

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS  
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO**

**DIREITOS DA PERSONALIDADE E SAÚDE:  
a tutela da integridade psicofísica do paciente sob a perspectiva civil constitucional**

**JEFFERSON FERNANDES ROSA**

**Rio de Janeiro  
2018/2**

**JEFFERSON FERNANDES ROSA**

**DIREITOS DA PERSONALIDADE E SAÚDE:  
a tutela da integridade psicofísica do paciente sob a perspectiva civil constitucional**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da **Professora Ms. Juliana de Sousa Gomes Lage.**

**Rio de Janeiro**

**2018/2**

## CIP - Catalogação na Publicação

R788d Rosa, Jefferson Fernandes  
Direitos da personalidade e saúde: a tutela da integridade psicofísica do paciente sob a perspectiva civil constitucional. / Jefferson Fernandes Rosa. -- Rio de Janeiro, 2018.  
62 f.

Orientadora: Juliana de Sousa Gomes Lage.  
Trabalho de conclusão de curso (graduação) - Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito, Bacharel em Direito, 2018.

1. Direitos da personalidade. 2. Saúde. 3. Integridade psicofísica. 4. Paciente. I. Lage, Juliana de Sousa Gomes, orient. II. Título.

**JEFFERSON FERNANDES ROSA**

**DIREITOS DA PERSONALIDADE E SAÚDE:  
a tutela da integridade psicofísica do paciente sob a perspectiva civil constitucional**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da **Professora Ms. Juliana de Sousa Gomes Lage.**

Data da Aprovação: \_\_ / \_\_ / \_\_\_\_.

Banca Examinadora:

\_\_\_\_\_

Orientadora

\_\_\_\_\_

Membro da Banca

\_\_\_\_\_

Membro da Banca

**Rio de Janeiro**

**2018/2**

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço a todas e a todos que em graus e modos distintos contribuíram para a conclusão de mais uma etapa em minha carreira acadêmica.

A Deus, pelo dom da vida, pelas bênçãos, pela proteção e por mais essa vitória alcançada.

À mamãe e papai, Vanda e Hélio, por todo amor, carinho e dedicação.

A Aurélio, pelas vezes em que estive ao meu lado, ao longo da graduação, dando-me todo incentivo.

Ao meu irmão, Jonattan, pela torcida.

À minha orientadora Juliana, pelo acolhimento da proposta e generosidade ao longo do processo.

Aos professores, familiares e amigos, que participaram de alguma maneira da minha trajetória.

## RESUMO

ROSA, Jefferson Fernandes. **Direitos da personalidade e saúde:** a tutela da integridade psicofísica do paciente sob a perspectiva civil constitucional. 2018. 62 f. Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade Nacional de Direito, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018.

O processo de constitucionalização do direito civil e a aplicabilidade da cláusula geral de salvaguarda da dignidade humana permitem a valorização das questões existenciais e a verificação de novas manifestações dos direitos da personalidade. Tendo isso em vista, a pesquisa parte do questionamento sobre a possibilidade de se mobilizar os direitos da personalidade para o atendimento do direito à saúde, a fim de se proteger a integridade psicofísica do paciente. A partir dessa indagação, usa-se a pesquisa revisional e bibliográfica para, por meio do método hipotético-dedutivo, conseguir apontar elementos que sejam capazes de mostrar a existência e os desdobramentos de um direito da personalidade à integridade psicofísica do paciente, que o protege em sua integralidade e que se preocupa com a sua dignidade. Como resultado, o paciente deixa de ser considerado um simples objeto submetido à intervenção médica, constituindo-se como uma pessoa humana merecedora dos meios jurídicos capazes de tutelar seu bem-estar físico, mental e emocional.

Palavras-chaves: direitos da personalidade; saúde; integridade psicofísica; paciente.

## ABSTRACT

ROSA, Jefferson Fernandes. **Direitos da personalidade e saúde:** a tutela da integridade psicofísica do paciente sob a perspectiva civil constitucional. 2018. 62 f. Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade Nacional de Direito, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018.

The process of constitutionalizing of civil law and the applicability of the general clause to safeguard human dignity allow the valuation of existential issues and the verification of new manifestations of personality rights. With this in view, the research starts from the questioning about the possibility of mobilizing the rights of the personality to fulfill the right to health, in order to protect the psychophysical integrity of the patient. From this question, we use the revisionary and bibliographical research to, through the hypothetical-deductive method, be able to point out elements that can show the existence and the unfolding of a right of the personality to the psychophysical integrity of the patient, that protects him in its entirety and that is concerned with its dignity. As a result, the patient ceases to be considered a simple object subject to medical intervention, constituting himself as a human person deserving of the legal means capable of protecting his physical, mental and emotional well-being.

Keywords: personality rights; health; psychophysical integrity; patient.

## **LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil alemão)
CC	Código Civil
CFM	Conselho Federal de Medicina
CJF	Conselho da Justiça Federal
COFEN	Conselho Federal de Enfermagem
CPC	Código de Processo Civil
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
OMS	Organização Mundial da Saúde
PL	Projeto de Lei
PNH	Política Nacional de Humanização
PRC	Portaria de Consolidação
STJ	Superior Tribunal de Justiça
SUS	Sistema Único de Saúde



## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>9</b>
<b>1. HISTORICIDADE DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE.....</b>	<b>12</b>
1.1. BREVE HISTÓRICO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE.....	12
1.1.1. Períodos clássico e pós-clássico gregos.....	12
1.1.2. Período romano.....	13
1.1.3. Período medieval.....	14
1.1.4. Período do século XVI ao XVIII.....	15
1.1.5. Período do século XIX em diante.....	16
<b>2. TEORIA GERAL DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE.....</b>	<b>20</b>
2.1. NATUREZA.....	20
2.2. CONCEITO.....	21
2.3. FUNDAMENTOS.....	22
2.4. CARACTERÍSTICAS.....	23
2.5. CLASSIFICAÇÃO.....	25
<b>3. CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL.....</b>	<b>29</b>
3.1. OS DIREITOS DA PERSONALIDADE SOB A ÓTICA CIVIL CONSTITUCIONAL.....	34
<b>4. DIREITOS DA PERSONALIDADE, SAÚDE E PROTEÇÃO DO PACIENTE.....</b>	<b>38</b>
4.1. O DIREITO À SAÚDE COMO REFLEXO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE.....	38
4.2. O DIREITO À INTEGRIDADE PSICOFÍSICA.....	43
4.2.1. O direito da personalidade à integridade psicofísica do paciente.....	45
4.2.2. O direito ao acompanhamento e à visita aberta.....	49
4.2.3. A autonomia da vontade e o consentimento informado.....	52
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>57</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>60</b>

## INTRODUÇÃO

A presente monografia trata da salvaguarda da integridade psicofísica do paciente. Ela parte do seguinte questionamento: no ordenamento jurídico brasileiro, a categoria dos direitos da personalidade pode ser mobilizada para o atendimento do direito à saúde, a fim de se proteger a integridade psicofísica do paciente?

A partir dessa indagação, busca-se o reconhecimento da existência de um direito da personalidade à integridade psicofísica do paciente que ultrapassa o simples direito de atos de disposição sobre o próprio corpo e que mostra uma preocupação com a dignidade e a integridade da pessoa em situação de enfermidade.

A pesquisa se concentrará especificamente no papel dos direitos da personalidade como uma alternativa para a garantia do direito à saúde, a fim de lançar um olhar sobre a pessoa enferma que, justamente, por sua condição adoecida, precisa de instrumentos legais para resguardar a sua dignidade enquanto pessoa humana, o que enseja uma tutela jurídica mais ampla.

Os direitos do paciente, outrossim, são os direitos do próprio ser humano. O fato de estar enfermo não lhe retira a condição de pessoa, nem lhe subtrai a dignidade a ele inerente. Ao contrário, é exatamente por estar debilitado, que o ordenamento jurídico deve proporcionar-lhe meios eficazes de defesa e salvaguarda de seus direitos<sup>1</sup>.

A teoria dos direitos da personalidade, sob uma ótica constitucionalizada, constitui a teoria base do presente trabalho. Por meio dela, pretende-se mostrar como a proteção da integridade psicofísica pode contribuir para a manutenção e a recuperação da saúde do paciente.

O tema será analisado sob a perspectiva do direito civil constitucional com foco nos direitos da personalidade, tendo como referência principal obras de autores civilistas. Dessa forma, o trabalho não adentrará em aspectos filosóficos, políticos ou médicos que o tema possa ensejar.

Além dos apontamentos doutrinários, será realizada uma pesquisa jurisprudencial

---

<sup>1</sup> LIGIERA, Wilson Ricardo. O paciente e o direito de ser humano. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça; LIGIERA, Wilson Ricardo (coord.). **Direitos do paciente**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 32.

referente ao direito à integridade psicofísica do paciente, que trate de algum aspecto relacionado ao direito à saúde, a fim de verificar como esses direitos têm sido abordados e tutelados nas decisões judiciais. Nesse âmbito jurisprudencial, serão examinadas decisões do Superior Tribunal de Justiça, tendo em vista o seu papel na manutenção da ordem jurídica e na uniformização da jurisprudência.

A relevância do presente trabalho justifica-se pela pretensão de sugerir um novo olhar sobre a figura da pessoa enferma, uma vez que se preocupa com o seu estado de bem-estar físico e mental, ao preconizar o reconhecimento do direito da personalidade à integridade psicofísica do paciente para a concretização de seu direito à saúde.

Ademais, a teoria dos direitos da personalidade, sob uma perspectiva civil constitucional, mostra uma aproximação entre o direito público e o direito privado, de modo que ela pode ser utilizada tanto na tutela do paciente que usa os serviços de saúde privados como daquele que utiliza os serviços de saúde públicos.

De forma adicional, tenciona-se fomentar uma discussão sobre a relação entre os direitos da personalidade e o direito à saúde no meio acadêmico e jurídico, a fim de que as pessoas tomem ciência da construção de novas possibilidades para a proteção dos usuários de serviços de saúde.

O objetivo geral do presente estudo é verificar o papel dos direitos da personalidade para o atendimento do direito a saúde, de modo a se possibilitar a preservação da integridade psicofísica do paciente. Para analisar essa possibilidade, é necessário também: abordar a historicidade da proteção da personalidade; apresentar a teoria geral dos direitos da personalidade; mostrar os impactos do processo da constitucionalização dos direitos da personalidade; explorar o conceito de saúde e a sua aproximação com a concepção de direitos da personalidade; e, apontar os desdobramentos do direito da personalidade à integridade psicofísica para a proteção do paciente.

Utiliza-se a pesquisa revisional e bibliográfica para, por meio do método hipotético-dedutivo, conseguir apontar elementos que sejam capazes de responder satisfatoriamente ao questionamento levantado.

As técnicas de pesquisa, que servem de suporte à metodologia, utilizadas no presente trabalho são: documental e bibliográfica. Na pesquisa documental, são usados como referências principais a Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988), o Código Civil de 2002 (CC/2002), a Resolução CFM 1931/2009 (Código de Ética Médica) e a Resolução COFEN 564/2017 (Código de Ética dos Profissionais de Enfermagem). Na pesquisa bibliográfica, são usados livros, artigos e outros meios de informação em periódicos, como revistas.

O desenvolvimento do trabalho monográfico foi estruturado em quatro capítulos. No primeiro capítulo, apresenta-se a historicidade dos direitos da personalidade. No segundo capítulo, trata-se da teoria geral dos direitos da personalidade, abordando-se sua noção, natureza, fundamentos, características e classificação. No terceiro capítulo, abordam-se o processo de constitucionalização do direito civil e os seus impactos sobre a teoria dos direitos da personalidade. Por fim, no quarto capítulo, analisa-se a relação entre o direito à saúde e os direitos da personalidade. A partir disso, desenvolve-se uma apreciação sobre o direito da personalidade à integridade psicofísica, a fim de se mostrar como os seus desdobramentos contribuem para a proteção da integridade e dignidade do paciente.

## 1. HISTORICIDADE DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

### 1.1. BREVE HISTÓRICO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

No presente tópico, não se pretende realizar um estudo amplo e aprofundado da história dos direitos da personalidade. O objetivo, ora presente, é o de realizar algumas considerações para a construção de um olhar inicial e introdutório sobre o desenvolvimento dessa categoria jurídica.

#### 1.1.1. Períodos clássico e pós-clássico gregos

Elimar Szaniawski (2005)<sup>2</sup> aponta que, na Grécia do período clássico (século VI ao século IV a.C.), havia ordenamentos jurídicos variados, de modo que cada cidade-estado possuía um estatuto próprio. De acordo com o autor, em grande parte desses estatutos, constava o princípio da personalidade do direito, o qual era utilizado nas relações entre os cidadãos e, sobretudo, nas relações dos cidadãos com pessoas de outra cidade-estado e com estrangeiros.

No direito grego, v.g. em Atenas, apenas os respectivos cidadãos atenienses eram considerados pessoas com capacidade de direito. Escravos, servos eram naturalmente entendidos como entes diferentes. Esse modelo atribuía, conforme Orlando Gomes (2004), a autoria da lei a uma entidade transcendente, que tinha nos deuses, o que a legitimava, assim como ocorria ao exercício e à distribuição social do poder. Já o direito privado possuiu, segundo Gilissen (2001), cunho marcadamente individualista ao ponto de permitir ao cidadão o livre dispor da sua pessoa e dos seus bens. Assim, o próprio homem poderia ser objeto de relações jurídicas; sendo tratado, pois, como coisa<sup>3</sup>.

A ideia de um direito geral de personalidade só apareceu entre os séculos IV e III a.C., uma vez que se concebia cada ser humano como detentor de personalidade e capacidade jurídicas, sendo a tutela da personalidade humana baseada no conceito de repúdio à injustiça, na proibição de quaisquer atos de excesso de uma pessoa contra a outra e na vedação de atos de insolência contra a pessoa humana.

A salvaguarda da pessoa humana manifestava-se, principalmente, na punição de casos de lesão corporal, difamação e estupro, o que mostra a natureza exclusivamente penal da proteção

<sup>2</sup> SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

<sup>3</sup> GALVANI, Leonardo. **Personalidade jurídica da pessoa humana: uma nova visão do conceito de pessoa no Direito Público e Privado**. Curitiba: Juruá, 2010, 21-22.

da personalidade nessa época<sup>4</sup>.

Por influência da obra de Aristóteles, passou-se a conceber a existência de igualdade entre as pessoas e a ideia de ter a lei o dever de buscar a regulamentação das relações humanas em sociedade, objetivando sempre, o bem comum. Esta nova visão, imprimida pelos filósofos gregos, consolidou a proteção jurídica da personalidade humana, reconhecendo a existência de um único e geral direito da personalidade em cada ser humano, firmando-se, desta maneira, a noção de uma cláusula geral protetora da personalidade do indivíduo (...)<sup>5</sup>.

Nos períodos clássico (século VI ao século IV, a.C.) e pós-clássico (século IV ao século I, a.C.), o ser humano era tido como a origem e a finalidade da lei. Contudo, essa centralidade da pessoa foi perdendo espaço ao longo dos séculos, culminando na valorização das questões patrimoniais em detrimento das questões existenciais, principalmente no século XIX, no qual houve a preponderância do cientificismo e da ideologia burguesa.

### 1.1.2. Período romano

Apesar dos indícios da existência dos chamados direitos da personalidade na Grécia antiga, alguns civilistas afirmam que a construção da teoria jurídica da personalidade foi realizada pelos romanos. No direito romano, a ideia de personalidade referia-se às pessoas que possuíam o *status libertatis*, o *status civitatis* e o *status familiae*<sup>6</sup>.

Destaca-se que o indivíduo que não tivesse liberdade, não tinha nenhum outro *status* e, por conseguinte, não era considerado detentor de personalidade. Como exemplo, podem ser citados os escravos, os quais sem o *status libertatis*, eram objetificados, sendo considerados meras propriedades dos cidadãos.

Somente os cidadãos (*cives*) eram dotados de capacidade jurídica plena. Os habitantes das colônias romanas (*latini*) e os estrangeiros (*peregrini*) possuíam capacidade jurídica reduzida. Aos poucos, foi sendo estendido aos latinos o direito de adquirir a cidadania romana. Porém, apenas, no período imperial, em 212 a.C., o *status civitatis* foi concedido aos habitantes do império de maneira geral.

