

DIREITOS DA PERSONALIDADE NAS RELAÇÕES DE FAMÍLIA¹

Mário Luiz Delgado²

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Personalidade e direitos da personalidade. 3. Direitos da personalidade ou direito geral de personalidade? 4. Direitos da personalidade, direitos humanos e direitos fundamentais. 5. Origens, evolução e fontes dos direitos da personalidade. 6. Os direitos da personalidade no novo Código Civil: características fundamentais. 7. A dignidade da pessoa humana: *ratio et telos* de toda tutela jurídica dos direitos da personalidade. 8. Os pilares da dignidade da pessoa humana. 8.1. O direito à vida e à existência dignas. a) Direito à vida. b) O direito à moradia como pressuposto para a vida digna. 8.2. Igualdade. 8.3. Liberdade. 9. Outros direitos da personalidade especialmente tutelados nas relações de família. 9.1. Direito ao nome. 9.2. Direito à privacidade e à intimidade. 10. Responsabilidade civil por violação a direitos da personalidade nas relações de família. Bibliografia.

1. Introdução

O presente trabalho tem por objeto o estudo dos direitos da personalidade no âmbito das relações de família. Pretendemos demonstrar que todos os direitos inerentes à pessoa humana devem ser tutelados dentro do núcleo familiar, sobretudo nas relações paterno-filial, entre cônjuges e entre companheiros, e que a violação a quaisquer desses direitos poderá, em tese, caracterizar dano moral indenizável.

Especificamente no direito de família, mais do que em qualquer outro ramo, em razão da família ser considerada núcleo irradiante, preservante e disseminador da própria espécie humana, além de constituir o agrupamento social com maior responsabilidade na formação das novas gerações, e, por isso mesmo, especialmente protegida pelo Estado, a

¹ O presente texto foi concebido para publicação nos anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família.

² Assessor Parlamentar na Câmara dos Deputados. Mestrando em Direito Civil Comparado pela PUC/SP. Especialista em Direito Processual Civil pela UFPE. Membro do IASP- Instituto dos Advogados de São Paulo, do IBDFAM- Instituto Brasileiro de Direito de Família e do IDCLB – Instituto de Direito Comparado Luso Brasileiro.

tutela dos direitos da personalidade deve ser assegurada plenamente, tanto no curso das relações familiares como diante de seu rompimento, cabendo ao direito oferecer instrumentos para impedir, coibir ou prevenir a sua violação. Somente diante do respeito a esses direitos poderá ser assegurada, no seio familiar, a realização do valor fundante do ordenamento jurídico que é o da dignidade da pessoa humana.

A família deve, pois, ter o seu regulamento interno adequado ao pleno desenvolvimento da personalidade humana. Ela é “formação social”, como diz Pietro Perlingieri, “lugar-comunidade tendente à formação e ao desenvolvimento da personalidade de seus participantes; de maneira que exprime uma função instrumental para a melhor realização dos interesses afetivos e existenciais de seus componentes”³. Razão pela qual os pais não podem, por exemplo, impor aos filhos qualquer regra de comportamento que se afaste daquele valor maior da dignidade humana⁴. A família desempenha relevantíssimo papel na promoção da pessoa humana, deixando de ser tutelada no instante em que deixar de cumpri-lo.

Na impossibilidade de abordarmos, neste estudo, cada um dos direitos da personalidade a serem tutelados, quer seja nas relações internas da família, entre seus membros, quer seja nas relações externas da família com outros organismos, mesmo porque o elenco desses direitos é elástico e indeterminado, elegemos alguns deles, como o direito à vida, o direito à igualdade e à liberdade, aí incluídos o direito de casar ou de constituir união estável, o direito de dissolver o casamento ou a união estável, o direito ao planejamento familiar, o direito à moradia, o direito ao nome, o direito à privacidade e à intimidade familiar, com ênfase para os aspectos polêmicos e para as situações de conflito, sobre os quais procuraremos dar o nosso enfoque pessoal, no intuito de oferecer soluções e contribuir para uma futura pacificação doutrinária, que possa conduzir a um caminho razoável e exequível que assegure, na família, a plena dignificação da pessoa humana.

³ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de Direito Civil*; tradução de: Maria Cristina De Cicco. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pp. 178/179.

⁴ Na percuciente análise de Henrique Geanquinto Herkenhoff, “a família é acima de tudo um núcleo sócio-afetivo destinado à plena realização da individualidade e da dignidade de seus membros, e não à perseguição incosequente de interesses ‘grupais’ ou ‘nacionais’, não se admitindo a opressão dos componentes mais fracos (ou mesmo dos mais fortes) em proveito ‘da família’”. (*Do patriarcalismo à democracia: evolução dos princípios constitucionais do direito de família*, in Revista EPD, ano I – n. 1. São Paulo: Escola Paulista de Direito, 2005, pp. 235/236)

2. Personalidade e direitos da personalidade

O conceito de personalidade não é unívoco, comportando diversas acepções, ora utilizado na linguagem corrente, pelas pessoas comuns, ora na linguagem técnica, pelos diversos ramos das ciências humanas. Na linguagem comum, personalidade é o modo de ser da pessoa. Para a filosofia, a personalidade é a condição ou maneira de ser da pessoa, a organização que a pessoa imprime à multiplicidade de relações que a constituem, ou ainda, mais especificamente, a organização mais ou menos estável e duradoura do caráter, do temperamento, do intelecto e do físico de uma pessoa: organização que determina sua adaptação total ao ambiente. O caráter denota o sistema de comportamento conativo (vontade); o temperamento denota o seu sistema de comportamento afetivo (emoção); o intelecto, o seu sistema de comportamento cognitivo (inteligência); o físico, o seu sistema de configuração corpórea e de dotação neuro-endócrina, sendo todos estes elementos mais ou menos estáveis e duradouros.⁵ Para a psicologia, de um modo geral, “é a unidade estável e individualizada de conjuntos de condutas”.⁶ Compreendida como um modo individual de se portar ante os valores e de dirigir a vontade, a palavra personalidade, em sentido empírico-psicológico, pode também ser considerada como sinônima de “caráter”.⁷

Ao nosso estudo, interessa o conceito de personalidade para o direito. E também aqui persiste a heterogenia conceitual.

A palavra personalidade, no sentido jurídico, encontra-se historicamente ligada à idéia de pessoa, do latim *persona*, que significava a máscara usada pelos antigos atores romanos. Ensina Antonio Chaves que “o sentido primitivo correspondia à do verbo *personare*, isto é, fazer ressoar, fazer retumbar, ferir com um som, atoar. Originariamente, dava-se o nome

⁵ Cf. ABAGNANO, Nicola. Dicionário de Filosofia, 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 758.

⁶ DORON, Roland e PAROT, Françoise. Dicionário de Psicologia. Trad. Odilon Soares Leme. São Paulo: Editora Ática, 1998, p. 585. Em psicanálise, “o termo personalidade tem um sentido dinâmico, do desenvolvimento do ser e do vir-a-ser, e da forma como o indivíduo se mostra e é percebido pelos outros. A personalidade se constrói pela combinação de aspectos herdados e constitucionais, com experiências marcantes da vida infantil e da vida adulta, que darão um sentido de continuidade ao ser”. (GROENINGA, Giselle Câmara. *O direito à integridade psíquica e o livre desenvolvimento da personalidade* - Palestra apresentada no V Congresso Brasileiro de Direito de Família, Belo Horizonte, out-2005. Texto a ser publicado nos anais do Congresso)

⁷ Cf. BRUGGER, Walter. *Dicionário de Filosofia*. Trad. Antônio Pinto de Carvalho. São Paulo: Editora Herder, 1969, p. 318.

de pessoa às máscaras usadas pelos atores romanos nas representações. Tinha, numa abertura que se ajustava aos lábios, umas lâminas metálicas, que aumentavam a sonoridade, e o volume da voz”⁸.

Em termos estritamente legais, a personalidade, tal como referida no art. 2º do CC/2002⁹, é a aptidão genérica, reconhecida a todo ser humano, para contrair direitos e deveres na vida civil. Nesse sentido, a personalidade jurídica é um atributo jurídico. E como atributo, depende do ordenamento jurídico. Só tem personalidade jurídica quem o ordenamento disser que tem. Ou seja, identifica-se o conceito de personalidade com o conceito técnico de capacidade¹⁰. Confunde-se o “ser pessoa” com o “ser capaz de contrair direitos e obrigações”¹¹. A instrumentalização da personalidade humana pela técnica jurídica reduz o conteúdo dos direitos da personalidade, condicionando-os à qualificação jurídica de pessoa, ou seja, só é titular de direitos da personalidade aquele a quem o ordenamento jurídico atribui a qualificação de pessoa. Sob tal prisma, o mais correto seria falar em “direitos da personalidade”, que têm por sujeito a pessoa física ou jurídica de seu titular e que não se confundem, como veremos, com os direitos da personalidade, foco da nossa investigação, e definidos pelo seu conteúdo especial¹². Quanto ao conteúdo, a personalidade é o conjunto de atributos naturais da pessoa humana especialmente protegidos pelo ordenamento jurídico

.¹³

⁸ CHAVES, Antônio. *Tratado de direito civil: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, Tomo 1, p. 305.

⁹ **Art. 2.º.** A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

¹⁰ Nesse sentido, vide, CUPIS, Adriano de. *Os direitos da personalidade*. Tradutor Afonso Celso Furtado Rezende. Campinas,: Romana, 2004,p. 19.

¹¹ A expressão é de Judith Martins-Costa , *Os danos á pessoa no direito brasileiro e a natureza de sua reparação*, in *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: Editora RT, 2002, p. 411.

¹² De acordo com Luciana Mabilia Martins, *O direito civil à privacidade e à intimidade in A reconstrução do direito privado*. São Paulo: Editora RT, 2002, p. 338.

¹³ Como bem coloca Gustavo Tepedino, a personalidade “pode ser considerada sob dois pontos de vista. Sob o ponto de vista dos atributos da pessoa humana, que a habilita a ser sujeito de direito, tem-se a personalidade como capacidade, indicando a titularidade das relações jurídicas. É o ponto de vista estrutural [...] De outro ponto de vista, todavia, tem-se a personalidade como conjunto de características e atributos da pessoa humana, considerada como objeto de proteção por parte do ordenamento jurídico. A pessoa, vista deste ângulo, há de ser tutelada das agressões que afetam a sua personalidade, identificando a doutrina, por isso mesmo, a existência de situações jurídicas subjetivas oponíveis *erga omnes*” (TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 3ª ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p.27).

Para Elimar Szaniawski, “a personalidade se resume no conjunto de caracteres do próprio indivíduo; consiste na parte intrínseca da pessoa humana. Trata-se de um bem, no sentido jurídico, sendo o primeiro bem pertencente à pessoa, sua primeira utilidade. Através da personalidade, a pessoa poderá adquirir e defender os demais bens. Os bens do homem são protegidos tanto pelos efeitos reflexos do direito objetivo como pelo direito subjetivo, sendo sua natureza diversa. Os bens que aqui nos interessam são aqueles inerentes à pessoa humana, a saber: a vida, a liberdade e a honra, entre outros. A proteção que se dá a esses bens primeiros do indivíduo são denominados de direitos da personalidade”¹⁴.

E a proteção que o ordenamento jurídico confere a tais bens, importante ressaltar, independe da conceituação legal de pessoa¹⁵. Estamos nos referindo à tutela da pessoa humana, do ser humano e não simplesmente do “ser capaz de contrair direitos e obrigações” ou do “sujeito de direito”. Pessoa humana, para fins de titularização dos direitos da personalidade, é todo o ser humano, vivo ou morto, nascido ou nascente, concepto ou concepturo, enfim todo aquele que pertencer à espécie humana.¹⁶ Daí porque, o melhor mesmo seria falar em “*direitos de humanidade*”, no lugar de direitos da personalidade¹⁷.

Os direitos da personalidade são direitos atinentes à tutela da pessoa humana, considerados essenciais à sua dignidade e integridade. Define-os Rubens Limongi França como sendo “as faculdades jurídicas cujo objeto são os diversos aspectos da própria pessoa do sujeito,

¹⁴ - Elimar Szaniawski. *Direitos da Personalidade e Sua Tutela*. São Paulo, RT, 1993. p.35/36.

¹⁵ Uma definição sobre o início da personalidade jurídica pode ser considerada como uma opção legislativa. O legislador escolhe a partir de que momento atribuirá determinados direitos à pessoa humana, nascida ou concebida, da mesma forma que escolhe a partir de que idade a pessoa humana adquire a plena capacidade para a prática dos atos da vida civil. A tutela dos direitos da personalidade, fundada no princípio da dignidade da pessoa humana, não está condicionada a tal escolha legislativa.

¹⁶ Não se confundem os conceitos de personalidade e direitos da personalidade. Enquanto a personalidade constitui o conjunto de atributos inerentes à condição humana, a tutela desses atributos é o objeto dos direitos da personalidade. A personalidade não é um direito, como ensina Maria Helena Diniz, constituindo grave erro afirmar que o ser humano tem direito à personalidade. (Cf. DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: teoria geral do direito civil*, v.1: teoria geral do direito civil.19ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 121).

¹⁷ Walter Moraes sustenta ser incorreta a expressão “direitos da personalidade”, uma vez que esses direitos não são inerentes à “personalidade”, mas sim à “humanidade” de cada um. (Cf. *Contribuição tomista de pessoa. Um contributo para a teoria do direito de personalidade*. RT nº 590/14).

bem assim seus prolongamentos e projeções”¹⁸. Santos Cifuentes diz que “são direitos subjetivos privados, inatos e vitalícios que têm por objeto manifestações interiores da pessoa e que, por serem inerentes, extrapatrimoniais e necessários, não podem transmitir-se nem dispor-se de forma absoluta e radical”¹⁹.

Flávia Piovesan e Rômolo Russo Junior falam em “direitos do ser humano”, sustentando que os “direitos da personalidade compõem direitos inerentes à condição humana e essenciais para a realização da personalidade humana, amplamente considerada, tanto no plano físico como no plano moral, ou seja ‘em todos os domínios do viver’ ”²⁰.

Em suma, os direitos da personalidade são direitos inerentes e essenciais à pessoa humana, decorrentes de sua exclusiva humanidade²¹, e que protegem todas as suas projeções, nos planos físico ou espiritual, possibilitando, assim, ao ser humano, a defesa daquilo que lhe é próprio (honra, vida, liberdade, intimidade, privacidade, etc).

3. Direitos da personalidade ou direito geral de personalidade ?

A doutrina em geral costuma classificar os direitos da personalidade em três grupos: direitos à integridade física (do corpo e do cadáver, aí incluídos o direito à vida, aos alimentos, às partes separadas do corpo vivo ou morto); direitos à integridade intelectual

¹⁸ Direitos da personalidade – Coordenadas Fundamentais, *Revista do Advogado*, São Paulo, AASP, n. 38, p. 5; *Manual de direito civil*, 3. ed., São Paulo, RT, 1981.

¹⁹ CIFUENTES, Santos. *Derechos personalísimos*. Editorial Astrea, 2ª ed..Buenos Aires: 1995, p. 200.(Traduzi)

²⁰ PIOVESAN, Flávia e ROSSO, Rômolo. *Direitos humanos, dignidade humana e direitos da personalidade, in O código civil e sua interdisciplinaridade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 12.

²¹ Dentro da concepção que adotamos, entendemos que as pessoas jurídicas não são titulares de direitos da personalidade, já que tais direitos seriam privativos da pessoa natural, ou seja, exclusivos da pessoa humana. E o novo Código Civil parece seguir também essa diretriz. Observe-se que o art. 52, quando dispõe aplicar-se “às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade”, em momento algum conferiu aos entes morais a titularidade sobre esses bens, antes pelo contrário. Afirma, expressamente, que nem toda a proteção aos direitos da personalidade da pessoa natural é extensível à pessoa jurídica, mas apenas onde for possível e cabível a extensão. É evidente que os arts. 13, 14, 15, 16 e 19, por exemplo, não são aplicáveis às pessoas jurídicas. O mesmo ocorre com o art. 21 (a vida privada da pessoa natural é inviolável), mesmo porque privacidade é atributo típico da pessoa natural e não se confunde, por exemplo, com o direito ao sigilo comercial ou industrial. A privacidade da pessoa natural representa um valor existencial, enquanto o sigilo comercial exprime um interesse patrimonial da pessoa jurídica. O direito ao nome comercial, de expressão patrimonial e protegido por normas específicas, também não se confunde com o direito ao nome da pessoa natural.

(direitos de autor, de inventor etc.) e direitos à integridade moral (honra, liberdade, recato, privacidade, intimidade etc.)²². Essa classificação, no entanto, não é exaustiva, abrangendo um número ilimitado de hipóteses.²³ O catálogo está em contínua expansão, como diz Roxana Cardoso Brasileiro Borges:

“[...] são direitos em expansão. Com a evolução legislativa e com o desenvolvimento do conhecimento científico acerca do direito, vão-se revelando novas situações que exigem proteção jurídica e, conseqüentemente, novos direitos vão sendo reconhecidos . [...] são listas apenas exemplificativas e refletem dado momento histórico que está em veloz mutação. Lembre-se da regra do art. 5º, § 2º, do texto constitucional, que afirma que os direitos e garantias ali previstos não excluem outros que venham a ser reconhecidos posteriormente”²⁴.

Daí parte da doutrina considerar até mesmo imprópria a expressão “direitos da personalidade”, preferindo referir-se a um “direito geral de personalidade”²⁵. Um direito único, de conteúdo indefinido porém de múltiplas expressões, uma a uma protegidas por normas individuais²⁶. Os defensores dessa corrente argumentam que “a pessoa humana é um valor unitário e que os seus interesses relativos ao *ser*, mesmo se dotados de características conceituais próprias, apresentam-se substancialmente interligados”²⁷. E que “as diversas normas atinentes à tutela da personalidade [...] representariam a disciplina específica de alguns aspectos particulares da sua tutela, da qual seriam o concreto

²² A classificação pioneira dos direitos da personalidade na doutrina brasileira foi elaborada por Rubens Limongi França em seu *Manual de Direito Civil*, vol. I, São Paulo, Ed. Rev. dos Tribunais, 1965.

