

UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA

Rodrigo Pereira Moreira

**DIREITO AO LIVRE DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE: Caminhos
para a Proteção e Promoção da Pessoa Humana**

Uberlândia
2015

Rodrigo Pereira Moreira

**DIREITO AO LIVRE DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE: Caminhos
para a Proteção e Promoção da Pessoa Humana**

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Direito no Curso de Mestrado em Direito da Universidade Federal de Uberlândia, sob a orientação do Prof. Dr. Fernando Rodrigues Martins.

Uberlândia
2015

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Sistema de Bibliotecas da UFU, MG, Brasil.

M838d Moreira, Rodrigo Pereira, 1990-
2015 Direito ao livre desenvolvimento da personalidade: caminhos para a
proteção e promoção da pessoa humana / Rodrigo Pereira Moreira. -
2015.
290 f.

Orientador: Fernando Rodrigues Martins.
Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Uberlândia,
Programa de Pós-Graduação em Direito.
Inclui bibliografia.

1. Direito - Teses. 2. Direito - Filosofia - Teses. 3. Personalismo -
Teses. I. Martins, Fernando Rodrigues. II. Universidade Federal de
Uberlândia, Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDU: 340

Aos meus pais pelo apoio e afeto concedidos.

À minha irmã pelo convívio durante os anos de faculdade.

À minha namorada Julianne Mortoza Lacerda, com todo o amor e carinho.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente é preciso agradecer ao meu orientador Prof. Dr. Fernando Rodrigues Martins pelo tempo de orientação e pelas discussões jurídicas, sempre proveitosas, que auxiliaram imensamente na construção desta dissertação.

Agradeço também aos meus amigos Sérgio Augusto Lima Marinho, Mário Ângelo Júnior e Giovanna Gadia que, por meio das inúmeras conversas, compartilhamos os desafios e dificuldades da pós-graduação.

Por fim, agradeço à Coordenação de Aperfeiçoamento de Ensino Superior (CAPES) por ter concedido a bolsa de estudos durante o curso de mestrado, sem a qual boa parte desta pesquisa não poderia ter sido desenvolvida.

“Qualquer personalista não pode deixar de desejar que elas sigam a linha dessa descoberta e que a palavra ‘personalismo’ seja um dia esquecida, um dia em que já não for preciso atrair as atenções sobre aquilo que devia ser a própria banalidade do homem.”
(Emmanuel Mounier)

RESUMO

Após a Segunda Guerra Mundial a pessoa humana passou a ser centro das atenções dentro da ciência jurídica, em especial devido aos movimentos personalistas que ganharam força no plano internacional (Declaração Universal dos Direitos Humanos) e também no plano interno de diversos países. Partindo do pressuposto teórico do personalismo ontológico, entendendo que todo ser humano também deve ser considerado pessoa, observa-se que as concepções jurídicas tradicionais sobre pessoa e personalidade não condizem mais com as novas perspectivas assumidas pelo Direito e precisam ser revisitadas. A complexidade e mutabilidade da pessoa humana exige uma contínua construção teórica baseada em sua realidade ontológica que é prévia à concepção jurídica. Classicamente, o personalismo tem buscado a conciliação entre a dimensão individual e a dimensão social da pessoa humana, destacando sempre a liberdade e a responsabilidade na primeira e a intersubjetividade na segunda. Observadas a autodeterminação da pessoa ontologicamente considerada e a sua personalidade como os modos de ser protegidos pelos atributos da pessoa (direitos da personalidade), tem-se a necessidade de reconhecer um direito que permita a proteção dinâmica e evolutiva da pessoa humana, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade. Utilizando o método dedutivo, com especial referência à argumentação jurídica e, paralelamente, o método indutivo com a consideração da jurisprudência dos tribunais constitucionais, a presente dissertação tem como objetivo geral analisar a caracterização e o reconhecimento do direito ao livre desenvolvimento da personalidade no sistema jurídico brasileiro. Como objetivos específicos tem-se a observação das dimensões clássicas reconhecidas pela doutrina e jurisprudência ao direito ao livre desenvolvimento da personalidade, quais sejam: a liberdade e os direitos da personalidade.

Palavras-Chave: autodeterminação; personalismo jurídico; autonomia existencial.

ABSTRACT

After World War II, the human person came to be the center of attention within the law science, in particular because of the personalist movements that gained strength in the international arena (Universal Declaration of Human Rights) and also internally in many countries. Starting from the theoretical assumption of the ontological personalism, understanding every human being should also be considered a person, it is observed that the traditional legal concepts of person and personality do not match more with new perspectives assumed by the law and need to be revisited. The complexity and mutability of the human person requires continuous theoretical construct based on their ontological reality that is previous to the legal conception. Classically, personalism has searched to reconcile the individual dimension and the social dimension of the human person, always emphasizing freedom and responsibility in the first and intersubjectivity in the second. Observed self-determination of the person, ontologically considered, and his personality as modes of being protected by the attributes of the person (personality rights), there is the need to recognize a right which permits dynamic and evolving protection of the human person, the right to free development of personality. Utilizing the deductive method, with especial reference to legal argumentation and, in parallel, the inductive method with consideration of the jurisprudence of constitutional courts, this thesis aims to describe and analyze the characterization and recognition of the right to free development of personality in the legal system of Brazil. The specific objectives are the observation of the classic dimensions recognized by doctrine and jurisprudence on the right to free development of personality, namely: freedom and personality rights.

Keywords: self-determination; legal personalism; existential autonomy.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 PESSOA HUMANA E PERSONALIDADE JURÍDICA.....	16
1.1 A Construção Filosófica e Jurídica da Pessoa Humana	18
1.1.1 O Sentido de Pessoa: origens e perspectivas extrajurídicas	19
1.1.2 Pessoa, Estado e Direito: historiografia jurídica da pessoa humana.....	30
1.1.3 A Redescoberta da Pessoa Humana pelo Direito: o personalismo jurídico	43
1.2 Personalidade Jurídica.....	66
1.2.1 A Personalidade Existencial e Axiológica: a pessoa humana ontológica como fundamento da personalidade	70
1.3 Pessoa Humana: sujeito das relações jurídicas, finalidade última do direito e fundamento da personalidade	77
2 DIREITO AO LIVRE DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE	80
2.1 Terminologia e Estrutura do Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade .	85
2.1.1 Âmbito de Proteção	91
2.1.2 Titularidade	114
2.2 Funções: Perspectiva Subjetiva e Objetiva do Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade.....	123
2.3 Reconhecimento como Direito Fundamental no Sistema Jurídico Brasileiro	145
2.3.1 Livre Desenvolvimento da Personalidade como Direito Humano e Fundamental	154
2.3.2 Livre Desenvolvimento da Personalidade como Decorrência dos Princípios e do Regime Constitucional.....	161
2.4 Limites ao Livre Desenvolvimento da Personalidade	170
2.4.1 Critério da Proporcionalidade.....	173
2.4.2 Núcleo Essencial.....	180

3 DIMENSÕES DE LIBERDADE E DE DIREITOS DA PERSONALIDADE NO ÂMBITO PRIVADO.....	184
3.1 Direitos Humanos, Direitos Fundamentais e Direitos da Personalidade	184
3.2 Dimensão de Direitos da Personalidade	192
3.2.1 Cláusula Geral de Tutela da Personalidade e Direitos Especiais de Personalidade	202
3.2.2 Direitos da Personalidade Atípicos: exemplificação necessária a partir do direito ao esquecimento	205
3.3 Dimensão de Liberdade	211
3.3.1 Autonomia Privada	219
3.3.2 Liberdade com Responsabilidade: deveres fundamentais e responsabilidade civil	226
3.4 Relação entre Liberdade, Deveres e Direitos da Personalidade.....	241
3.4.1 Autonomia Existencial	242
3.4.2 Deveres de Personalidade.....	254
CONCLUSÃO.....	263
REFERÊNCIAS	268

INTRODUÇÃO

A vida é um contínuo escolher que se manifesta em cada decisão concreta da pessoa humana em seu cotidiano¹. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade vem justamente ao encontro da tutela das escolhas existenciais em relação à construção da personalidade de cada pessoa como ser único, irrepetível, dinâmico (projeto inacabado) e complexo.

Outrora a personalidade correspondia a uma simples aptidão para ser sujeito de direitos e deveres. Hoje diz respeito a um valor e princípio que permeia o sistema jurídico com o objetivo de garantir a proteção da pessoa ontologicamente considerada, reconhecendo, para tanto, os chamados direitos da personalidade.

Outrora o centro do Direito correspondia à proteção do patrimônio e o desenvolvimento da personalidade significava apenas uma livre expansão do *ter*. Hoje no centro do Direito está a pessoa humana e o livre desenvolvimento da personalidade corresponde a uma livre expansão do *ser*.

Os tempos mudaram. Do modernismo passou-se para os pós-modernismos. Com isso veio a crise de legitimidade e uma nova necessidade de justificação das instituições e realidades jurídicas². A consideração da pessoa humana em sua realidade ontológica passa a ser ponto fulcral neste processo de (re)fundamentação do Estado e do Direito. A dignidade da pessoa humana surge como princípio unificador das bases de legitimação dos direitos humanos, fundamentais e da personalidade.

Enquanto a dignidade protege a pessoa em sua essência, o livre desenvolvimento da personalidade tutela a sua dinâmica³. A pessoa não é uma realidade estanque, pois a ela é concedido a possibilidade de construir a sua própria biografia que não pode ser anulada por considerações deterministas ou perfeccionistas. A liberdade de construção da personalidade permite a eleição dos planos de vida valorados pela própria pessoa como sendo de uma vida boa e feliz.

Este direito leva em consideração a autodeterminação da individualidade humana. A pessoa, como dona do seu próprio destino, escolhe cotidianamente os rumos da sua vida. Ao Estado e aos agentes particulares cabe respeitar (abstenção) e promover os meios para a realização destas decisões existenciais.

¹ RODOTÀ, Stefano. **Il diritto di avere diritti**. Roma-Bari: Laterza, 2012, p. 275.

² CORREAS, Carlos I. Massini. La teoría del derecho natural en el tempo posmoderno. **DOXA: cuadernos de filosofía del derecho** n. 21, vol. II, p. 289-303. Alicante, 1998, p. 295.

³ NIPPERDEY, Hans Carl. Livre desenvolvimento da personalidade. In: HECK, Luís Afonso (org.). **Direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2011, p. 71.

Apesar do seu reconhecimento na Declaração Universal de Direitos Humanos, não existe previsão expressa no sistema jurídico brasileiro a respeito de um direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade. Isso não quer dizer este direito não esteja positivado implicitamente por via dos princípios fundamentais constitucionais, nomeadamente o princípio da dignidade da pessoa humana, com especial aplicação do art. 5º, § 2º da Constituição Federal como cláusula de abertura para direitos fundamentais atípicos.

O objetivo deste trabalho é investigar o reconhecimento do direito humano e fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade, que visa a tutela das decisões pessoais na formação dinâmica e em constante evolução da personalidade de cada pessoa humana, com ênfase nas suas dimensões de liberdade e de proteção dos direitos da personalidade.

Para alcançar o objetivo geral proposto será necessária a observação de três objetivos específicos, cada qual correspondendo a um capítulo da dissertação. São eles: (i) estabelecer e relacionar o conteúdo jurídico dos conceitos de pessoa e personalidade jurídica no sistema jurídico brasileiro sob o enfoque do personalismo ontológico; (ii) analisar a configuração constitucional do direito humano e fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade, observando o seu reconhecimento como direito fundamental material a partir da consagração da dignidade da pessoa humana e a cláusula de abertura para novos direitos fundamentais; (iii) investigar as dimensões de liberdade – que depreende-se da noção de livre desenvolvimento da personalidade, com especial cotejo em relação à perspectiva da responsabilidade – e de direitos da personalidade como sendo os direitos essenciais da pessoa humana dentro do direito privado, também essenciais para o livre desenvolvimento da personalidade.

Muito embora seja considerado um dos direitos humanos, este direito não teve uma repercussão satisfatória dentro do sistema jurídico brasileiro. Mesmo sendo um direito dotado de extrema essencialidade para a realização da dignidade da pessoa humana, pois tutela as diversas manifestações da evolução dinâmica da personalidade, o seu tratamento doutrinário é feito de maneira subsidiária⁴.

⁴ No Brasil temos o tratamento do direito ao livre desenvolvimento da personalidade (estado da arte e da matéria) nas obras de: CANTALI, Fernanda Borghetti. **Direitos da personalidade**: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009; BARROS, Carlos Roberto Galvão. **O direito ao livre desenvolvimento da personalidade do menor**. São Paulo: Biblioteca 24 horas, 2010; SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010; ADAMY, Pedro Augustin. **Renúncia a direito fundamental**. São Paulo: Malheiros, 2011; MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Autonomia privada e dignidade humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009; entre outros, todavia, a maioria não como tema principal.

Dessa maneira, faz-se mister uma abordagem mais completa deste direito no atual estado da arte e da matéria, isso porque de forma implícita o direito ao livre desenvolvimento deve ser considerado um direito fundamental material, e como tal, também deve se submeter a uma teoria geral dos direitos fundamentais. O tratamento sistematizado do direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade é algo que não pode mais ser deixado em segundo plano.

Ademais, em tempos de pós-modernismos (sociedade de risco, sociedade de informação, pós-humanismo, vida líquida, globalização, etc.) é preciso revigorar as perspectivas personalistas sobre o direito e ratificar a pessoa como centro do sistema jurídico. Neste diapasão, desnudar os significados do livre desenvolvimento da personalidade e as suas consequências na proteção da pessoa humana não é uma tarefa retórica e a construção de um personalismo ontológico laico parece ser o melhor caminho.

Neste sentido, como o direito ao livre desenvolvimento da personalidade é estabelecido como direito humano desde a Declaração Universal dos Direitos Humanos, sendo tido como um direito essencial para a proteção da pessoa no sistema jurídico, surge o seguinte questionamento: *quais os fundamentos e consequências do reconhecimento do direito ao livre desenvolvimento da personalidade como um direito fundamental no sistema jurídico brasileiro?*

Tendo como referencial teórico o personalismo ontológico, o método de abordagem da presente pesquisa será o dedutivo, partindo-se da análise da nova perspectiva do papel da pessoa preconizada pelos movimentos personalistas que ganharam força após a Segunda Guerra Mundial (geral), passando pelo reconhecimento do livre desenvolvimento da personalidade no sistema jurídico brasileiro e culminando na análise das dimensões de liberdade e de proteção dos direitos da personalidade (particular).

Por se tratar da análise de um direito fundamental atípico e das suas consequências, será imprescindível a utilização da argumentação jurídica face à dificuldade interpretativa e à aplicação de princípios⁵, em especial o da dignidade da pessoa humana, por ser parâmetro de fundamentação do direito ao livre desenvolvimento da personalidade.

Paralelamente a esse estudo argumentativo, adotar-se-á o método indutivo com a pesquisa documental, voltada para análise de conteúdo da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no tocante ao livre desenvolvimento da personalidade e também da jurisprudência dos

⁵ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial**: fundamentos de direito. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 158. Sobre a importância da argumentação jurídica para o Direito vide: ATIENZA, Manuel. **O direito como argumentação**. Lisboa: Escolar, 2014.

Tribunais Constitucionais de Portugal, Colômbia, Espanha, México, Itália e Alemanha. Estes tribunais estrangeiros foram escolhidos tendo em vista que o direito ao livre desenvolvimento da personalidade está previsto expressamente nas constituições de seus respectivos países e cabe a estes tribunais decidirem em última instância sobre a sua interpretação. É de forma dialética, entre a análise da doutrina e da jurisprudência, que pretende-se construir a pesquisa sobre o livre desenvolvimento da personalidade no sistema jurídico brasileiro.

Assim sendo, no primeiro capítulo será abordado o conceito de pessoa, peça fundamental para a interpretação do direito ao livre desenvolvimento da personalidade. Procura-se construir uma perspectiva histórica do conceito de pessoa na filosofia e na ciência jurídica, evidenciando a abertura do sistema jurídico para a concepção ontológica de pessoa humana e sua pluridimensionalidade: individual, social e ambiental.

A expressão “sujeito de direitos” surge, então, apenas como um significado estrutural de pessoa, concebido para figurar como um dos elementos da relação jurídica idealizada por Savigny. Para além disso, a pessoa passa a figurar como o centro do sistema jurídico e de proteção do Estado. A tutela da pessoa constitui, assim, o princípio supremo da Constituição, plano de justificação do ordenamento e da soberania do Estado⁶.

A abertura ontológica do conceito de pessoa também modifica a forma de pensar a personalidade, que não se restringe mais a identificar a mera aptidão para ser sujeito de direito e deveres, pois transcende para uma concepção axiológica (personalidade como valor) e assume uma perspectiva de proteção e promoção dos atributos mais essenciais à pessoa (direitos da personalidade), tutelando os seus diversos modos de ser, exteriorizados por meio da personalidade.

Esses modos de ser da pessoa humana não são estáticos, isso porque compreendem uma dimensão dinâmica em que a liberdade assume papel primordial na definição da personalidade humana, sendo necessário o reconhecimento do direito ao livre desenvolvimento da personalidade para tutelar as decisões pessoais em relação à construção da personalidade única e irrepetível concernente a cada pessoa.

O segundo capítulo, por sua vez, trata do livre desenvolvimento da personalidade como direito fundamental. A partir de um ponto de vista analítico, estudar-se-á o seu âmbito de proteção, a perspectiva subjetiva, a perspectiva objetiva, a titularidade, seus limites e restrições. Neste ponto merece destaque o debate entre a teoria ampla e a teoria restrita do livre desenvolvimento da personalidade construídas sob influência direta do suporte fático amplo e

⁶ PERLINGIERI, Pietro; FEMIA, Pasquale. Nozioni introduttive e principi fondamentali. In: PERLINGIERI, Pietro. **Manuale di diritto civile**. 4ª ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2003, p. 42.

restrito da teoria geral dos direitos fundamentais. Assim, o âmbito de proteção do livre desenvolvimento da personalidade é formado por duas grandes dimensões: direito geral de liberdade e cláusula geral de tutela da personalidade. Estas duas dimensões contribuem para a livre construção do projeto de vida boa e feliz da pessoa, garantindo um espaço de formação da individualidade humana.

A inclusão do livre desenvolvimento da personalidade como direito fundamental é necessária quando se observa a evolução tecnológica e a construção de novos direitos e manifestações da personalidade humana. Como bem observa Stefano Rodotà, em tempos de globalização é preciso buscar aquela que se realiza por meio do Direito e dos direitos fundamentais e não simplesmente aquela que ocorre através do mercado⁷.

Neste diapasão, o livre desenvolvimento da personalidade pode ser incluído no sistema jurídico observando duas linhas de raciocínio: (i) por meio da consideração da Declaração Universal dos Direitos Humanos como componente do bloco de constitucionalidade brasileiro; ou (ii) por decorrer do regime e dos princípios da Constituição Federal, sobretudo o princípio da dignidade da pessoa humana e o regime específico dos direitos fundamentais.

De um modo ou de outro, o livre desenvolvimento da personalidade pode ser considerado um direito fundamental atípico (em sentido amplo). Esta conclusão influencia todo o ordenamento jurídico. No capítulo três será analisada esta influência no âmbito do direito privado. Sem buscar uma abordagem exaustiva, este capítulo final dedica-se a observar as dimensões de liberdade e de direitos da personalidade, bem como as suas decorrências dentro do direito civil.

Neste ponto faz-se mister uma breve abordagem a respeito da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, em particular sobre as teorias da eficácia direta e da eficácia indireta. Superado este objetivo, serão trabalhados pontos de contato entre o livre desenvolvimento da personalidade e os direitos da personalidade, bem como entre o livre desenvolvimento da personalidade e a liberdade no direito civil, com destaque para a autonomia privada.

Sobre o aspecto da liberdade, não será olvidado a sua relação com a responsabilidade, nomeadamente os deveres e a responsabilidade civil. Embora muito pouco trabalhado pela doutrina, os deveres estão intrinsecamente relacionados com o prisma da liberdade, sem contar que o ser humano é livre, mas a consideração desta liberdade significa também a atribuição de responsabilidade.

⁷ **Il diritto di avere diritti**. Roma-Bari: Laterza, 2012, p. 14.

No fim desta jornada – que trata a respeito da pessoa humana, da personalidade, da liberdade e dos direitos da personalidade – resta a observação da relação entre as duas grandes dimensões do âmbito de proteção do livre desenvolvimento da pessoa. Neste prisma surge a autonomia privada sobre dos direitos da personalidade ou simplesmente “autonomia existencial”, preconizando um espaço de liberdade a respeito do exercício destes direitos que não podem mais ser considerados como absolutamente indisponíveis. E, por outro lado, os deveres de personalidade, pois dentro das situações jurídicas subjetivas existenciais as manifestações da personalidade humana também podem incluir a disciplina dos deveres, algo muito pouco notado pela doutrina especializada no assunto.

1 PESSOA HUMANA E PERSONALIDADE JURÍDICA

Ao contrário do que acontecia até o início do século XX, em que a propriedade era a principal preocupação do Direito, atualmente é a pessoa que se tornou o seu tema central, seja no direito público ou no direito privado⁸. Isso aconteceu, em especial, devido a influência dos movimentos personalistas que ganharam força após a Segunda Guerra Mundial, verificando na concepção de pessoa uma alternativa ao individualismo e ao coletivismo⁹, reconhecendo a sua dignidade, personalidade e respectivos fundamentos ontológicos.

Entendida como um dos conceitos fundamentais¹⁰, a pessoa sempre foi uma temática bastante desenvolvida dentro do direito civil e que também tem sido alvo das discussões dentro do direito constitucional¹¹, do biodireito e da bioética¹². Razão pela qual é comum, como no caso de Alfredo Orgaz, a intenção de fixar rigorosamente o conceito de pessoa no sentido de introduzir uma maior certeza na aplicação do Direito¹³.

Todavia, essa pretensão de certeza herdada da escola histórica de Savigny, da Jurisprudência dos conceitos de Puchta e, em última instância, no positivismo jurídico, não mais se aplica a uma Teoria Geral do Direito que busca discutir as noções de pessoa, personalidade e dignidade. A incompletude é traço essencial do sistema juscivilístico atual. Os conceitos jurídicos não podem ser tidos como os únicos objetos de estudo da Teoria Geral do

⁸ SESSAREGO, Carlos Fernández. ¿Qué es ser “persona” para el Derecho?. **Revista de Derecho PUCP**. n. 54, p. 289-333. Lima, 2001, p. 290. Conforme José Castán Tobeñas: “Precisamente el derecho existe por causa del hombre y es éste el sujeto primario e indefectible del Derecho privado, al igual que del Derecho público.” (**Los derechos de la personalidad**. Madrid: Reus, 1952, p. 6). Antes do século XX já existiam espécies de humanismos, mas indica-se aqui que a consideração da pessoa concreta e não abstrata pelo direito ganha força especial somente a partir do segundo pós-guerra.

⁹ AFONSO, Elza Maria Miranda. Prefácio. In: MATA-MACHADO, Edgar de Godoi. **Contribuição ao personalismo jurídico**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 17. Nomeadamente os personalismos de Emmanuel Mounier, Jacques Maritain, entre outros.

¹⁰ ORGAZ, Alfredo. **Personas individuales**. Buenos Aires: Depalma, 1946, p. 3. Conceito fundamental ao lado da relação jurídica, sujeito de direitos, objeto de direitos e direito subjetivo.

¹¹ BELAUNDE, Domingo García. La persona en el derecho constitucional latino-americano. **Revista de Derecho PUCP**. n. 34, p. 115-120. Lima, 1980, p. 115. OTERO, Paulo. Pessoa humana e constituição: contributo para uma concepção personalista do direito constitucional. In: CAMPOS, Diogo Leite de; CHINELLATO, Silmara J. de Abreu (coordenadores). **Pessoa humana e direito**. Coimbra: Almedina, 2009; BRITTO, Carlos Ayres. **O humanismo como categoria constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. Muito embora os estudos constitucionais tenham se direcionado mais para a noção de dignidade do que para a noção de pessoa propriamente dita.

¹² LUCATO, Maria Carolina. **O conceito de “pessoa humana” no âmbito da bioética brasileira**. 236 f. Tese (Doutorado. Área de concentração em Odontologia Social) – Pós-graduação em Ciências Odontológicas da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009; PALAZZANI, Laura. Persona e essere umano in bioetica e nel biodiritto. **Idee: rivista di filosofia**. Vol. 34-35, p. 133-147. Lecce, gennaio-dicembre, 1997.

¹³ **Personas individuales**. Buenos Aires: Depalma, 1946, p. 4.

Direito civil, descartando-se a normatividade dos fatos e dos princípios. A construção dos conceitos não deixa de ter importância, mas é preciso definir os limites desta sua relevância¹⁴.

Como bem observa Carlos Eduardo Pianovski:

O papel da Teoria do Direito não consiste em aprisionar o fenômeno jurídico às abstrações conceituais, mas, sim, a oferecer instrumentos técnicos e fundamentação consistente que se destine, em última instância, à solução de questões jurídicas que emergem da realidade dos fatos, compreendendo a realidade à qual se destina a normatização¹⁵.

Neste sentido, deve-se ter em mente que os conceitos traçados neste trabalho não têm pretensão de completude, mas antes reconhece-se a sua fluidez e maleabilidade, sobretudo quando baseados em realidades ontológicas complexas, mutáveis e imprevisíveis na sua construção como o caso da pessoa humana, da sua dignidade e personalidade.

Os conceitos abstratos tendem ao um esvaziamento de sentido¹⁶. Para o pensamento abstrato a realidade é que deve se adequar aos conceitos e não o contrário, o que ocasionou o surgimento do sujeito virtual próprio do individualismo. Todavia, segundo o personalismo, ao definir sua normatividade é preciso que o Direito leve em consideração a pessoa concreta, com as suas características e especificidades reais.

É com base nos fundamentos ontológicos subjacentes às noções de pessoa, dignidade e personalidade que deverão ser construídos os seus conceitos jurídicos, não deixando de observar que tais termos trazem consigo diversas influências extrajurídicas¹⁷, incluindo perspectivas morais¹⁸, que deverão ser filtradas antes de serem incluídas dentro dos conceitos jurídicos abertos.

Ainda é importante observar que, embora com significados diferentes, pessoa, personalidade e dignidade são construções inter-relacionadas, complementares entre si e que contribuirão para justificar e reconhecer a existência de um direito ao livre desenvolvimento da personalidade dentro do sistema jurídico brasileiro, influenciando tanto a noção de liberdade quanto de direitos da personalidade.

¹⁴ PIANOVSKI, Carlos Eduardo. A importância de uma teoria (geral) do direito civil. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. **Manual de teoria geral do direito civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 147 e ss.

¹⁵ A importância de uma teoria (geral) do direito civil. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. **Manual de teoria geral do direito civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 157.

¹⁶ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do Direito**. 5ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, p. 644-647.

¹⁷ Tratando das noções extrajurídicas da dignidade humana: KIRSTE, Stephan. A dignidade humana e o conceito de pessoa de direito. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 182.

¹⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 544.

Neste diapasão, o estudo da pessoa parece ser primordial¹⁹, haja vista que esta, ontologicamente considerada, é simultaneamente: (i) fim do direito; (ii) sujeito das situações jurídicas; (iii) fundamento da personalidade²⁰ e (iv) fundamento da dignidade humana, por conseguinte, também é fundamento do livre desenvolvimento da personalidade. Razões pelas quais é o primeiro objeto de estudo.

1.1 A Construção Filosófica e Jurídica da Pessoa Humana

Para Recaséns Siches o tratamento da questão da pessoa deve almejar responder a quatro perguntas: O que é ser pessoa em termos jurídicos? Quais são os entes reconhecidos pelo Direito como pessoas? Em que consiste o ser destes entes denominados pessoas? Quem o Direito deve reconhecer como pessoa? Estas são as primeiras perguntas que devem ser respondidas quando se estuda a personalidade. A primeira deve ser respondida no plano da Teoria Geral do Direito, a segunda diz respeito ao ordenamento jurídico positivo de cada país, a terceira é um tema de sociologia e a última concerne à filosofia política ou estimativa jurídica²¹.

Segundo Carlos Fernández Sessarego, apesar de sua importância, a noção jurídica e filosófica de pessoa sempre foi tida como problemática em virtude de questões diversas e heterogêneas que emanam do tema proposto. Além disso, o estudo da pessoa não está relegado apenas ao Direito e à filosofia, abrangendo também a teologia, a psicologia, a sociologia, a antropologia, entre outras ciências, o que não favorece a sua concepção unitária²², pois cada uma destas disciplinas oferece uma noção diferente de pessoa²³.

¹⁹ Sobre a importância do tratamento da pessoa Luiz Edson Fachin afirma: “o debate sobre a travessia do Direito Civil tradicional ao Direito Civil contemporâneo, de 1916 a 1988, e da Constituição para o CCB de 2002, presentemente suscita pertinência com temas relevantes, a principiar com o da pessoa. A questão não é retórica, especialmente quando estão em cena a propriedade, a família e o contrato.” (**Teoria crítica do direito civil**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 93).

²⁰ ASCENÇÃO, José de Oliveira. **Direito civil: teoria geral**, vol. 1. 2ª ed. Coimbra: Coimbra, 2000, p. 44.

²¹ **Tratado general de filosofía del derecho**. 19ª ed. México: Porrúa, 2008, p. 260. Ampliando o rol de perguntas Capelo de Sousa escreve: “quem é pessoa? Que é ser pessoa? Será a pessoa uma estrutura normatizada da ordenação sócio-econômica? Ou será início, centro e sentido criador da sociabilidade projectada? Será *Dasein* e/ou *Mitsein*? Será a pessoa predominantemente uma substância metafísica dotada de transcendência ou que se transcende a si própria? Ou será antes uma mera individualidade psicofísica ou simples invólucro de um epifenômeno físico? Ou não será a pessoa uma mera categoria reflectora da predominância de um certo tipo de interesses de classe? Ou, até, não será ela apenas uma ficção ideológica ou anti-ideológica? Será a pessoa a liberdade e a independência, perante mecanismos da restante natureza, de um ser submetido a leis próprias, puras e práticas, estabelecidas pela sua própria razão? A que título e com que legitimidade o direito se arroga a qualificar e a regular estatutos jurídicos pessoais? Qual o sentido e quais os limites dessa jurisdição? Quem é e o que é ser pessoa, para o direito?” (**O direito geral de personalidade**. Coimbra: Coimbra, 1995, p. 14).

²² ¿Qué es ser “persona” para el Derecho?. **Revista de Derecho PUCP**. n. 54, p. 289-333. Lima, 2001, p. 292-293.

²³ SICHES, Luis Recaséns. **Tratado general de filosofía del derecho**. 19ª ed. México: Porrúa, 2008, p. 244.

O Direito não pode ignorar séculos de construção filosófica e teológico-cristã que gira em torno da concepção de pessoa, mas também não pode relegar o significado de pessoa apenas a essas duas perspectivas. O conceito de pessoa também é um conceito jurídico (aberto e dinâmico) e da sua definição devem ser retiradas consequências jurídicas.

Da filosofia podem ser retirados os fundamentos ontológicos de tutela da pessoa humana²⁴ que devem ser referenciados no momento de intervenção do legislador. Neste sentido, a pessoa aparece como um elemento pré-legal, haja vista que a regra jurídica necessita de uma valoração e toda valoração precisa de um objeto²⁵. Assim, é nesta perspectiva relacional entre filosofia e sistema jurídico aberto que se deve buscar a concepção jurídica de pessoa humana.

1.1.1 O Sentido de Pessoa: origens e perspectivas extrajurídicas

A noção de pessoa é uma construção eminentemente ocidental, de grande influência teológico-cristã, que somente é incorporada ao mundo oriental numa perspectiva lenta e gradual após a Segunda Guerra Mundial²⁶.

A origem da palavra pessoa é comumente imputada às máscaras que os atores greco-romanos utilizavam para poderem ampliar as suas vozes e expressar os personagens retratados nas peças de teatro. Estas máscaras eram conhecidas como *persona*²⁷, e no grego *prósopon*. A partir de uma evolução semântica a palavra pessoa passou a identificar o personagem representado ao invés da máscara que o autor usava e, com o passar do tempo, o termo pessoa deixa o teatro para designar todo o indivíduo humano²⁸.

No século VI Boécio já afirmava:

²⁴ “Interrogando a realidade, o jurista não procura um conceito normativo de pessoa ou de personalidade. Procura um conceito real, procura o que as coisas são em si, pela tão simples razão de serem.” (GONÇALVES, Diogo Costa. **Pessoa e direitos da personalidade**: fundamentação ontológica de tutela. Coimbra: Almedina, 2008, p. 14).

²⁵ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito civil**: teoria geral, vol. 1. 2ª ed. Coimbra: Coimbra, 2000, p. 35-39. Guido Alpa afirma que a doutrina italiana mais recente tem superado a noção formal de pessoa e reconhecendo nesta um valor em si, um valor pré-jurídico (**Instituzioni di diritto privato**. 2 ed. Torino: UTET, 1997, p. 257).

²⁶ Sobre o conceito de pessoa e dignidade no mundo oriental vide: LLOMPART, José. El concepto de persona en el derecho japonés. **Persona y Derecho**: revista de fundamentación de las instituciones jurídicas y de derechos humanos. N. 40, p. 401-424. Navarra, jan./dez, 1999, p. 421-424.

²⁷ GOMES, Luiz Roldão de Freitas. Noção de pessoa no direito brasileiro. **Revista de direito civil, imobiliário, agrário e empresarial**. Ano 16, n. 61, p. 15-34. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul./set., 1992, p. 17. No mesmo sentido Diogo Moureira afirma que: “Originariamente, a palavra pessoa se referia às máscaras utilizadas pelos atores greco-romanos, através das quais podiam ampliar as suas vozes (*per-sonare*) e expressar os sentimentos de personagens retratados. Ligado a esta idéia de máscara (*prósopon*), o termo *persona* passou a ser utilizado também para identificar um status social do indivíduo humano.” (**Pessoas e autonomia privada**: dimensões reflexivas da racionalidade e dimensões operacionais das pessoas a partir da teoria do direito privado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. XVII).

²⁸ GONÇALVES, Diogo Costa. **Pessoa e direitos da personalidade**: fundamentação ontológica de tutela. Coimbra: Almedina, 2008, p. 21.

O nome “pessoa” parece tomado de outra fonte, a saber, daquelas máscaras que, nas comédias e tragédias, representavam os homens que interessava representar. Na verdade, *persona*, acento posto na penúltima sílaba, deriva de *personare*, pois, se se acentua a antepenúltima sílaba, parecerá, claramente, deriva de *sonus*; e essa derivação de “som” deve-se ao fato de que o som proferido pela concavidade da máscara é necessariamente mais forte do que o normal²⁹.

Para José de Oliveira Ascensão houve uma inversão semântica, pois a palavra *persona* que outrora designava uma máscara no teatro greco-romano, escondendo a verdadeira personalidade do autor, agora refere-se à pessoa ontológica, enquanto a máscara da vida jurídica atualmente é designada pela categoria dos sujeitos de direito³⁰.

Todavia, esta origem etimológica não prevalece de forma incontestada. Carlos Fernández Sessarego sustenta que a derivação de pessoa vem do etrusco *persu* (ou *phersu*) que apareceria em inscrições dos etruscos ao lado de pessoas mascaradas. Dado a relação entre os etruscos e os romanos³¹, a palavra passou para o latim como *persona*³².

Divergindo destas duas posições, Brunello Stancioli³³ defende que essa origem pode ser questionada no sentido que não existe uma correlação entre a *persona*, palavra latina, e *prósopon*, palavra de origem grega. Ademais, para ele, existe uma grande diferença entre o sentido estrito de máscara e pessoa, pois a pessoa é o “mais verdadeiro eu” que poderia existir derivado da singularidade do próprio ser humano, enquanto a máscara é utilizada justamente para esconder este “verdadeiro eu”. Neste diapasão, a origem da palavra pessoa estaria mais relacionada ao cristianismo, em especial nos escritos de Boécio acerca do debate sobre a natureza de Cristo e posteriormente afirmada nos textos de São Tomás de Aquino³⁴.

Antes de chegar em Boécio e em Tomás de Aquino, não se pode desprezar a primeira contribuição filosófica para o termo pessoa surgida com Aristóteles a partir da noção

²⁹ **Escritos**. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 165.

³⁰ ASCENSÃO, José de Oliveira. O direito civil como o direito comum do homem comum. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**. Ano 1, n. 1, p. 45-57. Lisboa, 2012, p. 51.

³¹ Haja vista que os romanos acabaram por dominar os etruscos.

³² ¿Qué es ser “persona” para el Derecho?. **Revista de Derecho PUCP**. n. 54, p. 289-333. Lima, 2001, p. 297.

³³ STANCIOLI, Brunello. **Renúncia ao exercício de direitos da personalidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 29-31.

³⁴ Esta é a mesma opinião de Diogo Gonçalves, ao observar que com o pensamento da teologia cristã a noção de pessoa deixou de representar uma mera máscara dos atores romanos e passou a designar uma realidade substantiva, como uma verdadeira categoria ontológica. A definição de pessoa, é assim, uma criação cristã e não greco-romana (**Pessoa e direitos da personalidade**: fundamentação ontológica de tutela. Coimbra: Almedina, 2008, p. 24).

de Substância. Para Aristóteles substância é tudo aquilo que não pode ser predicado de nenhuma outra coisa, pois é na verdade sujeito da predicação³⁵.

Para este filósofo, o Ser detém um múltiplo significado que possui, todavia, um centro unificador que é denominado Substância, implicando uma referência estrutural una e única. Para a pessoa essa Substância é a sua humanidade³⁶. Por sua vez, a Substância é composta tanto por uma matéria quanto por uma forma. A primeira designa a sua essência e existência, enquanto a segunda serve para diferenciar a substância das demais, estabelecendo a sua identidade³⁷.

Ademais, é mérito de Aristóteles reconhecer o homem como um animal cívico, passível de organizar-se e viver junto em sociedade, interagindo e coexistindo com as outras pessoas³⁸, pois possui o dom da palavra. Para ele

a palavra, porém, tem por fim fazer compreender o que é útil e prejudicial e, consequentemente, o que é justo e injusto. O que distingue o homem de um modo especial é que ele sabe discernir o bem do mal, o justo do injusto, e assim todos os sentimentos da mesma ordem, cuja comunicação constitui a família do Estado³⁹⁻⁴⁰.

Quanto à influência do cristianismo na formação do conceito de pessoa, é de Boécio (480-524) a definição de pessoa como “Substância individual de natureza racional”⁴¹. Escrito

³⁵ JUNGSMANN, Rodrigo. Substância, matéria e essência na metafísica de Aristóteles. **Cadernos UFS de Filosofia**. Ano 5, vol. 6, p. 7-15. São Cristóvão, jul./dez, 2009, p. 8.

³⁶ OLIVEIRA, Alfredo Emanuel Farias de. **O fundamento dos direitos da personalidade**. Belo Horizonte: Arraes, 2012, p. 24. Continua o autor afirmando que “a Substância, enquanto natureza humana, possui diversas espécies de potências racionais ativas e passivas, as quais, ao se realizarem em ato, alcançam a dignidade de direitos, os direitos da personalidade, retratando, assim, a humanidade do homem presente na pessoa.” (OLIVEIRA, Alfredo Emanuel Farias de. **O fundamento dos direitos da personalidade**. Belo Horizonte: Arraes, 2012, p. 29).

³⁷ OLIVEIRA, Alfredo Emanuel Farias de. **O fundamento dos direitos da personalidade**. Belo Horizonte: Arraes, 2012, p. 26. Em sentido contrário Diogo Luna Moureira afirma que é a matéria que individualiza a substância tornando-a um ser único, o que não parece ser o correto, em especial se se observar o entendimento de São Tomás de Aquino (leitor de Boécio e Aristóteles) sobre matéria e forma (**Pessoas e autonomia privada: dimensões reflexivas da racionalidade e dimensões operacionais das pessoas a partir da teoria do direito privado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 8).

³⁸ Neste sentido Aristóteles escrevia que: “é, portanto, evidente que toda Cidade está na natureza e que o homem é naturalmente feito para a sociedade política. Aquele que, por sua natureza e não por obra do acaso, existisse sem nenhuma pátria seria um indivíduo detestável, muito acima ou muito abaixo do homem (...).” (**A política**. São Paulo: Ícone, 2007, p. 16)

³⁹ **A política**. São Paulo: Ícone, 2007, p. 16.

⁴⁰ Sobre o pensamento clássico como um todo, Diogo Costa Gonçalves ressalta: “a filosofia clássica, na verdade, soube reservar para o Homem verdadeiros atributos pessoais (amor, liberdade, responsabilidade...), e reconheceu e apreciou a sua superioridade, nomeadamente em filósofos como Sócrates, Platão e Aristóteles. A singularidade do Homem face aos outros entes levou a filosofia clássica a considera-lo no centro dos cosmos, possuindo um elevado conjunto de perfeições que o colocavam num grau elevado – o mais elevado! – na hierarquia dos seres, ao mesmo tempo que porção ou cópia do *logos* universal.” (**Pessoa e direitos da personalidade: fundamentação ontológica de tutela**. Coimbra: Almedina, 2008, p. 22).

⁴¹ **Escritos**. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 165.

por volta do ano de 512 o texto de Boécio intitulado “Contra Êutiques e Nestório” surge em um momento conturbado entre as relações de Roma e a Igreja oriental concerning às questões cristológicas e trinitárias. Discutia-se nesta época o problema da união das diversas naturezas em Cristo, resultando em quatro possibilidades: (i) haveria em Cristo duas naturezas e duas pessoas (tese de Nestório); (ii) seria uma natureza e uma pessoa (tese defendida por Êutiques); (iii) seriam duas naturezas em uma pessoa (tese defendida pela fé católica); e (iv) uma natureza e duas pessoas⁴².

No intuito de esclarecer o sentido da unidade em Cristo, Boécio desenvolve um raciocínio explicando os diversos sentidos da palavra “natureza” e a sua relação com a “pessoa”. Primeiramente Boécio traz quatro definições de natureza: (i) natureza é tudo aquilo que pode ser de alguma forma apreendido pelo intelecto, incluindo-se as substâncias e os acidentes; (ii) natureza se refere àquilo que pode fazer ou sofrer; (iii) natureza é o princípio do movimento por si e não pelo acidente (refere-se apenas às substâncias corpóreas); e (iv) natureza é “a diferença específica de cada coisa”, ou seja, é a propriedade, individualidade que diferencia cada coisa⁴³. Esta última definição é a mais importante para o debate⁴⁴ e aquela adotada por Boécio⁴⁵.

Posteriormente, Boécio afirma que o termo pessoa não pode se referir a corpos não viventes e nem a corpos viventes, mas carentes de sentido (uma árvore, por exemplo). Exclui-se também tudo aquilo que não possui intelecto ou razão, restando, portanto, que o termo pessoa pode designar a Deus, os anjos⁴⁶ e o homem. Complementa dizendo que apenas os seres singulares podem ser denominados de pessoas, restando excluída a humanidade no seu sentido geral⁴⁷. Assim, para ser pessoa em Boécio é preciso ser substância corpórea, vivente, sensível, racional (intelectual)⁴⁸ e individual (singular).

⁴² SAVIAN FILHO, Juvenal. Introdução. In: BOÉCIO. **Escritos**. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 68.

⁴³ **Escritos**. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 161-163.

⁴⁴ SAVIAN FILHO, Juvenal. Introdução. In: BOÉCIO. **Escritos**. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 74.

⁴⁵ STANCIOLI, Brunello. **Renúncia ao exercício de direitos da personalidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 39.

⁴⁶ A dúvida que fica é como enquadrar Deus e os anjos dentro das substâncias corpóreas.

⁴⁷ **Escritos**. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 164-165.

⁴⁸ Neste sentido, Diogo Moureira ressalta que para Boécio a definição de pessoa passa pela ideia de uma substância corpórea e em um corpo vivente, porém somente isto seria insuficiente para definir pessoa, pois uma árvore também é um ser corpóreo e vivente. Assim, o grande diferencial de ser pessoa é que esta é um corpo vivente e sensível acrescida de racionalidade. Nas palavras do autor: “ser pessoa na proposta de Boécio pressupõe uma substância corpórea, vivente, sensível e provida de intelecto e razão.” (**Pessoas e autonomia privada: dimensões reflexivas da racionalidade e dimensões operacionais das pessoas a partir da teoria do direito privado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 12-13).

Para Boécio, subsistir (subsistência) é aquilo não precisa de acidentes para existir e pode estar tanto no universal quanto no particular⁴⁹, enquanto a substância é aquilo que existe no particular⁵⁰. Assim toda substância é subsistência, mas nem toda subsistência será substância⁵¹. Se a natureza pode designar tanto as substâncias quanto os acidentes, a pessoa deve ser necessariamente uma substância⁵².

Apresentados todos esses termos é possível interpretar a definição de pessoa para Boécio, ou seja, pessoa é aquilo que basta por si mesmo na particularidade e não se confunde com os acidentes (substância), não pode ser utilizada para designar algo universal (pois é dotado de individualidade), sendo que seu traço distintivo (natureza) é a racionalidade e o intelecto (“substância individual de natureza racional”). A importância da definição de Boécio é garantir ao ser humano a racionalidade como o aspecto distintivo frente as demais substâncias⁵³, influenciando também a filosofia tomista.

Com São Tomás de Aquino (1225-1274) a noção de Substância torna-se algo necessário à permanência material de alguma coisa. Essa Substância é algo que se mantém inerte e imodificável e na pessoa é representada pela sua humanidade. A Subsistência, por sua vez, é o contingente capaz de sofrer alterações, modificações e delimitar a construção do que é ser pessoa. A pessoa, assim, é um suposto, pois composta por sua humanidade (Substância) e sua capacidade de realização e modificação (Subsistência) possibilitando suas transformações em variados modos de ser⁵⁴.

Em seu livro “O Ente e a Essência”, São Tomás de Aquino investiga os modos de ser e a classificação daquilo que é, observando que no universo existe uma hierarquia na constituição dos seres⁵⁵, pois os seres mais simples (Deus) são os mais perfeitos e os mais

⁴⁹ BOÉCIO. **Escritos**. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 165.

⁵⁰ STANCIOLI, Brunello. **Renúncia ao exercício de direitos da personalidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 39.

⁵¹ SAVIAN FILHO, Juvenal. Introdução. In: BOÉCIO. **Escritos**. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 79-80.

⁵² SAVIAN FILHO, Juvenal. Introdução. In: BOÉCIO. **Escritos**. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 76.

⁵³ Brunello Stancioli ainda afirma: “o conceito mostra que a equivalência entre *pessoa* e *máscara* pode guardar consistência, desde que se pense na máscara como o atributo que realça, no indivíduo humano, a sua condição de substância racional, capaz de *falar, agir, atuar*. Há no ser humano um *suporte* físico, temporal, que se diferencia pela racionalidade e é dotado de individualidade (sua natureza individual).” (**Renúncia ao exercício de direitos da personalidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 40).

⁵⁴ OLIVEIRA, Alfredo Emanuel Farias de. **O fundamento dos direitos da personalidade**. Belo Horizonte: Arraes, 2012, p. 36-37. Nas palavras de Walter Moraes: “Substância pode definir-se como o que é em si e não em outra coisa. (...) Trata-se, então, daquilo que para subsistir não *depende* de estar noutro sujeito: é essencialmente independente. A independência própria da substância chama-se subsistência.” (Concepção tomista de pessoa: um contributo para a teoria do direito da personalidade. In: NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (organizadores). **Doutrinas essenciais: responsabilidade civil, teoria geral**, vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 824).

⁵⁵ FIGUEIREDO, Maria José. Introdução. In: AQUINO, São Tomás de. **O ente e a essência**. Lisboa: Instituto Piaget, 2000, p. 11-12.

compostos os menos perfeitos. O homem possui uma posição intermediária entre Deus, os anjos e os demais seres, haja vista ser composto tanto por uma forma imortal (imaterial, a alma) quanto pela matéria (corpo).

A essência de uma coisa é aquilo que ela é, o modo em que ela tem o *ser* (ou participa no *ser* de Deus). O *ser* está presente em todas coisas, o que distingue uma coisa de outra é a quantidade de *ser* que ela possui⁵⁶. As substâncias compostas são constituídas de matéria e forma, pois o homem (substância composta) é constituído por alma e corpo, assim a essência do homem é tanto a matéria (corpo), quanto forma (alma), não podendo ser entendido de forma separada⁵⁷. Ainda afirma ser o homem um animal (porque dotado de alma) racional⁵⁸.

Ao falar da essência do homem, São Tomás de Aquino acaba trazendo para o conceito de pessoa uma noção de igualdade, haja vista que a essência está em igual maneira em todos homens, existindo assim uma igualdade na humanidade. Isso porque aquilo que cabe na definição de homem (aquilo que ele é, sua essência), como animal racional, diz respeito a todos os homens enquanto homens, mas características como negro ou branco não pertencem à humanidade e não podem ser designadas aos homens em sua essência⁵⁹. Os acidentes não têm o condão de alterar a essência, pois dependem de outra entidade para existir⁶⁰ (deste modo contrapõem-se às substâncias), assim, ser baixo ou alto, magro ou gordo, asiático ou africano, etc., não altera a verdadeira essência imutável do homem.

São Tomás de Aquino vai mais além. Para ele a noção de pessoa eleva-se ao grau do ser mais perfeito dentre os animais⁶¹, sendo distinguível por ter uma qualidade própria residida na sua dignidade⁶², dotada de imanência e transcendência. Nas palavras de Brunello Stancioli:

Na tradição teológica-cristã, caracteriza-se o indivíduo, dotado de pessoalidade, pelos atributos de *imanência* (ou interioridade) e *transcendência* (ou abertura). Da imanência, conclui-se que o indivíduo humano se

⁵⁶ FIGUEIREDO, Maria José. Introdução. In: AQUINO, São Tomás de. **O ente e a essência**. Lisboa: Instituto Piaget, 2000, p. 11-12.

⁵⁷ AQUINO, São Tomás de. **O ente e a essência**. Lisboa: Instituto Piaget, 2000, p. 44-45.

⁵⁸ AQUINO, São Tomás de. **O ente e a essência**. Lisboa: Instituto Piaget, 2000, p. 52-53.

⁵⁹ AQUINO, São Tomás de. **O ente e a essência**. Lisboa: Instituto Piaget, 2000, p. 60.

⁶⁰ FIGUEIREDO, Maria José. Introdução. In: AQUINO, São Tomás de. **O ente e a essência**. Lisboa: Instituto Piaget, 2000, p. 35-36.

⁶¹ Aqui deve ser entendida a perfeição do homem logo abaixo de Deus e dos anjos. Consoante São Tomás de Aquino: “deve-se dizer que o homem que é mais perfeito que os outros animais, tem as operações intrínsecas, porque sua perfeição se realiza por modo de composição. Nos anjos, porém, que são mais perfeitos ainda, mais simples, há menos operações intrínsecas do que no homem, porque não têm imaginação, nem sensação etc. Em Deus, há realmente uma só operação, que é sua essência” (**Suma teológica**, vol. 1. 3ª ed. São Paulo: Loyola, 2009, p. 538-539, questão 30, artigo 2).

⁶² AQUINO, São Tomás de. **Suma teológica**, vol. 1. 3ª ed. São Paulo: Loyola, 2009, p. 529-530, questão 29, artigo 3.

“autopertence”, ou seja, possui autonomia no nível ôntico. Como decorrências lógicas, a pessoa humana é dotada de liberdade e responsabilidade pelos seus atos. Por ter pessoalidade, deve ser vista como fim em si mesma, ou ter “perseidade”, para usar a expressão de Garcia Rubio. Dessa forma, a pessoa humana não é coisa, não é objeto. Outra característica é sua transcendência, ou sua “abertura”. O indivíduo humano realiza-se na “abertura” para o mundo e para o outro, seu semelhante. Não podendo viver isoladamente, tem sua personalidade exercida perante outros indivíduos. De uma maneira geral, para a teologia cristã, a personalidade garante o exercício da liberdade e da autofinalidade, que se realizam na relação, no diálogo e no encontro com outros *indivíduos pessoais* (inclusive Deus!)⁶³.

Expostos os pensamentos de Boécio e São Tomás de Aquino em relação à pessoa, é possível observar que a contribuição da Igreja Católica, sobretudo no período medieval, está em proporcionar uma interiorização da pessoa humana, reconhecendo que a essência do homem é dirigida à divindade, possibilitando-o de entrar em contato com o sagrado⁶⁴. Essa noção de pessoa explica como homem é feito à imagem e semelhança de Deus. Surge então o seguinte pensamento retórico: o homem é pessoa porque é feito à imagem de Deus e ser feito à imagem Deus o torna pessoa⁶⁵. Em especial, o conceito de pessoa de São Tomás de Aquino atualmente é bastante utilizado em perspectivas da bioética⁶⁶, do biodireito⁶⁷, e dos direitos da personalidade⁶⁸.

Já no iluminismo, Immanuel Kant (1724-1804) concebe uma perspectiva moral da pessoa⁶⁹. Na sua obra sobre moral, Kant busca o fundamento do “princípio supremo de moralidade”⁷⁰ passando por conceitos como boa vontade, autonomia, liberdade e dignidade. Para o autor, apenas uma *boa vontade* pode ser considerada irrestritamente boa sob qualquer

⁶³ **Renúncia ao exercício de direitos da personalidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 41.

⁶⁴ MOUREIRA, Diogo Luna. **Pessoas e autonomia privada**: dimensões reflexivas da racionalidade e dimensões operacionais das pessoas a partir da teoria do direito privado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 14.

⁶⁵ GONÇALVES, Diogo Costa. **Pessoa e direitos da personalidade**: fundamentação ontológica de tutela. Coimbra: Almedina, 2008, p. 28-29.

⁶⁶ SGRECCIA, Elio. **Manuale di bioetica**: fondamenti ed etica biomedica. 2ª ed. Milano: Vita e Pensiero, 1994, p. 127.

⁶⁷ PALAZZANI, Laura. Persona e essere umano in bioetica e nel biodiritto. **Idee**: rivista di filosofia. Vol. 34-35, p. 133-147. Lecce, gennaio-dicembre, 1997.

⁶⁸ STANCIOLI, Brunello. **Renúncia ao exercício de direitos da personalidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 84-85; MORAES, Walter. Concepção tomista de pessoa: um contributo para a teoria do direito da personalidade. In: NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (organizadores). **Doutrinas essenciais**: responsabilidade civil, teoria geral, vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

⁶⁹ LAGOS, Juan Omar Cofré. La idea de persona moral y jurídica en el realismo metafísico. **Revista de Derecho**. Vol. XXI, n. 2, p. 9-31. Valdivia, diciembre, 2008, p. 14. Para o autor: “Lo notabilísimo de Kant es la afirmación y descripción de la persona en cuanto ente moral. La moralidad es la pieza central de su filosofía práctica y, a la luz de esa idea, hay que entender la conciencia como el núcleo central de la persona humana y fuente de su dignidad.” Tradução livre: “O notável em Kant é a afirmação e descrição da pessoa como um ente moral. A moralidade é a peça central de sua filosofia prática e, à luz desta ideia, é preciso entender a consciência como o núcleo da pessoa humana e fonte de sua dignidade.”

⁷⁰ **Fundamentação da metafísica dos costumes**. São Paulo: Discurso; Barcarolla, 2009, p. 85.

circunstância, pois consiste em realizar uma ação sem almejar alcançar qualquer fim, apenas e tão-somente pelo querer de realizá-la⁷¹.

Kant separa, em seu aspecto moral, aquelas ações praticadas por meio de inclinações e sentimentos visando alcançar determinado fim especial e as ações que podem ser remetidas à uma *boa vontade*, ou seja, aquelas que são executadas por serem boas em si mesmas. Chega, então, à divisão entre imperativos hipotéticos e categóricos. Os primeiros referem-se a necessidade de uma ação como meio para se conseguir alguma outra coisa, determinando se uma ação é boa para aquela determinada intenção. Já os segundos representam uma ação necessária em si mesma, sem referência a um outro fim⁷², pois uma ação praticada sob égide do imperativo categórico será considerada boa independentemente do seu resultado. Segundo Kant, o conteúdo do imperativo categórico é: “age apenas segundo a máxima pela qual possas ao mesmo tempo querer que ela se torne uma lei universal”⁷³.

No sentido de justificar o imperativo categórico, Kant reconhece que tudo o que pertence à natureza age seguindo determinadas leis, mas apenas o ser racional pode agir seguindo princípios. Essa capacidade dos seres racionais Kant chama de vontade, ou seja, apenas os seres racionais podem agir seguindo a sua própria vontade (capaz de determinar a si mesma)⁷⁴, sendo que o imperativo categórico é o agir pela vontade sem considerar outras inclinações.

Essa vontade, todavia, não pode ser direcionada unicamente ao próprio sujeito, de forma arbitrária e subjetiva, pois somente pode ser considerada uma vontade racional e legislar para o próprio sujeito se ao mesmo tempo atuar como uma legislação universal⁷⁵, ou seja, para poder ser concebida uma legislação da vontade que determina a si mesma, é preciso que esta mesma legislação também possa ser considerada de forma universal como preconiza o imperativo categórico. Este princípio Kant denomina *autonomia da vontade*, que para ele significa “uma qualidade da vontade pela qual ela é uma lei para si mesma”, mas que suas máximas também possam ser entendidas como leis universais⁷⁶.

⁷¹ **Fundamentação da metafísica dos costumes.** São Paulo: Discurso; Barcarolla, 2009, p. 101-105.

⁷² **Fundamentação da metafísica dos costumes.** São Paulo: Discurso; Barcarolla, 2009, p. 189-191.

⁷³ **Fundamentação da metafísica dos costumes.** São Paulo: Discurso; Barcarolla, 2009, p. 215.

⁷⁴ WEYNE, Bruno Cunha. **O princípio da dignidade humana: reflexões a partir da filosofia de Kant.** São Paulo: Saraiva, 2013, p. 243.

⁷⁵ KASHIURA JÚNIOR, Celso Naoto. **Sujeito de direito e capitalismo.** 177 f. Tese (Doutorado. Área de concentração em Filosofia e Teoria Geral do Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 16.

⁷⁶ **Fundamentação da metafísica dos costumes.** São Paulo: Discurso; Barcarolla, 2009, p. 285.

Neste sentido, Kant não pode deixar de reconhecer que é a razão a qualidade distintiva do ser humano⁷⁷, da qual pode ser retirada a autonomia que, por sua vez, é o fundamento da dignidade dos seres racionais⁷⁸. Todo homem (ou qualquer ser que possa ser considerado racional), possuindo vontade autodeterminada, é capaz de agir segundo o imperativo categórico, razão pela qual também deve ser considerado um fim em si mesmo, ou seja, não pode ser considerado como um meio à disposição de uma outra vontade⁷⁹.

Para Kant, a autonomia leva aos conceitos de liberdade que no pensamento do autor se dividem em dois: um negativo e um positivo. No conceito negativo evidencia-se que a liberdade não pode ser determinada em relação à necessidade natural, o que acaba levando ao conceito positivo de liberdade, ou seja, a vontade é determinada por si mesma. A consequência deste pensamento na filosofia de Kant é que não há como não conceber um ser racional sem autonomia e, por razões lógicas, também sem liberdade⁸⁰.

Por tudo isso, é possível afirmar que a pessoa para Kant é um ser racional, autônomo, livre e dotado de dignidade. Nas palavras de Celso Kashiura Jr.:

No núcleo da filosofia moral kantiana reside uma formulação do sujeito autônomo, submetido apenas a si mesmo na medida em que submetido apenas ao comando da razão que, ao mesmo tempo, é a sua razão (porque atributo do próprio sujeito) e é a razão universal (porque transcendente). O que aqui se encontra é a humanidade como fim em si mesma, autônoma porque submetida tão somente à normatividade que, por uma racionalidade transcendental que lhe é também imanente, dá a si própria – ou seja, submetida a um imperativo que, radicado exclusivamente em sua própria racionalidade, é puramente *a priori* e necessariamente universal⁸¹.

⁷⁷ WEYNE, Bruno Cunha. **O princípio da dignidade humana**: reflexões a partir da filosofia de Kant. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 271.

⁷⁸ **Fundamentação da metafísica dos costumes**. São Paulo: Discurso; Barcarolla, 2009, p. 269. “A *autonomia*, portanto, é o fundamento da dignidade da natureza humana e de toda a natureza racional.” O aprofundamento no conceito de dignidade como qualidade do ser autônomo e racional em Kant será melhor desenvolvido no segundo capítulo deste trabalho.

⁷⁹ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. São Paulo: Discurso; Barcarolla, 2009, p. 237-245. Deriva aqui um imperativo prático cujo conteúdo é: “Age de tal maneira que tomes a humanidade, tanto em tua pessoa, quanto na pessoa de qualquer outro, sempre ao mesmo tempo como fim, nunca meramente como um meio.”

⁸⁰ KASHIURA JÚNIOR, Celso Naoto. **Sujeito de direito e capitalismo**. 177 f. Tese (Doutorado. Área de concentração em Filosofia e Teoria Geral do Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 18-19. Nas palavras de José Roque Junges: “o respeito à pessoa está fundado na igualdade de todos seres humanos em dignidade, não facultando a imposição de condições particulares para o respeito. Estado presente a humanidade, vale a categoria moral de pessoa que identifica com respeito.” (**Bioética**: hermenêutica e casuística. São Paulo: Loyola, 2006, p. 111).

⁸¹ KASHIURA JÚNIOR, Celso Naoto. **Sujeito de direito e capitalismo**. 177 f. Tese (Doutorado. Área de concentração em Filosofia e Teoria Geral do Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 12.

Hegel (1770-1831), na sua obra “Princípios da Filosofia do Direito”⁸², evidencia que a pessoa não pode simplesmente nascer pessoa, pois ela se torna pessoa na medida em que interage com o outro. A noção de pessoa não é algo dado, mas sim construído. A pessoa afirma-se como tal em uma realidade-processual de interação intersubjetiva, pessoa, assim, pressupõe o *alter*⁸³. Como bem explica Kurt Seelman, para ser pessoa em Hegel não é necessária nenhuma qualidade específica do objeto a ser reconhecido, pois deriva da consideração dos outros, ou seja, é apenas o reconhecimento recíproco da igual liberdade entre os indivíduos que possibilita também o reconhecimento como pessoas⁸⁴.

A personalidade (aqui entendida como qualidade de ser pessoa) é o fundamento do próprio direito abstrato e, por sua vez, é o ponto de partida da filosofia hegeliana, sendo que o primeiro imperativo do Direito é “seja uma pessoa e respeite os demais como tal”. A limitação do Direito está em não ofender a personalidade da pessoa humana⁸⁵, afirmando, em outras passagens, a própria inalienabilidade da personalidade como a redução da pessoa à condição de escravo⁸⁶.

Para Hegel a pessoa possui um conceito imediato, e consequentemente individual, ligado à sua existência natural, mas também está ligada ou relacionada com o mundo exterior⁸⁷, pois a pessoa é tanto individual quanto relacional.

Neste diapasão, Diogo Moureira afirma que:

Destaca-se, portanto, da filosofia hegeliana a possibilidade das pessoas assumirem as coordenadas de uma personalidade em um contexto de unidade, que não decorre de uma liberdade dada, mas sim construída em uma rede de relações, que permitem com que as outras pessoas, em iguais liberdades, também construam a própria identidade.

Além de ser possível a construção da própria personalidade, a partir do exercício da vontade, que engloba vontade livre e vontade particular, a

⁸² Publicada 35 anos após a obra de Kant.

⁸³ Em sua explanação, Diogo Moureira ressalta: “em Hegel, o conceito de pessoa foi evidenciado a partir de uma realidade relacional-processual, de acordo com a qual a pessoa não nasce pessoa, mas se torna pessoa, com o outro, contra o outro e através do outro. A perspectiva de ser pessoa e assumir a sua personalidade não decorre de uma categoria *a priori*, mas de um processo interativo e social, no qual a pessoa se torna e se faz alguém na medida em que se autoposiciona como negação do outro, é por ele reconhecido e o reconhece enquanto outro, construindo deste modo sua autonomia e auto-identidade.” (**Pessoas e autonomia privada**: dimensões reflexivas da racionalidade e dimensões operacionais das pessoas a partir da teoria do direito privado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 96).

⁸⁴ Pessoa e dignidade da pessoa humana na filosofia de Hegel. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Dimensões da dignidade**: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 115. O autor ainda complementa: “o reconhecimento como ‘pessoa’ ou ‘sujeito’ é necessário, de acordo com Hegel, precisamente se se quiser viver num estado jurídico. É correto, evidentemente, que ‘pessoa’ e ‘sujeito’, como elementos do discurso da dignidade, são *resultados* do ato de reconhecimento, e não seus pressupostos.”

⁸⁵ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 1997, p. 70.

⁸⁶ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 1997, p. 86-87.

⁸⁷ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 1997, p. 73.

afirmação da pessoalidade se dá dentro de um processo dialético pelo reconhecimento que pressupõe o outro⁸⁸.

É com base neste referencial hegeliano que Moureira constrói a sua noção de pessoalidade como sendo a possibilidade do indivíduo assumir a sua própria identidade, podendo livremente tomar a sua posição, agir, e ser responsável pelos seus atos, tudo isto dentro de um universo intersubjetivo. A pessoalidade decorre, assim, da autodeterminação e autoafirmação dos indivíduos abarcados por um fluxo comunicativo⁸⁹.

A contribuição do pensamento de Hegel para a construção do conceito de pessoa é de evidenciar a perspectiva relacional da pessoa com o mundo exterior, todavia reconhecer a pessoa como centro do direito abstrato e ponto de partida de sua filosofia não torna Hegel um personalista, pois para ele o Estado era o valor supremo. Nas palavras de Hegel:

258 – O Estado, como realidade em ato da vontade substancial, realidade que esta adquire na consciência particular de si universalizada, é o racional em si e para si: esta unidade substancial é um fim próprio absoluto, imóvel; nele a liberdade obtém o seu valor supremo, e assim este último fim possui um direito soberano perante os indivíduos que, em serem membros do Estado, têm o seu mais elevado dever⁹⁰.

Na perspectiva hegeliana a pessoa é ponto de partida para se chegar à propriedade, depois para o contrato, do contrato para a sociedade civil e, por fim, ao Estado. Ao relacionar a liberdade com o conceito de pessoa, Hegel faz derivar desta liberdade, em primeiro lugar, a propriedade, que faz parte do processo pelo qual o homem transforma o seu mundo e a si mesmo⁹¹. A universalização abstrata do conceito de pessoa para Hegel é uma universalização na capacidade de ser proprietário, ratificando a produção capitalista própria da época do autor⁹². Se todos os homens são pessoas e não podem ser reduzidos à condição de escravos, todos os homens são sujeitos e potenciais proprietários.

No capitalismo a propriedade precisa circular e a forma de movimentação desta propriedade é por meio do contrato. É ao explicar o contrato que Hegel torna clara a sua

⁸⁸ **Pessoas e autonomia privada:** dimensões reflexivas da racionalidade e dimensões operacionais das pessoas a partir da teoria do direito privado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 86.

⁸⁹ **Pessoas e autonomia privada:** dimensões reflexivas da racionalidade e dimensões operacionais das pessoas a partir da teoria do direito privado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 1-2.

⁹⁰ **Princípios da filosofia do direito.** São Paulo: Ícone, 1997, p. 205.

⁹¹ KASHIURA JÚNIOR, Celso Naoto. **Sujeito de direito e capitalismo.** 177 f. Tese (Doutorado. Área de concentração em Filosofia e Teoria Geral do Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 64-65.

⁹² KASHIURA JÚNIOR, Celso Naoto. **Sujeito de direito e capitalismo.** 177 f. Tese (Doutorado. Área de concentração em Filosofia e Teoria Geral do Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 70-71.

concepção de pessoa-sujeito-proprietário, pois “o contrato pressupõe que os contratantes se reconheçam como pessoas e proprietários”⁹³.

Assim, percebe-se que Hegel não estava preocupado com a existencialidade, afinal, a sua construção de pessoa volta-se para justificar a propriedade e o contrato, sendo que é apenas no Estado que o indivíduo alcança o seu verdadeiro fim e o seu pleno desenvolvimento⁹⁴.

1.1.2 Pessoa, Estado e Direito: historiografia jurídica da pessoa humana

Finda esta breve incursão histórico-filosófica sobre a noção de pessoa, faz-se mister uma análise jurídica sobre este termo, que também não está alheia à construção histórica que permeia a maioria dos conceitos do direito civil⁹⁵, começando pela noção de pessoa no Direito Romano.

No Império Romano o termo pessoa, além de designar as máscaras que os atores usavam em suas representações, também era utilizado como significado de homem em geral, ou seja, como sinônimo de ser humano, incluindo os escravos. Isto é observável nas Instituições de Gaio⁹⁶, pois para este a grande divisão do direito das pessoas era entre os homens livres e os escravos⁹⁷.

⁹³ **Princípios da filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 1997, p. 91. Nas palavras de Celso Kashiura Jr.: “O sujeito de direito é sucedido pela propriedade, a propriedade é sucedida pelo contrato: eis a reprodução exata do movimento pelo qual o sujeito de direito se põe além de si mesmo, torna a sua vontade objetiva para si mesmo na propriedade e, como proprietário, contrata. A propriedade então revela o sentido do sujeito de direito: este existe para a propriedade, é definido pela capacidade de ser proprietário. E o contrato, por fim, revela o sentido da propriedade: o sujeito, que se apropria das coisas pela exteriorização da sua vontade, apropria-se para a troca. (...) A relação contratual é concebida fundamentalmente como relação entre proprietários.” (**Sujeito de direito e capitalismo**. 177 f. Tese (Doutorado. Área de concentração em Filosofia e Teoria Geral do Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 77-78).

⁹⁴ Segundo Hegel: “Se o Estado é o espírito objetivo, então só como seu membro é que o indivíduo tem objetividade, verdade e moralidade. A associação como tal é o verdadeiro fim, e o destino dos indivíduos está em participarem numa vida coletiva; quaisquer outras satisfações, atividades e modalidades de comportamento, nesta ao substancial e universal, têm o seu ponto de partida e o seu resultado.” (**Princípios da filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 1997, p. 205).

⁹⁵ Nas palavras de Judith Martins-Costa: “*Pessoa, sujeito, direito subjetivo, dignidade da pessoa*: essas noções hoje tidas como assentes e que comportam como vigas-mestras, todo o edifício jurídico são em larga medida, resultados de uma complexa construção elaborada nos séculos do Renascimento e do primeiro Jusracionalismo – dos meados do *Cinquecento* aos finais do séc. XVII – conquanto sua forma final seja produto tardio do Iluminismo e Pandectística germânica, esta já nos Oitocentos. Trata da construção do *indivíduo* como sujeito social e ator jurídico que culminará na ideia do indivíduo-pessoa como categoria ético-jurídica, dotado de direitos subjetivos.” (Indivíduo, pessoa, sujeito de direitos: contribuições renascentistas para uma história dos conceitos jurídicos. **Philia & Filia**. Vol. 01, n. 01, p. 69-95. Porto Alegre, jan./jun., 2010, p. 71)

⁹⁶ CHAUMON, Ebert. **Instituições de Direito Romano**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Rio, 1977, p. 47. Em sentido contrário afirma José Cretella Júnior: “Pessoa e homem são conceitos diversos para o romano. Só o homem que reúne certos requisitos é pessoa. Pessoa é ser humano acompanhado de atributos. Pessoa é o sujeito de direitos e obrigações.” (**Curso de Direito Romano**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 84). Muito embora nesta posição exista uma confusão entre pessoa e sujeito de direitos no Direito Romano.

⁹⁷ GARCÍA, César Rascón. **Manual de Derecho Romano**. 3ª ed. Madrid: Tecnos, 2000, p. 159.

Percebe-se então, como ressalta Menezes Cordeiro, que da noção de pessoa em Roma não se passou automaticamente para o conceito de sujeito de direitos que só posteriormente, impulsionado pelo cristianismo e liberalismo, iria ser construído metodologicamente⁹⁸. O Direito Romano trabalhava mais com as noções de personalidade e capacidade ligados aos *status* sustentados pelo homem⁹⁹.

Na Idade Média a construção do sentido de pessoa ficou reservada à contribuição cristã, sobretudo pela influência crescente da Igreja Católica, haja vista que o direito canônico prevaleceu durante tal período histórico como um direito escrito e também universal, cuja a interpretação era privativa do Papa. O Direito Romano persistiu através da sua influência no direito canônico e continuou sendo utilizado de forma supletiva ao direito eclesiástico, sendo admitido quando com este não conflitasse¹⁰⁰.

Devido ao papel da Igreja e do direito canônico na Idade Média é que o sentido de pessoa foi entendido em relação à imagem de Deus criador e do contato entre o homem e o sagrado, em especial pela contribuição dos pensamentos de Boécio¹⁰¹ e São Tomás de Aquino, já analisados.

No início do Renascimento a sociedade é marcada por novos pensamentos em relação ao homem (Humanismo Renascentista), cujo fio condutor é a descoberta do ser humano como um indivíduo, aquele que tem o poder de conformar a sua própria existência ao invés de receber uma concepção de vida pré-determinada. Pico della Mirandola (1463-1496) reconhece que o homem se automodela fazendo o uso da sua liberdade¹⁰².

Com o pensamento de Mirandola fica reconhecido a autonomia da pessoa humana que modela e recria a si mesma¹⁰³. Todavia, esta autonomia é concedida por Deus através do livre-arbítrio. Assim, o homem não está sujeito aos determinismos, mas deve o fundamento de

⁹⁸ **Tratado de direito civil português**: vol. I, parte geral, tomo III, pessoas. Coimbra: Almedina, 2004, p. 15.

⁹⁹ Tema abordado em momento apropriado sobre personalidade jurídica.

¹⁰⁰ MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira. O Direito Romano e seu ressurgimento no final da Idade Média. In: WOLKMER, Antonio Carlos (org.). **Fundamentos de história do Direito**. 4ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 193-194.

¹⁰¹ Como bem explica Elimar Szaniawski: “A Idade Média lançou as sementes de um conceito moderno de pessoa humana baseado na dignidade e na valorização do indivíduo como pessoa. O significado da expressão pessoa e personalidade da Antiguidade passou pelas diversas fases da história da humanidade em crescente evolução, até os dias atuais. Das diferentes concepções elaboradas pelos pensadores, anotamos algumas ideias relativas a esse progredir do termo *pessoa*, sendo das mais antigas definições a de Boécio, para quem *pessoa* consistia em *naturae rationalis individua substantia*, isto é, a substância individual de natureza racional. Logo, é a pessoa reconhecida como indivíduo, como substância, por ser um ente que existe por si mesmo.” (**Direitos de personalidade e sua tutela**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 35).

¹⁰² MARTINS-COSTA, Judith. Indivíduo, pessoa, sujeito de direitos: contribuições renascentistas para uma história dos conceitos jurídicos. **Philia & Filia**. Vol. 01, n. 01, p. 69-95. Porto Alegre, jan./jun., 2010, p. 76.

¹⁰³ MIRANDOLA, Pico Della. **Discurso sobre la dignidad del hombre**. Buenos Aires: Longseller, 2003, p. 37.

sua autonomia a Deus, resultando em uma convivência entre ideias antropocentristas e teocentristas simultaneamente¹⁰⁴.

Ressaltada esta individualidade, surge um novo problema jurídico relacionado aos direitos individuais, ou propriamente, ao direito subjetivo. A concepção comunitária preconizada pelo medievo começa a ruir com o renascimento das cidades italianas dos séculos XI e XII, ocasionando num aumento da atividade comercial, criando um indivíduo-comerciante. Neste momento ganha força o instituto do contrato apto a solucionar as questões de aquisição da propriedade. Do indivíduo passa-se à noção de sujeito, um verdadeiro autor do seu próprio mundo e que formula as suas próprias leis. Tem-se então a seguinte relação “homem-indivíduo-sujeito”¹⁰⁵.

Reconhecido o sujeito e sua liberdade individual, está aberto o caminho para o surgimento do instituto jurídico que iria influenciar o Direito até os dias atuais: o direito subjetivo. Este direito subjetivo precisa, todavia, de um destinatário ou titular, razão pela qual começa a se formar os contornos da figura do sujeito de direitos identificado com a pessoa.

Thomas Hobbes foi o responsável pela identificação entre pessoa, indivíduo e sujeito de direitos. Primeiramente Hobbes definia a pessoa como um ator no palco ou na conversação, sendo que personificar significaria o mesmo que representar¹⁰⁶, ou seja, entendia a pessoa a partir do seu papel social, o que ainda influenciaria o Direito, sobretudo na definição de Alberto Trabucchi ao dizer que “hoy usamos propriamente el término ‘persona’ para indicar al hombre como actor en el mundo jurídico”¹⁰⁷.

Sobre a relação entre pessoa, indivíduo e sujeito de direitos em Hobbes, Judith Martins-Costa explica:

Hobbes encontrou a ideia estatutária de pessoa, isto é, a pessoa como possessão de um estado. Juntando-a com a noção de indivíduo recortada pelos Humanistas, Hobbes subverte o estado em questão, utilizando o termo antigo – “pessoa” – para construir uma ideia nova: colada à noção de indivíduo pessoa passará a designar o “ator jurídico”, isto é, o *sujeito de direitos*, e de direitos não por acaso denominados “direitos subjetivos”, o primeiro deles sendo o domínio, ou propriedade.

¹⁰⁴ STANCIOLI, Brunello. **Renúncia ao exercício de direitos da personalidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 53-54.

¹⁰⁵ MARTINS-COSTA, Judith. Indivíduo, pessoa, sujeito de direitos: contribuições renascentistas para uma história dos conceitos jurídicos. **Philia & Filia**. Vol. 01, n. 01, p. 69-95. Porto Alegre, jan./jun., 2010, p. 78-81. Complementa a autora: “Esse novo homem – atento à sua singularidade, voltado para a vida ativa – postula uma *nova realidade normativa*, novos conceitos e categorias, um método e – principalmente – um novo fundamento de legitimidade para os seus deveres, obrigações, interdições e responsabilidades.”

¹⁰⁶ **Leviatã**: ou a matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil. São Paulo: Ícone, 2000, p. 119.

¹⁰⁷ **Instituciones de derecho civil**, vol. I. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1967, p. 77. Tradução livre: “Hoje usamos propriamente o termo ‘pessoa’ para indicar o homem como ator no mundo jurídico.”

Daí a conexão traçada entre ser humano/ indivíduo/ pessoa/ sujeito de direitos (subjettivos). E daí, também, a conotação que podemos extrair dessa articulação: o ser pessoa era atributo conotado ao *ter direito de propriedade*, e autoridade para fazê-la circular na ordem sócio econômica por meio do exercício de um direito subjettivo, direitos dos sujeitos viventes no mundo regrado pelo Direito¹⁰⁸.

No momento inicial e de transição para a Idade Moderna, tem-se a centralização do poder perante os Estados Absolutistas, em especial na figura do monarca, cujas bases de sustentação também foram traçadas por Thomas Hobbes. Com a concentração do poder nas mãos do Estado, este passou a ter a legitimidade na produção do Direito¹⁰⁹ e consequentemente ser o fundamento e condição de existência de todos os direitos subjettivos¹¹⁰.

Juntamente com essa concentração de poder pelo Estado, foi se desenvolvendo o modelo econômico do capitalismo, voltado para o comércio e lucro que levou ao surgimento da classe burguesa. Com o fortalecimento da burguesia e o desenvolvimento da doutrina do liberalismo¹¹¹, inicia-se um processo revolucionário para a derrocada do Estado Absolutista culminando na Revolução Francesa de 1789.

A liberdade, igualdade e fraternidade que formavam os ideários da revolta social francesa não foram concretizados após a tomada de poder de burguesia, pois apenas de maneira formal foram sustentados, sendo que no plano político não representaram mais do que uma ideologia de classe¹¹². Nesta perspectiva, os conceitos de pessoa, indivíduo e sujeito de direitos também eram embasados em uma concepção estritamente formal e estrutural como institutos necessários para regular o tráfego da propriedade.

Essa concepção de pessoa formal, justificada pela sua condição de sujeito de direito na transmissão da propriedade, tal qual delineada durante o Renascimento e revigorada na Revolução Francesa, adquiri o seu pleno desenvolvimento na Idade Moderna com o pensamento de Savigny e a construção da sua teoria da relação jurídica.

¹⁰⁸ Indivíduo, pessoa, sujeito de direitos: contribuições renascentistas para uma história dos conceitos jurídicos. **Philia & Filia**. Vol. 01, n. 01, p. 69-95. Porto Alegre, jan./jun., 2010, p. 88.

¹⁰⁹ BORGHETTI, Cibele Stefani. **Pessoa e personalidade humanas**: uma reflexão histórico-dogmática do seu reconhecimento e proteção jurídicos, na perspectiva da teoria da relação jurídica e das teorias dos direitos da personalidade. 316 f. Dissertação (Mestrado. Setor de ciências jurídicas) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2006, p. 44-45.

¹¹⁰ MARTINS-COSTA, Judith. Indivíduo, pessoa, sujeito de direitos: contribuições renascentistas para uma história dos conceitos jurídicos. **Philia & Filia**. Vol. 01, n. 01, p. 69-95. Porto Alegre, jan./jun., 2010, p. 78-85.

¹¹¹ Como bem observa Paulo Bonavides: “Na doutrina do liberalismo, o Estado foi sempre o fantasma que atemorizou o indivíduo. O poder, de que não pode prescindir o ordenamento estatal, aparece, de início, na moderna teoria constitucional como o maior inimigo da liberdade.” (**Do estado liberal ao estado social**. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 40).

¹¹² BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 42.

Representante da Escola Histórica, Friedrich Carl von Savigny (1779-1861) defendia que o Direito não era produto da razão, mas uma construção histórica, ou seja, desenvolve-se na história de acordo com os fenômenos sociais. Para ele o sistema jurídico deve ser construído a partir da reavaliação e redescobrimento do antigo direito germânico, dando especial relevo aos costumes que são expressões do lento desenvolvimento histórico da sociedade¹¹³, levando em consideração um único princípio unificador¹¹⁴.

Neste sentido, Norberto Bobbio explica que a Escola Histórica somente pode ser tida como precursora do positivismo jurídico ao contrapor-se ao direito natural no momento em que nega a razão como fonte do direito¹¹⁵. Savigny era contrário ao movimento de codificação do direito haja vista que enquanto o direito popular era produto das sociedades em formação e o direito científico era produto das sociedades avançadas, o direito legislado pertencia às sociedades decadentes¹¹⁶.

Ao analisar a teoria da relação jurídica de Savigny é preciso ter em mente a influência do liberalismo e capitalismo no sentido de exigir do direito respostas metodológicas que conseguissem satisfazer os anseios da burguesia quanto aos ideais de: (i) certeza na regulação do tráfego jurídico da propriedade; e (ii) garantir aos sujeitos uma autonomia individual na conformação das suas relações sociais protegidas pelo Direito. Assim, para Savigny a relação jurídica é “uma relação interpessoal determinada por uma regra de direito, na qual essa regra determinante outorga a cada indivíduo um domínio sobre o qual a sua vontade reina independente de qualquer vontade estranha”¹¹⁷.

A relação jurídica é uma espécie de relação social, ou seja, é aquela relação social que interessa e é regulada pelo Direito. Por conseguinte, o elemento material da relação jurídica é o próprio fato social que a origina, enquanto o elemento formal é a regulamentação de tal relação pelo Direito¹¹⁸.

Influenciado pela obra de Kant sobre a “Metafísica dos Costumes”, Savigny utiliza frequentemente a expressão sujeito de direitos para identificar a pessoa humana que seja dotada de capacidade jurídica. Deste modo, sujeito de direitos não é sinônimo de pessoa humana, mas serve apenas para identificar a pessoa quando tenha qualidade para relacionar-se juridicamente,

¹¹³ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006, p. 51-52.

¹¹⁴ LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito**: vol. 1, das origens à escola histórica. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 330-331.

¹¹⁵ **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006, p. 53.

¹¹⁶ **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006, p. 62.

¹¹⁷ Apud CUNHA, Alexandre dos Santos. **A normatividade da pessoa humana**: o estatuto jurídico da personalidade e o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 13.

¹¹⁸ FALCÓN Y TELLA, María José. **Lições de teoria geral do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 353.

impondo a sua vontade sobre outras pessoas e objetos, exercendo sobre estes determinados poderes¹¹⁹.

Poder-se-ia dizer que a construção da relação jurídica de Savigny é personalista, pois é esta que estabelece o vínculo entre duas ou mais pessoas, contendo poderes e deveres¹²⁰. Muito embora, para o autor, não seja a pessoa a parte mais importante para a relação jurídica (o autor utiliza o termo pessoa como sinônimo de ser humano), isso porque não era toda pessoa que poderia participar da relação, mas apenas aquelas revestidas de capacidade jurídica concedida pelo ordenamento, tornando-as sujeitos de direitos. Essa capacidade jurídica seria a própria aptidão para ser titular de direitos subjetivos¹²¹ (no Brasil entendida mais como personalidade jurídica). Dessa maneira, o mais importante para a relação jurídica é o sujeito de direitos, razão pela qual esta seria uma perspectiva mais subjetivista (entre sujeitos) do que propriamente personalista (entre pessoas).

Aqui aparece um novo elemento importante na teoria da relação jurídica de Savigny, denominado direito subjetivo. Utilizando-se da teoria da vontade, Savigny coloca o direito subjetivo no centro da relação jurídica e salvaguarda o seu principal fundamento axiológico na liberdade do homem, transformando a relação jurídica no principal instrumento de definição de direitos, deveres e sujeição assumidos pela vontade do próprio sujeito de direitos¹²².

Em Savigny o direito subjetivo é um poder de vontade, ou seja, ao sujeito de direito titular do direito subjetivo deve ser reconhecido um âmbito de liberdade que não dependa de nenhuma outra liberdade¹²³. Assim sendo, na esfera de poder do direito subjetivo, a vontade é

¹¹⁹ CUNHA, Alexandre dos Santos. **A normatividade da pessoa humana**: o estatuto jurídico da personalidade e o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 10-11.

¹²⁰ AMARAL, Francisco. A relação jurídica. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. **Manual de teoria geral do direito civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 166. O autor ainda lembra outra concepção de relação jurídica chamada de normativista: “Para outra concepção, de natureza normativista, a relação jurídica é vínculo entre os respectivos sujeitos e ordenamento jurídico, ou entre pessoas e coisas, pessoas e lugares.” Teoria esta defendida principalmente por Hans Kelsen.

¹²¹ CUNHA, Alexandre dos Santos. **A normatividade da pessoa humana**: o estatuto jurídico da personalidade e o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 29-30. Complementa o autor: “pode-se afirmar que o sujeito de direito sempre será um uma pessoa, embora a recíproca não seja verdadeira. Nem todas as pessoas podem ser sujeitos de direito.” Lembrando que Savigny negou a categoria dos direitos da personalidade por ser incompatível com a sua teoria da relação jurídica, haja vista que seria uma relação jurídica da pessoa consigo mesmo, não havendo portanto a característica da interpessoalidade, além de considerar a pessoa simultaneamente como sujeito e objeto da relação jurídica, o que sob o dogma da autonomia da vontade poderia justificar o suicídio.

¹²² BORGHETTI, Cibele Stefani. **Pessoa e personalidade humanas**: uma reflexão histórico-dogmática do seu reconhecimento e proteção jurídicos, na perspectiva da teoria da relação jurídica e das teorias dos direitos da personalidade. 316 f. Dissertação (Mestrado. Setor de ciências jurídicas) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2006, p. 103-106.

¹²³ MIRANDA, Custódio de Piedade U. **Teoria geral do direito privado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 186-187. Sobre a evolução deste conceito o autor afirma: “A teoria do poder de vontade de Savigny foi desenvolvida por Windscheid. Esse poder de vontade não é, segundo este autor, soberano, nem resulta da natureza humana e

tida como suprema e sobrepõe-se à vontade de outra pessoa mediante o consentimento desta última¹²⁴.

Ao construir sua teoria da relação jurídica de forma científica, estruturalista e patrimonialista, Savigny influenciou tanto o direito civil quanto a Teoria Geral do Direito com repercussões que remontam até os dias atuais.

Manuel de Andrade, por exemplo, explica que num sentido amplo a relação jurídica é qualquer situação real que seja juridicamente relevante – regulada pelo Direito –, enquanto que em um sentido restrito a relação jurídica é a situação da vida real que se reveste de uma determinada disciplina típica. Assim, para o autor: “relação jurídica – *strictu sensu* – vem a ser unicamente *a relação da vida social disciplinada pelo Direito, mediante a atribuição a uma pessoa (em sentido jurídico) de um direito subjectivo e a correspondente imposição a outra pessoa de um dever ou de uma sujeição*”¹²⁵.

O direito subjetivo, por sua vez, ainda é entendido como um poder atribuído pelo direito objetivo (ordem jurídica) a uma pessoa para que esta possa exigir uma prestação ou comportamento negativo ou positivo¹²⁶.

A relação jurídica pode ser dividida em singular ou complexa. A primeira concerne ao conteúdo ou estrutura de uma única relação jurídica ou direito subjetivo, enquanto a segunda leva em consideração um conjunto ou série de direitos subjetivos (direitos e deveres) conectados por algum aspecto jurídico¹²⁷, com especial relevo para os deveres anexos¹²⁸. Pode ainda ser estática, como aquela teorizada por Savigny, apta a consagrar a supremacia da autonomia da vontade, afastar arbitrariedades e intervenções na liberdade jurídica¹²⁹, ou

da liberdade de que ele desfruta em razão dessa natureza, mas é um poder concedido pela ordem jurídica. Mais precisamente, o direito objetivo impõe regras de conduta aos seus destinatários, mas a exigência da observância dessas regras está na dependência da vontade dos seus beneficiários.”

¹²⁴ FALCÓN Y TELLA, María José. **Lições de teoria geral do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 373.

¹²⁵ **Teoria geral da relação jurídica**: vol. 1, sujeitos e objeto. Almedina: Coimbra, 2003, p. 2. Grifos do autor.

¹²⁶ ANDRADE, Manuel A. Domingues de. **Teoria geral da relação jurídica**: vol. 1, sujeitos e objeto. Almedina: Coimbra, 2003, p. 3; PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria geral do direito civil**. 3ª ed. Coimbra: Coimbra, 1999, p. 169. Sobre a evolução da perspectiva do direito subjetivo vide: MIRANDA, Custódio de Piedade U. **Teoria geral do direito privado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 186-197; FALCÓN Y TELLA, María José. **Lições de teoria geral do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 366-386.

¹²⁷ PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria geral do direito civil**. 3ª ed. Coimbra: Coimbra, 1999, p. 178. Para outras espécies de relação jurídica vide: AMARAL, Francisco. A relação jurídica. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. **Manual de teoria geral do direito civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 171-172.

¹²⁸ MARTINS, Fernando Rodrigues. **Diálogo de fontes na efetivação do diálogo obrigacional constitucional**, p. 4-5. Texto cedido pelo autor.

¹²⁹ BORGHETTI, Cibele Stefani. **Pessoa e personalidade humanas**: uma reflexão histórico-dogmática do seu reconhecimento e proteção jurídicos, na perspectiva da teoria da relação jurídica e das teorias dos direitos da personalidade. 316 f. Dissertação (Mestrado. Setor de ciências jurídicas) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2006, p. 102.

dinâmica, no sentido de que a relação obrigacional (espécie de relação jurídica) se desenvolve em várias fases em busca do seu adimplemento¹³⁰.

Quanto à sua estrutura, a relação jurídica é composta pelos sujeitos, pelo objeto, pelo fato jurídico (vínculo) e pela garantia¹³¹, sendo na categoria dos sujeitos jurídicos que se é empregado o estudo sobre a pessoa humana e também sobre a pessoa jurídica¹³², daí muitas vezes a utilização do termo pessoa como sinônimo de sujeito de direitos¹³³. Manuel de Andrade afirma que no mínimo a relação jurídica é composta por dois sujeitos: (i) o sujeito ativo, titular do direito subjetivo; e (ii) o sujeito passivo, aquele onerado pelo dever ou sujeição¹³⁴.

Criada no auge do liberalismo, a relação jurídica foi desenhada para colocar no pólo ativo o credor e no pólo passivo o devedor, fazendo com que o tráfego jurídico da propriedade fosse possível por meio do contrato. Essa visão patrimonialista do sujeito de direito acabou por transformar o conceito de pessoa em um mero recurso técnico-jurídico, afinal, a pessoa era considerada apenas em razão das suas faculdades e obrigações que assumia por meio das relações jurídicas realizadas¹³⁵. O livre desenvolvimento da personalidade, neste momento, era concretizado por meio da livre expansão do patrimônio¹³⁶.

A falta de correspondência entre o sujeito de direito e a pessoa concretamente considerada foi a marca do direito civil tradicional permeado pelos ideários do liberalismo e do positivismo jurídico, em que se buscava a certeza jurídica no estabelecimento de conceitos primários e estruturantes em uma Teoria Geral do Direito civil. Assim,

¹³⁰ SILVA, Clóvis V. do Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 17.

¹³¹ PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria geral do direito civil**. 3ª ed. Coimbra: Coimbra, 1999, p. 168. O autor explica: “Toda relação jurídica existe entre *sujeitos*; incidirá normalmente sobre um *objeto*; promana de um *facto jurídico*; a sua efectivação pode fazer-se mediante recurso a providências coercitivas, adequadas a proporcionarem a satisfação correspondente ao sujeito activo da relação, isto é, a relação jurídica está dotada de *garantia*.”

¹³² ANDRADE, Manuel A. Domingues de. **Teoria geral da relação jurídica**: vol. 1, sujeitos e objeto. Almedina: Coimbra, 2003, p. 19-20. Nas palavras de Giorgio del Vecchio: “cremos, que a norma jurídica põe sempre em relação duas pessoas, pelo menos, uma das quais é o titular de uma faculdade ou pretensão, e a outra o suporte da obrigação correspondente. Podemos definir a relação jurídica, atendendo a isto: *o vínculo entre pessoas, em virtude de qual uma delas pode pretender qualquer coisa, a que a outra é obrigada*. Note-se agora que a relação jurídica tem sempre um substrato real nas coisas e nas pessoas. Não são criados pelo Direito os elementos ou termos da relação jurídica: estes são-lhe anteriores, já se encontram constituídos e ele mais não faz do que determiná-los e discipliná-los. O Direito reconhece qualquer coisa de preexistente e imprime-lhe a sua forma, fixando *o limite das recíprocas exigibilidades*.” (**Lições de filosofia do direito**. 2ª ed. Coimbra: Arménio Armado, 1951, p. 315).

¹³³ GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1957, p. 134; FRANÇA, Rubens Limongi. **Instituições de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 45. Para este último: “em ciência jurídica, pessoa é o *sujeito de direitos*, isto é, o *ente capaz de adquirir direitos e contrair obrigações*.”

¹³⁴ **Teoria geral da relação jurídica**: vol. 1, sujeitos e objeto. Almedina: Coimbra, 2003, p. 19.

¹³⁵ MEIRELLES, Jussara. O ser o ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à clausura patrimonial. In: FACHIN, Luiz Edson. **Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 89.

¹³⁶ CUNHA, Alexandre dos Santos. Dignidade da pessoa humana: conceito fundamental do direito civil. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**. Vol. 19, p. 51-73. Porto Alegre, março, 2001, p. 56.

[...] compreende a apreensão jurídica do sujeito insular, abstrato, atemporal e despido de historicidade, vincado por um antropomorfismo virtual, sem conexão direta e imediata com a realidade histórica. Pessoa e relação jurídica, elevadas ao nível de categorias, excluem-se do real impresso na vivência efetiva das pessoas e seus vínculos. Marca-se, pois, uma fronteira cujo fim último é fortalecer limites (bem espelhados na clausura dos direitos sobre as coisas) e ofertar possibilidades (representadas pela circulação jurídica movida pelos contratos) também delimitadas¹³⁷.

Essa noção abstrata de pessoa influencia a codificação oitocentista e gera reflexos também no Código Civil brasileiro de 1916. No esboço do código civil elaborado por Teixeira de Freitas, o autor utiliza os conceitos de pessoa e de sujeito de direitos como sinônimos, na medida em que não faz a diferenciação entre pessoa (ser humano) e sujeito de direitos (pessoa com capacidade jurídica) conforme era a conceituação de Savigny. Teixeira de Freitas entendia que toda pessoa já poderia ser titular de direitos e a capacidade jurídica era apenas relativa à possibilidade de aquisição de direitos específicos¹³⁸.

Percebe-se então uma evolução humanística do pensamento de Savigny para a posição adotada por Teixeira de Freitas, isso porque para este último a condição de ser humano já era suficiente para a titularidade de direitos enquanto que, para o primeiro, a condição humana deveria ser somada à capacidade jurídica concedida pelo Direito¹³⁹. Todavia, não avança Teixeira de Freitas para a consideração da pessoa humana em seu sentido concreto e com suas verdadeiras necessidades. Considerar que todo ser humano também é sujeito de direitos não exclui do pensamento do autor a finalidade patrimonial de que se ocupava o direito civil da época.

Isto fica claro no momento em que Teixeira de Freitas, apesar de reconhecer a existência dos direitos da personalidade, os retira do âmbito de atuação do direito civil levando em consideração que a relação jurídica só pode ser estabelecida sobre objetos exteriores. Assim, como os direitos da personalidade: (i) não são exteriores à pessoa; e (ii) estão fora do comércio, não sendo possível a sua aquisição pelos atos da vida civil, o autor reconhece que apenas os direitos reais fazem parte do direito civil por serem corpóreos¹⁴⁰.

¹³⁷ FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 98.

¹³⁸ CUNHA, Alexandre dos Santos. **A normatividade da pessoa humana**: o estatuto jurídico da personalidade e o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 36-37.

¹³⁹ CUNHA, Alexandre dos Santos. **A normatividade da pessoa humana**: o estatuto jurídico da personalidade e o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 41. A mesma evolução é sentida no pensamento de Giorgio del Vecchio: “Equivale dizer que o homem é sujeito de Direito só pela sua qualidade de ser humano.” (**Lições de filosofia do direito**. 2ª ed. Coimbra: Armênio Armado, 1951, p. 317).

¹⁴⁰ CUNHA, Alexandre dos Santos. **A normatividade da pessoa humana**: o estatuto jurídico da personalidade e o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 49. O autor continua: “Nos direitos da personalidade, a obrigação negativa genérica do sujeito passivo é apenas protetora, e não constitutiva do direito: não tendo origem obrigacional, não são direito adquiridos nem se revestem de caráter patrimonial.”

O esboço já delineado por Teixeira de Freitas acabou gerando reflexos na codificação civil brasileira de 1916 realizada por Clóvis Beviláqua. Para este autor, o termo pessoa também já era equivalente ao sujeito de direitos¹⁴¹, mas é possível notar uma diferença entre a fundamentação de tal equivalência no pensamento dos dois juristas. Enquanto que, para o primeiro, a sinonímia entre os termos era resultado de uma percepção da própria natureza do ser humano que por si só já garantia a este a condição de sujeito de direitos, para Beviláqua tal equivalência era resultado da coincidência entre a personalidade e a capacidade jurídica¹⁴², assim, como todos os homens possuíam capacidade de direito todos seriam pessoas¹⁴³.

Clóvis Beviláqua também não caminhou para o reconhecimento dos direitos da personalidade. Entendeu que o seu reconhecimento seria uma impossibilidade lógica, reforçando, assim, a orientação patrimonialista da sua codificação, muito embora ainda tenha dispensado tratamento normativo em relação ao corpo e ao nome¹⁴⁴.

Analisando a trajetória jurídica dos oitocentos até a primeira metade dos novecentos, é possível afirmar que o conceito de pessoa, ligado à doutrina tradicional do direito civil (que permeou a codificação brasileira de 1916 até a Constituição Federal de 1988) encontra em seu conteúdo apenas a figura do sujeito de direitos, no sentido de ser o ente que pode juridicamente fazer parte no pólo ativo ou passivo de determinada relação jurídica. É, enfim, um sujeito virtual.

Como bem explica Jussara Meirelles, para a codificação civil brasileira de 1916 ser pessoa significa apenas adequar o ser humano aos parâmetros normativos estabelecidos pelo ordenamento jurídico, traduzindo apenas uma imagem conceitual e abstrata contida na norma. Portanto, a pessoa idealizada pelo código (sujeito virtual) não equivale à pessoa humana que vive e possui dignidade (sujeito real, pessoa gente)¹⁴⁵.

¹⁴¹ Assim, “O sujeito de direito é o ser, a que a ordem jurídica assegura o poder de agir contido no direito. (...) Os sujeitos dos direitos são as pessoas naturais e jurídica.” (**Teoria geral do direito civil**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Rio, 1980, p. 58). Em outra passagem o autor afirma: “Pessoa natural é o homem considerado como sujeito de direito e de obrigações” (**Teoria geral do direito civil**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Rio, 1980, p. 74).

¹⁴² BORGHETTI, Cibele Stefani. **Pessoa e personalidade humanas**: uma reflexão histórico-dogmática do seu reconhecimento e proteção jurídicos, na perspectiva da teoria da relação jurídica e das teorias dos direitos da personalidade. 316 f. Dissertação (Mestrado. Setor de ciências jurídicas) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2006, p. 142.

¹⁴³ Segundo Beviláqua: “A capacidade de direito confunde-se com a própria personalidade”, sendo que a capacidade de direito “(...) é a aptidão para adquirir direitos e exercê-los por si ou por outrem.” (**Teoria geral do direito civil**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Rio, 1980, p. 72-73). O art. 2º do Código Civil de 1916 afirmava: “Todo homem é capaz de direitos e obrigações na ordem civil.”

¹⁴⁴ CUNHA, Alexandre dos Santos. **A normatividade da pessoa humana**: o estatuto jurídico da personalidade e o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 54.

¹⁴⁵ O ser o ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à clausura patrimonial. In: FACHIN, Luiz Edson. **Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 91-92. Continua a autora: “o sujeito virtual é reconhecido por ter nome de família e registro; é absolutamente livre para auto-regulamentar seus próprios interesses, sendo a ele possível, por exemplo, contratar ou não, conforme seja-lhe

Deste modo, observa-se que até o advento da Constituição Federal de 1988 a pessoa virtual era valorizada por aquilo que tem¹⁴⁶, ou que eventualmente poderia ter, em razão disto todos eram considerados proprietários em potencial. Por conseguinte, como explica Rose Melo Meireles, o direito civil girava em torno do *ter*, pois a categoria do *ser* era marginalizada, o que foi nitidamente modificado com a colocação da dignidade da pessoa humana no vértice do ordenamento jurídico pela Constituição¹⁴⁷.

A noção de pessoa, herdada do liberalismo e da noção abstrata de relação jurídica, paradoxalmente não passava de uma mera concepção de indivíduo¹⁴⁸, que apesar de ser um termo análogo ao de pessoa, com este não se confunde. Indivíduo vem de *individuus*, ou seja, aquilo que não pode ser dividido¹⁴⁹ e, portanto, não pode sofrer interferências do Estado¹⁵⁰.

O individualismo liberalista apenas ressalta a dimensão individual da pessoa humana, excluindo assim a sua dimensão social. Entendida como indivíduo, a pessoa representa apenas uma unidade física e psíquica independente, sendo que a doutrina do individualismo preconiza a superioridade hierárquica dos indivíduos, fim em si mesmos, enquanto o Estado é apenas o representante da sociedade. O individualismo é, assim, um sistema filosófico cujo o indivíduo (e não a pessoa) constitui o alicerce de todas as leis e das relações morais e políticas¹⁵¹.

mais conveniente, escolher a pessoa do outro contratante e até mesmo determinar o conteúdo contratual. Esse sujeito conceitual tem, igualmente, família constituída a partir do casamento; e tem bens suficientes para honrar os compromissos assumidos ou, eventualmente, responder pelos danos causados a outrem. Só apresenta um grave e inarredável defeito: no mais das vezes, não corresponde ao sujeito real.”

¹⁴⁶ MEIRELLES, Jussara. O ser o ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à clausura patrimonial. In: FACHIN, Luiz Edson. **Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 95.

¹⁴⁷ **Autonomia privada e dignidade humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 1-3.

¹⁴⁸ DORAL, José A. Concepto filosófico y concepto jurídico de persona. **Persona y Derecho**: revista de fundamentación de las instituciones jurídicas y de derechos humanos. N. 02, p. 113-131. Navarra, jan./dez, 1975, p. 120.

¹⁴⁹ MARTINS-COSTA, Judith. Indivíduo, pessoa, sujeito de direitos: contribuições renascentistas para uma história dos conceitos jurídicos. **Philia & Filia**. Vol. 01, n. 01, p. 69-95. Porto Alegre, jan./jun., 2010, p. 71. Para Carlos Fernandez Sessarego, o termo indivíduo serve para indicar um ser humano específico, uma única pessoa, sendo então uma expressão carente de carga ideológica, ou seja, neutra. Possui, assim, apenas um caráter quantitativo, o que possibilita que o termo seja utilizado em sentido pejorativo, para indicar um ser humano que não possui qualidade de pessoa (¿Qué es ser “persona” para el Derecho?. **Revista de Derecho PUCP**. n. 54, p. 289-333. Lima, 2001, p. 307). Todavia este não é o sentido aqui apresentado, pois indivíduo é entendido com a carga ideológica originária do liberalismo e individualismo.

