

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS**  
Faculdade de Direito – Programa de Pós-Graduação em Direito

ROBERTO BRANDÃO FEDERMAN SALDANHA

**OS DIREITOS DA PERSONALIDADE E AS LIBERDADES  
PÚBLICAS: UMA RELAÇÃO SIMBIÓTICA VISANDO À  
PROTEÇÃO DA PESSOA**

Belo Horizonte

2011

ROBERTO BRANDÃO FEDERMAN SALDANHA

**OS DIREITOS DA PERSONALIDADE E AS LIBERDADES  
PÚBLICAS: UMA RELAÇÃO SIMBIÓTICA VISANDO À  
PROTEÇÃO DA PESSOA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, como requisito parcial para a obtenção de título de Mestre em Direito, sob a orientação da Professora Doutora Maria Helena Damasceno e Silva Megale.

Belo Horizonte

2011

S162d Saldanha, Roberto Brandão Federman  
Os direitos da personalidade e as liberdades públicas: uma  
relação simbiótica visando à proteção da pessoa / Roberto  
Brandão Federman Saldanha. – 2011.

Orientador: Maria Helena Damasceno e Silva Megale  
Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Minas  
Gerais, Faculdade de Direito.

Inclui bibliografia

1. Direito civil – Teses 2. Personalidade (Direito)  
3. Direito – Filosofia 4. Pessoas (Direito) – Filosofia  
5. Direitos civis – Brasil 6. Direitos civis – História  
7. Liberdade – História I. Título

CDU: 347.121.1

342.7

**Roberto Brandão Federman Saldanha**

**Os direitos da personalidade e as liberdades públicas: uma relação  
simbiótica visando à proteção da pessoa**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, como requisito parcial para a obtenção de título de Mestre em Direito.

Banca Examinadora:

---

Profa. Dra. Maria Helena Damasceno e Silva Megale (Orientadora)  
Universidade Federal de Minas Gerais

---

---

Data da aprovação:

Belo Horizonte

2011

## **AGRADECIMENTOS**

Inicialmente, à minha mãe, por todo amor e dedicação com que sempre pude  
contar em todos os momentos de minha vida.

Ao meu pai, pelo encorajamento nos estudos, pelos sábios conselhos e por toda  
confiança.

À minha orientadora, Doutora Maria Helena Damasceno e Silva Megale, pelo  
constante aprendizado.

À professora Silma Mendes Berti, por toda a ajuda e carinho nestes anos de  
convívio.

Aos amigos, Denny e Pedro, pelo companheirismo e pela ajuda na construção do  
trabalho.

## RESUMO

As mútuas relações entre os “Direitos da Personalidade” e as “Liberdades Públicas” puderam ser estabelecidas a partir de novos parâmetros hermenêuticos advindos do Estado Democrático de Direito. O trabalho desenvolvido objetiva traçar os liames entre esses dois institutos, de raiz histórica e filosófica similares. Inicialmente, tratar-se-á de entender as clássicas liberdades públicas e os direitos da personalidade em suas respectivas esferas, para, posteriormente, compreendê-los a partir de uma noção de completude do ordenamento jurídico. A escassez de estudo acerca do tema acabou por privilegiar noções insuficientes, sem o adequado rigor técnico necessário para análises interdisciplinares. Pretender-se-á, assim, uma correta interpretação das modernas teorias acerca dos direitos fundamentais, para o apropriado enquadramento do tema proposto. Tais relações poderão ser exemplificadas a partir da análise de modernos princípios, como o do livre desenvolvimento da personalidade, bem como pela visualização de determinados institutos considerados, concomitantemente, liberdades públicas e direitos da personalidade, como no caso do direito à intimidade.

**Palavras-chave:** Direitos da personalidade. Liberdades públicas. Direitos fundamentais

## **ABSTRACT**

The interactions between “Personality Rights” and “Civil Liberties” have been established in the context of new hermeneutic standards conceived in the Democratic Rule-of-Law State. The present work intends to demonstrate the connection between those institutes that have been developed in similar historical and philosophical contexts. Primarily civil liberties and the personality rights will be analyzed individually, to allow, at a later stage, the understanding of both concepts as inseparable elements in the completeness of the legal system. The scarcity of previous academic studies on this theme has commonly privileged certain insufficient notions that lack the technical rigour indispensable to interdisciplinary analyses. The present work will provide a methodologically correct interpretation of the modern theories concerning the fundamental rights in order to delineate the theme. The above mentioned interconnection will be addressed through the analysis of the modern legal principles – such as the right to free development of personality –and by means of the examination of specific rights that can be categorized concomitantly as a personality right and a civil liberty – for example, the right to private life.

**Key-words:** Personality rights. Civil liberties. Fundamental rights.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	09
<b>1 A PESSOA E A LIBERDADE NUMA COMPREENSÃO HISTÓRICO-FILOSÓFICA</b>	
1.1 A ideia de pessoa e liberdade no pensamento antigo e no medievo.....	12
1.2 A gênese das declarações de caráter antropocêntrico.....	20
1.3 Da formação histórica das liberdades públicas no direito francês ao ressurgimento dos direitos personalísticos no pós-guerra.....	30
<b>2 O INSTITUTO DAS LIBERDADES PÚBLICAS</b>	
2.1 A construção jurídica do significado de liberdade pública.....	42
2.2 A crise das liberdades públicas clássicas: a necessidade de uma reinterpretação.....	47
2.3 A liberdade compreendida no âmbito do neocostitucionalismo.....	50
<b>3 OS DIREITOS DA PERSONALIDADE DE ÍNDOLE CIVIL</b>	
3.1 Da noção de personalidade à formulação do instituto dos direitos personalísticos..	58
3.2 A teoria do direito geral da personalidade e sua consagração no ordenamento pátrio.....	67
3.3 O direito à liberdade compreendido como bem da personalidade.....	72
<b>4 OS DIREITOS DA PERSONALIDADE E AS LIBERDADES PÚBLICAS DENTRO DA MODERNA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS</b>	
4.1 A visão incompleta na doutrina sobre as possíveis relações dos institutos em análise.....	76
4.2 Direitos fundamentais e sua diversidade terminológica .....	80
4.3 A axiologia dos direitos fundamentais .....	87
4.4 A eficácia dos direitos fundamentais.....	93
4.5 Os direitos da personalidade e as liberdades públicas nas teorias acerca da eficácia dos direitos fundamentais.....	99

## **5 A RELAÇÃO SIMBIÓTICA DOS INSTITUTOS**

5.1 A necessidade da defesa da personalidade e da liberdade da pessoa no mundo atual.....	105
5.2 A completude do ordenamento jurídico: o cânone da totalidade como fundamento para a interpretação de institutos interdisciplinares.....	109
5.3 A teoria defensora de um direito civil-constitucional.....	112
5.4 O direito ao livre desenvolvimento da personalidade.....	117
5.5 A aplicação da teoria da ponderação de interesses tendo em vista os conflitos atinentes à matéria.....	121
5.6 As técnicas de tutela conjunta dos institutos: caráter preventivo e reparatório.....	128
5.7 Os direitos em espécie: verdadeira relação de comunhão.....	135
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>143</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>147</b>

## INTRODUÇÃO

A proteção da pessoa humana é o objetivo de toda uma ordem jurídica. Por meio de normas que impõem obrigações de fazer e outras que impõem determinadas abstenções, ela visa impedir que o ser humano fique desprotegido naquilo que lhe dá seus contornos.

A consagração da teoria dos direitos da personalidade, com o advento do novo Código Civil, possibilitou sua consolidação como instituto, na doutrina pátria, e seu reconhecimento como marco principiológico de um novo direito privado mais preocupado com a pessoa. A proximidade axiológica entre os novos direitos personalísticos<sup>1</sup> e os direitos fundamentais, de índole constitucional, possibilitou aos intérpretes questionarem também a respeito das clássicas liberdades públicas que, por séculos, receberam tratamento minucioso, principalmente na doutrina estrangeira.

O presente trabalho visa estudar as possíveis relações entre os Direitos da Personalidade e as Liberdades Públicas, particularmente, sob a égide axiológica das modernas teorias que interpretam os direitos fundamentais. Sendo assim, o objetivo de compreender conjuntamente essas duas áreas do conhecimento jurídico não impede uma minuciosa análise dentro de suas respectivas esferas, ou seja, torna-se necessário interpretá-las tanto na seara do direito privado, no caso dos direitos da personalidade, quanto a partir de uma análise histórico-evolutiva do direito público, consagrador das liberdades de mesmo nome.

Utilizando-se, como marco teórico, a noção da existência de um verdadeiro direito geral da personalidade, defendido precipuamente na doutrina Europeia, destacando-se particularmente a obra do autor lusitano Rabindranath Capelo de Souza, tentar-se-á relacionar tal noção de direito a uma ideia de liberdade jurídica, compreendida tanto como bem da personalidade quanto como pressuposto para o desenvolvimento da pessoa.

Pretender-se-á, dessa forma, perfazer, neste trabalho, um estudo multidisciplinar, pois, como bem aborda Capelo de Souza,

---

<sup>1</sup> A expressão “direitos personalísticos” é utilizada precipuamente no direito lusitano como sinônimo de direitos da personalidade. Será utilizada com esse mesmo significado no trabalho aqui desenvolvido.

a conceitualização do bem da personalidade juscivilisticamente tutelada, embora autonomamente referenciada a valores e escopos jurídicos, deverá recolher e ponderar os contributos de outros ramos da antropologia, mas diretamente ligados à compreensão da fenomenologia humana.<sup>2</sup>

Assim o trabalho trilhará inicialmente uma abordagem histórico-filosófica em que se fará uma análise de como as ideias originais, de pessoa e liberdade, dos grandes filósofos da antiguidade, evoluíram para uma compreensão antropológica, no período iluminista, possibilitando consagrar os direitos do homem como fim primordial do Estado Moderno nascente.

Metodologicamente, preferir-se-á uma análise detalhada de cada um dos dois institutos, em separado, abordando as peculiaridades que cada ramo do direito permitiu, em sua principiologia, estabelecer no estudo de cada um dos temas. Pormenorizar-se-ão, assim, seus caracteres para que se possa estabelecer, posteriormente, uma relação entre ambos, utilizando-se da expressão aqui proposta: uma relação simbiótica. A utilização de tal termo se justifica para realçar o carácter multidisciplinar do estudo, calcado nos ensinamentos dos doutrinadores do Direito Civil, do Direito Constitucional, da Hermenêutica Jurídica e da Filosofia do Direito, buscando demonstrar, assim, as diversas e possíveis relações entre eles.

Tem-se, com o trabalho, o propósito de desenvolver uma análise jurídica de tais institutos, pois tratar de temas da amplitude dos conceitos de liberdade e personalidade possibilitaria abordagens as mais variadas possíveis, seja no campo da Filosofia, da Sociologia, da Economia e, como neste caso, no campo do Direito. Dessa forma, uma não delimitação do tema, de conteúdo certamente inesgotável, fugiria da metodologia proposta.

O fundamento da pesquisa foi a observação da doutrina pátria, bastante tímida na análise do tema, limitando-se à diferenciação dos dois institutos numa abordagem ora dicotômica entre Direito Público e Direito Privado, ora com a aplicação, sem maiores pormenorizações, das teorias acerca da eficácia dos direitos fundamentais. A problemática se dá ao perceber que as liberdades públicas, inicialmente, realçavam a importância de haver determinados direitos de defesa, perante as ingerências estatais e,

---

<sup>2</sup> CAPELO DE SOUSA, Rabinadrath V. A. *O Direito Geral de Personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 110.

num outro contexto social, os direitos da personalidade demonstraram a fundamentalidade de se vislumbrar, nos bens formadores da personalidade humana, o objeto de tutela de um direito mais preocupado com a formação do indivíduo.

Atualmente, todavia, ambos os institutos devem ser relidos em uma fundamentação calcada na axiologia dos princípios. Destaca-se, assim, no contexto atual, o princípio da dignidade da pessoa humana, encarado como base para a correta compreensão da ordem normativa e como ponto em comum entre ambos os institutos que aqui se contextualizam. Dessa forma, pretende-se abordar também essa dignidade – de conceito fluido, mas essencial para o entendimento do tema proposto.

Por fim, empreender-se-á uma análise dos meios específicos de tutela, tanto dos direitos da personalidade quanto das liberdades públicas que, não de outro modo, vêm se mostrando diversos. Enquanto as liberdades públicas recebem regulamentação, como direitos de cunho fundamental do Estado e fruindo de garantias específicas previstas no contexto da Carta Magna, os direitos da personalidade vêm se estabelecendo a partir de garantias específicas, seguindo as novas técnicas de tutela oferecidas pela processualística. E, com esse pressuposto, o estudo também pretende problematizar tais questões, visando superar os problemas atualmente referentes apenas a uma dessas esferas, e, assim, por meio do desenvolvimento teórico já alcançado por cada uma delas, conseguir a resolução dos conflitos comuns a ambas.

A proposta de um estudo multidisciplinar pode aparentar ser tarefa árdua, mas que abre ao intérprete a possibilidade de visualizar determinadas temáticas num panorama mais completo, buscando assim alcançar o entendimento de tormentosas questões, a partir de uma reflexão mais voltada para a totalidade da problemática que se coloca. E é este o objetivo que o trabalho a ser desenvolvido se propõe: discutir os direitos da personalidade e as liberdades públicas mediante um panorama em que seja possível entendê-los a partir de mútuas correlações.

## Capítulo 1 - A PESSOA E A LIBERDADE NUMA COMPREENSÃO HISTÓRICO-FILOSÓFICA

### 1.1 A ideia de pessoa e liberdade no pensamento antigo e no medievo

Para a correta compreensão das bases que permitiram a formação dos institutos jurídicos das liberdades públicas e dos direitos da personalidade, far-se-á necessário, inicialmente, uma análise histórico-filosófica que possibilite compreender a formulação de tais conceitos, dentro de um panorama evolutivo. Se o conceito de pessoa é de fundamental importância para o desenvolvimento do pensamento filosófico ocidental, interpretando o ser humano em sua individualidade e inserindo-o num conceito maior de humanidade, a liberdade, por sua vez, sempre foi pleiteada como um dos valores essenciais e inerentes ao homem.

Não há dúvida de que o ser humano sempre esteve em busca de uma liberdade que lhe permitisse lograr ideal autodeterminação, como sendo algo natural à sua espécie. A liberdade, paulatinamente também compreendida como direito, acabou se estabelecendo como o norte de todo um pensamento político e social. Particularmente, o conceito de liberdade foi usado com diversos significados: a partir da ideia de autonomia, dentro da noção de ato voluntário – como a simples ausência de interferência – e até correlacionada à noção de libertação de algo.

O uso do termo “liberdade” também se relacionava à esfera de ação, que o intérprete escolhia para análise. Falava-se assim em liberdade moral, liberdade social, liberdade política e, com o posterior surgimento do Estado, também em liberdade pública. Etimologicamente, todavia, há inicialmente um entendimento de que o termo “liberdade” deriva do vocábulo latino *liber*, que teria como significado:

o sentido de pessoa, na qual o espírito de procriação está naturalmente ativo, donde a possibilidade de chamar de *liber* o jovem que, ao alcançar a maturidade sexual, incorpora-se à comunidade como homem capaz de assumir responsabilidades. Ele recebe então a *toga virilis* ou *toga libera*. Nesse sentido, é livre o homem de condição não submetida, nem escrava. Daí vêm vários significados ulteriores: é-se livre quando se está disponível para fazer algo por si mesmo. A liberdade é então a possibilidade de decidir-se e de, ao decidir-se, autodeterminar-se.<sup>3</sup>

---

<sup>3</sup> MORA, José Ferrater. *Dicionário de filosofia*. 2. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2004. p. 1734. v. 3 K-P.

Há também um entendimento de que liberdade deriva do vocábulo grego *eleutheria*, relacionado à noção de identidade do indivíduo:

se buscarmos as raízes da palavra *eleuthería* (liberdade), tais especificidades ficam mais claras. Para É. Benveniste (in: *Le vocabulaire des institutions indo-européennes*), a palavra *eleuthería* tem um radical indo-europeu – *leuth* – que indica crescimento, desenvolvimento, implica a ideia de pertencimento a um grupo, às raízes étnicas de um povo ou de um *génos*. Se aceitarmos a explicação de Benveniste, a liberdade não explicita o poder livre de ir e vir, nem emerge, necessariamente, da relação senhor-escravo, mas é a qualidade de ser superior pelo fato de ter raízes, de ter uma identidade a partir de um *génos* ou de uma *Politéia*. Ser livre é pertencer, crescer, desenvolver-se e ter sua identidade a partir de um grupo que é a extensão de si mesmo, é poder reconhecer-se no grupo e, através dele, adquirir e poder mostrar a própria identidade.<sup>4</sup>

Poder-se-ia, assim, concluir que a etimologia da palavra já demonstra a estreita ligação do termo com a noção de autocrescimento. É liberdade compreendida tanto como poder, quanto como limitação desse mesmo poder. A palavra apresentaria um sentido tanto de noção da identidade quanto do aspecto da maturidade derivada desta primeira noção.

Etimologicamente, da mesma forma, definir pessoa é uma das tarefas mais difíceis para os historiadores. Apesar da grande imprecisão histórica, a ideia mais aceita é que as raízes do termo se prendem à Grécia Antiga. A palavra “pessoa” derivaria do termo grego *próspon*, aparecendo ligada ao teatro grego, à máscara da tragédia antiga, pois seria nesse ambiente que o homem se tornaria verdadeira *persona*<sup>5</sup>. Deve-se, todavia, destacar que, naquele período, não se chegou à construção do real significado ontológico de homem, ou mesmo de pessoa, pois “o indivíduo, enquanto tal, não é significativo: o ser exprime-se (é) através de papéis funcionais em situações determinadas, ou por um lugar social que lhe é atribuído por nascimento ou pelo funcionamento da sociedade”.<sup>6</sup>

Afirma-se que o termo *persona*, ao deixar o teatro, passou a designar o indivíduo atuando na *pólis*. Dessa forma, percebe-se que tanto o inicial entendimento

<sup>4</sup> GAZOLLA, Rachel. *Reflexões ético-políticas sobre as raízes da noção de liberdade na filosofia grego-antiga*. Disponível em: <http://www.ifch.unicamp.br/cpa/boletim/boletim02/gazolla2.pdf>. Acesso em: 02 set. 2010.

<sup>5</sup> GONÇALVES, Diogo Costa. *Pessoa e Direitos da Personalidade - Fundamentação Ontológica da Tutela*. Lisboa: Almedina, 2008. p. 20.

<sup>6</sup> CAMPOS, Diogo Leite. *Nós: estudo sobre o direito das pessoas*. Coimbra: Almedina, 2004. p. 13.

sobre pessoa quanto o até então significado de liberdade devem ser compreendidos a partir de uma noção específica para a época, diferentemente do entendimento que tais vocábulos possam ter nos dias atuais. Na Grécia Antiga, por exemplo, o termo *líber* é inicialmente utilizado para designar a simples condição de não ser escravo, enquanto, em outro prisma, as discussões filosóficas do período, alinham-se à análise do conteúdo de autonomia, que, na lição de Celso Lafer, deveria encontrar limites no respeito à lei:

De fato, autonomia é palavra grega composta por *autos*, “o próprio” – que se converteu num elemento de composição, que traduz a ideia de por si próprio – e *nomos*, “lei”. Daí o significado originário, na própria Grécia antiga, de autonomia: “direito de se reger pela própria lei”. A liberdade, nesta acepção de autonomia, coincide com a esfera do obrigatório, porém o obrigatório resulta da obediência à própria lei coletivamente elaborada na praça pública.<sup>7</sup>

A análise filosófica das diversas questões varia de acordo com o pensamento filosófico de cada época. Reduzir a filosofia grega a algo uniforme não faz jus a um longo período de formulações filosóficas diversas. Inicialmente, com os pensadores naturalistas, buscou-se explicar a *physis*; posteriormente, com os sofistas, passou-se a discutir o mundo concernente ao homem que, por sua vez, tornou-se real objeto de estudo a partir da filosofia platônica, que problematizava as questões éticas e as relacionadas à razão lógica.

O pensamento de Platão reflete-se em sua obra, dividida em três grandes fases. Na primeira – a da juventude –, inserem-se as discussões sobre os ensinamentos socráticos, frutos dos famosos diálogos. A segunda fase – maturidade – mostra o desenvolvimento da doutrina das ideias, em que ele escreve, dentre outras obras fundamentais para o pensamento filosófico ocidental, *A República*. E, por fim, na terceira fase – velhice – o autor aprofunda seus estudos, fazendo uma revisão crítica do que até então desenvolvera.

Particularmente, em *A República*, Platão pensa a liberdade como uma valoração subjetiva, em que cabe ao sujeito examinar seus próprios sentimentos. É no livro IX de sua clássica obra que o filósofo, ao tratar do homem tirânico, analisa a forma como esta tirania, advinda dos desejos ilimitados, acaba por traduzir-se numa verdadeira ausência

---

<sup>7</sup> LAFER, Celso. *Ensaio sobre a liberdade*. São Paulo: Perspectiva, 1980. p. 14.

de liberdade, pois, ao ceder a tais desejos, o tirano estaria sendo um verdadeiro escravo de si próprio:

Logo, na verdade, e ainda que assim não pareça a alguns, o tirano autêntico é um autêntico escravo, e de uma adulação e servilismo extremo, lisonjeador dos piores: incapaz de satisfazer de algum modo os seus desejos, mostra-se muito carecido de quase tudo e pobre de verdade, se alguém souber contemplar a sua alma inteira, toda a vida cheio de medo, carregado de dores convulsivas se, na realidade, a sua disposição é semelhante à da cidade na qual manda.<sup>8</sup>

Por outro prisma, ao buscar o bem idealizado, Platão acaba por restringir a própria extensão da liberdade humana:

Para Platão, o destino do homem, isto é, a visão da Ideia do Bem está estabelecida, mas, convencido de que a maioria das pessoas, na realidade, são falhas, ele optou pela coerção educativa sem impor-lhe restrições dignas de menção. Parecia-lhe melhor para o homem, como ele é realmente, chegar mais perto de seu destino sem liberdade do que, em liberdade, falhar irremediavelmente em seu destino. Os adversários de Platão contra ele farão valer, em primeiro lugar, o fato de que o homem absolutamente não é tão falho, como a filosofia antiga quer fazer-nos acreditar; em segundo, o fato de que, tranquilamente e com muita confiança, pode-se deixar que cada homem decida em liberdade o que, acima de tudo, quer considerar como seu destino e também se é razoável orientar sua vida para um tal destino.<sup>9</sup>

Segundo as lições de Giovanni Reale, é também nessa fase da maturidade que Platão desenvolve uma teoria particular sobre a pessoa e combate o pensamento sofista, calcado numa relatividade excessiva, como a ideia de Protágoras, na qual justiça e verdade são entendidas como criações puramente humanas. Platão, ao invés disso, prega a restauração dos valores idealizados, interpretando a pessoa como algo universal e substancial, defendendo inclusive a ideia de justiça como pertencente à natureza do homem.<sup>10</sup>

---

<sup>8</sup> PLATÃO. *A República*. Tradução de Pietro Nasetti. São Paulo: Martin Claret, 2003. p. 278.

<sup>9</sup> GIGON, Olof. *O conceito de liberdade no mundo antigo*. Tradução de Ana Lia Amaral Almeida Prado e Gilda Naécia Maciel de Barros. Disponível em: <http://www.hottopos.com/notand10/gigon.htm>. Acesso em: 4 out. 2010.

<sup>10</sup> REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. *História da Filosofia: filosofia pagã antiga*. Tradução de Ivo Storniolo. 3. ed. São Paulo: Paulus, 2007. v. 1. p. 152-158.

Outro grande filósofo grego que contribuiu para as discussões acerca do real significado de pessoa, liberdade e autonomia foi Aristóteles, que entendeu a pessoa, inicialmente, como um substrato único, em que se reuniram a matéria – substância – e a essência – subsistência:

Se, por conseguinte, todos os seres naturais são análogos ao arbitado, por sua natureza – como nariz, olho, rosto, carne, osso e, numa palavra, animal; e folha, raiz, casca e, em geral, planta (pois nenhum destes termos pode ser definido referência ao movimento e todos eles possuem matéria), torna-se claro o modo por que devemos buscar e definir a essência dos objetos naturais, e não menos claro que ao estudioso da natureza compete estudar a própria alma em certo sentido, isto é, considerando aquela sua parte que depende da matéria.<sup>11</sup>

Aristóteles desenvolve também uma noção de liberdade, de enorme influência na filosofia antiga. Na sua concepção, coordenam-se a ordem moral e a ordem natural em busca de uma mesma finalidade: a felicidade. Na sua *Ética a Nicômaco*, o filósofo compreende a liberdade como oposta à necessidade, na qual existiria o poder da vontade para autodeterminar-se, ou seja, fazer aquilo que lhe é voluntário, pois “quando a origem de uma ação está numa pessoa, está no poder desta pessoa praticá-la ou não; estas ações, portanto, são voluntárias”.<sup>12</sup> Nas ações voluntárias não haveria coação e nem se estaria sob um estado de ignorância, transmutando-se, sim, em verdadeira liberdade da vontade, que, coadunada à liberdade de escolha, permitiria chegar a um ato de caráter moral.

Ressalta-se, entretanto, que toda reflexão expressa no pensamento da filosofia antiga, em que ao indivíduo eram imputados os maiores atributos, não colaborou na formulação de uma definição em que sobressaísse a noção de individualidade. O homem era mais um integrante do cosmos. Pode-se afirmar assim que:

a resposta parece estar na enorme dificuldade que o pensamento antigo tinha em lidar com as realidades individuais. Para o pensamento grego, mesmo em Aristóteles e Platão, a individualidade é um problema, uma imperfeição perante a unidade e totalidade do ser. No pensamento antigo, imperava uma visão monista da realidade.<sup>13</sup>

<sup>11</sup> ARISTÓTELES. *Metafísica*. Tradução de Leonel Vallandro. Porto Alegre: Globo, 1969. Livro VI 1026a.

<sup>12</sup> ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução de Mário da Gama Kury. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1985. Livro III. 1110a.

<sup>13</sup> GONÇALVES, Diogo Costa. *Pessoa e Direitos da Personalidade - Fundamentação Ontológica da Tutela*. Lisboa: Edições Almedina, 2008. p. 22.

No que tange, particularmente, à tutela da personalidade, na Grécia Antiga, esta acaba concretizando-se por meio da denominada *hybris*, uma ação de caráter penal que vedava ações injustas de um cidadão em relação ao outro, sendo aplicada, por exemplo, nos casos de crimes de maus tratos. Destaca-se também que, para tutelar a personalidade, utilizava-se de outra espécie de ação: a *dike kakegoria* (κακηγορίας δίκη), relacionada às ofensas injuriosas.<sup>14</sup>

A doutrina é pacífica ao afirmar que a tutela da personalidade só veio a ocorrer realmente em Roma, onde se elaborou uma verdadeira “teoria jurídica da personalidade”.<sup>15</sup> Para adquirir a personalidade, era necessário obter os denominados três *status*: o *status familiae*, o *status civitatis* e o *status libertatis*. Este último era considerado o mais importante, pois só a partir dele era possível adquirir os demais. Percebe-se assim que, na base da formulação jurídica dos direitos personalísticos, já há uma forte relação entre liberdade e personalidade.

Naquele período, a noção de liberdade vinha sendo moldada em novos parâmetros, por influência da filosofia estoíca. Ao mesmo tempo em que se afirmava a independência do homem em relação ao que lhe cercava, propunha-se seu atrelamento às causas universais. Para os estoícos, encontrar o lugar da liberdade foi um dos problemas centrais de sua filosofia, pois se criava um verdadeiro paradoxo com a teoria do destino. Sendo assim, argumentava-se que: “A liberdade humana não se opõe ao determinismo do destino, pois o sábio estoíco se integra à harmonia universal de modo voluntário e consciente.”<sup>16</sup> Era uma doutrina que defendia a ideia de liberdade calcada em leis eternas, diferentemente da outra doutrina filosófica da época: a epicurista, pois “coube à Escola Estóica conciliar a individualidade nascida da superação da Cidade-Estado, e do modelo nela reinante até então, com a universalidade nascente junto com a extensão imperial, que reclamava no homem a sua vocação cosmopolita”.<sup>17</sup>

Não há como negar também a importância que o epicurismo teve numa nova formulação da noção de liberdade, ao fundi-la à noção de individualismo. A percepção de mundo seria aquela advinda das sensações, na eterna busca pelo prazer. Sendo assim,

---

<sup>14</sup> CAPELO DE SOUSA, Rabinadrath V. A. *O Direito Geral de Personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 44.

<sup>15</sup> GIORDANI, Mário Curtis. *História de Roma*. Petrópolis: Vozes, 1968. p. 265.

<sup>16</sup> MATOS, Andityas Soares de Moura Costa. *O Estoicismo imperial como momento da ideia de justiça - Universalismo, Liberdade e Igualdade no Discurso da Stóia em Roma*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 176.

<sup>17</sup> MEGALE, Maria Helena Damasceno e Silva. *Hermenêutica Jurídica: interpretação das Leis e dos Contratos*. 2001. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2001. p. 177/178.

percebe-se que a história do Direito Romano evoluiu junto com a própria história de Roma. A instauração da República, por exemplo, propiciou a compilação da denominada Lei das XII Tábuas, que se caracterizou pela consagração dos costumes em vigor, principalmente aqueles relacionados ao direito privado.

Nesse período clássico romano, cria-se a principal ação que visaria à tutela do que se entendia, então, por personalidade: a *actio iniuriarum*, que objetivava proteger vítimas de atos injuriosos. A sua aplicação era função do pretor romano. O objeto de tutela desta *actio* acabou estendendo-se e transformando-se numa ação de tutela da pessoa, correspondendo a uma evolução da moral taliônica anteriormente consagrada na Lei das XII Tábuas. Inexistia, portanto, proteção sistemática da personalidade, pois o Direito Romano delimitava seu campo de ação na própria casuística costumeira.<sup>18</sup>

A lenta degradação do Império Romano, no entanto, não deu fim à aplicação de seu direito. Posteriormente, coube ao remanescente Império Romano Cristão uma mudança no foco da proteção à personalidade ao estabelecer mútua influência com a nascente doutrina cristã. Tal influência é constatada, por exemplo, na forte repressão à prostituição.

Com essa doutrina cristã, o homem se volta para a sua subjetividade, para o seu próprio interior, portando e defendendo valores e preocupando-se mais com a sua espiritualidade. De certa forma, o ser humano toma maior consciência de sua personalidade e estabelece os parâmetros que possibilitassem o desenvolver de uma noção de dignidade pessoal. O homem passa a representar a personificação da imagem de Deus, na qual “o homem, superando, deste modo, a Natureza, assume a sua própria liberdade, passando a ser o autor ou coautor de si mesmo e da sociedade.”<sup>19</sup>

A internalização da noção de liberdade permite a sua universalização. Santo Agostinho, por exemplo, desenvolve o tema do livre arbítrio, paralelamente à noção de presciência universal de Deus. O Santo Doutor cria uma teoria que dá maior relevo às ideias de liberdade e individualidade, base da noção de direito subjetivo. O filósofo entende que as diversas necessidades do homem só poderiam ser compreendidas quando envoltas num querer livre, pois ao ser humano é possibilitado a escolha, e, dessa forma, Santo Agostinho fundamenta seu conceito de pessoa, baseado tanto numa noção de singularidade quanto de individualidade.

---

<sup>18</sup> TOBEÑAS, José Castan. *Los derechos de la personalidad*. Madrid: Editorial Reus, 1952. p. 9.

<sup>19</sup> CAMPOS, Diogo Leite. *Nós: estudo sobre o direito das pessoas*. Coimbra: Almedina, 2004. p. 111.

No que tange a este estudo, segundo Maria Helena Damasceno e Silva Megale, é o próprio Bispo de Hipona que fundamenta o pensamento marcante para o ideário cristão.<sup>20</sup> Santo Agostinho aduz a singularidade da pessoa e ressalta sua individualidade, que se revelaria na existência da vontade humana. Assim, o Santo Doutor cria uma verdadeira filosofia da interioridade, na qual se insere na vontade a obediência à lei espiritual. A sua noção de pessoa

[...] prende-se decididamente à ideia de intimidade, além daquela relação (não no sentido abstrato como está em Aristóteles, mas no concreto). Essas duas ideias serviram para a configuração de uma relação íntima consigo mesmo, relação concreta, com base na qual descreve as implicações que o levam a concluir pela descoberta do eu.<sup>21</sup>

Outra grande contribuição à doutrina acerca da pessoa, no medievo, dá-se com o surgimento da escolástica. Boécio, fundador da doutrina, compreendeu a pessoa como a substância individual, de natureza racional, que existe por si mesmo: *persona est rationalis natura individua substantia*. É essa doutrina que passa a entender o homem composto por determinados componentes que o definem como tal: a inteligência, sua incomunicabilidade, sua autopossessão, seu agir de acordo com a vontade e sua natureza racional.

É da noção de Boécio, somada às concepções aristotélicas, que São Tomás de Aquino desenvolveu a noção de subsistência, pois não seria apenas a racionalidade que caracterizaria a pessoa, e sim a racionalidade quando é subsistente, ou seja, quando existe *per si*. Para São Tomás, o termo “pessoa” significaria “a personalidade como sendo a substância individual de uma essência racional”.<sup>22</sup> Foi, portanto, com a doutrina tomista que se desenvolveu uma real noção de dignidade da pessoa humana, pois, ao compreender os desígnios de Deus, o homem estaria se valorizando como pessoa. Foi essa noção que permitiu compreender a pessoa, finalmente, em seu significado ontológico.

---

<sup>20</sup> MEGALE, Maria Helena Damasceno e Silva. *Hermenêutica Jurídica: interpretação das leis e dos contratos*. 2001. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2001. p. 179/185.

<sup>21</sup> MEGALE, Maria Helena Damasceno e Silva. *Hermenêutica Jurídica: interpretação das leis e dos contratos*. 2001. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2001. p. 180.

<sup>22</sup> SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 36.

A escolástica também ofereceu grande contribuição à teoria acerca da liberdade. São Tomás de Aquino desenvolveu a ideia de livre-arbítrio, formulada inicialmente por Santo Agostinho. A liberdade de escolha, para o filósofo, partiria de uma vontade adequadamente movida pelo intelecto, sendo assim livre de coação. A liberdade seria, portanto, uma escolha de um estado que visasse à busca do transcendente ao homem, que se inseriria numa incessante busca pelo bem e que só poderia ser conquistada ao evitar-se o erro, causador do mal ou, em suas palavras, responsável por uma ausência de bem. A dignidade humana, para São Tomás, é analisada sob dois prismas distintos: inerente ao homem como espécie, ou seja, ao homem como indivíduo, residindo, assim, na própria alma de cada um e também *in actu* (no agir deste indivíduo).<sup>23</sup>

Naquele período, a tutela da personalidade passou a ser influenciada tanto pelo direito costumeiro bárbaro quanto pelo ainda presente Direito Romano. O primeiro defendeu uma visão em que se destacava a lógica da vingança privada como regra de conduta. No entanto, a filosofia cristã teve importante influência ao estabelecer valores consagrados em seu nascente Direito Canônico, contrapondo-se àqueles do Direito Romano vulgar. Os valores cristãos, dessa forma, impregnaram-se na sociedade da época, criando, como demonstrado, novo conceito de pessoa e, por consequência, de personalidade, sem desenvolver, todavia, um meio próprio de tutela (como ocorrera com a *hybris* grega e *actio iniuriarum* romana).<sup>24</sup>

Ressalta-se também a inegável contribuição para o estudo da personalidade dada pela Escola dos Glosadores durante o século XII, período em que ocorreu um renascimento da análise do Direito Romano Justiniano, no qual a própria *actio iniuriarum* voltou a ser estudada, dando os novos contornos à tutela da personalidade.

