

## A teoria do fato jurídico e os direitos da personalidade: uma (re)leitura mediada pela Constituição

Edson Luís KOSSMANN\*

Wilson ENGELMANN\*\*

**RESUMO:** Analisa-se uma possível conformação dos direitos da personalidade à Teoria do Fato Jurídico de Pontes de Miranda. Para esse desiderato busca-se elemento(s) que pode(m) servir de ponto de contato e justificação para a conformação pretendida. Embora os direitos da personalidade tenham encontrado uma singular garantia e proteção com o advento do constitucionalismo contemporâneo, sua construção e busca de afirmação vem de longa data. A Teoria do Fato Jurídico, por sua vez, calcada na dogmática jurídica positivista legalista, exige a existência prévia da regra jurídica (lei) para que possa haver a subsunção do fato jurídico, produzindo, dessa forma, seus efeitos. Assim, se propõe uma (re)leitura da Teoria do Fato Jurídico frente aos direitos da personalidade por meio de uma leitura hermenêutica de caráter constitucional, limitadora e norteadora de toda interpretação jurídica.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direitos; teoria do fato jurídico; personalidade; Pontes de Miranda; Constituição.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; – 2. Direitos da personalidade – uma análise histórica; – 2.1. A situação contemporânea dos direitos da personalidade; – 3. A teoria do fato jurídico de Pontes de Miranda; – 4. Os direitos da personalidade em Pontes de Miranda – uma (re)leitura possível; – 5. Considerações finais; – 6. Referências.

**TITLE:** *The Theory of the Juridical Fact and the Personality Rights: One Reading Mediated by the Constitution*

**ABSTRACT:** *A possible conformation of the rights of the personality is analyzed, in the Theory of the juridical Fact of Pontes de Miranda. For this purpose, we seek elements (s) that can serve as a point of contact and justification for the intended conformation. Although personality rights have found a singular guarantee and protection with the advent of contemporary constitutionalism, their construction and search for affirmation has long been in evidence. The Theory of Juridical Fact, on the other hand, based on legalistic positivist dogmatic legalism, requires the prior existence of the legal rule (law) so that the legal fact can be subsumed, thus producing its effects. Thus, it proposes a (re) reading of the Theory of Juridical Fact in relation to the rights of the personality through a hermeneutic reading of a constitutional, limiting and guiding character of any juridical interpretation.*

**KEYWORDS:** *Rights; theory of juridical fact; personality; Pontes de Miranda; Constitution.*

**CONTENTS:** *1. Introduction; – 2. Personality rights: a historical analysis; – 2.1. The contemporary situation of personality rights; – 3. The theory of the legal fact of Pontes de Miranda; – 4. The rights of the personality in Pontes de Miranda – a possible reading; – 5. Final considerations; – 6. References.*

---

\* Doutorando e Mestre em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS Especialista em Advocacia Municipal pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Brasil - UFRGS/Escola Superior de Direito Municipal - ESDM. Advogado, Consultor e Assessor Especializado em Direito Público. E-mail: edsonlk@hotmail.com.

\*\* Coordenador Executivo do Mestrado Profissional em Direito da Empresa e dos Negócios da UNISINOS; Professor e Pesquisador do Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado - da UNISINOS; Bolsista de Produtividade em Pesquisa do CNPq. E-mail: wengelmann@unisinis.br.

## 1. Introdução

Com o advento do constitucionalismo contemporâneo a função da constituição deixou de ser apenas a de organizar e limitar os poderes e as atividades do Estado. A Constituição torna-se dirigente, compromissada com um Estado Democrático, Social e de Direito; além de apresentar um compromisso com o ser humano, trazendo no seu conteúdo principiológico um profundo arcabouço de comprometimento com a dignidade da pessoa humana, sendo esta, inclusive, um dos fundamentos da República.

Com o novo constitucionalismo brotou também uma vasta gama de novos direitos, como os direitos da personalidade. Embora sua construção teórica seja bastante recente, é possível identificar na antiguidade grega e romana o início da luta por alguns direitos que hoje são conhecidos por direitos da personalidade.

Por outro lado, ainda vivemos sob a égide de um Direito tradicionalmente calcado num positivismo jurídico dogmático de vertente legalista, que teima em permanecer vivo e influente no senso comum teórico dos juristas<sup>1</sup>. Nesse contexto, se entende necessário uma (re)leitura da Teoria do Fato Jurídico de Pontes de Miranda.

O autor divide os fatos em duas categorias: os fatos do mundo, como um todo; e os fatos do mundo que têm relevância para o mundo jurídico. Estes, em menor quantidade e juridicamente relevantes, ingressam para o mundo jurídico. São fatos que importam para o Direito. Seu ingresso no mundo jurídico ocorre em três planos distintos: plano da existência, plano da validade e plano da eficácia, produzindo, cada um deles, análises e consequências jurídicas pertinentes.

A (re)leitura que se propõe objetiva uma compreensão da teoria pontesiana adequada à realidade jurídica da atualidade, especialmente à transformação política e social ocorrida que viu nascer e fortalecer novos direitos, principalmente os direitos da personalidade, ainda incipientes na metade do século XX, quando a obra foi escrita. Assim, o problema a ser enfrentado se delimita numa (re)leitura da Teoria do Fato Jurídico de Pontes de Miranda, frente aos desafios da constitucionalização do Direito Privado, principalmente frente aos direitos da personalidade; por meio de uma hermenêutica banhada pelos princípios constitucionais, exigências essa insuperável frente a um constitucionalismo principiológico norteador de toda normatividade

---

<sup>1</sup> WARAT, Luís Alberto. *Saber crítico e senso comum teórico dos juristas*. Revista Sequência, v. 3, n. 5, p. 48-57, 1982.

jurídica.

Para esse estudo será utilizado o procedimento histórico, analítico e hermenêutico, com pesquisa bibliográfica, textos normativos e princípios constitucionais. Essa análise se justifica pela necessidade de se buscar um elo entre a Teoria do Fato Jurídico proposto por Pontes de Miranda e a afirmação dos novos direitos, principalmente aqueles que têm por fundamento último o princípio da dignidade da pessoa humana, como é o caso dos direitos da personalidade.

## **2. Direitos da personalidade: uma análise histórica**

Embora seja recente a construção da teoria dos direitos da personalidade, é possível identificar na antiguidade algumas manifestações preliminares de proteção da personalidade individual. Frise-se que os direitos da personalidade são essencialmente marcados pela subjetividade, no sentido dos direitos subjetivos do indivíduo. Traços esses que na Grécia antiga estão praticamente ausentes, pois os direitos eram reconhecidos à pessoa muito mais pela sua condição social, na sua inserção coletiva, portanto, do que pelo respeito ao indivíduo, como ser sujeito desses direitos. Nesse sentido, Campos lembra que somente os que ocupassem importantes papéis na sociedade ou que fossem grandes heróis nas guerras ou nos jogos é que eram considerados, na sua subjetividade, como pessoas no aspecto individual.<sup>2</sup>

Essa característica, portanto, contrapõe fortemente o período clássico grego ao mundo contemporâneo, perpassando pelo medievo, e pelo pensamento moderno, culminando nos dias atuais, com o que se entende por dignidade da pessoa humana; reconhecimento imprescindível para a construção da teoria dos direitos da personalidade. Porém, mesmo assim, daquele período há traços que inexoravelmente vieram a contribuir para essa gradual evolução. Um desses aspectos pode ser encontrado no conceito de *prósopon*, cuja expressão, num primeiro momento, representava as máscaras usadas no teatro e, posteriormente, o papel, a função desempenhada pelo indivíduo na sociedade. Stancioli afirma que “... os termos concernentes à personalidade já circulavam entre os romanos e os gregos. Segundo Boécio, *persona* – a par de seu equivalente grego *prósopon* (Prosvpon) – designava a máscara utilizada no teatro”. Por essa máscara soava, mais alta, a voz do ator. Em outra acepção, essa máscara (*persona*) evocava sempre o papel desempenhado pelo ator. Era

---

<sup>2</sup> CAMPOS, Diogo Leite de. *Lições de direitos da personalidade*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, vol. 57, 1991, p. 134.

a pessoa, a figura representada, a personagem ou mesmo a personalidade.<sup>3</sup> Porém, entre os gregos não havia a compreensão de ser humano enquanto pessoa, como indivíduo.<sup>4</sup>

Mesmo assim, no aspecto da proteção da pessoa a antiguidade apresentou algumas manifestações. Conforme Szaniawski, as mais remotas origens de categorias que destinavam a proteção da “personalidade humana são encontrados na *hybris* grega e na *iniura* romana”<sup>5</sup>. A *hybris* se traduzia na ideia do que vai além da medida, do excesso, do desequilíbrio, da injustiça, portanto. Porém, de natureza exclusivamente penal, a *hybris* grega vedava os atos de excesso de ofensas e maus tratos, cometidos por um cidadão contra outro<sup>6</sup>.