²³ Maria Celina Bodin de Moraes fala em conceito elástico, que somente encontra os limites postos na tutela do interesse de outras personalidades: “Assim, a elasticidade é instrumento para realizar as garantias atípicas derivantes dos aspectos essenciais do ser humano e do seu livre desenvolvimento da vida em relação (em família, em sociedade)”. [*Recusa à realização do exame de DNA na investigação da paternidade e direitos da personalidade*]. In *A nova família: Problemas e perspectivas* (org. Vicente Barreto). Rio de Janeiro: Renovar, 1997].

²⁴ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 25.

²⁵ Sobre “direito geral de personalidade”, vide por todos Rabindranath Capelo de Souza - *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

²⁶ É a chamada doutrina unitária ou monista, de origem germânica, que sustenta a existência de um único direito da personalidade, originário e geral, contra a qual se opôs a corrente pluralista, defensora da existência de múltiplos direitos da personalidade.

²⁷ TEPEDINO, Gustavo, op. cit., p. 45. Para Perlingieri, “a tutela da pessoa não pode ser fracionada em isoladas *fattispecies* concretas, em autônomas hipóteses não comunicáveis entre si, mas deve ser apresentada como problema unitário, dado o seu fundamento representado pela unidade do valor da pessoa. Este não pode ser dividido em tantos interesses, em tantos bens, em isoladas ocasiões, como nas teorias atomísticas”. (PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de Direito Civil*; tradução de: Maria Cristina De Cicco. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 155)

desenvolvimento. [...] um direito único, com conteúdo indefinido e diversificado [...] que não se identifica com a soma de suas múltiplas expressões individualmente protegidas por normas particulares”²⁸. Em sentido oposto, outra parcela considerável da doutrina sustenta a existência de múltiplos direitos da personalidade, ao argumento de que a individuação de qualquer bem jurídico toma por base a individuação de uma necessidade humana específica e distinta, o que faz com que sejam distintos cada um desses bens, assim como os direitos sobre eles, não se podendo, por exemplo, deixar de distinguir o direito à vida do direito à liberdade ou à igualdade²⁹.

Ressalta Gustavo Tepedino, todavia, a insuficiência das elaborações monista e pluralista – para a proteção da pessoa humana, uma vez que “tais correntes tratam, uma e outra, os direitos da personalidade como expressão de tutela meramente ressarcitória e de tipo dominical”³⁰. Para o autor, a tutela da pessoa humana “não se satisfaz com as técnicas ressarcitória e repressiva (binômio lesão-sanção), exigindo, ao reverso, instrumentos de promoção do homem, considerado em qualquer situação jurídica de que participe, contratual ou extracontratual, de direito público ou de direito privado “[...] não se trataria de enunciar um único direito subjetivo ou classificar múltiplos direitos da personalidade, senão, mais tecnicamente, de salvaguardar a pessoa humana em qualquer momento da atividade econômica, quer mediante os específicos direitos subjetivos (previstos pela Constituição e pelo legislador especial – saúde, imagem, nome, etc.) quer como inibidor de

²⁸ Idem. A Constituição brasileira contém uma cláusula geral de tutela da personalidade que pode ser encontrada no princípio fundamental da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III).

²⁹ Paulo Luiz Netto Lôbo prefere falar em “tipicidade aberta, ou seja, os tipos previstos na Constituição e na legislação civil são apenas enunciativos, não esgotando as situações suscetíveis de tutela jurídica à personalidade. O tipo, conquanto menos abstrato que o conceito, é dotado de certa abstração, pois se encontra em plano menos concreto que os fatos da vida. Os fatos concretos, que ocorrem na vida, para serem enquadrados em determinado tipo, necessitam de reconhecimento social, de uma certa tipicidade social. Desse modo, são apreensíveis pelo intérprete, reduzindo-se o juízo de valor subjetivo. A tipicidade aberta não é incompatível com uma cláusula geral de tutela, que, ao lado da tipicidade social reconhecida, estabelece os limites mais amplos da consideração dos tipos.” (LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Danos morais e direitos da personalidade*. Jus Navigandi, Teresina, a. 7, n. 119, 31 out. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4445>>. Acesso em: 24 nov. 2005)

³⁰ Op. cit., p. 47. Segundo Pietro Perlingieri, citado por Tepedino, “a personalidade humana mostra-se insuscetível de recondução a uma ‘relação jurídica-tipo’ [...] sendo, ao contrário, valor jurídico a ser tutelado nas múltiplas e renovadas situações em que o homem possa se encontrar a cada dia [...]”.(idem)

tutela jurídica de qualquer ato jurídico patrimonial ou extrapatrimonial que não atenda à realização da personalidade”.³¹.

Partilhamos integralmente a posição do festejado autor carioca, mesmo porque, para fins de promoção e tutela da dignidade da pessoa humana, parece-nos absolutamente indiferente a forma pela qual se enxerguem os direitos da personalidade - se de modo unitário ou pluralista³². Partindo dessa premissa, e para os fins deste trabalho, empregaremos, doravante indistintamente, as expressões “direitos da personalidade” e “direito da personalidade”.

4. Direitos da personalidade, direitos humanos e direitos fundamentais.

Cabe registrar aqui a diversidade semântica verificada na literatura jurídica no que tange à terminologia desses direitos, ora chamados de direitos humanos ou direitos fundamentais, quando relativos à tutela de certos direitos do ser humano frente ao Estado; ora chamados de direitos da personalidade ou direitos personalíssimos, quando referidos à proteção das projeções do ser humano frente aos seus semelhantes³³. Essa é a clássica dicotomia que coloca de um lado os direitos humanos e os direitos fundamentais (direito público) e de

³¹ Op. cit., pp. 48/49.

³² No mesmo sentido Roxana Cardoso Brasileiro Borges : “Os efeitos práticos de adotar o direito geral de personalidade ou uma lista exemplificativa de direitos de personalidade são os mesmos, pois ambos têm como fundamento a dignidade da pessoa humana e nenhuma das duas correntes restringe a proteção jurídica aos direitos tipificados no direito positivo”.(Op. cit., p. 29)

³³ Sérgio Iglesias Nunes de Souza ressalta que, além da classificação dos direitos da personalidade em direitos públicos e privados, conforme a clássica dicotomia dos ramos do direito, alguns autores “classificam os direitos da personalidade em uma terceira categoria, que são os chamados direitos da personalidade sociais. [...] Os direitos da personalidade públicos são aqueles direitos inerentes à pessoa humana tutelados pela Declaração Universal dos Direitos do Cidadão. Os prosélitos dessa tese sustentam que os direitos públicos de personalidade teriam por objetivo a defesa e a proteção do indivíduo contra atos praticados pelo Estado, ou até que tais direitos objetivam a defesa da sociedade como um todo contra as agressões praticadas por certos particulares. [...] Os direitos da personalidade privados abrangem os direitos inerentes à pessoa humana, ou seja, os aspectos privados da personalidade. Na verdade, são os mesmos direitos públicos, sob o ângulo das relações privadas, regulando a proteção do indivíduo ante os danos praticados por outro particular. E fazem parte dos direitos sociais da personalidade certos direitos humanos de categoria social e econômica que surgem do progresso, como o direito ao trabalho, à informação, à saúde, ao lazer, ao silêncio e, recentemente, o direito à moradia, introduzido pela Emenda Constitucional n. 26. Todos são direitos emanados da personalidade humana [...]” (Souza, Sérgio Iglesias Nunes de. *Direito à moradia e de habitação: análise comparativa e suas implicações teóricas e práticas com os direitos de personalidade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, pp. 151/152).

outro os direitos da personalidade (direito privado)³⁴ e que se baseia no “*modelo da incomunicabilidade*”, na concepção lapidar de Judith Martins-Costa, onde “Constituição e Código Civil andavam paralelos, como mundos que não se tocavam senão sob o aspecto formal, em razão do princípio da hierarquia das leis”³⁵.

A expressão “direitos humanos”, na sua origem histórica, refere-se a certos direitos, normalmente reconhecidos nos documentos internacionais, atribuídos a todo ser humano, exclusivamente em razão de sua pertença ao gênero humano, independentemente de sua vinculação a uma determinada ordem estatal³⁶. Seriam direitos válidos para todos os povos em todos os tempos, assumindo uma “dimensão jusnaturalista-individualista”, segundo J.J. Gomes Canotilho³⁷. Enquanto os direitos da personalidade guardariam relação com a projeção desses direitos no plano interno, e mais especificamente no âmbito das relações interprivadas.

Para Fabio De Mattia, “os direitos humanos são, em princípio, os mesmos da personalidade; mas deve-se entender que quando se fala dos direitos humanos, referimo-nos aos direitos essenciais do indivíduo em relação ao direito público, quando desejamos protegê-los contra as arbitrariedades do Estado. Quando examinamos os direitos da

³⁴ Ensina Paulo Luiz Netto Lobo que “os direitos da personalidade são pluridisciplinares. Não se pode dizer, no estágio atual, que eles situam-se no direito civil ou no direito constitucional, ou na filosofia do direito, com exclusividade. Sua inserção na Constituição deu-lhes mais visibilidade, mas não os subsumiu inteiramente nos direitos fundamentais. Do mesmo modo, a destinação de capítulo próprio do novo Código Civil brasileiro, intitulado “Dos Direitos da Personalidade”, não os fazem apenas matéria de direito civil. O estudo unitário da matéria, em suas dimensões constitucionais e civis, tem sido melhor sistematizado no direito civil constitucional, apto a harmonizá-las de modo integrado [...] A pluridisciplinaridade permite rica abordagem da matéria, a depender do ângulo da análise. Na perspectiva do direito constitucional são espécies do gênero direitos fundamentais e assim são tratados pelos publicistas. Na perspectiva do direito civil, constituem o conjunto de direitos inatos da pessoa, notadamente da pessoa humana, que prevalecem sobre todos os demais direitos subjetivos privados”. (LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Danos morais e direitos da personalidade cit*)

³⁵ MARTINS-COSTA, Judith. *Os direitos fundamentais e a opção culturalista do novo código civil*. In SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet, (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 65. Segundo a autora, “o modelo de relacionamento entre Código Civil e Constituição era basicamente formal, hierarquizado e não-dialético: Por conseqüência, falar-se em relação entre Direitos Fundamentais e Direito Privado – ou, mais ainda, entre Direitos Fundamentais e relações jurídicas privadas – constituía uma impossibilidade histórica”. (p. 67)

³⁶ Ingo Sarlet faz, ainda, uma interessante distinção entre direitos do homem e direitos humanos. Os primeiros seriam os direitos naturais ainda não positivados, enquanto os segundos seriam os direitos positivados na esfera do direito internacional. (, Ingo W. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 36)

³⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5ª ed. Coimbra: Almedina, p. 391.

personalidade, sem dúvida nos encontramos diante dos mesmos direitos, porém sob o ângulo do direito privado, ou seja, relações entre particulares, devendo-se, pois, defendê-los frente aos atentados perpetrados por outras pessoas”³⁸.

Entretanto, forçoso reconhecer que essa dicotomia compartimental entre direito público e direito privado é contraproducente a uma tutela plena da pessoa humana, que muitas vezes, exigirá simultaneamente a proteção do Estado e das sociedades intermediárias, como ocorre, freqüentemente nas matérias atinentes à família³⁹. O que estamos a sustentar, em outras palavras, é a absoluta inviabilidade de se manter uma concepção exclusivamente privatística dos direitos da personalidade, sem reconhecer a sua vinculação e identificação (e por que não dizer sinonímia?) com os direitos humanos⁴⁰ e com os direitos fundamentais. O direito da personalidade é o direito que tem qualquer ser humano de defender o que lhe é próprio, como a vida, a identidade, a liberdade, a imagem, a privacidade, a honra, contra os particulares ou contra o Estado. É o direito subjetivo de exigir um comportamento negativo de todos, pessoas públicas ou privadas. Em sentido material, não se pode deixar de inseri-los na categoria de direitos humanos. Mesmo porque, se os direitos da personalidade tem por objeto justamente a tutela do ser humano e de sua dignidade, onde quer que ela se manifeste, não há como negar que eles constituem “direitos humanos” por excelência.

Quanto ao termo “direitos fundamentais”, trata-se de expressão normalmente utilizada para fazer referência a determinados direitos expressamente positivados no texto

³⁸ DE MATTIA, Fábio Maria. Direitos da personalidade. Aspectos gerais. Revista de Informação Legislativa. Subsecretaria de Edições Técnicas, Senado Federal, Brasília, outubro/dezembro de 1977, nº 56, p. 247.

³⁹ Cf. Gustavo Tepedino, op. cit., p. 38. Observa o autor que a tutela da personalidade “não pode se conter em setores estanques, de um lado os direitos humanos e de outro as chamadas situações jurídicas de direito privado. A pessoa, à luz do sistema constitucional, requer proteção integrada, que supere a dicotomia direito público e direito privado e atenda à cláusula geral fixada pelo texto maior, de promoção da dignidade humana”. (pp.52/53)

⁴⁰ Conforme se colhe das lições de Francisco Muniz e José Lamartine Corrêa de Oliveira, não há como se trancar os direitos da personalidade “dentro do campo do direito civil, ignorando os fundamentais princípios que asseguram o respeito à dignidade da pessoa humana [...] 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”. (OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa. MUNIZ, Francisco José Ferreira. O Estado de Direito e os Direitos da Personalidade. In: Revista da Faculdade de Direito da UFPR. nº 19. ano 19. Curitiba, UFPR, 1980. p. 228 – *Apud* FACHIN, Luiz Edson. *Direitos da Personalidade no Código Civil Brasileiro: elementos para uma análise de índole constitucional da transmissibilidade*. Obra coletiva em homenagem à Professora Doutora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. São Paulo: Ed. Método, 2006. No prelo)

constitucional⁴¹. Os direitos fundamentais, segundo Ingo Sarlet, constituem o “conjunto de direitos e liberdades institucionalmente reconhecidos e garantidos pelo direito positivo de determinado Estado, tratando-se, portanto, de direitos delimitados espacial e temporalmente, cuja denominação se deve ao seu caráter básico e fundamentador do sistema jurídico do Estado de Direito”⁴².

São os direitos humanos “jurídico-institucionalmente garantidos” e “limitados espaço-temporalmente”, na expressão de J.J. Gomes Canotilho⁴³. Para Canotilho, “muitos dos direitos fundamentais são direitos de personalidade, mas nem todos os direitos fundamentais são direitos de personalidade. Os direitos de personalidade abarcam certamente os direitos de estado (por ex. direitos de cidadania), os direitos sobre a própria pessoa (direito à vida, à integridade moral e física, direito à privacidade), os direitos distintivos da personalidade (direito à identidade pessoa, direito à informática) e muitos dos direitos de liberdade (liberdade de expressão) [...] hoje em dia, dada a interdependência entre o estatuto positivo e o estatuto negativo do cidadão, e em face da concepção de um direito geral de personalidade como ‘direito à pessoa ser e à pessoa devir’, cada vez mais os direitos fundamentais tendem a ser direitos de personalidade e vice-versa”⁴⁴.

Segundo Carmen Lúcia Antunes Rocha, “a manifestação dos direitos da pessoa na horizontalidade das relações entre particulares fez surgir o que vem sendo conhecido como *direitos da personalidade*. Estes não são diferentes dos direitos fundamentais da pessoa, nem o poderiam ser, porque tudo parte e converge para os fundamentos constitucionais dos

⁴¹ Paulo Luiz Netto Lobo entende que “os direitos fundamentais são atualmente concebidos como os direitos humanos positivados nas Constituições, explícita ou implicitamente. Não apenas os direitos de liberdade, de primeira geração, mas todos os que foram agregados como imprescindíveis à realização da dignidade humana”. (LÓBO, Paulo Luiz Netto. *Danos morais e direitos da personalidade cit.*). Fala-se ainda, em “liberdades públicas” para se referir àqueles direitos da personalidade já positivados, ou seja, reconhecidos no ordenamento positivo. (Cf. BITTAR, Carlos Alberto. *Direito civil constitucional*. 3. ed. rev. atual. da 2ª edição da obra *O direito civil na constituição de 1988*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 46).

⁴² SARLET, Ingo W. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 32. Para o autor, os direitos fundamentais seriam os “direitos reconhecidos ou outorgados e protegidos pelo direito constitucional interno de cada Estado”. (p. 36)

⁴³ Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. Op. cit., p. 391

⁴⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. Op. cit., p. 394. Essa tendência à fundamentalização constitucional dos direitos da personalidade também é reconhecida por Capelo de Souza. (Cf. SOUZA, Rabindranath V. A. Capelo de. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 585)

direitos. [...] mas que é considerado também em seus contatos e na convivência entre particulares, neste espaço regendo-se por normas de direito privado”⁴⁵.

No mesmo sentido é a opinião de Alexandre dos Santos Cunha, para quem "os direitos da personalidade são direitos fundamentais do indivíduo, subsumidos no princípio da dignidade da pessoa humana, em si direito fundamental, e, devendo ser alvo da tutela do Estado, são campo de livre exercício da autonomia privada, dela constitutivo, não podendo ser limitados senão tendo em vista a salvaguarda de direitos de terceiros”⁴⁶.

Por outro lado, não há como se negar a unidade essencial e indissolúvel entre direitos humanos e direitos fundamentais, razão pela qual alguns autores preferem falar em “direitos humanos fundamentais”⁴⁷. Define-os Alexandre de Moraes como sendo o “conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana”⁴⁸.

Sérgio Resende de Barros ensina que “entre direitos humanos e direitos fundamentais não há dicotomia” e que qualquer tendência dissociativa deve ser repelida, até mesmo porque discriminatória dos direitos humanos, atribuindo-lhes contornos amplos e imprecisos, sem

⁴⁵ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Coord.). *O direito à vida digna*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p.53.

⁴⁶ 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: Revista dos Tribunais, 2002, p. 261.