## 1.2 A gênese das declarações de caráter antropocêntrico

Com o fim da Idade Média, surge nova perspectiva acerca do homem. Considera-se que o marco do renascimento humanista tenha sido o famoso discurso de Giovanni Pico, o Conde de Mirandola, ao enunciar sua *Oratio de Hominis Dignitate*,

---

<sup>23</sup> MONDIN, Battista. *O Humanismo filosófico de Tomás de Aquino*. Tradução de Antônio Angonese. Bauru: EDUSC, 1998. p. 35.

<sup>24</sup> SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 35-36.

verdadeiro discurso de caráter antropocêntrico, apesar de ainda impregnado de valores cristãos.

A renascença assinala o início da Idade Moderna. A passagem da Idade Média para esse novo período é marcada por vários acontecimentos, como as descobertas na área da astronomia, as expedições marítimas das armadas espanhola e portuguesa, que possibilitaram novos contatos com povos de cultura diversa, e, particularmente, no campo da filosofia surge uma nova compreensão acerca de Deus, correspondendo a uma noção mais próxima do homem.

A Escola do Direito Natural pode ser considerada uma das mais influentes desse período, encontrando fundamento inicial no próprio pensamento de São Tomás de Aquino. Pode-se afirmar que coube a Grotius laicizar tal doutrina cristã, formulando a tese de um verdadeiro direito individual.

Ele afirma a existência de um direito imutável, como a natureza e a razão, de onde ela decorre, direito intangível de modo que Deus em si mesmo não poderia modificá-lo. O princípio desse direito reside na dignidade humana e nas prerrogativas que a sustentam. Ele garante, assim, a liberdade, já que ninguém – governante ou particular – pode atentar contra ela sem ir contra a natureza.<sup>25</sup>

Também Pufendorf desenvolveu concepção de enorme relevância para o pensamento da época, ao defender que o direito é liberdade, de forma que a repressão aos abusos garantiria, em contramão, a própria liberdade em si, justificando, de acordo com seu pensamento, o poder que se deve dar aos governantes. Pufendorf pode, portanto, ser considerado um dos precursores da teoria do contrato social.<sup>26</sup>

No que tange ao direito das pessoas, a Escola do Direito Natural foi muito importante por desenvolver a denominada teoria dos direitos inatos, formulando as bases do direito geral de personalidade, por meio de uma consagração embrionária da noção de dignidade da pessoa humana. Dessa forma,

A escola do Direito Natural desenvolve amplamente a doutrina do humanismo antropocêntrico, voluntarista e individualista, ao lado da

---

<sup>25</sup> ISRAEL, Jean-Jacques. *Direito das Liberdades Fundamentais*. Tradução de Carlos Souza. Barueri: Manole, 2005. p. 62.

<sup>26</sup> ISRAEL, Jean-Jacques. *Direito das Liberdades Fundamentais*. Tradução de Carlos Souza. Barueri: Manole, 2005. p. 63.

doutrina dos direitos subjetivos, rompendo, de vez, com a concepção medieval de poder e direito disputado entre Igreja e Monarcas.<sup>27</sup>

A partir do desenvolvimento das concepções iniciais do jusnaturalismo clássico, pode-se afirmar que coube ao jusnaturalismo racionalista tornar-se a doutrina expoente do período renascentista. A razão passa a ser vista como fonte em que se deduz o direito natural, de forma que a interpretação não teria mais natureza cosmológica e sim racional, visando à constituição de uma ética própria. O jusnaturalismo racionalista fomentou o desenvolvimento das teorias contratuais que a ele se seguiram. A superioridade da racionalidade possibilitou, dentre outras, a defesa da liberdade de consciência e, dessa forma, serviu de base para a proclamação de suas demais formas: social, política e civil, uma evolução dentro do próprio pensamento jusracionalista, como destaca Perez Luño:

A concepção subjetivista, entendida como autoconsciência racional da dignidade, da liberdade e da igualdade humana, está na base da melhor tradição do jusnaturalismo humanista e democrático, sobre o qual se constrói a fundamentação moderna dos direitos humanos.<sup>28</sup>

Dentro dessa vertente doutrinária, o maior expoente é, sem dúvida, Immanuel Kant, a quem coube problematizar a noção de pessoa e relacioná-la a sua consciência moral. Kant defendia a ideia de que a pessoa é dotada de um valor intrínseco: a dignidade, cujo fundamento se encontraria na autonomia ética do ser humano. Na teoria de Kant, a própria racionalidade do homem permite o desenvolvimento de sua personalidade, numa correlação com a autonomia. A autodeterminação seria assim a própria expressão da razão, permitindo a construção de uma noção mais completa dessa dignidade:

Colocada na intrasubjetividade, a pessoa tenderá a designar um estado psíquico, uma realidade emotiva, uma situação de consciência reflexiva ou cognitiva do Homem que, por sua vez, é centro da

---

<sup>27</sup> SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de Personalidade e sua tutela*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 38.

<sup>28</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1995. p. 145.

Tradução de: “La concepción subjetivista, entendida como autoconsciencia racional de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, se halla en la base de la mejor tradición del iusnaturalismo humanista y democrático sobre el que se construye la fundamentación moderna de los derechos humanos.”

realidade moral, o fim de si mesmo, a medida de todas as coisas..., em suma pessoa é a subjetividade absoluta.”<sup>29</sup>

Nesse sentido, é correto afirmar que o famoso imperativo categórico desenvolvido por Kant “Age de tal modo que a máxima de tua vontade possa sempre valer simultaneamente como um princípio para uma legislação universal” é construído:

[...] pelo valor básico, absoluto, universal e incondicional da dignidade humana. É esta dignidade que inspira a regra ética maior; o respeito pelo outro. De acordo com Kant, no mundo social existem duas categorias de valores: o preço (preis) e a dignidade (Würden). Enquanto o preço representa um valor exterior (de mercado) e manifesta interesses particulares, a dignidade representa um valor interior (moral) e é de interesse geral. As coisas têm preço; as pessoas dignidade. O valor moral se encontra infinitamente acima do valor de mercadoria, porque, ao contrário deste, não admite ser substituído por equivalente.<sup>30</sup>

Kant também entendeu a liberdade como direito original de toda pessoa, como verdadeira autonomia frente às arbitrariedades. O filósofo defendeu, assim, que a liberdade estaria relacionada ao reino da moral, diferentemente do agir determinista do reino da natureza. O homem atingiria sua liberdade agindo de acordo com as regras ditadas pela razão, alcançando, dessa forma, também a sua autonomia, pois é a partir desse caráter inteligível que o indivíduo pode-se considerar livre. Kant visualizou que o sujeito detentor de liberdade e também de igualdade poderia estabelecer relações interpessoais. Ou, nos dizeres de José Anselmo Cícero de Sá, analisando a obra kantiana:

opostos os argumentos em favor da liberdade, tirados principalmente da necessidade racional de um princípio verdadeiramente primário, aos argumentos empíricos em favor da série das causas e dos efeitos; depois de ter mostrado que o determinismo fenomenal não exclui a liberdade numenal (do mundo das coisas em si), afirmou estas liberdades do eu numenal (da alma humana considerada fora do mundo invisível) como uma exigência da razão prática.”<sup>31</sup>

<sup>29</sup> GONÇALVES, Diogo Costa. *Pessoa e Direitos da Personalidade - Fundamentação Ontológica da Tutela*. Lisboa: Edições Almedina, 2008. p. 34.

<sup>30</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 115-116.

<sup>31</sup> SÁ, José Anselmo Cícero. *Liberdades Públicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. p. 1.

Paralelamente, pode-se afirmar que as ideias racionalistas, quando aplicadas à política e, particularmente, ao Estado, formaram as bases filosóficas de outro importante movimento da época: a doutrina contratualista. De raiz empirista, coube a filósofos como Francis Bacon, precursor da doutrina, John Locke e, particularmente, a Thomas Hobbes sintetizar as descobertas advindas da ciência experimental da época com uma metafísica que observava na matéria as novas explicações para o mundo fático.

No que tange à noção de pessoa, Hobbes desenvolveu sua doutrina a partir do próprio conceito de soberania, no qual existe a atribuição de poderes a uma única pessoa (ou monstro): o Leviatã. Hobbes compreendeu, assim, que o homem sempre age em busca de seu próprio benefício, por isso reúne-se em uma sociedade civil, que necessitaria de um controle através dos poderes reunidos nas mãos desse único soberano.<sup>32</sup>

Por sua vez, coube a John Locke desenvolver uma ideia que tratasse tanto do processo do conhecimento, em crítica à doutrina cartesiana, quanto ao próprio valor desse conhecimento. Para Locke, a noção de pessoa e liberdade é extremamente influenciada pela concepção de propriedade.<sup>33</sup> Como elemento central da espacialidade privada, a propriedade se tornaria marco fundante de um pensamento segundo o qual possuir bens corresponderia à própria extensão da personalidade humana. A propriedade seria, nesse pensar, verdadeiro direito fundamental, e a função primordial do Estado seria garanti-la, enquanto ao sujeito privado caberia desempenhar a mais ampla liberdade de atuação. Não obstante, deve-se deixar claro que Locke empregava a palavra pessoa para designar aquilo que o indivíduo chama de “si mesmo”, associando ao termo as palavras identidade, consciência e memória e interpretando o ser individual como aquele dotado de consciência reflexiva e, assim, de verdadeira identidade.<sup>34</sup>

Seu pensamento acerca da noção de liberdade segue essa mesma ideologia, afirmando que, enquanto não vive em sociedade, os homens desfrutariam de total autonomia, e, dessa forma, os limites impostos a esse estado seriam apenas as próprias

---

<sup>32</sup> FRATESCHI, Yara. Estado e Direito em Thomas Hobbes. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Curso de filosofia política: do nascimento da filosofia a Kant*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 298-299.

<sup>33</sup> FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2006. p. 93-95.

<sup>34</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 114.

leis da natureza, que permitiriam assim a sua autopreservação.<sup>35</sup> O contrato, por sua vez, apareceria quando o estado de natureza se transformasse em sociedade civil, diferentemente da visão de Hobbes:

No *Segundo Tratado sobre o governo civil*, ele descreve, partindo da realidade da lei natural, o estado de natureza, no qual o homem usufrui de uma perfeita liberdade de agir, de dispor de sua pessoa e de suas propriedades (seus bens, suas terras ou sua existência) nos limites da lei natural. Desse modo, no estado de natureza, os homens são iguais e livres sem que isso signifique um estado de licença ou um estado de guerra de todos contra todos. A passagem do estado de natureza em direção à sociedade civil se realiza mediante um contrato que permite aos homens obter, o que, no estado de natureza, lhes falta: a segurança.<sup>36</sup>

A influência desses autores ingleses na nascente filosofia iluminista francesa é marcante. Voltaire, expoente do pensamento iluminista francês, não nega sua admiração pelos filósofos britânicos, afirmando que: “Nunca existiu, talvez, um espírito mais sábio, mais metódico, um lógico mais exato que Locke.”<sup>37</sup>

Pode-se aduzir que o Iluminismo, de raiz antropológica, é a principal corrente do pensamento que buscou redefinir a abrangência e o conteúdo tanto da noção de pessoa quanto de sua inerente liberdade individual. O pensamento iluminista colocou o homem como centro racional do universo, tendo a doutrina francesa contribuído enormemente para as suas formulações teóricas, substrato ideológico às profundas mudanças sociais, daí resultantes.

Dentre os iluministas franceses, pode-se destacar inicialmente D’Alembert, que difundiu o pensamento doutrinário com a criação da enciclopédia; Montesquieu, pai do constitucionalismo liberal moderno, que formulou a famosa teoria da separação dos poderes, defendendo que só pela tripartição se poderia chegar a uma real liberdade política; e Voltaire, defensor de um empirismo que se aliou às teorias racionalistas da época. Não obstante, o pensador mais influente para os acontecimentos do período, concebendo uma teoria em que a liberdade se perfez como elemento essencial, foi Jean-Jacques Rousseau. É em sua obra *Discurso sobre a origem e os fundamentos da*

<sup>35</sup> FRATESCHI, Yara. John Locke: Estado e Resistência. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Curso de filosofia política: do nascimento da filosofia a Kant*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 329.

<sup>36</sup> ISRAEL, Jean-Jacques. *Direito das Liberdades Fundamentais*. Tradução de Carlos Souza. Barueri: Manole, 2005. p. 66.

<sup>37</sup> VOLTAIRE. *Cartas filosóficas*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 52.

*desigualdade entre os homens* que o filósofo delimita as condições que permitiram a formação de um corpo político que não prescindisse da liberdade.

A partir de um raciocínio histórico-evolutivo, Rousseau pretendeu buscar o denominado estado de natureza, no qual um dos atributos do homem seria a liberdade de tudo fazer em completa independência. Independência não da natureza, da qual o homem retiraria seu sustento, mas uma independência das próprias relações dos homens entre si, geradora assim de uma autossuficiência material e de uma ausência de quaisquer tipos de dominação física, que não poderiam, dessa maneira, limitar a liberdade geral do homem de ir e vir. Para Rousseau, depois desse estado primitivo, adviria o que denominou de “segundo estado de natureza”, no qual ocorreria uma socialização progressiva do homem e, contrariamente, uma degeneração de sua liberdade primária. Nessa fase, os homens pactuariam a formação embrionária de um corpo político, possibilitando mudanças causadas pelas transformações do mundo que os circunscreviam, pois eles necessitariam unir-se para, por exemplo, fabricar ferramentas, ou criar um mais adequado meio de locomoção. Paulatinamente, essas mudanças levariam a uma verdadeira revolução técnica, caracterizada pela metalurgia e pela agricultura mecanizada, formando assim a primeira noção de propriedade.<sup>38</sup>

A criação da propriedade, no pensamento de Rousseau, acarretaria drástica ausência de liberdade e uma necessidade de estabelecer uma ordem civil, calcada num poder político garantidor dessa propriedade, cristalizando, assim, o fim da liberdade natural e permitindo o surgimento de um estado de guerra. Rousseau defendeu, portanto, que pacto social era possível de ser alcançado, a partir de um novo tipo de liberdade, aquela calcada no corpo político e garantida com a participação de seus membros no poder soberano, ou seja, liberdade interpretada como autogoverno, como submissão às próprias leis. A vontade geral, que guiaria esse pacto social, fez com que os críticos de Rousseau enxergassem, em seu pensamento, um viés totalitário, pois, para o filósofo, quem não seguisse essa vontade geral seria compelido, pelo corpo social, a fazê-lo.<sup>39</sup>

É inegável que todo esse ideário dos iluministas franceses se fez presente nos movimentos revolucionários do final do século XVIII. E, pouco mais de um mês após a queda da Bastilha, tem-se a aprovação da Declaração dos Direitos do Homem e do

---

<sup>38</sup>SILVA, Felipe Gonçalves. Rousseau e a soberania da vontade popular. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Curso de filosofia política: do nascimento da filosofia a Kant*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 355-360.

<sup>39</sup>SILVA, Felipe Gonçalves. Rousseau e a Soberania da vontade popular. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Curso de filosofia política: do nascimento da filosofia a Kant*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 360-362.

Cidadão, em 1789. Tal declaração pode ser considerada, ao mesmo tempo, como “o fundamento da criação da personalidade”<sup>40</sup> e como o primeiro instrumento a verdadeiramente consagrar as liberdades públicas em espécie. É possível considerar que a declaração de 1789 sustenta a existência de uma real dignidade do homem, sobressaindo-se, assim, sobre outro importante documento da época, a Declaração de Virgínia de 1776, que, apesar de precedente à declaração francesa e de fundamental importância para a consagração de diversos direitos do homem, era permeada por um caráter excessivamente puritano. No entanto a consagração desses ditos direitos naturais era similar em ambos os documentos:

Artigo 2º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789:

A finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão.

Artigo 1º da Declaração dos Direitos da Virgínia de 1776:

Todos os homens nascem igualmente livres e independentes, têm direitos certos, essenciais e naturais dos quais não podem, por nenhum contrato, privar nem despojar sua posteridade: tais são o direito de gozar a vida e a liberdade com os meios de adquirir e possuir propriedades, de procurar obter a felicidade e a segurança.

Como analisa Jean-Jacques Israel, é possível da leitura da Declaração de 1789 constatar a influência do pensamento tanto de Rousseau quanto de Montesquieu na própria elaboração do texto.<sup>41</sup> Com relação a Rousseau, suas ideias foram assim consagradas no texto da declaração: a) o artigo segundo, acima citado, declara que a meta da sociedade é a proteção da liberdade natural do homem; b) o artigo sexto dispõe que a lei é a expressão da vontade geral<sup>42</sup>, consagrando o pensamento do filósofo de que só seria possível alcançar um estado de igualdade quando a lei fosse a mesma para todos; c) essa igualdade é também antevista no artigo primeiro, que declara uma

---

<sup>40</sup> CAMPOS, Diogo Leite. *Nós: estudo sobre o direito das pessoas*. Coimbra: Almedina, 2004. p. 53.

<sup>41</sup> ISRAEL, Jean-Jacques. *Direito das Liberdades Fundamentais*. Tradução de Carlos Souza. Barueri: Manole, 2005 p. 72-77.

<sup>42</sup> Art. 6.º A lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de concorrer, pessoalmente ou através de mandatários, para a sua formação. Ela deve ser a mesma para todos, seja para proteger, seja para punir. Todos os cidadãos são iguais a seus olhos e igualmente admissíveis a todas as dignidades, lugares e empregos públicos, segundo a sua capacidade e sem outra distinção que não seja a das suas virtudes e dos seus talentos

igualdade não apenas natural como também jurídica<sup>43</sup>. Por sua vez, da doutrina de Montesquieu, o artigo dezesseis é consagrador de sua teoria da separação dos poderes, evocando a desconfiança que se deveria ter aos olhos do executivo:

Artigo 16º: Toda sociedade que não assegura a garantia dos direitos nem determina a separação dos poderes não tem Constituição.

Apesar da nítida influência desses autores, não há uma completa absorção do pensamento de ambos na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Quanto à Rousseau, a declaração não é tão extremada como seu pensamento. O filósofo defendia a ideia de que, quando o homem outorga sua liberdade à sociedade, através do contrato, ele não teria outras formas de a essa sociedade se opor. A Declaração também não se coaduna com o regime de governo preferido de Rousseau, a democracia direta, consagrando, de outra forma, um regime representativo. E, acima de tudo, a declaração se fundamenta numa noção de soberania nacional e não de soberania popular, como constante da obra do filósofo francês. Percebe-se tal ideologia da leitura do artigo 3º da Declaração:

Artigo 3º: O princípio de toda a soberania reside, essencialmente, na nação. Nenhum corpo, nenhum indivíduo pode exercer autoridade que dela não emane expressamente.

Pode-se concluir, dessa forma, que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 correspondeu a um verdadeiro ato recognitivo dos direitos humanos e não uma mera enumeração exemplificativa. Tais direitos seriam: liberdade, propriedade, segurança, igualdade e resistência à opressão. Não há dúvida, portanto, de seu caráter universal, pois a Declaração não se circunscreveu a direitos outorgados apenas aos franceses. Da mesma forma, é possível afirmar ser uma declaração de índole abstrata, mais preocupada em enumerar princípios do que em estabelecer regras e garantias objetivas a esses direitos. Mas, acima de tudo, seria uma declaração consagradora do individualismo:

---

<sup>43</sup>Art.1.º Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundamentar-se na utilidade comum.

O único sujeito ao qual a Declaração reconhece direitos é o próprio homem. Nem a família, nem as coletividades públicas, tampouco os grupos profissionais são titulares de direitos, e eles só o serão mais tarde, notadamente a partir de 1946. No entanto faz menção ao cidadão, o que se refere a direitos políticos e, por conseguinte, coletivos em seu exercício.<sup>44</sup>

A esse pensar também aludem Jean Rivero e Hugues Moutouh, que entendem que: “A declaração de 1789 encarava as situações concretas apenas indiretamente. Os direitos que ela proclama se pretendem universais, válidos, sem consideração de tempo, nem de lugar, porque inerentes à natureza humana.”<sup>45</sup> Seu fundamento repousa na existência empírica do homem em sociedade, baseada no direito natural já modificado pelas teorias racionalistas de Grócio. Torna-se importante mencionar que esse caráter da declaração é exposto no próprio título:

O título Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão diz respeito a dois tipos distintos de direito: direitos do homem, de caráter pré-social, que se atribuem ao homem independentemente de sua integração em uma sociedade política; e direitos do cidadão, que pertencem aos indivíduos enquanto participantes de uma sociedade política. Os primeiros se relacionam com a liberdade, a propriedade e a segurança: os outros, com as liberdades políticas do indivíduo.<sup>46</sup>

A ideologia da Declaração de 1789 se espalhou dentro e fora da Europa, privilegiando a defesa tanto da propriedade, entendida como direito essencial, quanto da liberdade individual, cerne do pensamento burguês. Nesse cenário, de um liberalismo econômico, social e jurídico, não haveria maiores restrições ao exercício dessas liberdades por cada indivíduo. As únicas restrições se limitariam às ofensas à ordem pública e aos bons costumes. E é exatamente nesse novo ideário que se passa a aceitar a existência de um novo instituto jurídico: as liberdades públicas.

---

<sup>44</sup> ISRAEL, Jean-Jacques. *Direito das Liberdades Fundamentais*. Tradução de Carlos Souza. Barueri: Manole, 2005. p. 90.

<sup>45</sup> RIVERO, Jean; MOUTOUH, Hugues. *Liberdades públicas*. Tradução de Maria Emantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 77.

<sup>46</sup> BATISTA, Vanessa Oliveira. As declarações de direitos. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 36, p. 256, 1999.

### 1.3 Da formação histórica das liberdades públicas no direito francês ao ressurgimento dos direitos personalísticos no Pós-Guerra

Percebe-se a clara separação entre o direito público e o direito privado no denominado período das grandes codificações, iniciado ao término do movimento revolucionário francês. O Código Civil Napoleônico, de 1804, significou a sistematização do direito privado com a adoção dos valores racionalistas da época, visando a uma ordem lógico-sistemática que possibilitasse alcançar uma idealizada segurança na aplicação do direito ao caso concreto.

Há, no entanto, certa contradição evidente no Código Civil Napoleônico. Os direitos do homem, tão defendidos nos ideais revolucionários, colocaram-se mais como discurso político do que foram verdadeiramente tutelados pela codificação. Por isso: “Não se estranhará que o Código Civil napoleônico seja mais um código de bens do que um código da liberdade e da igualdade entre as pessoas.”<sup>47</sup> Dessa maneira, não se pode afirmar que houve uma verdadeira consagração dos direitos da personalidade, no bojo desse Código.

Entendeu-se, a partir de então, que caberia ao direito privado a disciplina da denominada sociedade civil, particularmente dos direitos atinentes à livre contratualidade e efetivação da propriedade. Já a função do direito público se circunscreveria à estruturação do Estado:

Por volta do século XVIII, passa-se a realçar a diferenciação entre a esfera das relações econômicas e a esfera das relações políticas, entre sociedade civil e o Estado. Nesse contexto, a dicotomia público v. privado volta a se apresentar sob a forma de distinção entre a sociedade política (o reino da desigualdade) e a sociedade econômica (o império da igualdade). Cada uma dessas sociedades é caracterizada pela presença de sujeitos diversos: o *citoyen* da sociedade política, que titulariza interesses públicos, e o *bourgeois* da sociedade econômica, que cuida dos seus próprios interesses privados.<sup>48</sup>

Com a elaboração de um ordenamento voltado para a regulação do direito privado, pretendeu-se que o Estado respeitasse os limites impostos pelas liberdades individuais, garantindo o denominado espaço privado. Elaboraram-se, assim,

---

<sup>47</sup>CAPELO DE SOUSA, Rabinadrath V. A. *O Direito Geral de Personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 70.

<sup>48</sup> NETO, Eugênio Facchini. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 18-19.

verdadeiras codificações visando à consagração de “uma liberdade exercida no interior das relações de Direito Civil, entre sujeitos de direitos reputados iguais perante a lei – não se reconhecendo a devida relevância às desigualdades concretas”.<sup>49</sup> Era a visão de autossuficiência e consagração da segurança jurídica, como princípio máximo do modelo liberal burguês.

Nesse período, o direito privado foi compreendido como um sistema de esferas autônomas, do ponto de vista moral, tanto da liberdade quanto da personalidade, pois as normas se aplicariam partindo-se da ideia de uma capacidade jurídica igual de todos os cidadãos.<sup>50</sup> É essa separação do público e do privado, impulsionada pelas variadas codificações que se seguiram ao *Code Civil des Français*, que possibilitou o desenvolvimento em separado das duas doutrinas: a liberdade pública, instituto, de direito público e, posteriormente, os direitos personalísticos, compreendidos no âmbito do direito civil. No entanto deve-se afirmar que tais códigos diluíram a noção de pessoa a uma mera ideia de indivíduo, enquadrado apenas como mais um elemento das relações jurídicas.

Por outro prisma, não há como negar ter sido a formação do Estado Moderno essencial à formulação do instituto das liberdades públicas, a partir desta mesma noção de indivíduo. Historicamente, considera-se o surgimento do *habeas corpus*, em 1215 – essencial na defesa da liberdade de locomoção – como a primeira consagração histórica de uma liberdade pública em espécie e, então, “deste período até o século XVII, houve vários avanços e recuos no processo histórico das liberdades”.<sup>51</sup> Destaca-se, nesse entremeio, a Petição de Direitos de 1688, também na Inglaterra; a Declaração de Virgínia, de 1776 e, finalmente, a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789.

Destaca-se que a expressão *liberdades públicas*, de acordo com José Anselmo Cícero de Sá, foi inicialmente empregada pelo Visconde François René Chateaubriand, ao referir-se, paradoxalmente, às liberdades que deveriam ser consagradas em ocasião do golpe de Estado de 1851, que levou Napoleão III ao poder e reinstaurou a monarquia no país.<sup>52</sup>

---

<sup>49</sup> FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 92

<sup>50</sup> WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. 2.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980. p. 717.

<sup>51</sup> SÁ, José Anselmo Cícero. *Liberdades Públicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. p. 2.

<sup>52</sup> SÁ, José Anselmo Cícero. *Liberdades Públicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. p. 4.

Terminologicamente, o termo até então consagrado para referir-se aos direitos do homem era o clássico “direitos naturais”. Com o advento das grandes declarações, dois termos se tornam os favoritos na doutrina da época: direitos individuais e liberdades públicas. A primeira expressão destacando a concepção política reinante, de enraizado caráter individualista; a segunda, empregada para realçar um direito de defesa perante as investidas do Estado, pois:

o que torna pública uma liberdade, seja qual for o seu objeto, é a intervenção do poder para reconhecê-la e regulamentá-la. Essa intervenção da à liberdade a consagração do direito positivo. As liberdades públicas são poderes de autodeterminação consagrados pelo direito positivo.<sup>53</sup>

Deve-se, nesse contexto, entender que as declarações dos séculos XVIII e XIX se caracterizaram por um visível afrontamento ao poder estatal, considerado o grande inimigo daqueles que pleiteavam uma liberdade plena e irrestrita. Manoel Gonçalves Ferreira Filho traz, em sua obra, a clássica classificação de Duverger, que demonstra os significados de liberdade neste período. O primeiro era denominado “liberdade-limite”, que impediria a ingerência na esfera íntima do indivíduo, como a liberdade pessoal, o direito de propriedade, a liberdade de comércio e a liberdade religiosa. O segundo significado era o de “liberdade-oposição”, que seria um meio de defesa política, exemplificada, por exemplo, pela liberdade de imprensa, de reunião e de manifestação do pensamento.<sup>54</sup>

Essas noções de liberdade podem ser consideradas como o principal produto dos ideais defendidos pela classe burguesa, privilegiando todas as conotações advindas do pensamento iluminista. É nesse período que também surge forte concepção na qual se vislumbra que o respeito à liberdade só seria possível se houvesse, paralelamente, o respeito à lei, de caráter geral e não retroativo. É a noção de legalidade servindo de limite à consagração da liberdade. Consagrava, assim, tanto os direitos civis, em que a própria liberdade se traduziria como base, quanto os direitos políticos, pressupostos da democracia:

---

<sup>53</sup> SÁ, José Anselmo Cícero. *Liberdades Públicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. p. 7.

<sup>54</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1975. p. 82.

Diz-se então que a democracia é o regime da liberdade política, porque a autoridade se funda sobre a vontade daqueles a quem obriga. Mas, para compreender o sentido dessa liberdade política e, conseqüentemente, tornar inteligível a evolução da ideia de democracia, é fundamental observar que, na sua concepção primitiva, a liberdade política não é, em si, um fim. Estabelece-se apenas para garantir a autonomia dos governados. A liberdade fundamental é aquela em que se inscrevem as prerrogativas da natureza humana: disposição de si, escolha dos atos e responsabilidade.<sup>55</sup>

Os direitos surgidos e consagrados nessa época ficaram conhecidos como direitos de primeira geração, que, segundo Paulo Bonavides, seria “a categoria do *status negativus* da classificação de Jellinek e fazem também ressaltar na ordem dos valores políticos a nítida separação entre a Sociedade e o Estado”.<sup>56</sup> Ressalte-se, todavia, que, na historiografia moderna, a ideia de geração de direitos fundamentais não é a mais acurada, pois, na verdade, os novos direitos não substituem os anteriores, numa interpretação estrita do termo. O que ocorre é a notada coexistência entre todos eles. Por isso, vem-se preferindo a utilização da expressão “dimensões do direito”, “no sentido de que uma nova dimensão não abandonaria as conquistas da dimensão anterior e, assim, a expressão se mostraria mais adequada nesse sentido de proibição de evolução reacionária”.<sup>57</sup> Falar-se-á, portanto, em direitos de primeira, segunda e terceira dimensão.

A primeira “dimensão” de direitos sofreu, no entanto, severas críticas que realçavam a ausência do caráter universal por ela pretendida, pois os direitos só haveriam de ser universais em atenção a cidadãos em condições fáticas iguais, ou seja, os direitos não poderiam ser restritos àqueles possuidores de poder econômico. Não por outro motivo, entende-se que o século que se seguiu à Revolução Francesa presenciou poucos avanços sociais, com o conseqüente abarrotamento das cidades e a formação de uma classe de trabalhadores urbanos que vivenciava uma grande sensação de injustiça social. Nesse pensar, posiciona-se Georges Burdeau:

Apercebemo-nos de que, para a imensa massa dos seres humanos, a liberdade concebida como uma qualidade inerente à sua natureza é apenas uma prerrogativa estéril desde o momento em que eles não

---

<sup>55</sup> BURDEAU, Georges. *A democracia - ensaio sintético*. Tradução de Paulo Antônio dos Anjos. 2. ed. São Paulo: Publicações Europa-América, 1969. p. 15.

<sup>56</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 564.

<sup>57</sup> LENZA, Pedro. *Direito Constitucional esquematizado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 860.

estão em condições de fruir efetivamente dela. Que importa que o homem seja livre de pensar, se a expressão de sua opinião o expõe a um ostracismo social, que seja livre de discutir as condições do seu trabalho se a sua situação econômica o obriga a curvar-se à lei do empregador.<sup>58</sup>

A classe dominante da época passou a justificar a não efetividade de tais direitos, consagrados nas declarações do século XVIII, ao combater tanto o modelo americano, que via na constituição uma norma de garantia, quanto o modelo francês, que encarava a constituição como norma diretiva. Passou-se a viver em oposição ao próprio pensamento jusnaturalista e contratualista em que se basearam as declarações oitocentistas:

Os direitos deixam de ser idealizados como valores que antecedem à autoridade do Estado, passando a ser entendidos como resultado de uma concreta aplicação das normas do Estado, pois que resultam de um ato de autolimitação daquele. O Estado passa a ser concebido como a fonte suprema do poder e do direito positivo, o qual se torna pouco permeável a valores e dispensa fundamento moral. O resultado dessa reviravolta dogmática é o abandono da Constituição como instrumento de proteção dos direitos individuais, deslocando-se a atenção para o direito positivo editado pelo Estado.<sup>59</sup>

Surgindo como verdadeira oposição ao movimento de codificação, posicionou-se com veemência a Escola Histórica do Direito, também denominada de Escola Histórica alemã. Tal pensamento assentava suas bases na teoria da plenitude lógica do ordenamento jurídico, entendendo que o direito positivo de cada país se constitui como um todo orgânico historicamente influenciado. Savigny foi um dos seus principais expoentes, defendendo um direito consuetudinário, influenciado pelos antigos institutos do Direito Romano, mas sem negar o seu caráter científico.

No que tange aos direitos da personalidade, como contraponto à doutrina jusnaturalista, defensora de seu caráter inato, pode-se afirmar que a Escola Histórica, todavia, entendeu tais direitos de forma bastante extremada.

---

<sup>58</sup> BURDEAU, Georges. *A democracia* - ensaio sintético. Tradução de Paulo Antônio dos Anjos. 2. ed. São Paulo: Publicações Europa-América, 1969. p. 17-18.

<sup>59</sup> PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de Direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In: BARROSO, Luis Roberto (Org.). *A nova interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 128-129.

Em relação à categoria direito de personalidade, a Escola Histórica do Direito concebia o direito geral de personalidade como um direito que alguém possui sobre sua própria pessoa, na evolução do antigo *ius in se ipsum*, sustentando que o direito geral de personalidade deveria ser entendido como um direito que alguém possui sobre si mesmo e que teria por objeto a própria pessoa. De acordo com essa concepção, todo e qualquer indivíduo estaria autorizado a dispor de si mesmo livremente, podendo, inclusive, lançar mão do suicídio. Diante dessa visão pessimista e distorcida dos atributos da personalidade, a mencionada escola negava a existência de um direito geral de personalidade destinado a tutelar a personalidade do ser humano.<sup>60</sup>

A noção do *ius in se ipsum* entendia o homem tanto como sujeito quanto como objeto do direito, o que não possibilitava enxergar

um poder jurídico que, a despeito da natureza do objeto, sobre o qual recai, conta com similares meios e recursos inerentes aos demais direitos subjetivos, quer dizer, com a possibilidade de se exigir sanção mediante atuação.<sup>61</sup>

Contrário também ao direito personalístico, de raiz jusnaturalista, posicionou-se a Escola do Positivismo Jurídico, cujos partidários afirmavam que os direitos da personalidade só existiriam se positivados pelo Estado e se possível sua exata determinação, restringindo, assim, a existência aos direitos em espécie, como o direito à honra e ao nome. O positivismo combateu veementemente o exacerbo na utilização dos denominados juízos de valor de caráter metafísico e também negou, dessa maneira, a existência de um direito geral de personalidade.

Principal pensador dessa corrente doutrinária, Hans Kelsen desenvolveu uma concepção de pessoa desprovida de essência, ou mesmo de realidade anterior ao Direito. A pessoa seria uma criação do Direito, tendo como principal função ser suporte para a ocorrência de relações jurídicas:

A chamada pessoa física não é, portanto, um indivíduo, mas a unidade personificada das normas jurídicas que obrigam e conferem poderes a um e mesmo indivíduo. Não é uma realidade natural, mas uma

---

<sup>60</sup> SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de Personalidade e sua tutela*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 42.

<sup>61</sup> JABUR, Gilberto Haddad. *Liberdade de pensamento e direito à vida privada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 83.

construção jurídica criada pela ciência do Direito, um conceito auxiliar da descrição de fatos juridicamente relevantes.<sup>62</sup>

Na mesma concepção de ideias, a noção kelsiana de liberdade se transmudou da noção de liberdade em relação à norma para liberdade sob a ordem normativa, ou seja de acordo com os desígnios da lei:

Nesta sua forma originária, a ideia da liberdade é um princípio associal, antissocial mesmo. Como princípio moral, ou seja, afinal como princípio social e particularmente como princípio de justiça, a ideia de liberdade tem de sofrer transformação. A liberdade (= libertação) da ordem normativa tem de tornar-se em liberdade sob a ordem normativa, a liberdade individual tem de transformar-se em liberdade social.<sup>63</sup>

Esse ideário positivista se fez presente no mais significativo documento jurídico da época, o Código Civil Alemão, o BGB, que não consagrou a teoria do direito geral de personalidade, apesar de boa parte da doutrina da época já considerá-la a teoria mais adequada. No pensamento de Otto Von Gierke e de Joseph Kojler, o antigo *ius in se ipsum* se moldava em nova roupagem através da existência do direito geral, como categoria autônoma. O BGB, no entanto, apenas trouxe alguns direitos personalísticos em espécie, como o direito ao nome.