---

<sup>4</sup> SZANIAWSKI, Elimar, op. cit., p. 25.

<sup>5</sup> Idem.

<sup>6</sup> Idem.

A proteção da personalidade na Roma antiga realizava-se por meio de manifestações isoladas, tendo, como instrumento assecuratório, a *actio iniuriarum*, nos casos de ofensa através de injúria. De início, ela era uma ferramenta que atuava na punição das ofensas contra a vida e a integridade física, sendo usada, posteriormente, contra ofensas injuriosas.

O direito pretoriano ampliou a esfera da proteção jurídica da personalidade através da tutela da liberdade e da honra, de acordo com as circunstâncias, possuindo o pretor livre arbítrio para julgar. A *Lex Cornélia*, promulgada em 81 a.C., protegia o domicílio contra a sua violação e a *Lex Aquilia* outorgava direito de ação destinado a tutelar a integridade física das pessoas. Menciona o tratadista a existência de dois interditos específicos além da *Lex Fabia*, como meios processuais para a defesa de direitos inerentes à personalidade. O *interdictum de homine libero exhibendo* e o *interdictum de liberis exhibendis* eram ambos destinados a amparar a liberdade de alguém que estivesse injustamente retido. O primeiro, da natureza exorbitante, destinava-se a amparar a liberdade, evitando-se que as pessoas livres fossem retidas por qualquer motivo. E o segundo, que competia a qualquer pessoa, destinava-se a restabelecer a liberdade de quem estivesse preso<sup>7</sup>.

Assim, em Roma, a salvaguarda da personalidade humana, por meio da *actio iniuriarum*, configurava-se como uma cláusula geral de proteção da personalidade humana, observando, obviamente, as peculiaridades da referida época histórica.

### 1.1.3. Período medieval

No período medieval, começou a germinar a concepção moderna de pessoa humana fundamentada na dignidade e no reconhecimento do indivíduo como pessoa. Havia definições da pessoa como a *naturae rationalis individua substantia*, ou seja, como a substância individual de natureza racional<sup>8</sup>, o que denota a ideia de um ente que existe por si mesmo. Esse conceito serviu de inspiração para vários pensadores medievais. A noção de pessoa estava atrelada a noção de indivíduo, porém, ambas não se confundiam.

Considerando a individualização como própria da matéria, a individualidade, enquanto integrante do indivíduo, é uma substância concreta, considerada num todo, um todo indivisível. E é a matéria que individualiza a forma. Tomás de Aquino, analisando a expressão *individua substantia* de Boécio, observa que a pessoa é uma substância individual dotada de uma certa dignidade. E a suprema dignidade do ser humano é a razão. Assim, visualiza Tomás de Aquino a personalidade como sendo a substância individual de uma essência racional<sup>9</sup>.

Dessa forma, compreende-se o duplo papel da racionalidade: imprimir perfeição para a

---

<sup>7</sup> Ibidem, p. 32.

<sup>8</sup> Ibidem, p. 35.

<sup>9</sup> Ibidem, p. 36.

pessoa e ser pressuposto de sua dignidade. Ressalta-se ainda que a concepção de dignidade advém do conceito cristão de pessoa configurada como uma substância racional, bem como do princípio da imortalidade da alma e da ressurreição do corpo. Pelo pensamento tomista, a dignidade possui estreita ligação com a liberdade, o que influenciou a política medieval, tendo em vista que, pelo princípio da dignidade da pessoa humana, poderia se reivindicar a liberdade do indivíduo contra o principado, por ser a dignidade absoluta, permanente e ativa.

#### 1.1.4. Período do século XVI ao XVIII

No século XVI, o Renascimento e o Humanismo influenciaram os juristas a elaborarem um direito geral da personalidade, como um *ius in se ipsum*, de modo a surgirem os primeiros contornos do conceito de direito subjetivo, bem como o reconhecimento de um poder de vontade individual.

Entre os séculos XVI e XVII, surgiu a ideia de *ius imaginis*, bem como a propagação do ditado *dominus membrorum suorum nemo videtur*, para se referir à titularidade do direito da pessoa sobre o próprio corpo.

Da evolução da *hybris*, das *actio iniuriarum*, que serviam para proteger, na Grécia e em Roma, as vítimas de violações da personalidade humana, tais como a honra, a reputação, a liberdade e a integridade física, surgiu, paulatinamente, nos séculos que se seguiram a esse longo período, a afirmação como poder do *ius in se ipsum*, a manifestação de diversos direitos inerentes à pessoa humana. Nos séculos XV e XVI, já havia, em estado embrionário, um conceito de *ius imaginis* e a absorção plena da máxima *dominus membrorum suorum nemo videtur*, que dizia respeito ao direito de alguém sobre o seu próprio corpo, apesar de os juristas romanos, na sua maioria, não mais considerarem o direito ao corpo com mero direito de propriedade<sup>10</sup>.

A partir do liberalismo desenvolvido ao final do século XVII na Inglaterra, a pessoa humana passa a ser tutelada pelo Estado no âmbito do sistema monárquico constitucionalista inglês. No final do século XVIII, esse sistema monárquico passa a contemplar a tripartição do poder, o sistema representativo, a preeminência da opinião nacional e a intangibilidade dos direitos fundamentais do homem.

Com a colonização inglesa, essas ideias foram trazidas para a América do Norte e exprimidas na Declaração da Colônia de Virgínia, em 1776, e nas constituições das outras

---

<sup>10</sup> Ibidem, p. 38-39.



colônias inglesas. Destaca-se ainda a inserção dos princípios de liberdade e de proteção da pessoa humana na Declaração de Independência das treze colônias inglesas, em 1776, e, ulteriormente, na Constituição de 1787.

No âmbito europeu continental, os franceses deram importante contribuição com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1789, a qual teve por base a filosofia de Rousseau, Montesquieu e Voltaire, entre outros.

### **1.1.5. Período do século XIX em diante**

De acordo com Szaniawski (2005), no século XIX, houve a propagação da doutrina revolucionária francesa, a qual desencadeou a construção de um direito jusracionalista e iluminista, fundamentado na razão e no cientificismo, além de ser caracterizado pela valorização da liberdade, da igualdade de todos dos homens, da propriedade privada, do mercantilismo e da tolerância. O racionalismo jurídico viabilizou o desenvolvimento de concepções e de sistemas, ancorados na visão da burguesia racionalista.

Dentro desse contexto, o direito civil, sistematizado e codificado em um único corpo legislativo, solidifica todos os institutos jurídicos que se relacionavam com a proteção da vida e das relações humanas. Porém, desse fenômeno surgiu alguns efeitos colaterais não desejados como a sistematização exagerada do direito e seu fechamento em categorias estanques.

Ressalta-se a existência de duas escolas de direito importantes nessa época: a Escola Histórica do Direito e o Positivismo Jurídico. No que tange ao direito da personalidade, a Escola Histórica do Direito tinha um posicionamento em que o direito geral da personalidade era concebido como um direito que o indivíduo possui sobre sua própria pessoa, ou seja, como um direito que alguém possui sobre si mesmo e cujo objeto é a própria pessoa. Desse modo, o indivíduo pode fazer o que quiser consigo mesmo, sem a interferência de ninguém.

Dessa maneira, essa escola não reconhecia a existência de um direito geral de personalidade direcionado para a salvaguarda da personalidade do ser humano, de modo que essa proteção seria decorrente de reflexos do direito objetivo, o qual tutelaria determinadas radiações da personalidade. Conseqüentemente, havia a negação da categoria de direito de personalidade, bem como o não reconhecimento da natureza de direitos subjetivos aos eventuais

atributos presentes na lei.

Já a Escola Positivista contribuiu para o fracionamento do direito geral da personalidade em vários direitos da personalidade autônomos a serem previstos em lei. Esse fenômeno se deu pelo fato de o positivismo atribuir o papel de única fonte do direito ao Estado, por conseguinte, não teria como existir um direito geral de personalidade para proteger a pessoa humana, devido à necessidade de haver tipificações mais específicas que mostrassem claramente qual faceta da personalidade que a lei estava tutelando.

Para a doutrina positivista, apenas os direitos decorrentes da pessoa humana que fossem expressamente tipificados em lei poderiam ser reconhecidos como direitos subjetivos a serem salvaguardados pelo Estado.

A nova ordem construída e a sistematização fechada do direito, conduziu o direito geral da personalidade a passar por um estado de dormência, até meados do século XX, havendo, neste curto período, a proteção do homem contra os atentados do poder público, através da atuação dos direitos fundamentais, contidos nas declarações internacionais, e positivados nas constituições. Sob o aspecto privado, a tutela se dava a partir de alguns poucos direitos de personalidade fracionados e tipificados em lei<sup>11</sup>.

Por outro lado, o autor destaca que não houve influência dessa visão no direito alemão, austríaco e suíço no século XIX, uma vez que nesses ordenamentos jurídicos manteve-se a proteção da personalidade do indivíduo por meio da aplicação do direito geral de personalidade.

Defendia-se a ideia de um único e geral direito de personalidade, em detrimento da ideia de vários direitos da personalidade tipificados. Assim como cada pessoa possui uma personalidade, do mesmo modo existiria somente um direito geral da personalidade, a qual poderia ser violada de diferentes maneiras.

Essa doutrina foi recepcionada pelo legislador do suíço no Código Civil de 1907, o qual previa o direito geral de personalidade em seu art. 28. Na Alemanha, essa visão também foi adotada pelo Supremo Tribunal do Reich até 1900. Todavia, com a promulgação do Código Civil alemão – *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) –, em 1º de janeiro de 1900, abandonou-se a concepção de existência de uma cláusula geral que tutelasse a personalidade humana, uma vez que o referido código não previa uma cláusula geral de salvaguarda da personalidade. Apenas

---

<sup>11</sup> Ibidem, p. 44.

o direito ao nome estava tipificado no BGB, de modo que outros direitos de personalidade passaram a ser tutelados somente posteriormente com a publicação de outras leis extravagantes.

Nesse período, destaca-se que a maior parte dos países europeus adotaram a postura do ordenamento jurídico alemão, visto que protegiam a personalidade humana através da tipificação de determinados atributos da personalidade multifacetados.

O debate entre o positivismo jurídico e a teoria dos direitos inatos, conforme visto, proporcionaram a divisão dos direitos de personalidade do homem em direitos públicos de personalidade e em direitos privados de personalidade. No que tange aos direitos públicos de personalidade, percebe-se que houve um grande avanço da proteção da personalidade humana contra os atentados praticados pelo poder público por meio das declarações e convenções internacionais, principalmente, após a publicação a Declaração Universal do Direitos do Homem, em 1789.

Em contrapartida, a proteção dos direitos privados da personalidade teve poucos avanços por causa dos desentendimentos doutrinários e da visão positivista de tipificação dos direitos de personalidade multifacetados, o que provocou uma forte atuação da jurisprudência para elaborar esse instituto jurídico.

Entre as declarações internacionais, merecem destaque a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão (1949), a Convenção Europeia dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (1950), a Convenção Europeia dos Direitos do Homem (1990) e o Pacto Internacional sobre Direitos Humanos e Civis (1966), tendo vista serem documentos que preveem expressamente a proteção da personalidade humana em suas variadas dimensões. Elas reconhecem e asseguram determinados direitos fundamentais, através da proteção da vida, honra, liberdade, integridade física e psíquica, igualdade, intimidade, segredo, entre outros, devido ao compromisso dos países signatários em referendar e inserir tais direitos em suas legislações.

Todas estas convenções e declarações internacionais são consideradas direito vigente em relação aos países signatários que as referendaram. Esta evolução da matéria jurídica, superando a visão clássica do direito em dois ramos, em direito público e privado, conduziu a doutrina atual, a aceitar que os denominados direitos humanos não devem ser reconhecidos como tradicionalmente ocorria no direito do século XIX e na primeira metade do século XX, limitando-se às relações entre o Estados e o particular, mas, também, devem ser aplicados diretamente nas relações entre

particulares<sup>12</sup>.

Assim, observa-se não apenas a aplicação vertical dos direitos humanos, mas também a sua aplicação horizontal.

As duas guerras mundiais e o surgimento do Estado de Bem-Estar Social provocaram uma ruptura com a visão dos pensadores dos séculos XVIII e XIX. No âmbito jurídico, o direito civil clássico perdeu a sua posição nuclear na ordem jurídica dos diferentes países, a qual passou a ser ocupada pela Constituição, o que gerou o fenômeno conhecido como constitucionalização do direito.

Portanto, no final do século XX e início do século XXI, observa-se a elaboração de um direito geral de personalidade, manifestado na cláusula geral da personalidade humana inserida na Constituição e nas normas infraconstitucionais, de modo a superar uma visão exclusivamente privatista dos direitos da personalidade, os quais devem ser lidos sob um filtro constitucional, a fim de aumentar a amplitude de sua proteção.

---

<sup>12</sup> Ibidem, p. 54-55.

## 2. TEORIA GERAL DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

### 2.1. NATUREZA

No que tange à natureza dos direitos da personalidade, ressalta-se que havia um posicionamento doutrinário que não os reconhecia como direitos subjetivos. Gustavo Tepedino (2008)<sup>13</sup> destaca que se questionava a existência conceitual dessa categoria jurídica, a sua natureza e o seu conteúdo. De acordo com ele, os chamados teóricos negativistas enxergavam uma suposta contradição lógica em a personalidade ser titular e objeto de direito subjetivo. Para eles, era difícil entender como a personalidade jurídica, ou seja, a aptidão de se ter direitos e obrigações, podia ser objeto e, ao mesmo tempo, a própria personalidade ser titular de direitos.

Em resposta a essa premissa das teorias negativistas, os seus críticos defendiam que a personalidade pode ser vista sob duas óticas:

Sob o ponto de vista dos atributos da pessoa humana, que a habilita a ser sujeito de direito, tem-se a personalidade como capacidade, indicando a titularidade das relações jurídicas. É ponto de vista estrutural (atinente à estrutura das situações jurídicas subjetivas), em que a pessoa, tomada em sua subjetividade, identifica-se como o elemento subjetivo das situações jurídicas<sup>14</sup>.

Sob a segunda perspectiva, a personalidade é considerada um “conjunto de características e atributos da pessoa humana, considerada como objeto de proteção por parte do ordenamento jurídico”<sup>15</sup>. Visto sob essa ótica, a pessoa deve ser protegida dos ataques feitos contra a sua personalidade, o que possibilita o reconhecimento de situações jurídicas subjetivas oponíveis *erga omnes*.

Assim, predominantemente, os direitos da personalidade são reconhecidos como direitos subjetivos, tanto sob a ótica do direito nacional, como do direito comparado<sup>16</sup>. Considera-se que eles se constituem como “direitos ínsito na pessoa, em função de sua própria estruturação física, mental e moral”<sup>17</sup>.

---

<sup>13</sup> TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 4. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

<sup>14</sup> *Ibidem*, p. 29.

<sup>15</sup> *Idem*.

<sup>16</sup> SZANIAWSKI, Elimar, *op. cit.*, p. 87.

<sup>17</sup> BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 35.

## 2.2. CONCEITO

A personalidade consiste na agregação de caracteres do próprio indivíduo, ou seja, na parte inerente à pessoa humana. Para Szaniawski (2005), a personalidade:

Trata-se de um bem, no sentido jurídico, sendo o primeiro bem pertencente à pessoa, sua primeira utilidade. Através da personalidade, a pessoa poderá adquirir e defender os demais bens. Tradicionalmente, os bens do homem vêm sendo protegidos tanto pelos efeitos reflexos do direito objetivo como pelo direito subjetivo, sendo suas naturezas diversas<sup>18</sup>.

Para o referido autor, os direitos da personalidade são os bens primeiros do indivíduo, os quais são intrínsecos à pessoa humana como a vida, a liberdade, a honra, entre outros. Eles se constituem como direitos subjetivos para a preservação da dignidade da pessoa humana, com vistas à proteção dos seus aspectos físicos, psíquicos e intelectuais.

Gustavo Tepedino (2008) define os direitos da personalidade como “os direitos atinentes à tutela da pessoa humana, considerados essenciais à sua dignidade e integridade”<sup>19</sup>.