No mundo romano a menção de proteção da pessoa já estava presente no período antigo de Roma, conforme Cantali, “a Lei das XII Tábuas, que tratava das normas que diziam respeito à esfera jurídica do cidadão individual, sancionava as ofensas aos bens da personalidade provavelmente através de uma vingança privada autorizada por sentença pública”<sup>7</sup>. No período clássico, por sua vez, a tutela da personalidade humana era alcançada pela *actio iniuriarum*, que consistia num instrumento de proteção da pessoa contra qualquer atitude injuriosa, e abrangia qualquer ato contra a pessoa física ou moral do cidadão<sup>8</sup>.

A superação da perspectiva instrumental, com o homem passando a ser um sujeito de direito e portador de valores, pelo fato de “ser humano” ocorre no Cristianismo. A mudança de paradigma no tratamento do indivíduo é marcante a partir desse período. Stancioli, citando Tomás de Aquino (Suma, I, Q 29, a3 e a4), diz que: “A sofisticada criação que atribui, ao indivíduo humano, personalidade (e qualifica-o como pessoa), deve-se à tradição teológico-cristã. Com base nas discussões acerca da trindade, e derivando-a para o próprio homem, esse feito à imagem e semelhança divinas, chega-se à analogia própria entre indivíduo humano e pessoa, sendo essa a “substância

---

<sup>3</sup> STANCIOLI, Brunillo. *Sobre os direitos da personalidade no Novo Código Civil Brasileiro*. Porto/São Paulo: Mandruvá. Disponível em: <http://www.hottopos.com/videtur27/brunello.htm> Acesso: 08. Jun. 2018.

<sup>4</sup> GARCIA RÚBIO, Alfonso. *Unidade na pluralidade: o ser humano à luz da fé e da reflexão cristãs*. 3. ed. São Paulo: Paulus, 2001, p. 304.

<sup>5</sup> SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. 2. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 23.

<sup>6</sup> SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. 2. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 24.

<sup>7</sup> CANTALI, Fernanda Borghetti. *Direitos da personalidade: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 30.

<sup>8</sup> TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: *Temas de direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 24.

individual de natureza racional”. Ainda na tradição teológico-cristã, caracteriza-se o indivíduo, dotado de personalidade, pelos atributos de imanência (ou interioridade) e transcendência (ou abertura). Da imanência, conclui-se que o indivíduo humano se “autopertence”, ou seja, possui autonomia no nível ôntico. Como decorrências lógicas, a pessoa humana é dotada de liberdade e responsabilidade pelos seus atos. Além disso, por ter personalidade, deve ser vista como fim em si mesma. (...) Dessa forma, a pessoa humana não é reificável, ou não deve assumir a condição de objeto. TOMÁS DE AQUINO já afirmava o atributo da dignidade à noção de pessoa. “Pessoa significa o que há de mais perfeito em toda a natureza [...]. [O] termo pessoa veio a designar aqueles que estavam constituídos em dignidade”. Outra característica é sua transcendência, ou sua “abertura”. O indivíduo humano realiza-se na “abertura” para o mundo e para o “outro”, seu semelhante. Não podendo viver isoladamente, tem sua personalidade exercida perante outros indivíduos. De uma maneira geral, para a teologia cristã, a personalidade garante o exercício da autonomia, da liberdade e da autofinalidade, que se realizam na relação, no diálogo e no encontro com outros indivíduos pessoais (inclusive Deus!)”<sup>9</sup>.

Nesse sentido, afirma Ingo Sarlet que “o valor fundamental da dignidade humana assume particular relevo no pensamento tomista”<sup>10</sup>. A partir desse novo conceito de pessoa inicia efetivamente a construção dos Direitos da Personalidade, conforme concebido contemporaneamente<sup>11</sup>. A doutrina cristã atribuiu, assim, um valor absoluto ao indivíduo, valorizando o sentimento de dignidade da pessoa humana, com base na igualdade dos homens perante Deus. Esse sentimento permitiu, portanto, desenvolvimento da personalidade individual<sup>12</sup>. Porém, embora tenha sido no medievo que foram lançadas as sementes de um novo conceito de humano; verdadeiro relevo aos direitos da pessoa, somente passou a fortalecer no período moderno.

Os direitos subjetivos, estruturados ou ligados na vontade do homem, surgiram e se fortaleceram no contexto do Renascimento e do Humanismo, a partir do século XVI. Conforme Capelo de Souza, esses movimentos tiveram fundamental contribuição para a construção da “rampa de lançamento de um direito geral de personalidade, entendido como um *ius in se ipsum*, que não mais deixaria de estar presente na reflexão jurídica

<sup>9</sup> STANCIOLI, Brunillo. *Sobre os direitos da personalidade no Novo Código Civil Brasileiro*. Porto/São Paulo: Mandruvá. Disponível em: <http://www.hottopos.com/videtur27/brunello.htm> Acesso: 08. Jun. 2018.

<sup>10</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 45.

<sup>11</sup> CAMPOS, Diogo Leite de. *Lições de direitos da personalidade*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, vol. 57, 1991, p. 132.

<sup>12</sup> TOBENÁS, José Castan. *Los derechos de la personalidad*. Madrid: Réus, 1952, p. 10.

da tutela da personalidade humana”<sup>13</sup>. Assim, estavam lançadas as balizas para a emergência do direito geral da personalidade, com base na teoria do direito sobre si mesmo, direitos próprios da pessoa humana. A partir dessa teoria, surgiu a defesa de que o homem teria o direito de fazer o que lhe conviesse, ressalvadas proibições legais, como o suicídio, automutilação e voluntária sujeição à tortura<sup>14</sup>.

A partir do século XVII a Escola do Direito Natural traz à tona o entendimento de que os direitos de personalidade não apenas devem ser reconhecidos, como exaltados, pois seriam direitos naturais, inatos ao ser humano, ou seja, que nascem com o homem e estão a ele indissolavelmente ligados<sup>15</sup>. Sarlet destaca que tanto a ideia da dignidade da pessoa humana, como a do direito natural, “passou por um processo de racionalização e laicização, mantendo-se, todavia, a noção fundamental de igualdade de todos os homens em dignidade e liberdade”<sup>16</sup>. No século XV, ao ser questionado sobre qual seria o espetáculo mais maravilhoso do mundo, PICO DELLA MIRANDOLA respondeu que “nada via de mais admirável que o homem”<sup>17</sup>. A secularização gradativamente incorporou esses elementos da fé cristã às suas bases. Nesse aspecto, Habermas lembra que: “Weber mostra como partindo da religiosidade interior se desenvolvem os rudimentos de uma ética da intenção [autonomia.]. [...] Desde o ponto de vista formal, esta ética se caracteriza por ser uma ética regida por princípios e universalista. A religiosidade soteriológica comunitária serve de base para uma ética abstrata de fraternidade, que [tem] como referência o próximo”<sup>18</sup>.

A partir do século XVII diversos autores defendem a ideia de haver direitos naturais inalienáveis do homem, frente aos quais a própria autoridade deveria se submeter. Entre eles, Hugo Grócio, Samuel Pufendorf, Thomas Hobbes, John Locke. Para Kant, a dignidade tem como fundamento a autonomia ética do ser humano, englobando a sua liberdade de optar de acordo com a razão e de agir conforme o seu entendimento<sup>19</sup>. Assim, a dignidade da pessoa humana seria um dado a priori, independente de qualquer sistema jurídico.

<sup>13</sup> CAPELO DE SOUZA, Rabindranath Valentino Aleixo. *O direito geral da personalidade*. Coimbra: Coimbra, 1995, p. 61-62.

