

DIREITO DA PERSONALIDADE E INTEGRIDADE PSICOFÍSICA*

DERECHOS DE LA PERSONALIDAD E INTEGRIDAD PSICOFÍSICA

Dennis Otte Lacerda

RESUMO

O artigo objetiva contribuir com o desenvolvimento dos direitos da personalidade, fornecendo elementos que apontam para a formação de uma nova dogmática do Direito Civil, que se liga diretamente aos valores constitucionais, formando a base para um Direito Civil-Constitucional. O artigo inicia com uma breve análise da evolução dos direitos da personalidade do século XIX ao XXI. Nesta travessia, procura-se demonstrar que os direitos da personalidade possuem um fundamento material, proveniente de sua relação com a dignidade da pessoa humana. A Constituição Federal prevê uma cláusula geral de proteção dos direitos da personalidade ao dispor como fundamento da República a dignidade da pessoa humana como direito fundamental, o que permite a adequada mobilidade aos constantes avanços da sociedade. A integridade psicofísica é um dos pilares da dignidade da pessoa humana e representa um forte exemplo de direito de personalidade. Apesar dos avanços constitucionais a realidade que se apresenta à pessoa humana, notadamente a desprovida de recursos, é diversa. A sociedade ainda não se libertou totalmente das amarras que a prende ao passado centrado no patrimônio. Por isso, ainda se percebe que algumas políticas públicas não se coadunam com um ordenamento jurídico que se propõe em colocar a pessoa humana como o centro de preocupação da sociedade. Em conclusão, argumenta-se que com a implementação do efetivo acesso à Justiça, o Poder Judiciário vem reconhecendo e tutelando questões atinentes aos direitos da personalidade, que não possuem conteúdo econômico, o que vem contribuindo para a alocação da pessoa humana no centro do sistema jurídico.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITOS DA PERSONALIDADE. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. INTEGRIDADE PSICOFÍSICA.

RESUMEN

El artículo tiene como finalidad la contribución con el desarrollo de los derechos de la personalidad, dando los elementos que apuntan para la formación de una nueva dogmática del Derecho Civil, que se junta a los valores constitucionales formando la base para un Derecho Civil Constitucional. El artículo empieza con una breve análisis de la evolución de los derechos de la personalidad del siglo XIX al XXI. En esta travesía se busca demostrar que estos derechos tienen un fundamento material, proveniente de su relación con la dignidad de la persona humana. La Constitución Federal prevé una

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

cláusula general de protección de los derechos de la personalidad al disponer como fundamento de la República, la dignidad de la persona humana como derecho fundamental, lo que permite la adecuada movilidad a los constantes avances de la sociedad. La integridad psicofísica es uno de los pilares de la dignidad de la persona humana y representa un fuerte ejemplo de derecho de personalidad. A pesar de los avances constitucionales, la realidad que se presenta a la persona humana, notadamente aquella desprovista de recursos, es diversa. La sociedad todavía no se libertó totalmente de las amarras que la arresta al pasado centrado en el patrimonio. Por esto, aún se percibe que algunas políticas públicas no se coadunan con un ordenamiento jurídico que se proponga a colocar la persona humana como el centro de preocupación de la sociedad. Por fin, se argumenta que con la implementación del efectivo acceso a la Justicia, el Poder Judicial viene reconociendo y tutelando cuestiones atinentes a los derechos de la personalidad, que no tienen contenido económico, lo que viene contribuyendo para el alocación de la persona humana en el centro del sistema jurídico.

PALABRAS –LLAVES: DERECHOS DE LA PERSONALIDAD. DIGNIDAD DE LA PERSONA HUMANA. INTEGRIDAD PSICOFÍSICA.

1. Introdução: Direitos da Personalidade - travessia do século XIX ao XXI.

A construção dos direitos da personalidade humana vem sendo influenciada através dos séculos por vários pensamentos doutrinários e filosóficos. Ora com maior ênfase, ora com mais vagar. Dentre todos, pode-se destacar o Cristianismo, pelo fato de ter estabelecido a idéia de dignidade humana; a Escola de Direito Natural, que propagou a concepção da existência de direitos inatos à natureza humana e anteriores à formação de um Estado político organizado e a um ordenamento jurídico positivo; e, na modernidade, os filósofos do Iluminismo, que valorizavam o indivíduo em face do Estado. [1]

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

burguês, garantindo-se a todos, por exemplo, a liberdade e o direito à propriedade privada. [2]

O reconhecimento dos direitos da pessoa humana, no âmbito legislativo, deu-se, primeiramente, na esfera pública, em que se buscava a proteção do indivíduo por meio do estabelecimento de garantias frente ao Estado. Dos diplomas textuais que marcaram a evolução desses direitos, merecem destaque o Bill of Rights dos Estados americanos em 1689; a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, aprovada com a Revolução Francesa; e a Declaração Universal dos Direitos do Homem em 1948.