¹⁵⁰ Sobre o Estado Liberal Giovanna Gadia afirma: “O Estado Liberal funda a concepção moderna da liberdade e concretiza a primazia da personalidade humana sobre um prisma individualista. Contém e limita a atuação estatal, inspira a ideia dos direitos fundamentais e a separação dos poderes. (...) O liberalismo tinha como bases a vontade do indivíduo, a liberdade econômica e a propriedade privada, sem que houvesse, concomitantemente, quaisquer intervenções da ordem estatal.” (Por uma adequação da teoria do direito aos novos tempos: a função promocional do direito como paradigma do Estado Social. In: Martins, Fernando Rodrigues. **Direito em diálogo de fontes**. Belo Horizonte: D’Plácido, 2014, p. 274).

¹⁵¹ ORGAZ, Alfredo. **Las personas humanas**: esencia e existencia. Buenos Aires: Hamurabi, 2000, p. 35-37. Continua o autor: “El hombre, como *individuo*, es sólo otra unidad biológica (el materialismo consecuente al estimar al hombre sólo como animal evolucionado). La *persona* es también individuo, sin duda, pero con

A elevação do aspecto formal da pessoa humana não foi resultado somente da construção do direito civil oitocentista e patrimonialista. Na primeira metade do século XX, a Teoria Geral do Direito, por meio do positivismo normativista preconizado por Hans Kelsen, contribuiu para o agravamento da noção abstrata e desvinculada da realidade do que significaria pessoa para o Direito.

Para Kelsen (1881-1973) a pessoa era um ente portador de direitos e deveres jurídicos, podendo ser pessoa tanto o homem como outras entidades. Isso porque o autor já refuta a ideia que somente o homem pode ser sujeito de direitos e obrigações, sobretudo pela evolução das teorias sobre as denominadas pessoas jurídicas¹⁵². Não é outra a posição clássica dos autores brasileiros ao considerarem a pessoa como o ser, ao qual se atribuem direitos e obrigações¹⁵³. Na “Teoria Pura do Direito” o homem pertencente ao mundo da natureza, ou seja, em sua realidade existencial, é um objeto metajurídico¹⁵⁴, que não deve ser levado em consideração justamente para manter a pureza metodológica da ciência do Direito¹⁵⁵.

Segundo Hans Kelsen, a noção de pessoa é apenas um conceito auxiliar criado pela ciência jurídica, portanto, não é necessário para explicar o próprio Direito. Este autor apenas reconhece a vontade pessoal para possibilitar a sua teoria da imputação, muito embora prefira utilizar a palavra sujeito do que propriamente pessoa¹⁵⁶. Completa afirmando que ao conceito de pessoa não corresponde nenhuma realidade natural, pois configura apenas uma “unidade

jerarquía *espiritual*: es portadora de valores, religiosos, éticos y de cultura en general, y construye su vida (que sólo le ha sido dada en lo biológico) sobre esos valores. Tiene consciencia de sí, de deberes y de derechos, es capaz de virtudes generosas y de vicios, de sacrificios, de crímenes y de pecados. Es, en fin, responsable.” Tradução livre: “O homem, como indivíduo, é somente outra unidade biológica (consequência do materialismo ao estimar o homem apenas como animal evoluído). A pessoa é também indivíduo, sem dúvida, mas com hierarquia espiritual: é portadora de valores religiosos, éticos e de cultura em geral, e constrói sua vida (que somente é dada em sentido biológico) sobre estes valores. Tem consciência de si, de deveres e de direitos, é capaz de virtudes generosas e de vícios, de sacrifícios, de crimes e de pecados. É, enfim, responsável.”

¹⁵² Nas palavras de Kelsen: “a teoria tradicional identifica o conceito de sujeito jurídico com o de pessoa. Eis a sua definição: pessoa é o homem enquanto sujeito de direitos e deveres. Dado que, porém, não só o homem mas também outras entidades (...) são apresentados por pessoas, define-se o conceito de pessoa como ‘portador’ de direitos e deveres jurídicos, podendo funcionar como portador de tais direitos e deveres não só o indivíduo mas também estas outras entidades. O conceito de um ‘portador’ de direitos e deveres jurídicos desempenha na teoria tradicional da pessoa jurídica um papel decisivo. Se é o indivíduo o portador dos direitos e deveres jurídicos considerados, fala-se em pessoa física; se são estas outras entidades as portadoras dos direitos e deveres jurídicos em questão, fala-se de pessoas jurídicas.” (**Teoria pura do direito**. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 191).

¹⁵³ GOMES, Luiz Roldão de Freitas. Noção de pessoa no direito brasileiro. **Revista de direito civil, imobiliário, agrário e empresarial**. Ano 16, n. 61, p. 15-34. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul./set., 1992, p. 15.

¹⁵⁴ SESSAREGO, Carlos Fernández. La persona jurídica, el pensamiento de Cossío y la doctrina contemporánea. **Revista de Derecho PUCP**. n. 37, p. 31-51. Lima, 1993, p. 34.

¹⁵⁵ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 1-2.

¹⁵⁶ CARPINTEIRO, Francisco. Las personas como síntesis: la autonomía en el derecho. In: CAMPOS, Diogo Leite de; CHINELLATO, Silmara J. de Abreu (coordenadores). **Pessoa humana e direito**. Coimbra: Almedina, 2009, p. 169.

personificada das normas jurídicas que obrigam e conferem poderes a um e mesmo indivíduo”¹⁵⁷.

Gustav Radbruch (1878-1949), ainda na primeira metade do século XX, vai um pouco além e reconhece a pessoa como o ser considerado como um fim em si próprio, sendo este tipo de reconhecimento baseado em um juízo de igualdade, haja vista que dentro do conceito de pessoa estão incluídos ricos e pobres, fracos e poderosos. Porém, também afirma que ninguém nasce pessoa, pois ser pessoa é um ato de personificação que somente a ordem jurídica pode conceder, seja para pessoa singular ou coletiva (jurídica)¹⁵⁸.

Em termos dogmáticos surge, atualmente, a concepção de Menezes Cordeiro para quem o termo pessoa indica para o Direito “um centro de imputação de normas jurídicas”¹⁵⁹. Esta concepção não deixa de ser formal e operacional, mas possui as suas vantagens. Isto porque é importante considerar, num primeiro momento, que o conceito jurídico de pessoa não pode ser reduzido à sua identificação unicamente com a pessoa humana, pois o ordenamento jurídico também considera outros entes como pessoa, denominando-os de pessoas jurídicas (muito embora o imperativo de tutela do primeiro seja diferente do segundo). O qualificativo de “humana”, “natural” ou “física” é que define uma natureza especial para o tratamento da pessoa.

Num segundo momento, o termo mais geral de “centro de imputação” deixa de configurar a pessoa apenas como destinatários de direitos e deveres no direito privado como cunhado pela teoria da relação jurídica, mas garante a “incidência de normas jurídica de conteúdos essenciais constitucionais e ordinários”¹⁶⁰.

Não obstante ser imprescindível uma conceituação formal de pessoa, esta também é insuficiente. Embora a evolução do conceito de pessoa no período entre guerras tenha sido no sentido de negar o reconhecimento da pessoa concreta dentro da ciência jurídica, a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 houve uma redescoberta da pessoa

¹⁵⁷ Kelsen, Hans. **Teoria pura do direito**. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 194.

¹⁵⁸ **Filosofia do direito**. 6ª ed. Coimbra: Arménio Amado, 1979, p. 260-262.

¹⁵⁹ **Tratado de direito civil português**: vol. I, parte geral, tomo III, pessoas. Coimbra: Almedina, 2004, p. 518-519. Para o autor: “Em Direito, pessoa é, pois, sempre, um centro de imputação de normas jurídicas. A pessoa é singular, quando esse centro corresponda a um ser humano; é colectiva – na terminologia portuguesa – em todos os outros casos. Na hipótese da pessoa colectiva, já se sabe que entrarão, depois, novas normas em acção de modo a concretizar a ‘imputação’ final dos direitos e dos deveres. Digamos que tudo se passa, então, em *modo colectivo*: as regras, de resto inflectidas pela referência a uma ‘pessoa’, ainda que colectiva, vão seguir canais múltiplos e específicos, até atingirem o ser pensante, necessariamente humano, que as irá executar ou violar.”

¹⁶⁰ GALVANI, Leonardo. **Personalidade jurídica da pessoa humana**: uma visão do conceito de pessoa no direito público e privado. Curitiba: Juruá, 2010, p. 32.

humana para o Direito, com forte influência das correntes personalistas¹⁶¹. Há, assim, a necessidade de definir pessoa em seu sentido ontológico.

1.1.3 A Redescoberta da Pessoa Humana pelo Direito: o personalismo jurídico

Como bem demonstra Kellyne Almeida, as concepções formais de pessoa que indicam apenas a possibilidade de ser sujeito de direitos e obrigações estão na contramão da evolução jurídica. Isso porque toda pessoa, pelo fato de ser pessoa e humana, já é titular de determinados direitos que tutelam a sua existência física e psíquica, ou seja, os direitos da personalidade¹⁶², os direitos fundamentais e os direitos humanos.

O personalismo, e sua vertente jurídica, foi o responsável por esta evolução ao buscar construir uma concepção ontológica de pessoa e colocá-la no centro de proteção do Direito e do Estado, sendo entendida atualmente como a criadora, destinatária e protagonista do Direito. Suas raízes históricas referem-se ao período entre guerras da primeira metade do século XX¹⁶³, embora seus reflexos tenham sido sentidos sensivelmente após a Segunda Guerra Mundial e da Declaração Universal dos Direitos Humanos¹⁶⁴.

É preciso ressaltar que o personalismo não consiste em um único e homogêneo pensamento, sendo admissível falar em “personalismos”, haja vista as suas diversas modalidades. Contudo, é possível identificar uma característica comum que permite reconduzir diversos pensamentos sob o denominador comum do personalismo, qual seja: a construção de uma filosofia sobre o ser humano¹⁶⁵. Pode-se dizer, ainda, que o personalismo é uma filosofia de sistematização provisória, pois: (i) não foge à sistematização porque não é possível construir uma ordem de pensamento sem conceitos ou lógica; (ii) por trabalhar com pessoas livres e

¹⁶¹ MATA-MACHADO, Edgar de Godoi. **Contribuição ao personalismo jurídico**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 83-84.

¹⁶² O direito ao livre desenvolvimento da personalidade – perspectiva do direito português. In: MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato (organizadores). **Direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 68-69.

¹⁶³ SESSAREGO, Carlos Fernández. ¿Qué es ser “persona” para el Derecho?. **Revista de Derecho PUCP**. n. 54, p. 289-333. Lima, 2001, p. 291.

¹⁶⁴ José Castán Tobeñas, por exemplo, já identificava em 1933 que o princípio da dignidade da pessoa humana acabaria se tornando o princípio constitutivo e renovador do direito civil e de toda a ordem jurídica, o que acabou acontecendo com o seu reconhecimento da Declaração Universal dos Direitos humanos e nas diversas constituições na segunda metade do século XX. Nas palavras do autor: “El reconocimiento de la personalidad y de la dignidad humana habrá de ser, en el Derecho civil nuevo, no sólo la base sobre la que habrá de construirse el derecho de las personas, sino también elemento constitutivo y renovador de los demás órdenes jurídicos.” Tradução livre: “O reconhecimento da personalidade e da dignidade humana deve ser, no novo direito civil, não só a base da qual deverá ser construído o direito das pessoas, mas também elemento constitutivo e renovador das demais ordens jurídicas.” (**Hacia un nuevo derecho civil**. Madrid: Reus, 1933, p. 45).

¹⁶⁵ SESSAREGO, Carlos Fernández. Las personas, el personalismo y la constitución peruana de 1979. **Revista de Derecho PUCP**. n. 36, p. 81-95. Lima, 1982, p. 87.

criadoras existirá sempre uma imprevisibilidade no seu tratamento o que impossibilita uma sistematização definitiva¹⁶⁶.

A primeira consequência do pensamento personalista para a ciência jurídica é a consideração de que o Estado e o Direito existem para a pessoa e não o contrário¹⁶⁷. Assim, como bem observa Manoel Gomes da Silva, por ser o Direito privativo da pessoa humana, todo o seu desenvolvimento deve ter como base a noção de pessoa no intuito de assegurar a proteção da dignidade que lhe é própria, pois todas as normas jurídicas e construções da ciência do Direito devem respeitar a pessoa humana sob pena de negar a sua própria essência¹⁶⁸.

O personalismo surge, portanto, como uma alternativa aos fins individualistas e coletivistas do Estado. O individualismo parte da noção do indivíduo isolado, o homem abstrato e sem vínculos como fim absoluto do Estado¹⁶⁹. O coletivismo inverte a relação e considera os indivíduos como meios para o Estado alcançar os seus fins, ou seja, o Estado prevalece sobre os indivíduos¹⁷⁰. Assim, para Jacques Maritain:

O Estado não é a suprema encarnação da idéia, como acreditava Hegel. O Estado não é uma espécie de super-homem coletivo. O Estado é apenas uma instituição autorizada a usar do poder e da coação, e constituída por técnicos e especialistas em questões de ordem e bem estar público; em suma, um instrumento a serviço do homem. Colocar o homem a serviço desse instrumento é uma perversão política. A pessoa humana como indivíduo existe para o corpo político, mas o corpo político existe para a pessoa humana como pessoa. Mas o homem, de maneira alguma, existe para o Estado. O Estado é que existe para o homem¹⁷¹.

Por sua vez, o personalismo é tanto uma luta contra o individualismo, quanto contra o coletivismo. Ressalta que a finalidade do Estado é a pessoa (rechaça, portanto, o coletivismo), mas além de trabalhar com a individualidade do ser humano, também reconhece a sua dimensão comunicacional e relacional (residindo aqui a diferença para o individualismo)¹⁷².

¹⁶⁶ MOUNIER, Emmanuel. **O personalismo**. São Paulo: Centauro, 2004, p. 14.

¹⁶⁷ MOUNIER, Emmanuel. **O personalismo**. São Paulo: Centauro, 2004, p. 129. “A política não é um fim último que absorva todos os outros. No entanto, se a política não é tudo, está em tudo. O seu ponto de partida deve ser o estudo do lugar do Estado. O Estado, repitamo-lo, não é a nação, nem mesmo é condição necessária para eu a nação passe a ser verdadeira. Só os fascistas proclamam a sua identidade a favor do Estado. O Estado é a objetivação forte e concentrada do direito que nasce espontaneamente da vida dos agrupamentos organizados (G. Gurvich). E o direito é a garantia institucional da pessoa. O Estado existe para o homem, não o homem para o Estado.” A publicação original deste livro data do último trimestre de 1949.

¹⁶⁸ **Esboço de uma concepção personalista do direito**: reflexões em torno da utilização do cadáver humano para fins terapêuticos e científicos. Lisboa: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1965, p. 133.

¹⁶⁹ MOUNIER, Emmanuel. **O personalismo**. São Paulo: Centauro, 2004, p. 44.

¹⁷⁰ ORGAZ, Alfredo. **Las personas humanas**: esencia e existencia. Buenos Aires: Hamurabi, 2000, p. 36.

¹⁷¹ **O homem e o estado**. Rio de Janeiro: Agir, 1952, p. 22-23. Manteve-se a ortografia original.

¹⁷² MOUNIER, Emmanuel. **O personalismo**. São Paulo: Centauro, 2004, p. 45. “Assim, a primeira preocupação do individualismo é centrar o indivíduo sobre si mesmo, e a primeira preocupação do personalismo é descentrá-lo para colocar nas largas perspectivas abertas pela pessoa.”

No direito civil e constitucional o pensamento personalista trouxe outras consequências que, apesar de se iniciarem em termos mundiais logo após a Segunda Guerra Mundial, no Brasil seriam sentidas apenas com a Constituição de 1988 (consagração da dignidade da pessoa humana) e com o Código Civil de 2002 (reconhecimento dos direitos da personalidade) devido ao período de ditadura militar na história brasileira.

Começando pelo direito civil, a primeira consequência incide numa implicação lógica concernente no desdobramento de se reconhecer a pessoa como centro do ordenamento jurídico e, portanto, centro de todo o direito privado. Este volta-se para a proteção da pessoa humana ao invés do patrimônio, falando-se, assim, numa repersonalização e despatrimonialização do próprio direito civil¹⁷³.

A segunda consequência consiste em refutar a ideia formalista e positivista de que é a ordem jurídica que concede a qualidade de pessoa para o ser humano¹⁷⁴, podendo, assim, também retirá-la como no caso da escravidão. Diante disso, a palavra pessoa, que outrora significava apenas a máscara usadas pelos atores romanos e depois evoluiu para designar todo membro da espécie humana, não poderia correr o risco de retornar a ser reduzida a uma simples máscara abstrata que a lei concede ou retira como lhe for conveniente¹⁷⁵. Daí que constitui um imperativo do Direito de que atualmente todo ser humano é uma pessoa¹⁷⁶, ideia esta reforçada pelo seu atributo de dignidade.

A terceira consequência identifica, com o pensamento de Karl Larenz e Manfred Wolf, a incidência do chamado personalismo ético como fundamento do direito civil (em especial do BGB, mas que não deixa de ter aplicação no direito civil brasileiro) a partir do tratamento dispensado à pessoa humana por meio: (i) da proteção da pessoa (direitos da personalidade); (ii) do reconhecimento da pessoa como sujeito de direito; (iii) da liberdade de

¹⁷³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. In: FARIAS, Cristiano Chaves de. **Leituras complementares de direito civil: o direito civil-constitucional em concreto**. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 29.

¹⁷⁴ Manuel de Andrade ao discorrer sobre os sujeitos de direito afirma: “Pode-se tratar de pessoas naturais: seres ou entes com individualidade físico-psíquica, capazes de vontade e acção própria – homens. E pode tratar-se ainda de entidades de outro género. A personalidade que revela aqui é a personalidade *jurídica*, e esta só o Direito a pode conceder.” (**Teoria geral da relação jurídica**: vol. 1, sujeitos e objeto. Almedina: Coimbra, 2003, p. 20.)

¹⁷⁵ SILVA, Manuel Duarte Gomes da. **Esboço de uma concepção personalista do direito**: reflexões em torno da utilização do cadáver humano para fins terapêuticos e científicos. Lisboa: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1965, p. 103.

¹⁷⁶ CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de direito civil português**: vol. I, parte geral, tomo III, pessoas. Coimbra: Almedina, 2004, p. 16.

atuação com a autonomia privada; (iv) da solidariedade entre as pessoas; (v) da responsabilidade da pessoa; e (vi) da tutela da confiança¹⁷⁷.

Para Karl Larenz, os conceitos abstratos e gerais do sistema externo (de Savigny) geram um esvaziamento de conteúdo, sobretudo quando equipara a pessoa ao sujeito de direito incluindo também a pessoa jurídica. Para ele somente o homem pode ser considerado pessoa em sentido ético e possui dignidade¹⁷⁸, sendo que do reconhecimento do ser humano como pessoa deriva o primeiro princípio de um direito justo: o princípio geral de respeito recíproco. Neste diapasão,

El hombre tiene derechos y deberes y está en relaciones jurídicas con los demás hombres, porque es persona, esto es, un ser capaz de actuar con autonomía, que está colocado bajo unas exigencias, experimenta unos deberes y soporta por ello unas responsabilidades. Sólo un ser así puede establecer sus relaciones con los otros sobre la base del reconocimiento recíproco y por ello del Derecho. El principio fundamental del Derecho, del cual arranca toda regulación es el respeto recíproco, el reconocimiento de la dignidad personal del otro y, a consecuencia de ello, de la indemnidad de la persona del otro en todo lo que concierne a su existencia exterior en el mundo visible (vida, integridad física, salubridad) y en su existencia como persona (libertad, prestigio personal)¹⁷⁹.

Neste mesmo contexto do personalismo, o direito constitucional também reconheceu a centralidade da pessoa¹⁸⁰, em especial com o reconhecimento da dignidade da pessoa humana na maioria das constituições modernas, inclusive a brasileira¹⁸¹, ou então pela consagração da democracia que também pressupõe uma vertente humanista e personalista¹⁸².

¹⁷⁷ Apud CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de direito civil português**: vol. I, parte geral, tomo I. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2011, p. 371.

¹⁷⁸ **Metodologia da ciência do direito**. 5ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, p. 648.

¹⁷⁹ **Derecho justo**: fundamentos de ética jurídica. Madrid: Civitas, 1985, p. 56-57. Tradução livre: “O homem tem direitos e deveres e está em relações jurídicas com os demais homens porque é uma pessoa, isto é, um ser capaz de atuar com autonomia, que é colocado sob algumas exigências, experimenta alguns deveres e, portanto, suporta algumas responsabilidades. Somente um ser assim pode estabelecer suas relações com os outros sobre a base do reconhecimento recíproco e, portanto, do Direito. O princípio fundamental do Direito, do qual começa toda a regulação é o respeito recíproco, o reconhecimento da dignidade pessoal do outro e, como consequência disto, não causar prejuízo à pessoa do outro em tudo o que concerne à existência exterior no mundo visível (vida, integridade física, saúde) e sua existência como pessoa (liberdade, prestígio pessoal).”

¹⁸⁰ OTERO, Paulo. Pessoa humana e constituição: contributo para uma concepção personalista do direito constitucional. In: CAMPOS, Diogo Leite de; CHINELLATO, Silmara J. de Abreu (coordenadores). **Pessoa humana e direito**. Coimbra: Almedina, 2009, p. 351. “(...) o Direito Constitucional existe em função da pessoa humana e não do Estado, de um puro formalismo normativo ou de uma mera ideologia: se tudo o que existe no Direito é em função do Homem – incluindo o próprio Estado –, então o fenómeno constitucional nunca poderá deixar de comungar dessa mesma centralidade do humano.”

¹⁸¹ Devido à relação entre dignidade da pessoa humana e livre desenvolvimento da personalidade na Constituição Federal brasileira os temas serão tratados em conjunto no segundo capítulo.

¹⁸² BRITTO, Carlos Ayres. **O humanismo como categoria constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 38-42.

Todavia, este reconhecimento não pode ficar centrado em uma pessoa abstrata conforme delineado por Kant (e pela perspectiva formalista do Direito) e nem pela concepção objetivista da universalidade do espírito em Hegel (só no Estado o homem tem existência racional)¹⁸³, pois para o Direito o que deve estar em causa é todo ser humano vivo e concreto¹⁸⁴, com as necessidades reais de cada homem em particular¹⁸⁵.

Não é outro o caminho trilhado pelo direito civil ao abandonar a ideia de sujeito virtual para considerar a pessoa humana em sua realidade, um sujeito de direitos em concreto. A perspectiva de pessoa tradicional radicou-se exclusivamente na figura do sujeito de direitos abstrato construído pela relação jurídica, vinculado apenas ao crédito e à propriedade¹⁸⁶. Agora é preciso elevar a pessoa humana efetivamente como centro do ordenamento jurídico e considerá-la em sua própria realidade, renovando a teoria da relação jurídica¹⁸⁷.

Como bem observa Francisco Amaral, o Direito como sistema axiológico deve considerar a pessoa como seu valor primeiro¹⁸⁸, sendo neste sentido que se pode falar de uma passagem do homem-sujeito (ligado à relação jurídica) para o homem-pessoa (de acordo com a perspectiva axiológica)¹⁸⁹, haja vista a postulação dos valores da pessoa humana como sentido último do direito¹⁹⁰.

¹⁸³ OTERO, Paulo. Pessoa humana e constituição: contributo para uma concepção personalista do direito constitucional. In: CAMPOS, Diogo Leite de; CHINELLATO, Silmara J. de Abreu (coordenadores). **Pessoa humana e direito**. Coimbra: Almedina, 2009, p. 353-354.

¹⁸⁴ SILVA, Manuel Duarte Gomes da. **Esboço de uma concepção personalista do direito**: reflexões em torno da utilização do cadáver humano para fins terapêuticos e científicos. Lisboa: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1965, p. 138.

¹⁸⁵ SILVA, Manuel Duarte Gomes da. **Esboço de uma concepção personalista do direito**: reflexões em torno da utilização do cadáver humano para fins terapêuticos e científicos. Lisboa: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1965, p. 136. “O direito não tem em vista, por conseguinte, apenas a generalidade abstracta dos homens, nem somente aqueles que, de entre eles, pareçam melhores ou mais cultos, mas todos e cada um dos homens em concreto, com toda a sua dignidade de pessoas, mesmo que naturalmente eles se afigurem inúteis para si mesmos ou para os outros.”

¹⁸⁶ FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. **Danos morais e a pessoa jurídica**. São Paulo: Método, 2008, p. 88-89.

¹⁸⁷ Nas palavras de Luiz Edson Fachin: “A tendência contemporânea é o abandono dessas concepções abstratas e genéricas, e isso também se mostra não apenas em relação aos que são titulares de direito, como também em relação àquilo que pode ser objeto dessa titularidade. Há situações em que a noção clássica, tanto de pessoa quanto de coisa, não mais responde ao sentido que o Código Civil imprimi a esse tipo de realidade. Nos dias correntes, a relação jurídica está passando por uma transformação significativa, a partir de uma nova formulação, que deixa o cunho da abstração e da generalidade de lado e que leva sempre em conta a situação concreta do sujeito e do objeto da relação jurídica.” (**Teoria crítica do direito civil**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 106-107).

¹⁸⁸ AMARAL, Francisco. A relação jurídica. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. **Manual de teoria geral do direito civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

¹⁸⁹ MARTINS, Fernando Rodrigues. **Sociedade da informação e proteção da pessoa**, p. 21. Texto cedido pelo autor.

¹⁹⁰ NEVES, Alfredo Castanheira. **Metodologia jurídica**: problemas fundamentais. Coimbra: Coimbra, 1993, p. 281. Explica o autor: “(...) o valor da pessoa humana e o valor relativamente autónomo da comunidade, e bem assim os princípios que decorrem da correlatividade e integrante dialética entre esses valores: o valor da dignidade humana, a implicar a personalidade ético-jurídica e o reconhecimento do homem como sujeito de direito (não mero objecto disponível), e os correlativos princípios da autonomia, da igualdade, etc., por um lado; os princípios da justiça (com as suas explicitações comutativas e distributivas), da segurança jurídica e da paz,

Assim, no prisma valorativo a pessoa deve ser entendida como uma “invariável axiológica”¹⁹¹, um valor que uma vez historicamente conquistado – haja vista que nem sempre a pessoa humana foi devidamente valorada pelo Direito – não pode mais ser abandonado, tornando-se uma fonte permanente para legitimar as condutas humanas¹⁹² e a normatividade do Direito. Ademais, a pessoa humana enquanto ser livre também vivencia valores que realiza e que outorgam sentido às suas condutas. Ao projetar a sua vida, na realidade coexistencial, a pessoa acaba por fazer juízos de valores¹⁹³, em especial sobre sua concepção de vida boa.

Por tudo isso é que não se pode alcançar o sentido último do direito (pessoa como fim do direito) ou a consideração concreta do sujeito de direito (pessoa como sujeito de direito) sem a consideração da natureza essencial do homem¹⁹⁴, razão pela qual não deve ser desprezada a concepção ontológica de pessoa humana, ou seja, como se apresenta a pessoa na realidade¹⁹⁵. O jurista não pode pretender um tratamento exclusivamente jurídico da pessoa humana rechaçando a sua compreensão filosófico-ontológica, pois a pessoa, como dado pré-legal, possui existência prévia ao Direito e deve ser valorada como tal¹⁹⁶.

O personalismo – e o personalismo jurídico – pode buscar tanto um conceito teológico quanto um conceito laico sobre a ontologia da pessoa humana. Em sentido jurídico, mas também teológico, Manuel Gomes da Silva adota a concepção cristã de que o homem é feito à imagem e semelhança de Deus, sendo um ser racional, livre e com capacidade criativa

e bem assim da corresponsabilidade e da solidariedade comunitárias, etc., por outro lado. A síntese entre aqueles valores e estes princípios, enquanto a matriz radical e o fundamento último do sentido do direito *como direito*, têm-na designado pela comunitária *consciência axiológico-jurídica*.”

¹⁹¹ A dignidade da pessoa humana também deve ser entendida como uma invariável axiológica (MOREIRA, Rodrigo Pereira. Os fundamentos dos direitos da personalidade: entre o direito natural, o direito positivo e o direito discursivo. In: Martins, Fernando Rodrigues. **Direito em diálogo de fontes**. Belo Horizonte: D’Plácido, 2014, p. 266).

¹⁹² REALE, Miguel. A pessoa humana e a proteção da subjetividade. In: _____. **Direito natural/Direito positivo**. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 19. “À luz desse entendimento, o valor da pessoa humana passa a ser visto como o ‘valor fonte’ de todos os valores sociais, e, por conseguinte, como fundamento essencial à ordem ética, em geral, e à ordem jurídica, em particular. Isto significa que não se pode alcançar o sentido essencial do Direito sem se levar em conta a natureza essencial do homem.”

¹⁹³ SESSAREGO, Carlos Fernández. ¿Qué es ser “persona” para el Derecho?. **Revista de Derecho PUCP**. n. 54, p. 289-333. Lima, 2001, p. 313.

¹⁹⁴ REALE, Miguel. A pessoa humana e a proteção da subjetividade. In: _____. **Direito natural/Direito positivo**. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 19.

¹⁹⁵ Nas palavras de Alexandre da Maia: “Com a separação entre ontologia e teologia, percebe-se que algumas teorias com indagações ontológicas se voltam cada vez mais para o mundo empírico, no sentido de que a essência é demonstrada mediante uma observação repetitiva e constante da experiência. Desse modo, para alguns, as preocupações ontológicas passam a ser compreendidas como uma forma de conhecimento da essência por meio do mundo empírico, buscando trazer a ontologia à experiência.” (Ontologia e realidade – o problema da “ética da tolerância”. **Revista de Informação Legislativa**. Ano 36, n. 143, p. 335-346. Brasília, jul./set, 1999, p. 339).

¹⁹⁶ TALCIANI, Hernán Corral. El concepto jurídico de persona: una propuesta de reconstrucción unitaria. **Revista Chilena de Derecho**. Vol. 17, n. 02, p. 301-321. Santiago, 1990, p. 319. DORAL, José A. Concepto filosófico y concepto jurídico de persona. **Persona y Derecho**: revista de fundamentación de las instituciones jurídicas y de derechos humanos. N. 02, p. 113-131. Navarra, jan./dez, 1975, p. 128.

ao qual lhe foi concedido o senhorio do mundo. Este homem não vive fechado em si mesmo, pois está em relação com o mundo exterior, com os demais homens e sobretudo com Deus. Este encontro com Deus traz para o homem uma exigência de realização de um bem transcendente, de um fim último ideal e de felicidade.

Assim, para o autor, existem três princípios básicos de atuação na natureza humana: (i) exigência ontológica de realização do fim último; (ii) autonomia, necessária para que este fim seja exercido através da adesão pessoal de cada um, segundo a sua própria consciência; e (iii) dever de ser fiel ao fim último, pois a autonomia é concedida justamente para o cumprimento deste fim¹⁹⁷.

Atualmente, tanto autores da área do Direito, quanto da bioética têm proposto um retorno e uma reinterpretação do conceito ontológico de pessoa esboçado por Boécio e também utilizado por São Tomás de Aquino, porém sem referência à sua relação com a imagem de Deus. Brunello Stancioli, por exemplo, revisitando o pensamento destes últimos, evidencia a existência de três dimensões da pessoa natural que, inclusive, são necessárias para justificar a proteção pelos direitos da personalidade. A primeira identifica-se com a própria autonomia da vontade. A pessoa é dotada de liberdade e, por si mesma, deve buscar construir as suas próprias normas de acordo como o que pensa ser justo.

A segunda dimensão é referente ao reconhecimento do outro na afirmação da pessoalidade e personalidade. É o caráter de alteridade, haja vista que a pessoa constrói-se na medida em que interage socialmente e comunicativamente. Por sua vez, a terceira dimensão é a dignidade, que não pode ser entendida em separado das duas primeiras dimensões. Para o autor, a dignidade também não é algo dado, mas sim autoconstruída (primeira dimensão) e realizada em sociedade (segunda dimensão), é a busca pela autorrealização¹⁹⁸.

Para uma bioética personalista, o conceito de pessoa humana também assume uma questão central na determinação entre o lícito e o ilícito nas práticas biomédicas. Para Elio Sgreccia, a pessoa deve ser definida em sua estrutura ontológica como uma unidade entre corpo e espírito¹⁹⁹, e partindo do conceito de pessoa de Boécio (*rationalis naturae individua substantia*) afirma que a pessoa humana consiste em uma individualidade de um corpo animado e estruturado por um espírito. O homem é pessoa porque é o único ser capaz de reflexão, sendo

¹⁹⁷ **Esboço de uma concepção personalista do direito:** reflexões em torno da utilização do cadáver humano para fins terapêuticos e científicos. Lisboa: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1965, p. 115-117.

¹⁹⁸ **Renúncia ao exercício de direitos da personalidade.** Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 84-85. Importante ressaltar que depois de analisar o pensamento de Boécio e São Tomás de Aquino o autor caminha para uma perspectiva pós-metafísica de pessoa.

¹⁹⁹ **Manuale di bioetica:** fondamenti ed etica biomedica. 2ª ed. Milano: Vita e Pensiero, 1994, p. 125.

sempre um todo e não uma parte de um todo e, portanto, a pessoa vale pelo que ela é não pelo que ela faz²⁰⁰.

Nesta nova interpretação de Boécio, a *substancialidade* vai indicar a presença de um substrato ontológico de unidade entre o corpo-espírito, a *individualidade* apresenta a especificidade de cada ser humano em relação aos demais seres haja vista o seu código genético e a *racionalidade* concerne à característica primordial do homem, sem se referir à capacidade de cada um em exercê-la. Neste sentido, todo homem é pessoa apenas por ser homem²⁰¹.

Laura Palazzani, depois de observar que o conceito de pessoa criado originariamente pela filosofia atualmente pode ser utilizado contra o próprio homem²⁰², propõe uma concepção unitária de pessoa entre a bioética e o biodireito baseado no pensamento de Boécio e São Tomás de Aquino. Aqui substância será aquilo que determina a individualidade de alguma coisa, sendo referente ao que é unitário e permanente na identidade do ser humano. A racionalidade, por sua vez, não indica somente a inteligência e a razão, mas também o pensamento, a palavra, a linguagem, a comunicação e a relação. Acrescenta ainda que o ser humano é pessoa em razão de sua natureza racional e não depende do exercício efetivo da racionalidade, ou seja, mesmo tendo a racionalidade apenas em potencial (zigoto, embrião, feto) ou ainda em circunstância de privação da racionalidade (recém nascidos, crianças, doentes terminais ou em coma, etc.), todo ser humano será considerado pessoa²⁰³, englobando o “completo arco biológico da vida humana”²⁰⁴.

Considerar a pessoa em sua realidade é reconhecê-la em quanto ser livre, imprevisível, irrepetível, dinâmico – que está sempre em movimento²⁰⁵ –, com criatividade ilimitada, enfim, um projeto sempre inacabado²⁰⁶. Isto implica na impossibilidade de realizar uma sistematização definitiva em relação à pessoa humana²⁰⁷ obrigando a uma eterna consideração e reconsideração sobre os complexos assuntos que envolvem o tema, pois como

²⁰⁰ **Manuale di bioetica**: fondamenti ed etica biomedica. 2ª ed. Milano: Vita e Pensiero, 1994, p. 88-89.

²⁰¹ LUCATO, Maria Carolina. **O conceito de “pessoa humana” no âmbito da bioética brasileira**. 236 f. Tese (Doutorado. Área de concentração em Odontologia Social) – Pós-graduação em Ciências Odontológicas da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 93.

²⁰² Persona e essere umano in bioetica e nel biodiritto. **Idee**: rivista di filosofia. Vol. 34-35, p. 133-147. Lecce, gennaio-dicembre, 1997, p. 142.

²⁰³ Persona e essere umano in bioetica e nel biodiritto. **Idee**: rivista di filosofia. Vol. 34-35, p. 133-147. Lecce, gennaio-dicembre, 1997, p. 144-147.

²⁰⁴ LUCATO, Maria Carolina. **O conceito de “pessoa humana” no âmbito da bioética brasileira**. 236 f. Tese (Doutorado. Área de concentração em Odontologia Social) – Pós-graduação em Ciências Odontológicas da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 95.

²⁰⁵ SESSAREGO, Carlos Fernández. Las personas, el personalismo y la constitucion peruana de 1979. **Revista de Derecho PUCP**. n. 36, p. 81-95. Lima, 1982, p. 87.

²⁰⁶ STANCIOLI, Brunello. **Renúncia ao exercício de direitos da personalidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 124.

²⁰⁷ MOUNIER, Emmanuel. **O personalismo**. São Paulo: Centauro, 2004, p. 14.

foi possível observar na historiografia jurídica e filosófica, a concepção de pessoa depende do momento histórico que é considerada²⁰⁸.

Neste diapasão, arriscar um conceito de pessoa que englobe a totalidade de sua existência (individual) e coexistência (social) parece imprudente, razão pela qual será realizada uma análise das dimensões que a compõem, a começar pela dimensão individual. Cumpre aqui a busca de sua noção ontológica, que apesar de concordar com Brunello Stancioli sobre a necessidade de se refutar as questões sobre a alma que tem um fundo ligado à religião²⁰⁹, não é uma noção afastada por completo da existência do ser e ligada completamente à pós-metafísica. Assim, a perspectiva do personalismo ontológico laico, aqui adotada, pode ser considerada uma concepção pós-metafísica teológica, mas não uma concepção pós-ontológica (como é a teoria de Habermas).

Como bem observa Paulo Otero, dentro da dimensão individual de cada pessoa humana deve ser considerada, em primeiro lugar, a sua individualidade biológica que lhe garante um aspecto físico e psíquico exclusivo e irrepetível²¹⁰. Isso porque a pessoa humana não pode ser pensada de forma abstrata, destituída de uma base sensível complexa – um organismo “biofísico-químico”²¹¹ –, pois o corpo humano é o próprio substrato da pessoa²¹².

A consideração do corpo humano ganha relevância por ser a primeira manifestação da pessoa no mundo e ainda fundamento de sua unidade e originalidade. Com a descoberta científica do genoma humano foi possível observar que o patrimônio genético de uma pessoa realmente é único e distinto de todos os demais seres humanos considerados em sua concretude²¹³. É a constituição física e psíquica da pessoa, como possuidora de um genoma específico, que a faz membro da espécie humana²¹⁴.

Na pós-modernidade as reflexões sobre o corpo humano não param por aí. Deve ser colocado em contexto a relação da pessoa com as inovações científicas e tecnológicas o que

²⁰⁸ SESSAREGO, Carlos Fernández. ¿Qué es ser “persona” para el Derecho?. *Revista de Derecho PUCP*. n. 54, p. 289-333. Lima, 2001, p. 316.

²⁰⁹ STANCIOLI, Brunello. **Renúncia ao exercício de direitos da personalidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 86.

²¹⁰ Pessoa humana e constituição: contributo para uma concepção personalista do direito constitucional. In: CAMPOS, Diogo Leite de; CHINELLATO, Silmara J. de Abreu (coordenadores). **Pessoa humana e direito**. Coimbra: Almedina, 2009, p. 362.

²¹¹ STANCIOLI, Brunello. **Renúncia ao exercício de direitos da personalidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 88.

²¹² CARBONNIER, Jean. **Droit civil: les personnes**. 19ª ed. Paris: Puf, 1994, p. 17.

²¹³ LUCATO, Maria Carolina. **O conceito de “pessoa humana” no âmbito da bioética brasileira**. 236 f. Tese (Doutorado. Área de concentração em Odontologia Social) – Pós-graduação em Ciências Odontológicas da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 94.

²¹⁴ OTERO, Paulo. Pessoa humana e constituição: contributo para uma concepção personalista do direito constitucional. In: CAMPOS, Diogo Leite de; CHINELLATO, Silmara J. de Abreu (coordenadores). **Pessoa humana e direito**. Coimbra: Almedina, 2009, p. 362.

leva à consideração de dois importantes aspectos: (i) a sociedade de informação e a consideração do “corpo eletrônico”; e (ii) a engenharia genética e o trans- ou pós-humanismo.

Quanto ao primeiro tema, a sociedade de informação representa uma forma de organização da sociedade baseada no uso recorrente de tecnologias da informação na busca de captação e processamento de dados. A informação é a principal riqueza desta nova forma de organização da sociedade, haja vista que atualmente tudo depende deste aspecto²¹⁵. Apesar da informação sempre ter tido importância social, a diferença para atualidade está no aumento das formas como esta pode ser organizada e apropriada, influenciando cada vez mais o nosso cotidiano²¹⁶.

Sobre a relação entre pessoa e este novo tipo de sociedade, Stefano Rodotà afirma que é perigoso a redução da pessoa apenas aos dados eletrônicos pessoais, mas não se pode deixar de considerar que a vida atual está inserida em um contexto de troca contínua de informações em um fluxo ininterrupto de dados, sendo que o reconhecimento da pessoa depende do modo como esta é considerada pelos seus dados eletronicamente organizados. Isso faz com que a relação entre a pessoa e o seu corpo não seja exclusiva dos aspectos físicos, pois transcende para o mundo virtual em razão das informações armazenadas nos bancos de dados eletrônicos. Forma-se, então, o chamado “corpo eletrônico” e com ele a necessidade de proteção da pessoa frente aos desafios da sociedade de informação levando ao reconhecimento de um novo direito fundamental: o direito à proteção dos dados pessoais ou direito à autodeterminação informativa. Permite-se, com esse novo direito, que a pessoa mantenha o controle sobre os seus dados pessoais e, conseqüentemente, de seu “corpo eletrônico” que permanece dentro da sua esfera jurídica²¹⁷.

Necessária, portanto, a consideração da vulnerabilidade da pessoa dentro da sociedade de informação que, por ser o fim último do Direito, exige deste uma reação eficiente

²¹⁵ VIEIRA, Tatiana Malta. **O direito à privacidade na sociedade da informação**: efetividade desse direito fundamental diante dos avanços da tecnologia da informação. 297 f. Dissertação (Mestre em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2007, p. 156-157.

²¹⁶ DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção dos dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 153.

²¹⁷ **Il diritto di avere diritti**. Roma-Bari: Laterza, 2012, p. 159. Sobre a importância da privacidade na sociedade de informação já tivemos a oportunidade de escrever: “Na sociedade pós-industrial, em que a informação desempenha um papel fulcral, a preocupação com a privacidade toma outro viés. A proteção não é contra apenas a ingerência na esfera privada da pessoa, mas também em relação ao controle das informações pessoais armazenadas. O romance *1984* demonstra a importância da informação e as diversas formas de violação da privacidade pelas novas tecnologias. O uso irracional das informações, sem o respeito aos direitos da pessoa humana, leva à uma sociedade da vigilância. O risco deste tipo de sociedade é a utilização das informações para o controle dos cidadãos, ameaçando inclusive a democracia” (MOREIRA, Rodrigo Pereira; RIBEIRO, Rodrigo dos Santos. A construção da privacidade na literatura: dois clássicos naturalistas e a ficção pós-moderna de George Orwell. In: CONPEDI/UNINOVE (org.); GALUPPO, Marcelo Campos; RUIZ, Ivan Aparecido; TRINDADE, André Karan (coordenadores). **Direito, arte e literatura**. Florianópolis: FUNJAB, 2013, p. 21).

seja com a utilização da responsabilidade civil, das tutelas inibitórias²¹⁸ ou por meio do reconhecimento de novos direitos fundamentais para a era tecnológica (ao exemplo da autodeterminação informativa).

O trans- ou pós-humanismo, por sua vez, significa a utilização das novas tecnologias no intuito de superar a forma humana atual, ou seja, a possibilidade de superar a condição humana por meio de tecnologias que aumentam as capacidades intelectuais, físicas e psicológicas do homem²¹⁹. Este cenário inclui as tecnologias atuais da engenharia genética, tecnologia da informação e as tecnologias ainda em desenvolvimento como a realidade virtual, a nanotecnologia e a inteligência artificial²²⁰, muito embora o cenário atual esteja voltado para o aperfeiçoamento das capacidades e saúde do homem.

Sobre a relação entre homem e máquina é possível verificar no conceito de pós-humano aquele ser que utiliza uma quantidade difusa de próteses que acabam por alterar a sua funcionalidade orgânica, não sendo mais possível determinar os limites entre ser humano e máquina²²¹. Assim, não são pequenas modificações, como próteses para permitir a locomoção da pessoa ou a implantação de marca-passo, que são trabalhadas pelo conceito transhumanismo, mas uma intervenção radical que altere o próprio sistema orgânico do homem o que levaria a um próximo estágio da evolução humana, justificando, então, a utilização do pré-fixo “pós”.

A engenharia genética, ao seu turno, preconiza uma intervenção na própria formação do corpo biológico constituindo uma técnica que permite transferir para a estrutura celular de um ser vivo diversas informações genéticas que este não teria sem aquela intervenção. Aplicada ao ser humano, a engenharia genética permite falar em uma “autopoiese” do homem, pois seria possível a criação de vida humana dentro de um laboratório, modificando o código genético da própria espécie. Estamos diante de uma nova etapa da teoria de Charles Darwin, pois as mutações não serão resultado mais dos influxos ambientais, mas produto da intervenção do homem sobre o seu código genético²²² na busca pelo aperfeiçoamento da natureza corporal.

Atualmente a bioética está dividida entre os bioconservadores e os transumanistas. Os primeiros postulam pela restrição do uso de tecnologias que modificam a natureza humana

²¹⁸ MARTINS, Fernando Rodrigues. **Sociedade da informação e proteção da pessoa**, p. 21. Texto cedido pelo autor.

²¹⁹ RODOTÀ, Stefano. **Il diritto di avere diritti**. Roma-Bari: Laterza, 2012, p. 342;344.

²²⁰ BOSTROM, Nick. In defense of posthuman dignity. **Bioethics**. Vol. 19, n. 3, p. 202-214. United Kingdom, 2005, p. 203. Há tradução em português por Brunello Stancioli, Daniel Mendes Ribeiro, Anna Rettore e Nara Pereira Carvalho disponível em: <http://www.nickbostrom.com/translations/Dignidade.pdf>.

²²¹ **Il diritto di avere diritti**. Roma-Bari: Laterza, 2012, p. 346.

²²² SGRECCIA, Elio. **Manuale di bioetica: fondamenti ed etica biomedica**. 2ª ed. Milano: Vita e Pensiero, 1994, p. 233-235.

em razão de motivos religiosos, questões de segurança e de preservação do ser humano. Já os segundos argumentam pela possibilidade do uso das chamadas *human enhancement technologies* (tecnologias para o melhoramento humano) tanto nas próprias pessoas que assim escolherem, levando a uma liberdade morfológica, quanto em seus filhos que irão nascer, chamada de liberdade reprodutiva²²³.

Na liberdade morfológica deve ser levada em consideração a própria autodeterminação e livre desenvolvimento da personalidade da pessoa, afinal ela está decidindo sobre a formação de sua personalidade e de sua concepção de vida boa. Todavia, como bem destaca Stefano Rodotà, a utilização destas tecnologias a partir das escolhas da pessoa deve ser acompanhada de um contexto institucional e social para assegurar que: (i) a escolha individual seja efetivamente livre; (ii) o acesso a essas escolhas seja de forma igualitária; e (iii) a dignidade pessoal e social sejam resguardadas²²⁴.

Quanto à liberdade reprodutiva a questão torna-se ainda mais complexa, isso porque o que está em causa é a liberdade de escolha do código genético dos filhos e não da própria pessoa que está decidindo (os pais). Os transumanistas, como Nick Bostrom, partem do princípio de que os pais podem decidir sobre os melhoramentos genéticos, pois as modificações são realizadas no sentido de aprimorar as capacidades e a saúde das crianças²²⁵ que irão nascer, sendo possível a sociedade intervir na autonomia dos pais nos casos de abuso ou negligência²²⁶.

Em sentido contrário, Habermas afirma que todos os cidadãos têm o direito de seguir os planos de vida da melhor maneira que lhes for possível, sendo que este plano de vida leva em consideração as capacidades e saúde trazidas pelo código genético de cada um. Havendo uma intervenção no código genético dos filhos, os pais se tornam um *designer*²²⁷ sobre

²²³ BOSTROM, Nick. In defense of posthuman dignity. **Bioethics**. Vol. 19, n. 3, p. 202-214. United Kingdom, 2005, p. 203-204.

²²⁴ **Il diritto di avere diritti**. Roma-Bari: Laterza, 2012, p. 348.

²²⁵ Como bem observa Bostrom, o cenário tecnológico atual demanda pelas preocupações imediatas sobre o melhoramento das capacidades e da saúde das pessoas, sendo que outras especulações estão mais ligadas a cenários de ficção científica (In defense of posthuman dignity. **Bioethics**. Vol. 19, n. 3, p. 202-214. United Kingdom, 2005, p. 208).

²²⁶ In defense of posthuman dignity. **Bioethics**. Vol. 19, n. 3, p. 202-214. United Kingdom, 2005, p. 210-212.

²²⁷ Sobre o papel de *designer* Habermas escreve: “O *designer*, que determina o programa segundo suas próprias preferências (ou segundo os costumes sociais), não chega a lesar os direitos morais de uma outra pessoa. Ele não precisa necessariamente prejudicá-la com a distribuição de bens fundamentais, nem privá-la das legítimas possibilidades de escolha ou forçá-la a determinadas práticas, das quais outras pessoas são desobrigadas. Ele intervém, antes, na formação da identidade de uma futura pessoa de maneira unilateral e irreversível. Nesse sentido, ele não impõe nenhuma limitação à liberdade de outra pessoa de moldar a sua própria vida, mas ao se converter em *co-autor de uma vida alheia* intervém, por assim dizer, de dentro, na consciência da autonomia de outrem (...)” (**O futuro da natureza humana**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 111).

as suas aptidões físicas e a pessoa programada acaba por ser determinada pelo projeto desenhado pelos pais prejudicando, assim, a liberdade de escolha sobre o seu plano de vida²²⁸.

Muito embora algumas perguntas sobre a possibilidade da liberdade morfológica e liberdade reprodutiva ainda restam sem respostas definidas, fato é que a regulação do pós-humano pelo Direito deve estar subordinada aos princípios da igualdade, da autonomia, da dignidade da pessoa humana²²⁹, do livre desenvolvimento da personalidade, da prevenção e da precaução.

Ademais, é preciso concluir que não obstante a influência destes dois aspectos pós-modernos (corpo eletrônico e pós-humanismo) sobre a pessoa, não é possível reduzir esta aos seus dados pessoais (informações eletrônicas) como quer o aspecto eletrônico ou então ao seu patrimônio genético como pretende a biologia. A genética não pode cancelar a construção biográfica da pessoa e o “corpo virtual” não pode criar uma nova abstração retornando ao sujeito de direitos criado pela teoria relação jurídica. A pessoa deve ser considerada em sua autonomia e em sua unidade²³⁰.

Neste sentido, o que podemos adiantar é que caso o ser humano seja alçado ao *status* de pós-humano, devido à liberdade morfológica ou à liberdade reprodutiva, este novo ser também deverá ser considerado uma pessoa. No momento em que o humano conviver com o pós-humano²³¹ o fundamento ontológico da pessoa será expandido e a dignidade dita da “pessoa humana” também será “dignidade da pessoa pós-humana”. Isso porque a natureza da pessoa não se reduz apenas à sua dimensão individual-corporal, que é o centro das atenções do transhumanismo, sendo complementada pela sua dimensão individual-ética, sua dimensão social e sua dimensão ambiental, as quais não são modificadas mediante alterações genéticas ou a fusão entre homem e máquina.

Não é apenas o aspecto biológico que compõe a dimensão individual da pessoa humana. A individualidade também possui um prisma ético concernente na abertura da pessoa

²²⁸ **O futuro da natureza humana.** 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 84.

²²⁹ RODOTÀ, Stefano. **Il diritto di avere diritti.** Roma-Bari: Laterza, 2012, p. 357.

²³⁰ RODOTÀ, Stefano. **Il diritto di avere diritti.** Roma-Bari: Laterza, 2012, p. 169.

²³¹ Quanto à questão do surgimento de uma nova espécie a partir de técnicas de melhoramento humano Nick Bostrom escreve: “The assumption that inheritable genetic modifications or other human enhancement technologies would lead to two distinct and separate species should also be questioned. It seems much more likely that there would be a continuum of differently modified or enhanced individual, which would overlap with the continuum of as-yet unenhanced humans.” (In defense of posthuman dignity. **Bioethics.** Vol. 19, n. 3, p. 202-214. United Kingdom, 2005, p. 207-208). Tradução de Brunello Stancioli *et al*: “A suposição de que modificações genéticas hereditárias ou outras tecnologias de melhoramento humano levariam a duas espécies distintas e separadas também é algo a ser questionado. Parece muito mais provável que haveria um contínuo de indivíduos diferentemente modificados ou melhorados, que iria sobrepor-se ao contínuo já existente de humanos que ainda não melhorados.” Disponível em: <http://www.nickbostrom.com/translations/Dignidade.pdf>.

para a realização de seus próprios fins transcendendo, portanto, da esfera biológica para um conteúdo ético de existência²³².

A racionalidade – que já é ressaltada por Boécio e São Tomás de Aquino – garante ao ser humano a liberdade de escolher os fins a serem perseguidos no aspecto dinâmico da personalidade (a pessoa é um projeto em realização), o que leva também a considerar a pessoa como responsável pelo próprio destino²³³, afinal, a liberdade necessária para a livre construção da personalidade também pressupõe responsabilidade.

O homem-pessoa, nos dizeres de Castanheira Neves, é um sujeito de autonomia, mas que correlativamente possui responsabilidade para com os problemas concretos que surgem da sua inter-relação e interação comunitária²³⁴. Faz-se aqui uma ponte entre a dimensão individual e a dimensão social, pois a coexistência também é condição ontológica da pessoa humana e junto com os direitos também surgem, correlativamente, os deveres²³⁵.

É possível perceber que a natureza humana é dotada tanto de um aspecto fixo e estável, quanto de um princípio dinâmico-constitutivo. A perspectiva estável considera tudo aquilo que é comum a todas as pessoas, como a racionalidade, enquanto o prisma dinâmico evidência que, por meio da liberdade, o homem é ator de sua própria vida²³⁶. É esta liberdade, como autodeterminação da dimensão existencial, que garante a imprevisibilidade e mutabilidade da pessoa humana com reflexos diretos na perspectiva do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, pois representa o reconhecimento de sua autonomia²³⁷.

É na dimensão individual que se justificam os direitos fundamentais de primeira dimensão ou geração²³⁸, no sentido de proteger a pessoa humana contra o abuso do poder

²³² ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito civil: teoria geral**, vol. 1. 2ª ed. Coimbra: Coimbra, 2000, p. 47; OTERO, Paulo. Pessoa humana e constituição: contributo para uma concepção personalista do direito constitucional. In: CAMPOS, Diogo Leite de; CHINELLATO, Silmara J. de Abreu (coordenadores). **Pessoa humana e direito**. Coimbra: Almedina, 2009, p. 362.

²³³ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito civil: teoria geral**, vol. 1. 2ª ed. Coimbra: Coimbra, 2000, p. 47.

²³⁴ **O jurisprudencialismo**: sumário das aulas. [s.n].

²³⁵ Pessoa, direito e responsabilidade. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**. Ano 6, n. 1, p. 9-43. Coimbra: Coimbra, janeiro-março, 1996, p. 34-37.

²³⁶ HOYOS, Ilva Myriam. La dimensión jurídica de la persona humana. **Persona y Derecho**: revista de fundamentación de las instituciones jurídicas y de derechos humanos. N. 26, p. 159-187. Navarra, jan./dez, 1992, p. 175-177. Assim, como observa Agustín del Valle, a determinação do homem não é fruto exclusivo de leis imutáveis, mas de uma constante autorrealização renovada (Hacia una antropología jurídica integral: la dimensión jurídica del hombre como fundamento de la filosofía del derecho. **Persona y Derecho**: revista de fundamentación de las instituciones jurídicas y de derechos humanos. N. 07, p. 229-242. Navarra, jan./dez, 1980, p. 237).

²³⁷ A autonomia, como nota distintiva da pessoa humana concerne à liberdade e independência (DORAL, José A. Concepto filosófico y concepto jurídico de persona. **Persona y Derecho**: revista de fundamentación de las instituciones jurídicas y de derechos humanos. N. 02, p. 113-131. Navarra, jan./dez, 1975, p. 116).

²³⁸ A terminologia de geração de direitos fundamentais foi cunhada por Norberto Bobbio para explicar a construção histórica dos direitos fundamentais (**A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 5-6). Todavia, este termo tem sofrido críticas por poder denotar a impressão que uma geração de direitos fundamentais substituiu a outra, quando na verdade existe uma complementariedade entre os direitos fundamentais reconhecidos

político estatal²³⁹. Como bem observa Ricardo Luis Lorenzetti, os direitos fundamentais, como a expressão contemporânea dos direitos naturais, repercutem o princípio personalista no direito público e privado, colocando a pessoa no centro do ordenamento jurídico²⁴⁰. E ainda, no plano internacional, existem direitos que são aplicados a todas as pessoas, independentemente de sua condição de cidadão: são os denominados direitos humanos universais²⁴¹.

Finalizando a perspectiva individual, é preciso destacar que o personalismo reconhece a pessoa como ente real dotado de racionalidade e liberdade, ultrapassando o conceito de mera coisa, pois nesta perspectiva todo ser humano também deve ser considerado pessoa²⁴². Por ser uma realidade ontológica, a consideração da pessoa não depende do efetivo exercício de sua racionalidade ou liberdade, a consciência de si não é essencial para a qualificação pessoal. Não existem graduações na consideração ontológica da pessoa que permita retirar significados jurídicos diversos a depender de circunstância em que o ser humano esteja ou não destituído de consciência. Este somente “deixará de ser pessoa quando, pura e simplesmente, deixar de ser”²⁴³.

Assim, toda pessoa considerada em sentido ontológico também deve ser considerada uma pessoa em sentido jurídico²⁴⁴. Todos os homens (por possuírem natureza humana) são seres únicos e irrepetíveis sendo, portanto, pessoas em sentido jurídico. Não exclui-se aqui o embrião, o nascituro, o recém-nascido, o doente, o idoso ou qualquer outro ser humano que não pode exercer a sua consciência, pois negar ao homem a qualidade de pessoa – em qualquer etapa do seu desenvolvimento – é aceitar que existe um salto qualitativo entre as

historicamente, razão pela qual seria mais adequada a terminologia “dimensão” (SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 45-46).

²³⁹ OTERO, Paulo. Pessoa humana e constituição: contributo para uma concepção personalista do direito constitucional. In: CAMPOS, Diogo Leite de; CHINELLATO, Silmara J. de Abreu (coordenadores). **Pessoa humana e direito**. Coimbra: Almedina, 2009, p. 366-367. Numa perspectiva jusnaturalista o autor escreve: “O conceito de indivíduo apela, deste modo, para a titularidade de direitos fundamentais que limitam e fundamentam o poder do Estado: cada indivíduo é titular de direitos inatos e inalienáveis, anteriores ao Estado e, neste sentido, independentes de qualquer atribuição ou reconhecimento do Estado, verificando-se que se encontra na sua garantia o próprio fundamento do Estado e do concreto modelo jurídico da Constituição.”

²⁴⁰ **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 144-145.

²⁴¹ OTERO, Paulo. Pessoa humana e constituição: contributo para uma concepção personalista do direito constitucional. In: CAMPOS, Diogo Leite de; CHINELLATO, Silmara J. de Abreu (coordenadores). **Pessoa humana e direito**. Coimbra: Almedina, 2009, p. 368. Sobre a distinção entre direitos fundamentais e direitos humanos vide: SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 27-35.

²⁴² TALCIANI, Hernán Corral. El concepto jurídico de persona: una propuesta de reconstrucción unitaria. **Revista Chilena de Derecho**. Vol. 17, n. 02, p. 301-321. Santiago, 1990, p. 306.

²⁴³ GONÇALVES, Diogo Costa. **Pessoa e direitos da personalidade**: fundamentação ontológica de tutela. Coimbra: Almedina, 2008, p. 42-43.

²⁴⁴ HERVADA, Javier. **Crítica introdutória ao direito natural**. Porto: Resjurídica, 1990, p. 113.

fases da vida humana e que o homem se define pelas suas funções e não em razão de sua natureza²⁴⁵.

Apesar da importância da dimensão individual, a pessoa humana não se resume apenas na individualidade. O ser humano não vive totalmente ensimesmado, pois sua outra característica essencial é a abertura para o outro. A pessoa vive em um estado constante de abertura para o outro que é a matriz de todas as possíveis relações sociais²⁴⁶. A exaltação da dimensão individual leva ao fechamento do homem em torno de si próprio, conformando, assim, a figura do individualismo²⁴⁷. O personalismo, por sua vez, não é um retorno ao individualismo, mas busca justamente a conciliação entre o aspecto individual e o aspecto social da pessoa humana²⁴⁸, significa, portanto, considerar a pessoa como um “indivíduo-social”²⁴⁹. O ser humano, apesar de ser uma realidade única, é também uma realidade complexa, a qual deve assumir a totalidade da dimensão existencial e coexistencial da pessoa²⁵⁰.

Diogo Leite de Campos ressalta a diferença entre o *ser em si*, o *ser por si*, *ser para o outro* e *ser com os outros*. O *ser em si* traduz a dimensão individual incomunicável da pessoa humana. O *ser por si* indica a autoconsciência livre da pessoa que, apesar de ser uma extensão do *ser em si* ao ressaltar a liberdade, também é o início da relação com outros, pois reconhece a dignidade pra si mesmo e para os outros e, conseqüentemente, a sua responsabilidade para as demais pessoas humanas. O *ser para o outro* concerne à realidade comunicacional, ao ser-em-relação, afinal, a comunicação com os demais é experiência constitutiva da pessoa. Por fim, o *ser com os outros* é a total realização ética da pessoa humana que se relaciona com os demais de forma recíproca e solidária²⁵¹.

A coexistencialidade da pessoa também traz consigo um complemento à perspectiva dinâmica de realização e livre desenvolvimento da personalidade, afinal, aquilo que a pessoa é e aquilo que ela pretende ser depende também das relações que assume. Como bem

²⁴⁵ CASTAÑEDA, Ilva Myriam Hoyos. De nuevo sobre el concepto de persona: el reto ante el debate bioético y biojurídico actual. **Persona y Derecho**: revista de fundamentación de las instituciones jurídicas y de derechos humanos. N. 41, p. 319-335. Navarra, jan./dez, 1999, p. 332-333. No mesmo sentido os já citados: PALAZZANI, Laura. Persona e essere umano in bioetica e nel biodiritto. **Idee**: rivista di filosofia. Vol. 34-35, p. 133-147. Lecce, gennaio-dicembre, 1997. LUCATO, Maria Carolina. **O conceito de “pessoa humana” no âmbito da bioética brasileira**. 236 f. Tese (Doutorado. Área de concentração em Odontologia Social) – Pós-graduação em Ciências Odontológicas da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 95.

²⁴⁶ GASSET, José Ortega y. **El hombre y la gente**. Madrid: Revista de Occidente, 1957, p. 135.

²⁴⁷ OTERO, Paulo. Pessoa humana e constituição: contributo para uma concepção personalista do direito constitucional. In: CAMPOS, Diogo Leite de; CHINELLATO, Silmara J. de Abreu (coordenadores). **Pessoa humana e direito**. Coimbra: Almedina, 2009, p. 368-369.

²⁴⁸ TOBEÑAS, José Castán. **Los derechos del hombre**. 2ª ed. Madrid: Reus, 1976, p. 49.

²⁴⁹ ORGAZ, Alfredo. **Las personas humanas**: esencia e existencia. Buenos Aires: Hamurabi, 2000, p. 35.

²⁵⁰ GONÇALVES, Diogo Costa. **Pessoa e direitos da personalidade**: fundamentação ontológica de tutela. Coimbra: Almedina, 2008, p. 49.

²⁵¹ **Nós**: estudos sobre o direito das pessoas. Coimbra: Almedina, 2004, p. 31-32.

observa Diogo Costa Gonçalves, “o desenvolvimento da personalidade, o alcance dos fins da pessoa, a realização de si mesmo só se verifica com os outros e em função dos outros. O projecto de Homem que cada um constrói para si mesmo e que toda a vida procura concretizar – *quem é que eu quero ser?* – é, sobretudo, um conjunto de relações”²⁵².

Assim, o ser humano como animal social²⁵³, possui também uma dimensão coletiva, social ou relacional. Para Paulo Otero é desta dimensão social que se pode retirar para o direito constitucional as noções de: (i) garantia da liberdade e demais direitos decorrentes da dignidade da pessoa humana; (ii) o ideário de justiça; (iii) a igualdade e a solidariedade entre as pessoas; (iv) a formação democrática da vontade coletiva; (v) o pluralismo²⁵⁴.

No direito privado a consideração da dimensão social permite o reconhecimento concreto da pessoa e do sujeito de direito que sai da abstração criada pelo Estado Liberal, em que o importante era o homem como ator jurídico, e passa a considerar a verdadeira condição da pessoa dentro da sociedade. Aqui não temos mais a pessoa-sujeito (em termos de igualdade formal), mas a pessoa-consumidora, a pessoa-criança, a pessoa-idosa, a pessoa-trabalhadora, pessoa-fornecedora, a pessoa-vulnerável²⁵⁵, a pessoa-cidadã²⁵⁶, etc., implicando em considerações de igualdade material no tratamento de cada ser humano.

Dentro da dimensão social, atenção específica deve ser concedida à proteção das pessoas vulneráveis, em virtude da necessidade de uma interpretação à luz da realidade pós-moderna. Deste modo, como indicam Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem, devem ser reconhecidas as diferenças existentes entre as pessoas vulneráveis em busca da proteção especial a ser concedida pelo direito privado, afinal, a inclusão social com respeito às diferenças também é necessária para a realização da pessoa²⁵⁷. Tanto no direito constitucional, quanto no

²⁵² **Pessoa e direitos da personalidade:** fundamentação ontológica de tutela. Coimbra: Almedina, 2008, p. 47.

²⁵³ Nas palavras de Edgar da Mata-Machado, sociabilidade da pessoa é “esse reclamo essencial de comunicação, inerente ao ser humano.” (**Contribuição ao personalismo jurídico**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 194).

²⁵⁴ Pessoa humana e constituição: contributo para uma concepção personalista do direito constitucional. In: CAMPOS, Diogo Leite de; CHINELLATO, Silmara J. de Abreu (coordenadores). **Pessoa humana e direito**. Coimbra: Almedina, 2009, p. 371.

²⁵⁵ Sobre a consideração da proteção dos vulneráveis vide: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

²⁵⁶ Nas palavras de Luiz Edson Fachin: “Ao final do século XX, portanto, séculos depois da vigência do estatuto moderno fundamental da apropriação dos bens, da titularidade e do sujeito – o Código Civil napoleônico –, esboça-se uma tentativa de superação do sujeito abstrato, com a construção do sujeito concreto, agregando-se àquela noção de cidadania. Eis aí o porvir do Direito Civil. Sujeito concreto e cidadania não se assentam na razão de uma compreensão exclusivamente abstrata do sujeito: passa a ter sentido o plano do seu conteúdo, bem como as suas projeções concretas.” (**Teoria crítica do direito civil**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 206-207).

²⁵⁷ **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 111-112.

direito privado, o que está em evidência não é a noção abstrata de indivíduo, mas a “pessoa social”²⁵⁸.

Importante ressaltar que o reconhecimento da dimensão social da pessoa humana não implica em renunciar aos pressupostos ontológicos de sua tutela e aproximar-se de um personalismo relacional tal qual defendido por Jürgen Habermas. Este autor preconiza uma pensamento pós-metafísico que refuta uma perspectiva ontológica da pessoa²⁵⁹, pois para ele somente com o nascimento é que o organismo se torna pessoa, haja vista sua inserção no meio social e intersubjetivo. Exclusivamente como componente da esfera pública e de uma comunidade linguística que o ser humano é individualizado e considerado pessoa dotada de razão²⁶⁰.

Em face disto ficaria excluído de pronto a proteção do nascituro, pois para Habermas este não seria considerado pessoa e portanto também não poderia ser protegido por meio da dignidade da pessoa humana. Todavia, para suprir o entrave de deixar o nascituro sem nenhum tipo de proteção o autor constrói uma diferenciação entre a dignidade da pessoa humana e a dignidade da vida humana. Em suas palavras:

Antes de ser inserida em contextos públicos de interação, a vida humana, enquanto ponto de referência dos nossos deveres, goza de proteção legal, sem ser, por si só, um sujeito de deveres e um portador de direitos humanos. [...] Além disso, a vida pré-pessoal, anterior a um estágio em que se pode atribuir a ela o *papel destinado* a uma segunda pessoa, a quem se pode dirigir a palavra, também conserva um valor integral para a totalidade de uma forma de vida *eticamente* constituída. Nesse aspecto, dá-se a distinção entre a dignidade da vida humana e a dignidade humana garantida juridicamente a toda pessoa [...]²⁶¹.

A consideração ontológica da pessoa, por sua vez, evita a criação de artifícios secundários para justificar a proteção da vida humana pré-natal. Isso porque não será necessário fazer a diferenciação entre a dignidade da pessoa humana e a dignidade da vida humana (pré-pessoal) como pretende Habermas ao renunciar qualquer fundamento ontológico sobre a pessoa. Urbano Ferrer, por exemplo, reconhece que existe uma diferença entre a *essência humana* e as demais espécies viventes, pois a primeira deriva do viver do ser humano em coexistência com os seus próprios atos e com os demais seres humanos. Assim, a dignidade da essência humana é a dignidade da pessoa em ato. Para o autor, o que a pessoa humana tem de

²⁵⁸ RODOTÀ, Stefano. **Il diritto di avere diritti**. Roma-Bari: Laterza, 2012, p. 149.

²⁵⁹ **O futuro da natureza humana**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 16-17. Muito embora o próprio autor reconheça os limites do pensamento pós-metafísico moderado em questões problemáticas como a “ética da espécie”.

²⁶⁰ **O futuro da natureza humana**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 49.

²⁶¹ **O futuro da natureza humana**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 50-51.

peculiar é a essência humana sendo que esta se desenvolve continuamente desde a concepção, razão pela qual não existe fundamento para negar o *status* de pessoa para aquele já concebido, mas que ainda não nasceu²⁶².

Outro problema de trabalhar com o personalismo relacional habermasiano é a inversão realizada entre a precedência do discurso e da pessoa. Se a pessoa somente é reconhecida quando é participante da esfera pública de comunicação, ou seja, quando apta a participar da teoria do discurso, então é forçoso concluir que o discurso é um dado pré-pessoal, subvertendo, assim, a realidade dos fatos, pois para esta posição não é a teoria do discurso que se adapta à pessoa, mas a pessoa que deve se adaptar ao discurso.

Como bem observa Paulo Otero, antes de qualquer participação política na autonomia pública – antes de ser cidadão – o ser humano já é uma pessoa e, portanto, possui direitos universais anteriores à comunicação²⁶³. Neste sentido, os direitos humanos, os direitos fundamentais e os direitos da personalidade não devem sua justificação na teoria do discurso como pretendem Habermas²⁶⁴ e Robert Alexy²⁶⁵. Estes direitos são anteriores ao discurso, pois para possibilitar a realização de um discurso racional²⁶⁶ é necessário pressupor um ser capaz de tal racionalidade, em outras palavras, é necessário partir da pessoa humana em seu sentido ontológico²⁶⁷. Não somos racionais porque discursamos, mas discursamos porque somos racionais, pressupor o contrário seria, nos dizeres de Castanheira Neves, “[...] ficar só uma comunicação sem autênticos comunicantes”²⁶⁸.

Para finalizar a dimensão social, é preciso ressaltar que não se deve confundir este posicionamento de impossibilidade de se considerar o discurso como um dado pré-pessoal com a total refutação do discurso e das teorias da argumentação para o Direito. Não se pode negar a

²⁶² Posthumanismo y dignidad de la especie humana. **Contextos**, n. 45-48, p. 171-188. León, 2005-2006, p. 183-187. Na argumentação do autor não fica muito claro, mas acreditamos que ao falar sobre essência da natureza humana o seu método de abordagem é o da fenomenologia ontológica.

²⁶³ Pessoa humana e constituição: contributo para uma concepção personalista do direito constitucional. In: CAMPOS, Diogo Leite de; CHINELLATO, Silmara J. de Abreu (coordenadores). **Pessoa humana e direito**. Coimbra: Almedina, 2009, p. 357.

²⁶⁴ Acerca da legitimação com base nos direitos humanos. In: _____. **A constelação pós-nacional: ensaios políticos**. São Paulo: Littera Mundi, 2001.

²⁶⁵ **Teoría del discurso y derechos humanos**. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 1995; Teoria do discurso e direitos fundamentais. In: HECK, Luís Afonso (org.). **Direito natural, direito positivo, direito discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

²⁶⁶ Robert Alexy demonstra a racionalidade do discurso em: **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 177 e ss.

²⁶⁷ Já tivemos a oportunidade de falar sobre a (im)possibilidade de fundamentação dos direitos da personalidade na teoria do discurso em: MOREIRA, Rodrigo Pereira. Os fundamentos dos direitos da personalidade: entre o direito natural, o direito positivo e o direito discursivo. In: Martins, Fernando Rodrigues. **Direito em diálogo de fontes**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2014, p. 248-263.

²⁶⁸ Pessoa, direito e responsabilidade. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**. Ano 6, n. 1, p. 9-43. Coimbra: Coimbra, janeiro-março, 1996, p. 31.

importância atual da argumentação jurídica em todas as áreas do Direito, desde a produção, interpretação e aplicação²⁶⁹, mas também deve-se buscar o papel da pessoa dentro desta perspectiva discursiva.

Como bem explica Pillar Zambrano, interpretar o Direito como uma prática social discursiva demanda a indagação sobre os seus fins últimos e globais, ou seja, postula por uma interpretação teológica e sistemática. Este fim último, ao qual se direciona a interpretação discursiva, deve ser a própria pessoa humana²⁷⁰. Assim, a pessoa também é fundamento (sem o agir humano não existe discurso) e fim último da prática argumentativa jurídica (razão teológica de interpretação sistemática).

Dessa maneira, pode-se dizer que: (i) na dimensão individual a pessoa está em relação consigo mesma; e (ii) na dimensão social a pessoa está em relação com outros seres humanos. Todavia, estas duas dimensões ainda não esgotam a perspectiva da pessoa no momento atual, pois na segunda metade do século XX, e por todo o século XXI, tem crescido a preocupação com o meio ambiente e a sua importância para vida do homem e dos demais seres vivos. Esta última dimensão da pessoa é aquela que leva em consideração a relação desta com o meio ambiente, denominada de dimensão ambiental.

É praticamente unânime afirmar a necessidade de proteção do ecossistema global para a conservação da vida e da saúde do homem²⁷¹, no entanto o que se discute hoje é se a proteção conferida ao meio ambiente no plano internacional e no plano nacional de diversos países realizou a transposição do personalismo para o chamado biocentrismo.

Defender o antropocentrismo clássico significa afirmar a superioridade incondicional do homem e que somente os interesses e necessidades das pessoas humanas importam²⁷². Por certo que este tipo de concepção não mais condiz com as novas perspectivas de proteção do meio ambiente e da sua relação com o homem, porém é questionável se o biocentrismo ao elevar todas as formas de vida ao mesmo patamar de importância²⁷³ corresponde à solução para a crise ambiental do século XXI.

²⁶⁹ ATIENZA, Manuel. **O direito como argumentação**. Lisboa: Escolar, 2014, p. 15.

²⁷⁰ El derecho como práctica y como discurso: la perspectiva de la persona como garantía de objetividad y razonabilidad en la interpretación. **Díkaion**. ano 23, n. 18, p. 109-133. Chía (Colombia), Diciembre, 2009, p. 123-124.

²⁷¹ SGRECCIA, Elio. **Manuale di bioetica: fondamenti ed etica biomedica**. 2ª ed. Milano: Vita e Pensiero, 1994, p. 252.

²⁷² MIGLIORE, Alfredo Domingues Barbosa. **Personalidade jurídica dos grandes primatas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 70.

²⁷³ MIGLIORE, Alfredo Domingues Barbosa. **Personalidade jurídica dos grandes primatas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 71.

O neo-utilitarista Peter Singer defende a igualdade entre seres humanos e animais a partir do seu princípio da igual consideração dos interesses que independe das características ou aptidões dos seres considerados, pois analisa apenas os interesses de cada um²⁷⁴. Por ser utilitarista, a teoria de Singer sobre a igual consideração de interesses busca a minimização da dor e do sofrimento e a maximização da alegria e da felicidade. Neste sentido, os interesses dos animais que possuem capacidade de sentir dor também devem ser levados em consideração. Por outro lado, se o ser não pode sofrer e nem sentir felicidade nenhum tipo de interesse poderá ser considerado²⁷⁵. Assim, pode-se dizer que os interesses aos quais Singer faz referência são aqueles interesses dos seres sencientes.

Ao defender tal posição Singer consegue ampliar a proteção dos animais com características sencientes, não obstante, tal posicionamento não poder ser taxado de biocentrista, afinal, a vida não se reduz aos seres com capacidade de sentir dor ou felicidade. Ademais, a grande dificuldade de aceitação desta teoria está na desconsideração dos interesses do nascituro enquanto o mesmo não desenvolve corporalmente a capacidade de sentir dor e também daquelas pessoas em estados de saúde que também estão impossibilitadas de sofrer ou de sentir felicidade. Neste sentido, ao elevar a proteção dos animais, Singer acaba por rebaixar a proteção da própria vida humana em formação ou em estados de incapacidades.

Criticando tal posicionamento, Elio Sgreccia explica que esta concepção chega a ser paradoxal, pois não seria lícito fazer experimentos em um babuíno, pois este possui capacidade de sentir dor, mas seria lícito experimentar em embriões, nascituros (que não formaram o sistema neurológico), anencéfalos, entre outros, que em razão da sua condição corporal não sofrem ou sentem felicidade²⁷⁶.

Em outro viés, Antonio Junqueira de Azevedo afirma que o principal erro de Kant foi a desconsideração de toda a vida não-humana. Por ser desprovida de dignidade a vida dos animais seria apenas uma coisa. Para o autor a vida é um valor ontológico, sendo que a afirmação do personalismo deve ser acompanhada de uma valorização da vida em geral²⁷⁷. O direito de ter a sua vida respeitada e o direito de se defender são próprios do ser humano, mas

²⁷⁴ **Ética prática**. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 32.

²⁷⁵ **Ética prática**. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 67-68. Para uma análise desta questão vide: COTRIM, Ana Carolina Tomicioli. Proteção jurídica da fauna: interesses antropocêntricos, necessidades biocêntricas. In: Martins, Fernando Rodrigues. **Direito em diálogo de fontes**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2014, p. 295-296.

²⁷⁶ Persona humana y personalismo. **Cuadernos de Bioética**. n. 80, vol. XXIV, p. 115-123. Murcia, enero-abril, 2013, p. 119.

²⁷⁷ Crítica ao personalismo ético da constituição da república e do código civil: em favor de uma ética biocêntrica. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de; TÓRRES, Heleno Taveira; CARBONE, Paolo (coordenadores). **Princípios do novo código civil brasileiro e outros temas**: homenagem a Tullio Ascarelli. 2ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 21.

que devem ser ampliados para os demais seres. As leis de proteção ao meio ambiente são fundadas no próprio valor da vida²⁷⁸, o que implica numa necessidade de se reestruturar o pensamento da dignidade da pessoa humana e do personalismo a partir de uma ética biológica em defesa da vida em geral²⁷⁹, o biocentrismo.

Embora a vida seja, no momento atual, um valor em ascensão, não é o caso de se abandonar por completo a perspectiva do personalismo ontológico em favor de um biocentrismo. A pessoa humana como um ser complexo, imprevisível e sempre em construção, ganha uma nova dimensão ao perceber que a sua realização também depende da sua relação com o meio ambiente. Como bem explica Elio Sgreccia:

En el momento cultural actual, el pensamiento filosófico sobre la persona está llamado a atender también la instancia ecológico-ambiental, es decir, la responsabilidad respecto a los animales y el ecosistema tanto en sentido sincrónico como diacrónico, mirando hacia la proyección futura. Se trata de elaborar una especie de “personalismo de la biosfera” que amplifique e incremente la responsabilidad en sentido “total”, comprendiendo la necesidad de un reconocimiento de los deberes para con todos los seres vivientes (plantas, animales y tierra). Un personalismo que no atenúe su fundamentación realista y ontológica y que se abra a nuevas provocaciones planteadas por el progreso científico y tecnológico²⁸⁰.

Neste mesmo contexto, valem as lições de Hans Jonas para quem a ética da responsabilidade não pode ser entendida apenas pela lógica da reciprocidade, ou seja, da equivalência entre direitos e deveres em que o meu direito deve ser respeitado pelos outros e vice-versa²⁸¹, pois é possível existirem deveres sem que necessariamente lhes correspondam direitos²⁸².

²⁷⁸ Crítica ao personalismo ético da constituição da república e do código civil: em favor de uma ética biocêntrica. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de; TÔRRES, Heleno Taveira; CARBONE, Paolo (coordenadores). **Princípios do novo código civil brasileiro e outros temas**: homenagem a Tullio Ascarelli. 2ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 22-23.

²⁷⁹ Crítica ao personalismo ético da constituição da república e do código civil: em favor de uma ética biocêntrica. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de; TÔRRES, Heleno Taveira; CARBONE, Paolo (coordenadores). **Princípios do novo código civil brasileiro e outros temas**: homenagem a Tullio Ascarelli. 2ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 30.

²⁸⁰ Persona humana y personalismo. **Cuadernos de Bioética**. n. 80, vol. XXIV, p. 115-123. Murcia, enero-abril, 2013, p. 121. Tradução livre: “No momento cultural atual, o pensamento filosófico sobre a pessoa é chamado a resolver também a instância ecológico-ambiental, ou seja, a responsabilidade para como os animais e o ecossistema em sentido tanto síncrono como diacrônico, olhando para uma projeção futura. Trata-se de elaborar uma espécie de “personalismo da biosfera” que amplifique e incremente a responsabilidade em sentido “total”, entendendo a necessidade de um reconhecimento dos deveres para com todos os seres vivos (plantas, animais e terra). Um personalismo que não atenuar sua fundação realista e ontológica e que se abra a novas provocações levantadas pelo progresso científico e tecnológico.”

²⁸¹ **O princípio responsabilidade**: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Rio de Janeiro: Contraponto; PUC-Rio, 2006, p. 89.

²⁸² **O princípio responsabilidade**: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Rio de Janeiro: Contraponto; PUC-Rio, 2006, p. 93.

Para o autor deve ser abandonada a concepção do reducionismo antropocêntrico em razão da natureza também conservar a sua dignidade, muito embora a dignidade do homem seja superior²⁸³. A existência desta dignidade do meio ambiente junto com a revolução tecnológica do século XX (que demonstrou os perigos que o homem representa para a natureza), demonstra que deve ser considerada a expansão da responsabilidade humana sobre a biosfera e os deveres daí decorrentes²⁸⁴.

Tudo isso demonstra que estamos passando de um modelo antropocêntrico para um modelo mais geocêntrico²⁸⁵. Isso não quer dizer um total abandono do personalismo, mas apenas um alargamento da concepção de pessoa humana, ressaltando a sua relação com o ecossistema global.

Neste sentido, José Rubens Leite e Patryck Ayala defendem uma visão antropocêntrica alargada que tem como pressupostos: (i) o pertencimento do ser humano a um todo maior; (ii) a finitude da natureza; (iii) o ser humano não é o senhor da natureza, pois deve buscar conviver pacificamente com esta; (iv) a responsabilidade de preservação da natureza é de todas as pessoas. A natureza é protegida tanto para possibilitar a vida humana, ou mesmo quando não exista uma relação direta entre a sua preservação e a utilidade direta para a pessoa²⁸⁶.

É claro que a visão de proteção da pessoa não é abandonada, afinal, como bem observa Peter Häberle, a própria noção de Estado do Meio Ambiente possui em seu conteúdo o dever jurídico de respeito à dignidade da pessoa humana²⁸⁷. A proposta da relação entre pessoa e meio ambiente é ampliar as potencialidades humanas, observando a interação entre homem e natureza.

Ademais, apesar da dimensão ambiental da pessoa ser considerada uma espécie de “personalismo da biosfera”, certo é que o deveres relacionados a esta dimensão não se reduzem ao respeito da vida de todos os seres, pois abrange também os deveres de respeito a todas as

²⁸³ **O princípio responsabilidade:** ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Rio de Janeiro: Contraponto; PUC-Rio, 2006, p. 229-230.

²⁸⁴ **O princípio responsabilidade:** ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Rio de Janeiro: Contraponto; PUC-Rio, 2006, p. 231.

²⁸⁵ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria geral do direito ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 30.

²⁸⁶ **Dano ambiental:** do individual ao coletivo extrapatrimonial. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 76-80.

²⁸⁷ A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Dimensões da dignidade:** ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 83.

espécies de meio ambiente como: (i) meio ambiente cultural; (ii) meio ambiente artificial; (iii) meio ambiente do trabalho; e (iv) meio ambiente natural²⁸⁸.

Finalizando esta perspectiva, cumpre salientar que a relação da pessoa com o meio ambiente prima, em último sentido, pela relação de pertencimento da pessoa como membro de toda a família humana (como diz a Declaração Universal dos Direitos do Homem), ou seja, a pessoa pertencente à humanidade em geral. Isso leva à consideração que esta dimensão é geradora de deveres fundamentais intergeracionais para a proteção e promoção da humanidade passada, presente e futura²⁸⁹.

Assim, retomando a proposta inicial deste primeiro capítulo, já foram abordados a concepção de pessoa como fim do direito e como sujeito das relações jurídicas, restando, portanto, a análise da influência da pessoa ontológica como fundamento, também, da personalidade jurídica.

1.2 Personalidade Jurídica

É possível observar que no contexto jurídico (meramente normativo) o conceito de pessoa confunde-se muitas vezes com o próprio conceito de personalidade. Isso porque a pessoa seria o ser sujeito de direitos e a personalidade a própria aptidão para adquirir estes direitos²⁹⁰. Esta concepção reflete um entendimento estritamente patrimonial e estrutural da personalidade jurídica derivado da influência oitocentista do direito civil, como já observado.

Não obstante este entendimento oitocentista influenciar o direito civil até hoje, a personalidade jurídica possui uma construção histórica que remonta ao Direito Romano. Em Roma a personalidade era vinculada ao *status*, ou seja, a posição da pessoa na sociedade que

²⁸⁸ Classificação de FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Princípios do direito processual ambiental**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 56-65.

²⁸⁹ OTERO, Paulo. Pessoa humana e constituição: contributo para uma concepção personalista do direito constitucional. In: CAMPOS, Diogo Leite de; CHINELLATO, Silmara J. de Abreu (coordenadores). **Pessoa humana e direito**. Coimbra: Almedina, 2009, p. 373-375. Neste sentido tem-se: “(...) hoje a defesa do meio ambiente está relacionada a um interesse intergeracional e com necessidade de um desenvolvimento sustentável, destinado a preservar os recursos naturais para as gerações futuras, fazendo com que a proteção antropocêntrica do passado perca fôlego, pois está em jogo não apenas o interesse da geração atual.” (LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. **Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 78).

²⁹⁰ Como bem observa Leonardo Galvani: “na ordem privada, sublimou-se o conceito ainda hoje utilizado de personalidade jurídica, como aquele que entende a pessoa pelas obrigações e direitos que contrai (ou pode contrair) na ordem civil. (...) A pessoa passa a interessar ao direito civil e nele ingressar apenas no momento em que realizada um ato ou fato jurídico de cunho patrimonial, porque é ela o suporte de normas jurídicas de estirpe. Conceituou-se pessoa como ‘o ser a que se atribuem direitos e obrigações. Personalidade é a aptidão, reconhecida pela ordem jurídica a alguém para exercer direitos e contrair obrigações’.” (**Personalidade jurídica da pessoa humana: uma visão do conceito de pessoa no direito público e privado**. Curitiba: Juruá, 2010, p. 18).

determinava a extensão desta personalidade²⁹¹ (demonstrando, assim, uma estreita relação entre personalidade e capacidade no Direito Romano).

Segundo Ebert Chaumon, para uma personalidade plena era necessário a junção de três requisitos: (i) o *status libertatis* (ser livre); (ii) o *status civitatis* (possuir cidadania); e (iii) o *status familiae* (pertencer a determinada família). A perda de cada um desses *status* interferia diretamente na capacidade da pessoa, configurando as chamadas *capitis deminutio*: (i) a máxima, que era a perda da liberdade; (ii) a média, concernente à perda da cidadania; e (iii) a mínima, que diz respeito à perda da família²⁹².

No ponto do *status libertatis* reside a questão da escravatura. Como bem observa Menezes Cordeiro, este é um tema que não pode ser renegado pelo direito civil, afinal, durante aproximadamente 95% da história do direito civil (desde o século II a.C.), este atuou na sua legitimação²⁹³. Neste sentido, é comum a atribuição da condição de coisa ao escravo romano que, por sua vez, não poderia ser considerado como sujeito de direitos, muito embora pouco a pouco foram sendo concedidas aos escravos possibilidades de praticar determinados atos como, por exemplo, a possibilidade de substituir o seu senhor na prática de certos atos jurídicos²⁹⁴.

Levando em consideração a prática destes atos pelos escravos, alguns autores reconhecem uma personalidade mínima ao escravo²⁹⁵, ou então que o escravo está situado entre a normatividade de coisa e pessoa²⁹⁶, pois, apesar da reificação deste, a matéria jurídica sistematizada era a propósito das pessoas e não das coisas²⁹⁷.

As repercussões desta concepção de personalidade jurídica como *status* foram e são sentidas no direito moderno, sobretudo com relação à cidadania. Assim, para o pensamento nacional-socialista alemão, somente eram considerados sujeitos de direitos plenos aqueles indivíduos que fossem membros do povo alemão, restringido por critérios raciais. Somente os membros da comunidade nacional poderiam ser chamados de pessoas²⁹⁸. E ainda, como aponta Guido Alpa, hoje o estado de liberdade é garantido a todas as pessoas, todavia o estado de cidadania depende de cada país²⁹⁹ (é cidadão italiano quem nasce na Itália ou adquire cidadania

²⁹¹ TALCIANI, Hernán Corral. El concepto jurídico de persona: una propuesta de reconstrucción unitaria. **Revista Chilena de Derecho**. Vol. 17, n. 02, p. 301-321. Santiago, 1990, p. 307.

²⁹² **Instituições de Direito Romano**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Rio, 1977, p. 48.

²⁹³ **Tratado de direito civil português**: vol. I, parte geral, tomo III, pessoas. Coimbra: Almedina, 2004, p. 20.

²⁹⁴ CHAUMON, Ebert. **Instituições de Direito Romano**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Rio, 1977, p. 53; GARCÍA, César Rascón. **Manual de Derecho Romano**. 3ª ed. Madrid: Tecnos, 2000, p. 162.

²⁹⁵ ORGAZ, Alfredo. **Personas individuales**. Buenos Aires: Depalma, 1946, p. 25-26.

²⁹⁶ KASER, Max. **Direito privado romano**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1999, p. 107.

²⁹⁷ **Tratado de direito civil português**: vol. I, parte geral, tomo III, pessoas. Coimbra: Almedina, 2004, p. 25.

²⁹⁸ TALCIANI, Hernán Corral. El concepto jurídico de persona: una propuesta de reconstrucción unitaria. **Revista Chilena de Derecho**. Vol. 17, n. 02, p. 301-321. Santiago, 1990, p. 308.

²⁹⁹ Para uma crítica à noção de cidadania atual vide: FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 30-35; FERRAJOLI, Luigi. **Los Derechos**

italiana) e o estado de família vai indicar a posição de cônjuge, filho, irmão, etc. Acrescenta, por fim, que hoje são reconhecidos outros estados, como o de trabalhador³⁰⁰.

É justamente por causa do reconhecimento da liberdade e da igualdade para todos os seres humanos que a personalidade se desvincula da teoria do *status* e passa a se identificar com a noção de capacidade, muitas vezes com poucas diferenciações, ou então utilizadas como sinônimos (em especial quando se trata da capacidade de gozo). Aqui estão diversos autores clássicos do direito civil como: Ludwig Ennecerus, Louis Josserand, Castán Tobeñas, García Maynez³⁰¹, Alfredo Orgaz³⁰² e Clóvis Beviláqua³⁰³. Aqueles que fazem algum tipo de distinção anunciam que a capacidade seria a medida da personalidade³⁰⁴, ou um dos atributos da personalidade³⁰⁵.

O próprio Adriano de Cupis (em obra clássica sobre os direitos da personalidade), entende que a personalidade jurídica significa o mesmo que capacidade jurídica e a define como “uma susceptibilidade de ser titular de direitos e obrigações.” Esta personalidade seria uma qualidade jurídica produto do direito positivo, sendo o ordenamento jurídico o responsável por atribuir aos homens a sua personalidade. O direito positivo pode, inclusive, atribuir a alguns apenas direitos e não obrigações. Ademais, acrescenta que embora o ordenamento seja o árbitro que decide sobre a atribuição ou não da personalidade jurídica, existem limites para isto, pois o mesmo não pode funcionar sem atribuir um mínimo de personalidade³⁰⁶.

Sobre esta coincidência entre personalidade e capacidade, Clara Maria Lima ressalta que com o passar do tempo as noções de personalidade e capacidade, antes distintas, foram se aproximando e misturando, até o ponto de todo ser humano ser considerado capaz de

Fundamentales en la teoría del derecho. In: _____. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2001, p. 172-180.

³⁰⁰ **Instituzioni di diritto privato**. 2 ed. Torino: UTET, 1997, p. 257.

³⁰¹ TALCIANI, Hernán Corral. El concepto jurídico de persona: una propuesta de reconstrucción unitaria. **Revista Chilena de Derecho**. Vol. 17, n. 02, p. 301-321. Santiago, 1990, p. 309.

³⁰² **Personas individuales**. Buenos Aires: Depalma, 1946, p. 173. Assim, “se llama capacidad jurídica o *capacidad de derecho* la aptitud que tiene la persona para ser titular de derechos e deberes. Esta aptitud, como se ha visto, constituye la nota esencial de la personalidad”. Tradução livre: “se chama capacidade jurídica ou capacidade de direito a aptidão que tem a pessoa para ser titular de direitos e deveres. Esta aptidão, como foi visto, constitui a nota essencial da personalidade”.

³⁰³ **Teoria geral do direito civil**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Rio, 1980, p. 72-73.

³⁰⁴ GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1957, p. 139; PUSSI, William Artur. **Personalidade jurídica do nascituro**. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2008, p. 31-32.

³⁰⁵ FRANÇA, Rubens Limongi. **Instituições de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 52-53. O autor afirma: “Personalidade é a *qualidade do ente que se considera pessoa*. A pessoa a possui desde o início até o fim da sua existência. Não assim a capacidade, que pode sofrer modificações profundas e em muitos casos deixar de existir. Essa modificação e essa falta entretanto não afetam a personalidade, que continua a mesma. Com efeito, a capacidade é *um dos atributos da personalidade*.”

³⁰⁶ **Os direitos da personalidade**. São Paulo: Quorum, 2008, p. 19-21.

direitos e obrigações³⁰⁷. Cumpre salientar que o Código Civil italiano não utiliza a expressão personalidade, tratando apenas da capacidade³⁰⁸, razão pela qual Guido Alpa define a capacidade jurídica como a “idoneità ad essere titolari di poteri e doveri giuridici”³⁰⁹, enquanto para o termo personalidade fica reservada uma perspectiva mais axiológica de proteção da pessoa humana³¹⁰.

Com o desenvolvimento mais aprofundado da teoria da relação jurídica e, conseqüentemente, do direito subjetivo, a personalidade passa a ser entendida como titularidade. Isso porque o direito subjetivo precisa de um protagonista, identificado com o sujeito de direitos³¹¹. A personalidade passa a significar a qualidade de ser pessoa que, por sua vez, é sinônimo de sujeito de direitos – o titular dos direitos subjetivos³¹².

Esta concepção não se desvincula daquela que iguala personalidade com capacidade, pois para ser sujeito de direitos ainda é preciso ter capacidade jurídica³¹³. A personalidade como titularidade apenas complementa, através da sistematização da teoria da relação jurídica, aquilo que já imperava na perspectiva civilista oitocentista.

Consoante Roxana Borges, esta concepção identifica a personalidade como um requisito para a pessoa ingressar no mundo jurídico e ser reconhecida como um sujeito de direitos e deveres. Meramente formal, essa noção não significa nada mais do que o ordenamento reconhecer a potencialidade da pessoa em ser sujeito de relações jurídicas e de adquirir direitos e deveres³¹⁴.

Contudo, estes não são os únicos pontos de vista em que a personalidade pode ser considerada, pois com a influência do personalismo jurídico e o reconhecimento da pessoa

³⁰⁷ **A tutela dos direitos da personalidade por meio da aplicabilidade direta do princípio da dignidade da pessoa humana nas relações de direito privado.** 159 f. Dissertação (Mestre. Área de concentração em Direito Privado) - Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2005, p. 30.

³⁰⁸ TALCIANI, Hernán Corral. El concepto jurídico de persona: una propuesta de reconstrucción unitaria. **Revista Chilena de Derecho.** Vol. 17, n. 02, p. 301-321. Santiago, 1990, p. 310.

³⁰⁹ **Instituzioni di diritto privato.** 2 ed. Torino: UTET, 1997, p. 266. Tradução livre: “idoneidade para ser titular de poderes e deveres jurídicos”.

³¹⁰ PERLINGIERI, Pietro; FEMIA, Pasquale. Nozioni introduttive e principi fondamentali. In: PERLINGIERI, Pietro. **Manuale di diritto civile.** 4 ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2003, p. 72.

³¹¹ TALCIANI, Hernán Corral. El concepto jurídico de persona: una propuesta de reconstrucción unitaria. **Revista Chilena de Derecho.** Vol. 17, n. 02, p. 301-321. Santiago, 1990, p. 311.

³¹² Tal ponto já foi desenvolvido no tópico “Pessoa, Estado e Direito: historiografia jurídica da pessoa humana”.

³¹³ TALCIANI, Hernán Corral. El concepto jurídico de persona: una propuesta de reconstrucción unitaria. **Revista Chilena de Derecho.** Vol. 17, n. 02, p. 301-321. Santiago, 1990, p. 311.

³¹⁴ **Direitos de personalidade e autonomia privada.** 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 9. Roxana Borges continua sua explanação afirmando que: “o conceito de personalidade jurídica esteve, dessa forma, ligado a um papel que o homem pudesse vir a exercer no mundo jurídico, a uma função que ele pudesse vir a ocupar em cada relação jurídica. Assim, o homem, ao ser dotado de personalidade jurídica, não era considerado ser humano dotado de dignidade, mas apenas como parte numa relação, um dos pólos num vínculo tecnicamente previsto que ligava um lado a outro, atribuindo a esses pólos direitos e deveres técnicos (jurídicos)”.

humana ontologicamente considerada, a personalidade jurídica ganha novos significados, mais consentâneos com a dignidade humana e com o livre desenvolvimento da personalidade.

1.2.1 A Personalidade Existencial e Axiológica: a pessoa humana ontológica como fundamento da personalidade

Para além de identificar a personalidade como titularidade (que também engloba a noção de capacidade), é possível identificar uma perspectiva axiológica e existencial da personalidade ligada à proteção da pessoa humana. Como bem define Gustavo Tepedino:

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 o ponto de vista estrutural (atinentes à estrutura das situações jurídicas subjetivas), em que a pessoa, tomada em sua subjetividade, identifica-se como o elemento subjetivo das situações jurídicas³¹⁵.

De outro ponto de vista, todavia, tem-se a personalidade como conjunto de características e atributos da pessoa humana, considerada como objeto de proteção por parte do ordenamento jurídico. A pessoa, vista deste ângulo, há de ser tutelada das agressões que afetam a sua personalidade, identificando a doutrina, por isso mesmo, a existência de situações jurídicas subjetivas oponíveis *erga omnes*³¹⁶.

Clara Maria Lima completa afirmando que o segundo ponto de vista da personalidade guarda relação com a proteção de um valor juridicamente tutelado, valor este decorrente da dignidade da pessoa humana. Assim, em meio à multiplicidade de sentidos atribuídos ao termo personalidade, é possível identificar tanto o significado de aptidão para ser sujeito de direitos, quanto a afirmação de um valor jurídico tutelado³¹⁷.

Por sua vez, com base neste raciocínio axiológico, Pietro Perlingieri explica que quando o objeto de tutela é a pessoa, faz-se mister considerar que esta constitui ao mesmo tempo

³¹⁵ Fazendo um panorama geral sobre o assunto Leonardo Galvani ressalta: “a noção de personalidade jurídica herdada da tradição romana acabou contemplando o homem não por sua luz interna ou por sua dignidade, mas tão somente em face das relações jurídicas materiais que praticava. Daí o *sujeito de direitos e deveres* das codificações privadas. A despeito de toda construção filosófica iluminista, moral e racional que tem seu ápice em Kant, a posituação do Direito alijou da pessoa suas concepções categóricas morais, axiológicas, históricas, psicológicas, para contemplá-la apenas como um suporte jurídico para validar as normas que agiam sobre a circulação e acumulação de riquezas, através dos bens dotados de economicidade, como delineado por Kelsen, em sua Teoria Pura do Direito” (**Personalidade jurídica da pessoa humana**: uma visão do conceito de pessoa no direito público e privado. Curitiba: Juruá, 2010, p. 27).

³¹⁶ A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: _____. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 29.

³¹⁷ **A tutela dos direitos da personalidade por meio da aplicabilidade direta do princípio da dignidade da pessoa humana nas relações de direito privado**. 159 f. Dissertação (Mestre. Área de concentração em Direito Privado) - Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2005, p. 39-40.

o sujeito titular do direito e ponto de referência objetivo. A pessoa não pode ser entendida de forma fracionada, mas deve ser tratada como um problema unitário, pois seu fundamentado é a unidade valorativa. Assim, “a personalidade, portanto, não é um direito, mas sim, um valor (o valor fundamental do ordenamento) e está na base de uma série aberta de situações existenciais, nas quais se traduz a sua incessantemente exigência mutável de tutela”³¹⁸.

Nesta mesma perspectiva, Fernanda Cantali defende a personalidade como um valor ético inerente à sua condição humana, formando um nexos orgânico entre personalidade e pessoa, sendo a capacidade apenas uma medida jurídica, concedida pelo ordenamento para que se possa realizar o valor da personalidade humana³¹⁹.

Analizando as diversas conotações da personalidade jurídica, Diogo Leite de Campos reconhece uma personalidade jurídica em sentido estrito, fundada pelos juristas romanos, comumente conhecida como a aptidão para ser sujeito de direitos e obrigações. Uma personalidade moral, resultado das influências do cristianismo ao discorrer sobre o homem como imagem e semelhança de Deus e, portanto, entendendo-o como uma singularidade irrepetível e com dignidade suprema, que se realiza na comunhão com os outros dando origem aos direitos das pessoas (direitos da personalidade)³²⁰. Em terceiro, uma personalidade política, enfatizando a liberdade do homem antes mesmo do seu relacionamento social³²¹.

Ao discorrer sobre o início da personalidade jurídica da pessoa humana e, conseqüentemente, do delicado assunto da personalidade do nascituro, Elimar Szaniawski depara-se ainda com dois conceitos de personalidade, um denominado de personalidade natural formal e outro rotulado de personalidade natural material. Para o nascituro, portador da personalidade natural formal, seriam reconhecidos somente os direitos da personalidade, enquanto para os que nascerem com vida, para além dos direitos da personalidade também

³¹⁸ **O direito civil na legalidade constitucional.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 764. Comentando a perspectiva do autor, Diogo Moureira discorre: “para Perlingieri a capacidade jurídica concebida no nascimento e que torna o homem sujeito de direito não se confunde com a personalidade, uma vez que esta é o aspecto dinâmico garantido ao homem no seu pleno e livre desenvolvimento” (**Pessoas e autonomia privada:** dimensões reflexivas da racionalidade e dimensões operacionais das pessoas a partir da teoria do direito privado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 223).

³¹⁹ **Direitos da personalidade:** disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 64.

³²⁰ No entender de Clara Maria Lima, embora a tutela concreta da personalidade tenha se iniciado com a *actio iniuriarum* romana e prevalecido até os movimentos iluministas, a construção da personalidade e da dignidade humana deve-se em grande monta ao cristianismo que proporcionou a tutela da personalidade moral e dos bens imateriais da pessoa humana (**A tutela dos direitos da personalidade por meio da aplicabilidade direta do princípio da dignidade da pessoa humana nas relações de direito privado.** 159 f. Dissertação (Mestre. Área de concentração em Direito Privado) - Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2005, p. 57).

