X ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI VALÊNCIA – ESPANHA

DIREITO CIVIL, DE FAMÍLIA E CONSTITUCIONAL

VALÉRIA SILVA GALDINO CARDIN

TEREZA RODRIGUES VIEIRA

IGNACIO DURBÁN MARTÍN

Copyright © 2019 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito
Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte desta publicação denominada “capítulo de livro” poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba
Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch – UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Unifor – Ceará
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – Fumec – Minas Gerais
Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

---

D598
Direito civil, de família e constitucional [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/2020
Coordenadores: Ignacio Durbán Martín; Valéria Silva Galdino Cardin; Tereza Rodrigues Vieira – Florianópolis: CONPEDI, 2020 / Valência: Tirant lo blanch, 2020.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-001-5
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Crise do Estado Social

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Congressos Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. X Encontro Internacional do CONPEDI Valência – Espanha (10:2019 :Valência, Espanha).

CDU: 34

X ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI VALÊNCIA – ESPANHA

DIREITO CIVIL, DE FAMÍLIA E CONSTITUCIONAL

Apresentação

O GT Direito Civil, de Família e Constitucional, coordenado por Valéria Silva Galdino Cardin (UNICESUMAR e UEM), Ignácio Durbán Martín (Universitat de València) e Tereza Rodrigues Vieira (Universidade Paranaense) contou com quorum satisfatório e apresentou questões significativas e relevantes no X Encontro Internacional do CONPEDI Valência (Espanha) cujo tema central foi Crise do Estado Social, realizado de 4 a 6 de setembro de 2019, nas dependências do campus de Direito.

O evento reuniu pesquisadores brasileiros e da Universidade de Valência, incentivando o intercâmbio da produção científica dos participantes por meio de apresentação oral e discussão de temas relevantes e emergentes, além de fomentar as relações profissionais para futuros encontros, palestras, bancas, publicações conjuntas etc. Esse acontecimento estimula professores e estudantes dos cursos de pós-graduação na área jurídica a desenvolver e divulgar pesquisas e a apresentar investigações científicas já concluídas ou em andamento.

As apresentações orais do GT Direito Civil, de Família e Constitucional provocaram debates elogiáveis e profícuos entre os locutores. A professora Fabíola Meco, presente na plateia, docente de Direito Civil na Universidade de Valência também contribuiu efetuando algumas considerações concernentes ao direito espanhol ou valenciano, quando era o caso.

A constitucionalização do direito de família foi analisada por Fernanda Hanemann Coimbra, a qual leva em consideração as mudanças das normas estabelecidas ao longo do tempo, além da incidência cada vez maior dos princípios e direitos fundamentais no âmbito privado.

O direito ao esquecimento foi exposto em dois trabalhos, sendo sua aplicação frente aos meios coletivos à informação apresentado por Josyane Mansano e Daniel Barile da Silveira, os quais retrataram o impasse entre interesse público e memória coletiva versus interesse particular e memória individual. Argumentam que há afronta à dignidade da pessoa humana quando há manipulação da memória coletiva no que tange ao esquecimento. Por sua vez, Eugênio Facchini Neto e Karine Silva Demoliner, considerando que no mundo digital não existe mais passado nem locais distantes, pois tudo se torna presente e ao alcance de nossos dedos, questionam se devemos ser implacavelmente perseguidos pelo nosso passado, mesmo quando inexista interesse público envolvido.

O emblemático caso Geyse Arruda é apresentado no artigo da lavra de Fabrício Veiga Costa e Alisson Thiago de Assis Campos ao se discutir os critérios de quantificação do dano moral e descumprimento de contrato de prestação de serviço educacional no ensino superior privado, o qual possui cláusulas e obrigações específicas para docentes, discentes e para a instituição de ensino. O trabalho demonstra a possibilidade de dano moral decorrente da ofensa à honra objetiva e subjetiva da vítima.

Discussões polêmicas foram levantadas pelas docentes Valéria Silva Galdino Cardin e Tereza Rodrigues Vieira ao discutirem os aspectos controvertidos da reprodução humana assistida post mortem nas famílias monoparentais. Entendem as apresentadoras que tal método não deva ser autorizado. Contudo, caso venha a ocorrer, como o direito à filiação se sobrepõe ao direito de procriação, deve ser deferido o reconhecimento da paternidade e assegurado o direito sucessório por meio da ação de petição de herança, bem como a utilização da analogia para solucionar as lacunas existentes conforme o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio do melhor interesse do menor, do planejamento familiar e da paternidade responsável.

A função social e solidária da empresa e o meio urbano com enfoque na incorporação imobiliária foi retratada por Regis Canale dos Santos que deu ênfase à atividade empresarial do incorporador e ao cumprimento da função social por meio das cláusulas contratuais e da função solidária por meio do estudo de impacto da vizinhança.

Guilherme Henrique Lima Reinig e Sabrina Jiukoski da Silva apresentam o estudo de caso do Navio Vicuña a partir da análise do estudo do acórdão do Superior Tribunal de Justiça que decidiu o REsp 1.602.106/PR. O caso envolvia a responsabilização ou não de adquirentes de metanol por acidente ambiental ocorrido durante o transporte da carga. Conclui-se que os critérios adotados no julgado não representam soluções que dizem respeito ao nexo de causalidade e o enfoque na teoria da causalidade adequada prejudicou a fundamentação da decisão.

As professoras Elda Coelho de Azevedo Bussinguer e Iana Soares de Oliveira Penna defenderam a existência de um direito à identidade como concretização e efetividade do princípio da dignidade da pessoa humana na medida em que possibilita a realização do projeto existencial de cada um, enquadrando-o como um direito da personalidade. Pugnam pela adoção de um conceito mais amplo capaz de abarcar a ideia da “verdade do ser”.

Eduardo Augusto Gonçalves Dahas e Marcelo Santoro Drummond analisam o advento da lei 13.786/18 que disciplina a resolução do contrato por inadimplemento do adquirente de unidade em incorporação imobiliária e em parcelamento de solo urbano e o possível conflito aparente de normas com o Código de Proteção e Defesa do Consumidor e a jurisprudência hodierna do Superior Tribunal de Justiça.

A seu turno, Karina Pinheiro de Castro, apresenta o paradoxo existente entre o art. 1.240-A do Código Civil de 2002 que regulamenta a usucapião familiar e o instituto da prescrição, à luz dos princípios constitucionais. Concluiu-se pelo retrocesso da lei que instituiu a usucapião familiar em relação às normas constitucionais do Direito das Famílias.

Adriano da Silva Ribeiro e Kathia França Silva discorrem sobre instituto da propriedade e suas bases políticas e filosóficas no constitucionalismo moderno. O artigo demonstra que, consolidado o novo conceito de propriedade, a função social passa a compor a estrutura normativa do direito de propriedade, impingindo assim o atendimento desse encargo para sua legitimação.