Em nosso entender, pois, os direitos da personalidade devem ser compreendidos como: a) os próprios da pessoa em si (ou originários), existentes por sua natureza, como ente humano, com o nascimento; b) e os referentes às suas projeções para o mundo exterior (a pessoa como ente moral e social, ou seja, em seu relacionamento com a sociedade)<sup>20</sup>.

Eles possuem como objeto os modos de ser, físicos ou morais da pessoa e o que o se procura escudar com eles são, precisamente, os atributos específicos da personalidade, a qual é concebida como a qualidade do ente considerado pessoa. Nessa especificação, a tutela compreende os aspectos psíquicos do indivíduo, além de sua integridade física, moral e intelectual<sup>21</sup>.

Desse modo, configura-se como objeto dos direitos da personalidade os bens formados por alguns atributos ou qualidades, físicas ou morais, do homem, individualizado pelo ordenamento jurídico.

---

<sup>18</sup> SZANIAWSKI, Elimar, op. cit., p. 70.

<sup>19</sup> TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 4. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 26.

<sup>20</sup> BITTAR, Carlos Alberto, op. cit., p. 41.

<sup>21</sup> TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: lei de introdução e parte geral**. 13.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. 1, p. 153.

### 2.3. FUNDAMENTOS

Em relação aos fundamentos dos direitos da personalidade, Elimar Szaniawski (2005)<sup>22</sup>, destaca, primeiramente, que as normas derivadas da constituição e das leis infraconstitucionais de cada país constituem-se como instrumentos legais para garantir e proteger o livre desenvolvimento da personalidade e da dignidade humana.

Em segundo lugar, encontra-se a proteção da personalidade humana nas declarações internacionais, que contêm normas gerais de interesse do Estado signatário, tanto nas suas relações com outros Estados, como nas suas relações com os particulares. Essas normas também são de interesse dos particulares em suas relações privadas, visto que seus efeitos são extensos, de modo a afetar todas as relações jurídicas no âmbito de uma comunidade social.

Defende-se que os fundamentos do direito geral da personalidade estão apoiados sobre uma ordem jurídica supranacional e sobre uma ordem jurídica nacional. A ordem jurídica supranacional objetiva proteger a personalidade humana de modo amplo, assegurar o desenvolvimento integral da personalidade e tutelar a dignidade do ser humano. Suas principais fontes são: a Declaração Universal dos Direitos do Homem, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais e a 17ª Convenção de Haia, de 1993.

Na ordem jurídica nacional, a fonte primordial do direito da personalidade situa-se na Constituição. Constitucionalmente, a proteção do direito geral da personalidade pode ser realizada de dois modos.

A primeira maneira é por meio da previsão expressa de uma cláusula geral de tutela da personalidade humana, como ocorre na Lei Fundamental alemã, na Constituição da Itália e na Constituição da Espanha.

O segundo modo é através de vários princípios fundamentais sistematizados constitucionalmente, tendo como exemplo a Constituição do Brasil de 1988, que protege a personalidade por meio da dignidade da pessoa humana e de outros princípios expressamente previstos. Os princípios constitucionais configuram-se como um suporte do direito geral da

---

<sup>22</sup> SZANIAWSKI, Elimar, op. cit.

personalidade brasileiro, além de servirem como diretrizes para os direitos especiais da personalidade. Desse modo, junto com a cláusula geral, protetora da personalidade, existem alguns direitos da personalidade positivados, os quais são chamados de direitos especiais da personalidade.

#### 2.4. CARACTERÍSTICAS

Os direitos da personalidade constituem-se como direitos subjetivos privados. Gustavo Tepedino (2008)<sup>23</sup> aponta como suas características principais: a generalidade, a extrapatrimonialidade, o caráter absoluto, a indisponibilidade, a irrenunciabilidade, a impenhorabilidade, a imprescritibilidade e a intransmissibilidade.

Por generalidade, entende-se que todas as pessoas possuem os direitos da personalidade pelo simples fato de existirem. Por esse motivo, alguns civilistas os consideram também direitos inatos, o que gera certa controvérsia, uma vez que remete a uma visão jusnaturalista, por meio da qual esses direitos seriam vistos como preexistentes à ordem jurídica.

A extrapatrimonialidade refere-se ao fato de que não é possível determinar um valor para qualquer direito da personalidade. Eles são insuscetíveis de valoração econômica. Ressalta-se que isso não quer dizer que a pessoa não possa pedir a reparação civil, uma vez que a lesão a quaisquer direitos da personalidade produz consequências econômicas.

O caráter absoluto significa que eles são oponíveis *erga omnes*. Em síntese, todos devem respeitar os direitos da personalidade do outro. Cabe ressaltar que essa característica não impede que, em caso de colisão entre os direitos da personalidade, adote-se a técnica da ponderação (Enunciado 274 CJF/STJ). Pela técnica de ponderação, em casos de difícil solução (*hard cases*), os princípios e direitos fundamentais devem ser sopesados, no caso concreto pelo aplicador do Direito, para se buscar a melhor solução.

Quanto à indisponibilidade, ela indica que o titular não pode dispor de seus direitos da personalidade, o que os torna irrenunciáveis e impenhoráveis.

Pela irrenunciabilidade, entende-se que toda pessoa tem a sua personalidade natural ou

---

<sup>23</sup> TEPEDINO, Gustavo, op. cit., p. 36.



jurídica e, por isso, adquire uma série de direitos automaticamente, aos quais não pode renunciar. Mas isso não significa que alguns deles não possam sofrer cessão temporária, seja a cessão gratuita ou onerosa.

Os direitos da personalidade devem ser considerados irrenunciáveis no sentido de que seu titular não pode abrir mão deles de modo definitivo/permanente ou de modo geral. A título de exemplo, admite-se que alguém assine um contrato para autorizar veiculação de sua imagem em determinada campanha comercial, mas não se considera válido um contrato em que se autorize o uso de sua imagem em qualquer publicidade, para sempre ou para qualquer fim.

Para Bittar (2015)<sup>24</sup>, alguns direitos são disponíveis, por via contratual, podendo, serem usados por terceiros nos termos restritos do contrato, desde que feitos por meio de instrumentos adequados, como a cessão de direitos, por exemplo.

Pela impenhorabilidade, compreende-se que os direitos da personalidade não podem ser objetos de penhora. Nas palavras de Flávio Tartuce (2017), “tais direitos não podem sofrer constrição judicial, visando à satisfação de uma dívida, seja ela de qualquer natureza”<sup>25</sup>.

A imprescritibilidade significa que não se perde os direitos da personalidade pelo não uso ou pela falta de alegação desses direitos. Porém, uma vez violado um direito da personalidade, o titular ou os legitimados, em caso de morto, terão o prazo de três anos a contar da data do fato para requerer a reparação civil (art. 206, §3º, V, CC/2002).

No sentido técnico, contudo, diante da adoção da teoria de Agnelo Amorim Filho pelo novo Código Civil, melhor seria considerar que tais direitos não estão sujeitos à prescrição do que usar a expressão direitos imprescritíveis. Isso porque, conforme será visto, não é o direito que prescreve, mas pretensão (art. 189 do CC)<sup>26</sup>.

Conforme pode-se verificar, a pessoa não perde o direito da personalidade. No entanto, após três anos, ela perde a pretensão de pleitear judicialmente a reparação civil em virtude da violação sofrida.

A intransmissibilidade quer dizer que os direitos da personalidade são insuscetíveis de

---

<sup>24</sup> BITTAR, Carlos Alberto, op. cit., p. 44.

<sup>25</sup> TARTUCE, Flávio, op. cit., p. 177.

<sup>26</sup> Ibidem, p. 174.

modificação subjetiva, pois cada pessoa tem os seus direitos da personalidade. Em regra, não pode haver a cessão desses direitos, seja a título gratuito ou oneroso. Por serem intransmissíveis, Flávio Tartuce (2017) afirma que eles “não podem ser objeto de alienação (direitos inalienáveis), de cessão de crédito ou débito (direitos incessíveis), de transação (intransacionáveis) ou de compromisso de arbitragem<sup>27</sup>.”

Além dessas características, ressalta-se também a exemplificatividade, a qual mostra que os direitos da personalidade não são somente aqueles tipificados em lei, ou seja, eles formam um rol exemplificativo (*numerus apertus*)<sup>28</sup>. A doutrina e a jurisprudência podem criar outros como, por exemplo, o direito ao esquecimento (*the right to be let alone*).

## 2.5. CLASSIFICAÇÃO

Em relação à classificação dos direitos da personalidade, a doutrina tradicional do século XIX costumava dividi-los em direito geral da personalidade e direitos da personalidade tipificados.

Os direitos da personalidade, sob a ótica de um direito geral da personalidade, são vistos como um único direito que emana da personalidade humana. Na teoria tipificadora, eles são vistos como fracionamentos da personalidade humana em múltiplos tipos, conforme os atributos da personalidade<sup>29</sup>.

No âmbito da teoria do direito geral da personalidade, Szaniawski (2005)<sup>30</sup> fala da personalidade e dos elementos que a compõe. De acordo com ele, a personalidade é formada por elementos essenciais: a dignidade, a individualidade e a pessoalidade.

A dignidade humana (*die Menschenwürde*) consiste no elemento indicador da localização do ser humano no Universo, o qual, em virtude de sua natureza espiritual, é dotado de dons que possibilitam a construção de determinadas tarefas de criatividade cultural, da realização de valores éticos e de se auto-edificar. O segundo elemento é a individualidade (*die Individualität*). A individualidade consiste na unidade indivisível do ser humano, consigo mesmo identificada, que possui um caráter próprio, que todo o indivíduo traz consigo ao nascer. Este caráter próprio evolui e é complementado através da educação, do progresso moral e espiritual que cada indivíduo desenvolve no curso de sua vida. A individualidade permite a toda pessoa realizar a tarefa ética,

<sup>27</sup> Ibidem, p. 171.

<sup>28</sup> Ibidem, p. 154.

<sup>29</sup> SZANIAWSKI, Elimar, op. cit., p. 87.

<sup>30</sup> Ibidem, p. 114.

sua evolução espiritual e seu auto-desenvolvimento. A personalidade (*die Personalität*) é o terceiro elemento, que se traduz pela relação do indivíduo com o mundo exterior, com outras pessoas, com toda a sociedade e com os seus valores éticos, onde o indivíduo se afirma como ser, defendendo sua individualidade<sup>31</sup>.

A partir desses três elementos e do direito que emana da personalidade, elabora-se a proteção da personalidade humana, sob todos os seus aspectos. Ademais, enfatiza-se que essa proteção só se concretizará por meio do reconhecimento, pelo direito positivo, de uma cláusula geral de proteção ampla da personalidade. Constata-se, pois, que o direito geral de personalidade se configura como o instrumento jurídico que visa à salvaguarda do direito ao livre desenvolvimento da personalidade do ser humano.

Já sob a ótica da teoria dos direitos da personalidade típicos, esses direitos costumam ser classificados em direitos da personalidade públicos, direitos da personalidade privados e direitos da personalidade sociais.

Os direitos da personalidade públicos são os direitos inerentes à pessoa humana tipificados na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão e em outras convenções internacionais. Eles consistem em direitos que objetivam proteger o indivíduo dos atentados realizados pelo próprio Estado e tutelar a sociedade dos ataques cometidos por determinados particulares.

Os direitos da personalidade privados referem-se aos direitos próprios da pessoa humana relacionados com os aspectos privados da personalidade. Eles são os praticamente os mesmos direitos da personalidade públicos, só que regulados pelo direito privado, com o escopo de tutelar o indivíduo contra os atentados de outro particular.

Os direitos da personalidade sociais são os direitos advindos do desenvolvimento determinados direitos humanos de categoria social e econômica, como o direito à saúde, o direito ao trabalho, o direito à informação, o direito ao silêncio, entre outros. Alguns autores consideram que esses direitos da personalidade sociais não se encaixam na definição, nem nas características dos direitos da personalidade. Já outros defendem que aqueles direitos sociais que se enquadram na definição de direitos da personalidade podem perfeitamente serem classificados dentro das duas categorias anteriores: direitos da personalidade públicos ou

---

<sup>31</sup> *Ibidem*, p. 114-115.

privados.

Szaniawski (2005)<sup>32</sup> afirma que os partidários da classificação dos direitos da personalidade em públicos e privados, agrupa os privados em algumas classes, conforme suas características. Existem aqueles que os divide em: direito à vida e à integridade física; direito sobre as partes destacadas do corpo e o direito sobre o cadáver; direito à liberdade; direito ao resguardo (direito à honra, ao resguardo e ao segredo); direito à identidade pessoal (direito ao nome, ao título e ao sinal pessoal); e, direito moral de autor.

De acordo com ele, há ainda doutrinadores que os classifica em: direito à vida, direito à integridade física ou corporal; direito de disposição do próprio corpo e do próprio cadáver; direito ao livre desenvolvimento da própria atividade, ou direito de liberdade (direito à liberdade de locomoção, de residência e de domicílio; direito à liberdade matrimonial; direito à liberdade contratual e comercial; e, direito à liberdade de trabalho); direito à honra; direito à imagem; direito moral de autor e de inventor; e, direito ao segredo epistolar, telegráfico e telefônico.

Ato contínuo, ele afirma que existem, também, aqueles estudiosos para os quais os direitos da personalidade são divididos em: direitos da personalidade comparáveis aos direitos reais (direito ao nome; direito ao uso do nome da família; direito de defesa do nome de família; direito da pessoa sobre o seu próprio corpo; direito sobre o corpo vivo; e, direito sobre os despojos mortais); direitos da personalidade comparáveis aos direito de crédito (direito ao respeito à vida privada; direito de se opor à divulgação da vida privada; direito de se opor à uma investigação na vida privada; direito de resposta; e, direito moral do autor e do inventor).

Já Gustavo Tepedino (2008)<sup>33</sup> afirma que os direitos da personalidade são costumeiramente classificados em dois grupos: direitos à integridade física e direitos à integridade moral. Os direitos à integridade física abrangem o direito à vida, o direito ao próprio corpo e o direito ao cadáver. Os direitos à integridade moral compreendem o direito à honra, o direito à liberdade, o direito ao recato, o direito à imagem, o direito ao nome e o direito moral do autor.

---

<sup>32</sup> Ibidem, p. 88.

<sup>33</sup> TEPEDINO, Gustavo, op. cit., p. 38.

Na classificação feita por Carlos Alberto Bittar (2015)<sup>34</sup>, os direitos da personalidade são divididos em: direitos físicos, direitos psíquicos e direitos morais. Os direitos físicos são aqueles que envolvem a proteção de elementos materiais da estrutura humana como, por exemplo, a integridade corporal em integralidade, os órgãos, os membros e a imagem. Os direitos psíquicos tratam dos componentes inerentes à personalidade, a saber: a integridade psíquica, a liberdade, a intimidade e o sigilo. Os direitos morais referem-se aos atributos valorativos da pessoa em seu âmbito social, ou seja, o seu patrimônio moral, que contempla a identidade, a honra e o seu intelecto.

Tais classificações servem para se ter uma visão didática dos direitos da personalidade. Todavia, ressalta-se que elas não exaurem o rol dos direitos da personalidade, uma vez que é necessário enxergá-los por meio de uma cláusula geral que garanta uma salvaguarda plena e eficaz da pessoa humana.

No presente trabalho monográfico, percebe-se que o reconhecimento dessa cláusula geral da personalidade relaciona-se com o processo de constitucionalização do direito civil, por meio do qual os institutos privados passam a ser lidos sob uma perspectiva principiológica.

---

<sup>34</sup> BITTAR, Carlos Alberto, op. cit., p. 49.

### 3. CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL

O fenômeno da constitucionalização do direito fundamenta-se no neoconstitucionalismo e na concepção de que a Constituição é um sistema aberto de regras e princípios. Nas palavras de Luís Roberto Barroso (2009):

A ideia de constitucionalização do Direito [...] está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico. Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional<sup>35</sup>.

De acordo com o referido autor, o processo de constitucionalização do direito exerce uma ampla influência sobre os três poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário) e sobre os particulares.

No âmbito do Poder Legislativo, há uma delimitação da discricionariedade do legislador para o processo de criação das leis, além de incumbi-lo de atuar de modo a efetivar direitos constitucionais.

