Aplicabilidade através da Constituição Federal de 88

Ao contrário do que aconteceu com a Constituição Alemã e Italiana, que inseriram uma cláusula geral de proteção da personalidade humana, **a Constituição de 1988 não apresenta cláusula geral expressa destinada a tutelar de forma ampla a personalidade.**

Segundo Elimar Szaniawski, a presença de uma cláusula expressa colocaria fim às discussões acerca da existência ou não de um direito geral de personalidade no sistema jurídico brasileiro. O fato é que a nossa Constituição elencou algumas categorias de direitos especiais de personalidade, tais como os direitos à vida e à igualdade, à intimidade e a vida privada, à honra, à imagem, ao segredo e ao direito de resposta.

Apesar disso, ainda que não haja uma cláusula expressa, não se pode dizer que a CF não tenha incorporado a doutrina geral do direito de personalidade, já que no título I, que trata dos princípios fundamentais do Estado brasileiro, a proteção da dignidade e a prevalência dos direitos fundamentais do homem foram assegurados.

Em outras palavras, apesar de a CF não ter um dispositivo específico que tutele a personalidade humana, reconhece-se e tutela-se o direito geral de personalidade através do princípio da dignidade da pessoa humana, que é uma cláusula geral de proteção do desenvolvimento do indivíduo.

Esse princípio, que é um princípio matriz, é gerador de outros direitos fundamentais e pode ser compreendido através de dois aspectos:

- Como uma qualidade substancial do ser humano.
- Como fundamento da ordem política e da paz social, revelando-se uma fonte de direitos.

O ordenamento nacional adotou um sistema de proteção misto com relação à personalidade humana, já que a cláusula geral do princípio da dignidade da pessoa humana convive com alguns direitos especiais da personalidade, como acabamos de enunciar acima.

Quanto à aplicabilidade desses direitos especiais de personalidade, que estão previstos em sua maioria pelo artigo 5º, gozam de eficácia imediata nos termos do parágrafo primeiro do mesmo dispositivo.

Os direitos de personalidade não se restringem à cláusula geral de dignidade da pessoa humana e nem a alguns incisos do artigo 5º. Como exemplo, podemos citar o direito à saúde, que, enquanto direito especial de personalidade vinculado ao direito à qualidade de vida, é inserido na Constituição dentre outros no artigo 6º. O próprio artigo 196 da Constituição revela-se como uma cláusula geral de tutela da dignidade da pessoa humana no que diz respeito à saúde.

Além dos dispositivos constitucionais, direitos da personalidade são também abarcados por Tratados Internacionais que foram incorporados ao ordenamento brasileiro. Nessa senda, podemos citar a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que em seu artigo 4º estabelece que toda pessoa tem o direito inalienável de ter respeitada a sua vida.

Um protocolo adicional ainda foi adicionado à convenção, referente à abolição da pena de morte, regulamentado no Brasil pelo Decreto 2.754/98, que ratifica a norma constitucional que proíbe a pena de morte no território brasileiro, excetuando-se apenas os crimes militares condenados a essa pena em tempos de guerra.

Aplicabilidade através do Código Civil de 2002

Uma vez analisada a tutela dos direitos da personalidade pela Constituição Federal, faz-se necessária a análise da aplicabilidade desses direitos a partir do Código Civil.

Como vimos anteriormente, o Código Civil de 1916 não disciplinou os direitos de personalidade por estar sob a influência alemã, dando destaque aos interesses patrimoniais das elites mais abastadas, deixando que a Constituição da República de 1891 disciplinasse os direitos individuais.

O Código Civil de 2002, entretanto, de forma bastante diversa, passa a tratar dos direitos de personalidade nos artigos 11 a 21, situados na Parte Geral, Livro I, Título I, Capítulo II.

A professora Judith Martins-Costa afirma ser altamente significativo o fato de os direitos de personalidade terem sido apresentados logo no início do Código Civil, demonstrando a superação de uma visão meramente individualista dos direitos subjetivos para uma visão social e funcionalizada.

Nessa estrutura, o artigo 12 possui a função de uma cláusula geral de proteção do direito da personalidade, e os seguintes apresentam algumas tipificações. Segundo o professor Irimar Zania!!!!!! O legislador adotou a técnica legislativa de tutela dos direitos por cláusulas gerais, ao lado do modelo tradicional de legislar mediante dispositivos específicos. Dessa forma, as cláusulas gerais devem ser interpretadas em consonância com os dispositivos constitucionais, em especial a dignidade humana.

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.

Há, portanto, duas modalidades de proteção dos direitos de personalidade: a primeira se dá através da tutela preventiva, que é anterior à ofensa ao direito de personalidade e pode se dar, por exemplo, mediante a ação proibitória. A segunda, por sua vez, é a reparação do dano, que pode ser utilizada quando já ocorrida a ofensa, como forma de recompor o dano causado.

Essa norma (artigo 12), por ser uma cláusula infraconstitucional, não se limita à proteção dos direitos elencados no artigo 5º da Constituição e tampouco aos artigos 13 a 21 do Código Civil, mas tem ampla abrangência.

Contudo, não há unanimidade em torno da ideia de que o artigo 12 seja uma cláusula geral de tutela da personalidade. Para Paulo Mota Pinto, professor português, não há uma consagração

expressa de uma cláusula geral de tutela da personalidade, ao contrário do Código Civil Português, que em seu artigo 70, inciso I, determina que a lei protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral.

A professora Silmara Chinelato afirma que o dispositivo simplesmente revela uma enumeração não exaustiva de direitos, não existindo, portanto, o direito geral de personalidade.

Os artigos 13 a 21 nos mostram que o legislador optou pela exposição fracionada de direitos da personalidade e a leitura desses dispositivos é extremamente recomendável.