Jesualdo Eduardo de Almeida Junior apresenta o artigo sobre as variantes surgidas com a Lei 13.777/2018, que disciplina a multipropriedade, denominada nos meios negociais como "time sharing". Muitas ainda são as dúvidas acerca da sua constituição, limitações, prerrogativas e deveres dos titulares das "frações de tempo".

Jayro Boy de Vasconcellos Junior e Elcio Nacur Rezende demonstram que o instituto da posse, com foco na função socioambiental, enquanto promotor de atitudes proativas e obstativas de violação dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da preservação do meio ambiente hígido, poderá contribuir com a responsabilização, não só do possuidor, mas de todos aqueles que, de qualquer modo, contribuírem para o não atendimento do princípio da universalização dos serviços de saneamento básico.

Considerando que a tecnologia tem gerado significativas mudanças e desafios à sociedade da informação Juliana Falci Sousa Rocha Cunha lembra que, as pessoas naturais possuem cada vez mais ativos digitais, os quais, com o seu falecimento podem gerar discussões sobre a sua sucessão, especialmente caso o "de cujus" não tenha deixado disposição de última vontade com relação a tais bens. Em suma, é importante a disposição de última vontade da pessoa natural, especialmente com relação ao acervo digital, devendo ser respeitado não somente o ordenamento jurídico, mas também os Termos de Uso firmados pelo falecido. Conclui-se que o bem digital considerado existencial será intransmissível, enquanto que o acervo digital patrimonial é transmissível. Em havendo dúvida quanto à classificação do acervo patrimonial

digital do falecido, a autora defende que ele seja considerado como existencial visando à proteção dos seus interesses. Ademais, julga que deve ser respeitado o direito ao segredo de correspondência e o direito autoral no que concerne à sucessão do patrimônio digital.

Em suma, o objetivo das apresentações e debates foram alcançados, uma vez que ouviu-se novas ideias, criou-se novos conhecimentos, tirou-se novas conclusões acerca de temas emergentes e persistentes nesta ocasião de grande aprendizado.

Prof. Dr. Ignacio Durbán Martín - UV

Profa. Dra. Valéria Silva Galdino Cardin - UEM / UNICESUMAR

Profa. Dra. Tereza Rodrigues Vieira - UNIPAR

O DIREITO A IDENTIDADE COMO DIREITO DA PERSONALIDADE: A CONSTRUÇÃO DE UM PROJETO EXISTENCIAL COM AUTONOMIA

THE RIGHT TO IDENTITY AS A RIGHT OF PERSONALITY: THE CONSTRUCTION OF AN EXISTENTIAL PROJECT WITH AUTONOMY

Elda Coelho De Azevedo Bussinguer [1]
Iana Soares de Oliveira Penna [2]

Resumo

Diante do atual contexto social marcado por constantes desafio à identidade necessário apresentar um conceito adequado à realidade brasileira, identificando, diante da ausência de previsão expressa no ordenamento jurídico, indicativos de um possível direito à identidade e seu melhor enquadramento. Para tanto analisa-se a adoção de um conceito mais amplo capaz de abarcar a ideia da “verdade do ser”. Conclui-se pela existência de um direito à identidade como concretização e efetividade do princípio da dignidade da pessoa humana na medida em que possibilita a realização do projeto existencial de cada um, enquadrando-o como um direito da personalidade.

Palavras-chave: Identidade, Direito à identidade, Dignidade da pessoa humana, Direitos fundamentais, Direitos da personalidade

Abstract/Resumen/Résumé

Given the current social context marked by constant challenges to the identity necessary to present a concept appropriate, identifying, given the absence of express provision in the legal system, indicative of a possible right to identity and its better framework. For this, the adoption of a broader concept capable of embracing the idea of the "truth of being". It concludes by the existence of this right as concretization and effectiveness of the dignity of the human person insofar as it makes possible the realization of the existential project of each one, framing it as a right of the personality.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Identity, Right to identity, Dignity of the human person, Fundamental rights, Personality rights

[1] Pós-doutora em Saúde Coletiva pela UFRJ. Livre-docente pela UniRio. Doutora em Bioética pela UnB. Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela FDV. Coordenadora do Programa de Pós-Graduação em Direito FDV.

[2] Pós-doutoranda em Diretos e Garantias Fundamentais pela FDV. Doutora em Direito Privado pela PUCMinas. Mestre em Ciências Jurídicas pela PUCRio. Coordenadora de Pesquisa e Extensão da Rede de Ensino Doctum.

1 INTRODUÇÃO

O debate em torno do direito à identidade, sua delimitação e enquadramento jurídico, continua desafiando os doutrinadores. Apesar da ausência de menção expressa em nosso ordenamento jurídico, o atual contexto social impõe refletirmos sobre sua adequada tutela e promoção.

Vivemos um momento de extrema polarização política e ideológica que faz com que a utilização da imagem pessoal fora do contexto implique em séria violação do direito à identidade. Outras questões como o direito ao esquecimento, a transexualidade, a liberdade de orientação sexual e as fake News reforçam a relevância e atualidade da discussão.

Considerando-se essa realidade, o que se propõe no presente estudo é responder à seguinte questão: Considerando o espírito da Constituição Federal de 1988 no que respeita à dignidade da pessoa humana e aos denominados Direitos da Personalidade, cabe considerar a existência de um Direito à Identidade?

A pesquisa foi estruturada em dois tópicos. No primeiro discute-se o conceito de identidade e os elementos que a compõem, com o objetivo de apresentar uma delimitação adequada ao contexto constitucional brasileiro.

No segundo tópico atingimos o objetivo central do estudo ao analisar a possibilidade de extrair da Constituição Federal de 1988 elementos indicativos da existência de um Direito à identidade considerando a interrelação entre a dignidade da pessoa humana e os denominados Direitos da Personalidade, tal qual expressos no Código Civil.

Partiu-se da hipótese de que a identidade, enquanto conjunto de atributos e características, não é definida quando do nascimento, sendo construída durante toda a vida, destacando-se a importância da subjetividade no processo. Adotou-se um conceito que a considera como aquilo que permite à pessoa dizer o que é, o que lhe é relevante e o que não é.

Essa conceituação reflete no âmbito jurídico, na medida em que o que se propõe é um conceito de identidade que se relaciona de forma direta com o princípio da dignidade da pessoa humana. Para que seja possível o processo de afirmação do que se é, faz-se necessária a existência de normas jurídicas aptas à promoção desse direito. Mesmo não havendo previsão expressa de um "direito à identidade", sua tutela representa a concretização e a efetividade do princípio da dignidade da pessoa humana, na medida em que possibilita a realização do projeto existencial de cada um.

O enquadramento do direito à identidade na categoria dos Direitos da Personalidade é

visto como adequado, entendendo-se necessária uma tutela da identidade capaz de proteger a pessoa em sua totalidade existencial.

Por meio de uma pesquisa bibliográfica, exploratória e descritiva, buscou-se na doutrina pátria os elementos indicativos de uma tendência ao reconhecimento do direito à identidade, como concretização do princípio da dignidade da pessoa humana e seu enquadramento na categoria dos Direitos da Personalidade.