Esses textos evidenciaram a preocupação do legislador em reconhecer direitos aos homens em uma esfera pública e política, agasalhando-os contra o absolutismo e o totalitarismo estatal. Efetivamente, a atenção dessas declarações, em princípio, não estava direcionada para a proteção dos atributos da pessoa na seara do direito privado, inexistindo, mesmo, um sistema protetivo dos bens mais elevados da pessoa humana, em face dos particulares, além daqueles cunhados pelo direito penal. [3]

Estas circunstâncias formaram um ordenamento jurídico compartimentado pela incomunicabilidade dos direitos público e privado – conferindo destaque à renomada *summa divisio* entre esses “ramos da juridicidade” – e indicaram um sistema jurídico dicotomizado por distintos espectros de proteção da pessoa humana: de um lado a tutela consagrada pelas liberdades públicas (exercidas contra o Estado) e pela admissão de uma igualdade formal, ambas conferidas por meio das declarações de direitos e pelas constituições da época; e, do outro lado, a sede das relações privadas, domínio em que reinava a autonomia privada e o patrimonialismo e que subtraía da pessoa humana qualquer proteção particularizada do ordenamento em suas relações existenciais. Nesta fase da cultura jurídica, não se cogitava, ainda, a proteção da personalidade no âmbito do direito privado. [4]

A oposição tradicional à existência dos Direitos da Personalidade, fundada numa concepção patrimonialística do Direito Civil, se dá na medida em que ao se identificar a personalidade com a titularidade de direitos, ela (a personalidade) não poderia ser considerada como objeto deles. A pessoa humana identificada ora como sujeito, ora como bem da personalidade, levaria à legitimação do suicídio ao se admitir a existência

dos Direitos da Personalidade (SAVIGNY). Outra crítica para se negar a existência dos Direitos da Personalidade como disciplina jurídica, se dava com o argumento de que a vida, a saúde e a honra não se enquadram na categoria do ter, mas do ser, o que os tornariam incompatíveis com a noção de direitos subjetivos, predispostos à tutela das relações patrimoniais, em particular do domínio (JELLINEK).

Após a superação das controvérsias históricas sobre a conceituação dos direitos tidos como da personalidade, restou amplamente aceito que o homem, como pessoa, manifesta dois interesses fundamentais: (i) como indivíduo, o interesse a uma existência livre; (ii) como integrante de uma sociedade, o interesse ao livre desenvolvimento da vida em relações. Sob essa perspectiva é que se desenvolveram os substratos teóricos que alicerçaram, na contemporaneidade, os direitos tidos como da personalidade.

Muito embora alusões a essa categoria de direitos tenham sido feitas no século XIX, o desenvolvimento dos direitos da personalidade, verdadeiramente, teve lugar em meio às transformações ocorridas na sociedade humana a partir de 1919 com a Constituição de Weimar, documento de inovadora metodologia – consistente na veraz aplicabilidade dos direitos pessoais às reais circunstâncias em que se colocava em questão a personalidade humana – além de receptáculo dos institutos clássicos do direito civil, tais como o contrato, a propriedade e a família. A começar deste momento, os direitos da personalidade iniciaram o caminho rumo à conformação teleológico-estrutural de que hodiernamente dispõem, objetivando a salvaguarda da dignidade humana. [5]

Foi, então, a partir da segunda metade do século XX, especialmente com o pós-guerra, que os direitos da personalidade lograram obter um maior desenvolvimento. Sobretudo por causa da célere evolução tecnológica e da conseqüente evolução do consumismo desenfreado, o ser humano passou a entabular relações privadas por meio das quais se tornou titular de inúmeras situações subjetivas que colocavam em risco seus atributos essenciais. Esse contexto fez repercutir uma grande preocupação com a tutela da pessoa na esfera do direito privado. [6]

O estabelecimento e a previsão legal dos direitos tidos como da personalidade se deu nas constituições do pós-guerra, que passaram a adotar uma perspectiva de proteção

integral da pessoa humana que, por consequência, abrange a personalidade. No Brasil, a Constituição Federal de 1988 erigiu a dignidade da pessoa humana como fundamento da república [7] e os direitos que materialmente emergem da dignidade e da sua afirmação e proteção foram tomados como fundamentais.

Assim, a conformação teórico-dogmática dos direitos da personalidade se desenvolveu à medida que o ser humano – devido à necessidade de tutela de seus bens essenciais – se tornou objeto de proteção não apenas por parte do direito público, face às ameaças perpetradas por um Estado totalitário ou absolutista aos seus direitos políticos e à sua integridade física, mas também no âmbito das relações privadas, face à ameaça de um mercado voraz, por meio da técnica dos direitos subjetivos. [8]

Na contemporaneidade não é possível se fazer uma análise mais ampla dos direitos da personalidade desvinculada de um exame da proteção da dignidade humana e dos direitos a ela correlatos [9].

2. Dignidade da Pessoa Humana como sustentáculo dos direitos da personalidade.

Tomar esse caminho ora explicitado dos Direitos da Personalidade significa sustentar a impossibilidade de uma visão puramente privatística de direitos da personalidade, desvinculada dos direitos do homem, e pressupõe um exame acurado da fundamentação da dignidade da pessoa humana que subjaz aos direitos da personalidade [10].