É somente na Constituição de Weimar, de 1919, que tem início a tutela de outros direitos da personalidade, por se entender que caberia também à constituição de um estado tratar de institutos até então adstritos à esfera privada. Formula-se, portanto, uma nova noção de direito subjetivo público, na doutrina germânica da época, em verdadeira transposição das noções do direito privado, ditadas no BGB. A Constituição de Weimar, “traz ínsita a ideia de limitação do poder estatal, guardando conformidade com os postulados do Estado de Direito”.<sup>64</sup> É a clássica noção do direito subjetivo, do direito privado, em conformidade com a nova concepção de Estado. Como se vislumbra da leitura do artigo:

---

<sup>62</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 5. ed. São Paulo: Martin Fontes, 1996. p. 194.

<sup>63</sup> KELSEN, Hans. *A Justiça e o Direito Natural*. Tradução de João Baptista Machado. 2. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1979. p. 62.

<sup>64</sup> PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de Direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In: BARROSO, Luis Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional* - ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 130.

Art.151: A organização da vida econômica deve estar de acordo com os princípios da justiça e tem por objetivo garantir a todos as condições de existência digna dos seres humanos. Dentro destes limites, ao indivíduo deve ser assegurado o gozo de uma liberdade econômica.

Paralelamente, é neste período do pós Primeira-Guerra que se deu, por toda a Europa, o fortalecimento da doutrina marxista, defensora de um materialismo histórico, no qual os direitos do homem passam a ser compreendidos como produtos de um complexo econômico estabelecido pelas classes dominantes. Outro grande acontecimento que demonstrou a impossibilidade da manutenção do sistema liberal clássico foi o *crash* da Bolsa de Valores de Nova Iorque, em 1929, quando se percebeu que o Estado não só deveria proclamar em seus documentos normativos determinados direitos e, como fundo, determinadas liberdades, mas também intervir na economia para que esses direitos pudessem ser garantidos a todos. O Estado passa então a ser encarado como propulsor de um modelo econômico bem mais regulador, no qual o clássico conceito liberal do *laissez faire, laissez aller, laissez passer* é gradativamente substituído pela visão keynesiana de um Estado forte, regulador e garantidor de direitos sociais e econômicos. Passou-se, então, pela necessidade de se afirmarem os denominados direitos de crédito, como o direito ao trabalho e à educação.

A grave crise econômica do início do século XX, dentre outros fatores, propulsionou também o surgimento do nacional socialismo na Alemanha e do fascismo na Itália de Mussolini. O descontentamento com o sistema liberal até então presente, comungou-se com a descrença também em seus valores, passando-se a viver num período de enorme fragilização das liberdades públicas. As liberdades que protegiam o cidadão em face do Estado não eram mais tidas como essenciais. A felicidade só seria encontrada num estado forte, em que o indivíduo seria apenas mais um integrante da massa, sem a necessidade de proteção de suas individualidades. Uma das consequências do desenvolver desse pensamento foi a eclosão de nova guerra mundial.

Posteriormente à Segunda Guerra, novas constituições foram adotadas, principalmente pelos países nela envolvidos, tanto vencedores, como a França, quanto vencidos, como a Alemanha, que substituiu sua anterior Constituição, marcadamente totalitária, por uma democrática. Destaca-se, também, o surgimento de constituições em diversos países recém-descolonizados, como ocorreu com a Índia, em 1950.

Particularmente, a Lei Fundamental alemã consagrou tanto a necessidade da defesa da dignidade humana quanto a real existência de um direito ao livre desenvolvimento da personalidade, marcando o ressurgimento do direito geral e resultando “na construção de um sistema dual em que, para além de alguns direitos especiais de personalidade tipificados na lei, existe também um direito geral da personalidade”.<sup>65</sup>

É nesse período que há uma percepção geral da necessidade de uma real tutela global dos direitos humanos, pois os acontecimentos anteriores haviam demonstrado a facilidade da violação de tais direitos quando contrapostos a um forte aparato em âmbito nacional. Dessa forma, consagraram-se tais direitos mediante, dentre outros instrumentos, a formulação do novo instituto dos direitos da personalidade, o que resultou em dois fenômenos: o alargamento dos direitos especiais e a redefinição do significado do direito geral. Com esse novo parâmetro, deu-se uma sistemática releitura do Código Civil, por meio de novos princípios emanados por um Estado Democrático de Direito.

Paralelamente, o instituto das liberdades públicas sofreu também uma reinterpretação, em 1947, pelo Conselho de Estado Francês, que, visando traçar um limite para seu conteúdo, estabeleceu uma lista de quais seriam essas liberdades.<sup>66</sup> O termo “liberdade pública”, para o Conselho, compreenderia as grandes liberdades, particularmente as individuais, mesmo que a expressão “individuais” não excluísse as liberdades atinentes à coletividade, quando importantes no desenvolver da pessoa. Fariam parte desse rol: a liberdade de se agrupar, a liberdade de associação, a liberdade sindical, a liberdade de imprensa, a liberdade de consciência, a liberdade de culto e a liberdade de ensino.

Em parâmetro global, surgiram novos tratados internacionais, com o objetivo de proteger os direitos do homem. O principal deles foi a Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada no âmbito da recém-criada Organização das Nações Unidas. A Declaração, adotada em 10 de dezembro de 1948, representou uma compilação entre as diferentes concepções e técnicas de proteção dos direitos humanos existentes em diversas constituições a ela contemporâneas, em uma visão conciliatória entre a tradição liberal e o socialismo marxista. A Declaração, apesar de não vincular juridicamente os Estados, significou um “ideal comum a ser atingido por todos os

---

<sup>65</sup> VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Direito de Personalidade*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 62.

<sup>66</sup> ISRAEL, Jean-Jacques. *Direito das Liberdades Fundamentais*. Tradução de Carlos Souza. Barueri: Manole, 2005. p. 20.

povos”.<sup>67</sup> Quanto a seu conteúdo, ela consagrou tanto as liberdades públicas quanto os incipientes direitos personalísticos, como se aduz da leitura dos artigos:

Artigo 18:

Todo o homem tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; este direito inclui a liberdade de mudar de religião ou crença e a liberdade de manifestar essa religião ou crença, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pela observância, isolada ou coletivamente, em público ou em particular.

Artigo 19:

Todo o homem tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferências, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios, independentemente de fronteiras.

Artigo 20:

I) Todo o homem tem direito à liberdade de reunião e associação pacíficas.

II) Ninguém pode ser obrigado a fazer parte de uma associação.

A Declaração, de 1948, não apenas proclamou as liberdades e os direitos civis da pessoa, como também tratou dos denominados direitos de segunda dimensão, de caráter econômico e social. A Declaração assim demonstrou preocupação com os novos direitos globais, principalmente aqueles ligados às relações comuns na comunidade internacional. Outros documentos internacionais desse período que também merecem destaque são: a Convenção Europeia de Salvaguarda dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, de 1950; o Pacto Internacional sobre Direitos Humanos e Civis, de 1966 e a Conferência Internacional dos Direitos do Homem, de Teerã, de 1968.

Quanto à Convenção Europeia de Salvaguarda dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, ela se preocupou além de consagrar as liberdades fundamentais de ditar formas de tutela efetiva. A Convenção, ao mesmo tempo, que deixa bem claras determinadas liberdades, como a liberdade de pensamento e de expressão, coloca os mecanismos efetivos para garanti-las:

Artigo 10º:

1- Qualquer pessoa tem direito à liberdade de expressão. Este direito compreende a liberdade de opinião e a liberdade de receber ou de transmitir informações ou ideias sem que possa haver ingerência de quaisquer autoridades públicas e sem considerações de fronteiras. O

---

<sup>67</sup> Preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

presente artigo não impede que os estados submetam as empresas de radiodifusão, de cinematografia ou de televisão a um regime de autorização prévia.

2- O exercício destas liberdades, porquanto implica deveres e responsabilidades, pode ser submetido a certas formalidades, condições, restrições ou sanções, previstas pela lei, que constituam providências necessárias, numa sociedade democrática, para a segurança nacional, a integridade territorial ou a segurança pública, a defesa da ordem e a prevenção do crime, a proteção da saúde ou da moral, a proteção de honra ou dos direitos de outrem, para impedir a divulgação de informações confidenciais, ou para garantir a autoridade e a imparcialidade do Poder Judicial.

Artigo 11.º

1- Qualquer pessoa tem direito à liberdade de reunião pacífica e à liberdade de associação, incluindo o direito de, com outrem, fundar e filiar-se em sindicatos para a defesa dos seus interesses.

2- O exercício deste direito só pode ser objeto de restrições que, sendo previstas na lei, constituírem disposições necessárias, numa sociedade democrática, para a segurança nacional, a segurança pública, a defesa da ordem e a prevenção do crime, a proteção da saúde ou da moral, ou a proteção dos direitos e das liberdades de terceiros. O presente artigo não proíbe que sejam impostas restrições legítimas ao exercício destes direitos aos membros das forças armadas, da polícia ou da administração do Estado.

Interessante perceber que, se inicialmente as primeiras declarações de direito eram de carácter geral, como a Declaração de 1789, que tratava o homem quase que como uma entidade abstrata, as cartas do pós-guerra passaram a refletir uma mudança conceitual que definiu concretamente o sujeito de sua tutela, usando, assim, categoricamente, o termo “pessoa”:

Decerto há nisso mais do que uma mera mudança de vocabulário: uma referência, pelo menos implícita, à filosofia personalista, que se recusa a conceber as relações do homem com a sociedade com base num antagonismo radical como fazia o individualismo de 1789.<sup>68</sup>

Houve também uma mudança no que tange ao reconhecimento dos direitos a determinados grupos específicos. A noção do liberalismo, que se preocupava apenas em estabelecer regras que tutelavam o indivíduo perante o Estado, numa simplista noção dicotômica, modificou-se com a formação de diversos agrupamentos questionadores dessa dualidade, compostos por categorias socioeconomicamente representativas, como

---

<sup>68</sup> RIVERO, Jean; MOUTOUH, Hugues. *Liberdades públicas*. Tradução de Maria Emantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 104.

sindicatos e associações, assim como por grupos formados por específicas minorias, fossem elas sociais ou mesmo étnicas. Esse reconhecimento do grupo “provém de um aprofundamento da noção de pessoa, que leva a ver, no grupo, um elemento necessário ao desenvolvimento do homem, em vez de um aumento do valor da coletividade com relação ao indivíduo”.<sup>69</sup>

Concomitantemente, o Estado voltou a ser questionado no que tange ao limite de seu poder e na justificação de suas atitudes, antes aceitas como corretas, pois justificadas por ser em prol de um indeterminado “bem comum”. O homem, agora entendido como pessoa, é novamente colocado em patamar superior, o que leva a uma proliferação de tratados internacionais coibidores de práticas não mais aceitáveis, como o racismo e a tortura.

No âmbito do direito privado, também se desenvolveram, com seus princípios e tecnicismos próprios, teorias justificadoras desses novos direitos da personalidade. Desde o primeiro código civil da época, o *Codice Civile Italiano* de 1942, percebeu-se uma preocupação em consagrar, por meio da técnica do *numerus clausus*, determinados direitos personalísticos em espécie.<sup>70</sup> Por sua vez, os civilistas franceses que não foram inicialmente adeptos da teoria dos direitos da personalidade, foram reconhecê-los somente com a Constituição de 1958, daquele país, a qual, em seu preâmbulo, aderiu aos antigos princípios consagrados na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão formulados séculos antes naquele mesmo país. Já em Portugal, o Código de Seabra, de 1966, foi mais abrangente, ditando uma verdadeira cláusula geral dos direitos da personalidade.

Percebe-se, assim, que, da dicotômica visão adotada, a partir da era das codificações, o direito privado e o direito público seguiram por diferentes trilhos, desenvolvendo, em cada uma de suas esferas, os elementos basilares de dois de seus mais importantes institutos: as liberdades públicas e os direitos da personalidade. Mas, a nova visão ancorada numa ideia de direitos humanos permitiu a reinterpretação dos institutos no próprio caminhar evolutivo da história.

---

<sup>69</sup> RIVERO, Jean; MOUTOUH, Hugues. *Liberdades públicas*. Tradução de Maria Emantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 108.

<sup>70</sup> PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil - introdução ao Direito Civil Constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 154.

## Capítulo 2 - O INSTITUTO DAS LIBERDADES PÚBLICAS

### 2.1 A construção jurídica do significado de liberdade pública

Para a melhor compreensão acerca do fundamento que permite a defesa das liberdades, faz-se necessário distinguir seus variados tipos de tutela, interpretando-as quanto ao conteúdo e ao modo de proteção.

Inicialmente, clássicos doutrinadores, como Montesquieu, preocupavam-se em delimitar o significado do que entendiam por liberdade, diferenciando-a de outros conceitos similares. Neste trecho de sua obra, o filósofo francês diferencia liberdade e independência:

É verdade que nas democracias o povo parece fazer o que quer; mas a liberdade política não consiste nisso. Num Estado, isto é, numa sociedade em que há leis, a liberdade não pode consistir senão em poder fazer o que se deve querer e em não ser constrangido a fazer o que não se deve desejar. Deve-se ter sempre em mente o que é independência e o que é liberdade. A liberdade é o direito de fazer tudo o que as leis permitem; se um cidadão pudesse fazer tudo o que elas proibem, não teria mais liberdade, porque os outros também teriam tal poder.<sup>71</sup>

Outra preocupação, nesse período, foi estabelecer as diferenças entre liberdade, entendida em seu caráter interno, e aquela denominada “liberdade externa”. A primeira seria analisada em uma concepção subjetiva, ou seja, significando uma verdadeira liberdade do querer, diferentemente da liberdade externa, que seria a liberdade de poder determinar-se em razão deste querer interno. Sendo assim, a liberdade externa pode ser definida como uma liberdade objetiva que “[...] consiste na expressão externa do querer individual e implica o afastamento de obstáculo ou de coações, de modo que o homem possa agir livremente”.<sup>72</sup>

No entanto, no que tange à noção de liberdade, nenhuma outra classificação se fez mais presente do que a que diferenciou liberdade em suas dimensões positiva e negativa. Essa classificação delimitou, por muito tempo, a própria abrangência

---

<sup>71</sup> MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. *Do espírito das leis*. Tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. São Paulo: Abril Cultural, 1979. p. 147-148.

<sup>72</sup> SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 231/232

conceitual do instituto das liberdades públicas, traçando quase que um limite intransponível ao instituto.

A maioria da doutrina procurou trabalhar nessa visão dicotômica, incluindo jusfilósofos como Norberto Bobbio. O autor define a liberdade negativa como ausência de impedimento, ou como ausência de constrição. Em sua obra, Bobbio afirma que a liberdade negativa seria a situação em que o sujeito teria a possibilidade de orientar sua vontade até um objetivo e, dessa maneira, tomar decisões sem se ver determinado pela vontade do outro.<sup>73</sup> Já a noção de liberdade positiva estaria umbilicalmente ligada à noção de autodeterminação. Bobbio esclarece, assim, que “a liberdade negativa é uma qualificação da ação; a liberdade positiva é uma qualificação da vontade”.<sup>74</sup> São, dessa forma, liberdades não excludentes, tratadas em planos diferentes, o agir e o querer, no qual a noção de liberdade individual se ligaria ao estado em que o ser humano não se sujeitaria mais a quaisquer vontades arbitrárias.

De acordo com a noção de Bobbio, a liberdade pública, como consagração do dever de abstenção do Estado, é facilmente perceptível na doutrina de Georg Jellinek. O autor afirma que, para tutelar a liberdade do indivíduo perante o Estado existiriam quatro *status*: o *status subieccionis*, o *status negativus*, o *status activus* e o *status positivus*. A liberdade pública seria o exemplar deste *status negativus*, que impediria interferências advindas da atuação estatal. Por sua vez, o *status positivus* permitiria ao indivíduo reclamar, perante esse mesmo Estado, uma prestação referente a serviços e bens essenciais. A teoria de Jellinek, assim, compreendeu a liberdade a partir de uma noção exclusivamente subjetivista, na essência do Estado em que se inseria.<sup>75</sup> Canotilho interpreta tal estudo de Jellinek, assentando a relação entre a noção de liberdade e o que compreende por direito:

As liberdades estariam ligadas ao *status negativus* e, através delas, visa-se defender a esfera dos cidadãos perante a intervenção do Estado. Daí o nome direitos de liberdade, liberdades, autonomia e direitos negativos. Por sua vez, os direitos estariam ligados ao *status activus* ou ao *status positivus*. Os direitos ligados ao *status activus* salientam a participação do cidadão como elemento ativo da vida política (direito de voto, direito aos cargos públicos). Aqui radicam expressões como direitos políticos, direitos do cidadão, liberdades de

---

<sup>73</sup> BOBBIO, Norberto. *Igualdade e Liberdade*. 5. ed. Rio de Janeiro: Ediuoro, 2002. p. 49.

<sup>74</sup> BOBBIO, Norberto. *Igualdade e Liberdade*. 5. ed. Rio de Janeiro: Ediuoro, 2002. ps. 52-53.

<sup>75</sup> SARMENTO, Daniel. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 259.

participação. Direitos são ainda as posições jurídicas do cidadão conexas com o *status positivus*: trata-se dos direitos dos cidadãos às prestações necessárias ao desenvolvimento pleno da existência individual.<sup>76</sup>

Sendo assim, para a correta delimitação do tema proposto, é necessário circunscrever o estudo à liberdade em seu caráter jurídico, como já aduzia Dworkin:

Usamos liberdade em seu sentido simples apenas para indicar a ausência de restrição. Pode-se dizer, recorrendo-se a esse sentido, que a liberdade é reduzida por leis que proibam o homicídio e o roubo sem insinuar oposição a essas leis. Utilizamos liberdade em seu sentido normativo, por outro lado, para definir as maneiras como acreditamos que as pessoas deveriam ser livres.<sup>77</sup>

Nesse âmbito jurídico, é correto afirmar que a liberdade pode ser entendida por meio de uma relação com a própria norma, que lhe daria real efetividade, como afirma Georges Burdeau, ao analisar as aparentes antinomias entre a noção de liberdade individual e a necessária submissão às regras jurídicas. O autor compreende que não haveria liberdade caso o “Poder” impusesse ao cidadão um dever sem o seu consentimento, pois ao cidadão caberia a utilização da liberdade na própria criação normativa.<sup>78</sup>

Nesse sentido, destaca-se também o pensamento de Robert Alexy. O autor busca, em sua obra, definir o conceito de liberdade jurídica, partindo do pressuposto de que a liberdade em sentido negativo existiria quando houvesse para a pessoa mera alternativa de ação, diferentemente da liberdade em sentido positivo, na qual o objeto se restringiria a uma única ação. Aprofundando essa diferenciação, Alexy subdivide aquela primeira liberdade em duas subespécies: liberdade negativa em sentido amplo e liberdade negativa em sentido estrito.<sup>79</sup> Esta última seria, para o autor, a clássica noção de liberdades públicas, ou seja, alternativas de ação perante obstacularizações causadas pelo Estado:

---

<sup>76</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Lisboa: Coimbra, 1999. p. 395-396.

<sup>77</sup> DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana - a teoria e a prática da igualdade*. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 165.

<sup>78</sup> BURDEAU, Georges. *Les libertés publiques*. 4. ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1972. p. 10.

<sup>79</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5. ed. alemã. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 222-226.

Quando se fala em direitos fundamentais como “direitos de defesa” quer-se, em geral, fazer referência aos direitos, contra o Estado, a ações negativas que protegem liberdades fundamentais. Esses direitos são ligados à competência para questionar judicialmente sua violação. Quando se juntam essas três posições — uma liberdade jurídica, um direito contra o Estado a um não embaraço e uma competência para questionar judicialmente a violação desse direito —, é possível falar em um direito negativo de liberdade em face do Estado que seja totalmente desenvolvido.<sup>80</sup>

Deve-se ter em vista que a construção histórica do significado das liberdades públicas se deu durante os turbilhões da Revolução Francesa, sendo consagrada como real direito de defesa perante a onipotência estatal. O instituto foi, portanto, permeado pelos valores liberais, que visaram, precipuamente, se contrapor às facetas autoritárias do Estado absolutista. De acordo com a doutrina, uma constituição garantiria as liberdades públicas como forma de contrabalancear os próprios ditames autoritários impostos por ela mesma. Nesse sentido, Rivero e Moutouh afirmam:

As liberdades públicas são direitos do homem que reconhecem a este, nos diversos campos da vida social, o poder de escolher sozinho seu comportamento, poder organizado pelo direito positivo, que lhe confere uma proteção reforçada e o eleva ao nível constitucional em direito interno, ao nível supralegislativo em direito europeu.<sup>81</sup>

Outra conclusão possível é o entendimento de que as liberdades públicas teriam seus limites estabelecidos pelos ditames legais. Dessa forma, só a lei poderia estabelecer o direito de coação, característico de uma liberdade negativa, pois “a lei restringe a liberdade para garantir a liberdade (isso tanto no sentido da existência normativa da liberdade, quanto no sentido de seu exercício).<sup>82</sup> As liberdades públicas foram formuladas, portanto, como típicos direitos de primeira dimensão, constituindo liberdades negativas frente ao Estado, ou seja, espaços onde não poderia haver intervenção. Liberdade pública, nesse conceito clássico, seria, em suma, o poder que tem todo indivíduo de exercer e desenvolver atividade física, intelectual e moral, sem

---

<sup>80</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva, da 5. ed. alemã. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 234.

<sup>81</sup> RIVERO, Jean; MOUTOUH, Hugues. *Liberdades públicas*. Tradução de Maria Emantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 19-20.

<sup>82</sup> ALMEIDA, Fernando Dias Menezes. *Liberdade de reunião*. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 29.

que o Estado possa fazer restrições, a não ser aquelas necessárias para salvaguardar a liberdade de todos.<sup>83</sup>

Interessante perceber que, adotando essa definição, há a consagração do entendimento de que elas corresponderiam a direitos subjetivos públicos, relacionados precipuamente à noção de autonomia:

Faculdades e pretensões subjetivas públicas de autodeterminação, individuais ou coletivas, declaradas expressamente pelo direito positivo, reconhecidas e garantidas pelo Estado, mediante as quais os respectivos titulares optam por modos de agir dentro de limites previamente delimitados pelo poder legislativo.<sup>84</sup>

Dessa forma, justifica-se a preferência por desenvolver o estudo a partir da utilização do termo “liberdades públicas” e não “liberdades fundamentais”. A liberdade fundamental é uma expressão mais relacionada àquelas liberdades constantes do rol dos direitos fundamentais de cada constituição nacional – de caráter nitidamente mutável. Liberdades públicas, de outra forma, é um conceito mais abrangente, correspondendo num primeiro significado a um direito subjetivo público. Destaca-se também que o termo “pública”, na análise correta, se liga à visão de que tais liberdades teriam um grau tão extremado de essencialidade que necessitariam de uma tutela especial por cada um dos poderes públicos. Poder-se-ia, assim, afirmar que as liberdades fundamentais, consagradas no texto constitucional pátrio, são estudadas também pelo instituto das liberdades públicas, que abarcaria adicionalmente as liberdades constantes de documentos supranacionais.

Dessa forma, torna-se frágil a classificação que subdivide as liberdades em públicas e privadas, pois, como analisam Rivero e Moutouh:

Às vezes foi procurada uma distinção entre as liberdades públicas, definidas como referentes apenas às relações dos cidadãos com os órgãos do Estado, e as liberdades privadas, que só concerniriam às relações entre particulares: como a liberdade de casamento, a liberdade sindical com relação ao empregado privado, a liberdade contratual. A distinção não é aceitável. Não existem liberdades privadas. A obrigação imposta ao particular de respeitar sua liberdade recíproca supõe necessariamente a intervenção do Estado, que a impõe por sua legislação e a sanciona por suas jurisdições. Todas as liberdades, interessem elas diretamente às relações dos particulares entre si, ou com o poder, são liberdades públicas na medida em que só

<sup>83</sup> ROBERT, Jacques. *Libertés Publiques*. Paris: Éditions Montchrestien, 1971. p. 23.

<sup>84</sup> CRETELLA JÚNIOR, José. *Liberdades públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 43-44.

entram no direito positivo quando o Estado lhes consagrou o princípio, regulamentou o exercício e assegurou o respeito.<sup>85</sup>

Uma vez interpretado esse conceito inicial de liberdades públicas, torna-se possível compreender como tal instituto se desenvolveu historicamente a partir de então. Permitir-se-á analisar a própria relação que se estabeleceu entre as liberdades públicas e os demais institutos que a ela se seguiram. Se torna inegável constatar que a evolução natural do instituto acabou por colidir com o surgimento de novos direitos, particularmente aqueles já antevistos no próprio ideário revolucionário francês, ou seja, os que tinham a igualdade e a solidariedade como fins.

## **2.2 A crise das liberdades públicas clássicas: a necessidade de uma reinterpretação**

Um dos problemas que se percebem no estudo das liberdades públicas é que, apesar de todo um panorama jurídico que possibilitou defender os denominados “novos direitos”, por exemplo, os metaindividuais, os direitos de defesa continuaram a ser desrespeitados. Nesse novo panorama, o enfoque jurídico passou a estar muito mais voltado à problemática econômica e social do que à garantia daqueles direitos clássicos. Assim, o estudo das liberdades públicas sofreu certo enfraquecimento, em decorrência da enganosa noção de insuficiência da disciplina para conviver com as novas relações sociais e os novos direitos dela decorrentes.

O estudo das liberdades públicas teve seu auge já há algum tempo, quando se chegou a desenvolver a ideia de uma autonomia dogmática. Seria uma disciplina voltada para o estudo “das normas jurídicas que se referem à garantia e à regulamentação da atividade do homem, em sociedade, com referência àquelas liberdades, normas essas já estudadas por outros ramos do direito”.<sup>86</sup> Manoel Gonçalves Ferreira Filho foi um grande defensor da autonomia da disciplina dentro do direito pátrio.

Deve-se se ater ao fato de que o estudo das liberdades públicas é eminentemente multidisciplinar. Do Direito Constitucional a disciplina está umbilicalmente ligada à teoria dos direitos fundamentais. No Direito Administrativo há o necessário estudo das limitações advindas do Poder de Polícia. Do Direito Penal advém a *ultimo ratio*, pois,

---

<sup>85</sup> RIVERO, Jean; MOUTOUH, Hugues. *Liberdades públicas*. Tradução de Maria Emantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 10.

<sup>86</sup> CRETILLA JÚNIOR, José. *Liberdades públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p.16.

no caso de violações a determinadas liberdades, há a sua proteção nas respectivas normas penais. E, por fim, com o Direito Privado existe uma relação basilar: a noção de autonomia, interpretada como atributo fundamental da pessoa. Esse caráter multidisciplinar permitiu até que alguns autores defendessem a mudança da expressão “liberdades públicas”, por vislumbrarem que ela etimologicamente aludiria mais a um dever de abstenção do Estado do que à noção multidimensional do instituto.<sup>87</sup>

Para realçar o caráter multidisciplinar da disciplina e evitar a denominada “crise das liberdades públicas”, o doutrinador francês Claude-Albert Colliard justificou a necessidade de também reformular o próprio do instituto. O autor, inicialmente, desenvolveu um histórico dos fatores que levaram a essa crise, citando, precipuamente, o surgimento dos direitos econômicos e sociais asfixiadores dos valores liberais clássicos que tinham a liberdade como princípio fundante.<sup>88</sup> Nesse mesmo pensar, José Anselmo Cícero de Sá, abordando a questão trazida pela doutrina francesa, cita a tese de doutoramento de Roger Errera, intitulada *Les libertés à l'abandon*, na qual o autor entende que, na sociedade contemporânea, haveria uma constante e ininterrupta ameaça às liberdades decorrentes do que denominou de “efeitos de uma civilização técnica”, que enfraqueceria os valores tutelados pelas liberdades públicas.<sup>89</sup>

Esse entendimento foi também comungado por Cretella Júnior, para quem as liberdades individuais enfraqueceram em decorrência de três fatores: 1- o aparecimento do denominado “fenômeno de massa”; 2- a preocupação maior com as denominadas “causas econômicas” e 3- a existência de grupos de pressão. Na lógica do autor, a existência dos fenômenos de massa acabou por sufocar as minorias, o que possibilitou, dentre outros acontecimentos, o surgimento de grupos extremistas pouco afeitos à defesa da liberdade. No que tange às causas econômicas, ocorreu o surgimento de grandes grupos privados que, detendo um forte poder econômico, puderam concentrar o poder de informação por meio de um aparelhamento, por exemplo, dos setores de imprensa. Nesse contexto, fortaleceram-se os denominados grupos de pressão, agindo como verdadeiros lobistas e servindo exclusivamente a interesses privados.<sup>90</sup>

---

<sup>87</sup> ROBERT, Jacques. *Droits de l'homme et libertés fondamentales*. 6e. éd. Paris: Montchrestien, 1996. p. 8.

<sup>88</sup> COLLIARD, Claud Albert. *Libertés publiques*. 5e. éd. Paris: Dalloz, 1975. p. 5-9.

<sup>89</sup> SÁ, José Anselmo Cícero. *Liberdades Públicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. p. 30.

<sup>90</sup> CRETILLA JÚNIOR, José. *Liberdades públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 17-18.

Se, por outro lado, a proliferação dos novos direitos, com a busca cada vez maior pelas chamadas “prestações estatais”, permitiu a proteção do homem em novas esferas tuteláveis, por outro lado,

a proliferação dos direitos de crédito, ao prometer uma segurança recebida do alto, em todos campos da existência, traria o risco de suprimir a possibilidade, e até mesmo a vontade, das escolhas pessoais e dos atos livres. Essa é a lição de Hobbes: os homens, para viverem em segurança, aceitam a dominação de Leviatã. Os direitos humanos da primeira geração – as liberdades fundamentais – ficariam ameaçados de asfixia pela hipertrofia dos direitos de crédito.<sup>91</sup>

Os defensores da superação da clássica noção de liberdade pública sustentaram que a bandeira da liberdade sempre servira à defesa dos privilégios das classes dominantes. O surgimento dos novos direitos foi decorrência também dessa crítica, acentuada no entendimento do caráter apenas formal das liberdades públicas clássicas, pois, se haveria liberdade para todos, não existiria, de outro modo, meios para que se pudesse exercê-las. A liberdade de comércio, por exemplo, não teria concretude, se não houvesse meios que permitissem às pessoas montarem um negócio e serem competitivas na esfera comercial. Trata-se da eminente necessidade de garantir a proteção aos economicamente mais fracos, por intermédio e tutela do Estado.

O paradoxo da questão é que, paralelamente a essas críticas acerca da utilidade das liberdades públicas, houve, opostamente, uma enorme preocupação com sua fragilização em decorrência dos fatos ocorridos durante a Segunda Guerra Mundial. Percebeu-se que, ao mesmo tempo em que se defendia na doutrina que as clássicas liberdades públicas seriam a defesa de um ultrapassado modelo liberal, questionava-se onde estariam elas quando da ocorrência dos atrozes acontecimentos cerceadores dos mais basilares direitos humanos. Destaca-se que, em nenhum outro período moderno, colocaram-se mais em risco as liberdades públicas do que quando da atuação dos governos totalitários. No nazismo e no fascismo não se negavam apenas as liberdades perante o Estado; negava-se o próprio valor de homem compreendido em seu individualismo.

Foi a partir desse prisma que se julgou necessário reinterpretar o instituto protetivo das liberdades públicas. Entendeu-se a necessidade de comungar os valores

---

<sup>91</sup> RIVERO, Jean; MOUTOUH, Hugues. *Liberdades públicas*. Tradução de Maria Emantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 131-132.

liberais clássicos com o novo panorama de defesa dos direitos humanos, pois, como já antevia Norberto Bobbio:

Num rápido panorama de conjunto dos problemas da liberdade na sociedade contemporânea, parece-me possível identificar dois temas principais: por um lado, a emergência de demandas de liberdades completamente novas; por outro, novas formas de defesa das velhas liberdades.<sup>92</sup>

Os novos estados democráticos, ancorados no respeito aos direitos humanos, perceberam a necessidade de novamente garantir aquelas liberdades basilares, fundamento precípua de todos os estados. Sendo assim, o instituto das liberdades públicas pôde ser reinterpretado tendo como parâmetro este novo constitucionalismo, muito mais valorativo e que entendeu a liberdade como um de seus principais valores.

### **2.3 A liberdade compreendida no âmbito do neoconstitucionalismo**

Para interpretar as liberdades públicas no âmbito desse novo constitucionalismo, é necessário antes compreender como surgiu a primeira noção de constitucionalismo moderno. Pode-se afirmar que tal entendimento adveio do surgimento das constituições americana e francesa do final do século XVIII. A Constituição dos Estados Unidos, de 1787, introduziu a noção de supremacia da constituição e garantismo judicial, no qual caberia ao judiciário garantir as regras do jogo uma vez estabelecidas primeiramente na própria Constituição. Por sua vez, a constituição francesa adotou um forte conteúdo normativo, criando projetos políticos a serem desenvolvidos pelo Estado. Dessa forma, é possível afirmar que:

o constitucionalismo despontou no mundo como um movimento político e filosófico inspirado por ideias libertárias que reivindicou, desde seus primeiros passos, um modelo de organização política lastreada no respeito dos direitos dos governados e na limitação do poder dos governantes.<sup>93</sup>

O constitucionalismo se definiu pela necessidade da organização do Estado e, paralelamente, pela limitação de seu poder por meio das declarações de direitos. Se no

---

<sup>92</sup> BOBBIO, Norberto. *Igualdade e Liberdade*. 5. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002. p. 92.

<sup>93</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: Juspodivm, 2010. p. 33.

constitucionalismo antigo não se necessitava de uma constituição escrita, no constitucionalismo moderno essa necessidade se fez presente. A Constituição passou a ser interpretada como norma fundamental de organização da vida em sociedade, sustentada no princípio da legalidade e da essencial separação dos poderes, como defendida desde a doutrina de Montesquieu. Sob esse prisma, as denominadas constituições modernas tiveram três características precípua:

(1) uma norma jurídica fundamental plasmada num documento escrito; (2) uma declaração, nesta carta escrita, de um conjunto de direitos fundamentais e do respectivo modo de garantia e, finalmente, (3) um instrumento de organização e disciplina do poder político, segundo esquemas tendentes a torná-lo um poder limitado e moderado.<sup>94</sup>

A lógica do constitucionalismo moderno se fez presente por mais de um século, só passando a ser afetado, em sua base justificadora, pelos acontecimentos da Segunda Guerra Mundial. Particularmente, no que cabe à problemática dos direitos humanos, houve uma grande mudança paradigmática. Surgiu, então, este neoconstitucionalismo, ou seja, um novo constitucionalismo de um Estado que se afirmou democrático e se ancorou nos princípios calcados no direito.

No neoconstitucionalismo, a lei e seu decorrente princípio da legalidade perderam espaço de protagonistas na interpretação do ordenamento jurídico, cedendo território para a norma jurídica constitucional. Destarte, as condições de validade de todas as leis passaram a depender da análise de sua constitucionalidade. Mas, acima de tudo, as constituições não se limitaram mais a estabelecer as regras de organização do Estado, passaram a incorporar e, reflexamente, propagar valores, principalmente aqueles relacionados ao mais novo fundamento deste novo Estado de Direito: a dignidade da pessoa humana.

Sendo assim, os pensadores do neoconstitucionalismo entenderam como insuficiente a visão de mundo restritiva do positivismo, mas, por outro lado, não desejaram a volta aos valores jusnaturalistas puros:

---

<sup>94</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: Juspodivm, 2010. p. 36.