⁴⁷ Cf. BARROS, Sérgio Resende de. *Direitos humanos. Paradoxo da civilização*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 38. Os direitos fundamentais, segundo o autor, representariam mera “abreviatura” de “direitos humanos fundamentais”. No mesmo sentido, a doutrina de Manoel Gonçalves Ferreira Filho (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1995). José Afonso da Silva prefere a denominação “direitos fundamentais do homem” porque “além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas” (SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p.174).

⁴⁸ MORAIS, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 39. O autor cita, ainda, a definição de Pérez Luño, que considera os direitos humanos fundamentais “um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, da liberdade e da igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos em nível nacional e internacional (CASTRO, J. L. Cascajo, LUNO, Antonio-Enrique Pérez, CID, B. Castro, TORRES, C. Gomes. *Los derechos humanos: signification, estatuto jurídico y sistema*. Sevilla: Universidad de Sevilla, 1979. p. 43).

concreção normativa⁴⁹. Cabe apenas, segundo o autor, distinguir os direitos humanos dentro de uma *escala de fundamentalidade*, separando os direitos humanos que chama de *principais*, por constituírem princípios de outros direitos mais particulares, que neles se fundamentam, para dar-lhes maior concretude, de outros direitos humanos que os operam e concretizam em situações bem determinadas, aos quais atribui a denominação de direitos humanos *operacionais* ou *instrumentais* e mesmo esses últimos, no momento e no lugar em que concretizam os principais, são fundamentais : “[...]o direito ao sono. Tomado em si mesmo, em abstrato, não há por que incluí-lo nas declarações de direitos entre os fundamentais. Mas, no tempo e no lugar em que ele protege a vida e a saúde humanas, como, por exemplo, à noite nas imediações do Aeroporto de Congonhas em São Paulo, ele é fundamental como o direito à vida e à saúde, que ele defende. [...], o direito de amamentar é igualmente operacional do direito à vida e à saúde”⁵⁰.

Se formos enveredar, ainda, para uma distinção entre *direitos formalmente fundamentais* e *direitos materialmente fundamentais*, poderemos facilmente identificar, no catálogo de direitos fundamentais da Constituição, diversos dispositivos que, por não guardarem relação direta com a proteção da dignidade humana⁵¹, não seriam direitos fundamentais em sentido material, como é o caso dos artigos que tratam do alistamento eleitoral, da autonomia dos partidos políticos, da liberdade de associação sindical, etc⁵². São direitos apenas formalmente constitucionais, mas que poderiam muito bem constar da legislação infraconstitucional. Beneficiam-se da positivação constitucional, mas o seu conteúdo não se pode considerar materialmente fundamental ⁵³.

A aceitação dessa distinção reforça, ainda mais, a nossa posição, no sentido de que todos os direitos fundamentais, em sentido material, são também direitos da personalidade e direitos

⁴⁹ Idem.

⁵⁰ *Anais cit.*, p. 610. Ainda Sérgio Resende de Barros: “[...] desde as primeiras declarações de direitos [...] os direitos mais fundamentais já vieram acompanhados de direitos mais operacionais. Assim, o direito à liberdade já apareceu implementado pelo direito de manifestar opiniões pela imprensa, pelo direito de se reunir pacificamente, pelo direito ao livre exercício dos cultos e por outros direitos, inclusive operacionais políticos, como o direito de reformar a Constituição e o de resistir à opressão [...]”. (p. 611).

⁵¹ Situando-se o princípio da dignidade da pessoa humana no topo da tábua axiológica da Constituição, na medida em erigido a fundamento da república, tem-se como direitos materialmente fundamentais todos os que materialmente derivam desse princípio.

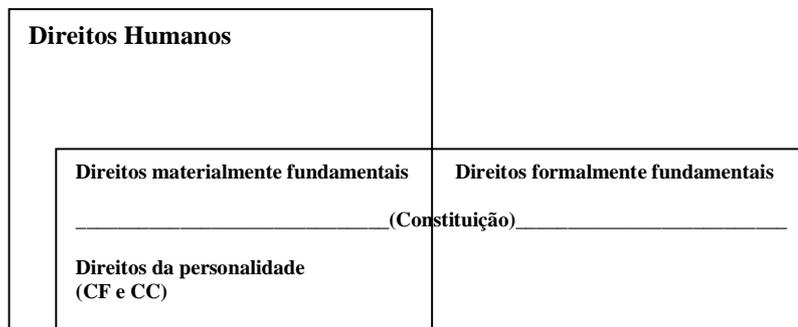
⁵² Cf. SARLET, Ingo. Op. cit., p. 150.

⁵³ Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. Op. cit., p. 404.

humanos. A “fundamentalidade material”, que corresponde à derivação direta da dignidade da pessoa humana e à tutela dos valores essenciais de todos os seres humanos, é comum aos direitos humanos, aos direitos materialmente fundamentais e aos direitos da personalidade.

A única distinção possível entre essas três categorias só pode ser feita no plano do direito positivo, vale dizer no plano formal, nas chamadas esferas de positivação, pois não podemos desconhecer que o catálogo de direitos humanos reconhecidos na ordem internacional é bem mais amplo do que o elenco de direitos fundamentais constitucionais positivados na ordem estatal interna de cada País. Entretanto, no plano material, inexistem diferenças concretas⁵⁴.

Situando as três categorias em planos de intersecção, podemos concluir que, se nem todos os direitos humanos estão positivados na Constituição ou no Código Civil e, por outro lado, se nem todos os direitos fundamentais, em sentido formal, caracterizam-se também como direitos da personalidade, todos os chamados direitos da personalidade são também direitos materialmente fundamentais e, tanto esses como aqueles, são direitos humanos.



Dentro da opção metodológica que trilhamos nesse estudo, todas as vezes em que nos referirmos a direitos da personalidade, estaremos falando igualmente de direitos humanos, direitos fundamentais da pessoa humana ou direitos materialmente fundamentais.

5. Origens, evolução e fontes dos direitos da personalidade

⁵⁴ Em andamento interessante pesquisa de Henrique Herkenhoff que propõe abrangente “acordo semântico” para os conceitos de Direitos Humanos, liberdades públicas, direitos fundamentais, direitos morais ou sobre bens imateriais/extra-patrimoniais e direitos personalíssimos.

Foi apenas no século XVIII que se começou a falar em direitos da personalidade, da forma como hoje os concebemos, sob a denominação de “direitos fundamentais do homem e do cidadão”, muito embora as suas raízes possam ser encontradas nas declarações históricas dos direitos humanos, como a Magna Carta, de 1215, o *Bill of Rights* de 1689, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789⁵⁵.

Como bem coloca o mestre Sergio Resende de Barros, esses direitos “surgiram de forma absoluta para combater a monarquia absoluta. Eram direitos absolutos opondo-se aos reis absolutos: um absoluto contra o outro absoluto”⁵⁶. Foi com esse sentido, prossegue o autor, “que as revoluções liberais os proclamaram como direitos universais, imprescritíveis e inalienáveis do ser humano, em suma: direitos assim abstratos e básicos, tais como o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à fraternidade, à felicidade, à segurança e outros igualmente genéricos”⁵⁷.

É bastante recente⁵⁸ o reconhecimento da importância desses direitos, como categoria de direitos subjetivos⁵⁹, ganhando relevo após a Segunda Guerra Mundial, quando foram imantados na Assembléia Geral da ONU de 1948, na Convenção Europeia de 1950 e no

⁵⁵ Em tempos modernos, podemos citar, ainda, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948 e a Convenção Europeia dos Direitos Humanos, de 1950. (Cf. AMARAL, Francisco. *Direito Civil Brasileiro*, vol I, Introdução. RJ: Forense. 1991, p. 258). Segundo Carlos Alberto Bittar, “a construção da teoria dos direitos da personalidade obedeceu a longa evolução, em que assumiram relevo: o cristianismo, que assentou a idéia de dignidade do homem; a Escola do Direito Natural, pela fixação da noção de direitos inatos à pessoa, como elementos indissociáveis de sua estruturação; os pensadores do Iluminismo, que passou a valorizar a pessoa humana diante do Poder”. (*Direito civil constitucional*. 3. ed. rev. atual. da 2ª edição da obra *O direito civil na constituição* de 1988. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 50)

⁵⁶ *Direitos humanos da família: dos fundamentais aos operacionais*, in Anais –IV Congresso Brasileiro de Direito de Família- Afeto, Ética, Família e o novo Código Civil. Coordenador: Rodrigo da Cunha Pereira. Belo Horizonte. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 609.

⁵⁷ Idem.

⁵⁸ Muito embora a sua tutela jurídica já existisse na Antiguidade, punindo ofensas físicas e morais à pessoa, através da *accio injuriarum*, em Roma, ou da *dike kakegorias*, na Grécia. (Cf. DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, v. 1: teoria geral do direito civil. 22. ed. rev. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002) e o Projeto de Lei n. 6.906/2002. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 120).

⁵⁹ Houve muita hesitação na doutrina quanto à existência conceitual desses direitos como categoria de direitos subjetivos. As chamadas teorias negativistas, capitaneadas por Roubier, Savigny, Von Tuhr; Enneccerus, Iellinek e outros, não admitiam a existência de “direitos da personalidade”, pois equivaleria a admitir a pessoa, simultaneamente, como sujeito e objeto da tutela jurídica, ou seja, seria admitir o direito de alguém sobre sua própria pessoa, o que levaria à legitimação do suicídio ou da automutilação. Para os defensores dessa teoria, a proteção jurídica da personalidade não necessitaria travestir-se em direito subjetivo. Os mecanismos existentes no ordenamento para proteção à vida, ao corpo, à saúde, contra qualquer tipo de lesão, quer na esfera penal, através das penas constritivas, quer na esfera cível, através do mecanismo da responsabilidade civil, seriam adequados e suficientes à tutela dos bens inerentes à personalidade.

Pacto Internacional das Nações Unidas, como forma de reação às agressões à dignidade humana, perpetradas pelo nazifacismo.

Questão a qual não podemos deixar de referir, ainda que sucintamente, diz respeito ao problema das fontes dos direitos da personalidade, sobre o qual se digladiam jusnaturalistas e juspositivistas.

A doutrina clássica busca no direito natural⁶⁰ a legitimação dos direitos inerentes à pessoa humana. Para os jusnaturalistas, os direitos da personalidade seriam *inatos*, no sentido de serem impostos à sociedade independentemente de sua própria formação cultural, social e política, o que historicamente se justificou, “como forma de proteção do homem contra o arbítrio do totalitarismo e, de forma geral, do poder público. Daí a concepção desses direitos como direitos inatos, invulneráveis, portanto, ao arbítrio do Estado-legislador”⁶¹. Essa concepção não mais se justifica em um Estado Democrático de Direito, onde o ser humano é alçado à condição de *ratio* e *telos* de todo o ordenamento. Como bem coloca Gustavo Tepedino, no “Estado de Direito, a ordem jurídica serve exatamente para evitar os abusos cometidos por quem, com base em valores supralegislativos, ainda que em nome de interesses aparentemente humanistas, viesse a violar garantias individuais e sociais estabelecidas, através da representação popular, pelo direito positivo”⁶². O autor lembra, ainda, que foi exatamente a variedade de posições adotadas pela consciência social dos povos nas diversas épocas, que permitiu que se cometessem atrocidades contra a humanidade, tais como o regime da escravidão ou a prática de torturas e de linchamento como formas de sanção socialmente reconhecidas, o que coloca em crise a simplista tese segundo a qual seria a consciência universal a estabelecer os direitos humanos e os direitos da personalidade, cabendo ao ordenamento jurídico apenas reconhecê-los⁶³.

⁶⁰ Ver, por todos, Carlos Alberto Bittar, para quem os direitos da personalidade “são inatos – como a maioria dos escritores atesta –, cabendo ao Estado apenas reconhecê-los e sancioná-los em um outro plano do direito positivo (no plano constitucional ou em sede de legislação ordinária), dotando-os de proteção própria, conforme o tipo de relacionamento a que se volte: contra o arbítrio do Poder Público ou às incursões de particulares (no primeiro, como liberdades públicas; no segundo, como direitos da personalidade)”(BITTAR, Carlos Alberto. *Direito civil constitucional*. 3. ed. rev. atual. da 2ª edição da obra O direito civil na constituição de 1988. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 48).

⁶¹ TEPEDINO, Gustavo. Op. cit., pp. 39/40.

⁶² Op. cit., 42.

⁶³ Idem.

Entretanto, prossegue o autor, “superado o autoritarismo e admitindo-se, como premissa, a consolidação de um estado social de direito, o positivismo pode se constituir em uma sólida garantia da promoção da pessoa humana, contra costumes muitas vezes retrógrados que tendem a reproduzir as desigualdades constituídas ao longo do tempo, a partir de hegemonias econômica e social que, não fosse a norma jurídica, imposta através do Estado democrático e interventor, jamais se alterariam”⁶⁴.

Não podemos aqui deixar de tomar partido ante essas divergências teóricas. Partilhamos com Tepedino a opinião de que os direitos da personalidade estão condicionados e vinculados ao direito positivo. Um mínimo de positivação, ainda que restrita à normativa do Direito Internacional, é indispensável, pois sem ela os direitos da personalidade não se efetivariam. Seriam valores e ideais que não se realizariam plenamente. Podemos até chamá-los de inatos, sem qualquer conotação jusnaturalista, mas unicamente pelo fato de terem origem a partir da existência humana, segundo a disciplina do direito positivo^{65 66}.

Convém, no entanto, advertir que o atributo de “inatos” não significa dizer que a existência dos direitos da personalidade esteja condicionada ao nascimento com vida. A partir do

⁶⁴ Op. cit., 43.

⁶⁵ Nesse sentido, cabe transcrever a opinião de Miguel Reale: “[...] cada direito da personalidade se vincula a um *valor fundamental* que se revela através do processo histórico, o qual não se desenvolve de maneira linear, mas de modo diversificado e plural, compondo as várias *civilizações*, nas quais há *valores fundantes* e valores acessórios, constituindo aqueles as que denomino *invariantes axiológicas*. Estas parecem inatas, mas assinalam os momentos temporais de maior *duração*, cujo conjunto compõe o *horizonte* de cada ciclo essencial da vida humana. Emprego aqui o termo horizonte no sentido que lhe dá Jaspers, recuando à medida que o ser humano avança, adquirindo novas idéias ou ideais, assim como novos instrumentos reclamados pelo bem dos indivíduos e das coletividades. Ora, a cada civilização corresponde um quadro dos direitos da personalidade, enriquecida esta com novas conquistas no plano da sensibilidade e do pensamento, graças ao progresso das ciências naturais e humanas. O último valor adquirido pela espécie humana é o *ecológico*, por força do qual estabelece o Art. 225 da Lei Maior que ‘todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para a presente e futuras gerações’. Trata-se já agora de novo direito da personalidade”. (*Os Direitos da Personalidade*. Artigo disponível em www.miguelreale.com.br).

⁶⁶ Cf. ainda Tepedino, op. cit., p. 44: “Neste diapasão, todos os direitos inatos são direitos da personalidade, embora nem todos os direitos da personalidade sejam inatos (ex., o direito moral do autor) [...]”. O direito moral de autor não nasce com o início da existência humana, reclamando a concorrência de certas circunstâncias de fato. Entretanto, podemos afirmar que todo ser humano, sem qualquer exceção, pode vir a ser titular de direitos morais de autor.

momento em que existir um “ser humano”, ainda que em estágio embrionário, passam a existir direitos da personalidade a tutelar essa existência⁶⁷.

6. Os direitos da personalidade no novo Código Civil: características fundamentais.

O Código Civil de 2002, “em plena harmonia com os parâmetros internacionais e constitucionais, inaugura o processo de ‘humanização do Direito Civil’ na história brasileira, emprestando especial ênfase à proteção dos direitos da personalidade”⁶⁸. Desenvolvidos e concretizados em função e em razão do valor-fonte do ordenamento, que é a pessoa humana, os direitos da personalidade, agora positivados e codificados, revelam o “núcleo da dimensão existencial do Direito Civil”⁶⁹.

Dentro de uma nova concepção antropocêntrica⁷⁰ do direito privado⁷¹, o Código Civil passa a dispor, em capítulo autônomo⁷², sobre os direitos da personalidade, qualificando-os

⁶⁷ É claro que nem todos os direitos da personalidade reconhecidos às pessoas já nascidas serão assegurados ao embrião. Referimo-nos, aqui, apenas, à cláusula geral de tutela da personalidade, a partir da qual emanarão as diferentes tutelas específicas aplicáveis à vida humana embrionária.

⁶⁸ PIOVESAN, Flávia e ROSSO, Rômolo, op. cit., p. 18.

⁶⁹ Cf. MARTINS-COSTA, Judith. *Os direitos fundamentais e a opção culturalista do novo código civil*. In Sarlet. Ingo Wolfgang Sarlet, (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 69.

⁷⁰ Refiro-me a um “novo antropocentrismo” pois o centro do ordenamento não é mais o “homem individual”, mas sim o homem inserido no complexo das relações sociais, e cuja a atuação é funcionalizada em favor da coletividade universalizada.

⁷¹ Para Paulo Luiz Netto Lôbo, “uma das mais promissoras tendências nos estudos de direito civil aponta para a necessidade em ter a pessoa como fundamento das relações civis, perdendo o patrimônio a primazia que sempre desfrutou nas grandes codificações. Assim, o patrimônio, ou os bens econômicos, assumem o papel de elemento complementar dos suportes fáticos previstos nas normas jurídicas”. Entretanto, prossegue o autor, “a repersonalização não se confunde com um vago retorno ao individualismo jurídico do século dezenove e de boa parte do século vinte, que tinha, como valor necessário da realização da pessoa, a propriedade, em torno da qual gravitavam os demais interesses privados, juridicamente tuteláveis. A pessoa deve ser encarada em toda sua dimensão ontológica e não como simples e abstrato polo de relação jurídica, ou de apenas sujeito de direito. Nos direitos da personalidade a teoria da repersonalização atinge seu ponto máximo, pois como afirmou San Tiago Dantas, não interessam como capacidade de direitos e obrigações mas como conjunto de atributos inerentes à condição humana.” (LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Danos morais e direitos da personalidade*. Jus Navigandi, Teresina, a. 7, n. 119, 31 out. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4445>>. Acesso em: 24 nov. 2005).