Em Portugal, GOMES DA SILVA em sua obra *Esboço de uma Concepção Personalista do Direito*, de 1965, constrói com riqueza o tema personalidade e sua tutela. Para o autor “na base de toda a ordem jurídica encontra-se, portanto, a pessoa, como ente individual dotado de razão e de liberdade e destinado a um fim transcendente, fixo e necessário, cuja realização ao direito compete assegurar, ... tudo que existe no direito se destina ao homem concreto e vivo e de (que) tudo quanto negar esta verdade não será direito, mas torto” [11]. O autor capta o sentido de que todas e cada uma das pessoas têm uma dignidade que é sagrada e igual, e que o direito está ao seu serviço. O direito da personalidade é o núcleo central do direito ao serviço da dignidade de cada uma das pessoas concretas [12] e vivas [13].

Essa concepção toma a dignidade como atributo que se refere ao ser humano concretamente considerado. Infere-se, ainda, outro elemento de extrema relevância, que não pode deixar de ser observado quando se trata do princípio em exame: a dignidade da pessoa humana é imperativo que decorre de uma ética de alteridade que paira sobre o direito e deve, necessariamente, informá-lo [14].

OLIVEIRA ASCENSÃO funda a categoria dos direitos de personalidade na dignidade humana, que afirma como o ponto de partida do ordenamento jurídico e como uma imposição ontológica: a pessoa, com sua dignidade, não é criatura do sistema jurídico. A dignidade da pessoa humana implica que a cada homem sejam atribuídos direitos, por ele justificados e impostos, que assegurem esta dignidade na vida social e que devem representar um mínimo que crie o espaço no qual cada homem poderá desenvolver a sua personalidade, mas devem representar também o máximo pela intensidade da tutela que recebem [15].

Na contemporaneidade, o direito marca-se pelo reconhecimento da necessidade de tutela dos valores essenciais para o ser humano, que outrora foram relegados a uma proteção indireta [16].

Sobre a dignidade da pessoa humana pode-se afirmar que, no sentido em que é compreendida contemporaneamente como princípio fundamental de que todos os demais princípios derivam e que norteia todas as regras jurídicas, não foi constituída como valor fundamental desde os primórdios da história. Ao contrário, a sua validade e eficácia, como norma que foi elevada acima das demais regras e princípios, derivam da necessidade própria da sua integração e sua proteção nos sistemas normativos. É de se salientar que a dignidade da pessoa humana, como princípio fundamental, é um valor que foi edificado ao longo da evolução histórica da humanidade [17].

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

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

Este modelo impõe pensar a vida (existência) sob um aspecto material, ou seja, o ponto de partida deste modelo é a vida como um conteúdo material, pois, a princípio, a vida é também biológica. Assim, pode-se afirmar que a vida nunca irá reduzir-se a uma mera abstração, haja visto seu substrato concreto, físico e biológico [18]. Com isso, não procede as críticas quanto a feição abstrata e intangíveis do direito da personalidade, pois o seu modelo filosófico demonstra o fundamento material da dignidade da pessoa humana [19].

O conceito de dignidade da pessoa humana é plural e aberto, havendo dificuldades em reduzi-lo a uma fórmula abstrata. Não obstante a dificuldade de delimitação, SARLET identifica a integridade física (psico-física), a isonomia, a proteção da vida e o resguardo da intimidade como elementos essenciais ao conceito de dignidade da pessoa humana [20].

Esses pilares que delimitam a dignidade da pessoa humana se aproxima dos direitos da personalidade, os quais, quando integrados, compõem uma noção que pode ser dita como conformadora da dignidade humana. Nesse diapasão, a proteção à vida, tida como um dos pilares pela doutrina que integram a noção da dignidade da pessoa humana, representa forte exemplo como direito da personalidade [21].

3. Características essenciais dos direitos da personalidade

A natureza não patrimonial dos direitos da personalidade e a circunstância de serem inatos e essenciais à realização da pessoa resultam em características que os singularizam, a saber: intransmissibilidade, indisponibilidade, irrenunciabilidade, inexpropriabilidade, imprescritibilidade e vitaliciedade.

A titularidade dos direitos da personalidade é única e exclusiva, não podendo ser transferida para terceiros, herdeiros ou sucessores. Por não serem objetos externos à pessoa, não podem ser disponíveis, inclusive quanto ao exercício deles, ainda que gratuito. O Poder Público não pode desapropriar qualquer direito da personalidade, porque ele não pode ser domínio público ou coletivo. A pretensão ou exigência para o cumprimento do dever e da obrigação de abstenção ou de fazer, como na hipótese do direito de resposta, ou da indenização compensatória por dano moral, jamais prescreve. Os direitos da personalidade extinguem-se com a pessoa; pode haver a transeficácia deles, post mortem, de modo a que a defesa seja atribuída a familiares, como no caso da lesão à honra do morto [22].

4. Dimensões constitucionais e civis dos direitos da personalidade

Os direitos da personalidade são pluridisciplinares. Não se pode dizer, no estágio atual, que eles situam-se exclusivamente no direito civil ou no direito constitucional. Sua inserção na Constituição deu-lhes mais visibilidade, mas não os subsumiu inteiramente nos direitos fundamentais [23]. 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.