³²¹ **Nós:** estudos sobre o direito das pessoas. Coimbra: Almedina, 2004, p. 23-55. Diogo Leite de Campos ainda afirma ser a personalidade moral é pressuposto para a personalidade política.

seriam concedidos os direitos patrimoniais, por serem considerados aptos a serem sujeitos de direito e obrigações. Todavia, o autor não concorda com tal posição, isso porque não pode ser dito que o nascituro possui apenas uma personalidade jurídica formal, enquanto a material fica atrelada ao nascimento com vida³²².

Para Elimar Szaniawski, quando o legislador coloca no art. 2º do Código Civil de 2003³²³ que a lei colocará a salvo os direitos do nascituro, este está considerando o nascituro como sujeito de direitos merecedor de tutela jurídica e, portanto, titular de personalidade jurídica única e independente, não havendo necessidade para maiores distinções, sendo que o nascimento com vida é requisito apenas para a aquisição da capacidade³²⁴.

No mesmo sentido é o entendimento de Silmara Chinellato. Depois de definir o nascituro como “aquele que está por nascer, já concebido”, a autora explica que o nascimento com vida consolida apenas os direitos patrimoniais, mas desde a concepção o nascituro já possui direitos da personalidade como direito à vida, à integridade física e psíquica, entre outros. Ademais, a teoria natalista (somente se adquirir personalidade jurídica após o nascimento com vida) e a teoria da personalidade condicional (reconhece a personalidade jurídica desde a concepção, mas a condiciona ao nascimento com vida) não resistem a uma interpretação sistemática, principalmente a favor dos direitos da personalidade³²⁵.

No intuito de esclarecer tal situação é preciso voltar ao pressuposto e fundamento da personalidade jurídica que é justamente a perspectiva ontológica de pessoa humana. Neste sentido, embora a personalidade seja definida através da tradicional fórmula de suscetibilidade de ser titular de direitos e deveres, esta não é uma categoria meramente formal, pois possui ainda um substrato ontológico, indicando que a definição de personalidade deve-se aproximar “da realidade que é o seu suporte”³²⁶. Assim, como já foi ressaltado na dimensão individual da pessoa humana, o reconhecimento ontológico implica em dizer que o ser humano será considerado pessoa mesmo que não consiga exercer as suas qualidades racionais e de liberdade. Sob este prisma o nascituro também é pessoa e, portanto, também possui personalidade jurídica desde a concepção.

Realizadas estas observações, é possível identificar que a personalidade jurídica é de tal complexidade que não pode ser reduzida a um único conceito, em especial àquele

³²² **Direitos de personalidade e sua tutela**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 67-68.

³²³ Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

³²⁴ **Direitos de personalidade e sua tutela**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 70.

³²⁵ Estatuto jurídico do nascituro: a evolução do direito brasileiro. In: CAMPOS, Diogo Leite de; CHINELLATO, Silmara J. de Abreu (coordenadores). **Pessoa humana e direito**. Coimbra: Almedina, 2009, p. 427-430.

³²⁶ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito civil: teoria geral**, vol. 1. 2ª ed. Coimbra: Coimbra, 2000, p. 71.

derivado do Direito Romano e consubstanciado na aptidão para ser sujeito de direitos e obrigações. Dentro de uma noção de personalidade jurídica *lato sensu*, a possibilidade de ser sujeito de direito e obrigações implica numa visão estritamente patrimonialista e estruturalista, não abarcando a totalidade de potencialidades trazidas pela pessoa humana³²⁷.

Neste sentido, levando em consideração a ontologia da pessoa, é possível classificar a personalidade jurídica *lato sensu* em: (i) personalidade axiológica; (ii) personalidade existencial; e (iii) personalidade jurídica patrimonialista.

A personalidade axiológica, por sua vez, ressalta a dimensão valorativa do personalismo jurídico ontológico como expressão máxima dentro do direito civil. Entende que a tutela da pessoa e da personalidade é um valor que pode, ainda, ser individualizado em uma infinidade de situações jurídicas subjetivas³²⁸.

Uma dessas primeiras individualizações é a personalidade entendida também como princípio do direito civil³²⁹. Por conseguinte, segundo Carlos Alberto da Mota Pinto, a personalidade da pessoa humana tem ligação direta com a dignidade da pessoa humana, indicando que atualmente todos os seres humanos devem ser necessariamente dotados de personalidade e titulares de um “círculo de direitos necessários; um conteúdo mínimo e imprescindível da esfera jurídica de cada pessoa” – os direitos da personalidade³³⁰.

No mesmo sentido é o entendimento de Menezes Cordeiro que, após alocar a personalidade como um dos institutos civis gerais, afirma a importância dos direitos e deveres da personalidade como uma das bases de proteção da pessoa humana³³¹. Assim sendo, não se

³²⁷ Sobre a insuficiência de uma noção estrita da personalidade jurídica, Leonardo Galvani explica: “o presente trabalho identifica como causa para esse engessamento a noção ‘estreita’ de personalidade jurídica, instituto elaborado para o direito privado da mais alta índole patrimonial burguesa, e aponta uma solução para esse problema baseado na hipótese de que a noção de personalidade jurídica deve transcender às amarras técnicas do Código Civil Brasileiro e do ambiente privado, para abranger não só as relações jurídicas patrimoniais que se encerram no universo do *ter*, mas também para, efetivamente, incluir todas as situações jurídicas que se situam no cosmos do *ser*. Para tanto, será necessário desenvolver uma noção ‘dilatada’ de personalidade jurídica, ou uma personalidade jurídica *estendida* (...)” (**Personalidade jurídica da pessoa humana**: uma visão do conceito de pessoa no direito público e privado. Curitiba: Juruá, 2010, p. 31).

³²⁸ PERLINGIERI, Pietro; FEMIA, Pasquale. Nozioni introduttive e principi fondamentali. In: PERLINGIERI, Pietro. **Manuale di diritto civile**. 4 ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2003, p. 72. Sobre a personalidade como valor vide ainda: CANTALI, Fernanda Borghetti. **Direitos da personalidade**: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 64; LIMA, Maria Clara Lindoso e. **A tutela dos direitos da personalidade por meio da aplicabilidade direta do princípio da dignidade da pessoa humana nas relações de direito privado**. 159 f. Dissertação (Mestre. Área de concentração em Direito Privado) - Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2005, p. 39-40.

³²⁹ Embora não se possa dizer que valores e princípios são sinônimos, é assente na doutrina a relação entre as duas categorias, sobretudo afirmando que os princípios possuem uma alta densidade axiológica. Para uma diferenciação entre valores e princípios que predomina na doutrina vide: ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 144 e ss.

³³⁰ **Teoria geral do direito civil**. 3 ed. Coimbra: Coimbra, 1999, p. 86-87.

³³¹ **Tratado de direito civil português**: vol. I, parte geral, tomo I. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2011, p. 372.

pode confundir personalidade com capacidade, pois a proteção da personalidade guarda relação com o aspecto dinâmico para a garantia do livre desenvolvimento da pessoa³³².

É dessa relação entre personalidade como valor e como princípio que surge a personalidade existencial identificada na necessidade de proteção dos atributos e dos bens mais essenciais para a proteção da pessoa humana. Segundo Roxana Borges, os atributos da personalidade são incluídos na categoria de bens jurídicos em sentido amplo, podendo ser objeto das relações ou das situações jurídicas³³³.

Em particular, é preciso destacar que os direitos da personalidade não são exclusivos da categoria de direitos subjetivos, pois podem ser realizados de outras formas – através da ação e omissão de terceiros –, colocando os atributos da personalidade na classificação mais geral de situações jurídicas subjetivas existências, da qual o direito subjetivo figura como espécie³³⁴.

Para Capelo de Sousa a personalidade é configurada por uma unidade de relação entre o físico, o psíquico e o ambiental, composta por diversos elementos internos à pessoa e também ambientais que “se fundem em um conjunto que os ultrapassa, os referencia e os projecta e que em si mesmo tem uma dinâmica própria”³³⁵.

Justamente neste aspecto dinâmico da personalidade que ganha relevância a proteção dos direitos da personalidade para o “ser e vir-a-ser” da pessoa, contribuindo, assim, para a formação e desenvolvimento da personalidade humana que tem precedência sobre a tutela patrimonial³³⁶.

Neste diapasão é que, para além de bens da pessoa humana, os direitos da personalidade representam os “modos de ser” físicos, psíquicos e morais³³⁷ da personalidade existencial. A personalidade, então, é a maneira de ser da pessoa humana, a projeção da pessoa para o mundo exterior³³⁸. Cada direito da personalidade representa um modo ser da pessoa³³⁹,

³³² PERLINGIERI, Pietro; STANZIONE, Pasquale. Persone fisiche e persone giuridiche. In: PERLINGIERI, Pietro. **Manuale di diritto civile**. 4 ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2003, p. 112.

³³³ **Direitos de personalidade e autonomia privada**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 43.

³³⁴ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. Aspectos gerais dos direitos da personalidade. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. **Manual de teoria geral do direito civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 230-231.

³³⁵ **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Coimbra, 1995, p. 199.

³³⁶ CUNHA, Alexandre dos Santos. **A normatividade da pessoa humana: o estatuto jurídico da personalidade e o Código Civil de 2002**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 64.

³³⁷ PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria geral do direito civil**. 3 ed. Coimbra: Coimbra, 1999, p. 87.

³³⁸ SESSAREGO, Carlos Fernández. ¿Qué es ser “persona” para el Derecho?. **Revista de Derecho PUCP**. n. 54, p. 289-333. Lima, 2001, p. 300. A tese do autor é válida, mas não leva necessariamente à conclusão do mesmo, pois entender a personalidade como o modo de ser da pessoa não leva a considerar errônea a terminologia “direitos da personalidade” substituindo-a por “direitos da pessoa”.

³³⁹ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito civil: teoria geral**, vol. 1. 2ª ed. Coimbra: Coimbra, 2000, p. 90.

e a individualiza perante os demais, devendo ser ressaltado o papel do livre desenvolvimento da personalidade na configuração destes modos de ser.

E por fim, dado a prevalência do ser sobre o ter, fica a personalidade jurídica patrimonial. Esta remonta ao conceito de personalidade como titularidade. Considera a pessoa como sujeito de direitos apto a ser titular de direitos e deveres (ou obrigações para alguns). Deve o seu significado à construção do Direito Romano até a sistematização da teoria da relação jurídica, aproximando-se do conceito normativo de pessoa do oitocentismo e da noção de capacidade, como já foi explicado.

Esta classificação, que leva em consideração as diversas conotações da personalidade, não indica que a personalidade axiológica, a personalidade existencial e a personalidade patrimonial não tenham nenhuma espécie de relação. Afinal, como já foi ressaltado, a personalidade como valor constitui a base de proteção da pessoa humana, inclusive para fundamentar a atipicidade dos direitos da personalidade³⁴⁰, relacionando-se, assim, com a personalidade existencial.

Por sua vez, a personalidade axiológica e a existencial também modificam a forma de pensar a personalidade jurídica patrimonial e vice-versa. Em primeiro lugar, tem-se que as situações patrimoniais, mesmo que indiretamente, estão funcionalizadas à realização da dignidade humana³⁴¹ e do livre desenvolvimento da personalidade. Em segundo lugar, é preciso ter em mente que não existe realização da existencialidade sem um mínimo de patrimônio para garantir uma vida digna³⁴². Assim, como bem observa Emmanuel Mounier:

[...] uma subjetividade pura é impensável para o homem. Para a pessoa é necessidade elementar o dispor de um certo número de objetos com os quais, um pouco como acontece com as outras pessoas, se vá familiarizando com o correr do tempo e o hábito. Afirmar-se é, antes de tudo, ter espaço. É, pois, preciso que não oponhamos demasiado o *ter* e o *ser*, como duas atitudes existenciais entre as quais fosse preciso escolher. Pensemos antes em dois pólos, no meio dos quais a existência está compreendida. Não é possível ser sem ter, embora nosso ser seja infinita capacidade de ter, não seja nunca esgotável pelo que tem e o ultrapasse em muito pelo seu significado [...]. Neste sentido, a propriedade, tal como a intimidade, é exigência concreta da pessoa³⁴³.

³⁴⁰ PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 764.

³⁴¹ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; KONDER, Carlos Nelson. Situações jurídicas dúplices: controvérsias na nebulosa fronteira entre patrimonialidade e extrapatrimonialidade. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. **Diálogos sobre direito civil** – volume III. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 8.

³⁴² FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

³⁴³ **O personalismo**. São Paulo: Centauro, 2004, p. 62.

Em terceiro lugar, a consideração da personalidade existencial modifica a forma de pensar as incapacidades previstas no art. 3º e art. 4º do Código Civil brasileiro³⁴⁴. Por certo que o agente capaz é requisito geral de validade do negócio jurídico³⁴⁵, pois para ser válido é preciso que o “suporte fático” esteja de acordo com o ordenamento jurídico³⁴⁶, no caso do Brasil, de acordo com o art. 104, inciso I do CCb³⁴⁷. Todavia, as incapacidades acima previstas são direcionadas para questões patrimoniais e não para as situações jurídicas subjetivas existenciais que envolvem a autonomia privada.

Para Rose Melo Meirelles a incapacidade não pode ser vista como um obstáculo ao livre desenvolvimento da personalidade, uma vez que deve ser conferido ao incapaz a possibilidade de expressar a sua vontade sempre que este já tiver discernimento suficiente, pois em atos relativos a situações existenciais não poderá haver uma substituição total do representado pelo seu representante³⁴⁸. O ato de autodeterminação deve ser consentido pela própria pessoa, cabendo a esta decidir sobre o exercício dos seus direitos da personalidade³⁴⁹.

Os atos relativos a direitos da personalidade não devem ser avaliados por meio da capacidade negocial, mas sim pela capacidade de entendimento que leva em consideração a maturidade e educação da pessoa, devendo ser avaliada em cada caso³⁵⁰. Neste sentido, as incapacidades previstas no Código Civil resolvem os problemas concernentes à proteção patrimonial da pessoa, todavia não podem ser utilizadas quando está em jogo a perspectiva existencial da personalidade.

³⁴⁴ Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:

I - os menores de dezesseis anos;

II - os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;

III - os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer:

I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

II - os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido;

III - os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo;

IV - os pródigos.

Parágrafo único. A capacidade dos índios será regulada por legislação especial.

³⁴⁵ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 43.

³⁴⁶ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano de validade. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 37.

³⁴⁷ Art. 104. A validade do negócio jurídico requer:

I - agente capaz;

³⁴⁸ MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Autonomia privada e dignidade humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 223-225.

³⁴⁹ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Saúde, corpo e autonomia privada**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 161.

³⁵⁰ Sobre a capacidade de entendimento vide: PUSSI, William Artur. **Personalidade jurídica do nascituro**. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2008, p. 45-46.

1.3 Pessoa Humana: sujeito das relações jurídicas, finalidade última do direito e fundamento da personalidade

A superação do paradigma do sujeito de direitos para o paradigma da pessoa concreta não indica uma total descontinuidade³⁵¹, não existe um total abandono de um paradigma a partir da assunção de outro. Neste sentido, um conceito normativo e abstrato de pessoa ainda é necessário, muito embora é preciso reconhecer que a ontologia da pessoa humana é o fundamento da realidade jurídica e conceito chave da ciência do Direito, razão pela qual entende-se que toda pessoa considerada singularmente já possui direitos e deveres³⁵², principalmente direitos humanos, direitos fundamentais e direitos da personalidade.

Neste diapasão, o conceito dogmático normativo de pessoa como “centro de imputação” abrange tanto a pessoa singular (humana) quanto a pessoa jurídica (coletiva ou moral, a depender do país). Para Menezes Cordeiro o homem sempre será o destinatário das normas jurídicas, seja de forma direta (pessoa singular) ou de forma indireta e coletiva, por meio das pessoas jurídicas³⁵³. O homem sempre será o sujeito de direitos, seja considerado de forma individual ou enquanto corpos coletivos³⁵⁴. Assim, mesmo de forma coletiva, o que está em consideração, como destinatário final, é o ser humano com a sua individualidade, sua sociabilidade e sua dimensão ambiental.

Além de considerar um conceito normativo de pessoa que privilegie o ser humano como destinatário central e ontológico das normas jurídicas, é preciso dizer que a figura do sujeito de direitos não foi abandonada. Sobretudo, como explica Pietro Perlingieri e Pasquale Stanzone, é preciso afirmar que tanto o termo “sujeito”, quanto “pessoa” são expressões da subjetividade. O primeiro se refere a uma questão mais estrutural, enquanto o segundo assume um significado de conteúdo, ou seja, a pessoa na sua individualidade, nas relações com os outros³⁵⁵ e na sua relação com o meio ambiente.

Como reflexo da pós-modernidade, o sujeito de direito ganhou novo significado, multiplicou-se em diversos sujeitos individuais, homogêneos, coletivos e difusos³⁵⁶. Os novos

³⁵¹ RODOTÀ, Stefano. **Il diritto di avere diritti**. Roma-Bari: Laterza, 2012, p. 178.

³⁵² HOYOS, Ilva Myriam. La dimensión jurídica de la persona humana. **Persona y Derecho**: revista de fundamentación de las instituciones jurídicas y de derechos humanos. N. 26, p. 159-187. Navarra, jan./dez, 1992, p. 187.

³⁵³ CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de direito civil português**: parte geral, tomo III. Coimbra: Almedina, 2004, p. 517-518.

³⁵⁴ HERVADA, Javier. **Crítica introdutória ao direito natural**. Porto: Resjurídica, 1990, p. 107.

³⁵⁵ Persone fisiche e persone giuridiche. In: PERLINGIERI, Pietro. **Manuale di diritto civile**. 4 ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2003, p. 111.

³⁵⁶ MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 126.

sujeitos de direitos não deixam de levar em consideração o contexto das relações sociais tomadas pelas pessoas³⁵⁷. O sujeito agora não é mais o virtual, é o sujeito real (ontológico), considerado em suas especificidades e já portador inato de direitos fundamentais e direitos da personalidade.

Esta passagem só foi possível graças à força do personalismo como corrente filosófica e jurídica que influenciou (e influencia) tanto o direito constitucional quanto o direito civil a partir de meados do século XX. A pessoa ontologicamente considerada nas suas dimensões individual (em relação consigo mesma), social (em relação com as outras pessoas) e ambiental (em relação com o meio ambiente – biosfera) representa um ideal de proteção e promoção a ser seguido pelo Direito, afinal, como bem observa Sessarego, a pessoa é criadora, protagonista e destinatária das normas jurídicas³⁵⁸. A pessoa é o fim último do direito e deve estar no centro do seu agir.

Isto acaba por modificar, também, a tradicional concepção de personalidade jurídica como mera suscetibilidade para ser titular de direitos e deveres. Por levar em consideração o valor da pessoa humana e de sua personalidade, o ordenamento reconhece as situações jurídicas existenciais mais caras à pessoa, consubstanciadas nos chamados direitos da personalidade, sem excluir uma tutela global da pessoa por meio de uma cláusula geral³⁵⁹. É justamente a tutela integral da personalidade da pessoa, tal como acontece no Código Civil português³⁶⁰, que permite a abertura ôntica do sistema jurídico³⁶¹ para a essência da pessoa humana, rompendo com a perspectiva meramente formalística da personalidade jurídica patrimonial.

Estes direitos da personalidade, para além da importância como bens jurídicos a serem protegidos, representam a repersonalização do direito civil e a valorização dos modos de ser da pessoa humana³⁶². A personalidade, como exteriorização do modo ser da pessoa, é protegida por meio das situações jurídicas subjetivas existenciais.

³⁵⁷ FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 213.

³⁵⁸ ¿Qué es ser “persona” para el Derecho?. **Revista de Derecho PUCP**. n. 54, p. 289-333. Lima, 2001, p. 326.

³⁵⁹ Os direitos da personalidade e a cláusula geral de tutela da pessoa humana serão abordados em capítulo específico.

³⁶⁰ Sobre o Código Civil português, Diogo Gonçalves escreve: “A questão prévia dos direitos de personalidade e, de forma mais abrangente, da própria tutela da personalidade humana é, para nós, uma questão substantiva. O art. 70.º do C.C. – concretizando uma tutela geral da personalidade – revela-se uma verdadeira porta aberta onde toda a densidade ôntica da pessoa humana irrompe pelo sistema e pela realidade normativa” (**Pessoa e direitos da personalidade**: fundamentação ontológica de tutela. Coimbra: Almedina, 2008, p. 14).

³⁶¹ Sobre o papel da cláusula geral e sistema jurídico aberto vide: CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 4ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2008, p. 142 e ss.

³⁶² Para Paulo Mota Pinto: “designa-se, assim, um conjunto de direitos subjectivos que incidem *sobre a própria pessoa ou sobre alguns fundamentais modos de ser*, físicos ou morais, da personalidade, e que inerem, portanto,

Mais do que isto. Levando em consideração a dimensão ontológica individual e o seu aspecto dinâmico, tem-se que a pessoa, utilizando-se do exercício da liberdade a ela inerente, pode decidir em relação aos seus diversos modos de ser (personalidade) e construir a sua própria biografia. A construção da personalidade é parte da realidade ontológica da pessoa que não pode ser ignorada pelo Direito, cabendo a este a sua proteção e promoção, reclamando, assim, o reconhecimento de um direito ao livre desenvolvimento da personalidade.

à pessoa humana – são direitos das pessoas que tutelam os bens ou interesses da própria personalidade. Os direitos da personalidade exprimem, na conhecida fórmula de Adriano de Cupis, ‘o *minimum* necessário e imprescindível do conteúdo da personalidade’.” (Notas sobre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e os direitos de personalidade no direito português. In: Sarlet, Ingo Wolfgang. **A constituição concretizada**: construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 62).

2 DIREITO AO LIVRE DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE

Ao perguntar “o que é a nossa vida, minha vida?”, José Ortega y Gasset explica que seria inocente responder a tal pergunta apenas com elementos biológicos, falando de células, sistema nervoso entre outros. Vida “é o que somos e o que fazemos”³⁶³. Se não somos livres para escolher o mundo em que viemos – pois não podemos eleger o mundo em que iremos nascer –, por outro lado a vida está sempre aberta a várias possibilidades a serem seguidas. Viver é se deparar como um horizonte ilimitado, como uma variedade de possibilidades em que a pessoa pode eleger e, assim, exercitar a sua liberdade. O homem faz parte de uma realidade na qual tem que escolher o seu próprio ser³⁶⁴. A vida não é algo pré-fixado como a trajetória de uma bala disparada por uma arma de fogo que é determinada pela pólvora e pela pontaria³⁶⁵, viver é sempre decidir aquilo que vamos ser³⁶⁶.

Stuart Mill, ao analisar os limites do poder que pode ser exercido pela sociedade sobre o indivíduo, reconhece a necessidade de uma proteção contra a prevalência da opinião e sentimentos da maioria tendente a prevenir a formação de qualquer individualidade e personalidade que não estejam em harmonia com os ditames da maioria³⁶⁷. Para ele a liberdade pressupõe a possibilidade de moldar os planos de vida à personalidade de cada um³⁶⁸. O livre desenvolvimento da individualidade é condição essencial para o bem-estar, cabendo ao ser humano encontrar quais as experiências que se amoldam às suas próprias circunstâncias e personalidade³⁶⁹.

Neste diapasão, as expressões “autonomia”, “liberdade”, “autodeterminação” e “livre opção”, apesar de não serem exatamente sinônimas, possuem sentidos que, de uma

³⁶³ ¿Qué es filosofía? 4ª ed. Madrid: Revista de Occidente, 1965, p. 228-229.

³⁶⁴ *El hombre y la gente*. Madrid: Revista de Occidente, 1957, p. 65-67.

³⁶⁵ ¿Qué es filosofía? 4ª ed. Madrid: Revista de Occidente, 1965, p. 236.

³⁶⁶ ¿Qué es filosofía? 4ª ed. Madrid: Revista de Occidente, 1965, p. 240. Em relação ao livre desenvolvimento da personalidade Paulo Otero afirma: “Há na ideia de desenvolvimento da personalidade, paralelamente, a expressão da dinâmica evolutiva da individualidade do ser humano até o seu derradeiro momento de vida, podendo conformar ou modelar a sua própria existência: o livre desenvolvimento da personalidade traduz a ideia de Ortega y Gasset de que a vida é um possibilidade sempre aberta – ‘viver é constantemente decidir o que vamos fazer’ e a garantia do livre desenvolvimento da personalidade assegura a cada ser humano a possibilidade de, configurando ou moldando livremente a sua existência, escolher o seu próprio ser” (**Direito constitucional português**: vol. I – identidade constitucional. Coimbra: Almedina, 2010, p. 42).

³⁶⁷ On liberty. In: MILL, John Stuart. **On liberty and other essays**. Oxford: Oxford University Press, 1998, p. 9.

³⁶⁸ On liberty. In: MILL, John Stuart. **On liberty and other essays**. Oxford: Oxford University Press, 1998, p. 17.

³⁶⁹ On liberty. In: MILL, John Stuart. **On liberty and other essays**. Oxford: Oxford University Press, 1998, p. 63-65.

maneira ou de outra, convergem na explicação do direito ao livre desenvolvimento da personalidade³⁷⁰.

Extremamente relacionado com a dignidade da pessoa humana, o livre desenvolvimento da personalidade denota, em uma aproximação inicial, a possibilidade da pessoa realizar as escolhas referentes à construção do seu próprio projeto de vida, levando em consideração a sua percepção de vida boa. É a pessoa quem decide, livremente, sobre a configuração do(s) seu(s) modo(s) de ser (personalidade).

É possível identificar a origem deste direito no reconhecimento da “busca da felicidade” na Declaração de Independência do Estados Unidos da América em 1776³⁷¹. No preâmbulo desta declaração consta: “We hold these truths to be self-evident, that all men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalienable Rights, that among these are Life, Liberty and the pursuit of Happiness”³⁷².

O preâmbulo da declaração não era entendido apenas como uma retórica vazia, pois representava os fundamentos para os futuros governos dos Estados Unidos³⁷³ a partir do reconhecimento de direitos naturais básicos. Assim, em 1935 Charles Maurice Wiltse, observando as origens do conceito de felicidade a partir de Locke, Cesare Beccaria e Jeremy Bentham, concluiu que

The happiness principle is undoubtedly the most significant feature of Jefferson’s theory of rights, for it raises government above the mere negative function of securing the individual against the encroachments of others. By recognizing a right to the pursuit of happiness, the state is committed to aid its citizens in the constructive task of obtaining their desires, whatever they may be. It should also noted that this principle is universal, and therein is distinct from the hedonistic maxim of Bentham. The state is to secure, not merely the greatest happiness of the greatest number, but so far as possible the greatest happiness of all its citizens whatever their condition³⁷⁴.

³⁷⁰ CASTRO, Luis Martínez Vázquez de. **El principio de libre desarrollo de la personalidad en el ámbito privado**. Madrid: Civitas, 2010, p. 21-22; FERRER, Anabella Del Moral. El libre desarrollo de la personalidad en la jurisprudencia constitucional colombiana. **Cuestiones Jurídicas**. Vol. VI, n. 2, p. 63-96. Maracaibo (Venezuela), julio-diciembre, 2012, p. 68.

³⁷¹ SÁNCHEZ, Rogelio López. El tardío desarrollo de la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad en el Estado Constitucional mexicano. **Derecho en Libertad**. n. 03, p. 127-151. México, julio-diciembre, 2009, p. 140-141.

³⁷² Tradução livre: “Consideramos estas verdades como auto evidentes, que todos os homens são criados iguais, dotados pelo Criador de certos direitos inalienáveis, dentre eles a vida, a liberdade e a busca da felicidade”.

³⁷³ CHARLES, Patrick J. Restoring “life, liberty, and pursuit of happiness” in our constitutional jurisprudence: an exercise in legal history. **William & Mary Bill of Rights Journal**. Vol. 20, n. 2, p. 456-532. Williamsburg, 2011, p. 464-465.

³⁷⁴ Apud CHARLES, Patrick J. Restoring “life, liberty, and pursuit of happiness” in our constitutional jurisprudence: an exercise in legal history. **William & Mary Bill of Rights Journal**. Vol. 20, n. 2, p. 456-532. Williamsburg, 2011, p. 472. Tradução livre: “O princípio da felicidade é, sem dúvida, a característica mais importante da teoria dos direitos de Jefferson, pois eleva governo acima da mera função negativa de proteger o indivíduo contra as invasões de outros. Ao reconhecer o direito à busca da felicidade, o Estado tem o compromisso de ajudar seus cidadãos na tarefa construtiva de obtenção de seus desejos, sejam eles quais forem.

Tal interpretação vem baseada na perspectiva do judiciário norte americano do século XVIII em que a liberdade de ação era presumida, pois qualquer limitação da liberdade requer uma justificativa³⁷⁵.

Apesar das discussões sobre a busca da felicidade, a Constituição dos Estados Unidos de 1787 não inclui no seu corpo textual referência expressa a tal direito, fazendo com que a doutrina e a jurisprudência tratassem a busca da felicidade como um direito implícito no princípio democrático ou incluído pela nona emenda constitucional, que funciona como uma cláusula de abertura para direitos não expressos³⁷⁶.

Com relação ao livre desenvolvimento da personalidade, Joyceane Menezes e Rogério Martins, após refutar o papel do Direito para assegurar uma perspectiva psicanalítica de felicidade como ausência de sofrimento, argumentam que é possível assegurar uma busca da felicidade por meio da autonomia da pessoa que lhe garante o desenvolvimento de suas potencialidades em favor daquilo que lhe traz prazer e em desfavor do que lhe perturba. A autonomia é, assim, uma necessidade para a busca da autorrealização e bem-estar da pessoa³⁷⁷, pressupondo um direito ao livre desenvolvimento da personalidade.

Para os autores, não é possível a garantia de um direito a ser feliz, todavia o Direito pode trabalhar para a emancipação da pessoa humana, impulsionando-a na direção da felicidade, por meio da efetivação da autonomia, dos direitos individuais, sociais, coletivos e políticos³⁷⁸. O livre desenvolvimento da personalidade abrange a escolha existencial sobre a vida boa e feliz.

Apesar deste direito ter encontrado na Alemanha a sua devida construção jurisprudencial e doutrinária, não foi a Lei Fundamental de Bonn a primeira a falar sobre o livre desenvolvimento da personalidade. Embora com uma expressão um pouco diferente, foi a

Também deve-se notar que este princípio é universal, e é aí que se distingue da máxima hedonista de Bentham. O Estado deve garantir não apenas a maior felicidade do maior número, mas na medida do possível a maior felicidade de todos os seus cidadãos, independentemente da sua condição”.

³⁷⁵ CHARLES, Patrick J. Restoring “life, liberty, and pursuit of happiness” in our constitutional jurisprudence: an exercise in legal history. **William & Mary Bill of Rights Journal**. Vol. 20, n. 2, p. 456-532. Williamsburg, 2011, p. 502. Muito embora, como bem observa Naomi Wulf, com o passar do tempo o conceito de felicidade passou a ser identificado com o de bom governo (Liberty (the pursuit of) happiness and the anxious democrat: conflicting views of liberalism in the early republic. **Cercles**. n. 17, p. 1-17. França, 2007, p. 1-2).

³⁷⁶ CHARLES, Patrick J. Restoring “life, liberty, and pursuit of happiness” in our constitutional jurisprudence: an exercise in legal history. **William & Mary Bill of Rights Journal**. Vol. 20, n. 2, p. 456-532. Williamsburg, 2011, p. 517-520.

³⁷⁷ O direito à busca da felicidade: filosofia, biologia e cultura. **Novos Estudos Jurídicos**. Vol. 18, n. 3, p. 474-491. Itajaí, set-dez, 2013, p. 484

³⁷⁸ O direito à busca da felicidade: filosofia, biologia e cultura. **Novos Estudos Jurídicos**. Vol. 18, n. 3, p. 474-491. Itajaí, set-dez, 2013, p. 486

Constituição italiana de 1947 no art. 2 e art. 3 que reconheceu a existência de um pleno desenvolvimento da pessoa humana:

Art. 2 – La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell’uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove *si svolge la sua personalità*, e richiede l’adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale.

Art. 3 – Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali.

È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l’eguaglianza dei cittadini, *impediscono il pieno sviluppo della persona umana* e l’effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all’organizzazione politica, economica e sociale del Paese³⁷⁹ (Grifos nossos).

Posteriormente, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 também trouxe como direito humano o livre desenvolvimento da personalidade nos artigos 22, 26 e 29, relacionando-o com a dignidade da pessoa humana, com a educação e com os deveres:

Art. 22 – Toda pessoa, como membro da sociedade, tem direito à segurança social e à realização, pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e *ao livre desenvolvimento da sua personalidade*.

[...]

Art. 26 – A educação deve visar à *plena expansão da personalidade humana* e ao reforço dos direitos do homem e das liberdades fundamentais e deve favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e todos os grupos raciais ou religiosos, bem como o desenvolvimento das atividades das Nações Unidas para a manutenção da paz.

[...]

Art. 29 – Toda pessoa tem deveres para com a comunidade, em que o *livre e pleno desenvolvimento de sua personalidade* é possível (Grifos nossos).

Apenas em 1949 que o livre desenvolvimento da personalidade foi reconhecido como direito fundamental de liberdade pela Lei Fundamental de Bonn no bastante citado art. 2, § 1º: “Todos têm o direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade, desde que não violem os direitos de outros e não atentem contra a ordem constitucional ou a lei moral”.

³⁷⁹ Tradução livre: “Art. 2 - A República reconhece e garante os direitos invioláveis do homem, como indivíduo ou nas formações sociais *onde ele desenvolve sua personalidade*, e exige o cumprimento dos deveres obrigatórios de solidariedade política, econômica e social.

Art. 3 - Todos os cidadãos têm igual dignidade social e são iguais perante a lei, sem distinção de sexo, de raça, de língua, de religião, de opinião política, de condições pessoais e sociais.

É tarefa da República remover os obstáculos de natureza econômica e social que, restringindo de fato a liberdade e a igualdade dos cidadãos, *impedem o pleno desenvolvimento da pessoa humana* e a efetiva participação de todos os trabalhadores na vida política, econômica e social do país”.

Embora não tenha sido a primeira constituição a reconhecer tal direito, a jurisprudência germânica possui o mérito de ter sido a primeira a desenvolver uma maior normatividade em relação ao livre desenvolvimento da personalidade, interpretando-o em conjunto com a dignidade da pessoa humana, fundamentando um direito geral da personalidade e um direito à liberdade geral de ação³⁸⁰. O primeiro concernente à proteção dos direitos da personalidade, típicos e atípicos, e o segundo abrangendo a liberdade de se fazer ou deixar de fazer o que quiser.

Na Constituição Espanhola de 1978 o desenvolvimento da personalidade foi positivado como um dos princípios fundamentais ao lado da dignidade da pessoa no art. 10.1: “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”³⁸¹. A importância da doutrina e jurisprudência da Espanha está na consideração do livre desenvolvimento da personalidade como um princípio e não como um direito fundamental, merecendo, assim, maiores atenções ao se desvincular da concepção germânica em que este direito é simultaneamente um princípio e um direito fundamental.

Com a pretensão de universalidade da Declaração Universal dos Direitos Humanos e a grande influência do direito alemão, o livre desenvolvimento da personalidade atravessou o Atlântico e passou a figurar na Constituição colombiana de 1991 como direito fundamental em seu art. 16: “Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico”³⁸².

Na América Latina este direito ainda está previsto no art. 25 da Constituição do Paraguai (1992), no art. 20 da Constituição da Venezuela (1999) e no art. 66 § 5º da Constituição

³⁸⁰ BARBOSA-FOHRMANN, Ana Paula. **A dignidade humana no direito constitucional alemão**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 37. Deste modo: “O BVerfG e a posição majoritária da literatura entendem, por um lado, o direito fundamental do art. 2, §1º da LF como liberdade geral de ação; por outro, como direito geral de personalidade. O Tribunal Constitucional desenvolveu o direito de personalidade do art. 2º, §1º da LF em conexão com o art. 1º, §1º da LF [dignidade humana] com base nas seguintes razões: 1) Por um lado, o direito de personalidade não trata só de um campo de um campo definido da vida, mas de todos. Nesse primeiro sentido, ele é uma decorrência do direito geral de ação. Por outro lado, protege mais ‘o indivíduo em sua qualidade como sujeito (*den einzelnen in seiner Qualität als Subjekt*)’ do que seu comportamento. Nesse segundo sentido, é resultado do art. 1º, §1º.2. A conexão entre o art. 2º, §1º com o art. 1º, §1º da LF é estabelecida da seguinte forma: ‘o art. 2º, I protege primariamente o desenvolvimento dinâmico da própria forma de vida; o art. 1º, I garante, antes de tudo, a ‘proteção pelo Estado da existência’ do projeto de vida.”

³⁸¹ Tradução livre: “A dignidade, os direitos invioláveis que lhe são inerentes, o livre desenvolvimento da personalidade, o respeito pela lei e pelos direitos dos outros são os fundamentos da ordem política e da paz social”.

³⁸² Tradução livre: “Todas as pessoas têm direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade sem mais limitações que as impostas pelos direitos dos outros e o ordenamento jurídico”.

do Equador (2008)³⁸³. Em 2008 também houve uma alteração na Constituição mexicana de 1917 para incluir o livre desenvolvimento da personalidade no seu art. 19³⁸⁴.

Na Europa, mais recentemente, tem-se a inclusão deste direito fundamental na Constituição da República Portuguesa por meio da revisão constitucional de 1997 que alterou o art. 26, n. 1³⁸⁵.

Na Constituição Federal brasileira de 1988 não existe previsão expressa a respeito do direito ao livre desenvolvimento. Isso não indica que este direito não faça parte do sistema jurídico brasileiro, mas apenas demanda uma argumentação jurídica no sentido de definir a sua estrutura, função, limites e seu reconhecimento como direito fundamental atípico a partir do art. 5º, § 2º da Constituição e do princípio da dignidade da pessoa humana.

2.1 Terminologia e Estrutura do Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade

Foi possível observar, no âmbito do constitucionalismo mundial e da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que o direito ao livre desenvolvimento da personalidade pode aparecer seguindo diversas formulações. Por conseguinte, é preciso deixar claro a razão da terminologia aqui adotada.

Com exceção de alguns países orientais como Japão³⁸⁶ e Coreia do Sul³⁸⁷ que consagraram a expressão “busca da felicidade” em suas respectivas constituições, os demais

³⁸³ BADILLA, Kevin Johan Villalobos. **El derecho humano al libre desarrollo de la personalidad**. 360 f. Tesis de licenciatura em Derecho. Universidad de Costa Rica, San José, 2006, p. 163-168. O autor ainda ressalta a inclusão do libre desenvolvimento da personalidade nas constituições da Ucrânia, República Dominicana, Etiópia, Senegal, República Democrática do Congo, Costa do Marfim e Turquia.

³⁸⁴ Art. 19: “(...) El juez ordenará la prisión preventiva, oficiosamente, en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, trata de personas, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud”. Tradução livre: “O juiz ordenará a prisão preventiva, de ofício, em casos de crime organizado, homicídio doloso, estupro, sequestro, tráfico de pessoas, crimes cometidos por meios violentos, tais como armas e explosivos, assim como delitos graves previstos na lei contra a segurança da nação, o livre desenvolvimento da personalidade e da saúde.”

³⁸⁵ Art. 26, n. 1: “a todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva de intimidade da vida privada e familiar e à proteção legal contra quaisquer formas de discriminação.”

³⁸⁶ Art. 13 – “All of the people shall be respected as individuals. Their right to life, liberty, and the pursuit of happiness shall, to the extent that it does not interfere with the public welfare, be the supreme consideration in legislation and in other governmental affairs.” Tradução livre: “Todas as pessoas devem ser respeitadas como indivíduos. Seu direito à vida, à liberdade e à busca da felicidade deve, na medida em que não interfira com o bem-estar público, ser a consideração suprema na legislação e em outros assuntos governamentais.”

³⁸⁷ Art. 10 – “All citizens shall be assured of human dignity and worth and have the right to pursue happiness. It shall be the duty of the State to confirm and guarantee the fundamental and inviolable human rights of individuals.” Tradução livre: “A todos os cidadãos devem ser assegurados a dignidade humana e seu valor e têm o direito de buscar a felicidade. Será dever do Estado confirmar e garantir os fundamentais e invioláveis direitos humanos dos indivíduos.”

países acabaram por utilizar formulas relacionadas com o “desenvolvimento da pessoa humana” ou “desenvolvimento da personalidade”.

A Constituição italiana afirma tanto um desenvolvimento da personalidade (art. 2º), quanto um pleno desenvolvimento da pessoa humana (art. 3º). Aqui surge uma primeira confusão terminológica. Como observado, o conceito de pessoa humana difere do conceito de personalidade. Por ser fundamento da personalidade, a pessoa denota um significado mais amplo, abrangendo a totalidade de um ser complexo e pluridimensional, enquanto a personalidade significa os modos de ser da pessoa humana.

Em face disto, falar em pleno desenvolvimento da pessoa humana, a princípio, envolve a concretização de direitos humanos e fundamentais de todas as gerações ou dimensões, perfazendo a tríade: liberdade, igualdade e solidariedade. Aproxima-se, deste modo, da própria noção mais ampla de dignidade da pessoa humana que é o ponto de confluência direto e indireto de todos os direitos fundamentais³⁸⁸.

Já o livre desenvolvimento da personalidade explicita os elementos de autonomia, autodeterminação e liberdade presentes na noção de pessoa, perfazendo um âmbito de proteção fundado na proteção desta liberdade e dos direitos da personalidade. Os demais direitos presentes nas dimensões de direitos humanos e fundamentais relacionam-se com o livre desenvolvimento da personalidade apenas no sentido, como bem observa Heiner Bielefeldt, de que todos os direitos humanos se complementam e se relativizam mutuamente, devendo ser interpretados conforme fossem um único princípio, pois não existe liberdade sem igualdade e solidariedade³⁸⁹.

Não obstante tal diferenciação, na prática discursiva é possível chegar a um acordo semântico que identifica como sinônimos falar em “pleno desenvolvimento da pessoa humana”, “livre desenvolvimento da pessoa humana” e “livre desenvolvimento da personalidade”, afinal, a não utilização desta última expressão na Constituição da Itália não impediu que a doutrina tratasse deste direito no sistema jurídico italiano³⁹⁰. Já no Direito português, Paulo Mota Pinto

³⁸⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 89. No mesmo sentido: FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de direitos**: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem *versus* a liberdade de expressão e informação. 3ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008, p. 63

³⁸⁹ **Filosofia dos direitos humanos**. São Leopoldo: Unisinos, 2000, p. 113-116.

³⁹⁰ Veja-se: PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 769; RODOTÀ, Stefano. **Il diritto di avere diritti**. Roma-Bari: Laterza, 2012, p. 275; RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade de vigilância**: a privacidade hoje. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 116. Este último escreve: “O direito ao livre desenvolvimento da personalidade não é uma descoberta dos últimos tempos. É solenemente reconhecido pelo parágrafo 2º da Constituição alemã (...) e, de forma menos evidente, do artigo 2º da Constituição italiana, onde se afirma “a República reconhece e garante os direitos invioláveis do homem, seja como indivíduo, seja nas formações sociais nas quais se desenvolve sua personalidade.”

escreve, em determinado momento, sobre a “liberdade de desenvolvimento da pessoa humana” dando o mesmo significado ao livre desenvolvimento da personalidade, indicando, assim, uma fungibilidade das expressões³⁹¹.

Ademais, utilizar “pleno desenvolvimento da personalidade” ou apenas “desenvolvimento da personalidade”, como o faz a Constituição portuguesa, não exclui a perspectiva de liberdade que já é ínsita à própria noção de personalidade³⁹² e de pessoa ontologicamente considerada.

Emilia Ramos ressalta que pleno desenvolvimento da personalidade levaria em consideração um modelo ideal de pessoa predeterminado que deve ser alcançado via o completo desenvolvimento das potencialidades humanas, perfazendo um modelo alheio à vontade da pessoa. O livre desenvolvimento da personalidade, por sua vez, já preconiza a livre opção da pessoa humana pelo seu próprio modelo de vida, que ainda está por se definir de acordo com o uso da liberdade individual. Deste modo,

[...] la referencia al pleno desarrollo de la personalidad apunta a un modelo ideal de contenido inevitablemente indeterminado, porque ni siquiera disponemos de los instrumentos que permitan concretar cuál es exactamente ese contenido que se postula. Por el contrario, la noción del libre desarrollo de la personalidad incorpora a en sí misma el instrumento de definición de contenido ideal de la personalidad. Es el contenido que el individuo decide darse a sí mismo. El desarrollo personal del individuo no es otra cosa que el ejercicio libre, sin ningún tipo de interferencia ni estatal, ni de interferencia por parte de ningún otro individuo, de su voluntad³⁹³.

Todavia, segundo a autora, se for considerado que o ideal de plenitude de desenvolvimento da personalidade está intrinsicamente ligado à ideia de homem livre, protagonista e construtor da sua própria biografia, então pleno desenvolvimento e livre

³⁹¹ O direito ao livre desenvolvimento da personalidade. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes (coordenador). **Portugal-Brasil ano 2000**. Coimbra: Coimbra, 1999, p. 152.

³⁹² PINTO, Paulo Mota. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes (coordenador). **Portugal-Brasil ano 2000**. Coimbra: Coimbra, 1999, p. 160; MIRANDA, Felipe Arady. O direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**. Ano 2, n. 10, p. 11175-11211. Lisboa, 2013, p. 11176; ALMEIDA, Kellyne Laís Laburú Alencar de. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade – perspectiva do direito português. In: MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato (organizadores). **Direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 78.

³⁹³ Las claves interpretativas del libre desarrollo de la personalidad. **Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho**. N. 29, p. 99-112. Valencia, junio, 2014, p. 105. Tradução livre: [...] A referência ao pleno desenvolvimento da personalidade sugere um modelo ideal de conteúdo inevitavelmente indeterminado, porque nem sequer possuímos os instrumentos para perceber qual é exatamente o conteúdo que se postula. Ao contrário, a própria noção de livre desenvolvimento da personalidade incorpora em si mesma o instrumento de definição do conteúdo ideal da personalidade. É o conteúdo que o indivíduo decide dar a si mesmo. O desenvolvimento pessoal do indivíduo não é outra coisa senão o livre exercício da sua vontade sem qualquer interferência do Estado ou de qualquer outro indivíduo.”

desenvolvimento seriam expressões sinônimas³⁹⁴, afinal, não é possível desenvolver plenamente a personalidade sem pressupor a liberdade.

Não será necessária, ainda, a substituição do direito ao livre desenvolvimento da personalidade por um chamado “direito à realização da personalidade” como propõe José de Oliveira Ascensão. Isso porque o reconhecimento da pessoa, como ser autoconsciente que utiliza da sua liberdade para a realização da sua personalidade³⁹⁵, já é algo que está dentro da concepção de livre desenvolvimento da personalidade. Em nada inova dizer realização da personalidade ao invés de desenvolvimento da personalidade.

Finalizando a discussão sobre a terminologia, falar em “livre desdobramento da personalidade” ao invés de “livre desenvolvimento da personalidade” diz respeito apenas a uma questão de tradução do art. 2, § 1º da Lei Fundamental de Bonn³⁹⁶, sendo que o livre desenvolvimento da personalidade tem sido aquela amplamente mais utilizada³⁹⁷, coadunando-se com a expressão utilizada na Declaração Universal dos Direitos Humanos e nas demais constituições nacionais.

Quanto à estrutura, o que se pretende definir, num primeiro momento, é o tipo normativo do direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade. O tipo normativo de um direito fundamental é determinado por meio da utilização de conceitos instrumentais que auxiliam na caracterização da extensão de proteção das normas constitucionais. Assim, é necessária a observação de conceitos como área de regulamentação, âmbito de proteção (área de proteção), núcleo essencial (conteúdo essencial) e área de proteção subjetiva (titularidade) no momento da delimitação de cada direito fundamental³⁹⁸.

³⁹⁴ Las claves interpretativas del libre desarrollo de la personalidad. **Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho**. N. 29, p. 99-112. Valencia, junio, 2014, p. 104.

³⁹⁵ A dignidade da pessoa e o fundamento dos direitos humanos. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. Vol. 103, p. 277-299. São Paulo, jan./dez., 2008, p. 292.

³⁹⁶ LUDWIG, Marcos de Campos. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade na Alemanha e possibilidades de sua aplicação no direito privado brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**. Vol. 19, p. 237-263. Porto Alegre, março, 2001, p. 237.

³⁹⁷ Preferindo a expressão “livre desdobramento da personalidade” vide: SANTOS, Luciany Michelli Pereira dos. Conflito entre o direito à integridade psíquica e moral e o direito ao livre desdobramento da personalidade: homossexualismo e liberdade de crença. **Revista Discurso Jurídico**. Vol. 1, n. 1, p. 107-129. Campo Mourão, 2005; BARRETO, Wanderlei de Paula; SANTOS, Luciany Michelli Pereira dos. O conceito aberto de desdobramento da personalidade e os seus elementos constitutivos nas situações de *mobbing* ou assédio moral. **Revista Jurídica Cesumar**. Vol. 6, n. 1, p. 473-487. Maringá, 2006; CERVI, Taciana Marconatto Damo. Transexualidade, redesignação sexual e o livre desdobramento da personalidade. **Revista Jurídica Cesumar**. Vol. 9, n. 2, p. 487-503. Maringá, jul./dez., 2009.

³⁹⁸ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 132.

Neste sentido, faz-se mister começar com uma análise da construção germânica acerca deste direito, com objetivo de trazer uma aproximação inicial a respeito da construção jurisprudencial e doutrinária sobre o livre desenvolvimento da personalidade.

A primeira decisão de grande importância do Tribunal Constitucional Federal (TCF) a respeito do art. 2, § 1º da Lei Fundamental alemã diz respeito ao caso *Elfes*. O político *Wilhelm Elfes* entrou com uma reclamação constitucional perante o TCF após ter tido a prorrogação da validade de seu passaporte negada, em razão da aplicação de um artigo da lei de passaportes que previa a possibilidade de denegação em face da segurança nacional ou interesse relevante da República alemã. Ao negar o pedido de Elfes, o TCF afirmou que a liberdade de entrar e sair do país não estava protegida pelo direito fundamental à livre circulação e que, portanto, a discussão deveria centrar no livre desenvolvimento da personalidade (aplicação subsidiária). Todavia, o pedido não poderia ser concedido, pois o dispositivo da lei de passaportes constituiria um limite legítimo ao direito geral de ação e ao direito geral da personalidade³⁹⁹.

Nesta decisão alguns pontos centrais sobre o âmbito de proteção do direito ao livre desenvolvimento da personalidade foram consolidados pelo TCF. O primeiro ponto foi a rejeição de uma concepção restrita do art. 2, § 1º da Lei Fundamental concernente à proteção apenas de um mínimo de liberdade de ação sem a qual a pessoa não poderia se desenvolver intelectual e moralmente. Assim, o TCF entendeu que o âmbito de proteção do livre desenvolvimento da personalidade engloba uma liberdade geral de ação (cada um pode fazer ou deixar de fazer o que quiser)⁴⁰⁰.

O segundo ponto diz respeito à aplicação subsidiária da liberdade geral de ação em relação às liberdades específicas já previstas na Lei Fundamental. Neste sentido, somente nos casos em que direitos fundamentais específicos não possam ser aplicados é que o direito ao livre desenvolvimento da personalidade é chamado a agir⁴⁰¹.

Tal interpretação veio seguida de grande apoio da literatura especializada. Hans Carl Nipperdey demonstra seu entendimento afirmando que do livre desenvolvimento da

³⁹⁹ SCHWABE, Jürgen; MARTINS, Leonardo (organizadores). **Cinquenta anos de jurisprudência do tribunal constitucional federal alemão**. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, 2005, p. 190.

⁴⁰⁰ SCHWABE, Jürgen; MARTINS, Leonardo (organizadores). **Cinquenta anos de jurisprudência do tribunal constitucional federal alemão**. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, 2005, p. 192.

⁴⁰¹ SCHWABE, Jürgen; MARTINS, Leonardo (organizadores). **Cinquenta anos de jurisprudência do tribunal constitucional federal alemão**. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, 2005, p. 193.

personalidade podem ser derivados outros direitos fundamentais de liberdade, bem como protege todas as formas de apresentação imagináveis da liberdade (concepção ampla)⁴⁰².

Em outros casos como o *Scientology Church* (1998) e o de reconhecimento de paternidade (1997), o TCF utilizou do conceito de direito geral da personalidade para ampliar a proteção da pessoa humana em relação à sua imagem, honra, intimidade, vida privada e direito de conhecer a sua própria origem⁴⁰³. Em outro momento, ao tratar sobre a Lei do Censo, o Tribunal Constitucional Federal fez derivar do direito geral da personalidade o chamado “direito à autodeterminação informativa”⁴⁰⁴. Neste mesmo diapasão, Nipperdey defende que da conjugação da dignidade da pessoa humana com o livre desenvolvimento da personalidade é possível definir um direito geral da personalidade que se manifesta na proteção da imagem, da voz, da honra, da intimidade, da vida privada e outros direitos da personalidade que fogem à construção típica e casuística⁴⁰⁵.

Apesar da consolidação da jurisprudência do TCF em relação à tutela da liberdade geral de ação derivada do art. 2º, § 1º da Lei Fundamental, certo é que existiram vozes contrárias a esta interpretação ampla em relação ao livre desenvolvimento da personalidade.

Neste caso a discordância mais incisiva vem do juiz Dieter Grimm em 1989, quando ele defendeu que o livre desenvolvimento da personalidade não abrangeria toda e qualquer tipo de ação, mas apenas aquelas que tivessem uma relação intrínseca com o próprio direito em questão, semelhante à proteção conferida pelos demais direitos fundamentais específicos. Assim, a proposta de Grimm é entender a proteção do livre desenvolvimento da personalidade apenas no sentido de uma tutela dos elementos constitutivos da personalidade que não forem protegidos pelas liberdades especiais. Conclui que apenas a vertente de proteção da personalidade pode ser considerada um autêntico direito fundamental, enquanto a liberdade geral de ação não pode ser protegida especificamente por um direito fundamental, razão pela qual é preciso a definição de liberdades específicas e concretas derivadas do livre desenvolvimento da personalidade e não uma perspectiva ampla de fazer ou deixar de fazer o que quiser⁴⁰⁶.

⁴⁰² Livre desenvolvimento da personalidade. In: HECK, Luís Afonso (org.). **Direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2011, p. 77.

⁴⁰³ SCHWABE, Jürgen; MARTINS, Leonardo (organizadores). **Cinquenta anos de jurisprudência do tribunal constitucional federal alemão**. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, 2005, p. 198-214.

⁴⁰⁴ SCHWABE, Jürgen; MARTINS, Leonardo (organizadores). **Cinquenta anos de jurisprudência do tribunal constitucional federal alemão**. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, 2005, p. 235-238.

⁴⁰⁵ Direitos fundamentais e direito privado. In: HECK, Luís Afonso (org.). **Direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2011, p. 66-67.

⁴⁰⁶ SCHWABE, Jürgen; MARTINS, Leonardo (organizadores). **Cinquenta anos de jurisprudência do tribunal constitucional federal alemão**. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, 2005, p. 228-233.

Tal entendimento foi acompanhado por Konrad Hesse ao defender, em seu manual, uma concepção restringida a respeito do livre desenvolvimento da personalidade. Para ele a concepção ampla levaria à consagração deste direito como uma superinstância revisora, pois todo e qualquer tipo de limitação da liberdade deveria ser analisada pelo Tribunal Constitucional. Entrave que seria resolvido caso o livre desenvolvimento da personalidade fosse interpretado como uma garantia da “esfera da vida pessoal mais estreita”, pois somente assim o âmbito de proteção estaria conforme as peculiaridades dos direitos fundamentais que, por serem direitos subjetivos, dizem respeito a âmbitos de liberdades pontuais e importantes. Com isso evitar-se-ia a utilização deste direito para fundamentar qualquer recurso direcionado ao TCF⁴⁰⁷.

A partir destas considerações, é possível dizer que a divergência em torno do livre desenvolvimento da personalidade no direito alemão concerne à adoção de uma concepção ampla ou restrita em torno do seu âmbito de proteção. Tal discussão não fica circunscrita à concepção germânica, influenciando também o entendimento a respeito deste direito em outros países.

Em virtude disto, faz-se necessária uma abordagem específica em torno da atual construção da teoria dos direitos fundamentais a respeito da delimitação do âmbito de proteção e a sua aplicação específica ao livre desenvolvimento da personalidade.

2.1.1 Âmbito de Proteção

Num primeiro momento é preciso fazer uma diferenciação entre área de regulamentação e âmbito de proteção (área de proteção). Conforme Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, a área de regulamentação concerne ao tema ou matéria que o constituinte resolveu tratar como direito fundamental, mesmo que de forma genérica. Esta área de regulamentação é composta pela descrição da situação fática e a indicação da decisão do constituinte em relação a esta situação, tendo como ponto inicial a análise do(s) conceito(s) central(ais) em relação à norma de direito fundamental⁴⁰⁸.

O âmbito de proteção possui grande semelhança com a área de regulamentação, pois também é definido como “o domínio da vida protegido pelos direitos fundamentais”, ocasionalmente chamado de âmbito normativo, ou seja, o âmbito que a norma jurídica

⁴⁰⁷ **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 328.

⁴⁰⁸ **Teoria geral dos direitos fundamentais.** 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 134. Aqui é de se ressaltar que, ao nosso ver, um direito fundamental pode conter um ou mais de um conceito central.

reconhece na realidade e o recorta como objeto de proteção⁴⁰⁹. São consideradas sinônimas as expressões: âmbito de proteção, domínio normativo, pressupostos de fato dos direitos fundamentais e âmbito normativo. Todas elas utilizadas para explicitar as realidades da vida, atos e comportamentos, ativos ou omissivos, que constituem objeto de proteção dos direitos fundamentais⁴¹⁰.

Todavia, pode acontecer que determinado comportamento ou situação sejam retirados da área que o direito fundamental se propôs a proteger. Este comportamento ou situação ficam excluídos da área de proteção, mas continuam pertencendo à área de regulamentação, ou seja, o âmbito de proteção corresponde à área de regulamentação menos os casos excluídos pelo próprio constituinte. Por certo que muitas vezes o âmbito de proteção corresponderá à própria área de regulamentação. Isso acontece sempre que da área de regulamentação não for subtraída nenhuma espécie de comportamento ou situação⁴¹¹.

Deste modo, o âmbito de proteção abrange o bem jurídico tutelado que muitas das vezes não é facilmente identificável em razão da vagueza semântica dos enunciados normativos, da multifuncionalidade dos direitos fundamentais⁴¹² ou da necessidade de se determinar a extensão de proteção de determinado direito fundamental, geralmente invariável, a partir de uma interpretação sistemática em conjunto com os demais direitos fundamentais e disposições constitucionais⁴¹³.

Estreitamente ligado ao conceito de área de regulamentação é a noção de suporte fático que na definição de Virgílio Afonso da Silva significa, de uma forma geral, os “fatos ou atos do mundo que são descritos por determinada norma e para cuja realização ou ocorrência

⁴⁰⁹ PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 116. Em outras palavras: “a definição do âmbito de proteção de um direito fundamento responde à pergunta acerca de que atos, fatos, estados ou posições jurídicas são protegidos pela norma que garante o referido direito” (SILVA, Virgílio Afonso. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 72).

⁴¹⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1262.

⁴¹¹ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 135-136. Os autores continuam: “em particular, cada vez que a Constituição diz ‘salvo se’, ‘a não ser que’, ‘sendo vedado’, entendemos que o objetivo possa ser *restringir a área de proteção*, excluindo os casos (comportamentos ou situações) descritos por essas locuções. Algumas dessas expressões podem, todavia, introduzir uma reserva legal implícita que, se verificada, tem consequência jurídico-dogmática totalmente diversa da exclusão *ab initio* da proteção de um comportamento por não fazer parte da área de proteção, a atuação do Estado não precisa se submeter ao processo de justificação constitucional a ser abaixo explanado. Já quando o legislador usa a reserva deve respeitar um limite reflexo, devendo tanto a fixação da regra abstrata como sua aplicação pela Administração e/ou Judiciário passar pelo referido processo de justificação.”

⁴¹² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 396; BORNHOLDT, Rodrigo Meyer. **Métodos para a solução de conflito entre direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 66.

⁴¹³ PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 127.

se prevê determinada consequência jurídica: preenchido o suporte fático, ativa-se a consequência jurídica”⁴¹⁴. O autor acrescenta que o suporte fático também pode ser entendido em sua forma concreta, ou seja, ligado à ocorrência concreta dos fatos e atos que a norma abstrata regulamentou⁴¹⁵.

Ainda segundo Virgílio Afonso da Silva, o suporte fático não é definido apenas pelo âmbito de proteção. Este é apenas um de seus elementos. A intervenção (geralmente estatal) também faz parte do suporte fático, pois a consequência jurídica da norma só pode ocorrer se houver uma intervenção no âmbito de proteção. O terceiro elemento, colacionado pelo autor, é a ausência de fundamentação constitucional que autorize a intervenção. Caso exista alguma fundamentação constitucional para a intervenção no âmbito de proteção de um direito fundamental não se estaria diante de uma violação, mas de uma restrição a este direito que impede a realização da consequência jurídica⁴¹⁶.

É possível identificar, dentre as teorias sobre os direitos fundamentais, aquelas que se filiam a uma concepção ampla do suporte fático e outras que trabalham com uma concepção restrita. Dentro da perspectiva restrita está a posição de Friedrich Müller, com o seu reconhecimento no Brasil, pelo menos em parte e de maneira híbrida, por Rodrigo Meyer Bornholdt.

A construção de Müller passa por uma ideia mais geral de metódica estruturante do direito, com orientação tópica, em que o autor desenvolve conceitos e separa o texto normativo da norma propriamente dita, chegando a uma concepção pós-positivista do Direito. Para o autor, a norma jurídica é um conceito complexo que se compõe por um âmbito normativo e um programa normativo.

Segundo Müller, o programa normativo refere-se ao resultado da interpretação dos enunciados linguísticos do texto normativo⁴¹⁷. A formação do programa normativo é resultado do texto da norma, seus dados da linguagem com vista à sua aplicação ao caso concreto. Esses dados da linguagem são interpretados seguindo os cânones interpretativos de Savigny, embora com alguns significados diferentes. Existe, ainda, uma inter-relação entre a interpretação do texto da norma e o caso analisado. O programa normativo não pode ser construído se não fizer referência a casos (concretos ou imaginários)⁴¹⁸.

⁴¹⁴ **Direitos fundamentais:** conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 67-68.

⁴¹⁵ **Direitos fundamentais:** conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 68.

⁴¹⁶ **Direitos fundamentais:** conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 71-74.

⁴¹⁷ **Teoria estruturante do direito.** 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 291.

⁴¹⁸ BORNHOLDT, Rodrigo Meyer. **Métodos para a solução de conflito entre direitos fundamentais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 40-41.

Quanto à interpretação gramatical, por exemplo, afirma-se que o texto normativo é o ponto de partida para a concretização de uma teoria estruturante, mas possui uma confiabilidade limitada⁴¹⁹. A interpretação gramatical possui a função de estabelecer limites às soluções para os casos concretos, pois uma solução deve ser rejeitada quando estiver em nítida contradição com todas as interpretações textuais possíveis⁴²⁰.

Já as interpretações genética, histórica e sistemática não podem ser entendidas de forma isolada e funcionam como um meio de complementação da interpretação literal. Com especial atenção ao elemento sistemático, o âmbito da norma de um direito fundamental deve ser preenchido levando em consideração o contexto das estruturas dos demais âmbitos de regulamentação interligados, sem contudo fazer referência aos âmbitos normativos das prescrições infraconstitucionais. Isso porque o programa normativo infraconstitucional deve ser comparado com o programa e âmbito normativo dos direitos fundamentais e, em caso de conflito, a norma infraconstitucional deve se adequar ao direito fundamental⁴²¹.

O âmbito normativo é o conjunto parcial dos fatos relevantes que surgem como elemento de sustentação da decisão jurídica⁴²². Nas palavras de Rodrigo Bornholdt:

O âmbito normativo será aquela parcela da realidade situada em conformidade com as prescrições do *Normprogramm*. Portanto, não se confundirá com “a realidade”, como utilizada comumente pelos juristas, para contrapô-la à “norma” (correspondente, na metódica ora adotada, ao texto da norma). “A realidade” será, antes, correspondente ao “âmbito de realidade” (*Sachbereich*), que, existente na pré-compreensão do jurista, deverá sofrer, pelas lentes do *Normprogramm*, um processo de filtragem, a culminar no surgimento do âmbito normativo⁴²³.

A filiação de Müller à teoria restrita decorre da sua concepção de programa e de âmbito normativo. Para ele os direitos fundamentais não podem ser garantidos de forma ilimitada, pois cada direito fundamental possui uma reserva de natureza jurídica como elemento

⁴¹⁹ MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 198-199.

⁴²⁰ MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 203. Neste ponto o autor ressalta: “certamente o positivismo não pode ser ‘superado’ por meio da renúncia à positividade do direito; porém, a positividade do direito não é idêntica à positividade dos textos normativos. A insubstituível, sob o ponto do Estado de Direito, função de limite do texto literal deve antes ser determinada de forma *opositiva*, de modo que o escopo que o claro texto literal abre, só possa ser transposto se o texto literal for comprovadamente equivocado ou passível de ser mal compreendido.” No mesmo sentido: MÜLLER, Friedrich. **Metodologia do direito constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 74-75; BORNHOLDT, Rodrigo Meyer. **Métodos para a solução de conflito entre direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 42.

⁴²¹ MÜLLER, Friedrich. **Metodologia do direito constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 75-77.

⁴²² MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 291.

⁴²³ **Métodos para a solução de conflito entre direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 46.

implícito do seu programa normativo. Ao direito fundamental são impostos limites materiais que já fazem parte do âmbito normativo formulado em relação ao programa normativo. Os limites já são expressos dentro deste âmbito normativo o que leva a considerar não os limites de cada direito fundamental, mas sim a extensão de proteção deste⁴²⁴.

Dentro do âmbito de proteção do direito fundamental devem estar aquelas formas específicas de exercício do direito, entendidas de acordo com o âmbito normativo. As ações que não são necessárias para o exercício de determinado direito fundamental podendo, portanto, serem substituídas por outras ações “não-específicas”, não são protegidas pelo âmbito normativo daquele direito⁴²⁵.

Uma das principais críticas a este conceito de especificidade de Friedrich Müller é formulada por Robert Alexy. Para este último, tal concepção retira a autonomia do titular do direito fundamental de escolher a forma pela qual ele faz uso de suas liberdades. Essa autonomia é uma posição essencial em se tratando de direitos fundamentais⁴²⁶.

Na concepção ampla de direitos fundamentais encontra-se a teoria dos princípios de Robert Alexy, com grande recepção no Brasil, nomeadamente por Virgílio Afonso da Silva. O ponto de partida da teoria do suporte fático amplo é a diferenciação entre regras e princípios. Esta preocupação não é de toda recente e nem pode ser caracterizada como de aceitação pacífica pela doutrina. Canotilho explica diversas formas de diferenciar essas duas espécies de normas: (i) grau de abstração; (ii) grau de determinabilidade; (iii) caráter de fundamentalidade; (iv) proximidade da ideia de direito; (v) natureza normogenética.

Deste modo, para alguns autores a diferença entre regras e princípios residiria no alto grau de abstração dos princípios e no baixo grau de abstração das regras. Os princípios seriam mais vagos e indeterminados, necessitando de outros meios para se concretizar, ao passo que as regras possuem aplicação direta. Outro critério leva em consideração que os princípios possuem um caráter estruturante do sistema jurídico, tendo hierarquia superior no sistema de fontes. Disso decorre que os princípios são mais próximos da ideia de justiça e de direito. Quanto à natureza normogenética, o que distingue os princípios das regras é que os primeiros são fundamentos das segundas⁴²⁷.

⁴²⁴ Apud ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 310-311; SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 86. Importante ressaltar que os autores, ao final de suas explicações, filiam-se à teoria ampla.

⁴²⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 88.

⁴²⁶ **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 315.

⁴²⁷ **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1160-1161. Continua o autor: “como se pode ver, a distinção entre princípios e regras é particularmente complexa. Esta complexidade

Dentro de uma separação de caráter qualitativo é possível observar uma demarcação forte e outra fraca a respeito da diferença entre regras e princípios. A demarcação fraca parte do pressuposto de que tanto as regras quanto os princípios possuem uma dimensão axiológica. Nos princípios esta dimensão é de caráter primário, já nas regras a dimensão é apenas um elemento secundário, mas que já impossibilita de solucionar os seus conflitos apenas pela perspectiva do tudo ou nada⁴²⁸.

Reconhecendo na distinção entre regras e princípios uma das vigas mestras na teoria dos direitos fundamentais e adotando uma distinção qualitativa forte, Robert Alexy afirma que os princípios são “mandamentos de otimização”, na medida em que podem ser realizados em graus diferentes a depender das possibilidades fáticas e jurídicas do caso concreto, enquanto as regras são mandamentos definitivos, pois só podem ser aplicadas na medida que ela exige, sem variações de grau⁴²⁹.

Para Alexy, a colisão entre regras é resolvida mediante uma cláusula de exceção, que possa eliminar o conflito ou por meio da declaração de invalidade de uma das regras colidentes. Caso não seja possível considerar que uma regra seja exceção à outra, o conflito só pode ser solucionado retirando uma das regras do sistema jurídico mediante critérios de soluções de antinomia⁴³⁰.

Estes critérios seriam aqueles já desenvolvidos por Norberto Bobbio: (i) o cronológico; (ii) o hierárquico; e (iii) da especialidade. O primeiro indica que a norma posterior prevalece em relação à anterior no caso de antinomia. No critério hierárquico prevalecerá a norma superior em detrimento da inferior. No último critério, havendo antinomia entre uma lei geral e uma lei especial, prevalece a lei especial⁴³¹.

deriva, muitas vezes, do facto de não se esclarecerem duas questões fundamentais: (1) saber qual a função dos princípios, ou seja, se têm uma função retórica-argumentativa ou são normas de conduta; (2) saber se entre princípios e regras existe um denominador comum, pertencendo à mesma ‘família’ e havendo apenas uma diferença do grau (quanto à generalidade, conteúdo informativo, hierarquia das fontes, explicitação do conteúdo, conteúdo valorativo), ou se, pelo contrário, os princípios e regras são susceptíveis de uma diferenciação qualitativa.”

⁴²⁸ MÖLLER, Max. **Teoria geral do neoconstitucionalismo**: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 252.

⁴²⁹ **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 90-91.

⁴³⁰ **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 92-93.

⁴³¹ **Teoria do ordenamento jurídico**. São Paulo: Edipro, 2011, p. 97-99. Importante ressaltar que a moderna teoria do diálogo de fontes tem refutado esta ideia de sempre declarar a invalidade de regras quando da sua incompatibilidade. A teoria do diálogo das fontes, idealizada por Erik Jayme e difundida no Brasil por Cláudia Lima Marques, consiste em reconhecer influências recíprocas e coerentes entre as diversas leis que compõem o ordenamento jurídico. Busca-se a aplicação simultânea das fontes normativas à luz dos princípios constitucionais. A necessidade dessa hermenêutica surge especialmente devido ao grande pluralismo de fontes legislativas na sociedade pós-moderna. É necessário neste momento que a resolução dos conflitos de leis se sobreponha à revogação, chegando a uma aplicação simultânea, coerente e recíproca. “Três são os tipos de ‘diálogo’ possíveis entre essas duas importantíssimas leis da vida privada [Código de Defesa do Consumidor e Código Civil]: 1) na aplicação simultânea das duas leis, uma lei pode servir de base conceitual para a outra

A solução para colisões entre princípios, por sua vez, não indica que um dos princípios colidentes deverá ser considerado inválido ou que será acrescentada uma cláusula de exceção. A colisão entre princípios é solucionada na dimensão do peso, pois em determinado caso concreto um princípio terá precedência sobre outro. Esta precedência é o resultado de um sopesamento que define no caso concreto qual dos princípios que possui o maior peso⁴³².

Neste sentido, as regras e os princípios possuem uma diferença inicial. Enquanto as regras são mandamento definitivos, os princípios são mandamentos *prima facie*:

Princípios exigem que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Nesse sentido, eles não contêm um *mandamento definitivo*, mas apenas *prima facie*. Da relevância de um princípio em um determinado caso não decorre que o resultado seja aquilo que o princípio exige para esse caso. Princípios representam razões que podem ser afastadas por razões antagônicas [...].

O caso das regras é totalmente diverso. Como as regras exigem que seja feito exatamente aquilo que elas ordenam, elas têm uma determinação da extensão de seu conteúdo no âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas. Essa determinação pode falhar diante de impossibilidade jurídicas e fáticas; mas, se isso não ocorrer, então, vale definitivamente aquilo que a regra prescreve⁴³³.

Partindo da ideia que todos os direitos fundamentais possuem a estrutura de princípios⁴³⁴, o suporte fático amplo, ao definir o âmbito de proteção de determinado direito, não se preocupa com aquilo que é definitivamente protegido, pois as situações abrangidas pela área de proteção ainda dependem do sopesamento no caso concreto para só então determinar se na situação concreta existe uma tutela definitiva ou não. As situações jurídicas que possam ser remetidas ao âmbito de proteção de determinado direito fundamental devem por este ser protegidas, independentemente de outras circunstâncias. Existe uma abertura na amplitude de tutela de cada direito fundamental⁴³⁵.

(diálogo sistemático de coerência), especialmente se uma é a lei central do sistema e a outra um microssistema específico, não completo materialmente, apenas com plenitude subjetiva de tutela de um grupo da sociedade; 2) na aplicação coordenada da duas leis, uma lei pode complementar a aplicação da outra, a depender de seu campo de aplicação no caso concreto (diálogo sistemático de complementaridade e subsidiariedade em antinomias aparentes ou reais), a indicar a aplicação complementar tanto de suas normas, quanto de seus princípios, no que couber, no que for necessário subsidiariamente; 3) ainda há o diálogo das influências recíprocas sistemáticas, como no caso de uma possível redefinição do campo de aplicação de uma lei [...]” (Diálogo das fontes. In: BENJAMIN, Antônio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe; MARQUES, Cláudia Lima. **Manual de direito do consumidor**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 123). No mesmo sentido, com especial atenção aos direitos fundamentais, vide: MARINHO, Sérgio Augusto Lima. Diálogo de fontes como meio de realização de direitos fundamentais: o caso do reconhecimento de união homoafetiva no direito brasileiro. In: Martins, Fernando Rodrigues. **Direito em diálogo de fontes**. Belo Horizonte: D’Plácido, 2014.

⁴³² ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 93-95.

⁴³³ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 103-104.

⁴³⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 575.

⁴³⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 109-110. Nas palavras de Alexy: “[...] uma teoria ampla do suporte fático é uma teoria que

Um dos principais efeitos de uma conceituação ampla do âmbito de proteção é levar à uma definição ampla de intervenção. Desta maneira, um suporte fático amplo dos direitos fundamentais leva à consideração simultaneamente ampla do âmbito de proteção e de intervenção⁴³⁶. Aquilo que está dentro da área de proteção apenas *prima facie* é tutelado pelo direito fundamental, pois a tutela definitiva ocorre após a consideração das restrições e sua eventual fundamentação constitucional.

Tanto a teoria restrita, quanto à teoria ampla são passíveis de críticas. Quanto à perspectiva ampla é possível argumentar que esta teoria tem como consequência um agigantamento dos direitos fundamentais que não daria espaço para a atividade legislativa. Ademais, seria uma teoria desonesta, pois reconheceria num primeiro momento uma grande proteção ao direito fundamental para depois retirá-la por meio das restrições⁴³⁷, isso teria como implicação que dificilmente o que seria protegido *prima facie* por um direito fundamental seria também tutelado de forma definitiva após averiguada as restrições e sua fundamentação constitucional⁴³⁸.

Outra objeção levaria em consideração que a teoria ampla, ao expandir o âmbito de proteção dos direitos fundamentais, ocasionaria um aumento dos casos de colisões entre direitos fundamentais e, conseqüentemente, o número de hipóteses em que a solução se daria por meio do sopesamento⁴³⁹. Dessa crítica decorre outra: o problema da irracionalidade e segurança jurídica da solução pelo sopesamento que pode ser utilizada para a aplicação de um “decisionismo disfarçado”, dependendo apenas da subjetividade do juiz⁴⁴⁰. Ainda relacionada à colisão de direitos fundamentais, critica-se a teoria ampla por causar uma inflação judiciária

inclui no âmbito de proteção de cada princípio de direito fundamental tudo aquilo que milite em favor de sua proteção. A forma pela qual tanto essa inclusão no âmbito de proteção quanto a inclusão do suporte fático ocorrem pode variar muito. Nesse sentido, a teoria ampla contém um feixe de regras que se referem às diferentes formas dessa inclusão. Menciono aqui apenas duas especialmente importantes:

(1) Tudo aquilo que apresentar uma característica que – considerada isoladamente – seja suficiente para a subsunção ao suporte fático é considerado como típico, não importa que outras características estiverem presentes. [...]

(2) No campo semântico dos conceitos de suporte fático devem ser adotadas interpretações amplas.” (**Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 322).

⁴³⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 111-112.

⁴³⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 324.

⁴³⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 145.

⁴³⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 326.

⁴⁴⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 146-148.

que seria derivada da quantidade de colisões de direitos fundamentais a serem solucionados pelo tribunal competente (em especial o Supremo Tribunal Federal)⁴⁴¹.

O último bloco de crítica a esta teoria concerne à inclusão no âmbito de proteção do direito fundamental de situações absurdas como uma liberdade de furtar ou de fazer sacrifícios humanos, muito embora os defensores da teoria ampla não reconheçam tais posições como definitivas, mas apenas *prima facie*⁴⁴².

Apesar das críticas realizadas à teoria restrita e à teoria ampla possam e são refutadas pelos seus respectivos teóricos⁴⁴³, não cabe aqui designar uma ou outra teoria como a melhor a ser aplicada para todos os casos concretos. Neste sentido, adotar-se-á a posição de Bodo Pieroth e Bernhard Schlink para quem não é possível estabelecer uma presunção em favor da teoria ampla ou da teoria restrita para todos os direitos fundamentais. O âmbito de proteção deve ser determinado da maneira correta para cada um dos direitos fundamentais seguindo uma análise textual (gramatical), histórica e sistemática. O conceito de ingerência (intervenção estatal) também deve ser fundado abrindo mão de tais presunções e focando na função e no conceito do direito em voga⁴⁴⁴.

Segundo este raciocínio os autores defendem que o direito fundamental deve ser observado a partir de uma perspectiva sistemática, ou seja, segundo sua relação com os demais direitos fundamentais e disposições da Constituição. Existe, portanto, uma relação entre a ingerência e o âmbito de proteção do direito fundamental que, em determinados casos, permite a identificação do âmbito de proteção já em razão das ingerências⁴⁴⁵.

Feita tal ressalva – não é possível decidir *a priori* se ao direito fundamental será aplicada a teoria ampla ou restrita –, é forçoso concluir que no caso do direito ao livre desenvolvimento da personalidade a teoria que melhor correspondente à sua estrutura, construída pelo Tribunal Constitucional Alemão e que, por sua vez, pode ser adequada ao sistema jurídico brasileiro, é a perspectiva ampla do âmbito de proteção dos direitos fundamentais.

⁴⁴¹ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 150.

⁴⁴² SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 153-154

⁴⁴³ Refutando as críticas à teoria ampla tem-se: ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 323-332; SILVA, Virgílio Afonso. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 144-156; PAULA, Felipe de. **A (de)limitação dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 132-139. Quanto à teoria restrita vide: BORNHOLDT, Rodrigo Meyer. **Métodos para a solução de conflito entre direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

⁴⁴⁴ **Direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 126.

⁴⁴⁵ **Direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 127.

Deste modo, analisando o domínio existencial do livre desenvolvimento da personalidade, percebe-se que está ligado à proteção que a pessoa possui para escolher livremente o seu próprio projeto vital. A liberdade é o ponto de partida para a autoconstrução da personalidade, pois é a pessoa quem deve escolher, sem qualquer ingerência, sobre o seu projeto de vida, bem como modificá-lo quantas vezes for necessário⁴⁴⁶. A pessoa deve poder se desenvolver levando em consideração aquilo que ela é, aquilo que vai sendo e no que virá a ser, pois de maneira auto-constituente o homem pode ser o que bem entender⁴⁴⁷.

A perspectiva dinâmica e evolutiva da pessoa humana é ressaltada por meio da noção de personalidade que se desenvolve livremente através de atos, relações, negócios jurídicos, ou seja, de todo o atuar ou não atuar do ser humano⁴⁴⁸. Neste sentido, o livre desenvolvimento da personalidade está presente em qualquer ocasião onde se desenvolva a vida do homem, sendo aplicável a todos os campos da atividade humana: social, político, económico, afetivo, entre outros⁴⁴⁹.

Como bem explica Diogo Costa Gonçalves, a personalidade humana não é algo estático, acabado e fechado, pois a realização do ser humano ocorre durante toda a sua vida e termina apenas com a sua morte. A personalidade, assim, não engloba apenas aquilo que a pessoa é, mas também toda a sua potencialidade de vir a ser. Esta capacidade de ser que garante o surgimento dos direitos da personalidade como garantias para o pleno desenvolvimento da personalidade ao visar, essencialmente, a tutela das liberdades e seus elementos potencializadores⁴⁵⁰.

O desenvolvimento da personalidade garante a autonomia para a determinação de uma personalidade livre, sem nenhum tipo de ingerência injustificada, perfazendo um direito à individualidade, decorrendo, ainda, um conteúdo de liberdade de agir e de não interferência do Estado ou particulares⁴⁵¹.

⁴⁴⁶ MORCHÓN, Gregorio Robles. El libre desarrollo de la personalidad (artículo 10.1 de la C.E). In: MIGUEL, Luis García San (org.). **El libre desarrollo de la personalidad**: artículo 10 de la constitución. Alcalá: Universidad de Alcalá, 1995, p. 48-49. O autor ainda explica que algo similar pode ser expressado por meio da autonomia ou autodeterminação da pessoa.

⁴⁴⁷ VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Direito de personalidade**. Coimbra: Almedina, 2006, p. 75.

⁴⁴⁸ CHAPARRO, Ramos apud CASTRO, Luis Martínez Vázquez de. **El principio de libre desarrollo de la personalidad en el ámbito privado**. Madrid: Civitas, 2010, p. 20.

⁴⁴⁹ CASTRO, Luis Martínez Vázquez de. **El principio de libre desarrollo de la personalidad en el ámbito privado**. Madrid: Civitas, 2010, p. 21.

⁴⁵⁰ **Pessoa e direitos da personalidade**: fundamentação ontológica de tutela. Coimbra: Almedina, 2008, p. 96.

⁴⁵¹ MIRANDA, Felipe Arady. O direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**. Ano 2, n. 10, p. 11175-11211. Lisboa, 2013, p. 1178. No mesmo sentido: PINTO, Paulo Mota. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes (coordenador). **Portugal-Brasil ano 2000**. Coimbra: Coimbra, 1999, p. 157-158.

Rejeita-se por meio deste direito a imposição de formas pré-determinadas para a realização da personalidade humana. Isso porque a forma de realização da personalidade humana não é algo predefinido que possa ser atribuído a alguma espécie de padrão ou modelo. A personalidade é algo que se constrói, se autodetermina, de acordo com o escolhido por cada pessoa, que constitui um centro de decisão autônomo⁴⁵². Ninguém pode substituir a pessoa no exercício da ação voluntária para a realização da personalidade humana (única e irrepetível)⁴⁵³.

É neste sentido que o livre desenvolvimento da personalidade coincide com um dos princípios liberais subjacentes aos direitos humanos chamado por Santiago Nino de “princípio da autonomia pessoal”. Para o autor, este princípio estabelece a adoção livre de ideais e de planos de vida baseados nestes ideais que não podem sofrer interferências do Estado. Este apenas se limita à construção de instituições que facilitam o desenvolvimento individual e evitam a interferência mútua⁴⁵⁴. Assim, a autonomia pessoal se divide em dois aspectos: (i) uma avaliação positiva em relação a autonomia individual para a escolha entre as concepções de vida boa e de planos de vida; (ii) a proibição de ingerência do Estado (estendido aos agentes particulares) no exercício da autonomia⁴⁵⁵.

Para Santiago Nino, o contrário de adotar o princípio da autonomia pessoal é conceder ao Estado o poder de decidir o que é bom para as pessoas, sem levar em consideração as suas preferências ou desejos, valendo-se inclusive de meios coercitivos para favorecer determinados planos de vida, ideais de virtude ou interesses que lhe sejam mais interessantes. Esta concepção é chamada de “perfeccionismo”⁴⁵⁶. Nas palavras do autor:

Políticas e medidas perfeccionistas tentam impor o que só pode ser aceito espontaneamente. Elas são inerentemente inconsistentes. Os ideais de excelência humana tampouco são satisfeitos quando as pessoas os adotam por equívoco ou confusão, isto é, quando não os teriam aceito se tivessem sido expostas a mais fatos e a ideais alternativos. Por essa razão, sempre haverá

⁴⁵² PINTO, Paulo Mota. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes (coordenador). **Portugal-Brasil ano 2000**. Coimbra: Coimbra, 1999, p. 152. Neste sentido Carlos Roberto Barros afirma: “(...) deve-se, em linha de princípio, respeitar a liberdade de agir dos cidadãos, como legítimos conformadores de suas personalidades. Assim, mesmo os atos que possam ser considerados pela sociedade, como expressão de uma anti-socialidade, como é o caso dos eremitas, desde que respeitados certos limites (como a lei moral, os direitos dos outros, os preceitos constitucionais, etc.), devem ser assegurados e protegidos por todas as pessoas, pois a personalidade que é protegida por esse direito não está contida em um quadro geral feito pela sociedade e pelo Estado” (**O direito ao livre desenvolvimento da personalidade do menor**. São Paulo: Biblioteca 24 horas, 2010, p. 26-27).

⁴⁵³ GONÇALVES, Diogo Costa. **Pessoa e direitos da personalidade**: fundamentação ontológica de tutela. Coimbra: Almedina, 2008, p. 56. No mesmo sentido: ALMEIDA, Kellyne Laís Laburú Alencar de. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade – perspectiva do direito português. In: MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato (organizadores). **Direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 78.

⁴⁵⁴ **Ética e direitos humanos**. São Leopoldo: Unisinos, 2011, p. 177.

⁴⁵⁵ **Ética e direitos humanos**. São Leopoldo: Unisinos, 2011, p. 184.

⁴⁵⁶ **Ética e direitos humanos**. São Leopoldo: Unisinos, 2011, p. 177.

dúvidas sobre a realização desses ideais quando o contexto social não provê oportunidades de contrastá-los com outros ou quando o Estado dota uma política de propaganda a favor deles⁴⁵⁷.

Como direito fundamental individual, o livre desenvolvimento da personalidade busca afastar justamente uma concepção perfeccionista de modelos de personalidade que possam ser impostos às pessoas pelo próprio Estado. A autobiografia da pessoa humana deve ser construída seguindo a liberdade de determinação da sua própria personalidade, sem qualquer oposição coercitiva por parte dos poderes estatais ou por agentes particulares.

A definição de livre desenvolvimento aqui esboçada já encontrou respaldo direto nas cortes constitucionais de diversos países, principalmente naqueles que possuem este direito fundamental expressamente positivado em suas constituições. Neste diapasão, analisando o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, a Corte Constitucional da Colômbia define que a sua primeira e principal consequência é de deixar a pessoa decidir por si mesma as questões que somente a ela se atenha. O Estado decidir pela pessoa é o mesmo que violar a sua dignidade e reduzi-la a uma condição de objeto⁴⁵⁸.

Por sua vez, a Suprema Corte de Justiça da Nação mexicana emitiu tese interpretativa deste direito afirmando que o Estado deve reconhecer a faculdade natural de toda pessoa ser aquilo que ela quiser, sem coações ou controles sem justificativas, com o objetivo de cumprir as metas fixadas de acordo com seus próprios valores, ideais e expectativas. Assim, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade compreenderia, entre outros direitos: (i) a liberdade de contrair ou não contrair matrimônio; (ii) de ter quantos filhos quiser ou de não tê-los; (iii) de escolher sua aparência pessoal; (iv) escolher sua profissão ou atividade de trabalho; (v) a liberdade de opção sexual. Todas essas emanções correspondem a aspectos que fazem parte da forma em que a pessoa deseja viver a sua vida e, portanto, somente a ela cabe decidir de forma autônoma⁴⁵⁹.

A perspectiva da individualidade concernente ao livre desenvolvimento da personalidade leva à consideração de aspectos relativos à: (i) autonomia e autodeterminação; (ii) eleição do plano de vida e busca da felicidade; e (iii) respeito à diferença.

Autonomia em sentido literal significa auto-legislação⁴⁶⁰, ou seja, ditar as normas para si mesmo. É o contrário de heteronomia, quando as normas são criadas por outras pessoas.

⁴⁵⁷ **Ética e direitos humanos**. São Leopoldo: Unisinos, 2011, p. 190.

⁴⁵⁸ COLÔMBIA. Corte Constitucional de Colombia. **Sentencia C-355/06**. Proponente: Alvaro Tafur Galvis.

⁴⁵⁹ MÉXICO. Suprema Corte de la Justicia de la Nación. **Tesis aislada: derecho al libre desarrollo de la personalidad. Aspectos que comprende**. Dezembro de 2009.

⁴⁶⁰ SIECKMANN, Jan-R. El concepto de autonomía. **Doxa: cuadernos de filosofía del derecho**. N. 31, p. 465-468. Alicante, 2008, p. 466.

Autodeterminação, por sua vez, corresponde à noção contrária de determinismo. Na autodeterminação o próprio sujeito que toma as suas decisões⁴⁶¹ e consequentemente é responsável por elas, enquanto no determinismo a ideia geral é de que as nossas ações são condicionadas (determinadas) por fatores externos à nossa vontade.

Existem diversas concepções de determinismo. O determinismo ético foi definido por Platão ao defender que o homem não pode evitar a sua intenção de praticar o bem, agindo de forma errada apenas por equívoco ou compulsão. O determinismo teológico afirma que como Deus é onisciente, não existe como os homens frustrarem as suas expectativas pois Ele já sabe o que os homens farão de suas vidas. O determinismo psicológico explica o condicionamento das ações das pessoas por meio de eventos mentais (inclinações, tendências, etc.). O determinismo físico, por sua vez, sustenta que os atos humanos são frutos do resultado causal de fatores físicos, químicos e genéticos. Já o determinismo social defende o condicionamento das ações humanas à forma de inserção social do sujeito, como a forma de educação, hábitos sociais, propaganda midiática, entre outros⁴⁶².

Conforme Antonio Enrique Pérez Luño, a dignidade da pessoa humana não representa apenas uma garantia negativa que tutela a pessoa frente a ofensas e humilhações. A dignidade também pressupõe uma perspectiva positiva de pleno desenvolvimento da personalidade que, por sua vez, demanda uma esfera de autodisponibilidade – garantindo as possibilidades de atuação próprias de cada homem, sem interferências externas – e uma esfera de autodeterminação, que surge da projeção da razão humana e não por uma predeterminação conferida pela natureza⁴⁶³.

Depois desta comparação, é possível concluir que autonomia e autodeterminação não são sinônimas, apesar da sua ampla utilização como se fossem. A autonomia para Kant está na escolha daquelas máximas que possam ser transportadas para leis universais, pois a pessoa é autônoma quando obedece a uma lei que ela mesmo criou⁴⁶⁴. Enquanto, como explica Jan-R. Sieckmann, autodeterminação é guiar a sua conduta conforme os objetivos que a própria pessoa elege. A autodeterminação não implica em auto-legislação, pois a pessoa pode se autodeterminar mesmo se houver uma lei que não tenha sido criada por ela mesma⁴⁶⁵.

⁴⁶¹ BERRÍO, Andrés Felipe Suárez. Derecho al libre desarrollo de la personalidad en la jurisprudencia de la corte constitucional colombiana entre los años 1992 y 1997. *Dikaion*. N. 8, p. 68-126. Chía (Colombia), julio, 1999, p. 77.

⁴⁶² NINO, Carlos Santiago. *Ética e direitos humanos*. São Leopoldo: Unisinos, 2011, p. 218.

⁴⁶³ *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. 10ª ed. Madrid: Tecnos, 2010, p. 324.

⁴⁶⁴ WEBER, Thadeu. *Ética e filosofia do direito: autonomia e dignidade da pessoa humana*. Petrópolis: Vozes, 2013, p. 24.

⁴⁶⁵ El concepto de autonomía. *Doxa: cuadernos de filosofía del derecho*. N. 31, p. 465-468. Alicante, 2008, p. 467.

Muito embora o livre desenvolvimento da personalidade não dispense a noção de autonomia, pois para salvaguardar a liberdade de autodeterminação é preciso garantir uma esfera de autonomia⁴⁶⁶, é na autodeterminação que reside a sua real contribuição na proteção e promoção da pessoa humana. Ao trazer a possibilidade do homem dirigir a sua vida de acordo com a sua vontade, a autodeterminação permite a livre realização da pessoa protegendo e promovendo as decisões individuais que determinam o ser humano e são, no mais, manifestações individuais da sua própria personalidade⁴⁶⁷ (modos de ser).

Ao proteger direitos invioláveis do homem, a liberdade ou o livre desenvolvimento da personalidade, as constituições tutelam a principal forma de expressão fenomênica da liberdade: o projeto de vida⁴⁶⁸. A consideração da autodeterminação permite a escolha e construção do próprio projeto de vida. Cada pessoa possui um plano de vida único, original e inacabado, sendo que a busca da felicidade é a meta a ser alcançada via realização deste projeto. Assim,

el proyecto de vida deviene en el conjunto de ideales, objetivos, opciones y decisiones del individuo, teniendo como resultado [...] que durante la temporalidad de una vida humana, el individuo nace, se socializa, educa, trabaja, reproduce, recrea y muere, y la importancia de todo ello, deriva en que en todo momento el individuo es el protagonista de su propia existencia⁴⁶⁹.

A pessoa humana, para realizar-se como ser livre, deve projetar a sua vida. Essa vida é um processo contínuo de projetos sucessivos, pois no presente decidimos o projeto para o futuro, sendo condicionados pelo nosso passado. Disto resulta a liberdade e temporalidade do ser humano que enquanto tal não pode deixar de projetar⁴⁷⁰. Desta imensa quantidade de projetos, é possível diferenciar aquele que possui uma fundamentabilidade para a existência da pessoa, ou seja, o projeto da pessoa que é dotado de especial importância, que uma vez violado ocasiona sérios danos psicossomáticos, daí se falar em dano ao projeto de vida⁴⁷¹ a ser resolvido

⁴⁶⁶ BERRÍO, Andrés Felipe Suárez. Derecho al libre desarrollo de la personalidad en la jurisprudencia de la corte constitucional colombiana entre los años 1992 y 1997. *Dikaion*. N. 8, p. 68-126. Chía (Colombia), julio, 1999, p. 78.

⁴⁶⁷ BADILLA, Kevin Johan Villalobos. **El derecho humano al libre desarrollo de la personalidad**. 360 f. Tesis de licenciatura en Derecho. Universidad de Costa Rica, San José, 2006, p. 89.

⁴⁶⁸ SESSAREGO, Carlos Fernández. Daño al proyecto de vida. *Revista de Derecho PUCP*. n. 50, p. 47-97. Lima, 1996, p. 95.

⁴⁶⁹ BADILLA, Kevin Johan Villalobos. **El derecho humano al libre desarrollo de la personalidad**. 360 f. Tesis de licenciatura en Derecho. Universidad de Costa Rica, San José, 2006, p. 92. Tradução livre: “o projeto de vida torna-se o conjunto de ideais, metas, escolhas e decisões dos indivíduos, tendo como resultado [...] que durante a temporalidade da vida humana, o indivíduo nasce, socializa-se, educa-se, trabalha, reproduz, diverte-se e morre, e a importância disso, deriva de em todos os momentos o indivíduo é o protagonista de sua própria existência.”

⁴⁷⁰ SESSAREGO, Carlos Fernández. Daño al proyecto de vida. *Revista de Derecho PUCP*. n. 50, p. 47-97. Lima, 1996, p. 51-52.

⁴⁷¹ SESSAREGO, Carlos Fernández. Daño al proyecto de vida. *Revista de Derecho PUCP*. n. 50, p. 47-97. Lima, 1996, p. 83-84.

por uma das formas de tutela civil do livre desenvolvimento da personalidade (responsabilidade civil repressiva).

Se a pessoa é livre para escolher o seu plano de vida feliz, então a mesma não pode sofrer nenhuma espécie de censura ou discriminação advinda das suas decisões relacionadas à sua maneira de ser. O livre desenvolvimento da personalidade também preconiza o respeito pelas diferenças entre cada ser humano que configura livremente o seu modo de viver⁴⁷².

Por certo que a proteção da individualidade da pessoa em relação à autodeterminação do seu próprio modelo de personalidade e do seu projeto de vida boa e feliz, sem intervenções do Estado ou de particulares, compreende, além do respeito e promoção das escolhas existenciais da pessoa humana, aquelas posições jurídicas fundamentais que são pressupostos na garantia de tal desenvolvimento. Estas posições jurídicas fundamentais também devem ser incluídas dentro do âmbito de proteção do direito ao livre desenvolvimento da personalidade.

Em termos realmente amplos, para Rabindranath Capelo de Sousa, o desenvolvimento da personalidade indica que a tutela da personalidade não acontece apenas de maneira estática, mas também de forma dinâmica. Tal direito garante as condições existenciais e convivenciais necessárias para que o ser humano possa se desenvolver, além de pressupor um nível de autodeterminação de cada pessoa na autoconstrução da sua personalidade individual. Neste sentido, resultam deste direito poderes jurídicos que permitam a afirmação e promoção concreta da personalidade em face das outras pessoas (inclusive jurídicas) ou do Estado (e demais entes públicos) em especial: (i) a saúde; (ii) o ensino e educação; (iii) formação profissional; (iv) habitação, entre outros⁴⁷³.

Por outro lado, deveres jurídicos de abstenção também são consequências deste direito na medida em que as outras pessoas estão proibidas “de impedir, de dificultar, de perturbar ou, por qualquer outro modo, de prejudicar tal desenvolvimento da personalidade”. Podem, ainda, surgir deveres jurídicos de ação necessários para salvaguardar o desenvolvimento da personalidade, bem como garantias advindas do regime de responsabilidade civil (preventiva ou repressiva)⁴⁷⁴.

⁴⁷² OTERO, Paulo. **Direito constitucional português**: vol. I – identidade constitucional. Coimbra: Almedina, 2010, p. 42. Nas palavras do autor: “A afirmação de um princípio geral de liberdade envolve, por consequência, o reconhecimento de um direito à diferença de cada pessoa humana na sua maneira de ser, pensar e agir, enquanto realidade única, irrepetível e infungível: o livre desenvolvimento da personalidade determina o respeito pela autonomia de cada ser humano na formação da sua individualidade, na exploração das potencialidades da suas forças e talentos, na arbitrariedade da escolha de todas as opções e na configuração do seu modo de vida.”

⁴⁷³ **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Coimbra, 1995, p. 353.

⁴⁷⁴ **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Coimbra, 1995, p. 353-354.

Capelo de Sousa complementa dizendo que:

No desenvolvimento da personalidade de cada homem releva, outrossim, o poder de autodeterminação do seu titular. Desde logo, na possibilidade de escolha de finalidades ou objetivos, na recolha das informações pessoais e no empreendimento de acções, na abertura aos outros do ser pessoa, na promoção da personalidade das atividades (v.g., com recurso a métodos e impregnação de caracteres pessoais próprios), na auto-avaliação dos dados da informação e dos de acção e na adesão ideológica, filosófica, ética, religiosa, política, económica e cultural. Mas também nas possibilidades de contestação e de ruptura com os sistemas informativos e comportamentais externos e nas faculdades de restrição e de cessação das atividades próprias. E, sobretudo, na automodelação do carácter, do temperamento, do intelecto e do corpo e na adaptação sócio-ambiental, numa dinâmica de autoconstituição ou de autodesenvolvimento da personalidade individual⁴⁷⁵.

Paulo Otero, por sua vez, sustenta que do direito ao livre desenvolvimento da personalidade decorrem sete dimensões. A primeira diz respeito ao reconhecimento da personalidade, da capacidade e dos direitos da personalidade, pois não podem existir seres humanos sem personalidade jurídica, capacidade ou direitos da personalidade. A segunda concerne à proteção da individualidade de cada um, uma vez que o desenvolvimento da personalidade requer autonomia no processo de formação da personalidade, na exploração das suas potencialidades e na escolha do seu próprio modo de vida⁴⁷⁶.

A terceira dimensão é identificada com a liberdade geral de ação. Só é proibido o que o Direito tipifica como proibido ou, mesmo sem norma expressa, causar danos aos outros. A quarta categoria está intimamente relacionada com a terceira, reconhecendo que o livre desenvolvimento da personalidade funciona como cláusula residual de direitos de liberdade não tipificados⁴⁷⁷.

A quinta dimensão preconiza o respeito à diferença de cada pessoa, vedando qualquer forma de censura ou discriminação, enquanto a sexta define a incumbência dos poderes públicos e promover o real desenvolvimento da personalidade por meio da realização do bem-estar material e imaterial. Por fim, a última categoria enxerga no livre desenvolvimento da personalidade uma cláusula geral de responsabilidade civil subjetiva, pois cada um deve assumir as consequências de suas escolhas face a terceiros⁴⁷⁸.

Com as devidas adaptações, necessárias para uma construção constitucionalmente adequada ao sistema jurídico brasileiro, é possível identificar, na esteira do pensamento alemão,

⁴⁷⁵ **O direito geral de personalidade.** Coimbra: Coimbra, 1995, p. 356-357.

⁴⁷⁶ **Instituições políticas e constitucionais:** vol. I. Coimbra: Almedina, 2007, p. 580.

⁴⁷⁷ **Instituições políticas e constitucionais:** vol. I. Coimbra: Almedina, 2007, p. 580-581.

⁴⁷⁸ **Instituições políticas e constitucionais:** vol. I. Coimbra: Almedina, 2007, p. 581.

duas grandes dimensões do âmbito de proteção do livre desenvolvimento da personalidade. A primeira diz respeito à liberdade geral de ação, que abrange todo tipo de atuação humana e não apenas um âmbito da vida delimitado como ocorre com os demais direitos fundamentais especiais de liberdade. A segunda engloba o chamado direito geral de personalidade, que também envolve a proteção da personalidade em sentido amplo sem se limitar a âmbitos específicos dos demais direitos da personalidade⁴⁷⁹. Isso porque, mesmo que todas as dimensões trazidas por Paulo Otero sejam verdadeiras consequências do livre desenvolvimento da personalidade, é possível, contudo, concentrá-las nestas duas grandes dimensões subjetivas ou remanejá-las para a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais.

Neste mesmo diapasão é o entendimento de Paulo Mota Pinto ao reconhecer uma dupla dimensão de proteção do livre desenvolvimento da personalidade. A tutela da liberdade geral de ação proporciona a proteção da atividade ou comportamento da pessoa humana, enquanto a dimensão de tutela da personalidade significa a proteção de sua integridade ou substrato da atividade livre. No caso da liberdade, o bem jurídico protegido é a livre decisão sobre determinada ação ou omissão, enquanto no segundo o bem jurídico é a proteção contra a lesão pessoal por parte de terceiros. É a junção das duas dimensões do âmbito de proteção que garante o desenvolvimento de “uma individualidade autónoma e livre”, pois o direito geral de liberdade requer a tutela da personalidade como pressuposto de uma atuação livre⁴⁸⁰.

Embora as duas dimensões sejam objeto de análise mais detalhada em capítulo separado, aqui é necessário argumentar a respeito da adoção de uma perspectiva ampla sobre o livre desenvolvimento da personalidade em detrimento de uma noção restrita do seu objeto de proteção.

Dada a semelhança entre as constituições de Portugal e do Brasil, visto que no âmbito brasileiro esta discussão ainda não foi abordada, serão utilizadas as objeções de José de Melo Alexandrino (dentro do contexto português), observando a pertinência de suas críticas à teoria ampla e as possibilidades de sua implementação dentro do sistema jurídico brasileiro.

Para Alexandrino, a teoria mais consentânea com a estrutura da Constituição portuguesa é aquela que circunscreve o âmbito existencial do livre desenvolvimento da personalidade à proteção dos “núcleos mais estreitos da personalidade”, incluindo apenas as

⁴⁷⁹ PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 175-177. Como será verificado, no direito brasileiro o direito geral de personalidade vem sendo substituído por uma cláusula geral de tutela da personalidade por ser uma teoria aberta a todas as situações jurídicas subjetivas existenciais e não apenas centrada na categoria dos direitos subjetivos.