<sup>14</sup> CAPELO DE SOUZA, Rabindranath Valentino Aleixo. *O direito geral da personalidade*. Coimbra: Coimbra, 1995, p. 124.

<sup>15</sup> TOBENÁS, José Castan. *Los derechos de la personalidad*. Madrid: Réus, 1952, p. 11.

<sup>16</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 32.

<sup>17</sup> PICO DELLA MIRANDOLA, Giovanni. *Discurso sobre a dignidade do homem*. [Oratio de Hominis Dignitate] Trad. Maria de Lurdes Sirgado Ganho. Lisboa: Edições 70, 1998, p. 49.

<sup>18</sup> HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa, I: Racionalidad de la acción e racionalización social*. [Theorie des kommunikativen Handelns. Band. I. Handlungsrationality und gesellschaftliche Rationalisierung]. Madrid: Taurus, 1987, p. 220.

<sup>19</sup> CANTALI, Fernanda Borghetti. *Direitos da personalidade: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 35-36.

Arelada aos sentimentos de reivindicações políticas, a teoria dos direitos naturais inatos se transformou em uma doutrina de matriz político-revolucionária, culminando na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, dentro da Revolução Francesa e contribuindo para a conformação do constitucionalismo moderno e do Estado de Direito<sup>20</sup>. Assim, os fundamentos políticos e filosóficos desse período contribuíram para a emergência e configuração dos direitos da personalidade nos séculos XIX e XX.

O entendimento de que o fundamento primordial dos direitos de personalidade está no direito natural, sendo, portanto, um direito inato, oriundo de fontes supralegislativas, existindo, assim, independente do direito positivo, conforme Fernanda Cantali, é compartilhado, entre outros, por Rubens Limongi França<sup>21</sup>, Fabio Maria de Mattia<sup>22</sup>, Carlos Alberto Bittar<sup>23</sup> e Diogo Leite de Campos<sup>24</sup>. Afirmando que a pessoa é anterior ao ordenamento jurídico e, portanto, não é construída por ele; Cortiano Junior ressalta que “a pessoa humana é um dado pré-histórico e, por consequência, a proteção do seu núcleo fundamental, sua personalidade e dignidade, desnecessita de expressa previsão legal”<sup>25</sup>.

Por outro lado, pode-se afirmar, com Fachin, que foi a partir da evolução histórica da humanidade que a dignidade da pessoa humana foi delineada como valor e princípio fundamental, considerando, sempre, aspectos espaciais e temporais e, com isso, afastando-se das concepções jusnaturalistas que tinham a dignidade como um valor superior, de um modelo ideal e abstrato<sup>26</sup>. Por isso a clareza na Constituição Federal ao estabelecer que a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República brasileira. Assim, os direitos da personalidade, como todo o ordenamento jurídico não deriva de um universo transcendente<sup>27</sup>, são também uma construção social e institucional de um povo e do seu Estado.

<sup>20</sup> CANTALI, Fernanda Borghetti. *Direitos da personalidade: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 35-37.

<sup>21</sup> FRANÇA, Rubens Limongi. *Direitos da personalidade*. Ed. RT, São Paulo, n. 567, p. 11, jan-1979.

<sup>22</sup> MATTIA, Fabio Maria de. Direitos da personalidade: aspectos gerais. IN CHAVES, Antônio (coord.) *Estudos de Direito Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, p. 110.

<sup>23</sup> BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 7ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 7-8.

<sup>24</sup> CAMPOS, Diogo Leite de. *Lições de direitos da personalidade*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, vol. 57, 1991, p. 38.

<sup>25</sup> CORTIANO JUNIOR, Eroulths. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade. IN. FACHIN, Luiz (org.). *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 44.

<sup>26</sup> FACHIN, Luiz Edson. Direitos da personalidade no Código Civil brasileiro: elementos para uma análise de índole constitucional da transmissibilidade. In: Tartuce F; Castilho R coordenadores. *Direito civil, direito patrimonial e direito existencial: estudo em homenagem à professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka*. São Paulo: Editora Método, p. 625-44, 2006.

<sup>27</sup> PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de direito civil*. Traduzido por Maria Cristina de Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 67.

Engelmann ao defender a ideia de que os direitos da personalidade são a expressão “dos direitos naturais-humanos”<sup>28</sup>, tendo por fundamento a dignidade da pessoa humana, afasta qualquer fundamento metafísico ou religioso. E explica: “... trata-se da perspectiva desenvolvida por John Finnis onde se recupera uma teoria acerca do direito natural na qual o raciocínio prático ilumina as necessidades humanas, num contexto permeado pela liberdade na deliberação, amparada nas formas básicas do florescimento humano pleno, ou como bens humanos básicos expressos nos direitos naturais (a vida, o conhecimento, o jogo, a experiência do belo, a amizade, a razoabilidade prática e a religião), os quais deverão ser complementados pelas exigências metodológicas (um plano de vida coerente, não discriminar, respeitar os bens humanos básicos com vistas ao bem comum, entre outros). Este é o conjunto de elementos humanos que pertencem aos humanos independente de qualquer reconhecimento por parte do direito positivo”<sup>29</sup>.

Também é importante não confundir os direitos da personalidade e os direitos fundamentais. Há elementos que os distinguem claramente. Os direitos de personalidade constituem direitos da própria pessoa humana, portanto, pelo simples fato de sua existência, pelo fato de ser um ser humano; enquanto que os direitos fundamentais, e, portanto, tutelados pela Constituição, visam à proteção do cidadão perante o Estado. “Por isso é que se diz que muitos dos direitos fundamentais são direitos de personalidade, mas nem todos os direitos fundamentais são direitos de personalidade”<sup>30</sup>, podendo esses ser entendidos, portanto, como espécie daqueles, considerando-os como gênero. Miranda ao tratar da distinção entre esses dois direitos, afirma que: “Os direitos fundamentais pressupõem relações de poder, os direitos de personalidade relações de igualdade. Os direitos fundamentais têm uma incidência publicista imediata, quando ocorrem efeitos nas relações entre os particulares; os direitos de personalidade uma incidência privatística, ainda quando sobreposta ou subposta à dos direitos fundamentais...”<sup>31</sup>.

Feitos essas manifestações, volta-se ao curso natural da análise proposta.

---

<sup>28</sup> ENGELMANN, Wilson. A Nanotecnologia como uma revolução científica: os direitos humanos e uma (nova) filosofia na ciência. In: STRECK, Lenio Luiz e MORAIS, José Luis Bolzan de. (Orgs.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*: Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: Mestrado e Doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, n. 6, p. 248-65.

<sup>29</sup> ENGELMANN, Wilson. Direitos Naturais. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia política*. São Leopoldo: Unisinos, 2010.

<sup>30</sup> BELTRÃO, Sílvio Romero. *Direitos da personalidade*, 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 51.

<sup>31</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional: direitos fundamentais*. Coimbra: Editora Coimbra, 1993, t. IV, p. 58.

Com forte influência das ideias do campo do direito privado, com as codificações e o fortalecimento das liberdades contratuais entre os indivíduos, a trajetória dos direitos da personalidade e da própria proteção da pessoa foi bastante conturbada durante o século XIX. Já durante o século XX, o desenvolvimento dos direitos da personalidade teve grande avanço, passando a afirmar-se, inclusive, como categoria autônoma<sup>32</sup>, tendo na Constituição de Weimar o primeiro passo fundamental nessa direção. “A partir daí, valorizando a tutela da pessoa humana, iniciou-se o processo de proteção do homem por sua dignidade existencial e começou a se delinear o perfil apresentado hoje pelos direitos da personalidade”<sup>33</sup>. Sob a influência da Constituição de Weimar, forjou-se um novo conceito de Constituição que, anteriormente concebidas para serem simples estatutos de organização do Estado, passaram, ao longo do século XX, a trazer e regular institutos característicos do Direito Privado, como o direito contratual, por exemplo, que passou a impor limitações na atuação dos particulares, tutelando direitos que até então ficavam a margem do sistema codificado. Nesse sentido Szaniawski conclui que: “(...) constata-se, assim, que foi tendência do final de século XX, e torna-se realidade no século XXI, a afirmação do direito geral de personalidade, mediante a inserção na Constituição e em normas infraconstitucionais, da cláusula geral de tutela da personalidade humana, uma vez que a estreita visão privatística dos direitos da personalidade, que não estejam vinculados à categoria ampla de direitos do homem, se mostra insuficiente para a tutela personalidade”<sup>34</sup>.