Seus operadores não desejavam o retorno puro e simples ao jusnaturalismo, aos fundamentos vagos, abstratos ou metafísicos de uma razão subjetiva. Nesse contexto, o pós-positivismo não surge com o ímpeto da desconstrução, mas como uma superação do conhecimento convencional. Ele inicia sua trajetória guardando deferência relativa ao ordenamento positivo, mas nele reintroduzindo as ideias de justiça e legitimidade. O constitucionalismo moderno promove, assim, uma volta aos valores, uma reaproximação entre ética e Direito.<sup>95</sup>

Esse neoconstitucionalismo se caracteriza, atualmente, pela onipresença da Constituição. A Lei Maior passa então a ter a função de reger toda a vida social, aplicando-se diretamente e sem a necessidade de intermediação, permitindo, assim, a ocorrência do denominado “fenômeno da constitucionalização do direito”. Junto a essa ideia de onipresença, o neoconstitucionalismo consagra a visão de uma Constituição mais normativa, na qual a ponderação dos interesses se torna a melhor forma de resolver os conflitos. O direcionamento passa a ser a busca pela concretização do direito, como proposto pela nova hermenêutica, prevalecendo uma análise mais principiológica.

A nova discussão se transmuda para a relação entre a norma advinda da lei infraconstitucional com aquela consagrada na Constituição. O fundamento da discussão passa a ser, portanto, a natureza jurídica da norma constitucional. Passa-se a buscar o *status* epistemológico da Hermenêutica Constitucional em uma relação analítico-comparativa com a Hermenêutica Jurídica Clássica.<sup>96</sup> Nesse novo ideário, a função das liberdades públicas se altera, pois, num Estado Democrático de Direito, a liberdade passa a ter a função de se opor apenas ao autoritarismo e não mais simplesmente à autoridade, já que, para a vida pacífica em sociedade, sempre haverá um mínimo necessário de coação por parte do Estado.<sup>97</sup>

Dessa forma, coube à Constituição estabelecer determinados postulados interpretativos, na busca da efetivação desse novo constitucionalismo. Dentre estes, se destacam: o princípio da concordância prática, importante para a harmonização no caso de colisão entre diferentes princípios e o denominado princípio da máxima efetividade, que dita que os direitos fundamentais devem ser interpretados de maneira a lhes conferir um maior grau de efetividade. A utilização desses postulados permite a resolução de

---

<sup>95</sup>BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 328.

<sup>96</sup>PEREIRA, Rodolfo Viana. *Hermenêutica Filosófica e Constitucional*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 99.

<sup>97</sup>SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 232.

problemas relacionados às liberdades públicas, pois eles se inserem na discussão do sistema aberto, ou seja, por ter “uma estrutura dialógica, traduzida na disponibilidade e ‘capacidade de aprendizagem’ das normas constitucionais para captarem a mudança de realidade e estarem abertas a concepções cambiantes da verdade e da justiça”.<sup>98</sup>

Neste parâmetro, o instituto das liberdades públicas passa também a ser considerado exemplar do denominado conceito dinâmico, que acompanha a própria evolução da sociedade, moldando-se aos novos tempos e às novas interpretações acerca do direito. Defini-la apenas como um direito de defesa, garantida na norma constitucional e imposta verticalmente perante o Estado, a quem não caberia intervir na esfera de autonomia do indivíduo, tornou-se uma noção insuficiente. Fez-se necessário reinterpretar o instituto para que ele se adaptasse às novas demandas. É também baseado nessa noção que Georges Burdeau demonstra que o rol das liberdades públicas estaria em constante revisão, podendo ser ampliado, a partir de novos parâmetros colocados pelo Direito contemporâneo.<sup>99</sup>

Pode-se afirmar, que, no que tange particularmente ao instituto das liberdades públicas, a grande mudança aconteceu com a consagração da denominada dimensão objetiva dos direitos fundamentais, que possibilitou uma reinterpretação de todos os direitos individuais clássicos. As liberdades públicas que eram, até então, interpretadas em uma perspectiva puramente subjetiva, característica do modelo liberal clássico, em que os direitos fundamentais tinham a função exclusiva de tutelar o indivíduo perante o aparato estatal, na nova dimensão, passaram a consagrar valores. Dessa forma, as liberdades públicas, núcleo essencial dos direitos fundamentais, não mais se restringiriam a um caráter puramente negativo de uma visão calcada no direito subjetivo. Tal entendimento permitiu, por exemplo, possibilitar uma nova noção da eficácia dos direitos fundamentais.

Há que se ressaltar, todavia, que a dimensão objetiva não é contrária à dimensão subjetiva dos direitos fundamentais. Ela lhe é complementar. Dessa forma, possibilita-se uma relação tanto de defesa, perante as investidas indevidas do Estado, quanto de propagação do valor, que passa a se estender igualmente às demais relações em sociedade, pois “[...] caberá também ao Estado assegurar no mundo da vida as

---

<sup>98</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Lisboa: Coimbra, 1999. p. 1159.

<sup>99</sup> BURDEAU, Georges. *Les libertés publiques*. 4e. éd. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1972. p. 21-22.

condições materiais mínimas para o exercício efetivo das liberdades constitucionais, sem as quais tais direitos, para os despossuídos, não passariam de promessas vãs”.<sup>100</sup>

As liberdades públicas passam, assim, a ser o principal instrumento na tutela do valor liberdade, cabendo à Constituição o papel de consagrar tal visão, como comenta Canotilho na esteira do pensamento de John Rawls:

É uma teoria de direitos fundamentais que está subjacente à configuração institucional do liberalismo político tal como ele é construído por John Rawls. A própria constituição – incluída na estrutura básica – é encarada como um procedimento justo que incorpora as iguais liberdades políticas e garante a liberdade de pensamento. O modo como se combinam as liberdades num esquema coerente outra coisa não é senão uma teoria das liberdades básicas assente numa concepção política de pessoa e indispensável à justificação de um regime constitucional.<sup>101</sup>

A existência desses valores necessita também de uma justificativa interna. Pode-se, afirmar, assim, que a base que passa a propagar o valor liberdade é igualmente o princípio da dignidade humana, novo fundamento maior da Constituição. Nesse sentido, bem esclarece Gilmar Mendes: “Liberdade e igualdade formam dois elementos essenciais do conceito de dignidade da pessoa humana, que o constituinte erigiu à condição de fundamento do Estado Democrático de Direito e vértice do sistema dos direitos fundamentais.”<sup>102</sup> Ou, em outros dizeres:

É neste sentido que se defende que o valor da dignidade da pessoa humana como ser livre e responsável não é um produto ideológico, uma especificidade do liberalismo individualista; antes corresponde a uma potencialidade característica do ser humano, que se vai atualizando nas ordens jurídicas concretas. Esse valor não vale apenas o que vale a liberdade individualista dos ordenamentos oitocentistas, em que se manifestou pela primeira vez de forma sistemática, mas de acordo com as circunstâncias da época.<sup>103</sup>

<sup>100</sup> SARMENTO, Daniel. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 255.

<sup>101</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Lisboa: Coimbra, 1999. p. 1311.

<sup>102</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 349.

<sup>103</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Livraria Almedina, 1987. p. 113.

É nesse novo parâmetro que se passa a defender o princípio da relatividade, também conhecido na doutrina como princípio da convivência das liberdades públicas. Sua ideia é de que não existem princípios com caráter absoluto, todos são relativos por encontrarem limites em outros direitos igualmente consagrados na Constituição. Numa sociedade constituída sob a égide de um Estado de Direito, cada liberdade, para ser assegurada, deve respeitar outra liberdade, de outro sujeito de direitos. Nas palavras de Alexandre de Moraes, “o princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas preconiza que os direitos e garantias fundamentais não são ilimitados, uma vez que encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela Magna Carta”.<sup>104</sup>

Nesse nexos valorativo, o ordenamento jurídico passa também a ter a função de impor determinados deveres ao Estado. Dessa forma, é através da denominada teoria dos deveres de proteção que se permite conceber um novo tipo de tutela, na qual o Estado participa como principal agente de propagação e garantia de uma nova axiologia. Segundo essa teoria, os direitos fundamentais impõem comandos ao poder público, que deve agir no sentido de evitar lesão a tais direitos. Ou seja, de um direito objetivo, emanador de valores, extrai-se um direito subjetivo, pelo qual se possibilita demandar, do Estado, uma atuação consistente em resguardar os seus mais fundamentais direitos:

Essa noção está ligada à ideia de vinculação dos poderes públicos aos direitos fundamentais, pressupondo que o Estado não apenas deve abster-se de lesar os bens jurídicos fundamentais, mas tem o dever de atuar positivamente promovendo-os e protegendo-os de quaisquer ameaças, inclusive as que provenham de outros indivíduos.<sup>105</sup>

Particularmente no constitucionalismo pátrio, a consagração das diversas liberdades públicas com essa nova axiologia ocorreu a partir da Constituição da República de 1988, já permeada pela defesa desses novos valores a que deveriam aludir as Cartas Constitucionais modernas. Particularmente, no artigo 5º, que trata das variadas liberdades de caráter fundamental, é possível perceber a acolhida de nove tipos de liberdade em espécie.

---

<sup>104</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 32-33.

<sup>105</sup> PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de Direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In: BARROSO, Luis Roberto (Org.). *A nova interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 161.

As liberdades fundamentais consagradas na Constituição são: 1) liberdade de ação (art.5º, II); 2) liberdade de locomoção (art. 5º, XV); 3) liberdade de opinião e pensamento (art. 5º, IV); 4) liberdade de expressão de atividade intelectual, artística, científica e de comunicação (art. 5º, IX, XXVII e XXVIII); 5) liberdade de informação (art. 5º, XIV, LXXII e XXXIII); 6) liberdade de consciência e crença (art. 5º, VI e VIII); 7) liberdade de reunião (art. 5º, XVI); 8) liberdade de associação (art.5º, XVII, XVIII, XIX e XX) e 9) liberdade de opção profissional (art.5º, XIII).

A liberdade de ação contida no artigo 5º, II, todavia, pode ser considerada a consagração de um verdadeiro direito geral de liberdade. Ou seja, a constatação máxima do valor liberdade no ordenamento pátrio. A liberdade, nessa ordem, se consagra como um dos valores essenciais a ser propagado na nova concepção das liberdades públicas:

[...] na liberdade de agir, ou seja, liberdade de fazer ou deixar de fazer qualquer coisa, quando não vedada por lei. É a liberdade-sede, a fonte, a matriz e a base de todas as outras, que decorre do princípio da legalidade previsto no art. 5º, II, da Constituição, segundo o qual ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.<sup>106</sup>

A visão de que essa liberdade de ação constaria de um termo impreciso e demasiadamente amplo, não é incorreta, mas ela se estabelece propositalmente:

[...] a liberdade juridicamente tutelada não tem um conteúdo típico, já que isso implicaria a negação da liberdade em si mesma. Se a liberdade deve ser entendida como o poder de autodeterminação que a pessoa exerce sobre si mesma, autorregulamentando seu corpo, seus pensamentos, seus comportamentos, sua vontade, tanto na ação como na omissão, determinando os valores que são válidos para si próprio, trata-se de um bem juridicamente tutelado em sua natureza, admitindo as direções e escolhas feitas pelo próprio titular.<sup>107</sup>

É correto afirmar que essa nova noção não se circunscreveu ao âmbito interno. O entendimento de um direito geral de liberdade tem consagração em caráter supranacional, como se aduz da leitura do artigo III da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948:

---

<sup>106</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: Juspodivm, 2010. p. 666.

<sup>107</sup> CANTALI, Fernanda Borghetti. *Direitos da Personalidade - disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade da pessoa humana*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 210.

**Artigo III-** Todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal.

Dessa forma, as liberdades fundamentais consagradas na Constituição, somadas às liberdades garantidas nos documentos supranacionais e interpretadas conjuntamente com essa noção de direito geral de liberdade, permite a reinterpretação do instituto das liberdades públicas a partir de novos parâmetros. Esse novo entendimento se consolidou a partir da existência do princípio da dignidade humana, que, por sua vez, se mostra também verdadeira base para se interpretar outro instituto moderno: os direitos da personalidade.

## Capítulo 3 - OS DIREITOS DA PERSONALIDADE DE ÍNDOLE CIVIL

### 3.1 Da noção de personalidade à formulação do instituto dos direitos personalísticos

É possível afirmar que a tutela da personalidade, no direito brasileiro, iniciou-se com a consagração da *actio iniurarium* nas Ordenações Filipinas, apesar de já haver específicas regras de proteção à personalidade, constantes desde as Ordenações Afonsinas. Na civilística, essa tutela genérica da personalidade perdurou até a formulação do Código de Beviláqua que, influenciado pela doutrina alemã da época, não consagrou a teoria em sua codificação. Dessa forma, o Código Civil de 1916 tutelou a personalidade apenas de forma esparsa ao garantir, por exemplo, a reparação do dano à honra em caso de injúria, ou a possibilidade de indenização no caso de lesão à integridade física. Existiu também, nesse período, a proteção de determinados direitos personalísticos com amparo na lei penal.<sup>108</sup>

A personalidade, para a civilística clássica, era entendida apenas como a aptidão reconhecida a alguém, pela ordem jurídica, para exercer direitos e contrair obrigações.<sup>109</sup> O ser humano adquiriria essa personalidade a partir de seu nascimento, colocando-se, todavia, a salvo o direito do nascituro, de acordo com a literalidade da norma<sup>110</sup>. Entretanto tal noção em que se reconhece na personalidade apenas a possibilidade de titularizar relações jurídicas, tornou-se insuficiente, pois ela compreende também um valor expresso na condição do homem como tal. É a qualidade de ser pessoa, na qual os direitos da personalidade se inserem como direitos inerentes ao homem, que os detêm pelo simples fato de, assim, existirem. Por isso é que personalidade não pode ser confundida com o conceito de capacidade:

Se se partir da personalidade, entendida como qualidade de ser pessoa, para a atribuição de direitos e obrigações, concluir-se-á, ao contrário,

---

<sup>108</sup> SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de Personalidade e sua tutela*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 130-134.

<sup>109</sup> BEVILÁQUA, Clovis. *Teoria Geral do Direito Civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Paulo de Azevedo, 1955. p. 61-62.

<sup>110</sup> 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.

que a titularidade de direitos e obrigações é uma simples consequência do fato de se ser pessoa, e não a sua causa.<sup>111</sup>

Deve-se ressaltar que a definição clássica de personalidade se aproxima bastante da noção de capacidade de direito, como a potencialidade que cada um tem de ser verdadeiro sujeito de direitos. O que não constitui uma definição incorreta, apenas que não privilegia a noção de personalidade como qualidade intrínseca à pessoa e fundamento dos direitos da personalidade.

O entendimento acerca do significado de personalidade jurídica foi paulatinamente se moldando a essa nova compreensão. San Tiago Dantas, por exemplo, já alertava que o termo “personalidade” poderia ser compreendido tanto num sentido técnico-jurídico, quando designativo da capacidade do homem de ter direitos e obrigações, assim como poderia ser entendido como o conjunto dos atributos humanos, inerente a sua condição. E, de acordo com o autor, a interpretação, em ambos os sentidos, estaria correta, tendo caráter complementar.<sup>112</sup> Nessa esteira de pensamento, Capelo de Souza aduz aos vários parâmetros em que a personalidade pode ser interpretada:

A ideia de personalidade humana reflete, em vários níveis e, na maioria dos casos, solidariamente, tanto aquela originalidade humana como esta interdependência social e ambiental. Ou seja, na compreensão da personalidade humana há que ter em conta os fluxos e refluxos, umas vezes complementares outras contraditórios, emergentes quer da autonomia do homem quer da integração comunitária, nas suas recíprocas interações.<sup>113</sup>

Capelo também ressalta que a defesa da personalidade não visa exclusivamente, o “eu”, este entendido como função e potencialidade de cada indivíduo em separado, mas também abrange o “mundo”, ou seja: “conjunto das forças ambientais em que se situa cada indivíduo, tudo o que se encontra igualmente protegido na ideia de personalidade moral, de modo a abranger, normalmente, bens ou valores como a liberdade, a igualdade, a participação, a honra e a reserva”<sup>114</sup>. Sendo assim:

---

<sup>111</sup> VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Teoria Geral do Direito Civil*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 36.

<sup>112</sup> DANTAS, San Tiago. *Programa de Direito Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Rio, 1979. v.1. p. 192.

<sup>113</sup> CAPELO DE SOUSA, Rabinadrath, V. A. *O Direito Geral de Personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 184.

<sup>114</sup> CAPELO DE SOUSA, Rabinadrath V. A. *O Direito Geral de Personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 200.

a identificação e a inventariação dos elementos da personalidade humana juscivilisticamente tutelada não podem prescindir da consideração, desde logo, do caráter unitário, complexo, integrado e dinâmico da personalidade humana, tal como vem sendo revelado pelas ciências do homem.<sup>115</sup>

Partindo-se, portanto, do pressuposto de que a personalidade humana pode ser entendida como objeto juridicamente tutelável em sua dimensão relacional, seria possível que os objetos externos passem a interessar ao direito quando interligados à sua personalidade. Nessa mesma seara de ideias, encontra-se a lição de Silma Mendes Berti:

A personalidade humana não é composta somente por valores constitutivos, dos quais a vida é bem essencial entre os essenciais, mas também por funções e por estados. O ser humano é um todo, insuprível e infungível, que deve coexistir com seu semelhante em significativa dimensão relacional da personalidade. Nesses mais diversificados encontros e desencontros com o mundo, o eu e o outro são realidades de significativo valor moral e jurídico.<sup>116</sup>

Nesse ponto, vale destacar a teoria do jurista germânico Heinrich Hubmann. O jurista, influenciado pela teoria dos valores de Nicolai Hartmann, entende que a personalidade é formada por três elementos: dignidade, individualidade e pessoalidade. A dignidade inseriria o homem no contexto global, possibilitando-lhe criar cultura própria. A individualidade traria um caráter próprio, a singularidade humana, colocando o indivíduo em posição que lhe permitisse realizar-se. Já a pessoalidade corresponderia à relação do indivíduo com a exterioridade em que se vislumbram seus valores éticos. Os três elementos se relacionariam de maneira dinâmica, criando um verdadeiro direito ao desenvolvimento da personalidade. Tal entendimento justificaria a adoção de uma teoria que privilegia, portanto, um direito geral da personalidade.<sup>117 118</sup>

Essas novas concepções a respeito da personalidade juridicamente tutelável possibilitaram que a doutrina desenvolvesse novos conceitos acerca da teoria dos

---

<sup>115</sup> CAPELO DE SOUSA, Rabinadrath V. A. *O Direito Geral de Personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 199.

<sup>116</sup> BERTI, Silma Mendes; MILAGRES, Marcelo de Oliveira. Novas fronteiras dos direitos da personalidade. In: BERTI, Silma Mendes. (Org.) *Direito Privado sem fronteiras*. Belo Horizonte: Imprensa Universitária da UFMG, 2009. p. 149-150.

<sup>117</sup> SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de Personalidade e sua tutela*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 114-116.

<sup>118</sup> CAPELO DE SOUSA, Rabinadrath V. A. *O Direito Geral de Personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 143-148.

direitos da personalidade. A reformulação de tal teoria, em meados do século passado, permitiu sua inserção como instituto civilista nos variados ordenamentos jurídicos modernos, permitindo a criação de uma nova dogmática a respeito do tema.

Na doutrina lusitana, por exemplo, os direitos da personalidade passaram a ser definidos como o conjunto de direitos titularizados por toda e qualquer pessoa, em virtude de sua condição humana, objetivando a tutela de valores inerentes à sua personalidade, como projeções dela própria, tal como a vida, a integridade física, psíquica e moral.<sup>119</sup> E, dessa forma, os direitos da personalidade seriam aqueles que protegeriam os denominados bens da personalidade, que compreenderiam “o real e o potencial físico e espiritual de cada homem em concreto, ou seja, o conjunto autônomo, unificado, dinâmico e evolutivo dos bens integrantes da sua materialidade física e do seu espírito reflexivo, socioambientalmente integrados”.<sup>120</sup> Ou seja, os direitos da personalidade tutelariam toda essa complexa gama de bens.

Há autores que defendem que os direitos da personalidade poderiam abrigar dois sentidos. Diogo Leite Campos, por exemplo, entende que, em seu sentido estrito, seriam direitos de exclusão, “por visarem à proteção da pessoa em si mesma, como ser não social; direitos de direito civil por se ocuparem da pessoa livre de constrangimentos sociais, autônoma”.<sup>121</sup> Mas haveria também os direitos de personalidade compreendidos em sentido amplo, que “compreendem a atividade de inter-relacionamento da pessoa, a sua dimensão social, a pessoa-ser-social”.<sup>122</sup> Ou, nos dizeres de José de Oliveira Ascensão, corresponderiam a uma verdadeira categoria histórica.<sup>123</sup>

Para os tratadistas franceses, o bem primordial da personalidade seria o direito à individualidade, enquanto na Itália, tomando as lições de De Cupis, eles poderiam ser entendidos como,

[...] uma categoria autônoma no sistema dos direitos subjetivos. Essa autonomia deriva tanto do caráter de essencialidade que lhes é próprio, como da configuração particular do objeto (de que deriva aquele mesmo caráter de essencialidade), como ainda daquele ulterior caráter especial de sua fisionomia.<sup>124</sup>

<sup>119</sup> VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Teoria Geral do Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 2005. p. 35-37.

<sup>120</sup> CAPELO DE SOUSA, Rabinadrath V. A. *O Direito Geral de Personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 117.

<sup>121</sup> CAMPOS, Diogo Leite. *Nós: estudo sobre o direito das pessoas*. Coimbra: Almedina, 2004. p. 15.

<sup>122</sup> CAMPOS, Diogo Leite. *Nós: estudo sobre o direito das pessoas*. Coimbra: Almedina, 2004. p. 15.

<sup>123</sup> ASCENÇÃO, José de Oliveira. *Direito Civil: Teoria Geral*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editores, 2000. v. 1. p. 72.

<sup>124</sup> CUPIS, Adriano de. *Os Direitos da Personalidade*. Tradução de Adriano Vera Jardim e Antonio Miguel Caeiro. Lisboa: Livraria Morais, 1961. p. 31.

Deve-se afirmar, todavia, que, apesar de visarem à proteção de diversos bens, os direitos da personalidade possuem unidade jurídica, ou seja, formam uma categoria autônoma, integrada por vários bens tidos como essenciais. Bens estes direcionados à tutela da pessoa. Importante se torna, então, estudar a natureza jurídica de tais direitos.

Inicialmente, discutiu-se acerca de sua categorização como direito subjetivo. A Escola Histórica do Direito defendeu que os direitos personalísticos seriam os que o indivíduo possuiria sobre sua própria pessoa, na esteira do antigo *ius in se ipsum*. A corrente positivista, por sua vez, aduziu que os direitos da personalidade corresponderiam a meros reflexos do direito objetivo, enquanto alguns autores até propuseram uma teoria defensora dos direitos da personalidade como verdadeiros direitos sem sujeito.<sup>125</sup> Tais entendimentos hoje são considerados superados pela doutrina moderna.

Atualmente, importante corrente civilista entende que os direitos da personalidade seriam direitos inatos, defendendo a antiga visão jusnaturalista:

reconhecidos à pessoa humana tomada em si mesma e em suas projeções na sociedade, previstos no ordenamento jurídico exatamente para a defesa de valores inatos no homem, como a vida, a higidez física, a intimidade, a honra, a intelectualidade e outros tantos.<sup>126</sup>

Justificar-se-ia que a ausência de tais direitos “torna a personalidade uma suscetibilidade completamente irrealizável, sem valor concreto”.<sup>127</sup> Seriam, portanto, direitos inatos porque inerentes ao ser humano enquanto tal.

Contrariamente, posicionaram-se autores, como Adriano de Cupis, que criticaram veementemente tal concepção jusnaturalista, afirmando seu valor histórico, mas não concordando com sua abordagem, pois

não pode hoje falar-se mais de direitos inatos, como de direitos respeitantes racionalmente ao homem devido à sua simples qualidade humana; considerados do ângulo visual do direito positivo, eles não podem constituir mais do que simples exigências de ordem ética.<sup>128</sup>

---

<sup>125</sup> SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de Personalidade e sua tutela*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 80.

<sup>126</sup> BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003. p. 1.

<sup>127</sup> BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003. p. 6.

<sup>128</sup> CUPIS, Adriano de. *Os direitos da personalidade*. Tradução de Adriano Vera Jardim e Antonio Miguel Caeiro. Lisboa: Livraria Moraes, 1961. p. 20.

A crítica a essa concepção de direitos inatos advém da análise da existência de uma diversidade de valores culturais, que possibilitariam a interpretação de determinados princípios de diferentes maneiras, ao longo dos tempos, como ocorreu recentemente com o princípio da dignidade da pessoa humana. Entretanto a crítica a essa noção jusnaturalista não pode esbarrar numa abordagem exclusivamente positivista, como analisa Fernanda Borgheti Cantali:

[...] é de ser feita a ressalva de que adotar a concepção positivista pura implicaria ignorar a dimensão valorativa que este tema envolve. Para que se possa garantir uma efetiva tutela da pessoa humana é necessário encontrar seu fundamento na norma positiva permeada de valores ali também estabelecidos.<sup>129</sup>

Seja entendendo os direitos da personalidade como direitos inatos, ou como decorrentes de mera construção histórica, há a compreensão de que eles correspondem a direitos subjetivos, como ensina José de Oliveira Ascensão:

É básica a concepção do direito subjetivo como uma posição de vantagem, que resulta da atribuição ao sujeito de meios que permitem a sua tutela. Isto, independentemente de tudo o mais que devemos dizer para caracterizar esta figura [...]. O direito da personalidade prossegue seguramente a finalidade de assegurar ao sujeito uma posição de vantagem. A ordem jurídica atribui meios que permitem ao titular autonomia na sua tutela. Seria diferente se tudo resultasse de meras proibições genéricas; se a honra, por exemplo, fosse meramente tutelada por proibições impostas a terceiros.<sup>130</sup>

Ressaltar o caráter dos direitos da personalidade como direitos subjetivos não impede, todavia, de contemplá-los também sob a vertente objetiva. Aludindo ao pensamento de autores como Pietro Perlingieri e Pedro Pais de Vasconcelos, seria possível aduzir a tal forma de tutela, a partir de uma interpretação estrutural dos próprios direitos personalísticos. Nesse enfoque, a natureza jurídica dos direitos da personalidade compreenderia a defesa da personalidade, em decorrência de razões de ordem pública, sem levar em conta questões relativas à autonomia privada. Sendo assim, os princípios e regras jurídicas acerca dos direitos da personalidade comporiam o quadro propício a reger a dignidade humana. Fariam parte deste direito objetivo “o

<sup>129</sup> CANTALI, Fernanda Borghetti. *Direitos da Personalidade* - disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade da pessoa humana. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 75.

<sup>130</sup> ASCENÇÃO, José de Oliveira. *Direito Civil: Teoria Geral*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editores, 2000. v. 1 p. 82-83.

direito internacional sobre direitos humanos, o direito constitucional sobre os direitos fundamentais relativos à dignidade humana, o direito penal das pessoas e ainda o direito civil”.<sup>131</sup> De outro prisma, a correta compreensão do direito subjetivo de personalidade não corresponderia apenas a um dever de agir perante outrem, mas sim um direito que cada um teria de defender a sua própria dignidade, podendo utilizar-se dos meios adequados para tal.

A partir desse entendimento, é possível concluir que a consagração de infundável lista de direitos fundamentais, na ordem constitucional, representaria também a consagração desses direitos objetivos de personalidade, que teria a indisponibilidade como principal característica, pois, uma vez estabelecidos, não seria possível nem ao próprio titular do direito dele dispor. Por outro lado, a dimensão subjetiva se faria presente quando o sujeito, ao se sentir ofendido em algum de seus bens (honra, imagem, nome), utilizasse de seu poder jurídico para pleitear a adequada tutela, pois esses poderes lhe possibilitariam, a partir de uma prévia posição jurídica, decidir dentro de parâmetros pessoais o que considera ou não lesivo à sua personalidade.

Uma vez compreendida a complexidade atinente à natureza jurídica de tais direitos, poder-se-ia questionar quais seriam seus caracteres, ou seja, de que maneira seria possível defini-los como instituto jurídico da civilística. É possível constatar tais características da leitura do artigo 11 do Código Civil:

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.

Deve-se entender, inicialmente, que tais caracteres estabelecidos no artigo supracitado permitem uma interpretação extensiva, abarcando outras características não expressamente constantes do texto da lei. Além de intransmissíveis e irrenunciáveis, é possível afirmar que os direitos da personalidade são também imprescritíveis, extrapatrimoniais, impenhoráveis, absolutos e vitalícios.

Primeiramente, a lei, ao ditar que os direitos da personalidade são direitos intransmissíveis e irrenunciáveis, determina que seu titular deles não possa dispor. Tal regra, todavia, comporta exceção, como a cessão da imagem em determinadas circunstâncias em que há prévio consentimento de seu titular. O dito caráter absoluto

---

<sup>131</sup> VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Direito de personalidade*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 51.

advém de sua oponibilidade *erga omnes*, implicando um dever geral de abstenção e respeito a tais direitos. A imprescritibilidade, por sua vez, é justificada pelo fato de os direitos da personalidade não se extinguirem pelo uso, pela inércia ou pelo decurso do tempo, pois dessa forma:

impede que a lesão a um direito da personalidade venha a convaler com o passar do tempo, obstando a pretensão de assegurar o livre exercício do direito da personalidade. Não se confunde, todavia, com a prescritibilidade da pretensão indenizatória de eventual dano decorrente da violação do direito de personalidade.<sup>132</sup>

Nesse mesmo diapasão, fundamenta-se a característica da extrapatrimonialidade, que não significa a impossibilidade de que tais direitos, quando violados, gerem ao seu titular um possível ressarcimento e, sim, são direitos insuscetíveis de apreciação econômica numa valoração abstrata. Não é possível, por exemplo, determinar pecuniariamente o valor da honra, da vida, ou da própria dignidade da pessoa.

A impenhorabilidade, por sua vez, advém do caráter de indisponibilidade de tais direitos, que não podem ser separados, muito menos por ato constrictivo consistente na venda forçada para a satisfação de um possível crédito. Por fim, a característica da vitaliciedade dita que os direitos da personalidade acompanham a pessoa até a sua morte, sendo que alguns desses direitos se efetivam até mesmo após a morte do sujeito de direitos, como no respeito que deve haver pelo nome e pela imagem do morto.

Entendidas tais características e para facilitar a sua abordagem didática, é possível, na esteira da doutrina majoritária, dividir os direitos da personalidade em três subgrupos: direitos físicos, direitos psíquicos e direitos morais. No primeiro grupo, encontrar-se-iam os direitos à vida e à integridade física; no segundo grupo, estariam os direitos à liberdade (de pensamento, de expressão, de culto), à intimidade e ao segredo. Já no terceiro grupo, que se relaciona aos direitos morais, destacar-se-iam, principalmente, o direito à honra (compreendida a boa fama e o prestígio), às criações intelectuais e à própria identidade do ser.

Tal classificação não deve criar a falsa impressão de que os direitos da personalidade se circunscrevem a determinados direitos típicos, que necessariamente precisam estar pré-estabelecidos e enquadrados em uma pré-fixada categoria. É esse o

---

<sup>132</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil – Teoria Geral*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 113.

argumento que também afirma à incorreção de delimitar os direitos personalísticos apenas àqueles constantes da codificação civil. Hoje, há o entendimento de que esta não se trata de uma lista fechada, não só porque a Constituição garante outros direitos que se relacionariam a bens da personalidade, como também é possível defender a existência de um verdadeiro direito geral de personalidade. Nesse sentido, ater-se a tais classificações, acaba-se por incorrer numa interpretação incompleta frente à quase infinitude dos direitos da personalidade:

Talvez em razão de sua complexidade e abrangência, os direitos da personalidade encontram-se em permanente desdobramento, em constante extensão e, bem se sabe que não é de ontem seu aparecimento. Seu desenvolvimento parece fazer parte de um processo que não tem fim. Mais de cem deles já foram catalogados, observando-se critérios diversos”.<sup>133</sup>

É possível, assim, aceitar o argumento de boa parte da doutrina civil, que considera que o artigo 12 do Código de 2002 prevê uma verdadeira cláusula geral de proteção à personalidade, como se vislumbra da leitura do artigo:

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.

Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau.

Não se deve, entretanto, ver na proteção dos direitos da personalidade, em espécie, e na existência da tutela geral do artigo 12, uma dicotomia insolúvel. É possível, sim, conciliar a existência de uma proteção geral da personalidade com a existência de específicos direitos que o legislador considere merecedores de tutela em separado. Por isso, é possível defender que o rol dos direitos da personalidade se realiza na técnica do *numerus apertus*, pois: “[...] para além dos tipos enunciados, outros podem surgir, e que os que são referidos correspondem apenas a casos especialmente exemplares e elucidativos, que servem para exprimir modelos de comportamento, são casos paradigmáticos de tutela da personalidade”.<sup>134</sup> No entanto há que se tomar

---

<sup>133</sup> BERTI, Silma Mendes. Fragilização dos direitos da personalidade. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte, v. , n. , p. 240, mês, 2000.

<sup>134</sup> VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Direito de personalidade*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 165.

cuidado para que, na ânsia de se tutelar um número desmedido de bens, não se acabe fragilizando o próprio instituto, pois, como analisa Pierre Kayser, é possível ocorrer a formação de um rol de direitos da personalidade equivocados, levando a um esvaziamento de sua própria tutela.<sup>135</sup>

Sendo assim, é cediço fazer uma abordagem aprofundada desse direito geral da personalidade, pois, entendendo seus pressupostos e fazendo adequada aplicação deles, será possível visar uma tutela mais completa dos bens componentes da personalidade humana.

### **3.2 A teoria do direito geral da personalidade e sua consagração no ordenamento pátrio**

A pessoa é o fundamento ontológico do direito, é o seu pressuposto. É possível defender que a melhor maneira de proteger seus bens componentes seja através da adoção de um direito geral da personalidade. O ressurgimento dessa teoria se deu inicialmente no seio da doutrina alemã, particularmente a partir dos estudos de Otto Von Gierke, que entendeu o direito geral como um catalisador de tudo o que pudesse afetar o desenvolvimento da personalidade humana. Para esse pensamento inicial, o direito geral corresponderia a “um direito à livre atuação do sujeito e manifestação de sua individualidade, em todos os sentidos e dimensões”.<sup>136</sup>

A construção teórica de tal teoria se deu de forma lenta, recebendo várias críticas ao longo de sua consolidação dogmática. A doutrina que primeiramente lhe negou validade afirmou a sua falta de precisão metodológica. Em Portugal, onde o próprio código explicitamente acolheu tal teoria, boa parte dos autores civilistas se posicionou severamente contra sua fundamentação, como se percebe da leitura de autores como Cabral de Moncada e Guilherme Moreira. Os argumentos contrários seriam de três ordens: a impossibilidade lógica do instituto, pois o sujeito de direito não poderia ser, ao mesmo tempo, seu objeto; sua desmesurada amplitude, que geraria uma inaplicabilidade prática além de uma exagerada subjetividade da teoria, que a levaria a se fincar em bases egoísticas<sup>137</sup>.

---

<sup>135</sup> KAYSER, Pierre. Les droits de la personnalité: aspects théoriques et pratiques. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Paris: Sirey, v.70, n.3, p. 455, jil./sept. 1971.

<sup>136</sup> GONÇALVES, Diogo Costa. *Pessoa e Direitos da Personalidade - Fundamentação Ontológica da Tutela*. Lisboa: Almedina, 2008. p. 78.

<sup>137</sup> GONÇALVES, Diogo Costa. *Pessoa e Direitos da Personalidade - Fundamentação Ontológica da Tutela*. Lisboa: Almedina, 2008. p. 79-80.

