a solidariedade e a coexistência.

Os direitos da personalidade se configuram como um limitador para atuação do poder público e dos particulares, conferindo à pessoa um espaço destinado ao seu livre desenvolvimento. Trata-se de direitos fundamentais a serem respeitados como um conteúdo mínimo para a existência da pessoa humana.

Conclui, PERLINGIERI²⁴⁵, que a personalidade não é um direito, mas um valor, o valor fundamental do ordenamento jurídico, e está na base de uma série de situações existenciais, nas quais se traduz a sua incessante e imutável necessidade de proteção.

O Direito, na contemporaneidade, tem como núcleo e ápice da normatividade jurídica o ser humano, cabendo-lhe promover a convivência pacífica em sociedade, o que implica reconhecer o direito do outro e o respeitar como pessoa, cidadão e ser humano.

O situar da pessoa humana como fundamento do ordenamento jurídico, altera a estrutura e a dinâmica social contemporâneas, impondo o repensar do Direito como um todo e não mais se admite a dualidade de sistemas jurídicos - público e privado - uma vez que a Constituição é que representa o centro do sistema

245 PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p.155-156.

jurídico, em torno do qual gravitam as demais fontes do Direito.

Esta nova visão dos direitos da personalidade a partir dos direitos fundamentais, leva ao rompimento da clássica dicotomia do direito público e do direito privado. O significante (direito da personalidade) pode ter múltiplos significados, ora a privilegiar a autonomia privada, ora a privilegiar o coletivo.

Isto pois, o Direito da Personalidade, com suporte no princípio da dignidade da pessoa humana, impõe limites à atuação estatal para impedir que o Estado abstenha-se de ingerências na esfera individual e ainda proteja a pessoa humana contra agressões de outros particulares. Inclusive, o de proteção da pessoa contra si mesma, de tal sorte que o Estado se encontra autorizado a intervir em face de atos de pessoas que, mesmo voluntariamente, atentem contra a sua própria dignidade. É o que se demonstrará no próximo capítulo com o exemplo do arremesso de anão.

3.4 IMAGEM COMO EXEMPLO DA CONCEPÇÃO PLURAL DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE NA CONTEMPORANEIDADE: O CASO DO ARREMESSO DE ANÃO

O conceito de dignidade da pessoa humana é plural e aberto, havendo dificuldades em reduzi-lo a uma fórmula abstrata. Não obstante a dificuldade de delimitação, SARLET²⁴⁶ identifica a integridade física (psico-física), a isonomia, a proteção da vida e o resguardo da intimidade como elementos essenciais ao conceito de dignidade da pessoa humana.

Esses pilares que delimitam a dignidade da pessoa humana se aproxima dos direitos da personalidade, os quais, quando integrados, compõem uma noção que pode ser dita como conformadora da dignidade humana. Nesse diapasão, a imagem, como decorrente da intimidade, tida como um dos pilares pela doutrina que integram a noção da dignidade da pessoa humana, representa forte exemplo como direito da personalidade²⁴⁷.

A imagem é um dos atributos do ser humano e seu elemento distintivo.

246 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia** ..., p.122.

247 FACHIN, Luiz Edson. **Direitos da personalidade** ..., *op. cit.*

Como tal, integra o rol não taxativo dos direitos da personalidade, e tem se demonstrado na contemporaneidade como elemento importante para a proteção da dignidade da pessoa humana.

O Superior Tribunal de Justiça²⁴⁸ conceituou imagem como "a projeção dos elementos visíveis que integram a personalidade humana; é a emanção da própria pessoa; é o eflúvio dos caracteres físicos que a individualizam".

O direito à imagem como emanção da personalidade da pessoa humana merece proteção efetiva do ordenamento jurídico contra eventuais violações pelo Estado ou por particulares (nestes o próprio titular do direito), bem como enseja a sua compensação monetária, acaso já efetivada a lesão, ou a cessação da agressão ou o impedimento de que ela venha a se concretizar ou repetir.

A imagem é um bom exemplo para explicar como a concepção plural dos Direitos da Personalidade se aplica na contemporaneidade. Para tanto, cabe trazer um caso concreto clássico para melhor compreensão: o arremesso de anão²⁴⁹.