2 IDENTIDADE: UM CONCEITO A SER DELIMITADO

Conceituar identidade não é uma tarefa fácil e nem se tem a pretensão, no presente trabalho, de fazê-lo. Pretende-se aqui, traçar algumas diretrizes, objetivando entender a importância desse conceito para a pessoa.

É possível afirmar que um dos obstáculos que se impõe a delimitação do conceito de identidade deriva da grande crise pela qual o conceito vem passando. "Estamos observando, nos últimos anos, uma verdadeira explosão discursiva em torno do conceito de 'identidade'." (HALL, 2014, p. 103). E ainda, "está-se efetuando uma completa desconstrução das perspectivas identitárias em uma variedade de áreas disciplinares, todas as quais, de uma forma ou de outra, criticam a ideia de uma identidade integral, originária e unificada" (HALL, 2014, p. 103).

Outro obstáculo consiste na necessidade de contextualizar historicamente o que se entende por identidade. Buscando ressaltar a dificuldade de se trabalhar com um conceito único de identidade em todas as épocas, Stuart Hall apresenta três concepções de identidade: (1) do sujeito do Iluminismo, (2) do sujeito sociológico e (3) do sujeito pós-moderno.

Para ele, o sujeito do Iluminismo tinha uma concepção individualista de identidade. Entendia-se a pessoa humana, nessa época, como um indivíduo centrado e unificado, que nascia com um "núcleo interior" que se desenvolvia, mas não sofria modificações durante toda a existência. Esse "núcleo interior" ou "centro essencial" do "eu" era a identidade da pessoa (HALL, 2005, p. 10-11).

Já o sujeito sociológico era influenciado pela complexidade do mundo moderno e refletia a percepção de que esse "núcleo interior" não era autônomo, sofrendo interferência da sociedade e dos outros indivíduos. A identidade passa a ser entendida como resultado da interação entre o "eu" e a sociedade (HALL, 2005, p. 11). Continua, de acordo com essa concepção de identidade, existindo um núcleo central ou "eu real", mas este é "formado e

modificado num diálogo contínuo com os mundos culturais ‘exteriores’ e as identidades que esses mundos oferecem” (HALL, 2005, p. 11).

Na concepção do sujeito sociológico, a identidade é responsável por preencher o espaço entre o interior e o exterior, entre o mundo pessoal e o político, costurando o sujeito à estrutura. Como consequência dessa “costura”, estabiliza-se “tanto os sujeitos quanto os mundos culturais que eles habitam, tornando ambos reciprocamente mais unificados e predizíveis” (HALL, 2005, p. 11-12). Ocorre que, na opinião do próprio autor, essa unificação e capacidade de predizer estão deixando de existir.

A fragmentação do sujeito e o colapso das paisagens sociais, segundo Hall, produzem o sujeito pós-moderno, que, em consequência desse contexto, passa a não ter uma identidade fixa tornando-se esta uma “celebração móvel”. Nas palavras do autor, a identidade é definida historicamente e não biologicamente. (HALL, 2005, p. 12-13).

Soma-se ao descrito no parágrafo anterior, o fato de que, para Hall, as sociedades da Modernidade tardia (período posterior à segunda metade do século XX) são caracterizadas pela diferença. São sociedades “atravessadas por diferentes divisões e antagonismos sociais que produzem uma variedade de diferentes ‘posições de sujeito’” (HALL, 2005, p. 17). Conclui-se que o sujeito pós-moderno, diferindo do sujeito do Iluminismo, que tinha uma identidade fixa e estável, apresenta-se com identidades “abertas, contraditórias, inacabadas e fragmentas” (HALL, 2005, p. 24).

No mesmo sentido, “esse é o enredo atual da identidade: sujeitos atomizados buscando, cada um a sua maneira, afirmar sua diferença e ver reconhecida sua particular forma de estar no mundo.” (LUCAS, 2012, p. 230, grifo nosso).

Mas quais foram as causas dessas mudanças? Que acontecimentos contribuíram para elas?

Stuart Hall atribui essa mudança ao que chamou de “cinco grandes avanços na teoria social e nas ciências humanas”, quais sejam: (1) o pensamento marxista; (2) a descoberta do inconsciente por Freud; (3) o trabalho de Ferdinand de Saussure; (4) o trabalho de Foucault e (5) o feminismo. Todos são descritos como responsáveis pelo “descentramento” do sujeito moderno.

O pensamento de Marx contribuiu para essa fragmentação na medida em que questionou dois postulados filosóficos, o de que “há uma essência universal de homem e o de que essa essência é o atributo de ‘cada pessoa indivíduo singular’, o qual é seu sujeito real” (HALL, 2005, p. 35).

Já Freud, ao afirmar que as identidades, sexualidade e estrutura dos desejos são formadas com base em processos inconscientes, também contribuiu com a desestabilização de um conceito de sujeito "cognsocente e racional provido de uma identidade fixa e unificada" (HALL, 2005, p. 36).

O linguista Ferdinand de Saussure sustentava que o sujeito não é autor das afirmações que faz, pois já existem significados embutidos na língua dos quais não se tem controle. Ou seja, "apesar de seus melhores esforços, o/a falante individual não pode, nunca, fixar o significado de uma forma final, incluindo o significado de sua identidade" (HALL, 2005, p. 41).

O trabalho de Foucault contribuiu para esse descentramento, na medida em que, ao construir uma "genealogia do sujeito moderno", destacou a existência de um novo tipo de poder (o poder disciplinar), preocupado como o governo e a regulação da espécie humana. Esse "poder" atuaria com o objetivo de manter sob controle a vida, a felicidade, as atividades, o corpo, as práticas sexuais, a saúde física e mental e outros aspectos da vida. Sua "descoberta" e questionamento contribuem para o destronamento do sujeito.

Por último, o feminismo deu sua contribuição, na medida em que criticou a distinção entre o público e o privado; levou ao debate público questões anteriormente afetas à intimidade do sujeito (como sexualidade e família); politizou a subjetividade, a identidade e o processo de identificação; debateu a formação das identidades sexuais e de gênero e debateu a diferença sexual entre homens e mulheres.

Assim, clara a necessidade de uma análise do conceito de identidade em conjunto com o contexto histórico no qual se pretende utilizá-lo.

O uso comum da palavra só ganhou dimensão a partir dos anos cinquenta, passando a ser usada popularmente, com a publicação de livros e realização de peças teatrais que tinham como tema a "crescente perda de significado na sociedade de massa e a posterior busca de identidade". A partir de então, a palavra identidade passou a ser utilizada com referência à busca "pelo que realmente é" (OUTHWAITE; BOTTOMORE, 1996, p. 369).

Muitas ciências buscam definir o que seja identidade, quais são os seus elementos definidores, que tipo de influências são relevantes para sua formação e de que forma se constituem as diversas identidades. Apesar da impossibilidade de se trabalhar com um conceito único de identidade, várias apresentam suas definições, a exemplo da filosofia, da sociologia da psicologia e das ciências médicas.