Também contrariamente às bases teóricas do direito geral se posicionou Claus-Wilhelm Canaris, que entendeu ser o direito geral insuficiente, justificando que, para a adequada tutela da personalidade, seria necessária a positivação dos direitos, pois só dessa forma se evitaria a excessiva abrangência do instituto. O autor, todavia, defendeu que o fundamento primordial para se negar tal teoria seria seu caráter excessivamente subjetivista, que não considera a pessoa em uma noção relacional, por desconsiderar o conteúdo ético necessário.<sup>138</sup>

Mas os argumentos a favor da aplicação do direito geral também se mostraram fortes e, por isso, vêm sendo aceitos majoritariamente na doutrina atual. Primeiramente, é uma teoria que analisa, sim, o homem em sua plenitude, permitindo a proteção dos diversos bens que o compõem, ou que possam vir a integrar a sua personalidade, nos seus mais variados aspectos. Ou seja, a teoria está de acordo com as modernas formulações que aduzem à complexidade componente da personalidade humana, como exposto no tópico anterior. É uma teoria que também possibilita a tutela humana em seus três principais aspectos, na esteira dos ensinamentos de Hubmann: sua dignidade, sua individualidade e sua pessoalidade. É, portanto, um direito que se revela como meio jurídico apto a permitir, por exemplo, a tutela do livre desenvolvimento da personalidade humana.

Pode-se afirmar, dessa forma, a abrangência do direito geral de personalidade a partir das lições de Capelo de Souza:

Ora, o direito geral de personalidade prossegue fins ou finalidades do seu titular, no contexto de um espaço de autonomia outorgado a este titular e a este é facultada uma posição de vantagem mediante a afetação de garantias jurídicas (poder de exigir comportamentos, sanções por incumprimento, etc). Nem se diga que aceitando a ideia de um direito subjetivo geral de personalidade se está perante um indesejável desdobramento da pessoa como sujeito e objeto. Como sublinha Oliveira Ascensão, o objeto do direito subjetivo não é necessariamente um *quid* exterior, é antes o termo funcional de referência de uma dada afetação e os bens da personalidade satisfazem fins da pessoa, são para ela até os bens mais preciosos.<sup>139</sup>

O direito geral da personalidade, assim, apresenta-se como um direito aberto, de conteúdo indefinido, defendendo a personalidade humana em todas as suas facetas,

---

<sup>138</sup> GONÇALVES, Diogo Costa. *Pessoa e Direitos da Personalidade - fundamentação ontológica da tutela*. Lisboa: Almedina, 2008. p. 89.

<sup>139</sup> CAPELO DE SOUSA, Rabinadrath V. A. *O Direito Geral de Personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 612-613.

evitando uma fragmentação indesejada e possibilitando a defesa da personalidade em toda sua complexidade e plenitude. Dessa forma, o direito geral funciona tanto para preencher as possíveis lacunas deixadas pelos direitos especiais da personalidade, como também para estabelecer, de antemão, um núcleo protetivo, que pode ser usado futuramente na tutela de determinados direitos personalísticos ainda não abrangidos pelas normas atuais. Este último aspecto é vislumbrado, por exemplo, na necessária proteção da pessoa frente à revolução genética que se avizinha.

No entanto uma preocupação sempre presente para os defensores de tal teoria relaciona-se à constante crítica quanto a seu caráter incerto e impreciso. Com o objetivo de não transformar o direito geral em algo tão abrangente que acabe, contrariamente, por enfraquecer o próprio instituto, foi necessário estabelecer adequados parâmetros. Aduziu-se, inicialmente, que, de um ponto de vista objetivo, os limites seriam as ofensas a própria dignidade da pessoa humana. Desse modo, a dignidade se tornaria o verdadeiro núcleo valorativo do direito geral. Dignidade esta compreendida mais como construção histórica do que como simples valor jusnaturalista abstrato.

Concomitantemente, deve-se deixar claro que a existência desse direito geral não invalida a existência dos direitos especiais tipificados. A técnica de positivizar determinados direitos da personalidade, como o direito ao nome, à imagem, e à integridade física e, paralelamente, garantir um direito geral, calcado no respeito à dignidade da pessoa, reforça o próprio instituto, pois o que não estiver delimitado, por meio dos direitos personalísticos em espécie, será tutelado pelo direito geral, abrindo-se, assim, a possibilidade para a natural evolução da teoria. A ideia de conciliação do direito geral com os direitos especiais não é nova na doutrina, remonta, por exemplo, à obra de Milton Fernandes, na doutrina pátria.<sup>140</sup>

Por isso, há que se ressaltar a importância que também tiveram as críticas feitas pelos positivistas, que permitiram interpretar a teoria em uma lógica mais sistemática:

[...] a crítica do positivismo teve também o mérito de contribuir para que, relativamente, se circunscrevesse o objeto do direito geral de personalidade. Assim, os continuadores desta ideia, particularmente os neo-kantianos, vão abandonando o entendimento punchtiano de o perspectivarem como o direito ao respeito da vontade humana individual, quase ilimitada e de projeção universalizante, e passam a

---

<sup>140</sup> FERNANDES, Milton. *Proteção civil da intimidade*. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 69.

reconhecer-lhe uma outra estrutura ôntica, confinando-o ao real de cada personalidade humana.<sup>141</sup>

Nesse diapasão de ideias, também se posicionou Orlando Gomes, para quem a visão positivista, apesar de reduzir o âmbito de proteção dos direitos da personalidade, permitiu que eles adquirissem certeza, precisão e força cogente.<sup>142</sup> A existência de direitos tipificados não seria, portanto, uma técnica errada, e sim apenas insuficiente, pois há inúmeros direitos que não receberam tipificação, mas que, paulatinamente, foram sendo entendidos como direitos personalísticos dentro dessa visão do direito geral. Elimar Szaniawski, por exemplo, exemplifica alguns deles: direito à qualidade de vida, direito à identidade sexual, direito à identidade genética, direito à opção sexual, direito à procriação mediante a reprodução assistida.<sup>143</sup>

Para justificar a adoção da teoria do direito geral de personalidade no ordenamento jurídico brasileiro, necessita-se, inicialmente, reafirmar seu contexto histórico e sua consagração normativa em âmbito supranacional. É possível afirmar que tal teoria só foi ter aceitação inicial a partir das decisões do Tribunal do Reich, ainda no final do século XIX. A sua não adoção pelo Código Civil Alemão não fora, todavia, suficiente para o enfraquecimento da doutrina, principalmente devido a sua aceitação, poucos anos após, com o advento do Código Civil suíço de 1907. A Alemanha, país que formulou a teoria, só foi consagrar normativamente tal doutrina com a promulgação da Constituição de 1949, a denominada Lei Fundamental de Bonn. Passou-se a defender a intangibilidade da dignidade humana, deixando bem claro, que o direito geral de personalidade abrangeria tanto o princípio da dignidade da pessoa humana quanto o direito ao livre desenvolvimento dessa personalidade. A Constituição alemã acabou, assim, por reconhecer que tais direitos seriam inalienáveis e invioláveis, necessitando de ampla tutela por parte do Estado.

A partir de então, a adoção do direito geral de personalidade se fez presente em vários países, que adotaram uma teoria monista, defensora da existência deste direito geral que englobasse todos os bens formadores da personalidade humana. No entanto

---

<sup>141</sup> CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. *O direito geral de personalidade*. Coimbra Editora, 1995. p. 82-83.

<sup>142</sup> GOMES, Orlando. Direitos da personalidade. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 216, ano 62, p. 10, out./nov./dez. 1966. p. 10.

<sup>143</sup> SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 123.

outros países ainda continuavam a adotar a visão pluralista, defensora da técnica do *numerus clausus*, que privilegiava os direitos da personalidade tipificados.

No Brasil, ainda há dúvidas sobre a existência desse direito geral da personalidade no ordenamento pátrio. É certo que, inicialmente, o Código Civil de 1916, de matriz liberal, não consagrou tal teoria. Apesar de promulgado após a adoção da teoria pelo Código Suíço e da farta doutrina germânica sobre o tema, o Código de Beviláqua foi omissivo quanto ao instituto. A grande discussão, entretanto, só se configurou recentemente, com a promulgação da Constituição da República, em 1988, e, posteriormente, com o advento do novo Código Civil de 2002.

É verdade que a Constituição não estabeleceu explicitamente uma cláusula geral de tutela da personalidade, como ocorre com a atual constituição alemã. A Constituição brasileira, todavia, consagrou a dignidade humana como princípio fundamental da República Federativa, assim como também em seu art. 4º, II, reafirmou o princípio da prevalência dos direitos humanos, no que tange às relações internacionais do Estado brasileiro. Somam-se, a este rol, os vários direitos fundamentais em espécie, que corresponderiam a verdadeiros bens personalísticos constitucionalmente protegidos, como o direito à vida, à intimidade, à liberdade de crença, à honra e à imagem. Todos esses direitos interpretados em conjunto comporiam a base para se afirmar que, desde a Constituição, é correto aludir à existência de um direito geral da personalidade, pois, ao se constatar que a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos do Estado, ela o coloca no centro da ordem jurídica, considerado o fim máximo de toda a ordem normativa.

No entanto há também o entendimento precípua na moderna doutrina civilista de que, igualmente, o próprio Código de 2002 cumpriu dupla função: consagrou taxativamente o instituto dos direitos da personalidade, suprimindo séria lacuna no ordenamento, e aduziu, em seu artigo 12 a existência de uma tutela geral. Dessa forma, a nova construção acabou por adequar o direito civil aos princípios reinantes da Constituição e, ao mesmo tempo, estabeleceu em seu âmago verdadeira teoria de raiz civilista. Poder-se-á, portanto, defender que o direito geral de personalidade é consagrado no ordenamento pátrio por meio da análise conjunta dos seguintes artigos: art. 1º, III da Constituição, art. 4º, II também da Constituição, somados à cláusula protetiva constante do artigo 12 do Código Civil.<sup>144</sup>

---

<sup>144</sup> VILLELA, João Baptista. O novo Código Civil brasileiro e o direito à recusa de tratamento médico. *Diritto Romano Comune*, Modena, Roma e América, n. 16, p. 55-64, mês 2003.

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.

Uma vez compreendida toda problemática, atinente à existência desse direito geral, se torna possível entender que um dos bens que esse direito geral tutela em sua complexa gama é o denominado bem da liberdade, composto fundamental da personalidade humana.

### 3.3 O direito à liberdade compreendido como bem da personalidade

Partindo-se da ideia de que os direitos da personalidade têm como função principal a proteção dos bens da personalidade, se permite afirmar que essa personalidade humana, de caráter complexo e dinâmico, é mais bem tutelada através de

[...] aspectos parcelares da personalidade, para efeitos de resolução de dúvidas sobre a identificação e o sentido em concreto do bem jurídico geral da personalidade humana e, inclusivamente, sobre a ponderação e a hierarquização de bens da personalidade em conflito.<sup>145</sup>

Essa noção de proteção da personalidade em seus mais diferentes aspectos permite, a partir das classificações existentes sobre os diferentes bens de personalidade, enquadrar a liberdade como um de seus bens componentes dentro de sua dimensão relacional. A personalidade, entendida em seus aspectos físicos e morais, “[...] tem uma estrutura bipolar, ou seja, abrange não só os elementos componentes de sua organização e de sua unidade somático-psíquica como também as expressões da sua tessitura e da sua unidade funcional eu-mundo”.<sup>146</sup>

A visão da liberdade, como um bem decorrente dos direitos da personalidade, não foi defendida apenas na doutrina estrangeira. Pontes de Miranda já enunciava, em sua obra, que: “À base de todo direito de liberdade está a personalidade. Isso importa em dizer-se que todos os direitos de liberdade são direitos de personalidade.”<sup>147</sup>

<sup>145</sup> CAPELO DE SOUSA, Rabinadrath V. A. *O Direito Geral de Personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 202.

<sup>146</sup> CAPELO DE SOUSA, Rabinadrath V. A. *O Direito Geral de Personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 243-244.

<sup>147</sup> MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado - Parte Especial - Tomo VII*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1971. p. 30.

A liberdade, portanto, coloca-se como bem jurídico essencial para a própria noção do direito geral da personalidade, dentro dessa dimensão relacional, juntamente com outros bens, como a identidade, a honra, a igualdade e a segurança. Essa liberdade corresponderia, assim, ao poder de autodeterminação do homem, poder que exerce sobre as suas próprias faculdades sua autorregulação, tanto no seu agir como no seu omitir. No entanto deve-se tomar cuidado com a ampliação desmesurada dessa noção de liberdade, pois:

[...] tal liberdade não se confunde, nem se circunscreve, ao livre arbítrio, pois, embora o contenha numa acepção restrita, move-se dentro de coordenadas mais gerais, nomeadamente, dentro de pressupostos de um prudente juízo do respectivo titular sobre o teor da conexão entre a liberdade e a realização de valores ético-sociais.<sup>148</sup>

As liberdades, juscivilisticamente protegidas, abrangem as liberdades físicas, as espirituais, as políticas e as socioeconômicas. É possível afirmar que as liberdades físicas contemplariam tanto as de movimentação corporal, de disposição do próprio corpo, além da liberdade de circulação, que protegeria, dessa forma, o ir e vir das pessoas. Já as liberdades espirituais seriam as de consciência e as do intelecto, incluindo aquelas advindas do próprio processo criativo. Por sua vez, as liberdades socioculturais abrangeriam as de religião, de culto e as de expressão e, finalmente, as liberdades socioeconômicas seriam tanto as do trabalho quanto a própria iniciativa econômica. No bojo dessa classificação, destacam-se, para o presente estudo, as liberdades espirituais, que possibilitariam ao homem agir de acordo com seus valores, o que, de certa forma, o elevaria a uma liberdade mais ampla, consubstanciada num real poder de decisão<sup>149</sup>.

O âmbito de proteção das liberdades entendidas como bem da personalidade difere daquelas liberdades enumeradas na Constituição como direitos fundamentais. Os direitos de liberdade reconhecidos na Lei Maior têm âmbito mais circunscrito, pois: “A não ser assim, se a noção constitucional de liberdade tivesse a mesma amplitude que a noção civilística, até mesmo as alterações aos elementos acessórios ou periféricos do direito à liberdade, seriam altamente mutáveis com o circunstancialismo da vida.”<sup>150</sup>

<sup>148</sup> CAPELO DE SOUSA, Rabinadrath V. A. *O Direito Geral de Personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 259.

<sup>149</sup> CAPELO DE SOUSA, Rabinadrath V. A. *O Direito Geral de Personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 262.

<sup>150</sup> CAPELO DE SOUSA, Rabinadrath V. A. *O Direito Geral de Personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 256.

Enquanto, numa visão constitucional, a proteção do bem jurídico da liberdade se resume a uma liberdade entendida como fundamental, o direito civil, por sua vez, se preocupa com as liberdades complementares, periféricas. Os direitos reconhecidos na Constituição como direitos de liberdade são aqueles fundamentais dentro de uma noção de Estado de Direito e, assim sendo, públicos, por serem consagrados e tutelados pelo estado, servindo como verdadeiros princípios de atuação.

Sendo assim, caberia ao Direito Privado, com sua função de defesa da pessoa humana, captar as liberdades essenciais à personalidade, dando o substrato para que elas possam ser tuteláveis também em âmbito constitucional, ou mesmo através da consagração da liberdade de agir – cláusula de um direito geral de liberdade. Dessa forma, o bem “liberdade”, compreendido dentro do direito geral de personalidade, tornar-se-ia um bem indeterminado, propenso ao caráter dinâmico da personalidade humana. Haveria, portanto, a consagração de um direito geral de liberdade decorrente da própria existência da personalidade humana, interpretado na relação eu-no-mundo das denominadas liberdades espirituais.

No entanto, assim como todos os direitos, há a necessidade de se traçarem limites para a atuação deste “bem” liberdade, componente do direito personalístico. Existiriam dois tipos de limites, os internos e os externos. Os limites internos seriam entendidos como “deveres que a pessoa tem para consigo mesma para obter essa mesma liberdade e por deveres para com as particulares liberdades e a liberdade geral de ação das outras pessoas”.<sup>151</sup>

Dessa forma, como analisa Rivero, a defesa de um direito geral de liberdade só seria cabível num Estado que garantisse determinadas liberdades, quando estas se tornassem importantes para a pessoa, em todas as suas dimensões:

[...] nem todas as áreas nas quais pode exercer-se a liberdade são igualmente importantes para o desenvolvimento da pessoa. Certas aplicações da liberdade são secundárias em comparações a outras, muito mais essenciais e que merecem por isso ser individualizadas visando uma proteção especial.<sup>152</sup>

---

<sup>151</sup> CAPELO DE SOUSA, Rabinadrath V. A. *O Direito Geral de Personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 284-285.

<sup>152</sup> RIVERO, Jean; MOUTOUH, Hugues. *Liberdades públicas*. Tradução de Maria Emantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 20.

Por outro lado, os que poderiam ser classificados como limites externos corresponderiam àqueles impostos pelo ordenamento jurídico. Assim, também haveria limitação decorrente da existência de outros bens jurídicos tidos como superiores, como o bem jurídico à vida, superior a todos os demais bens tuteláveis. Dessa forma, através da técnica de ponderação de interesses seria possível visualizar a prevalência de outros bens, como o bem da intimidade numa oposição, por exemplo, à liberdade de expressão.

## **Capítulo 4 - OS DIREITOS DA PERSONALIDADE E AS LIBERDADES PÚBLICAS DENTRO DA MODERNA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

### **4.1 A visão incompleta na doutrina sobre as possíveis relações dos institutos em análise**

O Código Civil de 2002, ao consagrar os direitos da personalidade em capítulo próprio, possibilitou a maior difusão de seu estudo por toda civilística pátria que, até então, restringia-se a uma análise mais circunscrita ao direito comparado e aos princípios protetivos da Constituição. O estudo dos direitos da personalidade ficava mais afeitos à análise de determinados direitos personalísticos, em espécie, particularmente o direito à intimidade e o direito ao nome.

Talvez aí se encontre a maior contribuição do Código Civil, dentro da problemática acerca dos direitos da personalidade. Ao dedicar onze artigos ao instituto, o Código de 2002 permitiu que não houvesse mais dúvidas sobre o novo núcleo valorativo de tutela da pessoa e sua inerente personalidade, proclamando a dignidade humana como novo vetor. No entanto houve críticas quanto à abordagem insuficiente da matéria na codificação, excessivamente casuística, faltando uma expressa menção ao direito do livre desenvolvimento da personalidade e ao próprio direito geral, que são apenas compreendidos implicitamente numa análise conjunta, seja com a Constituição, seja com os princípios gerais da matéria.

A partir de então, as obras doutrinárias mais recentes passaram a ter como obrigação a análise do novo instituto em capítulo próprio. Um dos questionamentos mais comuns é sua semelhança com os direitos fundamentais de índole constitucional. A comparação com as liberdades públicas, principalmente através de uma análise acerca da eficácia desses direitos, acabou também se fazendo presente em obras específicas do tema. No entanto a visão comparativa dos autores civilistas, em sua maioria, mostrou-se insuficiente.

Ressalta-se, inicialmente, que o estudo pormenorizado das liberdades públicas se encontra em declínio na doutrina pátria, em decorrência da visão errônea da superação desses direitos, ditos de primeira geração, frente a estudos mais detalhados de novos direitos, como os sociais e os transindividuais. As principais obras pátrias sobre o tema datam de meados do século passado, particularmente as supracitadas obras de Manoel

Gonçalves Ferreira Filho, José Cretella Júnior e José Anselmo Cícero de Sá. Por esse motivo, não houve por parte dos publicistas um estudo comparativo entre as liberdades públicas e os novos direitos da personalidade, função esta circunscrita à doutrina privada moderna ou a obras esparsas de alguns constitucionalistas contemporâneos. No entanto comparar os Direitos Fundamentais às Liberdades Públicas ainda é bastante recorrente em ambas as doutrinas.

Para os autores que tratam do tema, tornou-se nítida a tendência em visualizar as liberdades públicas como exemplares dos denominados direitos fundamentais de defesa, enquanto os direitos da personalidade corresponderiam aos direitos fundamentais na relação entre os particulares, de acordo com a famosa dicotomia entre a eficácia vertical e a eficácia horizontal. Apesar de não ser um entendimento incorreto, mostra-se insuficiente principalmente em relação aos novos entendimentos acerca das liberdades públicas como um dos núcleos axiológicos dos direitos fundamentais.

Dentre os autores civilistas que se dedicaram a essa diferenciação, destaca-se a obra de Carlos Alberto Bittar. Para o autor, no momento em que os direitos personalísticos são reconhecidos pelo Estado, recebem a alcunha de liberdades públicas. Bittar desenvolve a ideia de que a diferença fundamental entre os dois institutos está na distinção de planos em que ambos se situam, pois, enquanto os direitos da personalidade cuidariam das relações entre os particulares, as liberdades públicas se circunscreveriam às relações entre o indivíduo e o Estado. O autor acrescenta também que há uma diferença no que tange ao conteúdo, pois as liberdades públicas abrangeriam todos os direitos personalísticos, quando positivados no âmbito constitucional, mas seriam acrescidas dos denominados direitos de segunda e terceira geração, como os direitos sociais e econômicos. O elenco das liberdades públicas, por sua vez, seria variável de acordo com esta consagração na seara constitucional, ou mesmo na supranacional, por meio das declarações de direitos e dos tratados internacionais.<sup>153</sup>

Defensor da natureza inata dos direitos da personalidade, Bittar entende que caberia ao Estado apenas reconhecer tais direitos, que já existiriam antecedentemente. Quando tais direitos personalísticos, entendidos nessa concepção de direitos naturais, passassem a ser consagrados no plano constitucional, ocorreria, de acordo com o autor, verdadeira “tutela reflexa desses direitos, em face, porém, da concorrência do interesse

---

<sup>153</sup> BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003. p. 24-26.

público”.<sup>154</sup> Bittar harmoniza-se, assim, com as ideias de jus-publicistas clássicos, como Zanobini, afirmando que os direitos da personalidade são historicamente incluídos entre os direitos subjetivos públicos, o que também ocorreria com as liberdades públicas, sem aduzir, todavia, a uma noção objetiva.

No mesmo sentido de Bittar, ensina Gilberto Haddad Jabur, que compreende a diferença entre os dois institutos através de uma perspectiva de plano:

[...] existem no campo da proteção humana duas maneiras de encará-las: através da tutela do direito público e por meio da proteção do direito privado. Na primeira, é a salvaguarda de um bem geral, e de ordem pública, que prepondera, tomando-se em conta que as interferências se produzem, em princípio, com o Estado. Na segunda, sobre interesses públicos também recai a proteção, mas as relações estão confinadas à órbita privada (onde particulares se relacionam entre si). São direitos que, resultando da mesma condição humana, têm duas ressonâncias e assumem dois papéis.<sup>155</sup>

É possível criticar ambas as concepções, em determinados aspectos. Primeiramente, confunde-se o conceito de liberdades públicas com o de direitos fundamentais, sendo que o primeiro, um instituto que trata de direitos concernentes ao valor liberdade, é mais restrito que o segundo, que engloba todos os direitos essenciais dentro de um Estado Democrático de Direito. Não se pode afirmar, por exemplo, que direitos sociais típicos, como o direito à moradia, corresponderia à noção de liberdades públicas. O segundo equívoco é restringir a eficácia dos direitos da personalidade apenas às relações entre os particulares, e as liberdades públicas às relações entre o indivíduo e o Estado, pois os direitos personalísticos também servem para defender a pessoa de interferências estatais, e as liberdades públicas podem ser também interpretadas como um dos núcleos dos direitos fundamentais, sendo assim, servirem como princípio valorativo, aplicado de forma irradiante.

Ao invés de tratá-los a partir de uma diferença de objeto de tutela, é mais correto circunscrever suas diferenças a uma análise de ótica, quando entendidos numa concepção ampla de direitos humanos, como se posicionam os autores civilistas Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias. De acordo com sua doutrina, enquanto os direitos da personalidade seriam estudados sob a ótica do direito privado, “considerados

<sup>154</sup> BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003. p. 18.

<sup>155</sup> JABUR, Gilberto Haddad. *Liberdade de pensamento e Direito à vida privada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. ps. 78/79.

como a garantia mínima da pessoa humana para as suas atividades internas e para as suas projeções ou exteriorizações para a sociedade”<sup>156</sup>, as liberdades públicas seriam condutas autorizadas pelo Estado, que teria o dever de garanti-las por meio de um agir positivo, assegurando, assim, reflexamente, os próprios direitos personalísticos. No entanto os autores se equivocam ao afirmar que os direitos da personalidade se circunscrevem apenas aos direitos de cunho subjetivo, enquanto as liberdades públicas funcionariam a partir de garantias constitucionais impostas pelo Estado, pois, como demonstrado, o objeto do primeiro é mais amplo, representando também direitos fundamentais em concepção objetiva, sendo antevistos na própria noção do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, enquanto, por outro modo, as liberdades públicas não servem somente à proteção dos direitos da personalidade em esfera pública, pois possuem carga axiológica mais ampla, como objeto de tutela mais restrito: as próprias liberdades humanas.

Na doutrina alienígena, fundamental realçar o clássico entendimento de Adriano de Cupis, que, apesar de considerar que, em sentido mais amplo, todos os direitos que dão conteúdo à personalidade seriam direitos da personalidade, numa análise mais restrita, visualiza-os como sendo direitos que dão contorno aos caracteres próprios de cada pessoa. Para o autor, os direitos da personalidade se afastariam dos direitos do homem, na medida em que seus contornos também são definidos pelo meio social e pela historicidade.<sup>157</sup>

A análise do jurista italiano é correta, pois, como já demonstrado, os direitos da personalidade compõem um dos núcleos dos direitos fundamentais, que, por sua vez, têm também como outro núcleo as liberdades fundamentais, compreendidas no estudo das liberdades públicas. Essas diversas esferas componentes dos direitos fundamentais – no caso, bens da personalidade e bens ligados ao valor liberdade – podem se relacionar e até se confundir, mas não haveria uma contraposição obrigatória entre elas.

Direitos de cunho econômico e de cunho social, em sua maioria, não se relacionam aos bens componentes da liberdade, mesmo com exceções, como no caso da liberdade sindical. No entanto, num conceito amplo podem ser interpretados como

---

<sup>156</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil – Teoria Geral*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 114.

<sup>157</sup> CUPIS, Adriano de. *Os Direitos da Personalidade*. Tradução de Adriano Vera Jardim e Antonio Miguel Caeiro. Lisboa: Livraria Morais, 1961. p. 29-31.

componentes dos direitos da personalidade, principalmente quando se consagra a existência de um direito geral.

Para se evitarem tais equívocos, que correlacionam os direitos da personalidade e as liberdades públicas indistintamente aos direitos fundamentais, faz-se necessário empreender uma análise mais aprofundada destes últimos, principalmente nos três aspectos que mais geram confusão ao intérprete: a adequada terminologia, a fundamentação axiológica de tais direitos e a problemática acerca da eficácia dos direitos fundamentais.

#### **4.2 Direitos fundamentais e sua diversidade terminológica**

Para melhor compreender como as liberdades públicas e os direitos da personalidade podem ser corretamente interpretados dentro da moderna teoria dos direitos fundamentais, far-se-á necessário abordar a um tormentoso assunto para os intérpretes da matéria: a diversificada terminologia adotada para o tratamento de expressões de significados tão próximos.

Direitos fundamentais, direitos naturais, direitos individuais, direitos humanos, direitos do homem, direitos da pessoa, direitos da personalidade, liberdades fundamentais, liberdades públicas. A lista é infundável. Percebe-se que a utilização dessas expressões varia de acordo com o objetivo de cada autor e da própria ramificação do direito em que se insira o tema em análise. Os termos utilizados, de forma aleatória, acabaram resultando ou numa compreensão equivocada do tema, ou historicamente incompleta.

É importante destacar que, também em outros sistemas jurídicos, como o *Common Law*, ocorreu essa proliferação de termos. Nos Estados Unidos, influenciados pela diversidade utilizada em sua constituição, os intérpretes ativeram-se às mais variadas definições, como: liberdades civis, liberdades individuais, direitos civis e direitos do indivíduo. Relegou-se, todavia, a designação “direitos do homem” às relações internacionais. Interessante notar que a expressão *civil law* do direito anglo-saxão se relacionava aos direitos individuais consagrada no sistema romano-germânico. Por sua vez, as liberdades públicas, de origem francesa, se relacionariam às *civil liberties* norte-americanas, diferentemente dos *civil rights*, pois, enquanto as primeiras significariam uma liberdade frente ao Estado, os segundos visariam proteger, em sua

maior dimensão, os direitos das minorias. As *civil liberties* teriam, nessa concepção, o mesmo significado das *libertà civili* do direito italiano.

Essa preocupação com a indiscriminada utilização de tais expressões passou também a ser objeto de estudo na doutrina moderna. José Adercio Leite Sampaio, em interessante capítulo introdutório a sua obra, destaca que, inicialmente, pensadores renascentistas, como Hobbes, Locke e Grócio, utilizavam-se da expressão “direito natural” com o objetivo de ressaltar a anterioridade de tal direito, ao pacto social e o seu caráter de precedência frente aos demais direitos. O autor afirma também que, posteriormente, houve uma recusa a esse ideário jusnaturalista, e termos como direitos fundamentais, na Alemanha, e liberdades públicas, na França, prevaleceram sobre a expressão clássica.<sup>158</sup> É inegável, portanto, que “direitos naturais” é a base histórica e principiológica de todas as denominações que dela derivaram. Pode-se conceituar, assim, que os direitos naturais significariam aqueles direitos inatos, inerentes à natureza humana, sejam provenientes da essência das coisas ou da razão humana, na vertente jusracionalista. A principal crítica à utilização dessa expressão foi a de não ter dado o devido valor à historicidade que fundamentaria tais direitos.

Nesse contexto crítico à expressão raiz, a França pós-revolucionária preferiu utilizar-se de dois outros termos: direitos individuais, como expressão máxima do individualismo, e, em sua concepção política, as liberdades públicas. Por sua vez, a expressão “direitos humanos” foi tida como sinônimo desta última pela maioria da doutrina, apesar de alguns autores aduzirem ao fato de que liberdades públicas se ligariam mais ao direito positivo nacional, e direitos humanos se relacionariam à ideia base de direitos naturais. Da mesma forma, existiria uma diferença quanto ao conteúdo, pois as liberdades públicas corresponderiam, prioritariamente, à denominada primeira dimensão dos direitos do homem.<sup>159</sup>

No entanto é inegável que a utilização da expressão “liberdades públicas” se tornou a preferida na doutrina francesa, sendo utilizada até os dias de hoje:

[...] é empregada pela doutrina francesa, onde não faltam esforços para dar-lhe significação amplo e abrangente dos direitos fundamentais em geral, especialmente jogando com os conceitos liberdade-autonomia

---

<sup>158</sup>SAMPAIO, José Adercio Leite. *Direitos fundamentais - retórica e historicidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 7-22.

<sup>159</sup>RIVERO, Jean; MOUTOUH, Hugues. *Liberdades públicas*. Tradução de Maria Emantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2006. p. 11-12.

(igual aos direitos individuais clássicos) e liberdade-participação (também chamada liberdades políticas, que correspondem ao gozo livre dos direitos políticos). Consideradas na doutrina francesa como direitos do homem despedidos de sua concepção jusnaturalista pela positivização estatal, as liberdades públicas não têm o mesmo conteúdo deles, [...] não se incluindo no seu conceito os direitos econômicos e sociais.<sup>160</sup>

Ressalta-se, também, na esteira do pensamento de J. J Canotilho, que a doutrina francesa também se preocupou em diferenciar os direitos do homem dos denominados direitos do cidadão, como forma de realçar até o próprio caráter universalizante da Declaração de 1789:

[...] os primeiros pertencem ao homem enquanto tal; os segundos pertencem ao homem enquanto ser social, isto é, como indivíduo vivendo em sociedade. Esta classificação pressupõe uma separação talhante entre *status negativus* e *status activus* (na terminologia de G.Jellinek), entre direito individual e direito político.<sup>161</sup>

Por sua vez, a diferenciação feita inicialmente pela doutrina alemã buscou consagrar os direitos humanos como algo maior do que os direitos fundamentais e do que as próprias liberdades públicas, pois aqueles não dependeriam de um reconhecimento interno para a sua existência. Essa diferenciação até hoje é a preferida de autores internacionalistas, que defendem a superioridade do conteúdo de direitos humanos sobre outros conceitos similares:

[...] em última instância, só pode ser a consciência ética coletiva, a convicção, longa e largamente estabelecida na comunidade, de que a dignidade da condição humana exige o respeito a certos bens ou valores em qualquer circunstância, ainda que não reconhecidos no ordenamento estatal, ou em documentos normativos internacionais.<sup>162</sup>

A consciência ética coletiva, destacada por Comparato, seria, portanto, a principal diferença entre os direitos humanos e os direitos fundamentais. Tal fundamentação permitiria uma concretização maior daqueles direitos, possibilitando-

<sup>160</sup> SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 177-178.

<sup>161</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Lisboa: Coimbra, 1999. p. 369-370.

<sup>162</sup> COMPARATO, Fabio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 60.

lhes terem seu cumprimento exigido também em juízo, rebatendo, assim, uma frequente crítica feita pelos positivistas de ser impreciso o objeto de tutela dos direitos humanos. A ideia que fundamenta tal diferenciação, permitiria colocar, num plano hierárquico, os direitos humanos como sendo superiores aos direitos fundamentais, pois os primeiros seriam os verdadeiros direitos do homem consagrados no plano supranacional, acima de um ordenamento jurídico estatal restrito a valores circunscritos a um determinado tempo e lugar. Partindo desse pressuposto, haveria, num eventual conflito entre normas dessas duas espécies, a prevalência daquelas consagradoras de direitos humanos. É a mesma lógica que sustenta a superioridade das normas de direito internacional frente às normas de direito interno.

Aos direitos fundamentais caberia então o papel de representar o ideário propagado no âmbito de cada estado, no caso brasileiro, de um Estado Democrático de Direito:

Assim, em primeiro lugar, a ordem constitucional dos direitos fundamentais está necessariamente ligada à constituição política e ao princípio democrático que a informa, isto é, à concepção constitucional do Estado de direito democrático (art. 2º). O Estado de direito democrático exige os direitos fundamentais; os direitos fundamentais exigem o Estado de direito democrático.<sup>163</sup>

Particularmente, neste constitucionalismo brasileiro, a utilização da expressão “direitos fundamentais” teve acolhida tardia. Inicialmente, com a Constituição do Império de 1824, utilizavam-se outros termos, como direitos civis e direitos individuais. Nas constituições que se seguiram, privilegiaram expressões, como direitos do homem e direitos do cidadão, além dos sempre presentes direitos naturais. Foi apenas com a Constituição da República de 1988, que se adotou, no Título II, a expressão: “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, consagrando verdadeiramente nova nomenclatura em âmbito interno.<sup>164</sup>

Não é correto, todavia, adotar um critério meramente formal e propagar que a diferença entre os direitos fundamentais e as demais expressões próximas seria que

---

<sup>163</sup>CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993. p. 107.

<sup>164</sup>SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos fundamentais - retórica e historicidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p.19-20.

aqueles se definiam sob a égide da fundamentalidade, pois, como aduz Manuel Cândido Rodrigues, o caráter de fundamentalidade dos direitos é anterior à consagração constitucional, sendo fundamentais pela sua própria natureza e não por estarem circunscritos a um rol que assim os define.<sup>165</sup> Por exemplo, não há de se afirmar que o direito à vida é fundamental, por constar expressamente da Constituição, e sim porque corresponde a um valor essencial em si mesmo. Esse entendimento é corroborado pelo próprio art. 5º §2º da Constituição, que claramente dita a existência de direitos fundamentais não constantes do rol do artigo 5º:

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:

§ 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Há autores, como José Afonso da Silva, que, na esteira do pensamento de Perez Luño, preferem a utilização da expressão: “direitos fundamentais do homem”, ao invés de meramente direitos fundamentais, justificando que:

[...] além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas.<sup>166</sup>

Assim como José Afonso da Silva, há autores que pretendem aduzir ao que chamam de caráter material dos direitos fundamentais. Tal ideia é abordada principalmente na doutrina estrangeira, como se encontra na leitura de autores como José Gomes Canotilho. De acordo com o autor, os direitos fundamentais não seriam

---

<sup>165</sup> RODRIGUES, Manuel Cândido. O Novo Código Civil e os Direitos Fundamentais. *Revista Trabalhista*, Rio de Janeiro, v. 5, p. 199-211, 2003. .