Na França, numa cidadezinha próxima a Paris, havia, numa casa noturna, uma brincadeira. Era chamada arremesso de anão. O divertimento era o seguinte: quem lançava o anão mais longe, de um lado a outro do recinto, ganhava o prêmio. No caso, o anão aceitava deliberadamente ser parte (objeto) do divertimento, posto que havia sido contratado para isto, e desta atividade auferia os rendimentos necessários ao seu viver. O prefeito interditou o espetáculo exercitando seu poder de polícia fundamentado na tutela da "ordem pública". A decisão da prefeitura, que pretendia debelar a visível humilhação a que era submetido o anão, teve fundamento no art. 3º da Convenção Européia de Salvaguardas dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, cujo texto consagra o princípio da dignidade da pessoa humana. O problema é que o próprio anão, listisconsorciado com a empresa, recorreu ao Tribunal Administrativo, obtendo êxito em 1ª instância, ao argumento de que aquela atividade não perturbava "a boa ordem, a tranqüilidade

248 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. 58.101-SP. Rel. Ministro César Asfor Rocha. **DJU**, 09/03/1998. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=58101&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=2>. Acesso em: 03/01/2010.

249 SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana** ..., p. 111-112.

ou a salubridade públicas", aspectos em que se circunscreve o poder de polícia municipal. O pedido fundamentava-se, ainda, no fato de que a atividade econômica privada e o direito ao trabalho representam garantias fundamentais do ordenamento jurídico francês.

O caso foi submetido, em grau de recurso, ao Conselho de Estado, órgão de cúpula da jurisdição administrativa que, alterando o entendimento dominante, reformou a decisão do Tribunal Administrativo, decidindo que este tipo de atividade econômica feria a dignidade da pessoa humana, feria direitos similares aos direitos da personalidade. Direitos estes que o novo código declara, peremptoriamente, indisponíveis, a ponto de a disponibilidade não poder passar pela vontade da própria pessoa.

Com efeito, a imagem possui atualmente, além do valor íntimo, conotação econômica. As pessoas cobram para associar a sua imagem a determinados produtos. Isto é perfeitamente aceito pela sociedade e faz parte da autonomia privada. Se ambos os contratantes estão de acordo, são livres para pactuarem.

Ocorre que contemporaneamente, esta pactuação não se dá de maneira absoluta, ao contrário do que ocorreria na Modernidade. No exemplo do arremesso de anão, ao considerar os preceitos modernos, da *summa divisio* do direito público e privado, o Estado deveria respeitar a vontade de ambos os particulares. O anão continuaria a ser arremessado. Isto pois a relação é de direito privado, em que vige a plena autonomia privada, e o Estado nada poderia fazer se ambos os contratantes estão de acordo. O significado de direitos da personalidade era condicionado à autonomia privada.

Na contemporaneidade, com o conceito plural de Direito da Personalidade, isto não ocorre, como de fato não ocorreu. Os Direitos da Personalidade têm como fundamento o princípio da dignidade da pessoa humana, o que acarreta vários significados para o Direito da Personalidade, a depender do caso concreto.

Na hipótese do arremesso de anão, o Estado contemporâneo tem o dever de agir para salvaguardar a dignidade da pessoa humana, mesmo contra a vontade do próprio titular do direito, no caso o anão. No Estado moderno, nada seria feito.

De outro giro, no mesmo Estado contemporâneo, se o anão aceita fazer uma

propaganda de um produto comercial lícito, que não fere a dignidade da pessoa humana, a relação de direito privado é válida.

As duas hipóteses são idênticas: relação de direito privado com concordância de ambos os particulares. Os resultados são diversos: no arremesso de anão, o Estado pode intervir na relação, já na propaganda comercial, não.

Esta leitura só é possível se considerarmos o conceito plural dos Direitos da Personalidade, que a depender da perspectiva que se toma, pode se constituir numa relação de direito privado sem a intervenção estatal, ou com a intervenção do Estado. Isto pois as duas esferas, direitos público e direito privado, se comunicam.

Os direitos da personalidade, enquanto direitos fundamentais, não podem ser considerados ou tomados como absolutos. Os direitos da personalidade têm como fundamento o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. dentre outros conteúdos, a dignidade da pessoa humana significa o direito ao pleno desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo.