⁴⁸⁰ O direito ao livre desenvolvimento da personalidade. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes (coordenador). **Portugal-Brasil ano 2000**. Coimbra: Coimbra, 1999, p. 163-164.

formas mais elementares de autonomia individual e de liberdade de ação, desde que não sejam protegidas por outros direitos fundamentais de liberdade específicos. Disto decorre algumas consequências: (i) o livre desenvolvimento da personalidade é apenas um direito residual; (ii) não constitui uma cláusula geral; (iii) não está em relação com outros direitos fundamentais de liberdade na perspectiva de um direito geral para direitos especiais; (iv) está sujeito à determinação geral dos limites a direitos fundamentais garantidos sem reserva; (v) o princípio da liberdade não é retirado diretamente do desenvolvimento da liberdade, mas a partir dos múltiplos direitos de liberdade garantidos ao longo da Constituição portuguesa⁴⁸¹.

Para sustentar sua posição, a primeira crítica trazida pelo autor é que a Constituição portuguesa já fez referência a um sistema aberto de direitos fundamentais por meio do art. 16, n. 1⁴⁸² e também pela realização da revisão constitucional que prevê o dever do constituinte derivado ir atualizando a Constituição com novos direitos fundamentais o que retira a necessidade de trabalhar o livre desenvolvimento da personalidade como fonte de novos direitos fundamentais. Ademais, afirma que a função de um direito principal de liberdade poderia ser remetida ao princípio da dignidade da pessoa humana e não ao desenvolvimento da personalidade que só foi consagrado após a revisão constitucional de 1997⁴⁸³.

No caso do sistema jurídico brasileiro é possível notar a semelhança da cláusula de abertura a novos direitos fundamentais do art. 5º, §2º da Constituição Federal com a previsão portuguesa. Todavia, a CF não prevê nenhum tipo de revisão constitucional aos moldes daquele previsto no contexto português. Apesar desta diferença, nem mesmo dentro da Constituição portuguesa esta crítica pode ser pertinente. Isso porque não é a cláusula de abertura por si só que garante a inclusão e o reconhecimento de novos direitos fundamentais ao bloco de constitucionalidade, mas sim os critérios materiais que a mesma traz no seu texto normativo e que reflete na norma criada⁴⁸⁴, no caso brasileiro o regime e os princípios adotados pela Constituição Federal.

Quanto à remissão da tutela da liberdade apenas à dignidade humana, é preciso notar que: (i) no caso brasileiro a dignidade da pessoa humana não é um direito fundamental,

⁴⁸¹ **A estruturação do sistema de direitos, liberdade e garantias na constituição portuguesa:** Vol. II – A construção dogmática. Coimbra: Almedina, 2006, p. 501-502.

⁴⁸² Artigo 16.º Âmbito e sentido dos direitos fundamentais

1. Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional.

⁴⁸³ **A estruturação do sistema de direitos, liberdade e garantias na constituição portuguesa:** Vol. II – A construção dogmática. Coimbra: Almedina, 2006, p. 511-512.

⁴⁸⁴ SACIO, Juan Manuel Sosa. Derechos constitucionales no enumerados y derecho al libre desarrollo de la personalidad. In: DÁVALOS, Luis Sáenz (coord.). **Derechos constitucionales no escritos reconocidos por el tribunal constitucional.** Lima: Gaceta Jurídica, 2009, p. 116.

constituindo antes de tudo um princípio fundamental⁴⁸⁵; (ii) se toda vez que algo relacionado à liberdade de ação tiver que ser remetido à dignidade humana, então recai-se na crítica da utilização de tal princípio para resolver questões que poderiam ser solucionadas a partir de direitos fundamentais cada vez mais específicos⁴⁸⁶ (no presente caso, o livre desenvolvimento da personalidade); (iii) o livre desenvolvimento da personalidade já poderia ser considerado implícito na Constituição portuguesa mesmo antes da revisão de 1997 como decorrência da dignidade da pessoa humana⁴⁸⁷, raciocínio que pode ser plenamente transposto para o caso brasileiro como ainda será demonstrado.

Deste modo, apesar de ainda ser um direito fundamental amplo, o livre desenvolvimento da personalidade ainda constitui uma especificação da dignidade⁴⁸⁸, permitindo uma operacionalidade maior na solução dos casos concretos, sendo esta a vantagem em se trabalhar com o livre desenvolvimento da personalidade ao invés de sempre recorrer ao princípio “guarda-chuva” da dignidade da pessoa humana.

José de Melo Alexandrino também afirma que um direito alargado também pressupõe uma cláusula restritiva também ampliada, o que não ocorreria com a formulação do direito ao desenvolvimento da personalidade na Constituição de Portugal⁴⁸⁹. Neste ponto, o contra-argumento está na própria consideração de um suporte fático amplo que melhor se

⁴⁸⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 79.

⁴⁸⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 118-119. Especificando o raciocínio: “[...] sustenta-se que o princípio da dignidade da pessoa humana, em relação aos direitos fundamentais, pode assumir, mas apenas em certo sentido, a feição de *lex generalis*, já que, sendo suficiente o recurso a determinado direito fundamental (por sua vez já impregnado de dignidade), inexistente, em princípio, razão para invocar-se autonomamente a dignidade da pessoa humana, que, no entanto, não pode ser considerada como sendo de aplicação meramente subsidiária, até mesmo pelo fato de que uma agressão a determinado direito fundamental simultaneamente poderá constituir ofensa ao seu conteúdo em dignidade.”

⁴⁸⁷ PINTO, Paulo Mota. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes (coordenador). **Portugal-Brasil ano 2000**. Coimbra: Coimbra, 1999, p. 152; ALMEIDA, Kellyne Laís Laburú Alencar de. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade – perspectiva do direito português. In: MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato (organizadores). **Direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 86. Esta última afirma: “no ordenamento jurídico português, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade é de consagração ainda muito recente, uma vez que incluído no texto constitucional tão somente por ocasião da IV Revisão Constitucional de 1997. Isso, porém, não quer dizer que anteriormente a 1997 o direito ao livre desenvolvimento da personalidade fosse completamente ausente do mundo jurídico lusitano; sendo decorrência necessária do princípio da dignidade humana, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade já existia mesmo antes da reforma ao menos para constituir o núcleo irredutível da individualidade da pessoa em sede de direitos, liberdade e garantias.”

⁴⁸⁸ ALMEIDA, Kellyne Laís Laburú Alencar de. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade – perspectiva do direito português. In: MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato (organizadores). **Direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 79. Para Canotilho: “a densificação do sentido constitucional dos direitos, liberdades e garantias é mais fácil do que a determinação do sentido específico do enunciado ‘dignidade da pessoa humana’.” (**Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 248).

⁴⁸⁹ **A estruturação do sistema de direitos, liberdade e garantias na constituição portuguesa**: Vol. II – A construção dogmática. Coimbra: Almedina, 2006, p. 513.

adequa à estrutura do direito em voga. Isso porque, feita tal opção, mesmo que o âmbito de proteção seja amplo, isso não significa que aquilo que é protegido definitivamente também irá ser. No caso concreto o importante é o que será protegido definitivamente, levando em consideração as limitações de fato e de direito (com especial atenção à colisão com os demais direitos fundamentais)⁴⁹⁰.

Outra objeção de Alexandrino concerne à imprestabilidade do direito ao livre desenvolvimento da personalidade para a tutela da liberdade econômica (levando em consideração que no contexto germânico tal liberdade é remetida ao desenvolvimento da personalidade) em razão da Constituição portuguesa já trazer em seu bojo as normas jurídicas necessárias para a proteção da atividade econômica que abrangem a liberdade de contratar, liberdade de empresa, liberdade de produção, a autonomia privada, entre outras⁴⁹¹.

Aqui a estrutura da Constituição de Portugal se assemelha à sistematização da Constituição brasileira, pois na CF de 1988 a tutela da ordem econômica também veio expressamente prevista a partir do art. 170⁴⁹². No entanto, se tal argumento fosse utilizado em relação ao livre desenvolvimento da personalidade também seriam atingidos todos aqueles direitos fundamentais que constituem especificações de direitos fundamentais mais amplos, frustrando aquilo que a doutrina já vem chamando de concorrência ou concurso de direitos fundamentais.

Existe concorrência ou concurso de direitos fundamentais quando uma mesma intervenção estatal é passível de atingir simultaneamente dois direitos fundamentais de um

⁴⁹⁰ Segundo Robert Alexy: “o fato do suporte fático do direito geral de liberdade ser ilimitado é algo que, em vista de sua cláusula restritiva, não significa muita coisa. Decisivo para a posição do indivíduo é aquilo que é protegido definitivamente. Mas aquilo que é definitivamente protegido é tudo, menos ilimitado. É o resultado de sopesamento contra princípios colidentes, que existem em grande quantidade” (**Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 377). A questão dos limites ao livre desenvolvimento da personalidade será tratada em tópico específico.

⁴⁹¹ **A estruturação do sistema de direitos, liberdade e garantias na constituição portuguesa**: Vol. II – A construção dogmática. Coimbra: Almedina, 2006, p. 515-516.

⁴⁹² Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

mesmo titular. No caso concreto pode haver uma concorrência meramente aparente, ou seja, dentre os possíveis direitos violados será escolhido um para aferimento da violação, mas também pode haver um concurso real, quando a intervenção deverá ser analisada sobre o prisma dos dois direitos fundamentais⁴⁹³.

Em caso de concorrência de direitos fundamentais em que existe uma relação de especialidade na determinação do âmbito de proteção, prevalece o direito fundamental especial em razão da primazia que goza a norma especial em face da norma geral⁴⁹⁴. Aqui vale o exemplo de Dimoulis e Martins ao estabelecer que a inviolabilidade do domicílio (art. 5º, XI, da CF) é especial em relação ao direito fundamental à privacidade (art. 5º, X, da CF) que, por sua vez, também é especial em relação ao direito geral de liberdade (art. 5º, *caput*, da CF)⁴⁹⁵.

Não existe nada nesse raciocínio que permita concluir que a previsão de direitos fundamentais específicos torne a proteção do direito fundamental mais geral uma norma imprestável. Ao contrário, entendido como uma cláusula geral de liberdade e de direitos da personalidade, o livre desenvolvimento da personalidade possui uma relação *lex generalis* e *lex specialis* para com os demais direitos fundamentais de liberdade e de personalidade, cuja combinação permite tanto uma tutela e promoção ampla da pessoa humana, quanto uma operacionalidade no momento de solucionar os casos concretos, partindo dos direitos fundamentais mais específicos antes de recorrer ao livre desenvolvimento da personalidade.

Como bem observa Karl Engisch, a regulamentação por cláusulas gerais e o método casuístico não se excluem, pois são, antes de tudo, métodos complementares. A combinação dos dois o autor chama de método exemplificativo⁴⁹⁶, ou seja, alguns direitos fundamentais específicos são exemplos de tutelas mais concretas do direito geral de liberdade e de personalidade.

Essa subsidiariedade já foi reconhecida no contexto alemão pela doutrina e jurisprudência, ao explicitar que o direito geral de liberdade ganha importância somente quando não for possível aplicar o âmbito de proteção de um direito fundamental específico⁴⁹⁷. No âmbito português, Paulo Mota Pinto ratifica tal concepção ao defender a existência de um critério de especialidade que exclui a necessidade de recorrer à liberdade geral de ação quando houver direito mais específico. Com isso, o recurso à cláusula geral possui a função de

⁴⁹³ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 171-172.

⁴⁹⁴ PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 157.

⁴⁹⁵ **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 172.

⁴⁹⁶ **Introdução ao pensamento jurídico**. 7ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 231.

⁴⁹⁷ PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 175-176.

complementar as lacunas em relação aos direitos especiais de liberdade, sendo que sua importância é tanto maior quando menor for a previsão das liberdades pontuais na Constituição⁴⁹⁸.

Adaptando ao sistema jurídico brasileiro, além do raciocínio dedutivo que permite reconhecer o livre desenvolvimento da personalidade como decorrência da dignidade da pessoa humana, é possível fazer um raciocínio indutivo em relação à concepção ampla ao reconhecer o direito geral de liberdade positivado expressamente no *caput* do art. 5º e seu respectivo inciso II da Constituição Federal⁴⁹⁹. Assim, levando em consideração a opção do próprio constituinte brasileiro, não há como se desvencilhar de um suporte fático amplo do direito ao livre desenvolvimento da personalidade.

Este entendimento também se coaduna com a característica da sobreinterpretação preconizada pelo atual neoconstitucionalismo. Isso quer dizer que a Constituição deve ser levada a preencher todos os espaços vazios do sistema jurídico de maneira que quando a matéria não for disciplinada por uma regra específica encontrará na Constituição um mínimo de regulação, reduzindo o nível de discricionariedade na resolução do caso concreto⁵⁰⁰. Neste sentido, sempre que a posição de liberdade não encontrar proteção em norma com maior densidade normativa, a mesma encontrará no direito geral de liberdade o amparo *prima facie* necessário.

Quanto a amplitude ou existência de um direito geral de personalidade, José de Melo Alexandrino argumenta a tradição portuguesa foi de especificação dos bens da personalidade protegidos e nunca recorreu à utilização de cláusulas gerais para a tutela da personalidade. Afirma, ainda, que diversos âmbitos de proteção do direito geral da

⁴⁹⁸ PINTO, Paulo Mota. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes (coordenador). **Portugal-Brasil ano 2000**. Coimbra: Coimbra, 1999, p. 205-207. No mesmo sentido: “Ademais, o *direito geral de ação* que protegerá uma liberdade em agir de forma livre, sob o prisma do direito ao desenvolvimento da personalidade, só será invocado quando a conduta praticada, ou seja, quando o exercício da faculdade de ação naquele caso em espécie, não estiver consagrado como uma liberdade especial de ação. O direito ao *livre desenvolvimento da personalidade* na sua necessidade de garantir um direito de ação, só será aplicável quando o objeto jurídico não estiver tutelado de forma expressa na Constituição” (MIRANDA, Felipe Arady. O direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**. Ano 2, n. 10, p. 11184-11185).

⁴⁹⁹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
[...]

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

⁵⁰⁰ MÖLLER, Max. **Teoria geral do neoconstitucionalismo**: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 36-37. Sobre o sistema constitucional espanhol, Perez Luño ressalta que o sistema de direitos fundamentais tem a vocação de ser pleno, no sentido de responder as exigências necessárias ou necessidades básicas pessoais e coletivas. Disso decorre a cláusula de abertura dos direitos fundamentais baseado no livre desenvolvimento da personalidade, defendido em especial nas doutrinas germânicas (**Los derechos fundamentales**. 6ª ed. Madrid: Tecnos, 1995, p. 141).

personalidade, identificados na doutrina alemã, já são protegidos autonomamente pelo sistema jurídico português, restando apenas a autorepresentação pessoal e, em certa medida, a proteção das crianças e dos adolescentes, mas que não garante a existência de um direito geral da personalidade⁵⁰¹.

Aqui a crítica do autor parte de uma premissa errada. Não há dúvidas que do texto normativo do art. 70 do Código Civil português⁵⁰² derive uma cláusula geral que tutela a personalidade jurídica da pessoa humana. É com base neste dispositivo que a doutrina portuguesa, embora de forma não unânime, já vinha reconhecendo um direito geral da personalidade que, inevitavelmente, possui uma estrutura de cláusula geral⁵⁰³. Posição esta que teve ampla aceitação por parte da jurisprudência do Tribunal Constitucional e do Supremo Tribunal de Justiça⁵⁰⁴.

Quanto à tutela específica de âmbitos de proteção, que normalmente são remetidos ao direito geral da personalidade, faz-se mister adotar a mesma estratégia de refutação já realizada em prol do direito geral de liberdade. Os direitos da personalidade tipificados estão em relação de especialidade com o direito geral da personalidade. Somente quando não houver direito específico e a personalidade humana vier a ser violada ou ameaçada de violação é que será necessário recorrer à cláusula geral⁵⁰⁵.

⁵⁰¹ **A estruturação do sistema de direitos, liberdade e garantias na constituição portuguesa:** Vol. II – A construção dogmática. Coimbra: Almedina, 2006, p. 518-524. O autor conclui: “Em síntese: (1) face aos argumentos precedentes, ao direito ao desenvolvimento da personalidade do art. 26.º, n.º 1, não pode ser reconhecida a qualidade de *lex generalis*, nem no confronto com os demais direitos, liberdades e garantias pessoais de liberdade, nem, obviamente, no confronto com a generalidade dos demais direitos fundamentais da Constituição (a começar pelos direitos, liberdades e garantias de participação política e dos trabalhadores e a terminar nos direitos e deveres económicos, sociais e culturais, nos direitos fundamentais de igualdade e nos direitos fundamentais processuais); 2) semelhante conclusão não obsta, no entanto, ao reconhecimento de relações parcelares de especialidade e de subsidiariedade entre direitos fundamentais na CRP, nem veda a possibilidade de identificação dos princípios subterrâneos que dão sentido e definem a arquitectura dos direitos fundamentais na CRP.”

⁵⁰² ARTIGO 70º (Tutela geral da personalidade)

1. A lei protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral.

⁵⁰³ SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Coimbra, 1995, p. 93; VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Direito de personalidade**. Almedina: Coimbra, 2014, p. 61-68; PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria geral do direito civil**. 3 ed. Coimbra: Coimbra, 1999, p. 207-208. Em sentido contrário ao reconhecimento de um direito geral da personalidade: DRAY, Guilherme Machado. **Direitos de personalidade**: anotações ao código civil e ao código do trabalho. Almedina: Coimbra, 2006, p. 34; ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito civil: teoria geral**, vol. 1. 2ª ed. Coimbra: Coimbra, 2000, p. 86-88; CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de direito civil português**: vol. I, parte geral, tomo III, pessoas. Coimbra: Almedina, 2004, p. 81.

⁵⁰⁴ VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Direito de personalidade**. Almedina: Coimbra, 2014, p. 63.

⁵⁰⁵ GARCIA, Enéas Costa. **Direito geral da personalidade no sistema jurídica brasileiro**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007, p. 164. Segundo o autor: “os direitos típicos seria, pois, concretizações do direito geral da personalidade, manifestações parciais da tutela globalmente conferida pelo primeiro. O direito geral da personalidade aplica-se de forma subsidiária. Havendo regulamentação específica, em princípio, não há lugar para sua incidência. Em contrapartida, tratando-se de atentado à personalidade não tipicamente regulado, incide

Especificamente no caso brasileiro, a doutrina vem construindo, a partir do art. 12 do Código Civil⁵⁰⁶ e do princípio da dignidade da pessoa humana, um conceito ampliado de cláusula geral de tutela da personalidade que não se restringe à categoria dos direitos subjetivos, pois transcende ao gênero das situações jurídicas subjetivas existenciais, perfazendo ainda um reenvio intrassistemático aos princípios constitucionais e um reenvio extrassistemático para valores situados fora do ordenamento jurídico⁵⁰⁷. Assim, ao contrário de pugnar por uma versão restringida do direito geral da personalidade, a tutela da pessoa foi ampliada e pode ainda ser reforçada por meio do reconhecimento do direito ao livre desenvolvimento da personalidade como direito fundamental decorrente da dignidade humana.

Deste modo, explicitados os motivos para o reconhecimento de duas dimensões amplas do direito ao livre desenvolvimento da personalidade (liberdade geral de ação e cláusula geral de tutela da personalidade) que compõem o seu âmbito de proteção, sem prejuízo de tratamento específico em capítulo apartado, serão analisados a seguir os titulares das posições jusfundamentais garantidas por meio deste direito.

2.1.2 Titularidade

O direito subjetivo garantido por uma norma de direito fundamental possui uma relação trilateral composta pelo seu titular, um objeto e um destinatário. Aquele que pode exigir o cumprimento da consequência decorrente da violação (positiva ou negativa) de um direito fundamental é o seu titular. O destinatário, por sua vez, é o sujeito passivo da relação ao qual cabe o cumprimento dos deveres oriundos dos direitos fundamentais⁵⁰⁸.

O princípio da universalidade é o aplicável em relação à titularidade dos direitos fundamentais, pois do *caput* do art. 5º da CF/88 decorre que tanto os brasileiros quanto os estrangeiros residentes no país são titulares dos direitos fundamentais. Assim, todas as pessoas

em toda plenitude o direito geral da personalidade. Esta é, inclusive, uma das maiores vantagens da sua adoção, superando as lacunas que o sistema fechado inevitavelmente provoca.”

⁵⁰⁶ Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

⁵⁰⁷ MOREIRA, Rodrigo Pereira. Os fundamentos dos direitos da personalidade: entre o direito natural, o direito positivo e o direito discursivo. In: Martins, Fernando Rodrigues. **Direito em diálogo de fontes**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2014, p. 256-257.

⁵⁰⁸ NUNES, Anelise Coelho. **A titularidade dos direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 42. Segundo Ingo Sarlet: “Titular do direito notadamente na perspectiva da dimensão subjetiva dos direitos e garantias fundamentais, é quem figura como sujeito ativo da relação jurídico-subjetiva, ao passo que destinatário é a pessoa (física, jurídica ou mesmo ente despersonalizado) em face da qual o titular pode exigir o respeito, proteção ou promoção do seu direito” (SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 209).

são titulares de direitos e deveres fundamentais. Isso não quer dizer que a própria Constituição não possa fazer exceções em relação aos brasileiros e estrangeiros⁵⁰⁹, como é o caso dos direitos políticos.

Aqui cumpre salientar que a discussão sobre a titularidade de direitos fundamentais por estrangeiros⁵¹⁰ não se aplica ao direito ao livre desenvolvimento da personalidade⁵¹¹ tendo em vista o princípio da universalidade, ou seja, tal direito é de titularidade de todas as pessoas pelo simples fato de ser pessoa (decorrência lógica do pressuposto teórico do personalismo ontológico), mesmo aos estrangeiros que estão apenas em trânsito no país merecem proteção da sua individualidade, liberdade e direitos da personalidade. A discussão, todavia, deve centrar-se na titularidade deste direito fundamental na etapa de desenvolvimento pré-natal e no caso das pessoas jurídicas.

Segundo Anelise Nunes, a titularidade dos direitos fundamentais está relacionada com a sua capacidade de exercício. Neste sentido, não seria necessária a titularidade de direitos fundamentais que não fossem possíveis de serem exercidos. Pode até ser que o titular não venham exercer determinado direito fundamental, mas é essencial que exista a possibilidade do direito ser exercido⁵¹².

Este parece ser o entendimento de Canotilho, muito embora ele reconheça que este expediente pode ser utilizado para restrições inconstitucionais de direitos fundamentais. Assim, propõe o autor um critério interpretativo relacionado à necessidade de decisão em relação aos direitos fundamentais: sempre que a posição jusfundamental não estiver relacionada às tomadas de decisões (direito à vida por exemplo), a titularidade dos direitos fundamentais não depende da capacidade de exercício e desvincula-se de critérios como a idade da pessoa⁵¹³.

De acordo com a jurisprudência alemã, o nascituro não seria titular do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, pois este pressupõe uma pessoa com pelo menos um potencial de ação no futuro, o que não indica uma falta de tutela do nascituro por meio do direito

⁵⁰⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 210-211. No mesmo sentido em relação à Constituição portuguesa: CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 416-417.

⁵¹⁰ Sobre a discussão da titularidade dos estrangeiros em trânsito no país veja-se: DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 70-72.

⁵¹¹ De acordo com Paulo Mota Pinto tanto os estrangeiros quanto os apátridas são titulares do livre desenvolvimento da personalidade (O direito ao livre desenvolvimento da personalidade. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes (coordenador). **Portugal-Brasil ano 2000**. Coimbra: Coimbra, 1999, p. 220-221).

⁵¹² **A titularidade dos direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 44.

⁵¹³ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 425.

à vida⁵¹⁴. No direito brasileiro a titularidade do direito à vida pelo nascituro é reconhecida por Ingo Sarlet, pois para ele é nítida a titularidade de direitos fundamentais no caso dos embriões em fase de gestação, sobretudo para a conservação de suas vidas, resultando iminentes os demais direitos da personalidade⁵¹⁵.

Caso o livre desenvolvimento da personalidade seja entendido apenas no seu âmbito de proteção da individualidade que tutela as escolhas e decisões existenciais da pessoa humana, então seria forçoso concluir que o nascituro não seria titular de tal direito. Todavia, é preciso levar em consideração que em casos de direitos multidimensionais, como o livre desenvolvimento da pessoa⁵¹⁶, a solução não será assim tão simples. Isso porque o nascituro pode ser titular de determinada dimensão, mas não o ser para outra dimensão do âmbito de proteção.

Assim, tanto no âmbito de individualidade quanto no direito geral de ação o nascituro não precisa ser considerado titular do livre desenvolvimento da personalidade. Todavia, a cláusula geral de tutela da personalidade, baseada neste direito fundamental e no princípio da dignidade da pessoa humana, é de titularidade do nascituro que já possui em sua esfera jurídica a proteção dos direitos da personalidade desde a sua concepção. O nascituro é considerado pessoa de acordo com parâmetros ontológicos⁵¹⁷, já possui personalidade, sendo titular dos direitos necessários para a proteção da sua integridade física.

Sintetizando este raciocínio, José Gabaldón López explica:

En el tema que nos ocupa, el libre desarrollo de la personalidad ha sido visto por algunos como principio que articula el sentido dinámico de la dignidad de la persona, pero cabe añadir que en esta su consideración general se trata de la persona humana y no simplemente persona jurídica, entendiendo así el precepto como determinante de la afirmación y protección de la persona,

⁵¹⁴ PINTO, Paulo Mota. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes (coordenador). **Portugal-Brasil ano 2000**. Coimbra: Coimbra, 1999, p. 220.

⁵¹⁵ **A eficácia dos direitos fundamentais:** uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 220. Adotando uma perspectiva jusnaturalista tem-se: “verifica-se que o embrião, enquanto ser humano, é uma pessoa e, portanto, possui personalidade jurídica pelo simples fato de existir. Disto decorre que é titular de direitos naturais, e, fundamentalmente, do direito natural à vida” (MAGALHÃES, Leslei Lester dos Anjos. **O princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à vida**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 155).

⁵¹⁶ Esta é a posição de Canotilho adotada para as pessoas jurídicas, mas que pode ser transferida facilmente para o caso do nascituro (**Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 422).

⁵¹⁷ Nas palavras de José de Oliveira Ascensão: “Está necessariamente em causa uma visão ontológica da realidade do embrião.

O embrião não é coisa.

O embrião é vida.

O embrião é vida humana. Tudo isto é inquestionável.

O embrião é vida humana nascente. O seu desenvolvimento natural conduzirá a uma pessoa como nós próprios” (O início da vida. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de. **Dimensões jurídicas da personalidade na ordem constitucional brasileira**. Florianópolis: Conceito, 2010, p. 310).

punto central de su dignidad (inexistente si la persona fuese reducida a cosa). El desarrollo de la personalidad se dirigirá, entonces, en primer término, a la protección del desarrollo biológico, para permitir que el camino germinal del embrión no sea interferido ni impedido. Aquí el término “libre” no significaría, pues, ejercicio de la propia libertad sino obligación de respetar la integridad y el desarrollo de toda la persona humana libre de toda intervención⁵¹⁸.

O ser humano se encontra em constante desenvolvimento desde a sua concepção até o final de sua vida⁵¹⁹, sendo que alguns direitos da personalidade prevalecem mesmo após a sua morte. Visando a dignidade da pessoa humana e o desenvolvimento da personalidade que deve ser admitida uma proteção especial à fase pré-natal, a primeira etapa do desenvolvimento humano. O próprio Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) assegura as políticas públicas para promover nascimentos com saúde e dignidade⁵²⁰.

Com bem jurídico tutelado pelo direito geral da personalidade, a vida do nascituro é protegida tanto em relação a atos positivos violadores da sua integridade física, quanto contra omissões ilícitas, como a falta de prestação de assistência necessária para o desenvolvimento do embrião⁵²¹.

É levando em consideração a dinamicidade da pessoa humana que o livre desenvolvimento da personalidade justifica direitos da personalidade especiais para cada etapa do desenvolvimento do homem. A formação da individualidade demonstra que, a depender da etapa da vida, as necessidades e metas da pessoa variam⁵²². É por isso que a Constituição no

⁵¹⁸ Libre desarrollo de la personalidad y derecho a la vida. **Persona y Derecho**: revista de fundamentación de las instituciones jurídicas y de derechos humanos. N. 44, p. 133-172. Navarra, jan./jun., 2001, p. 145. Tradução livre: Sobre o assunto que nos ocupa, o livre desenvolvimento da personalidade tem sido visto por alguns como um princípio que articula o sentido dinâmico da dignidade da pessoa humana, mas cabe acrescentar que nesta consideração geral é a pessoa humana e não simplesmente pessoa jurídica entendendo, assim, o preceito como determinante da afirmação e proteção da pessoa, o ponto central de sua dignidade (inexistente se a pessoa foi reduzida a coisa). O desenvolvimento da personalidade se dirigirá, então, em primeiro lugar, à proteção do desenvolvimento biológico, para permitir que o caminho germinal do embrião não seja interferido ou impedido. Aqui o termo "livre" não significa, portanto, o exercício da própria liberdade, mas a obrigação de respeitar a integridade e desenvolvimento de toda a pessoa humana livre de qualquer interferência.”

⁵¹⁹ OTERO, Paulo. **Instituições políticas e constitucionais**: vol. I. Coimbra: Almedina, 2007, p. 579.

⁵²⁰ MENEZES, Joyceane Bezerra de. A vida e a dignidade da pessoa humana na fase pré-natal: uma defesa da personalidade do nascituro. In: _____. **Dimensões jurídicas da personalidade na ordem constitucional brasileira**. Florianópolis: Conceito, 2010, p. 349.

⁵²¹ SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Coimbra, 1995, p. 164-165. No mesmo sentido: GARCIA, Enéas Costa. **Direito geral da personalidade no sistema jurídica brasileiro**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007, p. 100.

⁵²² FERRER, Anabella Del Moral. El libre desarrollo de la personalidad en la jurisprudencia constitucional colombiana. **Cuestiones Jurídicas**. Vol. VI, n. 2, p. 63-96. Maracaibo (Venezuela), julio-diciembre, 2012, p. 70.

art. 227 garante uma proteção especial à criança⁵²³ e no art. 230 também faz menção à proteção diferenciada ao idoso⁵²⁴.

A legislação infraconstitucional também é rica em direitos da personalidade reforçados para as etapas de desenvolvimento da pessoa humana. O Estatuto da Criança e do Adolescente no seu art. 3º ainda traz uma dicção da qual pode-se induzir uma verdadeira proteção infraconstitucional do livre desenvolvimento da personalidade:

Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Preceito que, por sua vez, é praticamente repetido no art. 2º do Estatuto do Idoso⁵²⁵, reforçando a proteção das pessoas com idade superior a 60 anos que continuam no gozo reforçado do seu livre desenvolvimento da personalidade. Isso tudo indica que tanto as crianças de pouca idade, os idosos de idade avançada ou as pessoas que por algum motivo tenha a sua capacidade de discernimento reduzida, são titulares deste direito fundamental, sendo que liberdade de escolha existenciais relativos ao seu projeto de vida é tão maior quanto mais discernimento a pessoa tiver no caso concreto⁵²⁶.

O mesmo raciocínio da multidimensionalidade do livre desenvolvimento da personalidade também deve ser aplicado às pessoas jurídicas. Isso porque a dimensão de liberdade, principalmente as liberdades econômicas, são de titularidade das pessoas jurídicas⁵²⁷, embora não seja pacífica a questão se estes entes jurídicos seriam titulares também da dimensão de personalidade⁵²⁸.

⁵²³ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

⁵²⁴ Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.

⁵²⁵ Art. 2º O idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhe, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.

⁵²⁶ Sobre incapacidades e autodeterminação da pessoa vide: MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Autonomia privada e dignidade humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 223-225; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Saúde, corpo e autonomia privada**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 161.

⁵²⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 422; PINTO, Paulo Mota. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes (coordenador). **Portugal-Brasil ano 2000**. Coimbra: Coimbra, 1999, p. 221.

⁵²⁸ Já tivemos a oportunidade de abordar esta discussão em outro trabalho, o qual utilizamos para desenvolver este ponto em específico: MOREIRA, Rodrigo Pereira; PLETI, Ricardo Padovini. Aplicação da teoria dos direitos

Parte da doutrina, embasada na visão personalista dos direitos da personalidade, sustenta que estes direitos não poderiam ser aplicados às pessoas jurídicas, pois as mesmas teriam apenas um vetor patrimonial e os direitos da personalidade preconizam uma perspectiva existencial⁵²⁹. De outro lado, levando em consideração o Código Civil⁵³⁰, existem autores que defendem a possibilidade de extensão dos direitos da personalidade às pessoas jurídicas, caso seja observada a compatibilidade e os limites de acordo com a estrutura da pessoa jurídica⁵³¹.

Normalmente as pessoas jurídicas são definidas como uma coletividade de pessoas ou de bens, que uma vez reunidos realizam interesses comuns, sendo dotadas de personalidade pela ordem jurídica⁵³². Apesar desta formulação coincidir com as pessoas jurídicas clássicas, ou seja, esta definição pode ser perfeitamente utilizada como parâmetro comum na caracterização das associações, sociedades e fundações, tal conceituação não consegue explicar todas as espécies de pessoas jurídicas. Isto porque não consegue abarcar a nova espécie de pessoa jurídica introduzida no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei 12.441/2011, concernente à empresa individual de responsabilidade limitada.

Podendo ser constituída por uma única pessoa física, a empresa individual de responsabilidade limitada não se reporta a uma coletividade de pessoas ou bens. Neste sentido, é necessário adotar uma definição de pessoa jurídica que não apresente o requisito de coletividade. Devido a heterogeneidade de pessoas jurídicas no ordenamento, é prudente definir estes entes a partir do ponto de vista negativo, como o faz Menezes Cordeiro, pois pessoa

da personalidade à empresa individual de responsabilidade limitada. In: CONPEDI (org.). **Direito empresarial**. (Prelo).

⁵²⁹ STANCIOLI, Brunello. **Renúncia ao exercício de direitos da personalidade**: ou como alguém se torna o que quiser. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 7; BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de personalidade e autonomia privada**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 11-12; PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 772-773; SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 21-23; DONEDA, Danilo. Os direitos da personalidade no Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). **A parte geral do novo código civil**: estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 57.

⁵³⁰ Art. 52. Aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade.

⁵³¹ CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de direito civil português**: parte geral, tomo III. Coimbra: Almedina, 2004, p. 104; ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. **A pessoa jurídica e os direitos da personalidade**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 134; VIANA, Patrícia Guerrieri Barbosa. **Dano moral à pessoa jurídica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 28-29; BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995, p. 13; SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Coimbra, 1995, p. 601; SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. 2 ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2005, p. 193; CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade**. São Paulo: Quorum, 2008, p. 33; CANTALI, Fernanda Borghetti. Pessoa jurídica e direitos de personalidade. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. **Manual de teoria geral do direito civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 457-463.

⁵³² PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria geral do direito civil**. 3 ed. Coimbra: Coimbra, 1999, p. 268. No mesmo sentido Carlos Roberto Gonçalves: “Consiste num conjunto de pessoas ou de bens, dotado de personalidade jurídica própria e constituído na forma da lei, para a consecução de fins comuns” (**Direito civil brasileiro**: parte geral. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 182).

jurídica é toda a personalidade “que não possa ser reconduzida a um ser humano”⁵³³. Deste modo, sempre que o ordenamento jurídico conceder personalidade jurídica diversa daquela concedida à pessoa humana, este ente dotado de personalidade será uma espécie de pessoa jurídica, independentemente do substrato⁵³⁴ a que se refira (pessoas, patrimônio, empresa, etc.).

É claro que não se pode negar que a transposição, sem a devida reflexão, dos direitos da personalidade para além do ser humano pode prejudicar a conexão ontológica personalista a que estes direitos estão ligados e que o presente trabalho se filia. Todavia, o problema na extensão dos direitos da personalidade às pessoas jurídicas está ligado principalmente à dificuldade de definição da natureza jurídica destas⁵³⁵, em especial às teorias da ficção, realidade técnica, institucionalista e na do instrumento da linguagem jurídica.

Dessa maneira, como já referido, para Menezes Cordeiro⁵³⁶ a pessoa sempre será dentro do ordenamento um “centro de imputação de normas jurídicas”⁵³⁷, que pode corresponder ao ser humano no caso da pessoa singular ou a outro substrato em se tratando das pessoas jurídicas. No caso da pessoa jurídica, esta exprime um regime jurídico-positivo aplicável aos seres humanos, pois estes podem ser destinatários de normas jurídicas de forma de direta por meio do centro de imputação da pessoa singular, ou podem o ser de forma indireta, transformadas por meio de novas normas, correspondentes à pessoa jurídica. Assim, apesar da pessoa jurídica ser centro de imputação de normas jurídicas, a imputação final sempre será a um ser pensante, humano, que irá executar ou violar a norma⁵³⁸⁻⁵³⁹. No final da rede de

⁵³³ **Tratado de direito civil português**: parte geral, tomo III. Coimbra: Almedina, 2004, p. 469. O autor explica: “Na pureza dos princípios, apenas o ser humano pode ser destinatário de normas jurídicas e, portanto: apenas ele pode encabeçar direitos e obrigações. Todavia, ao longo da História, diversos vetores levaram a que os direitos e obrigações fossem encabeçados por entidades diferentes do ser humano. Pois bem: a pessoa singular é o ser humano; a pessoa colectiva é toda a que não possa ser reconduzida a um ser humano. Trata-se, quanto a esta última, de uma noção obtida pela negativa e, como tal: puramente residual, com tudo o que isso implica a nível de heterogeneidade.”

⁵³⁴ Aqui definido como “o conjunto de elementos da realidade extrajurídica, elevado à qualidade de sujeito jurídico pelo reconhecimento” (PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria geral do direito civil**. 3 ed. Coimbra: Coimbra, 1999, p. 270).

⁵³⁵ CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de direito civil português**: parte geral, tomo III. Coimbra: Almedina, 2004, p. 103-104.

⁵³⁶ **Tratado de direito civil português**: parte geral, tomo III. Coimbra: Almedina, 2004, p. 517-518.

⁵³⁷ No Brasil adota esta posição: GALVANI, Leonardo. **Personalidade jurídica da pessoa humana**: uma nova visão do conceito de pessoa no direito público e privado. Curitiba: Juruá, 2010, p. 32.

⁵³⁸ **Tratado de direito civil português**: parte geral, tomo III. Coimbra: Almedina, 2004, p. 517;519.

⁵³⁹ Apesar de se filiar ao pensamento de que a pessoa jurídica corresponde a um instrumento da linguagem jurídica, Francesco Galgano afirma: “(...) il genere è la persona, il soggetto di diritto, il centro di imputazione o di riferimento di rapporti giuridici; entro questo genere il codice civile colloca, quali specie, la persona fisica (titolo primo del libro primo) e la persona giuridica (titolo secondo del medesimo libro)” (**Diritto civile e commerciale**: volume primo. 2 ed. Padova: CEDAM, 1993, p. 171). Tradução livre: “(...) o gênero é a pessoa, o sujeito de direito, o centro de imputação ou de atribuição de relações jurídicas; dentro deste gênero o Código Civil coloca, como espécies, a pessoa física (título primeiro do livro primeiro) e a pessoa jurídica (título segundo do mesmo livro).”

imputação sempre estará a pessoa ontologicamente considerada na sua dimensão individual, social e ambiental.

Não é possível, no entanto, defender a aplicação mecânica dos direitos da personalidade à pessoa jurídica, pois somente os atributos também intrínsecos a esta que podem ser de sua titularidade⁵⁴⁰. As peculiaridades da pessoa jurídica devem ser observadas para que se possa definir a possibilidade de titularidade do direito especial da personalidade ou não⁵⁴¹.

Não se exclui da titularidade da pessoa jurídica a chamada cláusula geral de tutela da personalidade por ser adaptável às pessoas jurídicas, pois aspectos especiais do direito geral de personalidade podem ser reconhecidos às pessoas jurídicas, não se atendo portanto à necessidade de tipificação dos direitos da personalidade para a sua aplicação a entes diferentes da pessoa humana⁵⁴².

A reflexão sobre a extensão dos direitos da personalidade para a pessoa jurídica deve ser analisada levando em consideração tanto o aspecto ontológico de tutela quanto a teoria da natureza jurídica da pessoa jurídica adotada. Assim, não há como refutar a ideia de proteção da pessoa humana, sua dignidade e seu livre desenvolvimento da personalidade pelos direitos da personalidade, todavia, a pessoa jurídica é um centro de imputação de normas jurídicas diverso da pessoa singular, mas são as pessoas singulares que em último caso são as destinatárias de quaisquer direitos e deveres⁵⁴³.

A violação de um direito da personalidade de titularidade da pessoa jurídica repercute sobre a(s) pessoa(s) que fazem parte do substrato, trabalhem ou atuem em conjunto com esta pessoa jurídica. A reação, assim, não pode ser de forma individual, mas de forma coletiva⁵⁴⁴, razão pela qual a pessoa jurídica também deve ser titular de direitos da personalidade com ela compatíveis.

Paralelamente, quanto aos direitos fundamentais, Ingo Sarlet afirma que a doutrina e a jurisprudência vêm aceitando de forma tranquila a titularidade destes direitos pelas pessoas jurídicas, desde que compatíveis com a natureza peculiar das últimas. Não descarta, também, a

⁵⁴⁰ BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995, p. 13.

⁵⁴¹ ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. **A pessoa jurídica e os direitos da personalidade**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 134.

⁵⁴² SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Coimbra, 1995, p. 600-601. Sem deixar de reconhecer que na doutrina alemã a aplicação do direito geral de personalidade às pessoas jurídicas é um aspecto controverso.

⁵⁴³ CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de direito civil português**: parte geral, tomo III. Coimbra: Almedina, 2004, p. 104.

⁵⁴⁴ CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de direito civil português**: parte geral, tomo III. Coimbra: Almedina, 2004, p. 105. A reação é de forma coletiva mesmo na empresa individual de responsabilidade limitada que possui um único sócio, isso porque os direitos da personalidade envolvidos não é apenas o substrato da pessoa jurídica, mas os empregados, administradores, etc.

possibilidade de limitação destes direitos fundamentais pelo legislador infraconstitucional, resguardada a possibilidade do controle de constitucionalidade. Esclarece que, por vezes, é mediante a proteção da pessoa jurídica que melhor se faz a tutela das pessoas singulares⁵⁴⁵.

Destaca-se, por exemplo, que a doutrina e jurisprudência espanholas reconhecem, desde de 1980, a titularidade do direito fundamental da personalidade à honra objetiva às pessoas jurídicas, onde se lê no Auto 106/1980 do Tribunal Constitucional a seguinte constatação: “o direito à própria estimação, ao bom nome ou reputação em que consiste o direito à honra pode ser patrimônio não só das pessoas individuais, mas também das jurídicas”⁵⁴⁶. Afirmar, María Sueiro, que os direitos fundamentais têm como função a proteção do indivíduo, mas que esta proteção pode se dar de forma singular ou coletiva⁵⁴⁷.

Isto posto, reconhece-se a possibilidade de titularidade dos direitos da personalidade pelas pessoas jurídicas, mas que esta transposição deve ser realizada conforme: (i) a compatibilidade dos direitos da personalidade com a natureza da pessoa jurídica; (ii) a consideração da própria pessoa jurídica⁵⁴⁸.

Neste primeiro aspecto é importante destacar que os direitos da personalidade relacionados aos aspectos físicos e psicológicos não podem ser aplicados à pessoa jurídica, por razões óbvias que dispensam argumentação. Por outro lado, o direito ao nome, à privacidade, à honra e à imagem podem ser extensíveis às pessoas jurídicas⁵⁴⁹, cabendo apenas ressaltar que mesmos estes direitos merecem as devidas adaptações quando aplicados a entes diferentes da pessoa humana. Quanto ao direito à honra, por exemplo, a pessoa jurídica só pode ser titular do seu aspecto objetivo. Ademais, mesmo os direitos não tipificados e derivados da cláusula geral de tutela da personalidade podem ser estendidos às pessoas jurídicas desde que compatíveis.

⁵⁴⁵ **A eficácia dos direitos fundamentais:** uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11^a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 223-224.

⁵⁴⁶ Tradução livre. SUEIRO, María E. Rovira. El honor de la persona jurídica: una cuestión de hermenéutica constitucional. **Anuario da Facultade de dereito da Universidade da Coruña**, n. 2, p. 463-480, 1998, p. 471. Pela aplicação do direito à honra às pessoas jurídicas no direito espanhol ver: GARRIDO, Javier Gómez. Derecho al honor y persona jurídico-privada. **REDUR**, n. 8, p. 205-225, dezembro 2010, p. 223.

⁵⁴⁷ El honor de la persona jurídica: una cuestión de hermenéutica constitucional. **Anuario da Facultade de dereito da Universidade da Coruña**, n. 2, p. 463-480, 1998, p. 480.

⁵⁴⁸ CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de direito civil português:** parte geral, tomo III. Coimbra: Almedina, 2004, p. 105.

⁵⁴⁹ ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. **A pessoa jurídica e os direitos da personalidade.** Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 134; VIANA, Patrícia Guerrieri Barbosa. **Dano moral à pessoa jurídica.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 79 e ss.; CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de direito civil português:** parte geral, tomo III. Coimbra: Almedina, 2004, p. 105; ALPA, Guido. **Instituzioni di diritto privato.** 2 ed. Torino: UTET, 1997, p. 488; CANTALI, Fernanda Borghetti. Pessoa jurídica e direitos de personalidade. In: In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. **Manual de teoria geral do direito civil.** Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 457.

Nas considerações sobre a pessoa jurídica, é primordial a análise da espécie de pessoa jurídica, bem como sua finalidade e seu substrato. Assim, pessoas jurídicas com substratos diretamente humanos merecem maior proteção, como as sociedades e associações. De outro modo, as pessoas jurídicas que não possuem finalidade lucrativa também são mais propensas à tutela dos direitos da personalidade, como as fundações e associações.

2.2 Funções: Perspectiva Subjetiva e Objetiva do Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade

Dada a especial influência de Kelsen na Teoria Geral do Direito, é forçoso constatar que as perspectivas estruturalistas prevaleceram sobre as perspectivas funcionalistas, ou seja, procurou-se descobrir muito mais “como o direito é feito” do que indagar sobre “para que o direito serve”. Isso foi necessário para manter a teoria pura do direito alheia aos juízos de valor, pois o único objeto possível para uma análise científica era o direito positivo⁵⁵⁰.

Atualmente o estudo das funções do Direito tem ganhado força e acabam por complementar os estudos estruturalistas. Assim, da mesma forma que o direito descobriu novas funções além daquela repressiva⁵⁵¹, os direitos fundamentais também ganharam um estudo específico a respeito das funções que exercem frente ao Estado e à sociedade, desvendando novas funções subjetivas e objetivas.

As funções clássicas dos direitos fundamentais foram desenvolvidas por Jellinek e classificadas em *status negativus*, *status positivus*, *status subiectionis* e o *status activus*. Desde então vêm sendo utilizadas, mesmo com algumas críticas, por uma diversa gama de autores no momento de classificar os direitos fundamentais⁵⁵².

Segundo Jellinek, o *status* é a relação que qualifica o indivíduo em relação com o Estado⁵⁵³. O *status negativus* garante à pessoa uma esfera de liberdade face o Estado que permite a conformação da sua esfera privada sem interferências. Como direitos de defesa, os

⁵⁵⁰ BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**: novos estudos de teoria do direito. Barueri: Manole, 2007, p. 53-55.

⁵⁵¹ BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**: novos estudos de teoria do direito. Barueri: Manole, 2007, p. 71-72. A exemplo da função promocional.

⁵⁵² Dentre eles: PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 62-66; SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 155-167; ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 254-275; DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 49-68; FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de direitos**: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem *versus* a liberdade de expressão e informação. 3ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008, p. 92-104; LUÑO, Antonio Enrique Perez. **Los derechos fundamentales**. 6ª ed. Madrid: Tecnos, 1995, p. 24-25.

⁵⁵³ Apud ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 255.

direitos fundamentais protegem, dentro do seu âmbito normativo, determinas liberdades e bens jurídicos contra intervenções estatais, podendo ser exigido que estas ingerências, quando ocorridas, sejam eliminadas⁵⁵⁴.

Quanto ao *status positivus*, é possível relacioná-lo aos direitos sociais ou a prestações, isso porque este *status* engloba a possibilidade do indivíduo exigir uma atuação positiva do Estado, melhorando as condições materiais de vida para o correto exercício das liberdades incluídas no *status negativus*⁵⁵⁵.

No *status* passivo (*status subiectionis*) a relação entre a pessoa e o Estado é de mera sujeição, ou seja, o indivíduo é detentor apenas de deveres e que ao Estado é dado a possibilidade de vincular juridicamente a pessoa através de mandamentos e proibições⁵⁵⁶.

O último a ser abordado é o *status activus* que possui relação com os direitos cívicos⁵⁵⁷. Isso significa que permite-se a participação da pessoa na determinação da política estatal por meio do direito ao sufrágio e outros direitos políticos (participação em referendo e partidos políticos, por exemplo)⁵⁵⁸.

Estreitamente ligado ao *status negativus* está perspectiva subjetiva dos direitos fundamentais, sobretudo quando considerado que o direito ao livre desenvolvimento da personalidade pode ser classificado como um direito de defesa. Criada a partir da matriz liberal-burguesa⁵⁵⁹, a função de defesa dos direitos fundamentais ainda ocupa um dos principais

⁵⁵⁴ PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 62.

⁵⁵⁵ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 52. Em outras palavras: “Este é o estado em que o particular *não pode ter a sua liberdade sem o Estado*, mas em que depende de medidas do Estado para criação e conservação da sua existência livre. Este estado encontra-se conformado e assegurado nos direitos fundamentais quando e na medida em que sejam *direitos de reivindicação, de proteção, de participação, de prestação e de procedimento*” (PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 63).

⁵⁵⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 156-157; ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 256.

⁵⁵⁷ PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 65.

⁵⁵⁸ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 53.

⁵⁵⁹ Sobre a teoria liberal é possível afirmar: “[...] (1) os direitos fundamentais são direitos do particular perante o Estado, são essencialmente *direitos de autonomia e direitos de defesa*; (2) os direitos fundamentais revestem, concomitantemente, o carácter de *normas de distribuição de competências* entre o indivíduo e o Estado, distribuição está favorável à ampliação do domínio de liberdade individual e à restrição da acção estadual ao momentos de garantia e ordem necessários ao livre desenvolvimento desses direitos; (3) os direitos fundamentais apresentam-se como *pré-estaduais*, definindo um domínio de liberdade individual e social, no qual é vedada qualquer ingerência do estado; (4) a substância e o conteúdo dos direitos, bem como a sua utilização e efectivação, ficaram fora de competência regulamentar dos entes estaduais, dependendo unicamente da iniciativa dos cidadãos; (5) a finalidade e o objetivo dos direitos fundamentais é de natureza puramente *individual*, sendo a liberdade garantida pelos direitos fundamentais uma liberdade pura [...]. (CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1396). No mesmo sentido: LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Derechos humanos, estado de derecho y constitución**. 10ª ed. Madrid: Tecnos, 2010, p. 303-304.

destaques ao observar que um dos mais importantes objetivos de tais direitos é limitar o poder estatal e assegurar ao indivíduo um espaço de liberdade, evitando interferências injustificadas no âmbito de proteção dos direitos fundamentais⁵⁶⁰.

Esta função preocupa-se, sobretudo, com a defesa da pessoa humana e de sua respectiva dignidade frente ao Estado. Do ponto de vista subjetivo, o direito fundamental de defesa implica no poder de exigir omissões dos poderes públicos evitando, assim, agressões lesivas por parte do Estado⁵⁶¹ ou particulares (no caso de eficácia horizontal). Segundo Ingo Sarlet,

de modo geral, quando nos referimos aos direitos fundamentais como direitos subjetivos, temos em mente a noção de que ao titular de um direito fundamental é aberta a possibilidade de impor judicialmente seus interesses juridicamente tutelados perante o destinatário (obrigado). Desde logo, transparece a ideia de que o direito subjetivo consagrado por uma norma de direito fundamental se manifesta por meio de uma relação trilateral, formada entre o titular, o objeto e o destinatário do direito⁵⁶².

O direito subjetivo identifica poderes ou faculdades para a realização de interesses reconhecidos por uma norma jurídica a determinado titular. Nesta ótica estrutural, o direito subjetivo aparece como uma forma de proteção de um espaço de autodeterminação individual, traduzindo-se no poder de exigir comportamentos ou produzir efeitos jurídicos. Na perspectiva dos direitos fundamentais, o direito subjetivo representa posição jurídicas subjetivas de caráter individual, universal e fundamental⁵⁶³. É posição jurídica subjetiva porque deve ser imputada a uma pessoa concreta. Diz-se individual porque, via de regra, é o homem individual seu titular (podendo o ser a pessoa jurídica em determinados casos, como já abordado)⁵⁶⁴. São considerados universais por serem atribuídos às pessoas em geral como direitos de igualdade

⁵⁶⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 168.

⁵⁶¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 407-408.

⁵⁶² **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 152. Continua o autor: “[...] os direitos fundamentais de defesa se dirigem a uma obrigação de abstenção por parte dos poderes públicos, implicando para estes um dever de respeito a determinados interesses individuais, por meio da omissão de ingerências ou pela intervenção na esfera de liberdade pessoal apenas em determinadas hipóteses e sob certas condições.”

⁵⁶³ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2012, p. 112-114. Nas palavras de Canotilho: “diz-se que uma norma garante um **direito subjectivo** quando o titular de um direito tem, face ao seu destinatário, o ‘direito’ a um determinado acto, e este último tem o dever de, perante o primeiro, praticar esse acto. O direito subjectivo consagrado por uma norma de direito fundamental reconduz-se, assim, a uma *relação trilateral* entre o titular, o destinatário e o objecto do direito” (**Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1254).

⁵⁶⁴ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2012, p. 114-116.

(embora com exceções, como no caso dos trabalhadores, cidadãos, etc.) e fundamentais devido a sua importância para a proteção da dignidade da pessoa humana⁵⁶⁵.

A primeira função do direito ao livre desenvolvimento da personalidade pode ser remetida à defesa da pessoa humana de forma a possibilitar a livre construção da personalidade (em todo o seu âmbito de proteção) assegurando, ainda, uma esfera de autodeterminação própria do seu desenvolvimento⁵⁶⁶. Assim, o âmbito de individualidade, de liberdade geral de ação e de direito geral da personalidade constituem também direitos subjetivos na medida que, uma vez violados ou ameaçados de violação, garantem à pessoa humana (ou pessoa jurídica a depender da dimensão) a possibilidade de exigir em juízo a eliminação da ingerência indevida, sem prejuízo da tutela civil do âmbito de proteção do livre desenvolvimento da personalidade (responsabilidade civil preventiva e ressarcitória).

Saliente-se que o fundamento subjetivo dos direitos fundamentais perpassa pela própria consagração do direito ao livre desenvolvimento da personalidade. Como bem observa Canotilho, em relação a uma norma consagradora de direitos fundamentais, um fundamento é subjetivo quando possui significado para a pessoa, seus interesses, sua vida e sua liberdade. Em outras palavras, o direito fundamental terá caráter subjetivo quando estiver em causa a importância da norma para a pessoa e seu desenvolvimento da personalidade⁵⁶⁷.

Na Espanha, mesmo não se admitindo o livre desenvolvimento da personalidade como um direito fundamental, pois é aplicado apenas como princípio, a doutrina afirma que deriva do mesmo uma dimensão subjetiva concernente ao direito subjetivo genérico da liberdade geral de ação que pode ser invocado em questões de inconstitucionalidade⁵⁶⁸.

Contudo, a perspectiva subjetiva não é a única maneira de atuação dos direitos fundamentais dentro do sistema jurídico. Embora durante o constitucionalismo liberal a função destes direitos tenha centrado apenas em identificar quais eram os tipos de exigências que os indivíduos poderiam fazer frente ao Estado levando em consideração o direito positivado, atualmente, sem desprezar a função subjetiva, a doutrina vem desvendando aspectos relacionados à sua perspectiva objetiva⁵⁶⁹.

⁵⁶⁵ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2012, p. 126-132.

⁵⁶⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 169.

⁵⁶⁷ **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1256.

⁵⁶⁸ MORCHÓN, Gregoria Robles. El libre desarrollo de la personalidad (artículo 10.1 de la C.E). In: MIGUEL, Luis García San (org.). **El libre desarrollo de la personalidad: artículo 10 de la constitución**. Alcalá: Universidad de Alcalá, 1995, p. 51.

⁵⁶⁹ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 105.

Sob a ótica objetiva os direitos fundamentais representam o resultado de um acordo básico das diferentes forças sociais, resultado de relações de tensão e dos esforços de cooperação em prol de metas comuns. Dessa maneira, estes direitos são os legitimadores do Estado de Direito por sistematizar o conteúdo axiológico objetivo da ordem democrática em que os cidadãos prestam o seu consentimento e condicionam o seu dever de obediência ao Direito⁵⁷⁰.

Os direitos fundamentais reúnem os valores mais relevantes para a comunidade política, e sob a perspectiva objetiva – entendidos como valores morais coletivos –, a sua defesa não diz respeito apenas ao Estado, pois engloba toda a sociedade. É a ótica comunitária que permite entender os direitos fundamentais no seu aspecto objetivo⁵⁷¹. Ampliar as funções destes direitos vai ao encontro da conciliação entre a dimensão individual e as dimensões social e ambiental da pessoa humana. Parte-se do princípio que a pessoa não é um ser ensimesmado, mas que está sempre em relação com outro e com o meio ambiente. Deste modo, das dimensões social e ambiental também resultam valores que influenciam na aplicação e nas funções dos direitos fundamentais como expressões da dignidade humana.

O reconhecimento do aspecto objetivo e comunitário dos direitos fundamentais não lhes retira o caráter de direitos subjetivos, pois funciona como um complemento à dimensão individual ao atribuir posições jurídicas consubstanciadas em deveres (normalmente estatais) sem, todavia, haver a correspondente atribuição de direitos aos indivíduos⁵⁷². Isso não significa que o aspecto objetivo não sirva como limite em relação ao aspecto subjetivo levando em consideração interesses da coletividade⁵⁷³. No entanto, parte da doutrina afirma existir uma prevalência da perspectiva subjetiva sobre a objetiva. Isso porque se um direito fundamental está consagrado constitucionalmente, então presume-se que a proteção deste direito realiza-se na forma de direitos subjetivos. Havendo colisão entre a dimensão subjetiva com a dimensão

⁵⁷⁰ LUÑO, Antonio Enrique Perez. **Los derechos fundamentales**. 6ª ed. Madrid: Tecnos, 1995, p. 20-21.

⁵⁷¹ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 106-107.

⁵⁷² ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2012, p. 109.

⁵⁷³ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 108. Nas palavras do autor: “Assim, o reconhecimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais não significa desprezo à sua dimensão subjetiva, mas reforço a ela. A dimensão objetiva complementa a subjetiva, e agrega a ela uma ‘mais valia’, conferindo proteção reforçada a tais direitos, através de esquemas que transcendem a estrutura relacional típica dos direitos subjetivos.

Por outro lado, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais presta-se muitas vezes a justificar certas limitações impostas aos mesmo, em prol de interesses da coletividade. Ela se liga, neste sentido, à ideia de que os direitos fundamentais devem ser exercidos no âmbito da vida em societária, e que a liberdade a que eles aspiram não é anárquica, mas social. Assim, necessidade coletivas são relevantes para a conformação do âmbito de validade dos direitos fundamentais, e podem justificar restrições, respeitados o núcleo essencial e o princípio da proporcionalidade.”

objetiva, mesmo tendo que se aplicar juízos de ponderação, é possível entender por uma prevalência *prima facie* do aspecto subjetivo⁵⁷⁴.

Em breve síntese, Perez Luño afirma que no constitucionalismo atual os direitos fundamentais desempenham uma dupla função: (i) uma subjetiva, como garantias da liberdade individual e ampliação para a defesa dos aspectos sociais e coletivos da subjetividade⁵⁷⁵; (ii) uma objetiva, concernente ao seu conteúdo institucional funcionalizado à consecução dos fins e valores constitucionais estabelecidos⁵⁷⁶.

O livre desenvolvimento da personalidade, por sua vez, não realiza-se apenas na proteção individual da pessoa. As relações sociais e ambientais em que a pessoa é inserida também contribuem para livre construção do seu ser. Sem a participação do outro, sem uma garantia real do exercício da liberdade e sem um meio ambiente equilibrado não há que se falar em desenvolvimento da personalidade. De forma complementar ao âmbito de proteção gerador de direitos subjetivos, deve ser reconhecido a perspectiva objetiva do livre desenvolvimento da personalidade seguindo a classificação de: (i) competência negativa; (ii) limites e deveres; (iii) eficácia irradiante; (iv) deveres de proteção; (v) organização e procedimento; (vi) e eficácia dirigente.

A competência negativa, como a primeira função jurídico-objetiva dos direitos fundamentais, significa o reflexo do direito subjetivo concedido pelo âmbito de proteção⁵⁷⁷. O âmbito de liberdade concedido pelo direito fundamental ao indivíduo (pela perspectiva subjetiva) está, do ponto de vista objetivo, sendo ao mesmo tempo retirado do Estado⁵⁷⁸. Em outras palavras, existe uma limitação à margem de atuação do Estado que no uso das suas competências legislativas, administrativas e jurisdicionais não pode interferir injustificadamente naquilo que os direitos fundamentais protegem⁵⁷⁹.

⁵⁷⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1257-1258. De forma mais resumida: SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 154-155.

⁵⁷⁵ Acredita-se que o autor esteja fazendo referência à discussão atual sobre a exigibilidade dos direitos sociais e ambientais.

⁵⁷⁶ **Los derechos fundamentales**. 6ª ed. Madrid: Tecnos, 1995, p. 25.

⁵⁷⁷ Nos dizeres de Ingo Sarlet: “[...] ao significado dos direitos fundamentais como direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra o Estado corresponde sua condição (como direito objetivo) de normas de competência negativa para os poderes públicos, no sentido de que o *status* fundamental de liberdade e igualdade dos cidadãos se contra subtraído da esfera de competência dos órgãos estatais, contra os quais se encontra também protegido, demonstrando que também ao poder constitucionalmente reconhecido é, na verdade, juridicamente constituído e desde sua origem determinado e limitado, de tal sorte que o Estado somente exerce seu poder no âmbito do espaço de ação que lhe é colocado à disposição” (**A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 145).

⁵⁷⁸ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 118.

⁵⁷⁹ PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 67.

Numa perspectiva de tensão entre direitos fundamentais, Estado e democracia⁵⁸⁰, esses direitos funcionam como trunfos contra a maioria, ou seja, os mesmos não podem ser violados mesmo se a maioria decidir algo seguindo os procedimentos democráticos⁵⁸¹. Isso porque segundo Alexy, os direitos fundamentais são posições “[...] tão importantes que a decisão sobre garanti-las ou não garanti-las não pode ser simplesmente deixada para a maioria parlamentar simples⁵⁸².”

Enquanto a democracia representa um sistema político construído por regras formais que asseguram aquilo que pode ser decidido pela maioria, os direitos fundamentais representam a chamada esfera do indecível⁵⁸³. No âmbito de uma constituição, estes direitos trazem aquilo que o legislador pode ou não pode decidir representando, assim, proibições e deveres que restringem a liberdade (competências) do legislador⁵⁸⁴.

Ligado a esta questão está o próprio controle de constitucionalidade abstrato que deve ser exercido pelo Estado. Quando é permitido uma série de autoridades estatais para provocar o seu exercício, o que ocorre é uma espécie de autocontrole da legislação em função dos direitos fundamentais⁵⁸⁵. O próprio Estado tem o dever de controlar as violações dos direitos fundamentais (perspectiva subjetiva) e da sua consequente competência negativa (perspectiva objetiva).

Aplicada ao livre desenvolvimento da personalidade, a competência negativa apenas reflete o âmbito de proteção deste direito no sentido de que são subtraídos da interferência estatal a formação da individualidade da pessoa, sua liberdade geral e sua proteção dos direitos da personalidade. O Estado não tem competência para propor medidas

⁵⁸⁰ Observa-se que nem sempre a democracia é colocada em tensão com os direitos fundamentais. Luigi Ferrajoli, por exemplo, afirma que os direitos fundamentais complementam a democracia formal resultando em uma democracia substancial: “Tanto as condições de validade das leis como a estrutura da democracia se tornam, ao invés, muito mais complexas com a constitucionalização dos direitos fundamentais. Nas democracias dotadas de constituição rígida e de controle jurisdicional de constitucionalidade, o respeito das normas formais sobre a produção assegura somente a *validade formal* das normas produzidas. Mas para que tais normas sejam válidas é necessária, ainda, a sua *validade substancial*, ou seja, a compatibilidade dos seus significados com aqueles expressos pelas normas constitucionais. Essas normas, com as quais vêm positivizados os direitos fundamentais e os princípios de justiça, chocando-se com os conteúdos e, por isso, com a substância das normas produzidas, podem ser chamadas *normas substanciais sobre a produção*. E exprimem aquilo que podemos chamar de *dimensão substancial ou constitucional* da democracia, já que ditam limites e vínculos de conteúdo aos poderes, caso contrário, ilimitados da maioria” (**Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 109).

⁵⁸¹ NOVAIS, Jorge Reis. Direitos como trunfos contra a maioria: sentido e alcance da vocação contramajoritária dos direitos fundamentais no estado de direito democrático. In: _____. **Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria**. Coimbra: Coimbra, 2006, p. 17-18.

⁵⁸² **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 446.

⁵⁸³ FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 26.

⁵⁸⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 447.

⁵⁸⁵ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 118.

perfeccionistas, sendo que toda e qualquer intervenção na liberdade e na cláusula geral de tutela de personalidade devem ser justificadas constitucionalmente.

A dignidade da pessoa humana, na sua vertente do livre desenvolvimento da personalidade, garante a conformação autônoma da existência da pessoa humana segundo os seus planos de vida. Disso resulta que a maioria política não pode impor à pessoa concepções de vida que ele não concorde, pois seria uma restrição ao direito ao livre desenvolvimento da personalidade constitucionalmente protegido. A maioria não pode restringir este direito pelo simples fato de ser maioria e seguir o procedimento democrático⁵⁸⁶.

Na segunda função jurídico-objetiva tem-se a retomada dos direitos fundamentais como valores objetivos que não são importantes apenas para o ponto de vista individual, mas também social. Deste modo, o exercício dos direitos subjetivos concedidos pelos direitos fundamentais está condicionado à responsabilidade comunitária dos indivíduos, em outras palavras, é possível limitar o exercício dos direitos fundamentais em prol de interesses sociais desde que respeitado o seu núcleo essencial. Por outro lado, a própria noção de deveres fundamentais também está intrinsicamente relacionada ao estabelecimento desta função objetiva⁵⁸⁷, principalmente quando se trata dos deveres correlatos aos direitos fundamentais, pois para cada direito fundamental concedido existe o dever do Estado em respeitá-lo e, de forma assimétrica, também os particulares⁵⁸⁸.

O livre desenvolvimento da personalidade, por sua vez, não é um direito ilimitado. A própria adoção do suporte fático amplo ratifica esta ideia. Ele pode entrar em conflito com outros direitos ou bens fundamentais e, dessa forma, sofrer restrições. Por certo que cada limite imposto ao âmbito de proteção de tal direito deve ser justificado constitucionalmente, sendo que a presente perspectiva objetiva serve como argumento no momento desta limitação.

Cumprе destacar que as restrições podem ocorrer tanto em face dos direitos fundamentais colidentes, quando para a proteção do próprio titular do direito. Esta última posição é entendida como expressões do paternalismo estatal e muitas vezes rechaçada⁵⁸⁹. Isso porque a própria noção do livre desenvolvimento da personalidade preconiza *prima facie* uma maior valoração da autonomia e autodeterminação frente às posturas paternalistas adotadas pelo

⁵⁸⁶ NOVAIS, Jorge Reis. Direitos como trunfos contra a maioria: sentido e alcance da vocação contramaioritária dos direitos fundamentais no estado de direito democrático. In: _____. **Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria**. Coimbra: Coimbra, 2006, p. 30-31.

⁵⁸⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 145-16.

⁵⁸⁸ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 63-64.

⁵⁸⁹ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 120.

Estado, todavia em algumas situações é possível aceitar um paternalismo justificado que permite adotar posturas mesmo contra a vontade do titular do direito fundamental (ex. é possível obrigar uma criança a estudar na escola mesmo que isso seja contra a sua vontade).

Quanto aos deveres, analisada a outra face dos direitos fundamentais, percebe-se que da tutela e promoção da individualidade, do direito geral de liberdade e do direito geral de personalidade decorrem deveres correlatos, ou seja, tanto o Estado quanto os particulares possuem o dever de respeitar a formação da individualidade humana, sua liberdade e personalidade⁵⁹⁰.

A terceira função objetiva concerne ao reconhecimento da eficácia irradiante. Isso significa que os valores que consubstanciam os direitos fundamentais penetram em todo o sistema jurídico perfazendo diretrizes para o Poder Legislativo, Executivo e Judiciário, influenciando a interpretação das normas infraconstitucionais⁵⁹¹, em especial no momento de aplicação das cláusulas gerais⁵⁹². Por meio desta ótica, os direitos fundamentais deixam de estabelecer apenas limites para o ordenamento, prestando-se a uma orientação positiva face a legislação, mesmo em se tratando das aplicações mais simples e corriqueiras de dispositivos infraconstitucionais⁵⁹³.

Desta função decorre a chamada interpretação conforme os direitos fundamentais, ou seja, diante da diversidade de interpretações possíveis de um dispositivo infraconstitucional (particularmente em se tratando de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados)⁵⁹⁴, o

⁵⁹⁰ Fazendo referência à Constituição espanhola, Gregorio Robles Morchón afirma: “El mismo artículo 10.1 puede ser leído en clave de deberes y no de derechos, como hemos hecho hasta ahora. Así podemos interpretar este precepto diciendo que establece que el deber de respetar la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes, el deber de respetar el libre desarrollo de la personalidad, y el deber de respetar la ley y los derechos de los demás, son fundamento del orden político y de la paz social.” Tradução livre: “O mesmo artigo 10.1 pode ser lido em função dos deveres e não de direitos, como temos feito até agora. Assim, podemos interpretar este precepto dizendo que estabelece que o dever de respeitar a dignidade da pessoa e os direitos invioláveis que lhe são inerentes, o dever de respeitar o livre desenvolvimento da personalidade, e o dever de respeitar a lei e os direitos dos outros, são fundamento da ordem política e da paz social.” (El libre desarrollo de la personalidad (artículo 10.1 de la C.E). In: MIGUEL, Luis García San (org.). **El libre desarrollo de la personalidad**: artículo 10 de la constitución. Alcalá: Universidad de Alcalá, 1995, p. 54).

⁵⁹¹ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 124; SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 147-148.

⁵⁹² DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 118-119.

⁵⁹³ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 125.

⁵⁹⁴ Segundo Daniel Sarmento: “A eficácia irradiante dos direitos fundamentais manifesta-se sobretudo em relação à interpretação e aplicação das cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, presentes na legislação infraconstitucional. Conceitos como boa-fé, ordem pública, interesse público, abuso de direito, bons costumes, dentre tantos outros, abrem-se, pela sua plasticidade, a uma verdadeira reconstrução, edificada à luz dos direitos fundamentais” (**Direitos fundamentais e relações privadas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 127).

hermeneuta deve se orientar para aquela interpretação que melhor proteja os direitos fundamentais e promova a liberdade⁵⁹⁵.

Além dessa função hermenêutica, a interpretação conforme os direitos fundamentais também desempenha, concomitantemente, uma função de controle de constitucionalidade. Isso significa que é possível, diante da ambiguidade de um texto infraconstitucional, atribuir uma exegese que seja compatível com a Constituição, mesmo que não seja aquela mais óbvia para o dispositivo. Mantem-se a norma dentro do sistema jurídico, harmonizando-a com os preceitos de direitos fundamentais e eliminando as possibilidades de interpretação que se mostram em desconformidade com a Lei Maior⁵⁹⁶.

Em relação a esta construção jurídico-objetiva, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade representa um verdadeiro princípio interpretativo orientado à proteção da pessoa humana, privilegiando seus aspectos de autonomia, autodeterminação, individualidade, liberdade e personalidade. Nas palavras de Paulo Mota Pinto,

A afirmação do direito ao “livre desenvolvimento da personalidade”, na decorrência do imperativo de respeito pela dignidade humana, não representa, aliás, apenas a consagração de um direito subjectivo, mas também, objectivamente, a afirmação de um princípio interpretativo da relação entre o cidadão e o Estado e de uma *decisão valorativa* fundamental, da qual podem e devem extrair-se consequências para a totalidade da ordem jurídica, para a qual pode dizer-se que “irradia”. Constitui, neste sentido, a positivação de um *princípio fundamental* da ordem jurídica do Estado de Direito democrático⁵⁹⁷.

No contexto jurídico-objetivo, o livre desenvolvimento da personalidade na Espanha, também se afirma como um princípio constitucional fundamental. Com isso pretende-se dizer que este princípio constitui a concretização do valor superior da liberdade, sobre o qual deve girar a atuação dos poderes públicos em promover a liberdade e igualdade das pessoas. Os direitos fundamentais, por sua vez, são a concretização deste princípio constitucional, nomeadamente aqueles direitos que trazem a ideia de autorrealização do indivíduo⁵⁹⁸, como a

⁵⁹⁵ PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 71-72. Continua o autor: “Esta interpretação conforme os direitos fundamentais é um caso particular da chamada *interpretação conforme à Constituição*, segundo a qual, entre várias interpretações possíveis, merece a preferência aquela que melhor corresponder à Constituição. A ambas se aplica a ideia de que a interpretação não pode definir de modo fundamentalmente novo o conteúdo normativo da disposição. Se os requisitos jurídico-fundamentais exigirem uma determinação fundamental nova da norma, esta terá de ser recusada como sendo inconstitucional e terá de ‘ficar reservada ao legislador a questão de saber se ele quer substituir a norma inconstitucional por uma norma constitucional’.”

⁵⁹⁶ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 124.

⁵⁹⁷ PINTO, Paulo Mota. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes (coordenador). **Portugal-Brasil ano 2000**. Coimbra: Coimbra, 1999, p. 159-160.

⁵⁹⁸ MORCHÓN, Gregorio Robles. El libre desarrollo de la personalidad (artículo 10.1 de la C.E). In: MIGUEL, Luis García San (org.). **El libre desarrollo de la personalidad**: artículo 10 de la constitución. Alcalá:

liberdade religiosa, a liberdade de locomoção, a liberdade de expressão, a liberdade de reunião, a liberdade de associação, a liberdade de manifestação⁵⁹⁹, a integridade física e psíquica, a educação e o direito ao trabalho⁶⁰⁰.

Ainda como princípio interpretativo (ligado a eficácia irradiante), é preciso insistir na utilização do livre desenvolvimento da personalidade como premissa de decisão a ser utilizada na solução dos casos concretos. Disto deriva as seguintes consequências: (i) é preciso analisar, no momento de aplicação, se a norma está de acordo com o livre desenvolvimento da personalidade; (ii) é possível aplicar tal princípio para extrair uma solução ao caso concreto; (iii) o ordenamento jurídico deve ser interpretado de acordo com o mesmo⁶⁰¹; (iv) o livre desenvolvimento da personalidade informa a legislação infraconstitucional, pois deve ser utilizado como elemento fundamentador do ordenamento jurídico⁶⁰²; e (v) em caso de dúvida, como decisão valorativa fundamental, existe uma presunção em favor da liberdade de atuação⁶⁰³.

No direito brasileiro o livre desenvolvimento da personalidade, como princípio dotado de eficácia irradiante, pode ser chamado a interpretar normas infraconstitucionais, a exemplo do já citado art. 12 do Código Civil, bem como o seu art. 11⁶⁰⁴. Quanto ao primeiro, será verificado que o dispositivo serve como uma cláusula geral que faz o reenvio intrassistemático para os princípios e direito fundamentais, sendo que o livre desenvolvimento da personalidade pode ser fundamento material, ao lado da dignidade da pessoa humana, de uma cláusula geral de tutela da personalidade humana.

Em relação ao segundo, é preciso ter mente uma interpretação conforme a constituição no sentido de ampliar as possibilidades de permissão da autonomia privada sobre os direitos da personalidade quando funcionalizadas à realização do livre desenvolvimento da

Universidad de Alcalá, 1995, p. 52-54. Continua o autor: “El libre desarrollo de la personalidad expresa un principio constitucional fundamental de carácter moral que la C.E. incorpora a su acervo de valores para que sirva de guía normativo y de criterio de interpretación y de inspiración de todo el ordenamiento jurídico así como también de la políticas concretas que el poder ejecutivo lleve a cabo.” Tradução livre: “O livre desenvolvimento da personalidade expressa um princípio constitucional fundamental de caráter moral que a C.E. incorporou à sua coleção de valores para servir como um guia normativo e de critério de interpretação e inspiração de todo o ordenamento jurídico, bem como as políticas concretas que o poder executivo conduza.”

⁵⁹⁹ LUÑO, Antonio Enrique Perez. **Los derechos fundamentales**. 6ª ed. Madrid: Tecnos, 1995, p. 177.

⁶⁰⁰ NINO, Carlos Santiago. **Ética e direitos humanos**. São Leopoldo: Unisinos, 2011, p. 193-195.

⁶⁰¹ CASTRO, Luis Martínez Vázquez de. **El principio de libre desarrollo de la personalidad en el ámbito privado**. Madrid: Civitas, 2010, p. 32-33.

⁶⁰² CASTRO, Luis Martínez Vázquez de. **El principio de libre desarrollo de la personalidad en el ámbito privado**. Madrid: Civitas, 2010, p. 36.

⁶⁰³ PINTO, Paulo Mota. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes (coordenador). **Portugal-Brasil ano 2000**. Coimbra: Coimbra, 1999, p. 188.

⁶⁰⁴ Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.

personalidade. No critério de previsão legal para a limitação voluntária dos direitos da personalidade devem ser consideradas as hipóteses previstas e abarcadas pela legalidade constitucional⁶⁰⁵, ou seja, aquelas já incluídas pelo âmbito de proteção do direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade⁶⁰⁶.

Quanto à possibilidade informadora, o desenvolvimento da personalidade pode ser utilizado como fundamento de alterações constitucionais, como a retirada do prazo mínimo para a ação de divórcio, ou para leis que visam a proteção da formação da personalidade da pessoa humana como o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Em outro sentido, na construção da dimensão objetiva percebeu-se que a proteção dos direitos fundamentais não poderia ficar vinculada apenas ao cumprimento dos deveres principais, na relação entre o particular e o Estado, concernentes na abstenção, na prestação ou na garantia de participação. Chegou-se, então, à teoria dos deveres de proteção implicando que o Estado possui também o dever de promover o proteger os direitos fundamentais frente a qualquer ameaça, inclusive em relação aos particulares⁶⁰⁷. Estes deveres englobam medidas que devem ser adotadas pelo Legislativo, Executivo e Judiciário, guiando-se pela promoção dos direitos da pessoa humana⁶⁰⁸.

Isto leva a considerar que o Estado deve criar medidas positivas de diversas naturezas no intuito de garantir uma maior efetividade aos direitos fundamentais. Estas medidas podem consistir em proibições, autorizações, criminalização de condutas, entre outras. Por outro lado, tal orientação jurídica-objetiva está ligada ao imperativo de tutela dos direitos fundamentais, resultante do monopólio estatal da força e vedação (via de regra) da autotutela, e que tem como consequência a criação de deveres vinculantes no sentido de proteger as pessoas contra violações por parte do Estado e dos agentes privados⁶⁰⁹.

Em relação à obrigação de criminalização, a solução para a proteção da vida e (des)criminalização do aborto conferida pelo Tribunal Constitucional da Alemanha merece

⁶⁰⁵ MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Autonomia privada e dignidade humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 187.

⁶⁰⁶ Tanto a cláusula geral de tutela da personalidade, quanto a autonomia existencial serão objetos de estudo no capítulo 3.

⁶⁰⁷ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2012, p. 138.

⁶⁰⁸ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 129. Nas palavras de Vieira de Andrade: “Assim, o Estado deveria fazer todas as normas necessárias (penais, administrativas, laborais, civis, processuais, etc.), organizar e realizar todas as atuações administrativas e velar pelo funcionamento adequado dos tribunais, de modo a assegurar, a todos os níveis e em todas as circunstâncias, uma proteção efetiva dos direitos fundamentais dos cidadãos” (**Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2012, p. 139).

⁶⁰⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 148-149.

atenção. Após afirmar que a proteção da vida começa antes do nascimento como garantia da existência humana ainda em desenvolvimento, e que este direito prevalece sobre a privacidade da mulher grávida concernentes às questões de procriação, o TCF (em 1975) decidiu pela inconstitucionalidade da descriminalização do aborto dada a necessidade dos deveres de proteção. Não obstante, em 1993 o TCF foi confrontado novamente com a questão do aborto e, mudando de orientação, afirmou que a criminalização do aborto não era medida necessária para a proteção do direito à vida, podendo o legislador adotar outras medidas para a garantia deste direito⁶¹⁰.

A respeito do livre desenvolvimento da personalidade, um dever de criminalização de condutas que violem seu âmbito de proteção deve ser visto com cautela. Isso porque, como direito subsidiário, o mesmo já encontra proteção por meio de crimes que afetam situações específicas derivadas deste direito como, por exemplo, os crimes contra a liberdade individual (arts. 146 a 149 do Código Penal) e os crimes contra a honra (arts. 138 a 140 do Código Penal).

Ademais, da mesma maneira que a invocação da dignidade da pessoa humana como bem jurídico protegido não pode ser argumento suficiente para a criminalização de condutas⁶¹¹, o mero recurso ao livre desenvolvimento da personalidade também não leva à obrigação de criminalização de certas condutas. Existe, portanto, uma grande margem de política criminal no momento de criminalizar condutas ofensivas a direitos fundamentais. A ausência de crimes a respeito destes direitos só pode ser resolvida com a utilização do nebuloso conceito de proibição de insuficiência como uma nova vertente do princípio da proporcionalidade⁶¹².

Segundo Daniel Sarmento, existe uma violação à proibição de insuficiência quando a proteção estatal a um direito fundamental fica aquém de um patamar mínimo que seja considerado como necessário à sua tutela. Todavia, o autor ressalta que a forma de controle judicial desta proibição de insuficiência não pode ser tão rígida quanto a proibição do excesso, sobretudo quando levado em consideração o maior grau de discricionariedade que possui o Estado no desempenho das suas tarefas comissivas na proteção dos direitos fundamentais⁶¹³.

Contudo, não podemos deixar de citar o exemplo do ordenamento jurídico mexicano que, rompendo com a tradição dos crimes contra a moral e os bons costumes, elevou

⁶¹⁰ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 130-132. No mesmo sentido: ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2012, p. 139-140.

⁶¹¹ ROXIN, Claus. Que comportamentos pode o estado proibir sob a ameaça de pena? Sobre a legitimação das proibições penais. In: _____. *Estudos de direito penal*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 38-40.

⁶¹² Sobre a dificuldade na aferição deste parâmetro veja-se: DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 126-128.

⁶¹³ **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 133-134.

o livre desenvolvimento da personalidade à categoria de bem jurídico protegido no caso de delitos relativos à exploração sexual infantil, haja vista as consequências destes crimes para o desenvolvimento da criança e do adolescente⁶¹⁴.

Já em relação aos deveres de proteção da personalidade da pessoa humana no âmbito civil, Paulo Mota Pinto afirma:

A tutela da personalidade implicada no reconhecimento do direito ao livre desenvolvimento da personalidade funda, na verdade, deveres de proteção a cargo do Estado, traduzidos, desde logo, na vinculação deste a consagrar, legislativamente ou através da jurisprudência, formas de tutela da personalidade globalmente considerada nas suas diversas manifestações e no seu potencial de desenvolvimento [...].

O reconhecimento de uma “tutela geral de personalidade” (v. o artigo 70.º, n.º1, do Código Civil), e, designadamente, a previsão dos meios de reação e de sanções para intervenções de terceiros, particulares, no direito geral de personalidade, constituirá, assim, uma *imposição constitucional*, para a tutela do “direito ao livre desenvolvimento da personalidade” [...]⁶¹⁵.

Complementarmente, o efeito irradiante dos direitos fundamentais⁶¹⁶ e os deveres de proteção⁶¹⁷ estão ligados à eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Se na perspectiva subjetiva os direitos fundamentais se refeririam apenas entre o Estado e os particulares, na orientação objetiva – como valores comunitários – os direitos fundamentais transcendem este âmbito para vincular também os agentes privados entre si. A relação entre o Estado e o particular é uma relação vertical, enquanto entre os agentes privados a relação é horizontal⁶¹⁸.

Atualmente não existe discussão sobre a aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações privadas, porém é bastante debatido a forma como se deve ocorrer esta eficácia horizontal. Existindo neste âmbito duas principais teorias: a da eficácia imediata e da eficácia mediata. Dado a relação entre o livre desenvolvimento da personalidade como direito fundamental e as normas sobre direitos da personalidade previstas no Código Civil, este tema será abordado em conjunto com a especificação da dimensão de direitos da personalidade.

A função jurídico-objetiva denominada de “organização e procedimento” preconiza que do conteúdo das normas de direitos fundamentais é possível: (i) influenciar interpretações

⁶¹⁴ ALONSO, Miguel Ontiveros. El libre desarrollo de la personalidad (un bien jurídico digno del estado constitucional). **Araucaria**. vol. 8, n. 15, p. 147-156. Sevilla: jan-jun, 2006, p. 155-156.

⁶¹⁵ O direito ao livre desenvolvimento da personalidade. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes (coordenador). **Portugal-Brasil ano 2000**. Coimbra: Coimbra, 1999, p. 196.

⁶¹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 148.

⁶¹⁷ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 120.

⁶¹⁸ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2012, p. 137.

de normas procedimentais; (ii) formatar o direito organizacional e processual que maximize a efetivação dos direitos fundamentais, reduzindo os riscos de redução destes direitos; (iii) considerar a dependência dos direitos fundamentais face a organização e procedimento; (iv) retirar a necessidade de um procedimento ordenado e justo para a garantia destes direitos; (v) concluir pelo reconhecimento de direitos subjetivos fundamentais que efetivem a proteção dos mesmos por meio da organização e procedimento⁶¹⁹; e (vi) a forma das normas de organização e procedimento devem ser criadas conforme os direitos fundamentais⁶²⁰.

Vieira de Andrade, por sua vez, destaca que podem existir direitos fundamentais a um procedimento que seriam verdadeiros direitos fundamentais processuais (*Habeas corpus*, mandado de segurança). Existem também direitos fundamentais dependentes de organização e procedimento como o direito ao sufrágio que implica num procedimento eleitoral. Outros direitos fundamentais são sujeitos a um procedimento, ou seja, mesmo que o procedimento não seja estritamente necessário, a Constituição determina a concretização deste para a sua realização (direito à greve). Classifica-se ainda os direitos fundamentais de cunho procedimental, cujo exercício depende da participação de outras pessoas ou organizações como os direitos sociais a prestações. Por fim, tem-se os direitos fundamentais afetados por um procedimento que engloba aqueles direitos que podem ser restringidos via um procedimento⁶²¹, exemplo brasileiro seria a interceptação telefônica para investigação criminal (art. 5º, XII, CF).

Do ponto de vista do livre desenvolvimento da personalidade, é preciso indicar a chamada tutela inibitória que não é voltada para prevenir o dano, mas é designada para a prevenção do ilícito. O ilícito é ação contrária ao ordenamento jurídico e pode ou não estar vinculada ao dano. Assim, na tutela preventiva é preciso demonstrar a ameaça de prática de ato contrário ao direito sem necessidade de se questionar a possibilidade de dano⁶²².

Não se pode olvidar que alguns direitos não são suficientemente tutelados pela via ressarcitória, como os direitos da personalidade que não podem ser restituídos à situação anterior ao dano. A tutela inibitória surge para suprir esta necessidade de prevenção e proteção

⁶¹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 150-151.

⁶²⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 473.

⁶²¹ **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2012, p. 141-143.

⁶²² SARTORIO, Elvio Ferreira. **Tutela preventiva (inibitória)**: nas obrigações de fazer e não fazer. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 36. Para Marinoni: “o dano é uma consequência meramente eventual e não necessária do ilícito, a tutela inibitória não deve ser compreendida como uma tutela contra a probabilidade de dano, mas sim como uma tutela contra o perigo da prática, da repetição ou da continuação do ilícito, compreendido como ato contrário ao direito que prescinde da configuração do dano” (**Tutela inibitória**: individual e coletiva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 45).

adequada que é demandada pela necessidade de organização e procedimento dos direitos fundamentais.

Além disso, como bem observa Robert Alexy, existe uma conexão entre esta perspectiva objetiva dos direitos fundamentais e os institutos de direito privado. Esta conexão está no fato do direito privado ser formado por normas de competência para a criação autônoma de direito e derivadas do modelo de procedimento contratual⁶²³.

Neste sentido, sendo a autonomia privada decorrente da dimensão de liberdade geral de ação tutelada pelo livre desenvolvimento da personalidade⁶²⁴, as normas que garantem o procedimento da formação contratual surgem como uma necessidade da dimensão objetiva deste direito que exige, em seu âmbito de proteção, uma esfera de autodeterminação da pessoa em relação ao seu patrimônio e aos seus direitos da personalidade (autonomia existencial)⁶²⁵.

Para os direitos fundamentais que desencadeiam direitos subjetivos, é possível, por derradeiro, identificar uma função jurídico-objetiva de eficácia dirigente em relação aos órgãos estatais. Esta função sustenta que ao Estado cabe a obrigação de permanentemente velar pela concretização e realização dos direitos fundamentais⁶²⁶. Para o livre desenvolvimento da personalidade, esta função figura como particularmente importante ao ressaltar a necessidade do Estado criar condições sociais e ambientais favoráveis ao real desenvolvimento da pessoa humana. Conjuga-se, desta maneira, a dimensão individual da pessoa humana com as suas dimensões social e ambiental, expressões do ser humano complexo, mas unitário.

Neste ponto explicita-se a outra face do direito ao livre desenvolvimento da personalidade que remete à sua relação com os direitos sociais, culturais, econômicos e ambientais como instrumentos para a criação de condições necessárias à realização da personalidade de cada pessoa⁶²⁷. Não adianta um discurso eloquente para a proteção da liberdade se não existe a possibilidade de sua real concretização. Assim, é com o

⁶²³ **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 484-487. Continua o autor: “Na medida em que os direitos fundamentais garantem institutos jurídicos de direito privado, eles garantem procedimentos para a configuração autônoma e privada das relações jurídicas entre iguais. Tanto a ideia de equidade do procedimento quanto a ideia de liberdade individual no âmbito do direito da propriedade exigem que não apenas as posições de direito privado já existentes mas também a possibilidade jurídica de adquirir essas posições gozem de plena proteção no âmbito dos direitos fundamentais.”

⁶²⁴ PINTO, Paulo Mota. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes (coordenador). **Portugal-Brasil ano 2000**. Coimbra: Coimbra, 1999, p. 214.

⁶²⁵ A autonomia privada e autonomia existencial são merecedoras de tópico específico no terceiro capítulo.

⁶²⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 146.

⁶²⁷ “O direito deve assegurar, também positivamente, o desenvolvimento da personalidade, conformando a vida social, econômica e cultural” (CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 244).

aperfeiçoamento dos direitos de segunda (igualdade) e terceira dimensão (solidariedade) que é possível instituir verdadeiras condições para o livre desenvolvimento da personalidade⁶²⁸.

Segundo José María Espinar Vicente, o livre desenvolvimento da personalidade é a finalidade que só é possível ser alcançada através de alguns meios. A liberdade e a autonomia individual são umas das possibilidades de se alcançar o projeto de vida escolhido pela pessoa, todavia não são os únicos. Para a realização da personalidade não basta apenas o respeito à autodeterminação, mas inclui outros meios que permitam a concretização de quantas ações e omissões o projeto de vida requeira. Deste modo, “[...] si el Estado no garantiza unas condiciones políticas, económicas, culturales y sociales determinadas, resulta muy difícil imaginar cómo una persona concreta puede realizar un modelo individual de libre desarrollo de la personalidad en un contexto liberal desvertebrado”⁶²⁹.

Apesar de não entender o livre desenvolvimento da personalidade como um direito fundamental, reservando a este apenas a estrutura de princípio, o Tribunal Constitucional espanhol fez importante contribuição a respeito da realizabilidade dos direitos fundamentais de liberdade. Depois de considerar o livre desenvolvimento da personalidade como a possibilidade de cada pessoa desenhar e executar o seu próprio projeto vital⁶³⁰, o Tribunal Constitucional da Espanha afirma que com este princípio os direitos fundamentais ganham uma perspectiva positiva orientada para garantir a plena efetividade destes direitos. Isso porque o texto constitucional não pode consagrar direitos meramente ilusórios ou teóricos, mas reais e efetivos⁶³¹.

O livre desenvolvimento da personalidade não pode ser interpretado apenas sobre o ponto de vista da teoria liberal, mediante a criação de direitos subjetivos destinados à proteção

⁶²⁸ PINTO, Paulo Mota. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes (coordenador). **Portugal-Brasil ano 2000**. Coimbra: Coimbra, 1999, p. 245-246.

⁶²⁹ Consideraciones en torno al “libre desarrollo de la personalidad” desde un planteamiento social. In: MIGUEL, Luis García San (org.). **El libre desarrollo de la personalidad**: artículo 10 de la constitución. Alcalá: Universidad de Alcalá, 1995, p. 69-70. Tradução livre: “[...] se o Estado não garante certas condições políticas, econômicas, culturais e sociais, é difícil imaginar como uma pessoa concreta pode realizar um modelo individual de livre desenvolvimento da personalidade em um contexto liberal desvertebrado”. Apesar de partir das premissas corretas, o autor chega à conclusão que só é possível escolher projetos de vida que estejam coerentes com o ordenamento jurídico devido a limitabilidade do livre desenvolvimento da personalidade. Insiste-se, contudo, que o livre desenvolvimento da personalidade abarca *prima facie* a escolha e realização de qualquer plano vital, mas está sujeito a limitações quando colidir com direitos de outrem, em particular, com outros direitos fundamentais.

⁶³⁰ ESPANHA. Tribunal Constitucional. **STC 139/2008**. 28/10/2008, p. 95.

⁶³¹ ESPANHA. Tribunal Constitucional. **STC 150/2011**. 29/09/2011, p. 121. Para uma análise da jurisprudência do Tribunal Constitucional espanhol veja-se: LATORRE, Angel. El derecho al libre desarrollo de la personalidad en la jurisprudencia del tribunal constitucional. In: MIGUEL, Luis García San (org.). **El libre desarrollo de la personalidad**: artículo 10 de la constitución. Alcalá: Universidad de Alcalá, 1995, p. 79-87; CASTRO, Luis Martínez Vázquez de. **El principio de libre desarrollo de la personalidad en el ámbito privado**. Madrid: Civitas, 2010, p. 41-44.

da pessoa contra o Estado. A perspectiva liberal encontra sua maior crítica no desprezo pelos pressupostos sociais necessários para a realização dos direitos fundamentais⁶³².

Se o livre desenvolvimento da personalidade não pode ser alcançado sem a garantia da satisfação das necessidades básicas da pessoa humana, então não se pode ignorar a relação intrínseca entre este direito e os denominados direitos fundamentais sociais⁶³³. A ligação entre os direitos sociais e os direitos de liberdade não é algo desconhecido para a teoria dos direitos fundamentais. Antes do que representar uma antítese, estes direitos são complementares e perfazem a busca do personalismo para a conciliação entre a dimensão individual e social da pessoa humana.

A ideia de liberdade não pode ser avaliada de forma meramente abstrata, de maneira que esgote em si mesma. Esta liberdade constitui uma tarefa a se realizar por meio da satisfação das necessidades básicas, do desenvolvimento das capacidades e potencialidades do ser humano, até se alcançar o livre desenvolvimento da personalidade. A liberdade pressupõe ações positivas no sentido de remover obstáculos⁶³⁴ de ordem econômica, social e cultural que impliquem em restrições à expansão da pessoa humana⁶³⁵.

Nesta perspectiva, a privação da liberdade não ocorre apenas quando o Estado rompe a com sua postura abstencionista e intervém na autonomia da pessoa, pois a falta de fornecimento de condições materiais para a satisfação das necessidades básicas de vivência e sobrevivência determinadas pelos direitos fundamentais sociais também leva à privação de liberdades. Nas palavras de Amartya Sen:

Um número imenso de pessoas em todo o mundo é vítima de várias formas de privação de liberdade. Fomes coletivas continuam a ocorrer em determinadas regiões, negando a milhões a liberdade básica de sobreviver. Mesmo nos

⁶³² BÖCHENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Teoría e interpretación de los derechos fundamentales. In: _____. **Escritos sobre derechos fundamentales**. Baden-Baden: Nomos Verl.-Ges., 1993, p. 52.

⁶³³ Segundo Joyceane Menezes: “Porém, esse desenvolvimento pessoal não se consolida sem a garantia de prestações positivas pelo Estado, donde se conclui que os direitos sociais mais instrumentais ao desenvolvimento da personalidade, constituem-se verdadeiros direitos subjetivo públicos. Ou seja, aquele mínimo existencial indispensável à vida digna é o pressuposto mais elementar para a efetividade dos direitos de personalidade” (O direito ao desenvolvimento da personalidade e a sua relação com os direitos sociais. In: SCAFF, Fernando Facury; ROMBOLI, Roberto; REVENGA, Miguel (coordenadores). **A eficácia dos direitos sociais**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 334).

⁶³⁴ Observar o já citado artigo 3º da Constituição italiana que demanda a participação do poder público na remoção dos obstáculos que impedem o livre desenvolvimento da personalidade.

⁶³⁵ LUÑO, Antonio Enrique Perez. **Los derechos fundamentales**. 6ª ed. Madrid: Tecnos, 1995, p. 214-215. Continua o autor: “De este modo, las libertades públicas, que suponen concreciones de la libertad, y los derechos sociales, en cuanto especificaciones de la igualdad, se integran profunda y simultáneamente. Porque la libertad sin igualdad no conduce a la sociedad libre y pluralista, sino a la oligarquía, es decir, a la libertad de algunos y a la no-libertad de muchos [...]”. Tradução livre: “Deste modo, as liberdades públicas, que supõem concreções da liberdade, e os direitos sociais, enquanto especificações da igualdade, se integram profunda e simultaneamente. Porque a liberdade sem igualdade não condução a uma sociedade livre e pluralista, mas à oligarquia, ou seja, a liberdade de alguns e a não-liberdade de muitos [...]”.

países que já não são esporadicamente devastados por fomes coletivas, a subnutrição pode afetar numerosos seres humanos vulneráveis. Além disso, muitas pessoas têm pouco acesso a serviços de saúde, saneamento básico ou água tratada, e passam a vida lutando contra uma morbidez desnecessária, com frequência sucumbindo à morte prematura. Nos países mais ricos é demasiado comum haver pessoas imensamente desfavorecidas, carentes das oportunidades básicas de acesso a serviços de saúde, educação funcional, emprego remunerado ou segurança econômico social [...] ⁶³⁶.

A liberdade jurídica (possibilidade de fazer ou deixar de fazer algo) não possui nenhum valor se a pessoa não puder escolher, no plano concreto, entre as alternativas permitidas. A liberdade fática pressupõe, portanto, a orientação dos direitos sociais para a realização do livre desenvolvimento da personalidade e da dignidade da pessoa humana ⁶³⁷. Daí a interpretação dos direitos fundamentais a partir do Estado social, visando a superação entre a distinção de liberdade jurídica e liberdade real. Para o Poder Público derivam obrigações de procurar os pressupostos sociais necessários para a implementação da liberdade e da realidade constitucional ⁶³⁸.

Apesar de já observado alhures, é importante ressaltar que a expansão do *ser* não prescinde da categoria do *ter*. Primeiro porque é preciso acabar com o mito de que os direitos de liberdade não necessitam serem custeados, pois a existência e manutenção dos mecanismos públicos para a proteção e promoção destes direitos, das autoridades policiais até o aparelho judiciário eficiente, tudo significa a necessidade de custos financeiros ⁶³⁹.

Em segundo lugar, a Constituição Federal de 1988 não ficou alheia a esta ligação entre *ser* e o *ter*, sendo que juntamente com o princípio da dignidade da pessoa humana, do direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade e dos direitos de liberdade elencados em todo o art. 5º, também foram reconhecidos os direitos fundamentais sociais, em especial no *caput* do art. 6º, à educação, à saúde, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade e à infância, e a assistência aos desamparados ⁶⁴⁰.

⁶³⁶ **Desenvolvimento como liberdade.** São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 29.

⁶³⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais.** 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 503-506.

⁶³⁸ BÖCHENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Teoría e interpretación de los derechos fundamentales. In: _____. **Escritos sobre derechos fundamentales.** Baden-Baden: Nomos Verl.-Ges., 1993, p. 64.

⁶³⁹ OTERO, Paulo. **Instituições políticas e constitucionais:** vol. I. Coimbra: Almedina, 2007, p. 540.

⁶⁴⁰ A questão é intimamente relacionada com a passagem do Estado Liberal para o Estado Social: “Esta ampliação do entendimento dos direitos fundamentais tem por base mudanças na teoria do Estado. Para a teoria do Estado do século XIX e do início do século XX, era corrente a ideia de que o particular, o cidadão com posses e com cultura, era, como membro da sociedade civil, autossuficiente e autônomo. A sua liberdade era *liberdade em face do Estado*; a sociedade podia por si só cuidar dos seus interesses econômicos e culturais e precisava do Estado apenas para a defesa contra os perigos externos e internos: nas suas funções de exército, de polícia e justiça. Esta concepção não correspondia à realidade já no século XIX e no início do século XX, nem era reconhecida universalmente. Caiu definitivamente em descrédito na sociedade contemporânea da guerra e do pós-guerra, tanto da Primeira como da Segunda Guerra Mundial. Das duas vezes se mostrou que o *particular* está fundamentalmente dependente de medidas, instituições, distribuições e redistribuições do Estado; que a

Como obrigações de prestações positivas a cargo dos poderes públicos⁶⁴¹, é a proteção da liberdade real que garante a fundamentabilidade dos direitos sociais⁶⁴².

A título de exemplificação, o direito social à educação é essencial para transmitir às pessoas os conhecimentos necessários para exercer de forma consciente e responsável os seus direitos e deveres, habilitando o ser humano a desenvolver de forma livre a sua personalidade⁶⁴³. A educação constitui, assim, uma *conditio sine qua non* para o desenvolvimento da pessoa humana⁶⁴⁴, sendo tarefa do Estado remover os obstáculos que impeçam o acesso à educação e, conseqüentemente, a este pleno desenvolvimento da personalidade⁶⁴⁵. Alguns direitos clássicos de defesa, como o desenvolvimento da personalidade, também podem adquirir um caráter social, cabendo a indagação de quais os meios concretos que são necessários para garantir tal direito⁶⁴⁶.

A única menção expressa ao livre desenvolvimento da personalidade dentro da CF/88 está ligada ao direito à educação ao estabelecer no art. 205: “A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”. Deste dispositivo retira-se que a autodeterminação ético-

sua liberdade tem condições sociais e estatais que ele próprio consegue assegurar. Em vez da ficção do indivíduo autocrático da sociedade burguesa, surgiu a imagem de um indivíduo simultaneamente necessitado e responsável na comunidade social. A ideia de que o Estado de direito podia, como Estado liberal, intervir o mínimo possível na liberdade do particular foi complementada com a ideia de que, como Estado social, tinha em primeiro lugar de *criar e assegurar as condições de liberdade*” (PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 68).

⁶⁴¹ CARETTI, Paolo. I diritti sociali nella costituzione italiana e gli strumenti di garanzia. In: SCAFF, Fernando Facury; ROMBOLI, Roberto; REVENGA, Miguel (coordenadores). **A eficácia dos direitos sociais**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 56-57. QUEIROZ, Cristina. **Direitos fundamentais sociais**: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade. Coimbra: Coimbra, 2006, p. 25.

⁶⁴² QUEIROZ, Cristina. **Direitos fundamentais sociais**: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade. Coimbra: Coimbra, 2006, p. 33-34. A autora chama esta posição de “argumento da dependência”. Veja-se ainda: BÖCHENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Los derechos fundamentales sociales en la estructura dela constitución. In: _____. **Escritos sobre derechos fundamentales**. Baden-Baden: Nomos Verl.-Ges., 1993.

⁶⁴³ BADILLA, Kevin Johan Villalobos. **El derecho humano al libre desarrollo de la personalidad**. 360 f. Tesis de licenciatura en Derecho. Universidad de Costa Rica, San José, 2006, p. 273.