De Cupis (2004, p. 165), refere-se à identidade da seguinte forma:

> O indivíduo, como unidade da vida social e jurídica, tem necessidade de afirmar a própria individualidade, distinguindo-se dos outros indivíduos, e, por conseqüência, ser conhecido por quem é na realidade. O bem que satisfaz esta necessidade é o da identidade, o qual consiste, precisamente, no distinguir-se das outras pessoas nas relações sociais.

Raul Choeri (2010, p. 20-21)., mencionando a definição de Carlos Fernández Sessarego, afirma que a identidade é

> [...] o conjunto de atributos e características que permitem individualizar a pessoa na sociedade, fazendo com que cada uma seja ela mesma, e não outra. Esse plexo de características da personalidade de cada indivíduo projeta-se até o mundo exterior, concretizando-se, e possibilita aos demais conhecê-lo, como determinada pessoa, em sua mesmidade, no que ele é enquanto ser humano.

A identidade, enquanto conjunto de atributos e características, não se define quando do nascimento, sendo construída durante toda a vida. Não se estabelece com base em um único aspecto, sendo caracterizada pela conjugação de diversos elementos interligados e que devem ser considerados simultaneamente.

> A identidade da pessoa natural obtém-se pela aferição de seus dados subjetivos e de seus dados biográficos, razão porque a subjetividade individual não pode passar despercebida no contexto das relações humanas. A felicidade é o fim último da vida do homem, enquanto que a dignidade é o seu passaporte para atingir esse fim.
> **Viver uma vida com dignidade é, antes de tudo, poder ser titular de uma identidade individual real.** (SANTOS, 2006, p. 201-202, grifo nosso).

Esse será o sentido adotado no presente trabalho, a identidade considerada como "aquilo que nos permite definir o que é e o que não é importante para nós"; a identidade permite que as potencialidades do indivíduo concretizem-se segundo seus próprios interesses e convicções (SÁ; NAVES, 2015, p. 317). E ainda, "a construção da identidade envolve, primordialmente, a liberdade para fazer suas próprias escolhas de valores" (KONDER, 2018, p. 5)

Raul Choeri (2010, p. 22-69), baseando-se na classificação utilizada por Alex Mucchielli, em *L'identité* menciona os seguintes elementos como essenciais para a composição da identidade: (1) a presença do corpo; (2) a necessidade de pertencer; (3) a consciência de unidade e coerência; (4) a certeza da continuidade temporal; (5) o reconhecimento da diferença; (6) a manifestação de valor; (7) a expressão da autonomia; (8) a vontade de confiar e, (9) a realização do projeto existencial. Não há superioridade de um dos elementos perante os outros, sendo que a não consideração de um deles pode implicar em "comprometimento do equilíbrio individual ou social" (CHOERI, 2010, p. 22).

Segundo Raul Choeri (2010, p. 22), no processo de construção da identidade, o corpo é um elemento essencial diante da necessidade da consciência da existência "de um conjunto de sensações corporais que lhe atribuem materialidade existencial". Ter a consciência de existência corporal caracteriza-se como um primeiro passo na construção da identidade. É o que ocorre com um bebê, ao perceber-se como um ser distinto da mãe, com poucos meses de vida. Ter um corpo só seu implica, assim, em diferenciar-se dos demais, em ser único. Nesse sentido é possível afirmar a existência da identidade desde a concepção, com a união dos gametas masculino e feminino, o que tem sido denominado no direito pátrio de identidade genética.

O segundo elemento, "a necessidade de pertencer", destaca a característica humana de pertencer a determinado grupo ou segmento social. Desde o nascimento, as pessoas são "classificadas" como pertencentes a determinado grupo, levando-se em consideração características compartilhadas. Etnia, nacionalidade, sexo, religião e profissão são alguns exemplos. Pertencer ou não a determinado grupo constitui importante referência na formação da identidade do indivíduo, gerando esse sentimento de pertencimento caracterizado como "o resultado de processos de integração e de assimilação de valores sociais, porquanto todo ser humano vive inserido em um meio social que o impregna de sua atmosfera e ambiência, de suas normas e modelos" (CHOERI, 2010a, p. 37).

Já "a consciência de unidade e coerência" diz respeito à unidade existencial do indivíduo. Mas o que isso significa? Significa que apesar de exercer vários papéis, simultaneamente (médico, católico, homem, branco, pai, entre outros), o indivíduo apresenta certa unidade existencial. Essa noção se expressa na própria palavra "individuo", de origem latina, que significa "o que não pode ser dividido".

Essa unidade e coerência do indivíduo refletem na proteção dada pelo ordenamento jurídico aos elementos de identificação individual (como nome, filiação e estado civil), que, somados, conferem unidade existencial. Ressalte-se que unidade e coerência existencial não implicam em imobilidade. Aliás, pelo simples fato de ser um organismo vivo, em constante interação com o meio e com os outros, o indivíduo está sempre em transformação.

A quarta característica, "certeza da continuidade temporal", diz respeito à percepção de si no tempo. A noção de que a vida é um processo, uma sucessão de experiências, dá ao indivíduo a ideia de continuidade de sua identidade no tempo. A referência ao passado e a construção de um projeto existencial voltado para o futuro estão sempre presentes no pensar e no agir humano. O parágrafo único do artigo 12 do Código Civil, ao prever a tutela do direito da personalidade de pessoa morta representa, em nosso ordenamento jurídico, garantia em relação à continuidade da identidade no tempo.

Já o "reconhecimento da diferença" possibilita a construção da identidade na medida em que o indivíduo é capaz de diferenciar-se do outro. Aqui ressalta-se que a construção da identidade se dá de forma dialógica, sendo essencial o reconhecimento das diferenças. Pode-se afirmar que: "O olhar do outro nos constitui." (SARMENTO, 2016, p. 241)

A "manifestação de valor" é o sentimento que permite a cada indivíduo reconhecer e defender sua própria identidade, exigindo de toda a sociedade seu respeito e reconhecimento. É a noção de "ser alguém" dotado de valor, com liberdade e autonomia para o exercício de sua identidade.

A "expressão da autonomia" refere-se à capacidade de expressar a liberdade, determinando seu destino. É expressando sua autonomia que o indivíduo afirma sua identidade, diferenciando-se dos demais. Nem sempre essa construção da identidade é fácil, em razão de padrões de conduta pré-estabelecidos, que condicionam o exercício da autonomia. Para Raul Choeri (2010, p. 56), "o patrulhamento político, ideológico e religioso constitui instrumento de coibição da autonomia individual e grupal no seio da sociedade, de lesão frontal à identidade"

E ainda, segundo o mesmo autor, "o sentimento de autonomia traz para o indivíduo a importância do exercício de sua vontade na afirmação de sua identidade, a despeito de tudo que venha obstaculizar" (2010, p. 56).

> **A vivência digna da identidade é proporcionada pelo sentimento de autonomia, que a liberta dos ditames estatais, religiosos e familiares, e torna o indivíduo capaz de cingir-se a sim mesmo, por suas próprias mãos, sem a domesticidade de uma obediência cega e paternalista, sempre dependente e recorrente a uma autoridade externa que o guie e alimente.** (CHOERI, 2010, p. 58, grifo nosso).