Os direitos fundamentais são atualmente concebidos como os direitos humanos positivados nas Constituições, explícita ou implicitamente. Não apenas os direitos de liberdade mas os direitos a igualdade foram agregados como imprescindíveis à realização da dignidade humana.

Na perspectiva do direito civil constitucional, as normas constitucionais, sejam elas princípios ou regras, são hierarquicamente superiores, é dizer: a) as normas de direito civil não podem ser com elas incompatíveis, sob pena de inconstitucionalidade; b) as normas constitucionais determinam o conteúdo das normas de direito civil, no plano da interpretação. Assim, devem ser extraídos da Constituição os fundamentos de qualquer análise [24].

5. A cláusula geral e tipicidade dos direitos da personalidade.

Na doutrina, discute-se a existência de um direito geral da personalidade a que se remeteriam todos os tipos previstos ou não no sistema jurídico. Argumenta-se com a impossibilidade de previsão de todas as hipóteses de direitos inatos, o que poderia levar à recusa de tutela jurídica a situações atípicas. Essa questão tem a ver com a natureza aberta ou fechada da tipicidade dos direitos da personalidade.

Foi no direito alemão que se instituiu um sistema em que coexiste um direito geral de personalidade com vários direitos especiais de personalidade. O relacionamento entre ambos é ilustrado por LARENZ: o direito geral de personalidade serviu para colmatar as lacunas que se sentiam já na tutela da personalidade e também para as prevenir no futuro, evitando que fiquem sem proteção em relação a novas lesões da personalidade que o avanço da técnica potencia. Na aplicação, deve começar-se por aferir se uma certa lesão corresponde a um direito especial de personalidade. Se não corresponde a qualquer deles, será então o direito geral de personalidade a intervir [25].

Adotam uma postura de defesa da cláusula geral dos direitos da personalidade Orlando de Carvalho, Capelo de Sousa, Mota Pinto, Paulo Lobo, para ficar nestes nomes.

Pietro Perlingieri entende que o artigo 2.º da Constituição da Itália, o qual trata dos "direitos invioláveis do homem", seria a cláusula geral de tutela da personalidade, de forma que nenhum juiz poderia negá-la a qualquer pessoa que deduzisse pretensão dirigida a assegurar o respeito a qualquer aspecto de sua existência, embora não tenha previsão específica [26].

A Constituição brasileira, do mesmo modo que a italiana, prevê a cláusula geral de tutela da personalidade que pode ser encontrada no princípio fundamental da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) [27].

A aceitação de uma cláusula geral possibilita maior segurança na medida que novos direitos vão surgindo. A orientação restritiva aos tipos fechados ainda decorre em razão da concepção patrimonialista hegemônica das relações civis, preocupada com o crescimento de pretensões de tutela à pessoa, sem fundamento econômico [28].

A condição humana é formada pelos direitos à vida, à intimidade, à integridade psicofísica e à igualdade, sem os quais não há como se concretizar a dignidade humana.

Neste compasso é que a integridade psicofísica é um dos pilares da dignidade da pessoa humana, e representa um forte exemplo de direito da personalidade. Ao tutelar a integridade psicofísica o ordenamento jurídico dá um exemplo de mutação no tempo, pois desloca-se de um lugar em que atuava como mero protetor de interesses patrimoniais para agora proteger a pessoa humana.

6. O Direito à Integridade Psicofísica

O direito à integridade física e psíquica constitui um paradigma de defesa da personalidade contra ameaças e agressões que se traduzam em lesões da integridade física e psíquica das pessoas.

Por integridade psicofísica podemos entender o direito a não sofrer violações em seu corpo ou em aspectos de sua personalidade. Incluídos estariam também os aspectos da vida moderna, ligados especialmente a temas como saúde e biodireito. Proteção de dados genéticos, reprodução assistida, atos de disposição do próprio corpo, entre outros, são situações novas, merecedoras de tutela e que, entretanto, ainda não encontraram solução satisfatória em nosso direito.

Não há razão para separar a defesa da integridade física da defesa contra ameaças e agressões à sua integridade psíquica. Não existe uma fronteira nítida entre a integridade física e a integridade psíquica, como bens da personalidade a defender, e

mesmo muitas vezes as ameaças e agressões atingem necessariamente quer o físico quer o psíquico, ou atingem um através do outro. Embora possa também haver lesões da integridade física que não tenham seqüelas ou conseqüências na integridade psíquica e vice-versa, parece ser de englobar num único tipo de tutela da personalidade a integridade psicofísica [29].

A integridade física e mental é indissociável [30]. 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. Apenas motivos comprovados de periculosidade justificam a internação coativa de pacientes com deficiências mentais.

A integridade física e psíquica são postas em causa sempre que algo existe que as põe em perigo ou as ofende. A integridade física e psíquica são de uma vasta amplitude e abrangem a saúde em geral, quer a saúde física, quer a psíquica. Sempre que a saúde [31] de alguma pessoa esteja ameaçada ou agredida, quer por condições ambientais concretas, como por exemplo, esgotos a céu aberto ou emissões industriais venenosas, pode essa pessoa requerer ao Judiciário que adote as providências adequadas à prevenção ou cessação da ofensa ou à atenuação dos seus efeitos.