No Estado Democrático de Direito, a liberdade não é apenas negativa, ou seja, liberdade de fazer o que a lei não proíbe nem obriga, mas liberdade positiva, que consiste na remoção dos impedimentos (econômicos, sociais e políticos) que possam embaraçar a plena realização da personalidade humana. A Constituição Federal se refere à dignidade da pessoa humana, do que se conclui que ela consagra o valor do homem concreto.

Enfim, o princípio da dignidade da pessoa humana deve ser ponderado subjetivamente e não de modo igual para toda a comunidade jurídica. Afinal, um princípio jurídico, ao se concretizar, exige sempre um trabalho de modelação para adaptação ao concreto. A dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral inerente a pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas (físicas e jurídicas de direito público e privado), constituindo-se em um mínimo invulnerável que o estatuto jurídico deve assegurar.

Por fim, um conceito plural de Direitos da Personalidade se coaduna no âmbito da tendência de personalização do Direito, de modo coerente com os valores contemplados por um ordenamento jurídico centrado na pessoa humana.

CONCLUSÃO

O itinerário desenvolvido no decorrer deste trabalho procurou problematizar a fundamentação do Direito da Personalidade, tomando como base um conceito plural. Isso porque a área de aplicação dos conceitos e seus significados é dinâmica e apresenta oscilações com o decorrer do tempo.

Na sociedade contemporânea, complexa e plural, o modelo dicotômico e compartimentado da Modernidade não mais consegue dar conta dos problemas do presente. É necessária uma nova proposta, com maior chance de gerar respostas dinâmicas frente as constantes inovações que surgem com a vida em sociedade.

O Direito da Personalidade, a considerar a clássica dicotomia que marcou o direito da Modernidade, ora é visto como direito público, quando protege a pessoa humana contra as arbitrariedades do Estado, ora é visto como direito privado, quando protege a pessoa humana contra outras pessoas.

A trajetória dos direitos da personalidade e, por consequência, da proteção da pessoa humana no século XIX foi bastante conturbada e a estes percalços se deve a difícil assimilação da temática principalmente no campo privado.

Mesmo já sendo utilizada a denominação “direitos da personalidade” em algumas manifestações do século XIX, o desenvolvimento da matéria ocorre mesmo no curso do século XX, durante o qual os direitos de personalidade passaram a afirmar-se como categoria autônoma.

Com o desgaste do modelo liberal da Modernidade ocorreu uma valoração da pessoa humana e de sua dignidade, que se refletiu no alargamento dos Direitos da Personalidade. A positivação efetivas destes direitos teve início no constitucionalismo, com a tutela dos direitos fundamentais.

Esta mudança, no entanto, intensificou-se a partir do segundo pós-guerra. As atrocidades cometidas contra a pessoa humana mostraram os riscos da subalternização do indivíduo humano face aos desígnios da estrutura do poder detentora do aparelho do Estado.

Aliado a isso, neste período acelerou-se o desenvolvimento tecnológico onde a opressão da mídia, a pressão do consumismo, a utilização da informática e diversos outros fatores, como o acirramento da competitividade e a agressividade

nas relações intersubjetivas acabaram gerando uma severa interferência na vida privada dos cidadãos.

Essa nova perspectiva de mundo, diante de muitas situações complexas, levou o homem a reivindicar de forma mais contundente uma esfera de proteção pessoal, de resguardo e de ação, no intuito de se defender e de se afirmar no meio social.

O princípio da dignidade da pessoa humana como princípio matriz constitucional, gerador de outros direitos fundamentais, ao atuar valoriza a tutela da pessoa humana e produz uma vinculação em relação ao Poder Público e a outros particulares.

O sentido de uma República lastreada na dignidade da pessoa humana acolhe a ideia de um indivíduo conformador de si próprio e de sua vida segundo o seu próprio projeto espiritual. Trata-se do reconhecimento do indivíduo como fundamento do domínio político da República, onde esta é tão somente uma organização política que serve ao homem, não é o homem que serve os aparelhos político-organizatórios.

A partir desta constatação, aliado ao fato de que a Constituição se colocou no vértice normativo inclusive para o Direito Privado, já que incorporou temáticas afetas a esta seara, iniciou-se o processo de “ofuscamento de fronteiras” entre o público e o privado, imposta pela *summa divisio* da modernidade.