<sup>166</sup> SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 178.

apenas aqueles positivados constitucionalmente, mas também aqueles em que houvesse uma estreita ligação com o princípio da dignidade da pessoa humana.<sup>167</sup>

Tal relação com o princípio da dignidade humana também é considerada para aproximar os ditos direitos fundamentais dos direitos personalísticos de índole civil. Como já demonstrado, não há como negar a forte influência da noção de direito natural aos demais direitos que dele se desenvolveram. Para a civilística, a distinção em relação aos direitos fundamentais residiria no fato de que os direitos da personalidade seriam aqueles que o ser humano possui, como tal, em face de sua própria dignidade, enquanto, por outra via, os direitos fundamentais seriam mais amplos, abrangendo, por exemplo, os direitos de índole econômica.

A simples diferenciação que dita que os direitos da personalidade seriam aqueles direcionados às relações estabelecidas entre os particulares e os direitos fundamentais se circunscrevem às relações entre esse particular e o Estado também é incorreta. Como será mais bem desenvolvido em item posterior, entende-se, majoritariamente, na doutrina e na jurisprudência, que os direitos fundamentais também têm eficácia direta perante os particulares. Da mesma forma, os direitos da personalidade visam tutelar os denominados bens da personalidade, que protegem as ofensas por parte do Estado, como ensina Canaris:

Deve, porém, conceber-se que as normas de direito privado também podem servir para a concretização de imperativos de tutela de direitos fundamentais, e, mesmo, que elas representam, muitas vezes, ambas as coisas simultaneamente: intervenções nos direitos fundamentais de uma parte e garantias de proteção dos direitos fundamentais de outra.<sup>168</sup>

Argumenta-se, assim, que há uma próxima relação entre as normas de direitos fundamentais e as normas de direitos da personalidade, em que a tutela acaba por ser reflexa e não excludente. É correta, portanto, a interpretação que dita que os direitos da personalidade são também direitos fundamentais, mesmo que a recíproca não seja verdadeira, pois, como mencionado, os direitos fundamentais abarcam um conjunto

---

<sup>167</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Lisboa: Coimbra, 1999. p. 1309.

<sup>168</sup>CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2009. p. 34.

maior de direitos, não relacionados aos bens componentes da personalidade humana. Nesse sentido, ensina Gilberto Haddad Jabur:

É preciso, entretanto, fazer enxergar que o terreno dos direitos humanos ou fundamentais, é, de fato, mais largo. Os bens personalíssimos neles são encontrados, mas não são os únicos que ali estão compreendidos. Muitos são fundamentais frente ao Estado, por conveniência política ou legislativa. Mas nem todos os direitos individuais ou fundamentais são, pelas mesmas razões, da personalidade.<sup>169</sup>

Essa relação também está presente na obra de Canotilho, que, após listar os direitos fundamentais que considera como sendo direitos personalísticos (direitos sobre a própria pessoa, direitos de estado e os próprios direitos de liberdade), afirma que há cada vez maior proximidade entre ambos:

[...] 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 da personalidade e vice-versa.<sup>170</sup>

Particularmente, no âmbito do direito civil, a expressão “direitos da personalidade” é bastante confundida com a expressão “direitos da pessoa”. Muitos autores consideram, erroneamente, os termos sinonímicos. No entanto, uma correta interpretação aduz que os direitos da pessoa seriam os direitos subjetivos, cujo titular poderia ser tanto uma pessoa física quanto jurídica, diferenciando-se dos direitos da personalidade, que remeteriam aos próprios elementos constitutivos da personalidade do sujeito. Nesse conjunto de ideias, poder-se-ia criticar o uso, sem distinções, dos termos “direitos pessoais” e “direitos personalíssimos” para referir aos direitos da personalidade (ou direitos personalísticos), devido ao fato de o primeiro ser expressão utilizada no direito obrigacional, restringindo-se aos direitos de natureza patrimonial, ao passo que os direitos personalíssimos, devem ser mais bem empregados para denominar os direitos *intuitu personae*.

---

<sup>169</sup> JABUR, Gilberto Haddad. *Liberdade de pensamento e direito à vida privada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 80.

<sup>170</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Lisboa: Coimbra, 1999. p. 396.

Há também autores que preferem conceituar os direitos da personalidade com outra nomenclatura, como Walter Moraes, que prefere a expressão “direitos da humanidade”, justificando-a por vislumbrar que tais direitos reportam à essência da pessoa, ao que a faz humana.<sup>171</sup> Elimar Szaniawski faz uma lista de outros termos utilizados no direito comparado para se referir a tal instituto:

A designação dessa categoria de direitos com o nome de direitos da personalidade não era, até pouco tempo, unânime na doutrina, nem na jurisprudência. Vamos encontrar diversas denominações, variando a terminologia utilizada pelos autores, originando, dessa forma, inúmeras controvérsias sobre a natureza desses direitos. Apesar de ser predominante a denominação direitos de personalidade, consagrada por Gierke Windscheid e Campo Grande, denominam-nos de direitos sobre a própria pessoa; Koehler, de direitos individuais; Rotondi, de direitos personalíssimos; Gangi e De Cupis, de direitos essenciais da pessoa ou fundamentais da pessoa.<sup>172</sup>

O que, acima de tudo, deve-se ressaltar, é que, apesar de toda essa confusão terminológica representar um desafio para a dogmática mais afeita à busca pela precisão conceitual, essas variadas designações demonstram que se vive em uma época em que todo o direito tem como objetivo a tutela da pessoa, das mais variadas formas. O direito público, o direito privado e a filosofia do direito antevêm na proteção da pessoa, e sua intrínseca dignidade, o objetivo primordial da axiologia que se deve imprimir à nova ordem jurídica. Tal compreensão, entretanto, não impede que se busque, num trabalho científico, a utilização mais correta dos termos, para que sua compreensão esteja baseada em parâmetros adequados, que possibilitem uma correta análise histórica, dogmática e principiológica dos institutos em análise.

### **4.3 A axiologia dos direitos fundamentais**

Desde as revoluções oitocentistas, os novos regimes constitucionais passaram a estabelecer a proteção dos direitos fundamentais. A partir da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, a existência de tais listas de direitos se tornou obrigatória na

---

<sup>171</sup> MORAES, Walter. *Concepção tomista de pessoa: um contributo para a teoria do direito da personalidade*. Revista Forense, São Paulo, n. 590, 14 dez. 1984.

<sup>172</sup> SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 71.

nova concepção protetiva do homem. Sendo assim, analisar as modernas teorias que circunscrevem o tema permite compreender a relação desses direitos, considerados fundamentais dentro do âmbito estatal, com as teorias que paralelamente consagraram as liberdades e os direitos da pessoa, como pressupostos para a tutela do ser humano em toda a sua completude.

Os direitos fundamentais são frutos de opções axiológicas de uma sociedade, são resultado da escolha de determinados valores que passam a ser considerados essenciais em dado período histórico. Autores como Norberto Bobbio afirmaram a existência de três tentativas de justificação de tais direitos. Inicialmente, buscava-se deduzi-los como dados objetivos, constantes da natureza humana. Também foram considerados como verdades evidentes, em si mesmas, e, por fim, entendidos como produto do consenso geral.<sup>173</sup>

A análise da denominada natureza jurídica de um instituto permite definir sua essência jurídica e, conseqüentemente, justificar a escolha de seus valores. Particularmente, tal análise foi considerada tarefa bastante árdua pelos estudiosos do direito no que tange ao estudo dos direitos fundamentais, na qual inúmeras correntes do pensamento jurídico se colocaram em debate ao longo da própria evolução histórica.

No início da discussão, destaca-se o pensamento jusnaturalista que compreendia os direitos fundamentais como a extensão jurídico-positiva dos direitos naturais. Particularmente, a doutrina do jusracionalismo, de natureza também subjetivista, entendia os direitos fundamentais como expressões da natureza humana racional, de caráter universal e independente do reconhecimento jurídico. No entanto houve forte crítica a essa doutrina, devido à sua imprecisão conceitual ao se referir a uma incerta natureza humana. Criticou-se, assim, o propagado caráter de universalidade desses direitos, pois a própria experiência histórica demonstraria que o conteúdo e a quantidade de tais direitos teriam mudado constantemente.

Outra corrente do pensamento que propôs uma teoria acerca dos direitos fundamentais foi a do jusnaturalismo axiológico. De acordo com os ensinamentos de Perez Luño, essa corrente defendia que os direitos fundamentais seriam uma ordem composta por valores jurídicos suprapositivos. Os defensores de tal doutrina, como Max Scheler, inspirado na fenomenologia de Husserl, e Nicolai Hartmann, partiram da premissa de que o fundamento desses direitos seria a dignidade humana, interpretada

---

<sup>173</sup> BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2004. p. 21.

como a expressão das condições antropológicas e culturais do homem, que o tornam diferente dos outros seres. Interessante perceber que, para os autores dessa corrente, tais condições seriam, dentre outras, a liberdade, a linguagem e a racionalidade.<sup>174</sup> Vê-se, assim, que, desde o início do desenvolvimento doutrinário, a liberdade, entendida como o agir livre, serviu como um dos pressupostos para definir a essência dos direitos fundamentais. Esse desenvolvimento alcançado pelo jusnaturalismo axiológico justificou a sua própria terminologia, pois passou a haver uma preocupação com o grau de consenso e de aceitação social que esses direitos adquiririam, pois, como afirmou Bobbio, “não seria possível dissociar os direitos fundamentais de sua historicidade”.<sup>175</sup>

Sendo assim, torna-se possível afirmar que a noção de historicidade dos direitos fundamentais não contradiz, ao contrário, possibilita uma interpretação em que se visualize a existência de certa hierarquização de tais direitos. Tal visão foi essencial, por exemplo, na consagração de alguns dos principais documentos protetivos do último século, como o Pacto de San José da Costa Rica, que delimitou, em seu artigo 27.2, o que considerava ser um núcleo essencial de tais direitos, que, mesmo em situações de emergência, não permitiriam quaisquer suspensões. Dessa forma, tornou-se correto o entendimento de que tais direitos teriam uma fundamentalidade que impossibilita ofensas em quaisquer de seus níveis. Poder-se-ia, assim, afirmar que, numa hipotética escala, os direitos fundamentais relacionados no artigo 27.2 seriam estes os considerados hierarquicamente superiores:

#### Artigo 27 – Suspensão de garantias

2. A disposição precedente não autoriza a suspensão dos direitos determinados nos seguintes artigos: 3º (direito ao reconhecimento da personalidade jurídica), 4º (direito à vida), 5º (direito à integridade pessoal), 6º (proibição da escravidão e da servidão), 9º (princípio da legalidade e da retroatividade), 12 (liberdade de consciência e religião), 17 (proteção da família), 18 (direito ao nome), 19 (direitos da criança), 20 (direito à nacionalidade) e 23 (direitos políticos), nem das garantias indispensáveis para a proteção de tais direitos. (Pacto de San José da Costa Rica)

O jusnaturalismo axiológico, apesar da enorme influência que exerceu, também não ficou livre das críticas. Criticou-se a sua falta de objetividade, por tratar-se de uma

---

<sup>174</sup> PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. Madrid: Tecnos, 1995. p. 138-141.

<sup>175</sup> BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2004. p. 18-19.

teoria demasiadamente intuitiva e que possibilitaria arbitrariedades. As críticas, dessa forma, permitiram o desenvolvimento de outras doutrinas em paralelo. Defenderam-se os direitos fundamentais como valores éticos e não como valores existentes *per se*, como entendiam os jusnaturalistas. Sustentou-se também que os direitos fundamentais seriam direitos morais, pois estariam relacionados ao princípio da dignidade humana. E, dessa forma, como ensina Castán Tobeñas, “dessa ideia, de dignidade humana, derivariam outros direitos, como o próprio direito à liberdade”.<sup>176</sup>

Todavia, na atualidade, a melhor compreensão acerca dos direitos fundamentais é seu entendimento como normas enunciativas de princípios jurídicos, como ensina Robert Alexy. Para entender tal doutrina, faz-se necessário, primeiramente, compreender a própria definição que se pode dar à norma. Como afirma Kelsen, norma seria “o sentido de um ato através do qual uma conduta é prescrita, permitida, ou, especialmente, facultada, no sentido de adjudicada à competência de alguém”.<sup>177</sup> Tal expressão é utilizada no sentido objetivo de dever ser, como um querer, um ato de vontade regulando o comportamento da pessoa.

Alexy, por sua vez, acrescentou à teoria a noção de que norma seria também um enunciado deôntico, uma das espécies dos denominados enunciados normativos. O jusfilósofo defendeu que, para a identificação desse enunciado, deve-se levar em conta o contexto, pois haveria uma clara distinção entre a norma e o enunciado normativo de direito fundamental, porque, enquanto o enunciado estaria contido, por exemplo, num determinado capítulo da constituição, a norma se relacionaria, particularmente, a um direito fundamental determinado. A teoria de Alexy utilizou-se do critério estrutural, no qual o direito fundamental decorreria de uma verdadeira norma de direito fundamental, que estabelecesse, por sua vez, um direito subjetivo.<sup>178</sup>

Os críticos dessa teoria entenderam, inicialmente, que seria muito difícil estabelecer uma adequada precisão para tais enunciados, o que poderia causar uma atecnia advinda dessa abertura semântica e estrutural, constatada nas várias normas constitucionais consagradoras de direitos fundamentais, particularmente os positivados na legislação infraconstitucional. A solução para tais questionamentos se daria apenas na própria análise da estrutura dessas normas de direito fundamental. Alexy propôs,

---

<sup>176</sup> TOBEÑAS, José Castan. *Los derechos del hombre*. Madrid: Editorial Reus, 1976. p. 37.

<sup>177</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 6.

<sup>178</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª ed. alemã. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 53-58.

assim, a divisão em dois grupos fundamentais: as regras e os princípios. Haveria, dessa maneira, a associação dos direitos fundamentais a valores e, por outro prisma, haveria sua interpretação como regras positivadas de caráter obrigatório. Para o autor, os direitos fundamentais seriam princípios normativos, em uma noção *prima facie*, na qual a resolução dos conflitos seria possibilitada pelo critério da ponderação.<sup>179</sup>

A concepção axiológica dos direitos fundamentais, moldada no pensamento de Rudolf Smend e reinterpretada a partir da noção normativa de Alexy, possibilitou a formulação da denominada teoria da dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Tal dimensão permitiu a formação de um sistema valorativo, calcado na dignidade da pessoa humana que, dessa forma, se ligaria “[...] à ideia de que os direitos fundamentais devem ser exercidos no âmbito da vida societária e que a liberdade a que eles aspiram não é anárquica, mas social”.<sup>180</sup>

A dimensão objetiva dos direitos fundamentais, verdadeiro processo de mutação axiológica na interpretação desses direitos, permite que:

[...] o conteúdo essencial de um direito fundamental deve ser definido com base no significado desse direito para a vida social como um todo. Isso significaria dizer que proteger o conteúdo essencial de um direito fundamental implica proibir restrições à eficácia desse direito que o tornem sem significado para todos os indivíduos ou para boa parte deles.<sup>181</sup>

No entanto, ressalta-se que esse caráter objetivo dos direitos fundamentais não é contrário a uma análise subjetiva. Eles se complementam. É o direito subjetivo que dá proteção ao sujeito quando seu direito fundamental é violado. A noção objetiva oferece o substrato axiológico, enquanto a dimensão subjetiva permite sua concretude.

Dessa forma, os direitos fundamentais, incluindo os direitos de defesa, passam a ser valorados também do ponto de vista social, não mais se restringindo a um aspecto subjetivista puro. Com isso, desenvolve-se também um caráter transindividual para tais direitos. Ao Estado caberia a função de zelar por sua proteção, incluindo a necessidade de uma atuação preventiva e a adoção de medidas de diversas naturezas, que

---

<sup>179</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª ed. alemã. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 136.

<sup>180</sup> SARMENTO, Daniel. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 256.

<sup>181</sup> SILVA, Virgílio Afonso. *Direitos fundamentais - conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 185.

correspondessem aos denominados deveres de proteção, decorrentes da própria axiologia dessa dimensão. Sendo assim, o Poder Público passou a ter também o dever de interpretar e reproduzir o direito infraconstitucional por meio de uma noção calcada nos direitos fundamentais, possibilitando outro fenômeno: a eficácia irradiante.

Com essa nova interpretação dos direitos fundamentais, a partir de uma dimensão objetiva, tornou-se possível vislumbrar seu valor basilar: a dignidade humana, como já entendia Daniel Sarmiento, a partir do pensamento de Foucault:

A ideia, enfim, é de que a realização efetiva da dignidade da pessoa humana, no quadro de uma sociedade complexa, onde o poder não repousa apenas nas mãos do Estado, mas antes se dilui por múltiplas instâncias sociais capilares, depende da existência de políticas públicas e de instituições adequadas, sem as quais as promessas emancipatórias dos direitos fundamentais não passarão de mera retórica.<sup>182</sup>

É certo afirmar que a dignidade nasce com o indivíduo, constituindo, assim, princípio superior, fruto da conjuntura entre a noção de autonomia e de alteridade. Seu conceito, no entanto, pode ser considerado de caráter fluido e multidisciplinar, não sendo algo dado pelo Estado, e sim intrínseco ao próprio homem, construído a partir de uma conjuntura histórica e social. De acordo com a fórmula do objeto de Kant, existiria um caráter negativo da dignidade da pessoa humana, no qual se deixa claro que não é possível tratar o ser humano como meio, mas sim apenas como um fim em si mesmo. Na própria jurisprudência do tribunal alemão, já há entendimento de que, quando o ser humano é tratado como objeto, isso corresponderia à verdadeira violação de sua dignidade, pois a própria raiz etimológica do termo provém do latim *dignus*, que significa aquele que é importante, merecedor de estima e de honra.<sup>183</sup>

Hoje, não há mais dúvida de que a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, valor supremo e núcleo interpretativo das relações abrigadas dentro do ordenamento pátrio. A dignidade, mais que direito, também se apresenta como atributo que todos possuem, independentemente de sua

---

<sup>182</sup> SARMENTO, Daniel. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 257.

<sup>183</sup> SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Tradução de Beatriz Hennig, Leonardo Martins, Mariana Bigelli de Carvalho, Tereza Maria de Castro e Vivianne Geraldine Ferreira. Montevideo: Konrad-Adenauer Oficina, 2005. p. 177-187.

condição. A dignidade, dessa forma, coloca-se como núcleo em torno do qual gravitam os direitos fundamentais. E, desse modo, direitos como o da liberdade e da personalidade acabam servindo de instrumentos protetivos que emanariam tal dignidade.

#### 4.4 A eficácia dos direitos fundamentais

A Constituição da República de 1988 trouxe grande mudança, no que tange ao estudo da eficácia dos direitos fundamentais. O art. 5º, §1º dita que: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Tal norma tem inspiração em várias ordens constitucionais.<sup>184</sup>

Inicialmente, deve-se partir do pressuposto de que todas as normas constitucionais, de direitos fundamentais ou não, têm algum tipo de eficácia, pois “uma norma não autoaplicável, mesmo tendo caráter eminentemente programático e contendo princípios de natureza geral, no mínimo estabelece alguns parâmetros para o legislador, no exercício de sua competência concretizadora”.<sup>185</sup> Tomando-se a clássica definição de José Afonso da Silva, as normas constitucionais se dividiriam em três grandes grupos: normas de eficácia plena, normas de eficácia contida e normas de eficácia limitada.<sup>186</sup>

As normas de eficácia plena, no entender do publicista, são aquelas que têm aplicabilidade direta, imediata e integral, ou seja, não podem sofrer restrições. Nesse caso, a norma constitucional aplica-se diretamente ao caso concreto por ela regulado. Em tais normas, não é preciso haver outra vontade, não existindo quaisquer tipos de condições para sua aplicação, incluindo a desnecessidade de uma condição temporal. No entanto nada impede a mera regulamentação legal, o que não é possível é a lei restringir e criar exceções a essas normas. Nas palavras do autor:

[...] estabelecem conduta jurídica positiva ou negativa com comando certo e definido, incrustando-se, predominantemente, entre as regras organizativas e limitativas dos poderes estatais, e podem conceituar-se como sendo aquelas que, desde a entrada em vigor da constituição,

<sup>184</sup> Destaca-se o artigo 18/1 da Constituição portuguesa: “Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas.”

<sup>185</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais - uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 245.

<sup>186</sup> SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 82.

produzem, ou têm possibilidade de produzir, todos os efeitos essenciais, relativamente aos interesses, comportamentos e situações, que o legislador constituinte, direta e normativamente, quis regular.<sup>187</sup>

Por sua vez, as normas de eficácia contida têm também a mesma aplicabilidade direta e imediata das normas de eficácia plena; sua distinção ocorre por elas poderem ser restringidas por ato de competência legislativa infraconstitucional. Por fim, existiriam também, na classificação do publicista, as denominadas normas de eficácia limitada, que têm como característica uma aplicabilidade indireta e mediata. Indireta, pois depende de outra vontade para ser aplicada ao caso concreto e, mediata, porque depende de determinada condição para ser aplicada. Não é uma norma autoexecutável. Consideraram-se existentes duas espécies de normas de eficácia limitada: aquela consagrada de um princípio institutivo e aquela que emana princípio programático.

Dentre outras classificações, consagradas na doutrina pátria, faz-se necessário destacar as classificações de autores como Uadi Lammego Bullos, que considera a existência também de normas de eficácia exaurida ou esvaída, que seriam aquelas normas que têm eficácia, mas que, após a sua aplicação ao caso concreto, se exaurem, como se exemplifica com as normas contidas no ADCT.<sup>188</sup> Destaca-se, também, o pensamento de Maria Helena Diniz, que considera a existência de normas de eficácia absoluta ou supereficazes, que têm a mesma aplicabilidade das normas de eficácia plena, não podendo ser restringidas por lei, mas que também não podem ser restringidas nem por emenda constitucional, como seriam as cláusulas pétreas.<sup>189</sup> Modernamente, salienta-se a classificação de Luís Roberto Barroso, que distingue as normas constitucionais em: normas de organização, normas definidoras de direito (dentre estes, os direitos fundamentais) e normas programáticas.<sup>190</sup>

Particularmente, no que tange às normas constitucionais de direitos fundamentais, a regra consagrada no art.5º, §1º, que determina à aplicação imediata a todos, deve abarcar os direitos fundamentais que também não constam do rol do artigo quinto, pois a norma, ao enunciar os “direitos e garantias fundamentais”, não os restringe aos direitos individuais e coletivos. O objetivo é claro: impedir o esvaziamento

---

<sup>187</sup> SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 101.

<sup>188</sup> BULLOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 401.

<sup>189</sup> DINIZ, Maria Helena. *Norma Constitucional e seus efeitos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 109-111.

<sup>190</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas - limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1993. p. 281.

de conteúdo dos direitos fundamentais, não os tratando como simples normas programáticas. Portanto pode-se afirmar que, quanto aos direitos fundamentais, a eficácia seria sempre direta e imediata.

Sendo assim, para compatibilizar a teoria de José Afonso da Silva com esse ditame constitucional, deve-se distinguir, inicialmente, o que seria aplicação do significado de aplicabilidade. A teoria do autor enuncia que tanto as normas de eficácia plena quanto as de eficácia contida teriam “aplicabilidade” direta e imediata, e as de eficácia limitada teriam “aplicabilidade” mediata ou indireta. A aplicabilidade se relacionaria à necessidade, ou não, de providências ulteriores para a complementação da eficácia da norma, enquanto o termo aplicação – imediata no caso dos direitos fundamentais – significaria a possibilidade de a norma possuir os meios aptos à incidência nos fatos e nas situações que ela regula. Sendo assim, José Afonso da Silva afirma que, em regra, os direitos de primeira dimensão, particularmente as liberdades fundamentais, teriam aplicabilidade imediata, enquanto os direitos econômicos, sociais e culturais, correspondentes aos direitos de segunda dimensão, poderiam ter, ou não, tal aplicabilidade imediata, principalmente quando se relacionarem a normas de conteúdo programático, ou mesmo aquelas de caráter social, como se exemplificaria no direito à greve. Já a aplicação das normas de direito fundamental, de acordo com o sentido do art.5º,§1º,

[...] em primeiro lugar, significa que elas são “aplicáveis” até onde as instituições ofereçam condições para seu atendimento. Em segundo lugar, significa que o Poder Judiciário, sendo invocado a propósito de uma situação concreta nelas garantida, não pode deixar de ‘aplicá-las’ conferindo ao interessado o direito reclamado, segundo as instituições existentes.<sup>191</sup>

Ressalta-se, entretanto, que há entendimento moderno de não haver também essa diferença entre aplicação e aplicabilidade, pois todas as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais teriam ambas. Tal entendimento é antevisto, por exemplo, na doutrina de Virgílio Afonso da Silva.<sup>192</sup>

No âmbito dessa aplicação, ao definir que ela é imediata, a Constituição estabeleceu uma verdadeira “vinculação de todos os órgãos públicos e particulares aos

---

<sup>191</sup> SILVA, José Afonso. *Comentário contextual à constituição*. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 178.

<sup>192</sup> SILVA, Virgílio Afonso. *Direitos Fundamentais- conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 218/224.

direitos fundamentais, no sentido de que os primeiros estão obrigados a aplicá-los, e os particulares a cumpri-los, independentemente de qualquer ato legislativo ou administrativo”.<sup>193</sup> A regra constitucional acabou por vincular a atividade judiciária, que buscaria alcançar também a maior eficácia possível de tais direitos, pois, como comenta Ingo Wolfgang Sarlet, sem aduzir à diferença entre aplicação e aplicabilidade:

[...] no concernente aos direitos fundamentais, a aplicabilidade imediata e eficácia plena assumem a condição de regra geral, ressalvadas exceções que, para serem legítimas, dependem de convincente justificação à luz do caso concreto, no âmbito de uma exegese calcada em cada norma de direito fundamental e sempre afinada com os postulados de uma interpretação tópico-sistemática.<sup>194</sup>

Várias teorias, a partir de então, desenvolveram-se sobre a forma como os direitos fundamentais poderiam ser aplicados nas diversas relações em sociedade. Não há dúvidas de que, na relação com o Estado, a aplicação sempre foi considerada como sendo de forma direta, enquanto, contrariamente, uma aplicação apenas reflexa corresponderia a uma eficácia indireta, ou mediata, de tais direitos, que boa parte da doutrina entendeu por ser o tipo de eficácia circunscrita às relações entre os particulares.

Historicamente, o tema da aplicação dos direitos fundamentais na relação entre os particulares é de discussão moderna, mas já bastante controversa na doutrina e na jurisprudência. Inicialmente, na doutrina alemã, como foi o caso de autores como Mangoldt e Fosthoff, negou-se por completo a eficácia dos direitos fundamentais à relação entre os particulares, por vislumbrar que tais direitos seriam apenas aqueles direitos de defesa em face do Estado. Fosthoff, por exemplo, chegou a invocar o argumento de que a eficácia horizontal dos direitos fundamentais corresponderia ao rebaixamento da constituição, de norma, à mera ordem de valores.<sup>195</sup>

A doutrina do *state action* é o exemplar desta postura que nega a aplicação dos direitos fundamentais à relação entre os particulares. Desenvolvida nos Estados Unidos, os principais objetivos do *state action* são evitar que a União intervenha na autonomia dos estados federados com o pretexto de aplicar o direito constitucional às relações

---

<sup>193</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais - uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 268-269.

<sup>194</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais - uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009. p. 271.

<sup>195</sup> SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006. p. 226-238.

particulares e, assim, evitar a interferência da União no denominado espaço de conduta privada. Tal teoria ainda hoje é tida como majoritária nos Estados Unidos, apesar de seus argumentos já terem sido superados em países de direito romano-germânico.

Outro teoria que se desenvolveu principalmente com o intuito de oferecer uma contrapartida à teoria da eficácia direta, foi a denominada teoria da eficácia horizontal mediata ou indireta dos direitos fundamentais (*Mittelbare Drittwirkung*), desenvolvida particularmente na doutrina alemã por Gunter Durig, em meados do século passado, tornando-se a concepção dominante na doutrina e na jurisprudência daquele país.<sup>196</sup>

Para a teoria da eficácia mediata, os direitos fundamentais não ingressam na seara privada como direitos subjetivos, que podem ser invocados diretamente a partir da Constituição. Essa ponte é feita através das cláusulas gerais e dos conceitos jurídicos indeterminados acolhidos pelo legislador infraconstitucional, que deve, assim, respeitar os valores subjacentes aos direitos fundamentais: “Neste sentido, a teoria da eficácia mediata liga-se à concepção da Constituição como ordem de valores, centrada nos direitos fundamentais e, em especial, no princípio da dignidade da pessoa humana.”<sup>197</sup> Para alguns autores, como Konrad Hesse, a eficácia indireta seria uma forma de preservar a autonomia do direito privado frente ao direito público, pois os direitos fundamentais continuariam sendo protegidos, mas a partir de instrumentos próprios do direito privado.

Nessa teoria, a aplicação dos direitos fundamentais, aos particulares, seria tarefa dada ao legislador, que haveria de ponderar a aplicação dos princípios constitucionais com a preservação da autonomia privada:

ao judiciário sobriria o papel de preencher as cláusulas indeterminadas criadas pelo legislador, levando em consideração os direitos fundamentais, bem como o de rejeitar, por inconstitucionalidade, a aplicação das normas privadas incompatíveis com tais direitos.<sup>198</sup>

---

<sup>196</sup> SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no Direito Comparado e no Brasil. In: BARROSO, Luis Roberto (Org.). *A nova interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 210.

<sup>197</sup> SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no Direito Comparado e no Brasil. In: BARROSO, Luis Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 211.

<sup>198</sup> SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no Direito Comparado e no Brasil. In: BARROSO, Luis Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 212.

Por fim, a teoria da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais dita que tais direitos são invocáveis nas relações entre os particulares, sem necessitar de uma mediação pelo juiz, ou pelo legislador, justificando a possibilidade de os próprios particulares serem ofensores dos direitos fundamentais de terceiros. Parte-se da ideia de uma verdadeira completude do ordenamento jurídico, de uma unidade da ordem jurídica que, por sua vez, é diretamente afetada pelas normas de direitos fundamentais. Aplicar-se-ia o denominado princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais, também chamado de princípio da interpretação efetiva, que orienta o intérprete a atribuir aos direitos fundamentais o sentido que lhes dê maior efetividade, visando otimizar seu comando normativo.

Essa teoria, desenvolvida inicialmente por Hans Carl Nipperdey e Walter Leisner não teve aceitação completa no direito germânico, mas recebeu acolhida em países como Espanha e Portugal, e vem sendo considerada a doutrina aceita pelo direito pátrio, principalmente a partir das recentes decisões do Supremo Tribunal Federal.<sup>199</sup>

Como síntese das duas últimas teorias, pode-se afirmar que, recentemente, surgiu a já mencionada teoria dos deveres de proteção, desenvolvida por autores como Joseph Isensee e Claus-Wilhelm Canaris. A teoria não parte apenas de uma noção de direito subjetivo do particular frente ao Estado, no que tange à tutela de seus direitos fundamentais. Ao Estado não caberia apenas o dever de se abster da ofensa aos direitos fundamentais, mas também a função de protegê-los. Tal teoria, ao mesmo tempo em que reafirma o valor axiológico dos direitos fundamentais, apregoados pela teoria da eficácia mediata, entende que os particulares estão, sim, vinculados a tais direitos, mas que caberia ao Estado intermediar tal vinculação. O principal objetivo seria evitar o denominado ativismo judicial, propício às arbitrariedades e indeterminações próprias.

Interessante perceber que, numa visão conciliatória, destaca-se novamente a doutrina de Robert Alexy, que, em sua interpretação acerca da eficácia dos direitos fundamentais, nas relações entre os particulares, ensina não importar qual teoria a ser adotada (da eficácia imediata, da eficácia mediata, ou mesmo dos deveres de proteção), pois todas afirmariam, de uma forma ou de outra, que os direitos fundamentais seriam irradiados às relações particulares, dependendo apenas da ponderação de interesses no caso concreto. O autor busca, assim, conciliar as três correntes por meio de um modelo de três níveis de efeitos: o nível dos deveres do Estado, o nível dos direitos frente ao

---

<sup>199</sup> STF, RE 201819/RJ.

Estado e o nível concernente às relações entre os sujeitos privados. No primeiro nível, posicionar-se-ia a teoria da eficácia mediata, pois seria dever do juiz respeitar axiologicamente os ditames advindos dos direitos fundamentais. Em um segundo nível, operaria a teoria dos deveres de proteção, verdadeiro direito do cidadão frente ao Estado, a quem caberia fomentar os direitos fundamentais nas relações privadas. E, por fim, a teoria da eficácia imediata se daria nas próprias relações entre os particulares.<sup>200</sup>

Tendo em vista as teorias acerca da aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas, torna-se possível correlacionar corretamente as liberdades públicas e os direitos personalísticos a essas teorias, não mais apenas repetindo a fórmula batida de que os primeiros corresponderiam a uma eficácia vertical, e os segundos seriam exemplares da denominada eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

#### **4.5 Os direitos da personalidade e as liberdades públicas nas teorias acerca da eficácia dos direitos fundamentais**

Dentre as classificações tradicionais acerca dos direitos fundamentais, tem-se que estes podem se divididos em dois grandes grupos: os direitos de defesa, clássicos do modelo liberal, e os direitos à prestação, assegurados a partir do *Welfare State*. As liberdades públicas sempre foram consideradas exemplares típicos daqueles direitos de defesa, que poderiam, assim, ser definidos:

[...] os direitos fundamentais cumprem a função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: 1) constituem, num plano jurídico-objetivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; 2) implicam, num plano jurídico-subjetivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa).<sup>201</sup>

Tais direitos reclamariam uma postura de não intervenção na autonomia privada, tanto por parte do poder estatal quanto pelos particulares. São direitos que não dependeriam de concretização legislativa, por terem exequibilidade, em si mesmos. A sua aplicação é, dessa forma, imediata. Na concepção clássica, os direitos de defesa

<sup>200</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª ed. alemã. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 529-542.

<sup>201</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Lisboa: Coimbra, 1999. p. 383.

corresponderiam a um verdadeiro dever geral de abstenção, limitando o poder estatal quanto a interferências indevidas na seara privada e permitindo o agir livre do indivíduo. Sendo assim, de acordo com Alexy, tais direitos seriam compostos por três subgrupos:

o primeiro grupo é composto por direitos a que o Estado não impeça ou não dificulte determinadas ações do titular do direito; o segundo grupo, de direitos a que o Estado não afete determinadas características ou situações do titular do direito; o terceiro grupo, de direitos a que o Estado não elimine determinadas posições jurídicas do titular do direito.<sup>202</sup>

Na visão de Alexy, os direitos de não embaraço poderiam ser exemplificados na proibição do Estado de intervir em determinadas liberdades do indivíduo, como nas suas liberdades de locomoção, de manifestação de crença, de expressão e na própria liberdade de educar os filhos. O direito de não afetar determinadas características seria exemplificado no impedimento do Estado de invadir o domicílio do indivíduo. Por fim, o direito fundamental de defesa de não eliminação de posições jurídicas corresponderia às normas atinentes à propriedade, nas quais também não caberiam interferências indevidas.<sup>203</sup>

As liberdades públicas, núcleo de defesa dos direitos fundamentais nessa concepção clássica, corresponderiam então aos direitos interpretados a partir de uma concepção verticalizada, ou seja, seriam limites à atuação dos governantes em favor da autonomia dos governados, visando à defesa de suas liberdades individuais. A importância de consagrar tais direitos de defesa é fundante na própria lógica de formação do Estado, como ensina Elimar Szaniawski:

É evidente que a principal função dos direitos fundamentais se manifesta em relação à defesa das liberdades do Estado de direito, situando-se, em primeiro plano, a proteção dos cidadãos contra os atentados praticados pelo próprio Estado. Mas, os direitos fundamentais, inseridos na Constituição, possuem um campo de atuação muito mais amplo do que a simples proteção do indivíduo contra o Estado; constituem-se, também, em legítimos preceitos para a

---

<sup>202</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª ed. alemã. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 196.