⁷² Ensina Luiz Edson Fachin que “embora já houvesse a disciplina constitucional de proteção integral da pessoa humana e, por conseguinte, dos seus correlatos direitos de personalidade, por meio do exame sistemático da dignidade humana e dos direitos fundamentais, em suas múltiplas dimensões que, por si, trazem uma tutela geral da personalidade, optou o legislador ordinário, na edição da lei 10.406/02, a também disciplinar a matéria”. (*Direitos da Personalidade no Código Civil Brasileiro: elementos para uma análise*

como “intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária”, com exceção dos casos previstos em lei (art. 11), aí incluídos o direito à integridade do próprio corpo, direito ao nome –, que não pode ser utilizado comercialmente por ninguém sem a autorização da pessoa –, direito à privacidade, etc.

Fala-se que os direitos da personalidade são intransmissíveis porque indetacháveis da pessoa e imprestáveis a adornar personalidade diversa. A imagem de “A” jamais poderia servir à “B”, no sentido de “B” transformar-se em “A”, da mesma forma que o nome de “C” nunca poderia ser transmitido a “D”, de modo a que “D” assumisse a identidade de “C”. São irrenunciáveis porque a personalidade e todos os seus atributos imediatos ao nascimento com vida haverão de continuar agregados ao indivíduo, jamais podendo ser apartados. Ninguém pode renunciar à vida, ao corpo ou mesmo ao nome ou à imagem. Pela mesma razão, o seu exercício não pode sofrer qualquer tipo de limitação, salvo aquelas expressamente previstas em lei ou ditadas pela boa fé objetiva e pelos bons costumes.

São também imprescritíveis, pois não se extinguem pelo seu não-uso. Por serem tutelados em cláusula pétreia constitucional, não é possível impor prazos para a sua aquisição ou defesa⁷³.

Fala-se, ainda, que os direitos da personalidade seriam extrapatrimoniais, absolutos, indisponíveis, vitalícios, ilimitados, impenhoráveis e inexpropriáveis. Extrapatrimoniais porque insuscetíveis de quantificação econômica. Por terem como substrato a dignidade humana, não têm preço⁷⁴. Absolutos porque oponíveis contra todos (*erga omnes*). São vitalícios porque não podem faltar em nenhum instante da vida humana, muito embora também não se extingam com o término da existência do homem. São direitos que são

de índole constitucional da transmissibilidade. Obra coletiva em homenagem à Professora Doutora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. São Paulo: Ed. Método, 2006. No prelo)

⁷³ Cf. DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro cit*, v. 1: teoria geral do direito civil. 22. ed. rev. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002) e o Projeto de Lei n. 6.906/2002. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 123: “Logo, se a pretensão for indenização civil por dano moral direto em razão de lesão a direito da personalidade (p. ex., integridade física ou psíquica, vida, imagem, liberdade de pensamento etc), ter-se-á, na opinião, a imprescritibilidade”. Não se aplicará, portanto, a regra do art. 206, § 3º, inc. V do CC/2002.

⁷⁴ Segundo Immanuel Kant “no reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então tem ela dignidade.” (*Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, trad. Paulo Quintela, 1986, p. 77)

tutelados mesmo depois da morte de seu titular. Ilimitados, segundo Maria Helena Diniz ,”ante a impossibilidade de se imaginar um número fechado de direitos da personalidade. Não se resumem eles ao que foi arrolado normativamente, nem mesmo se poderá prever, no porvir, quais direitos da personalidade serão, diante das conquistas biotecnológicas e do progresso econômico-social, tipificados em normas”⁷⁵. Também não podem ser alienados, nem muito menos objeto de penhora ou de desapropriação.

7. A dignidade da pessoa humana: *ratio et telos* de toda tutela jurídica dos direitos da personalidade.

Muito embora tenha o legislador do CC/2002 inserido a disciplina dos direitos da personalidade no âmbito da novel codificação, e, portanto, a nível de legislação infraconstitucional, qualquer investigação sobre tais direitos deve necessariamente partir do seu substrato constitucional, qual seja, o princípio da dignidade da pessoa humana .

Os direitos de personalidade têm sua base e substrato nesse princípio maior . Ressalta Ingo Sarlet que todo o sistema de direitos fundamentais, aqui incluídos, por óbvio, os direitos da personalidade, “repousa na dignidade da pessoa humana, isto é, na concepção que faz da pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado, razão pela qual se chegou a afirmar que o princípio da dignidade humana atua como o ´alfa e omega´ do sistema das liberdades constitucionais e, portanto, dos direitos fundamentais”.⁷⁶ Tamanha é a vinculação entre direitos da personalidade e dignidade humana que alguns autores, a exemplo de Renan Lotufo, falam que os direitos da personalidade constituiriam “o mínimo imprescindível para o ser humano desenvolver-se dignamente⁷⁷”.

O conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana, tal como contemporaneamente plasmado na maioria das Constituições do pós guerra, foi construído e consolidado, sobretudo, a partir da última metade do século XX⁷⁸.

⁷⁵ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro cit.*,p. 124.

⁷⁶ SARLET , Ingo W. “Dignidade da Pessoa humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988” . 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2004. p.77.

⁷⁷ *Curso Avançado de Direito Civil* vol. 1 Parte geral. 2ª ed Ed. RT. SP. 2003, p. 81.

⁷⁸ Sobre o conceito, o conteúdo e a evolução histórica do princípio da dignidade da pessoa humana, vide, por todos, SARLET , Ingo W. “*Dignidade da Pessoa humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*” . 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2004.

Esse período certamente não foi dos mais felizes para a espécie humana, principalmente porque imaginávamos nos encontrar em um elevado nível de civilização. Os fatos históricos demonstraram, no entanto, o quanto era ilusório o nosso estágio civilizatório. Duas guerras mundiais em um intervalo de apenas 30 anos, o genocídio perpetrado pelo nazifacismo contra os judeus, ou pelos japoneses contra os chineses, a guerra fria que, por pouco, não extinguiu a vida na terra, e mais recentemente a Guerra dos Balcãs, demonstraram até onde o ser humano pode chegar em matéria de degradação ética e moral. O mundo assistiu a um verdadeiro retorno à barbárie. Nunca se cometeram de forma tão fria e sistemática tantas violações aos direitos humanos como nesse período.

Nesse século, ressalta Carmen Lúcia Antunes Rocha, “se demonstrou também que toda forma de desumanização atinge não apenas uma pessoa, mas toda a humanidade, apresentada e representada em cada homem”⁷⁹.

Oportuna, aqui, a transcrição de um excerto do sermão "Meditação XVII", escrito em 1624 pelo padre anglicano e poeta John Donne e que inspirou o escritor Ernest Hemingway ao titular seu mais popular romance "Por Quem Os Sinos Dobram": *“Nenhum homem é uma ilha isolada; cada homem é uma partícula do continente, uma parte da terra; se um torrão é arrastado para o mar, a Europa fica diminuída, como se fosse um promontório, como se fosse a casa dos teus amigos ou a tua própria; a morte de qualquer homem diminui-me, porque sou parte do gênero humano. E por isso não perguntes por quem os sinos dobram; eles dobram por ti”*⁸⁰.

Por isso, diz Carmen Lúcia, “se erigiu em axioma jurídico, princípio matricial do constitucionalismo contemporâneo, o da dignidade humana”^{81 82}.

⁷⁹ Op.cit., p. 27.

⁸⁰ “No man is an island, entire of itself; every man is a piece of the continent, a part of the main. If a clod be washed away by the sea, Europe is the less, as well as if promontory were, as well as if a manor of thy friend's or of thine own were. Any man's death diminishes me, because I am involved in mankind; and therefore never send to know for whom the bell tolls; it tolls for thee”.

⁸¹ Op. cit., p. 27. E mais: “Sem Auchwitz talvez a dignidade da pessoa humana não fosse, ainda, princípio matriz do direito contemporâneo. Mas, tendo o homem produzido o holocausto não havia como ele deixar de produzir os anticorpos jurídicos contra a praga da degradação da pessoa por outras que podem destruí-la ao chegar ao poder [...]”.(p. 33)

⁸² Não obstante tudo isso, ainda continuamos a ver, diuturnamente, e aos quatro cantos do mundo, intoleráveis violações aos direitos do homem, perpetradas por quem deveria ser o maior arauto de sua tutela. Estamos chegando a um ponto em que o próprio conceito de “ser humano” sofre temperamentos, em nome de uma segurança global, de modo a distinguirem-se “humanos e “terroristas”, a estes últimos reservando-se tratamento desumano, com supressão de todo e qualquer direito .

A Constituição brasileira de 1988, à semelhança do que fizeram a maioria das constituições do Segundo Pós-Guerra, coloca a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito. Ou seja, a pessoa e sua dignidade passam a ser considerados como razão de ser do direito, seu último fundamento (*ratio e telos*)⁸³.

Como bem coloca Flóres-Valdéz, na cúspide da pirâmide axiológica está a dignidade da pessoa humana. Esta é a verdadeira *GRUNDNORM*, em sentido lógico, ontológico e deontológico, do ordenamento.

O postulado primeiro do direito é ter o homem como valor superior e absoluto:

*A Constituição erigiu a pessoa humana ao patamar de princípio fundante do ordenamento jurídico. Não se trata de mera consequência ou reflexo da ordenação. Tem existência prévia, não obstante caiba ao ordenamento dotá-la de significação e efetividade. A primeira consequência da dignidade é a identificação entre ser humano e pessoa. Não existe no mundo quem, sendo antropologicamente pessoa, também não o seja juridicamente. A dignidade é expressão unívoca e não é suscetível de medida ou de variedade; toda pessoa tem necessariamente o mesmo coeficiente de dignidade. O reconhecimento da qualidade (e dos atributos) da pessoa se justifica pelo fato de que o homem, ao contrário das coisas, tem um fim próprio a cumprir, é um ser de “fins”, frente aos seres que o rodeiam. A dignidade não é a superioridade de um homem sobre outro, mas de todos os homens sobre os seres irracionais. A dignidade é predicado indissociável do conceito de pessoa, independentemente de reciprocidade, ou seja, mesmo uma pessoa indigna é dotada desse predicado.*⁸⁴

Inserida no pórtico da Constituição Federal de 1988 (art. 1º, III), a dignidade da pessoa humana constitui, portanto, verdadeira “cláusula geral de tutela a consagrar a proteção

⁸³ “Segundo o art. 1º, inciso III da Constituição, a República Federativa do Brasil tem como fundamento a dignidade da pessoa humana. Por sua vez, estabelece o art. 3º, III, que são objetivos fundamentais da República a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais. Já o art. 5º, § 2º, estabelece que os direitos e garantias expressos na Constituição (com aplicação imediata, consoante o § 1º) não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte.

⁸⁴ Cf. FLÓREZ-VALDES, Joaquim Arce. “*Los Principios Generales del Derecho y su formulación Constitucional*” Madrid, ed. Cuadernos Civitas, 1990, p. 93/163. (tradução livre do autor). No mesmo sentido a doutrina de Luiz Edson Fachin: “A dignidade da pessoa é princípio fundamental da República Federativa do Brasil. É o que chama de princípio estruturante, constitutivo e indicativo das idéias diretivas básicas de toda a ordem constitucional. Tal princípio ganha concretização por meio de outros princípios e regras constitucionais formando um sistema interno harmônico, e afasta, de pronto, a idéia de predomínio do individualismo atomista no Direito. Aplica-se como leme a todo o ordenamento jurídico nacional compondo-lhe o sentido e fulminando de inconstitucionalidade todo preceito que com ele conflitar. É de um princípio emancipatório que se trata” (*Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2001, p. 190).

integral da personalidade, em todas as suas manifestações”⁸⁵. Não se restringe, apenas, àquele preceito⁸⁶, mas tem ali o seu ponto de partida, penetrando em todas as ramificações do ordenamento, vinculando todo e qualquer tipo de relação jurídica, pública ou privada. Inclusive, e sobretudo, na família. Não se pode sequer pensar na vida humana sem pensar na família, podendo-se afirmar, na feliz expressão de Sérgio Resende de Barros, que “o direito à vida implica o direito à família”⁸⁷.

O princípio da dignidade da pessoa humana assegura o respeito que cada ser humano merece do outro, a começar no seio da própria família, onde a educação deve ser voltada para essa conscientização⁸⁸.

Mas não se confunda dignidade com bondade ou com moleza. Nem muito menos com leniência ou omissão, sobretudo na relação paterno-filial. A realização da dignidade no seio da família, consoante demonstraremos posteriormente, não é exigência de comportamentos pusilânimes⁸⁹.

Ressalte-se, ademais, que a dignidade da pessoa humana, como princípio e valor fundamental do ordenamento jurídico, se apóia em três grandes pilares: o direito à vida e à existência dignas, aqui incluído o direito à integridade física e psíquica, o direito à liberdade e o direito à igualdade ou à isonomia.

Analisaremos, nos tópicos seguintes, cada um desses pilares, que além de conteúdo de dignidade, são também direitos da personalidade, tomando por foco, doravante, especificamente as relações de família.

8. Os pilares da dignidade.

⁸⁵ A expressão é de Maria Celina Bodin de Moraes. Op. cit.

⁸⁶ Destaca Luiz Edson Fachin que, “além de fundamento da República (artigo 1º, III), o texto constitucional brasileiro recepciona a dignidade da pessoa humana, em outras três ocasiões: (i) como a finalidade assegurada no exercício da atividade econômica, tanto pelo Estado quanto pelos particulares (artigo 170, *caput*); (ii) como princípio essencial da família (artigo 226, § 7º) e (iii) como direito fundamental da criança e do adolescente (artigo 227, *caput*)”. (texto cit.)

⁸⁷ Op. cit., p. 612.

⁸⁸ Cf. SEREJO, Lourival. *Direito constitucional da família*. 2 ed. rev. atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p.20.

⁸⁹ R. Dworkin separa o direito a um tratamento digno do direito à beneficência, e dá o exemplo dos presos, que, por serem encarcerados, não são tratados de forma benéfica (já que o objetivo é a prevenção de delitos para o benefício geral da comunidade), mas ainda assim, na condição de seres humanos, devem ser tratados com dignidade, não podendo ser torturados, humilhados, assegurando-se-lhes um mínimo de privacidade e direitos básicos (*Apud* SARLET, Ingo. *Dignidade da Pessoa humana....* cit., p. 49)

8.1. O direito à vida e à existência dignas.

a) Direito à vida.

O direito à vida é o primeiro e mais fundamental direito tutelado pelo ordenamento jurídico. Mais do que essencial, é um direito “essencialíssimo”⁹⁰, porque dele dependem todos os outros direitos, razão pela qual a sua proteção se dá em todos os planos do ordenamento : no direito civil, penal, constitucional, internacional, etc⁹¹. Como bem lembra Luiz Edson Fachin, o direito à vida é “condição essencial de possibilidade dos outros direitos. Desenvolve-se aí a concepção da supremacia da vida humana e que, para ser entendida como vida, necessariamente deve ser digna”⁹².

Mas, atenção: a expressão “direito à vida” não significa que o ser humano seja dono absoluto de sua vida ou de seu corpo, a ponto de ter direito sobre a própria morte. Daí porque alguns autores, a exemplo de Santos Cifuentes, preferem o uso da expressão “direito de viver”⁹³. Como primeiro enumerado em todo e qualquer catálogo de direitos humanos, esse direito, mais do que um direito individual, é necessariamente um direito de toda a humanidade, no perfeito paralelo que fizemos com a poesia de John Donne anteriormente citada⁹⁴. A cada pessoa não é conferido o poder de dispor da vida, sob pena de reduzir sua condição humana. Daí ser uma das principais características dos direitos da personalidade a sua indisponibilidade⁹⁵.

O direito à vida compreende o direito à integridade físico-psíquica, tutelando a intangibilidade das dimensões física e mental da pessoa humana, protegendo-a contra qualquer tipo de agressão física e psicológica.

⁹⁰ A expressão é de Santos Cifuentes (Cf. CIFUENTES, Santos. *Derechos personalísimos*. Editorial Astrea, 2ª ed. Buenos Aires: 1995, p.232)

⁹¹ Idem.

⁹² Texto cit.

⁹³ Op. cit., p. 232.

⁹⁴ Ver nota 80.

⁹⁵ O Código Civil veda a prática de todo o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes, salvo nos casos de transplantes de órgãos, atendidos os requisitos da legislação específica (art. 13).

Não se pode falar em direito à vida, sem falar em direito à integridade física, já que a vida humana se manifesta através do corpo. O ser humano é antes de tudo uma realidade corpórea; ele não tem um corpo, ele é corpo⁹⁶.

A doutrina tradicional considerava o direito à integridade psíquica como um direito da personalidade autônomo, distinto do direito à integridade física. Entretanto, hoje não se justifica mais essa distinção, devendo-se compreender integridade física e mental como uma unidade indissolúvel⁹⁷. Como ensina Gisele Goeninga, “esses aspectos são indissociáveis, embora distintos. Constituímo-nos a partir de características comuns – as biológicas sobre as quais se assentam as propriamente humanas”⁹⁸.

Trata-se, portanto, de um único bem ou interesse protegido - a integridade da pessoa. Seja o perfil físico, seja aquele psíquico, ressalta Perlingieri, “ambos constituem componentes indivisíveis da estrutura humana. A tutela de um desses perfis traduz-se naquela da pessoa no seu todo, e a disciplina na qual consiste esta tutela é, de regra, utilizável também para cada um de seus aspectos. Deve ser utilizada não somente a normativa específica da integridade psíquica, mas, também, aquela prevista para a defesa da integridade física que é sempre inspirada pela garantia da pessoa. A tutela da integridade psíquica é atuável também onde a norma ordinária se limitou a tutelar a integridade física”⁹⁹.