Com efeito, a característica liberal de separação do público e do privado, onde somente mantinha a coexistência das esferas individuais para que este atuasse livremente com base em suas próprias regras, veio a ruir na medida em que o Poder Público passou a assumir um caráter intervencionista e regulamentador que, comprimindo a autonomia individual, passou a intervir, pois, nas relações privadas, modificando as funções do Direito Civil. Tal processo de mudança social incentivou e posteriormente fortaleceu sobremaneira a elaboração hermenêutica que entende ultrapassado tal antagonismo, sustentando uma incidência direta dos valores constitucionais nas normas de Direito Privado.

O reconhecimento da necessidade da tutela dos valores existenciais da pessoa humana é marca desta transição, porque passou o atual Estado de característica social e democrática, outrora de caráter liberal, no qual a proteção à pessoa humana, quando existente, era relegada a segundo plano diante da

marcante concepção patrimonialista oitocentista dos ideais burgueses.

Esta transição de um Estado Liberal para um Estado Social rompeu definitivamente com o sistema jurídico concebido nos séculos XVIII e XIX, pois o fim do totalitarismo no início do século XX e a instauração de uma nova ordem econômica-social demonstraram que o Direito Civil clássico era insuficiente para atender as novas necessidades da pessoa humana.

As Constituições originariamente formuladas para serem meros estatutos de organização do Estado, no curso do século XX, passaram a trazer no seu corpo institutos característicos do direito privado. Tal deslocamento normativo alterou radicalmente o sistema jurídico calcado na divisão estanque das searas do público e do privado, onde as duas esferas passaram a se comunicar, deixando a segmentação de lado para fazer prevalecer a ideia de unidade do ordenamento jurídico. Esse movimento denominou-se constitucionalização do direito privado.

Com o deslocamento de matérias tradicionalmente pertencentes ao âmbito civil para as constituições, a partir da constatação da alteração dos valores substanciais da ordem social e jurídica, esmaece a distinção antagônica das searas do público e do privado, a deixar a segmentação de lado para fazer prevalecer a ideia de unidade do ordenamento jurídico, calcado no princípio da dignidade da pessoa humana e nos direitos fundamentais, em respeito à hierarquia das fontes normativas.

A valorização da pessoa humana como ser dotado de dignidade recoloca o indivíduo como primeiro e principal destinatário da ordem jurídica. Assim, em sendo o homem e os valores que traz em si mesmo a última *ratio* do ordenamento, reconhece-se a inexorável repersonalização do Direito Privado, abandonando-se a ideia de simples protetor dos interesses patrimoniais para tutelar o patrimônio apenas como um suporte ao livre desenvolvimento da pessoa. Neste contexto, afirma-se que o Direito Civil passou também por um processo de despatrimonialização.

Esta tendência de repersonalização que coloca o ser humano como centro referencial do ordenamento, como sendo o valor da pessoa e de sua dignidade o primeiro e o mais importante dos valores, caracteriza o sistema jurídico como um sistema axiológico e ético.

ORLANDO DE CARVALHO²⁵⁰ conclui neste sentido dizendo que a repersonalização do Direito Civil é oportuna já que acentua a sua raiz antropocêntrica, mostrando sua ligação visceral com a pessoa e seus direitos e, a partir daí, o Direito deixa de ser um sistema lógico, como pretendiam os sistemas novecentistas, para ser um sistema axiológico, um sistema ético em que a pessoa humana figura como o primeiro e mais imprescindível de seus valores.

Os fenômenos da constitucionalização do Direito Privado, bem como o seu processo de repersonalização e despatrimonialização, orientam, inexoravelmente, o estudo dos direitos de personalidade, que nada mais são do que direitos fundamentais,²⁵¹ consagrados pelas Constituições. Inclusive, pode-se dizer que os direitos de personalidade representam a expressão máxima da repersonalização do direito, uma vez que trata da tutela dos próprios atributos inerentes à condição humana.

Constata-se, portanto, que o Direito sofre a incidência do tempo assimilando uma temporalização técnica como fator de criação, extinção, conservação ou modificação dos significados (conceitos), que não é algo que se perpetua pelo tempo. O Direito, como fenômeno histórico, passa por transformações.