Quanto ao Poder Executivo, há igualmente uma limitação da discricionariedade do administrador público, o dever de atuar positivamente e a validação de decisões e atuações que encontrem respaldo diretamente na Constituição, sem precisar da ação do legislador.

No que se refere ao Poder Judiciário, a constitucionalização atua como padrão para o controle de constitucionalidade tanto incidental como concentrado, além de limitar a interpretação das normas do ordenamento jurídico.

Já, em relação aos particulares, a autonomia de vontade passa a ser condicionada pelos valores constitucionais e pelos direitos fundamentais. Trata-se da chamada eficácia horizontal dos direitos fundamentais, os quais passam a irradiarem seus efeitos também nas relações privadas, configurando-se, portanto, como direitos oponíveis aos particulares<sup>36</sup>.

---

<sup>35</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** São Paulo: Saraiva, 2009, p. 351-352.

<sup>36</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 128.

Historicamente, o processo de constitucionalização do direito ocorreu inicialmente na Alemanha:

Ali, sob o regime da Lei Fundamental de 1949 e consagrando desenvolvimentos doutrinários que já vinham de mais longe, o Tribunal Constitucional Federal assentou que os direitos fundamentais, além de sua dimensão subjetiva de proteção de situações individuais, desempenham uma outra função: a de instituir uma ordem objetiva de valores<sup>37</sup>.

Essa dimensão objetiva faz com que o direito fundamental não seja considerado exclusivamente sob perspectiva individualista, mas, igualmente, que o bem por ele tutelado seja visto como um valor em si, a ser preservado e fomentado. Por conseguinte, enseja-se um dever de proteção pelo Estado dos direitos fundamentais contra agressões providas dos próprios poderes públicos, de particulares ou de outros Estados. Na Alemanha, o primeiro precedente que serve como referencial foi o caso *Lüth*, de 1958, no qual se reconhece que os direitos fundamentais valem para as relações particulares.

No Brasil, o processo de constitucionalização foi propiciado pela Constituição de 1988 (CRFB/1988), a qual passou a ter não somente a supremacia formal, mas também a supremacia material, otimizada pela abertura do sistema jurídico e pelo reconhecimento da normatividade dos princípios.

Nesse ambiente, a Constituição passa a ser não apenas um sistema em si – com a sua ordem, unidade e harmonia – mas também um modo de olhar e de interpretar todos os demais ramos do Direito. Esse fenômeno, identificado por alguns autores como filtragem constitucional, consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados<sup>38</sup>.

Deste modo, constrói-se uma leitura axiológica com foco nos princípios constitucionais, o que alguns autores denominam de Neoconstitucionalismo. Para Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco (2012):

Hoje, é possível falar em um momento de constitucionalismo que se caracteriza pela superação da supremacia do Parlamento. O instante atual é marcado pela superioridade da Constituição, a que se subordinam todos os poderes por ela constituídos, garantida por mecanismos jurisdicionais de controle de constitucionalidade. A Constituição, além disso, se caracteriza pela absorção de valores morais e políticos (fenômeno por vezes designado como materialização da

---

<sup>37</sup> Ibidem, p. 354.

<sup>38</sup> Ibidem, p. 363.

Constituição), sobretudo em um sistema de direitos fundamentais autoaplicáveis<sup>39</sup>.

O Neoconstitucionalismo configura-se como um movimento hermenêutico que trata da construção jurisprudencial do direito, legitimada pela proteção da efetividade da Constituição, principalmente, nos casos de omissão do legislador democrático.

A teoria neoconstitucionalista propõe a superação da aplicação mecânica da lei do positivismo jurídico, de modo a mostrar a relevância dos juízes e tribunais no processo de consolidação da força normativa da Constituição.

Contemporaneamente, a reconstrução neoconstitucionalista do direito vem se desenvolvendo na esteira do discurso axiológico-indutivo que valoriza o principialismo e o pensamento tópico-problemático. Com o objetivo de realizar a Constituição, o exegeta contemporâneo não pode mais ficar adstrito à norma-dado (*prius* da interpretação constitucional), mas, sim captar seu verdadeiro sentido e alcance a partir da incidência dos elementos fáticos do caso concreto<sup>40</sup>.

É dentro dessa perspectiva que, no processo de constitucionalização do Direito, passa-se a mitigar o esquema lógico-dedutivo de Kelsen, a fim de se reconhecer o âmbito retórico-argumentativo das decisões dos magistrados. De acordo com André Ramos Tavares (2012), o “juiz conforme a lei” da teoria positivista transforma-se no “juiz conforme a Constituição” da teoria pós-positivista:

A proposta remonta, preliminarmente, à distinção entre juiz conforme a lei e juiz da lei, ou seja, entre a postura clássica da função jurisdicional (juiz conforme a lei) e a postura desenvolvida, sobretudo, com o constitucionalismo e, com maior intensidade, pelo neoconstitucionalismo (juiz da lei, juiz conforme a Constituição)<sup>41</sup>.

Assim, a Constituição, concebida como um sistema aberto de princípios e regras, torna-se a fonte medular de aplicação do direito. Valorizam-se a racionalidade discursiva e a dimensão retórica das decisões dos magistrados em vez de se considerar meramente a racionalidade literal do texto da norma.

<sup>39</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 77.

<sup>40</sup> GÓES, Guilherme Sandoval. Neoconstitucionalismo e dogmática pós-positivista. In: BARROSO, Luís Roberto. **A reconstrução democrática do direito público no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar: 2007, p. 113.

<sup>41</sup> TAVARES, André Ramos. **Paradigmas do judicialismo constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 19.



Para Simioni (2015)<sup>42</sup>, o sentido do direito transmuta-se em uma questão principiológica, que valoriza uma interpretação focada nos princípios, não sendo mais um mero processo subsuntivo.

Desse modo, os preceitos argumentativos propiciam diretrizes para que o juiz encontre a melhor solução racional para o litígio (resposta correta), o que afasta a discricionariedade da decisão. Com isso, nota-se a importância concedida ao âmbito argumentativo para o entendimento da operacionalização do direito.

Percebe-se que essa constitucionalização do direito causou impactos tanto no direito civil como em outros ramos do direito. No que tange ao direito civil, percebe-se uma prevalência das questões existenciais em relação às questões patrimoniais, o que possibilita pressupor que uma relação patrimonial só é merecedora de tutela se não violar a dignidade humana. Tal visão revela o fenômeno denominado despatrimonialização do Direito Civil<sup>43</sup>, ou seja, a tutela jurídica não mais se justifica em razão da posição que uma pessoa possui em uma relação jurídica, mas sim, se essa relação cumpre a exigência de não violação da dignidade.

Além disso, observa-se o fenômeno de descodificação do direito, que consiste na fragmentação do conteúdo civilista em textos legais extravagantes variados. Essas normas especializadas deixaram de serem reguladas pelo Código Civil, porém, passaram a se submeter aos princípios constitucionais, o que mostra a ligação entre os dois fenômenos analisados.

Flávio Tartuce (2017) chama a atenção para a edificação de um novo caminho metodológico, denominado direito civil constitucional, o qual contribui para a construção harmônica de pontos de intersecção entre o direito público e o direito privado, por meio da adequação de institutos que são, em sua gênese, elementos do direito privatista, porém, encontram-se na Carta Magna, principalmente por causa das transformações sociais ocorridas com o decorrer do tempo em diferentes sociedades<sup>44</sup>.

---

<sup>42</sup> SIMIONI, Rafael. Regras, princípios e políticas públicas em Ronald Dworkin: a questão da legitimidade democrática das decisões jurídicas. **Revista Direito Mackenzie**, v. 5, n. 1, p. 203-218, 2011. Disponível em: <http://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/rmd/article/view/4756/3658>. Acesso em: 30 jul. 2015.

<sup>43</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de Moraes. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de (Org.). **Dimensões jurídicas da personalidade na ordem constitucional brasileira**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 408.

<sup>44</sup> TARTUCE, Flávio, op. cit., p. 99-100.

E, desse modo, Direito Constitucional e Direito Civil são interpretados dentro de um todo e não isoladamente. Há, assim, não uma invasão do Direito Constitucional sobre o Civil, mas sim uma interação simbiótica entre eles, funcionando ambos para melhor servir o todo *Estado + Sociedade*, dando as garantias para o desenvolvimento social, econômico e político, mas respeitadas determinadas premissas que nos identificam como seres coletivos<sup>45</sup>.

Em consonância com o exposto, forçoso reconhecer que houve a superação do antigo paradigma da incomunicabilidade entre direito civil e direito constitucional pelo atual paradigma do diálogo e da complementaridade entre esses dois ramos do direito.

Por essa perspectiva, o direito civil constitucional simboliza uma variação hermenêutica, em que se interpreta o direito privado, sob prisma do Código Civil e Constituição Federal, tendo como princípios elementares: a valorização da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CRFB/1988), a solidariedade social (art. 3º, I, da CRFB/1988) e a isonomia (art. 5º, *caput*, da CRFB/1988)<sup>46</sup>.

O princípio da dignidade da pessoa humana embasa o principal fundamento da personalização do direito civil, por meio do qual se prioriza a pessoa humana em detrimento do patrimônio. Ele atua como vetor para a salvaguarda da liberdade e dos direitos subjetivos na ordem privada<sup>47</sup>. O princípio da solidariedade social liga-se à ideia de promoção de uma sociedade justa e solidária. O princípio da isonomia atua em prol da construção de um tratamento igual para os iguais e desigual para os desiguais como medida de justiça, a fim de se reduzir ou compensar as desigualdades de fato.

Ao tratar desse tema, Anderson Schreiber (2011) também lança uma reflexão sobre o direito civil constitucional, o qual se configura como “a corrente metodológica que defende a necessidade de permanente releitura do direito civil à luz da Constituição”<sup>48</sup>.

Para ele, isso implica não somente a interpretação das normas civilistas tendo como referência a Constituição (aplicação indireta do texto constitucional), mas também a aplicação direta das normas constitucionais nas relações jurídicas privadas.

---

<sup>45</sup> Ibidem, p. 99.

<sup>46</sup> Ibidem, p. 112.

<sup>47</sup> Ibidem, 101.

<sup>48</sup> SCHREIBER, Anderson. Direito Civil e Constituição. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 48, p. 3-26, out./dez. 2011.

A metodologia do direito civil constitucional possui três pressupostos teóricos principais: a natureza normativa da Constituição; a complexidade e unidade do ordenamento jurídico e o pluralismo de fontes do direito; e o desenvolvimento de uma renovada teoria da interpretação, de fins aplicativos<sup>49</sup>.

Em linhas gerais, a natureza normativa da Constituição refere-se à eficácia normativa do texto constitucional, o qual não é visto como instrumento meramente programático, uma vez que se reconhece a possibilidade de aplicação indireta ou direta das normas constitucionais na resolução de casos concretos, inclusive, naqueles que envolvem as relações privadas.

Pelo segundo pressuposto teórico (unidade e complexidade do ordenamento jurídico), compreende-se que, apesar da existência de variadas fontes e normas, o ordenamento jurídico deve ser visto como um sistema unitário, alicerçado nos valores constitucionais<sup>50</sup>. Desse modo, cada documento normativo deve ser interpretado e aplicado em harmonia com a Constituição.

Por último, a interpretação com fins aplicativos significa que os operadores do direito devem interpretar o Código Civil conforme a Constituição. Isso quer dizer que o intérprete não deve ficar restrito à literalidade da lei, o que não implica uma interpretação sem nenhum parâmetro limitativo, uma vez que o papel criativo, no processo hermenêutico, fica sempre vinculado à concretização dos valores constitucionais<sup>51</sup>.

### 3.1. OS DIREITOS DA PERSONALIDADE SOB A ÓTICA CIVIL CONSTITUCIONAL

No processo de constitucionalização do direito, houve uma valorização da pessoa como ser humano, de modo que a proteção de sua dignidade passou a ser tema central dos ordenamentos jurídicos, o que propiciou a chamada repersonalização do direito<sup>52</sup>, que reposicionou o indivíduo como centro e norte da ordem jurídica. Por óbvio, tal fenômeno também atingiu o direito civil e, por conseguinte, a categoria dos direitos da personalidade.

Um direito de tal grandiosidade e importância, que representa a parte intrínseca do ser humano, as manifestações de sua personalidade, somente poderá encontrar a tutela efetiva ao tornar-se uma cláusula geral constitucional pétrea. Por esta razão, a tutela da personalidade humana, por atentados praticados contra a mesma, não pode

---

<sup>49</sup> Ibidem, p. 11.

<sup>50</sup> Ibidem, p. 13.

<sup>51</sup> Ibidem, p. 16.

<sup>52</sup> SZANIAWSKI, Elimar, op. cit., p. 57.

encontrar tutela plena, somente, no âmbito civil, devendo ser procurada, primeiramente, na Constituição. Já se mencionou acima, que é impraticável uma mera visão privatística dos direitos de personalidade que os desvinculem da categoria ampla de direitos do homem. A ordem jurídica deve ser entendida como um todo, onde, dentro de uma hierarquia de valores, tenha um local primacial a noção de que o homem é pessoa dotada de inalienável e inviolável dignidade. O ser humano é o primeiro e principal destinatário da ordem jurídica e, através da teoria da repersonalização do direito civil, o direito se revela um sistema ético, tendo como centro o ser humano, como primeiro de seus valores, repousando os fundamentos do ordenamento jurídico dentro da noção de dignidade do ser humano. Somente a partir desta leitura, é que poderá ser formulada a noção de direito da personalidade, a sua verdadeira amplitude<sup>53</sup>.

Nesse mesmo sentido, Marcia Celina Bodin de Moraes (2008) afirma que:

Quanto à proteção dos direitos da personalidade, é fato que a partir da mudança de perspectiva constitucional, passando a estar o ordenamento a serviço da pessoa humana, conforme a determinação do art. 1º, III, da Constituição, consolidou-se definitivamente a prevalência das relações não patrimoniais (pessoais e familiares) em face das relações patrimoniais (contratuais e proprietárias)<sup>54</sup>.

De acordo com ela, o princípio da dignidade humana representa uma verdadeira cláusula geral de proteção de todos os direitos, que da personalidade advêm<sup>55</sup>, o que converge com ideia defendida por Anderson Schreiber (2013). Para este, é justamente a aplicabilidade da cláusula geral de tutela da dignidade humana que permite a verificação de novas manifestações dos direitos da personalidade<sup>56</sup>.

É claro que, em relação a essas manifestações humanas que carecem de previsão legal expressa, instaura-se frequentemente um debate doutrinário e jurisprudencial. Na falta de explícito reconhecimento legal, é preciso definir se tais manifestações integram ou não a dignidade humana. Cumpre verificar se consistem em esferas essenciais da personalidade humana, que escaparam à atenção do legislador; ou se configuram, ao contrário, aspectos menores da existência individual que não podem ser elevados a direitos da personalidade<sup>57</sup>.

Oportuno torna-se dizer que a previsão do art. 1º, III, da CRFB/1988, atua como um vetor interpretativo que distancia a visão tipificadora presente no Código Civil, de modo a expandir a proteção da pessoa humana por meio do reconhecimento de novas hipóteses de ressarcimento e da promoção da salvaguarda da personalidade mesmo em casos que não se enquadrem dentro

---

<sup>53</sup> Ibidem, p. 57-58.

<sup>54</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. Ampliando os direitos da personalidade. In: VIEIRA, José Ribas (Org.). **20 anos da constituição cidadã de 1988: efetivação ou impasse institucional?** Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008, p. 371.

<sup>55</sup> Ibidem, p. 374.

<sup>56</sup> SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 15.

<sup>57</sup> Idem.

do rol de direitos subjetivos positivados<sup>58</sup>.

Na perspectiva do novo Direito Civil, que tem afinidade com os temas do Direito Constitucional, além da estrutura centrada em princípios e cláusulas abertas, os direitos da personalidade estão balizados não somente por um franco, explícito e declarado rol não taxativo de direitos reconhecidos pelo traçado que lhes foi conferido pelo projeto do Código Civil de Miguel Reale, mas também por uma fundamentação que decorre da Constituição Federal de 1988, em seu artigo 1º, III: “a dignidade da pessoa humana”. Este princípio serve, nesse sentido, como bússola do sistema jurídico como um todo, e, nestes termos, serve de fundamento a unificar o tratamento da matéria, não importando a perspectiva na qual se abordem esses direitos, e muito menos a ramificação do direito à qual se esteja a reportar<sup>59</sup>.