Por outro lado, qualquer reflexão que venhamos a fazer no tocante à tutela da vida humana biológica, no âmbito dos direitos da personalidade, não pode deixar de tomar partido sobre a extensão dessa tutela, a abranger apenas as pessoas já nascidas ou se abarcaria também o

⁹⁶ Cf. CIFUENTES, Santos. *Op. cit.*, p.231.

⁹⁷ Ensina Paulo Luiz Netto Lobo que “a integridade física e mental é indissociável. O avanço do conhecimento humano pode levar a práticas invasivas da integridade psíquica, como ocorre com a internação não consentida para tratamento de insanidade mental ou a introdução de medicamentos que afetam o comportamento da pessoa. Os tribunais têm enfrentado situações desse jaez, como no RHC nº 64.387-6-SP, julgado pelo STF, relativo à internação de paciente em hospital psiquiátrico, contra sua vontade, mediante consenso da família e orientação médica, de onde somente veio a sair após a concessão do *habeas corpus*. O novo Código Civil brasileiro prevê que ninguém pode ser constrangido, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica”(LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Danos morais e direitos da personalidade*. Jus Navigandi, Teresina, a. 7, n. 119, 31 out. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4445>>. Acesso em: 24 nov. 2005).

⁹⁸ *O direito à integridade psíquica e o livre desenvolvimento da personalidade* - Palestra apresentada no V Congresso Brasileiro de Direito de Família, Belo Horizonte, out-2005. Texto a ser publicado nos anais do Congresso.

⁹⁹ *Op. cit.*, p. 159.

embrião. Em outras palavras, quando a Constituição assegura o “direito à vida”, garantiria o direito à vida desde a concepção?

As ponderações a seguir feitas passarão ao largo de todas as discussões que envolvem a personalidade jurídica do nascituro e do embrião. Não defenderemos aqui nem a corrente natalista, nem a concepcionista, mesmo porque pouco nos importará, para fins do nosso estudo, ser ou não o embrião uma pessoa natural¹⁰⁰. O que nos interessa saber é se esse embrião pertence ou não à espécie humana.

Tal questão, a nosso entender, somente comporta uma única resposta e tal resposta somente pode ser afirmativa, quer se trate de embrião corpóreo ou extra corpóreo. Afinal de contas, tratando-se de embrião humano, a nenhuma outra espécie poderia pertencer senão à espécie humana.

Respondida a essa primeira questão, resta-nos a segunda e mais tormentosa: o direito da personalidade, fundamentado em cláusula pétrea constitucional (art 5º), ou seja o direito à vida, tutelaria também o embrião?

Para Carmen Lúcia Antunes Rocha, “se a proteção constitucional do direito à vida refere-se ao ser humano, ao *humanum genus*, nem se há duvidar que o embrião está incluído na sua proteção jurídica. O embrião é ser e é humano”¹⁰¹.

Entretanto muitas são as posições em sentido contrário, havendo quem defenda não haver o constituinte se manifestado sobre o termo “*a quo*” dessa cláusula constitucional pétrea, o que permitiria à legislação infraconstitucional definir quais seriam os termos iniciais do direito fundamental à vida, possibilitando, assim, a título exemplificativo, a edição de normas permissivas ou descriminalizantes do aborto, como, aliás, já o faz o nosso atual Código Penal em certas hipóteses excepcionais.

Para que possamos nos manifestar sobre o tema, antes de mais nada, é preciso que estejamos atentos à exata dicção constitucional:

¹⁰⁰ Já tivemos a oportunidade de expor que uma definição sobre o início da personalidade jurídica pode ser considerada como uma opção legislativa. O legislador escolhe a partir de que momento atribuirá determinados direitos à pessoa humana, nascida ou concebida, da mesma forma que escolhe a partir de que idade a pessoa humana adquire a plena capacidade para a prática dos atos da vida civil. A tutela dos direitos da personalidade, fundada no princípio da dignidade da pessoa humana, não está condicionada a tal escolha legislativa.

¹⁰¹ Op. cit., p. 47.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

A priori o vocábulo *todos* parece compreender, não apenas as pessoas já nascidas, mas também o embrião e o feto. O que implicaria sustentar a existência de um “direito à vida”, ou “direito de nascer”¹⁰², como direito da personalidade, o que nos levaria à consequência lógica de que o aborto terapêutico “violenta o sentimento filosófico do ordenamento jurídico, é inconstitucional e contradiz o direito civil”¹⁰³.

Reforçam esse entendimento as normativas do direito internacional. O Pacto de São José de Costa Rica, por exemplo, estabelece que para os efeitos dessa Convenção “pessoa é todo ser humano”, e que toda pessoa tem direito a que se respeite sua vida “a partir do momento da concepção” (art. 1º, § 2º, e art. 4º).

Nesse sentido destaca, com propriedade, Carmen Lúcia Antunes Rocha:

“Em geral, os sistemas jurídicos afirmam que ser considerado pessoa em direito, vale dizer, dotar-se de personalidade para os fins de titularizar direitos, depende do nascimento com vida. Todavia, quanto aos direitos humanos, os direitos que cada ser humano titulariza não se há fazê-los depender da personalidade[...] Há que se distinguir, portanto, ser humano de pessoa humana. E, de pronto, há que se antecipar que o princípio da dignidade, que se expressa de maneira relevante quanto à pessoa humana, não se circunscreve a ela, senão que haverá que ser respeitado para a espécie humana, tomada esta em sua integralidade.[...] O embrião é, parece-me, inegável, ser humano, ser vivo, obviamente, que se dota da humanidade que o dota de essência integral, intangível e digno em sua condição existencial. Não é, ainda, pessoa, vale dizer, sujeito de direitos e deveres, o que caracteriza o estatuto constitucional da pessoa humana”.

¹⁰² Interessante discussão, onde não teremos tempo de tráfegar, diz respeito ao direito de “não nascer”. Ressalta Maria Celina Bodin de Moraes, tratar-se de “problemática – dentre as mais intrincadas – que teve início quando a *Cour de Cassation* francesa, reunida em sessão plenária, pronunciou-se favoravelmente à reparação do dano sofrido por Nicolas Perruche, então um adolescente de 17 anos, deficiente físico e mental, pelo ‘fato de ter nascido’ – ou, por outra, pelo fato de não ter sido abortado -, em consequência da conjugação de dois erros: um do médico, outro do laboratório, que não diagnosticaram a rubéola contraída pela mãe aos dois meses de gravidez [...] Do puro fato ‘nascimento com vida’ teria resultado, por conseguinte, o dano. [...] para a Suprema Corte francesa, a proteção da dignidade humana, neste caso, estaria na sua não existência”. (*O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo*, in Sarlet. Ingo Wolfgang Sarlet, (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, pp. 146/147).

¹⁰³ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: Ed. RT, 1998, p. 470.

Não temos dúvida, por tudo o que já foi exposto anteriormente, inclusive com base no princípio da dignidade da pessoa humana, que o direito à vida é objeto de autônoma e específica tutela constitucional, abarcando sob o seu manto protetor todo aquele que pertencer à espécie humana, donde se conclui, realmente, pela existência de um “direito de nascer”, de que é titular todo ser humano como tal concebido, não havendo como se admitir qualquer vulneração ao embrião e ao nascituro. Por isto, ressalta Lorenzetti, “tem se reconhecido a proibição de procedimentos experimentais que tenham como objeto os embriões, salvo os que tenham por finalidade o benefício do próprio embrião, ou os estudos que não o danem. Uma afirmação correta, é a predominância que tem o direito relativo à vida íntima, e o início da vida é um aspecto dela, dentro do ordenamento”¹⁰⁴. É praticamente consenso na doutrina que a dignidade da pessoa humana é atingida sempre que o ser humano for rebaixado a objeto, tratado como uma coisa. E as coisas têm preço e não dignidade, máxima kantiana já repetida à exaustão em todos os trabalhos que tratam do princípio da dignidade da pessoa humana¹⁰⁵. Daí falar-se em coisificação do ser humano como antítese da dignidade.

Confrontando o direito do conceito ao nascimento em oposição ao direito ao aborto, em princípio não hesitaremos em sustentar a prevalência do primeiro, salvo quando estiverem em jogo outros interesses maiores.

Todos os princípios, positivados ou não no texto constitucional, podem ser limitados por outros princípios com os quais entrem em colisão, exigindo-se, portanto, que sejam submetidos a regras de ponderação, sobre as quais remetemos o leitor à clássica obra de Robert Alexy¹⁰⁶. Havendo colisão entre princípios ou entre garantias fundamentais, além da operação de ponderação, cabe ao intérprete recorrer também a um outro princípio como critério solucionador, que é exatamente o “princípio da proporcionalidade”, também

¹⁰⁴ Idem.

¹⁰⁵ Vide, por todos, SARLET, Ingo W. “*Dignidade da Pessoa humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*”. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2004.

¹⁰⁶ ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

chamado de “princípio dos princípios”¹⁰⁷. Comparando o peso de cada bem jurídico e de cada um dos princípios em jogo, o legislador ou o intérprete decidirá, no caso concreto, a qual deles dará prioridade¹⁰⁸.

Voltando à questão específica do aborto, e aproveitando as lições de Lorenzetti sobre o direito argentino, podemos afirmar que “em nosso Direito Penal, o aborto está penalizado porque se atenta contra o bem personalíssimo da vida do óvulo fecundado, ou do embrião, ou do feto, segundo seja. Não o é quando seja praticado por um médico diplomado, com o consentimento da mulher grávida, se é feito com a finalidade de evitar um perigo para a vida ou a saúde da mãe, e se este perigo não pode ser evitado por outros meios [...] Também não é punível o aborto, se a gravidez provém do uso de violência ou de um atentado ao pudor cometido sobre a mulher retardada ou demente”¹⁰⁹.

Nessas hipóteses excepcionais, teremos de um lado o direito à vida do conceito e de outro o direito à saúde física ou psíquica da mãe, emanção direta do direito à vida. Realizando uma operação de ponderação e balizamento, para a correta aplicação de cada um desses direitos, o intérprete fará prevalecer o direito (à vida e à saúde) da mãe sobre o direito do conceito. A “primazia do direito à vida do vivente sobre o direito de nascer do nascituro”, como bem coloca Franco Modugno. O direito à integridade física, operando a combinação direito à vida – direito à saúde, justifica a interrupção da gravidez, nas situações de risco à saúde da mãe, ainda que apenas à saúde psíquica¹¹⁰.

O mesmo entendimento poderia ser aplicado, com algum temperamento, à interrupção da gestação de fetos anencefálicos¹¹¹, sempre que a continuidade da gravidez comprometer gravemente a saúde física ou psíquica da mãe. Não se podendo, todavia, confundir com a

¹⁰⁷ Cf. GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Celso Bastos, 1999.

¹⁰⁸ Esse balanceamento, em última instância será feito pela Corte constitucional que, valendo-se do juízo de razoabilidade, fará a comparação entre a pluralidade de valores envolvidos em uma certa fatispécie com a concreta relação meios-fins que o legislador haja instituído em determinada lei.

¹⁰⁹ Op. cit., p. 471.

¹¹⁰ Cf. MODUGNO, Franco. “*I nuovi diritti nella Giurisprudenza Costituzionale*”. Torino, G. Giappicheli Editore, 1995, p. 9/19 e 87/108.

¹¹¹ Na anencefalia a morte é certa, não havendo possibilidade alguma de vida extra-uterina.

situação do “aborto eugênico”¹¹², que atenda a interesses particulares e egoísticos da gestante e que não pode ser tolerado em hipótese alguma¹¹³, por infringir, não somente o direito à vida do conceito, mas também o próprio princípio da dignidade da pessoa humana. E mesmo o aborto do feto anencefálico somente deve ser admitido em situações excepcionais, onde esteja comprovado dano emocional e psicológico grave, a ponto de comprometer a saúde psíquica da gestante.

Já o aborto por razões econômicas não encontra justificativa na seara ético-jurídica, pois na operação de balanceamento teríamos de um lado uma situação existencial do ser humano concebido e de outro uma situação patrimonial da gestante, sendo certo e indubitável a primazia dada pelo ordenamento às situações existenciais. Agora se a situação econômica comprometer a saúde psíquica da mãe, aí estaremos diante de outra situação concreta, a merecer adequado e particularizado exame para que se conclua pela possibilidade de interrupção ou não da gravidez.

No tocante especificamente aos embriões congelados, não podemos deixar de registrar a posição de autores que fazem a distinção entre “embriões nascituros”, ou seja aqueles já implantados e nidados, e os embriões congelados *in vitro*, só admitindo a tutela da personalidade em relação aos primeiros. Ressalta Henrique Herkenhoff que “o Código Penal não tipifica como ‘aborto’ ou outro crime o fato de serem congelados os embriões excedentários, e nem mesmo o seu descarte ou utilização para pesquisas - embora estas hipóteses possam constituir violações éticas ou mesmo serem ilícitos civis; a questão é muito problemática, porque a ciência médica não tem como controlar o número de óvulos reproduzidos, nem prever quantos se tornarão embriões, uma vez fertilizados, ou quantos se nidarão efetivamente no útero após a implantação, e destes, quantos nascerão; uma posição muito restritiva poderia inviabilizar a própria assistência à reprodução, fazendo conflitarem direitos de igual origem e importância”¹¹⁴.

¹¹² A eugenia trata da reprodução e do aperfeiçoamento da raça. No aborto eugênico a interrupção da gravidez tem como matiz filosófica a preservação da qualidade de vida do ser, cujo nascimento deve ser obstado sempre que forem detectados problemas somáticos que comprometam essa qualidade.

¹¹³ Sobretudo nos tempos atuais, onde o chamado “direito à diferença”, tido como direito fundamental de quarta geração, vem ganhando cada dia mais força.

¹¹⁴ Correspondência pessoal dirigida ao autor.

Entretanto, partindo da premissa de que também os embriões congelados pertencem ao *humanum genus*, fica difícil deixar de lhes estender a tutela dos direitos humanos, especialmente do direito à vida. A manipulação de embriões congelados, segundo entendemos, deve estar condicionada à ponderação dos princípios e valores em jogo, prevalecendo, sempre, o direito à vida das pessoas já nascidas. “Éticamente é mais razoável deixá-los indefinidamente criopreservados, em lugar de ensejarem a cura de pessoas que sofrem?” Essa é a pertinente indagação feita por Heloisa Helena Barboza¹¹⁵. Sendo assim, e ponderando de um lado o direito à vida do embrião e, de outro, o direito à vida de incontável número de seres humanos padecedores de enfermidades diversas, devemos admitir a pesquisa com células-tronco embrionárias, para fins terapêuticos, ainda que implique em eventual destruição de embriões congelados¹¹⁶, tal como previsto no art. 5º da atual Lei de Biossegurança¹¹⁷.

b) O direito à moradia como pressuposto para a vida digna e para a dignidade da família.

¹¹⁵ Conferência apresentada durante o V Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte, Outubro de 2005.

¹¹⁶ A Lei 11.105, de 24 de março de 2005 (Lei de Biossegurança) permite a obtenção de células-tronco de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições: “I – sejam embriões inviáveis; ou II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento. § 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores. 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa. § 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei no 9.434, de 4 de fevereiro de 1997”.(Art. 5º)

¹¹⁷ Notícia, todavia, Heloisa Helena Barboza que “o artigo 5º vem sendo alvo de severas críticas e investidas, dentre as quais se destaca a Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI 3510, de 30.05.05, proposta pelo Procurador Geral da República, afirmando declaradamente como tese central que vida humana acontece na, e a partir da fecundação”. Entendendo o autor da ADI que a vida humana se inicia no momento da concepção, que se verifica com a união dos gametas masculino e feminino, o procedimento representaria um atentado à vida.(Conferência apresentada durante o V Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte, Outubro de 2005.)

O princípio da dignidade da pessoa humana não se realiza com a mera tutela do direito à vida biológica. Protege-se a vida humana, mas “vida com dignidade”¹¹⁸. Nesse sentido é precisa a lição de Rizzato Nunes:

*“[...]nenhum indivíduo é isolado. Ele nasce, cresce e vive no meio social. E aí, nesse contexto, sua dignidade ganha - ou, tem o direito de ganhar - um acréscimo de dignidade. Ele nasce com integridade física e psíquica, mas chega um momento de seu desenvolvimento que seu pensamento tem de ser respeitado, suas ações e seu comportamento – isto é, sua liberdade -, sua imagem, sua intimidade, sua consciência – religiosa, científica, espiritual – etc., tudo compõe sua dignidade”*¹¹⁹.

E não se poderia falar em dignidade, mormente em dignidade da família, sem se assegurar autônoma e específica proteção ao direito à moradia.

O direito à moradia constitui uma das dimensões inerentes à dignidade da pessoa humana, considerando que a falta de uma moradia decente acaba comprometendo gravemente os pressupostos básicos para uma vida com dignidade¹²⁰.

O direito à moradia também é considerado pela doutrina como um dos direitos da personalidade, inerente, portanto, à pessoa humana, que faz jus à sua morada. Quer como pressuposto do direito à integridade física, quer como elemento da integridade moral do indivíduo, a moradia “é tutelada como objeto de direito, tratando-se de um direito subjetivo, representando um poder de nossa vontade e que implica o dever jurídico de respeitar aquele mesmo poder por parte dos outros”¹²¹.

Para Eliane Aina, “a moradia é um valor de conceito amplo que envolve a garantia de abrigo digno, salubre e que promova o bem-estar de seus ocupantes, de forma a concretizar

¹¹⁸ Questão fundamental atinente ao direito à “vida digna” e que não será abordada neste trabalho, dada a especificidade do tema, diz respeito à eutanásia, no caso de pacientes terminais. Até que ponto a vida humana deve ser sacralizada? Essa é grande indagação. Vale a pena viver de qualquer forma, ainda que em terríveis condições de sobrevivência? Nessas situações, verifica-se claramente o choque entre dois direitos fundamentais, ambos inerentes à dignidade da pessoa humana: de um lado o direito à vida do ponto de vista biológico e, de outro, o direito de viver com dignidade, que, em outras palavras, significa o direito de não viver sem dignidade, ou, simplesmente, o “direito à morte digna”. Infelizmente não há lugar para continuarmos essa discussão nessas breves notas.