A oitava característica, "vontade de confiar", surge como uma condição necessária ao desenvolvimento da personalidade e, consequentemente, da identidade. A confiança deve estar presente, tanto nas relações entre os particulares, quanto entre este e o Estado. Para que possa desenvolver sua identidade, é necessária a segurança de "estar sempre sendo tutelada e promovida como valor máximo nas relações jurídicas, sejam estas patrimoniais ou existenciais" (CHOERI, 2010a, p. 65).

O nono e último elemento essencial para a composição da identidade é "a realização do projeto existencial". Partindo-se da premissa de que o ser humano está em constante processo de construção, sendo sempre algo incompleto e inacabado, é possível concluir que há a necessidade de manifestação da sua identidade, na busca pela realização de seu projeto de vida.

O projeto de vida se realiza em diversas perspectivas, religiosa, familiar, política, afetiva. Todas elas, somadas, representam um projeto existencial maior, que visa à realização

da identidade (CHOERI, 2010a, p. 66). Todos esses elementos contribuem para demonstrar a multiplicidade de aspectos envolvidos no conceito de identidade e sua importância para o indivíduo.

3 O FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DO DIREITO À IDENTIDADE: DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DIREITOS DA PERSONALIDADE

Assim como o conceito de identidade não é pacífico, também não o é o de um possível "direito à identidade" Sua delimitação e sua abrangência são aspectos que sofrem variações, podendo não ser o mesmo de um país para outro e variando ainda conforme o contexto histórico e social no qual está inserido.

Existem autores que restringem o direito à identidade ao direito ao nome. É esse o entendimento de Francisco Amaral (2003, p. 270), ao afirmar que "o direito à identidade pessoal é o direito ao nome (CC. art. 16)".

Defende-se aqui um conceito mais amplo de identidade no âmbito jurídico, para além de simples dados de identificação determinados na lei, capaz de abarcar a ideia de "verdade do ser".

Apesar de não haver previsão expressa de um "direito à identidade", é possível afirmar que o ordenamento jurídico brasileiro tem como objetivo maior a proteção e a promoção da pessoa em seu aspecto existencial, o que só se concretiza quando há a possibilidade de expressar a identidade.

Sendo assim, ao Direito, incumbe criar instrumentos capazes de tutelar a identidade. Nas palavras de Raul Choeri (2010, p. 161):

> Cabe ao Direito, senão construir essa estrutura, fornecer instrumentos de tutela de valores, interesses, princípios, capazes de dar efetividade à identidade. Tal tutela só se concretiza a partir do reconhecimento do campo ético-jurídico que a identidade ocupa no sistema normativo.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 dispõe, em seus artigos I e VI: "Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos" e "todo homem tem direito de ser, em todos os lugares, reconhecido como pessoa perante a lei" (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948). Esse direito de ser reconhecido como pessoa, constante da declaração, uma afirmação do direito à identidade.

Para que seja possível esse processo de afirmação do que se é, necessária a existência

de normas jurídicas aptas à promoção desse direito.

> Em palavras claras, o direito à identidade nos coloca diante do seguinte paradoxo: somos aquilo que somos, aquilo que nos identifica, mas nem sempre temos o direito de ser o que somos em virtude de que a vivência de nossa identidade, como direito, está subordinada a condição de normatividade. (LUCAS, 2012, p. 147).

A Constituição da República, tendo como princípio basilar a dignidade da pessoa humana, e protegendo de forma expressa vários aspectos existenciais da pessoa, protege a identidade de forma mais ampla, e não apenas os elementos distintivos da pessoa.

Há referência, no Texto Constitucional, à proteção a uma série de aspectos existências, como a igualdade (preâmbulo); a livre iniciativa (art. 1º, IV); a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I); a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, IV); a liberdade (art. 5º, caput); a liberdade de pensamento (art. 5º, IV); a liberdade de consciência e crença (art. 5º, VI); a liberdade de expressão nas atividades intelectuais, artísticas, científicas e de comunicação (art. 5º, IX); a proteção da privacidade, intimidade honra e imagem (art. 5º, X); a liberdade de associação (art. 5º, XVI); o direito de propriedade funcionalizado (art. 5º, XXII e XXIII); a paternidade responsável (art. 226, § 7º); dentre outros.

Apesar de não haver proteção expressa ao direito à identidade, esse direito representa a concretização e a efetividade do princípio da dignidade da pessoa humana, na medida em que possibilita a realização do projeto existencial de cada um.

Na palavra de Raul Choeri (2010, p. 159),

> A pessoa do brasileiro conquista sua própria identidade na medida em que constrói para si sua identidade civil-constitucional, no seu interagir social, nascendo, crescendo, realizando-se em cada situação jurídico-social na qual se insere e se desenvolve. Essa identidade civil-constitucional é que atribui eficácia e efetividade ao princípio de maior hierarquia axiológica no sistema jurídico brasileiro, que é o da dignidade humana, tornando-o tangível e lhe confere unidade e coerência objetiva.

A ausência de previsão expressa, apesar de não significar inexistência de tutela jurídica, acaba por dificultar a conceituação do que seja o direito à identidade. Para uma tutela que se adeque ao texto constitucional, o direito a identidade deve levar em consideração aspectos como: o patrimônio intelectual, ideológico, político, religioso e cultural. A esse respeito, afirma Ligia Fabris Campos (2006, p. 65):

> Esse direito, portanto, tutela o interesse a não se atribuir – mediante descontextualização, ofuscamento, alteração, desvio e em desprezo dos critérios da

> correção, da diligência e da boa-fé – atos, pensamentos e afirmações contrários à verdade, à veracidade, à verossimilhança, ainda que mediante excesso ou abuso de direitos, de poderes e de liberdades, mesmo que reconhecidos ou garantidos pelo ordenamento.

Nessa perspectiva, haverá violação ao direito à identidade sempre que se deturpem "atos, pensamentos ou afirmações que a contrariem, manifestando, assim, o interesse da pessoa em ver reconhecido o próprio patrimônio ideológico-cultural, constituído pelos seus pensamentos, opiniões, crenças, comportamentos que projetam no mundo da intersubjetividade" (CAMPOS, 2006, p. 5).

Resta claro que o conceito de identidade que se propõe e que deve ser tutelado juridicamente se relaciona de forma direta com o princípio da dignidade da pessoa humana, elencado como um dos fundamentos do nosso Estado Democrático de Direito.

> [...] Assim, a dignidade é a base principiológica inequívoca da expressão do **ser** e do **dever ser**, como exigência ético-jurídica da não-instrumentalização e não-coisificação da pessoa humana. **E é na identidade que cada um há de realizar-se digno como pessoa.** É digno porque é. Pode afirmar categoricamente: não meramente tenho existência humana, sou pessoa! (CHOERI, 2010, p. 149-150, grifo nosso).