Além disso, a primazia concedida à cidadania (art. 1º, II, CRFB/1988), à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CRFB/1988), ao princípio da igualdade substancial (art. 3º, III, CRFB/1988), à isonomia formal (art. 5º, CRFB/1988) e à possibilidade de reconhecimento de direitos e garantias, mesmo que não expressos na Constituição (art. 5º, § 2º, CRFB/1988), servem como condicionantes para a atuação do intérprete e do legislador ordinário<sup>60</sup>, o que propicia a proteção da dignidade humana em variadas circunstâncias, previstas ou não, nas quais a personalidade, compreendida como valor máximo do ordenamento jurídico, constitui-se como ponto de referência objetivo<sup>61</sup>.

É preciso estampar em cores nítidas a ideia de que a matéria (direitos da personalidade) necessita ser enxergada, nos dias de hoje, sob a ótica civil-constitucional, em razão das importantes opções firmadas pela *Lex Legum*. A afirmação da cidadania e da dignidade da pessoa humana como princípios constitucionais (art. 1º, II e III), juntamente com a proclamação da igualdade e da liberdade, dão novo conteúdo aos direitos da personalidade, realçando a pessoa humana como ponto central da ordem jurídica brasileira<sup>62</sup>.

Essa centralidade da pessoa humana no ordenamento jurídico brasileiro, certamente, é uma das maiores contribuições desse processo de constitucionalização, uma vez que permite que o indivíduo não seja encarado como mero objeto na norma, mas sim, como a finalidade de todo regramento jurídico.

A promoção da pessoa humana é configurada como a principal diretriz do sistema jurídico, de maneira a se condicionar o intérprete e o legislador, os quais devem agir dentro dos

<sup>58</sup> TEPEDINO, Gustavo, op. cit., p. 41.

<sup>59</sup> BITTAR, Carlos Alberto, op. cit., p. 36.

<sup>60</sup> Ibidem, p. 53.

<sup>61</sup> Ibidem, p. 55.

<sup>62</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: parte geral e LINDB**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 139.

limites da “tábua axiológica eleita pelo constituinte”<sup>63</sup>.

Mister se faz ressaltar que a proteção da personalidade não pode ser encarada por meio da visão tradicional que coloca, de um lado, os direitos humanos e, de outro lado, as situações jurídicas privatistas. Nesse sentido, Eneas de Oliveira Matos (2010) afirma que a reparação civil, por violação ao direito à integridade física, “é exemplo típico da necessária convergência do direito privado (direitos da personalidade) com o direito público (direitos fundamentais)”<sup>64</sup>.

Tal afirmação está em consonância com a ideia de Gustavo Tepedino (2008), o qual sustenta que a pessoa, sob a ótica civil constitucional, “requer proteção integrada, que supere a dicotomia direito público e direito privado e atenda à cláusula geral fixada pelo texto maior, de promoção da dignidade humana”<sup>65</sup>.

Com essa perspectiva, os direitos da personalidade – ultrapassando a setorial distinção emanada da histórica dicotomia direito público e privado – derivam da própria dignidade reconhecida à pessoa humana para tutelar os valores mais significativos do indivíduo, seja perante outras pessoas, seja em relação ao Poder Público. Com as cores constitucionais, os direitos da personalidade passam a expressar o *minimum* necessário e imprescindível à vida com dignidade<sup>66</sup>.

Assim, caracterizado e comprovado está que os direitos da personalidade estão, estreitamente, ligados ao desenvolvimento da pessoa humana, atuando como categorias jurídicas essenciais para a proteção de sua dignidade. Ademais, por meio do processo de constitucionalização do direito civil, é possível compreendê-los como estrutura normativa que pressupõe a tutela jurídica avançada da pessoa, seja contra as incursões do poder público ou contra as transgressões de particulares.

---

<sup>63</sup> TEPEDINO, Gustavo, op. cit., p. 53.

<sup>64</sup> MATOS, Eneas de Oliveira. Direito à integridade física e direito à saúde nas relações entre particulares. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de (org.). **Dimensões jurídicas da personalidade na ordem constitucional brasileira**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 192.

<sup>65</sup> TEPEDINO, Gustavo, op. cit., p. 57.

<sup>66</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson, op. cit., p. 140.

## 4. DIREITOS DA PERSONALIDADE, SAÚDE E PROTEÇÃO DO PACIENTE

### 4.1. O DIREITO À SAÚDE COMO REFLEXO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

De acordo com a Organização Mundial da Saúde (OMS), a saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade. Nas palavras de Eneas Matos (2010), ela “é o estado de total higidez corpórea livre de defeitos ou males, é a integridade psicofísica totalmente perfeita da pessoa humana”<sup>67</sup>.

Sob esse ângulo, a saúde é concebida como um direito ao ambiente sadio e equilibrado e à proteção da integridade do indivíduo, podendo, portanto, ser vista a partir de duas vertentes: negativa e positiva. A vertente negativa enfatiza que o Estado e os particulares devem se abster de atos prejudiciais à saúde, enquanto que, sob perspectiva positiva, ressalta-se a exigência de Estado implementar políticas públicas para prevenção e tratamento médico. Logo, o direito à saúde, visto, principalmente, sob um viés negativo, configura-se como uma norma capaz de justificar a tutela da integridade psicofísica de qualquer indivíduo<sup>68</sup>.

Em sede constitucional, cabe destacar que o art. 6º, da CRFB/1988, consagra a saúde, como um direito social, e que o art. 196, da CRFB/1988, declara que ela é direito de todos e dever do Estado, devendo ser garantido por meio de políticas sociais e econômicas, que propiciem a diminuição do risco de doença e outros agravos, bem como possibilitem uma acesso universal e igualitário às ações e serviços relacionados à saúde. Para doutrina:

De tais conceitos expostos na CF/88, no que se refere ao direito à saúde, percebem-se dois pontos principais e de suma importância para sua aplicação para a reparação do dano causado à pessoa: (i) que o núcleo do conceito jurídico de saúde é a “ausência manifesta de doença”, e (ii) que é de aplicação imediata, não sendo lícito a ninguém alegar a ausência de norma regulamentadora para sua aplicação (GANDOLFI DALLARI, 1995, 30)<sup>69</sup>.

Dito isso, percebe-se que a violação ao direito à saúde ocorre por meio de qualquer dano à integridade do indivíduo, e que é possível a aplicação imediata entre particulares do direito à saúde, independentemente, da existência de qualquer regulamentação, tendo em vista a

---

<sup>67</sup> MATOS, Eneas de Oliveira, op. cit., p. 196.

<sup>68</sup> Ibidem, p. 197

<sup>69</sup> Idem, p. 197-198.

aplicabilidade horizontal dos direitos fundamentais<sup>70</sup>.

Assim, a previsão constitucional do direito a saúde pode ser utilizada tanto para o atendimento de demandas de políticas públicas, como para a proteção da integridade física e psíquica da pessoa humana contra atos de particulares.

No que tange à legislação civil, o art. 949, do CC/2002, prevê que “no caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até o fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que prove haver sofrido”, o que mostra que a salvaguarda da integridade física e psíquica pode ser feita com base no direito à saúde. Isso é possível por meio de uma interpretação conforme a Constituição do referido art. 949, do CC/2002, combinado com o direito à saúde, previsto no art. 6º e no art. 196, CRFB/1988. Por meio desse procedimento, consegue-se construir a *ratio legis* da norma, a qual consiste na reparação dos danos patrimoniais e extrapatrimoniais provocados à integridade da pessoa<sup>71</sup>, a qual pode ser feita através de indenização por perdas e danos materiais, cumulada com dano moral e estético, nos termos do Enunciado 192, do CJF/STJ.

Em relação aos direitos da personalidade, o art.12, do CC/2002, dispõe que se pode exigir que cesse à ameaça, ou a lesão, a direito de personalidade, sendo possível a reclamação em perdas e danos e a aplicação de outras sanções previstas em lei. Ele “consagra a tutela geral da personalidade, trazendo os princípios da prevenção e da reparação integral de danos, que podem ser exercidos por meios judiciais e extrajudiciais”<sup>72</sup>. Pela leitura do referido artigo, a tutela dos direitos da personalidade pode ser realizada por meio da prevenção ou da reparação.

No âmbito preventivo, a proteção é realizada antes de a lesão ocorrer efetivamente ou de haver o exaurimento da violação ao direito da personalidade<sup>73</sup>. Esse aspecto é crucial, quando se coloca a pessoa enferma como o ponto central dos serviços de saúde, uma vez que a tutela preventiva obsta a concretização de um eventual dano à integridade física ou psíquica do paciente, que poderia ser irreparável, ainda mais quando se trata de um bem tão caro à dignidade

---

<sup>70</sup> Ibidem, p. 198.

<sup>71</sup> Ibidem, p. 199.

<sup>72</sup> TARTUCE, Flávio, op. cit., p. 182.

<sup>73</sup> BOSIO, Marco Antonio. Responsabilidade civil nas violações aos direitos da personalidade: a responsabilidade civil na ameaça ou lesão aos direitos da personalidade. In: REIS, Clayton (coord.). **Responsabilidade civil em face da violação aos direitos da personalidade**: uma pesquisa multidisciplinar. Curitiba: Juruá, 2011, p. 255.



da pessoa humana: a sua saúde. Evitar que uma violação à integridade do paciente se consuma deve ser a principal preocupação dos operadores do direito, pois, muitas vezes, uma ação ou omissão lesivas podem acarretar danos irreparáveis ou, até mesmo, a morte do paciente.

Para isso, um caminho possível é se valer do entendimento doutrinário materializado no Enunciado 140, do CJP/STJ. De acordo com o referido enunciado, a primeira parte do art. 12, do CC/2002, faz referência às técnicas de tutela específica, aplicáveis de ofício, previstas no art. 461, do CPC/1973 (atual art. 497, do CPC/2015), devendo ser interpretada com resultado extensivo. Dessa maneira, pode se aplicar multa diária, ou astreintes, na ação que tenha como objeto uma obrigação de fazer ou não fazer, em favor dos direitos da personalidade. Essa diligência será realizada de ofício pelo magistrado, uma vez que a proteção da pessoa é matéria de ordem pública. Ademais, não é necessário a comprovação do dano ou da culpa *lato sensu*, o que é essencial para se viabilizar as medidas preventivas dirigidas à proteção dos direitos da personalidade<sup>74</sup>.

No aspecto reparatório, a lesão ao direito da personalidade já ocorreu, surgindo, assim, a necessidade de se valer dos institutos do campo da responsabilidade civil, cuja finalidade situa-se na reparação dos danos ocorridos e na proteção dos interesses patrimoniais e extrapatrimoniais da pessoa<sup>75</sup>.

A aplicação material da Constituição de 1988 (direitos fundamentais e princípio da dignidade humana) à responsabilidade civil (arts. 927-954 do Código Civil de 2002) é momento direto de resposta à necessária proteção da pessoa humana de forma efetiva. Somente com a utilização do direito fundamental de reparação dos danos causados à pessoa humana (art. 5º, incs. V e X, CF/88) e do direito à saúde (arts. 6º e 196, CF/88) para a proteção da integridade física, com o fim de reparação autônoma, é que teremos a devida estrutura jurídica para a garantia da reparação dos danos extrapatrimoniais, no sentido amplo que a jurisprudência brasileira vem galgando, acertadamente, uma vez a importância do bem jurídico em tela: a pessoa humana<sup>76</sup>.

A tutela reparatória possibilita ao paciente empregar a indenização pecuniária para a continuidade de eventual tratamento médico, para a contratação de novos serviços de saúde para corrigir possíveis danos estéticos ou para outras finalidades que garantam o seu bem-estar físico, mental e social.

---

<sup>74</sup> TARTUCE, Flávio, op. cit., p. 182.

<sup>75</sup> BOSIO, Marco Antonio, op. cit., p. 256.

<sup>76</sup> MATOS, Eneas de Oliveira, op. cit., p. 207.

Para fins deste trabalho, quando se pensa na figura do paciente, defende-se a relevância dessas duas dimensões: preventiva e reparatória. Nessa perspectiva, cabe mostrar os seguintes julgados:

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. NEGATIVA DE DISPONIBILIZAÇÃO DE MATERIAL CIRÚRGICO SOLICITADO POR PROFISSIONAL ESPECIALIZADO. RECUSA INDEVIDA DE COBERTURA. DANO MORAL. CONFIGURAÇÃO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO E INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. IMPROCEDÊNCIA. DEMAIS ARGUMENTOS RECURSAIS QUE NÃO INFIRMAM OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. RAZÕES RECURSAIS INSUFICIENTES. AGRAVO DESPROVIDO.

1. O Tribunal de origem, embora tenha indevidamente afastado a condenação por dano moral, deixa expresso, em seu acórdão, o caráter de urgência da cirurgia a qual a demandante, portadora de neoplasia maligna de tireoide), precisava se submeter (Tireoidectomia total + Esvaziamento cervical seletivo bilateral). Do aresto recorrido, extrai-se, ainda, a inequívoca conclusão de que o material cirúrgico a que se negou cobertura afigura-se indispensável ao êxito da intervenção médica. Em que pese a reconhecida urgência da realização do ato cirúrgico, o Plano de Saúde, mesmo tendo autorizado a realização desta às suas expensas, obsteu a cobertura de equipamento essencial ao êxito da cirurgia (Sistema NIM-Pulse), que tem o propósito de "minimizar o risco de lesão dos nervos laríngeos recorrentes". Consignou-se, também, que a cirurgia somente foi realizada em virtude da tutela de urgência deferida na origem.

1.1 Como se constata, a decisão ora impugnada se fundou em premissas fáticas contidas no acórdão recorrido, de que houve injusta negativa de cobertura, e aplicou o entendimento deste Tribunal, segundo o qual, em tais casos, o dano moral encontra-se devidamente caracterizado.

2. A recusa indevida pela operadora do plano de saúde em autorizar a cobertura financeira de tratamento médico faz nascer o dever de reparar os danos morais produzidos pelo agravamento da situação de aflição psicológica e de angústia no espírito do beneficiário, ante a inequívoca violação, nesse caso, dos direitos da personalidade.

3. Os demais argumentos recursais não infirmam o fundamento da decisão agravada.

4. Razões recursais insuficientes para a revisão do julgado.

5. Agravo interno desprovido<sup>77</sup>.

AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. RECUSA INJUSTIFICADA NA COBERTURA DE TRATAMENTO DE SAÚDE. REALIZAÇÃO DE CIRURGIA. PRESCRIÇÃO MÉDICA. DANOS MORAIS CONFIGURADOS. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

1. O Tribunal a quo, após acurada análise do acervo fático-probatório dos autos concluiu que houve injustificada negativa de cobertura de tratamento de saúde.

2. A jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que a recusa indevida pela operadora de plano de saúde à cobertura de tratamento médico emergencial ou de urgência, a depender das circunstâncias particulares de cada caso, pode caracterizar afronta aos direitos da personalidade, a ensejar reparação por dano moral, não havendo que se falar em mero inadimplemento contratual.

3. *In casu*, é inequívoco ter havido indevida recusa de cobertura de procedimento médico que foi indicado ao demandante, somente autorizado mediante decisão

<sup>77</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Agravo Interno no Recurso Especial 1.656.501/SE**. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze, Data de Julgamento: 17/08/2017, Data de Publicação: DJe 31/08/2017. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201700418362&dt\\_publicacao=31/08/2017](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201700418362&dt_publicacao=31/08/2017). Acesso em: 10 nov. 2018.

judicial, circunstâncias que ensejaram manifesto abalo a aspectos de sua dignidade, tendo em vista a urgência que o caso requeria, como devidamente comprovado nos autos.

4. Nesse diapasão, de imposição o reconhecimento do dano moral sofrido pelo autor, visto que a conduta da ré, em muito, transbordou as raias do mero dissabor cotidiano, como assentado na decisão impugnada.