¹¹⁹ NUNES, Rizzato. *O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana*. Doutrina e Jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 49.

¹²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais da Constituição Federal de 1988*. 3ª ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2004, p. 89.

¹²¹ SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. *Direito à moradia e de habitação: análise comparativa e suas implicações teóricas e práticas com os direitos de personalidade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 157.

a existência com dignidade dos indivíduos. Neste aspecto, encontra vertentes no direito à vida, no direito à saúde, na proteção da família, no direito ao meio ambiente saudável, no acesso à propriedade, na renda mínima que possa garantir efetivamente um lar, em uma ordem econômica justa etc”¹²².

A partir da promulgação da Emenda Constitucional nº 26/2000, que alterou a redação do artigo 6º da CF/88, a moradia passou a constar expressamente do texto constitucional como um dos direitos sociais.

Admitindo-se a “moradia” como um direito fundamental de 2ª geração (direito social), começou a jurisprudência a considerar inconstitucional a exceção legal disposta no art. 3º, VII, da Lei 8.009¹²³, que permitia a penhora do bem de família do fiador, nas execuções de dívida decorrente de fiança locatícia.

A posição até então majoritária na jurisprudência estava toda lastreada na premissa de que o direito à moradia estaria assegurado em norma constitucional de caráter programático, cuja extensão e oportunidade dependeriam de legislação própria a cargo do Poder Legislativo.

Entretanto, mesmo que se considere tratar-se de norma programática, não se pode olvidar que também ela é dotada de eficácia. As normas programáticas diferem das demais apenas no tocante ao grau de eficácia, uma vez que se dirigem preponderantemente ao legislador infraconstitucional, proibindo-o de editar normas em sentido oposto aos programas naquelas contido. Em o fazendo, a norma será declarada inconstitucional e, nesse aspecto, a eficácia da norma constitucional programática atingirá tanto o Estado, como os particulares.

A partir da decisão prolatada pelo Ministro Carlos Velloso no **RE 352940/SP**, observa-se uma radical mudança de rumos na jurisprudência, que doravante inclina-se a considerar que o art. 6º da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional nº

¹²² AINA, Eliane Maria Barreiros. *O Fiador e o Direito à Moradia*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2004, p. 88.

¹²³ Muito embora, mesmo antes da EC nº 26, parcela da doutrina e da jurisprudência já entendia inconstitucional a regra excepcional, por violar a isonomia (art. 5º, *caput*, da CF/88) e a proteção da dignidade humana (art. 1º, III).

26/2000, não recepcionou o art. 3º, VII, da Lei nº 8.009/90, alterado pela Lei nº 8.245/91. Trata-se de importante e paradigmática virada da jurisprudência, no sentido de assegurar eficácia e efetividade aos direitos fundamentais plasmados na tábua axiológica da Constituição.

O art. 82 da Lei n. 8.245/91, ao modificar a Lei 8.009/90, estabelecendo exceção à impenhorabilidade legal para o bem de família do fiador de locação deixou claramente de atender à determinação constitucional de proteção ao direito à moradia.

Pelas mesmas razões e com base na ponderação dos diversos princípios constitucionais, em especial o da dignidade da pessoa humana, poderemos concluir também pela inconstitucionalidade dos incisos IV, primeira parte, e V da Lei 8.009/90. Bem como pela inconstitucionalidade do inciso VI, no que se referir a indenização ou a ressarcimento de caráter não alimentar.

8.2. Igualdade .

O princípio da isonomia constitui o segundo grande pilar ou fundamento jurídico da dignidade humana e tem aplicação obrigatória no âmbito das relações de família.

Desde o advento da Constituição de 1988, a família deixou de ser um agrupamento instituído pelo casamento, sob a autoridade soberana de um chefe. Ela tem hoje como essência a afeição dos seus membros, sem hierarquia entre os cônjuges ou conviventes e absoluta igualdade entre os filhos. A afetividade, o projeto de vida comum é a sua própria razão de ser, como se extrai do parecer do relator geral ao projeto de lei que deu origem ao novo código civil brasileiro.

Nesta linha de pensamento, João Baptista Villela faz a seguinte reflexão:

“ A família não é criação do estado ou da igreja. Tampouco é uma invenção do direito como são, por exemplo, o leasing, a sociedade por cotas de responsabilidade limitada, o mandado de segurança, o aviso prévio, a suspensão condicional da pena ou o devido processo legal. Estes institutos são produtos da cultura jurídica e foram criados para servir a sociedade. Mas a família antecede ao estado, preexiste a igreja e é contemporânea do direito. Pela ordem natural das coisas, não está no poder de disposição do estado ou da igreja desenhar, ao seu arbítrio, o perfil da família. O poder jurídico de um e de outra relativamente a família não pertence a ordem da atribuição. Pertence, ao contrário, a ordem do reconhecimento, pode-se observar de resto, que, ao longo

da história, a autoridade intrínseca da família impõe-se aos poderes sacros e profanos com um silencioso noli me tangere! Lucy Mair registra a propósito, que nem os governos de tendência coletivista mais exacerbada chegaram a cogitar de abolir a família, ainda quando tenham enfraquecidos os laços do matrimônio e encorajado os filhos a delatar os pais por subversão política.”¹²⁴

A igualdade entre todos os sujeitos nas relações jurídicas da família é exigência da própria dignidade humana, o que foi muito bem apreendido pelo legislador do CC/2002, ao assegurar a absoluta igualdade de direitos e obrigações entre homem e mulher, quer no casamento, quer na união estável, ao mesmo tempo que consagrou a igualdade entre os filhos, eliminando as referências discriminatórias que existiam na filiação e estabelecendo que “os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações.”

A isonomia também se manifesta entre pais e filhos, não se admitindo que os pais mantenham posição hierarquicamente superior dentro do núcleo familiar, tão somente em razão da titularidade do poder – familiar, a ser exercido sempre no “melhor interesse dos filhos” e não segundo os interesses pessoais dos pais¹²⁵.

O direito fundamental à igualdade, como corolário inafastável do princípio da dignidade humana, foi concretizado em sua plenitude pelo legislador do novo Código Civil, o que não implica dizer que o legislador tenha instituído o “igualitarismo” nas relações de família. Igualdade não significa dizer que todas as entidades familiares devam ser tratadas da mesma maneira, uma vez que o conteúdo jurídico da igualdade reside exatamente em tratar desigualmente os desiguais, sobretudo a favor daqueles que se encontram em uma situação de inferioridade.

Ensina *Flórez-Valdés* ser nota característica da igualdade a relatividade do próprio conceito, ou seja, a historicidade de seu conteúdo exige sempre para sua valoração uma

¹²⁴ Repensando o Direito de Família, Anais do I Congresso de Direito de Família, página 19, IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família – Livraria Del Rey Editora Ltda.

¹²⁵ Cf. HERKENHOFF, Henrique Geanquinto. *Do patriarcalismo à democracia* cit., p. 238. Segundo o autor, há de enxergar-se uma isonomia entre pais e filhos, o “que de modo algum prejudica a autoridade dos genitores, não porque conservem a posição hierarquicamente superior que o patriarcalismo lhes conferia, mas porque em vez disso se lhes acentuou o DEVER (e, portanto, o equivalente poder) de sustento, guarda e educação da prole. Dessa isonomia simplesmente decorre que essa guarda e principalmente a educação, em seu sentido mais amplo, devem perseguir o *melhor interesse dos filhos*, e não o dos pais ou o que melhor convém ao grupo familiar”. (artigo cit.)

comparação. Além disso, dele deve se afastar a noção de “igualitarismo” e de uniformidade, uma vez que igualdade implica sempre na admissão de “desigualdades”. A igualdade não veda a desigualdade, mas sim a discriminação, concebida esta como a “*desigualdade de tratamento injustificada por não ser razoável*” (desigualdade injusta)¹²⁶. A igualdade total seria perfeita como igualdade, mas seria injusta. Em uma sociedade justa, diz Rawls, junto ao princípio da igualdade existe também aquele que justifica as desigualdades. O importante é que haja uma justificação para a desigualdade e que essa justificativa seja socialmente aceita como justa. É a situação de equilíbrio a que mais se identifica com o valor justiça. Justiça não é igualdade, mas a igualdade deve ser justa¹²⁷. Daí porque, em algumas situações, como é o caso da sucessão legítima, o CC/2002 estabelece direitos diversos para cônjuges e para companheiros, sem que, ao assim fazer, tenha incorrido em qualquer violação ao direito personalíssimo e fundamental à igualdade. Não custa lembrar que o texto constitucional, ao reconhecer a união estável como entidade familiar deixou claro que o fez apenas para fins de proteção do Estado (artigo 226, §3º, CF/88), não significando isto equiparação com o casamento, tanto que o constituinte manifestou, expressamente, o desejo de que a lei facilite a sua conversão em casamento. Ademais, não haveria qualquer interesse em se converter a união estável em casamento se àquela fossem conferidos todos os efeitos próprios daquele instituto, devendo o legislador atentar para este fato, sob pena de, ao aproximar em demasia os dois institutos, desestimular a conversão de um em outro, esvaziando o sentido da norma constitucional e incorrendo em velada inconstitucionalidade.

8.3. Liberdade.

Tudo o que falamos sobre igualdade também se aplica ao conceito de liberdade. Como escreve Rawls, “uma liberdade básica está caracterizada mediante uma estrutura muito complicada de direitos e deveres. Não só tem que estar permitido que os indivíduos façam

¹²⁶ Cf. op. cit.

¹²⁷ Apud FLÓREZ-VALDES, Joaquim Arce. “*Los Principios Generales del Derecho y su formulación Constitucional*” Madrid, ed. Cuadernos Civitas, 1990, p. 93/163

algo ou não o façam, sendo que o governo e as demais pessoas tem que ter o dever jurídico de não obstacularizar”¹²⁸. Ao Estado incumbe promover sua efetiva consecução .

Já dizia Cícero que *todos somos escravos da lei, para podermos ser livres*. E os limites à liberdade não podem ser impostos em nome da mesma liberdade, senão em nome da justiça.

Entre as diversas manifestações do direito fundamental de liberdade no âmbito das relações de família, podemos destacar:

a) *Direito de casar ou constituir união estável*: A própria Declaração Universal dos Direitos Humanos já estabelece que “*os homens e mulheres [...] têm o direito de contrair matrimônio e fundar uma família [...]*”¹²⁹. No mesmo sentido prescreve o art. 17. 2, do Pacto de San José: “*é reconhecido o direito do homem e da mulher de contraírem casamento e de fundarem uma família*”. Daí o CC/2002 haver assegurado a gratuidade do casamento, além de reduzir a idade núbil e ainda permitir a união estável de separados de fato. Através da lei, o Estado procura promover a efetiva consecução dessa manifestação do direito fundamental à liberdade.

b) *Direito de dissolver o casamento ou a união estável* : Tanto o casamento como a união estável são dissolúveis, segundo o desejo dos cônjuges ou dos conviventes. A Declaração Universal dos Direitos Humanos nesse ponto também estabelece que os homens e mulheres gozam de iguais direitos em relação à dissolução do casamento (art. XVI). Não pode, pois, o Estado obstar, em situação alguma, o exercício desse direito. O NCC, fiel a essa diretriz, permite a dissolução do casamento sempre que a comunhão de vida deixar de existir, seja qual for o motivo. (Art. 1.573, p. único). A manutenção, por outro lado, do sistema da “culpa” na separação e no divórcio, em que pensem as justificáveis controvérsias que envolvem a questão, a nosso ver, não obsta o exercício desse direito fundamental.

¹²⁸ Apud FLÓREZ-VALDES, Joaquim Arce. “*Los Principios Generales del Derecho y su formulación Constitucional*” Madrid, ed. Cuadernos Civitas, 1990, p. 93/163.

¹²⁹ Artigo XVI : 1. *Os homens e mulheres de maior idade, sem qualquer restrição de raça, nacionalidade ou religião, têm o direito de contrair matrimônio e fundar uma família. Gozam de iguais direitos em relação ao casamento, sua duração e sua dissolução.* 2. *O casamento não será válido senão com o livre e pleno consentimento dos nubentes.*

c) *Direito ao respeito e à consideração recíprocos*: Segundo o novo Código Civil são deveres conjugais recíprocos o respeito e a consideração mútuos. Em outras palavras, é dever de cada cônjuge respeitar e proteger os direitos da personalidade do outro (art. 1566).

d) *Direito à concepção e à descendência*: Inclui-se aqui o direito à paternidade, à maternidade e à adoção responsáveis. O CC/2002 proíbe expressamente “a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família”(art. 1.513). O alcance da norma tutela o princípio da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1.º, III) a não permitir interferência indevida nos domínios íntimos da família, valendo destacar a maior pertinência da vedação no tocante ao planejamento familiar, de livre decisão do casal, referido pelo § 2.º do art. 1.565 e onde se veda qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas. Embora não se confundam controle de natalidade e planejamento familiar, as políticas públicas de controle devem ser exercidas sem a coercibilidade subliminar.

e) *Direito ao planejamento familiar*: O art. 226, § 7.º, da CF assegura que o planejamento familiar é livre decisão do casal, devendo o Estado propiciar os recursos indispensáveis ao exercício de tal direito. No mesmo sentido veio dispor o dispositivo codificado no § 2º do art. 1565, *verbis*:

§ 2.º O planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas.

Para Lourival Serejo, “ o § 7º, do art. 226, da Constituição Federal levantou dois pilares do planejamento familiar: os princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável. [...] esse parágrafo deve ser lido no contexto do Título VIII (Da ordem social), em que está inserido, onde se destaca a saúde como direito de todos e dever do Estado [...] e a assistência social assegurada como meio de proteger a família, a maternidade, a infância, a adolescência e a velhice”¹³⁰.

Pode-se concluir, então: planejamento familiar é, também, direito fundamental e direito da personalidade.

¹³⁰ Op. cit., p. 67.

9. Outros direitos da personalidade especialmente tutelados nas relações de família.

9.1. Direito ao nome

O nome, como direito da personalidade, constitui o principal "elo de ligação entre o indivíduo e a sociedade em geral"¹³¹, pois identifica e diferencia a pessoa dentro do tecido social.

Segundo Euclides de Oliveira "há que se considerar o direito ao nome como 'direito de personalidade por excelência', como referem certos autores, porque é o primeiro direito de toda pessoa humana, adquirido logo após seu nascimento e que passa a acompanhá-lo por toda a vida, como consequência e complemento de sua própria personalidade. Sua natureza jurídica, portanto, não se circunscreve ao mero direito de propriedade. Abrange mais amplo espectro, como sinal identificador da pessoa no meio em que exercita seus direitos e obrigações, dizendo respeito à sua própria existência como pessoa"¹³².

A Constituição de 1988 não previu, de maneira explícita, a proteção ao nome da pessoa natural, muito embora o faça de maneira indireta, ao tutelar o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização cabível (art. 5.º, V); bem como ao proteger a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas (5.º, X, CF).

O novo Código Civil, por sua vez, trouxe norma expressa de proteção ao direito à identidade¹³³, que abrange o nome, o prenome, o nome dos pais, ou patronímico, o gentílico ou nome de família o sobrenome adquirido pelo casamento ou por adoção, e ainda quaisquer outros sinais identificadores da pessoa.

Especificamente no âmbito do Direito de Família, o novo Código prevê que, mesmo vencido na ação de separação judicial, o cônjuge não perderá o direito de usar o nome do outro, sempre que tal alteração acarretar: I - evidente prejuízo para sua identificação; II - manifesta distinção entre o seu nome de família e o dos filhos havidos da união dissolvida; III - dano grave reconhecido na decisão judicial (Art. 1.578).

¹³¹ BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 5ª ed. atualizada por Eduardo Carlos Cabianca Bittar. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 124.

¹³² *Direito ao nome. Questões Controvertidas no Novo Código Civil. Série Grandes Temas de Direito Privado*. Coord. Mário Luiz Delgado e Jones Figueirêdo Alves. São Paulo: Método, 2004. vol. II, p. 71.

¹³³ Art. 16. *Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome.*

A perda do nome da mulher casada, consoante anteriormente previsto na Lei do Divórcio, violava direito da personalidade, razão pela qual trouxe o CC/2002 nova disciplina.

9.2. Direito à privacidade e à intimidade .

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 estabelece, em seu artigo II, inciso XII, que:

“Ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques à honra e reputação. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques”.

A Constituição Federal, em seu art. 5.º inc. X, dispõe serem invioláveis a intimidade e a vida privada das pessoas. O Código Civil, por sua vez, assegura que “a vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma”(art. 21).

O dispositivo codificado trata da proteção da privacidade da pessoa natural. Entende-se por privacidade, segundo Celso Lafer, “o direito do indivíduo de estar só e a possibilidade que deve ter toda pessoa de excluir do conhecimento de terceiros aquilo que a ela só se refere, e diz respeito ao seu modo de ser no âmbito da vida privada.”¹³⁴.

Na mesma linha é o entendimento do mestre Celso Bastos, para quem a privacidade é a “faculdade que tem cada indivíduo de obstar a intromissão de estranhos em sua vida privada e familiar, assim como de impedir-lhes o acesso a informações sobre a privacidade de cada um, e também impedir que sejam divulgadas informações sobre esta área da manifestação existencial do ser humano”¹³⁵.

O novo Código, como visto pela dicção legal, protege a vida privada da pessoa natural de forma ampla e sem especificação. As tutelas específicas serão definidas, segundo Orlando Gomes, levando em conta “a natureza do caso e a condição da pessoa”.¹³⁶

O art. 21 do NCC aparentemente não faz a distinção entre intimidade e privacidade, referindo-se apenas à vida privada. Não houve erronia do legislador, pois dentro da

¹³⁴ *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt.* São Paulo: Companhia das Letras, 1999, p. 239.