⁶⁴⁴ LUÑO, Antonio Enrique Perez. **Los derechos fundamentales**. 6ª ed. Madrid: Tecnos, 1995, p. 197-198.

⁶⁴⁵ CARETTI, Paolo. I diritti sociali nella costituzione italiana e gli strumenti di garanzia. In: SCAFF, Fernando Facury; ROMBOLI, Roberto; REVENGA, Miguel (coordenadores). **A eficácia dos direitos sociais**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 62; CARDUCCI, Michele. Riconoscimento ed efficacia del diritto alla educazione in Italia. In: SCAFF, Fernando Facury; ROMBOLI, Roberto; REVENGA, Miguel (coordenadores). **A eficácia dos direitos sociais**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 203.

⁶⁴⁶ QUEIROZ, Cristina. **Direitos fundamentais sociais**: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade. Coimbra: Coimbra, 2006, p. 38-39.

existencial depende da educação, pois é através dela que se permite a capacitação para o trabalho e o exercício da cidadania⁶⁴⁷.

Neste ponto é possível acrescentar que o livre desenvolvimento da personalidade não está presente no sistema jurídico brasileiro somente de forma decorrente da dignidade da pessoa humana ou da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), mas também constitui objetivo a ser alcançado pelo direito à educação, um verdadeiro princípio guia. Assim, de forma decorrente da dignidade ou da DUDH, o livre desenvolvimento da personalidade é verdadeiro direito fundamental, sendo que relacionado à educação constitui um objetivo a ser alcançado.

O direito à saúde, na forma de direito social ou de direito individual de liberdade, também surge como essencial para o desenvolvimento da personalidade. A própria OMS se pronunciou no sentido de que a saúde não se restringe ao aspecto físico, pois transcende à integridade psíquica e social. A saúde é constituída por estas três esferas e tem como ponto central a proteção e promoção da pessoa humana, sendo expressão e fundamento do livre desenvolvimento da pessoa⁶⁴⁸.

Sem garantir um bom funcionamento do corpo e da mente não é possível falar em desenvolvimento do projeto de vida individual e social da pessoa humana. Deste modo, o Estado deve promover o acesso à saúde, mediante as políticas públicas, como condição essencial para o desenvolvimento da personalidade⁶⁴⁹.

Essas reflexões perpassam por todos os direitos sociais e não apenas nestes elencados de forma exemplificativa:

[...] os direitos sociais serão indispensáveis à consolidação do direito de personalidade que não se perfaz apenas no campo das liberdades negativas. Não há como falar em direito à vida, sem as prestações relativas à assistência sanitária; não há como tratar do autodesenvolvimento, sem educação, sem

⁶⁴⁷ MENEZES, Joyceane Bezerra de. O direito ao desenvolvimento da personalidade e a sua relação com os direitos sociais. In: SCAFF, Fernando Facury; ROMBOLI, Roberto; REVENGA, Miguel (coordenadores). **A eficácia dos direitos sociais**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 341.

⁶⁴⁸ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Saúde, corpo e autonomia privada**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 22. Segundo Pietro Perlingieri: “É redutivo individuar o conteúdo do chamado direito à saúde no respeito da integridade física, e isto por duas razões: a saúde é também psíquica, pois a pessoa é uma unidade psicofísica indissolúvel; não é apenas aspecto estático e individual, mas se reconduz ao desenvolvimento sadio e livre da pessoa, constituindo por isso um todo com ela mesma” (**O direito civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 773-774).

⁶⁴⁹ MENEZES, Joyceane Bezerra de. O direito ao desenvolvimento da personalidade e a sua relação com os direitos sociais. In: SCAFF, Fernando Facury; ROMBOLI, Roberto; REVENGA, Miguel (coordenadores). **A eficácia dos direitos sociais**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 343-344.

lazer, sem cultura. Não há como falar em igualdade, sem inclusão; não se olvide tratar de existência digna, sem um mínimo existencial⁶⁵⁰.

Ainda quanto aos direitos sociais, é preciso destacar que o seu tratamento na dimensão objetiva do livre desenvolvimento da personalidade não obsta a sua perspectiva subjetiva, própria do enunciado de cada direito fundamental social em concreto, que possui estruturas próprias diferentes dos direitos de defesa. Isso porque a supressão dos direitos sociais da categoria de direitos subjetivos reduz muito o papel destes direitos na realização da liberdade real⁶⁵¹. Ademais, embora não seja objeto deste estudo, é preciso indagar se não seria o caso da justiciabilidade dos direitos sociais deixar de se vincular estritamente ao chamado mínimo existencial⁶⁵² para atender algo mais abrangente, concernente ao livre desenvolvimento da personalidade.

Finalizando a perspectiva objetiva, a garantia do meio ambiente equilibrado, para as presentes e futuras gerações, consagrada no art. 225 da Constituição Federal⁶⁵³ possui estreita ligação com os deveres de concretização do livre desenvolvimento da pessoa. O direito ao ambiente não se encaixa perfeitamente nas estruturas clássicas dos direitos fundamentais e contém um feixe de proteção que abrange a não agressão do núcleo essencial deste direito pelo Estado, a necessidade de proteção contra agressão de terceiros, as obrigações do Estado em praticar atos para preservar o meio ambiente e disponibilizar instrumentos de participação populares nas tomadas de decisões em relação ao bem jurídico protegido⁶⁵⁴.

Tudo isso objetiva a garantia de um meio ambiente equilibrado, tendo como noção de que todos os organismos vivos estão inter-relacionados por meio do ambiente natural, contribuindo para a qualidade de vida, ou seja, o desenvolvimento de todas as formas de vida (e não exclusivamente do homem)⁶⁵⁵.

Todavia, isso não contém toda a força normativa da proteção do ambiente na Constituição Federal. Se um meio ambiente equilibrado e uma qualidade vida estão

⁶⁵⁰ MENEZES, Joyceane Bezerra de. O direito ao desenvolvimento da personalidade e a sua relação com os direitos sociais. In: SCAFF, Fernando Facury; ROMBOLI, Roberto; REVENGA, Miguel (coordenadores). **A eficácia dos direitos sociais**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 349.

⁶⁵¹ QUEIROZ, Cristina. **Direitos fundamentais sociais**: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade. Coimbra: Coimbra, 2006, p. 16.

⁶⁵² TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

⁶⁵³ Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

⁶⁵⁴ BELLO FILHO, Ney de Barros. **Direito ao ambiente**: da compreensão dogmática do direito fundamental na pós-modernidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 58.

⁶⁵⁵ BENJAMIN, Antônio Herman. Constitucionalização do ambiente e ecologização da constituição brasileira. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; LEITE, José Rubens Morato (organizadores). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 107-108.

relacionados com o livre desenvolvimento da personalidade ao contribuir com as condições necessárias para que este ocorra, também é certo que o livre desenvolvimento da pessoa não está ligado apenas às gerações presentes, mas também às gerações futuras.

Ao utilizarem o patrimônio comum do planeta todas as gerações estão interligadas, sendo que não existem razões para uma geração ser preferível a outra, pois todas estão em posição de igualdade⁶⁵⁶. Esta é a equidade intergeracional que acaba por criar deveres e direitos de uma geração para a outra. A geração do presente possui direitos em relação às gerações passadas, mas também deve cumprir com seus deveres em relação com as gerações futuras⁶⁵⁷.

Cada geração deve conservar a diversidade de recursos naturais e culturais, preservando as opções de desenvolvimento das futuras gerações. Também deve ser protegida a qualidade destes recursos, bem como mantida a equidade de acesso a esses bens⁶⁵⁸. A manutenção do planeta é dever objetivo de realização do livre desenvolvimento da personalidade para todas as gerações.

2.3 Reconhecimento como Direito Fundamental no Sistema Jurídico Brasileiro

Definida a estrutura e as funções do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, falta a argumentação no sentido da sua inclusão no sistema jurídico brasileiro, em particular, face à cláusula de abertura de direitos fundamentais do art. 5º, § 2º da Constituição Federal.

A historicidade⁶⁵⁹, própria dos direitos fundamentais, indica que estes estão em constante e permanente transformação. Disto resulta que os direitos fundamentais são

⁶⁵⁶ WEISS, Edith Brown. Intergenerational equity and rights of future generations. In: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **The modern world of human rights**. San José: Instituto Interamericano de derechos humanos, 1996, p. 604.

⁶⁵⁷ WEISS, Edith Brown. Intergenerational equity and rights of future generations. In: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **The modern world of human rights**. San José: Instituto Interamericano de derechos humanos, 1996, p. 610.

⁶⁵⁸ WEISS, Edith Brown. Intergenerational equity and rights of future generations. In: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **The modern world of human rights**. San José: Instituto Interamericano de derechos humanos, 1996, p. 608-609.

⁶⁵⁹ De acordo com José Antonio Seoane: “El sistema jurídico está condicionado por los cambios que acontecen en el sistema político y, más allá de éste, en el sistema social, de los que depende. Las respuestas jurídicas son el intento de resolver algunos de los problemas planteados por las relaciones humanas en cada momento histórico. De ahí que no puedan proponerse soluciones jurídicas de espaldas a la realidad. De ahí también que no quepa proponer una respuesta rígida, incapaz de hacerse cargo de la historicidad del Derecho y del ser humano. Es necesario comprender el entorno social para dar respuestas satisfactorias al modo de autocomprensión de cada momento histórico: son las relaciones humana, sociales, económicas, etc. Las que demanda regulación jurídica [...]” (La ampliación del catálogo de derechos fundamentales. **Persona y Derecho**: revista de fundamentación de las instituciones jurídicas y de derechos humanos. N. 54, p. 441-469. Navarra, jan./dez, 2006, p. 442-443). Tradução livre: “O sistema jurídico é condicionado pelas mudanças que ocorrem no sistema político e, além dele, no sistema social, dos quais depende. As respostas jurídicas são uma tentativa de resolver alguns dos problemas das relações humanas em cada momento histórico. Portanto, não podem ser propostas soluções

acumuláveis, ou seja, a cada momento histórico surgem novos direitos, próprios do seu tempo, que são acrescentados aos direitos já existentes. Estes direitos também são variáveis, denotando a característica de que cada dimensão de direitos fundamentais não possuem a mesma estrutura e se desdobram em várias consequências normativas. A abertura, por sua vez, concerne ao sentido de que nenhum catálogo de direitos fundamentais tem como objetivo esgotar o seu conteúdo, pois é necessário aceitar a relevância do surgimento de direitos não escritos na medida que surgem novas ameaças à proteção da pessoa humana⁶⁶⁰.

A complexidade do ser humano não permite que sejam previstos todos os direitos fundamentais necessários para a garantia de uma vida digna⁶⁶¹. Entender que o legislador constituinte reconheceu todos os direitos fundamentais próprios da pessoa humana seria retornar ao dogma do legislador “a tudo prevê”, próprio do sistema fechado do positivismo.

Esta abertura significa a possibilidade de vir a ser criados, descobertos e ampliados outros direitos fundamentais além daqueles já previstos em textos normativos da Constituição. Neste ponto permite-se uma nova delimitação do âmbito de proteção de direitos já positivados, uma abertura interpretativa para os documentos internacionais de direitos humanos, a utilização de instrumentos de cláusulas gerais que garantam o alargamento dos direitos fundamentais⁶⁶² e a criação de novos direitos fundamentais.

Ao admitir a existência de direitos fundamentais que não constem no catálogo do Título II, a Constituição garante uma margem de abertura para a inclusão de novos direitos e remete à separação realizada entre a fundamentabilidade formal e material dos direitos fundamentais. Dessa maneira, existiriam direitos formal e materialmente fundamentais, direitos apenas materialmente fundamentais e, para alguns autores, direitos apenas formalmente materiais⁶⁶³.

jurídicas fora da realidade. Daí também que não cabe propor uma resposta rígida, incapaz de assumir a historicidade do Direito e do ser humano. É necessário compreender o entorno social, para dar respostas satisfatórias ao modo de autocompreensão de cada momento histórico: são as relações humanas, sociais, econômicas, etc. que demandam regulação jurídica.”

⁶⁶⁰ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2012, p. 68.

⁶⁶¹ SANTOS, Eduardo Rodrigues dos. Os direitos fundamentais atípicos e a incorporação dos tratados de direitos humanos à constituição brasileira: reflexões a partir do § 2º, do art. 5º da CF/88. In: Martins, Fernando Rodrigues. **Direito em diálogo de fontes**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2014, p. 228.

⁶⁶² ALEXANDRINO, José de Melo. **A estruturação do sistema de direitos, liberdade e garantias na constituição portuguesa**: Vol. II – A construção dogmática. Coimbra: Almedina, 2006, p. 374.

⁶⁶³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, 80-81. Dentre os que defendem a existência de direitos apenas formalmente fundamentais veja-se: ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2012, p. 75; CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 406-407. Este último afirmando que “no âmbito dos direitos fundamentais, a distinção reconduz-se ao seguinte: há direitos fundamentais consagrados na constituição que só pelo facto de beneficiarem da positivação

Os direitos fundamentais formais são aqueles enunciados e protegidos por normas que possuem hierarquia constitucional (normas com forma constitucional)⁶⁶⁴. Segundo Ingo Sarlet, o aspecto formal destes direitos resulta das seguintes disposições: (i) pertencendo à constituição escrita, os direitos fundamentais estão situados no ápice do ordenamento; (ii) estão protegidos pelas normas formais e materiais quanto à alteração da constituição (art. 60, CF); (iii) possuem aplicabilidade imediata, vinculando entidades públicas e privadas (art. 5º, §1º)⁶⁶⁵.

Os direitos fundamentais materiais, por sua vez, são aqueles não previstos no texto constitucional, mas que por serem equiparáveis, em seu objeto e importância, aos direitos formalmente constitucionais, também são considerados direitos fundamentais face à “norma de *fattispecie* aberta”⁶⁶⁶. Dessa maneira, a fundamentabilidade material decorre do fato de que os direitos fundamentais fazem parte da estrutura básica do Estado e da sociedade e, portanto, constitutivos da Constituição material, por intermédio do art. 5º, § 2º da CF, que demonstra a insuficiência apenas do conceito formal. É a análise do conteúdo do direito que poderá identificá-lo como fundamental ou não, a depender se este contém decisões fundamentais para a estrutura do Estado ou da sociedade face à posição ocupada pela pessoa humana no sistema jurídico brasileiro⁶⁶⁷.

Segundo Vieira de Andrade, existem três características do direito que devem ser analisadas para classificá-lo como direito fundamental material: (i) o radical subjetivo; (ii) a função; e (iii) sua intenção específica. O primeiro diz respeito às posições jurídicas subjetivas consideradas fundamentais e que devem ser atribuídas a todas as pessoas ou a uma categoria aberta de pessoas. O direito deve, ainda, ter como função a proteção de determinados bens

constitucional merecem a classificação de constitucionais (e fundamentais), mas o seu conteúdo não se pode considerar materialmente fundamental.”

⁶⁶⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 403.

⁶⁶⁵ **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 74-75. Em outras palavras: “[...] a posição dos direitos fundamentais no sistema jurídico define-se com base na fundamentabilidade formal. Um direito é fundamental se e somente (condição necessária) for garantido mediante normas que tenham a força jurídica própria da supremacia constitucional. O elemento formal é também *condição suficiente* da fundamentabilidade: todos os direitos garantidos na Constituição são considerados fundamentais, mesmo quando o seu alcance e/ou relevância social forem relativamente limitados [...]” (DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 41).

⁶⁶⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 403-404. Segundo Vieira de Andrade: “[...] isso significa que o caráter *fundamental* dos direitos não corresponde à sua previsão ou especificação no texto constitucional e que se torna necessário um critério de substância para determinar o âmbito desta matéria: só assim se poderão encontrar, nas leis e nas normas internacionais e mesmo na parte organizatória do texto constitucional, os direitos daquela espécie.

Haverá, assim, direitos fundamentais em sentido material que não o são formalmente, porque não estão incluídos no catálogo constitucional” (**Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2012, p. 74-75).

⁶⁶⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 75

jurídicos pessoais considerados primários e essenciais. Por fim, o direito deve apresentar uma intenção específica de justificar a proteção do ser humano e fundar-se, em particular, no princípio da dignidade humana⁶⁶⁸.

No plano da fundamentabilidade dos direitos fundamentais, a teoria do discurso tem ganhado papel de destaque a partir da formulação das ideias de Jürgen Habermas e Robert Alexy⁶⁶⁹. Esse primeiro defende o discurso baseado no consenso, ou seja, em um acordo potencial de todos que seria necessário para a obtenção da verdade de uma proposição normativa. Isso só seria possível por meio de uma situação ideal de fala, onde a comunicação é realizada sem nenhum tipo de interferência externa ou interna em sua estrutura⁶⁷⁰. Essa situação ideal de fala pressupõe a aplicação de duas regras que se relacionam diretamente com o discurso:

1. Todos potenciais participantes num discurso devem ter a mesma possibilidade de utilizar atos de fala comunicativos, de modo que possam a qualquer momento iniciar um discurso e conduzi-los com réplicas e trélicas, perguntas e respostas.
2. Todos os participantes num discurso devem ter a mesma possibilidade de realizar interpretações, asserções, recomendações, explicações e justificações e de problematizar, fundamentar ou contestar a pretensão de validade delas, de modo que nenhuma opinião deixe de ser tematizada ou criticada⁶⁷¹.

Quanto à fundamentação dos direitos humanos ou fundamentais⁶⁷², Habermas expõe que o Estado Democrático de Direito e os próprios direitos humanos são co-originários, ou seja, não é possível a realização de um sem o outro. Ademais, para atuarem na autonomia

⁶⁶⁸ **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2012, p. 79-80

⁶⁶⁹ Este ponto é desenvolvido com base no já publicado: MOREIRA, Rodrigo Pereira. Os fundamentos dos direitos da personalidade: entre o direito natural, o direito positivo e o direito discursivo. In: Martins, Fernando Rodrigues. **Direito em diálogo de fontes**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2014.

⁶⁷⁰ HABERMAS, Jürgen apud ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 116. Fernando Martins complementa esta explicação afirmando que: “pelo discurso teórico investiga-se a veracidade dos fatos empíricos em jogo, ao passo que pelo discurso prático operacionaliza-se a correção das asserções normativas. (...) Evidentemente, a correspondência entre ambos os mundos leva à eficácia do consenso, mas esse consenso somente será legitimado (ou correto) a partir da *força da melhor argumentação*, cujo cariz nitidamente formal vem através daquilo que se entende como situação ideal de comunicação, agora no plano da validade, mediante a existência dos seguintes critérios: (a) igualdade de oportunidades aos agentes discursivos; (b) liberdade de expressão; (c) corte total de privilégios; (d) veracidade; e (e) inexistência de coação.” (O contrato entre Luhmann e Habermas. **Revista de direito do consumidor**. Ano 20, vol. 77, p. 55-77. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan.-mar., 2011, p. 73).

⁶⁷¹ HABERMAS, Jürgen apud ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 124.

⁶⁷² Para Robert Alexy: “o fundamento de direitos fundamentais é, no fundo, um fundamento de direitos humanos. (...) alguém não pode apresentar a questão do alicerce ou fundamento dos direitos fundamentais sem apresentar a questão do alicerce ou do fundamento dos direitos humanos.” (Teoria do discurso e direitos fundamentais. In: HECK, Luís Afonso (org.). **Direito natural, direito positivo, direito discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 125).

pública (no meio político) é necessário que os cidadãos sejam também independentes na realização da sua vida privada⁶⁷³.

Neste sentido, os direitos fundamentais são concebidos como exigências para a realização de uma comunicação política (discurso) entre os cidadãos, justificando racionalmente a sua aceitação. A Constituição, com seus direitos fundamentais, assume um sentido procedimental ao instituir formas de comunicação para a utilização pública da razão. Essas condições viabilizadoras da comunicação são realizadas pelo direito, tornando-se legitimados tanto os direitos liberais de liberdade, quanto os direitos políticos de participação⁶⁷⁴.

A legitimação dos direitos fundamentais passa pela seguinte pergunta: “cidadãos livres e iguais devem se conceder reciprocamente quais direitos fundamentais, se quiserem regulamentar a sua vida em comum por meio do direito positivo?”⁶⁷⁵. Assumindo a teoria do discurso, com base no consenso e na aceitação universal dos direitos humanos, Habermas procura legitimar: (i) direitos fundamentais que prevejam o maior número possível de liberdades; (ii) direitos fundamentais para membros de uma associação livre; (iii) direitos fundamentais que expressem a igual proteção individual; e (iv) direitos fundamentais que garantam a participação igualitária na legislação política⁶⁷⁶.

Conclui afirmando que embora a teoria do discurso fundamente de forma imediata apenas os direitos políticos, sem os direitos de liberdades subjetivas de ordem privada que garantam a autodeterminação não é possível a realização da autonomia pública e vice-versa. Neste diapasão, “os direitos fundamentais liberais e políticos são indivisíveis”⁶⁷⁷.

Para Robert Alexy, a teoria do discurso é uma teoria procedimental que procura fundamentar a correção de uma norma por meio da adoção de um procedimento, ou seja, um discurso prático e racional. Esse procedimento do discurso é um procedimento de argumentação. Na sua base está o juízo racional que se define por meio da fundamentação racional⁶⁷⁸.

⁶⁷³ HABERMAS, Jürgen. **A era das transições**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 155.

⁶⁷⁴ HABERMAS, Jürgen. **A era das transições**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 161.

⁶⁷⁵ HABERMAS, Jürgen. Acerca da legitimação com base nos direitos humanos. In: _____. **A constelação pós-nacional: ensaios políticos**. São Paulo: Littera Mundi, 2001, p. 147. Complementa afirmando que: “o nexos interno, procurado entre os direitos humanos e a soberania popular, consiste, portanto, no fato de que os direitos humanos institucionalizam as condições de comunicação para a formação da vontade política racional.”

⁶⁷⁶ HABERMAS, Jürgen. **A era das transições**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 169.

⁶⁷⁷ HABERMAS, Jürgen. Acerca da legitimação com base nos direitos humanos. In: _____. **A constelação pós-nacional: ensaios políticos**. São Paulo: Littera Mundi, 2001, p. 148-149.

⁶⁷⁸ **La construcción de los derechos fundamentales**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2012, p. 69-70.

As regras básicas da razão do discurso são:

(2.1) Quem pode falar, pode tomar parte no discurso.

[...]

(2.2) (a) Todos podem problematizar qualquer asserção.

(b) Todos podem introduzir qualquer asserção no discurso.

(c) Todos podem expressar suas opiniões, desejos e necessidades.

[...]

2.3 A nenhum falante se pode impedir de exercer seus direitos fixados em (2.1) e (2.2), mediante coerção interna e externa ao discurso⁶⁷⁹.

Essas regras têm por objetivo assegurar a imparcialidade do discurso por meio da proteção da liberdade e igualdade de argumentação. Expressam as ideias liberais de universalidade e autonomia⁶⁸⁰.

Em relação à fundamentação dos direitos humanos por meio do discurso, Robert Alexy aponta que existem direitos fundamentados diretamente na teoria do discurso, enquanto outros direitos são fundamentados de maneira indireta. Os primeiros são direitos necessários para a realização do discurso, cuja falta tornaria a teoria discursiva impossível. Os segundos ganham legitimidade por meio do processo político celebrado de maneira fática, sendo que apenas a teoria discursiva não consegue fundamentá-los por si só⁶⁸¹. O autor desenvolve três argumentos complementares que possibilitam a fundamentação dos direitos humanos com base na sua teoria discursiva⁶⁸².

O primeiro é o argumento da autonomia. Este indica que todos os participantes do discurso devem respeitar e supor a autonomia do interlocutor. Assim, o direito geral de liberdade é fundamentado diretamente pelas regras do discurso haja vista a sua importância para a realização da autonomia. Outros direitos específicos de liberdade que garantam o exercício do direito geral de liberdade também são fundamentados pelo discurso: (i) liberdade de opinião; (ii) liberdade de reunião; (iii) liberdade de imprensa; e (iv) eleições livres, iguais e secretas. Acrescenta ainda, que os direitos humanos necessários para a atuação autônoma da pessoa no discurso também são fundamentados diretamente no argumento da autonomia como os direitos sociais e o direito ao mínimo existencial⁶⁸³.

⁶⁷⁹ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 191.

⁶⁸⁰ ALEXY, Robert. **La construcción de los derechos fundamentales**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2012, p. 71.

⁶⁸¹ **Teoría del discurso y derechos humanos**. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 1995, p. 97.

⁶⁸² Ademais, o próprio Robert Alexy ainda inclui na fundamentação da teoria do discurso a necessidade discursiva da própria pessoa humana. Para ele é impossível abandonar a natureza discursiva dos seres humanos, razão pela qual chama esta explicação de “existencial” (Teoria do discurso e direitos fundamentais. In: HECK, Luís Afonso (org.). **Direito natural, direito positivo, direito discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 130).

⁶⁸³ ALEXY, Robert. **Teoría del discurso y derechos humanos**. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 1995, p. 110-113.

O segundo é o argumento do consenso, de inspiração Habermasiana. Este argumento complementa o da autonomia ao garantir universalidade dos direitos humanos por meio da imparcialidade e da igualdade⁶⁸⁴.

O terceiro argumento é o da democracia. Este pressupõe que o discurso só pode ocorrer de forma aproximada se houver uma “institucionalização dos procedimentos democráticos de formação da opinião e da vontade, e só por este meio.” Aqui estão fundamentados os direitos de participação política, que devem ser exercidos em iguais oportunidades, além de direitos não políticos, mas necessários para a participação na autonomia pública como o direito à vida e ao mínimo existencial⁶⁸⁵.

A principal crítica à teoria do discurso, principalmente no discurso baseado no consenso, é a dificuldade deste se realizar no plano concreto. Niklas Luhmann afirma que em um mundo hipercomplexo⁶⁸⁶ não é possível se alcançar um grau de interação que possibilite a realização do discurso que levaria ao consenso⁶⁸⁷. Para ele

Desde a derrocada do direito natural afirma-se que a vigência do direito está fundamentada em convicções comuns. (...) O problema do consenso tem que ser melhor refletido, e desenvolvido no sentido dos mecanismos que sustentam a interação. Não é suficiente avançar das antigas concepções que consideravam o consenso essencial e desejável, no sentido de teorias que vêem o consenso apenas como uma variável empírica, só limitadamente necessária.⁶⁸⁸ Além disso devem ser considerados o potencial muito limitado de concretização da experimentação da experimentação e a diversidade dos possíveis temas. Considerando o consenso fático como uma experimentação sincrônica no tempo e em seu sentido, ele seria muito raro, e de qualquer forma em um sentido concreto, rico em determinações, não seria possível uma experimentação totalmente adequada, e muito menos um pleno consenso⁶⁸⁹.

⁶⁸⁴ ALEXY, Robert. **Teoría del discurso y derechos humanos**. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 1995, p. 116-117.

⁶⁸⁵ ALEXY, Robert. **Teoría del discurso y derechos humanos**. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 1995, p. 129-130.

⁶⁸⁶ No mundo atual existe uma grande gama de possibilidades de experiências cujas quais ultrapassam ao potencial de assimilação de informação do ser humano. Assim, por complexidade entende-se “que sempre existem mais possibilidades do que se pode realizar” (LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 45).

⁶⁸⁷ Explicando a relação da teoria dos sistemas de Luhmann com a globalização e pós-modernidade, Fernando Martins afirma que: “Em primeiro lugar, mais que evidenciada a complexidade social, pela quantidade de comunicação havida na sociedade, o que determinará o funcionalismo do sistema jurídico através de suas regras próprias. Em segundo lugar, a colocação do homem fora do sistema permite veicular a ideia de autonomia com uma relevância maior, deixando margem para entender que o ambiente determina a sociedade. Em terceiro lugar, ganha um espaço digno de registro no pluralismo jurídico a questão afeta à legitimidade, ou seja, o consenso e a obediência do plexo social em torno de quem competirá o processo de decisão ou seletividade do direito positivo” (O contrato entre Luhmann e Habermas. **Revista de direito do consumidor**. Ano 20, vol. 77, p. 55-77. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan.-mar., 2011, p. 65).

⁶⁸⁸ Robert Alexy tem ciência desta crítica ao observar que em verdade uma série das regras do discurso só podem ser cumpridas de maneira aproximada. Todavia, rebate afirmando que o discurso ideal é apenas uma ideia regulativa que informa os discursos reais (Minha filosofia do direito: a institucionalização da razão. In: HECK, Luís Afonso (org.). **Constitucionalismo discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 28).

⁶⁸⁹ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 79.

Não sendo possível a realização completa da teoria discursiva, também não se pode empreender a retirada de direitos humanos que sejam requisitos para a sua realização⁶⁹⁰. Ademais, a justificação dos direitos humanos por meio do discurso é uma estratégia minimalista de fundamentação que, embora seja vista como algo positivo por alguns, não consegue fundamentar de forma direta toda gama de direitos essenciais para a pessoa humana⁶⁹¹.

Seguindo outra forma de raciocínio, Luigi Ferrajoli afirma que a resposta para pergunta “quais direitos devem ser tutelados como fundamentais?” é de carácter filosófico-político. A resposta, então, só pode ser formulada com base em critérios metaéticos e metapolíticos que sejam capazes de justificar a estipulação normativa dos direitos fundamentais para a realização de valores ético-políticos⁶⁹².

A justificação dos direitos fundamentais não está neles mesmos, mas nos fins que estes buscam realizar ao serem tutelados pelo ordenamento jurídico. São uma técnica racionalmente idônea para garantir determinados critérios axiológicos sugeridos pela experiência histórica do constitucionalismo nacional e internacional. Esta relação entre meios e fins é a de racionalidade instrumental, ou seja, o nexó que liga os direitos fundamentais aos critérios axiológicos⁶⁹³. Estes critérios são: (i) dignidade da pessoa humana; (ii) igualdade; (iii) paz; e (iv) tutela do mais fraco⁶⁹⁴.

O fundamento axiológico da dignidade da pessoa humana⁶⁹⁵ é explicado por Ferrajoli com base na filosofia kantiana. Para Immanuel Kant, ou uma coisa tem um preço e pode ser substituída por um equivalente, ou possui uma dignidade, não admitindo nenhum tipo de equivalência. Assim, o ser racional possui um fim em si mesmo e, portanto, dotado de

⁶⁹⁰ Carlos Correias defende que o “construtivismo-procedimental-consensual” é apenas uma falácia procedimentalista, pois é impossível que do discurso, sem conteúdo, seja possível extrair conclusões materiais e conteudísticas (La teoría del derecho natural en el tiempo posmoderno. **DOXA: cuadernos de filosofía del derecho**, n. 21, Vol. II, p. 289-303. Alicante, 1998, p. 299).

⁶⁹¹ SILVA, Alexandre Garrido da. Direitos humanos, constituição e discurso de legitimação: possibilidades e limites da teoria do discurso. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). **Legitimação dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 83-84.

⁶⁹² Los fundamentos de los derechos fundamentales. In: _____. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2001, p. 315.

⁶⁹³ FERRAJOLI, Luigi. Los fundamentos de los derechos fundamentales. In: _____. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2001, p. 317.

⁶⁹⁴ Num primeiro momento Ferrajoli incluía dentre os critérios a democracia substancial, todavia nos seus últimos escritos o mesmo retirou a democracia como critério axiológico e a alocou como critério de validade, colocando em seu lugar a dignidade da pessoa humana como um novo critério axiológico.

⁶⁹⁵ Ingo Sarlet retrata que na Alemanha, sobre a influência de Günter Düring, começou a defesa de um sistema de direitos fundamentais que não tivesse nenhum tipo de lacuna, haja vista a derivação destes direitos a partir do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. Os direitos fundamentais seriam a concretização da dignidade humana nos seus diversos aspectos. Todavia, esta teoria foi criticada por Konrad Hesse observando que nem todos os direitos fundamentais possuem uma fundamentação direta na dignidade da pessoa humana. Por isso, entende-se hoje que o sistema de direitos fundamentais não é lógico-dedutivo, ou seja, fechado, mas um sistema aberto e flexível a novos conteúdos (**A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 70-72).

dignidade não pode ser tratado como um meio para realização de outra vontade. Neste diapasão, os direitos fundamentais que garantem a dignidade da pessoa humana são: (i) todos os direitos de liberdade; e (ii) todos os direitos sociais⁶⁹⁶.

A igualdade jurídica indica que todos devem ser titulares das mesmas situações que a lei dispõe de forma universal. Isso implica em igualdade de direitos e igualdade de deveres. Os direitos fundamentais com fundamento axiológico na igualdade são aqueles que “garantindo as diferenças pessoais e reduzindo as desigualdades materiais, asseguram o (igual) valor ou a (igual) dignidade de todas as pessoas”⁶⁹⁷.

O terceiro fundamento axiológico é o da paz, reconhecido desde 1948 pela Declaração Universal dos Direitos Humanos. Inspirado na teoria de Thomas Hobbes, este critério indica que deve-se proteger a vida para se garantir a paz e deve-se superar a guerra para assegurar o direito à vida. Quanto maior proteção aos direitos de liberdade, à integridade pessoal e aos direitos sociais mais sólida será a paz⁶⁹⁸.

O último critério axiológico é o da tutela do mais fraco ou lei do mais fraco. Todos os direitos fundamentais se justificam na proteção das pessoas mais fracas frente aos mais fortes. Assim tem-se: (i) o direito à vida frente ao mais forte fisicamente; (ii) os direitos de liberdade contra os mais fortes politicamente; e (iii) os direitos sociais contra os mais fortes economicamente⁶⁹⁹. Isso faz com que os direitos fundamentais estejam ao abrigo frente à força do mercado e da política⁷⁰⁰.

No contexto jurídico-positivo da Constituição Federal de 1988, ao interpretar o texto normativo do art. 5º, § 2º, é possível visualizar três fundamentos ou fontes dos direitos fundamentais materiais: (i) os princípios constitucionais; (ii) o regime constitucional; (iii) os tratados internacionais de direitos humanos. Aqui se inclui o sistema de direitos fundamentais, o princípio da dignidade da pessoa humana e os documentos internacionais de direitos humanos que o Brasil seja signatário⁷⁰¹.

⁶⁹⁶ **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 105.

⁶⁹⁷ FERRAJOLI, Luigi. Los fundamentos de los derechos fundamentales. In: _____. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2001, p. 329-333.

⁶⁹⁸ FERRAJOLI, Luigi. Los fundamentos de los derechos fundamentales. In: _____. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2001, p. 356.

⁶⁹⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 106.

⁷⁰⁰ FERRAJOLI, Luigi. Los fundamentos de los derechos fundamentales. In: _____. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2001, p. 362.

⁷⁰¹ SANTOS, Eduardo Rodrigues dos. Os direitos fundamentais atípicos e a incorporação dos tratados de direitos humanos à constituição brasileira: reflexões a partir do § 2º, do art. 5º da CF/88. In: Martins, Fernando Rodrigues. **Direito em diálogo de fontes**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2014, p. 229-230.

O texto normativo analisado apresenta diversas possibilidades interpretativas e de aplicação. Segundo Ingo Sarlet, é possível classificar os direitos fundamentais, com fundamento no art. 5º, § 2º, em: (i) direitos fundamentais expressamente positivados (escritos); e (ii) direitos fundamentais não escritos. No primeiro grupo o autor identifica aqueles direitos previstos na Constituição, seja no catálogo do Título II, seja fora dele, e os direitos previstos em tratados internacionais. Ao segundo grupo ficam reservados os direitos implícitos (situações subentendidas nas normas de direitos fundamentais) e os direitos decorrentes do regime e dos princípios da Constituição⁷⁰².

Em relação ao livre desenvolvimento da personalidade, duas possibilidades apontadas devem ser ressaltadas. Primeiro, se for aceita a tese de que a Declaração Universal de Direitos Humanos, como documento internacional de direitos humanos, é incluída automaticamente ao bloco de constitucionalidade perfazendo direitos fundamentais materiais, então a conclusão é de que o livre desenvolvimento da personalidade constitui direito fundamental escrito em documentos internacionais.

Devido a grandes objeções a esta posição, inclusive levando em consideração o atual posicionamento do Supremo Tribunal Federal quanto a hierarquia de tratados internacionais, é preciso trabalhar com a segunda possibilidade: o direito ao livre desenvolvimento da personalidade é decorrente dos princípios (principalmente a dignidade da pessoa humana) e do sistema de direitos fundamentais. Na sequência será realizada a abordagem das duas alternativas.

2.3.1 Livre Desenvolvimento da Personalidade como Direito Humano e Fundamental

A hierarquia dos tratados sobre direitos humanos no sistema jurídico não é algo uníssono na jurisprudência e doutrina brasileira. É possível identificar quatro interpretações a respeito do tema: (i) a natureza infraconstitucional; (ii) a natureza supraconstitucional; (iii) a natureza supralegal; e (iv) a natureza constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos⁷⁰³.

O Supremo Tribunal Federal, a partir de 1977, sedimentou sua jurisprudência no sentido de que a força normativa dos tratados se igualava à legislação infraconstitucional federal, ou seja, havia uma paridade hierárquica entre as leis federais e os tratados internacionais

⁷⁰² **A eficácia dos direitos fundamentais:** uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 87.

⁷⁰³ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 130.

de direitos humanos ou não⁷⁰⁴. Esta perspectiva continuou a ser adotada mesmo depois da Constituição Federal de 1988, pois em 1995 o STF julgou a constitucionalidade da prisão civil do depositário infiel, afastando a convenção americana e concluindo por negar uma estatura especial aos tratados internacionais de direitos humanos equiparando-os às leis federais infraconstitucionais, mesmo com o advento do art. 5º, § 2º da CF⁷⁰⁵.

A tese da supraconstitucionalidade, por sua vez, leva em consideração que os tratados de direitos humanos seriam superiores à Constituição caso positivem normas mais benéficas, não reclamando nem mesmo uma norma interna para que sejam incluídos no sistema jurídico⁷⁰⁶. Segundo Celso de Albuquerque Mello, mesmo norma constitucional posterior não pode revogar norma internacional de direitos humanos por ter hierarquia superior à Constituição⁷⁰⁷.

A natureza supra legal dos tratados foi defendida, primeiramente, pelo Ministro Sepúlveda Pertence do STF no RHC 79.785-RJ do ano de 2000. Em seu voto, abordando o já positivado art. 5º, § 2º da CF, o Ministro defendeu que a hierarquia dos tratados internacionais situava-se acima da legislação infraconstitucional, mas abaixo da Constituição. Isso significa que estes tratados podem ser aplicados contra lei ordinária sempre que não ferir a Constituição, de modo a ampliar os direitos e garantias previstos⁷⁰⁸.

Com a Emenda Constitucional n. 45 de 2004 que introduziu o § 3º do art. 5º⁷⁰⁹, a posição do STF modificou-se e acabou resultando em três posicionamentos distintos a respeito

⁷⁰⁴ SANTOS, Eduardo Rodrigues dos. Os direitos fundamentais atípicos e a incorporação dos tratados de direitos humanos à constituição brasileira: reflexões a partir do § 2º, do art. 5º da CF/88. In: Martins, Fernando Rodrigues. **Direito em diálogo de fontes**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2014, p. 233-234.

⁷⁰⁵ GALINDO, George Rodrigo Bandeira. **Tratados internacionais de direitos humanos e constituição brasileira**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 254-256. Em outras palavras: “Pode-se afirmar que o Tribunal sustentava a tese de que as normas de DI eram incorporadas com o patamar hierárquico de leis ordinárias. Esse paradigma decisório era tomado sem maior consideração de conteúdo ou de avaliação, sobre o fato de o documento de DI versar ou não sobre normas de DI de Direitos Humanos” (BORGES, Alexandre Walmott; ROMEU, Luciana Campanelli; ROCHA, Altamirando Pereira da. Análise da jurisprudência do STF sobre a forma de incorporação dos documentos de direito internacional: alterações com o advento da EC 45/2004. **Revista de Direito Brasileiro**. Vol. 3, n. 2, p. 55-76. São Paulo, jul.-dez., 2012, p. 60-61).

⁷⁰⁶ RODRIGUES, Maurício Andreiulo. Os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos e a constituição. In: TORRES, Ricardo Lobo. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 173. No mesmo sentido vide os argumentos colacionados por Flávia Piovesan a respeito das posições de Agustín Gordillo, André Gonçalves Pereira, Fausto de Quadros e Hildebrando Accioly (**Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 130-132).

⁷⁰⁷ O § 2º do art. 5º da Constituição Federal. In: TORRES, Ricardo Lobo. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 25.

⁷⁰⁸ GALINDO, George Rodrigo Bandeira. **Tratados internacionais de direitos humanos e constituição brasileira**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 264-268; PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 132-133.

⁷⁰⁹ § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

dos tratados internacionais: (i) a suprallegalidade para os tratados internacionais de direitos humanos incorporados antes da EC 45/2004; (ii) a hierarquia constitucional para os tratados de direitos humanos que forem aprovados em dois turnos, por quórum de três quintos, em cada uma das casas legislativas (art. 5º, § 3º, CF); e (iii) a paridade hierárquica infraconstitucional para os demais tratados (que não versem sobre direitos humanos)⁷¹⁰.

Mesmo com o atual posicionamento do Supremo Tribunal Federal, é preciso ressaltar que mesmo antes ou depois da EC 45/2004, a doutrina já vinha assinalando pela hierarquia constitucional destes tratados a partir da interpretação do art. 5º, § 2º da CF⁷¹¹. Nas palavras de Ingo Sarlet:

[...] na realidade, parece viável concluir que os direitos materialmente fundamentais oriundos das regras internacionais – embora não tenham sido formalmente consagrados no texto da Constituição – se aglutinam à Constituição material e, por esta razão, acabam tendo *status* equivalente. Caso contrário, a regra do art. 5º, § 2º, também neste ponto, teria o seu sentido parcialmente desvirtuado. Não fosse assim, virtualmente não haveria diferença (ao menos sob o aspecto da hierarquia de normas) entre qualquer outra regra de direito internacional incorporada ao direito nacional e os direitos fundamentais do homem consagrados nos textos internacionais⁷¹².

Esta conclusão pela natureza constitucional dos tratados sobre direitos humanos advém de uma interpretação sistemática e teológica do texto normativo constitucional, levando em consideração a força expansiva da dignidade e dos direitos fundamentais. Por serem direitos fundamentais materiais, os direitos humanos previstos em tratados internacionais passam a

⁷¹⁰ BORGES, Alexandre Walmott; ROMEU, Luciana Campanelli; ROCHA, Altamirando Pereira da. Análise da jurisprudência do STF sobre a forma de incorporação dos documentos de direito internacional: alterações com o advento da EC 45/2004. **Revista de Direito Brasileiro**. Vol. 3, n. 2, p. 55-76. São Paulo, jul.-dez., 2012, p. 68. Contudo, ainda existem posições no sentido dos tratados sobre direitos humanos aprovados antes da EC 45/2004 possuírem hierarquia de norma infraconstitucional: “Com isso, a Constituição não determinou, expressamente e em dispositivo específico (como fez, por exemplo, o constituinte alemão no art. 25 GG) a relação hierárquica entre as leis brasileiras e os tratados internacionais. Por intermédio de uma interpretação sistemática, a resposta a esse problema é dada pelos arts. 102, III, b, e 105, III, a, os quais situam o tratado e a lei na mesma posição hierárquica, pois de acordo com os mencionados dispositivos o Supremo Tribunal Federal resolve, mediante recurso extraordinário, problemas de inconstitucional ‘de tratado ou lei federal’ e o Superior Tribunal de Justiça resolve, mediante recurso especial, os problemas de violação ‘de tratado ou lei federal’.” (DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 34-35).

⁷¹¹ Veja-se: GALINDO, George Rodrigo Bandeira. **Tratados internacionais de direitos humanos e constituição brasileira**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 300; SANTOS, Eduardo Rodrigues dos. Os direitos fundamentais atípicos e a incorporação dos tratados de direitos humanos à constituição brasileira: reflexões a partir do § 2º, do art. 5º da CF/88. In: Martins, Fernando Rodrigues. **Direito em diálogo de fontes**. Belo Horizonte: D’Plácido, 2014, p. 237; LOUREIRO, Sílvia Maria da Silveira. **Tratados internacionais sobre direitos humanos na constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 80.

⁷¹² **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 123-124.

compor o denominado bloco de constitucionalidade a partir da cláusula de *fattispecie* aberta⁷¹³, que inclusive é a mais atual tendência na questão de fontes normativas no constitucionalismo contemporâneo⁷¹⁴.

O próprio elemento genético, ao serem analisados os Anais da Assembleia Constituinte, permite entender que a proposta do art. 5º, § 2º, realizada por Cançado Trindade, tinha como o objetivo a inclusão dos tratados internacionais de direitos humanos ao sistema jurídico brasileiro conferindo-lhes *status* constitucional⁷¹⁵. Este autor, por sua vez, sempre foi um dos grandes defensores da hierarquia constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos, sendo estes imediatamente exigíveis no plano jurídico interno brasileiro⁷¹⁶.

Ademais, visando evitar um esvaziamento do núcleo genético do chamado “Estado de direito fundamentais” é preferível a recondução da proteção da pessoa humana em torno de um “Estado de direitos humanos”. Esse esvaziamento resulta da ampliação do conceito de direitos fundamentais para englobar categorias que não são intrinsecamente derivadas da proteção do ser humano, perfazendo aquilo que poderíamos chamar direitos apenas formalmente fundamentais, resultados apenas da vontade do constituinte em positivá-los como tal. Neste sentido, apenas os direitos fundamentais materiais fazem parte do conceito de Estado de direitos humanos, pois decorrentes da natureza da pessoa humana e de sua respectiva dignidade⁷¹⁷.

⁷¹³ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 114-117; SCARBOSSA, Luís Fernando. **Direitos e garantias fundamentais extravagantes: interpretação jusfundamental “pro homine”**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2008, p. 27-28.

⁷¹⁴ Veja-se por exemplo o caso da Constituição argentina, descrito da seguinte maneira: “O denominado *bloco de constitucionalidade* está constituído pela Constituição Nacional argentina (art. 31) como norma fundamental do Estado de Direito. Este bloco de constitucionalidade deve ser entendido como um sistema jurídico que está integrado pelas regras que compõem seu texto e os tratados que, ‘nas condições da sua vigência, têm hierarquia constitucional, não ferem artigo algum da primeira parte desta Constituição e devem ser entendidos como complementos dos direitos e garantias por ela reconhecidos’ (art. 75, inc. 22)” (LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 84).

⁷¹⁵ Para uma extensa análise da Assembleia Constituinte no tocante a este dispositivo vide: LOUREIRO, Sílvia Maria da Silveira. **Tratados internacionais sobre direitos humanos na constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 43-61. De forma conclusiva: “verifica-se que a tese da equiparação (por força do disposto no art. 5º, § 2º, da CF) entre os direitos fundamentais localizados em tratados internacionais e os sediados na Constituição formal é a que mais se harmoniza com a especial dignidade jurídica e axiológica dos direitos fundamentais na ordem jurídica interna e internacional, constituindo, ademais, pressuposto indispensável à construção e consolidação de um autêntico direito constitucional internacional de direitos humanos, resultado da interpretação cada vez maior entre os direitos fundamentais constitucionais e os direitos humanos dos instrumentos jurídicos internacionais” (**A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 124).

⁷¹⁶ **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**: vol. I. 2ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003, p. 513;

⁷¹⁷ OTERO, Paulo. **Instituições políticas e constitucionais**: vol. I. Coimbra: Almedina, 2007, p. 526-530. Nas palavras do autor: “esse alargamento do conceito de ‘direito fundamental’, fazendo englobar nessa categoria realidades tão diferentes entre si, acaba por comportar uma verdadeira debilitação ou adulteração da ‘fundamentalidade’ do próprio conceito de direito fundamental: desde o direito à inviolabilidade da vida humana, tida como direito fundamental, até ao direito de antena dos partidos políticos e outras organizações,

Segundo Paulo Otero, este Estado de direitos humanos, como núcleo do Estado de direitos fundamentais, é fundado: (i) pela dignidade da pessoa humana; (ii) garantia e defesa da cultura da vida (incluindo o livre desenvolvimento da personalidade); (iii) vinculação internacional à tutela dos direitos fundamentais; (iv) eficácia reforçada das normas constitucionais; (v) regime democrático; e (vi) ordem jurídica justa⁷¹⁸.

Para incluir o sistema jurídico brasileiro num verdadeiro Estado de direitos humanos é preciso estabelecer esta vinculação internacional à tutela dos direitos fundamentais. Isto é possível somente se for aceita a tese de que os direitos humanos previstos em documentos internacionais possuam a mesma hierarquia que os direitos fundamentais previstos na Constituição, alguns deles, diga-se de passagem, com pouca fundamentação material na natureza humana e sua dignidade (ex.: art. 5º, XXX e XXXI, que instituem o direito fundamental à herança).

Diz-se documentos internacionais para incluir justamente a Declaração Universal de Direitos Humanos, que apesar de não ser um tratado, também deve compor o bloco de constitucionalidade. Isso porque, conforme Flávia Piovesan, esta declaração caracteriza-se justamente pelos conjuntos de direitos sem os quais a pessoa não pode desenvolver a sua personalidade física, moral e intelectual, sendo aplicável a todos os seres humanos de todas as regiões do planeta⁷¹⁹.

Numa interpretação sistemática e teológica do art. 5º, § 2º, não é possível excluir a Declaração Universal do rol de documentos internacionais que, ao positivarem direitos humanos, são incluídos no bloco de constitucionalidade. Até porque a própria Declaração serviu de base inspiradora para o catálogo de direitos fundamentais da maioria das constituições do segundo pós guerra⁷²⁰.

A força vinculante da Declaração deriva da circunstância de ser documento essencial para a interpretação dos direitos humanos, devendo os Estado assegurar e respeitar

também qualificado como direito fundamental, tudo se encontra compreendido na mesma categoria, não obstante as visíveis diferenças de natureza e de ‘fundamentalidade’.”

⁷¹⁸ **Instituições políticas e constitucionais:** vol. I. Coimbra: Almedina, 2007, p. 541-542. O Estado de direitos humanos poder ser conceito no seguinte sentido: “*trata-se de um modelo de sociedade política fundado no respeito pela dignidade da pessoa humana, na garantia e defesa da cultura da vida e na vinculação internacional à tutela dos direitos fundamentais, possuindo normas constitucionais dotadas de eficácia reforçada, um poder político democrático e uma ordem jurídica axiologicamente justa.*”

⁷¹⁹ **Direitos humanos e o direito constitucional internacional.** 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 114-117. Continua a autor: “A Declaração Universal de 1948 objetiva delinear uma ordem pública mundial fundada no respeito à dignidade humana, ao consagrar valores básicos universais. Desde seu preâmbulo, é afirmada a dignidade inerente a toda pessoa humana, titular de direitos iguais e inalienáveis. Vale dizer, para a Declaração Universal a condição de pessoa é o requisito único e exclusivo para a titularidade de direitos.”

⁷²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais:** uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 120-121.

tais direitos seguindo a Declaração Universal. Soma-se a isso o fato deste documento internacional ser um dos mais influentes do século XX e ter se transformado, ao longo dos seus mais de sessenta anos, um direito costumeiro de proteção dos direitos humanos⁷²¹ que a própria Constituição Federal colocou como princípio promover (Art. 4º, II) e o art. 5º, § 2º elencou como fonte material de direitos materialmente fundamentais (se os direitos fundamentais decorrem dos princípios adotados pela Constituição, então um dos princípios deve ser a prevalência dos direitos humanos⁷²²).

Ademais, seguindo esta perspectiva, é possível defender a inclusão da Declaração Universal no sistema jurídico brasileiro. Nas palavras de Juarez Freitas,

[...] por força da cláusula presente em autêntica norma geral inclusiva prevista no § 2º do art. 5º, integrados estão, de modo implícito, a nosso elenco de direitos fundamentais os consagrados pela Declaração Universal dos Direitos do Homem [Humanos]. Nessa ordem de considerações, todo aplicador precisa assumir, especialmente ao lidar com os direitos fundamentais, que a melhor exegese deve servir como enérgico anteparo contra o descumprimento de preceito fundamental, razão pela qual precisa ser evitado o resultado interpretativo que reduza ou debilite, sem justo motivo, a máxima eficácia possível dos direitos fundamentais⁷²³.

De acordo com Paulo Otero, a heterovinculação à Declaração Universal dos Direitos Humanos não depende de previsão expressa do texto constitucional, pois é uma pura decorrência do personalismo jurídico e da dignidade humana que fundamentam todo o Direito. Disto resultam duas consequências: (i) o constituinte não goza de nenhuma margem de liberdade para não reconhecer os direitos fundamentais proclamados pela Declaração, pois todas as normas internas de direitos fundamentais devem ser interpretadas de acordo com este documento internacional; (ii) a Declaração consolida um verdadeiro constitucionalismo transnacional, resultando na dimensão internacional um referencial último na tutela dos direitos humanos⁷²⁴.

Dessa maneira, apesar de não possuir uma cláusula expressa sobre a interpretação dos direitos fundamentais a partir da DUDH, como o faz o art. 10, § 2º da Constituição

⁷²¹ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 219-220.

⁷²² GALINDO, George Rodrigo Bandeira. **Tratados internacionais de direitos humanos e constituição brasileira**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 302.

⁷²³ A melhor interpretação constitucional “versus” a única resposta correta. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org.) **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 340.

⁷²⁴ **Instituições políticas e constitucionais**: vol. I. Coimbra: Almedina, 2007, p. 588.

espanhola⁷²⁵ e o art. 16, § 2º da Constituição de Portugal⁷²⁶, é possível dizer que tal forma de interpretação deriva do próprio art. 5º, § 2º da CF/88⁷²⁷ ou do princípio de prevalência dos direitos humanos. Isto significa que a força interpretativa da Declaração serve para esclarecer e delimitar um conteúdo mínimo para os direitos fundamentais, bem como contribui para o incremento direto destes direitos, constituindo verdadeiros limites à atividade legislativa⁷²⁸.

Se a Declaração Universal de 1948 consagra o livre e pleno desenvolvimento da personalidade como direito no seu arts. 22 e 29, bem como princípio da educação no seu art. 26, é preciso concluir, à luz dos argumentos demonstrados, que este direito também deve ser considerado fundamental e inserido no sistema jurídico brasileiro com base no art. 5º, § 2º da Constituição Federal, sem prejuízo da sua íntima ligação com o princípio da dignidade da pessoa humana.

Resta ainda harmonizar tal interpretação com o art. 5º, § 3º da CF/88, incluído pela EC 45/04. Assim, para quem já inclui os direitos humanos previstos em documentos internacionais como direitos fundamentais materiais, estes já compõem o bloco de constitucionalidade que constitui o conjunto de parâmetros que podem ser utilizados para o controle de constitucionalidade. A aprovação pelo quórum qualificado do dispositivo em comento apenas reforça a sua inclusão formal à constituição⁷²⁹, isso caso se deixe de lado a própria discussão sobre a constitucionalidade de tal texto normativo⁷³⁰.

Aqui a interpretação deve preferir seguir uma lógica material dos direitos fundamentais em detrimento de uma lógica formal, em particular para privilegiar a dignidade da pessoa humana. Neste sentido, como bem explica Flávia Piovesan, fica mantida a hierarquia constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos aprovados antes da EC 45/2004 em razão: (i) da interpretação sistemática e harmoniosa entre o § 2º e o § 3º do art. 5º da CF/88;

⁷²⁵ “2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”. Tradução livre: As normas relativas aos direitos e liberdades fundamentais reconhecidos pela Constituição devem ser interpretadas em conformidade com a Declaração Universal dos Direitos Humanos e os tratados e acordos internacionais, sobre as mesmas matérias, ratificados pela Espanha.”

⁷²⁶ “2. Os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem.”

⁷²⁷ FREITAS, Juarez. A melhor interpretação constitucional “versus” a única resposta correta. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org.) **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 345.

⁷²⁸ REVELO, Jairo. Los tratados internacionales como criterio de interpretación de los derechos fundamentales constitucionales en el ordenamiento español. **Revista derecho del estado**. N. 11, p. 105-131. Colombia, Diciembre, 2001, p. 108.

⁷²⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 129.

⁷³⁰ Como sustentado por: SCARBOSSA, Luís Fernando. **Direitos e garantias fundamentais extravagantes**: interpretação jusfundamental “pro homine”. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2008, p. 28-30.

(ii) da fundamentação material dos direitos humanos; (iii) da necessidade de se evitar interpretações contraditórias; (iv) da interpretação conforme a Constituição. Acrescenta ainda que o § 3º conferi apenas a possibilidade da inclusão formal dos direitos humanos na Constituição Federal⁷³¹.

Continua a autora afirmando que, em razão desta Emenda Constitucional, o sistema jurídico identifica dois tipos de tratados internacionais de direitos humanos. No primeiro grupo estão os tratados materialmente constitucionais e no segundo grupo aqueles tratados materialmente e formalmente constitucionais (em razão da aprovação seguindo o quórum qualificado). A diferença reside no fato de que os tratados formalmente constitucionais não podem ser denunciados, enquanto aqueles apenas materialmente constitucionais podem ser objeto de denúncia, mas os direitos humanos neles consagrados não são retirados do bloco de constitucionalidade⁷³².

Finalizando este tópico, caso aceite-se a possibilidade do tratado de direitos humanos que for levado à votação e não alcançar o quórum qualificado poder ser submetido novamente à votação por meio do procedimento comum e assim ser aprovado formalmente como parte da legislação infraconstitucional⁷³³, então será forçoso concluir, levando em consideração a fundamentação dos direitos humanos neles contidos, que estaremos diante de direitos fundamentais previstos em lei infraconstitucional.

Isso porque, por força do art. 5º, § 2º da CF/88, a não aprovação do tratado de direitos humanos não lhe retira o caráter hierárquico material em relação às normas constitucionais⁷³⁴ e neste caso, após a aprovação pelo procedimento comum, o tratado inserido como legislação infraconstitucional não deixa de conter direitos fundamentais materiais.

2.3.2 Livre Desenvolvimento da Personalidade como Decorrente dos Princípios e do Regime Constitucional

Ciente das dificuldades que podem ser encontradas no momento de se reconhecer a hierarquia constitucional da Declaração Universal dos Direitos Humanos, seja em relação à

⁷³¹ **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 134-136.

⁷³² **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 145-148. No mesmo sentido: SANTOS, Eduardo Rodrigues dos. Os direitos fundamentais atípicos e a incorporação dos tratados de direitos humanos à constituição brasileira: reflexões a partir do § 2º, do art. 5º da CF/88. In: Martins, Fernando Rodrigues. **Direito em diálogo de fontes**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2014, p. 241.

⁷³³ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 37.

⁷³⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 134.

atual posição do Supremo Tribunal Federal, seja em face da própria estrutura da Declaração que não é um tratado, faz-se mister discutir também a possibilidade da inclusão do livre desenvolvimento da personalidade como um direito fundamental decorrente dos princípios e do regime constitucional, buscando, com isso, a melhor interpretação em face da proteção e promoção da pessoa humana.

Normalmente o âmbito de proteção dos direitos fundamentais é definido a partir de uma disposição de direito fundamental, ou seja, pressupondo um texto normativo que dá sustento às normas de direito fundamental e depois às suas posições fundamentais definidas no caso concreto. Ao se definir um direito fundamental implícito na Constituição, ou decorrente de seu regime e princípios, o recurso a este enunciado linguístico se mostra inoperante. Assim, no caso destes direitos, o seu fundamento constitucional não está em uma disposição textual que respalde a existência deste direito, mas em outras normas constitucionais que permitem a construção “do zero” de um novo direito fundamental⁷³⁵.

No caso brasileiro, a exegese do art. 5º, § 2º da CF/88 aponta que os fundamentos materiais constitucionais para a construção e reconhecimento de um direito fundamental não escrito está no regime e nos princípios adotados pela própria Constituição. Neste ponto destacam-se entre os princípios a dignidade da pessoa humana e, para o regime – aqui entendido em sentido estrito –, o subsistema de direitos fundamentais⁷³⁶. Esta norma configura os chamados direitos fundamentais implícitos em sentido amplo, que para além dos decorrentes dos princípios e regime, inclui os direitos implícitos em sentido estrito, ou seja, aqueles subentendidos a partir de âmbitos de proteções já existentes de outros direitos fundamentais⁷³⁷.

⁷³⁵ SACIO, Juan Manuel Sosa. Derechos constitucionales no enumerados y derecho al libre desarrollo de la personalidad. In: DÁVALOS, Luis Sáenz (coord.). **Derechos constitucionales no escritos reconocidos por el tribunal constitucional**. Lima: Gaceta Jurídica, 2009, p. 116.

⁷³⁶ SANTOS, Eduardo Rodrigues dos. Os direitos fundamentais atípicos e a incorporação dos tratados de direitos humanos à constituição brasileira: reflexões a partir do § 2º, do art. 5º da CF/88. In: Martins, Fernando Rodrigues. **Direito em diálogo de fontes**. Belo Horizonte: D’Plácido, 2014, p. 229.

⁷³⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 139. Nas palavras de Humberto Alcalá: “el concepto de derechos implícitos nos permite considerar que no es necesario que un derecho esté configurado expresamente en la Constitución formal o en el derecho internacional convencional para ser derecho esencial, humano e fundamental. Estos derechos pueden deducirse de valores, principios, fines y razones históricas que alimentan el derecho positivo constitucional e internacional. El sistema de derechos humanos pleno tiene carencias normativas e implicitudes que es necesario extraer de los valores y principios, por lo que pueden faltar normas de reconocimiento” (Dignidad de la persona, derechos fundamentales y bloque constitucional de derechos: una aproximación desde Chile y América Latina. **Revista de Derecho**: Universidad Católica del Uruguay. N. 05, p. 79-142. Uruguay, 2001, p. 94). Tradução livre: “o conceito de direitos implícitos nos permite considerar que não é necessário que o direito seja expressamente definido na Constituição formal ou em direito internacional convencional para ser direito essencial, humano e fundamental. Esses direitos podem ser derivados a partir de valores, princípios, fins e razões históricas que alimentam o direito constitucional positivo e internacional. O sistema de direitos humanos pleno tem deficiências normativas e implicitudes que é necessário extrair dos valores e princípios, pois podem faltar normas de reconhecimento.”

A importância da relação entre a abertura material da Constituição e a dignidade humana está no fato de que os direitos fundamentais em espécie possuírem âmbitos semânticos que permitem uma melhor operacionalidade em face do vasto conteúdo preconizado pelo princípio da dignidade da pessoa humana⁷³⁸. Assim, desde a perspectiva da dignidade podem ser deduzidos direitos fundamentais que não estão expressamente previstos na Constituição Federal, esta é, inclusive, uma das funções reconhecidas à dignidade pela doutrina e jurisprudência italiana⁷³⁹.

Por certo que esta identificação de direitos não enumerados exige cautela do interprete⁷⁴⁰ e deve seguir alguns parâmetros. Juan Sacio traz como critérios: (i) a fundamentabilidade; (ii) a especificidade normativa; e (iii) a adequação constitucional. O primeiro diz respeito às características substantivas que um direito precisa conter para ser considerado fundamental, em especial a sua ligação com o princípio da dignidade da pessoa humana. A especificidade normativa concerne à necessidade do direito fundamental implícito faça referência a posições jurídicas concretas, evitando-se a inclusão de direitos fundamentais genéricos, mas sem fazer alusão a âmbitos de proteção extremamente específicos. O terceiro critério indica que o direito fundamental deve ser construído respeitando as demais disposições constitucionais, pois se existe algum texto normativo que se oponha ao reconhecimento de um determinado direito fundamental implícito, então a sua construção deve ser tida por inconstitucional⁷⁴¹.

A dignidade da pessoa humana, como critério de fundamentabilidade, não possui um sentido unívoco, podendo assumir diversos significados, muitos deles vagos e imprecisos⁷⁴². Isto, todavia, não pode impedir que sejam buscadas as interpretações possíveis

⁷³⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 120. Continua o autor: “[...] nada impede (antes pelo contrário, tudo impõe) que se busque, com fundamento direto na dignidade da pessoa humana, a proteção – mediante o reconhecimento de posições jurídico-subjetivas fundamentais – da dignidade contra novas ofensas e ameaças, em princípio não alcançadas, ao menos não expressamente, pelo âmbito de proteção dos direitos fundamentais já consagrados no texto constitucional.”

⁷³⁹ PIROZZOLI, Anna. **La dignità dell'uomo: geometrie costituzionali**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2012, p. 102-105.

⁷⁴⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre a dignidade da pessoa humana na jurisprudência do STF. In: _____. Daniel Sarmento (Coordenadores). **Direitos fundamentais no supremo tribunal federal: balanço e crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 59.

⁷⁴¹ Derechos constitucionales no enumerados y derecho al libre desarrollo de la personalidad. In: DÁVALOS, Luis Sáenz (coord.). **Derechos constitucionales no escritos reconocidos por el tribunal constitucional**. Lima: Gaceta Jurídica, 2009, p. 120-126.

⁷⁴² SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 47.

para tal princípio constitucional que desempenha importante função no sistema jurídico constitucional⁷⁴³.

Haja vista a amplitude do tema que remonta ao direito romano⁷⁴⁴, será analisada a dignidade da pessoa humana sob o ponto de vista jurídico-filosófico com especial atenção para o seu aspecto de garantia da autonomia e autodeterminação que, por sua vez, é o ponto central de ligação entre este princípio e o direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade.

No plano filosófico, foi Pico Della Mirandola, durante o renascimento, que ressaltou o caráter de autonomia ínsito à dignidade do homem ao observar que a pessoa humana é um ser que se automodela e se recria a todo instante⁷⁴⁵, sendo que a liberdade de escolha se concretiza em um ato de vontade fazendo o homem um ser superior e dotado de dignidade⁷⁴⁶. Immanuel Kant também encontra na autonomia a razão para fundamentar a qualidade de dignidade do homem⁷⁴⁷. Para o autor no reino dos fins aquilo que não tem preço possui dignidade⁷⁴⁸ e, portanto, só pode ser tratado como um fim em si mesmo⁷⁴⁹.

A autonomia para Kant é o fundamento da dignidade da pessoa humana ou de qualquer outro ser racional, ou seja, a ideia de autonomia precede à própria noção de dignidade e tem como significado a capacidade de todo ser racional de ser legislador universal e estar, simultaneamente, submetido à legislação por si criada⁷⁵⁰.

Partindo para o ponto de vista jurídico, Luís Roberto Barroso afirma que a autonomia é o elemento que garante eticidade à dignidade humana e permite que o indivíduo, no uso da sua autodeterminação, defina as regras que irão reger a sua própria vida. Disto decorre que a pessoa pode fazer as suas escolhas pessoais ao longo da sua própria vida e levando em

⁷⁴³ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 51.

⁷⁴⁴ BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 13.

⁷⁴⁵ **Discurso sobre la dignidad del hombre**. Buenos Aires: Longseller, 2003, p. 37.

⁷⁴⁶ PIROZZOLI, Anna. **Il valore costituzionale della dignità: un'introduzione**. Roma: Aracne, 2007, p. 23. Em outras palavras: “Dessa maneira, enquanto os animais, desde o início, já trazem a programação do que serão no futuro e os espíritos superiores, desde o início, já são aquilo que serão por toda a eternidade, apenas ao homem foi dada a possibilidade de construir, por si só, o seu próprio destino. Pico identifica justamente nesta condição do homem, de ser inacabado e imperfeito, mas capaz de se aperfeiçoar conforme sua vontade e seu livre consentimento, a propriedade que o torna digno da mais alta admiração” (WEYNE, Bruno Cunha. **O princípio da dignidade humana: reflexões a partir da filosofia de Kant**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 56).

⁷⁴⁷ **Fundamentação da metafísica dos costumes**. São Paulo: Discurso; Barcarolla, 2009, p. 269.

⁷⁴⁸ **Fundamentação da metafísica dos costumes**. São Paulo: Discurso; Barcarolla, 2009, p. 265.

⁷⁴⁹ **Fundamentação da metafísica dos costumes**. São Paulo: Discurso; Barcarolla, 2009, p. 239.

⁷⁵⁰ WEYNE, Bruno Cunha. **O princípio da dignidade humana: reflexões a partir da filosofia de Kant**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 312.

consideração a sua própria concepção de bem, estando relacionada com as liberdades básicas (autonomia privada) e direitos de participação política (autonomia pública)⁷⁵¹.

A relação entre dignidade e liberdade é registrada por Paulo Otero ao afirmar que a dignidade pressupõe um princípio de liberdade, criando uma relação recíproca entre as duas categorias, pois não existe dignidade sem liberdade e nem liberdade sem dignidade. Proíbe-se, portanto, a redução do ser humano à escravidão, à crueldade e tortura, às ofensas em sua integridade, pugnando por um pleno e livre desenvolvimento da personalidade⁷⁵².

Importante ressaltar que, segundo este autor, a dignidade não cria apenas direitos, mas constitui deveres em relação à pessoa humana. Por parte do Estado tem-se: (i) dever de respeitar a dignidade humana de cada pessoa; (ii) dever de proteger a dignidade por meio de medidas positivas; (iii) dever de remover os obstáculos que impedem a realização da dignidade; (iv) dever de defender a dignidade da pessoa face à sociedade; e (v) dever de indenizar as lesões à dignidade realizadas pelo Estado⁷⁵³.

Dessa relação entre direito e deveres, Ingo Wolfgang Sarlet define a dignidade como:

(...) qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da

⁷⁵¹ BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 81-82. Maria Celina Bodin de Moraes também elenca a autodeterminação como uma das expressões jurídicas da dignidade: “O substrato material da dignidade assim entendida pode ser desdobrado em quatro postulados: i) o sujeito moral (ético) que reconhece a existência dos outros como sujeitos iguais a ele, ii) merecedores do mesmo respeito à integridade psicofísica de que é titular; iii) é dotado de vontade livre, de autodeterminação; iv) é parte do grupo social, em relação ao qual tem a garantia de não vir a ser marginalizado. São corolários desta elaboração os princípios jurídicos da igualdade, da integridade física e moral – psicofísica –, da liberdade e da solidariedade” (**Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 85).

⁷⁵² **Instituições políticas e constitucionais**: vol. I. Coimbra: Almedina, 2007, p. 554-555. Em outras palavras: “Ao princípio da liberdade (*Liberty*) relacionam-se, de fato, a autodefinição de si mesmo (*self definition*), a independência (*Independence*) e a responsabilidade pessoal (*personal responsibility*), frequentemente reclamados pela cultura jurídica europeia nas questões que envolvem a dignidade humana. No horizonte constitucional estadunidense, em definitivo, a dignidade significa o direito de escolha (*dignity means the right to choose*), enquanto que, no europeu, muito condicionado pela contribuição da cultura germânica, a autonomia da pessoa tende a ser reconhecida como apenas um aspecto da dignidade humana, com a consequência de que a dignidade impõe obrigações como também confere liberdade [...]” (RIDOLA, Paolo. **A dignidade humana e o “princípio liberdade” na cultura constitucional europeia**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 54-55).

⁷⁵³ **Instituições políticas e constitucionais**: vol. I. Coimbra: Almedina, 2007, p. 565.

vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida⁷⁵⁴.

Canotilho entende a dignidade da pessoa humana a partir do princípio antrópico delineado por Pico Della Mirandola, ou seja, o indivíduo como conformador de si próprio e de seu projeto espiritual⁷⁵⁵. Posteriormente, após considerar que a determinação do conteúdo jurídico da dignidade da pessoa humana é melhor explicada por meio da análise dos direitos fundamentais, o autor define cinco paradigmas de integração entre estes direitos: (i) a garantia da integridade física e espiritual do homem como dimensão de sua individualidade; (ii) a proteção da identidade e integridade da pessoa via o livre desenvolvimento da personalidade; (iii) os direitos sociais, com especial relevância para as condições existenciais mínimas; (iv) a reafirmação de proteção da autonomia individual pela vinculação dos poderes públicos aos conteúdos e formas do Estado de Direito; e (v) a igualdade de tratamento pelo reconhecimento da igual dignidade social⁷⁵⁶.

Apesar desta análise parecer ser um tanto quanto redundante em relação ao primeiro e segundo paradigma trazido pelo autor (são extremamente parecidos), o essencial é notar a relação intrínseca existente entre livre desenvolvimento da personalidade e dignidade da pessoa humana que também é ressaltada por diversos outros autores⁷⁵⁷.

É neste sentido, levando em consideração que a dignidade é um dos parâmetros para auferir a materialidade dos direitos fundamentais⁷⁵⁸, que a maioria dos autores brasileiros, que se propuseram a analisar de alguma forma o livre desenvolvimento da personalidade, reconhecem no princípio da dignidade da pessoa o fundamento que permite a inclusão de tal direito fundamental no sistema jurídico brasileiro.

Nas palavras de Fernanda Cantali,

⁷⁵⁴ **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 70.

⁷⁵⁵ **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 225.

⁷⁵⁶ **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 248-249

⁷⁵⁷ Além dos já apresentados veja-se: ALMEIDA, Kellyne Laís Laburú Alencar de. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade – perspectiva do direito português. In: MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato (organizadores). **Direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 79; PINTO, Paulo Mota. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes (coordenador). **Portugal-Brasil ano 2000**. Coimbra: Coimbra, 1999, p. 151-152; RODOTÀ, Stefano. **Il diritto di avere diritti**. Roma-Bari: Laterza, 2012, p. 189; MENEZES, Joyceane Bezerra de; OLIVEIRA, Cecília Barroso de. O direito à orientação sexual como decorrência do direito ao livre desenvolvimento da personalidade. **Novos Estudos Jurídicos**, vol. 14, n. 2, p. 105-125, maio-agosto 2009, p. 113.

⁷⁵⁸ OTERO, Paulo. **Instituições políticas e constitucionais**: vol. I. Coimbra: Almedina, 2007, p. 562; MORCHÓN, Gregorio Robles. El libre desarrollo de la personalidad (artículo 10.1 de la C.E). In: MIGUEL, Luis García San (org.). **El libre desarrollo de la personalidad**: artículo 10 de la constitución. Alcalá: Universidad de Alcalá, 1995, p. 47.

O direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade não está expressamente consagrado no ordenamento jurídico brasileiro. Não obstante, na medida em que a Constituição reconhece a dignidade humana, que tem como substrato material o postulado da liberdade e da autodeterminação pessoal, não há como discordar que daí se pode, ou melhor, se deve, extrair tal direito, merecendo ser admitido e consagrado como princípio da ordem constitucional, ainda que implícito⁷⁵⁹.

Em especial, a doutrina brasileira tem trabalhado com o direito ao livre desenvolvimento da personalidade para fundamentar os mais recentes direitos de liberdade sexual tais como a possibilidade de realização da cirurgia para a mudança de sexo⁷⁶⁰ e a liberdade de orientação sexual⁷⁶¹.

Ademais, o Supremo Tribunal Federal tocou na questão do direito ao livre desenvolvimento da personalidade no voto particular do Min. Gilmar Mendes no que concerne à possibilidade de união estável homoafetiva na ADPF 132/RJ. O Ministro ressaltou que o desenvolvimento da personalidade pode ser retirado do reconhecimento da liberdade e de outros princípios fundamentais como a dignidade humana, a cidadania, a construção de uma sociedade sem preconceitos, a prevalência dos direitos humanos e a possibilidade de reconhecimento de direitos fundamentais não expressamente previstos no texto constitucional⁷⁶².

Em seu voto, o Min. Gilmar Mendes ressalta principalmente o papel de combate a qualquer tipo de preconceito e discriminação englobado pelo livre desenvolvimento da personalidade. Isso leva à consideração que a liberdade de orientação sexual, decorrente deste direito fundamental, também abrange o reconhecimento de efeitos jurídicos na manifestação de vontade de pessoas do mesmo sexo se unirem por meio dos laços afetivos. A função de não

⁷⁵⁹ **Direitos da personalidade:** disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 220. No mesmo sentido: LUDWIG, Marcos de Campos. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade na Alemanha e possibilidades de sua aplicação no direito privado brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**. Vol. 19, p. 237-263. Porto Alegre, março, 2001, p. 254; SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 98-99; SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais em espécie. In: _____; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 397-399; MARCO, Cristhian Magnus de; CASTRO, Matheus Felipe de. As dimensões e perspectivas do direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade. **Prisma Jurídico**. Vol. 12, n. 01, p. 13-49. São Paulo, janeiro/junho, 2013, p. 20; MARTINS, Thiago Penido; SAMPAIO JÚNIOR, Rodolpho Barreto. Hermenêutica constitucional comparada: a contribuição da aplicabilidade do direito ao livre desenvolvimento da personalidade no ordenamento jurídico brasileiro. **Cadernos da Escola do Legislativo**. Vol. 14, n. 22, p. 205-239. Belo Horizonte, julho/dezembro, 2012, p. 220.

⁷⁶⁰ SANTOS, Maria Ignez Franco. A identidade pessoa e a cirurgia de redesignação de sexo. In: CAMPOS, Diogo Leite de. **Estudos sobre os direitos das pessoas**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 164; CERVI, Taciana Marconatto Damo. Transexualidade, redesignação sexual e o livre desdobramento da personalidade. **Revista Jurídica Cesumar**. Vol. 9, n. 2, p. 487-503. Maringá, jul./dez., 2009.

⁷⁶¹ MENEZES, Joyceane Bezerra de; OLIVEIRA, Cecília Barroso de. O direito à orientação sexual como decorrência do direito ao livre desenvolvimento da personalidade. **Novos Estudos Jurídicos**, vol. 14, n. 2, p. 105-125, maio-agosto 2009, p. 121-122.

⁷⁶² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF nº 132/RJ**. Relator: Min. Ayres Britto. DJ 13/10/2011, p. 172.

discriminação do livre desenvolvimento importa em deveres de proteção para o Estado que, mediante comportamentos positivos, deve garantir a união estável homoafetiva⁷⁶³.

Assim, com fundamento principal no princípio da dignidade da pessoa humana, é possível incluir implicitamente no sistema jurídico brasileiro o direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade com o âmbito de proteção resultante da tutela da individualidade, da liberdade geral de ação e da cláusula geral de tutela da personalidade. Isso sem prejuízo da sua perspectiva objetiva, com destaque para a eficácia irradiante, os deveres de proteção (já assinalado pelo STF) e os deveres de realização.

Quanto ao critério da especificidade normativa, Juan Sacio exclui o direito ao livre desenvolvimento da personalidade da categoria de direitos fundamentais implícitos dado a sua generalidade e também afirmando que a Constituição peruana – analisada pelo autor – garante o direito ao desenvolvimento e bem estar (art. 2º, inc. 1) do qual pode ser retirado o direito ao desenvolvimento da personalidade⁷⁶⁴.

Por certo que a forma implícita do livre desenvolvimento da personalidade reconhecida pelo Tribunal Constitucional peruano em 2006⁷⁶⁵ só perdurou até 2010 quando o mesmo Tribunal passou a reconhecer de forma explícita o desenvolvimento da personalidade a partir do próprio art. 2º, inc. 1⁷⁶⁶. Todavia, esta conclusão não pode ser transportada para uma análise empírica da Constituição brasileira.

Primeiro que a disposição do art. 205, *caput*, da CF/88 não garante o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, mas apenas demonstra que uma das finalidades do direito à educação é o pleno desenvolvimento da pessoa, perfazendo, assim, um princípio que deve reger as políticas públicas sobre aquele direito. Portanto, não seria possível o reconhecimento de um direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade de forma expressa, mas fora do catálogo do Título II da CF. Isso não indica, contudo, que este dispositivo não possa ser utilizado para indicar, por indução, a relação entre o livre desenvolvimento da personalidade e o regime de direitos fundamentais da Constituição brasileira.

Em segundo, Juan Sacio entra em contradição ao afirmar que a generalidade do direito ao desenvolvimento da personalidade impede o seu reconhecimento como direito fundamental, isso porque o próprio autor – ao tratar sobre este critério – afirma que é possível

⁷⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF nº 132/RJ**. Relator: Min. Ayres Britto. DJ 13/10/2011, p. 172-173.

⁷⁶⁴ Derechos constitucionales no enumerados y derecho al libre desarrollo de la personalidad. In: DÁVALOS, Luis Sáenz (coord.). **Derechos constitucionales no escritos reconocidos por el tribunal constitucional**. Lima: Gaceta Jurídica, 2009, p. 143-144.

⁷⁶⁵ PERU. Tribunal Constitucional del Perú. **STC Exp. n. 007-2006-PI/TC**.

⁷⁶⁶ PERU. Tribunal Constitucional del Perú. **STC Exp. n. 00032-2010-PI/TC**.

a identificação de direitos fundamentais genéricos, mas que nesses casos é necessária uma maior argumentação jurídica na definição do âmbito de proteção, titulares e destinatários destes direitos⁷⁶⁷. Assim, quanto mais genérico o direito, maior deve ser a argumentação jurídica entorno do seu reconhecimento, ônus que julgamos já ter cumprido em parte e que ainda será complementado.

Sobre a adequação constitucional, é possível perceber que no texto normativo constitucional não existe nenhum dispositivo que vá de encontro ao reconhecimento de um direito ao livre desenvolvimento da personalidade de forma implícita. Pelo contrário, apesar de não ser em forma de um direito fundamental, em seu art. 205, *caput*, a Constituição indica que a educação visa o pleno desenvolvimento da pessoa, que uma vez conjugado com a dignidade da pessoa e demais disposições constitucionais sobre a liberdade e direitos da personalidade, permite configurar o direito ao livre desenvolvimento da personalidade⁷⁶⁸.

Ademais, a própria Constituição Federal já reconhece, dentro do seu regime específico de direitos fundamentais, parte do âmbito de proteção do direito ao livre desenvolvimento da personalidade. Isso porque, apesar de não reconhecer expressamente um direito geral da personalidade, a CF identifica diversos direitos especiais da personalidade como a intimidade, vida privada, honra e imagem no art. 5º, inc. X⁷⁶⁹. Com o reconhecimento destes direitos, conjugado com a função material de fundamentação de novos direitos realizada pelo princípio da dignidade da pessoa humana, chega-se facilmente à uma tutela geral da personalidade.

Ao longo dos incisos do art. 5º, a Constituição ainda positivou diversas liberdades fundamentais específicas: liberdade de pensamento⁷⁷⁰, liberdade de consciência e religiosa⁷⁷¹,

⁷⁶⁷ Derechos constitucionales no enumerados y derecho al libre desarrollo de la personalidad. In: DÁVALOS, Luis Sáenz (coord.). **Derechos constitucionales no escritos reconocidos por el tribunal constitucional**. Lima: Gaceta Jurídica, 2009, p. 124.

⁷⁶⁸ Situação semelhante foi vivenciada pela Constituição portuguesa: “E, sobretudo, no artigo 73.º, n.º 2, da Constituição, referia-se o desenvolvimento da personalidade como objectivo da política educativa, do que – conjugado com a garantia da dignidade humana e as outras referidas disposições – já se poderia, a nosso ver, extrair uma garantia constitucional de livre desenvolvimento da personalidade” (PINTO, Paulo Mota. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes (coordenador). **Portugal-Brasil ano 2000**. Coimbra: Coimbra, 1999, p. 154).

⁷⁶⁹ 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;

⁷⁷⁰ IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

⁷⁷¹ VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

liberdade de profissão⁷⁷², liberdade de locomoção⁷⁷³, liberdade de associação⁷⁷⁴, entre outras. Sem prejuízo destas liberdades, também pode ser identificado no art. 5º *caput*⁷⁷⁵ e seu inciso II⁷⁷⁶ o âmbito de proteção do já denominado direito geral de liberdade.

Neste diapasão, é possível concluir que, assumindo um raciocínio dedutivo, o livre desenvolvimento da personalidade é direito fundamental por ser decorrência do princípio da dignidade da pessoa. Não obstante, de forma indutiva, este mesmo direito também pode ser retirado do regime de direitos fundamentais.

Por fim, ressalta-se que a existência de um direito geral de liberdade e um direito geral da personalidade na Constituição não torna obsoleta a proposta de reconhecimento de um direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade. Primeiro porque tal direito transcende a proposta de proteção destes dois âmbitos normativos⁷⁷⁷ ao trazer como objeto de tutela as livres escolhas existenciais sobre o projeto de vida para a formação dinâmica da pessoa humana, ou seja, a construção da individualidade. Segundo, o livre desenvolvimento da personalidade serve como reforço interpretativo para questões que envolvem a liberdade e os direitos da personalidade, ou seja, possui eficácia irradiante própria.

2.4 Limites ao Livre Desenvolvimento da Personalidade

A liberdade garantida pelo livre desenvolvimento da personalidade é uma liberdade jurídica e por isso limitada⁷⁷⁸. Nem mesmo os maiores defensores da liberdade a imaginaram de forma ilimitada. Stuart Mill, por exemplo, afirmava que a única razão para interferir na liberdade do outro é pelo reconhecimento do princípio do dano, pois apenas se o indivíduo utilizar da sua liberdade para causar danos a outras pessoas é que a liberdade poderá ser

⁷⁷² XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;

⁷⁷³ XV - é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens;

⁷⁷⁴ XVII - é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar;

⁷⁷⁵ MARTINS, Leonardo. **Liberdade e estado constitucional**: leitura jurídico-dogmática de uma complexa relação a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais. São Paulo: Atlas, 2012, p. 47-48.

⁷⁷⁶ MENEZES, Joyceane Bezerra de. O direito ao desenvolvimento da personalidade e a sua relação com os direitos sociais. In: SCAFF, Fernando Facury; ROMBOLI, Roberto; REVENGA, Miguel (coordenadores). **A eficácia dos direitos sociais**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 338.

⁷⁷⁷ Nas palavras de Pedro Adamy: “Entretanto, a garantia ao livre desenvolvimento da personalidade não pode ser confundida ou equiparada com a liberdade geral de ação. O livre desenvolvimento da personalidade diz muito mais. Garante muito mais ao indivíduo” (**Renúncia a direito fundamental**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 155-156).

⁷⁷⁸ HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 325.

restringida⁷⁷⁹. Este princípio ainda exerce grande influência, sendo adotado por Santiago Nino como uma das formas de limitar a autonomia individual, já que caso contrário poderia ser deixada uma porta aberta para o Estado interferir nos planos de vida das pessoas mesmo quando estas não causem danos às outras⁷⁸⁰, embora o autor também aceite algumas formas de paternalismo justificado⁷⁸¹.

No direito constitucional alemão vislumbra-se a limitação deste direito visando: (i) a ordem constitucional; (ii) os direitos das outras pessoas; e (iii) a lei moral. A ordem constitucional é o conjunto de normas que estão em consonância formal e material com a Constituição, sendo que no ponto principal está na análise de proporcionalidade, como proibição do excesso, devendo ser utilizada como parâmetro de controle desta limitação. Os direitos de outras pessoas abarcam os seus direitos subjetivos que, por sua vez, podem ser subsumidos o conceito de ordem constitucional⁷⁸². A lei moral também possui significado reduzido no momento de limitar o livre desenvolvimento da personalidade, pois precisa de encontrar respaldo em alguma norma jurídica que esteja de acordo com a Constituição, ou seja, volta-se ao conceito de ordem constitucional⁷⁸³.

Luis Martínez de Castro, seguindo a positivação do art. 10.1 da Constituição espanhola, divide os limites ao livre desenvolvimento da personalidade em externos e internos. Dentre os externos estão: (i) os direitos das outras pessoas; e (ii) o respeito à lei. Já os limites internos são aqueles que delimitam a aplicação deste princípio⁷⁸⁴ e estão ligados à necessidade da pessoa humana exercer a sua liberdade no sentido de melhorar a si mesma e nunca com vistas à sua degradação⁷⁸⁵.

Na categoria dos limites, com fundamento nos direitos das outras pessoas, estão o abuso de direito e o dano ao outro. Parte-se do princípio que a liberdade de uma pessoa é restringida em relação à liberdade dos outros⁷⁸⁶. Quanto ao respeito à lei, deve-se levar em consideração a limitação da autonomia privada, expressão do livre desenvolvimento da personalidade, pelas normas de ordem pública, sobretudo quando for necessário o respeito aos

⁷⁷⁹ On liberty. In: MILL, John Stuart. **On liberty and other essays**. Oxford: Oxford University Press, 1998, p. 14.

⁷⁸⁰ **Ética e direitos humanos**. São Leopoldo: Unisinos, 2011, p. 177.

⁷⁸¹ **Ética e direitos humanos**. São Leopoldo: Unisinos, 2011, p. 383.

⁷⁸² PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 183-184.

⁷⁸³ PINTO, Paulo Mota. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes (coordenador). **Portugal-Brasil ano 2000**. Coimbra: Coimbra, 1999, p. 225. Tal restrição é necessária para evitar aquilo que Hart chamou de “populismo moral”, ou seja, quando a maioria se acha no direito moral de determinar as formas como as pessoas devem viver (**Direito, liberdade e moralidade**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1987, p. 95).

⁷⁸⁴ **El principio de libre desarrollo de la personalidad en el ámbito privado**. Madrid: Civitas, 2010, p. 48.

⁷⁸⁵ **El principio de libre desarrollo de la personalidad en el ámbito privado**. Madrid: Civitas, 2010, p. 123-137.

⁷⁸⁶ CASTRO, Luis Martínez Vázquez de. **El principio de libre desarrollo de la personalidad en el ámbito privado**. Madrid: Civitas, 2010, p. 49.

direitos fundamentais. A lei pode limitar o desenvolvimento da personalidade, mas isso não indica que esteja imune a juízos de constitucionalidade⁷⁸⁷.

A Constituição colombiana coloca em seu art. 16 que o livre desenvolvimento da personalidade pode ser limitado pelos direitos dos demais e pela ordem jurídica. A jurisprudência constitucional deste país, ao interpretar tal dispositivo, afirma que as duas formas de limites são expressões do interesse geral e exigências da própria natureza social do homem⁷⁸⁸. Ademais, reforçam que o livre desenvolvimento da personalidade não pode ser utilizado para descumprir deveres fundamentais, abusando de direitos, faltando com o princípio da solidariedade, destruindo os recursos naturais e culturais ou deixando de pagar impostos⁷⁸⁹.

Complementando esta noção, mas a partir da Constituição espanhola, Gregório Robles Morchón também coloca os deveres como limites ao desenvolvimento da personalidade. Realça: (i) o dever de respeitar a dignidade da pessoa humana, pois todos devem ser tratados como fins e não como meios; (ii) o dever de respeitar a lei, incluindo aqui a Constituição espanhola; (iii) o dever de respeitar os direitos dos demais, em especial os direitos fundamentais, ou seja, o dever de respeitar a vida e a integridade física, o dever de respeitar a liberdade ideológica e religiosa, o dever de respeitar a igualdade, o dever de respeitar a liberdade e segurança das pessoas, dever de respeitar a intimidade e a honra, entre outros⁷⁹⁰.

Retornando ao contexto colombiano, a primeira espécie de limitação reafirma que a autodeterminação da pessoa humana não pode interferir em direito alheio, gerando deveres de abstenção em relação ao outro ou ainda, em alguns casos, deveres positivos. Isso não significa que uma pessoa possa se sentir ofendida pelo plano de vida escolhido por outra, assim, por exemplo, um homossexual não pode alegar interferência em seu direito para proibir a

⁷⁸⁷ CASTRO, Luis Martínez Vázquez de. **El principio de libre desarrollo de la personalidad en el ámbito privado**. Madrid: Civitas, 2010, p. 67-72.

⁷⁸⁸ BERRÍO, Andrés Felipe Suárez. Derecho al libre desarrollo de la personalidad en la jurisprudencia de la corte constitucional colombiana entre los años 1992 y 1997. **Dikaion**. N. 8, p. 68-126. Chía (Colombia), julio, 1999, p. 94-96.

⁷⁸⁹ BERRÍO, Andrés Felipe Suárez. Derecho al libre desarrollo de la personalidad en la jurisprudencia de la corte constitucional colombiana entre los años 1992 y 1997. **Dikaion**. N. 8, p. 68-126. Chía (Colombia), julio, 1999, p. 99; FERRER, Anabella Del Moral. El libre desarrollo de la personalidad en la jurisprudencia constitucional colombiana. **Cuestiones Jurídicas**. Vol. VI, n. 2, p. 63-96. Maracaibo (Venezuela), julio-diciembre, 2012, p. 80-81.

⁷⁹⁰ MORCHÓN, Gregorio Robles. El libre desarrollo de la personalidad (artículo 10.1 de la C.E). In: MIGUEL, Luis García San (org.). **El libre desarrollo de la personalidad**: artículo 10 de la constitución. Alcalá: Universidad de Alcalá, 1995, p. 55-58.

homossexualidade⁷⁹¹ ou outras formas de expressão sexual. Existe uma harmonização de direitos que garante a finalidade de respeito à dignidade de cada pessoa⁷⁹².

A ordem jurídica, por sua vez, é conceituada pelo universo de normas (conjunto de princípios, valores, direitos e deveres) que integram o Estado colombiano. Isso significa que o livre desenvolvimento da personalidade pode ser limitado pela lei, mas esta lei deve estar em consonância com a própria Constituição, devendo respeitar a proporcionalidade da restrição, o núcleo essencial deste direito⁷⁹³ e possuir um fundamento constitucional para tanto⁷⁹⁴.

Esta pequena análise sobre os limites do livre desenvolvimento da personalidade nos permite concluir que tal direito em nenhum momento se propôs a ser ilimitado. Assim, seguindo a perspectiva analítica adotada para o estudo deste direito, faz-se mister expor as duas maiores teorias sobre os limites dos direitos fundamentais: a teoria interna e a teoria externa, conjugando-as com o principal critério para a solução de conflito entre direitos fundamentais, a proporcionalidade.

2.4.1 Critério da Proporcionalidade

A teoria interna, que possui grande relação com o suporte fático restrito dos direitos fundamentais, tem como pontos-chave o princípio da unidade da Constituição e a impossibilidade de se utilizar aspectos externos para a delimitação de um direito fundamental. Os limites que conformam o direito desde o seu nascimento só podem ser aqueles internos a este, sendo declarados mediante o esforço interpretativo. Existe, portanto, uma unidade entre o conteúdo (âmbito de proteção) do direito fundamental e os seus limites. Em outras palavras, ou a situação de fato se encontra protegida em definitivo pelo direito fundamental ou então não se encontra tutelada por este⁷⁹⁵. As consequências deste raciocínio são:

⁷⁹¹ FERRER, Anabella Del Moral. El libre desarrollo de la personalidad en la jurisprudencia constitucional colombiana. **Cuestiones Jurídicas**. Vol. VI, n. 2, p. 63-96. Maracaibo (Venezuela), julio-diciembre, 2012, p. 81-82.

⁷⁹² BERRÍO, Andrés Felipe Suárez. Derecho al libre desarrollo de la personalidad en la jurisprudencia de la corte constitucional colombiana entre los años 1992 y 1997. **Dikaion**. N. 8, p. 68-126. Chía (Colombia), julio, 1999, p. 103.

⁷⁹³ FERRER, Anabella Del Moral. El libre desarrollo de la personalidad en la jurisprudencia constitucional colombiana. **Cuestiones Jurídicas**. Vol. VI, n. 2, p. 63-96. Maracaibo (Venezuela), julio-diciembre, 2012, p. 81-87.

⁷⁹⁴ BERRÍO, Andrés Felipe Suárez. Derecho al libre desarrollo de la personalidad en la jurisprudencia de la corte constitucional colombiana entre los años 1992 y 1997. **Dikaion**. N. 8, p. 68-126. Chía (Colombia), julio, 1999, p. 106.

⁷⁹⁵ PAULA, Felipe de. **A (de)limitação dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 70-71.

[...] (i) a alteração ou a antecipação do momento essencial de demarcação dos direitos em definitivo para a ocasião de sua delimitação, ao invés do de sua restrição; (ii) a real impossibilidade de se falar em restrições legítimas (enquanto elementos exteriores ou posteriores); e (iii) a real impossibilidade de se falar em conflitos ou em colisões de direitos fundamentais – haveria, nesses termos, meros conflitos aparentes e, ao menos para autores de matriz alexyana, a exclusão necessária da ideia de sopesamento⁷⁹⁶.

Para a teoria interna existe apenas o direito definitivo já delimitado pelos chamados “limites imanentes”. Se os direitos fundamentais já possuem um mandamento definitivo sobre aquilo que é protegido, então estes direitos possuem estrutura de regras e não podem ser submetidos ao sopesamento⁷⁹⁷. O foco da teoria interna está no momento de determinar o âmbito de proteção dos direitos fundamentais que não será modificável *a posteriori* por meio de colisão com outros direitos⁷⁹⁸.

Além da tática do suporte fático restrito já delineado, a doutrina também argumenta sobre os limites imanentes como forma de harmonizar a coexistência de diversos direitos fundamentais dentro da Constituição. Neste sentido, os direitos fundamentais já são delimitados de forma implícita ou explícita pela Constituição⁷⁹⁹ e dentro do seu âmbito de proteção não podem mais ser restringidos. Após a sua delimitação imanente, os direitos fundamentais não podem ser mais limitados⁸⁰⁰.

O cerne dos limites imanentes está na existência de limites implícitos que fazem parte de um direito desde o início da sua existência, delimitando de forma apriorística o seu âmbito de proteção. Não existe uma posição unitária em relação a tais limites, o que leva à consideração de diversas estratégias: (i) o abuso de direito concernente ao exercício malicioso ou fraudulento do direito fundamental; (ii) os direitos de terceiro que visa identificar a partir de qual momento o exercício de um direito causa agressão a outro; (iii) a cláusula de comunidade,

⁷⁹⁶ PAULA, Felipe de. **A (de)limitação dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 71-72.

⁷⁹⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 128-129.

⁷⁹⁸ Em outras palavras: “Para a *teoria interna*, ao invés, os limites não são dimensões separadas ou externas aos direitos, mas habitam-se a partir do seu interior (que na qualidade de limites impostos pela integração comunitária, que na qualidade de limites inerentes à tarefa estatal de criação de condições de uma liberdade real, quer na qualidade de limites imanentes à integração dos direitos fundamentais no sistema de valores constitucionais), não havendo por isso lugar nem para o conceito de restrição (legítima) nem para a distinção entre âmbito de proteção e âmbito de garantia efetivo” (ALEXANDRINO, José de Melo. **A estruturação do sistema de direitos, liberdade e garantias na constituição portuguesa**: Vol. II – A construção dogmática. Coimbra: Almedina, 2006, p. 441).

⁷⁹⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 131.

⁸⁰⁰ SANCHÍS, Luis Prieto. La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades. **Derechos y libertades**: Revista del Instituto Bartolomé de Las Casas. Ano 5, n. 8, p. 429-468. Espanha, 2000, p. 430-431.

observando que os direitos só podem ser garantidos se observados os bens jurídicos de acordo com uma ordem comunitária; (iv) as leis gerais, que tem como objetivo uma “conformação” dos direitos fundamentais; (v) a ordem pública, pois o exercício de um direito fundamental não pode agredir interesses públicos e ativar a cláusula de polícia; e (vi) a Declaração Universal dos Direitos do Homem que permite em seu art. 29, n. 2⁸⁰¹ a limitação dos direitos humanos e fundamentais⁸⁰².

Para todas estas estratégias de definição dos limites imanentes existe sempre a crítica de se estabelecer critérios para justamente chegar ao âmbito de proteção definitivo do direito fundamental, aquilo que está ou não está protegido⁸⁰³, pois uma vez definido o âmbito normativo de qualquer direito fundamental este não poderá mais ser modificado, mesmo em face de colisões com outros direitos fundamentais, caso em que serão consideradas meramente aparentes.

Um exemplo, embora não muito claro, de uma delimitação do direito ao livre desenvolvimento a partir da teoria interna nos é concedido por José María Espinar Vicente. Para este autor, a liberdade concedida por este direito garante apenas o desenvolvimento da personalidade dentro de modelos previamente decididos pelo sistema jurídico constitucional⁸⁰⁴.

Apesar de não haver uma perfeita correlação entre suporte fático restrito e teoria interna e entre suporte fático amplo e teoria externa⁸⁰⁵, seguindo a construção estrutural e analítica do direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade aqui adotada, é preciso levar a cabo a limitação deste direito a partir da teoria externa.

Esta teoria preconiza a separação entre o direito em si, definido *prima facie* em seu âmbito normativo, e as suas ulteriores restrições, sendo que somente é possível identificar a

⁸⁰¹ Art. 29, n. 2: “No exercício de seus direitos e liberdades, todo ser humano estará sujeito apenas às limitações determinadas pela lei, exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem e de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática.”

⁸⁰² PAULA, Felipe de. **A (de)limitação dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 75-86. Aqui cumpre destacar que Canotilho também utiliza a expressão limites imanentes, mas não no sentido aqui esboçado. Para o autor: “[...] os chamados ‘limites imanentes’ são o resultado de uma ponderação de princípios conducente ao afastamento definitivo, num caso concreto, de uma dimensão que, *prima facie*, cabia no âmbito protectivo de um direito, liberdade ou garantia” (**Direito constitucional e teoria da constituição**, 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1282).

⁸⁰³ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 133.

⁸⁰⁴ Consideraciones en torno al “libre desarrollo de la personalidad” desde un planteamiento social. In: MIGUEL, Luis García San (org.). **El libre desarrollo de la personalidad: artículo 10 de la constitución**. Alcalá: Universidad de Alcalá, 1995, p. 77-78. Diz-se não muito claro porque o autor, em seguida, elenca limites externos ao livre desenvolvimento da personalidade, não adotando com muito rigor a distinção entre a teoria interna e externa.

⁸⁰⁵ PAULA, Felipe de. **A (de)limitação dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 65.

proteção definitiva de um direito fundamental no caso concreto. Ademais, é esta distinção que permite a utilização do sopesamento e da proporcionalidade para solucionar casos de conflitos entre direitos fundamentais⁸⁰⁶.

Isso faz com que exista uma separação entre aquilo que é garantido *prima facie* e o que é garantido em definitivo, descolando o foco para as intervenções e limites advindos de colisões entre direitos fundamentais e a sua justificação constitucionalmente necessária⁸⁰⁷. Como a proteção inicial do direito ao livre desenvolvimento da personalidade já foi analisada por ocasião da determinação do seu âmbito de proteção, faltam ainda serem colocados à prova aquilo que modifica a proteção inicial de um direito fundamental, ou seja, os seus limites e, posteriormente, verificar os parâmetros de controle na utilização destes.

Sobre a intervenção estatal no âmbito de direitos fundamentais, Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins advertem:

A intervenção estatal, alcança, segundo o entendimento majoritário hoje vigente, praticamente toda e qualquer ação ou omissão estatal com um mínimo de relevância em face do direito fundamental que é o parâmetro constitucional utilizado para o exame de intervenção (intervenção estatal “em sentido amplo”). Assim, a intervenção não se dá apenas por meio de ações que correspondam a um ato jurídico, mas também por todas as ações e omissões que atinjam a liberdade garantida de forma indireta, por exemplo, quando se atinge a liberdade de terceiros e não somente da pessoa a quem se dirige a intervenção imediata e intencional do Estado⁸⁰⁸.

As intervenções estatais em direitos fundamentais podem ser permitidas ou não permitidas pela Constituição. No primeiro caso estamos diante de uma justificativa

⁸⁰⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 138-139. Embora fazendo uma diferenciação entre teoria externa e a teoria dos princípios, Alexandrino explica: “Em termos sumários, para a *teoria externa*, uma restrição constitui uma acção estatal que, vinda de fora relativamente ao direito, afecta o bem jusfundamental por ele protegido. O modelo parte da não identidade entre o âmbito de protecção e o âmbito de garantia efectivo, autonomizando claramente o direito fundamental, de um lado, e as restrições (ou limites) que lhe são externamente colocados, do outro. Para que uma restrição intervenha no âmbito de protecção de um direito fundamental é, além disso, necessário que, numa fase prévia, se tenha procedido à descrição dos tipos de situações, posições ou comportamentos protegidos: uma vez delimitado o âmbito de protecção do direito em causa, intervêm então as restrições e ‘o que resta do âmbito de protecção após estas é o *âmbito de garantia efectivo*’.” (**A estruturação do sistema de direitos, liberdade e garantias na constituição portuguesa**: Vol. II – A construção dogmática. Coimbra: Almedina, 2006, p. 440).

⁸⁰⁷ PAULA, Felipe de. **A (de)limitação dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 91-92.

⁸⁰⁸ **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 145. Em outras palavras: “Limites aos direitos fundamentais, em termos sumários e compreendidos em sentido amplo, podem, numa primeira aproximação e de acordo com a fórmula de Jorge Reis Novais, ser definidos como ações ou omissões dos poderes públicos (Legislativo, Executivo e Judiciário) ou de particulares que dificultem, reduzam ou eliminem o acesso ao bem jurídico protegido, afetando o seu exercício (*aspecto subjetivo*) e/ou diminuindo deveres estatais de garantia e promoção (*aspecto objetivo*) que resultem dos direitos fundamentais” (SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 400).

constitucional que permite tal intervenção (um limite a tal direito fundamental), enquanto no segundo caso resta configurada uma verdadeira violação de direitos fundamentais⁸⁰⁹.