<sup>203</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª ed. alemã. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 197-198.

realização da vida social, possuindo um elevado significado para as relações entre os particulares.<sup>204</sup>

Numa abordagem mais contemporânea, em que os direitos de defesa são também interpretados a partir de seu caráter axiológico, é correto afirmar que as liberdades públicas teriam também um caráter positivo. Não o caráter positivo da definição de Canotilho, em que a abstenção do Estado equivale a uma liberdade positiva do particular, mas sim que, para sua realização, o Estado teria que implementar variadas ações a permitir uma concreta existência e posterior aplicabilidade de tais direitos: “No caso das liberdades pode-se dizer, por exemplo, que elas exigem que o Estado aja no sentido de protegê-las e, além disso, que crie as instituições e os procedimentos necessários ao seu exercício.”<sup>205</sup>

Dessa forma, o particular estaria protegido da intervenção indevida, por parte do Estado, que teria o dever de abster-se do núcleo de autonomia do indivíduo e, ao mesmo tempo, deveria realizar ações para que essa liberdade fosse respeitada. Esse caráter positivo dos direitos de defesa, do qual as liberdades públicas se tornam exemplares, é justificado pela natureza de suas normas, que corresponderiam a “[...] formulações de cunho aberto e vago, mas que nem por isto deixam de ser diretamente aplicáveis pelos órgãos judiciais, mediante o recurso à interpretação, sem que se cogite – nesse particular – de ofensa ao princípio da separação de poderes”.<sup>206</sup>

Contra-pondo-se aos direitos de defesa, considera-se a existência dos denominados direitos fundamentais à prestação, que corresponderiam, precipuamente, aos direitos sociais. Mas, como aborda Virgílio Afonso da Silva, não há uma correspondência total, pois, como demonstrado, as próprias liberdades públicas juntamente com os direitos políticos podem exigir uma prestação por parte do Estado. No caso dos direitos políticos, é fácil vislumbrar tal afirmativa na necessidade que o Estado tem, por exemplo, de regular o processo eleitoral. Salienta-se, todavia, que, da mesma forma que os direitos de defesa podem necessitar de condutas positivas para sua efetivação, os direitos à prestação também podem corresponder a direitos negativos,

---

<sup>204</sup> SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de Personalidade e sua tutela*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 100.

<sup>205</sup> SILVA, Virgílio Afonso. *Direitos fundamentais - conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 78-79.

<sup>206</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais - uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 293.

como no caso do direito à saúde, no qual não basta ao Estado prestar o serviço adequadamente e sim que também se abstenha de prejudicar a saúde da população.<sup>207</sup>

A garantia desses direitos prestacionais vem se mostrando importante na própria lógica da defesa das liberdades públicas, porque somente em um Estado em que há real justiça social torna-se possível que o indivíduo exerça suas liberdades, o que impede a formulação da velha crítica acerca do caráter apenas formal das liberdades públicas.

Sendo assim, após o entendimento dessa nova concepção, é possível reinterpretar a teoria de José Afonso da Silva também no que tange à eficácia dos direitos fundamentais. O publicista ensina que as liberdades públicas se classificariam como normas de eficácia plena, por isso irrestringíveis e sem necessidade de regulamentação, devido a sua não dependência de uma intermediação por parte do legislador.<sup>208</sup> A partir da nova concepção, todas as normas de direitos fundamentais, incluindo as consagradoras de liberdades públicas, podem, sim, ser restringidas e necessitar, sim, de intervenção legislativa, pois, ao afirmar que determinadas normas são de eficácia plena e que outras, mais relacionadas aos direitos de cunho prestacional, são de eficácia limitada, confundir-se-ão novamente os conceitos, no caso, o de eficácia com o de efetividade. Todas as normas têm o escopo de produzirem efeitos jurídicos, diferenciando-se apenas no seu grau de efetividade, ou seja, nas condições fáticas de atuarem dentro de uma realidade concreta.<sup>209</sup> Isso se justificaria, pois, “a partir do pressuposto teórico da teoria dos princípios e do conteúdo essencial relativo, do suporte fático amplo e da teoria externa, os direitos fundamentais não podem ser considerados irrestringíveis”.<sup>210</sup>

A justificativa é que as liberdades públicas não podem ser compreendidas como direitos meramente de cunho liberal, como inicialmente foram formulados. Entendê-las como mero dever de abstenção, por parte do Estado, é uma interpretação insuficiente dentro do neoconstitucionalismo. Exemplifica-se com o caso do clássico direito à propriedade:

---

<sup>207</sup> SILVA, Virgílio Afonso. *Direitos fundamentais - conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 79.

<sup>208</sup> SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 140.

<sup>209</sup> SILVA, Virgílio Afonso. *Direitos fundamentais - conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 238.

<sup>210</sup> SILVA, Virgílio Afonso. *Direitos fundamentais - conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 227.

A norma que garante o direito de propriedade, enquanto norma que apenas exige uma abstenção estatal seria de eficácia plena e aplicabilidade imediata. Mas o direito de propriedade só é pleno se, de fato, o Estado cumprir seu dever de protegê-lo. Para tanto, é necessário legislar, criar e manter organizações – polícia, Poder Judiciário etc.; é necessário criar um registro de imóveis; é necessário pensar em procedimento para a aquisição de propriedade – dentre outras várias ações necessárias.<sup>211</sup>

Dessa forma, a partir da dualidade conceitual – direitos de defesa e direitos à prestação – torna-se possível vislumbrar as liberdades públicas como exemplares máximos dos primeiros, baseado numa concepção subjetiva dos direitos fundamentais e a partir da denominada eficácia vertical de tais direitos. No entanto, depois de fazer todas as ponderações sobre a mais adequada forma de interpretá-las, tendo como parâmetro a dimensão objetiva dos direitos fundamentais e as corretas noções de eficácia, efetividade, aplicação e aplicabilidade de tais direitos se permite também vislumbrar os direitos da personalidade dentro da lógica dos direitos fundamentais. Será igualmente essa dimensão objetiva que dará o substrato para a compreensão da denominada eficácia horizontal.

Ressalta-se, primeiramente, que o próprio termo “eficácia horizontal” vem sendo criticado por parte da doutrina, pois, na verdade, não haveria, em muitos casos, uma relação de igualdade, assim entendida como aquela estabelecida num mesmo plano. Isso se explica pela existência do poderio econômico de grandes empresas, que agem em verdadeira relação de superioridade factual, quando contrapostos aos particulares. Dessa forma, não se estaria diante de uma perfeita horizontalidade como o termo *a priori* indicaria.

A eficácia horizontal dos direitos fundamentais é decorrência da existência da denominada eficácia irradiante desses direitos. De acordo com essa teoria de formulação germânica, os direitos fundamentais cumpririam a função de ser o centro de análise de todas as questões atinentes tanto à atuação do Estado – nos seus três níveis de poder – quanto às relações dos particulares. A eficácia irradiante advém da noção defensora da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, ou seja, de que eles não serviriam apenas como poderes frente ao Estado e, sim, como componentes de uma ordem de valores. A eficácia irradiante permite, então, que os direitos fundamentais se tornem diretrizes para a aplicação, por parte do juiz, de toda legislação infraconstitucional, incluindo a

---

<sup>211</sup> SILVA, Virgílio Afonso. *Direitos fundamentais - conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 236.

privatista, além de servirem também como parâmetro para o próprio controle de constitucionalidade. Nessa perspectiva, os direitos fundamentais passariam a ter verdadeira eficácia dirigente, pois conteriam ordens dirigidas ao Estado, para que os concretizem, e aos particulares, para que os respeitem.

Assim, os direitos de personalidade se posicionariam dentro desse parâmetro de eficácia irradiante, pois, aceitando-se a teoria que dita que os direitos fundamentais têm aplicação direta e imediata às relações particulares, os direitos da personalidade acabariam atuando como os direitos fundamentais a serem respeitados numa axiologia em que se defendam os bens fundamentais da pessoa humana. Realça-se o fato de que todos os direitos da personalidade são direitos fundamentais, mesmo que a recíproca não seja verdadeira. A adoção de um direito geral da personalidade apenas ampliaria o rol dos bens que serviriam de substrato a fundamentar tal aplicabilidade irradiante. E caberia, assim, à própria lógica privada formular a abrangência de tais direitos que passariam a proteger os novos bens da personalidade humana.

Feitas tais interpretações acerca dos direitos da personalidade e das liberdades públicas e considerando a existência das teorias acerca da eficácia dos direitos fundamentais, já se torna possível adentrar no estudo de como tais institutos poderiam relacionar-se de forma mais acurada. Interpretando-os a partir da noção que antevê a completude do ordenamento jurídico, tornar-se-ia visível a consagração de novos valores, como o atinente ao livre desenvolvimento da personalidade. Permite-se, assim, a compreensão de novos mecanismos que possibilitem as mais adequadas conexões, sejam direcionadas ao intérprete, num necessário processo de ponderação, sejam oferecidas por mecanismos da moderna processualística.

## Capítulo 5 - A RELAÇÃO SIMBIÓTICA DOS INSTITUTOS

### 5.1 A necessidade da defesa da personalidade e da liberdade da pessoa no mundo atual

A defesa da personalidade não visa apenas proteger o ser humano de ofensas a algum de seus bens personalísticos, sua axiologia tem também o escopo de proteger a espécie humana como tal. É a defesa do homem como ser social, como agente cultural, com todas as virtudes que lhe são próprios. Tutela-se, assim, a própria liberdade do homem, compreendido agora como pessoa, não mais como mero indivíduo. Sua liberdade passa a ser entendida tanto como um dos bens formadores de sua personalidade, como um dos pressupostos que possibilitem o desenvolvimento dessa personalidade.

Atualmente, o estudo acerca dos denominados direitos prestacionais, decorrentes da visão de um Estado social, que tem como função garantir os meios materiais mínimos para a dignidade humana, acabou por deixar em segundo plano o estudo das liberdades públicas, com o argumento de corresponderem a uma visão ultrapassada de direitos, ou como a tão difundida classificação dita: direitos de outra geração. No entanto, defender as liberdades como um dos núcleos axiológicos dos direitos fundamentais supre quaisquer críticas quanto a um suposto caráter meramente formal desse instituto, como anteriormente analisado.

É inegável que se volta a viver em um período de constantes restrições às liberdades individuais, com a justificativa de se vivenciar um estado preocupado com a segurança do cidadão. Esse enfraquecimento das liberdades individuais, ou dos *civil rights* na concepção norte-americana, só tende a impossibilitar o desenvolvimento do ser humano em toda sua plenitude. É cada vez mais restringida a liberdade pessoal que permitiria o agir de acordo com os próprios atributos, mesmo não negando a existência de uma noção de alteridade. Vive-se a lógica da repressão, que privilegia conceitos vagos, como o “bem-comum” e a “ordem pública”, criminalizam-se condutas visando à proteção de bens da imprecisão conceitual de “saúde pública”, pois, afinal, o que viriam a ser tais conceitos, se não terminologias vagas que dão à autoridade uma discricionariedade maior do que deveriam ser suas reais atribuições.

A história demonstra que, em prol de defender a coletividade e justificar, dessa forma, o enfraquecimento das liberdades individuais, aconteceram grandes barbáries ao longo dos séculos. Soma-se isso ao fato de que no mundo moderno se vive com a peculiaridade de uma grande revolução tecnológica, facilitadora da utilização de diversos instrumentos de controle sobre o cidadão. É necessário, assim, estar atento para a fragilização que os ditos direitos de defesa vêm sofrendo. O ensinamento de Bobbio se faz fundamental nesse sentido:

Assim como a não liberdade nasce continuamente no próprio seio da liberdade, também se pode dizer que a liberdade renasce continuamente no próprio seio da não liberdade. É quase como se, a toda intensificação das novas formas de domínio, correspondesse um aguçamento da necessidade de liberdade. Ao mesmo tempo, quanto mais se multiplicam as insídias do poder, tanto mais se fortificam as defesas da liberdade.<sup>212</sup>

Este novo tempo faz surgir novos direitos, novos conhecimentos, necessitando, assim, de novas liberdades para serem tuteladas. Destacam-se os novos direitos de defesa, como a liberdade de informação, a liberdade da informática, a liberdade na área da manipulação genética – esta compreendida também como o direito de não submeter-se a ela. Até mesmo vislumbra-se a transformação de direitos sociais em verdadeiros direitos de liberdade, como ocorre com a liberdade advinda da associação sindical. É possível, dessa forma, afirmar a inegável defesa deste renovado conjunto de liberdades públicas, ou mesmo conclamar um direito geral de liberdade, num Estado que se afirma democrático.

Deve-se ter, no entanto, o cuidado de não confundir a liberdade com o egoísmo. Ser livre é poder desenvolver seus atributos, mas numa relação com o outro, respeitando os limites que a própria liberdade deste também lhe impõe. A própria antropologia contemporânea alicerçou-se tanto na ideia de personalismo quanto na do existencialismo, definindo o homem numa constante relação de alteridade, pois, como analisa Juan de Sahagun Lucas, “o núcleo essencial do personalismo está na abertura ao outro, enquanto dimensão constitutiva da pessoa”.<sup>213</sup>

---

<sup>212</sup> BOBBIO, Norberto. *Igualdade e Liberdade*. 5. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002. p. 92.

<sup>213</sup> LUCAS, Juan de Sahagun. *Las dimensiones del Hombre: antropología filosófica*. Salamanca: Sígume, 1996. p. 174.

Garantir esse núcleo protetivo, que se transmuda na defesa de sua liberdade, acaba por permitir a realização desse homem contemporâneo, um homem fragmentado, que cada vez mais se afasta de uma noção ampla de realização humana, para adequar-se a um universo de realizações. Ou seja, é um homem em busca de realização pessoal, profissional, cultural, social, dentre tantas outras. É nesse contexto que se vislumbra a verdadeira personalidade ôntica do indivíduo, na qual se dá valor, concomitantemente, à aceção psíquica da personalidade e à necessária abertura relacional. É o eu-no-mundo, base da própria necessidade de se ater a um direito geral de personalidade. Neste pensar, posiciona-se Maria Helena Damasceno e Silva Megale:

Na sociedade tecnológica, é da solidão do eu encerrado na subjetividade egoística que parte a dominação do outro, na família, no Estado, entre os povos. O outro passa a ser simplesmente coisa, visado pela subjetividade, que assim o intenciona, colocando-o numa relação de objetividade. Daí os delitos contra a intimidade do ser humano, que passa a ser visado, então, como coisa a ser tematizada. Daí o desrespeito e a invasão de estados. O outro coisificado, não apto a participar de uma relação de reciprocidade, não é reconhecido pelo sujeito como polo de uma relação, que poderia ser intersubjetiva, mas tematizado como objeto numa relação de objetividade, ou seja, relação de subordinação.<sup>214</sup>

Sendo assim, nenhuma outra liberdade pública que, por sua vez, também é um direito da personalidade, está sendo tão ameaçada quanto o direito à intimidade. As violações a esse direito se fazem tão presentes no cotidiano que quase se tornaram imperceptíveis, ou pior, consideradas normais. Nesse sentido, vale a lição de Maria Celina Bodin de Moraes:

O princípio da liberdade individual se consubstancia, hoje, numa perspectiva de privacidade, de intimidade, de livre exercício da vida privada. Liberdade significa, cada vez mais, poder realizar, sem interferências de qualquer gênero, as próprias escolhas individuais, mas, o próprio projeto de vida, exercendo-o como melhor convier.<sup>215</sup>

---

<sup>214</sup> MEGALE, Maria Helena Damasceno e Silva. *A Fenomenologia e a Hermenêutica Jurídica*. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 2007. p. 61-62.

<sup>215</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 138.

Nesta seara, colhe-se a lição de Gérard Cornu, para quem a noção que se impõe na consciência universal versa que todo ser humano tem necessidade de liberdade e de tranquilidade para o desabrochar de sua própria personalidade. Essa necessidade primordial gera, em cada um, o direito de gozar em paz dessas benesses sob a proteção da lei.<sup>216</sup>

Há, dessa forma, uma cada vez mais presente relação entre o princípio da liberdade – sob a faceta ou não de liberdade pública – e a própria tutela que se visa dar à personalidade humana, pois um necessita do outro na correta compreensão pautada no cânone da totalidade:

A existência dessa crença no valor da pessoa humana, sua persistência na opinião pública podem ser suficientes, aos olhos do jurista, para fundamentar o direito positivo das liberdades públicas. O direito positivo, de fato, não encontra a sua finalidade em si mesmo: todo sistema jurídico põe um conjunto de meios a serviço de uma ideologia que não lhe cabe definir, o que o ultrapassa. Desde que a opinião dominante admite a existência de certo número de valores sem os quais as pessoas não podem realizar seu destino, e que se impõem ao poder, o direito positivo só pode refletir essa representação.<sup>217</sup>

É exatamente a compreensão dessa relação entre os direitos da personalidade e as liberdades públicas que permitirá preservar a esfera de autonomia do ser humano, preservando seus bens fundamentais como a vida e a dignidade humana. A própria consagração dessa dignidade demonstra a liberdade como um de seus corolários, na qual a vontade livre se torna real postulado. A dignidade, assim, parte da existência de um sujeito moral-ético, merecedor de respeito à sua integridade e dotado de real autodeterminação.<sup>218</sup>

Mas, para se chegar a uma adequada proteção dos direitos personalísticos e das liberdades públicas, faz-se necessário entendê-los numa perspectiva de mútua relação. Dessa forma, torna-se tarefa do intérprete utilizar-se das mais modernas análises hermenêuticas para tal feito.

---

<sup>216</sup> CORNU, Gérard. *Droit civil* - introduction: les personnes e les biens. 5e. éd. Paris: Montchrestien, 1991. p. 6.

<sup>217</sup> RIVERO, Jean; MOUTOUH, Hugues. *Liberdades públicas*. Tradução de Maria Emantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 123.

<sup>218</sup> CHAUI, Marilena de Souza. *Convite à Filosofia*. 12. ed. São Paulo: Ática, 1999. p. 337-338.

## 5.2 A completude do ordenamento jurídico: o cânone da totalidade como fundamento para a interpretação de institutos interdisciplinares

O intérprete deve buscar coerência quando for analisar as diversas normas do ordenamento jurídico e os seus diversos institutos. A visão dicotômica entre o público e o privado, que se fortaleceu desmesuradamente no período das grandes codificações, de um lado permitiu um desenvolvimento em separado de determinados institutos protetores dos direitos humanos, de outro inviabilizou uma análise mais acurada do objeto em comum, de raízes históricas e filosóficas semelhantes.

Por esse motivo, torna-se importante demonstrar que não se pode perder de vista que tanto as liberdades públicas quanto os direitos da personalidade têm o mesmo objetivo: a tutela da pessoa humana. Devem ser assim interpretados, buscando uma coerência emanada pelo sistema jurídico como um todo, sem que o intérprete tenha a necessidade de se ater a sutilezas dogmáticas que geram uma análise errônea quanto ao verdadeiro fim desses institutos. Dessa forma, permitir-se-á a harmonia interpretativa, tão cara à hermenêutica jurídica contemporânea.

Partindo-se dessa visão, deve-se tomar a lição de Maria Helena Damasceno e Silva Megale que, ao analisar detalhadamente a obra de Emilio Betti, aduz a dois de seus principais cânones de interpretação: o cânone da autonomia e o cânone da totalidade, ambos relacionados à adequada análise do objeto de estudo e não apenas ao sujeito que o interpreta, a quem, particularmente, devem ser aplicados outros cânones, como o da atualidade e da adequação do entender.<sup>219</sup>

O cânone da totalidade, também denominado cânone da coerência da consideração hermenêutica, “mostra ao intérprete que entre a parte e o todo deve existir coerência, cabendo a ele considerar tal aspecto no seu esforço de interpretar”.<sup>220</sup> Dessa regra interpretativa, é possível extrair outros clássicos métodos de interpretação, como o método analógico e da interpretação extensiva, ínsitos aos princípios gerais do direito. O que o intérprete deve ter em mente, todavia, é que a aplicação de um desses cânones interpretativos não cancela a aplicação dos demais, pelo contrário, eles devem harmonizar-se na busca pela melhor solução do caso concreto.

---

<sup>219</sup> MEGALE, Maria Helena Damasceno e Silva. A Teoria da Interpretação Jurídica: um diálogo com Emilio Betti. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Belo Horizonte, 161-164, jan./jun. 2005.

<sup>220</sup> MEGALE, Maria Helena Damasceno e Silva. A Teoria da Interpretação Jurídica: um diálogo com Emilio Betti. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Belo Horizonte, p. 163, jan./jun. 2005.

O cânone da totalidade é baseado na teoria de Schleiermacher, que defende a necessidade de compreender as partes pelo todo e vice-versa. Tal modelo interpretativo visa à busca pela coerência na resolução das questões, evitando análises superficiais decorrentes de um entendimento excessivamente restritivo do objeto de estudo e buscando, por outro lado, a interpretação do sistema como um todo lógico. Dessa forma, evita-se a colisão entre as normas por meio da exigência da busca pela harmonização do sistema. Nesse sentido, ensina o próprio Emilio Betti:

O fato da correlação entre as partes e o todo e, portanto, de a coerência e a síntese responderem a uma necessidade do espírito – necessidade essa comum ao autor e a quem é chamado a entendê-lo – também pode-se dar por aceito pelo senso comum. Se, em seguida, observamos a moderna hermenêutica filológica, a exigência da totalidade encontra-se afirmada com particular insistência e energia por um dos maiores teóricos da interpretação, o teólogo Friedrich Schleiermacher. Ele ressalta o círculo da reciprocidade hermenêutica que corre entre a unidade do todo e cada elemento de uma obra: reciprocidade, que consente iniciar a interpretação seja assumindo o entendimento da unidade do todo por meio de cada parte, seja assumindo o entendimento do valor de cada parte em virtude da unidade do todo.<sup>221</sup>

A aplicação de tal cânone permite a interpretação das normas de direito constitucional, considerado superior em hierarquia aos direitos da personalidade, instituto do direito civil. Ao mesmo tempo, não se nega a interpretação contrária, o ir e vir do círculo hermenêutico de Schleiermacher, ou seja, será possível entender os valores emanados pelos bens personalísticos também na esfera de direito público. Dessa forma, buscar-se-á coerência na própria existência das liberdades fundamentais dentro de um autêntico sistema valorativo, pois, como a moderna teoria objetiva dos direitos fundamentais considera, as normas de direitos fundamentais devem propagar seus valores por todo o ordenamento.

Essa visão de totalidade permite inclusive entender aquelas disciplinas ou aqueles institutos que não parecem afeitos a nenhum ramo do direito em especial, como ocorre com as liberdades públicas. Tal instituto não pode ser interpretado como sendo estritamente de Direito Constitucional, ou, muito menos, de Direito Administrativo. Seria exemplar de verdadeira disciplina-encruzilhada (*science-carrefour*), para a qual

---

<sup>221</sup> BETTI, Emilio. As categorias civilistas da interpretação. In: BETTI, Emilio. *Interpretação da Lei e dos Atos Jurídicos - Teoria Geral e Dogmática da Interpretação*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 46-47.

convergem assuntos de diversas áreas do direito.<sup>222</sup> Afinal, o tema da liberdade contratual é do âmago do Direito Civil e é considerada uma liberdade pública. A liberdade sindical é assunto tratado no direito do trabalho; a liberdade de locomoção, consagrada na processualística penal; as restrições do poder de polícia são afetas ao Direito Administrativo, dentre outros tantos exemplos. Sendo assim, ter uma noção de completude e totalidade do ordenamento jurídico é fundamental também para entender o próprio instituto das liberdades públicas, que pode ser interpretada como disciplina autônoma. Nesse patamar, colhe-se a lição de Pietro Perlingieri:

Os problemas concernentes às relações civilísticas devem ser colocados recuperando os valores publicísticos ao Direito Privado e os valores privatísticos ao Direito Público. Resta a ser individuada uma nova sistematização do direito. Há de se superar, de qualquer modo, a mentalidade pela qual o Direito Privado é liberdade de cada um de cuidar, por vezes arbitrariamente, dos próprios interesses, enquanto que o Direito Público, manifestação de autoridade e de soberania dispõe de estruturas e serviços sociais para permitir ao interesse privado a sua livre e efetiva atuação.<sup>223</sup>

O direito das liberdades públicas encontra sua classificação a partir de uma análise baseada na unidade do objeto, que, por sua vez, se consubstanciaria na defesa das liberdades fundamentais. Não pode o intérprete, no afã de circunscrever determinado instituto a um ramo específico do direito, esquecer toda a carga axiológica que tal instituto contém. Por isso, apesar de facilitar o estudo do Direito, a própria classificação dicotômica entre o público e o privado é de uma incompletude manifesta. Por sua vez, como analisa Bobbio, a dicotomia parte do pressuposto da capacidade de dividir o universo em duas esferas, conjuntamente exaustivas, partindo da noção de que todos os entes que se incluem numa esfera não podem ser incluídos na outra. E essa visão é claramente insuficiente.<sup>224</sup>

Dessa forma, ao se buscar uma interpretação do ordenamento que evite essa dicotomia e vise à completude, tornar-se-á possível a resolução de problemas decorrentes de uma visão fragmentada, pois, como analisa Megale, na esteira do pensamento de Bobbio e Carnelutti:

---

<sup>222</sup> ROBERT, Jacques. *Libertés publiques*. Paris: Éditions Montchrestien, 1971. p. 6-12.

<sup>223</sup> PERLINGIERI, Pietro. *Perfil do Direito Civil - introdução ao Direito Civil Constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 55-56.

<sup>224</sup> BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 13. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2007. p. 13-15.

[...] a completude não é entendida como fato, mas como dever ser um sistema normativo. Com fundamento numa regra ideal (que nem é prescrição, norma de conduta, nem enunciado descritivo de alguma realidade). Tal regra indica quais as características ou propriedades o ordenamento jurídico deve reunir para ser considerado um bom sistema normativo. Segundo os referidos autores, a existência dos três conhecidos princípios que entram na pauta de exigências com os juízes (o da inescusabilidade, o de justificação ou fundamentação da sentença e o da legalidade) pressupõe a completude do ordenamento jurídico, o que reconhecem não verdadeiro. Vigora tão só como ideal.<sup>225</sup>

Sendo assim, tratar-se-á de entender tais institutos em verdadeira relação de simbiose, pois, dessa forma, será possível visualizar o tema proposto sem os entraves que as intransponíveis esferas da ramificação do direito podem impor. Poder-se-á entender, dessa forma, os direitos da personalidade e as liberdades públicas como institutos que invariavelmente direcionam-se ao mesmo objeto de tutela e estão sob a égide dos principais valores jurídicos, como aqueles que dão base para a defesa de um direito civil reinterpretado pelos princípios constitucionais.

### 5.3 A teoria defensora de um direito civil-constitucional

A noção de que o ordenamento jurídico é um todo em que os vários institutos devem harmonizar-se numa concepção sistemática, baseada no cânone da totalidade, como exposto no tópico anterior, permite a visualização dos mais diferentes institutos jurídicos, como integrantes desse sistema, em verdadeira relação de simbiose. As diversas ligações estabelecidas, ao longo do trabalho, entre os direitos da personalidade e as liberdades públicas ressaltam ainda mais tal conexão, pois não seria mais possível entender o direito privado e o direito constitucional como: “compartimentos estanques, como mundos separados, impermeáveis, governados por lógicas diferentes”.<sup>226</sup>

Como analisado anteriormente, a opção de se adotar um direito geral de personalidade é produto claro da concepção que entende a tutela da pessoa a partir de múltiplos aspectos. A não mera aceitação da existência única de direitos personalísticos fracionados e tipificados advém da compreensão da ineficácia da adoção de uma teoria

<sup>225</sup> MEGALE, Maria Helena Damasceno e Silva. *Hermenêutica Jurídica: interpretação das Leis e dos Contratos*. 2001. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2001. p. 81-82.

<sup>226</sup> UBILLOS, Juan Maria Bilbao. *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, p. 258.

que os divide entre direitos públicos e privados da personalidade. A personalidade humana, antes de tudo, deve ser compreendida como valor, devendo ser tutelada em toda sua amplitude. De outro meio, a liberdade também permite tal tutela difusa, como analisa Szaniawski:

Muitos dos denominados direitos à liberdade se mantêm em estado difuso de proteção pública, tal como a liberdade de reunião, de pensamento, de consciência, etc., e constituem efeitos reflexos do direito objetivo. Para certas categorias de bens, porém, aos quais chama de direitos pessoais, como à vida, à integridade física, à honra, ao nome, etc., pode ocorrer um fenômeno de concentração dessa tutela a favor dos particulares, sob forma de direitos subjetivos.<sup>227</sup>

Como uma das formas de enxergar essa completude do ordenamento jurídico que facilitasse a própria tutela da personalidade, boa parte dos autores civilistas pátrios contemporâneos passaram a defender uma noção de constitucionalização do direito civil, que passasse a ser permeado pelos novos valores constitucionais.

O autor italiano Pietro Perlingieri é um dos grandes defensores dessa noção. O autor estabelece algumas premissas para justificar a aplicação de tal teoria. Primeiramente, entende que um ordenamento só oferece certeza formal a partir da existência de uma hierarquia de fontes, que, por sua vez, se fundamentariam na própria lógica substancial, sustentada nos valores jurídicos, na qual a Constituição se insere como norma superior. Particularmente, essa norma constitucional não se coloca como mero limite ou simples barreira à norma infraconstitucional; sendo assim, defender uma aplicabilidade apenas indireta corresponderia a visualizar um caráter meramente interpretativo da Constituição, quando, na verdade, ela trata de norma de caráter obrigatório. A normatividade constitucional, dessa forma, não se traduz em mera regra hermenêutica típica e sim em princípio a ser respeitado na própria leitura de todo direito que dela emana, incluindo assim o próprio direito civil.<sup>228</sup>

No Brasil, a promulgação da Constituição de 1988 permitiu que se vislumbrasse um novo complexo principiológico, em que coube à Carta Magna estabelecer, através de postulados interpretativos, a carga axiológica a ser emanada por todo direito infraconstitucional. Nesse diapasão de ideias, estabeleceu-se no moderno direito civil,

---

<sup>227</sup> SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 78.

<sup>228</sup> PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil - introdução ao Direito Civil Constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 10-12.

principalmente com o advento do novo Código, a existência de um direito que só encontraria validade a partir de uma leitura constitucional.

O supracitado princípio da dignidade humana acabou funcionando como liame entre essas duas esferas. Da mesma forma que o direito privado encontra na pessoa e, por consequência, na sua dignidade a base de suas formulações, a Constituição deixa bem claro que essa dignidade da pessoa humana funcionaria como um dos fundamentos da República.

Para Gustavo Tepedino, essa constitucionalização do direito civil no Brasil pode ser explicada por alguns fatores. Primeiro, a Constituição de 1988 é compromissada em efetivar um papel dirigente na sociedade, iniciando-se assim uma verdadeira era dos estatutos, na qual o Código Civil paulatinamente vai perdendo seu caráter de Constituição do Direito Privado e passando a ser entendido em novas perspectivas. Em segundo lugar, há uma mudança na própria estruturação do direito civil: o uso majoritário da técnica das cláusulas gerais, a utilização de uma linguagem menos jurídica e mais setorial. O terceiro aspecto seria a opção por garantir uma função promocional ao direito, paralelamente à clássica atuação repressiva. O quarto aspecto consubstancia na já mencionada repersonalização do direito, colocando a pessoa como centro dos debates e, por fim, o quinto aspecto permitiria visualizar um caráter mais contratual do direito privado, sinalizando a atenuação da lógica baseada em pré-modelos de conduta.<sup>229</sup>

Sendo assim, atualmente, o sentido moderno dessa constitucionalização pode ser constatado por dois fenômenos: 1- variados fatos, que eram tratados apenas nos códigos privados, passam a ser disciplinados na Constituição, como as relações de família e a propriedade, num fenômeno denominado de “relevância constitucional das relações privadas”; 2- ocorrência de uma mudança na própria hermenêutica jurídica, que passou a aceitar fenômenos como a força normativa dos princípios e a necessidade da denominada interpretação conforme a Constituição.<sup>230</sup>

Essa constitucionalização do direito privado adveio também de uma opção pelo caráter culturalista do novo código civil. A cultura passou a ser interpretada como paradigma central nos domínios das ciências humanas, incluindo nessa seara o Direito, entendido como realidade histórica, ideia esta já defendida na obra de Miguel Reale:

---

<sup>229</sup> TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 1-12.

<sup>230</sup> NETO, Eugênio Facchini. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 37-38.

[...] com sua atenção voltada à noção de experiência jurídica concreta, com sua decisiva rejeição ao formalismo abstracionista – que julga uma perversão –, com o olhar voltado à processualidade do processo normativo e à contextualidade que cerca as ações humanas, mostra-se um filtro teórico particularmente indicado para auxiliar o legislador e o intérprete na necessária concreção que viabiliza o encontro das pessoas sob a capa dos sujeitos e permite a concessão de tutelas jurídicas adequadas à “ética da situação”, de modo a facilitar a implementação dos deveres de proteção que incumbem ao Estado como garante dos Direitos Fundamentais.<sup>231</sup>

Nessa concepção culturalista, segundo Judith Martins, também houve verdadeira mudança paradigmática na visão do indivíduo que inicialmente era compreendido como mero átomo, fragmentado no universo, e passou a inserir-se como elemento de um todo harmônico. Dessa forma, modificou-se a visão da época das grandes codificações, segundo a qual a defesa da natureza igualitária de todos os homens, de caráter formal, justificaria uma incomunicabilidade entre a Constituição e o Direito Civil. Essa concepção se moldou, particularmente, por três fatores: 1- de ordem sociológica – a partir das transformações provocadas pela sociedade de massas; 2- de ordem jurídico-dogmática – com a expansão dos próprios direitos da personalidade; 3- de ordem hermenêutica – com a superação da técnica de interpretação baseada apenas no modelo de Savigny.

Os direitos da personalidade, dessa forma, revelaram-se como o valor-fonte a impregnar todo o ordenamento, a partir da defesa dos valores da pessoa humana. Eles passaram, assim, a servir de liame entre a esfera do público e do privado, consagrando, através de verdadeira relação simbiótica, um novo princípio: o livre desenvolvimento da personalidade. Com esse novo princípio, tornou-se possível zelar pela autodeterminação pessoal, respeitando a liberdade do outro, em verdadeira perspectiva relacional. Construiu-se, então, um direito civil calcado no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, em que a autonomia não mais é vista como valor absoluto, mas como um agir circunscrito pelo respeito aos valores de uma ordem fundamental.

Deve-se evitar, todavia, cair na armadilha de considerar que as bases teóricas e históricas do Direito Privado acabaram por ser suprimidas, numa análise exclusivamente sob a ótica constitucional. O Direito Civil se estrutura de maneira

---

<sup>231</sup> COSTA, Judith Martins. Os direitos fundamentais e a opção culturalista do novo Código Civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 74-75.

distinta, atribuindo importância basilar ao princípio da autonomia privada. E, por mais que haja uma releitura desse princípio, há ainda uma esfera de proteção da pessoa, defendida pelo Direito Privado, que se diferencia dos direitos que são reconhecidos como fundamentais pelo Estado. Não há como negar que o objeto do Direito Civil, e não poderia ser de outra forma, é diverso e, portanto, complementar àquele tutelado pelo Direito Público. Como entende Eugênio Facchini Neto, não se deve, com a ânsia de constitucionalizar o direito privado, esquecer que há uma esfera intermediária: a social, que seria uma esfera híbrida, abrangendo, de maneira conjunta, as características de ambos os sistemas.<sup>232</sup>

Percebe-se, assim, que mais do que uma constitucionalização, a principal característica do Direito Civil contemporâneo é sua repersonalização, enxergando o homem como núcleo valorativo do sistema e real fundamento de todo ordenamento jurídico. Nessa ordem, analisa Elimar Szaniawski:

Esta preocupação em valorizar o sujeito como ser humano e em salvaguardar sua dignidade, colocando o indivíduo como centro, como principal destinatário da ordem jurídica, tem sido denominada repersonalização do Direito. É tendência geral a inclinação pela adoção da repersonalização do Direito Civil, tendo em vista que o Direito é um sistema ético, tendo como centro o ser humano, como primeiro de seus valores, repousando os fundamentos do ordenamento jurídico na noção de dignidade do ser humano.<sup>233</sup>

Concluindo, pode-se entender que, ao aceitar a existência desse direito civil-constitucional, no qual as rígidas divisórias de outrora se transformaram perante uma ideia de completude do ordenamento, os direitos personalísticos passam a ser garantidos dentro da própria principiologia do Direito Privado, que vê na autonomia da pessoa uma de suas bases, como também a partir dos valores constitucionais que sustentariam a existência de tal direito. Ao mesmo tempo, essa noção de autonomia consubstanciada na essência das liberdades públicas passaria a ser compreendida também como o atributo da pessoa no seu precípua desenvolver.