¹³⁵ Celso Ribeiro Bastos; Ives Gandra Martins. *Comentários à Constituição do Brasil.* São Paulo: Saraiva, 1989, v. 2, p. 63.

¹³⁶ *Introdução ao direito civil.* 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 157.

expressão “vida privada” estão compreendidas tanto a intimidade, que abarca segredo da vida privada dentro do recesso do lar, aquilo que é íntimo, isolado, o direito de cada um de estar só, de não ser importunado, devassado, visto por olhos estranhos, como também a privacidade, que corresponde ao lado externo da intimidade, o relacionamento de uma pessoa com seus familiares e amigos. O direito à privacidade deve ser considerado como gênero e o direito à intimidade como espécie.

A integridade da vida privada deve ser tutelada inclusive dentro do núcleo familiar, sobretudo no que se refere à intimidade. Todas as pessoas têm o direito de manterem-se isoladas, fechadas em sua própria intimidade, salvaguardadas de olhares incautos e expiatórios, ainda que tais olhares provenham dos pais ou de parentes, e ainda que movidos pelas melhores intenções .

Não há dúvida que a tutela a tais emanções da personalidade podem ser aplicadas indistintamente, tanto nas relações dos indivíduos frente ao Estado, como nas relações entre particulares, inclusive nas relações internas da família.

O direito à intimidade e à privacidade deve ser assegurado até mesmo na relação paterno-filial. A intimidade da vida familiar, ou seja, a relação de intimidade decorrente dos vínculos parentais e afetivos existentes entre os indivíduos de uma mesma família, uns em relação aos outros, não implica em renúncia ao direito fundamental de tutela e proteção da vida privada. Não existe autorização implícita dos pais de invadirem a vida privada dos filhos, pelo simples fato de pertencerem à mesma unidade familiar.¹³⁷

Se o princípio da *autonomia familiar* proporciona aos pais a liberdade no exercício do poder familiar, a legitimidade desse exercício está condicionada ao respeito dos direitos fundamentais dos filhos. Como ensina Antônio Jorge Monteiro Júnior, a *autonomia familiar* não é um princípio absoluto e não pode “servir como argumento para encobrir abusos no exercício do poder familiar, sendo invocado em detrimento da criança ou adolescente a ele sujeito”¹³⁸. Ela só “prevalece enquanto se respeitam, no seio do lar, os direitos fundamentais da criança e do adolescente. Reforça essa atuação o dispositivo do

¹³⁷ Cf. TEIXEIRA, Ana Carolina Broxado. *Família, Guarda e Autoridade Parental*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 198.

¹³⁸ Ives Gandra Martins Filho, Antônio Jorge Monteiro Júnior, (coordenadores). *Direito à Privacidade*. Aparecida, SP: Idéias & Letras; São Paulo: Centro de Extensão Universitária, 2005, p. 179.

art. 226, § 8º da CF, pelo qual se garante proteção à família na pessoa de cada um de seus membros”¹³⁹.

Daí porque a intimidade e a privacidade estarem tuteladas contra os eventuais abusos que venham a ser praticados pelos pais contra os filhos.

Os filhos também têm o direito de segredo em relação aos seus pensamentos, o direito de manterem-se sós, o direito à sua intimidade sexual, etc. O acesso a essas esferas mais íntimas dos filhos deve ser obtido pelos pais através da conquista, do convencimento, jamais pela força, o que implicaria em invasão, em violação aos direitos da personalidade dos filhos¹⁴⁰.

Dentro dessa linha de raciocínio, parece-nos bastante discutível a questão das câmaras filmadoras, ocultas nas dependências da residência familiar, as quais vêm reduzindo, e até mesmo suprimindo, a intimidade das pessoas dentro do recesso do lar. Através dessas parafernálias eletrônicas, os pais procuram controlar os filhos até mesmo nos recônditos mais íntimos¹⁴¹. O que seria uma faculdade aparentemente funcional por seu sentido preventivo, como bem coloca Paulo José da Costa Júnior, “na realidade tem por efeito atrofiar nas crianças o sentimento de intimidade pessoa [...]. Essa vigilância recíproca tende a solapar os princípios basilares da convivência em família: o interesse natural que os membros têm pelas atividades uns dos outros está sujeito ao risco de não mais se basear em pressupostos de confiança e respeito mútuos”¹⁴².

O mesmo se diga da violação ao segredo de comunicação, constantemente perpetrada pelos pais, sobretudo através do monitoramento de e-mails¹⁴³. Não desconhecemos a finalidade

¹³⁹ Idem.

¹⁴⁰ Cf. HERKENHOFF, Henrique. *Do patriarcalismo...* cit, p. 239.

¹⁴¹ Outra forma de controle dos pais sobre os filhos, fruto da evolução tecnológica, mas, muitas vezes usado com excesso, são os aparelhos de telefone celular. A vigilância contínua e ininterrupta dos pais, procurando saber cada passo do menor, através desses aparelhos, pode violar o direito fundamental à privacidade e à intimidade, comprometendo o pleno desenvolvimento da personalidade do filho.

¹⁴² Costa Júnior, Paulo José da, 1925. *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*. 3ª ed. São Paulo: Siciliano Jurídico, 2004, pp. 23/24.

¹⁴³ Conforme disposto no inciso XII do art. 5º da CF/88, a correspondência, as comunicações telegráficas e telefônicas são sigilosas, ressalvada a hipótese de determinação judicial. Essa proteção constitucional tem como destinatários todas as pessoas, quer sejam capazes ou incapazes, pais ou filhos, dentro ou fora da família. Ressalta Ana Carolina Brochado Teixeira que “a inviolabilidade de comunicações pessoais informa o respeito à intimidade, na medida em que retira da curiosidade alheia informações inerentes à reserva pessoal, contidas nas comunicações. A correspondência deve ser protegida, pois ela, em si mesma considerada é informação da intimidade e, por esta razão, deve ser preservada”.(Op. cit., p. 199)

preventiva dessas ações, nem muito menos que tais medidas se inserem no dever de vigilância¹⁴⁴ inerente ao poder familiar, mas insistimos que esse compartilhamento deve ser conquistado, jamais usurpado. Ou será que não teriam os pais o dever de respeitar a intimidade dos filhos, suas escolhas, suas correspondências, enfim, suas relações? Claro que sim !

Não é pelo simples exercício do poder familiar que se poderá deduzir o direito dos pais de interceptar os conteúdos das comunicações dos filhos menores, abrindo as cartas a eles destinadas¹⁴⁵.

Semelhante tipo de atuação dos pais, segundo Perlingieri, “justifica-se apenas no interesse objetivo da instrução e da educação do menor, no respeito da sua dignidade e com o uso de formas e de meios que não sejam traumáticos e, portanto, de per si deseducativos”¹⁴⁶.

O direito à privacidade e à intimidade dos filhos só pode ser afastado excepcionalmente, quando em confronto com outros valores e princípios superiores, como é o caso do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente¹⁴⁷. Nesse aspecto, comungamos com Ana Carolina Brochado Teixeira:

*“Tal comportamento justifica-se somente em prol do interesse do filho, mesmo que seja contra sua vontade, de forma a preservar sua instrução e educação, além de proteger sua dignidade. Por exemplo, se existe a suspeita do filho andar na companhia de um colega drogadito, que vem exercendo grande influência sobre o menor, os pais têm o direito/dever de impedir que o filho conviva com este colega? Teriam os genitores o direito de vasculhar os objetos pessoais do filho para buscar algum sinal que traduza esta tendência do filho? É claro que sim, pois agem exclusivamente para tentar preservar o menor de experiências com drogadicção que podem gerar conseqüências para toda a sua vida”.*¹⁴⁸

¹⁴⁴ Ana Carolina Brochado Teixeira: “O dever de vigilância se traduz em controle e censura em relação aos filhos. Seria essa conduta lícita? Estaria ela realmente implícita no dever de educar? Não seria uma invasão da intimidade dos filhos, uma vez que sua vida, suas escolhas, seus amigos, sempre teriam que passar pelo crivo de seus pais? Não seria isso por demais rígido e impeditivo do crescimento e amadurecimento dos menores? Este dever de vigilância facultaria aos pais o livre acesso à correspondência dos filhos, a seus escritos, documentos particulares, bolsas, mochilas, etc?”(Op. cit. p. 200).

¹⁴⁵ Cf. PERLINGIERI; Pietro, op. cit., p. 185 – “ainda que a relação familiar – e, em especial, o múnus do pátrio poder dos pais – atenua a inviolabilidade dos direitos fundamentais dos menores”, prossegue o autor.

¹⁴⁶ Idem.

¹⁴⁷ Ana Carolina Brochado Teixeira: “Nos casos como o presente, o que se deve primar é pelo alcance do Princípio do Melhor Interesse da Criança. É cediço que o menor é pessoa em desenvolvimento e se encontra em fase de especial construção da sua personalidade e dignidade. Essa é a razão maior da autoridade parental: conduzir a criança e o adolescente pelos caminhos que eles ainda desconhecem”. (Op. cit. p. 207)

¹⁴⁸ *Família, Guarda e Autoridade Parental*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, pp.200/201. O próprio Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece diversas medidas de prevenção, que muitas vezes limitam o direito

Com muito mais razão, esse direito à privacidade e à intimidade deve ser preservado nas relações entre cônjuges ou entre companheiros. O casamento ou a união estável não têm o condão de outorgar aos seus participantes autorização para invadir a privacidade ou a intimidade do parceiro, como ensina novamente Perlingieri:

*Não existe nenhum direito ao conhecimento da correspondência do cônjuge, nem mesmo para fins de controle do dever de fidelidade – controle que além de tudo seria lesivo à dignidade pessoal.*¹⁴⁹

O direito à intimidade sexual dos filhos é outra questão polêmica. A doutrina atual vem considerando o direito à orientação sexual, como um direito da personalidade, atributo inerente e inegável da pessoa humana¹⁵⁰. A base jurídica dessa construção é justamente a inviolabilidade da intimidade e da vida privada. Sabemos que a espécie humana foi a única em que já ocorreu a separação psíquica e física entre o ato sexual prazeroso e a função procriativa¹⁵¹. A sexualidade da pessoa se insere entre as esferas mais íntimas e recônditas de sua vida privada. Ninguém, nem mesmo os pais, têm o direito de invadir essa esfera, sem o consentimento do titular. Não negamos aos pais o direito de influir e orientar a educação sexual dos filhos. Mesmo porque não é só um direito ou um poder, mas um dever, corolário lógico e indissociável do próprio exercício do poder familiar. Entretanto, o exercício desse poder-dever não pode ir além, a ponto de suprimir a intimidade dos filhos, ou mesmo coagi-los psicologicamente. Qualquer atitude nesse sentido viola direito da personalidade.

Ao mencionarmos o poder familiar e a questão da intimidade sexual dos filhos, não podemos deixar de fazer alusão ao que consideramos uma violação da privacidade no gerenciamento do poder familiar.

fundamental à privacidade. No art. 70, por exemplo, dispõe o ECA ser “*dever de todos prevenir a ocorrência de ameaça ou violação dos direitos da criança e do adolescente*”. Prevê, ainda que o direito à informação, cultura, lazer, esportes, diversão, espetáculos e outros produtos e serviços devem ser condizentes com sua situação peculiar do menor.

¹⁴⁹ Op. cit., p. 185. A violação da intimidade não é permitida em função da proximidade, da vida em comum, sob pena de anulação da própria personalidade, ensina Ana Carolina Brochado.

¹⁵⁰ Já existe projeto de lei no Congresso Nacional propondo a alteração do art. 11 do NCC para incluir expressamente esse direito entre os direitos da personalidade (PL 6.960/2002)

¹⁵¹ Cf. NEGRÃO, Sônia Regina. *Direitos da personalidade. O direito à intimidade sexual*. Jus Navigandi, Teresina, a. 9, n. 704, 9 jun. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6829>>. Acesso em: 24 nov. 2005.

Não há dúvida de que a influência dos pais na formação moral e religiosa dos filhos é imprescindível ao seu pleno desenvolvimento psicossocial. A própria cidadania, como sabemos, começa a se desenvolver dentro do lar, com as noções preliminares de direitos e deveres, sobretudo na seara da ética e dos costumes.

Esse verdadeiro “dever” dos pais não deixa de ser também um direito fundamental e personalíssimo de orientar, dentro de suas crenças e *modus vivendi*, a educação moral e religiosa de seus filhos menores. Quando a Constituição de 1988 fala em privacidade, como direito fundamental da pessoa, está abrangendo também a privacidade familiar: “os pais, no exercício de suas funções, têm o dever e o direito de dar a formação sexual que julgam mais oportuna aos filhos, com a carga valorativa que entendam adequada”¹⁵².

Infelizmente, a privacidade e a intimidade ínsitas ao exercício desse poder-dever vêm sofrendo violações externas constantes, através dos meios de comunicação de massa¹⁵³, algumas delas patrocinadas pelo próprio Estado.

Ressalta Antônio Jorge Pereira Júnior que “o princípio da subsidiariedade determina que o Estado respeite as *competências exclusivas e privadas* das entidades menores. Deverá agir (fornecer subsídio) quando essas entidades não estiverem cumprindo, sozinhas, suas funções (competências), em defesa e proteção daqueles que possam ser prejudicados pela atuação insuficiente delas”¹⁵⁴.

Entre as competências privativas dos pais podemos citar a educação moral e religiosa dos filhos menores. Apenas na hipótese de insuficiência dos pais, é que “o Estado deverá intervir, de acordo com o *princípio da subsidiariedade*, dando suporte aos pais para que ela se efetive, ou substituindo-os quando este suporte não for suficiente para garantir aos filhos a educação moral a que têm direito [...] deve o Estado respeitar a precedência dos pais e auxiliá-los na função, se for necessário (*subsídio*). Mas não pode arrogar a si, em

¹⁵² Ives Gandra Martins Filho, Antônio Jorge Monteiro Júnior, (coordenadores). *Direito à Privacidade*. Aparecida, SP: Idéias & Letras; São Paulo: Centro de Extensão Universitária, 2005, p. 198.

¹⁵³ “A tônica dos meios de comunicação é a erotização, que faz com crianças virem adultos rapidamente, desrespeitando o processo natural de amadurecimento. A sexualidade e a violência passaram a ser temas de vários programas de televisão e rádio. Sem falar na Internet, que possibilita livre acesso a inúmeros sites, em qualquer ressalva, vez que inexistente critério de hospedagem de páginas pessoais, desde que não firam a lei. O acesso à computação é crescente entre os menores, principalmente se for considerado o difícil controle pelos pais” (Teixeira, Ana Carolina Brochado, op. cit., p. 208).

¹⁵⁴ Op. cit., p. 174.

concorrência com os pais (respeitando-se os direitos fundamentais do filho), o direito de educar”¹⁵⁵.

Todavia, isso muitas vezes não vem ocorrendo. Veja-se o caso das campanhas públicas de educação sexual e prevenção de DST, Aids e gravidez indesejada, patrocinadas pelo Ministério da Saúde e dirigidas ao público juvenil.

Essas campanhas muitas vezes chegam até mesmo a atropelar o poder familiar no que refere à educação sexual.

“Quais pais foram consultados sobre o conteúdo das campanhas do Ministério, no que afetam a criança e adolescentes?”, indaga Antônio Jorge Monteiro Júnior¹⁵⁶. No material publicitário das campanhas, fartamente difundido e distribuído aos adolescentes, constata-se “o ensino de técnicas para aferir maior prazer da vida sexual, sem qualquer padrão moral ou concepção ética que não a do ‘faça o máximo para obter prazer; mas faça usando camisinha’, o que já demonstra uma concepção axiológica, uma concepção de pessoa de dignidade humana. Em nenhum momento o material orientado aos adolescentes apresenta a abstinência sexual, a fidelidade ao parceiro, e a conveniência de preservar-se para as relações após casamento como meios de evitar as doenças sexuais, que são métodos adequados em uma política de educação sexual. Incita, sempre, a prática do sexo, sem qualquer baliza que não o uso da camisinha. Há, repita-se, uma visão de mundo e de condição humana sendo passada em meio à campanha. Ao mesmo tempo, em momento algum [...] convida os jovens a conversarem com os pais sobre o tema”¹⁵⁷.

Em outras palavras, tais campanhas adotam uma concepção da sexualidade, que interfere na educação sexual que muitos pais gostariam de imprimir aos seus filhos, no exercício de sua

¹⁵⁵ Ives Gandra Martins Filho, Antônio Jorge Monteiro Júnior, (coordenadores). *Direito à Privacidade...* pp. 181/182: “Quando houver desrespeito aos direitos da criança e do adolescente, por atos dos pais, em desrespeito à *absoluta prioridade dos direitos fundamentais da criança e do adolescente*, e o Estado e a sociedade civil devem tomar providências, de acordo com o princípio da *subsidiariedade* [...]”. Em situações relacionadas à falta de atenção moral da criança, de acordo com o potencial danoso da ação ou omissão dos pais à personalidade do filho, pode-se chegar à decretação da suspensão ou perda do poder familiar”.

¹⁵⁶ Op. cit., p. 186: Por que o plano do Ministério da Saúde despreza a formação dos pais, sem se importar com passar conteúdo a eles, para, depois, aconselharem os filhos os procurarem?”

¹⁵⁷ Idem. “Faz-se apoteose da imprescindibilidade da camisinha, sem advertir o aprendiz que a camisinha tem finalidade contraceptiva e não somente profilática. Ou seja, o Ministério visa ao controle de natalidade, não apenas a evitar a transmissão da DST ou Aids, sem advertir sobre o planejamento familiar”(p. 187).

competência privativa¹⁵⁸, inerente ao poder familiar. E essa interferência atinge diretamente o direito à privacidade familiar.

Importante ressaltar que não se está a sustentar aqui que, em nome da privacidade familiar, tais campanhas não pudessem ser realizadas. Devemos, antes de mais nada, avaliar quais os interesses em jogo, sendo óbvio que não se poderia, por exemplo, priorizar o direito à privacidade em detrimento do direito à vida, que tem primazia constitucional. Segundo Carlos Alberto Bittar também não se pode permitir a invocação desse direito quando o tratamento de saúde for componente de programa de saúde pública¹⁵⁹.