Os limites aos direitos fundamentais podem ser impostos pela norma constitucional, por norma legal infraconstitucional ou por força da colisão entre direitos fundamentais, neste último caso não é necessária autorização expressa para a limitação de um direito fundamental (garantido sem reserva). As reservas legais, concernentes na autorização da Constituição para que o legislador intervenha no âmbito de um direito fundamental, podem ser simples – quando o constituinte não coloca nenhum tipo de direção na restrição de um direito fundamental –, ou qualificadas, caso em que o legislador deve seguir os mandamentos e objetivos que a Constituição estabeleceu para permitir a limitação⁸¹⁰.

O direito constitucional de colisão, partindo da ideia de Jorge Reis Novais, é caracterizado por uma “reserva geral de ponderação” derivada da própria natureza dos direitos fundamentais que não são direitos absolutos, ou seja, ilimitados. Reconhecido um direito fundamental, não é possível prever todas as situações reais em que este direito irá colidir com outro. Dessa maneira, existe implicitamente a possibilidade de limitação destes direitos fundamentais⁸¹¹.

Tanto a reserva legal de limitação, quanto o direito constitucional de colisão, são importantes para averiguar a justificação das ingerências no direito ao livre desenvolvimento da personalidade. Em primeiro lugar o direito geral de liberdade é garantido no art. 5º, II da CF/88 mediante uma reserva legal simples, indicando que a liberdade de ação pode ser limitada mediante a lei, mas sem esboçar nenhuma espécie de direção quanto a isto. Em segundo, levando em consideração a amplitude do âmbito de proteção do desenvolvimento da personalidade, é preciso reconhecer que este direito pode entrar em conflito com diversos outros direitos fundamentais e, em determinados casos, ser limitado por estes.

Atualmente, quanto à verificação da possibilidade de restrição de um direito fundamental, o critério que tem sido utilizado pela teoria externa (principalmente no Brasil) é

⁸⁰⁹ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 148-151. Utilizamos aqui a intervenção ou ingerência permitida como sinônimo de limites a direitos fundamentais conforme entendimento de: PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 119.

⁸¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 400-401. Sobre o tema vide: DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 154-163; ALEXANDRINO, José de Melo. **A estruturação do sistema de direitos, liberdade e garantias na constituição portuguesa**: Vol. II – A construção dogmática. Coimbra: Almedina, 2006, p. 443-448; PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 131.

⁸¹¹ NOVAIS, Jorge Reis. Direitos como trunfos contra a maioria: sentido e alcance da vocação contramaioritária dos direitos fundamentais no estado de direito democrático. In: _____. **Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria**. Coimbra: Coimbra, 2006, p. 49-51.

o da proporcionalidade. A proporcionalidade constitui uma das formas de se estabelecer os “limites dos limites”, desempenhando a função de controlar os limites impostos pela legislação infraconstitucional e pela reserva geral de ponderação. Embora possa variar de concepção para concepção, a proporcionalidade parece ser um recurso necessário no momento de verificar a adequação constitucional da restrição imposta a qualquer direito fundamental.

Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins identificam a proporcionalidade no sistema jurídico brasileiro por meio do art. 5º, § 1º da CF/88, pois este dispositivo vincula o legislador a respeitar todos os direitos fundamentais ao mesmo tempo e no art. 5º, § 2º da Constituição por considerar que a proporcionalidade é uma garantia implícita no texto constitucional dada a necessidade de harmonizar todos os direitos fundamentais⁸¹².

Para estes autores⁸¹³, os subcritérios da proporcionalidade se dividem em: (i) a licitude do fim perseguido, concernente na avaliação se o objetivo perseguido pela restrição é autorizado constitucionalmente; (ii) a licitude do meio, pois o meio utilizado não pode ser proibido pelo ordenamento jurídico; (iii) a adequação do meio utilizado, haja vista que somente aqueles que forem idôneos para alcançar o resultado almejado podem ser utilizados; e (iv) a necessidade do meio utilizado, quando será feita a análise se o meio utilizado é proporcional ao fim perseguido⁸¹⁴.

Robert Alexy, partindo da sua concepção de princípios como mandamentos de otimização que podem ser limitados mediante situações fáticas e jurídicas, constrói uma outra forma de aplicação do critério da proporcionalidade que obteve grande receptividade no Brasil⁸¹⁵. Para ele a proporcionalidade possui três subcritérios: (i) adequação; (ii) necessidade; e (iii) proporcionalidade em sentido estrito. Os dois primeiros se atêm às limitações fáticas e o último à limitação jurídica.

⁸¹² **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 189-190.

⁸¹³ Com clara inspiração na obra de Bodo Pieroth e Bernhard Schlink ao afirmarem que a proporcionalidade determina:

“- o *fim* perseguido pelo Estado possa ser prosseguido enquanto tal;
- o *meio* usado pelo Estado possa ser aplicado como tal;
- o emprego do meio para alcançar o fim seja *adequado*; e que
- o emprego do meio para atingir o fim seja *necessário* (indispensável).” (**Direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 138).

⁸¹⁴ **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 196-217.

⁸¹⁵ Veja-se dentre outros: FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de direitos**: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem *versus* a liberdade de expressão e informação. 3ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008, p. 111; SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 167-182; SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 406-409.

A adequação serve como um critério negativo com o objetivo de eliminar os meios que não são adequados para se atingir a finalidade almejada. Deste modo, este primeiro critério não determina qual o meio mais correto, mas apenas indica quais são os adequados e os inadequados, excluindo desde já estes últimos⁸¹⁶.

A necessidade serve para determinar, dentre os meios tidos como adequados, aquele que menos intervenha no âmbito de proteção de um direito fundamental. Isso significa que é preciso adotar o meio mais brando, evitando sacrifícios desnecessários nas restrições aos direitos fundamentais⁸¹⁷.

A proporcionalidade em sentido estrito, por sua vez, indica que quanto maior for o grau de afetação de um direito fundamental, maior deverá ser a satisfação de um outro direito fundamental. Este último subcritério ainda pode ser dividido em três passos: (i) primeiro avalia-se o grau de afetação de um direito fundamental; (ii) segundo avalia-se a satisfação do outro direito fundamental; (iii) terceiro observa-se se a afetação de um justifica a satisfação do outro⁸¹⁸.

Apesar das críticas em relação ao grau de subjetividade garantida pelo subcritério da proporcionalidade em sentido estrito⁸¹⁹, acredita-se que se a proporcionalidade for utilizada corretamente, seguindo todos os passos e subcritérios, a decisão do caso concreto possa ser racionalmente controlada, constituindo, portanto, a melhor forma de se averiguar a justificação de limitações a direitos fundamentais.

Quanto ao livre desenvolvimento da personalidade, é importante ressaltar que a sua multidimensionalidade permite que direitos de liberdade possam entrar em conflito com direitos da personalidade. Veja-se, por exemplo, a colisão entre a liberdade de expressão e os direitos à honra, à imagem e à privacidade⁸²⁰.

Ademais, o direito geral de liberdade, por possuir um âmbito de proteção extremamente amplo, pode entrar em conflito com diversos direitos fundamentais de outras pessoas como o direito à vida ou à segurança. É por isso que, embora possa ser falar que exista um direito *prima facie* de matar alguém (seguindo a perspectiva do suporte fático amplo), no âmbito de proteção definitivo isto dificilmente irá se concretizar, o que não significa que isto

⁸¹⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 590.

⁸¹⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 590-591.

⁸¹⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 593-594.

⁸¹⁹ Veja-se por exemplo: DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 222.

⁸²⁰ Sobre este tema vide: FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação**. 3ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008, p. 115-163.

não possa acontecer, como nos casos de legítima defesa e estado de necessidade que já foram devidamente ponderados pelo legislador infraconstitucional.

2.4.2 Núcleo Essencial

Além da proporcionalidade, existe uma outra forma de averiguar a justificação na intervenção em um direito fundamental. Esta garantia é o núcleo essencial ou conteúdo essencial do direito fundamental, indicando a impossibilidade de um direito fundamental perder totalmente a sua eficácia. Isso significa que existem posições mínimas que não podem sofrer intervenções estatais⁸²¹.

A configuração desta garantia não é unívoca na perspectiva comparada, havendo aqueles que negam a sua existência no direito brasileiro⁸²². A depender do ponto de vista, o conteúdo essencial dos direitos fundamentais pode ser visto de forma subjetiva ou objetiva. Na perspectiva objetiva o núcleo essencial deve ser definido levando em consideração a vida social como um todo, ou seja, a sua restrição deve atingir todos os indivíduos. No ponto de vista subjetivo, o conteúdo essencial se presta a proteger cada indivíduo face a restrições exageradas de um direito fundamental, sem se cogitar os efeitos para as demais pessoas⁸²³.

A doutrina indica, ainda, duas formas de se determinar o conteúdo essencial de um direito fundamental dependendo do valor a ele conferido. A teoria do núcleo essencial absoluto visualiza nesta garantia um conteúdo normativo abstratamente fixado e inatingível, enquanto a teoria relativa afirma que o núcleo essencial de um direito fundamental é o que resta deste direito após o processo de ponderação⁸²⁴.

⁸²¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 411.

⁸²² DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 168. Os autores alegam que a falta de previsão expressa e a dificuldade na sua delimitação indicam que a garantia do núcleo essencial não está presente na Constituição brasileira. Isso parece ser contraditório, pois os mesmos autores defendem a proporcionalidade como garantia dos direitos fundamentais que também não possui previsão expressa e nem se apresenta como um critério unânime na doutrina e na jurisprudência.

⁸²³ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 185-186; CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 459; FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de direitos**: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem *versus* a liberdade de expressão e informação. 3ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008, p. 91.

⁸²⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 459-460. Continua o autor: “De acordo com a primeira orientação, o núcleo essencial é uma posição subjetiva de tal modo indisponível que não pode ser relativizada por qualquer direito ou interesse contraposto. Para a segunda, o núcleo essencial é o resultado de um processo de ponderação, constituindo aquela parte do direito fundamental que, em face de outros direitos ou bens constitucionalmente protegidos e com ele colidentes, acaba por ser julgada prevalecente e consequentemente subtraída à disposição do legislador”.

Dentro do conteúdo essencial absoluto ainda existem duas subteorias: (i) o núcleo essencial absoluto e dinâmico; e (ii) o núcleo essencial absoluto e estático. A primeira confirma a impossibilidade de violação de conteúdo essencial de um direito fundamental, mas ressalta que este conteúdo pode variar com o passar do tempo. A segunda, por sua vez, defende um conteúdo inatingível e também imutável dos direitos fundamentais⁸²⁵.

Ambas as teorias (relativa e absoluta) sobre o conteúdo essencial dos direitos fundamentais possuem as suas falhas. Nos dizeres de Canotilho:

Também aqui não há alternativas radicais porque, em toda a sua radicalidade, as teorias relativas acabariam por reconduzir o núcleo essencial ao princípio da proporcionalidade, proibindo designadamente o legislador de, na solução de conflitos, limitar direitos, liberdades e garantias para além do justo e do necessário. Tudo o que fosse desproporcionado ou excessivo violaria o núcleo essencial. Por seu turno, as teorias absolutas esquecem que a determinação do âmbito de protecção de um direito pressupõe necessariamente a equação com outros bens, havendo possibilidade de o núcleo de certos direitos, liberdades e garantias poder vir a ser relativizado em face da necessidade de defesa destes outros bens⁸²⁶.

Deste modo, embora a maioria dos partidários da teoria externa se filiem à teoria relativa do núcleo essencial⁸²⁷, é forçoso concluir que tal entendimento não agrega em nada a proteção dos direitos fundamentais, além daquilo que já foi definido pela ponderação. Por isso que a proposta de Canotilho, no sentido de uma teoria mista, parecer ser mais adequada ao entender que é preciso garantir um espaço para a ponderação entre bens e direitos constitucionalmente protegidos, mas também é preciso constituir um reduto último, intransponível por qualquer restrição⁸²⁸.

Isto não é contraditório com os pressupostos da teoria externa. Pelo contrário, serve como um reforço contra as críticas relacionados ao grau de subjetividade que comporta a proporcionalidade em sentido estrito⁸²⁹, pois os limites aos direitos fundamentais contarão com um último parâmetro de averiguação de constitucionalidade correspondente ao núcleo essencial do direito fundamental, minimizando os efeitos de uma utilização errada da ponderação de princípios.

⁸²⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 188-189.

⁸²⁶ **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 460.

⁸²⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 206-207; ALEXYY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 301.

⁸²⁸ **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 460-461.

⁸²⁹ Crítica reconhecida por: SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 146-147.

O livre desenvolvimento da personalidade, por seu turno, possui um conteúdo essencial inafastável que vem sendo construído pela doutrina e jurisprudência. O Tribunal Constitucional Federal alemão fala em um “último âmbito de liberdade humana inviolável” protegido pelo núcleo essencial do desenvolvimento da personalidade⁸³⁰.

De forma mais explicativa, tem-se neste direito fundamental um espaço interno ao qual a pessoa “pertence a si própria” e que não pode ser interferido por aspectos exteriores, entendido em conjunto com um mínimo de relação comunicativa com o outro que não pode sofrer uma limitação total e duradoura⁸³¹.

O núcleo essencial do livre desenvolvimento da personalidade está relacionado com um reduto mínimo necessário para a construção da individualidade humana e escolha do seu próprio projeto de vida. Assim, após análise da jurisprudência do Tribunal Constitucional colombiano, Anabella Ferrer afirma:

“El núcleo esencial se refiere entonces a aquellas decisiones que una persona toma durante su existencia y que son consustanciales a la determinación autónoma de un modelo de vida y de una visión de su dignidad como persona” (Sentencia C-481/98).

Por ende, no basta para que se consideren legítimas las restricciones impuestas que tengan un fundamento constitucional, sino que además éstas no anulen o menoscaben el núcleo o contenido esencial del derecho al libre desarrollo de la personalidad que no puede ser otro que la posibilidad que tienen de construir autónomamente su plan de vida, ello en concordancia con la sociedad personalista que pretende configurar la Constitución Política de Colombia (Sentencia C-481/98)⁸³².

Para constituir o conteúdo essencial do livre desenvolvimento da personalidade seguindo a teoria mista, utilizaremos o conceito de *esfera do indecível* concernente ao núcleo de existência em que nenhuma vontade externa pode substituir a vontade da pessoa em si⁸³³. A escolha do próprio projeto de vida está dentro da *esfera do indecível* a qual o legislador não

⁸³⁰ HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 326.

⁸³¹ PINTO, Paulo Mota. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes (coordenador). **Portugal-Brasil ano 2000**. Coimbra: Coimbra, 1999, p. 223.

⁸³² El libre desarrollo de la personalidad en la jurisprudencia constitucional colombiana. **Cuestiones Jurídicas**. Vol. VI, n. 2, p. 63-96. Maracaibo (Venezuela), julio-diciembre, 2012, p. 86. Tradução livre: “O núcleo essencial refere-se, então, às decisões que uma pessoa faz em sua vida e que são fundamentais para a determinação autónoma de um modelo de vida e uma visão de sua dignidade como pessoa”(Sentença C-481/98).

Portanto, não basta para serem consideradas legítimas que as restrições tenham uma base constitucional, mas também que elas não anulem ou prejudiquem o núcleo ou conteúdo essencial do direito de livre desenvolvimento da personalidade que não pode ser outro que não a possibilidade de autonomamente construir o seu plano de vida, de acordo com a sociedade personalista que pretende configurar a Constituição Política da Colômbia (Sentença C-481/98).”

⁸³³ RODOTÀ, Stefano. **Il diritto di avere diritti**. Roma-Bari: Laterza, 2012, p. 257.

pode interferir, ou seja, em nenhuma hipótese é possível ao Estado decidir o plano de vida da pessoa humana, podendo limitá-lo em sua realização de forma proporcional, com vista a satisfazer direitos fundamentais de outras pessoas.

3 DIMENSÕES DE LIBERDADE E DE DIREITOS DA PERSONALIDADE NO ÂMBITO PRIVADO

Analisada a configuração analítica do livre desenvolvimento da personalidade como direito fundamental, objetiva-se ainda considerar a influência do seu reconhecimento para a realização da personalidade no âmbito das relações privadas. Principalmente porque foi na seara do direito privatístico que a teoria dos direitos da personalidade foi desenvolvida, sem contar a imensa dimensão de liberdade que é deixada para a pessoa humana no campo da autonomia privada patrimonial e também existencial.

Este objetivo nos leva a enfrentar, em primeiro lugar, o estágio atual de discussão a respeito da diferenciação entre direitos humanos, direitos fundamentais e direitos da personalidade que desemboca na questão da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Já foi adiantado que não é somente o Estado que deve respeitar as escolhas existenciais tomadas pela pessoa humana na livre configuração da sua personalidade. Os particulares também estão vinculados ao direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade.

O que importa definir é a forma que as relações privadas estão sujeitas aos efeitos dos direitos fundamentais. É a partir da definição da aplicabilidade direta ou indireta dos direitos fundamentais que deverá ser construída toda a influência do direito ao livre desenvolvimento da personalidade no campo das relações privadas.

3.1 Direitos Humanos, Direitos Fundamentais e Direitos da Personalidade

A primeira diferenciação que deve ser feita é em relação aos direitos humanos e os direitos fundamentais. Os direitos humanos são, segundo a definição de Pérez Luño, um conjunto de faculdades e instituições, historicamente consideradas para concretizar a dignidade da pessoa humana, a liberdade e a igualdade, devendo ser reconhecidos no ordenamento jurídico-positivo nacional e internacional⁸³⁴.

Desde já pode se perceber a razão dos dois termos serem utilizados muitas vezes como sinônimos, haja vista que tanto os direitos fundamentais quanto os direitos humanos são aqueles direitos mais essenciais para a proteção da pessoa humana. Não obstante, a principal diferença entre as terminologias reside no fato de que os direitos fundamentais sejam aqueles direitos do ser humano positivados na esfera do direito constitucional (público interno), já os

⁸³⁴ **Derechos humanos, estado de derecho y constitución.** 10ª ed. Madrid: Tecnos, 2010, p. 50.

direitos humanos são os direitos essenciais, mas reconhecidos na órbita internacional, com caráter supranacional⁸³⁵.

Por outro lado, partindo de uma noção básica de direitos da personalidade como aqueles direitos que garantem um mínimo necessário e indispensável para realização da personalidade⁸³⁶, é forçoso concluir que estes direitos são aqueles essenciais à pessoa humana, mas garantidos no âmbito privado⁸³⁷. Em síntese: partindo de uma perspectiva abstrata, os direitos mais importantes do ser humano podem ser reconhecidos no âmbito internacional (direitos humanos), no âmbito público interno (direitos fundamentais) e na esfera do direito privado (direitos da personalidade).

Seguindo uma análise empírica, é preciso verificar se realmente no plano jurídico-positivo existe uma coincidência entre as duas espécies de direitos que mais nos interessa: os direitos fundamentais e os direitos da personalidade. Neste contexto, podemos identificar: (i) uma teoria da coincidência parcial-parcial, afirmando que os direitos fundamentais podem coincidir com os direitos da personalidade, porém existem direitos da personalidade que não são fundamentais e vice-versa; (ii) uma teoria da coincidência total, que identifica os direitos fundamentais como os mesmos direitos da personalidade, chamando-os de “direitos fundamentais da personalidade”; e (iii) uma teoria da coincidência total-parcial, defendendo que todos os direitos da personalidade são direitos fundamentais, todavia nem todos direitos fundamentais são direitos da personalidade.

⁸³⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 29; LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Derechos humanos, estado de derecho y constitución**. 10ª ed. Madrid: Tecnos, 2010, p. 33. Isso sem deixar de considerar que em outro sentido já utilizado os direitos humanos seriam aqueles mais intrínsecos à pessoa humana enquanto os direitos fundamentais poderiam ser quaisquer direitos desde que reconhecidos pela Constituição.

⁸³⁶ CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade**. São Paulo: Quorum, 2008, p. 24.

⁸³⁷ Nas palavras de Castán Tobeñas: “son estos derechos de la personalidad los que se ejercitan sobre la propia persona (según una concepción ya algo anticuada) o más propiamente (según ideas más actuales) sobre determinadas cualidades o atributos, físicos o morales, de la persona humana. Su teoría es muy moderna y pertenece, sobre todo, al Derecho privado: ha respondido al propósito de que sean reconocidos tales derechos como una nueva especie de derechos privados dotados de protección civil” (**Los derechos del hombre**. 2ª ed. Madrid: Reus, 1976, p. 24). Tradução livre: “são estes direitos da personalidade que são exercidos sobre a própria pessoa (segundo um conceito já antiquado) ou mais corretamente (segundo ideias mais atuais) em certas qualidades ou atributos, físicos ou morais, da pessoa humana. Sua teoria é muito moderna e pertence principalmente ao direito privado: respondeu ao propósito de que esses direitos sejam reconhecidos como uma nova espécie de direitos privados dotados de proteção civil.”

A primeira teoria é defendida por Canotilho⁸³⁸ e por Leonardo Zanini⁸³⁹ ao afirmarem que existem na Constituição direitos que são ao mesmo tempo fundamentais e direitos da personalidade, porém existem direitos fundamentais que não encontram respaldo no âmbito privado e direitos da personalidade que não podem ser considerados como fundamentais.

A segunda teoria, por sua vez, não reconhece nenhuma diferença substancial entre os direitos da personalidade e os direitos fundamentais, pois os direitos da personalidade equivalem aos direitos fundamentais no âmbito privado, não necessitando mais desta diferenciação, haja vista a publicização do direito privado⁸⁴⁰.

A terceira vertente, defendida por Anderson Schreiber, baseia-se na distinção entre o “ter” e o “ser”. Isso por que, os direitos da personalidade estão sempre ligados à categoria do “ser” enquanto os direitos fundamentais também podem incluir direitos ligados ao “ter” como o direito fundamental à propriedade privada. Isso significa que nem todos os direitos fundamentais podem ser também direitos da personalidade – somente aqueles que se ligam ao “ser” –, mas todos os direitos da personalidade podem ser considerados concomitantemente direitos fundamentais em razão da consagração do princípio da dignidade da pessoa humana⁸⁴¹.

Esta última orientação está mais próxima da realidade brasileira, em particular se levarmos em consideração a diferenciação de direitos fundamentais formais e materiais, pois os direitos fundamentais materiais são aqueles que, mesmo estando fora do catálogo previsto na Constituição, também devem ser considerados fundamentais pela importância, conteúdo e substância sendo incluídos via o art. 5º, § 2º da Constituição.

Dessa maneira, pode-se concluir que mesmo os direitos da personalidade que não se encontram previstos no rol de direitos fundamentais da Constituição Federal devem ser

⁸³⁸ Nas palavras do autor: “muitos dos direitos fundamentais são direitos de personalidade, mas nem todos os direitos fundamentais são direitos de personalidade. Os direitos de personalidade abarcam certamente os direitos de estado (por ex.: direito de cidadania), os direitos sobre a própria pessoa (direito à vida, à integridade moral e física, direito à privacidade), os direitos distintivos da personalidade (direito à identidade pessoal, direito à informática) e muitos dos direitos de liberdade (liberdade de expressão). Tradicionalmente, afastavam-se dos direitos de personalidade os direitos fundamentais políticos e os direitos a prestações por não serem atinentes ao ser como pessoa. Contudo, hoje em dia, dada a interdependência entre o estatuto positivo e o estatuto negativo do cidadão, e em face da concepção de um direito geral de personalidade como ‘direito à pessoa ser e à pessoa devir’, cada vez mais os direitos fundamentais tendem a ser direitos de personalidade e vice-versa” (**Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 396).

⁸³⁹ **Direitos da personalidade**: aspectos essenciais. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 60.

⁸⁴⁰ CANTALI, Fernanda Borghetti. **Direitos da personalidade**: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 129.

⁸⁴¹ **Direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 13. Nas palavras do autor: “interessante notar, nesse sentido, que a maior parte dos direitos da personalidade mencionados pelo Código Civil brasileiro (imagem, honra, privacidade) encontram previsão expressa no art. 5º do texto constitucional. Mesmo os que não contam com a previsão expressa nesse dispositivo são sempre referidos como consectários da dignidade humana, protegida no art. 1º, III, da Constituição. Os direitos da personalidade são, portanto, direitos fundamentais.”

considerados direitos materialmente fundamentais⁸⁴². Isso porque, derivados do princípio da dignidade humana e do livre desenvolvimento da personalidade, os direitos da personalidade sempre terão o seu caráter substantivo existencial, devido à sua importância na proteção da pessoa humana. Muito embora a recíproca não seja verdadeira, haja vista que nem todos os direitos fundamentais podem ser considerados direitos da personalidade.

Se os direitos da personalidade são incluídos como direitos fundamentais materiais, pela sua relação com o princípio da dignidade e do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, vinculando o Estado de forma imediata (art. 5º, § 1º da CF/88), o mesmo não pode ser dito com tanta facilidade no momento de aplicar os direitos fundamentais vinculando-os às relações privadas. Em relação a este último problema estamos diante da “eficácia horizontal” dos direitos fundamentais.

A discussão sobre esta eficácia horizontal dos direitos fundamentais (*Drittwirkung der Grundrechte*) tem origem na Alemanha e classicamente possui duas teorias: (i) a vinculação imediata dos particulares aos direitos fundamentais, concernente na exigência direta e necessária dos atores privados aos direitos fundamentais; (ii) a eficácia mediata dos direitos fundamentais aos particulares, pois requer a atuação dos poderes públicos mediante a configuração dos direitos fundamentais para que estes possam ser aplicados ao âmbito privado⁸⁴³.

A tese dos efeitos indiretos ou imediatos dos direitos fundamentais é aquela amplamente aceita pela doutrina⁸⁴⁴ e tem na formulação de Günter Dürig a sua maior expressão. Para este autor os direitos fundamentais representam valores reconhecidos especialmente na dignidade humana e no livre desenvolvimento da personalidade. Estes direitos são dirigidos contra o Estado, mas os seus efeitos absolutos sofrem uma atenuação no campo privado em face da autonomia individual e da responsabilidade individual. Esta atenuação (portas de entrada) é realizada por meio das cláusulas gerais que demandam seu preenchimento por meio de valores, ou seja, pelos direitos fundamentais. Este pensamento salvaguarda a autonomia do direito privado e a própria unidade do ordenamento jurídico⁸⁴⁵.

⁸⁴² Neste sentido, não cabe falar na diferenciação de proteção entre os direitos humanos fundamentais e direitos da personalidade levando em consideração que os primeiros possuem uma proteção extraordinária em face de recursos constitucionais. Adotando esta diferença: VERA, Miguel Ángel Encabo. **Derechos de la personalidad**. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 23-24.

⁸⁴³ LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Derechos humanos, estado de derecho y constitución**. 10ª ed. Madrid: Tecnos, 2010, p. 319.

⁸⁴⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 69.

⁸⁴⁵ Direitos fundamentais e jurisdição civil. In: HECK, Luís Afonso (org.). **Direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2011, p. 35.

Um dos principais pontos de apoio desta teoria é o próprio direito ao livre desenvolvimento da personalidade na sua vertente de liberdade geral de ação. Este direito geral de liberdade permitiria que os particulares evitassem a aplicação de direitos fundamentais de forma absoluta no campo das relações privadas. Todavia, esta separação entre direitos fundamentais e direito privado não é total e estes direitos adentram nas relações entre particulares por meio do intermédio da normatividade própria do âmbito privado cuja principal, mas não a única, porta de entrada são as cláusulas gerais⁸⁴⁶. Em outras palavras:

o principal elo de ligação entre os direitos fundamentais como sistema de valores e o direito privado, segundo o modelo de efeitos indiretos, são as chamadas cláusulas gerais. Essa são cláusulas que requerem um preenchimento valorativo na atribuição de sentido, pois são, para usar uma expressão difundida na doutrina jurídica brasileira, *conceitos abertos*, cujo conteúdo será definido por uma valoração do aplicado do direito. Essa valoração não pode ser, contudo, *ao contrário do que muitos ainda pensam*, uma valoração baseada em valores morais extra ou supraleais. Essa valoração deve ser baseada, e aqui se revela o elo de ligação, *no sistema de valores consagrados pela constituição*.

[...]

É principalmente, mas não exclusivamente, por meio dessas cláusulas que os direitos fundamentais se “infiltram” no direito privado e por aí produzem seus efeitos⁸⁴⁷.

Esta postura é adotada sobre o argumento que a aplicação direta dos direitos fundamentais às relações privadas anularia a autonomia da vontade, desfigurando as bases do Direito Privado. Neste sentido, somente os efeitos de irradiação dos direitos fundamentais levaria os valores destes direitos às relações privadas⁸⁴⁸. Esta concepção ficou consagrada pelo Tribunal Constitucional Federal alemão por meio da decisão do caso Lüth⁸⁴⁹.

As principais críticas a esta teoria da eficácia mediata dos direitos fundamentais dizem respeito: (i) ao grau de indeterminação e insegurança no momento de aplicação das normas privadas; (ii) a não permitir uma tutela completa dos direitos fundamentais no âmbito

⁸⁴⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 75-76.

⁸⁴⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 78-79.

⁸⁴⁸ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 198-199.

⁸⁴⁹ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Coimbra: Almedina, 2012, p. 43-44. O autor faz a seguinte transcrição desta decisão: “uma vinculação do juiz aos direitos fundamentais na solução do litígio no campo do direito privado *não se verifica de modo directo*, mas apenas na medida em que a Lei Fundamental, no seu capítulo sobre os direitos fundamentais, simultaneamente erigiu uma ordem objectiva, que, como decisão jurídico-constitucional fundamental, deve valer para todos os ramos do direito, influenciando, assim, também o direito privado”. No mesmo sentido: SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 80.

privado, pois depende da atuação do legislador; (iii) o caráter supérfluo deste pensamento, pois acaba reconduzindo a eficácia dos direitos fundamentais à interpretação conforme à Constituição⁸⁵⁰; (iv) a impossibilidade de sua aplicação, ressaltada por aqueles que não entendem os direitos fundamentais como uma ordem de valores; (v) a insuficiência das cláusulas gerais, pois não haveria um número suficientes destas cláusulas para permitir a eficácia dos direitos fundamentais quando estes forem necessários⁸⁵¹.

Do outro lado da argumentação está a teoria da eficácia imediata dos direitos fundamentais, cuja expressão mais relevante está na construção de Hans Carl Nipperdey. De acordo com o pensamento deste autor os direitos fundamentais seriam sim direitos públicos subjetivos do cidadão face ao Estado, mas alguns direitos fundamentais também teriam o condão de vincular de forma imediata o tráfego jurídico-privado. Estes direitos não seriam exercidos apenas relativamente ao Estado, pois transcenderiam para as relações privadas, perfazendo direitos fundamentais com efeitos absolutos (no sentido de aplicáveis a todos). Esta aplicação teria a força de anular um negócio jurídico quando este violar norma de direito fundamental⁸⁵².

Complementando sua posição, Nipperdey afirma que desta eficácia imediata dos direitos fundamentais não decorre a aplicação de um direito fundamental às relações privadas tal qual ele é aplicado nas relações frente ao Estado. Isso deriva do fato de nas relações privadas ambos os envolvidos sejam titulares de direitos fundamentais, inclusive do livre desenvolvimento da personalidade⁸⁵³ que vincula imediatamente os sujeitos privados mediante o direito geral de personalidade que constitui um direito subjetivo público e privado⁸⁵⁴. Paradoxalmente, percebe-se que o direito ao livre desenvolvimento da personalidade é utilizado pela doutrina alemã tanto para defender uma vinculação mediata (Günter Dürig) quanto uma vinculação imediata dos direitos fundamentais (Hans Carl Nipperdey)⁸⁵⁵.

⁸⁵⁰ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 204.

⁸⁵¹ SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 83-85.

⁸⁵² Direitos fundamentais e direito privado. In: HECK, Luís Afonso (org.). **Direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2011, p. 58-60.

⁸⁵³ Direitos fundamentais e direito privado. In: HECK, Luís Afonso (org.). **Direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2011, p. 62-63. O autor ainda reconhece a possibilidade de um poder de disposição de direitos fundamentais via relações contratuais, mas a igualdade entre os contratantes deve ser real e não meramente fictícia.

⁸⁵⁴ Direitos fundamentais e direito privado. In: HECK, Luís Afonso (org.). **Direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2011, p. 66.

⁸⁵⁵ Sobre este último vide ainda: Livre desenvolvimento da personalidade. In: HECK, Luís Afonso (org.). **Direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2011, *passim*.

As grandes características da teoria da vinculação direta dos direitos fundamentais residem no fato de dispensar a mediação legislativa e evitar artimanhas interpretativas como a utilização de cláusulas gerais para que ocorra a aplicação dos direitos fundamentais no âmbito privado⁸⁵⁶. Isso não significa que esta posição não tenha sofrido críticas, sobretudo em relação à possibilidade de uma limitação excessiva da autonomia privada e da falta de clareza conceitual que tem como corolários: (i) a perda da segurança jurídica no tráfego privado; e (ii) a solução de casos privados por meio de ponderação de princípios constitucionais⁸⁵⁷.

No Brasil a tese da eficácia imediata teve aceitação e defesa por Daniel Sarmento. Para este autor, a posição intervencionista da Constituição Federal (com o reconhecimento dos direitos fundamentais sociais) e o seu objetivo de construir uma sociedade justa e solidária (art. 3º, I, CF) implica em considerar a consagração de um Estado social, desvinculando-se de uma perspectiva meramente liberal. Disto resulta que a Constituição assumiu uma posição mais compromissada com a máxima eficácia dos direitos fundamentais⁸⁵⁸.

Ademais, para Sarmento as objeções dirigidas à teoria da eficácia horizontal direta⁸⁵⁹ não se sustentam, pois: (i) a autonomia privada continua sendo um princípio do direito privado devendo ser ponderada em relação ao direito fundamental aplicado à relação privada; (ii) só existem condições de autonomia se existir condições mínimas que garantam um efetivo exercício da liberdade; (iii) as normas de solução de conflitos entre direitos fundamentais ditadas pelo legislador gozam de presunção de constitucionalidade e devem ser aplicadas ao caso concreto, salvo se declarada a sua inconstitucionalidade; (iv) o pós-positivismo garantiu força normativa aos princípios em detrimento, até certo ponto, da segurança jurídica, razão pela qual a insegurança na aplicação dos direitos fundamentais de forma direta não é exclusiva desta teoria, mas que pode ser controlada por meio de critérios que averiguem a racionalidade da decisão; e (v) a constitucionalização do privado deve ser encarada como um ponto positivo e não como uma retirada de autonomia do direito privado, pois nenhum ramo do direito pode ficar imune à normatividade constitucional⁸⁶⁰.

⁸⁵⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 89-91.

⁸⁵⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 97-98.

⁸⁵⁸ **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 237.

⁸⁵⁹ **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 239. Assim listadas pelo autor: “[...] (a) esta vinculação direta compromete em demasia a autonomia privada; (b) ela é antidemocrática, pois importa em atribuição de poderes excessivos ao juiz, em detrimento do legislador, que é quem deve ponderar os direitos e interesses constitucionais em jogo nos litígios privados; (c) ela gera insegurança jurídica, na medida em enseja que os conflitos privados sejam solucionados com base em princípios constitucionais vagos e abstratos, cuja aplicação é muitas vezes imprevisível; e (d) ela põe em risco a autonomia e identidade do Direito Privado, permitindo a sua ‘colonização’ pelo Direito Constitucional.”

⁸⁶⁰ **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 240-244.

A par dos dois extremos destas duas principais teorias, existem aquelas que preconizam soluções diferenciadoras a partir do caso concreto. Estas soluções parecem ser mais consentâneas com a complexidade do tema em análise. Para Carlos Alberto da Mota Pinto a aplicação das normas constitucionais ao direito privado não ocorre de forma direta ou imediata num primeiro momento, mas pode acontecer em determinadas situações. Para ele, primeiro deve ser aplicada a norma de direito privado que reproduz normas esculpidas na Constituição, depois aplica-se as normas constitucionais ao âmbito privado por meio das cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados que devem ser preenchidos por valores constitucionais e, por fim, nos casos em que não existirem cláusulas gerais ou conceitos indeterminados, a norma constitucional pode ser aplicada de forma direta⁸⁶¹.

Este modelo parece ser bastante adequado, apenas deve ser complementado pela necessidade da interpretação conforme a constituição que o interprete deve fazer no momento de aplicar a norma de direito privado em si ou no momento de preencher as cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados com os valores ou princípios constitucionais⁸⁶².

Neste sentido, levando em consideração que o direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade não recebeu reconhecimento expresso no âmbito da legislação privada, chega-se à conclusão que o mesmo deve reger as relações privadas por meio da interpretação das chamadas cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados.

Como já assinala Enéas Costa Garcia, uma das possibilidades interpretativas para o reconhecimento de um direito geral da personalidade é utilizando o art. 12 do Código Civil⁸⁶³. Este artigo seria a cláusula geral que permite o reenvio intrassistemático para os princípios constitucionais da dignidade humana⁸⁶⁴ e do livre desenvolvimento da personalidade, fazendo que estes dois preceitos constitucionais possam ser aplicados no âmbito das relações particulares, seja na dimensão de direito geral da personalidade ou de liberdade geral de ação.

Ademais, este reenvio não precisa ser somente a princípios constitucionais, pois direitos da personalidade podem resultar também de princípios e textos de direito internacional⁸⁶⁵ nomeadamente aqueles que tratam sobre os direitos humanos. Os direitos da

⁸⁶¹ **Teoria geral do direito civil**. 3ª ed. Coimbra: Coimbra, 1999, p. 74. No mesmo sentido: PINTO, Paulo Mota. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes (coordenador). **Portugal-Brasil ano 2000**. Coimbra: Coimbra, 1999, p. 238-240.

⁸⁶² CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1292.

⁸⁶³ **Direito geral da personalidade no sistema jurídica brasileiro**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007, p. 221.

⁸⁶⁴ MOREIRA, Rodrigo Pereira. Os fundamentos dos direitos da personalidade: entre o direito natural, o direito positivo e o direito discursivo. In: Martins, Fernando Rodrigues. **Direito em diálogo de fontes**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2014, p. 256-257.

⁸⁶⁵ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito civil: teoria geral**, vol. 1. 2ª ed. Coimbra: Coimbra, 2000, p. 85-86.

personalidade também são objeto de tratados de direitos humanos com destaque para a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana de Direitos Humanos⁸⁶⁶. É preciso considerar que posição de fundamentação jusnaturalista dos direitos da personalidade está intrinsicamente relacionada à gênese dos direitos humanos. Isso porque é comum, na esteira do pensamento de Fabio Maria de Mattia⁸⁶⁷, entender que os direitos humanos são os mesmos direitos da personalidade, sendo os primeiros utilizados na órbita internacional e os últimos no direito privado.

3.2 Dimensão de Direitos da Personalidade

Os direitos da personalidade são entendidos como aqueles direitos essenciais que compõem a medula da personalidade⁸⁶⁸, protegem os modos de ser da pessoa humana⁸⁶⁹, sendo derivados e necessários para a realização de sua dignidade⁸⁷⁰ e de seu livre desenvolvimento⁸⁷¹. Sua base é constituída por situações jurídicas subjetivas existenciais⁸⁷² que visam a proteção e promoção da integridade psicofísica e moral da pessoa.

Sua origem remonta à *actio iniuriarum* romana que visava a proteção concreta da pessoa contra agressões que pudessem denegri-la em seus direitos⁸⁷³, protegendo-a contra qualquer tipo de ofensa injuriosa⁸⁷⁴. Todavia, a construção dos direitos da personalidade não

⁸⁶⁶ PIOVESAN, Flávia; RUSSO JÚNIOR, Rômolo. Direitos humanos, dignidade humana e direitos da personalidade. In: FILOMENO, José Geral Brito; WAGNER JÚNIOR, Luiz Guilherme da Costa; GONÇALVES, Renato Afonso (coordenadores). **O Código civil e a sua interdisciplinaridade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 18.

⁸⁶⁷ Direitos da personalidade: aspectos gerais. In: MENDES, Gilmar Ferreira; STOCO, Rui (Organizadores). **Doutrinas essenciais: direito civil, parte geral, vol.3, pessoas e domicílio**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 248. Acompanhando e citando tal entendimento: TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: _____. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 35.

⁸⁶⁸ CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade**. São Paulo: Quorum, 2008, p. 24.

⁸⁶⁹ PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria geral do direito civil**. 3 ed. Coimbra: Coimbra, 1999, p. 87; SESSAREGO, Carlos Fernández. ¿Qué es ser “persona” para el Derecho?. **Revista de Derecho PUCP**. n. 54, p. 289-333. Lima, 2001, p. 300; ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito civil: teoria geral**, vol. 1. 2ª ed. Coimbra: Coimbra, 2000, p. 90.

⁸⁷⁰ GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 168. Para o autor: “Sob a denominação de direitos da personalidade, compreendem-se direitos considerados essenciais ao desenvolvimento da pessoa humana, que a doutrina moderna preconiza e disciplina, no corpo do Código Civil, como direitos absolutos. Destinam a resguardar a eminente dignidade da pessoa humana.”

⁸⁷¹ ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. **Direitos da personalidade**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 94.

⁸⁷² TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: _____. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 52.

⁸⁷³ SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Coimbra, 1995, p.

⁸⁷⁴ CANTALI, Fernanda Borghetti. **Direitos da personalidade: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 30. No mesmo sentido: ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. **Direitos da personalidade**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 29; TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: _____. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 26.

aconteceu de forma linear e, sob a influência de Savigny, houveram aqueles que não reconheceram a sua existência: Roubier, Unger, Dabin, Thon, Von Tuhr, Enneccerus, Zitelmann, Crome, Iellinek, Ravà, Simoncelli⁸⁷⁵.

Partindo da construção da sua teoria da relação jurídica dividida em sujeitos, objeto e vínculo, Savigny não enxergava como que na categoria dos direitos da personalidade fosse possível a consideração da pessoa simultaneamente como sujeito e objeto⁸⁷⁶, recusando o chamado “*ius in se ipsum*”⁸⁷⁷. Isto levaria a uma impossibilidade lógica e, somado à relação entre direito subjetivo e vontade suprema, poderia justificar o suicídio.

Esta concepção conhecida como negativista é justificada face ao início do desenvolvimento da teoria da relação jurídica e pelo conceito de vontade suprema que Savigny concedia ao direito subjetivo⁸⁷⁸, mas isto não significa que o autor era contrário à qualquer forma de proteção da pessoa humana.

Para Savigny, a construção dos direitos da personalidade não poderia ser realizada de forma separada dos direitos de propriedade e isso implicaria, impreterivelmente, na equivalência entre sujeito e objeto da relação jurídica, estando justificado a disposição da vida humana por meio do suicídio. Deste modo, para proteger a pessoa humana e evitar esta situação, o autor foi contrário a esta teoria que, em último sentido, reduzia a pessoa (sujeito) à categoria de coisa (objeto). Segundo Savigny todo o Direito, das ações penais às possessórias, já seria concebido em prol do homem, não sendo necessária a criação da categoria dos direitos da personalidade⁸⁷⁹.

Soma-se a isso que, baseado unicamente no direito subjetivo, Savigny não visualizava a perspectiva objetiva dos direitos da personalidade⁸⁸⁰ e a consideração da

⁸⁷⁵ TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: _____. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 26; TOBEÑAS, José Castán. **Los derechos de la personalidad**. Madrid: Reus, 1952, p. 19.

⁸⁷⁶ TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: _____. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 27.

⁸⁷⁷ SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Coimbra, 1995, p. 81.

⁸⁷⁸ Sobre a construção da teoria da relação jurídica e direito subjetivo vide supra item 1.1.2.

⁸⁷⁹ CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de direito civil português**: parte geral, tomo III. Coimbra: Almedina, 2004, p. 36.

⁸⁸⁰ VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Direito de personalidade**. Coimbra: Almedina, 2006, p. 50. Segundo autor: “Assumem grande importância no Direito os princípios e normas jurídicas injuntivas que gerem sobre a tutela da personalidade e que são indisponíveis. Estas regras constituem direito objectivo e são impostas pelo respeito da dignidade humana, que se impõe ao próprio legislador. Ao legislá-las o Estado cumpre um dever de soberania e concretiza em lei uma ordem jurídica que lhe é superior. [...] também as próprias pessoas, individualmente consideradas, não têm o poder de prescindir, de alienar ou de renunciar ao direito à vida e à dignidade pessoal.”

característica da relativa (in)disponibilidade destes direitos⁸⁸¹, o que poderia ser utilizado como argumento contra a legalização do suicídio.

De outro lado existem as teorias que reconhecem a existência dos direitos da personalidade e são tidas como afirmativistas. A primeira delas concerne à teoria do número fechado de direitos da personalidade. Extremamente influenciada pela doutrina positivista, para esta teoria somente seriam direitos da personalidade aqueles que o direito positivo reconhecesse como tais, pois a enumeração de direitos da personalidade seria taxativa.

A proteção da pessoa humana ficaria condicionada à tipificação de cada direito da personalidade específico na legislação de direito privado⁸⁸², razão pela qual também constitui uma teoria pluralista, pois existiriam vários direitos da personalidade fragmentados⁸⁸³. Adriano de Cupis, por exemplo, afirma que “todos os direitos subjetivos derivam do ordenamento positivo”, acompanhando aqui os direitos da personalidade⁸⁸⁴.

Isto permitia o surgimento de lacunas no momento de proteção da pessoa humana, sendo que quanto mais rigorosa fosse a tipificação, maior seria o número de lacunas no ordenamento jurídico⁸⁸⁵. Ademais, neste momento de construção, os direitos da personalidade recebiam o mesmo tratamento dispensado às relações jurídicas patrimoniais cuja violação ficava restrita ao campo da responsabilidade civil ressarcitória⁸⁸⁶.

Adentrando em suas construções teóricas, para o positivismo jurídico, existe uma primazia da lei sobre as outras fontes, dogma do direito chamado de “monismo jurídico”. Em um sistema de construção escalonada a lei é superior às outras fontes, razão pela qual é a única fonte de qualificação, situando-se em um grau hierárquico superior⁸⁸⁷. Outro dogma do positivismo jurídico é a completude ou plenitude do ordenamento jurídico, entendendo que o sistema jurídico é fechado, ou seja, possui “uma norma para regular cada caso”, não existindo nenhuma espécie de lacuna⁸⁸⁸. Em especial, a técnica legislativa utilizada por este positivismo

⁸⁸¹ VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Direito de personalidade**. Coimbra: Almedina, 2006, p. 48.

⁸⁸² GARCIA, Enéas Costa. **Direito geral da personalidade no sistema jurídico brasileiro**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007, p. 186.

⁸⁸³ CANTALI, Fernanda Borghetti. **Direitos da personalidade**: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 77.

⁸⁸⁴ **Os direitos da personalidade**. São Paulo: Quorum, 2008, p. 27.

⁸⁸⁵ GARCIA, Enéas Costa. **Direito geral da personalidade no sistema jurídico brasileiro**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007, p. 181.

⁸⁸⁶ GARCIA, Enéas Costa. **Direito geral da personalidade no sistema jurídico brasileiro**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007, p. 191-192.

⁸⁸⁷ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**. São Paulo: Ícone, 2006, p. 162-166.

⁸⁸⁸ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. São Paulo: EDIPRO, 2011, p. 115. Nas palavras de Hans Kelsen: “Trata-se de uma ficção de que a ordem jurídica tem uma lacuna – significando que o direito vigente não pode ser aplicado a um caso concreto porque não existe nenhuma norma geral que se refira a esse caso. A idéia é a de que é logicamente impossível aplicar o Direito efetivamente válido a um caso concreto porque falta a premissa necessária. (...) A ordem jurídica não pode ter quaisquer lacunas. Se o juiz está

é a de enumerações exaustivas ou taxativas, indicando que somente aquilo que estava previsto na lei poderia ser considerado como direito subjetivo.

Obviamente esta concepção juspositivista dos direitos da personalidade não fica isenta de críticas⁸⁸⁹, sendo a principal delas a possibilidade de engessamento dos direitos da personalidade⁸⁹⁰ e, conseqüentemente, a falta de proteção da pessoa humana, haja vista a impossibilidade do legislador prever todas as situações em que restaria ameaçada a personalidade humana.

A superação do entendimento do sistema jurídico como um sistema fechado começa com a proposta de Claus-Wilhelm Canaris. Sua teoria parte da constatação de que a ideia de sistema deve conter dois grandes elementos: a ordenação e a unidade. A ordenação exprime “um estado de coisas intrínseco racionalmente apreensível, isto é, fundado na realidade” enquanto a unidade visa “não permitir uma dispersão numa multitude de singularidades desconexas, antes devendo deixá-las reconduzir-se a uns quantos princípios fundamentais”⁸⁹¹.

O papel do sistema é identificar e realizar a adequação de valores e a unidade interior do ordenamento jurídico⁸⁹². Assim, para este autor, levando em consideração esse papel de adequação valorativa e unidade interior, o sistema jurídico só pode ser concebido como uma “ordem axiológica ou teleológica de princípios jurídicos gerais”⁸⁹³. São os princípios gerais que garantem a unidade do sistema jurídico.

Claus-Wilhelm Canaris indica que este tipo de sistema é aberto, pois existe uma incompletude do conhecimento jurídico e uma constante mutabilidade dos valores jurídicos que

autorizado a decidir uma disputa como legislador no caso de a ordem jurídica não conter nenhuma norma geral obrigando o réu à conduta reclamada pelo queixoso ele não preenche uma lacuna do Direito efetivamente válido, mas acrescenta ao Direito efetivamente válido uma norma individual à qual não corresponde nenhuma norma geral.” (**Teoria geral do direito e do estado**. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 212-213).

⁸⁸⁹ Acontece que o rigor científico trazido pelo positivismo ao influenciar a tipificação dos direitos da personalidade, na realidade não possuía nada de cientificidade. Consoante Elimar Szaniawski, o caos se instalou na classificação e diferenciação dos direitos da personalidade quando analisados separadamente. Isso acontece porque simplesmente a doutrina e a jurisprudência não são pacíficas no momento de dizer quais seriam todos os direitos da personalidade. Ao mesmo tempo em que direitos são reconhecidos e não possuem natureza de direitos da personalidade, outros que deveriam ser reconhecidos não são, fazendo com que surjam infinitas classificações dos direitos da personalidade, aumentando à medida da evolução da sociedade, da tecnologia e das inúmeras manifestações da personalidade humana. (**Direitos de personalidade e sua tutela**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 123-127).

⁸⁹⁰ GARCIA, Enéas Costa. **Direito geral da personalidade no sistema jurídico brasileiro**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007, p. 189;

⁸⁹¹ **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008, p. 12-13.

⁸⁹² CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008, p. 23.

⁸⁹³ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008, p. 280.

fundamentam o sistema⁸⁹⁴. Neste diapasão, Maria Helena Diniz defende um sistema jurídico aberto, incompleto e que está sempre em relação com outros sistemas, podendo então ser um sistema lacunoso caso haja uma incongruência ou alteração entre eles⁸⁹⁵.

Contribuem para a abertura do sistema: as cláusulas gerais; os conceitos jurídicos indeterminados; e as enumerações exemplificativas. Isto acaba por eliminar o engessamento dos direitos da personalidade e ainda protegem a pessoa humana de todas as ameaças que possam surgir contra a sua personalidade⁸⁹⁶. Assim, a partir do sistema jurídica aberto surgem duas concepções em relação aos direitos da personalidade: (i) uma teoria do número aberto de direitos da personalidade; e (ii) o direito geral da personalidade.

A teoria de *numerus apertus* de direitos da personalidade surge para contrapor-se à construção de um direito geral da personalidade fundado na perspectiva da dignidade humana e do livre desenvolvimento da personalidade. Defendida em Portugal por Menezes Cordeiro e José de Oliveira Ascensão e no Brasil por Silvio Romero Beltrão, esta teoria entende que o direito geral da personalidade não pode ser enquadrado no regime de direitos subjetivos devido à amplitude do bem protegido⁸⁹⁷ e a sua consideração como *ius in se ipsum*, avaliado como uma impossibilidade lógica⁸⁹⁸.

Contudo, a principal crítica ao direito geral de personalidade é a dificuldade de operabilidade de tal direito que de uma grande abstração passaria a regular situações concretas com grande perda para a segurança jurídica⁸⁹⁹. Neste sentido, a proposta da teoria do número

⁸⁹⁴ **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito.** Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008, p. 281. No mesmo sentido está a lição de Karl Larenz ao constatar que: “o sistema interno não é, como se depreende do que foi dito, um sistema fechado em si, mas um sistema ‘aberto’, no sentido de que são possíveis tanto mutações na espécie de jogo concertado dos princípios, do seu alcance e limitação recíproca, como também a descoberta de novos princípios; seja em virtude de alterações da legislação, seja em virtude de novos conhecimentos da ciência do Direito ou modificações na jurisprudência dos tribunais.” (**Metodologia da ciência do direito.** Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, p. 693).

⁸⁹⁵ **Compêndio de introdução à ciência do direito.** São Paulo: Saraiva, 2009, p. 449-450.

⁸⁹⁶ Neste mesmo contexto, é a posição de Leonardo Zanini sustentando que: “(...) a natureza positiva dos direitos da personalidade não significa o seu engessamento, ou seja, não são direitos da personalidade apenas aqueles expressamente tipificados no ordenamento jurídico. É que atualmente o direito não é mais concebido como um sistema fechado, mas sim como um sistema aberto dotado de instrumentos, como as cláusulas gerais e os conceitos indeterminados, que permitem sua constante adequação à sociedade.” (**Direitos da personalidade:** aspectos essenciais. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 123)

⁸⁹⁷ CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de direito civil português:** parte geral, tomo III. Coimbra: Almedina, 2004, p. 81.

⁸⁹⁸ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito civil:** teoria geral, vol. 1. 2ª ed. Coimbra: Coimbra, 2000, p. 87.

⁸⁹⁹ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito civil:** teoria geral, vol. 1. 2ª ed. Coimbra: Coimbra, 2000, p. 87-88; BELTRÃO, Silvio Romero. **Direitos da personalidade:** de acordo com o novo código civil. São Paulo: Atlas, 2005, p. 55-56. Este último afirma: “entre as duas teorias expostas, a da regime de números abertos é a que melhor expõe a tutela jurídica dos direitos da personalidade, pois permite a individualização do direito e o seu reconhecimento na sociedade, adotando o caráter enunciativo e não taxativo das situações previstas, enquanto que o direito geral da personalidade impõe a generalização das situações protegidas, com o indivíduo tendo que se defender não do caso típico, mas sim do direito geral, o que pode provocar insegurança jurídica, pela falta de percepção sócia das situações que merecem respeito.”

aberto de direitos da personalidade é a individualização de cada direito da personalidade com bens jurídicos perfeitamente delineados para enquadrá-los na categoria dos direitos subjetivos⁹⁰⁰, sem ser necessária, porém, a tipificação destes direitos na legislação positiva⁹⁰¹, pois sua atipicidade deriva justamente da dignidade da pessoa humana. Em outras palavras:

O fundamento do processo encontrar-se-ia no art. 70/1⁹⁰², por sua vez emanção do princípio da tutela da dignidade humana, que foi constitucionalmente acolhido. Este impõe que todas as manifestações desta dignidade sejam juridicamente tuteladas.

Mas a maneira técnica de concretizar esta exigência de proteção não está na criação de um super-direito, que duplicaria os direitos de personalidade existentes, mas na derivação a partir daquele princípio de concretos direitos de personalidade.

Esta derivação permite igualmente chegar a todos os domínios em que a tutela da personalidade se impuser, mas tem uma vantagem preciosa, em termos de segurança jurídica. A revelação dos direitos caso a caso, ou melhor, tipo a tipo, permite a formação de categorias socialmente reconhecíveis. Isto corta o efeito de surpresa e permite uma meditação generalizadora, liberta de influência emotivas do caso concreto⁹⁰³.

A teoria do número aberto de direitos da personalidade, apesar de ampliar a proteção da pessoa humana para os direitos atípicos, não se desvencilha de uma das principais críticas dirigidas à teoria clássica que é fragmentação da proteção da personalidade, desconsiderando o seu caráter complexo e uno. Por ainda ser uma teoria pluralista, não existe uma proteção integral da pessoa humana⁹⁰⁴. Deste modo, a tutela da pessoa não pode ser fracionada em hipóteses autônomas e incomunicáveis, pois o que está em jogo é a proteção do valor unitário da pessoa⁹⁰⁵.

O direito geral da personalidade, por sua vez, é construído na Alemanha a partir da interpretação do direito ao livre desenvolvimento da personalidade e do princípio da dignidade da pessoa humana. O direito geral da personalidade protege os diferentes modos de

⁹⁰⁰ CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de direito civil português**: parte geral, tomo III. Coimbra: Almedina, 2004, p. 79-80. Segundo o autor: “Para a categoria em estudo revela a ideia de direito subjectivo: permissão normativa específica de aproveitamento de um bem. [...] A permissão facultada pelo direito de personalidade é específica: não genérica. Assim, excluimos do âmbito aqui em estudo as liberdades, ainda que fundamentais: a liberdade de expressão não é um direito de personalidade, por envolver (mera) permissão genérica: já o direito a uma determinada carta – à sua confidencialidade – é um direito de personalidade: a permissão é específica.”

⁹⁰¹ BELTRÃO, Silvio Romero. **Direitos da personalidade**: de acordo com o novo código civil. São Paulo: Atlas, 2005, p. 56; CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de direito civil português**: parte geral, tomo III. Coimbra: Almedina, 2004, p. 82; ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito civil**: teoria geral, vol. 1. 2ª ed. Coimbra: Coimbra, 2000, p. 88.

⁹⁰² O autor faz referência ao seguinte artigo do Código Civil português: “1. A lei protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral.”

⁹⁰³ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito civil**: teoria geral, vol. 1. 2ª ed. Coimbra: Coimbra, 2000, p. 88.

⁹⁰⁴ GARCIA, Enéas Costa. **Direito geral da personalidade no sistema jurídico brasileiro**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007, p. 174-177.

⁹⁰⁵ PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 764.

desenvolvimento da pessoa subdividindo-se em: (i) direito à autodeterminação; (ii) direito à autopreservação; (iii) direito à autoapresentação⁹⁰⁶.

A autodeterminação permite que a pessoa possa configurar a sua própria identidade, bem como assegura a liberdade de não ser afetado massivamente na formação e afirmação desta identidade. Alcança, portanto, a liberdade de profissão e as liberdades de escolha no âmbito da sexualidade⁹⁰⁷.

A autopreservação ou autoconservação garante ao particular a possibilidade de se resguardar e se proteger da sociedade. Abrange a proteção das informações pessoais por meio da privacidade e da imagem na sua dimensão defensiva⁹⁰⁸.

O terceiro desdobramento, da autoapresentação ou autoexposição, concerne ao direito da pessoa de se expor ao público da forma que escolher, englobando os direitos à imagem, à honra pessoal, à autodeterminação informativa e à voz⁹⁰⁹.

Não obstante a possibilidade desta sistematização do direito geral da personalidade, bem como outras formas de sistematização, o importante na sua configuração é a afirmação de uma tutela integral (proteção e promoção) da pessoa humana que começa a partir da concepção do nascituro e que perdura, em determinados casos, até após a morte do indivíduo.

Capelo de Sousa afirma que o direito geral da personalidade representa uma proteção e promoção da globalidade dos elementos e expressões da personalidade humana em sua unidade “psico-físico-sócio-ambiental”, e de outro lado também garante os deveres dos outros sujeitos de se absterem de praticar atos que ofendam os bens jurídicos da personalidade alheia sob pena de incorrerem na responsabilidade civil repressiva ou preventiva⁹¹⁰.

O reconhecimento de um direito geral da personalidade é uma das formas de proteção do livre desenvolvimento da personalidade consagrado como direito fundamental

⁹⁰⁶ PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 177.

⁹⁰⁷ PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 177-178; MARTINS, Leonardo. Liberdade e igualdade. In: _____. **Liberdade e estado constitucional: Leitura jurídico-dogmática de uma complexa relação a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 49.

⁹⁰⁸ PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 178; MARTINS, Leonardo. Liberdade e igualdade. In: _____. **Liberdade e estado constitucional: Leitura jurídico-dogmática de uma complexa relação a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 50.

⁹⁰⁹ MARTINS, Leonardo. Liberdade e igualdade. In: _____. **Liberdade e estado constitucional: Leitura jurídico-dogmática de uma complexa relação a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 50; PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 179-180.

⁹¹⁰ **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Coimbra, 1995, p. 93. Na conceituação de Éneas Costa Garcia: “O direito geral da personalidade é o conceito indeterminado normativo segundo o qual a pessoa deve ser tutelada globalmente em todos os aspectos que compõem a sua personalidade (físico, espiritual, moral), prevenindo e sancionando qualquer comportamento antijurídico que represe menoscabo à dignidade da pessoa humana, frustrando ou embaraçando o livre desenvolvimento da personalidade do titular” (**Direito geral da personalidade no sistema jurídico brasileiro**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007, p. 87).

(ainda que implícito). Agindo como um direito fonte, a personalidade humana resta protegida contra qualquer tipo de violação atual ou futura, sejam estas previsíveis e imprevisíveis, perfazendo uma tutela global da pessoa humana ao incluir no seu âmbito de proteção bens jurídicos da personalidade que ainda não foram tipificados. Existe, portanto, uma abertura do direito geral da personalidade, de forma sincrônica e diacrônica, à inclusão de novos bens da personalidade que forem surgindo, renovando a proteção da pessoa humana frente a novas ameaças⁹¹¹.

Esta abertura acontece pela característica essencial do direito geral da personalidade que é a sua construção a partir da técnica legislativa de uma cláusula geral, que embora possa ser criticado pela sua indefinição ou incerteza (que na verdade é próprio de qualquer cláusula geral), possui como vantagem a sua maleabilidade e versatilidade para ser aplicado em situações jurídicas novas e cada vez mais complexas⁹¹² permitindo a tutela da pessoa humana sempre que sua personalidade restar violada ou ameaçada de violação.

Os direitos da personalidade possuem uma intrínseca relação com o direito ao livre desenvolvimento da personalidade⁹¹³. Como parte do seu âmbito de proteção, o direito geral da personalidade aparece como uma especificação do desenvolvimento da personalidade que, por sua vez, possui funções ainda mais amplas. É a conjugação da proteção da personalidade e da liberdade geral de ação que permite a livre formação da individualidade humana.

É importante constatar que uma parte da doutrina tem preferido a utilização do termo cláusula geral de tutela da personalidade ou da pessoa humana. Isso porque esta teoria é uma variante do direito geral da personalidade no sistema jurídico brasileiro⁹¹⁴, haja vista que este também compreende a noção de cláusula geral como já explicitado.

⁹¹¹ PINTO, Paulo Mota. Notas sobre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e os direitos de personalidade no direito português. In: Sarlet, Ingo Wolfgang. **A constituição concretizada**: construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 67-69.

⁹¹² **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Coimbra, 1995, p. 93. Nas palavras de Fernanda Cantali: “Em síntese, o direito geral de personalidade tem como objetivo salvaguardar a pessoa humana em qualquer circunstância, tanto mediante os especiais direitos da personalidade consagrados pela legislação constitucional e infraconstitucional, como também diante de qualquer situação que não atenda à realização da personalidade, eis que o projeto constitucional em vigor de valorização e proteção da dignidade da pessoa humana não se coaduna com a tipificação de situações previamente determinadas pelo simples dato de que não exaure as possibilidades oferecidas pela realidade” (**Direitos da personalidade**: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 82).

⁹¹³ CASTRO, Luis Martínez Vázquez de. **El principio de libre desarrollo de la personalidad en el ámbito privado**. Madrid: Civitas, 2010, p. 168.

⁹¹⁴ MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato. Principais problemas dos direitos da personalidade e estado-da-arte da matéria no direito comparado. In: _____. **Direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 19). Ademais, alguns autores utilizam como sinônimos a cláusula geral de tutela da personalidade humana e direito geral da personalidade, quais sejam: CANTALI, Fernanda Borghetti. **Direitos da personalidade**: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 253-254; SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua**

A diferença reside no fato da cláusula geral de tutela da personalidade humana propor: (i) a ampliação da realização dos direitos da personalidade por meio de situações jurídicas subjetivas existenciais e não apenas por direitos subjetivos⁹¹⁵; (ii) o reenvio intrassistemático a princípios do ordenamento jurídico, sobretudo aos constitucionais⁹¹⁶, e reenvio extrassistemático a valores fora do ordenamento jurídico, características próprias das cláusulas gerais⁹¹⁷.

Esta primeira diferença tem o condão de ressaltar que não é apenas por meio dos direitos subjetivos que proteção e a promoção da personalidade pode se realizar, pois dentro das situações jurídicas subjetivas a tutela personalidade pode demandar o exercício de poderes jurídicos, direitos potestativos, autoridade parental, faculdades, ônus⁹¹⁸, autonomia existencial e até mesmo deveres correlatos ou autônomos em relação aos direitos da personalidade.

Embora existam aqueles que defendem uma diferenciação mais rígida entre direito geral da personalidade e cláusula geral de tutela da pessoa humana⁹¹⁹, é possível insistir, na esteira das explicações de Daniel Sarmiento, que os termos direito geral da personalidade e cláusula geral de tutela da pessoa humana possam ser utilizados como sinônimos caso seja explicitado que a primeira expressão não está restrita à categoria dos direitos subjetivos classicamente considerados pela doutrina civilista⁹²⁰.

Quanto ao seu fundamento normativo, a doutrina tem defendido a aplicação direta do princípio da dignidade da pessoa humana nas relações privadas o que garantiria a existência de uma cláusula geral de tutela da personalidade no sistema jurídico brasileiro⁹²¹. Todavia, de

tutela. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 136-137; ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. **Direitos da personalidade:** aspectos essenciais. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 265-267.

⁹¹⁵ TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: _____. **Temas de direito civil.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 50-51; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana:** uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 117-118.

⁹¹⁶ PERLINGIERI, Pietro. **Direito civil na legalidade constitucional.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 239-240.

⁹¹⁷ JORGE JÚNIOR, Alberto Gosson. **Cláusulas gerais no novo código civil.** São Paulo: Saraiva, 2004, p. 40.

⁹¹⁸ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana:** uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 118.

⁹¹⁹ Ana Carolina Teixeira e Renata de Lima Rodrigues afirmam: “Com efeito, não há que se confundir tal proposta com aquilo que apregoa a teoria monista. Na lógica da *cláusula geral de tutela da pessoa humana*, estamos diante de *uma única norma* – que se concretiza em várias outras com poder de decisão diante de situações concretas – a abarcar uma multiplicidade de direitos subjetivos de personalidade e demais situações jurídicas existenciais, as quais são infinitas, e não de *um único direito geral de personalidade*, a englobar todos os nuances da personalidade humana, como apregoa a teoria monista, o que, a rigor, as diferencia em tudo e por tudo” (Aspectos gerais dos direitos da personalidade. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. **Manual de teoria geral do direito civil.** Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 244).

⁹²⁰ **Direitos fundamentais e relações privadas.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 101-102.

⁹²¹ LIMA, Clara Maria Lindoso e. **A tutela dos direitos da personalidade por meio da aplicabilidade direta do princípio da dignidade da pessoa humana nas relações de direito privado.** 159 f. Dissertação (Mestre. Área de concentração em Direito Privado) - Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2005, passim; TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: _____. **Temas de direito civil.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 53; MORAES, Maria Celina

forma coerente com a teoria da aplicação mediata dos direitos fundamentais nas relações privadas, a melhor hermenêutica para o reconhecimento de um direito geral da personalidade ou cláusula geral de tutela da pessoa humana é a utilização de cláusulas gerais, reconhecidas pelo ordenamento jurídico, para que seja feito o reenvio para os princípios constitucionais que fazem o preenchimento valorativo para a definição do caso concreto.

Neste ponto o art. 12 do Código Civil⁹²² surge como uma das principais cláusulas gerais previstas no âmbito privado para sustentar a existência de um direito geral da personalidade, podendo ser complementada pela cláusula geral de responsabilidade civil dos art. 186 e 927 do mesmo código⁹²³, que juntas configuram um sistema amplo de tutela que não se resume aos direitos da personalidade tipificados⁹²⁴.

O direito ao livre desenvolvimento da personalidade, como direito fundamental, impõe na forma de deveres de proteção uma previsão legal de uma tutela geral da personalidade no âmbito privado, esta previsão, no direito português, situa-se no art. 70.º, n.º 1 do Código Civil português⁹²⁵, enquanto que no direito brasileiro baseia-se nas referidas cláusulas gerais.

Como âmbito de proteção do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, o direito geral de personalidade vincula imediatamente o Estado que deve respeitar todos os modos de ser da pessoa humana considerada de forma global. Os particulares, por sua vez, estão vinculados a este direito por meio do reenvio intrassistemático realizado pelas cláusulas gerais do Código Civil (arts. 12, 186 e 927) aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF) e do direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade (reconhecido de forma implícita), tutelando de forma geral (repressivamente, preventivamente e promocionalmente) todas as manifestações dos modos de ser da pessoa humana, sejam elas típicas ou atípicas.

Acrescente-se que pela solução diferenciadora atribuída à eficácia horizontal dos direitos fundamentais, a aplicação direta do direito ao livre desenvolvimento da personalidade

Bodin de. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 117-118.

⁹²² Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

⁹²³ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.
[...]

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

⁹²⁴ GARCIA, Enéas Costa. **Direito geral da personalidade no sistema jurídico brasileiro**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007, p. 228-229. Em sentido parecido: MELLO, Cláudio Ari. Contribuição para uma teoria híbrida dos direitos de personalidade. In: SARLET, Ingo Wolfgang (organizador). **O novo código civil e a constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 88.

⁹²⁵ PINTO, Paulo Mota. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes (coordenador). **Portugal-Brasil ano 2000**. Coimbra: Coimbra, 1999, p. 244.

somente ocorre, na forma de imperativo de tutela, quando não houverem cláusulas gerais, conceitos jurídicos indeterminados ou princípios de direito privado que possam servir como portas de entrada para tal direito fundamental.

3.2.1 Cláusula Geral de Tutela da Personalidade e Direitos Especiais de Personalidade

O reconhecimento de um direito geral da personalidade não torna dispensáveis os direitos especiais de personalidade já tipificados. Existe, antes de tudo, uma articulação entre a cláusula geral de tutela da personalidade e os demais direitos da personalidade já consagrados como a honra, a imagem, a privacidade, a voz, entre outros.

Entendido como um direito-fonte ou um direito-quadro, o direito geral da personalidade funciona como um critério material para que possam surgir novos direitos da personalidade quando isto for necessário⁹²⁶. Ademais, a aplicação da cláusula geral de tutela da personalidade é feita de forma subsidiária em relação aos direitos especiais de personalidade que representam manifestações parcelares de um direito-mãe⁹²⁷.

A previsão de direitos específicos de personalidade não esgota todo o bem e valor da personalidade que deve ser considerado em sua unidade. Há, portanto, a complementação da tutela da personalidade via o direito geral da personalidade que é mais extenso e dinâmico⁹²⁸ para a proteção do livre desenvolvimento da personalidade. A construção de direitos especiais da personalidade, sejam eles típicos ou atípicos, contribuem para garantir uma maior delimitação de uma manifestação parcelar da personalidade, mas não excluem a existência de um direito mais amplo que possa dar conta de todas as possíveis ofensas dirigidas à pessoa humana.

O tratamento de direito típicos da personalidade pela legislação reflete casos paradigmáticos de tutela da personalidade que ganharam relevância para a proteção da pessoa humana, em particular face a lesões reiteradas que historicamente aconteceram em relação a determinados modos de ser da pessoa humana, criando regimes mais específicos em busca de

⁹²⁶ VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Direito de personalidade**. Coimbra: Almedina, 2006, p. 62.

⁹²⁷ SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Coimbra, 1995, p. 559-560.

⁹²⁸ SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Coimbra, 1995, p. 560.

respostas mais adequadas⁹²⁹. Estes direitos merecem uma especial atenção em razão de políticas legislativas que visem a sua tutela expressa buscando uma melhor eficácia na sua proteção⁹³⁰.

Como bem observa Cláudio Ari Mello, a melhor técnica para a proteção da pessoa humana é a associação de um direito geral da personalidade com a consagração de direitos específicos de personalidade⁹³¹. Isso porque se a proteção da personalidade fica restrita à técnica de direitos típicos tem-se uma limitação na forma de tutela da pessoa humana. Por outro lado, se for reconhecido apenas um direito geral da personalidade, a aplicação de tal instituto se tornaria mais lenta, pois toda forma de ofensa à pessoa humana necessitaria da concreção de uma cláusula geral⁹³².

A relação entre direito geral da personalidade e direitos especiais da personalidade é no sentido de especialidade. Se existir um direito específico da personalidade que possa ser aplicado ao caso concreto, então, em princípio, não precisa ser utilizada a cláusula geral de tutela da personalidade. Não existindo nenhum direito reconhecido pela legislação e mesmo assim restar configurada uma violação à personalidade humana, então incide em sua plenitude o direito geral da personalidade⁹³³. Nas palavras de Leonardo Zanini:

O direito geral da personalidade fundamenta, informa e serve de princípio geral mesmo aos direitos especiais de personalidade, uma vez que é visto como um direito-mãe ou um direito-fonte. No entanto, sua aplicação se dá de forma subsidiária aos direitos especiais da personalidade, sendo englobante dos mesmos, que, por seu turno, não esgotam o bem geral da personalidade. Assim, pode-se dizer que os direitos típicos seriam manifestações parciais da tutela globalmente conferida pelo direito geral da personalidade⁹³⁴.

Os direitos especiais da personalidade podem ser encontrados no Código Civil entre o art. 11 e art. 21. Não obstante, em outras partes deste diploma normativo, bem como em leis especiais (Código de Defesa do Consumidor, Estatuto da Criança e do Adolescente, Estatuto do Idoso, etc.) também podem ser encontrados outros direitos da personalidade.

⁹²⁹ VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Direito de personalidade**. Coimbra: Almedina, 2006, p. 65-67. Em outras palavras: “Todavia, não obstante a certeza quanto à unidade da pessoa humana, a doutrina do direito geral da personalidade também não pode ser levada ao extremo, visto que, ao lado de um direito geral, a proteção dos seres humanos também pode se dar por meio de direito expressamente tipificados no ordenamento jurídico, que proporcionariam uma eficaz tutela da personalidade” (ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. **Direitos da personalidade: aspectos essenciais**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 152).

⁹³⁰ SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. 2 ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2005, p. 128.

⁹³¹ Contribuição para uma teoria híbrida dos direitos de personalidade. In: SARLET, Ingo Wolfgang (organizador). **O novo código civil e a constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 89.

⁹³² GARCIA, Enéas Costa. **Direito geral da personalidade no sistema jurídico brasileiro**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007, p. 162.

⁹³³ GARCIA, Enéas Costa. **Direito geral da personalidade no sistema jurídico brasileiro**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007, p. 164-165.

⁹³⁴ **Direitos da personalidade: aspectos essenciais**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 154.

O que se pretende demonstrar, apesar da doutrina não se debruçar sobre o assunto, é que o livre desenvolvimento da personalidade e a dignidade da pessoa humana, que são critérios materiais para a configuração do direito geral da personalidade, também podem ser utilizados para o reconhecimento de direitos da personalidade que não estejam no Título I, Capítulo II do Código Civil de 2002.

No direito de família, por exemplo, é facilmente identificável à luz da dignidade humana e do livre desenvolvimento da personalidade, que o direito aos alimentos pode ser considerado um direito especial de personalidade.

Os alimentos existem para garantir a subsistência de uma pessoa de acordo com as suas necessidades psicofísicas, desde que a mesma não tenha condições de manter-se por si só (arts. 194 e ss. do CC/2002), relacionando-se com o direito à vida, à integridade física, dignidade da pessoa humana⁹³⁵ e o seu livre desenvolvimento da personalidade. Neste sentido, guardada a essencialidade dos alimentos para a pessoa humana, não existem motivos para que tal direito não seja classificado como da personalidade.

No campo dos direitos reais existe outro exemplo. Em seu art. 1.277⁹³⁶, o Código Civil consagra de forma expressa o direito ao sossego. Este direito está intrinsecamente relacionado com a ausência de perturbação e paz de espírito, pois ao limitar as impressões sensitivas vindas do exterior (som, luz, cheiro, sensações térmicas e imagens) contribui-se para o desenvolvimento físico e psíquico do homem⁹³⁷. Embora esteja na parte sobre direito de vizinhança, como direito da personalidade o sossego não fica restrito às relações entre vizinhos (mesmo se entendida de forma ampla) podendo alcançar diversas situações do cotidiano que vai desde a venda de produtos por meio de alto-falantes até a utilização de som automotivo de forma exorbitante⁹³⁸.

O direito ao sossego é elemento essencial para a realização do livre desenvolvimento da personalidade e da dignidade da pessoa humana, devendo gozar do mesmo

⁹³⁵ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Teoria geral dos alimentos. In: CAHALI, Francisco José; _____ (coord.). **Alimentos no código civil**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 1-2.

⁹³⁶ Art. 1.277. O proprietário ou o possuidor de um prédio tem o direito de fazer cessar as interferências prejudiciais à segurança, ao sossego e à saúde dos que o habitam, provocadas pela utilização de propriedade vizinha.

⁹³⁷ LOUREIRO, Francisco Eduardo. Direito ao sossego. In: LOTUFO, Renan (coordenador). **Cadernos de autonomia privada**: vol. 2. Curitiba: Juruá, 2001, p. 117-119. Continua o autor: “Poderíamos falar, portanto, de um direito geral de respeito à decisão individual do que ouvir, ver, ler, ou do que sentir. Parece claro, porém, que não há um direito ilimitado de controle de impressões sensitivas ou mesmo de informações. A vida em sociedade, ainda mais em vista dos fenômenos da massificação e da concentração urbana, exige um grau razoável de sacrifício da tranquilidade individual. Não é, assim, qualquer agressão ao sossego que se reputa ilícita, mas tão-somente aquela que ultrapasse um grau de tolerabilidade ordinário, indispensável à convivência humana.”

⁹³⁸ LOUREIRO, Francisco Eduardo. Direito ao sossego. In: LOTUFO, Renan (coordenador). **Cadernos de autonomia privada**: vol. 2. Curitiba: Juruá, 2001, p. 121.

regime destinado aos direitos da personalidade como a oponibilidade *erga omnes*, imprescritibilidade, entre outros.

O direito à saúde, como direito individual da personalidade, também é reconhecido no campo dos direitos reais no art. 1.277, bem como no âmbito da responsabilidade civil no art. 949⁹³⁹, ambos do Código Civil, e em razão da sua oponibilidade *erga omnes* cria um dever de abstenção para todos os demais que não podem lesar a saúde de outras pessoas.

Nas leis especiais é possível encontrar diversos outros direitos da personalidade que servem à dignidade humana e ao livre desenvolvimento da personalidade. À guisa de exemplo, no Código de Defesa do Consumidor tem-se: (i) a vida e a saúde – art. 6º, inc. I; (ii) educação – art. 6º, inc. II; (iii) a proteção e promoção da integridade física do consumidor via a segurança dos serviços e produtos ofertados – arts. 12 a 14; (iv) a proteção e promoção da integridade moral do consumidor por meio da proibição de práticas abusivas, principalmente a publicidade abusiva – art. 37, § 2º; (v) a tutela da honra do consumidor – art. 39, VII; e (vi) a privacidade, via a regulamentação dos bancos de dados de consumidores – art. 43⁹⁴⁰. Isto sem contar a aplicação do direito geral da personalidade a todas as relações de direito privado, mesmo àquelas que se configuram como relação de consumo⁹⁴¹.

A amplitude de direitos da personalidade reconhecidos na legislação infraconstitucional impossibilita a realização de uma lista exaustiva destes direitos, mesmo se nos atermos apenas àqueles que foram tipificados. A complexidade da pessoa humana leva, ainda, à consideração daqueles direitos que não mereceram tratamento exposto pelo legislador, mas que são derivados da dignidade humana, do livre desenvolvimento da personalidade e compõe a cláusula geral de tutela da pessoa humana.

3.2.2 Direitos da Personalidade Atípicos: exemplificação necessária a partir do direito ao esquecimento

Devido à amplitude necessária de direitos para a proteção e promoção da pessoa, uma lista de direitos da personalidade típicos e atípicos será sempre exemplificativa. Isto não

⁹³⁹ Art. 949. No caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até ao fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido.

⁹⁴⁰ MIRAGEM, Bruno. Os direitos da personalidade e os direitos do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**. N. 49, p. 40-76. São Paulo: Revista dos Tribunais, janeiro-março, 2004, p. 54-66.

⁹⁴¹ BOLSON, Simone Hegele. Direitos da personalidade do consumidor e a cláusula geral de tutela da dignidade da pessoa humana. **Revista de Direito do Consumidor**. N. 52, p. 130-162. São Paulo: Revista dos Tribunais, outubro-dezembro, 2004, passim.

significa que a doutrina e a jurisprudência não devem procurar delimitar novos direitos que possibilitem uma aplicabilidade mais eficaz para situações concretas em que a personalidade humana estiver sendo violada, ameaçada de violação ou que necessite de ser promovida. O direito ao esquecimento é um destes direitos que tem sido desenvolvido pela doutrina e jurisprudência, tanto no Brasil quanto no exterior.

O conteúdo do direito ao esquecimento pode assumir dois aspectos diferentes – todavia não excludentes – concernentes ao: (i) direito de ser esquecido; e (ii) direito a esquecer. O primeiro assume uma perspectiva dirigida a terceiros, ou seja, quem deveria esquecer o seu passado. Já o segundo adota uma visão de primeira pessoa, pois é preciso que o ser humano esqueça o seu próprio passado⁹⁴² para começar um novo modo de ser e viver, constituindo uma forma de tutela promocional da pessoa humana.

O direito ao esquecimento é uma figura híbrida⁹⁴³, pois o direito de ser esquecido está intrinsecamente ligado ao direito à privacidade, enquanto o direito a esquecer deriva do direito à identidade pessoal, pontos de vistas complementares na formação do direito ao esquecimento.

Importante esclarecer que o esquecimento liga-se tanto ao viés negativo, quanto à perspectiva positiva da privacidade. No primeiro caso, a privacidade é apreendida como “o modo de ser da pessoa, que consiste na exclusão do conhecimento pelos outros daquilo que se refere somente a ela”⁹⁴⁴. Assim, na concepção negativa clássica, a privacidade se apresenta como um direito de defesa, um direito de excluir do conhecimento alheio aspectos da vida pessoal de cada um.

Neste viés, o direito ao esquecimento assume também a sua posição clássica de direito subjetivo de impedir a veiculação ou exploração de episódios desabonadores que interessam ser esquecidos⁹⁴⁵, em especial o passado judicial criminal⁹⁴⁶, como foi o caso do seu reconhecimento no Superior Tribunal de Justiça no REsp 1334097/RJ:

⁹⁴² KOOPS, Bert-Jaap. Forgetting footprints, shunning shadow. A critical analysis of the “right to be forgotten” in big data practice. **Scripted**, vol. 8, n. 3, p. 229-256, dezembro 2011, p. 231-232; ROUVROY, Antoinette. Réinventer l’art d’oublier et de se faire oublier dans la société de l’information? Versão aumentada do capítulo publicado sobre o mesmo título In: LACOUR, Stéphanie. **La sécurité de l’individu numérisé. Réflexions prospectives et internationales**. Paris: L’Harmattan, 2008, p. 25.

⁹⁴³ CHOERI, Raul Cleber da Silva. **O direito à identidade na perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 263.

⁹⁴⁴ CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade**. São Paulo: Quorum, 2008, p. 139.

⁹⁴⁵ SILVA, Edson Ferreira da. **Direito à intimidade**. 2 ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p. 76. Muito embora sobre a perspectiva da primeira pessoa o direito ao esquecimento também represente a possibilidade de um novo começo para o condenado criminalmente, haja vista que os dois prismas não são excludentes.

⁹⁴⁶ Veja-se também o enunciado 531 da VI Jornada de Direito Civil: “A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento.

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE IMPRENSA VS. DIREITOS DA PERSONALIDADE. LITÍGIO DE SOLUÇÃO TRANSVERSAL. COMPETÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DOCUMENTÁRIO EXIBIDO EM REDE NACIONAL. [...]

2. Nos presentes autos, o cerne da controvérsia passa pela ausência de contemporaneidade da notícia de fatos passados, que reabriu antigas feridas já superadas pelo autor e reacendeu a desconfiança da sociedade quanto à sua índole. O autor busca a proclamação do seu direito ao esquecimento, um direito de não ser lembrado contra sua vontade, especificamente no tocante a fatos desabonadores, de natureza criminal, nos quais se envolveu, mas que, posteriormente, fora inocentado⁹⁴⁷.

Em relação ao viés positivo da privacidade, esta é entendida como o direito de manter o controle sobre as suas informações⁹⁴⁸, denominado autodeterminação informativa. O reconhecimento da perspectiva positiva da privacidade é uma construção derivada da atual sociedade pós-industrial, cuja a principal fonte de riqueza é a própria informação, surgindo a necessidade de regulamentar os direitos e deveres sobre este novo recurso⁹⁴⁹.

Neste diapasão de novas configurações da privacidade, cujo protagonismo concerne à sociedade de informação e conseqüentemente à internet, este direito não está mais ligada ao secretismo e exclusão de informações pessoais de terceiros. A privacidade no contexto da internet significa o poder dos indivíduos de decidirem quais as informações serão reveladas, para quem e com qual objetivo⁹⁵⁰.

Do direito à autodeterminação informativa derivam alguns princípios que devem ser obedecidos para a proteção da privacidade. Dentre eles se encontra o princípio da finalidade, visto que o propósito da coleta de dados deve ser previamente conhecido e as informações devem ser eliminadas ou tornadas anônimas quando não forem mais necessárias, ou quando tiverem alcançado os seus objetivos⁹⁵¹. É justamente deste princípio da finalidade que se retira

Justificativa: Os danos provocados pelas novas tecnologias de informação vêm-se acumulando nos dias atuais. O direito ao esquecimento tem sua origem histórica no campo das condenações criminais. Surge como parcela importante do direito do ex-detento à ressocialização. Não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história, mas apenas assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados.”

⁹⁴⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1334097/RJ**. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. DJe 10 set. 2013.

⁹⁴⁸ RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade de vigilância**: a privacidade hoje. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 109; PEREIRA, Marcelo Cardoso. **Direito à intimidade na internet**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 145.

⁹⁴⁹ GONÇALVES, Maria Eduarda. **Direito da informação**: novos direitos e formas de regulação na sociedade da informação. Coimbra: Almedina, 2003, p. 7.

⁹⁵⁰ TERWANGNE, Cécile de. Privacidad en internet y el derecho a ser olvidado/derecho al olvido. **Revista de Internet, Derecho y Política**, n. 13, p. 53-66, febrero 2012, p. 54-55.

⁹⁵¹ RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade de vigilância**: a privacidade hoje. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 59.

um direito ao esquecimento, pois o responsável pelo tratamento de dados não pode manter as informações ou deve mantê-las de forma anônima depois que os fins foram obtidos⁹⁵².

Todavia, com o avanço ainda maior da tecnologia, principalmente com a memória eterna eletrônica e a eficiência dos motores de busca na internet, atualmente é muito difícil escapar do seu passado quando tudo na internet é gravado e armazenado de forma permanente⁹⁵³. Neste contexto, a reivindicação atual do direito ao esquecimento é a eliminação automática das informações pessoais após transcorrido um prazo determinado⁹⁵⁴. Seria, assim, um direito de deletar a informação no seu devido tempo⁹⁵⁵, colocando nesta um prazo de validade⁹⁵⁶.

A efetivação de tais perspectivas do direito ao esquecimento na sociedade de informação ainda enfrenta uma série de obstáculos concernentes à sua aplicação prática que precisam ser esclarecidos como: (i) a possibilidade de apagar informações copiadas por terceiros; (ii) contra quem exercer o direito ao esquecimento; (iii) como verificar se a informação foi realmente eliminada; (iv) quando e porque o direito ao esquecimento pode ser invocado; (v) a necessidade de criação de tecnologias que possibilitem a aplicação prática do esquecimento semelhantes às chamadas “Privacy Enhancing Technologies”⁹⁵⁷, entre outros que não podem ser aqui desenvolvidos.

O direito ao esquecimento está intrinsicamente ligado ao livre desenvolvimento da personalidade e à dignidade da pessoa humana, por isso deve ser considerado um direito da personalidade atípico. Levando em consideração o direito ao esquecimento sob o prisma da autodeterminação e da identidade pessoal Antoinette Rouvroy afirma que

l'une des conditions nécessaires à l'épanouissement de l'autonomie individuelle est, pour l'individu, la possibilité d'envisager son existence non pas comme la confirmation ou la répétition de ses propres traces, mais comme la possibilité de changer de route, d'explorer des modes de vie et façons d'être

⁹⁵² TERWANGNE, Cécile de. Privacidad en internet y el derecho a ser olvidado/derecho al olvido. **Revista de Internet, Derecho y Política**, n. 13, p. 53-66, febrero 2012, p. 58.

⁹⁵³ ROSEN, Jeffrey. The right to be forgotten. **Stanford Law Review**, vol. 64, n. 88, p. 88-92. Stanford, february, 2012.

⁹⁵⁴ TERWANGNE, Cécile de. Privacidad en internet y el derecho a ser olvidado/derecho al olvido. **Revista de Internet, Derecho y Política**, n. 13, p. 53-66, febrero 2012, p. 60-61.

⁹⁵⁵ KOOPS, Bert-Jaap. Forgetting footprints, shunning shadow. A critical analysis of the “right to be forgotten” in big data practice. **Scripted**, vol. 8, n. 3, p. 229-256, dezembro 2011, p. 236.

⁹⁵⁶ WEBER, Rolf H. The right to be forgotten: more than a pandora’s box? **Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law**, vol. 2, p. 120-130, july 2011, p. 126-127.

⁹⁵⁷ WEBER, Rolf H. The right to be forgotten: more than a pandora’s box? **Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law**, vol. 2, p. 120-130, july, 2011; KOOPS, Bert-Jaap. Forgetting footprints, shunning shadow. A critical analysis of the “right to be forgotten” in big data practice. **Scripted**, vol. 8, n. 3, p. 229-256, dezembro, 2011; ERWANGNE, Cécile de. Privacidad en internet y el derecho a ser olvidado/derecho al olvido. **Revista de Internet, Derecho y Política**, n. 13, p. 53-66, febrero 2012, p. 60-61; ROSEN, Jeffrey. The right to be forgotten. **Stanford Law Review**, vol. 64, n. 88, p. 88-92, february 2012.

nouveaux, en un mot, d'aller là où on ne l'attend pas [...]. C'est bien ce "droit à une seconde chance", la possibilité de recommencer à zéro [...]⁹⁵⁸.

Neste sentido, o direito ao esquecimento não mais se restringe às hipóteses de esquecer o passado judicial criminal de cada pessoa. Este direito expandiu-se para a proteção do consumidor nos casos de cadastros negativos, para a proteção de dados pessoais no direito eletrônico⁹⁵⁹ e também para possibilitar um novo começo para aquelas pessoas que resolvem mudar o seu plano existencial, alterando ou adequando a sua identidade pessoal como é o caso do transexual.

Por estarem relacionados com o livre desenvolvimento da personalidade ainda podemos citar como direitos da personalidade atípicos: (i) o direito a não saber, relacionado com a discussão sobre aquilo que se pode ou se deve saber⁹⁶⁰; (ii) direito à identidade pessoal que inclui o direito ao nome, mas transcende sua proteção⁹⁶¹; (iii) o direito de casar ou constituir união estável entre pessoas do mesmo sexo⁹⁶²; e (iv) o direito à busca da felicidade. Estes dois últimos já mereceram análise conjunta pelo Supremo Tribunal Federal:

UNIÃO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO - ALTA RELEVÂNCIA SOCIAL E JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DA QUESTÃO PERTINENTE ÀS UNIÕES HOMOAFETIVAS - LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO RECONHECIMENTO E QUALIFICAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR: POSIÇÃO CONSAGRADA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (ADPF 132/RJ E ADI 4.277/DF) - O AFETO COMO VALOR JURÍDICO IMPREGNADO DE NATUREZA CONSTITUCIONAL: A VALORIZAÇÃO DESSE NOVO PARADIGMA COMO NÚCLEO

⁹⁵⁸ Réinventer l'art d'oublier et de se faire oublier dans la société de l'information? Versão aumentada do capítulo publicado sobre o mesmo título In: LACOUR, Stéphanie. *La sécurité de l'individu numérisé. Réflexions prospectives et internationales*. Paris: L'Harmattan, 2008, p. 6. Tradução livre: [...] uma das condições necessárias para o desenvolvimento da autonomia individual é, para o indivíduo, a oportunidade de considerar a sua existência não como uma confirmação ou a repetição de seus próprios traços, mas como a possibilidade de mudar de rumo, para explorar modos de vida e novas formas de ser, em uma palavra, para ir aonde não esperamos [...]. Isso é o "direito a uma segunda chance", a oportunidade de recomeçar do zero [...].

⁹⁵⁹ KOOPS, Bert-Jaap. Forgetting footprints, shunning shadow. A critical analysis of the "right to be forgotten" in big data practice. *Scripted*, vol. 8, n. 3, p. 229-256, dezembro 2011, p. 250.

⁹⁶⁰ RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade de vigilância: a privacidade hoje*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 108-109.

⁹⁶¹ Nas palavras de Anderson Schreiber: "[...] o direito à identidade pessoal vai muito além da proteção ao nome. Abrange traços distintivos da mais variada ordem, como estado civil, etnia, orientação sexual, impressões digitais, ideologia política, crença religiosa e assim por diante. Não há aqui, a rigor, a sobreposição com aspectos já abrangidos por outros direitos da personalidade, como o direito à imagem e o direito à privacidade. Isso porque o direito à identidade pessoal não se confunde com a tutela isolada e estática de cada um desses aspectos. A pessoal deve ser vista em perspectiva funcional e dinâmica, voltada a promover e garantir uma fidedigna apresentação da pessoa humana, em sua inimitável singularidade" (**Direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 210).

⁹⁶² ALMEIDA, Kellyne Laís Laburú Alencar de. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade – perspectiva do direito português. In: MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato (organizadores). **Direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 99-100.

CONFORMADOR DO CONCEITO DE FAMÍLIA - O DIREITO À BUSCA DA FELICIDADE, VERDADEIRO POSTULADO CONSTITUCIONAL IMPLÍCITO E EXPRESSÃO DE UMA IDÉIA-FORÇA QUE DERIVA DO PRINCÍPIO DA ESSENCIAL DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - ALGUNS PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DA SUPREMA CORTE AMERICANA SOBRE O DIREITO FUNDAMENTAL À BUSCA DA FELICIDADE [...] NINGUÉM PODE SER PRIVADO DE SEUS DIREITOS EM RAZÃO DE SUA ORIENTAÇÃO SEXUAL. – [...] DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E BUSCA DA FELICIDADE. - O postulado da dignidade da pessoa humana, que representa - considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, art. 1º, III) - significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País, traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo. Doutrina. - O princípio constitucional da busca da felicidade, que decorre, por implicitude, do núcleo de que se irradia o postulado da dignidade da pessoa humana, assume papel de extremo relevo no processo de afirmação, gozo e expansão dos direitos fundamentais, qualificando-se, em função de sua própria teleologia, como fator de neutralização de práticas ou de omissões lesivas cuja ocorrência possa comprometer, afetar ou, até mesmo, esterilizar direitos e franquias individuais. - Assiste, por isso mesmo, a todos, sem qualquer exclusão, o direito à busca da felicidade, verdadeiro postulado constitucional implícito, que se qualifica como expressão de uma idéia-força que deriva do princípio da essencial dignidade da pessoa humana. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e da Suprema Corte americana. [...] ⁹⁶³.

Cada um destes direitos mereceria uma monografia específica para determinar os seus respectivos âmbitos de proteção, titularidade, funções, limites e restrições, finalidade esta que foge aos objetivos traçados neste trabalho que não vislumbra a intenção de esgotar as análises a respeito dos direitos da personalidade que, por sua vez, parecem ser infinitas como são as próprias manifestações personalidade humana.

⁹⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 477554 AgR/MG**. Relator(a): Min. CELSO DE MELLO. DJe 25/08/2011.

3.3 Dimensão de Liberdade

Embora a questão da liberdade tenha permeado toda a construção do livre desenvolvimento da personalidade definida no segundo capítulo, ainda restam algumas considerações a respeito deste tema que não tiveram a oportunidade de serem abordadas ao longo deste trabalho.

Primeiramente, o conceito de liberdade não é facilmente identificável, em especial quando se leva em consideração as diversas disputas e concepções teóricas sobre o significado do direito à liberdade⁹⁶⁴. Neste sentido, a apresentação de algumas destas concepções (nomeadamente aquelas mais recorrentes e interessantes para o livre desenvolvimento da personalidade) mostra-se como um percurso necessário, a começar pelo discurso de Benjamin Constant sobre a liberdade dos antigos e a liberdade dos modernos.

Benjamin Constant definiu a liberdade dos modernos como a liberdade de não ser submetido à vontade arbitrária de um ou de vários indivíduos. Esta liberdade consiste na possibilidade de emitir a sua opinião, de escolher o seu trabalho, de ir e vir, de dispor da propriedade, de reunir-se com as demais pessoas, de associar-se e de influir na administração pública por meio de representações, petições e reivindicações⁹⁶⁵. Por outro lado, a liberdade dos antigos estava relacionada com o exercício coletivo e direto da sua própria soberania por meio de deliberações em praças públicas, pelo voto nas leis, pelo pronunciamento em julgamentos. Esta liberdade dos antigos significava, ainda, a submissão do indivíduo à autoridade do todo, pois as ações privadas estavam sujeitas à vigilância da coletividade que restringia a vontade dos indivíduos⁹⁶⁶.

Segundo Benjamin Constant:

Assim, entre os antigos, o indivíduo, quase sempre soberano nas questões públicas, é escravo em todos os seus assuntos privados. Como cidadão, ele decide sobre a paz e a guerra; como particular, permanece limitado, observado, reprimido em todos os seus movimentos; como porção do corpo coletivo, ele interroga, destitui, condena, despoja, exila, atinge mortalmente seus magistrados ou seus superiores; como sujeito ao corpo coletivo, ele pode,

⁹⁶⁴ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s)**: repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família. Rio de Janeiro: GZ, 2011, p. 14. Segundo o autor: “O que se verifica desde logo é que as disputas teóricas acerca do conceito de liberdade conduzem a diversas concepções, ora complementares, ora aparentemente inconciliáveis. Não são raras as tentativas teóricas de definir a ‘verdadeira’ liberdade, embora algumas compreensões, mesmo assim, admitam um seu caráter plural.”

⁹⁶⁵ Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos. **Revista Filosofia Política**. N. 2, p. 9-25. Porto Alegre: L&PM, 1985, p. 10-11.

⁹⁶⁶ Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos. **Revista Filosofia Política**. N. 2, p. 9-25. Porto Alegre: L&PM, 1985, p. 11.

por sua vez, ser privado de sua posição, despojado de suas honrarias, banido, condenado, pela vontade arbitrária do todo ao qual pertence. Entre os modernos, ao contrário, o indivíduo, independente na vida privada, mesmo nos Estados mais livres, só é soberano em aparência. Sua soberania é restrita, quase sempre interrompida [...] ⁹⁶⁷.

Outra distinção importante a respeito da liberdade, e que pode influenciar diretamente a concepção do livre desenvolvimento da personalidade, é aquela realizada por Isaiah Berlin ao discorrer sobre as diferenças entre a liberdade positiva e a liberdade negativa. Segundo este autor, a liberdade negativa é a liberdade de não intervenção, em outras palavras, um homem será considerado livre na medida em que outros homens não interferem em suas atividades. Uma pessoa perde a sua liberdade negativa se é impedida de fazer algo que de outro modo poderia fazer. Uma pessoa não é livre, no sentido negativo, se é coagida a deixar de fazer alguma coisa ⁹⁶⁸.

A liberdade positiva, por sua vez, é definida por Isaiah Berlin como a possibilidade do homem ser o seu próprio amo e senhor, instrumento da sua vontade e não da vontade de outras pessoas, ser um sujeito e não um objeto. Na liberdade positiva a pessoa é consciente de si mesma como um ser que pensa, age e deseja, sendo responsável pelas opções escolhidas mediante as suas próprias ideias e objetivos ⁹⁶⁹.

Isaiah Berlin relaciona a liberdade positiva com o exercício da razão ⁹⁷⁰ e neste sentido indica que uma pessoa pode ser escrava da sua própria natureza ou de suas paixões, desta maneira a verdadeira liberdade seria a liberdade negativa ⁹⁷¹. Esta abordagem da liberdade positiva, no entanto, não precisa ser entendida neste único sentido. Não é necessário, para ser livre positivamente, que a liberdade seja exercida apenas no campo da razão, isso porque a

⁹⁶⁷ Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos. **Revista Filosofia Política**. N. 2, p. 9-25. Porto Alegre: L&PM, 1985, p. 11.

⁹⁶⁸ Dois conceitos de liberdade. In: BERLIN, Isaiah. **Quatro ensaios sobre a liberdade**. Brasília: Universidade de Brasília, 1981, p. 136. Continua o autor: “[...] Coação, entretanto, não é termo que englobe todas as formas de incapacidade. Se digo que sou incapaz de dar um pulo de mais de três metros ou que não posso ler porque sou cego ou não posso entender as páginas mais obscuras de Hegel, seria estranho dizer que estou sendo escravizado ou coagido até esse limite. Coerção implica a liberdade interferência de outros seres humanos na área em que eu poderia atuar. Um homem não possui liberdade política, individual ou institucional, apenas se estiver sendo impedido de atingir uma determinada meta por outros seres humanos. A simples incapacidade de atingir essa meta não constitui falta de liberdade política [...]”

⁹⁶⁹ Dois conceitos de liberdade. In: BERLIN, Isaiah. **Quatro ensaios sobre a liberdade**. Brasília: Universidade de Brasília, 1981, p. 142.

⁹⁷⁰ Dois conceitos de liberdade. In: BERLIN, Isaiah. **Quatro ensaios sobre a liberdade**. Brasília: Universidade de Brasília, 1981, p. 151. Segundo o autor: “Posso fazer o que quiser e por minha própria vontade. Sou um ser racional e, sendo racional, não posso desejar afastar de meu caminho o que quer que eu possa demonstrar a mim mesmo como sendo necessário, como não podendo ser senão o que é em uma sociedade racional – isto é, em uma sociedade dirigida por mentes racionais, na busca de metas tais como aquelas que um ser racional gostaria de ter [...]”

⁹⁷¹ GODINHO, Eduardo. **Direito à liberdade**: regra da maioria e liberdade individual. Curitiba: Juruá, 2012, p. 77.

proteção da autodeterminação – quando a pessoa decide os próprios rumos da sua vida – não precisa estar ligada a um agir moral universal como um verdadeiro agir de forma livre, sob pena de recair em um discurso perfeccionista⁹⁷².

Por certo que, ainda na perspectiva da liberdade positiva, é preciso diferenciar o seu aspecto público e privado. O sentido público da liberdade positiva é aquele explicitado pela liberdade dos antigos preconizada por Benjamin Constant, ou seja, a parcela de autonomia pública que goza a pessoa para interferir nos assuntos estatais. O sentido privado desta liberdade também é relevante para as questões contratuais, de propriedade e de família⁹⁷³, manifestando-se principalmente na autonomia privada sobre direitos patrimoniais e direitos existenciais.

A liberdade, de outro modo, pode ser encarada sob o ponto de vista formal e sob a sua ótica material. A liberdade é formalmente assegurada quando todos podem exercê-la sem nenhuma espécie de coação estatal, mas não leva em consideração as condições reais de exercício desta liberdade. A liberdade substancial, por sua vez, é a efetiva possibilidade de fazer algo que a própria pessoa valoriza, pois dotada de um conjunto mínimo de capacidades para exercer esta liberdade⁹⁷⁴.

Para Amartya Sen, a liberdade efetiva está relacionada ao conceito de funcionamentos e capacidades. Os funcionamentos representam o conjunto de coisas em que uma pessoa pode considerar valioso fazer ou deixar de fazer, enquanto as capacidades refletem os funcionamentos (aquilo que é valioso fazer) que podem ser executados no plano fático⁹⁷⁵. Aqui tem-se duas avaliações importantes: (i) é a pessoa que valora os funcionamentos, ou seja, é ela quem define aquilo que vale fazer dentro do seu conceito de vida boa; e (ii) só será livre aquela pessoa que possuir capacidades. Em outras palavras, é livre quem consegue realizar de fato aquilo que valora como sendo interessante para a sua concepção de vida.

Acontece que nenhuma dessas manifestações singulares e isoladas da liberdade representam de forma total aquilo que o livre desenvolvimento da personalidade pode proporcionar. A necessidade de conciliação entre os diversos conceitos de liberdade é uma

⁹⁷² RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s):** repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família. Rio de Janeiro: GZ, 2011, p. 26-27.

⁹⁷³ Sobre este sentido privado vide: RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s):** repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família. Rio de Janeiro: GZ, 2011, p. 37.