Assim, tem-se uma compreensão da trajetória percorrida pela construção e afirmação dos direitos da personalidade ao longo da história.

### **2.1. A situação contemporânea dos direitos de personalidade**

Para a lógica do individualismo burguês alicerçado na ascensão do capitalismo o corpo humano passou a ser entendido como um objeto, um direito de propriedade. Assim, portanto, para uma pessoa ser uma pessoa, essa deveria ser sujeito de direitos, ou seja, com capacidade de adquirir direitos e obrigações<sup>35</sup>. Nessa lógica civilista clássica, nos moldes do Código napoleônico, onde a preocupação central era a proteção do patrimônio, personalidade significava a capacidade da pessoa ser sujeito de direito;

---

<sup>32</sup> TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: *Temas de direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 24.

<sup>33</sup> CANTALI, Fernanda Borghetti. *Direitos da personalidade: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 50.

<sup>34</sup> SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. 2. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 62.

<sup>35</sup> CANTALI, Fernanda Borghetti. *Direitos da personalidade: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 61-62.

titular de direitos e obrigações frente ao ordenamento jurídico. Para Beviláqua “personalidade é a aptidão reconhecida pela ordem jurídica a alguém para exercer direitos e contrair obrigações”<sup>36</sup>. Já Eduardo Espínola afirma que “personalidade e capacidade jurídica são expressões idênticas”<sup>37</sup>. Atualmente, porém, não é mais possível a redução da personalidade à simples capacidade de direito. Há a necessidade da ampliação desse conceito. Com a clara distinção entre personalidade e capacidade jurídica, aquele entendimento não encontra mais espaço diante da valorização da pessoa humana, com a sua elevação à posição central do ordenamento jurídico. Nesse sentido, Jussara Meirelles é categórica: “O ser humano não tem uma personalidade, ele é a expressão viva de sua própria personalidade. Assim, ainda que a ordem jurídica lance sobre o homem o olhar ideologizado da titularidade, todo o conjunto de múltiplas emanações em que se resume a personalidade humana deve ser visto como o ser humano mesmo, considerado em sua própria estrutura fundamental na qual se assentam todos os direitos de que é titular”<sup>38</sup>.

Dessa forma, direitos de personalidade não podem ser entendidos como relacionados com a personalidade jurídica, ou seja, com a capacidade de ter direitos e obrigações. A distinção é no sentido de que o titular dos direitos de personalidade é também, intrinsecamente, o próprio direito protegido. O direito do livre desenvolvimento de sua própria personalidade, de si mesmo, portanto, pelo simples fato de existir como ser humano.

Essa compreensão se tornou possível com a afirmação da dignidade da pessoa humana que, durante o século XX, fez com que o que era entendido por direitos subjetivos, se abrisse também para a proteção dos bens extrapatrimoniais, como objetos sujeitos à tutela jurídica, fazendo com que o ordenamento jurídico reconhecesse um direito próprio *de* sujeito e não apenas o direito *do* sujeito. Assim, tornou-se inexorável a releitura da denominação de direitos subjetivos, para além da estreita compreensão clássica, permitindo a inclusão dos direitos de personalidade - direitos esses, existenciais e não patrimoniais - visando à proteção de direitos intrínsecos do ser humano, tornando este, ao mesmo tempo sujeito e objeto do bem protegido.

Taylor fundamenta os direitos da personalidade em três eixos: o primeiro está relacionado à autonomia de vontade; o segundo, diretamente ligado ao primeiro, é a

---

<sup>36</sup> BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*. Campinas: Red. Livros, 2001, p. 116.

<sup>37</sup> ESPÍNOLA, Eduardo. *Sistema de direitos civil*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977, p. 350.

<sup>38</sup> MEIRELLES, Jussara. O ser e o ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à clausura patrimonial. In: FACHIN, Luiz Edson. *Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 98.

alteridade, e o terceiro eixo é a dignidade, compreendida como fruto de autoconstrução (autonomia) e realização em sociedade (alteridade), portanto, indissociavelmente ligado aos dois eixos precedentes<sup>39</sup>.

Os direitos e garantias fundamentais têm como fonte ética a dignidade da pessoa humana, tornando-a o bem supremo da ordem jurídica. É por isso que o reconhecimento e o respeito aos direitos da personalidade estão vinculados à dignidade da pessoa humana. Sem a qualidade da dignidade humana não é possível o reconhecimento e o livre desenvolvimento físico, psíquico e moral do ser humano; dos direitos da personalidade. Otto Von Gierke afirma que: “Chamamos de direitos da personalidade aos direitos que concedem ao seu sujeito um domínio sobre uma parte de sua própria esfera de personalidade. Com esse nome, eles caracterizam-se como ‘direitos sobre a própria pessoa’ distinguindo-se com isso, através da referência à especialidade de seu objeto, de todos os outros direitos (...) O direito de personalidade é um direito subjectivo e deve ser observado por todos”<sup>40</sup>. Ser observado por todos, significa dizer que há uma imposição de limites tanto contra o Estado quanto contra particulares que não podem invadir o espaço próprio da pessoa humana para o desenvolvimento da personalidade individual. Sendo a pessoa humana o bem supremo de toda a ordem jurídica, fundada na dignidade da pessoa humana, pode-se dizer que os direitos da personalidade, e neles, “a honra, a identidade pessoal satisfazem fins da pessoa. Social e cientificamente, são apontados como os bens mais preciosos de cada um”<sup>41</sup>.

Algumas das características dos direitos de personalidade são encontradas diretamente na legislação, como é o caso da intransmissibilidade e da irrenunciabilidade, conforme estabelece o artigo 11 do Código Civil brasileiro. Para Beltrão, as características dos direitos de personalidade são: a intransmissibilidade, a irrenunciabilidade, a indisponibilidade, a pessoalidade, a extrapatrimonialidade e a imprescritibilidade. Também afirma serem esses inatos<sup>42</sup> ou adquiridos (embora grande parte dos direitos da personalidade sejam inatos, há aqueles que são adquiridos, por meio de sua proteção específica no ordenamento jurídico); são absolutos *erga omnes*, e em relação ao próprio Estado<sup>43</sup>.

---

<sup>39</sup> TAYLOR, Charles. *Sources of the Self: the making of the modern identity*. Cambridge: Harvard University Press, 1989.

<sup>40</sup> CORDEIRO, Menezes. *Tratado de direito civil português: parte geral*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 203.

<sup>41</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. *Teoria geral do direito civil*. Coimbra: Editora Coimbra, 1997, v, p. 82.

<sup>42</sup> Aqui, observe-se a manifestação em relação a essa característica expressa acima.

<sup>43</sup> BELTRÃO, Silvio Romero. *Direitos da personalidade*, 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 13-20.

Quanto à tipificação dos direitos de personalidade no Código Civil de 2002, embora faça severas críticas, Schreiber ressalta que: “Ainda que pontualmente e de maneira mais tímida do que poderia ter ocorrido, inovações importantes foram inseridas...”<sup>44</sup>. Entre os avanços está o fato de o Código Civil ter dedicado o seu segundo capítulo inteiro para tratar dos direitos de personalidade. Assim, esses são tratados em onze artigos, ou seja, do art. 11 a 21, regulando o direito ao próprio corpo, o direito ao nome, o direito à honra, o direito à imagem e o direito à privacidade. Esse rol não é exaustivo; é um rol aberto que a ele podem ser acrescidos outros direitos protegidos sob o manto constitucional da dignidade da pessoa humana. Dentre esses direitos de personalidade não previstos no Código Civil, porém, juridicamente protegidos, estão, por exemplo, o direito à identidade pessoal<sup>45</sup>, direito à integridade física e psíquica, e outros, tendo decisões que incluem nesse rol, até o direito a uma vida sexual sadia<sup>46</sup>. Portanto, embora a tendência de se tratar os direitos fundamentais como tutelados constitucionalmente, enquanto que os direitos de personalidade teriam sua tutela no direito civil, verifica-se, com Beltrão, um cominho de constitucionalização dos direitos de personalidade, principalmente pelo fato do “princípio da dignidade da pessoa humana fundamentar as relações de direitos da personalidade e a tutela jurídica dos direitos fundamentais...”<sup>47</sup>.