5. Agravo interno desprovido<sup>78</sup>.

Pela análise dos dois acórdãos, percebe-se a relevância das decisões judiciais que concederam a tutela de urgência para realização da cirurgia, com intuito de proteger a saúde do paciente, diante da possibilidade do agravamento da doença, de modo a cessar a ameaça a sua integridade psicofísica. Em um segundo momento, após a concessão da tutela preventiva, houve o reconhecimento, por parte da Corte Superior, da necessidade de reparação pelos danos sofridos aos direitos da personalidade do paciente pela recusa indevida de cobertura financeira de tratamento médico pela operadora do serviço de saúde.

Nesse sentido, pode-se afirmar que o direito à saúde se configura como um verdadeiro reflexo dos direitos da personalidade, conforme o seguinte acórdão do Superior Tribunal de Justiça:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DIREITO À SAÚDE. LIMITAÇÕES POR AUTORIDADE ADMINISTRATIVA. IMPOSSIBILIDADE. MILITAR. FUNDO DE SAÚDE DO EXÉRCITO. DECRETO N. 92.512/86. TRATAMENTO DE SAÚDE EM ESTABELECIMENTO DE SAÚDE ESTRANHO ÀS FORÇAS ARMADAS. SITUAÇÃO DE URGÊNCIA RECONHECIDA. POSSIBILIDADE. RESSARCIMENTO DE PARTE DAS DESPESAS MÉDICAS. CABIMENTO. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973. APLICABILIDADE.

I – Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. *In casu*, aplica-se o Código de Processo Civil de 1973.

II - O direito a saúde, constitucionalmente assegurado, reflexo dos direitos de personalidade inatos à condição humana, não pode sofrer limitações por autoridades administrativas, que lhe reduzam ou embarcem o acesso. Precedentes.

III - A doutrina médica distingue a situação de emergência, daquela de urgência. O Decreto n. 92.512/86, no art. 3º, incisos XVI e XXXIII, conceitua a emergência como "situação crítica ou perigosa, de surgimento imprevisto e súbito, como manifestação de enfermidade ou traumatismo, que obriga ao atendimento de urgência", enquanto a urgência é definida como "o atendimento que se deve fazer imediatamente, por imperiosa necessidade, para que se evitem males ou perdas consequentes de maiores delongas ou protelações".

IV - O mesmo diploma normativo assegura aos Militares ativos e inativos, assistidos pelo FUSEX, internações de emergência em estabelecimentos de saúde estranhos às Forças Armadas, sem prévia autorização do comandante, diretor ou chefe, ou autoridade militar designada, nos casos de urgência.

<sup>78</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Agravo Interno nos Embargos de Declaração no Recurso Especial 1.700.770/RS**. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze, Data de Julgamento: 24/04/2018, Data de Publicação: DJe 03/05/2018. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201702490556&dt\\_publicacao=03/05/2018](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201702490556&dt_publicacao=03/05/2018). Acesso em: 10 nov. 2018.

V - Da exegese desses dispositivos, depreende-se que a lei autoriza o atendimento médico em organizações alheias à estrutura das Forças Armadas em situações de urgência, circunstância que estaria abrangida pelos casos de emergência.

VI - Reconhecida no acórdão recorrido a urgência da circunstância que levou o Recorrente a buscar sua cirurgia cardíaca em hospital particular, bem como sendo ele beneficiário do FUSEX, mostra-se devido o ressarcimento, pela União, de parte das despesas efetuadas em seu tratamento de saúde.

IV - Recurso Especial provido<sup>79</sup>.

Em virtude dessas considerações, os direitos da personalidade servem como mais uma alternativa em busca da garantia do direito à saúde, por meio da proteção do paciente, a fim de lhe assegurar o seu bem-estar físico e psíquico.

Desse modo, nos próximos tópicos, serão abordados o direito da personalidade à integridade psicofísica, buscando-se compreender a sua contribuição para a tutela do paciente. Isso será feito por meio de apontamentos doutrinários sobre esse direito da personalidade, enriquecidos com a indicação de algumas normas no âmbito da saúde, bem como de jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

#### 4.2. O DIREITO À INTEGRIDADE PSICOFÍSICA

No estudo dos direitos da personalidade, alguns autores costumam tratar separadamente do direito à integridade física e à integridade psíquica. Bittar (2015), ao falar sobre o direito à integridade física, refere-se à tutela da incolumidade do corpo e da mente<sup>80</sup>, de modo a se proteger a saúde física e a lucidez mental da pessoa contra qualquer ação ou omissão que possam violá-las.

Nesse direito conciliam-se os interesses do indivíduo aos da família e aos da sociedade, visto que a pessoa cumpre, a par de finalidades próprias, objetivos superiores, que se refletem na coletividade. Fundado na regra básica de convivência, expressa pela máxima *neminem laedere*, permite, de um lado, no interesse da sociedade, que a pessoa desenvolva, em sua plenitude, as suas aptidões, contribuindo, com a sua atividade, para o progresso geral; e, de outro, a preservação da higidez física e intelectual da pessoa possibilita-lhe vida mais cômoda para o alcance de suas metas particulares<sup>81</sup>.

<sup>79</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1. Turma). **Recurso Especial 1.608.019/CE**. Relatora: Ministra Regina Helena Costa, Data de Julgamento: 21/11/2017, Data de Publicação: DJe 27/11/2017. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201601630087&dt\\_publicacao=27/11/2017](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201601630087&dt_publicacao=27/11/2017).

Acesso em: 10 nov. 2018.

<sup>80</sup> BITTAR, Carlos Alberto, op. cit., p. 129.

<sup>81</sup> Ibidem, p. 129-130.

O bem jurídico a ser tutelado é incolumidade física e intelectual, de modo a se resguardar os atributos naturais e adquiridos pela pessoa, sob a perspectiva física e mental, punindo-se as lesões provocadas à normalidade funcional do corpo humano, em nível anatômico, fisiológico e mental<sup>82</sup>.

Em relação à integridade psíquica, o mesmo autor a define como o direito que objetiva a proteção da incolumidade da mente e do psiquismo, de maneira a se resguardar o conjunto psicoafetivo e pensante da estrutura humana.

Nessa mesma linha de raciocínio, Silvio Beltrão (2012) compreende a integridade física como o direito que salvaguarda o indivíduo contra agressões ao seu corpo e à sua mente, de modo a se proteger a sua saúde física e mental. Para ele, tal direito possui como objeto o gozo e usufruto dos bens da integridade física, obtidos com o nascimento, uma vez que são direitos inatos a qualquer pessoa<sup>83</sup>. Percebe-se que ambos os autores, ao se referirem à integridade física, preocupam-se não somente com os aspectos físicos, mas também, psicológicos da pessoa humana.

Para José Camargo (2009), há um autêntico direito à integridade psicofísica, o qual visa a combater “os ilícitos que danifiquem o corpo, a mente, a consistência emocional”<sup>84</sup>, a fim de se evitar o sofrimento físico e mental da pessoa. Além disso, ele ressalta a influência do princípio da dignidade humana sobre os direitos da personalidade e sobre o direito à integridade psicofísica, mostrando a sua importância para a proteção do indivíduo em sua plenitude, ao afirmar que:

A ciência jurídica tem laborado num processo de construção progressiva da tutela jurídica às emanções da personalidade que resultam numa proteção à integridade existencial da pessoa humana, para proteger o homem na sua plenitude a partir do vetor estrutural, inarredável, da dignidade. Uma dignidade que se expressa de modo indelével no respeito e na garantia dos direitos da personalidade, que se destacam por dar ao ser humano o fundamento da sua essência, o arcabouço físico, emocional e espiritual que conformam a sua existência como criatura digna. Nesse respeito, a integridade psicofísica adquire uma dimensão extraordinária, pois permite proteger o homem na sua integridade psicossomática, contra atos que possam atingi-lo na sua plenitude e provocar-lhe sofrimento e humilhação – crueldades injustificáveis sob qualquer ponto de vista e que merecem a repulsa de toda a sociedade e do

<sup>82</sup> Ibidem, p. 130.

<sup>83</sup> BELTRÃO, Silvio Romero. Direito da personalidade e o consentimento informado do paciente. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça; LIGIERA, Wilson Ricardo (coord.). **Direitos do paciente**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 230-231.

<sup>84</sup> CAMARGO, José A. O direito à integridade psicofísica nos direitos brasileiro e comparado. **Revista da SJRJ**, Rio de Janeiro, n. 26, p. 261-284, 2009, p. 272.

ordenamento jurídico, a partir do texto constitucional<sup>85</sup>.

A integridade psicofísica é uma das dimensões da dignidade humana que possui uma gama variada de proteção. Ela compreende desde a proibição à tortura e lesões corporais na área de direito penal até o direito ao recebimento de remédios na seara administrativa. No âmbito civil, destaca-se, especialmente, o seu papel como mecanismo de tutela contra lesões exteriores<sup>86</sup>.

Isso vai ao encontro do tema do presente trabalho, o qual defende que, em relação à saúde, é preciso tutelar o paciente em sua integralidade, levando-se em consideração tanto os seus aspectos físicos como os psíquicos, de modo a se vislumbrar um direito à integridade psicofísica.

#### **4.2.1. O direito da personalidade à integridade psicofísica do paciente**

Quando se fala em direito ao corpo, tende-se a pensar apenas no físico, o que é corroborado pela literalidade do art. 13, do CC/2002, que proíbe o ato de disposição sobre o próprio corpo que acarrete diminuição permanente da integridade física ou que contrarie os bons costumes, excepcionando-se os casos de exigência médica. No parágrafo único do referido artigo, os casos de transplantes, desde que seguido o disposto em lei especial, também é apontado como uma exceção à vedação de disposição do próprio corpo.

Ao tratar do assunto, Anderson Schreiber (2013) fala na existência de uma tutela da integridade psicofísica. Ele critica o Código Civil de 2002, por ter se limitado a falar sobre o ato de disposição sobre o próprio corpo, visto que a proteção da integridade psicofísica transcende o mero ato de disposição sobre o corpo<sup>87</sup>.

Dessa forma, depreende-se que o direito ao corpo não se limita aos aspectos físicos, uma vez que abrange mente e corpo. O referido direito deve ser entendido “em uma dimensão mais ampla como direito à integridade psicofísica, à saúde e ao bem-estar”<sup>88</sup>.

---

<sup>85</sup> Ibidem, p. 281.

<sup>86</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de, 2008, op. cit. p. 374-375.

<sup>87</sup> SCHREIBER, Anderson, op. cit., p. 33.

<sup>88</sup> Ibidem, p. 70.

No que tange à figura do paciente, no Código de Ética Médica (Resolução CFM 1931/2009), destaca-se que um dos princípios éticos fundamentais consiste na proibição de se causar sofrimento físico ou moral que acarrete o extermínio do ser humano ou que possibilite atentados contra a sua dignidade ou integridade, conforme o disposto no inciso VI, do Capítulo I, da Resolução CFM 1931/2009.

Nesse mesmo sentido, prevê-se que, em relação ao uso de novas tecnologias, o médico não deve discriminar nenhuma pessoa em razão de sua herança genética, a fim de se tutelar a dignidade, a identidade e a integridade do paciente, nos termos do inciso XXV, do Capítulo I, da Resolução CFM 1931/2009.

Percebe-se que, nessas duas disposições, há uma preocupação com a integridade do paciente, o qual deve ser protegido em sua integralidade, evitando-se a ocorrência de comportamentos médicos que coloquem em risco a saúde física, mental e emocional do paciente.

O art. 28, da Resolução CFM 1931/2009, reforça essa ideia e estabelece ainda que a conduta médica, que cause lesão à personalidade e à saúde física e mental do paciente, deve ser levada ao conhecimento das autoridades competentes e do Conselho Regional de Medicina:

É vedado ao médico:

Art. 28. Desrespeitar o interesse e a integridade do paciente em qualquer instituição na qual esteja recolhido, independentemente da própria vontade.

Parágrafo único. Caso ocorram quaisquer atos lesivos à personalidade e à saúde física ou mental dos pacientes confiados ao médico, este estará obrigado a denunciar o fato à autoridade competente e ao Conselho Regional de Medicina.

Pela leitura dos princípios éticos fundamentais citados e do art. 28, ambos da Resolução do CFM 1931/2009, combinados com o art. 13, do CC/2002, observa-se uma preocupação com a tutela do corpo vivo, o qual se constitui como elemento essencial à formação da ideia de dignidade da pessoa natural em conjunto com a defesa da integridade física e psíquica.

A proteção ao corpo vivo abrange não apenas a estrutura básico-fisiológica do corpo (seu funcionamento escorreito), pois alcança a imagem natural deste corpo, vale dizer, a forma natural da pessoa (com seus defeitos e limites). Uma agressão material a esta forma dará ensejo ao denominado dano estético, reconhecido pelo STJ em sua Súmula 387<sup>89</sup>.

---

<sup>89</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de et. al. **Código Civil para concursos**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 80.



Além dos danos materiais e estéticos, percebe-se que a mera violação a direito da personalidade gera o dano moral, sendo desnecessária a demonstração da existência de dor sofrimento, humilhação ou qualquer outro sentimento negativo, sendo, por isso, chamado pela doutrina de dano moral *in re ipsa*<sup>90</sup>. O dano moral é presumido, uma vez que está ínsito no próprio fato. Quanto a esse ponto, ressalta-se as duas decisões seguintes:

DIREITO CIVIL E CONSUMIDOR. RECUSA DE CLÍNICA CONVENIADA A PLANO DE SAÚDE EM REALIZAR EXAMES RADIOLÓGICOS. DANO MORAL. EXISTÊNCIA. VÍTIMA MENOR. IRRELEVÂNCIA. OFENSA A DIREITO DA PERSONALIDADE.

- A recusa indevida à cobertura médica pleiteada pelo segurado é causa de danos morais, pois agrava a situação de aflição psicológica e de angústia no espírito daquele. Precedentes

- As crianças, mesmo da mais tenra idade, fazem jus à proteção irrestrita dos direitos da personalidade, entre os quais se inclui o direito à integridade mental, assegurada a indenização pelo dano moral decorrente de sua violação, nos termos dos arts. 5º, X, in fine, da CF e 12, caput, do CC/02.

- Mesmo quando o prejuízo impingido ao menor decorre de uma relação de consumo, o CDC, em seu art. 6º, VI, assegura a efetiva reparação do dano, sem fazer qualquer distinção quanto à condição do consumidor, notadamente sua idade. Ao contrário, o art. 7º da Lei nº 8.078/90 fixa o chamado diálogo de fontes, segundo o qual sempre que uma lei garantir algum direito para o consumidor, ela poderá se somar ao microsistema do CDC, incorporando-se na tutela especial e tendo a mesma preferência no trato da relação de consumo.

- Ainda que tenha uma percepção diferente do mundo e uma maneira peculiar de se expressar, a criança não permanece alheia à realidade que a cerca, estando igualmente sujeita a sentimentos como o medo, a aflição e a angústia.

- Na hipótese específica dos autos, não cabe dúvida de que a recorrente, então com apenas três anos de idade, foi submetida a elevada carga emocional. Mesmo sem noção exata do que se passava, é certo que percebeu e compartilhou da agonia de sua mãe tentando, por diversas vezes, sem êxito, conseguir que sua filha fosse atendida por clínica credenciada ao seu plano de saúde, que reiteradas vezes se recusou a realizar os exames que ofereciam um diagnóstico preciso da doença que acometia a criança. Recurso especial provido<sup>91</sup>.

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE. TRATAMENTO MEDICAMENTOSO DOMICILIAR. CÂNCER EM FASE METASTÁTICA. RECUSA INADMISSÍVEL POR PARTE DA OPERADORA. CLÁUSULA MANIFESTAMENTE ABUSIVA. FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO A PERPASSAR POR NORMAS CONSTITUCIONAIS. AUSÊNCIA DE INTERPOSIÇÃO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO 126/STJ. DANOS MORAIS. PLENO CABIMENTO. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. INOCORRÊNCIA. HONORÁRIOS. FIXAÇÃO EM VALOR IRRISÓRIO NA ORIGEM.

1. Nos termos da jurisprudência pacífica desta Corte Superior, é inadmissível a recusa de cobertura de tratamento domiciliar pelo plano de saúde, aqui compreendendo-se o fornecimento, em âmbito domiciliar, de fármaco voltado a estender a sobrevivência de paciente com câncer em fase metastática. Atracção do enunciado 126/STJ a corroborar a negativa de seguimento do recurso da operadora de saúde.