O direito à integridade psicofísica tem por objeto a preservação da intocabilidade do corpo físico e mental da pessoa humana [32]. Não se admite a agressão física e psicológica, nem se permite a mutilação do próprio corpo, salvo o que é renovável, como se dá com o corte dos cabelos e das unhas e a doação de sangue, ou de transplante de órgãos duplos ou de partes de órgãos, sem prejuízo das funções vitais. A proteção estende-se ao corpo morto, pois o transplante, ainda que para fins altruísticos, haverá de ser consentido.

Decorrente do direito da personalidade à integridade física é a legislação sobre transplantes de tecidos, órgãos e partes do corpo humano, que procura regulamentar a intervenção externa no corpo da pessoa e sua disposição post mortem (Lei nº 9.434, de 1997).

O Supremo Tribunal Federal entendeu que a submissão compulsória da pessoa a exame de DNA, com utilização de seu material genético, inclusive os renováveis, para fins de atribuição de paternidade biológica, viola o direito da personalidade à integridade física e à intimidade (HC nº 71.373-RS). Tratava-se de ação de investigação de paternidade, tendo o juiz determinado que o réu fosse conduzido ao laboratório "debaixo de varas", para coleta do material indispensável à feitura do exame de DNA.

Os direitos da personalidade prescindem de expressão puramente econômica para ver afirmada sua existência, por esta razão a tutela a esses direitos não deve se limitar a conferir mera reparação econômica aos danos a eles causados. A tutela da integridade psíquica é atuável também onde a norma se limitou a tutelar a integridade física.

O princípio da dignidade da pessoa humana impôs, num primeiro momento, limites à atividade estatal, uma vez que impede a violação, por qualquer dos poderes à atividade estatal, da integridade psicofísica de qualquer particular. Há que se lembrar, entretanto, que o direito à integridade psicofísica dispõe, também, de um caráter positivo, que consiste em uma série de situações que têm que ser garantidas pelo Estado a todos os seus membros, indistintamente. Tome-se, como exemplo o direito à saúde. Além de garantir a pessoa contra qualquer violação, por parte dele Estado ou de particulares, há o Estado que tomar uma série de medidas positivas no sentido da efetivação de tais direitos.

Assim, o Estado há de implantar uma rede pública de saúde eficiente, que não condene aqueles impossibilitados de pagar planos de saúde a morrerem em filas de hospitais; implantar uma rede eficiente de distribuição de medicamentos, enfim, garantir a todos seu direito constitucionalmente assegurado. Não há como falar-se em integridade psicofísica de pessoas sem direito à saúde.

7. Questões controvertidas

A ordem constitucional brasileiro adotou como seu fundamento básico a dignidade da pessoa humana. A aplicação concreta desta norma constitucional traz questões que acarretam alguma complexidade nos direitos relacionados à integridade psicofísica.

Uma delas é a questão da eutanásia. A discussão em torno da eutanásia transita em torno da opção pessoal pela morte aliviadora de um sofrimento. A dignidade da pessoa humana é o conceito chave na discussão do direito à vida e do direito à morte digna. Sendo a vida e a morte indissociáveis até onde o direito pode interferir para garantir o direito à vida? O direito à integridade psicofísica protege a pessoa humana do sofrimento físico e mental. Na hipótese de um doente terminal, onde há um sofrimento físico e mental do paciente e de seus familiares, pode se falar numa flexibilização do direito à vida em prol do direito à integridade psicofísica? É necessária uma reflexão sobre o grau de autonomia que a pessoa humana possui para decidir sobre o seu processo de morte, em especial quando este lhe causa sofrimento involuntário, e se o direito à vida, nesta hipótese, continua a ter um caráter absoluto. Importante pontuar que o tema deve ser analisado em cada caso concreto, haja vista a sua complexidade.

Outra questão é o fornecimento de medicamentos e de tratamento médico e hospitalar pelo Poder Público às pessoas que não possuem condições de arcar com os seus custos. Hodiernamente é crescente o fenômeno da “judicialização” da saúde, principalmente pelas pessoas carentes. Os entes públicos muito criticam as tutelas deferidas pelo Judiciário, sob o argumento de que a interferência nas políticas públicas planejadas pelo Estado levará a inoperância total do sistema público de saúde. Este fenômeno está começando a encontrar, também, forte resistência na cúpula do Judiciário. Ao negar, em alguns casos, o fornecimento de medicamentos para o tratamento de enfermidades ou o internamento em hospitais, o Estado viola o direito à integridade psicofísica da pessoa humana.

8. CONCLUSÃO

O presente trabalho procurou demonstrar que os direitos da personalidade possuem um fundamento material, proveniente de sua relação com a dignidade da pessoa humana. A Constituição Federal prevê uma cláusula geral de proteção dos direitos da personalidade ao dispor como fundamento da República a dignidade da pessoa humana como direito fundamental, o que permite a adequada mobilidade aos constantes avanços de uma sociedade cada vez mais complexa.