### 3. A Teoria do Fato Jurídico de Pontes de Miranda

O problema proposto para o presente trabalho pretende propor uma (re)leitura da Teoria do Fato Jurídico de Pontes de Miranda, no sentido de dar suporte aos direitos da personalidade, por meio de uma necessária mediação constitucional. Para isso, torna-se imprescindível a superação da perspectiva meramente legalista, buscando, portanto, outras fontes de direito, no caso, principalmente os princípios constitucionais.

A norma jurídica tem por objetivo os fatos do mundo, atribuindo-lhes uma característica que os distingue dos demais fatos<sup>48</sup>. Essa distinção, entre os fatos do mundo simplesmente, daqueles fatos sobre os quais ocorrem imputações jurídicas, é de extrema importância ao se tratar do Direito; isso porque, aqueles são fatos da vida, sem qualquer importância jurídica, enquanto estes poderão ter sobre eles a incidência da norma jurídica. Nesse aspecto, Engelmann observa a similitude que há na forma de concepção do sistema jurídico de Pontes de Miranda, com aquela proposta por Hans

<sup>44</sup> SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 11-12.

<sup>45</sup> STJ, Recurso Especial 1.063.304/SP, Rel. Min. Ari Pargendler, 26.8.2008.

<sup>46</sup> TJSP, Apelação Civil 339.515.5/6, Rel. Des. Gonzaga Franceschini, 19.8.2009.

<sup>47</sup> BELTRÃO, Sílvio Romero. *Direitos da personalidade*, 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 53-54.

<sup>48</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. *Contribuição à teoria do fato jurídico*. Maceió, Ed. Edufal, 1982, p. 18.

Kelsen, pois os dois autores defendem uma determinada lógica científica<sup>49</sup>. Engelman afirma que a forma de organização do raciocínio jurídico pontesiano se projeta na subsunção, assim, “... a premissa maior é a lei, onde o suporte fático está definido; a premissa menor é o fato da vida, a ocorrência no ‘mundo dos fatos’. Assim, quando o fato preenche o suporte que está na premissa menor, a norma (= lei) incide, gerando efeitos jurídicos definidos”<sup>50</sup>. Essa incidência ocorre nos fatos que estão relacionados no “mundo jurídico”.

Para que isso ocorra, segundo a doutrina pontesiana, o fenômeno jurídico envolve diversos momentos interdependentes em três categorias distintas divididas da seguinte forma: o *plano da existência*: para que esse ocorra, há a necessidade (a) da prévia existência normativa que preveja o suporte fático hipotético, ou seja, a existência de uma norma cujo potencial fato possa ser relacionado a ela; (b) a concretização daquele fato em potencial, previsto na norma; (c) a juridicização, com a incidência da norma no fato concreto, fazendo com que o fato do mundo da vida ingresse no mundo jurídico, assim, o fato passa a existir para o mundo jurídico. (Portanto, todos os fatos jurídicos, lícitos ou ilícitos, válidos, anuláveis ou nulos – *lato sensu*). O *plano da validade* ocorre com a verificação dos fatos jurídicos lícitos, ocorridos com base na vontade humana, de eventual nulidade ou anulabilidade. Já no *plano da eficácia* ocorre a produção dos efeitos jurídicos previstos na norma, como consequência daqueles fatos terem sido objeto da incidência jurídica e produtoras de novas situações jurídicas<sup>51</sup>.

Assim: “Quando aludimos a suporte fático estamos fazendo referência a algo que poderá ocorrer no mundo e que, por ter sido considerado relevante, tornou-se objeto da normatividade jurídica. Suporte fático, portanto, é um conceito do mundo dos fatos e não do mundo jurídico, porque somente depois que se concretizam - ocorram, no mundo, os seus elementos - é que, pela incidência da norma, surgirá o fato jurídico e, dessa forma, se poderá falar em conceitos jurídicos”<sup>52</sup>.

Claro, portanto, que o fato jurídico ocorre após a incidência da norma sobre um fato do

---

<sup>49</sup> Para Kelsen, como todo o conhecimento, o conhecimento do Direito também “procura apreender o seu objeto como um todo de sentido e descrevê-lo em proposições isentas de contradição, ele parte do pressuposto de que os conflitos de normas no material normativo, que lhe é dado – ou melhor, proposto – podem e devem, necessariamente, ser resolvidos pela via da interpretação” (KELSEN, 2000, p. 229).

<sup>50</sup> ENGELMANN, Wilson. A (re)leitura da teoria do fato jurídico à luz do “diálogo entre as fontes do Direito”; abrindo espaços no direito privado constitucionalizado para o ingresso de novos direitos provenientes das nanotecnologias. In: STRECK, Lenio Luiz e MORAIS, José Luis Bolzan de. (Orgs.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*: Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: Mestrado e Doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, n. 7.

<sup>51</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. *Contribuição à teoria do fato jurídico*. Maceió, Ed. Edufal, 1982, p. 20-59.

<sup>52</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. *Contribuição à teoria do fato jurídico*. Maceió, Ed. Edufal, 1982, p. 26.

mundo (suporte fático) concretizado e sobre o qual haja a prévia previsão normativa de incidência e produção de consequências jurídicas. “Fato jurídico é, pois, o fato ou complexo de fatos sobre o qual incidiu a regra jurídica; portanto, o fato de que dimana, agora, ou mais tarde, talvez condicionalmente, ou talvez não dimane, eficácia jurídica. Não importa se é singular ou complexo, desde que, conceptualmente tenha unidade”<sup>53</sup>.

Assim, o fato jurídico é definido por uma regra (norma) jurídica<sup>54</sup> que lhe atribui consequências no mundo das relações humanas. Importante aqui ressaltar que Engelmann, citando Robert Alexy, lembra que norma jurídica é compreendida como gênero de duas espécies: as regras e os princípios. E afirma: “Pelos aspectos vistos até o momento, resta evidenciado não ser esta a forma de classificação adotada por Pontes de Miranda e aceita por Marcos Bernardes de Mello”<sup>55</sup>. A distinção entre esses dois institutos, regras e princípios, é de fundamental importância para a análise em questão.

#### **4. Os direitos de personalidade em Pontes de Miranda: uma (re)leitura possível**

Ao tratar dos direitos da personalidade, matéria que tomou grande parte do Tomo 7 de seu Tratado de Direito Privado, Pontes de Miranda observa que por longo tempo a legislação se contentava em aludir simplesmente a “pessoa” naquelas regras jurídicas em que os efeitos do ingresso do suporte fático onde era o “ser humano” levado ao mundo jurídico. Esse entendimento, segundo Pontes, teve grande influência pelo instituto da propriedade que tornava o Direito, um direito como propriedade, fazendo também, com que o Direito fosse um direito de quem possuísse propriedade. Isso fez com que na segunda metade do século XX ainda havia juristas que resistiam a concordar que a integridade psíquica, a honra e a liberdade de pensamento fossem direitos<sup>56</sup>.

Porém, para que não restasse dúvida, asseverou: “Antes de qualquer pesquisa, advirta-se em que: a) no suporte fático de qualquer fato jurídico, de que surge direito, há, necessariamente alguma pessoa, como elemento do suporte; b) no suporte fático do

<sup>53</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de direito privado*, 4. ed. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo, Tomo I, 1983, p. 77.

<sup>54</sup> O destaque importante ao fato de que enquanto Pontes de Miranda sempre usa a expressão “regra jurídica”, Marcos Bernardes de Mello utiliza a expressão “norma jurídica”, como se sinônimos fossem.

<sup>55</sup> ENGELMANN, Wilson. O diálogo entre as fontes do direito e a gestão do risco empresarial gerado pelas nanotecnologias: construindo as bases à juridicização do risco. In: STRECK, Lenio Luiz, ROCHA, Leonel Severo e ENGELMANN, Wilson (Orgs.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*: Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: Mestrado e Doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS, 2012, n. 9, p. 327.

<sup>56</sup> PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado*, Brookseller, Campinas, Tomo 7, 2000, p. 29.

fato jurídico de que surge o direito de personalidade, o elemento subjetivo é o ser humano, e não ainda pessoa: a personalidade resulta da entrada da pessoa no mundo jurídico”<sup>57</sup>.