⁹⁷⁴ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s):** repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família. Rio de Janeiro: GZ, 2011, p. 56-58. Continua o autor: “Tratando-se de liberdade efetiva, porém, alguém pode ter formalmente assegurado um amplíssimo espaço de liberdade negativa, mas ter um gravíssimo déficit de liberdade se não tiver um considerável conjunto capacitatório. Alguém que formalmente pode escolher entre alimentar-se ou não é livre se não conseguir realizar o funcionamento pertinente a alimentar-se. Tem opções formais, mas não as tem no âmbito material, efetivo.”

⁹⁷⁵ **Desenvolvimento como liberdade.** São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 95.

exigência da consideração complexa da pessoa humana e já é ressaltada a partir do próprio texto de Benjamin Constant ao denunciar que o perigo da liberdade dos antigos estava na ênfase da participação social e no déficit de proteção dos direitos e garantias individuais, enquanto o perigo da liberdade dos modernos está na renúncia ao direito de participar no poder político. Dessa maneira, conclui o autor que antes de abandonarmos qualquer uma destas duas liberdades, está a necessidade de aprender a combiná-las⁹⁷⁶.

Miguel Reale, por sua vez, já ressaltava a importância das diversas concepções de liberdade para afirmar o livre desenvolvimento da personalidade através do Direito. Segundo o autor:

O Direito é sobretudo um sistema histórico-cultural de garantias, e o “justo” não é senão a realização de um sistema social de vida que assegura civilmente a cada homem a afirmação e o livre desenvolvimento de sua singularidade pessoal. Podemos dizer, embora recorrendo à precariedade das imagens gráficas em problemas ético-jurídicos, que uma ordem social justa tem duas *coordenadas* (a liberdade pública e a liberdade privada), coordenadas essas que se cruzam no ponto em que se situa o valor central da “pessoa humana”, sendo impossível sem elas determinar qualquer das garantias devidas aos indivíduos e aos grupos⁹⁷⁷.

Dessa maneira, a conceituação do direito geral de liberdade como a possibilidade “de fazer ou deixar de fazer tudo o que se quer” é o ponto de partida para a interpretação do livre desenvolvimento da personalidade, mas apenas engloba um sentido negativo amplo. Esta previsão de liberdade ocorre quando existe uma opção para escolher entre fazer ou deixar de fazer algo, mas também não descuida da liberdade econômico-social, quando a privação econômica de uma pessoa impossibilita o exercício das suas alternativas de ação⁹⁷⁸. Não obstante, tal delimitação da liberdade geral de ação é insuficiente.

Em se tratando de livre desenvolvimento da personalidade, a liberdade pode ter tanto um sentido negativo, quanto um sentido positivo. No seu sentido positivo o livre desenvolvimento da personalidade consiste na liberdade pessoal de decidir sobre questões que afetam a sua própria personalidade, possibilitando empreender as atividades que permitam à pessoa projetar a sua visão de mundo. No ponto de vista negativo, é imposto ao Estado e aos

⁹⁷⁶ Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos. **Revista Filosofia Política**. N. 2, p. 9-25. Porto Alegre: L&PM, 1985, p. 23-25.

⁹⁷⁷ Liberdade antiga e liberdade moderna. In: REALE, Miguel. **Horizontes do direito e da história**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 25.

⁹⁷⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 351.

particulares uma proibição de não interferir nas decisões da pessoa humana a respeito da livre construção da sua personalidade⁹⁷⁹.

Desse modo, como liberdade geral de ação, o livre desenvolvimento da personalidade não pode ser encarado apenas sob o ponto de vista da liberdade negativa (não intervenção do Estado), devendo incluir uma perspectiva positiva de tutela das decisões existenciais a respeito da livre construção do projeto de vida boa e feliz, definido pela própria pessoa.

Além disso, o livre desenvolvimento da personalidade representa tanto uma liberdade formal, quanto uma liberdade substancial. Diz-se formal porque não precisa estar ligada às ações diretamente relacionadas à personalidade da pessoa (perspectiva subjetiva ampla do livre desenvolvimento da personalidade). Diz-se material porque a sua realização depende de condições materiais mínimas que possibilitem o real e efetivo exercício da liberdade concedida pelo seu âmbito de proteção (dimensão objetiva do livre desenvolvimento da personalidade).

Neste diapasão, assiste razão a Carlos Eduardo Ruzyk ao preconizar um conceito amplo de liberdade que, não reduzindo-se a nenhuma das liberdades apresentadas, propõe uma concepção plural de forma a abarcar: (i) a liberdade negativa; (ii) a liberdade positiva; (iii) a liberdade formal; (iv) a liberdade efetiva. Estas espécies de liberdades se convergem, se distanciam ou até mesmo colidem⁹⁸⁰, sem conduto deixar de compor a concepção de liberdade. É neste sentido plural de liberdade que deve ser interpretado o direito ao livre desenvolvimento da personalidade.

Outra questão tocante à dimensão de liberdade é a função do livre desenvolvimento da personalidade como cláusula geral de liberdade capaz de preencher as lacunas deixadas pelos direitos especiais de liberdade⁹⁸¹. Já foi ressaltado que a concepção ampla desta liberdade é aquela que melhor se coaduna com o sistema jurídico brasileiro, ou seja, a liberdade aqui considerada abarca todos os atos praticados pela pessoa humana, estando ou não relacionados com a centro de sua personalidade. Resta agora analisar a relação desta dimensão de liberdade com as chamadas liberdades inominadas.

⁹⁷⁹ RAMÍREZ, Manuel Fernando Quinche. **Derecho constitucional colombiano de la carta de 1991 y sus reformas**. 3ª ed. Bogotá: Universidad del Rosario, 2009, p. 173-174.

⁹⁸⁰ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família**. Rio de Janeiro: GZ, 2011, p. 212.

⁹⁸¹ PINTO, Paulo Mota. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes (coordenador). **Portugal-Brasil ano 2000**. Coimbra: Coimbra, 1999, p. 200-201.

Primeiro cumpre explicar que a utilização do direito geral de liberdade, parte do âmbito de proteção do livre desenvolvimento da personalidade, só terá aplicabilidade se não for possível utilizar algum dos direitos especiais de liberdade já consagrados na Constituição⁹⁸². É levando em consideração tais informações que se chega a uma lista não exaustiva de novos direitos de liberdade que não encontraram proteção positiva expressa, mas que pelo livre desenvolvimento da personalidade não ficam à margem de tutela do Direito.

Os direitos de liberdade reprodutiva, por exemplo, constituem expressão do livre desenvolvimento da personalidade entendido como autodeterminação. Isso permite um maior espaço de decisão pessoal e familiar⁹⁸³ impedindo a imposição de qualquer tipo de controle coercitivo em relação à natalidade, pois toda pessoa deve decidir o modo, o tempo e a quantidade de filhos que irá ter⁹⁸⁴.

Extremamente relacionados com a liberdade reprodutiva estão os novos direitos de liberdade sexual. A liberdade de orientação sexual também passa pelo livre desenvolvimento da personalidade⁹⁸⁵, bem como o direito à autodeterminação sexual⁹⁸⁶, com especial relevância para o transexual que tem o direito de tomar as suas próprias decisões existenciais, de se autodeterminar e optar ou não pela cirurgia de redesignação de sexo⁹⁸⁷, haja vista que o consentimento é pressuposto fundamental para a realização da intervenção médica⁹⁸⁸. No plano

⁹⁸² PINTO, Paulo Mota. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes (coordenador). **Portugal-Brasil ano 2000**. Coimbra: Coimbra, 1999, p. 205.

⁹⁸³ CASTRO, Luis Martínez Vázquez de. **El principio de libre desarrollo de la personalidad en el ámbito privado**. Madrid: Civitas, 2010, p. 212-213.

⁹⁸⁴ OLIVEIRA, Rosemary Pereira de. Direitos sexuais e reprodutivos – uma questão de saúde pública. In: SCAFF, Fernando Facury; ROMBOLI, Roberto; REVENGA, Miguel (coordenadores). **A eficácia dos direitos sociais**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 307.

⁹⁸⁵ MENEZES, Joyceane Bezerra de; OLIVEIRA, Cecília Barroso de. O direito à orientação sexual como decorrência do direito ao livre desenvolvimento da personalidade. **Novos Estudos Jurídicos**, vol. 14, n. 2, p. 105-125, maio-agosto 2009, p. 121-122.

⁹⁸⁶ PINTO, Paulo Mota. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes (coordenador). **Portugal-Brasil ano 2000**. Coimbra: Coimbra, 1999, p. 208.

⁹⁸⁷ Conforme Diego Machado: “a liberdade ampliada para a seara existencial sustenta uma autonomia privada alargada também ao âmbito das situações jurídicas subjetivas existenciais. O livre desenvolvimento da personalidade mediante o exercício da autonomia privada passa pelo conceito de consentimento, entretanto não mais simplesmente aquele de cunho patrimonial ou obrigacional, mas sim consentimento(s) que maior proximidade tem com o ‘ser’, o corpo da pessoa, seja o físico, seja o de seus dados pessoais (‘eletrônico’)” (Autonomia privada, consentimento e corpo humano: para a construção da própria esfera privada na era tecnológica. **Revista Trimestral de Direito Civil**. v. 37, p. 17-52. Rio de Janeiro: Padma, jan./mar., 2009, p. 52).

⁹⁸⁸ SZANIAWSKI, Elimar. **Limites e possibilidades do direito de redesignação do estado sexual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 71.

de fundo deste direito estão a dignidade da pessoa humana⁹⁸⁹ e o livre desenvolvimento da personalidade⁹⁹⁰ que fundamentam a autonomia privada sobre os direitos da personalidade.

Tal qual foi o voto do Min. Gilmar Mendes no caso das uniões homoafetivas, o Tribunal Constitucional português também preferiu trabalhar com a liberdade individual da pessoa humana em casar ou não casar, constituir ou não união estável, sem passar pela questão do direito de igualdade. A forma de constituir família está intrinsicamente relacionada com o livre desenvolvimento da personalidade⁹⁹¹.

Ainda dentro do direito de família, é preciso reconhecer um redimensionamento da autonomia do menor em relação ao poder-dever familiar. Este poder-dever existe para que os pais tomem as decisões necessárias para garantir e promover o livre desenvolvimento da personalidade da criança e do adolescente, representando e defendendo os seus interesses. Acontece que a titularidade do direito ao livre desenvolvimento da personalidade das crianças e adolescentes (de acordo com a sua capacidade de cognição) indica que em determinados momentos ora prevalecerá a vontade dos pais, ora prevalecerá a vontade dos filhos⁹⁹².

Neste ponto, é preciso observar que o menor é uma pessoa autônoma e individualizada, com modo de ser próprio diferente dos seus pais, mas em razão da sua vulnerabilidade, a sua personalidade recebe uma proteção especial pelo sistema jurídico conduzindo algumas de suas decisões à responsabilidade dos pais. Contudo, esta redução das decisões do menor não é absoluta. A jurisprudência portuguesa já teve a oportunidade de definir que o menor pode organizar a sua própria vida de acordo com a sua maturidade. Assim, não existiria um direito de visita titularizado por terceiros em face do menor, pois a este é concedida

⁹⁸⁹ MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Autonomia privada e dignidade humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 106. Muito embora a cirurgia de transgenitalização não seja um simples ato de disposição do próprio corpo, pois esta intervenção médica visa também a preservação da saúde da pessoa (BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de personalidade e autonomia privada**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 192).

⁹⁹⁰ CANTALI, Fernanda Borghetti. **Direitos da personalidade**: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 223.

⁹⁹¹ ALMEIDA, Kellyne Laís Laburú Alencar de. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade – perspectiva do direito português. In: MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato (organizadores). **Direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 99-100. Segundo a autora: “Diante de todas essas circunstâncias, o Tribunal Constitucional declarou a constitucionalidade da lei que pretendia alterar o Código Civil português para dele retirar o requisito de diversidade de sexo entre os contraentes do casamento. Dentre as declarações de voto proferidas em separado, vale destacar a manifestação da conselheira Catarina Sarmento e Castro pela menção da relação entre o casamento e diversos valores, princípios e direitos constitucionais, tais como a dignidade humana, a igualdade, a liberdade ou o direito à identidade pessoal e o livre e coerente desenvolvimento da personalidade, de que resultaria a liberdade de opção quanto à forma de constituir a família nuclear.”

⁹⁹² BARROS, Carlos Roberto Galvão. **O direito ao livre desenvolvimento da personalidade do menor**. São Paulo: Biblioteca 24 horas, 2010, p. 132.

a possibilidade de conviver com as pessoas que desejar, salvo nos casos em que esta convivência for nociva⁹⁹³.

A resposta para a questão de quando prevalece a vontade dos pais ou dos filhos está no estágio de desenvolvimento da maturidade e capacidade de discernimento do menor. Quanto mais madura for a criança e o adolescente, mais ampla será a gama de decisões importantes que este poderá tomar em relação aos rumos de seu projeto de vida boa e feliz, independentemente de atingir a maioridade legal⁹⁹⁴. Isso porque ao passo que a pessoa adquire idade, conhecimentos e experiência, gradativamente o menor vai criando condições para decidir sobre a sua própria vida, até que na fase adulta passa a ser senhor completo da sua própria vontade⁹⁹⁵.

Aqui não se pode olvidar que em relação à educação religiosa dos filhos, os pais também são obrigados a respeitar as suas decisões quando já tiverem juízo suficiente para escolher qual religião seguir ou mesmo não seguir nenhuma religião. O direito de liberdade religiosa cotejado com o aspecto dinâmico e evolutivo do livre desenvolvimento da personalidade não permite nenhum tipo de coação, mesmo aquelas que venham por parte dos pais⁹⁹⁶. Esta é, por exemplo, a opção do Estatuto da Criança e do Adolescente ao reconhecer o direito à liberdade de culto e de crença religiosa ao menor no seu art. 16, inciso III⁹⁹⁷.

Por fim, a autonomia privada também possui seu fundamento no livre desenvolvimento da personalidade⁹⁹⁸ (mesmo que no sistema jurídico brasileiro aconteça de forma mediata). Devido à sua importância como princípio do direito privado, este tema merece uma atenção especial e será tratado de forma separada no próximo tópico.

⁹⁹³ ALMEIDA, Kellyne Laís Laburú Alencar de. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade – perspectiva do direito português. In: MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato (organizadores). **Direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 97-98.

⁹⁹⁴ BARROS, Carlos Roberto Galvão. **O direito ao livre desenvolvimento da personalidade do menor**. São Paulo: Biblioteca 24 horas, 2010, p. 134-135.

⁹⁹⁵ ALMEIDA, Kellyne Laís Laburú Alencar de. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade – perspectiva do direito português. In: MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato (organizadores). **Direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 98.

⁹⁹⁶ CALLE, Agustín Motilla de la. Dignidad de la persona y adscripción a grupos religiosos: medios de protección jurídica del individuo integrado en sectas religiosas. In: MIGUEL, Luis García San (org.). **El libre desarrollo de la personalidad**: artículo 10 de la constitución. Alcalá: Universidad de Alcalá, 1995, p. 219; BARROS, Carlos Roberto Galvão. **O direito ao livre desenvolvimento da personalidade do menor**. São Paulo: Biblioteca 24 horas, 2010, p. 134.

⁹⁹⁷ Sobre a opção, no mesmo sentido, do Código Civil espanhol vide: CALLE, Agustín Motilla de la. Dignidad de la persona y adscripción a grupos religiosos: medios de protección jurídica del individuo integrado en sectas religiosas. In: MIGUEL, Luis García San (org.). **El libre desarrollo de la personalidad**: artículo 10 de la constitución. Alcalá: Universidad de Alcalá, 1995, p. 221.

⁹⁹⁸ PINTO, Paulo Mota. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes (coordenador). **Portugal-Brasil ano 2000**. Coimbra: Coimbra, 1999, p. 214.

3.3.1 Autonomia Privada

Adotando o conceito de Direito como um sistema de normas, Luigi Ferri afirma que fontes do Direito é uma expressão sinônima de fonte de normas jurídicas que criam direitos, deveres e faculdades⁹⁹⁹. O autor explica que reconhecer a dignidade humana significa pressupor que a pessoa pode realizar-se autonomamente, o que não é possível sem o reconhecimento de uma esfera de liberdade¹⁰⁰⁰, pois todo o Direito está posto para respeitar a personalidade humana em seu desenvolvimento e em sua força expansiva¹⁰⁰¹.

A autonomia privada surge como expressão desta liberdade reconhecida à pessoa para que esta possa governar de forma livre a sua esfera jurídica, exercendo posições ativas reconhecidas pela ordem jurídica por meio das faculdades primárias¹⁰⁰². Estas faculdades primárias são poderes reconhecidos pelo ordenamento, cuja principal manifestação está nos negócios jurídicos¹⁰⁰³, possibilitando a autoconfiguração das relações jurídicas por meio da sua própria vontade¹⁰⁰⁴.

Os negócios jurídicos, expressões da autonomia privada, criam para as partes um preceito que estatui direitos e deveres recíprocos a serem observados, de forma semelhante aos mandatos de autoridades públicas¹⁰⁰⁵, possuindo, portanto, conteúdo de normas jurídicas¹⁰⁰⁶.

O poder de autodeterminação da pessoa é facilmente identificado no direito civil por meio do princípio da autonomia privada. Este é um dos terrenos em que o indivíduo pode desenvolver a sua personalidade, organizando a sua vida de acordo com a sua vontade, desde

⁹⁹⁹ **La autonomia privada**. Granada: Comares, 2001, p. 107.

¹⁰⁰⁰ **La autonomia privada**. Granada: Comares, 2001, p. 202.

¹⁰⁰¹ **La autonomia privada**. Granada: Comares, 2001, p. 240.

¹⁰⁰² PINTO, Paulo Mota. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes (coordenador). **Portugal-Brasil ano 2000**. Coimbra: Coimbra, 1999, p. 213.

¹⁰⁰³ FERRI, Luigi. **La autonomia privada**. Granada: Comares, 2001, p. 246.

¹⁰⁰⁴ DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito privado e constituição: drittwirkung** dos direitos fundamentais, construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 150. Continua o autor: “A autonomia privada é um princípio abstrato, que adquire no ordenamento jurídico privado uma configuração concreta. Como tal, abrange a liberdade contratual como liberdade de se autovincular por meio de um contrato, de escolha dos parceiros contratuais e de configuração do conteúdo propriamente dito do contrato a ser celebrado. Assim compreendida, autonomia privada liga-se, em sentido amplo, à noção de liberdade e de livre desenvolvimento da personalidade. Em sentido estrito, a ligação se dá com o princípio da liberdade contratual, como emanção do direito fundamental de livre desenvolvimento da personalidade.”

¹⁰⁰⁵ CASTRO, Luis Martínez Vázquez de. **El principio de libre desarrollo de la personalidad en el ámbito privado**. Madrid: Civitas, 2010, p. 201.

¹⁰⁰⁶ FERRI, Luigi. **La autonomia privada**. Granada: Comares, 2001, p. 276. Nas palavras do autor: “Puesto que la autonomía privada no es otra cosa que poder jurídico y puesto que es poder jurídico, es decir, para nosotros, normativo, en cuanto los negocios jurídicos que son su expresión tienen un contenido de normas jurídicas, la tarea que ahora nos espera es la determinar los caracteres de tal poder”. Tradução livre: “Vez que a autonomia privada não é outra coisa do que poder jurídico e posto que é o poder jurídico, isto é, para nós, normativo, enquanto os negócios jurídicos que são sua expressão têm um conteúdo de normas jurídicas, a tarefa agora diante de nós é determinar o caráter de tal poder.”

que respeitados determinados limites¹⁰⁰⁷. Para Werner Flume, a autonomia privada faz parte de um princípio maior de autodeterminação da pessoa já reconhecido pelo ordenamento jurídico como direito fundamental¹⁰⁰⁸, assim, a Lei Fundamental da Alemanha não reconheceu expressamente a liberdade contratual, mas positivou algo mais amplo e expressivo, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade¹⁰⁰⁹.

O livre desenvolvimento da personalidade, na perspectiva de uma liberdade geral de ação, é um dos principais pontos de apoio constitucional para a autonomia privada. Embora tradicionalmente ligada à categoria do *ter*, a autonomia privada, em sentido amplo, também está relacionada à capacidade de autodeterminação da pessoa humana¹⁰¹⁰. Isso significa que é possível fazer uma divisão, nos termos de Rose Melo Vencelau, entre a autonomia privada patrimonial e a autonomia privada sobre os direitos da personalidade¹⁰¹¹. A primeira será objeto de estudo deste tópico, enquanto a segunda será analisada a partir da relação entre a dimensão de liberdade e dos direitos da personalidade, chamada de autonomia existencial.

Importante destacar que se os direitos fundamentais podem vincular os particulares por meio de cláusulas gerais e conceitos jurídicos, não deve haver nenhum óbice para considerar os princípios de direito privado também como portas de entrada para os direitos fundamentais. A autonomia privada, como verdadeiro princípio contratual, também é instrumento para a inclusão do direito ao livre desenvolvimento da personalidade nas relações entre particulares.

Neste diapasão, é a liberdade contratual que aparece como uma das vertentes mais importantes da autonomia privada patrimonial, subdividindo-se na liberdade de estipulação do contrato e a liberdade de celebração ou conclusão do contrato, sendo que o livre desenvolvimento da personalidade pode ser utilizado como base constitucional, mesmo que de

¹⁰⁰⁷ PUECHE, José Enrique Bustos. Sobre los límites de la autonomía individual en derecho civil. In: MIGUEL, Luis García San (org.). **El libre desarrollo de la personalidad**: artículo 10 de la constitución. Alcalá: Universidad de Alcalá, 1995, p. 145.

¹⁰⁰⁸ **El negocio jurídico**: parte general del derecho civil, tomo II. 4ª ed. Madrid: Fundación Cultural del Notariado, 1998, p. 23.

¹⁰⁰⁹ **El negocio jurídico**: parte general del derecho civil, tomo II. 4ª ed. Madrid: Fundación Cultural del Notariado, 1998, p. 44. Pelo fundamento da autonomia privada ou dos negócios jurídicos no livre desenvolvimento da personalidade vide: CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Coimbra: Almedina, 2012, p. 35 e 57; ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martín. **Tratado de derecho civil**: parte general, tomo primeiro, segunda parte, vol. I. Barcelona: Bosch, 1981, p. 62-63.

¹⁰¹⁰ CASTRO, Luis Martínez Vázquez de. **El principio de libre desarrollo de la personalidad en el ámbito privado**. Madrid: Civitas, 2010, p. 203-204.

¹⁰¹¹ **Autonomia privada e dignidade humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 94 e ss. Por certo que, segundo a autora, um fundamento mais imediato da autonomia privada patrimonial poderia ser remetido à livre iniciativa do art. 170, *caput*, CF. Todavia, isto não exclui, no ponto de concorrência entre direitos fundamentais já observado, que de forma mediata o direito ao livre desenvolvimento da personalidade também é fundamento da autonomia privada, até porque a categoria do *ser* não pode dissociar-se completamente da categoria do *ter*.

forma mediata, para a garantia da liberdade contratual¹⁰¹², que na sua forma patrimonial deve reconhecimento imediato por meio do direito à livre iniciativa (art. 170, *caput*, CF). Esta relação entre patrimônio e livre desenvolvimento da personalidade não desvirtua a perspectiva de proteção e promoção existencial da pessoa humana, pelo contrário, apenas ratifica a necessária relação que existe entre o *ter* e o *ser* para a realização da personalidade.

Aqui cabe fazer uma diferenciação entre autonomia privada patrimonial e autonomia da vontade¹⁰¹³. A segunda possui raízes numa concepção individualista e liberal, principalmente a partir das obras de Kant¹⁰¹⁴, garantindo a possibilidade das pessoas realizarem uma auto-regulamentação dos seus interesses a partir da liberdade de firmar obrigações¹⁰¹⁵. A autonomia da vontade esta fundada no dogma de uma vontade livre e ilimitada do indivíduo para a realização de negócio jurídicos, enquanto a autonomia privada encontra seus limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico. A vontade que prevalece não é mais aquela interna, mas a vontade visualizada do ponto de vista externo¹⁰¹⁶. Sobre esta limitação Werner Flume explica:

[...] era igualmente evidente que esa autarquía no podía ejercerse sin límites, sino solamente dentro de la delimitación efectuada por el Ordenamiento jurídico. Si se entiende el principio de la autonomía privada de esta manera, esto es, como reconocimiento de la configuración de relaciones jurídicas por el individuo “autárquicamente”, de modo que esa autarquía únicamente pueda desenvolver-se con sujeción al Ordenamiento jurídico, entonces no existe ningún motivo para desconcertarse por la autonomía privada como valor. El

¹⁰¹² PINTO, Paulo Mota. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes (coordenador). **Portugal-Brasil ano 2000**. Coimbra: Coimbra, 1999, p. 214. Fernando Noronha afirma que liberdade contratual seria diferente de liberdade de contratar, pois a primeira se refere à faculdade de estabelecer o conteúdo do contrato enquanto a segunda concerne à liberdade de realizar ou não um contrato (**O direito dos contratos e seus princípios fundamentais**: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 116-117).

¹⁰¹³ Entendendo que a expressão da autonomia privada e autonomia da vontade são praticamente sinônimas tem-se a visão de Teresa Negreiros: “A rigor entendemos que ambas as expressões exprimem uma mesma realidade, embora a autonomia da vontade esteja historicamente mais associada ao voluntarismo jurídico que em determinado momento nela se legitimava. Assim, optou-se por utilizar a expressão ‘autonomia da vontade’ ou ‘princípio da autonomia da vontade’ sempre que se tivesse em mira o modelo de contrato clássico (...). A expressão ‘autonomia privada’ é, sob este prisma, mais genérica, não estando tão essencialmente ligada ao voluntarismo e ao individualismo jurídicos.” (**Teoria do contrato: novos paradigmas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 3). No mesmo sentido: CUNHA, Wladimir Alcibíades Marinho Falcão. **Revisão judicial dos contratos**: do código de defesa do consumidor ao código civil de 2002. São Paulo: Método, 2007, p. 31.

¹⁰¹⁴ NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais**: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 111-112.

¹⁰¹⁵ NANNI, Giovanni Ettore. A evolução do direito civil obrigacional: a concepção do direito civil constitucional e a transição da autonomia da vontade para a autonomia privada. In: Lotufo, Renan (coord.). **Cadernos de direito civil constitucional, vol. 2**. Curitiba: Juruá, 2001, p. 168.

¹⁰¹⁶ NANNI, Giovanni Ettore. A evolução do direito civil obrigacional: a concepção do direito civil constitucional e a transição da autonomia da vontade para a autonomia privada. In: Lotufo, Renan (coord.). **Cadernos de direito civil constitucional, vol. 2**. Curitiba: Juruá, 2001, p. 172-173.

principio de autonomía privada se sustenta en una combinación de libertad y vinculación¹⁰¹⁷.

Se a autonomia privada é fundamentada no livre desenvolvimento da personalidade e este direito fundamental não vige de forma ilimitada, então é preciso chegar à conclusão de que a autonomia também deve ser limitada. Não obstante esta limitação, a autonomia privada também impossibilita a aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares ao preconizar um núcleo essencial que não pode ser vulnerado¹⁰¹⁸.

Desta forma, a autonomia privada encontra limites na própria lei, nos princípios contratuais e também na proteção dos consumidores, muito embora o livre desenvolvimento da personalidade indique não pode existir um ordenamento jurídico que limite de forma abrupta a liberdade de maneira que esta desapareça. A imperatividade das normas jurídicas no âmbito privado também possui os seus limites¹⁰¹⁹.

Atualmente, a autonomia privada conta com novos princípios contratuais que complementam, mas também limitam determinadas formas de exercício da autonomia do particular: (i) o princípio da boa-fé objetiva; (ii) o princípio da função social do contrato; e (iii) o princípio da justiça contratual.

Primeiramente é preciso distinguir a boa-fé subjetiva da boa-fé objetiva. A primeira retrata um estado de espírito da pessoa, o *animus*, a sua intenção, ou seja, remete à análise de uma situação psicológica¹⁰²⁰. A segunda está ligada a uma regra de comportamento, um dever

¹⁰¹⁷ **El negocio jurídico:** parte general del derecho civil, tomo II. 4ª ed. Madrid: Fundación Cultural del Notariado, 1998, p. 41. Tradução livre: “[...] Foi também evidente que a autarquia não poderia ser exercida sem limites, mas apenas dentro das fronteiras feitas pelo Ordenamento jurídico. Se se entender o princípio da autonomia privada desta forma, ou seja, o reconhecimento da configuração das relações jurídicas pelo indivíduo "autarquicamente", de modo que esta autarquia só pode desenvolver-se sujeita ao Ordenamento jurídico, então não existe razão para ficar retirar-se a autonomia privada como um valor. O princípio da autonomia privada é baseado em uma combinação de liberdade e vinculação.”

¹⁰¹⁸ DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito privado e constituição: drittwirkung** dos direitos fundamentais, construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 175-176.

¹⁰¹⁹ CASTRO, Luis Martínez Vázquez de. **El principio de libre desarrollo de la personalidad en el ámbito privado**. Madrid: Civitas, 2010, p. 205-206. Nas palavras de Paulo Mota Pinto: “Na verdade, com a afirmação do reconhecimento da garantia constitucional da liberdade contratual não fica logo determinada a substância normativa de tal garantia, uma que o exercício da liberdade contratual não pode ser absolutamente ilimitado. Na verdade, da Constituição resulta a tutela de um direito, deixando-se, porém, o âmbito de proteção carecido de conformação legislativa. A espécie e o âmbito das possibilidades de conformação jurídico-privada, os modos de conformação e as relações jurídicas conformáveis são regulados detalhadamente pelas normas do direito ordinário. Há, assim que distinguir entre o objeto do direito fundamental e o seu desenvolvimento pelo direito ordinário. É tutelada em termos de direito fundamental a ‘autodeterminação do indivíduo na vida jurídica’, e a sua modelação pelo direito privado corresponderá às exigências constitucionais se reservar à autonomia privada um campo de actuação adequado e não prever limitações excessivas dos pressupostos ou das formas admitidas de conformação (PINTO, Paulo Mota. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes (coordenador). **Portugal-Brasil ano 2000**. Coimbra: Coimbra, 1999, p. 216-217).

¹⁰²⁰ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato:** novos paradigmas. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 120.

de conduta que deve ser observado pelas partes antes, durante e após a celebração do contrato, analisada sob o ponto de vista objetivo¹⁰²¹.

Para Teresa Negreiros, a boa-fé objetiva possui assento constitucional na própria cláusula geral de tutela da pessoa humana que entende a pessoa como um membro da comunidade e não como um sujeito isolado em que a sua vontade subjetiva atua como soberana, sem nenhuma espécie de limites externos. De forma mais específica, a boa-fé objetiva está ligada ao objetivo constitucional de construir uma sociedade mais solidária, cujo respeito à outra pessoa seja ponto essencial da relação jurídica obrigacional para permitir o livre desenvolvimento de sua personalidade¹⁰²².

A boa-fé objetiva possui três funções: (i) a função limitativa; (ii) a função interpretativa; e (iii) a função integradora. A primeira função se alia intimamente à vedação do abuso de direito pelo ordenamento jurídico. O exercício de um direito subjetivo somente receberá guarida pelo ordenamento se for praticado dentro dos ditames de cooperação e lealdade instituídos pelo princípio da boa-fé objetiva¹⁰²³.

A função interpretativa está positivada no art. 113 do Código Civil de 2002¹⁰²⁴ e conforme ressalta Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber, atua como um critério hermenêutico para privilegiar a interpretação das cláusulas contratuais no sentido de atribuir-lhes significado da forma mais consentânea com a lealdade e a honestidade das partes. Veda-se, portanto, a atribuição de significados maliciosos às disposições contratuais com o objetivo de prejudicar alguma das partes¹⁰²⁵.

Por último, a função integradora concerne na criação de deveres anexos ou instrumentais que devem ser observados pelas partes mesmos que não se encontrem expressamente previstos no contrato. Servem como instrumento ou meio para que se possa alcançar o objetivo principal do contrato firmado entre as partes¹⁰²⁶.

¹⁰²¹ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2011, p. 632.

¹⁰²² **Teoria do contrato**: novos paradigmas. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 117-118.

¹⁰²³ FERREIRA, Keila Pacheco. **Abuso do direito nas relações obrigacionais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 208-210.

¹⁰²⁴ Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

¹⁰²⁵ A boa-fé objetiva no código de defesa do consumidor e no novo código civil. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). **Obrigações**: estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 36.

¹⁰²⁶ ROSENVALD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé no código civil**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 93-94. Judith Martins-Costa em um esforço de síntese consegue enumerar alguns dos deveres derivados da boa-fé objetiva, qual sejam: “a) os deveres de cuidado, previdência e segurança, como o dever do depositário de não apenas guardar a coisa, mas também de acondicionar o objeto deixado em depósito; b) os deveres de aviso e esclarecimento, como o advogado, de aconselhar o seu cliente acerca das melhores possibilidades de cada via judicial passível de escolha para a satisfação de seus *desideratum*, o do consultor financeiro de avisar a contraparte sobre os riscos que corre, ou o do médico, de esclarecer ao paciente sobre a relação custo/benefício do tratamento escolhido, ou dos efeitos colaterais do medicamento indicado, ou ainda, na fase pré-contratual,

A função social do contrato, por sua vez, nasce com o intuito de modificar a anterior noção do princípio da relatividade dos contratos. Supera-se o individualismo em prol da solidariedade, hoje contemplada constitucionalmente¹⁰²⁷. É evidente que o contrato não produz efeitos somente entre as partes que exteriorizam a sua vontade no negócio jurídico. Um contrato pode exercer outros tipos de influências sobre pessoas que talvez nem saibam de sua existência. Os chamados “terceiros” na relação negocial podem, e muitas vezes sofrem, consequências advindas de contratos estranhos à sua órbita de conhecimento, ou mesmo, podem estes terceiros interferirem na relação negocial embaraçando a finalidade do contrato.

Nesse diapasão podemos enxergar dois tipos de posição que pode assumir o terceiro com respeito à função social do contrato: como vítima da relação contratual, quando esse for prejudicado, ou como ofensor, quando o mesmo vier a prejudicar¹⁰²⁸. Assim sendo, importante figura advinda do princípio da função social do contrato é a tutela externa do crédito. Impõe-se ao terceiro que tem conhecimento do vínculo contratual o dever de respeitar o contrato firmado, vedando-lhe a prática de atos que possam de alguma maneira comprometer ou prejudicar o cumprimento do contrato pelas partes, frustrando-lhes os direitos e deveres firmados¹⁰²⁹.

No extremo oposto, o terceiro como vítima, é preciso levar em conta que um contrato pode satisfazer as pretensões particulares enquanto prejudicam e ofendem interesses

o do sujeito que entra em negociações, de avisar o futuro contratante sobre os fatos que podem ter relevo na formação da declaração negocial; c) *os deveres de informação*, de exponencial relevância no âmbito das relações jurídicas de consumo, seja por expressa disposição legal (CDC, arts. 12, *in fine*, 14, 18, 20, 30 e 31, entre outros), seja em atenção ao mandamento da boa-fé objetiva; d) *o dever de prestar contas*, que incumbe aos gestores e mandatários, em sentido amplo; e) *os deveres de colaboração e cooperação*, como o de colaborar para o correto adimplemento da prestação principal, ao qual se liga, pela negativa, o de não dificultar o pagamento por parte do devedor; f) *os deveres de proteção e cuidado com a pessoa e o patrimônio da contraparte*, como, v.g, o dever do proprietário de uma sala de espetáculos ou de um estabelecimento comercial de planejar arquitetonicamente o prédio, a fim de diminuir os riscos de acidentes; g) *os deveres de omissão e de segredo*, como o dever de guardar sigilo sobre atos ou fatos do quais se teve conhecimento em razão do contrato ou de negociações preliminares [...]”. (Apud NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 151-152)

¹⁰²⁷ COSTA, Pedro Oliveira da. Apontamentos para uma visão abrangente da função social dos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). **Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 48 e 57.

¹⁰²⁸ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 232.

¹⁰²⁹ Nas palavras de Pedro Oliveira da Costa: “o conhecimento da existência e do conteúdo do contrato cria para terceiros, portanto, segundo consistente doutrina, obrigações de caráter negativo: encontram-se eles obrigados a não praticar quaisquer atos que atentem contra o adimplemento ou a própria existência de um contrato previamente celebrado e indiscutivelmente conhecido. A função social se apresenta, pois, como um elemento limitador da conduta do terceiro, qualificada e julgada de acordo com os parâmetros da boa-fé, já não mais considerada objetivamente, mais sim sob um viés subjetivo, presente na exigência de que o terceiro tenha conhecimento do contrato e, mesmo assim, aja em desacordo com suas estipulações, pretendendo ou assumindo o risco de inviabilizá-lo” (Apontamentos para uma visão abrangente da função social dos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). **Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 59-60).

difusos e coletivos. Quando ocorrer este tipo de situação a sociedade está autorizada a intervir na relação contratual a fim de assegurar a proteção dos direitos fundamentais¹⁰³⁰.

Enquanto na concepção oitocentista e liberal de contrato a justiça era analisada de acordo com a vontade livre dos contratantes¹⁰³¹, no Estado social a noção de justiça coaduna-se principalmente com a ideia igualdade material¹⁰³² o que contribui para a origem do princípio da justiça contratual.

Sua fundamentação constitucional encontra-se, como os outros princípios sociais, na dignidade da pessoa humana e da igualdade substancial. Na concepção de Teresa Negreiros, a proibição de prestações contratuais marcadas por um desequilíbrio real que afete o sinalagma contratual está reconhecido na positivação da igualdade substancial no art. 3º, III da Constituição Federal, pois o equilíbrio formal do contrato não pode servir como máscara para estabelecer vantagens exageradas para determinado contratante em desfavor da outra parte¹⁰³³.

Fernando Martins, em apertada síntese, identifica sete postulados que derivam diretamente do princípio da justiça contratual. Nas palavras do autor:

(...) é possível conceber o princípio da justiça contratual, em seu âmbito funcional, perspectivando sete postulados ou critérios que são comuns e informadores do modo de solução de situações injustas nas relações jurídicas contratuais, a saber: (i) a reciprocidade; (ii) a comutatividade; (iii) a equivalência material; (iv) a proporcionalidade; (v) a proibição do enriquecimento sem causa; (vi) a função social do contrato e (vii) a distribuição de riscos e ônus¹⁰³⁴.

Por certo que objetivo aqui não é esgotar todas as nuances a respeito destes princípios contratuais, mas apenas ressaltar que o livre desenvolvimento da personalidade, cuja expressão no direito privado contratual remete à autonomia privada e à liberdade contratual, não é concedido de forma ilimitada, pois deve respeitar os limites trazidos pelo próprio

¹⁰³⁰ Em outras palavras: “De fato, têm-se entendido que os terceiros não se podem comportar como estranhos a uma relação contratual pré-existente, como se essa fosse simplesmente inexistente. Dessa forma, a posição jurídica de terceiros há de ser analisada em conjunto com a posição jurídica das partes, de modo a não prejudicar nem a uns nem a outros” (CUNHA, Wladimir Alcibiades Marinho Falcão. **Revisão judicial dos contratos**: do código de defesa do consumidor ao código civil de 2002. São Paulo: Método, 2007, p. 78).

¹⁰³¹ MARTINS, Fernando Rodrigues. **Princípio da justiça contratual**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 114-116.

¹⁰³² MARTINS, Fernando Rodrigues. **Princípio da justiça contratual**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 160-163.

¹⁰³³ **Teoria do contrato**: novos paradigmas. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 157-158. No mesmo sentido está o posicionamento de Fernando Rodrigues Martins aludindo que “[...] a contemplação da justiça contratual ante a Constituição Federal indica que os fundamentos informadores são basicamente: (i) a dignidade da pessoa humana, (ii) a liberdade, (iii) a igualdade, (iv) a segurança, (v) a informação, (vi) a defesa do consumidor, (vii) a ordem econômica e, por fim, (viii) os objetivos constitucionais perseguidos pela república” (**Princípio da justiça contratual**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 281).

¹⁰³⁴ **Princípio da justiça contratual**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 298.

ordenamento, sendo vedado, no entanto, uma limitação exagerada que inviabilize a autodeterminação dos interesses pessoais do contratante.

Esta limitação inclui, por sua vez, a própria violação da personalidade humana pela via contratual. Ninguém pode ser obrigado a anular a sua personalidade em uma relação contratual¹⁰³⁵, sendo que a parcela econômica do contrato sempre deve estar funcionalizada ao livre desenvolvimento da pessoa humana¹⁰³⁶.

3.3.2 Liberdade com Responsabilidade: deveres fundamentais e responsabilidade civil

Discutir a respeito da liberdade implica, de uma maneira ou de outra, tratar sobre o tema da responsabilidade. Philip Pettit, na sua teoria da liberdade, afirma que uma ação será considerada livre na medida em que o seu agente é capaz de ser considerado responsável pelas suas escolhas. Uma ação só será livre se a pessoa que a pratica pode ser considerada adequada para ser responsável¹⁰³⁷.

No primeiro capítulo, ao tratarmos sobre as dimensões da pessoa humana, ficou bem claro que dentro da dimensão individual, social e ambiental, a liberdade também irá pressupor a responsabilidade. A pessoa é um ser livre e simultaneamente responsável, portadora de direitos, mas também de deveres (daí a não superação por completo do conceito clássico de personalidade).

Isso implica a consideração de uma via de mão-dupla entre a liberdade e a responsabilidade, pois na sua concretude os direitos e deveres fundamentais representam faces

¹⁰³⁵ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial**: fundamentos de direito. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 82

¹⁰³⁶ NALIN, Paulo. **Do contrato**: conceito pós-moderno. Curitiba: Juruá, 2001, p. 251. Nas palavras do autor: “Despatrimonialização, dignidade da figura do contratante e função social do contrato encontram o seu fio condutor na figura do homem e no seu livre desenvolvimento, refundando-se o direito Civil em torno do respeito aos valores da pessoa. A autonomia contratual, antes de ser instrumento de circulação de riquezas, no atual estágio de desenvolvimento constitucional, presta-se ao livre desenvolvimento da pessoa do contratante, sem que dela se possa excluir um quase inevitável conteúdo patrimonial mínimo.”

¹⁰³⁷ **Teoria da liberdade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 17-19. Conclui o autor: “Então, a ideia geral atrás dessa abordagem da responsabilidade é esta: nós nos comprometemos com outros seres humanos de uma maneira diferente, que envolve a atribuição espontânea de responsabilidade, e concebemos a liberdade como uma propriedade dos seres humanos e das ações desempenhadas por eles, o que torna essa atribuição apropriada sobre as regras da prática. As nossas atitudes reativas são as lentes pelas quais a imagem do agente livre e da ação livre tomam forma e quando aprovamos as projeções dessas lentes – quando pensamos que o agente e a ação são completamente merecedores das reações – então pensamos que é apropriado predicar a liberdade. Ser livre é ser de tal maneira que a reação seja apropriada, é estar adequado a ser considerado responsável.”

de uma mesma moeda. Assim, a pessoa é responsável porque é livre, mas antes de agir deve refletir sobre as consequências de seus atos¹⁰³⁸.

É a própria coexistência da pessoa como ser em relação que fundamenta a existência da responsabilidade e dos deveres. A pessoa está sempre investida de responsabilidade. Neste diapasão a responsabilidade surge em três níveis: (i) perante a humanidade – com o princípio de responsabilidade de Hans Jonas; (ii) perante o outro na relação ética – por meio da relação ética pessoa-pessoa de Levinas; (iii) perante os outros mediada socialmente – é a responsabilidade por meio do Direito¹⁰³⁹.

Por certo que o estudo do tema das situações jurídicas passivas, nas quais se incluem os deveres, é algo que ficou esquecido pela doutrina que sempre concedeu maior atenção relativamente aos direitos, deixando os deveres como a face oculta da liberdade¹⁰⁴⁰. Isto não significa, entretanto, que a história tenha abandonado a formação do conceito de deveres. A sua criação aconteceu a partir do âmbito ético e religioso que começou a influenciar o aspecto jurídico na modernidade, nomeadamente com o humanismo jurídico e o jusnaturalismo racionalista. Neste ponto começa a tomar forma o dever de sociabilidade, o dever de não causar danos aos outros, o dever de reparar o dano e o dever de restituir. Thomas Hobbes contribui no sentido de colocar a obediência ao direito positivo como o primeiro e mais importante dever¹⁰⁴¹.

Contudo, a contribuição jusnaturalista racionalista para os deveres termina por aí. Isto porque o seu desenvolvimento para além do dever de obedecer o direito positivo apenas propiciou uma desconexão entre a teoria dos direitos humanos e os seus deveres. Sua inclinação individualista e utilitarista afasta a concepção dos deveres daquela dos direitos humanos instituídos face ao Estado¹⁰⁴². No estado de natureza os indivíduos têm direito a tudo (liberdade

¹⁰³⁸ MARTINS, Fernando Rodrigues. Os deveres fundamentais como causa subjacente-valorativa da tutela da pessoa consumidora: contributo transversal e suplementar à hermenêutica consumerista da afirmação. **Revista de Direito do Consumidor**. N. 94, p. 215-257. São Paulo: Revista dos Tribunais, julho-setembro, 2014, p. 231.

¹⁰³⁹ NEVES, A. Castanheira. Pessoa, direito e responsabilidade. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**. Ano 6, n. 1, p. 9-43. Coimbra: Coimbra, janeiro-março, 1996, p. 37-38.

¹⁰⁴⁰ NABAIS, José Casalta. **Dever fundamental de pagar impostos**: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo. Almedina: Coimbra, 2012, p. 15; NABAIS, José Casalta. **A face oculta dos direitos fundamentais**: os deveres e os custos dos direitos, p. 1-2. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15184-15185-1-PB.pdf>. Acesso em: 07/11/2014.

¹⁰⁴¹ MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. Los deberes fundamentales. **DOXA: cuadernos de filosofía del derecho**. n. 4, p. 329-341. Alicante, 1987, p. 329-330.

¹⁰⁴² ROBLES, Gregorio. **Os direitos fundamentais e a ética na sociedade atual**. Barueri: Manole, 2005, p. 17-18. Nas palavras do autor: “O que caracteriza, pois, a teoria dos direitos humanos é o fato de ser *somente* uma teoria dos direitos. Por essa razão, apresenta-se como a teoria dos direitos humanos, como a única teoria não apenas real, mas também possível. A consequência dessa maneira de ver as coisas será a penetração histórica da ideia de direitos humanos, desvinculada da ideia de dever e de valor, na mentalidade social dos povos ocidentais. Paradoxalmente, instala-se um processo de desmoralização da vida pública e, em longo prazo, também da vida privada, como efeito da perda de sentido do dever.”

plena), sem nenhuma obrigação correlata, ou seja, carece de limites. Na teoria de Hobbes a pessoa sacrifica sua liberdade máxima em prol de um *standard* mínimo necessário para garantir a segurança da vida por meio da criação do Estado. O importante na vida em sociedade é garantir a minha vida, a minha segurança e os meus bens, justificando o ideário do egoísmo burguês¹⁰⁴³.

Neste diapasão histórico, antes da consideração dos deveres por parte da doutrina constitucional (por meio dos deveres fundamentais), foi a teoria geral do direito e o direito privado que melhor desenvolveu o tema. Kelsen explica que a autorização normativa do direito objetivo também imputa deveres¹⁰⁴⁴, enquanto Carnelutti classifica as posições jurídicas de dever em: (i) obrigação – um dever fazer em concreto; (ii) submissão – um dever de obedecer em abstrato; (iii) ônus – um dever cujo comportamento do destinatário é direcionado a realizar interesse próprio¹⁰⁴⁵.

No campo do direito privado o dever jurídico constitui o lado passivo da relação jurídica contraposto aos direitos subjetivos, cujo descumprimento pode gerar a aplicação de sanções. Os deveres jurídicos, que consubstanciam-se em uma ação ou omissão, podem dirigir-se a pessoas determinadas, caso em que se estará diante de um direito relativo, ou podem impor-se a todas as pessoas (obrigação passiva universal) quando o direito for absoluto (relação jurídica absoluta)¹⁰⁴⁶.

Para além da teoria jusnaturalista dos direitos humanos, o esquecimento dos deveres no campo constitucional aconteceu em grande parte em razão das constituições ocidentais do pós-guerra terem surgido em contraposição a regimes totalitários ou autoritários. Isso fez com que estas constituições preocupam-se primordialmente com os limites do poder estatal (direitos fundamentais), esquecendo da responsabilidade da pessoa humana (deveres fundamentais)¹⁰⁴⁷. Tanto o regime nazista, quanto os regimes comunistas, deram proeminência à questão dos deveres em detrimento dos direitos, isso fez com que a lógica atual fosse invertida, pois o indivíduo possuía direitos na medida em que estes eram conexos com os deveres. Estas

¹⁰⁴³ ROBLES, Gregorio. **Os direitos fundamentais e a ética na sociedade atual**. Barueri: Manole, 2005, p. 20-22.

¹⁰⁴⁴ MARTINS, Fernando Rodrigues. Os deveres fundamentais como causa subjacente-valorativa da tutela da pessoa consumidora: contributo transversal e suplementar à hermenêutica consumerista da afirmação. **Revista de Direito do Consumidor**. N. 94, p. 215-257. São Paulo: Revista dos Tribunais, julho-setembro, 2014, p. 223-225.

¹⁰⁴⁵ FALCÓN Y TELLÁ, María José. **Lições de teoria geral do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 360.

¹⁰⁴⁶ PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria geral do direito civil**. 3 ed. Coimbra: Coimbra, 1999, p. 176-177.

¹⁰⁴⁷ NABAIS, José Casalta. **Dever fundamental de pagar impostos**: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo. Almedina: Coimbra, 2012, p. 16-18.

experiências negativas de violação de direitos humanos explicam a desconfiança com que os deveres fundamentais são vistos na sociedade atual¹⁰⁴⁸.

Na perspectiva constitucional, é preciso superar a concepção de que os deveres fundamentais são utilizados unicamente na perspectiva objetiva dos direitos fundamentais funcionando como limites ao exercício destes direitos¹⁰⁴⁹. A visão de Bodo Pieroth e Bernnhard Schlink de que os deveres fundamentais devem ser entendidos unicamente como ingerências aos direitos fundamentais¹⁰⁵⁰ não mais se coaduna como uma perspectiva personalista do direito que vincula as dimensões individual, social e ambiental do ser humano.

Os deveres fundamentais estão relacionados aos interesses, necessidades e exigências básicas da pessoa humana¹⁰⁵¹ dentro de um Estado Democrático de Direito fundado na garantia e promoção da dignidade da pessoa humana que não possui apenas direitos, mas também é investida em responsabilidade¹⁰⁵², e por isso conceituados como

aquellos deberes jurídicos que se refieren a dimensiones básicas de la vida del hombre en sociedad, a bienes de primordial importancia, a la satisfacción de necesidades básicas o que afectan a sectores especialmente importantes para la organización y el funcionamiento de las Instituciones públicas, o al ejercicio de derechos fundamentales, generalmente en el ámbito constitucional¹⁰⁵³.

¹⁰⁴⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 531; MARTINS, Fernando Rodrigues. Os deveres fundamentais como causa subjacente-valorativa da tutela da pessoa consumidora: contributo transversal e suplementar à hermenêutica consumerista da afirmação. **Revista de Direito do Consumidor**. N. 94, p. 215-257. São Paulo: Revista dos Tribunais, julho-setembro, 2014, p. 226-227.

¹⁰⁴⁹ NABAIS, José Casalta. **Dever fundamental de pagar impostos**: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo. Almedina: Coimbra, 2012, p. 24-27. Segundo o autor: “É de acrescentar que, por detrás deste tratamento dos deveres fundamentais por parte da dogmática constitucional, está, em geral, a concepção, mais apropriada ao século passado do que aos tempos do estado social, que insere e esgota os deveres fundamentais na temática dos limites (limites imanes e restrições) aos direitos fundamentais, o que dispensaria o seu tratamento autónomo. Ora, sem negar que os deveres fundamentais ainda se inserem na “(sub)constituição do indivíduo”, ou fazem parte da ‘matéria’ *lato sensu* dos direitos fundamentais, o que explica designadamente as diversificadas e intensas relações que mantêm com os direitos fundamentais, o certo é que o seu tratamento revela manifestamente insuficiente quando diluído na temática que tem por objeto a categoria ou a figura dos direitos fundamentais.”

¹⁰⁵⁰ **Direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 114.

¹⁰⁵¹ REVORIO, Francisco Javier Díaz. Derechos humanos y deberes fundamentales: sobre el concepto de deber constitucional y los deberes en la constitución española de 1978. **Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla**. Ano V, n. 28, p. 278-310. México, julio-diciembre, 2011, p. 290.

¹⁰⁵² MARTÍNEZ, Miguel Ángel Alegre. Los deberes en la constitución española: esencialidad y problemática. **Teoría y Realidad Constitucional**. N. 23, p. 271-291. Madrid, janeiro-junho, 2009, p. 277.

¹⁰⁵³ MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. Los deberes fundamentales. **DOXA**: cuadernos de filosofía del derecho. n. 4, p. 329-341. Alicante, 1987, p. 336. Tradução livre: “aqueles deveres jurídicos relativos às dimensões básicas da vida humana em sociedade, bens de suma importância para a satisfação de necessidades básicas ou que afetem determinados setores importantes para a organização e o funcionamento das instituições públicas, ou ao exercício de direitos fundamentais, geralmente no campo constitucional.” Segundo Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins: “definimos os deveres fundamentais como *deveres de ação ou omissão, proclamados pela Constituição (fundamentalidade formal)*, cujos sujeitos ativos e passivos são indicados em cada norma ou podem ser deduzidos mediante interpretação.” (**Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 67).

Percebe-se que o fundamento dos deveres fundamentais é o mesmo daquele dispensado aos direitos fundamentais, qual seja: a pessoa humana¹⁰⁵⁴. Parte-se da consideração já abordada de que a pessoa não é um indivíduo isolado, ensimesmado ou solitário, mas convive em sociedade e desfruta de uma dimensão solidária. A pessoa é um ser livre e responsável, refletida na perspectiva constitucional em uma ordem de liberdade limitada pela responsabilidade¹⁰⁵⁵.

A liberdade deve ser utilizada de forma a legitimar o livre desenvolvimento da personalidade¹⁰⁵⁶ expressão de direito fundamental mais intrínseca à proteção e promoção da pessoa humana. A dignidade da pessoa humana, a liberdade (expressão do livre desenvolvimento da personalidade) e a igualdade são os fundamentos materiais constitucionais legitimadores para uma recondução unitária dos diversos deveres fundamentais¹⁰⁵⁷.

Esta relação vem ressaltada no art. 2 da Constituição italiana¹⁰⁵⁸ ao observar que a sociabilidade é condição necessária para o desenvolvimento da personalidade, bem como a exigência de deveres de solidariedade de natureza econômica, política e social. A Declaração Universal dos Direitos Humanos, em sentido próximo, também afirma a necessidade de consideração dos deveres da pessoa para com a sociedade em que aquela desenvolve livremente a sua personalidade¹⁰⁵⁹.

Uma breve explanação quanto à estrutura dos deveres fundamentais¹⁰⁶⁰, leva à análise de sua titularidade. O primeiro titular histórico dos deveres fundamentais é o próprio Estado, sobretudo com relação ao dever de prestação de serviço militar e o dever de pagar

¹⁰⁵⁴ MARTINS, Fernando Rodrigues. Os deveres fundamentais como causa subjacente-valorativa da tutela da pessoa consumidora: contributo transversal e suplementar à hermenêutica consumerista da afirmação. **Revista de Direito do Consumidor**. N. 94, p. 215-257. São Paulo: Revista dos Tribunais, julho-setembro, 2014, p. 237.

¹⁰⁵⁵ NABAIS, José Casalta. **Dever fundamental de pagar impostos**: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo. Almedina: Coimbra, 2012, p. 31.

¹⁰⁵⁶ MARTINS, Fernando Rodrigues. Os deveres fundamentais como causa subjacente-valorativa da tutela da pessoa consumidora: contributo transversal e suplementar à hermenêutica consumerista da afirmação. **Revista de Direito do Consumidor**. N. 94, p. 215-257. São Paulo: Revista dos Tribunais, julho-setembro, 2014, p. 238.

¹⁰⁵⁷ NABAIS, José Casalta. **Dever fundamental de pagar impostos**: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo. Almedina: Coimbra, 2012, p. 56.

¹⁰⁵⁸ “Art. 2 - A República reconhece e garante os direitos invioláveis do homem, como indivíduo ou nas formações sociais onde ele desenvolve sua personalidade, e exige o cumprimento dos deveres obrigatórios de solidariedade política, econômica e social”.

¹⁰⁵⁹ “Art. 29 – Toda pessoa tem deveres para com a comunidade, em que o livre e pleno desenvolvimento de sua personalidade é possível”.

¹⁰⁶⁰ Um desenvolvimento aprofundado de uma teoria geral dos deveres fundamentais não é objetivo deste trabalho. Para tanto vide: NABAIS, José Casalta. **Dever fundamental de pagar impostos**: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo. Almedina: Coimbra, 2012, p. 15-187; MARTINS, Fernando Rodrigues. Os deveres fundamentais como causa subjacente-valorativa da tutela da pessoa consumidora: contributo transversal e suplementar à hermenêutica consumerista da afirmação. **Revista de Direito do Consumidor**. N. 94, p. 215-257. São Paulo: Revista dos Tribunais, julho-setembro, 2014.

impostos. A sociedade também pode ser titular com base no princípio da solidariedade criando deveres relacionados a questões de saúde, de trabalho, de educação, entre outros. Agentes constitucionalmente identificados podem ser titulares de direitos-deveres relacionados com o livre desenvolvimento da personalidade, observa-se, por exemplo, o dever de proteção geral da criança e do adolescente, do idoso, do índio e do consumidor¹⁰⁶¹.

Os destinatários, por sua vez, podem ser todas as pessoas ou grupos de pessoas com deveres específicos. Pode ser também o Estado que é obrigado a cumprir uma quantidade de deveres de acordo com as finalidades constitucionais¹⁰⁶², veja-se os deveres de proteção e de realização dos direitos fundamentais já abordados na dimensão objetiva destes direitos.

O tratamento dos deveres fundamentais em sentido amplo implica a consideração: (i) dos deveres fundamentais reflexos, conexos, associados ou correlatos aos direitos fundamentais que representam a outra face da relação jurídica jusfundamental; (ii) aos deveres fundamentais em sentido estrito, ou seja, aqueles autônomos em relação aos direitos fundamentais; (iii) os deveres fundamentais coligados, estabelecidos para a enfraquecer ou limitar o conteúdo dos direitos fundamentais¹⁰⁶³.

Embora a primeira categoria seja tratada como o reverso da moeda e muitas vezes excluída da consideração em relação aos deveres fundamentais¹⁰⁶⁴, ressaltando ainda a inutilidade dogmática do seu estudo¹⁰⁶⁵, tem-se no presente trabalho a posição de que tais considerações, apesar de possuírem um apelo dogmático coerente, carecem de sentido ético ao

¹⁰⁶¹ MARTINS, Fernando Rodrigues. Os deveres fundamentais como causa subjacente-valorativa da tutela da pessoa consumidora: contributo transversal e suplementar à hermenêutica consumerista da afirmação. **Revista de Direito do Consumidor**. N. 94, p. 215-257. São Paulo: Revista dos Tribunais, julho-setembro, 2014, p. 239-240.

¹⁰⁶² MARTINS, Fernando Rodrigues. Os deveres fundamentais como causa subjacente-valorativa da tutela da pessoa consumidora: contributo transversal e suplementar à hermenêutica consumerista da afirmação. **Revista de Direito do Consumidor**. N. 94, p. 215-257. São Paulo: Revista dos Tribunais, julho-setembro, 2014, p. 240.

¹⁰⁶³ MARTINS, Fernando Rodrigues. Os deveres fundamentais como causa subjacente-valorativa da tutela da pessoa consumidora: contributo transversal e suplementar à hermenêutica consumerista da afirmação. **Revista de Direito do Consumidor**. N. 94, p. 215-257. São Paulo: Revista dos Tribunais, julho-setembro, 2014, p. 228; NABAIS, José Casalta. **Dever fundamental de pagar impostos**: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo. Almedina: Coimbra, 2012, p. 39-40. Nas palavras de Ingo Sarlet: “uma primeira distinção entre os diversos tipos de deveres costuma ser traçada levando em conta a existência de *deveres conexos ou correlatos* (aos direitos) e *deveres autônomos*, cuja diferença reside justamente no fato de que os últimos não estão relacionados diretamente à conformação de nenhum direito subjetivo, ao passo que os primeiros tomam forma a partir do direito fundamental a que estão atrelados” (**A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 229).

¹⁰⁶⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 532-533; NABAIS, José Casalta. **Dever fundamental de pagar impostos**: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo. Almedina: Coimbra, 2012, p. 65-67.

¹⁰⁶⁵ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 61.

cotejarmos com o pensamento ocidental em relação aos direitos fundamentais. Isso porque, como bem observa Gregório Robles, na sociedade global atual as pessoas sentem-se munidas de direitos naturais que todos devem reconhecer, mas esquecem que sobre elas também recaem deveres fundamentais necessários para a vida em sociedade¹⁰⁶⁶.

Neste sentido, os deveres fundamentais não autônomos correlatos aos direitos fundamentais também merecem ser ressaltados com vista a demonstrar o caráter de responsabilidade que o Estado possui em relação aos direitos fundamentais, bem como a responsabilidade dos particulares em respeitar os direitos fundamentais das demais pessoas quando houver a eficácia horizontal mediada pelas normas infraconstitucionais ou quando, excepcionalmente, esta eficácia ocorrer de forma direta.

O respeito ao âmbito de proteção do direito geral da personalidade, do direito geral de ação e da livre construção da individualidade, componentes do livre desenvolvimento da personalidade, é dever fundamental do Estado e dos particulares na medida de sua vinculação (eficácia mediata) a este direito fundamental. No campo do direito privado a questão dos deveres relacionados ao livre desenvolvimento da personalidade se solidifica nos chamados “deveres de personalidade” que serão objeto de estudo em tópico específico.

A categoria dos deveres fundamentais autônomos ou em sentido estrito são aqueles que a Constituição impõe aos particulares ou ao Estado como elementos de um *status* geral de sujeição¹⁰⁶⁷. Em relação ao Estado tem-se deveres autônomos de criminalização, como aquele previsto no art. 5º, XLIII, da Constituição Federal¹⁰⁶⁸ (o dever de criminalizar a prática de tortura)¹⁰⁶⁹. Em relação aos deveres autônomos dos particulares pode-se citar o dever de votar para os maiores de 18 e menores de 70 anos, o dever de pagar impostos, o dever de colaborar na administração eleitoral, o dever de prestar o serviço militar¹⁰⁷⁰.

Diferentemente do que se passa com a abertura material dos direitos fundamentais que não excluem outros além daqueles já previstos na Constituição, os deveres fundamentais autônomos são consagrados por meio do princípio da tipicidade, pois somente se encaixarão nesta categoria aqueles deveres que estiverem previstos no corpo constitucional. Isso não

¹⁰⁶⁶ **Os direitos fundamentais e a ética na sociedade atual.** Barueri: Manole, 2005, p. 23-24.

¹⁰⁶⁷ LLORENTE, Francisco Rubio. Los deberes constitucionales. **Revista Española de Derecho Constitucional.** Ano 21, n. 62, p. 11-56. Madrid, mayo-agosto, 2001, p. 17-18.

¹⁰⁶⁸ “XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;”

¹⁰⁶⁹ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais.** 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 62.

¹⁰⁷⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 229.

significa que a previsão tenha que ser expressa, pois os deveres fundamentais podem estar implícitos por normas que os tem como pressuposto ou como consequência¹⁰⁷¹.

Ademais, os deveres fundamentais não possuem eficácia direta e imediata¹⁰⁷², haja vista que não possuem o seu conteúdo totalmente concretizado pela constituição. Os preceitos de deveres fundamentais em sentido estrito são dirigidos primordialmente ao legislador ordinário, ao qual incumbe concretizar o dever fundamental de forma a torná-lo aplicável dentro da configuração constitucional. Aqui não se fala em concretização ou aplicabilidade mediata nos termos dos direitos fundamentais que é realizada pelas cláusulas gerais, conceitos jurídicos indeterminados e princípios de direito privado. No caso dos deveres fundamentais esta concretização envolve a conformação de cada dever com o objetivo de garantir a total delimitação e forma de aplicação do preceito constitucional, bem como instituir as sanções no caso do seu descumprimento.

A tipicidade e a eficácia mediata dos deveres fundamentais não indicam que a lei não poderá criar outros deveres além daqueles expressos na Constituição. A lei pode criar novos deveres com fundamento na solidariedade, na igualdade, na dignidade da pessoa humana e no livre desenvolvimento da personalidade. Não existe uma cláusula geral de deveres fundamentais, mas existe um fundamento constitucional que legitima o legislador a configurar novos deveres necessários para a vida em sociedade, deste que respeitados o regime jurídico dos direitos fundamentais¹⁰⁷³.

Finalizando a classificação proposta, a categoria dos deveres fundamentais coligados engloba aqueles deveres utilizados pela Constituição para limitar o exercício de um direito fundamental. Neste diapasão tem-se o dever do proprietário em cumprir a função social

¹⁰⁷¹ NABAIS, José Casalta. **Dever fundamental de pagar impostos**: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo. Almedina: Coimbra, 2012, p. 87-93.

¹⁰⁷² MARTINS, Fernando Rodrigues. Os deveres fundamentais como causa subjacente-valorativa da tutela da pessoa consumidora: contributo transversal e suplementar à hermenêutica consumerista da afirmação. **Revista de Direito do Consumidor**. N. 94, p. 215-257. São Paulo: Revista dos Tribunais, julho-setembro, 2014, p. 244.

¹⁰⁷³ Em outras palavras: “[...] tanto a afirmação da liberdade (direitos invioláveis), como a afirmação da deverosidade (deveres inderrogáveis), são tributárias de uma visão que exalta a centralidade da pessoa humana, apresentando-se assim ilimitadas no plano categorial. Ou seja, ambas as esferas resultam, em princípio, autonomamente limitadas *ex se*, o que tem por consequência, no respeitante à deverosidade em causa, serem tidos como deveres fundamentais também os apenas implicitamente referidos na constituição e erguer a solidariedade política, económica e social em valor ou bem constitucional legitimador de compressões ou restrições dos direitos fundamentais, podendo estes, assim e por conseguinte, apresentar-se simultaneamente como direitos fundamentais e como deveres legais. Em suma, trata-se, não de uma abertura a deveres fundamentais extraconstitucionais, mas sim de uma abertura ao valor da solidariedade de que uma comunidade de cidadãos responsáveis não pode prescindir [...]” (NABAIS, José Casalta. **Dever fundamental de pagar impostos**: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo. Almedina: Coimbra, 2012, p. 91).

da propriedade durante o exercício do seu direito fundamental (art. 5º, XXII e XXIII, CF)¹⁰⁷⁴. Existe, também, o dever implícito de identificação no exercício do direito de manifestação do pensamento, levando em consideração que a Constituição veda o anonimato (art. 5º, IV, CF)¹⁰⁷⁵. Esta categoria corresponde ao tratamento clássico dispensando aos deveres fundamentais como forma de limitação de direitos fundamentais consagrados na dimensão objetiva destes direitos.

Ainda na relação entre liberdade e responsabilidade, o livre desenvolvimento da personalidade, ao afirmar um direito geral de liberdade, também constitui o pressuposto de uma cláusula geral de responsabilidade subjetiva da qual retira-se que cada um é responsável pelas consequências de suas decisões em que, no uso de sua liberdade, acabou gerando efeitos para outras pessoas¹⁰⁷⁶. Diz-se responsabilidade subjetiva, pois a análise da culpa em sentido amplo – englobando o dolo e a culpa em sentido estrito (negligência, imprudência ou imperícia) – é uma valoração da liberdade de ação da pessoa no caso concreto, no direito brasileiro consubstanciado no art. 186 do Código Civil de 2002¹⁰⁷⁷.

A responsabilidade civil extracontratual possui como fundamento os princípios da culpa e do risco. Enquanto o princípio da culpa indica que uma pessoa só deverá reparar os danos que houver causado de forma censurável, ou seja, quando proceder com dolo ou culpa, o princípio do risco preconiza o dever de reparar mediante a conexão entre a atividade desenvolvida e o dano causado à outra pessoa, sem cogitar a valoração da conduta mediante culpa (*lato sensu*)¹⁰⁷⁸.

É certo que no decorrer da evolução da responsabilidade civil para o chamado “direito de danos”, a responsabilidade civil subjetiva perdeu grande parte do seu espaço para a responsabilidade objetiva que independe de dolo ou culpa¹⁰⁷⁹. Isso deve-se à necessidade de manter uma reparação integral à vítima que não pode ficar irressarcida¹⁰⁸⁰.

¹⁰⁷⁴ “XXII - é garantido o direito de propriedade;

XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;”

¹⁰⁷⁵ “IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;”

¹⁰⁷⁶ OTERO, Paulo. **Instituições políticas e constitucionais**: vol. I. Coimbra: Almedina, 2007, p. 581.

¹⁰⁷⁷ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

¹⁰⁷⁸ NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 457.

¹⁰⁷⁹ VENTURI, Thaís Goveia Pascoaloto. **Responsabilidade civil preventiva**: a proteção contra a violação dos direitos e a tutela inibitória material. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 43. Segundo a autora: “as mudanças vivenciadas pela sociedade contemporânea em razão das relações de massa, pautadas no dinamismo, na impessoalidade e na efemeridade, revelaram-se especialmente nocivas quanto ao extraordinário incremento de danos causados à coletividade, passando a se afirmar que a expressão mais adequada para caracterizar o atual momento da regulação da responsabilidade civil seria ‘direito de danos’.”

¹⁰⁸⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 151.

Não obstante, uma cláusula geral de responsabilidade subjetiva é medida que se impõe para a valorização do elemento humano passivo da relação jurídica obrigacional surgida da violação de um dever de respeito aos direitos de outrem¹⁰⁸¹. Não é prudente chegar ao extremo de se alegar, como o faz José Enrique Pueche, de que a responsabilidade objetiva revela um total desprezo pela autonomia individual do ser humano e que a tese de proteção e promoção da pessoa da vítima não é algo que possa sustentar a passagem de uma perspectiva subjetiva para uma perspectiva objetiva da responsabilidade civil¹⁰⁸². Acontece que a responsabilidade objetiva é extremamente necessária em uma sociedade de risco pós-industrial no sentido de garantir à vítima a indenização cabível em caso de danos resultantes de atividades perigosas¹⁰⁸³, mas o sistema jurídico não pode desprezar a análise da culpa em determinadas situações sociais.

Neste sentido, o que não se pode negar é a continuidade da importância da culpa para a sociedade contemporânea. Mesmo que a modalidade de responsabilidade subjetiva tenha perdido campo de aplicação para diversas espécies de relações jurídicas (ex.: relações consumeristas, com exceção dos profissionais liberais)¹⁰⁸⁴, ela ainda constitui uma cláusula geral prevista na parte geral do Código Civil de maneira que a valoração do livre desenvolvimento da personalidade permite afirmar a prevalência da responsabilidade subjetiva sobre a objetiva em caso de dúvida na sua aplicação¹⁰⁸⁵.

¹⁰⁸¹ Sobre à violação do dever de respeito aos direitos de outrem vide o art. 1.716 do novo Código Civil argentino: “ARTÍCULO 1716. - Deber de reparar. La violación del deber de no dañar a otro, o el incumplimiento de una obligación, da lugar a la reparación del daño causado, conforme con las disposiciones de este Código.” Tradução livre: “Artigo 1716. – Dever de reparar. A violação do dever de não causar danos a outro, ou o descumprimento de uma obrigação, dá lugar à reparação do dano causado, conforme as disposições deste Código.”

¹⁰⁸² Sobre los límites de la autonomía individual en derecho civil. In: MIGUEL, Luis García San (org.). **El libre desarrollo de la personalidad**: artículo 10 de la constitución. Alcalá: Universidad de Alcalá, 1995, p. 149.

¹⁰⁸³ Segundo Anderson Schreiber: “[...] a conclusão mais razoável parecer ser a de que a cláusula geral de responsabilidade objetiva dirige-se simplesmente às atividades perigosas, ou seja, às atividades que apresentam um grau de risco elevado seja porque se centram sobre bens intrinsecamente danosos (como material radioativo, explosivos, armas de fogo, etc.), seja porque empregam métodos de alto potencial lesivo (como o controle de recursos hídricos, manipulação de energia nuclear, etc.). Irrelevante, para a incidência do dispositivo [art. 927, parágrafo único do CC/2002], que a atividade de risco se organize ou não sob forma empresarial ou que se tenha revertido em proveito de qualquer espécie para o responsável” (**Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 25).

¹⁰⁸⁴ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 51.

¹⁰⁸⁵ Observe-se, por exemplo a preferência do novo Código Civil argentino: “ARTÍCULO 1721. - Factores de atribución. La atribución de un daño al responsable puede basarse en factores objetivos o subjetivos. En ausencia de normativa, el factor de atribución es la culpa.” Tradução livre: “Artigo 1721. – Fatores de imputação. A imputação de um dano ao responsável pode basear-se em fatores objetivos ou subjetivos. Na ausência de norma, o fator de imputação é a culpa.”

Isto não significa que a culpa tenha que ser analisada conforme o perfil psicológico e voluntarista do agente como era na sua concepção clássica¹⁰⁸⁶, influenciada pela ideologia naturalista do século XIX, em que a culpa consistia em um estado psicológico relacionado ao resultado causado¹⁰⁸⁷. Esta concepção para além de ser considerada uma prova diabólica¹⁰⁸⁸ já foi gradualmente substituída por uma culpa objetivada, por ser avaliada de acordo com parâmetros objetivos de diligência (*standart* de conduta)¹⁰⁸⁹. Neste ponto a culpa assume uma nova função ética relacionada com as consequências das ações livres e não com a intenção do agente. Nas palavras de Maria Alice Hofmeister:

A ética da responsabilidade não mais se sustenta sobre uma culpa a punir, mas pela consciência aguçada de que aquele que toma uma decisão, que exerce uma atividade ou que detém um poder deve assumir as consequências, quando estas são prejudiciais a outrem.

A ética da responsabilidade, voltada, desta maneira, para as consequências da ação e não mais para a intenção do autor do ato, implica uma relação ética com o lesado por este ato. Quando o indivíduo, exercitando a sua liberdade de ação, pratica atos que prejudicam outrem, nasce para o primeiro a obrigação de reparar o dano [...] ¹⁰⁹⁰.

Deste modo, a relação entre o direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade com a responsabilidade civil subjetiva indica, em tempos contemporâneos, uma (re)fundamentação constitucional da culpa. Sem desprezar a necessidade de promover as indenizações das vítimas, o livre desenvolvimento da personalidade preconiza, na sua dimensão objetiva, a importância de avaliação da liberdade individual ao determinar a existência de uma cláusula geral de responsabilidade civil subjetiva. Isto demonstra que a responsabilidade objetiva não poderá abarcar por completo todas as relações jurídicas obrigacionais resultantes da violação do dever de não causar danos aos outros, pois sempre deverá haver espaço para a avaliação do dolo ou da culpa.

Quanto às funções da responsabilidade civil, Fernando Noronha as divide em: (i) função reparatória, ressarcitória ou indenizatória; (ii) função sancionatória ou punitiva; e (iii)

¹⁰⁸⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 210.

¹⁰⁸⁷ ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martín. **Tratado de derecho civil**: parte general, tomo primeiro, segunda parte, vol. II. Barcelona: Bosch, 1981, p. 900-902.

¹⁰⁸⁸ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 17. Nas palavras do autor: “Em sua versão de falta de moral, vinculada aos impulsos anímicos do sujeito e à previsibilidade dos resultados de uma conduta, a culpa mostrava-se um elemento de difícil comprovação. Sua aferição impunha aos juízes tarefa extremamente árdua, representada por exercícios de previsibilidade do dano e análises psicológicas incompatíveis com os limites naturais da atividade judiciária, a exigir do magistrado quase uma capacidade divina.”

¹⁰⁸⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 212.

¹⁰⁹⁰ **O dano pessoal na sociedade de risco**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 117.

função preventiva ou dissuasora. A função reparatória é aquela clássica da responsabilidade civil concernente ao dever de reparar o dano, seja por meio da indenização do prejuízo econômico causado ou por meio da compensação no caso dos danos à pessoa ou danos extrapatrimoniais¹⁰⁹¹.

A violação dos direitos da personalidade, ou dos deveres de respeito com a personalidade de outra pessoa, é reconduzida à categoria de danos extrapatrimoniais cuja compensação é a resposta da responsabilidade civil para minorar (compensar) os danos causados. Atualmente a existência dos danos extrapatrimoniais (muitas vezes reconduzidos à figura única dos danos morais) é algo solidificado pela doutrina e jurisprudência, em especial após o advento da Constituição Federal de 1988 no seu art. 5º, X¹⁰⁹², e do Código Civil de 2002 no seu art. 186¹⁰⁹³ que reconhecem expressamente a existência dos danos morais no sistema jurídico brasileiro. A discussão, todavia, reside nos critérios adotados para a fixação destes danos extrapatrimoniais¹⁰⁹⁴ que por razões de espaço e de recorte metodológico não serão aqui analisados.

A função sancionatória diz respeito à imposição de uma pena que na seara criminal visa retribuir o ilícito, dissuadir outras pessoas a praticarem o delito e ainda prevenir que o próprio agente volte a praticar o ilícito (finalidade retributiva, de prevenção geral e prevenção especial respectivamente). Para Fernando Noronha, estas finalidades também estão presentes na responsabilidade civil, embora de forma mitigada e acessória, devendo ser adaptada em caso de responsabilidade subjetiva ou objetiva¹⁰⁹⁵.

Todavia, não são todos os autores que adotam esta perspectiva punitiva da responsabilidade civil. Maria Celina Bodin de Moraes admite o caráter sancionatório em hipóteses excepcionais como práticas lesivas capazes de causar dano a um grande número de

¹⁰⁹¹ **Direito das obrigações**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 460-461.

¹⁰⁹² “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;”

¹⁰⁹³ “Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

¹⁰⁹⁴ Sobre este ponto veja-se: MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 265 e ss.

¹⁰⁹⁵ **Direito das obrigações**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 461-462. Segundo o autor: “quando se fala na *função sancionatória* da responsabilidade civil, pretende-se realçar que ela, impondo sempre um sacrifício, maior ou menor, ao lesante, acaba também punindo este. Todavia, em rigor, na responsabilidade civil uma finalidade punitiva não é facilmente justificável. Quando a responsabilidade civil tem por fundamento uma conduta dolosa ou culposa (responsabilidade subjetiva), ainda se pode compreender que se fale na possibilidade de, através dela, se punir o responsável; todavia, quando se entra no domínio da responsabilidade objetiva, por definição independente de culpa, somente será possível falar de uma função sancionatória nos casos em que for possível incentivar as pessoas a adotar medidas de segurança preventivas, para evitar a ocorrência de danos.”

pessoas¹⁰⁹⁶, enquanto Anderson Schreiber recusa qualquer tipo de pena a ser aplicada pelo instituto da responsabilidade civil, propondo que a compensação seja garantida de forma mais generosa para o lesado (elevando-se o valor da fixação dos danos extrapatrimoniais) ao invés de se imputar um valor superior a título de *punitive damages*¹⁰⁹⁷.

Uma concepção clássica de função preventiva da responsabilidade civil, por sua vez, resultaria da própria obrigação do lesante em reparar o dano, pois assim estar-se-ia contribuindo para que o mesmo ou outras pessoas voltassem a praticar outros atos danosos¹⁰⁹⁸. Contudo, esta perspectiva merece ser reformulada de acordo com a necessidade dos tempos pós-modernos da responsabilidade civil agir antes da realização do dano.

Observando a classificação das funções da responsabilidade civil apresentada, tem-se que a perspectiva preventiva deste instituto pode-se apresentar de forma ampla ou de forma restrita. A responsabilidade civil preventiva em sentido amplo pode ser reconduzida às funções geradas a partir da indenização que cumpre as finalidades de retribuição, prevenção geral positiva e de prevenção geral negativa. Já a consideração de uma responsabilidade civil preventiva em sentido estrito leva à imposição de um remédio preventivo que possa agir antes mesmo da ocorrência do dano¹⁰⁹⁹.

Por certo que a própria dificuldade de compensar os danos extrapatrimoniais resultantes da violação de direitos da personalidade e direitos fundamentais leva à uma (re)fundamentação da responsabilidade civil pelo viés preventivo, pois evitar que o resultado dano ocorra é essencial para a proteção e promoção dos direitos mais intrinsecamente relacionados à pessoa humana¹¹⁰⁰. A responsabilidade civil deixa de agir unicamente *ex post* (reparação e compensação) e passa a agir *ex ante*, prevenindo a ocorrência do dano, em específico os danos dirigidos à pessoa e à sua personalidade¹¹⁰¹.

¹⁰⁹⁶ **Danos à pessoa humana:** uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 263.

¹⁰⁹⁷ **Novos paradigmas da responsabilidade civil:** da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 212.

¹⁰⁹⁸ NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 463.

¹⁰⁹⁹ Adotando uma classificação no mesmo sentido: RODRÍGUEZ, Tomás Restrepo. El remedio preventivo en la responsabilidad civil. **Revista de Derecho Privado**. N° 14, p. 219-238. Colombia, 2008, p. 220.

¹¹⁰⁰ VENTURI, Thaís Goveia Pascoaloto. **Responsabilidade civil preventiva:** a proteção contra a violação dos direitos e a tutela inibitória material. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 84. Segundo a autora: “É justamente neste contexto que se preconiza a premência da refundamentação da responsabilidade civil, *em um sentido eminentemente preventivo, única forma de se funcionalizar o direito de responsabilidade civil com vistas a se viabilizar a concretização, tanto quanto possível, de uma nova garantia de respeito à integridade dos direitos*, por via da *manutentio in integrum* dos direitos fundamentais (individuais e transindividuais), especialmente daqueles de natureza extrapatrimonial e indispensáveis à proteção da dignidade da pessoa humana.”

¹¹⁰¹ VENTURI, Thaís Goveia Pascoaloto. **Responsabilidade civil preventiva:** a proteção contra a violação dos direitos e a tutela inibitória material. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 87.

A evolução da sociedade de risco e a manifestação de novos danos aos direitos da personalidade chama uma atuação preventiva do Direito, que na responsabilidade civil vem informada pelos princípios da prevenção e da precaução¹¹⁰². O princípio da prevenção consiste na obrigação de prevenir um risco comprovado, real, concreto. Já o princípio da precaução é chamado a atuar quando existe um risco de dano grave, mas este risco é apenas suspeito de acordo com os conhecimentos científicos e técnicos da época¹¹⁰³.

Embora o dano ainda constitua uma condição essencial para a responsabilidade civil, reconhecido pela doutrina e jurisprudência¹¹⁰⁴, tal consideração vem sofrendo algumas perturbações, seja em face da responsabilidade civil pela perda de uma chance, seja em face da aplicação da responsabilidade civil preventiva. Em especial veja-se as palavras de Castanheira Neves:

[...] E mais: se é o dano ou o prejuízo e a sua reparação que fundamentalmente importam, porque não admitir formas de os impedir, impondo contra-estímulos à liberdade de acção orientados pelo objectivo de uma eficaz prevenção da sua produção ou verificação, além de que a tutela dos direitos (de certos tipos de direitos) se mostra não raro aquém da eficácia possível apenas às formas de ressarcimento dos danos que esses direitos sofram?¹¹⁰⁵

No campo dos direitos da personalidade tal consideração significa que uma tutela preventiva é imprescindível, reclamando instrumentos inibitórios suficientes para evitar a violação de tais direitos, que produzem danos insuscetíveis de reparação, pois apenas sujeitos à compensação. A tutela da privacidade, da honra, da imagem e de toda a integralidade da personalidade humana (direito geral da personalidade) deve ser efetivada também por meios

¹¹⁰² LOPEZ, Teresa Ancona. Responsabilidade civil na sociedade de risco. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. v. 105, p. 1223-1234. São Paulo, jan./dez., 2010, p. 1223-1226; VINEY, Geneviève. **Introduction à la responsabilité**. 3ª ed. Paris: L.G.D.J, 2008, p. 155. Esta última afirmando que: “Quant au ‘principe de précaution’, il ne semble pas avoir été jusqu’à présent invoqué directement dans le contentieux de la responsabilité civile, mais d’assez nombreuses études ont été consacrées à son influence possible sur cette institution dont il pourrait fortement accentuer l’aspect préventif.” Tradução livre: “Quanto ao ‘princípio da precaução’, ele não parece estar presente diretamente sobre o conteúdo da responsabilidade civil, mas um grande número de estudos têm se dedicado a sua possível influência sobre esta instituição que poderia aumentar significativamente o seu aspecto preventivo.”

¹¹⁰³ TAPINOS, Daphné. **Prévention, Précaution et responsabilité civile: risqué avéré, resque suspecté et transformation du paradigme de la responsabilité civile**. Paris: L’Harmattan, 2008, p. 659; LOPEZ, Teresa Ancona. Responsabilidade civil na sociedade de risco. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. v. 105, p. 1223-1234. São Paulo, jan./dez., 2010, p. 1225-1226.

¹¹⁰⁴ TAPINOS, Daphné. **Prévention, Précaution et responsabilité civile: risqué avéré, resque suspecté et transformation du paradigme de la responsabilité civile**. Paris: L’Harmattan, 2008, p. 433.

¹¹⁰⁵ Pessoa, direito e responsabilidade. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**. Ano 6, n. 1, p. 9-43. Coimbra: Coimbra, janeiro-março, 1996, p. 15.

preventivos¹¹⁰⁶. Assim, o art. 12 do Código Civil¹¹⁰⁷ mostra-se como uma verdadeira cláusula geral de responsabilidade civil preventiva ao estipular que a pessoa pode exigir que cesse a ameaça ou lesão a direito da personalidade, podendo o juiz estabelecer os meios adequados e necessários para cumprir com a proteção preventiva dos danos à pessoa humana.

Embora ainda muito ligado à responsabilidade civil baseado na prova do dano, o Código Civil português possui em seu bojo formas de agir preventivo muito semelhantes ao estipulado pela lei brasileira. Em seu art. 70, n. 2¹¹⁰⁸, o código lusitano discorre que independentemente da responsabilidade civil (reparação do dano), aplicada ao caso concreto, é possível a estipulação de medidas que visem evitar o dano ou minorar as suas consequências em caso de violação ou ameaça de violação de direitos da personalidade.

Deste modo, existem os remédios preventivos, destinados a evitar a realização do dano, e os remédios atenuantes, utilizados quando a ofensa já foi consumada, mas com intuito de reduzir os efeitos do dano na medida do possível. Estas providências devem ser aquelas necessárias para cada caso concreto, deixando uma margem de liberdade para o juiz ao estipular tais medidas, embora estas não possam ser aplicadas sem nenhuma espécie de critério¹¹⁰⁹.

Verdadeira guinada na previsão da responsabilidade civil preventiva ocorreu com a promulgação do novo Código Civil argentino em 2014. Na sistematização deste código, a função preventiva da responsabilidade civil foi efetivamente contemplada de forma separada da responsabilidade ressarcitória, sobretudo considerando a parte dos deveres de se evitar o dano ou evitar de agravar o dano caso este já tenha ocorrido:

ARTÍCULO 1710.-Deber de prevención del daño. Toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de:
a. evitar causar un daño no justificado;
b. adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable, tiene derecho a que éste le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa;
c. no agravar el daño, si ya se produjo¹¹¹⁰.

¹¹⁰⁶ VENTURI, Thaís Goveia Pascoaloto. **Responsabilidade civil preventiva**: a proteção contra a violação dos direitos e a tutela inibitória material. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 120-121.

¹¹⁰⁷ Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

¹¹⁰⁸ 2. Independentemente da responsabilidade civil a que haja lugar, a pessoa ameaçada ou ofendida pode requerer as providências adequadas às circunstâncias do caso, com o fim de evitar a consumação da ameaça ou atenuar os efeitos da ofensa já cometida.

¹¹⁰⁹ VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Direito de personalidade**. Coimbra: Almedina, 2006, p. 127.

¹¹¹⁰ Tradução livre: “Artigo 1710. Dever de prevenção dos danos. Toda pessoa tem o dever, desde que dela dependa, de:

a. evitar causar um dano não justificado;

Os requisitos para obtenção da prevenção estão circunscritos à previsibilidade de que uma ação ou omissão injustificada possa produzir alguma espécie de dano (art. 1.711, CC/2014 da Argentina), sendo que na sentença o juiz estipulará obrigações de fazer ou de não fazer de forma definitiva ou provisória, respeitando a proporcionalidade ao adotar o meio mais idôneo para evitar o dano, mas que gere uma menor restrição na liberdade do terceiro (Art. 1.713, CC/2014 da Argentina).

A responsabilidade civil já passou por diversos movimentos históricos, a saber: (i) a relação entre culpa e risco; (ii) a relação entre reponsabilidade individual e coletiva; e (iii) a relação entre agressor e vítima. Na contemporaneidade ainda tem-se a passagem de uma nova racionalidade do instituto em comento, a relação entre repressão e prevenção dos danos¹¹¹¹. Isso faz com que a concepção clássica da responsabilidade civil, fundada na obrigação de reparar o dano deva ser substituída por uma perspectiva mais ampla concernente na manutenção da situação de indenidade da vítima, seja evitando, paralisando, minorando ou compensando o dano¹¹¹², nomeadamente quando se tratar na proteção e promoção das liberdades, dos direitos da personalidade e dos direitos fundamentais.

3.4 Relação entre Liberdade, Deveres e Direitos da Personalidade

As dimensões de liberdade e de direitos da personalidade não são categorias estanques e indissociáveis entre si. Na verdade a própria classificação entre os dois âmbitos de proteção apenas tem sentido para explicitar o enfoque concedido pelo aplicador do direito ao livre desenvolvimento da personalidade. Isso porque ao mesmo tempo que os direitos da personalidade podem ser considerados direitos de defesa e, portanto, direitos fundamentais de primeira dimensão que visam assegurar o princípio da liberdade, a própria liberdade pode ser considerada um direito da personalidade pela sua essencialidade na proteção e promoção da dignidade humana¹¹¹³.

b. adotar, de boa fé e conforme as circunstâncias, medidas razoáveis para impedir a ocorrência de danos, ou reduzir o seu tamanho; se tais medidas previnem ou reduzem a extensão dos danos que um terceiro seria responsável, tem o direito de que este reembolse o valor das despesas de acordo com as regras do enriquecimento sem causa;

c. não agravar o dano, se ele já ocorreu.”

¹¹¹¹ VENTURI, Thaís Goveia Pascoaloto. **Responsabilidade civil preventiva**: a proteção contra a violação dos direitos e a tutela inibitória material. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 220.

¹¹¹² RODRÍGUEZ, Tomás Restrepo. El remedio preventivo en la responsabilidad civil. **Revista de Derecho Privado**. N° 14, p. 219-238. Colombia, 2008, p. 237-238.

¹¹¹³ Considerando a liberdade como um direito da personalidade veja-se: CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade**. São Paulo: Quorum, 2008, p. 103; FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues. **Direito à liberdade**: por um paradigma de essencialidade que dê eficácia ao direito personalíssimo da

Não obstante, realizada tal classificação, faz-se mister identificar situações jurídicas subjetivas cuja existência deve-se por uma relação intrínseca entre a liberdade e os direitos da personalidade, especialmente quando considerada a primeira no seu desdobramento de autonomia privada.

Isto implicará no questionamento de alguns dogmas já consagrados pelo próprio direito civil, como a indisponibilidade dos direitos da personalidade e a natureza unicamente patrimonial da autonomia privada. A autonomia existencial¹¹¹⁴, ou seja, a autonomia privada sobre os direitos da personalidade, preconiza uma esfera de disponibilidade que deve ser conferida ao titular do direito da personalidade para que este possa conformar a sua existência individual de acordo com o seu plano de vida.

Por outro lado, os deveres, considerados como a outra face dos direitos (fundamentais ou não), também merecem um tratamento específico quando relacionados aos direitos da personalidade. Os deveres de personalidade, muitas vezes negligenciados pela doutrina, correspondem ao último tópico de análise desta pesquisa que agora se encaminha para a conclusão.

3.4.1 Autonomia Existencial

Ao considerar a autonomia privada como equivalente ao poder de disposição, Luigi Ferri afirma que quando a lei retira do poder de disposição do titular determinados tipos de direitos, na verdade estes direitos estão sendo retirados do âmbito de atuação da autonomia privada. Entre os direitos indisponíveis e, portanto, subtraídos da autonomia privada, estariam os direitos da personalidade¹¹¹⁵.

Seguindo este raciocínio, a autonomia privada estaria ligada apenas às relações patrimoniais que estão dentro do poder de disposição de seu titular, sendo limitada pelas regras e princípios pertinentes (requisitos para a formação do negócio jurídico, boa-fé objetiva, função social do contrato e justiça contratual). Acontece que a característica de indisponibilidade dos direitos da personalidade na sociedade pós-moderna não aparece mais como um imperativo absoluto.

liberdade. Curitiba: Juruá, 2009, p. 138 e ss. Afirmando que os direitos da personalidade servem à liberdade tem-se: FERRI, Luigi. **La autonomia privada**. Granada: Comares, 2001, p. 227-228.

¹¹¹⁴ O termo autonomia existencial é retirado da obra: MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Autonomia privada e dignidade humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

¹¹¹⁵ **La autonomia privada**. Granada: Comares, 2001, p. 249-250.

O caráter de direito indisponível, conceituado como aquele que não permite “a faculdade ou poder de disposição”¹¹¹⁶ geralmente é uma das características conferidas pela doutrina aos direitos da personalidade¹¹¹⁷. Esta característica, no entanto, não pode ser vista de forma absoluta no sentido de não admitir nenhum tipo de limitação voluntária, razão pela qual é possível se falar apenas em uma relativa (in)disponibilidade.

Alguns autores como Carlos Alberto Bittar e Sílvio Romero Beltrão reconhecem que devido às posições jurídicas do titular, de um certo interesse negocial e da expansão tecnológica não é possível retirar os direitos da personalidade totalmente da esfera de seu titular, admitindo para tanto que estes direitos ingressem na circulação jurídica para permitir um melhor aproveitamento para a pessoa¹¹¹⁸.

Apesar de reconhecer que o maior campo de atuação da autonomia privada seja no campo das obrigações por meio da liberdade de contratar, de determinar o conteúdo do contrato e a sua forma (quando possível), Roxana Borges também afirma que o campo de atuação da autonomia privada não se resume à iniciativa econômica, pois abrange as situações jurídicas existenciais, como as doações de sangue, doação de espermatozoides e óvulos, cessão de uso de imagem, entre outros¹¹¹⁹.

Para Rose Melo Meireles, a autonomia privada pode ter um conteúdo patrimonial ou um conteúdo não patrimonial. A autonomia privada clássica (patrimonial) possui o seu fundamento imediato no princípio da livre iniciativa consagrado constitucionalmente no art. 170, *caput*, já a autonomia privada sobre os direitos da personalidade, que a autora denomina autonomia existencial, possui o seu fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana¹¹²⁰.

É possível afirmar, neste ponto, que ambas as espécies de autonomia privada são tuteladas pela ordem constitucional, embora esta tutela não seja uniforme. Ao considerar a

¹¹¹⁶ CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade**. São Paulo: Quorum, 2008, p. 56.

¹¹¹⁷ GARCIA, Enéas Costa. **Direito geral da personalidade no sistema jurídico brasileiro**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007, p. 44-47; MARIA, José Serpa de Sta. **Direitos da personalidade e a sistemática civil geral**. Campinas: Julex Livros, 1987, p. 32; ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. **A pessoa jurídica e os direitos da personalidade**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 68; CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade**. São Paulo: Quorum, 2008, p. 55-58.

¹¹¹⁸ BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995, p. 12; BELTRÃO, Sílvio Romero. **Direitos da personalidade**: de acordo com o novo código civil. São Paulo: Atlas, 2005, p. 29. Este último discorre: “Alguns direitos da personalidade podem ser, em certas situações, restringíveis através de negócios jurídicos. Esses limites negociais são relativos às convenções estabelecidas pelas partes, além dos limites legais, pois, apesar de seu caráter essencial, isso não implica dizer que eles são totalmente excluídos das atividades negociais.”

¹¹¹⁹ **Direitos de personalidade e autonomia privada**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 50.

¹¹²⁰ **Autonomia privada e dignidade humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 95-96. No mesmo sentido: PERLINGIERI, Pietro. **Direito civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 349-350.

dignidade da pessoa humana e o livre desenvolvimento de sua personalidade, a Constituição privilegia uma tutela mais intensa para as escolhas existenciais da pessoa humana em detrimento das suas escolhas patrimoniais¹¹²¹, é a chamada prevalência do *ser* sobre o *ter*¹¹²². Isto não indica, como já foi abordado em outras passagens, a dispensa do patrimônio (*ter*) para a realização da pessoa humana.

Importante ressaltar que mesmo tendo a livre iniciativa como fundamento imediato, a autonomia privada patrimonial ainda restará configurada, em último caso, pelo livre desenvolvimento da personalidade. Ademais, ao fundamentar a autonomia existencial no princípio da dignidade da pessoa humana, implicitamente está se fazendo referência ao livre desenvolvimento da personalidade que, por sua vez, constitui o princípio pelo qual também se autoriza os atos de disposição sobre os bens da personalidade¹¹²³.

Este raciocínio pautado na dignidade humana e no livre desenvolvimento da personalidade esbarra na previsão do art. 11 do Código Civil¹¹²⁴ que determinou a intransmissibilidade e a irrenunciabilidade dos direitos da personalidade, bem como proibiu a sua limitação voluntária, salvo nos casos previstos em lei.

Este artigo parece limitar de forma demasiada o espaço de liberdade que deve ser concedido para o livre desenvolvimento da personalidade, algo que não foi realizado pelo legislador português. Isso porque o art. 81 do Código Civil português¹¹²⁵ previu expressamente a possibilidade de limitação voluntária dos direitos da personalidade, embora condicionando-a aos limites da ordem pública.

Segundo Capelo de Sousa, a liberdade influencia na tutela geral da personalidade criando mutações no seu exercício que devem ser tuteladas, a princípio, pelo ordenamento jurídico, a exemplo da mudança de religião ou configuração do sexo corporal. Interpretando o

¹¹²¹ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 143.

¹¹²² TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Saúde, corpo e autonomia privada**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 142. Em outras palavras: “Tendo em vista a centralidade da pessoa humana no ordenamento, o fator que mais revela é o *ser* e não o *ter*, fenômeno que denominamos personalização do direito civil.”

¹¹²³ Sobre este último ponto veja-se: “O princípio da dignidade da pessoa humana, aliado aos direitos fundamentais à liberdade e à autonomia privada, assegura o livre desenvolvimento da personalidade. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade é o fundamento de admissão dos atos de disposição sobre os bens e os interesses vinculados à personalidade” (CANTALI, Fernanda Borghetti. **Direitos da personalidade: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 223).

¹¹²⁴ Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.

¹¹²⁵ ARTIGO 81º (Limitação voluntária dos direitos de personalidade)

1. Toda a limitação voluntária ao exercício dos direitos de personalidade é nula, se for contrária aos princípios da ordem pública.
2. A limitação voluntária, quando legal, é sempre revogável, ainda que com obrigação de indemnizar os prejuízos causados às legítimas expectativas da outra parte.

art. 81 do Código Civil português, o autor afirma que a limitação deve ser voluntária, esclarecida, formada livremente, por negócio jurídico unilateral ou por contrato, sendo que esta limitação deve respeitar os princípios da ordem pública. Acrescenta que a limitação voluntária será sempre revogável pelo titular do direito da personalidade, mas este também será responsável pelos danos causados pelo rompimento das legítimas expectativas da outra parte¹¹²⁶.

Conforme Pedro Vasconcelos, o direito da personalidade como um direito subjetivo constitui uma importante manifestação da autonomia privada, implicando em dois principais aspectos: (i) a iniciativa para a defesa do direito da personalidade é da própria pessoa, pois o titular pode ou não manifestar interesse em defender seu direito; e (ii) a autovinculação à possibilidade de limitação do direito da personalidade, isso porque o titular pode voluntariamente limitar o seu direito¹¹²⁷. Para este autor, os limites aos negócios jurídicos que envolvem direitos da personalidade não se resumem à cláusula da ordem pública, abarcando também o respeito à lei e aos bons costumes¹¹²⁸.

Apesar de alguns autores brasileiros defenderem a utilização de tais critérios para limitar a disposição dos direitos da personalidade¹¹²⁹, é preciso ressaltar que o Código Civil de 2002 não coloca a ordem pública, a moral ou bons costumes como limites à autonomia existencial em seu art. 11, apenas se refere aos bons costumes em relação aos atos de disposição do próprio corpo no art. 13¹¹³⁰.

Como bem explica Roxana Borges, em um contexto de Estado democrático e pluralista de direito, não se pode vislumbrar como alguma moral ou alguns costumes podem

¹¹²⁶ **O direito geral de personalidade.** Coimbra: Coimbra, 1995, p. 406-409. Conforme Guilherme Machado Dray “o preceito sob anotação admite a limitação voluntária dos direitos da personalidade, mas em termos muito restritivos:

- a) por um lado, ao admitir a limitação voluntária, proscree a renúncia;
- b) por outro lado, mesmo quanto à limitação voluntária, proclama a sua nulidade caso esta se afigure contrária aos princípios da ordem pública;
- c) em terceiro lugar, admite a livre revogabilidade da limitação voluntária, ainda que com a obrigação de indenizar os prejuízos causados às legítimas expectativas da contraparte” (**Direitos de personalidade:** anotações ao código civil e ao código de trabalho. Coimbra: Almedina, 2006, p. 59).

¹¹²⁷ **Direito de personalidade.** Coimbra: Almedina, 2006, p. 153.

¹¹²⁸ **Direito de personalidade.** Coimbra: Almedina, 2006, p. 155.

¹¹²⁹ Segundo Edson da Silva: “São admitidos, enfim, quaisquer negócios jurídicos que não ofendam a lei ou os valores sociais vigentes, que como já dissemos integram o sistema jurídico, que implicitamente os recepciona com todas as suas mutações. [...] à falta de normas legais, o poder de disposição em relação a estes bens [direitos da personalidade] terá por limite a ordem pública e os bons costumes, respeitados os valores éticos e morais de cada sociedade” (**Direito à intimidade.** 2ª ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p. 28-29).

¹¹³⁰ Art. 13. Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes.

ser considerados bons ou maus em si mesmos, o que impossibilita a utilização de tais critérios para limitar a liberdade pessoal de autonomia sobre os direitos da personalidade¹¹³¹.

A própria noção de bons costumes é nebulosa e muitas vezes ultrapassada. Construídos a partir de um ponto de vista subjetivo, os bons costumes não se adequam a uma sociedade diversificada e, tratando-se de atos de disposição sobre o próprio corpo, devem ser analisados com extrema cautela, referindo-se no seu complemento ao conteúdo ético da axiologia constitucional pautada no multiculturalismo, no pluralismo jurídico¹¹³², na dignidade humana e principalmente no livre desenvolvimento da personalidade.

O mesmo raciocínio pode ser realizado para a interpretação do conceito de ordem pública que, por sua vez, não pode ser fixo e atemporal, devendo ser determinado em conformidade com os princípios constitucionais, passando essencialmente pelo respeito aos direitos e garantias fundamentais¹¹³³.

A partir de uma leitura atenta ao art. 11 do Código Civil, percebe-se que o principal limite à autonomia existencial é a própria lei, ou seja, a licitude do ato através da previsão legal de autorização para a limitação voluntária dos direitos da personalidade. É devido a esta limitação exagerada (apenas em casos previstos em lei) que Rose Melo Meireles propõe uma leitura desde dispositivo em conformidade com a Constituição Federal no sentido da expressão “lei” ser entendida para abarcar todas as situações jurídicas existenciais tuteladas pela legalidade constitucional, tendo em vista a sua funcionalização em relação ao livre desenvolvimento da personalidade¹¹³⁴.

Trata-se, portanto, de uma aplicação da eficácia irradiante do direito ao livre desenvolvimento da personalidade para informar a interpretação de preceito infraconstitucional de modo a ampliar as possibilidades de atos referentes à autonomia existencial. Esta parcela da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, já referenciada em capítulo específico, soma-se à perspectiva subjetiva do livre desenvolvimento da personalidade que preconiza uma formação livre dos modos de ser da pessoa humana que necessita, obviamente, de uma esfera de

¹¹³¹ **Direitos de personalidade e autonomia privada.** 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 138.