Neste compasso é que a integridade psicofísica é um dos pilares da dignidade da pessoa humana, e representa um forte exemplo de direito da personalidade. Ao tutelar a integridade psicofísica o ordenamento jurídico dá um exemplo de mutação no tempo, pois desloca-se de um lugar em que atuava como mero protetor de interesses patrimoniais para agora proteger a pessoa humana

Apesar dos avanços constitucionais a realidade que se apresenta à pessoa humana, notadamente a desprovida de recursos, é diversa. A sociedade ainda não se libertou totalmente das amarras que a prende ao passado centrado no patrimônio. Percebe-se, assim, que algumas políticas públicas não se coadunam com um ordenamento jurídico que se propõe em colocar a pessoa humana como o centro de preocupação da sociedade.

Com a crescente implementação do acesso à Justiça, o Poder Judiciário vem reconhecendo e tutelando questões atinentes aos direitos da personalidade, que não possuem conteúdo econômico, o que vem contribuindo para a alocação da pessoa humana no centro do sistema jurídico.

Assim, cabe ao intérprete, e não mais o legislador, integrar o sistema em consonância com a legalidade constitucional. A tutela da personalidade há de ser perseguida em perspectiva integral e unitária, como manifestação dos fundamentos objetivos da República, esculpidos nos artigos 1.º e 3.º da Constituição Federal, como forma de emancipação existencial e social, atinente a toda e qualquer pessoa humana, segundo os ditames da solidariedade social. [33]

9. BIBLIOGRAFIA

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil - Teoria Geral I, Introdução, Pessoas, Bens.** 2.^a edição. Coimbra: Editora Coimbra, 2000.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade.** 7.^a edição revista e atualizada de acordo com o novo Código Civil por Eduardo C.B. Bittar. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006.

CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. **O Direito Geral de Personalidade.** Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

CORTIANO JUNIOR, Eroulths. **Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade.** In FACHIN, Luiz Edson et alii (coord). Repensando os Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

DONEDA, Danilo, **Os direitos da personalidade no novo Código Civil (arts11 a 21).** In: TEPEDINO, Gustavo (coord). A parte geral do novo Código Civil. 3.^a edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

FACHIN, Luiz Edson. **Direitos da Personalidade no Código Civil Brasileiro: elementos para uma análise de índole constitucional da transmissibilidade.** Texto cedido pelo Autor.

FACHIN, Luiz Edson. PIANOVSKI, Carlos Eduardo. **A dignidade da pessoa humana no direito contemporâneo.** In Revista Trimestral de Direito Civil, vol.35, Rio de Janeiro: Editora Padma, 2008.

LOBO, Paulo Luiz Netto. **Danos morais e direitos da personalidade.** Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n.119, 31/10/2008.

MATURANA, Humberto e VARELA, Francisco. **A árvore do conhecimento:as bases biológicas da compreensão humana.** São Paulo: Palas Athena, 2001.

MEIRELLES, Jussara. **O ser e o ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à clausura patrimonial.** In FACHIN, Luiz Edson (coord.) Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil - Introdução ao Direito Civil Constitucional** (trad. Maria Cristina de Cicco). Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

TEPEDINO, Gustavo. **A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro.** In: Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TEPEDINO, Gustavo. **Cidadania e os Direitos de Personalidade.** XVIII Conferência Nacional dos Advogados, em 13/11/2002.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Direito de Personalidade.** Coimbra: Almedina, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de Personalidade e sua Tutela**. São Paulo: Editora RT, 2005.

COIMBRA, Clarice Helena de Miranda. QUAGIOZ, Flaviano Ribeiro. **Direitos Fundamentais e Direito da Personalidade**. Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Campos, v.3, 2007, p.13.

[1] - BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade**. 7.^a edição revista e atualizada de acordo com o novo Código Civil por Eduardo C.B. Bittar. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006.

[2] DONEDA, Danilo, **Os direitos da personalidade no novo Código Civil** (arts11 a 21). In: TEPEDINO, Gustavo (coord). A parte geral do novo Código Civil. 3.^a edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p.71.

[3] TEPEDINO, Gustavo. **A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro**. In: Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

[4] DONEDA, Danilo. Op.Cit.,p.72-73.

[5] COIMBRA, Clarice Helena de Miranda. QUAGIOZ, Flaviano Ribeiro. **Direitos Fundamentais e Direito da Personalidade**. Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Campos, v.3, 2007, p.13.

[6] COIMBRA, Clarice Helena de Miranda. QUAGIOZ, Flaviano Ribeiro. **Direitos Fundamentais e Direito da Personalidade**, p.13.

[7] “art.1 A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III - a dignidade da pessoa humana”. in Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

[8] COIMBRA, Clarice Helena de Miranda. QUAGIOZ, Flaviano Ribeiro. **Direitos Fundamentais e Direito da Personalidade**, p.13.

[9] FACHIN, Luiz Edson. **Direitos da Personalidade no Código Civil Brasileiro**: elementos para uma análise de índole constitucional da transmissibilidade. Texto cedido pelo Autor.