Pontes também afirma que esses direitos são absolutos. Independe quem os tente ofender, seja um particular ou autoridade pública que represente o Estado; contra tal tentativa de ofensa esses direitos e o seu exercício são absolutos, não podendo, de forma nenhuma serem relativizados. Outras características são a intransmissibilidade e a irrenunciabilidade. O autor justifica que “a razão da irrenunciabilidade é a mesma da intransmissibilidade: ter razão íntima com a personalidade e de ter eficácia irradiada por essa”<sup>58</sup>. Assim, os direitos de personalidade também são, por consequência, inextinguíveis e imprescritíveis.

O autor trata do que denominou como os principais direitos de personalidade: direito à vida; direito à integridade física; direito à integridade psíquica; direito à liberdade; direito à verdade; direito à igualdade formal e material; direito de ter, e ao nome; direito à honra; e direito autoral de personalidade. Sendo todos esses divididos e subdivididos em várias especificidades<sup>59-60</sup>.

Porém, como já se viu, há outros direitos de personalidade para além daqueles elencados no Código Civil brasileiro, bem como daqueles enumerados por Pontes de Miranda. Cada tempo, cada sociedade, cada cultura, possui um grau diferente de liberdade, de autonomia e de respeito à dignidade da pessoa humana. Veja-se, por exemplo, dois casos opostos e emblemáticos. Primeiro, o polêmico caso *Perruche*, julgado pela Corte de Cassação francesa, resultando no Acórdão n 457<sup>61</sup>, do processo julgado em 17 de novembro de 2000. Nesse caso a Corte francesa confirmou o direito

<sup>57</sup> PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado*, Brookseller, Campinas, Tomo 7, 2000, p. 29.

<sup>58</sup> PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado*, Brookseller, Campinas, Tomo 7, 2000, p. 32.

<sup>59</sup> Tema que não será aprofundado no presente trabalho, considerando a limitação e delimitação do mesmo, porém, Pontes de Miranda utiliza grande parte do Tomo 7 do seu Tratado de Direito Privado para enfrentar o tema dos direitos de personalidade.

<sup>60</sup> PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado*, Brookseller, Campinas, Tomo 7, 2000, p. 33-190.

<sup>61</sup> PROFESSIONS MEDICALES ET PARAMEDICALES - Médecin chirurgien - Responsabilité contractuelle - Faute - Lien de causalité - Femme enceinte - Concours de fautes d'un laboratoire et d'un praticien - Enfant né handicapé - Droit à réparation.

RESPONSABILITE CONTRACTUELLE - Applications diverses - Médecin chirurgien - Femme enceinte - Concours de fautes d'un laboratoire et d'un praticien - Enfant né handicapé - Lien de causalité - Droit à réparation

RESPONSABILITE CONTRACTUELLE - Lien de causalité - Médecin chirurgien - Femme enceinte - Concours de fautes d'un laboratoire et d'un praticien - Enfant né handicapé - Droit à réparation

Dès lors que les fautes commises par un médecin et un laboratoire dans l'exécution des contrats formés avec une femme enceinte avaient empêché celle-ci d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse afin d'éviter la naissance d'un enfant atteint d'un handicap, ce dernier peut demander la réparation du préjudice résultant de ce handicap et causé par les fautes retenues. Disponível em: <http://www.juricaf.org/arret/FRANCE-COURDECASSATION-20001117-9913701>. Acessado em: 02 jun. 2018.

de uma criança nascida com deficiência figurar no polo ativo de uma ação que pretendeu indenização reparatória por danos proposta contra um médico. A discussão em torno do caso dizia respeito ao compromisso de uma equipe médica com o resultado do nascimento de uma criança “normal”. Tal resultado não foi alcançado porque teria havido negligência no exame pré-natal que não previu uma anomalia fetal, afastando, dessa forma, a possibilidade da mãe da criança optar pela interrupção da gravidez. A negligência provocou, conforme aquele entendimento, um dano não somente à mãe, mas principalmente à própria criança que nasceu. O Acórdão revela, dessa forma, a compreensão da Corte francesa de que aquela negligência médica teria violado o direito da criança de não nascer.

No lado oposto, porém com a mesma preocupação na preservação da dignidade, se mostra o julgamento do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, em um caso de testamento vital<sup>62</sup>. Aqui, o TJ-RS confirmou o entendimento do juiz singular, pelo que se poderia chamar de direito de morrer com dignidade, ou seja, o direito de um idoso, portador de doença grave e com risco de morte, se negar a receber tratamento médico. Vidal e Junior, ao analisarem o direito à ortotanásia, por meio de expressa manifestação de vontade, destacam o direito de pessoa idosa, portador de doença grave e com risco de morte de se negar a receber tratamento médico, pois a pretensão de não prolongar a vida além do processo natural coaduna-se com o direito à vida e com o princípio da dignidade da pessoa. Nesse sentido, observam que a Constituição Federal instituiu que a vida é um direito e não um dever que deve ser suportado a qualquer custo<sup>63</sup>.

Portanto, esses casos apresentam um direito da personalidade que pode ser entendido como sendo simplesmente o oposto do direito à vida; mas também pode ser entendido como a radicalização de um direito a uma vida digna, levando ao limite de se privar do direito à vida, caso ela não seja entendida como uma vida digna. Assim, nascer em condições indignas, ou permanecer vivo - nas mesmas condições - atinge a dignidade de pessoa humana, cuja maior dignidade seria não nascer, ou não prolongar a vida além do processo natural.

Assim, vê-se que nem a legislação de cunho normativista legalista, nem a doutrina que tem esse mesmo caráter, têm condições de pré-dizer todas as situações em que possa

---

<sup>62</sup> TJRS, Apelação Civil Nº 70054988266, Rel. Des. Irineu Mariani, 20.11.2013.

<sup>63</sup> VIDAL, Gustavo Pane; JUNIOR, Roberto Beijato. Testamento Vital: comentário ao Ac 0223453-79.2013. 8.21. 7000, proferido pela 1.ª Câ. Civ. do TJRS. *Revista de Direito Civil Contemporâneo-RDCC*, v. 6. 2016, p. 11 seg.

haver o exercício dos direitos da personalidade. Por outro lado, os direitos de personalidade, mesmo aqueles não elencados na contribuição doutrinária de Pontes de Miranda, bem como, aqueles não expressos no rol apresentado pelo Código Civil brasileiro ou citados de forma equivocada, encontrariam suporte na Teoria do Fato Jurídico, a partir de uma (re)leitura, admitindo, como norma jurídica, os princípios constitucionais e não apenas a lei (regra) como originalmente proposto.

Por isso, importa reforçar a necessária leitura sob o filtro constitucional. Veja-se exemplificativa dos artigos 13 e 15 do Código Civil brasileiro. O art. 13 trata da (in)disposição do próprio corpo<sup>64</sup>. Conforme Schreiber, esse dispositivo “parece elevar a recomendação clínica a um patamar superior a qualquer avaliação ética ou jurídica”. Outra crítica, também do mesmo autor, diz respeito à vedação de dispor do corpo quando essa importe em “diminuição permanente da integridade física”, o que poderia levar à sugestão de que quando a disposição não importar em diminuição permanente a vedação estaria afastada, entendimento esse que pode se mostrar extremamente perigoso. A terceira crítica diz respeito à alusão aos “bons costumes”, uma ideia vaga e imprecisa que possibilita a criação de sérias dificuldades em um campo que está propício a sofrer grandes “influências de inovações tecnológicas e científicas”<sup>65</sup>. Outra crítica ao mesmo art. 13 diz respeito ao enunciado da exigência médica em assunto relacionado à “integridade física”. Esse dispositivo tem sido compreendido e, portanto, de forma ampliativa à sua redação literal, no sentido de que a exigência médica pode se dar nos campos físico e/ou psíquico. Dessa forma, a doutrina e a jurisprudência<sup>66</sup> encontraram solução jurídica para os casos das cirurgias de transgenitalização realizadas em pessoas transexuais, entendendo que essas visam harmonizar o corpo físico com a identidade psíquica da pessoa humana. Schreiber também cita como exemplo os casos do *bodyart* e do *body modification*, onde pessoas dispõem do seu próprio corpo para finalidade que não são médicas, mas sim, estéticas, políticas, místicas ou religiosas, de lazer, etc.<sup>67</sup>

O art. 15 por sua vez dispõe acerca de tratamento médico compulsório, salvo em situações que a intervenção gere risco de vida para o paciente<sup>68</sup>. A afronta constitucional se mostra clara, além do seu anacronismo e contrariedade às próprias

---

<sup>64</sup> Artigo 13, CCB/2002: Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes.