A Constituição Federal, em seu art. 5.^o, no resguardo dos direitos e garantias fundamentais, tutelou os mais relevantes direitos da personalidade, assegurando, por exemplo, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade (*caput*), à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas (inciso X). Entre esses direitos fundamentais e personalíssimos, alguns gozam, indubitavelmente, de primazia constitucional sobre outros. O primeiro e mais importante direito da personalidade é o “direito à vida”, decorrente do princípio constitucional do respeito ao ser humano, tido como linha mestra e posto pelo constituinte em ordem de precedência em relação aos demais. Dentre as manifestações do direito à vida, decorre, também, o direito à integridade física. Já os direitos à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas, sem prejuízo de sua cumulatividade, e sempre que verificada situação de conflito ou antinomia interna, devem ceder lugar ao direito à vida, à liberdade e à igualdade.

Ou seja, sempre que houver um confronto entre direitos personalíssimos de um mesmo titular, deve-se observar a ordem de prevalência posta no pergaminho constitucional. Daí por que o direito à liberdade não prevalece sobre o direito à vida, de modo que ninguém é livre para atentar contra a própria vida ou mesmo contra a integridade de seu corpo (CC, art. 13), nem ao paciente é dado o direito de recusar o tratamento médico que lhe venha a salvar a vida (CC, art. 15).

¹⁵⁸ O gerenciamento da educação moral sexual é competência privativa dos pais.

¹⁵⁹ Cf. *Os direitos da personalidade*. 5.^a ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 74.

Da mesma forma, o direito à intimidade e à vida privada não prevalece sobre o direito à vida. E estando em jogo o direito à vida dos cidadãos não emancipados, não prevalecerá o direito dos pais de educarem segundo uma determinada pauta de valores.

O que se está a sustentar é que essa pauta de valores seja respeitada e que seja levada em consideração na hora de se elaborarem as campanhas públicas. Afinal de contas, qual o problema em se incluir, entre os modos de prevenção contra DST, ao lado da camisinha, a abstinência sexual? Por que não se respeitar o direito dos pais que quiserem imprimir essa conduta moral na educação de seus filhos?

Outra questão palpitante que envolve o direito à privacidade nas relações de família diz respeito ao direito ao anonimato do doador de material fecundante em relação ao filho gerado através de técnica de reprodução assistida, nos casos de inseminação artificial heteróloga.

Na inseminação heteróloga o anonimato estimula o doador a ceder o sêmen, na medida em que não envolve a relação de paternidade e, conseqüentemente, estimula os processos de inseminação¹⁶⁰.

Ensina Maria Helena Diniz que “o DNA representa a programação biológica da pessoa em seu passado, presente e futuro. [...] toda informação genética deve ser confidencial, a difusão indevida da composição genética de uma pessoa é, portanto, legalmente vedada”¹⁶¹.

¹⁶⁰ A essa posição contrapõe-se Perlingieri, advertindo que a divulgação da identidade do doador não deve representar uma contra-indicação à inseminação artificial: “Não tutelar o anonimato, antes, atribuir responsabilidades a quem doa, com o seu sêmen, a vida, personalizar a doação, significa evitar a especulação”(Op. cit., p. 176).

¹⁶¹ *O impacto da biotecnologia no direito à privacidade* in *O Direito à Privacidade*. Ives Gandra Martins Filho, Antônio Jorge Monteiro Júnior, (coordenadores). Aparecida, SP: Idéias & Letras; São Paulo: Centro de Extensão Universitária, 2005, p. 73: “[...] Nos Estados Unidos, uma senhora foi obrigada a realizar teste de DNA, que acusou a presença de um gene recessivo de fibrose cística (doença pulmonar mortal), com isso a companhia excluiu de seu seguro saúde qualquer cobertura de problemas respiratórios, por haver suscetibilidade congênita a essas moléstias. Seria isso lícito? [...] Não se deveria também acatar a exigência de implementação de tal prova a recém-nascido, alegando prevenção de enfermidades, pois nem mesmo seus pais têm o direito de conhecer todos os dados revelados pela análise de seu genoma e de modificar as tendências nele observadas que não impliquem grave moléstia. Seria possível efetuar testes genéticos para realizar diagnóstico pré-natal? Parece-nos que admitir isso seria uma porta aberta para o aborto eugênico. [...] *identidade geopática*, que é uma forma de intimidade, pois o DNA é a imagem científica de sua pessoa e representa um tipo especial de propriedade por conter informações diferentes de todos os outros tipos de informação pessoal”(pp. 74/75)

Mas até que ponto o direito ao sigilo de nossas informações genéticas justificaria o direito ao anonimato do doador de material fecundante em contraposição ao direito do filho ao conhecimento de sua ascendência genética?

Vários são questionamentos que surgem ligados, sobretudo, ao direito à identidade do filho, que tem a necessidade psicológica de conhecer a sua herança genética, em contraposição ao direito à intimidade e à privacidade do doador protegido pelo anonimato. Sobre a matéria ainda não há consenso no direito comparado. Países como a Noruega, Espanha e França consagram o princípio do anonimato, enquanto outros, a exemplo da Suécia e do Reino Unido, proíbem a ocultação da identidade do doador do material fecundante¹⁶². No Brasil, o Inciso IV ,n.2, da Res. 1.358/92, do Conselho Federal de Medicina estabelece que "*os doadores não devem conhecer a identidade dos receptadores e vice-versa*".

Entretanto, a tendência atual, como bem coloca Alejandro Bugallo Alvarez , até mesmo "por razões de saúde da prole procriada, é reconhecer-se o direito ao acesso aos dados genéticos da paternidade biológica"¹⁶³.

A eliminação do anonimato atende à diretriz maior do ordenamento de dignificação da pessoa humana, pois "o menor tem o direito de conhecer as próprias origens não somente genéticas, mas culturais e sociais. O patrimônio genético – de acordo com a concepção pela qual a estrutura se adapta à função – não é totalmente insensível no seu futuro às condições de vida nas quais a pessoa opera. Conhecê-lo significa não apenas evitar o incesto, possibilitar a aplicação da proibição de núpcias entre parentes, mas, responsabilmente, estabelecer uma relação entre o titular do patrimônio genético e quem nasce"¹⁶⁴.

¹⁶² Cf. ALVAREZ ,Alejandro Bugallo ."*Princípios informativos da relação de filiação: indagações à luz dos progressos da biotecnologia*". Texto capturado na Internet. Disponível em http://www.puc-rio.br/sobrepu/depto/direito/revista/online/rev15_aalejandro.html#_ftn29.

¹⁶³ "*Princípios informativos ... cit.* Segundo o autor, "à luz dos princípios constitucionais, especialmente o referente à dignidade da pessoa humana e do direito à identidade, parece que qualquer restrição a esse direito implica em manipulação quer a serviço de uma paternidade assumida, quer a serviço do anonimato do doador. O direito à identidade biológica e ao conhecimento da mesma, não parece deva ser sacrificado em função de outros valores ou interesses, ao menos a partir da maioridade e, a qualquer momento, para fins de diagnóstico e correção de anomalias".

¹⁶⁴ PERLINGIERI, Pietro. Op. cit., p. 177.

10. Da responsabilidade civil por violação a direito da personalidade no âmbito das relações de família.

O novo Código Civil trouxe norma específica e genérica de tutela dos direitos da personalidade, consubstanciada no art. 12, vazado nos termos seguintes:

Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

O dispositivo versa sobre os mecanismos de tutela dos direitos da personalidade, tanto na prevenção e cessação da lesão quanto na reparação dos possíveis danos daí advindos. Abriu-se aqui a possibilidade de cumulação dessas medidas com pedido de perdas e danos e com quaisquer outras sanções previstas em leis especiais¹⁶⁵.

A tutela geral dos direitos da personalidade, segundo Carlos Alberto Bittar, compreende as seguintes medidas: “a) cessação de práticas lesivas; b) apreensão de materiais oriundos dessas práticas; c) submissão do agente à cominação de pena; d) reparação de danos materiais e morais; e e) perseguição criminal do agente”¹⁶⁶.

Resta saber se tal tutela pode ser invocada entre os membros da família, uns contra os outros?

Não vemos como possa se estabelecer qualquer tipo de restrição, salvo aquelas previstas em lei e referentes à capacidade e legitimidade processuais. Fora disso, não vemos qualquer óbice a que o filho, ou o cônjuge, valha-se de quaisquer dessas medidas para defesa de seus direitos da personalidade. Inclusive a reparação civil, nos casos de dano moral.

No caso específico de responsabilidade civil por dano moral no âmbito das relações de família, não podemos deixar de nos referir ao conceito de dano moral: ao contrário do que afirmam muitos autores, o dano moral não é a dor ou o constrangimento, nem muito menos o sofrimento ou o desconforto experimentado pela pessoa. Dano moral é simplesmente o dano decorrente de violação a direito da personalidade, pouco importando os aspectos subjetivos da vítima. O dano moral não pode ser identificado com a dor exatamente pela

¹⁶⁵ Cf. nosso *Código Civil Anotado. Inovações comentadas artigo por artigo*. São Paulo: Método, 2005.

¹⁶⁶ *Os direitos da personalidade*, 5.^a. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 49.

impossibilidade de qualquer mensuração do sofrimento. Não há como se estabelecer graus de dor. E isso é importante destacar para que não se fale em patrimonialização dos sentimentos. Havendo violação de direito da personalidade, surge o dever de indenizar, pouco importando os sentimentos da vítima.

Vejamos o caso concreto da responsabilidade civil nas relações paterno-filiais. Já dissemos, em tópico anterior, que a família, dentro de uma concepção funcionalizada, deve assegurar a realização da personalidade de seus membros. O abandono afetivo causa um dano à personalidade do indivíduo, na medida em que atinge a sua integridade psíquica. O direito ao afeto parental é um dos pressupostos para o desenvolvimento psíquico de qualquer pessoa.

Não se trata de patrimonialização do afeto, mas compensação ao dano moral sofrido, a qual não precisaria sequer ter cunho monetário.

Aliás, o ideal é que venhamos a encontrar uma solução alternativa de compensação desses danos, que não envolva indenização pecuniária, afastando, assim, essa conotação monetarista, que muito tem contribuído para o desprestígio de uma construção doutrinária substancial, que coíbe a violação dos direitos da personalidade no âmbito das relações internas da família e que vem ao encontro da exigência de dignificação da pessoa humana.

Bibliografia

ABAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*, 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

AINA, Eliane Maria Barreiros. *O Fiador e o Direito à Moradia*. 2º ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2004.

ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ALVAREZ, Alejandro Bugallo. *Princípios informativos da relação de filiação: indagações à luz dos progressos da biotecnologia*". Texto capturado na Internet. Disponível em http://www.puc-rio.br/sobrepuc/depto/direito/revista/online/rev15_aalejandro.html#_ftn29.

AMARAL, Francisco. *Direito Civil Brasileiro*, vol I, Introdução. RJ: Forense. 1991.

BARROS, Sergio Rezende de. *Direitos humanos da família: dos fundamentais aos operacionais*, in Anais –IV Congresso Brasileiro de Direito de Família- Afeto, Ética, Família e o novo Código Civil. Coordenador: Rodrigo da Cunha Pereira. Belo Horizonte. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

_____ ; *Direitos humanos. Paradoxo da civilização*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS , Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1989, v. 2.

BELTRÃO, Silvio Romero. *Direitos da personalidade de acordo com o novo código civil*. São Paulo: Atlas, 2005.

BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 5ª ed. atualizada por Eduardo Carlos Cabianca Bittar. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

_____ ; *Direito civil constitucional*. 3. ed. rev. atual. da 2ª edição da obra O direito civil na constituição de 1988. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada*. São Paulo: Saraiva, 2005.

BRUGGER, Walter. *Dicionário de Filosofia*. Trad. Antônio Pinto de Carvalho. São Paulo: Editora Herder, 1969.

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

CHAVES, Antônio. *Tratado de direito civil: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, Tomo 1.

CIFUENTES, Santos. *Derechos personalísimos*. Editorial Astrea, 2ª ed..Buenos Aires: 1995.

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: Revista dos Tribunais, 2002.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*. 3ª ed. São Paulo: Siciliano Jurídico, 2004.

CUPIS, Adriano de. *Os direitos da personalidade*. Tradutor Afonso Celso Furtado Rezende. Campinas,: Romana, 2004.

DE MATTIA, Fábio Maria. Direitos da personalidade. Aspectos gerais. Revista de Informação Legislativa. Subsecretaria de Edições Técnicas, Senado Federal, Brasília, outubro/dezembro de 1977, nº 56.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: teoria geral do direito civil*, v.1:teoria geral do direito civil.19ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____ *O impacto da biotecnologia no direito à privacidade* in *O Direito à Privacidade*. Ives Gandra Martins Filho, Antônio Jorge Monteiro Júnior, (coordenadores). Aparecida, SP: Idéias & Letras; São Paulo: Centro de Extensão Universitária, 2005.

DORON, Roland e PAROT , Françoise. *Dicionário de Psicologia*. Trad. Odilon Soares Leme. São Paulo: Editora Ática, 1998.

FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2001*.

_____ *Direitos da Personalidade no Código Civil Brasileiro: elementos para uma análise de índole constitucional da transmissibilidade*. Obra coletiva em homenagem à Professora Doutora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. São Paulo: Ed. Método, 2006. No prelo.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1995.

FLÓREZ-VALDES, Joaquim Arce. “*Los Principios Generales del Derecho y su formulación Constitucional*” Madrid, ed. Cuadernos Civitas, 1990.

FRANÇA, R. Limongi. *Direitos privados da personalidade – subsídios para a sua especificação e sistematização* Revista dos Tribunais, v. 370, p. 7-16.

_____ *Direitos da personalidade – Coordenadas Fundamentais*, *Revista do Advogado*, São Paulo, AASP, n. 38, p. 5; *Manual de direito civil*, 3. ed., São Paulo, RT, 1981.

GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

GROENINGA, Giselle Câmara. *O direito à integridade psíquica e o livre desenvolvimento da personalidade* - Palestra apresentada no V Congresso Brasileiro de Direito de Família, Belo Horizonte, out-2005. Texto a ser publicado nos anais do Congresso.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Celso Bastos, 1999.

HERKENHOFF, Henrique Geanquinto. *Do patriarcalismo à democracia: evolução dos princípios constitucionais do direito de família*, in Revista EPD, ano I – n. I. São Paulo: Escola Paulista de Direito, 2005.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, trad. Paulo Quintela, Lisboa: Ed. 70,1986.

LAFER, Celso. *A internacionalização dos direitos humanos: Constituição, racismo e relações internacionais*. Barueri, SP: Manole, 2005.

_____ *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Danos morais e direitos da personalidade*. Jus Navigandi, Teresina, a. 7, n. 119, 31 out. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4445>>. Acesso em: 24 nov. 2005.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: Editora RT, 1998.

LOTUFO, Renan. “*Curso Avançado de Direito Civil*” Vol. 1 Parte geral. 2ª ed Editora RT. SP. 2003.

MARTINS, Luciana Mabilia, *O direito civil à privacidade e à intimidade*. In MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: Editora RT, 2002.

MARTINS-COSTA, Judith. *Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza de sua reparação*. In MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: Editora RT, 2002.

_____ ; *Os direitos fundamentais e a opção culturalista do novo código civil*. In SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet, (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

MARTINS FILHO , Ives Gandra; MONTEIRO JÚNIOR, Antônio Jorge (coordenadores). *Direito à Privacidade*. Aparecida, SP: Idéias & Letras; São Paulo: Centro de Extensão Universitária, 2005.

MODUGNO, Franco. “*I nuovi diritti nella Giurisprudenza Costituzionale*”. Torino, G. Giapicheli Editore, 1995.

MORAIS, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Recusa à realização do exame de DNA na investigação da paternidade e direitos da personalidade*. In *A nova família: Problemas e perspectivas* (org. Vicente Barreto). Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

_____ ; *O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo*, in Sarlet. Ingo Wolfgang Sarlet, (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

MORAIS, Walter. *Contribuição tomista de pessoa. Um contributo para a teoria do direito de personalidade*. RT nº 590/14.

NEGRÃO, Sônia Regina. *Direitos da personalidade. O direito à intimidade sexual*. Jus Navigandi, Teresina, a. 9, n. 704, 9 jun. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6829>>. Acesso em: 24 nov. 2005.

NUNES, Rizzato. *O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana*. Doutrina e Jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2002.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa. MUNIZ, Francisco José Ferreira. *O Estado de Direito e os Direitos da Personalidade*. In: Revista da Faculdade de Direito da UFPR. nº 19. ano 19. Curitiba, UFPR, 1980.

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

PIOVESAN, Flávia e ROSSO, Rômolo. *Direitos humanos, dignidade humana e direitos da personalidade*, in *O código civil e sua interdisciplinaridade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

PONTES DE MIRANDA, Tratado de direito privado. Campinas: Bookseller, 2000, tomo 7.

REALE; Miguel. *Os Direitos da Personalidade*. Artigo disponível em www.miguelreale.com.br

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Coord.). *O direito à vida digna*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3º ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2004.

_____ *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____ *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SEREJO, Lourival. *Direito constitucional da família*. 2 ed. rev. atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

SOUZA, Rabindranath V. A. Capelo de. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. *Direito à moradia e de habitação: análise comparativa e suas implicações teóricas e práticas com os direitos de personalidade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos da personalidade e sua tutela*. 2ª ed.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

TARTUCE, Flávio. *Concepção dogmática dos direitos da personalidade. Análise sob o prisma pessoal e patrimonial. A impenhorabilidade do imóvel em que reside pessoa solteira*. Jus Navigandi, Teresina, a. 10, n. 866, 16 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7583>>. Acesso em: 24 nov. 2005.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Família, Guarda e Autoridade Parental*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 3ª ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004,

VILLELA, João Baptista. *Repensando o Direito de Família*. Anais do I Congresso de Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.