[10] Idem.

[11] *Apud* VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Direito de Personalidade**. Coimbra: Almedina, 2006, p.30.

[12] Acerca da pessoa concreta, Jussara MEIRELLES leciona que “tem-se de um lado o que se pode denominar pessoa codificada ou sujeito virtual; e, do lado oposto, há o sujeito que corresponde à pessoa verdadeiramente humana, vista sob o prisma de sua própria natureza e dignidade, a pessoa gente.” **O ser e o ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à clausura patrimonial**. In FACHIN, Luiz Edson (coord.) Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

[13] VASCONCELOS, Pedro Pais de. Op. Cit. p.31-2.

[14] FACHIN, Luiz Edson. PIANOVSKI, Carlos Eduardo. **A dignidade da pessoa humana no direito contemporâneo**. In Revista Trimestral de Direito Civil, vol.35, Rio de Janeiro: Editora Padma, 2008, p.102.

[15] ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil - Teoria Geral I, Introdução, Pessoas, Bens**. 2.^a edição. Coimbra: Editora Coimbra, 2000.

[16] CORTIANO JUNIOR, Eroulths. **Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade**. In FACHIN, Luiz Edson et alii (coord). Repensando os Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

[17] FACHIN, Luiz Edson. **Direitos da Personalidade no Código Civil Brasileiro: elementos para uma análise de índole constitucional da transmissibilidade**.

[18] MATURANA, Humberto e VARELA, Francisco. **A árvore do conhecimento: as bases biológicas da compreensão humana**. São Paulo: Palas Athena, 2001.

[19] FACHIN, Luiz Edson. Idem.

[20] SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p.122.

[21] FACHIN, Luiz Edson. Idem.

[22] LOBO, Paulo Luiz Netto. **Danos morais e direitos da personalidade**. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n.119, 31/10/2008.

[23] Neste sentido: “É lugar-comum cogitar da distinção entre Direitos de Personalidade e Direitos Fundamentais: estes incidiriam sobre as relações entre indivíduos e Estado, ao passo que os Direitos de Personalidade diriam respeito à relação entre indivíduos. Contemporaneamente, entretanto, essa distinção perde muito de sua razão de ser. A eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais sobre as relações de Direito Privado conduz à conclusão de que a proteção civil aos Direitos de Personalidade nada mais é do que uma faceta dessa incidência dos Direitos Fundamentais sobre as relações interindividuais. Seja esta eficácia horizontal ou vertical - como admite Ingo Sarlet, ao tratar dos denominados “poderes privados” -, o fato é que se pode verificar com clareza, espaço em que se apresenta identidade de fundamento entre os Direitos Fundamentais e os Direitos de Personalidade: ambos decorrem do princípio maior da tutela da dignidade da pessoa humana. Essa reflexão permite um passo adiante: não apenas os fundamentos são comuns, mas o próprio conteúdo dos Direitos de Personalidade se insere naquilo a que se pode denominar Direitos Fundamentais. A distinção nesse passo, que se fundava

na clivagem entre público e privado, e que aprisionava os Direitos Fundamentais ao âmbito público perde sentido. Pode-se afirmar, diante da concepção contemporânea a respeito da dignidade da pessoa humana e da relação entre Constituição e Direito Civil que os Direitos de Personalidade nada mais são que Direitos Fundamentais, não havendo sentido na distinção outrora proclamada. Nem todos os direitos fundamentais, é certo, são direitos de personalidade. Estes, conforme Capelo de Souza, decorrem do complexo psíquico-somático e relacional que constitui a personalidade humana. O direito ao devido processo legal, por exemplo, é direito fundamental, mas não é direito de personalidade. Pode-se dizer, nessa esteira, que a construção jurídica dos Direitos de Personalidade constitui subconjunto do universo mais amplo de Direitos Fundamentais e que, como tais, aplicam-se tanto às relações que envolvem o Estado como naquelas que envolvem apenas os indivíduos. Isso Não significa, todavia, que a construção jurídica dos Direitos de Personalidade tenha se tornado desnecessária. Não se pode deixar de ter em conta que, mesmo antes do Direito Público, o Direito Civil já debatia a proteção da pessoa por meio dos Direitos de Personalidade - ainda que fulcrado na perspectiva de abstração que fundou o pensamento jurídico do século XIX.” (FACHIN, Luiz Edson. PIANOVSKI, Carlos Eduardo. **A dignidade da pessoa humana no direito contemporâneo**. In Revista Trimestral de Direito Civil, vol.35, Rio de Janeiro: Editora Padma, 2008, p.110).

[24] LOBO, Paulo Luiz Netto. Idem.

[25] *Apud* VASCONCELOS, Pedro Pais. Op.cit. p.62.

[26] PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil - Introdução ao Direito Civil Constitucional** (trad. Maria Cristina de Cicco). Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p.153-7.