<sup>65</sup> SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 34.

<sup>66</sup> Exemplificativamente: TJSP – AC 209.101.4/0-1 CDPriv. – Rel. Des. Elliot Akel –J. 9.4.2002.

<sup>67</sup> SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 35-46.

<sup>68</sup> Artigo 15, CCB/2002: Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.

teorias da Bioética, especialmente a que trata do consentimento informado<sup>69</sup>. O princípio do consentimento informado permeia toda a relação médico/paciente estando diretamente imbricado com os direitos da personalidade, como a própria vida, autodeterminação, a integridade física e moral. Além disso, a Constituição veda claramente qualquer cerceamento ou restrição compulsória de liberdade ou de vontade a não ser por expressa determinação legal<sup>70</sup>. Assim, é próprio do direito da personalidade, o de desenvolver de forma livre e sem qualquer intervenção arbitrária a sua própria personalidade, a liberdade que a pessoa tem de se submeter ou não a determinado tratamento médico ou intervenção terapêutica. Outra questão bastante discutida também é a recusa do tratamento por questões religiosas, as chamadas “objeções de consciência”. Essas permitem a recusa de tratamento médico quando entende o paciente haver risco de preservação da fé, cujo exemplo emblemático é o caso da transfusão de sangue de pessoas que pertencem à igreja Testemunhas de Jeová<sup>71</sup>.

Portanto, resta claro que tanto a (re)leitura da Teoria do Fato Jurídico de Pontes de Miranda, como a própria leitura e interpretação dos direitos da personalidade elencados no Código Civil brasileiro precisam ser iluminados pelos princípios norteadores e limitadores do Direito Constitucional. Com essa hermenêutica constitucional, também haveria leitura ampliativa e constitucionalmente receptiva do que Pontes de Miranda chamou de regra. O princípio constitucional, na presente proposta, atuaria em substituição à regra (lei) pontesiana, fazendo com que os fatos sociais ingressem, por esse caminho, no mundo jurídico, através do Plano da Existência, portal insuperável na Teoria do Fato Jurídico.

Assim, os direitos de Personalidade não apenas encontram guarida na codificação civil, em impreterível diálogo com os fundamentos constitucionais, principalmente o da Dignidade da Pessoa Humana, como também é um importante exemplo de elo, de ligação (contato) entre o Direito constitucional e o Direito Privado. Heidegger usa uma figura de linguagem: “a ponte pende ‘com leveza e força’ sobre o rio. A ponte não apenas liga margens previamente existentes. É somente na travessia da ponte que as margens surgem como margens. A ponte as deixa repousar de maneira própria uma frente à outra”<sup>72</sup>. Nesse sentido é possível afirmar com Engelmann (embora em outro

---

<sup>69</sup> Artigo 22, Código de Ética Médica: É vedado ao médico: Deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco eminente de morte.

<sup>70</sup> Artigo 5, II, CF/1988: II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

<sup>71</sup> Questão que por óbvio não se aprofundará nesse trabalho, considerando suas limitações temáticas.

<sup>72</sup> HEIDEGGER, Martin. Construir, habitar, pensar. In: *Ensaio e conferências*. Tradução de Emmanuel Carneiro Leão, Gilvan Fogel e Marcia Sá Cavalcante Schuback. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2002, p. 131.

tema) que essa figura de linguagem se aplica para reforçar a relação entre a Teoria do Fato Jurídico de Pontes e direitos da personalidade no Direito contemporâneo. Portanto, os princípios constitucionais, fundamentalmente o da dignidade da pessoa humana, podem servir como a ponte que une a doutrina pontesiana com os atuais direitos da personalidade. “A ponte permite ao rio o seu curso ao mesmo tempo em que preserva, para os mortais, um caminho para a sua trajetória e caminhada de terra em terra”<sup>73</sup>. A ponte constitucional integra e harmoniza as margens da Teoria do Fato Jurídico - que indubitavelmente mantêm a sua relevância - com os novos direitos, principalmente dos direitos da personalidade, sedimentando assim, “os caminhos que o Direito construirá para favorecer o pleno florescimento humano”<sup>74</sup>.

Assim, se entende ser possível uma (re)leitura da Teoria do Fato Jurídico com vistas a albergar os direitos da personalidade, até porque não se postula o seu abandono, mas sim, “uma readequação e atualização”<sup>75</sup>, o que se torna possível e necessário, a partir de uma hermenêutica integrada entre as leis e os ditames constitucionais.

## 5. Considerações finais

Viu-se, assim, que não é recente a luta pela conquista e concretização dos direitos da personalidade. Como embrião de todo esse desiderato é possível lembrar que no pensamento jusfilosófico greco-romano a pessoa humana já era colocada como origem e finalidade do próprio Direito, isso, através da *hybris* grega e da *iniuria* romana. Com o Cristianismo da Idade Média, o valor da dignidade da pessoa humana teve importante relevo, principalmente no pensamento de Thomas de Aquino, que forjou um novo conceito de pessoa, essa, portadora de valores em si, superando a sua objetivação. No século XVII com a Escola do Direito Natural, brota o entendimento de que os direitos de personalidade devem não apenas ser reconhecidos, como também, exaltados, pois conforme sua doutrina seriam direitos naturais, inatos do ser humano.

Com esses movimentos conjugados com as ideias do liberalismo econômico e político –

<sup>73</sup> HEIDEGGER, Martin. Construir, habitar, pensar. In: *Ensaio e conferências*. Tradução de Emmanuel Carneiro Leão, Gilvan Fogel e Marcia Sá Cavalcante Schuback. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2002, p. 132.

<sup>74</sup> ENGELMANN, Wilson. A (re)leitura da teoria do fato jurídico à luz do “diálogo entre as fontes do Direito”; abrindo espaços no direito privado constitucionalizado para o ingresso de novos direitos provenientes das nanotecnologias. In: STRECK, Lenio Luiz e MORAIS, José Luis Bolzan de. (Orgs.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*: Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: Mestrado e Doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, n. 7.

<sup>75</sup> ENGELMANN, Wilson. A (re)leitura da teoria do fato jurídico à luz do “diálogo entre as fontes do Direito”; abrindo espaços no direito privado constitucionalizado para o ingresso de novos direitos provenientes das nanotecnologias. In: STRECK, Lenio Luiz e MORAIS, José Luis Bolzan de. (Orgs.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*: Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: Mestrado e Doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, n. 7.

o que proporcionou o fortalecimento da burguesia e o surgimento do Estado Liberal – se produziu o entendimento de conformação prática, fazendo com que o próprio Estado, antes absoluto, tivesse que se submeter ao Direito, permitindo o desenvolvimento individual das pessoas. O final do século XIX e o século XX foram bastante pródigos para o desenvolvimento dos direitos da personalidade, tendo na Constituição de Weimar um passo fundamental nesse sentido.

Foi com a afirmação do princípio da dignidade da pessoa humana que se tornou possível a compreensão de que o ser humano tem o direito ao livre desenvolvimento de sua própria personalidade, pelo simples fato de existir como ser humano, independente de ter ou não posses patrimoniais, como sugeria a lógica civilista clássica. Surge, assim, o reconhecimento de um direito *de* sujeito e não apenas o direito *do* sujeito. A dignidade da pessoa humana, um dos princípios fundamentais da Constituição brasileira, citada como um dos fundamentos da República, alcança suporte para o desenvolvimento e afirmação dos direitos e garantias fundamentais. A dignidade humana é condição essencial para o direito da personalidade; para o respeito ao valor supremo da pessoa humana que fundamenta os direitos da personalidade.

O Código Civil de 2002, por sua vez, dedicou um capítulo inteiro para tratar dos direitos de personalidade. Porém, seu rol não é exaustivo. A ele devem ser acrescidos outros direitos protegidos pelo princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Assim, a ausência de alguns direitos naquele rol do Código Civil não lhes tira a característica de direitos de personalidade, sendo protegidos diretamente por princípios constitucionais.