<sup>90</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson, op. cit., p. 161.

<sup>91</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial 1.037.759/ RJ**. Relatora: Ministra Nancy Andrighi, Data de Julgamento: 23/02/2010, Data de Publicação: DJe 05/03/2010. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=200800510315&dt\\_publicacao=05/03/2010](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200800510315&dt_publicacao=05/03/2010). Acesso em: 10 nov. 2018.



2. Verificada ofensa clara a direitos da personalidade, deve ser reconhecida a existência de dano moral, que dispensa prova, por sua natureza de dano "in re ipsa".
3. Desnecessária a realização de laudo psicológico a atestar o real e profundo arrebatamento de pessoa que, tangenciando o falecimento, vê negada a administração domiciliar de medicamento voltado à inibição da evolução da doença.
4. Valor da indenização fixado, com base em precedentes da quase totalidade dos integrantes da Colenda Segunda Seção, em R\$ 10.000,00.
5. Revelam-se diminutos os honorários arbitrados em R\$ 900,00 para causa de relativa complexidade e razoável duração, abrindo-se a via corretiva desta Corte Superior.
6. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO<sup>92</sup>.

No primeiro acórdão, vê-se que o dano moral é justificado pela experiência de dor e angústia sofrida pela paciente. Já, na segunda decisão judicial, fala-se expressamente do dano moral *in re ipsa*, uma vez que o dano moral é decorrente da mera violação a direito da personalidade, sendo dispensável a realização de laudo psicológico para se comprovar o sofrimento da vítima do dano.

Outro dado jurisprudencial relevante é o entendimento pacífico do STJ de que a recusa indevida de cobertura de tratamento médico por parte da operadora de plano de saúde constitui-se como um atentado aos direitos da personalidade, ensejando reparação por dano moral:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CONSUMIDOR. PLANO DE SAÚDE. AUTORIZAÇÃO DE PROCEDIMENTO POR INDICAÇÃO MÉDICA. RECUSA DE COBERTURA. ABUSO. DANO MORAL VERIFICADO. RESPONSABILIDADE CIVIL. JURISPRUDÊNCIA. VALOR COMPENSATÓRIO. REVISÃO. DESCABIMENTO. SÚMULA 7/STJ.

1. Considerando o quadro clínico do segurado e a necessidade de imediato tratamento, a recusa indevida do Plano de Saúde revela-se abusiva e atentatória à dignidade da pessoa humana e aos direitos da personalidade, configurando dano moral *in re ipsa*, o qual dispensa a comprovação de prejuízo aos direitos da personalidade no caso concreto. Precedentes desta Corte Superior.
2. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO<sup>93</sup>.

De igual modo, podem ser destacados outros julgados da referida corte que se preocupam com a integridade psicofísica do paciente. Pela leitura dos acórdãos podem ser ressaltados os seguintes pontos: a possibilidade de se cobrar dos entes federativos o fornecimento de medicamento que não se encontra na lista básica do Sistema Único de Saúde (SUS), quando

<sup>92</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Agravo Regimental no Recurso Especial 1.541.966/RS**. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Data de Julgamento: 24/11/2015, Data de Publicação: DJe 01/12/2015. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201301010374&dt\\_publicacao=01/12/2015](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201301010374&dt_publicacao=01/12/2015). Acesso em: 10 nov. 2018.

<sup>93</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial 831.777/SP**. Relator: Paulo de Tarso Sanseverino, Data de Julgamento: 27/04/2017, Data de Publicação: DJe 09/05/2017. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201503135919&dt\\_publicacao=09/05/2017](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201503135919&dt_publicacao=09/05/2017). Acesso em: 10 nov. 2018.

comprovada a sua necessidade para a preservação da integridade física e mental do paciente<sup>94</sup>; a adoção de prazo de carência de vinte quatro horas, em detrimento do prazo de cento e oitenta dias, nos casos em que a falta de atendimento médico imediato possa acarretar risco de morte ou lesão irreparável ao paciente, a fim de se resguardar a sua vida, a sua saúde e a sua integridade física<sup>95</sup>; a ocorrência de dano moral por descumprimento contratual por parte da operadora da plano de saúde que negou atendimento médico-hospitalar à idoso, colocando em risco a sua saúde e a sua integridade física<sup>96</sup>; e, o reconhecimento de que o plano de saúde pode limitar as doenças abrangidas pelo contrato, porém, não pode estabelecer limites para o tratamento, para a utilização de prótese ou para o procedimento escolhido pelo médico como o mais adequado à salvaguarda da integridade física do paciente<sup>97</sup>.

Assim, jurisprudencialmente, nota-se que a afronta à integridade psicofísica do paciente enseja a reparação em dano moral, revelando o seu papel na preservação da vida e da saúde da pessoa humana.

Oportuno torna-se dizer que o diálogo entre os direitos da personalidade e o direito a saúde, por meio de uma leitura constitucionalizada do direito ao corpo, em que se valoriza as dimensões físicas e psíquicas da pessoa, permite um olhar que enxerga a figura do paciente em sua integralidade, a fim de se salvaguardar o seu bem-estar.

#### 4.2.2. O direito ao acompanhamento e à visita aberta

Em relação à tutela da integridade psicofísica do paciente, também não se pode menosprezar a importância da sua dimensão psíquica, a qual se volta para a preservação do

---

<sup>94</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1. Turma). **Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial 405.126/DF**. Relator: Ministro Gurgel de Faria, Data de Julgamento: 20/09/2016, Data de Publicação: DJe 26/10/2016. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201303348193&dt\\_publicacao=26/10/2016](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201303348193&dt_publicacao=26/10/2016). Acesso em: 11 nov. 2018.

<sup>95</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial 1.448.660/MG**. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Data de Julgamento: 04/04/2017, Data de Publicação: DJe 10/04/2017. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201303348193&dt\\_publicacao=26/10/2016](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201303348193&dt_publicacao=26/10/2016). Acesso em: 11 nov. 2018.

<sup>96</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial 1.655.130/RS**. Relatora: Ministra Nancy Andrighi, Data de Julgamento: 15/05/2018, Data de Publicação: DJe 29/05/2018. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201603098999&dt\\_publicacao=29/05/2018](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201603098999&dt_publicacao=29/05/2018). Acesso em: 11 nov. 2018.

<sup>97</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 702.266/RS**. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze, Data de Julgamento: 24/11/2015, Data de Publicação: DJe 09/12/2015. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201500771295&dt\\_publicacao=09/12/2015](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201500771295&dt_publicacao=09/12/2015). Acesso em: 11 nov. 2018.

“conjunto psicoafetivo e pensante da estrutura humana”<sup>98</sup>.

Nessa lógica, destaca-se que o contato do paciente com o seu círculo familiar e social é fundamental para a promoção do seu bem-estar físico, psíquico e social, por meio do direito ao acompanhamento e à visita aberta.

As orientações da Cartilha sobre Visita Aberta e o Direito ao Acompanhante, que se originou da Política Nacional de Humanização (PNH) apontam para “a necessidade da criação de um ambiente relacional” que viabilize ao cliente a possibilidade de redescobrir o sentido e o valor de sua existência neste momento desfavorável imposto pela hospitalização<sup>99</sup>.

Nesse sentido, encontra-se em tramitação, o projeto de lei (PL 4.996/2016), que pretende garantir o direito a acompanhante para todos os usuários de serviços de saúde públicos ou privados, como hospitais e clínicas, durante o tempo de internação ou atendimento (art. 2º, do PL 4.996/2016).

Além disso, convém frisar que o referido projeto também pretende assegurar o direito à visita aberta e diária, a qual é configurada como aquela cujo horário é estendido de maneira a oportunizar o contato do usuário com sua rede sociofamiliar, nos termos do art. 3º, parágrafo único, do PL 4.996/2016.

Atualmente, no ordenamento jurídico brasileiro, possuem direito a acompanhante: o idoso internado ou em observação (art. 16, da Lei 10.741/2003); a criança ou adolescente menor de dezoito anos (art. 12, da Lei 8.069/1990); a pessoa com deficiência internada ou em observação (art. 22, da Lei 13.146/2015); e a parturiente, durante todo o período de trabalho de pré-parto, parto e pós-parto imediato (art. 19-J, da Lei 8.080/1990).

O direito de visita é regulamentado por resoluções, portarias e outras normas internas das unidades de saúde, as quais, geralmente, limitam-se a determinar o horário de visitas, desde que o paciente esteja em condições de saúde para recebê-las. A título de exemplo, cita-se a previsão do art. 5º, VII, da PRC 1/2017, do Ministério da Saúde, a qual garante “o direito a visita diária não inferior a duas horas, preferencialmente aberta em todas as unidades de internação,

---

<sup>98</sup> BITTAR, Carlos Alberto, op. cit., p. 182.

<sup>99</sup> SANCHES, Ieda Cristina Pereira et al. Acompanhamento hospitalar: direito ou concessão ao usuário hospitalizado? *Ciência & Saúde Coletiva*, São Paulo, v. 18, p. 67-76, jan. 2013, p. 68.

ressalvadas as situações técnicas não indicadas”. A referida portaria trata da consolidação das normas sobre os direitos e deveres dos usuários da saúde, a organização e o funcionamento do Sistema Único de Saúde.

Apesar da existência de um projeto de lei em andamento que trata do direito ao acompanhamento e à visita aberta, as disposições anteriores revelam que não há uma preocupação por parte do legislador com a regulamentação e, conseqüentemente, com a promoção desses dois direitos, o que deve ser visto com um olhar crítico. Como foi observado, o direito ao acompanhamento é garantido apenas para algumas pessoas, reconhecidamente mais vulneráveis.

O paciente adulto, de modo geral, usufrui do acompanhamento como uma concessão. Nesses casos, a negociação é muitas vezes desgastante e dependente das condições estruturais do hospital ou da necessidade do acompanhante em suprir o déficit de profissionais de enfermagem; em ambos os casos, não são consideradas prioritariamente as necessidades do indivíduo internado<sup>100</sup>.

Entretanto, ao se olhar para o paciente em situação de internação, como uma pessoa que se encontra com a saúde debilitada, defende-se que ampliar o direito ao acompanhamento para todos os pacientes é mais condizente com a dignidade da pessoa humana e com a salvaguarda dos seus direitos da personalidade.

Além do suporte emocional possibilitado ao usuário pelo seu acompanhante, com redução dos sintomas de abatimento e ansiedade frequentes nessa situação, observa-se que o sucesso do tratamento pode ser influenciado fortemente pelo comportamento do acompanhante<sup>101</sup>.

Por esse ângulo, deve-se atentar para a valorização do direito de visita, o qual não pode ser pautado por horários muito restritos ou por limitações inflexíveis quanto ao número de pessoas que podem visitar o enfermo, uma vez que lhe deve ser garantido a possibilidade de ter o contato com seu círculo familiar e social.

A integração a um ambiente que propicie conforto, segurança e afetividade, além de assistência é então indispensável para a promoção e a recuperação da saúde individual e coletiva. Este ambiente na quase totalidade dos casos requer a existência de referências domiciliares ou da comunidade da qual faz parte o usuário internado<sup>102</sup>.

---

<sup>100</sup> Idem.

<sup>101</sup> Idem.

<sup>102</sup> Ibidem, p. 69.

Conforme pode-se verificar, o direito ao acompanhamento e à visita podem contribuir para proteger “os elementos integrantes do psiquismo humano (aspecto interior da pessoa) destacando-se a sensibilidade inerente à pessoa”<sup>103</sup>, uma vez que possibilitam a manutenção do vínculo afetivo e social do paciente em situação de internação, o que sinaliza que tais direitos podem ser reivindicados com base no direito da personalidade à integridade psicofísica do paciente.

#### 4.2.3. A autonomia da vontade e o consentimento informado

O art. 15, do CC/2002, dispõe que “ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica”, consagrando, assim, os direitos do paciente, uma vez que evidencia o princípio da beneficência e da não maleficência, os quais intentam sempre o melhor para a pessoa que se encontra sob cuidados médicos ou de outros profissionais de saúde<sup>104</sup>.

O referido artigo ainda notabiliza o princípio da autonomia da vontade do paciente, o qual consiste no direito de se recusar ao recebimento de tratamento médico que possa afrontar a sua integridade física e colocar a sua vida em risco<sup>105</sup>.

O princípio da autonomia reconhece o direito da pessoa de decidir, livre de pressões externas, sobre a sua submissão a determinada terapia ou tratamento médico; por esse princípio, pode o paciente inclusive rejeitar toda e qualquer espécie de tratamento. Ter autonomia significa autogovernar-se, fazer escolhas, ter liberdade para decidir acerca de seu comportamento<sup>106</sup>.

Esse princípio está profundamente ligado ao que se chama de consentimento informado, o qual consiste em fornecer ao paciente, em linguagem compreensível, todas as informações sobre benefícios, riscos, alternativas e objetivos do tratamento de saúde.

O princípio do consentimento esclarecido (ou informado) requer que o médico, antes de qualquer intervenção terapêutica ou cirúrgica, esclareça ao paciente os benefícios e riscos correspondentes, bem como informe acerca de alternativas ao tratamento proposto, possibilitando, assim, que o doente escolha o tratamento que reputar mais

<sup>103</sup> BITTAR, Carlos Alberto, op. cit., p. 182.

<sup>104</sup> TARTUCE, Flávio, op. cit., p. 192.

<sup>105</sup> BELTRÃO, Silvio Romero, op. cit., p. 235.

<sup>106</sup> LEIRIA, Cláudio da Silva. Transfusões de sangue contra a vontade do paciente: uma gravíssima violação de direitos humanos. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça; LIGIERA, Wilson Ricardo (coord.). **Direitos do paciente**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 323.

conveniente<sup>107</sup>.

O consentimento informado compreende duas etapas essenciais. A primeira é aquela na qual a informação é transmitida ao paciente muita clareza, a fim de lhe possibilitar a correta compreensão sobre o seu quadro de saúde e sobre os tratamentos médicos possíveis. A segunda é aquela em que, após a reflexão sobre o conhecimento adquirido, o paciente manifesta livremente a sua vontade<sup>108</sup>.

Em observância ao consentimento informado, impõe-se aos profissionais de saúde o encargo de se transmitir ao paciente e à sua família toda informação necessária que o possibilite determinar o que é melhor para si. No caso de descumprimento dessa obrigação informacional, esses profissionais devem responder pela sua negligência<sup>109</sup>.

Para tanto a informação que venha a eliminar ou reduzir substancialmente a dissimetria entre profissional e leigo deve ser feita em linguagem acessível, de fácil compreensão para o enfermo, tanto no que se refere à patologia (ou suspeita), quanto à importância de exames para confirmar, ou não, a suspeita. Após o diagnóstico, a informação se volta para as terapêuticas existentes, explicando-se eventuais efeitos colaterais e prognósticos, em particular se houver mais de uma alternativa, qual e porque se recomenda uma em detrimento da outra<sup>110</sup>.

Um importante ponto polêmico que é suscitado pelo princípio da autonomia da vontade refere-se à recusa de tratamento por motivos diversos como convicções religiosas ou pessoais, o que remete ao conceito de objeção de consciência. De acordo com Cláudio da Silva Leiria (2012), a “objeção de consciência é expressão que designa os casos em que um indivíduo, por alguma convicção pessoal profunda, íntima, recusa-se a praticar determinado ato ou aceitar alguma específica situação”<sup>111</sup>.

Desse modo, a objeção de consciência caracteriza-se pela prerrogativa de recusa em realizar um comportamento prescrito por lei, sob o argumento de convicções seriamente arraigadas do indivíduo, de tal sorte que se esse indivíduo atendesse ao comando normativo sofreria grave tormento moral.

<sup>107</sup> LEIRIA, Cláudio da Silva, op. cit., p. 325.

<sup>108</sup> BELTRÃO, Silvio Romero, op. cit., p. 231.

<sup>109</sup> SZTAJN, Raquel. Reflexões sobre consentimento informado. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça; LIGIERA, Wilson Ricardo (coord.). **Direitos do paciente**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 187.