Para uma adequada tutela jurídica do direito à identidade, entendido para além da mera identificação, sua análise deve ser feita sob dois aspectos: estático e dinâmico. Assim, fala-se em várias "identidades" (de gênero, biológica, genética, nacional, racial, étnica, entre outras), referindo-se, na verdade, a esses vários aspectos da identidade.

Os aspectos dinâmico e estático se diferenciam, mas a identidade só se conforma na complementariedade de ambos. Quando se busca a tutela da projeção social da personalidade ou da "verdade pessoal", o aspecto dinâmico se destaca. É principalmente a tutela da identidade em seu aspecto dinâmico que causa maiores discussões, já que sob a perspectiva estática, alguns direitos se apresentam de forma autônoma, como o direito ao nome e à imagem.

Sob o aspecto estático, o direito à identidade confunde-se com os elementos de identificação, tais como o nome, o sexo, a data e o local de nascimento e a filiação. Também os elementos de identificação física (imagem), a voz, a impressão digital o integram. São considerados estáticos, pois, via de regra, não se modificam.

Já no que diz respeito ao aspecto dinâmico, considera-se como componentes da identidade: a crença, as convicções ideológicas e políticas, a cultura, a história pessoal, a forma de pensar, a moralidade, a espiritualidade, as experiências profissionais, dentre outros, que fazem com que cada pessoa seja única (não apenas no aspecto genético).

Todos esses elementos ou pertencimentos são passíveis de modificação no exercício da autonomia e na busca da realização do projeto de vida pessoal. O aspecto dinâmico reforça o entendimento de ser a identidade fluida, modificável com o tempo e não determinada quando do nascimento.

A identidade é pouco referenciada de forma expressa na legislação brasileira. Não há qualquer menção na Constituição da República e, na maioria das vezes, quando há referência expressa na legislação infraconstitucional, a tutela refere-se apenas à concepção de identidade como identificação, não abarcando a dimensão dinâmica.

Mesmo não havendo referência expressa no texto constitucional ao direito à identidade como direito fundamental, é possível afirmar o reconhecimento da identidade enquanto bem juridicamente protegido com o uso do termo em alguns textos legais. No Código Civil de 2002, o termo aparece seis vezes, nos arts. 139, inciso II; 215, parágrafo 1º, inciso II; 1.062, parágrafo 2º; 1.557, inciso I e, nos incisos III e IV do art. 1.900.

Outras leis, como o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) (art. 17); o Código Penal (CP) (arts. 307, 308 e 309); o Código de Processo Civil (CPC) (arts. 282, 239, 1.061 e 1.153); o Código de Processo Penal (CPP) (art. 6º) e a Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) (art. 49) fazem menção ao termo "identidade". Com exceção do ECA, que dispõe sobre a preservação da identidade da criança e do adolescente, todos os demais diplomas legais citados usam o termo no sentido de mera identificação.

O art. 1.578, inciso I, do Código Civil, apesar de não fazer referência ao termo identidade, mas a identificação, sem dúvida visa sua proteção. Trata-se de proteção da identidade por meio de um de seus elementos, o nome.

Apesar das poucas referências legislativas existentes e da ausência de menção na Constituição da República, é possível considerarmos o direito à identidade pessoal como um direito fundamental. É essa a opinião de Raul Cleber da Silva Choeri (2010, p. 240):

> A natureza jurídica do direito à identidade no Brasil é a de direito fundamental, consagrado genuinamente a partir da cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana, podendo se manifestar funcionalmente em diferentes categorias jurídicas, que a dogmática elaborou par classificar situações subjetivas patrimoniais, especialmente o direito subjetivo.

A assertiva se fundamenta na ideia de que o direito à identidade é projetado a partir do art. 1º, inciso III, da Constituição da República, princípio da dignidade da pessoa humana, protegendo várias manifestações da identidade humana.

Assim considerado, o direito à identidade protege a pessoa em sua individualidade,

impedindo que se falseie a sua "verdade". Inclui assim o direito de não ter suas características e qualidades representadas de forma inverídica, não podendo as mesmas serem representadas de modo a contrariar a "verdade pessoal". Sempre que houver uma falsa representação dessa verdade, violada estará a identidade pessoal.

Incluem-se na tutela da identidade, enquanto verdade pessoal, a proteção à identidade genética e sexual, incluindo-se a projeção psicossocial (intelectual, moral, política, religiosa, ideológica e profissional) (CHOERI, 2010a, p. 244).

Delimitado o conceito de identidade e vista a possibilidade de reconhecimento de um direito à identidade defende-se, neste trabalho, o seu enquadramento como um direito da personalidade.

A existência de uma cláusula geral de tutela da personalidade, representada pelo inciso III do art. 1º da Constituição Federal, princípio da dignidade da pessoa humana, justifica a possibilidade de enquadramento do direito à identidade como um direito da personalidade.

Com a prioridade dada constitucionalmente à pessoa humana, seu estudo é de fundamental importância, notadamente, nos últimos tempos em que os bens protegidos pelos direitos da personalidade vêm sendo constantemente desafiados.

O grande progresso científico e tecnológico e suas imprevisíveis consequências no âmbito jurídico, o amplo acesso aos meios de comunicação de massa e a crescente regulamentação jurídica, ou jurisdicização de relações antes pertencentes a outras esferas sociais, como a igreja e a família, podem ser apontados como alguns dos fatores que mais influíram nos direitos da personalidade (MORAES, 2008, p. 02).

Os avanços, principalmente no campo da Medicina, desafiam uma nova compreensão dos direitos da personalidade. Os meios de comunicação, com o crescente acesso da população as novas tecnologias e a velocidade na transmissão das informações, têm significado uma constante invasão de privacidade e, em consequência, uma redefinição do conceito de direito de privacidade. A jurisdicização das relações anteriormente mediadas por instituições como a igreja e a família, demonstra a perda de espaço ou de influência dessas instituições e a necessidade de repensar a dogmática dos direitos da personalidade.

Baseando-se na estreita relação entre os direitos da personalidade e a pessoa do seu titular, De Cupis (2004, p. 13-17) definiu personalidade como "uma susceptibilidade de ser titular de direitos e obrigações jurídicas." e chamou os direitos da personalidade de direitos essenciais, ou seja, "direitos sem os quais a personalidade restaria uma susceptibilidade completamente irrealizada, privada de todo valor concreto." ou ainda, "direitos sem os quais todos os outros direitos subjetivos perderiam o interesse para o indivíduo – o que equivale a

dizer que, se eles não existissem, a pessoa não existiria como tal.".

Para Maria Helena Diniz, "o direito da personalidade é o direito da pessoa de defender o que lhe é próprio, como a vida, **a identidade**, a liberdade, a imagem, a privacidade, a honra etc." ou ainda, "é o direito subjetivo, de exigir um comportamento negativo de todos, protegendo um bem próprio, valendo-se de ação judicial" (2009, p. 121-122, grifo nosso).

Percebe-se, nos conceitos mencionados, que os autores citados consideram os direitos da personalidade como direito subjetivo, ocorre que tais direitos nem sempre se enquadram no conceito de direitos subjetivos, podendo tal entendimento ser ampliado.