Assim, verificou-se a possibilidade de uma (re)leitura da Teoria do Fato Jurídico no sentido de que a mesma pudesse, ainda, dar suporte aos direitos de personalidade. Conforme a doutrina de Pontes de Miranda o fato jurídico é definido por uma regra (norma) jurídica que lhe atribui consequências no mundo das relações humanas. Destaca-se que grande parte da doutrina e jurisprudência contemporânea compreende o termo norma jurídica como gênero de duas espécies: as regras e os princípios. Essa distinção é de fundamental importância para a compreensão da análise feita.

Pontes de Miranda ao tratar dos direitos de personalidade, observa que por longo tempo a legislação se contentava em aludir simplesmente a “pessoa”, naquelas regras jurídicas em que os efeitos do ingresso do suporte fático, onde era o “ser humano” levado ao mundo jurídico. Dessa forma, o ser humano era tratado simplesmente como

pessoa (um ser com personalidade jurídica) e não como ser humano na sua essência. Esse equívoco fez com que viesse a afirmar de forma clara, que no suporte fático do fato jurídico de que surge o direito da personalidade, o elemento subjetivo é o ser humano, e não ainda pessoa. Na sua obra trata de forma específica sobre todos aqueles direitos que entendeu serem direitos de personalidade: direito à vida; direito à integridade física; direito à integridade psíquica; direito à liberdade; direito à verdade; direito à igualdade formal e material; direito de ter, e ao nome; direito à honra; e, direito autoral de personalidade.

Porém, o surgimento de novos direitos da personalidade para além daqueles estudados por Pontes de Miranda e daqueles elencados no Código Civil tornam necessária uma (re)leitura da Teoria do Fato Jurídico, sob o filtro constitucional, seja no que leve à ampliação ou mesmo à restrição da literalidade do texto legal. Com a hermenêutica constitucional, há uma leitura ampliativa constitucionalmente receptiva do que Pontes de Miranda chamou de regra. O princípio constitucional, na presente proposta, atuaria em substituição à regra (lei) pontesiana, fazendo com que os fatos sociais ingressem, por esse caminho, no mundo jurídico, através do Plano da Existência, portal insuperável na Teoria do Fato Jurídico.

Portanto, frisa-se que o princípio da dignidade da pessoa humana norteia, como um fio condutor, toda a Constituição brasileira e, como consequência, todo o ordenamento jurídico infraconstitucional, bem como, a (re)leitura da Teoria do Fato Jurídico de Pontes de Miranda.

## 6. Referências

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Teoria geral do direito civil*. Coimbra: Editora Coimbra, 1997, v. I.

BELTRÃO, Silvio Romero. *Direitos da personalidade*, 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*. Campinas: Red. Livros, 2001.

BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

CAMPOS, Diogo Leite de. *Lições de Direitos da Personalidade*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, vol. 57, 1991.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direitos constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Editora Coimbra, 1998.

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

CAPELO DE SOUZA, Rabindranath Valentino Aleixo. *O direito geral da personalidade*. Coimbra: Coimbra, 1995

CORDEIRO, Menezes. *Tratado de direito civil português: parte geral*. Coimbra: Almedina, 2000.

CORTIANO JUNIOR, Eroulths. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade. IN: FACHIN, Luiz (org.). *Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

ENGELMANN, Wilson. A Nanotecnologia como uma revolução científica: os direitos humanos e uma (nova) filosofia na ciência. In: STRECK, Lenio Luiz e MORAIS, José Luis Bolzan de. (Orgs.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: Mestrado e Doutorado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, n. 6, p. 248-65.

\_\_\_\_ A (re)leitura da teoria do fato jurídico à luz do “diálogo entre as fontes do Direito”; abrindo espaços no direito privado constitucionalizado para o ingresso de novos direitos provenientes das nanotecnologias. In: STRECK, Lenio Luiz e MORAIS, José Luis Bolzan de. (Orgs.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: Mestrado e Doutorado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, n. 7.

\_\_\_\_ Direitos Naturais. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de Filosofia Política*. São Leopoldo: Unisinos, 2010a.

\_\_\_\_ O diálogo entre as fontes do direito e a gestão do risco empresarial gerado pelas nanotecnologias: construindo as bases à juridicização do risco. In: STRECK, Lenio Luiz, ROCHA, Leonel Severo e ENGELMANN, Wilson (Orgs.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: Mestrado e Doutorado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS, 2012, n. 9.

ESPÍNOLA, Eduardo. *Sistema de direitos civil*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977.

FACHIN, Luiz Edson. Direitos da personalidade no Código Civil brasileiro: elementos para uma análise de índole constitucional da transmissibilidade. In: Tartuce F; Castilho R coordenadores. *Direito Civil, direito patrimonial e direito existencial: estudo em homenagem à professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka*. São Paulo: Editora Método, p. 625-44, 2006.

FRANÇA, Rubens Limongi. *Direitos da personalidade*. Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 567, p. 11, jan-1979.

HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa, I: Racionalidad de la acción e racionalización social*. [Theorie des kommunikativen Handelns. Band. I. Handlungsrationalität und gesellschaftliche Rationalisierung]. Madrid: Taurus, 1987.

HEIDEGGER, Martin. Construir, habitar, pensar. In: *Ensaios e Conferências*. Tradução de Emmanuel Carneiro Leão, Gilvan Fogel e Marcia Sá Cavalcante Schuback. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2002.

GARCIA RÚBIO, Alfonso. *Unidade na Pluralidade: o ser humano à luz da fé e da reflexão cristãs*. 3. ed. São Paulo: Paulus, 2001.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MATTIA, Fabio Maria de. Direitos da personalidade: aspectos gerais. IN CHAVES, Antônio (coord.) *Estudos de Direito Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

MEIRELLES, Jussara. O ser e o ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à clausura patrimonial. In: FACHIN, Luiz Edson. *Repensando fundamentos do direito*

*civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998

MELLO, Marcos Bernardes de. *Contribuição à teoria do fato jurídico*. Maceió, Ed. Edufal, 1982.

\_\_\_\_\_. *Teoria do fato jurídica. Plano da existência*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional: direitos fundamentais*. Coimbra: Editora Coimbra, 1993, t. IV

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de direito civil*. Traduzido por Maria Cristina de Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002

PICO DALLA MIRANDOLA, Giovanni. *Discurso sobre a Dignidade do Homem*. [Oratio de Hominis Dignitate] Trad. Maria de Lurdes Sirgado Ganho. Lisboa: Edições 70, 1998.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de direito privado*, 4. ed. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo, Tomo I, 1983.

\_\_\_\_\_. *Tratado de direito privado*, Brookseller, Campinas, Tomo 7, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

\_\_\_\_\_. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013

STANCIOLI, Brunillo. *Sobre os Direitos da Personalidade no Novo Código Civil Brasileiro*. Porto/São Paulo: Mandruvá. Disponível em: <http://www.hottopos.com/videtur27/brunello.htm> Acesso: 08. Jun. 2018.

SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. 2. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

TAYLOR, Charles. *Sources of the Self: the making of the modern identity*. Cambridge: Harvard University Press, 1989.

TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: *Temas de direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TOBENÃS, José Castan. *Los derechos de La personalidad*. Madrid: Réus, 1952.

VIDAL, Gustavo Pane; JUNIOR, Roberto Beijato. Testamento Vital: comentário ao Ac 0223453-79.2013. 8.21. 7000, proferido pela 1.ª Câ. Civ. do TJRS. *Revista de Direito Civil Contemporâneo-RDCC*, v. 6. 2016.

WARAT, Luís Alberto. *Saber crítico e senso comum teórico dos juristas*. Revista Sequência, v. 3, n. 5, p. 48-57, 1982.

civilistica.com

Recebido em: 20.06.2018  
Aprovado em:  
13.08.2018 (1º parecer)  
20.09.2018 (2º parecer)

**Como citar:** KOSSMANN, Edson Luís; ENGELMANN, Wilson. A teoria do fato jurídico e os direitos da personalidade: uma (re)leitura mediada pela Constituição. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 7, n. 3, 2018. Disponível em: <<http://civilistica.com/a-teoria-do-fato-juridico/>>. Data de acesso.