<sup>110</sup> SZTAJN, Raquel, op. cit., p. 176.

<sup>111</sup> LEIRIA, Cláudio da Silva, op. cit., p. 310.

Como exemplo, cita-se o caso das Testemunhas de Jeová, o qual envolve o conflito de direito à vida e à liberdade religiosa, uma vez que o médico tem a obrigação de salvar vidas, porém, a pessoa por questão de objeção de consciência não permite a realização da transfusão de sangue.

Para Luís Roberto Barroso (2012), deve prevalecer o direito à liberdade religiosa. Consoante o seu entendimento, a crença religiosa configura-se como uma escolha existencial merecedora de tutela, da qual a pessoa não pode ser privada sem que isso acarrete violação à sua dignidade. O ato compulsório de transfusão sanguínea, mesmo que em favor do direito à saúde ou do direito à vida, desrespeita intensamente a dignidade humana<sup>112</sup>. Nessa linha de raciocínio, destaca-se o seguinte apontamento doutrina civilista:

É certo e incontroverso que o reconhecimento e o respeito às convicções religiosas (ou à não convicção religiosa), sejam da maioria ou da minoria da população, é aspecto fundamental da personalidade, protegida em sede constitucional pela amplitude do conceito de dignidade humana. Não é demais lembrar que do princípio da dignidade humana – vetor e ápice de todo o sistema jurídico brasileiro – defluem, além do inderrogável respeito à integridade física, as ideias de proteção à integridade psíquica e intelectual e às condições mínimas de liberdade e igualdade, denotando, com clareza meridiana, a necessária tutela à liberdade de credo, cuja violação significa, no final das contas, infringência ao próprio conceito de vida digna. Isto é, no conceito de dignidade humana encontra-se, sem dúvida, a liberdade de religião componente do conceito de vida digna – que, a toda evidência, não pode se restringir a aspectos meramente físicos<sup>113</sup>.

Tal posicionamento vai ao encontro do Enunciado 403, do CJF/STJ, o qual defende a aplicação do direito à inviolabilidade de consciência e de crença (art. 5º, VI, da CRFB/1988) como justificativa para a recusa de tratamento médico, inclusive de transfusão de sangue, independentemente da existência de risco de morte, desde que presente os seguintes requisitos: capacidade civil plena, excluído o suprimento pelo representante ou assistente; manifestação de vontade livre, consciente e informada; e oposição que diga respeito exclusivamente à própria pessoa do declarante.

Dessa forma, quando se pensa, principalmente, na integridade psíquica, vislumbra-se que o respeito à liberdade religiosa e à objeção de consciência deve ser levado em consideração, evitando-se que o paciente seja submetido a tratamento médico contra o seu consentimento.

---

<sup>112</sup> BARROSO, Luís Roberto. Legitimidade da recusa de transfusão de sangue por Testemunhas de Jeová: dignidade humana, liberdade religiosa e escolhas existenciais. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça; LIGIERA, Wilson Ricardo (coord.). **Direitos do paciente**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 369.

<sup>113</sup> Ibidem, p. 189.



A autonomia da vontade e o consentimento informado constituem-se como dois princípios que colaboram para o respeito à dignidade humana do paciente, de modo a estarem previstos em várias disposições do Código de Ética Médica (Resolução CFM 1931/2009) e do Código de Ética dos Profissionais de Enfermagem (Resolução COFEN 564/2017).

Por meio da análise do Código de Ética Médica, observa-se que é proibido ao médico: realizar procedimento sem a obtenção do consentimento informado da pessoa enferma ou de seu representante legal (art. 22, da Resolução CFM 1931/2009); fazer pesquisas com seres humanos, sem o consentimento do paciente e de seu representante legal e sem explicá-los a natureza e as consequências do estudo (art. 101, da Resolução CFM 1931/2009); e, utilizar tratamento experimental, quando permitido pelos órgãos competentes, sem o consentimento de seu paciente e de seu representante legal e sem informá-los de modo suficiente sobre a terapêutica e as suas consequências possíveis (art. 102, parágrafo único, da Resolução CFM 1931/2009).

Pela leitura do Código de Ética dos Profissionais de Enfermagem, configura-se como deveres do enfermeiro:

Art. 42 Respeitar o direito do exercício da autonomia da pessoa ou de seu representante legal na tomada de decisão, livre e esclarecida, sobre sua saúde, segurança, tratamento, conforto, bem-estar, realizando ações necessárias, de acordo com os princípios éticos e legais.

Parágrafo único. Respeitar as diretivas antecipadas da pessoa no que concerne às decisões sobre cuidados e tratamentos que deseja ou não receber no momento em que estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente, suas vontades.

Art. 50 Assegurar a prática profissional mediante consentimento prévio do paciente, representante ou responsável legal, ou decisão judicial.

Parágrafo único. Ficam resguardados os casos em que não haja capacidade de decisão por parte da pessoa, ou na ausência do representante ou responsável legal.

Quanto ao art. 42, parágrafo único, da Resolução COFEN 564/2017, convém esclarecer que as diretivas antecipadas de vontade configuram-se como “o conjunto de desejos, prévia e expressamente manifestados pelo paciente, sobre cuidados e tratamentos que quer, ou não, receber no momento em que estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente, sua vontade” (art. 1º, da Resolução CFM 1995/2012).

A Resolução CFM 1995/2002 suscita a ideia de ortotanásia (a morte na hora certa), ou seja, deixa o indivíduo confortável para o fim de sua vida, de modo que lhe sejam dirigidos



cuidados paliativos. Ela traz uma grande contribuição para a abordagem do tema: reconhece a validade das manifestações prévias de vontade do paciente a prevalecer sobre os desejos dos familiares (art. 2º, §3º, da Resolução CFM 1995/2002); e, impõe ao médico o dever de respeitá-las (art. 2º, caput, da Resolução CFM 1995/2002). A referida resolução não esmiúça os requisitos formais ou procedimentos de instrumentalização, deixando livre a maneira como deve ser feita a manifestação de vontade.

Retornando à Resolução COFEN 564/2017, o art. 50, parágrafo único, mostra que o atendimento à autonomia da vontade não pode ocorrer nos casos em que o paciente não possua condições de agir de modo suficientemente autônomo, por não estar em condições de manifestar de forma livre e refletida a sua vontade como, por exemplo, pessoas sob o efeito de drogas ou álcool, crianças, entre outros.

Além desses dois artigos que remetem ao respeito à autonomia da vontade e ao consentimento informado do paciente como deveres dos profissionais de enfermagem, há também o art. 77, da Resolução COFEN 564/2017, que veda esses profissionais de realizarem procedimentos ou participarem da assistência à saúde sem o consentimento formal do paciente ou de seu representante ou responsável legal, salvo nos casos de iminente risco de morte.

Portanto, percebe-se que os profissionais de saúde devem adotar todas as medidas necessárias para que o paciente ou seu representante legal tomem decisões quanto ao tratamento médico a ser adotado de forma bem esclarecida e informada, a fim de que se possibilite uma proteção eficaz da integridade psicofísica dos usuários de serviço de saúde.

## CONCLUSÃO

As modificações sociais e os avanços tecnológicos por que passam a sociedade ao longo dos tempos sempre trazem novos desafios para os ordenamentos jurídicos. Por meio da análise de sua historicidade e de sua teoria geral, percebe-se que os direitos da personalidade passaram por diferentes formulações conceituais. Apesar de existirem alguns institutos jurídicos que se remetiam vagamente à ideia de direitos inerentes à proteção da pessoa humana, foi somente, a partir da segunda metade do século XIX, que se começou a se delimitar os direitos da personalidade enquanto categoria jurídica, através dos trabalhos doutrinários germânicos e franceses.

As teorias negativistas dos direitos da personalidade predominaram por um determinado período. Para elas, era difícil entender como a personalidade jurídica, ou seja, a aptidão de se ter direitos e obrigações, podia ser atributo e, ao mesmo tempo, sem ser sujeito de direitos, a própria personalidade ter direitos. A conquista dos direitos da personalidade configura-se como uma histórica resistência a essa contradição, prevalecendo a concepção de serem considerados um complexo de atributos intrínsecos e imprescindíveis ao ser humano, que se configuram como bens jurídicos em si mesmos, merecedores de proteção específica.

Adicionalmente, observou-se o papel do processo de constitucionalização do direito civil e os seus impactos sobre os direitos da personalidade. Sob a ótica do Direito Civil brasileiro, filtrado pelo Direito Constitucional, percebe-se que esses direitos possuem uma fundamentação tanto no rol exemplificativo do Código Civil; nos princípios e cláusulas abertas do ordenamento jurídico brasileiro; bem como, no princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CRFB/1988), o qual serve como diretriz para o tratamento da matéria, além de representar uma verdadeira cláusula geral de tutela de todos os direitos que da personalidade irradiam. A personalidade é, então, compreendida como um valor a ser protegido por todos os instrumentos jurídicos.

Outrossim, é justamente a aplicabilidade da cláusula geral de salvaguarda da dignidade humana que permite a verificação de novas manifestações dos direitos da personalidade. Nesse sentido, o presente trabalho monográfico mostrou que, no que tange ao direito à saúde, a proteção da integridade psicofísica do paciente abarca muito mais do que o simples direito de atos de disposição sobre o próprio corpo.

Desse modo, construiu-se uma reflexão sobre o paciente enquanto pessoa humana, a fim de tutelar os direitos considerados essenciais à sua dignidade e integridade, principalmente, em vista da fragilidade em que, geralmente, encontra-se o indivíduo, quando está em busca de um tratamento de saúde.

Primeiramente, o art. 12, do CC/2002, possibilita ao paciente utilizar-se da tutela preventiva para refrear a concretização de um eventual dano à sua integridade física ou psíquica, evitando-se a ocorrência de uma lesão que poderia se tornar irremediável. Em relação à tutela reparatória, percebe-se que o ressarcimento pecuniário pode ser utilizado para o custeio de eventuais tratamentos médicos ou outros serviços que lhe possibilite a recuperação do seu bem-estar físico e mental. Nesse sentido, notou-se que a jurisprudência do STJ, não só confirma a retidão da concessão de tutelas de urgência dadas por tribunais de origem para a realização de atendimentos médicos, a fim de se evitar lesões à integridade do paciente, como também reconhece o direito ao recebimento de indenizações por eventuais danos materiais, morais e estéticos, ocorridos pela negação de serviços de saúde, o que revela um direito à saúde entendido como reflexo dos direitos da personalidade do paciente.

Em segundo lugar, viu-se que o direito à saúde abrange um amplo direito da personalidade à integridade psicofísica da pessoa em situação de enfermidade. A leitura ampliada do art. 13, do CC/2002, combinada com o art. 28, da Resolução CFM 1931/2009, e com os princípios éticos fundamentais previstos nos incisos VI e XXV, do seu Capítulo I, da referida resolução, aponta que a proteção do paciente, deve assegurar o seu bem-estar físico e psíquico, o que é, inclusive, corroborado pela jurisprudência do STJ.

Todavia, observou-se que, apesar de a dimensão psíquica revelar uma preocupação com o lado psicoafetivo do enfermo, o direito ao acompanhamento e à visita aberta, que podem contribuir para esse âmbito da integridade, não são garantidos a todos pacientes, havendo apenas o projeto de lei 4.996/2016 com o objetivo de expandir e delimitar melhor esses direitos. A fim de sanar essa lacuna, o presente trabalho defende que tais direitos podem ser pleiteados para a proteção psicofísica do paciente, uma vez que, a condição debilitada do paciente, por si só, enseja a concessão de tais direitos, tendo em vista, a necessidade de garantir um tratamento que respeite a sua dignidade e promova o seu bem-estar mental e emocional.

Por último, defendeu-se a relevância da autonomia da vontade do paciente e do consentimento informado para a salvaguarda de sua integridade psicofísica, posto que a pessoa adoentada sempre precisará de informações suficientes por parte dos profissionais de saúde para tomar uma decisão segura quanto aos rumos do seu tratamento, que lhe garanta um certo conforto e segurança em sua manifestação de vontade.

Antes o exposto, a presente pesquisa mostrou que o diálogo entre os direitos da personalidade e o direito à saúde, evoca o reconhecimento de um direito à integridade psicofísica do paciente, que o protege em sua integralidade e que se preocupa com a sua dignidade. Como resultado, busca-se impedir que a pessoa em situação de enfermidade seja considerada um simples objeto sujeito à intervenção de profissionais de saúde, constituindo-se como uma pessoa humana merecedora dos cuidados médicos e dos meios jurídicos capazes de tutelar seu bem-estar físico, mental e emocional.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. Legitimidade da recusa de transfusão de sangue por Testemunhas de Jeová: dignidade humana, liberdade religiosa e escolhas existenciais. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça; LIGIERA, Wilson Ricardo (coord.). **Direitos do paciente.** São Paulo: Saraiva, 2012, p. 343-382.

BELTRÃO, Silvio Romero. Direito da personalidade e o consentimento informado do paciente. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça; LIGIERA, Wilson Ricardo (coord.). **Direitos do paciente.** São Paulo: Saraiva, 2012, p. 225-246.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade.** São Paulo: Saraiva, 2015.

BOSIO, Marco Antonio. Responsabilidade civil nas violações aos direitos da personalidade: a responsabilidade civil na ameaça ou lesão aos direitos da personalidade. In: REIS, Clayton (coord.). **Responsabilidade civil em face da violação aos direitos da personalidade: uma pesquisa multidisciplinar.** Curitiba: Juruá, 2011, p. 231-264.

CAMARGO, José A. O direito à integridade psicofísica nos direitos brasileiro e comparado. **Revista da SJRJ,** Rio de Janeiro, n. 26, p. 261-284, 2009.

FARIAS, Cristiano Chaves de et. al. **Código Civil para concursos.** 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

\_\_\_\_\_; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: parte geral e LINDB.** 13. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

GALVANI, Leonardo. **Personalidade jurídica da pessoa humana: uma nova visão do conceito de pessoa no Direito Público e Privado.** Curitiba: Juruá, 2010.

GÓES, Guilherme Sandoval. Neoconstitucionalismo e dogmática pós-positivista. In: BARROSO, Luís Roberto. **A reconstrução democrática do direito público no Brasil.** Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 113-150.

LEIRIA, Cláudio da Silva. Transfusões de sangue contra a vontade do paciente: uma gravíssima violação de direitos humanos. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça; LIGIERA, Wilson Ricardo (coord.). **Direitos do paciente.** São Paulo: Saraiva, 2012, p. 303-342.

LIGIERA, Wilson Ricardo. O paciente e o direito de ser humano. In AZEVEDO, Álvaro Villaça; LIGIERA, Wilson Ricardo (coord.). **Direitos do paciente**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 32.

MATOS, Eneas de Oliveira. Direito à integridade física e direito à saúde nas relações entre particulares. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de (org.). **Dimensões jurídicas da personalidade na ordem constitucional brasileira**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 189-212.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de (Org.). **Dimensões jurídicas da personalidade na ordem constitucional brasileira**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 407-433.

\_\_\_\_\_. Ampliando os direitos da personalidade. In: VIEIRA, José Ribas (Org.). **20 anos da constituição cidadã de 1988: efetivação ou impasse institucional?** Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008, p. 369-388.

SANCHES, Ieda Cristina Pereira et al. Acompanhamento hospitalar: direito ou concessão ao usuário hospitalizado? **Ciência & Saúde Coletiva**, São Paulo, v. 18, p. 67-76, jan. 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SCHREIBER, Anderson. Direito Civil e Constituição. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 48, p. 3-26, out./dez. 2011.

\_\_\_\_\_. **Direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2013.

SIMIONI, Rafael. Regras, princípios e políticas públicas em Ronald Dworkin: a questão da legitimidade democrática das decisões jurídicas. **Revista Direito Mackenzie**, v. 5, n. 1, p. 203-218, 2011. Disponível em: <http://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/rmd/article/view/4756/3658>. Acesso em: 30 jul. 2015.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

SZTAJN, Raquel. Reflexões sobre consentimento informado. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça; LIGIERA, Wilson Ricardo (coord.). **Direitos do paciente**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 173-190.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**: lei de introdução e parte geral. 13.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. 1.

TAVARES, André Ramos. **Paradigmas do judicialismo constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 4. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.