Com o significado do Direito da Personalidade não é diferente. Atualmente, este significado possui novos contornos dados pela incidência dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana. Difere do significado compartimentalizado da dicotomia direito público *versus* direito privado da Modernidade.

Na sociedade contemporânea, complexa e plural, a divisão do Direito em público e privado não mais se sustenta. O situar da pessoa humana como fundamento do ordenamento jurídico, altera a estrutura e a dinâmica social contemporânea, impondo o repensar do Direito como um todo. Não mais se admite a dualidade de sistemas jurídicos - público e privado - uma vez que a Constituição é que representa o centro do sistema jurídico, em torno do qual gravitam as demais fontes do Direito. E esta nova forma de interpretar o Direito se reflete no Direito da

250 CARVALHO, *op. cit.*, p. 90-91.

251 Conforme CANOTILHO, os direitos de personalidade são direitos fundamentais, mas nem todos os direitos fundamentais são direitos de personalidade como, por exemplo, os direitos fundamentais políticos e os direitos a prestações, eis que não são atinentes ao ser como pessoa, CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional** ..., p. 396.

Personalidade. A divisão dos Direitos da Personalidade em públicos e privados, não mais subsiste.

É necessária uma nova proposta, com maior chance de gerar respostas dinâmicas frente as constantes avanços que surgem com a vida em sociedade. E esta proposta pode estar centrada em uma compreensão plural do Direito da Personalidade. O efeito que se busca é o mesmo de se observar uma fotografia tridimensional. A depender da perspectiva do observador, ora se tem o predomínio do Direito Público, ora do Direito Privado.

Como exemplo desta compreensão plural, elegeu-se a hipótese do “arremesso de anão”. No Estado Moderno, a autonomia da vontade da relação contratual seria respeitada e o Poder Público não poderia nela intervir. Na atualidade, o Estado Contemporâneo tem o dever de agir para salvaguardar a dignidade da pessoa humana, mesmo contra a vontade do próprio titular do direito, no caso o anão.

De outro giro, no mesmo Estado Contemporâneo, se o anão aceita fazer uma propaganda de um produto comercial lícito, que não fere a dignidade da pessoa humana, a relação de direito privado é válida.

Nas duas hipóteses o tema é o mesmo: relação de direito privado com concordância de ambos os particulares. A fotografia, no entanto, é diversa. Na Modernidade a visão é única: respeita-se a autonomia privada. Na Contemporaneidade, a depender da perspectiva, a visão se altera, pois se respeita a dignidade da pessoa humana. Os resultados são diversos na contemporaneidade: no “arremesso de anão”, o Estado pode intervir na relação, proibindo-a, já na propaganda comercial, não.

Esta leitura só é possível se considerarmos o conceito plural dos Direitos da Personalidade, que a depender da perspectiva que se toma, pode se constituir numa relação de direito privado sem a intervenção estatal, ou com a intervenção do Estado. Isto porque as duas esferas, direitos público e direito privado, se comunicam.

Daí a necessidade de se problematizar a fundamentação conceitual dos Direitos da Personalidade na Modernidade, de viés totalizante e excludente.

O repensar da fundamentação conceitual dos Direitos da Personalidade com base numa visão plural, não é excludente de uma visão sob a ótica do direito

público, nem da visão sob a ótica do direito privado (calcada na autonomia privada), antes, admite espaços de interseção entre elas. Ao se tomar uma visão plural do conceito dos Direitos da Personalidade, problematiza-se um sistema fechado de regras e se passa a repensar a aplicação do Direito para além de uma lógica da subsunção.

Os direitos da personalidade, enquanto direitos fundamentais, não podem ser considerados ou tomados como absolutos. Os direitos da personalidade têm como fundamento o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Dentre outros conteúdos, a dignidade da pessoa humana significa o direito ao pleno desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo.

No Estado Democrático de Direito, a liberdade não é apenas negativa, ou seja, liberdade de fazer o que a lei não proíbe nem obriga, mas liberdade positiva, que consiste na remoção dos impedimentos (econômicos, sociais e políticos) que possam embaraçar a plena realização da personalidade humana. A Constituição Federal se refere à dignidade da pessoa humana, do que se conclui que ela consagra o valor do homem concreto.