[27] “Perfilho a orientação, que me parece majoritária, da 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. Significa dizer que são tipos de direitos da personalidade: a)os tipos previstos na Constituição e na legislação civil; b)os tipos reconhecidos socialmente e conformes com a cláusula geral.” (LOBO, Paulo Luiz Netto. **Danos morais e direitos da personalidade**. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n.119, 31/10/2008).

[28] “A polêmica doutrinária oitocentista em que se apresentava a oposição entre os que sustentavam uma tutela geral da personalidade e os que preconizavam uma tutela tipificada apresenta-se superada à luz das noções contemporâneas acerca do próprio fundamento dos direitos de personalidade. Se for pertinente uma tutela específica a certos direitos, dúvida não há de que essa proteção não é incompatível com uma tutela geral. (...) Isso porque essa pertinência se revela na identificação do fundamento contemporâneo da tutela geral, que reside, precisamente, no princípio da dignidade da pessoa humana. (...) Isso conduz à conclusão de que, não sendo os direitos de personalidade uma concessão do direito positivo, desnecessário é tipificar cada direito

de modo a inseri-lo no mundo do direito. A visão contemporânea a respeito da idéia de sistema no direito e dos métodos de construção normativa demonstra que não se sustenta a noção de que a aplicação do direito se daria por meio da subsunção a modelos rígidos de relações jurídicas, dependendo de respostas prontas que prescindam da problematização do caso concreto.” (FACHIN, Luiz Edson. PIANOVSKI, Carlos Eduardo. **A dignidade da pessoa humana no direito contemporâneo**. In Revista Trimestral de Direito Civil, vol.35, Rio de Janeiro: Editora Padma, 2008, p.112)

[29] Neste sentido: “A doutrina brasileira predominante ainda não adota a concepção unitária do direito à integridade do homem, possuidor de um direito à integridade psicofísica, preferindo dar tratamento separado por intermédio de duas tipificações, tutelando um direito à integridade física e um direito à integridade psíquica, possuindo, ambos os direitos, a natureza de um direito de personalidade. Parece-nos que essa dicotomia tradicional não consegue alcançar a ampla e verdadeira tutela que se deve outorgar à pessoa humana, pois nenhum dos dois, isoladamente, protege o direito à integridade do corpo humano, o direito à saúde, de um modo geral, e um direito ao pudor, estando nesses inseridos o direito à integridade psíquica e o direito à integridade física. Já o direito à integridade psicofísica, visto de um modo unitário, abrange todos esses tipos e subtipos sob a mesma denominação, tutelando esses direito de uma vez só, já que a psique pertence à estrutura do indivíduo, compõe a pessoa, integrando-se à própria personalidade e a tutela do indivíduo deve-se fazer por inteiro como um todo. A própria jurisprudência tende a efetuar a tutela da integridade do homem dentro da noção de um direito à saúde, conforme ocorre na Alemanha com o direito geral de personalidade, na Itália e na França, de acordo com a teoria tipificadora dos direitos de personalidade.” SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de Personalidade e sua Tutela**. São Paulo: Editora RT, 2005, p.556-7.

[30] “A saúde, perfil essencial da pessoa, interessa ao operador do direito sob vários pontos de vista, os quais confluem na ampla problemática que, em geral, se encerra na expressão 'direito à saúde'. Nesse contexto, seria limitativo individuar o conteúdo do chamado direito à saúde no respeito à integridade física; e, isso, por duas razões. A saúde refere-se também àquela psíquica, já que a pessoa é uma indissolúvel unidade psicofísica; a saúde não é apenas aspecto estático e individual, mas pode ser relacionada ao são e livre desenvolvimento da pessoa e, como tal, constitui um todo com esta última.” PERLINGIERI, Pietro. Op.cit. p.158.

[31] “Não se pode individuar, em termos de interesse protegido ou de bem, uma autonomia conceptual da saúde, como é possível em sede de interesses patrimoniais; ela apresenta-se mais como aspecto inseparável da pessoa, vista como valor unitário. (...) A diversidade dos interesses fundamentais do homem não se traduz em uma pluralidade de direitos fundamentais diversificados por conteúdo ou disciplina. O mesmo interesse à saúde, indissolúvel daquele do livre desenvolvimento da pessoa, pode apresentar-se de formas diversas, assumindo relevância e configurações diversas, segundo seja visto como direito ao serviço sanitário, À salubridade do ambiente, à integridade física ou àquela mental; dependendo do fato que seja realizado mediante o esquema do interesse diretamente protegido ou daquele do poder jurídico e, portanto, do interesse legítimo. O que releva é o valor da pessoa unitariamente entendida.” PERLINGIERI, Pietro. Op.cit. p.159.

[32] “Ao contrário do direito à vida, que é um direito indisponível, o direito à integridade do homem pode, dentro de certos limites, ser disponível, apesar de ser um

direito absoluto. O indivíduo pode consentir em dispor de sua integridade física desde que desta disponibilidade não resulte em uma diminuição permanente da integridade física ou que não seja contrária à lei e aos bons costumes.” SZANIAWSKI, Elimar. Op.cit. p.476

[33] TEPEDINO, Gustavo. Cidadania e os Direitos de Personalidade. XVIII Conferência Nacional dos Advogados, em 13/11/2002.