Segundo Pietro Perlingieri (2002, p. 120), "Contrapõem-se tradicionalmente, duas definições de direito subjetivo: direito subjetivo como poder da vontade e direito subjetivo como interesse protegido", e ainda, "A definição corrente salta os dois aspectos: o direito subjetivo é, afirma-se usualmente, o poder reconhecido pelo ordenamento a um sujeito para a realização de um interesse próprio do sujeito."

O Código Civil Brasileiro dedica o Capítulo II, do Livro I, Título I, da sua Parte Geral, aos direitos da personalidade, disciplinando-os nos artigos 11 a 21.

O diploma anterior (Código Civil de 1916), de perfil patrimonialista e formulado para uma sociedade agrária e conservadora, não fazia qualquer menção aos mesmos.

Apesar da falta de regulamentação pelo diploma civil anterior, os direitos da personalidade eram admitidos doutrinariamente em nosso ordenamento jurídico e foram positivados em algumas normas esparsas e na Constituição de 1988, podendo citar como exemplo alguns incisos do artigo 5°, como o V ("é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além de indenização por dano material, moral ou a imagem.") e o X ("são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.").

Mesmo tendo representado um avanço com relação ao Código Civil de 1916, o diploma de 2002 recebeu inúmeras críticas no tocante à regulamentação dada aos direitos da personalidade. Sua redação é de 1960; portanto, anterior a Constituição de 1988 e pode-se afirmar que demonstrou "acanhamento do legislador de 2002, principalmente quando se compara o texto codificado ao que já se havia positivado e ao estado da doutrina e da jurisprudência" (TEPEDINO; BARBOZA; MORAES, 2004, p. 29).

A não inclusão dos direitos da personalidade no Código anterior deve-se ao fato de que, na época em que foi elaborado, discutia-se sobre a existência ou não desses direitos. Alguns autores defendiam a impossibilidade de um indivíduo ser ao mesmo tempo titular e objeto de um direito subjetivo. Não havia, para tais doutrinadores, qualquer distinção entre os vários

aspectos da personalidade. Eram os defensores das chamadas teorias negativistas.

O fato de os direitos da personalidade serem sempre intimamente ligados às pessoas que os titularizavam fez com que alguns doutrinadores defendessem que, neles, sujeito e objeto se confundiriam, impossibilitando seu exercício. Tratam-se dos negativistas, que segundo Tepedino (2004, p. 31-32), "enxergavam uma contradição lógica na possibilidade de que a personalidade, identificando-se com a titularidade de direitos, pudesse ser também objeto deles." De acordo com esses teóricos, chamados negativistas, que enxergavam os direitos da personalidade como o direito da pessoa sobre o próprio corpo, o reconhecimento dos direitos da personalidade legitimariam a automutilação e, até mesmo, o suicídio. (TEPEDINO; BARBOZA; MORAES, 2004, p. 25-26).

A teoria negativista sofreu inúmeras críticas por não ser capaz de conceber a personalidade como um conjunto de característica e atributos pessoais e, como tal, objeto de proteção do ordenamento jurídico. Para os defensores dessa teoria, a personalidade não poderia ser, ao mesmo tempo, considerada sujeito de direito e dela seu objeto.

De acordo com Gustavo Tepedino (2004, p. 27), "dito diversamente, considerada como sujeito de direito, a personalidade não pode ser dele seu objeto. Considerada, ao revés, como valor, tendo em conta o conjunto de atributos inerentes e indispensáveis ao ser humano (que se dê tutela privilegiada)."

A partir dos anos 50, a doutrina majoritária passou a admitir a existência dos direitos da personalidade, apesar de alocá-los na categoria de direitos subjetivos e usar para sua defesa o mesmo modelo construído para a defesa dos direitos subjetivos patrimoniais, notadamente o direito de propriedade (TEPEDINO; BARBOZA; MORAES, 2004, p. 29).

Superada a primeira discussão sobre a existência ou não dos direitos da personalidade, a doutrina ocupou-se de outra, referente à sua tipificação. Surgiram então as teorias monista e pluralista que, apesar de possuírem outro foco, qual seja, a existência de um único ou de vários direitos da personalidade, ambas tinham como paradigma os direitos subjetivos patrimoniais.

De acordo com os defensores da teoria pluralista, existem vários direitos da personalidade como se observa nas palavras de Adriano De Cupis (2004, p. 26),

> Recorde-se que deixamos atrás admitindo que a individuação do bem resulta da individuação das necessidades; que a existência é distinta da liberdade, e que a necessidade de vivermos respeitados não se confunde com a necessidade de nos distinguirmos das outras pessoas. De tudo isso, deriva que são também distintos os bens correspondentes, e bem assim os direitos sobre estes.

Já os defensores da teoria monista, sustentam a existência de um único direito da

personalidade, que seria originário e geral (TEPEDINO, 2001, p. 42). Tal teoria baseia-se na ideia de que o ser humano é um só, e que ainda que seus interesses possam se apresentar de maneiras distintas, estariam sempre substancialmente interligados.

Com a crescente pressão para a constante proteção da pessoa humana, tanto a teoria monista quanto a pluralista, tornaram-se insuficientes para a proteção dos direitos da personalidade. De acordo com Danilo Doneda (2003, p. 43), "em meio às várias argumentações, a maturação pela qual passava a categoria dos direitos da personalidade fez alguns juristas perceberem que haveria um problema anterior à própria discussão sobre a tipificação: a técnica de tutela adotada".

Os direitos da personalidade e, portanto, a tutela da pessoa, deve superar a divisão direito público/direito privado e ir além de medidas ressarcitórias e repressivas tendo como objetivo também a promoção e o livre desenvolvimento do indivíduo.

O Texto Constitucional de 1988 traz como fundamentos da República Federativa do Brasil a cidadania e a dignidade da pessoa humana, no art. 1°, II e III, bem como várias outras garantias que acabam por condicionar a interpretação legislativa, influenciando todo o ordenamento com os valores eleitos pelo constituinte.

Essa nova dogmática marca a presença, em nosso ordenamento, de uma cláusula geral de tutela da personalidade a nortear todas as situações que envolvam aspectos da personalidade. Tal cláusula estabelece uma prioridade de proteção à pessoa humana, qualificando os direitos da personalidade como situações abertas, ou seja, não tipificadas, em que estejam em jogo aspectos da personalidade e que necessitem sempre das mais diversas formas de tutela e promoção.

Fala-se então que a tutela da personalidade é dotada do atributo da elasticidade, significando que a personalidade, uma vez posta como valor máximo do ordenamento jurídico, deve ser defendida em todas as situações, estejam elas previstas ou não.

Com relação à característica da elasticidade, afirma Gustavo Tepedino (2001, p. 49),

> No caso da pessoa humana, elasticidade significa a abrangência da tutela, capaz de incidir a proteção do legislador e, em particular, o ditame constitucional de salvaguarda da dignidade humana a todas as situações, previstas ou não, em que a personalidade, entendida como valor máximo do ordenamento, seja o ponto de referência objetivo.