Enfim, o princípio da dignidade da pessoa humana deve ser ponderado subjetivamente e não de modo igual para toda a comunidade jurídica. Afinal, um princípio jurídico, ao se concretizar, exige sempre um trabalho de modelação para adaptação ao concreto. A dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral inerente a pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas (físicas e jurídicas de direito público e privado), constituindo-se em um mínimo invulnerável que o estatuto jurídico deve assegurar.

Por fim, um conceito plural de Direitos da Personalidade se coaduna no âmbito da tendência de repersonalização do Direito, de modo coerente com os valores contemplados por um ordenamento jurídico centrado na pessoa humana.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Ronaldo Gatti de. Constituição e codificação: a dinâmica atual do binômio. In: MARTINS COSTA, Judith (org.). **A reconstrução do direito privado**. São Paulo: RT, 2002. p.72-87.

AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 7. ed. rev. atual. aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Constituição e codificação: a dinâmica atual do binômio. In: MARTINS COSTA, Judith (org.). **A reconstrução do direito privado**. São Paulo: RT, 2002.p.54-72.

ASCENSÃO, Jose de Oliveira. Pessoa, direitos fundamentais e direitos de personalidade. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 26, p. 43-66, abr./jun. 2006.

_____. A reserva da intimidade da vida privada e familiar. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**, Coimbra, a. 43, n. 1, p. 9-30, 2002.

_____. A dignidade da pessoa e o fundamento dos direitos humanos. **Revista da Ordem dos Advogados**, Lisboa, a. 68, p. 97-124, 2008.

_____. **Direito civil**. Coimbra: Coimbra, 1997. v. 1: Teoria Geral.

_____. **Direito civil**: teoria geral I, introdução, pessoas, bens. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2000.

BERGEL, Jean-Louis. **Teoria geral do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

BEZERRA, Luis Antonio dos Santos. **Tempo, direito e processo** (bases filosóficas e políticas para as tutelas de urgência). Curitiba: Universidade Federal do Paraná – UFPR, Doutorado em Direito, 2005.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 7. ed. rev. atual. de acordo com o novo Código Civil por Eduardo C. B. Bittar. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006.

BOBBIO, Norberto. **A grande dicotomia**: público/privado. In: BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade**: para uma teoria geral da política. 4. ed. Trad. Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995. P.13-33.

_____. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10. ed. Brasília: UnB, 1999.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2004.

CANTALI, Fernanda Borghetti. **Direitos da personalidade**: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

CARVALHO, Orlando de. **A teoria geral da relação jurídica**: seu sentido e limites. 2. ed. atual. Coimbra: Centelha, 1981.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

COMTE-SPONVILLE, André. **O ser-tempo**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

CORDEIRO, Antonio Menezes. **Tratado de direito civil português**: parte geral. Coimbra: Almedina, 2004. t. 3: pessoas.

CORTIANO JUNIOR, Eroulths. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade. In: FACHIN, Luiz Edson et al (coord). **Repensando os fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 31-55.

CUNHA, Alexandre dos Santos. Dignidade da pessoa humana: conceito fundamental do direito civil. In: MARTINS-COSTA, Judith (org.). **A reconstrução do direito privado**. São Paulo: RT, 2002. P.230-265.

CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade**. Trad. Afonso Celso Furtado Rezende. Campinal: Romana, 2004.

DAVID, Rene. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4. ed. Trad. Hermínio Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DONEDA, Danilo. Os direitos da personalidade no novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (coord). **A parte geral do novo Código Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. 2. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. **Teoria crítica do direito civil**. 2. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. **Direitos da personalidade no Código Civil brasileiro: elementos para uma análise de índole constitucional de transmissibilidade**. Texto cedido pelo autor.

_____; PIANOVSKI, Carlos Eduardo. A dignidade da pessoa humana no direitos contemporâneo: uma contribuição à crítica da raiz dogmática do neopositivismo constitucionalista. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 35, p. 101-120, jul/set. 2008.

FINGER, Julio Cesar. Constituição e direito privado: algumas notas sobre a chamada constitucionalização do direito civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 85-106.

GEDIEL, José Antônio Peres. **Os transplantes de órgãos e a tutela da personalidade**. Curitiba: UFPR, 1997. Tese de Doutorado da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, 1997.