¹¹³² CANTALI, Fernanda Borghetti. **Direitos da personalidade:** disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 225-228. Complementa a autora: “O importante é que a tomada de decisão que implique limitação à atuação dos particulares seja pautada conforme os preceitos constitucional, principalmente em relação aos direitos que emanam do princípio da dignidade da pessoa humana, levando também em consideração as peculiaridades do caso concreto. Afastam-se, pois, os bons costumes como critério de limitação, já que o que é bom para um pode não ser bom para outro; o que é bom em determinado momento histórico pode vir a ser considerado mau em outro momento, e assim por diante.”

¹¹³³ CANTALI, Fernanda Borghetti. **Direitos da personalidade:** disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 229-230.

¹¹³⁴ **Autonomia privada e dignidade humana.** Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 187.

disposição dos direitos da personalidade com o objetivo de garantir o seu exercício dinâmico e evolutivo.

Nestes termos, não existe uma indisponibilidade absoluta dos direitos da personalidade. Isso porque o titular possui uma certa liberdade jurídica no momento de exercer os seus direitos da personalidade que não se apresentam de maneira apenas negativa, mas transcende para uma perspectiva positiva¹¹³⁵. Tem-se aqui uma perspectiva promocional de tutela da pessoa humana que não se esgota no binômio lesão-sanção da tutela repressiva:

A tutela positiva das situações jurídicas existenciais permite que a autonomia privada possa ser também instrumento de regulação de interesses existenciais a fim de garantir o livre desenvolvimento do seu titular. É chamada *positiva* porque realizada mediante a autodeterminação do titular, muitas vezes, com colaboração de outrem; enquanto que a tutela *negativa* diz respeito a comportamentos omissivos gerais, os quais têm repercussão jurídica apenas depois da lesão [...].

Nesse sentido, concretiza-se a cláusula geral de promoção da pessoa mediante tutela independentemente da violação de qualquer direito. Ou até da configuração da situação jurídica do direito. A pessoa, assim, tem garantida pelo ordenamento a promoção da sua própria personalidade através da prática de atos de autodeterminação que podem assumir a forma de qualquer situação subjetiva, não apenas do direito subjetivo¹¹³⁶.

A própria possibilidade de renúncia ao exercício dos direitos da personalidade não pode ser uma decisão exclusiva do legislador, pois deriva da própria caracterização da pessoa humana entendida como um ser plural que pode ser aquilo que quiser. A pessoa não pode ser considerada uma possibilidade que já se esgotou, afinal sempre existe a possibilidade de recriar inúmeras “condições de vida boa”¹¹³⁷ ao longo de seu desenvolvimento.

A influência da autonomia privada sobre os direitos da personalidade leva à consideração dos negócios jurídicos utilizados para proporcionar o livre desenvolvimento da pessoa humana que, por sua vez, podem ser unilaterais ou bilaterais (contratos)¹¹³⁸. Os negócios

¹¹³⁵ ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. **Direitos da personalidade: aspectos essenciais**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 207.

¹¹³⁶ MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Autonomia privada e dignidade humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 57-58.

¹¹³⁷ STANCIOLI, Brunello. **Renúncia ao exercício de direitos da personalidade: ou como alguém se torna o que quiser**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 124-125.

¹¹³⁸ Conforme Rose Melo Meireles: “o exercício dinâmico da situação existencial pode se estruturar a partir de uma declaração de vontade ou de duas declarações de vontade coincidentes. Desse modo, quando ao número de partes, o negócio jurídico existencial pode ser unilateral ou bilateral.

Geralmente, será unilateral quando o declarante dispuser a respeito da sua situação existencial para repercutir sobre si mesmo, para o que só é necessária a sua declaração de vontade. E será bilateral quando da declaração de vontade advir efeitos jurídicos sobre ambos os disponentes, sendo necessário declarações coincidentes.

O que move o titular de uma situação existencial dispor sobre ela é a busca do desenvolvimento da sua própria personalidade ou fins altruísticos, se o ato visa a beneficiar outrem” (**Autonomia privada e dignidade humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 204-205).

unilaterais só possuem a declaração de vontade de uma parte, enquanto os bilaterais possuem declarações de vontade correlativas e recíprocas de duas ou mais partes¹¹³⁹. Quando a renúncia, por exemplo, é realizada por meio de uma declaração unilateral de vontade estamos diante de um negócio jurídico unilateral¹¹⁴⁰.

Ao defender a possibilidade de renúncia dos direitos da personalidade, Brunello Stancioli explica que existe uma diferença entre renúncia ao próprio direito da personalidade e renúncia ao exercício dos direitos da personalidade. Na primeira hipótese, o direito da personalidade é extirpado da titularidade da pessoa de forma definitiva, enquanto na segunda possibilidade a pessoa apenas não exerce o seu direito da personalidade de forma provisória, não perdendo a sua titularidade. Segundo o autor, a renúncia ao exercício de direitos da personalidade é uma afirmação da sua autonomia pessoal¹¹⁴¹, contribuindo para a concretização do direito ao livre desenvolvimento da personalidade¹¹⁴².

Quanto aos negócios jurídicos bilaterais, uma nova disciplina contratual deve ser criada para os denominados contratos existenciais que, a nosso ver, se dividem em três subespécies: (i) contratos gratuitos sobre direitos da personalidade; (ii) contratos onerosos cuja prestação visa a realização dos direitos da personalidade; e (iii) contratos sobre situações jurídicas de natureza dúplice. Apesar de suas especificidades, todos os três tipos de contratos servem à promoção do livre desenvolvimento da personalidade em busca de uma emancipação da pessoa humana.

Um princípio comum e amplamente aplicável aos contratos existenciais diz respeito ao consentimento qualificado, esclarecido ou informado. Este princípio garante uma relevância ao consentimento que não é evidenciado nas situações meramente patrimoniais, desdobrando-se em três corolários: (i) a vontade interna prevalece sobre a vontade declarada; (ii) a manifestação de vontade deve ser pessoal; (iii) a manifestação de vontade pode ser revogada¹¹⁴³.

Este princípio já é amplamente conhecido nas relações entre médicos e pacientes, indicando que o médico deve fornecer a maior quantidade de informações possíveis para que o

¹¹³⁹ ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martín. **Tratado de derecho civil**: parte general, tomo primeiro, segunda parte, vol. I. Barcelona: Bosch, 1981, p. 89.

¹¹⁴⁰ ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martín. **Tratado de derecho civil**: parte general, tomo primeiro, segunda parte, vol. I. Barcelona: Bosch, 1981, p. 44-45.

¹¹⁴¹ **Renúncia ao exercício de direitos da personalidade**: ou como alguém se torna o que quiser. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 97-99.

¹¹⁴² **Renúncia ao exercício de direitos da personalidade**: ou como alguém se torna o que quiser. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 109. Sobre a renúncia de direitos fundamentais vide: ADAMY, Pedro Augustin. **Renúncia a direito fundamental**. São Paulo: Malheiros, 2011.

¹¹⁴³ MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Autonomia privada e dignidade humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 215-216.

enfermo entenda a sua situação, a gravidade e os riscos de seu tratamento¹¹⁴⁴. É preciso que o paciente esteja em condições de consentir de forma esclarecida, após estabelecidas todas as circunstâncias do seu caso, reproduzindo um acordo de vontade entre o médico e o enfermo, concedendo legitimidade para iniciar o tratamento¹¹⁴⁵. O dever do médico em informar o paciente é um dever de personalidade.

Todavia, o consentimento informado não é uma exclusividade das relações entre médicos e pacientes. O próprio Código de Defesa do Consumidor determina o dever do fornecedor em informar o consumidor a respeito dos produtos, serviços, bem como de seus direitos e deveres¹¹⁴⁶, visando a transparência do mercado de consumo por meio de informações claras e adequadas¹¹⁴⁷. O consentimento esclarecido faz parte de uma dimensão procedimental dos contratos existenciais, baseando-se na vulnerabilidade do contratante e na legitimidade da confiança despertada entre as partes¹¹⁴⁸.

Nos contratos existenciais a título gratuito ou oneroso, o consentimento informado também indica que o negócio jurídico deve ser aquele mais específico possível para delimitar ao máximo o direito da personalidade envolvido, a finalidade de seu uso, o seu aspecto temporal e a sua remuneração se o negócio jurídico for oneroso. A interpretação de suas cláusulas deve ser restritiva, permitindo que a pessoa tenha um maior controle e proteção de seus direitos da personalidade¹¹⁴⁹.

Voltando às subespécies de contratos existenciais, os contratos gratuitos sobre direitos da personalidade são marcados justamente pela aplicação do princípio da gratuidade.

¹¹⁴⁴ SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. 2 ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2005, p. 187-188. De acordo com Fernanda Cantali o consentimento esclarecido “trata-se da decisão voluntária tomada por uma pessoa dotada de autonomia e capacidade alicerçada em um processo informativo claro e deliberativo que visa à aceitação de um tratamento específico ou experimentação cuja natureza, consequências e riscos tenham sido perfeitamente esclarecidos” (**Direitos da personalidade**: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 166).

¹¹⁴⁵ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Saúde, corpo e autonomia privada**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 251-252. Escreve a autora: “devemos buscar sempre uma relação aberta e transparente, para que o paciente possa tomar decisões da forma mais esclarecida possível. Trata-se da construção da relação de confiança mútua, que autoriza a afirmar que o consentimento não é simplesmente um ato, mas um processo ‘perspectivado como um diálogo entre o doente e o médico em que ambas as partes trocam informações e se interrogam reciprocamente’.”

¹¹⁴⁶ AMARAL, Luiz Otávio de Oliveira. **Teoria geral do direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 77.

¹¹⁴⁷ MARQUES, Cláudia Lima. A lei 8.078/1990 e os direitos básicos do consumidor. In: BENJAMIN, Antônio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe; MARQUES, Cláudia Lima. **Manual de direito do consumidor**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 70.

¹¹⁴⁸ MARTINS, Fernando Rodrigues; FERREIRA, Keila Pacheco. Contratos existenciais e intangibilidade da pessoa humana na órbita privada: homenagem ao pensamento vivo e imortal de Antonio Junqueira de Azevedo. **Revista de Direito do Consumidor**. N. 79, p. 265-307. São Paulo: Revista dos Tribunais, julho-setembro, 2011, p. 298.

¹¹⁴⁹ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de personalidade e autonomia privada**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 122.

Este princípio vem extraído da característica de extrapatrimonialidade dos direitos da personalidade, preconizando que os negócios jurídicos sobre os direitos da personalidade sejam realizados de forma gratuita, sem vantagem para o titular¹¹⁵⁰. Um dos principais desdobramentos deste princípio é a previsão constitucional que proíbe a comercialização de órgãos, tecidos e substâncias humanas (art. 199, § 4º, CF), acompanhada do art. 14 do Código Civil ao estabelecer que disposição do corpo após a morte só pode ter finalidade científica ou altruística.

As justificativas para a aplicação do princípio da gratuidade residem: (i) na garantia da espontaneidade da pessoa, que deve estar livre de coerções econômicas; e (ii) nos contornos personalistas e solidaristas da Constituição Federal (art. 1º, III e art. 3º, I), demonstrando que a disposição dos bens da personalidade devem ter função solidária ou proporcionar o livre desenvolvimento da personalidade. Disto resulta que não existe correspectividade nos negócios jurídicos puramente existenciais, pois não há contraprestação pecuniária que permita a análise do sinalagma, como acontece nos contratos patrimoniais. A gratuidade condiciona a licitude do negócio jurídico puramente existencial¹¹⁵¹, mas deixa de ser aplicada no caso dos contratos de prestações de serviços e nas obrigações de dar relativas à realização do livre desenvolvimento da personalidade, ou nos casos de situações jurídicas de natureza dúplice.

A segunda subespécie de contratos existenciais, destaca-se por possuir, via de regra, uma parte predisponente desumanizada (pessoa jurídica empresária, empregador, prestadora de serviços, etc.) e uma parte aderente pessoa humana ou pessoa jurídica sem fins lucrativos. O objeto do contrato contém um viés patrimonial (dotado de valor econômico) concernente a uma obrigação de fazer ou de dar, mas que se relaciona com a integridade ou com o mínimo existencial da pessoa aderente. Existe uma essencialidade da prestação do contrato e a intangibilidade da pessoa humana¹¹⁵². Aqui uma das partes busca o lucro, enquanto a outra busca a concretização do seu livre desenvolvimento da personalidade.

¹¹⁵⁰ MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Autonomia privada e dignidade humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 203. Segundo Enéas Costa Garcia, “os direitos da personalidade são direitos extrapatrimoniais. Tendo em vista a natureza do objeto, não são apreciáveis economicamente. Não é possível estipular preço para as faculdades humanas, que são de valor inestimável” (**Direito geral da personalidade no sistema jurídica brasileiro**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007, p. 43).

¹¹⁵¹ MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Autonomia privada e dignidade humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 207-211.

¹¹⁵² MARTINS, Fernando Rodrigues; FERREIRA, Keila Pacheco. Contratos existenciais e intangibilidade da pessoa humana na órbita privada: homenagem ao pensamento vivo e imortal de Antonio Junqueira de Azevedo. **Revista de Direito do Consumidor**. N. 79, p. 265-307. São Paulo: Revista dos Tribunais, julho-setembro, 2011, p. 282-283. Neste ponto vale a remissão à classificação contratual realizada por Teresa Negreiros: “O aqui denominado *paradigma da essencialidade* constitui, portanto, um instrumento para se distinguirem os contratos à luz das diferentes funções que desempenham em relação às necessidades existenciais do contratante. Os contratos que tenham por função satisfazer uma necessidade existencial do

No plano da existência dos negócios jurídicos, estes contratos existenciais possuem relevância quanto ao objeto – que deve ser essencial – e o agente que pode ser pessoa humana ou pessoa jurídica sem fins lucrativos. No plano da validade, a ordem pública exige uma verificação mais intensa da eticidade dos contratos existenciais de prestações essenciais, principalmente com a valorização do princípio da boa-fé objetiva que pode gerar a invalidade do próprio negócio jurídico. No plano da eficácia surge a aplicação do princípio da função social do contrato, elemento essencial para evitar que os efeitos contratuais externos possam prejudicar terceiros¹¹⁵³.

Os contratos existenciais com prestações essenciais à pessoa humana também estão sujeitos a um maior espaço de atuação do princípio da justiça contratual, em especial possibilitando a revisão judicial do contrato por onerosidade excessiva por razões subjetivas, o que não caberia para os contratos empresariais¹¹⁵⁴.

Na jurisprudência a consideração deste tipo de contrato existencial tem se manifestado na impossibilidade de suspensão do serviço como maneira coativa de cobrança:

MANDADO DE SEGURANÇA - Contrato de prestação de serviços de fornecimento de água - Dúvida acerca do inadimplemento - Presença dos requisitos para a concessão da ordem de não-suspensão do abastecimento - Impossibilidade de coação por via da suspensão do fornecimento de água, serviço essencial e contínuo - Dano a ser reparado por eventual ação indenizatória - Recurso desprovido - Sentença mantida¹¹⁵⁵.

Ademais, a falta de fornecimento de energia elétrica pode gerar dano extrapatrimonial devido à sua essencialidade, como bem observa o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

RECURSO INOMINADO. Energia elétrica. Suspensão do fornecimento do serviço público arbitrariamente. Danos morais caracterizados. Finalidade dos serviços públicos. Afronta ao direito à cidadania. Comprovados nexo causal e

contratante devem sujeitar-se a um regime de caráter tutelar – ampliando-se, correlatamente, o campo de aplicação dos novos princípios. Ao revés, os contratos que tenham por objeto bens supérfluos, destinados a satisfazer preferências que não configuram necessidades básicas da pessoa, tais contratos são compatíveis com uma disciplina mais liberal, o que vale dizer que devem sofrer maior influência dos princípios clássicos” (**Teoria do contrato: novos paradigmas**, 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 31-32).

¹¹⁵³ MARTINS, Fernando Rodrigues; FERREIRA, Keila Pacheco. Contratos existenciais e intangibilidade da pessoa humana na órbita privada: homenagem ao pensamento vivo e imortal de Antonio Junqueira de Azevedo. **Revista de Direito do Consumidor**. N. 79, p. 265-307. São Paulo: Revista dos Tribunais, julho-setembro, 2011, p. 292-296.

¹¹⁵⁴ MARTINS, Fernando Rodrigues; FERREIRA, Keila Pacheco. Contratos existenciais e intangibilidade da pessoa humana na órbita privada: homenagem ao pensamento vivo e imortal de Antonio Junqueira de Azevedo. **Revista de Direito do Consumidor**. N. 79, p. 265-307. São Paulo: Revista dos Tribunais, julho-setembro, 2011, p. 296.

¹¹⁵⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação n. 30226520108260471**. Relator: Ademir Benedito. DJe: 02/07/2010.

dano, impõe-se o dever de indenizar. Quantum mantido. Responsabilidade civil dissuasória. Recurso desprovido¹¹⁵⁶.

A última subespécie de contratos existenciais caracteriza-se pelo seu duplo conteúdo: existencial e patrimonial simultaneamente. São situações jurídicas dúplices aqueles que envolvem valores existenciais voltados imediatamente para a promoção do livre desenvolvimento da personalidade, mas que também englobam alguma forma de expressão econômica, a exemplo das situações que envolvem a imagem e a privacidade da pessoa¹¹⁵⁷.

Para Ana Carolina Teixeira e Carlos Nelson Konder, o perfil funcional deve ser o principal critério para diferenciar as situações jurídicas existenciais daquelas situações patrimoniais. Isso porque no caso das existenciais é necessária a concretização da tutela do livre desenvolvimento da personalidade, sendo que a realização da dignidade da pessoa humana se daria de forma imediata, enquanto nas situações patrimoniais somente de forma mediata e como finalidade última é que se daria a funcionalização do livre desenvolvimento da personalidade¹¹⁵⁸. As situações jurídicas dúplices seriam, portanto, uma hipótese da vida concreta onde existiria uma dificuldade de classificação entre existencialidade e patrimonialidade, mas que uma vez aplicado o critério do perfil funcional seria possível enquadrá-la em uma ou outra classificação¹¹⁵⁹.

Não obstante a utilidade de que o perfil funcional possa exercer para a classificação entre as dimensões existenciais e patrimoniais da pessoa humana (o ser e o ter são indissociáveis), existirão situações que são realmente dúplices ao não permitir uma aplicação exclusiva do regime das situações existenciais ou do regime das situações patrimoniais. Isso acontecerá tanto quando um direito da personalidade adentrar no comércio jurídico deixando de aplicar o princípio da gratuidade (cessão de imagem, voz, privacidade, etc.) ou quando um

¹¹⁵⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Recurso Cível n. 71004375705**. Relator: Luís Francisco Franco. DJe: 18/06/2013.

¹¹⁵⁷ MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Autonomia privada e dignidade humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 47-51. Continua a autora: “Ao mesmo tempo em que o tráfico jurídico de situações existenciais tem merecimento de tutela porque esta pode ser a melhor maneira de se garantir o livre desenvolvimento da pessoa, os efeitos jurídicos produzidos incluem também efeitos patrimoniais, positivos ou negativos. Algumas situações jurídicas existenciais, apesar de estarem ligadas à pessoa como valor, foram dotadas pelo ordenamento jurídico de um aspecto patrimonial que as permite ser objeto de relações contratuais. Se para algumas situações a patrimonialidade poderia ser causa de coisificação da pessoa, tais como a vida e a integridade; para outras, a exemplo do direito de autor, a patrimonialidade pode garantir ao titular a melhor forma de exercício.”

¹¹⁵⁸ Situações jurídicas dúplices: controvérsias na nebulosa fronteira entre patrimonialidade e extrapatrimonialidade. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. **Diálogos sobre direito civil** – volume III. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 7-8.

¹¹⁵⁹ Situações jurídicas dúplices: controvérsias na nebulosa fronteira entre patrimonialidade e extrapatrimonialidade. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. **Diálogos sobre direito civil** – volume III. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 24.

direito patrimonial adquira tamanha importância para a realização do livre desenvolvimento da personalidade que a este não poderá ser aplicado exclusivamente o regime patrimonial.

Neste sentido, existe para a situações dúplices um regime jurídico misto que envolve tanto questões patrimoniais como questões extrapatrimoniais, impossibilitando a sua classificação em uma ou em outra espécie exclusivamente. Assim, a título exemplificativo, ao bem de família instituído pela lei 8.009/1990 ainda é aplicado parte do regime jurídico do patrimônio, pois o imóvel utilizado para a moradia da família continua sendo alienável, entretanto, devido à sua essencialidade para o livre desenvolvimento da personalidade esta especificação do *ter* é dotada de impenhorabilidade no intuito de proteger a pessoa humana consubstanciada em cada membro da família que ficaria sem moradia no caso de um eventual execução forçada. O bem de família é dotado de um regime específico e misto com características de patrimonialidade (bem imóvel) e extrapatrimonialidade (imediatamente funcionalizado ao livre desenvolvimento da personalidade)¹¹⁶⁰.

A mesma situação ocorre com os direitos da personalidade que adentram dentro comércio jurídico, a exemplo dos contratos de cessão onerosa de uso da imagem, da voz e da privacidade. Isso porque nas situações puramente existenciais, como já foi dito, não é permitido a análise da comutatividade ou sinalagma da relação tendo em vista a aplicação do princípio da gratuidade. No entanto, nas situações dúplices o advento do contexto patrimonial garante uma ampla abertura para a aplicação dos novos princípios contratuais com atenção especial à justiça contratual, à boa-fé objetiva e à função social.

¹¹⁶⁰ É neste mesmo sentido que se justifica muitos incisos de impenhorabilidade do art. 649 do Código de Processo Civil:

Art. 649. São absolutamente impenhoráveis:

[...]

II - os móveis, pertences e utilidades domésticas que guarnecem a residência do executado, salvo os de elevado valor ou que ultrapassem as necessidades comuns correspondentes a um médio padrão de vida;

III - os vestuários, bem como os pertences de uso pessoal do executado, salvo se de elevado valor;

IV - os vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria, pensões, pecúlios e montepios; as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, observado o disposto no § 3º deste artigo;

V - os livros, as máquinas, as ferramentas, os utensílios, os instrumentos ou outros bens móveis necessários ou úteis ao exercício de qualquer profissão;

VI - o seguro de vida;

VIII - a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família;

IX - os recursos públicos recebidos por instituições privadas para aplicação compulsória em educação, saúde ou assistência social;

X - até o limite de 40 (quarenta) salários mínimos, a quantia depositada em caderneta de poupança.

[...].

Deste modo, cada situação jurídica dúplice terá um tratamento especial que mescla aspectos do regime jurídico patrimonial e existencial no sentido de melhor garantir e promover o livre desenvolvimento da pessoa humana.

3.4.2 Deveres de Personalidade

A caracterização dos direitos da personalidade como direitos absolutos não é alvo de grandes divergências pela doutrina especializada. Com esta característica pretende-se ressaltar que os direitos da personalidade são dirigidos a todas as pessoas, ou seja, são oponíveis *erga omnes*¹¹⁶¹. Contrapõem-se, nesse caso, aos direitos relativos que só podem ser exercitados face a pessoas determinadas¹¹⁶².

Aqui surge a primeira manifestação a respeito dos deveres em relação aos direitos da personalidade, pois da característica de absolutidade surge também um dever geral, universal ou genérico de abstenção, criando uma situação jurídica de sujeição geral em que todas as pessoas são obrigadas a respeitar os direitos da personalidade dos demais¹¹⁶³. Esta sujeição geral abarca, inclusive, as pessoas jurídicas de direito público ou privado¹¹⁶⁴.

Contudo, não é apenas uma obrigação negativa (concernente no dever de não lesar a personalidade) que surge da oponibilidade *erga omnes* dos direitos da personalidade. Em determinados casos, baseados no princípio da solidariedade social, podem surgir deveres positivos de personalidade. Como bem explica Capelo de Souza:

¹¹⁶¹ GARCIA, Enéas Costa. **Direito geral da personalidade no sistema jurídico brasileiro**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007, p. 41.

¹¹⁶² MELLO, Cláudio Ari. Contribuição para uma teoria híbrida dos direitos de personalidade. In: SARLET, Ingo Wolfgang (organizador). **O novo código civil e a constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 93.

¹¹⁶³ PINTO, Paulo Mota. Notas sobre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e os direitos de personalidade no direito português. In: Sarlet, Ingo Wolfgang. **A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 63; GARCIA, Enéas Costa. **Direito geral da personalidade no sistema jurídico brasileiro**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007, p. 41; MELLO, Cláudio Ari. Contribuição para uma teoria híbrida dos direitos de personalidade. In: SARLET, Ingo Wolfgang (organizador). **O novo código civil e a constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 93; CANTALI, Fernanda Borghetti. **Direitos da personalidade: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 135.

¹¹⁶⁴ ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. **Direitos da personalidade: aspectos essenciais**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 167. Neste ponto é importante ressaltar a relação entre oponibilidade *erga omnes*, direitos fundamentais e direitos da personalidade preconizada por Menezes Cordeiro: “Ainda a propósito do regime, pôs-se a questão complexa da eficácia civil ou *erga omnes* dos direitos fundamentais. Recordamos que o problema ocorre porque, em princípio, os direitos fundamentais deveriam dirigir-se contra o Estado: apenas reflexamente se situariam no campo privando, obrigando outros particulares. [...] Os direitos fundamentais que, estruturalmente, surgem oponíveis *erga omnes* são, precisamente, os direitos de personalidade.” (**Tratado de direito civil português: parte geral**, tomo III. Coimbra: Almedina, 2004, p. 92).

[...] Por outro lado, todos os não titulares têm um dever universal de respeito daquele direito, o que implicará normalmente, um dever geral de abstenção ou de não ingerência (dever negativo, obrigação passiva universal) e, excepcionalmente (cfr. Art. 219.º C. Pen.), deveres gerais de acção ou de solidariedade social (dever positivo), abrangendo também estes últimos deveres toda e qualquer pessoa que se encontre em condições de prestar auxílio¹¹⁶⁵.

Este dever positivo é bem exemplificado por meio do delito de omissão de socorro previsto no art. 135 do Código Penal¹¹⁶⁶ que, interpretado de acordo com este ponto de vista, representa um dever de prestar assistência àquelas pessoas em situações em que a preservação da sua integridade física exige um agir positivo por parte de qualquer um que tenha condições de auxiliar.

Não obstante, como a oponibilidade *erga omnes* dos direitos da personalidade também é dirigida às pessoas jurídicas de direito público, leia-se o Estado, conclui-se que este, além do dever de abstenção (não lesar), também possui um dever de proporcionar as efetivas condições para a realização do livre desenvolvimento da personalidade¹¹⁶⁷, algo que já foi analisado na perspectiva objetiva deste direito fundamental.

Ademais, em se tratando do livre desenvolvimento da personalidade, é possível afirmar que todos possuem o dever de respeitar as escolhas existenciais realizadas pela pessoa humana durante a construção do seu próprio projeto de vida boa e feliz. De outro viés, todas as pessoas também possuem o dever de auxílio mútuo, no sentido de remover os obstáculos que impedem um efetivo desenvolvimento da personalidade. O estabelecimento de direitos e deveres possibilitam um diálogo entre a subjetividade e intersubjetividade, afinal, é necessário o respeito das decisões individuais de cada um na forma de exercer e construir os seus direitos da personalidade¹¹⁶⁸.

¹¹⁶⁵ **O direito geral de personalidade.** Coimbra: Coimbra, 1995, p. 617. No mesmo sentido: CANTALI, Fernanda Borghetti. **Direitos da personalidade:** disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 135-136; PINTO, Paulo Mota. Notas sobre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e os direitos de personalidade no direito português. In: Sarlet, Ingo Wolfgang. **A constituição concretizada:** construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 63.

¹¹⁶⁶ **Omissão de socorro**

Art. 135 - Deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à criança abandonada ou extraviada, ou à pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo; ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública:

Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.

Parágrafo único - A pena é aumentada de metade, se da omissão resulta lesão corporal de natureza grave, e triplicada, se resulta a morte.

¹¹⁶⁷ CANTALI, Fernanda Borghetti. **Direitos da personalidade:** disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 136.

¹¹⁶⁸ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. Aspectos gerais dos direitos da personalidade. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. **Manual de teoria geral do direito civil.** Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 233-234. Continuam as autoras: “Os direitos da

Por outro lado, a questão da absolutidade dos direitos da personalidade merece ainda duas observações. Primeiramente, não se pode confundir o conceito de direitos absolutos, oponíveis *erga omnes*, com o conceito de direitos absolutos no sentido de direitos garantidos ilimitadamente. O conteúdo dos direitos da personalidade não pode ser aplicado em todas as circunstâncias¹¹⁶⁹, sobretudo quando se estiver diante de colisão entre dois ou mais direitos desta categoria. Neste caso, a solução para o conflito de direitos da personalidade não pode ser outra senão aquela já dispensada aos direitos fundamentais, qual seja: a aplicação do critério da proporcionalidade¹¹⁷⁰. Isso porque, atualmente, nenhum direito pode ser considerado ilimitado em seu conteúdo¹¹⁷¹.

Em segundo lugar, como bem observa Leonardo Zanini, os direitos da personalidade representam uma categoria vasta e ainda em construção, o que não possibilita a generalização dos direitos da personalidade dentro da característica de absolutidade. Para ele poderão surgir novos direitos dentro desta categoria que não se encaixariam na qualificação de absolutos¹¹⁷².

Todavia, embora o autor esteja certo a respeito do surgimento de novos direitos da personalidade que possam ser considerados relativos, no sistema jurídico brasileiro já existe um direito da personalidade que não é oponível *erga omnes*, qual seja: o direito-dever de alimentos nas relações familiares. Voltado para garantir a subsistência e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa que não tem condições de manter-se por si só, não existe motivos para não colocar o direito-dever de alimentos dentro da categoria dos direitos da personalidade¹¹⁷³.

personalidade podem ser entendidos como absolutos, ou seja, oponíveis *erga omnes*, o que impõe à coletividade um dever de tolerar e respeitar as decisões alheias acerca da própria personalidade e de contribuir para a realização dos aspectos existenciais do seu projeto de vida.”

¹¹⁶⁹ MELLO, Cláudio Ari. Contribuição para uma teoria híbrida dos direitos de personalidade. In: SARLET, Ingo Wolfgang (organizador). **O novo código civil e a constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 93-94. Continua o autor: “[...] Sua oponibilidade é, nesse aspecto, sempre condicionada pelos seus limites imanes e limites externos, estes impostos ponderadamente por outros direitos ou princípios que com eles conflitem em circunstâncias concretas.” No mesmo sentido: GARCIA, Enéas Costa. **Direito geral da personalidade no sistema jurídico brasileiro**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007, p. 42; ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito civil: teoria geral**, vol. 1. 2ª ed. Coimbra: Coimbra, 2000, p. 92.

¹¹⁷⁰ CANTALI, Fernanda Borghetti. **Direitos da personalidade: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 137-138. Em outras palavras: “[...] quando se afirmar o caráter absoluto dos direitos da personalidade, deve-se ter em mente a sua oponibilidade *erga omnes*, mas jamais entender este caráter relacionado com o conteúdo dos direitos, o qual é sempre relativizável. Não fosse assim, seque se poderia cogitar a possibilidade de conduta geradora de dano a direito da personalidade.”

¹¹⁷¹ ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. **Direitos da personalidade: aspectos essenciais**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 172.

¹¹⁷² **Direitos da personalidade: aspectos essenciais**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 168-169.

¹¹⁷³ Nos dizeres de Maria Helena Diniz: “o fundamento desta obrigação de prestar alimentos é o princípio da preservação da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III) e o da solidariedade social e familiar (CF, art. 3º), pois vem a ser um dever personalíssimo, devido pelo alimentante, em razão do parentesco, vínculo

Diz-se direito-dever porque os alimentos podem ser requeridos de forma recíproca entre cônjuge, companheiros e parentes (art. 1.694, *caput*, CC/2002)¹¹⁷⁴, mas a questão essencial é observar que tal direito da personalidade não pode ser pleiteado perante qualquer membro da sociedade, frustrando a características de absolutidade. Nos arts. 1.696 e 1697 do Código Civil¹¹⁷⁵, fica estabelecido quais as pessoas determinadas que podem requerer uns aos outros a prestação de alimentos.

Assim, segundo estes dispositivos, os primeiros legitimados para prestar alimentos são os ascendentes, sendo que os mais próximos excluem os mais remotos¹¹⁷⁶. Não havendo ascendentes, esta obrigação recairá sobre os descendentes. Se não existirem ascendentes ou descendentes, o dever de prestar alimentos será dos irmãos germanos (filhos do mesmo pai e da mesma mãe) ou unilaterais (filhos de um mesmo pai ou de uma mesma mãe), não alcançando, portanto, os tios, os sobrinhos ou os primos¹¹⁷⁷.

Menezes Cordeiro ainda classifica como direitos da personalidade relativos o direito à confidencialidade de uma carta, que se dirige antes de tudo ao destinatário da missiva, e a confidencialidade entre o médico e o paciente, advogado e cliente, que será invocável especialmente *inter partes*¹¹⁷⁸.

Além disso, é preciso observar que existem deveres de personalidade que não estão conexos aos direitos da personalidade. Para demonstrar isto será analisado o dever de informação na relação médico-paciente¹¹⁷⁹. Por consistir em um contrato existencial, a relação

conjugal ou convivencial que liga ao alimentando” (**Curso de direito civil brasileiro**: vol. 5 – direito de família. 28ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 636-637).

¹¹⁷⁴ Art. 1.694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.

¹¹⁷⁵ Art. 1.696. O direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros.

Art. 1.697. Na falta dos ascendentes cabe a obrigação aos descendentes, guardada a ordem de sucessão e, faltando estes, aos irmãos, assim germanos como unilaterais.

¹¹⁷⁶ CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. Família. In: PELUZO, Cezar (coordenador). **Código civil comentado**: doutrina e jurisprudência. 2ª ed. Barueri: Manole, 2008, p. 1811.

¹¹⁷⁷ CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. Família. In: PELUZO, Cezar (coordenador). **Código civil comentado**: doutrina e jurisprudência. 2ª ed. Barueri: Manole, 2008, p. 1816.

¹¹⁷⁸ CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de direito civil português**: parte geral, tomo III. Coimbra: Almedina, 2004, p. 95-96.

¹¹⁷⁹ Aqui rejeitamos a possibilidade do consentimento livre e informado ser um direito fundamental ou direito da personalidade. Como princípio dos contratos existenciais, o consentimento qualificado constitui requisito de validade para a atuação do médico, caso violado gera a chamada nulidade virtual dos negócios jurídicos. Isso porque, o consentimento é um instrumento utilizado para desempenhar as escolhas existenciais proporcionadas pelo livre desenvolvimento da personalidade. Sobre nulidade virtual vide: FERREIRA, Keila Pacheco. **Abuso do direito nas relações obrigacionais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 148.

médico-paciente deve respeitar o princípio do livre consentimento informado gerando para o médico o dever de informação em relação ao paciente¹¹⁸⁰.

Atualmente, faz-se mister construir uma relação mais aberta, cujo papel do médico não seja de superioridade, mas de igualdade. Sua função será informativa e aconselhadora, de forma a dialogar com o paciente, deixando para este a decisão dos rumos a serem tomados para com a sua saúde¹¹⁸¹. Isso não será possível sem o cumprimento do dever de informação que influenciará e facilitará o exercício do livre desenvolvimento da personalidade.

O dever de informação entre médico e paciente consiste no dever jurídico de prestar a comunicação¹¹⁸² das informações a respeito da saúde do enfermo, em uma linguagem compreensível de modo que este possa entender a sua situação¹¹⁸³. As informações prestadas têm que ser verdadeiras, pois não faria sentido aceitar que as informações prestadas possam ser inexatas ou faltar com a verdade – o dever de informação implica em um dever de dizer a verdade¹¹⁸⁴.

É certo que os deveres e direitos da personalidade do paciente não se esgotam nesta perspectiva. Como bem observar Ana Carolina Teixeira:

O médico, portanto, tem deveres de informação e esclarecimento, antes de o paciente expressar o seu consentimento e, posteriormente a tal fato, tem o dever de respeito à decisão. Os dados referentes ao estado de saúde do paciente, suas decisões acerca do tratamento, só devem ser relatados a terceiros mediante autorização do paciente, se este estiver em condições de se expressar validamente, por se tratar de informações afetas à sua intimidade. Como hoje, privacidade é definida como controle das próprias informações, divulga-las sem autorização do titular viola a privacidade, causando-lhe potenciais danos morais¹¹⁸⁵.

O estudo sobre o dever de informação como dever de personalidade pode ajudar a esclarecer questões que tem se mostrado de forma tormentosa na doutrina e jurisprudência, sobretudo a respeito da indenização sobre o chamado *wrongful life*. António Pinto Monteiro explica que o *wrongful life* representa o pedido de indenização pelos danos sofridos por uma

¹¹⁸⁰ Menezes Cordeiro também identifica um dever de personalidade na necessidade de informação entre o médico e o paciente, não obstante este autor entende que tal dever é apenas acessório e não autônomo (**Tratado de direito civil português**: parte geral, tomo III. Coimbra: Almedina, 2004, p. 114).

¹¹⁸¹ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Saúde, corpo e autonomia privada**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 246.

¹¹⁸² SILVA, Eva Sónia Moreira da. **Da responsabilidade pré-contratual por violação dos deveres de informação**. Coimbra: Almedina, 2006, p. 67.

¹¹⁸³ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Saúde, corpo e autonomia privada**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 249.

¹¹⁸⁴ SILVA, Eva Sónia Moreira da. **Da responsabilidade pré-contratual por violação dos deveres de informação**. Coimbra: Almedina, 2006, p. 71.

¹¹⁸⁵ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Saúde, corpo e autonomia privada**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 259.

criança que nasceu com graves deficiências físicas ou mentais que os médicos não detectaram ou deixaram de informar aos pais sobre a condição do feto. O autor reconhece que neste caso existe uma omissão dos médicos no cumprimento dos seus deveres de informação, mas o dano seria em virtude do nascimento¹¹⁸⁶, razão pela se rejeita uma indenização sob pena de se reconhecer um direito a não nascer.

O reconhecimento ou não de um direito a não nascer, bem como a forma de seu exercício é de difícil compreensão e não possui respostas prontas e acabadas¹¹⁸⁷. Não obstante este empecilho, a questão da indenização será facilmente resolvida caso entenda-se que o dano causado é fruto da violação de um dever autônomo de personalidade: o dever de informação entre médico e paciente. Descumprido tal dever e considerando os danos extrapatrimoniais como danos *in re ipsa*, ou seja, decorrente da própria violação da norma¹¹⁸⁸, então a indenização deriva da falta de informação (dever de personalidade) e não necessariamente da violação de um direito a não nascer (suposto direito da personalidade). Neste ponto surge uma constatação: os danos extrapatrimoniais decorrem tanto da violação de direitos da personalidade, quanto da violação de deveres de personalidade.

Acontece que os deveres de personalidade também não possuem um conteúdo ilimitado, podendo ser restringidos por outros direitos da personalidade. No caso do dever de informação é preciso analisá-lo de acordo com o direito de não saber. Para Stefano Rodotà, tal direito representa uma faceta da autodeterminação informativa de fator essencial para o livre desenvolvimento da personalidade, pois indica a possibilidade de uma pessoa excluir determinada categoria de informações da sua esfera privada. Isso inclui a possibilidade de excluir da sua esfera privada informações a respeito do seu estado de saúde, como no caso de uma pessoa portadora de uma doença mortal e incurável (ex.: *Huntington*)¹¹⁸⁹.

Diante destas explicações, constata-se que na base do instituto da personalidade, diretamente ligado à pessoa, estão situações jurídicas que de modo direto se prendem a bens da personalidade, permitindo o seu aproveitamento – direitos da personalidade –, ou impondo

¹¹⁸⁶ Direito a não nascer?. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**. Vol. 19, p. 321-331. São Paulo, janeiro, 2007, p. 323.

¹¹⁸⁷ MONTEIRO, Antônio Pinto. Direito a não nascer?. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**. Vol. 19, p. 321-331. São Paulo, janeiro, 2007, p. 326-327.

¹¹⁸⁸ Sobre o dano *in re ipsa* vide: MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 158-160.

¹¹⁸⁹ RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade de vigilância: a privacidade hoje**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 108-109; RODOTÀ, Stefano. **La vita e le regole: tra diritto e non diritto**. 2ª ed. Milano: Feltrinelli, 2012, p. 70.

condutas positivas ou negativas que lhes digam respeito, é o caso dos deveres de personalidade¹¹⁹⁰.

Assim, seguindo o desenvolvimento da doutrina direcionada aos deveres fundamentais, é possível arriscar uma tipologia incipiente e provisória (ainda em construção) a respeito dos chamados deveres de personalidade.

A primeira classificação concerne aos deveres conexos e os deveres autônomos da personalidade. Os primeiros representam a outra face da moeda dos direitos da personalidade, ou seja, para cada direito existe um respectivo dever, normalmente de abstenção. Juntamente com o direito de privacidade surge o dever de respeitar as informações pessoais (privacidade clássica), bem como garantir que as informações coletadas estejam sob o controle da pessoa e sejam utilizadas para a finalidade pela qual foi autorizada (autodeterminação informativa).

Os deveres autônomos, por sua vez, não estão ligados a nenhum direito da personalidade em específico, mas impõem condutas funcionalizadas diretamente à preservação da autonomia e à realização do livre desenvolvimento da personalidade. Principal exemplo é o dever de informação entre o médico e o paciente, pois tal dever reflete diretamente nas decisões existenciais tomadas pelo enfermo em relação ao desenvolvimento de sua própria personalidade. Aqui vale lembrar a configuração dos direitos da personalidade como situações jurídicas subjetivas existenciais que não estão circunscritas apenas aos direitos subjetivos e, neste caso, se apresentam na forma de deveres.

A segunda tipologia diz respeito aos deveres de personalidade absolutos e os deveres de personalidade relativos. Os absolutos derivam da própria condição de oponibilidade *erga omnes* dos direitos da personalidade. Neste caso os deveres são direcionados para todas as pessoas que convivem em sociedade, físicas ou jurídicas, de direito público ou privado. Os deveres relativos, a seu turno, possuem titulares e destinatários determinados, como no caso do dever de prestar alimentos, que nas relações familiares alcança ascendentes, descendentes e irmãos, ficando excluídos os demais parentes e, com ainda mais razão, os outros membros da sociedade.

A terceira classificação utiliza como critério a forma de cumprimento dos deveres de personalidade separando-os em deveres negativos e deveres positivos. Os primeiros correspondem a um dever geral de abstenção, pois são cumpridos quando não existe uma violação dos direitos da personalidade por parte de uma ação de um terceiro – o não agir satisfaz a forma de cumprir o dever de personalidade. Os deveres positivos, por outro lado, exigem uma

¹¹⁹⁰ CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de direito civil português**: vol. I, parte geral, tomo I. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2011, p. 372.

prestação de caráter prático por parte do seu destinatário. Se o dever é positivo então a abstenção está violando-o, enquanto a ação corresponde ao seu cumprimento.

Direitos da personalidade, para serem respeitados, podem exigir tanto deveres negativos, quanto deveres positivos. A integridade física, por exemplo, demanda que todas as pessoas abstenham-se de lesá-la, todavia no caso do dever de prestar socorro, a forma de proteger e promover este direito da personalidade só pode ser por meio de uma ação positiva, ou seja, prestar efetivamente o socorro ou comunicar as autoridades capazes de fazê-lo.

O mesmo ocorre com o direito à autodeterminação informativa, afinal, o seu cumprimento começa com a não ingerência nas informações pessoais de determinado indivíduo, todavia, para manter o controle destas informações – depois de repassadas – a pessoa humana deve ser capaz de requerer a sua exclusão (uma das formas de controle) o que demanda uma ação positiva para aquele que detêm as informações.

Por fim, cumpre refletir sobre tipicidade ou atipicidade dos deveres de personalidade, em especial os deveres autônomos. Nas palavras de Miguel Martínez:

Si consideramos “derechos de la personalidad” todos aquellos que son imprescindibles para el libre/pleno desarrollo de la misma, esto es, aquellos cuya lesión pueda afectar a ese desarrollo de la personalidad como concreción y exigencia de la dignidad humana, podrán considerarse “deberes de la personalidad” los que vayan dirigidos al objetivo de posibilitar o facilitar ese desarrollo; sin olvidar que a propia existencia de esos derechos genera un deber genérico de respeto que dimana de la propia dignidad. Igualmente, si llamamos “derechos innominados” a aquellos susceptibles de ser invocados pese a no estar taxativamente previstos por la Norma Básica, cabe preguntarse si podrá hablarse de “deberes innominados” para aludir a aquellos cuyo incumplimiento suponga la lesión de uno de esos derechos no expresamente previstos, generando un perjuicio o menoscabo que el ordenamiento jurídico no debería permitir. Estas ideas podrían y deberían entenderse al servicio de una concepción integral de la *protección de la persona* (también, por tanto, de sus intereses, sentimientos, etc.), que vaya más allá de la mera *protección de sus derechos*, y no considere cerrada la lista constitucional de derechos y deberes¹¹⁹¹.

¹¹⁹¹ Los deberes en la constitución española: esencialidad y problemática. **Teoría y Realidad Constitucional**. N. 23, p. 271-291. Madrid, janeiro-junho, 2009, p. 274-275. Tradução livre: “Se considerarmos ‘direitos da personalidade’ todos aqueles que são imprescindíveis para o livre/pleno desenvolvimento da mesma, isto é, aqueles cuja lesão pode afetar o desenvolvimento da personalidade como concreção e exigência da dignidade humana, poderá considerar-se ‘deveres de personalidade’ aqueles que são direcionados para o objetivo de possibilitar ou facilitar tal desenvolvimento; para não mencionar que a existência desses direitos criam uma obrigação geral de respeito que surge da própria dignidade. Da mesma forma, se chamarmos ‘direitos inominados’ aqueles suscetíveis a serem invocados, embora não sejam taxativamente previstos pela Norma Básica, cabe perguntar se poderá falar-se de ‘deveres inominados’ para se referir àqueles cujos descumprimentos envolvem a lesão de um desses direitos não expressamente previstos, gerando um prejuízo ou menoscabo que o ordenamento jurídico não deveria permitir. Estas ideias podem e devem ser entendidas a serviço de uma concepção integral de proteção da pessoa (também, por isso, os seus interesses, sentimentos, etc.), que vai além da mera proteção dos seus direitos, e não considere fechada a lista de direitos e deveres constitucionais.”

Por certo que para todo direito da personalidade atípico também existirão deveres de personalidade correlatos que não necessitarão de serem tipificados. A questão principal gira em torno de uma atipicidade dos deveres de personalidade autônomos, pois se o raciocínio acompanhar aquele trazido pela doutrina dos deveres fundamentais, então a conclusão deveria ser pelo rol taxativo dos deveres de personalidade.

Apesar das aproximações necessárias entre deveres de personalidade e deveres fundamentais, é preciso notar que a diferença de regime público e privado permite fazer a diferenciação no caso da necessidade de previsão legal para o surgimento dos deveres de personalidade autônomos. Isso porque, instituídos para a proteção e promoção da dignidade e do livre desenvolvimento da pessoa humana no campo privado, os deveres de personalidade não possuem como titular principal o Estado (como ocorre na seara dos deveres fundamentais).

Neste ponto, os deveres de personalidade possuem como titular principal a própria pessoa humana, que nas relações particulares com as outras pessoas e levando em consideração uma cláusula geral de tutela e promoção da personalidade, não pode ficar à mercê de previsão do legislador para a consideração de deveres que possam possibilitar e facilitar o seu livre desenvolvimento.

CONCLUSÃO

O avanço da pós-modernidade no século XXI demonstra que a história está sendo escrita com uma rapidez e intensidade jamais presenciadas pela humanidade. Este contexto de globalização e novas tecnologias reclama do Direito uma postura de reflexão que considere a pessoa como centro do sistema jurídico¹¹⁹².

A pessoa humana é um ser complexo, único, irrepetível e sempre em construção. Apesar das dificuldades em sua conceituação, a perspectiva do ontológica da pessoa constitui um dado pré-legal que condiciona a existência e validade do Direito como uma ciência construída para servir o ser humano.

Uma visão personalista do sistema jurídico implica em considerar a pessoa em todas as suas dimensões. Neste sentido, a dimensão individual da pessoa humana ressalta a irrepetibilidade do homem que, possuindo um código genético único, não se confunde com nenhum outro ser humano em sua concretude. Esta especificação do corpo biológico e do corpo eletrônico está no cerne das mais recentes discussões a respeito do biodireito e do direito eletrônico, trazendo à baila a necessidade de novas formas de proteção e promoção da pessoa frente aos avanços tecnológicos, a exemplo do reconhecimento de um novo direito à autodeterminação informativa.

A dimensão individual, todavia, não se reduz à consideração do corpo da pessoa humana. Numa perspectiva ética o homem também é dotado de liberdade e responsabilidade. A liberdade permite que a pessoa seja autora do seu próprio destino, fazendo as escolhas pertinentes em relação ao desenvolvimento da sua personalidade. Por outro lado, sendo livre o ser humano também possui responsabilidade. Responsabilidade para com as outras pessoas e responsabilidade para com a humanidade.

A consagração da individualidade do ser humano não se confunde com individualismo. Para além de um ser individual, a pessoa também é um ser social. O personalismo jurídico, em sua teoria, deve conciliar a pluridimensionalidade que constitui a unicidade do homem.

Na dimensão social a pessoa é considerada em sua relação com os outros. A coexistencialidade faz parte de uma noção ontológica de pessoa humana, superando o dogma individualista burguês dominante no ideário jurídico após a Revolução Francesa. A realização

¹¹⁹² MARTÍNEZ, Miguel Ángel Alegre; BENDAHÁN, Óscar Mago. Reconocimiento constitucional de la dignidad, individualidad y derechos de la personalidad. **Revista de Derecho Político**. N. 66, p. 183-234. UNED: Espanha, 2006, p. 183-184.

do livre desenvolvimento da personalidade depende das relações que o ser humano assume durante a configuração do(s) seu(s) modo(s) de ser.

Da passagem do Estado Liberal para o Estado Social a pessoa deixar de ser um elemento abstrato, próprio da relação jurídica (sujeito virtual), e passa a figurar como um ente concreto, imerso em relações sociais específicas que conduzem a tratamentos diferentes para aqueles que estão em situações diferentes. É o caso das pessoas vulneráveis (consumidores, idosos, crianças e adolescentes) que merecem meios de proteção e promoção especiais como forma de garantir o seu livre desenvolvimento da personalidade.

A terceira dimensão da pessoa humana preconiza a relação entre o ser humano e o ecossistema global. Numa perspectiva antropocêntrica alargada, a dimensão ambiental é fundamento dos deveres intergeracionais para a tutela do meio ambiente sem recair em um discurso biocentrista que retira a pessoa do centro das reflexões jurídicas.

Esta noção ontológica pluridimensional da pessoa reflete diretamente em institutos civis seculares, principalmente na compreensão atual do conceito de personalidade. A abertura do sistema jurídico, e a necessidade dos conceitos se basearem na realidade, implica na transcendência do conceito clássico de personalidade consubstanciado na suscetibilidade para ser sujeito de direitos e deveres. A personalidade também pode ser entendida como um valor – baseado na unidade da pessoa –, e como os atributos mais essenciais necessários para o livre desenvolvimento do ser humano.

Neste último aspecto os direitos da personalidade constituem uma parcela do(s) modo(s) de ser da pessoa humana, que uma vez conjugados com a liberdade, autonomia e autodeterminação reclamam a proteção e promoção do sistema jurídico por meio do reconhecimento de um direito humano e fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade.

Positivado na Declaração Universal dos Direitos Humanos e derivado do princípio da dignidade da pessoa humana, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade possui como âmbito de proteção a tutela da individualidade humana, um direito geral de liberdade e uma cláusula geral de tutela da personalidade ou direito geral da personalidade.

A consideração da individualidade humana afasta a imposição de concepções perfeccionistas por parte do Estado ou dos particulares. A pessoa é livre para fazer as escolhas e tomar as decisões existenciais que melhor se adequem ao seu projeto de vida boa e feliz. A autodeterminação tem um papel essencial na construção livre do(s) modo(s) de ser de cada ser humano.

O direito geral de liberdade, por sua vez, compreende os diversos sentidos que podem ser atribuídos à liberdade. Como liberdade negativa, abrange o direito de fazer ou deixar fazer aquilo que a pessoa quiser. Quanto liberdade positiva, a pessoa é o seu próprio senhor, definindo as suas ações e o seu projeto vital. Como liberdade real, reconhece que são necessárias condições materiais mínimas para que o ser humano possa ter opções de escolha e efetivamente exercer a sua liberdade.

O livre desenvolvimento da personalidade abarca “todas as condutas humanas possíveis no passado, presente e no futuro”, porém sendo aplicável apenas quando a posição de liberdade não estiver dentro do âmbito de proteção de um direito fundamental específico. Contribui, em outro ponto, para a clausura do ordenamento, ou seja, tudo aquilo que não está proibido por uma norma jurídica está permitido¹¹⁹³.

A cláusula geral de tutela da personalidade determina a construção de situações jurídicas subjetivas existenciais que possam proteger e promover a pessoa humana em sua integralidade. Os direitos da personalidade não se resumem aos direitos tipificados e nem se restringem à categoria dos direitos subjetivos. Serão considerados direitos da personalidade todos aqueles cuja lesão pode afetar o livre desenvolvimento da personalidade como concretização do princípio da dignidade da pessoa humana¹¹⁹⁴.

A compreensão analítica dos direitos fundamentais leva a considerar a titularidade deste direito que engloba o desenvolvimento biológico do ser humano desde a concepção, pois o nascituro é pessoa em termos ontológicos e possui personalidade. Pode, ainda, ser aplicado às pessoas jurídicas desde que os direitos da personalidade sejam compatíveis com estas, sem esquecer que em último sentido é a pessoa, ontologicamente considerada, a verdadeira titular da proteção.

Na perspectiva objetiva, o livre desenvolvimento da personalidade destaca-se por exigir deveres estatais no intuito de promover um real e efetivo desenvolvimento da pessoa. Neste ponto faz-se mister ressaltar a importância dos direitos sociais, como prestações materiais, aptos a garantir um mínimo existencial que permita o exercício das escolhas pessoais de cada um. Em outro sentido, este direito fundamental também é dotado de importante eficácia irradiante para a interpretação e aplicação das diversas normas que tratam dos aspectos existenciais da pessoa humana.

¹¹⁹³ PULIDO, Carlos Bernal. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade. In: _____. **O direito dos direitos**: escritos sobre a aplicação dos direitos fundamentais. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 235.

¹¹⁹⁴ MARTÍNEZ, Miguel Ángel Alegre. Protección constitucional a las personas vulnerables y nuevos derechos. **Revista de Derecho Político**. N. 80, p. 59-88. UNED: Espanha, 2011, p. 75.

Apesar da grande abrangência do âmbito de proteção, da titularidade e da perspectiva objetiva do livre desenvolvimento da personalidade, deixou-se claro que tal direito não é ilimitado. A liberdade tutelada é uma liberdade jurídica e, portanto, sujeita a limites. Neste contexto a proporcionalidade assume uma importância fulcral para controlar as restrições impostas ao livre desenvolvimento da personalidade a partir dos seus subcritérios de necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito.

Observada uma aplicação mediata dos direitos fundamentais às relações privadas, reconheceu-se o reenvio intrassistemático realizado pelo art. 12 do Código Civil de 2002 para os direitos fundamentais e princípios constitucionais, funcionando como porta de entrada para o livre desenvolvimento no âmbito privado. Neste diapasão, da relação entre direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade e o princípio da dignidade da pessoa humana configura-se uma cláusula geral de tutela e promoção da personalidade.

A dimensão de liberdade está presente no direito civil por meio da autonomia privada que, por sua vez, não se reduz a questões patrimoniais. O livre desenvolvimento da personalidade é fundamento de legitimação dos negócios jurídicos sobre direitos da personalidade, bem como preconiza um tratamento diferenciado para as diversas espécies de contratos existenciais.

A liberdade individual, decorrente do livre desenvolvimento da personalidade, não pode ser confundida com individualismo. A pessoa é livre para conformar o seu próprio modo de ser, mas também é responsável pelo seu destino e pelos atos que pratica causando danos aos demais seres humanos. Como bem explica Stefano Rodotà, a consideração da pessoa na sua dimensão social representa um diálogo entre direitos e deveres a partir do princípio da solidariedade¹¹⁹⁵, positivado na Constituição Federal de 1988 no art. 3º, I.

Os deveres fundamentais, e com mais razão os deveres de personalidade, sempre foram relegados em segundo plano no tratamento doutrinário que dispensou à categoria dos direitos a maioria dos seus esforços de elucidação. Não obstante tal panorama, os deveres fundamentais e deveres de personalidade desempenham papel importante dentro do sistema jurídico e decorrem do próprio personalismo ao considerar a pessoa como um ser individual, social e ambiental.

Por fim, espera-se que estas palavras a respeito do (re)conhecimento e configuração do livre desenvolvimento da personalidade no Direito brasileiro possam despertar novos interesses a respeito do ser humano, revigorando antigos e inaugurando novos caminhos para a

¹¹⁹⁵ RODOTÀ, Stefano. **La vita e le regole**: tra diritto e non diritto. 2ª ed. Milano: Feltrinelli, 2012, p. 18.

proteção e promoção da pessoa humana, objetivando sempre a sua emancipação em uma sociedade pós-moderna.

REFERÊNCIAS

ADAMY, Pedro Augustin. **Renúncia a direito fundamental**. São Paulo: Malheiros, 2011.

AFONSO, Elza Maria Miranda. Prefácio. In: MATA-MACHADO, Edgar de Godoi. **Contribuição ao personalismo jurídico**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

ALCALÁ, Humberto Nogueira. Dignidad de la persona, derechos fundamentales y bloque constitucional de derechos: una aproximación desde Chile y América Latina. **Revista de Derecho**: Universidad Católica del Uruguay. N. 05, p. 79-142. Uruguay, 2001.

ALEXANDRINO, José de Melo. **A estruturação do sistema de direitos, liberdade e garantias na constituição portuguesa**: Vol. II – A construção dogmática. Coimbra: Almedina, 2006.

ALEXY, Robert. **La construcción de los derechos fundamentales**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2012.

_____. Minha filosofia do direito: a institucionalização da razão. In: HECK, Luís Afonso (org.). **Constitucionalismo discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

_____. **Teoría del discurso y derechos humanos**. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 1995.

_____. Teoria do discurso e direitos fundamentais. In: HECK, Luís Afonso (org.). **Direito natural, direito positivo, direito discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ALMEIDA, Kellyne Laís Laburú Alencar de. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade – perspectiva do direito português. In: MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato (organizadores). **Direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2012.

ALONSO, Miguel Ontiveros. El libre desarrollo de la personalidad (un bien jurídico digno del estado constitucional). **Araucaria**. vol. 8, n. 15, p. 147-156. Sevilla: jan-jun, 2006.

ALPA, Guido. **Instituzioni di diritto privato**. 2ª ed. Torino: UTET, 1997.

ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. **A pessoa jurídica e os direitos da personalidade**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

AMARAL, Luiz Otávio de Oliveira. **Teoria geral do direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2012.

ANDRADE, Manuel A. Domingues de. **Teoria geral da relação jurídica**: vol. 1, sujeitos e objeto. Almedina: Coimbra, 2003.

AQUINO, São Tomás de. **O ente e a essência**. Lisboa: Instituto Piaget, 2000.

_____. **Suma teológica**, vol. 1. 3ª ed. São Paulo: Loyola, 2009.

ARISTÓTELES. **A política**. São Paulo: Ícone, 2007.

ASCENSÃO, José de Oliveira. A dignidade da pessoa e o fundamento dos direitos humanos. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. Vol. 103, p. 277-299. São Paulo, jan./dez., 2008.

_____. **Direito civil**: teoria geral, vol. 1. 2ª ed. Coimbra: Coimbra, 2000.

_____. O direito civil como o direito comum do homem comum. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**. Ano 1, n. 1, p. 45-57. Lisboa, 2012.

_____. O início da vida. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de. **Dimensões jurídicas da personalidade na ordem constitucional brasileira**. Florianópolis: Conceito, 2010.

ATIENZA, Manuel. **O direito como argumentação**. Lisboa: Escolar, 2014.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. Crítica ao personalismo ético da constituição da república e do código civil: em favor de uma ética biocêntrica. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira; TÔRRES, Heleno Taveira; CARBONE, Paolo (coordenadores). **Princípios do novo código civil brasileiro e outros temas**: homenagem a Tullio Ascarelli. 2ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

BADILLA, Kevin Johan Villalobos. **El derecho humano al libre desarrollo de la personalidad**. 360 f. Tesis de licenciatura en Derecho. Universidad de Costa Rica, San José, 2006.

BARBOSA-FOHRMANN, Ana Paula. **A dignidade humana no direito constitucional alemão**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

BARRETO, Wanderlei de Paula; SANTOS, Luciany Michelli Pereira dos. O conceito aberto de desdobramento da personalidade e os seus elementos constitutivos nas situações de *mobbing* ou assédio moral. **Revista Jurídica Cesumar**. Vol. 6, n. 1, p. 473-487. Maringá, 2006.

BARROS, Carlos Roberto Galvão. **O direito ao livre desenvolvimento da personalidade do menor**. São Paulo: Biblioteca 24 horas, 2010.

BELAUNDE, Domingo García. La persona en el derecho constitucional latino-americano. **Revista de Derecho PUCP**. n. 34, p. 115-120. Lima, 1980, p. 115.

BELTRÃO, Silvio Romero. **Direitos da personalidade**: de acordo com o novo código civil. São Paulo: Atlas, 2005.

BELLO FILHO, Ney de Barros. **Direito ao ambiente**: da compreensão dogmática do direito fundamental na pós-modernidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

BENJAMIN, Antônio Herman. Constitucionalização do ambiente e ecologização da constituição brasileira. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; LEITE, José Rubens Morato (organizadores). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BERLIN, Isaiah. Dois conceitos de liberdade. In: _____. **Quatro ensaios sobre a liberdade**. Brasília: Universidade de Brasília, 1981.

BERRÍO, Andrés Felipe Suárez. Derecho al libre desarrollo de la personalidad en la jurisprudencia de la corte constitucional colombiana entre los años 1992 y 1997. **Díkaion**. N. 8, p. 68-126. Chía (Colombia), julio, 1999.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Teoria geral do direito civil**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Rio, 1980.

BIELEFELDT, Heiner. **Filosofia dos direitos humanos**. São Leopoldo: Unisinos, 2000.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____. **Da estrutura à função**: novos estudos de teoria do direito. Barueri: Manole, 2007.

_____. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006.

_____. **Teoria do ordenamento jurídico**. São Paulo: Edipro, 2011.

BÖCHENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Teoría e interpretación de los derechos fundamentales. In: _____. **Escritos sobre derechos fundamentales**. Baden-Baden: Nomos Verl.-Ges., 1993.

_____. Los derechos fundamentales sociales en la estructura dela constitución. In: BÖCHENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. **Escritos sobre derechos fundamentales**. Baden-Baden: Nomos Verl.-Ges., 1993.

BOLSON, Simone Hegele. Direitos da personalidade do consumidor e a cláusula geral de tutela da dignidade da pessoa humana. **Revista de Direito do Consumidor**. N. 52, p. 130-162. São Paulo: Revista dos Tribunais, outubro-dezembro, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BORGES, Alexandre Walmott; ROMEU, Luciana Campanelli; ROCHA, Altamirando Pereira da. Análise da jurisprudência do STF sobre a forma de incorporação dos documentos de direito internacional: alterações com o advento da EC 45/2004. **Revista de Direito Brasileiro**. Vol. 3, n. 2, p. 55-76. São Paulo, jul.-dez., 2012.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de personalidade e autonomia privada**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BORGHETTI, Cibele Stefani. **Pessoa e personalidade humanas**: uma reflexão histórico-dogmática do seu reconhecimento e proteção jurídicos, na perspectiva da teoria da relação jurídica e das teorias dos direitos da personalidade. 316 f. Dissertação (Mestrado. Setor de ciências jurídicas) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2006.

BORNHOLDT, Rodrigo Meyer. **Métodos para a solução de conflito entre direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

BOSTROM, Nick. In defense of posthuman dignity. **Bioethics**. Vol. 19, n. 3, p. 202-214. United Kingdom, 2005.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1334097/RJ**. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. DJe 10 set. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADPF nº 132/RJ**. Relator: Min. Ayres Britto. DJ 13/10/2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RE 477554 AgR/MG**. Relator(a): Min. CELSO DE MELLO. DJe 25/08/2011.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação n. 30226520108260471**. Relator: Ademir Benedito. DJe: 02/07/2010.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Recurso Cível n. 71004375705**. Relator: Luís Francisco Franco. DJe: 18/06/2013.

BRITTO, Carlos Ayres. **O humanismo como categoria constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

CALLE, Agustín Motilla de la. Dignidad de la persona y adscripción a grupos religiosos: medios de protección jurídica del individuo integrado en sectas religiosas. In: MIGUEL, Luis García San (org.). **El libre desarrollo de la personalidad**: artículo 10 de la constitución. Alcalá: Universidad de Alcalá, 1995.

CAMPOS, Diogo Leite de. **Nós**: estudos sobre o direito das pessoas. Coimbra: Almedina, 2004.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Coimbra: Almedina, 2012.

_____. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 4ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2008.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

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

_____. Pessoa jurídica e direitos de personalidade. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. **Manual de teoria geral do direito civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

CARBONNIER, Jean. **Droit civil**: les personnes. 19^a ed. Paris: Puf, 1994.

CARDUCCI, Michele. Riconoscimento ed eficácia del diritto alla educazione in Itália. In: SCAFF, Fernando Facury; ROMBOLI, Roberto; REVENGA, Miguel (coordenadores). **A eficácia dos direitos sociais**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

CARETTI, Paolo. I diritti sociali nella costituzione italiana e gli strumenti di garanzia. In: SCAFF, Fernando Facury; ROMBOLI, Roberto; REVENGA, Miguel (coordenadores). **A eficácia dos direitos sociais**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

CARPINTEIRO, Francisco. Las personas como síntese: la autonomía en el derecho. In: CAMPOS, Diogo Leite de; CHINELLATO, Silmara J. de Abreu (coordenadores). **Pessoa humana e direito**. Coimbra: Almedina, 2009.

CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. Família. In: PELUZO, Cezar (coordenador). **Código civil comentado**: doutrina e jurisprudência. 2^a ed. Barueri: Manole, 2008.

CASTAÑEDA, Ilva Myriam Hoyos. De nuevo sobre el concepto de persona: el reto ante el debate bioético y biojurídico actual. **Persona y Derecho**: revista de fundamentación de las instituciones jurídicas y de derechos humanos. N. 41, p. 319-335. Navarra, jan./dez, 1999.

CASTRO, Luis Martínez Vázquez de. **El principio de libre desarrollo de la personalidad en el ámbito privado**. Madrid: Civitas, 2010.

CERVI, Taciana Marconatto Damo. Transexualidade, redesignação sexual e o livre desdobramento da personalidade. **Revista Jurídica Cesumar**. Vol. 9, n. 2, p. 487-503. Maringá, jul./dez., 2009.

COLÔMBIA. Corte Constitucional de Colombia. **Sentencia C-355/06**. Proponente: Alvaro Tafur Galvis.

CONSTANT, Benjamin. Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos. **Revista Filosofia Política**. N. 2, p. 9-25. Porto Alegre: L&PM, 1985.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2011.

_____. **Tratado de direito civil português**: vol. I, parte geral, tomo I. 3^a ed. Coimbra: Almedina, 2011.

_____. **Tratado de direito civil português**: vol. I, parte geral, tomo III, pessoas. Coimbra: Almedina, 2004.

CORREAS, Carlos I. Massini. La teoría del derecho natural en el tempo posmoderno. **DOXA**: cuadernos de filosofía del derecho. n. 21, vol. II, p. 289-303. Alicante, 1998.

COSTA, Pedro Oliveira da. Apontamentos para uma visão abrangente da função social dos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). **Obrigações**: estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

COTRIM, Ana Carolina Tomicioli. Proteção jurídica da fauna: interesses antropocêntricos, necessidades biocêntricas. In: Martins, Fernando Rodrigues. **Direito em diálogo de fontes**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2014.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de Direito Romano**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

CUNHA, Alexandre dos Santos. **A normatividade da pessoa humana**: o estatuto jurídico da personalidade e o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. Dignidade da pessoa humana: conceito fundamental do direito civil. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**. Vol. 19, p. 51-73. Porto Alegre, março, 2001.

CUNHA, Wladimir Alcibíades Marinho Falcão. **Revisão judicial dos contratos**: do código de defesa do consumidor ao código civil de 2002. São Paulo: Método, 2007.

CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade**. São Paulo: Quorum, 2008.

CHARLES, Patrick J. Restoring “life, liberty, and pursuit of happiness” in our constitutional jurisprudence: an exercise in legal history. **William & Mary Bill of Rights Journal**. Vol. 20, n. 2, p. 456-532. Williamsburg, 2011.

CHAUMON, Ebert. **Instituições de Direito Romano**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Rio, 1977.

CHINELLATO, Silmara J. de Abreu. Estatuto jurídico do nascituro: a evolução do direito brasileiro. In: CAMPOS, Diogo Leite de; CHINELLATO, Silmara J. de Abreu (coordenadores). **Pessoa humana e direito**. Coimbra: Almedina, 2009, p. 427-430.

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

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Curso de direito civil brasileiro**: vol. 5 – direito de família. 28ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção dos dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. Os direitos da personalidade no Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). **A parte geral do novo código civil**: estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

DORAL, José A. Concepto filosófico y concepto jurídico de persona. **Persona y Derecho**: revista de fundamentación de las instituciones jurídicas y de derechos humanos. N. 02, p. 113-131. Navarra, jan./dez, 1975.

DRAY, Guilherme Machado. **Direitos de personalidade**: anotações ao código civil e ao código de trabalho. Coimbra: Almedina, 2006.

DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito privado e constituição**: *drittwirkung* dos direitos fundamentais, construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DÜRIG, Günter. Direitos fundamentais e jurisdição civil. In: In: HECK, Luís Afonso (org.). **Direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2011.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 7ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martín. **Tratado de derecho civil**: parte general, tomo primeiro, segunda parte, vol. II. Barcelona: Bosch, 1981.

_____. **Tratado de derecho civil**: parte general, tomo primeiro, segunda parte, vol. I. Barcelona: Bosch, 1981.

ESPANHA. Tribunal Constitucional. **STC 139/2008**. 28/10/2008.

_____. Tribunal Constitucional. **STC 150/2011**. 29/09/2011.

FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. **Teoria crítica do direito civil**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

FALCÓN Y TELLA, María José. **Lições de teoria geral do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de direitos**: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem *versus* a liberdade de expressão e informação. 3ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues. **Direito à liberdade**: por um paradigma de essencialidade que dê eficácia ao direito personalíssimo da liberdade. Curitiba: Juruá, 2009.

FERRAJOLI, Luigi. Los Derechos Fundamentales en la teoría del derecho. In: _____. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2001.

_____. Los fundamentos de los derechos fundamentales. In: FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2001.

_____. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

FERREIRA, Keila Pacheco. **Abuso do direito nas relações obrigacionais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

FERRER, Anabella Del Moral. El libre desarrollo de la personalidad en la jurisprudencia constitucional colombiana. **Cuestiones Jurídicas**. Vol. VI, n. 2, p. 63-96. Maracaibo (Venezuela), julio-diciembre, 2012.

FERRER, Urbano. Posthumanismo y dignidad de la especie humana. **Contextos**, n. 45-48, p. 171-188. León, 2005-2006.

FERRI, Luigi. **La autonomía privada**. Granada: Comares, 2001.

FIGUEIREDO, Maria José. Introdução. In: AQUINO, São Tomás de. **O ente e a essência**. Lisboa: Instituto Piaget, 2000.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Princípios do direito processual ambiental**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FLUME, Werner. **El negocio jurídico**: parte general del derecho civil, tomo II. 4ª ed. Madrid: Fundación Cultural del Notariado, 1998.

FRANÇA, Rubens Limongi. **Instituições de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 1988.

FREITAS, Juarez. A melhor interpretação constitucional “versus” a única resposta correta. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org.) **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005.

FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. **Danos morais e a pessoa jurídica**. São Paulo: Método, 2008.

GADIA, Giovanna Cunha Mello Lazarini. Por uma adequação da teoria do direito aos novos tempos: a função promocional do direito como paradigma do Estado Social. In: Martins, Fernando Rodrigues. **Direito em diálogo de fontes**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2014.

GALGANO, Francesco. **Diritto civile e commerciale**: volume primo. 2 ed. Padova: CEDAM, 1993.

GALINDO, George Rodrigo Bandeira. **Tratados internacionais de direitos humanos e constituição brasileira**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

GALVANI, Leonardo. **Personalidade jurídica da pessoa humana**: uma visão do conceito de pessoa no direito público e privado. Curitiba: Juruá, 2010.

GARCÍA, César Rascón. **Manual de Derecho Romano**. 3ª ed. Madrid: Tecnos, 2000.

GARCIA, Enéas Costa. **Direito geral da personalidade no sistema jurídica brasileiro**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007.

GARRIDO, Javier Gómez. Derecho al honor y persona jurídico-privada. **REDUR**, n. 8, p. 205-225, dezembro 2010, p. 223.

GASSET, José Ortega y. **¿Qué es filosofía?** 4ª ed. Madrid: Revista de Occidente, 1965.

_____. **El hombre y la gente**. Madrid: Revista de Occidente, 1957.

GODINHO, Eduardo. **Direito à liberdade**: regra da maioria e liberdade individual. Curitiba: Juruá, 2012.

GOMES, Luiz Roldão de Freitas. Noção de pessoa no direito brasileiro. **Revista de direito civil, imobiliário, agrário e empresarial**. Ano 16, n. 61, p. 15-34. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul./set., 1992.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

_____. **Introdução ao direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1957.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: parte geral**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GONÇALVES, Diogo Costa. **Pessoa e direitos da personalidade: fundamentação ontológica de tutela**. Coimbra: Almedina, 2008.

GONÇALVES, Maria Eduarda. **Direito da informação: novos direitos e formas de regulação na sociedade da informação**. Coimbra: Almedina, 2003.

HÄBERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

HABERMAS, Jürgen. **A era das transições**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. Acerca da legitimação com base nos direitos humanos. In: HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós-nacional: ensaios políticos**. São Paulo: Littera Mundi, 2001.

_____. **O futuro da natureza humana**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

HART, Herbert L. A. **Direito, liberdade e moralidade**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1987.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 1997.

HERVADA, Javier. **Crítica introdutória ao direito natural**. Porto: Resjurídica, 1990.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

HOBBS, Thomas. **Leviatã: ou a matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. São Paulo: Ícone, 2000.

HOFMEISTER, Maria Alice Costa. **O dano pessoal na sociedade de risco**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

HOYOS, Ilva Myriam. La dimensión jurídica de la persona humana. **Persona y Derecho: revista de fundamentación de las instituciones jurídicas y de derechos humanos**. N. 26, p. 159-187. Navarra, jan./dez, 1992.

JONAS, Hans. **O princípio responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica**. Rio de Janeiro: Contraponto; PUC-Rio, 2006.

JORGE JÚNIOR, Alberto Gosson. **Cláusulas gerais no novo código civil**. São Paulo: Saraiva, 2004.

JUNGES, José Roque. **Bioética**: hermenêutica e casuística. São Paulo: Loyola, 2006.

JUNGSMANN, Rodrigo. Substância, matéria e essência na metafísica de Aristóteles. **Cadernos UFS de Filosofia**. Ano 5, vol. 6, p. 7-15. São Cristóvão, jul./dez., 2009.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. São Paulo: Discurso; Barcarolla, 2009.

KASER, Max. **Direito privado romano**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1999.

KASHIURA JÚNIOR, Celso Naoto. **Sujeito de direito e capitalismo**. 177 f. Tese (Doutorado. Área de concentração em Filosofia e Teoria Geral do Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. **Teoria pura do direito**. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KIRSTE, Stephan. A dignidade humana e o conceito de pessoa de direito. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Dimensões da dignidade**: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

KOOPS, Bert-Jaap. Forgetting footprints, shunning shadow. A critical analysis of the “right to be forgotten” in big data practice. **Scripted**, vol. 8, n. 3, p. 229-256, dezembro, 2011.

LAGOS, Juan Omar Cofré. La idea de persona moral y jurídica en el realismo metafísico. **Revista de Derecho**. Vol. XXI, n. 2, p. 9-31. Valdivia, diciembre, 2008.

LARENZ, Karl. **Derecho justo**: fundamentos de ética jurídica. Madrid: Civitas, 1985.

_____. **Metodologia da ciência do Direito**. 5ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.

LATORRE, Angel. El derecho al libre desarrollo de la personalidad en la jurisprudencia del tribunal constitucional. In: MIGUEL, Luis García San (org.). **El libre desarrollo de la personalidad**: artículo 10 de la constitución. Alcalá: Universidad de Alcalá, 1995.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. **Dano ambiental**: do individual ao coletivo extrapatrimonial. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

LIMA, Clara Maria Lindoso e. **A tutela dos direitos da personalidade por meio da aplicabilidade direta do princípio da dignidade da pessoa humana nas relações de direito privado**. 159 f. Dissertação (Mestre. Área de concentração em Direito Privado) - Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2005.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. In: FARIAS, Cristiano Chaves de. **Leituras complementares de direito civil**: o direito civil-constitucional em concreto. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2009.

LÓPEZ, José Gabaldón. Libre desarrollo de la personalidad y derecho a la vida. **Persona y Derecho**: revista de fundamentación de las instituciones jurídicas y de derechos humanos. N. 44, p. 133-172. Navarra, jan./jun., 2001.

LOPEZ, Teresa Ancona. Responsabilidade civil na sociedade de risco. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. v. 105, p. 1223-1234. São Paulo, jan./dez., 2010.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____. **Teoria da decisão judicial**: fundamentos de direito. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **Teoria geral do direito ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

LOUREIRO, Francisco Eduardo. Direito ao sossego. In: LOTUFO, Renan (coordenador). **Cadernos de autonomia privada**: vol. 2. Curitiba: Juruá, 2001.

LUCATO, Maria Carolina. **O conceito de “pessoa humana” no âmbito da bioética brasileira**. 236 f. Tese (Doutorado. Área de concentração em Odontologia Social) – Pós-graduação em Ciências Odontológicas da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

LUDWIG, Marcos de Campos. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade na Alemanha e possibilidades de sua aplicação no direito privado brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**. Vol. 19, p. 237-263. Porto Alegre, março, 2001.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Derechos humanos, estado de derecho y constitución**. 10ª ed. Madrid: Tecnos, 2010.

_____. **Los derechos fundamentales**. 6ª ed. Madrid: Tecnos, 1995.

LLOMPART, José. El concepto de persona en el derecho japonés. **Persona y Derecho**: revista de fundamentación de las instituciones jurídicas y de derechos humanos. N. 40, p. 401-424. Navarra, jan./dez, 1999.

LLORENTE, Francisco Rubio. Los deberes constitucionales. **Revista Española de Derecho Constitucional**. Ano 21, n. 62, p. 11-56. Madrid, mayo-agosto, 2001.

MACHADO, Diego Carvalho. Autonomia privada, consentimento e corpo humano: para a construção da própria esfera privada na era tecnológica. **Revista Trimestral de Direito Civil**. v. 37, p. 17-52. Rio de Janeiro: Padma, jan./mar., 2009.

MAGALHÃES, Leslei Lester dos Anjos. **O princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à vida**. São Paulo: Saraiva, 2012.

MAIA, Alexandre da. Ontologia e realidade – o problema da “ética da tolerância”. **Revista de Informação Legislativa**. Ano 36, n. 143, p. 335-346. Brasília, jul./set, 1999.

MARCO, Cristhian Magnus de; CASTRO, Matheus Felipe de. As dimensões e perspectivas do direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade. **Prisma Jurídico**. Vol. 12, n. 01, p. 13-49. São Paulo, janeiro/junho, 2013.

MARIA, José Serpa de Sta. **Direitos da personalidade e a sistemática civil geral**. Campinas: Julex Livros, 1987.

MARINHO, Sérgio Augusto Lima. Diálogo de fontes como meio de realização de direitos fundamentais: o caso do reconhecimento de união homoafetiva no direito brasileiro. In: Martins, Fernando Rodrigues. **Direito em diálogo de fontes**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória**: individual e coletiva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MARITAIN, Jacques. **O homem e o estado**. Rio de Janeiro: Agir, 1952.

MARQUES, Cláudia Lima. A lei 8.078/1990 e os direitos básicos do consumidor. In: BENJAMIN, Antônio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe; MARQUES, Cláudia Lima. **Manual de direito do consumidor**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. Diálogo das fontes. In: BENJAMIN, Antônio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe; MARQUES, Cláudia Lima. **Manual de direito do consumidor**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. Los deberes fundamentales. **DOXA**: cuadernos de filosofía del derecho. n. 4, p. 329-341. Alicante, 1987.

MARTÍNEZ, Miguel Ángel Alegre. Los deberes en la constitución española: esencialidad y problemática. **Teoría y Realidad Constitucional**. N. 23, p. 271-291. Madrid, janeiro-junho, 2009, p. 277.

_____; BENDAHÁN, Óscar Mago. Reconocimiento constitucional de la dignidad, individualidad y derechos de la personalidad. **Revista de Derecho Político**. N. 66, p. 183-234. UNED: Espanha, 2006.

_____. Protección constitucional a las personas vulnerables y nuevos derechos. **Revista de Derecho Político**. N. 80, p. 59-88. UNED: Espanha, 2011.

MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira. O Direito Romano e seu ressurgimento no final da Idade Média. In: WOLKMER, Antonio Carlos (org.). **Fundamentos de história do Direito**. 4ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

MARTINS, Fernando Rodrigues. **Diálogo de fontes na efetivação do diálogo obrigacional constitucional**. Texto cedido pelo autor.

_____. O contrato entre Luhmann e Habermas. **Revista de direito do consumidor**. Ano 20, vol. 77, p. 55-77. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan.-mar., 2011.

_____. Os deveres fundamentais como causa subjacente-valorativa da tutela da pessoa consumidora: contributo transversal e suplementar à hermenêutica consumerista da afirmação. **Revista de Direito do Consumidor**. N. 94, p. 215-257. São Paulo: Revista dos Tribunais, julho-setembro, 2014.

_____. **Princípio da justiça contratual**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Sociedade da informação e proteção da pessoa**. Texto cedido pelo autor.

_____.; FERREIRA, Keila Pacheco. Contratos existenciais e intangibilidade da pessoa humana na órbita privada: homenagem ao pensamento vivo e imortal de Antonio Junqueira de Azevedo. **Revista de Direito do Consumidor**. N. 79, p. 265-307. São Paulo: Revista dos Tribunais, julho-setembro, 2011.

MARTINS, Leonardo. **Liberdade e estado constitucional**: leitura jurídico-dogmática de uma complexa relação a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais. São Paulo: Atlas, 2012.

_____. Liberdade e igualdade. In: MARTINS, Leonardo. **Liberdade e estado constitucional**: Leitura jurídico-dogmática de uma complexa relação a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais. São Paulo: Atlas, 2012.

MARTINS, Thiago Penido; SAMPAIO JÚNIOR, Rodolpho Barreto. Hermenêutica constitucional comparada: a contribuição da aplicabilidade do direito ao livre desenvolvimento da personalidade no ordenamento jurídico brasileiro. **Cadernos da Escola do Legislativo**. Vol. 14, n. 22, p. 205-239. Belo Horizonte, julho/dezembro, 2012.

MARTINS-COSTA, Judith. Indivíduo, pessoa, sujeito de direitos: contribuições renascentistas para uma história dos conceitos jurídicos. **Philia & Filia**. Vol. 01, n. 01, p. 69-95. Porto Alegre, jan./jun., 2010.

MATA-MACHADO, Edgar de Godoi. **Contribuição ao personalismo jurídico**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

MATTIA, Fabio Maria de. Direitos da personalidade: aspectos gerais. In: MENDES, Gilmar Ferreira; STOCO, Rui (Organizadores). **Doutrinas essenciais**: direito civil, parte geral, vol.3, pessoas e domicílio. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Autonomia privada e dignidade humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

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

MELLO, Celso de Albuquerque. O § 2º do art. 5º da Constituição Federal. In: TORRES, Ricardo Lobo. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MELLO, Cláudio Ari. Contribuição para uma teoria híbrida dos direitos de personalidade. In: SARLET, Ingo Wolfgang (organizador). **O novo código civil e a constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano de validade. 12^a ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MENEZES, Joyceane Bezerra de. A vida e a dignidade da pessoa humana na fase pré-natal: uma defesa da personalidade do nascituro. In: _____. **Dimensões jurídicas da personalidade na ordem constitucional brasileira**. Florianópolis: Conceito, 2010.

_____. O direito ao desenvolvimento da personalidade e a sua relação com os direitos sociais. In: SCAFF, Fernando Facury; ROMBOLI, Roberto; REVENGA, Miguel (coordenadores). **A eficácia dos direitos sociais**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

_____; MARTINS, Rogério Parentoni. O direito à busca da felicidade: filosofia, biologia e cultura. **Novos Estudos Jurídicos**. Vol. 18, n. 3, p. 474-491. Itajaí, set-dez, 2013.

_____; OLIVEIRA, Cecília Barroso de. O direito à orientação sexual como decorrência do direito ao livre desenvolvimento da personalidade. **Novos Estudos Jurídicos**, vol. 14, n. 2, p. 105-125, maio-agosto, 2009.

MÉXICO. Suprema Corte de la Justicia de la Nación. **Tesis aislada: derecho al libre desarrollo de la personalidad. Aspectos que comprende**. Dezembro de 2009.

MIGLIORE, Alfredo Domingues Barbosa. **Personalidade jurídica dos grandes primatas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

MILL, John Stuart. On liberty. In: _____. **On liberty and other essays**. Oxford: Oxford University Press, 1998.

MIRAGEM, Bruno. Os direitos da personalidade e os direitos do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**. N. 49, p. 40-76. São Paulo: Revista dos Tribunais, janeiro-março, 2004.

MIRANDA, Custódio de Piedade U. **Teoria geral do direito privado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

MIRANDA, Felipe Arady. O direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**. Ano 2, n. 10, p. 11175-11211. Lisboa, 2013.

MIRANDOLA, Pico Della. **Discurso sobre la dignidad del hombre**. Buenos Aires: Longseller, 2003.

MÖLLER, Max. **Teoria geral do neoconstitucionalismo**: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

MONTEIRO, António Pinto. Direito a não nascer?. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**. Vol. 19, p. 321-331. São Paulo, janeiro, 2007.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MORAES, Walter. Concepção tomista de pessoa: um contributo para a teoria do direito da personalidade. In: NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (organizadores).

Doutrinas essenciais: responsabilidade civil, teoria geral, vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MORCHÓN, Gregorio Robles. El libre desarrollo de la personalidad (artículo 10.1 de la C.E). In: MIGUEL, Luis García San (org.). **El libre desarrollo de la personalidad:** artículo 10 de la constitución. Alcalá: Universidad de Alcalá, 1995.

MOREIRA, Rodrigo Pereira. Os fundamentos dos direitos da personalidade: entre o direito natural, o direito positivo e o direito discursivo. In: Martins, Fernando Rodrigues. **Direito em diálogo de fontes.** Belo Horizonte: D'Plácido, 2014.

_____.; RIBEIRO, Rodrigo dos Santos. A construção da privacidade na literatura: dois clássicos naturalistas e a ficção pós-moderna de George Orwell. In: CONPEDI/UNINOVE (org.); GALUPPO, Marcelo Campos; RUIZ, Ivan Aparecido; TRINDADE, André Karam (coordenadores). **Direito, arte e literatura.** Florianópolis: FUNJAB, 2013.

MOUNIER, Emmanuel. **O personalismo.** São Paulo: Centauro, 2004.

MOUREIRA, Diogo Luna. **Pessoas e autonomia privada:** dimensões reflexivas da racionalidade e dimensões operacionais das pessoas a partir da teoria do direito privado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MÜLLER, Friedrich. **Metodologia do direito constitucional.** 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **Teoria estruturante do direito.** 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

NABAIS, José Casalta. **Dever fundamental de pagar impostos:** contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo. Almedina: Coimbra, 2012.

_____. **A face oculta dos direitos fundamentais:** os deveres e os custos dos direitos. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15184-15185-1-PB.pdf>. Acesso em: 07/11/2014.

NANNI, Giovanni Ettore. A evolução do direito civil obrigacional: a concepção do direito civil constitucional e a transição da autonomia da vontade para a autonomia privada. In: Lotufo, Renan (coord.). **Cadernos de direito civil constitucional, vol. 2.** Curitiba: Juruá, 2001.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato:** novos paradigmas. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NEVES, A. Castanheira. Pessoa, direito e responsabilidade. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal.** Ano 6, n. 1, p. 9-43. Coimbra: Coimbra, janeiro-março, 1996.

_____. **Metodologia jurídica:** problemas fundamentais. Coimbra: Coimbra, 1993.

_____. **O jurisprudencialismo:** sumário das aulas. [s.n].

NEVES, Gustavo K. M. Os princípios entre a teoria geral do direito e o direito civil constitucional. In: RAMOS, Carmem L. S. (org.). **Diálogos sobre direito civil.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

NINO, Carlos Santiago. **Ética e direitos humanos**. São Leopoldo: Unisinos, 2011.

NIPPERDEY, Hans Carl. Direitos fundamentais e direito privado. In: HECK, Luís Afonso (org.). **Direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2011.

_____. Livre desenvolvimento da personalidade. In: HECK, Luís Afonso (org.). **Direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2011.

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais**: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994.

NOVAIS, Jorge Reis. Direitos como trunfos contra a maioria: sentido e alcance da vocação contramajoritária dos direitos fundamentais no estado de direito democrático. In: _____. **Direitos fundamentais**: trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra, 2006.

NUNES, Anelise Coelho. **A titularidade dos direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

OLIVEIRA, Alfredo Emanuel Farias de. **O fundamento dos direitos da personalidade**. Belo Horizonte: Arraes, 2012.

OLIVEIRA, Rosemary Pereira de. Direitos sexuais e reprodutivos – uma questão de saúde pública. In: SCAFF, Fernando Facury; ROMBOLI, Roberto; REVENGA, Miguel (coordenadores). **A eficácia dos direitos sociais**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

ORGAZ, Alfredo. **Las personas humanas**: esencia e existencia. Buenos Aires: Hamurabi, 2000.

_____. **Personas individuales**. Buenos Aires: Depalma, 1946.

OTERO, Paulo. **Direito constitucional português**: vol. I – identidade constitucional. Coimbra: Almedina, 2010.

_____. **Instituições políticas e constitucionais**: vol. I. Coimbra: Almedina, 2007.

_____. Pessoa humana e constituição: contributo para uma concepção personalista do direito constitucional. In: CAMPOS, Diogo Leite de; CHINELLATO, Silmara J. de Abreu (coordenadores). **Pessoa humana e direito**. Coimbra: Almedina, 2009.

PALAZZANI, Laura. Persona e essere umano in bioetica e nel biodiritto. **Idee**: rivista di filosofia. Vol. 34-35, p. 133-147. Lecce, gennaio-dicembre, 1997.

PAULA, Felipe de. **A (de)limitação dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

PEREIRA, Marcelo Cardoso. **Direito à intimidade na internet**. Curitiba: Juruá, 2008.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Teoria geral dos alimentos. In: CAHALI, Francisco José; _____. **Alimentos no código civil**. São Paulo: Saraiva, 2005.

PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____; FEMIA, Pasquale. Noções introdutivas e princípios fundamentais. In: PERLINGIERI, Pietro. **Manuale di diritto civile**. 4 ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2003.

_____; STANZIONE, Pasquale. Pessoas físicas e pessoas jurídicas. In: PERLINGIERI, Pietro. **Manuale di diritto civile**. 4 ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2003.

PERU. Tribunal Constitucional del Perú. **STC Exp. n. 00032-2010-PI/TC**.

_____. Tribunal Constitucional del Perú. **STC Exp. n. 007-2006-PI/TC**.

PETTIT, Philip. **Teoria da liberdade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

PIANOVSKI, Carlos Eduardo. A importância de uma teoria (geral) do direito civil. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. **Manual de teoria geral do direito civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria geral do direito civil**. 3ª ed. Coimbra: Coimbra, 1999.

PINTO, Paulo Mota. Notas sobre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e os direitos de personalidade no direito português. In: Sarlet, Ingo Wolfgang. **A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

_____. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes (coordenador). **Portugal-Brasil ano 2000**. Coimbra: Coimbra, 1999.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____; RUSSO JÚNIOR, Rômulo. Direitos humanos, dignidade humana e direitos da personalidade. In: FILOMENO, José Geral Brito; WAGNER JÚNIOR, Luiz Guilherme da Costa; GONÇALVES, Renato Afonso (coordenadores). **O Código civil e a sua interdisciplinaridade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

PIROZZOLI, Anna. **Il valore costituzionale della dignità: un'introduzione**. Roma: Aracne, 2007.

_____. **La dignità dell'uomo: geometrie costituzionali**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2012.

PUECHE, José Enrique Bustos. Sobre los límites de la autonomía individual en derecho civil. In: MIGUEL, Luis García San (org.). **El libre desarrollo de la personalidad: artículo 10 de la constitución**. Alcalá: Universidad de Alcalá, 1995.

PULIDO, Carlos Bernal. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade. In: _____. **O direito dos direitos: escritos sobre a aplicação dos direitos fundamentais**. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

PUSSI, William Artur. **Personalidade jurídica do nascituro**. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2008.

QUEIROZ, Cristina. **Direitos fundamentais sociais: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade**. Coimbra: Coimbra, 2006.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. Coimbra: Arménio Amado, 1979.

RAMÍREZ, Manuel Fernando Quinche. **Derecho constitucional colombiano de la carta de 1991 y sus reformas**. 3ª ed. Bogotá: Universidad del Rosario, 2009.

RAMOS, Emilia M. Santana. Las claves interpretativas del libre desarrollo de la personalidad. **Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho**. N. 29, p. 99-112. Valencia, junio, 2014.

REALE, Miguel. A pessoa humana e a proteção da subjetividade. In: _____. **Direito natural/Direito positivo**. São Paulo: Saraiva, 1984.

_____. Liberdade antiga e liberdade moderna. In: REALE, Miguel. **Horizontes do direito e da história**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

REVELO, Jairo. Los tratados internacionales como criterio de interpretación de los derechos fundamentales constitucionales en el ordenamiento español. **Revista derecho del estado**. N. 11, p. 105-131. Colombia, Diciembre, 2001.

REVORIO, Francisco Javier Díaz. Derechos humanos y deberes fundamentales: sobre el concepto de deber constitucional y los deberes en la constitución española de 1978. **Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla**. Año V, n. 28, p. 278-310. México, julio-diciembre, 2011.

RIDOLA, Paolo. **A dignidade humana e o “princípio liberdade” na cultura constitucional europeia**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

ROBLES, Gregorio. **Os direitos fundamentais e a ética na sociedade atual**. Barueri: Manole, 2005.

RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade de vigilância: a privacidade hoje**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. **Il diritto di avere diritti**. Roma-Bari: Laterza, 2012.

_____. **La vita e le regole: tra diritto e non diritto**. 2ª ed. Milano: Feltrinelli, 2012.

RODRIGUES, Maurício Andreiuolo. Os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos e a constituição. In: TORRES, Ricardo Lobo. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ROSEN, Jeffrey. The right to be forgotten. **Stanford Law Review**, vol. 64, n. 88, p. 88-92. Stanford, February, 2012.

ROSENVALD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé no código civil**. São Paulo: Saraiva, 2005.

ROUVROY, Antoinette. Réinventer l'art d'oublier et de se faire oublier dans la société de l'information? Versão aumentada do capítulo publicado sobre o mesmo título In: LACOUR, Stéphanie. **La sécurité de l'individu numérisé. Réflexions prospectives et internationales**. Paris: L'Harmattan, 2008.

ROXIN, Claus. Que comportamentos pode o estado proibir sob a ameaça de pena? Sobre a legitimação das proibições penais. In: _____. Estudos de direito penal. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s)**: repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família. Rio de Janeiro: GZ, 2011.

SACIO, Juan Manuel Sosa. Derechos constitucionales no enumerados y derecho al libre desarrollo de la personalidad. In: DÁVALOS, Luis Sáenz (coord.). **Derechos constitucionales no escritos reconocidos por el tribunal constitucional**. Lima: Gaceta Jurídica, 2009.

SÁNCHEZ, Rogelio López. El tardío desarrollo de la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad en el Estado Constitucional mexicano. **Derecho en Libertad**. n. 03, p. 127-151. México, julio-diciembre, 2009.

SANCHÍS, Luis Prieto. La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades. **Derechos y libertades**: Revista del Instituto Bartolomé de Las Casas. Ano 5, n. 8, p. 429-468. Espanha, 2000.

SANTOS, Luciany Michelli Pereira dos. Conflito entre o direito à integridade psíquica e moral e o direito ao livre desdobramento da personalidade: homossexualismo e liberdade de crença. **Revista Discurso Jurídico**. Vol. 1, n. 1, p. 107-129. Campo Mourão, 2005

SANTOS, Maria Ignez Franco. A identidade pessoa e a cirurgia de redesignação de sexo. In: CAMPOS, Diogo Leite de. **Estudos sobre os direitos das pessoas**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 164.

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

_____. Direitos fundamentais em espécie. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. Notas sobre a dignidade da pessoa humana na jurisprudência do STF. In: SARLET, Ingo Wolfgang; Daniel Sarmento (Coordenadores). **Direitos fundamentais no supremo tribunal federal**: balanço e crítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SARTORIO, Elvio Ferreira. **Tutela preventiva (inibitória)**: nas obrigações de fazer e não fazer. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SAVIAN FILHO, Juvenal. Introdução. In: BOÉCIO. **Escritos**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

SCARBOSSA, Luís Fernando. **Direitos e garantias fundamentais extravagantes**: interpretação jusfundamental “pro homine”. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2008.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2011.

_____. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.

_____; TEPEDINO, Gustavo. A boa-fé objetiva no código de defesa do consumidor e no novo código civil. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). **Obrigações**: estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SCHWABE, Jürgen; MARTINS, Leonardo (organizadores). **Cinquenta anos de jurisprudência do tribunal constitucional federal alemão**. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, 2005.

SEELMAN, Kurt. Pessoa e dignidade da pessoa humana na filosofia de Hegel. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Dimensões da dignidade**: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SEOANE, José Antonio. La ampliación del catálogo de derechos fundamentales. **Persona y Derecho**: revista de fundamentación de las instituciones jurídicas y de derechos humanos. N. 54, p. 441-469. Navarra, jan./dez, 2006.

SESSAREGO, Carlos Fernández. ¿Qué es ser “persona” para el Derecho?. **Revista de Derecho PUCP**. n. 54, p. 289-333. Lima, 2001.

_____. Daño al proyecto de vida. **Revista de Derecho PUCP**. n. 50, p. 47-97. Lima, 1996.

_____. La persona jurídica, el pensamiento de Cossío y la doctrina contemporánea. **Revista de Derecho PUCP**. n. 37, p. 31-51. Lima, 1993.

_____. Las personas, el personalismo y la constitución peruana de 1979. **Revista de Derecho PUCP**. n. 36, p. 81-95. Lima, 1982.

SGRECCIA, Elio. **Manuale di bioetica**: fondamenti ed etica biomedica. 2ª ed. Milano: Vita e Pensiero, 1994.

_____. Persona humana y personalismo. **Cuadernos de Bioética**. n. 80, vol. XXIV, p. 115-123. Murcia, enero-abril, 2013.

SICHES, Luis Recaséns. **Tratato general de filosofía del derecho**. 19ª ed. México: Porrúa, 2008.

SIECKMANN, Jan-R. El concepto de autonomía. **Doxa: cuadernos de filosofía del derecho**. N. 31, p. 465-468. Alicante, 2008.

SILVA, Alexandre Garrido da. Direitos humanos, constituição e discurso de legitimação: possibilidades e limites da teoria do discurso. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). **Legitimação dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

SILVA, Clóvis V. do Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

SILVA, Edson Ferreira da. **Direito à intimidade**. 2 ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

SILVA, Eva Sónia Moreira da. **Da responsabilidade pré-contratual por violação dos deveres de informação**. Coimbra: Almedina, 2006.

SILVA, Manuel Duarte Gomes da. **Esboço de uma concepção personalista do direito: reflexões em torno da utilização do cadáver humano para fins terapêuticos e científicos**. Lisboa: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1965.

SILVA, Paulo Thadeu Gomes da. **Sistema constitucional das liberdades e das igualdades**. São Paulo: Atlas, 2012.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SINGER, Peter. **Ética prática**. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Coimbra, 1995.

STANCIOLI, Brunello. **Renúncia ao exercício de direitos da personalidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

SUEIRO, María E. Rovira. El honor de la persona jurídica: una cuestión de hermenéutica constitucional. **Anuario da Facultade de dereito da Universidade da Coruña**, n. 2, p. 463-480, 1998.

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

_____. **Limites e possibilidades do direito de redesignação do estado sexual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

TALCIANI, Hernán Corral. El concepto jurídico de persona: una propuesta de reconstrucción unitaria. **Revista Chilena de Derecho**. Vol. 17, n. 02, p. 301-321. Santiago, 1990.

TAPINOS, Daphné. **Prévention, Précaution et responsabilité civile: risqué avéré, resque suspecté et transformation du paradigme de la responsabilité civile.** Paris: L'Harmattan, 2008.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Saúde, corpo e autonomia privada.** Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

_____; KONDER, Carlos Nelson. Situações jurídicas dúplices: controvérsias na nebulosa fronteira entre patrimonialidade e extrapatrimonialidade. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. **Diálogos sobre direito civil** – volume III. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

_____; RODRIGUES, Renata de Lima. Aspectos gerais dos direitos da personalidade. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. **Manual de teoria geral do direito civil.** Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: _____. **Temas de direito civil.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

TERWANGNE, Cécile de. Privacidad en internet y el derecho a ser olvidado/derecho al olvido. **Revista de Internet, Derecho y Política**, n. 13, p. 53-66, febrero, 2012.

TOBEÑAS, José Castán. **Hacia un nuevo derecho civil.** Madrid: Reus, 1933.

_____. **Los derechos de la personalidad.** Madrid: Reus, 1952.

_____. **Los derechos del hombre.** 2ª ed. Madrid: Reus, 1976.

TOMÁS DE AQUINO. **Suma Teológica.** Porto Alegre: Escola Superior de Teologia de São Lourenço de Brindes; Livraria Sulina, 1980.

TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial.** Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TRABUCCHI, Alberto. **Instituciones de derecho civil**, vol. I. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1967.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos:** vol. I. 2ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

VALLE, Agustín Basave Fernández del. Hacia una antropología jurídica integral: la dimensión jurídica del hombre como fundamento de la filosofía del derecho. **Persona y Derecho:** revista de fundamentación de las instituciones jurídicas y de derechos humanos. N. 07, p. 229-242. Navarra, jan./dez, 1980.

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

VECCHIO, Giorgio del. **Lições de filosofia do direito.** 2ª ed. Coimbra: Armênio Armado, 1951.

VENTURI, Thaís Goveia Pascoaloto. **Responsabilidade civil preventiva:** a proteção contra a violação dos direitos e a tutela inibitória material. São Paulo: Malheiros, 2014.

VERA, Miguel Ángel Encabo. **Derechos de la personalidad.** Madrid: Marcial Pons, 2012.

VIANA, Patrícia Guerrieri Barbosa. **Dano moral à pessoa jurídica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

VIEIRA, Tatiana Malta. **O direito à privacidade na sociedade da informação**: efetividade desse direito fundamental diante dos avanços da tecnologia da informação. 297 f. Dissertação (Mestre em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2007.

VINEY, Geneviève. **Introduction à la responsabilité**. 3^a ed. Paris: L.G.D.J, 2008.

WEBER, Rolf H. The right to be forgotten: more than a pandora's box? **Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law**, vol. 2, p. 120-130, july 2011.

WEBER, Thadeu. **Ética e filosofia do direito**: autonomia e dignidade da pessoa humana. Petrópolis: Vozes, 2013.

WEISS, Edith Brown. Intergenerational equity and rights of future generations. In: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **The modern world of human rights**. San José: Instituto Interamericano de derechos humanos, 1996.

WEYNE, Bruno Cunha. **O princípio da dignidade humana**: reflexões a partir da filosofia de Kant. São Paulo: Saraiva, 2013.

WULF, Naomi. Liberty (the pursuit of) happiness and the anxious democrat: conflicting views of liberalism in the early republic. **Cercles**. n. 17, p. 1-17. França, 2007.

ZAMBRANO, Pilar. El derecho como práctica y como discurso: la perspectiva de la persona como garantía de objetividad y razonabilidad en la interpretación. **Díkaion**. ano 23, n. 18, p. 109-133. Chía (Colombia), Diciembre, 2009.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. **Direitos da personalidade**: aspectos essenciais. São Paulo: Saraiva, 2011.