Afirmar que a personalidade deve ser defendida em todas as situações, não deve ser entendido apenas com relação às situações em que há lesão, mas também sob o ponto de vista

promocional, ou seja, na proteção e na promoção ao livre desenvolvimento da personalidade.

Essa tutela promocional ampara o direito à identidade como essencial a realização do projeto existencial de cada um e da concretização da dignidade. Embora não previsto de forma expressa, o direito identidade (aí incluído o direito à identidade de gênero) está tutelado pelo ordenamento jurídico não sendo possível pensar em autodeterminação existencial, liberdade, igualdade e respeito à pluralidade se não houver tal tutela.

Por ser um atributo inerente à pessoa humana, a identidade importa diretamente aos direitos da personalidade (MENEZES; GONÇALVES, 2012, p. 2).

Por essas razões, apesar de não tipificado no Código Civil como um direito da personalidade, considera-se dessa categoria o direito à identidade pessoal.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988 que alocou o princípio da dignidade da pessoa humana no art. 1º, III, como fundamento da República, percebe-se uma maior preocupação com questões existenciais. Nesse campo, novas demandas vêm surgindo a cada dia, impulsionadas pelos grandes avanços científicos e tecnológicos. A tutela da identidade pessoal é uma delas. Considerou-se uma tutela da identidade não apenas como mera forma burocrática de identificação, mas sim como a escolha da forma pela qual o indivíduo pretende ser visto e reconhecido, levando em consideração suas convicções e orientações ideológicas.

Defende-se a identidade como o conjunto de características e atributos que fazem com que cada pessoa seja única. Tais características e atributos não são impostos, mas eleitos por cada um de acordo com seu projeto de vida.

No âmbito jurídico, reconhece-se a dificuldade de delimitação de sua abrangência e a existência de divergência doutrinária sobre o que seria o "direito à identidade". Apesar disso, defende-se também nesse âmbito, a aplicação de um conceito mais amplo de identidade, para além de simples dados de identificação determinados na lei, que seja capaz de abarcar a ideia da "verdade do ser".

Mesmo não havendo previsão expressa de um "direito à identidade", com a tutela dada pelo ordenamento jurídico a proteção e à promoção da pessoa em seu aspecto existencial, tutelada está a identidade. A existência de um direito à identidade representa a concretização e a efetividade do princípio da dignidade da pessoa humana na medida em que possibilita a realização do projeto existencial de cada um.

Uma adequada tutela deve levar em conta dois aspectos: estático (ou estável) e dinâmico. Sob o primeiro a identidade confunde-se com meros dados de identificação como nome e sexo, em princípio, imutáveis. No que diz respeito ao aspecto dinâmico, considera-se como componentes da identidade as crenças, convicções ideológicas e políticas, história pessoal, forma de pensar, entre outros. Todos esses aspectos são passíveis de modificação, desde que justificadas as alterações no exercício da autonomia e na busca da realização do projeto de vida pessoal, mesmo os estáveis.

Defende-se, quanto ao enquadramento jurídico do direito à identidade, tratar de um direito da personalidade e portanto, essencial ao pleno desenvolvimento da pessoa humana. Para uma adequada proteção de tais direitos necessárias, além de medidas ressarcitórias e repressivas, também medidas promocionais e protetivas.

O princípio da dignidade da pessoa humana, tido no texto constitucional como fundamento da República, faz com que a proteção dos direitos da personalidade se faça, esteja ou não a situação prevista no ordenamento. Tal proteção só se efetiva quando há autodeterminação na construção do projeto existencial. É no exercício da autodeterminação que a pessoa constrói sua identidade, o que ocorre desde o nascimento até a morte, fazendo com que existam reivindicações relativas ao direito à identidade.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. **Direito Civil:** introdução. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BRASIL. Código Civil. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Diário Oficial da União**, Brasília, 11 Jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 10 Mar. 2016.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais... **Diário Oficial da União**, Brasília, 05 Out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10 Mar. 2016.

CAMPOS, Ligia Fabris. **O direito de ser si mesmo:** a tutela da identidade pessoal no ordenamento jurídico brasileiro. 2006. 193 f. Dissertação (mestrado) – Programa de Pós Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2006. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp077214.pdf>. Acesso em: 10 out. 2015.

CHOERI, Raul Cleber da Silva. **Direito à identidade na perspectiva civil-constitucional.** Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

DE CUPIS, Adriano. **Os direitos da personalidade.** Campinas: Romana Jurídica, 2004.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito.** 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

DONEDA, Danilo. "Os direitos da personalidade no Código Civil". In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). **Temas de Direito Civil.** 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

HALL, Stuart. **A identidade cultural na pós-modernidade.** 10. ed. Rio de Janeiro: P&A, 2005.

HALL, Stuart. Quem precisa de identidade? In: SILVA, Tomaz Tadeu da (Org.); HALL, Stuart; WOODWARD, Kathryn. **Identidade e diferença:** a perspectiva dos estudos culturais. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2014. p. 103-133.

KONDER, Carlos Nelson de Paula. O alcance da identidade pessoal no direito civil brasileiro. **Pensar: Revista de Ciências Jurídicas**, v. 23, n. 1, p. 1-11, jan/mar. 2018. Disponível em: < https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/7497/pdf>. Acesso em 10 mar. 2019.

LUCAS, Douglas Cesar. A identidade como memória biográfica do corpo e sua proteção jurídica: itinerários de um paradoxo. **Sequência**, n. 65, p. 125-154, dez. 2012a. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2177-70552012000200007>. Acesso em: 14 jun. 2016.

MENEZES, Joyceane Bezerra de; GONÇALVES, Camila Figueiredo Oliveira. A construção da identidade pela articulação dos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da liberdade|: expressão do direito geral de personalidade.
Direitos Fundamentais & Justiça, ano 6, n. 21, p. 105-123, out/dez. 2012.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Ampliando os direitos de personalidade. In: VIEIRA, José Ribas (Org.). **20 anos da Constituição Cidadã de 1998:** efetivação ou impasse constitucional? Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 369-388.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **A Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Declaração Universal dos Direitos Humanos, 2016. Disponível em: <http://www.dudh.org.br/declaracao/>. Acesso em: 04 Jun. 2016.

OUTHWAITE, William; BOTTOMORE, Tom (Eds.). **Dicionário do pensamento social do século XX**. Tradução de Eduardo Francisco Alves e Álvaro Cabral. Editora da versão brasileira: Renato Lessa e Wanderley Guilherme dos Santos. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1996.

PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SANTOS, Rosângela Cipriano dos. **A subjetividade como elemento da identidade**

individual: uma introdução. 2006. 221 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp012118.pdf>. Acesso em: 20 Mar. 2016.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de biodireito.** 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia.** 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

TEPEDINO, Gustavo, BARBOZA, H. H.; MORAES, M. C. B. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República.** Volume 1: Parte Geral e Obrigações. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TEPEDINO, Gustavo. A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil- Constitucional Brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**, 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 23-54.