GIORGIANI, Michele. O direito privado e as suas atuais fronteiras. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, a. 87, v. 747, p. 35-55, jan. 1998.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos, um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. 5. reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LARENZ, Karl. **A metodologia da ciência do direito**. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2005.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Constitucionalização do direito civil**. Revista de Informação Legislativa. Brasília: ano 36, n. 141, jan/mar 1999, p.99-109.

_____. **Danos morais e direitos da personalidade**. Jus Navigandi. Teresina, ano 7, n. 119, 31 out. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4445>>. Acesso em: 09 fev. 2010.

LORENZETTI, Ricardo Luiz. **Fundamentos do direito privado**. Trad. por Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: RT, 1998.

LUDWIG, Marcos de Campos. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade na Alemanha e possibilidade de aplicação no direito privado brasileiro. In: MARTINS-COSTA, Judith (org.). **A reconstrução do direito privado**. São Paulo: RT, 2002. p.265-306.

_____. Direito público e direito privado: a superação da dicotomia. In: MARTINS-COSTA, Judith (org.). **A reconstrução do direito privado**. São Paulo: RT, 2002. p.87-121.

MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002.

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

MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. O ser e o ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à clausura patrimonial. In FACHIN, Luiz Edson (coord). **Repensando os fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 87-114.

MELLO, Cláudio Ari. Contribuição para uma teoria híbrida dos direitos de

personalidade. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **O novo Código Civil e a Constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 67-99.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 5. ed. Coimbra: Coimbra, 2003. t. 2.

_____. _____. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2000. t. 4.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Constituição e direito civil: tendências. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, a. 89, v. 779, p. 47-63. set. 2000.

_____. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. A caminho de um direito civil constitucional. **Revista de Direito Civil - Imobiliário, Agrário e Empresarial**, São Paulo, a. 17, v. 65, p. 21-32, jul./set. 1993.

OLIVEIRA, Jose Lamartine Correa de; MUNIZ, Francisco Jose Ferreira. O estado de direito e os direitos da personalidade. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, a. 69, v. 532, p. 11-23, fev. 1980.

PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

PINTO, Paulo da Mota. Notas sobre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e os direitos de personalidade no direito português. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **A Constituição concretizada**: construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 61-83.

PIOVESAN, Flávia; VIEIRA, Renato Stanzola. A força normativa dos princípios constitucionais fundamentais: a dignidade da pessoa humana. In: PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. São Paulo: Max Limonad, 1998. p.355-398.

RAMOS, Carmem Lucia Silveira. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. In: FACHIN, Luiz Edson et al (coord). **Repensando os fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 31-55.

ROCHA, Leonel Severo. A construção do tempo pelo direito. In: _____. STRECH, Lenio Leuiz (Org.). **Anuário do Programa de Pós Graduação em Direito**, São Leopoldo/RS: Portão, 2003. p.309-319.

SALDANHA, Nelson. **O jardim e a praça**. Porto Alegre: Sergio Antonio, 1986.

_____. **Da teologia à metodologia**: secularização e crise do pensamento jurídico. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

_____. Conceituações do direito: tendência privatizante e tendência publicizante.

Revista de Direito Público, São Paulo, n. 81, p.74-81, jan./mar.1987.

SARLET, Ingo Wolfgang (org). **O novo Código Civil e a Constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SILVA, Clovis do Couto e. **A obrigação como processo**. São Paulo: José Bushatsky, 1976.

_____. **Fontes e Ideologia do Princípio da Supremacia da Constituição**. Revista Jurídica, Porto Alegre, n.38, mar/abr, 1955, p.57-66.

SILVEIRA, Michele Costa. As grandes metáforas da bipolaridade. In: MARTINS-COSTA, Judith (org.). **A reconstrução do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.21-54.

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

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: RT, 2005.

TENÓRIO, Camila Muritiba. A re-significação dos direitos individuais à luz da nova conjuntura sócio-jurídica brasileira. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 2250, 29 ago. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13416>>. Acesso em: 02/02/2010.

TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: _____. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. Direitos humanos e relações jurídicas privadas. In: _____. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

TEPEDINO, Maria Celina Bodin de Moraes. A caminho de um direito civil constitucional. **Revista de Direito Civil – Imobiliário, Agrário e Empresarial**, São Paulo, a. 17, v. 65, p. 24, jul./set. 1993.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Direito de personalidade**. Coimbra: Almedina, 2006.

VON GEHLEN, Gabriel Menna Barreto. O chamado direito civil constitucional. In: MARTINS-COSTA, Judith (org.). **A reconstrução do direito privado**. São Paulo: RT, 2002. p. 174-213.

ÍNDICE

RESUMO	iii
RESUMEN	viii
INTRODUÇÃO	12
TÍTULO I - DIREITO DA PERSONALIDADE E SUA TRAVESSIA DO SÉCULO XIX AO XXI	16
1.1 O DIREITO DA PERSONALIDADE NO SÉCULO XIX - GÊNESE DA EVOLUÇÃO DA TUTELA.....	16
1.1.1 Codificação: o projeto da modernidade.....	17
1.2 O DESENVOLVIMENTO DA IDEIA DO DIREITO GERAL DE PERSONALIDADE NA MODERNIDADE.....	20
1.2.1 Antecedentes históricos dos Direitos da Personalidade: de suas raízes no direito romano à evolução na Idade Média.....	20
1.2.2 O Humanismo Renascentista.....	22
1.2.3 O jusracionalismo: o bloqueio da construção dogmática dos direitos da personalidade.....	23
1.2.4 A pandetística alemã e o sentido histórico-cultural dos direitos da personalidade.....	24
1.3 O ACOLHIMENTO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE NAS CODIFICAÇÕES MODERNAS.....	31
1.4 O DECLÍNIO DO PROJETO LIBERAL DO SÉCULO XIX E A EMERGÊNCIA DO ESTADO SOCIAL NO SÉCULO XX: A VALORIZAÇÃO DA PESSOA HUMANA E SUA DIGNIDADE.....	39
1.5 OS DIREITOS DA PERSONALIDADE NO SÉCULO XX: A PROTEÇÃO AOS DIREITOS DA PERSONALIDADE E À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	43
TÍTULO II - ELEMENTOS PARA A ANÁLISE DA DICOTOMIA DIREITO PÚBLICO E DIREITO PRIVADO	53
2.1 A ORIGEM DA DICOTOMIA: UM BREVE ESBOÇO.....	54
2.1.1 O uso axiológico da grande dicotomia.....	56
2.1.1.1 O primado do privado.....	56
2.1.1.2 O primado do público.....	57

2.1.2 Contextualização histórica da dicotomia direito público e direito privado.....	59
2.2 A CRISE DA DICOTOMIA E A EMERGÊNCIA DO CONSTITUCIONALISMO...	62
2.2.1 Constitucionalismo: visão do fenômeno.....	62
2.2.2 Codificação: visão do fenômeno.....	64
2.2.2.1 O código francês: expressão clássica do fenômeno	65
2.2.3 A decadência do modelo liberal: a falência dos códigos oitocentistas.....	65
2.2.4 A nova face do Estado: Estado social e a nova Constituição.....	66
2.2.5 A Publicização e a privatização do direito.....	67
2.2.5.1 O processo de publicização do privado	68
2.2.5.2 O processo de privatização do público.....	69
2.3 A SUPERAÇÃO DA DICOTOMIA E AS ETAPAS DO CONSTITUCIONALISMO.....	70
2.3.1 Pedras e flores no caminho de um Direito Civil Constitucional.....	73
TÍTULO III – ELEMENTOS PARA A COMPREENSÃO CONTEMPORÂNEA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE.....	79
3.1 DIREITOS DA PERSONALIDADE E DIREITOS FUNDAMENTAIS: A SIMETRIA NA POSITIVAÇÃO HISTÓRICA.....	79
3.2 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO SUSTENTÁCULO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE.....	87
3.3 NOVA LEITURA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE À LUZ DOS DESAFIOS DO SÉCULO XXI.....	93
3.3.1 A paisagem que compõe o atual retrato dos Direitos da Personalidade.....	93
3.3.2 O Tempo e o Direito: algumas considerações à guisa da matéria em pauta..	98
3.3.3 A ressignificação dos Direitos da Personalidade.....	102
3.4 IMAGEM COMO EXEMPLO DA CONCEPÇÃO PLURAL DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE NA CONTEMPORANEIDADE: O CASO DO ARREMESSO DE ANÃO	105
CONCLUSÃO	109
REFERÊNCIAS.....	115