---

<sup>232</sup> NETO, Eugênio Facchini. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 49.

<sup>233</sup> SZANIAWSKI, Elimar. *Limites e possibilidades do direito de redesignação do estado sexual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 25.

#### 5.4 O direito ao livre desenvolvimento da personalidade

Não é difícil compreender que a liberdade é um dos pressupostos para o desenvolvimento completo da personalidade humana. Como já demonstrado, mesmo parte da civilística tradicional defende o direito à liberdade como bem componente do direito geral de personalidade, sendo a autonomia a sua faceta. Mas é possível afirmar também que uma pessoa só consegue fazer valer seus atributos quando inserida em um estado de liberdade de ação, ou seja, aquela compreendida como ausência de coação que permite um comportamento autônomo.

O Direito Privado sofreu, assim, verdadeira mudança paradigmática ao transformar a base de um pensamento exclusivamente pautado no direito à propriedade e na irrestrita autonomia da vontade num ideário preocupado mais com a pessoa. O conceito de autonomia veio se modificando, passando a privilegiar uma visão de caráter mais valorativo. A repersonalização do Direito Privado permitiu que se anteviesse, em seu núcleo, um novo tipo de liberdade, não mais aquela egoística dos tempos da pura e irrestrita autonomia da vontade e sim uma liberdade de ação, voltada ao desenvolvimento da personalidade humana.

A tão prolatada defesa da dignidade humana teve como objetivo, em primeiro lugar, a defesa da integridade do homem, que o protegesse tanto das ofensas físicas quanto das psíquicas, garantindo ao indivíduo, assim, o respeito como ser intelectual, inserindo-se, assim, a própria noção de autodeterminação, cerne do direito à liberdade e, particularmente, das ditas liberdades do espírito humano.<sup>234</sup> Dessa forma, tornou-se possível afirmar que, por maior que seja a ofensa, não se perde nunca a dignidade, pois “pode o sujeito ter sua personalidade desrespeitada, ser tratado como não pessoa, animal ou coisa, mas nunca deixará de ser uma pessoa, com toda a dignidade que lhe é inerente”.<sup>235</sup>

O princípio da dignidade humana seria, portanto, a razão de ser dos direitos da personalidade. Tal princípio visaria garantir, também reflexamente, o direito ao livre desenvolvimento, evitando, dessa forma, variados tipos de violações por parte de terceiros.<sup>236</sup> Assim também interpreta Diogo Costa Gonçalves:

---

<sup>234</sup>COING, Helmut. *Fundamentos de Filosofia del Derecho*. Tradução para o espanhol de Juan Manuel Mauri. Barcelona: Ediciones Ariel, 1961. p.184-185.

<sup>235</sup>VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Direito de Personalidade*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 6.

<sup>236</sup>TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 50-52.

[...] a personalidade só se desenvolve, mediante a livre ação humana, os direitos de personalidade em causa visarão, essencialmente, a tutelar liberdades, ou assegurar elementos potencializadores da liberdade. Na concretização normativa de tais direitos deve presidir a consideração teleológica de que o escopo do direito a enunciar é a garantia de que nada do que o Homem poderá ser deixe de ser possível.<sup>237</sup>

O princípio do livre desenvolvimento da personalidade compreende duas dimensões: o direito geral da personalidade e a liberdade geral de ação, esta segunda trazendo a ideia de autonomia frente à livre realização da personalidade. É dessa forma que a consagração do direito geral de personalidade se vincularia à noção de contínua formação da personalidade. Nesse entender, também o direito geral de liberdade se consubstanciaria como um dos componentes do livre desenvolvimento da personalidade, em que se estabeleceria conjuntamente a consagrada ideia da autonomia privada.

Se tal princípio está consagrado apenas de forma implícita na Constituição, não há dúvidas da necessidade de seu estudo a partir da própria existência de um Estado de Direito, como se posiciona Gilmar Mendes:

As liberdades são proclamadas partindo-se da perspectiva da pessoa humana como ser em busca de autorrealização, responsável pela escolha dos meios aptos para realizar as suas potencialidades. O Estado democrático se justifica como meio para que essas liberdades sejam garantidas e estimuladas, inclusive por meio de medidas que assegurem maior igualdade entre todos, prevenindo que as liberdades se tornem meramente formais.<sup>238</sup>

O direito a esse agir em liberdade deve ser interpretado tanto em seu sentido negativo, de impedir constrangimentos indevidos, quanto no seu aspecto positivo, de permitir a prática de atos que, não sendo ilícitos, possam reafirmar a personalidade num agir autônomo, como expõe Fernanda Borghetti Cantali:

Nesse sentido, pode-se afirmar que a liberdade juridicamente tutelada não tem um conteúdo típico, já que isso implicaria a negação da liberdade em si mesma. Se a liberdade deve ser entendida como o

<sup>237</sup> GONÇALVES, Diogo Costa. *Pessoa e Direitos da Personalidade - Fundamentação Ontológica da Tutela*. Lisboa: Edições Almedina, 2008. p. 96.

<sup>238</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 349.

poder de autodeterminação que a pessoa exerce sobre si mesma, autorregulamentando seu corpo, seus pensamentos, seus comportamentos, sua vontade, tanto na ação como na omissão, determinando os valores que são válidos para si próprio, trata-se de um bem juridicamente tutelado em sua natureza, admitindo as direções e escolhas feitas pelo próprio titular.<sup>239</sup>

O direito geral de liberdade, um dos dois componentes fundantes deste livre desenvolvimento da personalidade, é bastante discutido na doutrina germânica, devido, principalmente, a sua consagração literal na Constituição do país. A análise de Robert Alexy, ao interpretar a existência de tal direito, seria a de justificar que a “[...] intervenção em situações e posições jurídicas de um titular de direitos fundamentais sempre afetam indiretamente sua liberdade de ação”.<sup>240</sup> Por sua vez, como aduz o jurista Jürgen Schwabe, o conceito de livre desenvolvimento da personalidade se relacionaria ao direito geral de liberdade a partir da denominada “teoria do núcleo da personalidade”.

Segundo essa teoria, existiriam verdadeiras camadas da personalidade merecedoras de proteção e, quanto mais íntima for essa camada, mais merecedora de proteção será. O autor expõe a ideia de que, quando o tribunal alemão trabalha o princípio ao livre desenvolvimento da personalidade comungado ao direito geral de personalidade, não considera esse direito geral aplicado em variados “âmbitos da vida”, mas sim em diferentes “modos de desenvolvimento” do titular do direito. Ou seja, esse direito geral é muito mais bem relacionado ao sujeito e ao seu desenvolvimento particular do que a forma como ele a utiliza. Por isso, só se respeitaria esse direito geral de personalidade, se a pessoa tiver liberdade para autodeterminar-se. O autor exemplifica essa liberdade em determinadas situações da vida da pessoa, por exemplo: na escolha se deve ou não se casar; ter ou não filhos; sua livre orientação sexual; se deve ou não apartar-se do mundo externo; a forma de restringir sua exposição pública ou mesmo a forma de escolher como se apresentar em sociedade. No entanto Schwabe ratifica que, tanto o direito geral de ação quanto o direito geral de personalidade estariam submetidos a determinados limites (*Schrankentrias*), que seriam: o respeito ao

---

<sup>239</sup> CANTALI, Fernanda Borghetti. *Direitos da Personalidade* - disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade da pessoa humana. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 210.

<sup>240</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª ed. alemã. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 344.

direito de terceiros, a obediência à lei moral e a conformação com a própria ordem constitucional.<sup>241</sup>

Explicando melhor essa teoria das camadas da personalidade, citada por Schwabe, é possível tomar as lições do jurista Heinrich Hubmann. O autor desenvolve também teoria própria acerca do direito geral de personalidade, como fundamento ao livre desenvolvimento da personalidade, partindo do que denomina de círculos da liberdade.

O jurista tedesco considera a existência de dois círculos de liberdade: um círculo mínimo e um círculo amplo. No que denomina “círculo mínimo de liberdade”, existe um núcleo essencial de que o indivíduo necessita para desenvolver sua estrutura básica como pessoa. Por outro lado, existiria também o “círculo amplo de liberdade”, com limites mais flexíveis. Quanto a este último, seria possível a aplicação da denominada teoria da ponderação de interesses, caso houvesse embates com outros princípios jurídicos também tuteláveis, ou quando da existência de uma relação conflituosa com outros sujeitos de direitos. Esses dois círculos seriam, portanto, exemplos de limites internos que a própria relação indivíduo/sociedade criaria para o adequado desenvolvimento do direito fundamental à liberdade, numa relação dialética entre ambos. Haveria, todavia, também os denominados limites externos ao bem jurídico da liberdade, representados tanto pelas restrições legais quanto pela prevalência de bens superiores em situações típicas, particularmente, destacando-se o fundamental direito à vida.<sup>242</sup>

Esse respeito aos limites dos ciclos da liberdade seria essencial para o adequado desenvolvimento da personalidade, pois a busca pela autorrealização deve estar pautada por um componente ético. Desta forma,

essa plena realização, reiteramos, não se confunde com a autorrealização. Os direitos de personalidade não servem para facultar uma realização subjetiva e autônoma do indivíduo, dependente da sua ideia e consciência de si... servem, outro sim, para permitir e assegurar ao Homem realizar aquilo que é, contra ou para além da sua própria ideia de autorrealização”<sup>243</sup>.

---

<sup>241</sup> SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Tradução de Beatriz Hennig, Leonardo Martins, Mariana Bigelli de Carvalho, Tereza Maria de Castro e Vivianne Geraldine Ferreira. Montevideo: Konrad-Adenauer Oficina, 2005. p. 187-189.

<sup>242</sup> CAPELO DE SOUSA, Rabinadrath V. A. *O Direito Geral de Personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 283-288.

<sup>243</sup> GONÇALVES, Diogo Costa. *Pessoa e Direitos da Personalidade - Fundamentação Ontológica da Tutela*. Lisboa: Edições Almedina, 2008. p. 93.

Dessa forma, os limites externos passam a ser encontrados na denominada interação com o outro, que permite a potencialização dos atributos de cada personalidade. Consubstancia, assim, importante relação entre autonomia e alteridade, como já aludia Emmanuel Lévinas, em que o homem se torna um ser que age sempre em relação ao outro, numa comunhão eivada de eticidade, na qual o sair-de-si-para-o-outro supera o ser-em-si.<sup>244</sup> No entender de Paulo Mota Pinto, ao trabalhar com a ideia de Lévinas, tais limites permitiriam que o princípio consagrador do livre desenvolvimento da personalidade não tomasse um caráter excessivamente individualista, pois a própria autoconstrução da pessoa dependeria da relação com o próximo.<sup>245</sup>

De acordo com essa concepção, ao mesmo tempo em que o direito à liberdade pode ser interpretado como um bem da personalidade, deve isoladamente ser garantido, na medida em que é fundamental para possibilitar o natural desenvolver dessa mesma personalidade humana. Entretanto esse direito à liberdade passa a ser limitado pelo direito da personalidade do outro, ou seja, quanto aos atos que podem ameaçar os designados círculos de liberdade de cada pessoa. Necessita-se, assim, de uma análise baseada na ponderação, para compreender como se dá a prevalência de um desses direitos, num embate dentro do caso concreto.

### **5.5 A aplicação da teoria da ponderação de interesses tendo em vista os conflitos atinentes à matéria**

É possível a ocorrência de conflitos, na concretude dos casos, entre princípios, entre si, por aduzirem a valores diversos, todos protegidos constitucionalmente. Tanto as liberdades públicas quanto os direitos da personalidade consagram valores que, uma vez colocados em contraposição, passam a precisar de uma adequada técnica para sua resolução.

Com a moderna teoria constitucional, afirmou-se a força normativa dos princípios e passou-se a defender que eles teriam verdadeira força normativa plena:

---

<sup>244</sup> LÉVINAS, Emmanuel. *Entre nós: ensaios sobre a alteridade*. Tradução: Pergentino Stefano Pivatto. Petrópolis: Editora Vozes, 2005. p.19.

<sup>245</sup> PINTO, Paulo Mota. *O direito ao livre desenvolvimento da personalidade*. Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra: Portugal-Brasil Ano 2000, 1999. p. 149.

[...] é de particular importância não só porque fornece suportes rigorosos para solucionar certos problemas metódicos [...], mas também porque permite respirar, legitimar, enraizar e caminhar o próprio sistema. A respiração obtém-se através da “tessitura aberta” dos princípios; a legitimidade entrevê-se na ideia de os princípios consagrarem valores (liberdade, democracia, dignidade) fundadores da ordem jurídica e disporem de capacidade deontológica de justificação; o enraizamento prescreta-se na referência sociológica dos princípios a valores, programas, funções e pessoas; a capacidade de caminhar obtém-se através de instrumentos processuais e procedimentos adequados, possibilitadores da concretização, densificação e realização prática (política, administrativa, judicial) das mensagens normativas da constituição.<sup>246</sup>

Um dos principais autores que modernamente tratou do tema, desenvolvendo uma teoria que buscou construir uma ciência dos direitos fundamentais, foi Robert Alexy. O autor tratou do conhecimento da norma como processo de argumentação. Enquanto as regras possuem apenas a dimensão de validade, aos princípios é somada uma dimensão de importância, de peso e de valor. No campo da validade, utilizam-se como critérios para resolução dos conflitos os clássicos processos hermenêuticos: o hierárquico, o cronológico e o critério da especialidade, já amplamente estudados pela teoria do ordenamento jurídico de Bobbio. De outro modo, no que tange à dimensão da importância, do peso e do valor, quando há conflito, ocorre a “antinomia jurídica imprópria”, ou, nas palavras de Alexy, uma antinomia de princípios. O conflito é chamado de colisão, aquele que ocorre a partir do caso concreto, diferentemente da escala da validade, em que o conflito acontece de forma abstrata. Os princípios, assim, passam a ser entendidos como comandos otimizáveis que necessitam de ponderação, na qual o direito se compreende a partir de uma ordem concreta de valores.<sup>247</sup>

Esse conflito, no caso concreto, pode ocorrer entre dois direitos fundamentais da mesma espécie (exemplo: liberdade de imprensa x liberdade da vida privada), consagradores de princípios paralelos, seja no seu aspecto positivo, ou negativo, ou mesmo entre diferentes direitos fundamentais (exemplo: integridade física x liberdade de ação).

O critério mais utilizado para resolver esse tipo de conflito é o denominado critério da ponderação. Alexy propõe determinadas etapas para tal resolução.

---

<sup>246</sup>CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Lisboa: Coimbra, 1999. p. 1163.

<sup>247</sup>ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª ed. alemã. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 139-144.

Inicialmente, devem-se identificar as normas de acordo com seu agrupamento, ou seja, quais se aplicam ao caso concreto, colocando, de um lado, as que apontam em um sentido e, do outro lado, as normas que apontam em sentido contrário. Posteriormente, deve-se analisar o caso concreto nas suas possíveis consequências, pois o peso dos princípios não é absoluto (exemplo: liberdade nem sempre será superior à privacidade e vice-versa). Por fim, ocorre a ponderação propriamente dita, em que se atribui o peso relativo a cada elemento. É a aplicação do princípio da proporcionalidade em sentido estrito.<sup>248</sup>

Capelo de Souza refere-se também à fundamental importância de tal ponderação, no caso de conflitos entre princípios diversos, advindos do embate entre direitos personalísticos, que são também interpretados como direitos fundamentais:

[...] o problema da colisão de direitos pode ter lugar relativamente a direitos com objetos jurídicos diversos, mas em que os exercícios ou tutelas de tais direitos se mostram colidentes. Ora, face à multiplicidade e complexidade das situações da vida real, particularmente face às necessidades de defesa e de expansão das personalidades humanas em convivência social, pode subsistir uma materialidade fático-jurídica em que as modalidades possíveis de atividade material através das quais se realiza o exercício do direito geral de personalidade ou dos direitos especiais de personalidade de uma certa pessoa sejam inconciliáveis ou incompatíveis com as modalidades igualmente possíveis da atividade material correspondentes ao exercício do direito geral de personalidade, dos direitos especiais de personalidade ou de outro direito subjetivo por parte de outra pessoa.<sup>249</sup>

Sendo assim, é possível afirmar que a técnica da ponderação é a preferível para resolver os conflitos existentes tanto entre os direitos da personalidade quanto entre as liberdades públicas. O motivo é que ambos os institutos se consubstanciam em normas que visam proteger os mais fundamentais princípios da ordem jurídica. A ponderação acaba, assim, sendo utilizada, pois traduz verdadeira técnica de decisão dos *hard cases*.

Deve-se entender que os princípios têm um grau de abstração maior que as regras. Tal enunciado permite distingui-los baseado no que se denomina critério da generalidade. Robert Alexy, apesar de compreender tal diferenciação, ensina que, mais

---

<sup>248</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª ed. alemã. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 93-103.

<sup>249</sup> CAPELO DE SOUSA, Rabinadrath V. A. *O Direito Geral de Personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 533.

decisivo, no entanto, é uma diferenciação qualitativa, na qual os princípios, como comandos de otimização, ordenam a realização na ‘melhor forma possível’, ou seja, através da análise das possibilidades jurídicas presentes e das circunstâncias fáticas compreendidas.<sup>250</sup> De outro modo, as regras seriam determinações em que a resolução dos conflitos ocorreria a partir do “tudo ou nada”, em que uma deve prevalecer sobre a outra, utilizando-se a técnica da subsunção, na lógica do enunciado normativo de premissa maior incidir sobre os fatos descritos pela premissa menor, tendo, assim, aplicação automática e se realizando a partir de critérios clássicos da hermenêutica, na qual se impõem resultados previamente esperados. No caso da ponderação, todavia, deve-se atribuir peso relativo a cada elemento.

Há o entendimento majoritário de que, no caso de conflitos entre regras e princípios de mesmo valor (exemplo: ambos de mesma hierarquia, pois consagrados na Constituição), prevalecem as primeiras, devido a sua maior concretude, exceto se comprovado uma grave ofensa ao princípio da razoabilidade, caso em que se permitiria a prevalência dos últimos. Por exemplo, no caso dos direitos da personalidade, há regra clara no artigo 17 da Codificação Civil ditando que: “O nome da pessoa não pode ser empregado por outrem em publicações ou representações que a exponham ao desprezo público, ainda quando não haja intenção difamatória.” Não se pode, por outra via, alegar que seria razoável (princípio) utilizar-se de nome alheio, de forma pejorativa, em determinada publicação, alegando posteriormente que o objetivo final era de homenagem à pessoa. Se o objetivo final era ou não razoável, não mais importa, quando há regra clara que não permite que o nome – verdadeiro direito da personalidade – seja empregado de forma a expor o titular ao desprezo público, sem quaisquer análises sobre a intenção do agente, prevalece o ditame concreto da regra. A teoria da ponderação deve ser utilizada para embate entre princípios somente.

A teoria de Alexy, apesar da grande acolhida e aplicabilidade prática, sofreu críticas, principalmente no que tange ao critério da ponderação. Para Habermas, não haveria critérios racionais para um balanceamento, o que tornaria o procedimento arbitrário, dando margem para o juiz decidir segundo seus critérios pessoais, pois Alexy acabara por diluir a Constituição a simples ordem de valores, esquecendo-se de seu

---

<sup>250</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª ed. alemã. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 90-91.

caráter normativo.<sup>251</sup> No mesmo sentido, Bernhard Schlink criticou o fato de o balanceamento conduzir a valorações subjetivas e decisionistas. Alexy rebate ambas as críticas, da seguinte maneira:

A objeção de Habermas à teoria dos princípios seria, em seu cerne, justificada caso não fosse possível elaborar juízos racionais sobre intensidades de intervenções, sobre graus de importância e sobre o relacionamento entre ambos. Afora as eliminações levadas a cabo por meio das máximas de adequação e da necessidade, os direitos fundamentais compreendidos como princípios permitiriam qualquer solução. Não haveria nenhuma moldura, já que não existiria nenhum limite.<sup>252</sup>

Percebe-se, da discussão já exposta, que boa parte das dúvidas acerca da possibilidade da ponderação seria resolvida com a adequada utilização do princípio da proporcionalidade, que corresponderia à terceira fase do próprio processo de ponderação. Sobre esse princípio, pode-se inicialmente entender que sua existência é antiga, historicamente ele já se encontrava desde a Magna Carta de 1215, extraído do princípio do devido processo legal, no qual se portava como medida legitimadora dos atos administrativos. Aos poucos, o princípio foi migrando do Direito Administrativo para o Constitucional, passando a ter a função de servir como critério à aferição da legitimidade de todo ato jurídico.

Na doutrina americana, prefere-se a utilização do termo razoabilidade, que “enseja desde logo uma ideia de adequação, idoneidade, aceitabilidade, logicidade, equidade, traduz aquilo que não é absurdo, tão somente o que é admissível”.<sup>253</sup> E, apesar da utilização no mesmo sentido, a doutrina alemã, por sua vez, prefere outros dois termos: proporcionalidade e proibição de excesso. No entanto, numa análise mais semântica do termo, perceber-se que sua abrangência é menos ampla, pois proporcionalidade se ligaria mais à noção de equilíbrio.

A doutrina alemã, dessa forma, subdividiu o princípio da proporcionalidade em três subprincípios: 1- a adequação (*Geeignetheit*); 2- a necessidade (*Enforderlichkeit*) e 3- a proporcionalidade em sentido estrito (*Verhältnismässigkeit*). O primeiro

---

<sup>251</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 2003. p. 287-289. v. 1.

<sup>252</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª ed. alemã. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 594.

<sup>253</sup> BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 70.

subprincípio se relaciona mais a uma ideia de congruência entre meio e fim, no bojo de uma situação concreta. O subprincípio da necessidade, por sua vez, analisa mais a indispensabilidade da ação para conservação do direito fundamental, visando sempre selecionar as medidas menos gravosas para a consecução do fim desejado. E, finalmente, o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito analisa se há verdadeiro equilíbrio entre a ação e o bem conseguido, pois, enquanto o subprincípio da necessidade pondera situações fáticas, a proporcionalidade em sentido estrito pondera possibilidades jurídicas, pautando a ação e visando a uma equânime distribuição dos ônus.

Na Constituição da República Federativa do Brasil, tal princípio não se encontra expresso, devendo ser interpretado implicitamente. Boa parte da doutrina entende que ele pode ser abstraído do sistema dos direitos fundamentais, que visa, de forma ampla, proteger o indivíduo do arbítrio estatal. Paulo Bonavides sustenta, assim, que:

O princípio da proporcionalidade é, por conseguinte, direito positivo em nosso ordenamento constitucional. Embora não haja sido ainda formulado como “norma jurídica global” flui do espírito que anima em toda sua extensão e profundidade o § 2º do art. 5º, o qual abrange a parte não escrita ou não expressa dos direitos e garantias da Constituição, a saber, aqueles direitos e garantias cujo fundamento decorre da natureza do regime, da essência imposterável do Estado de Direito e dos princípios que este consagra e que fazem inviolável a unidade da Constituição.<sup>254</sup>

Dessa forma, o entendimento sobre a correta aplicação do princípio da proporcionalidade corresponderia à busca pela melhor solução no caso de conflito entre princípios consagradores de direitos fundamentais, ou, em outro entendimento, de direitos da personalidade. Sua adequada aplicação se torna fundamental para se chegar à solução mais justa quando os direitos da personalidade atuam, por exemplo, como direitos de defesa, impedindo ofensas aos bens mais valiosos do ser humano. Nesse sentido, ao aludir como deve ser feita a correta aplicação do princípio, torna-se valiosa a lição de Pedro Pais de Vasconcelos:

[...] deve começar-se por aferir se uma certa lesão corresponde a um direito especial de personalidade. Se não corresponde a qualquer deles, será então o direito geral de personalidade a intervir. O direito

---

<sup>254</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 436.

geral de personalidade é, assim, um “direito-fonte” (Quallrecht), ou um “direito-quadro” (Rahmenrecht), do qual se irão separando novos direitos especiais logo que se forem tornando necessários.<sup>255</sup>

Outro autor que desenvolve, em sua obra, raciocínio acerca da natureza e da aplicabilidade do princípio da razoabilidade é Recaséns Siches. A partir de uma ampla análise histórica e utilizando-se do exame de diversos casos concretos para expor seu pensamento, Siches desenvolve sua lógica do razoável – hoje entendida como um dos subprincípios da proporcionalidade – que seria aferida através da valoração de critérios de caráter axiológico, visando a que o intérprete deixe de lado a pluralidade de métodos de interpretação e permita paralelamente ao juiz a interpretação da lei de acordo com o método que julgue levar à decisão mais justa. A lógica do razoável procura entender os sentidos e nexos entre as significações dos problemas humanos, e, portanto, dos políticos e jurídicos, assim como objetiva realizar operações de valoração, estabelecendo finalidades e propósitos específicos. É o método correto, em sua visão, para a função jurisdicional. O Direito, para Recaséns Siches, não seria algo estático, estanque, com funcionamento baseado exclusivamente na lógica dedutiva, porque o razoável é a lógica do homem.

Aproximando-se da teoria fenomenológica de Husserl, Siches entende que o julgador, indagando-se sobre qual norma deveria ser aplicada, não pode deixar guiar-se somente por critérios formais, devendo-se antecipar mentalmente aos efeitos que essa aplicação produziria, buscando uma solução mais justa, atendendo, assim, aos anseios da sociedade. O juiz, antes de decidir, reconstrói, na sua mente, a decisão, abstraindo suas pré-concepções: “[...] o juiz, perante quaisquer casos que a ele sejam trazidos, tem que, antes de tudo, verificar mentalmente se a aplicação da norma, que aparentemente se adéqua ao caso, produzirá o tipo de resultado justo que serviu de base valorativa para aquela norma”.<sup>256</sup>

Utilizando-se do raciocínio de Siches, de pautar a atividade interpretativa do juiz pela lógica do razoável, no que se relaciona, particularmente, aos conflitos entre as variadas liberdades públicas, utiliza-se a lição de Rivero e Moutouh:

---

<sup>255</sup> VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Direito de Personalidade*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 62.

<sup>256</sup> SÍCHES, Luis Recaséns. *Nueva filosofía de la interpretación del Derecho*. 2. ed. México: Editorial Porrúa, 1973. p. 264.

No original espanhol: “el juez, ante cualquier caso que se le plantee, tiene ante todo que verificar mentalmente si la aplicación de la norma, que en apariencia cubre dicho caso, producirá el tipo de resultado justo en el que se inspiró la valoración que es la base de aquella norma”. (Tradução do autor.)

Às vezes, enfim, e o mais das vezes, o direito procura conciliar sem hierarquizar. Em vez de limitar uma liberdade em benefício de outra, ele limita simultaneamente as duas liberdades em conflito para assegurar a cada uma delas o máximo de exercício compatível com a outra.<sup>257</sup>

Percebe-se, dessa forma, que a técnica da ponderação é perfeitamente aplicável, tanto no caso de conflitos entre diferentes liberdades públicas quanto no caso de diversos direitos da personalidade. Uma vez entendida a melhor forma para a resolução dos conflitos judiciais, faz-se também importante o estudo de outras técnicas que permitam uma maior agilidade na defesa de tais direitos, no caso, de ofensas aos diversos bens tutelados. A nova processualística permite vislumbrar tais meios.

## **5.6 As técnicas de tutela conjunta dos institutos: caráter preventivo e reparatório**

O ordenamento jurídico pátrio possibilita a tutela das liberdades públicas e dos direitos personalísticos de vários modos. Sua proteção não se circunscreve apenas ao âmbito das garantias constitucionais, no caso do primeiro, ou da técnica protetiva do direito privado, em relação ao segundo. Entendendo o ordenamento jurídico como um todo unitário, ele possui diferentes mecanismos que impedem os atentados contra a liberdade e a personalidade dos sujeitos de direito.

A tutela de tais bens pode ser garantida por vários meios. O direito penal, por exemplo, possui mecanismos coibidores de atentados contra a liberdade da pessoa, como nos crimes de sequestro, em que o bem juridicamente protegido é a liberdade pessoal. Existem também vários tipos penais, em que se criminalizam condutas ofensivas aos bens primordiais da pessoa humana, como ocorre com a coibição do homicídio, do infanticídio e do aborto – no que tange ao bem vida –, nos tipos penais que consideram crime os maus-tratos e a lesão corporal – protegendo o bem integridade física –, nos crimes de calúnia, injúria e difamação –, em que se visa proteger o bem personalístico da honra. Mas ressalta-se que o direito penal é considerado a *ultima ratio*, ou seja, só deve ser aplicado em última hipótese, protegendo apenas os mais essenciais bens jurídicos, quando os demais mecanismos falharem.

---

<sup>257</sup> RIVERO, Jean e MOUTOUH, Hugues. *Liberdades públicas*. Tradução de Maria Emantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 211.

Para proteger o sujeito tanto no aspecto de sua personalidade, quanto no de sua liberdade, o mais eficiente é a existência de medidas preventivas que permitem evitar a ocorrência de lesões que se mostram eminentes. Os novos instrumentos da processualística moderna permitem visualizar tais mecanismos de defesa dos direitos personalísticos, assim como a Constituição se mostra fonte de garantias para a proteção das liberdades públicas.

Na tutela dos direitos previstos na Constituição é possível diferenciar as denominadas garantias constitucionais dos remédios constitucionais, pois, enquanto as primeiras buscam prevenir, os remédios têm a função de corrigir, de consertar o que já foi ou está sendo lesado. Como ensina Jorge Miranda:

As liberdades são formas de manifestação da pessoa; as garantias pressupõem modos de estruturação do Estado; as liberdades envolvem sempre a escolha entre o *facere* e o *non facere* ou entre agir e não agir em relação aos correspondentes bens, tem sempre uma dupla face – positiva e negativa; as garantias têm sempre um conteúdo positivo, de atuação do Estado, ou das próprias pessoas. As liberdades valem por si; as garantias têm função instrumental e derivada.<sup>258</sup>

No que se refere, particularmente, a essas garantias, existem as denominadas “garantias institucionais”, como se exemplifica na liberdade de imprensa, que, ao mesmo tempo, garante uma imprensa livre, mas também oferece ao cidadão os meios para chegar ao fundamental direito de informação. Por outro lado, os remédios constitucionais constituem verdadeiro instrumento “com as quais a pessoa pode reivindicar do Poder Judiciário a prevenção e a correção de ilegalidades que ameaçam ou ferem direitos individuais e coletivos”.<sup>259</sup> Esse tipo de remédio pode ser também denominado de ações constitucionais e se exemplifica no *habeas corpus*, no mandado de segurança individual e coletivo, no mandado de injunção, no *habeas data*, na ação popular e na ação civil pública.

Quanto à proteção específica das liberdades públicas, poder-se-ia citar inicialmente o *habeas corpus*, como instrumento de defesa contra atos atentatórios à liberdade de locomoção, quando ameaçada pelo abuso do poder. Já o *habeas data*, por sua vez, seria o instrumento consagrador da liberdade de informação, que permite o

---

<sup>258</sup>MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional. Tomo IV. Direitos fundamentais*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 95/96.

<sup>259</sup>CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: Juspodivm, 2010. p. 781.

direito de acessar os dados ou informações pessoais constantes dos bancos de informações das entidades de caráter público. Outro clássico instrumento de tutela é o mandado de segurança, que pode ser utilizado para proteção de direito individual ou coletivo, de caráter líquido e certo, servindo assim como meio de proteção aos direitos fundamentais não tutelados pelo *habeas corpus* e pelo *habeas data*. Por fim, realça-se a importância do mandado de injunção, instrumento que permite tornar viável o exercício de um direito fundamental em decorrência da ausência de uma norma regulamentadora essencial para a consecução de tal fim.

Particularmente, no âmbito do direito comparado, existem várias formas de tutelar as liberdades públicas em suas particularidades. Tomando as lições de Cícero de Sá, é possível antever modelos protetivos diversos tanto na *Comon Law*, quanto no direito francês. De acordo com o autor, no sistema anglo-saxão, vige o princípio da “*una lex, una jurisdictio*”, que dita que, quando violada uma liberdade pública, o indivíduo pode pleitear um *writ* específico para solucionar a questão. Por exemplo, na utilização do *habeas corpus*, quando da ocorrência de lesão à liberdade pública de ir e vir.<sup>260</sup>

Jacques Roberts comenta que, particularmente na Inglaterra, a defesa das liberdades públicas é deficiente, no que tange a esfera judicial, pois o poder da Administração é tão amplo, que ela define previamente os *writs*, impedindo um poder maior de cautela por parte do Judiciário. Já quanto ao sistema norte-americano, a Constituição não estabelece um princípio geral de liberdade, mas, contrariamente ao modelo inglês, prevê determinadas garantias institucionais que permitem intervenções a partir de um poder de cautela do juiz.<sup>261</sup>

De outro modo, no sistema francês, existe uma dualidade de competências entre a jurisdição dos tribunais e a jurisdição administrativa. É o clássico contencioso administrativo francês, em que o litígio, entre pessoas públicas e particulares, tende a ser dirimido preferencialmente num tribunal administrativo. Quando a questão, todavia, vai ao judiciário, as liberdades públicas passam a ser objeto de decisões específicas, que visam uma salvaguarda típica, como é ilustrado pela denominada *référé* (cautelar-salvaguarda), que, de acordo com Rivero, “trata-se de permitir a frustração imediata dos atentados, ou ameaças manifestamente ilegais, por parte da Administração, a uma

---

<sup>260</sup> SÁ, José Anselmo Cícero. *Liberdades Públicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. p. 68-73.

<sup>261</sup> ROBERT, Jacques. *Libertés Publiques*. Paris: Éditions Montchrestien, 1971. p. 133-134.

liberdade fundamental”.<sup>262</sup> Essa medida se aplicaria tanto às ameaças advindas do poder público quanto às de entidades de direito privado prestadores de serviços públicos. O legislador francês, no entanto, enumerou quais liberdades fundamentais seriam suscetíveis de tal medida, particularmente, destacando a liberdade de ir e vir, a liberdade de opinião e, por fim, a liberdade de reunião.

Cícero de Sá comenta também a existência de um sistema misto, denominado de *Ombudsman*, no qual o controle das liberdades públicas pode ocorrer em caráter político, administrativo e também judicial. Inicialmente desenvolvido na Suécia, com a intenção de criar a figura de um preposto do parlamento, zelador das leis, o *Ombudsman* recebeu acolhida nos demais países escandinavos, assim como na Alemanha. O *Ombudsman* sempre deve intervir quando constatar a ocorrência de alguma violação à legalidade, atuando, assim, paralelamente ao juiz administrativo, similarmente como ocorre no sistema francês. No Brasil, numa análise comparativa, sua figura seria similar à função do ouvidor, com competência, no entanto, bem mais restrita.

Por sua vez, no que se refere à proteção dos direitos personalísticos, principalmente aqueles que antevêm na liberdade um bem para defesa da personalidade, existem também mecanismos de tutela específicos que visam evitar ofensas a tais direitos. Não se pode, todavia, negar a verdadeira mudança paradigmática que vem ocorrendo no estudo do tema na atualidade com as mais variadas técnicas concebidas pela processualística.

Como anteriormente demonstrado é possível tutelar a personalidade a partir de duas vertentes, uma objetiva e uma subjetiva. O direito objetivo seria aquele consagrador dos direitos da personalidade ancorado em cláusulas gerais, em que se inseriria a própria noção do direito geral de personalidade. A variedade de documentos normativos, de ordem internacional, majoritariamente estabeleceria tais direitos sob a alcunha de direitos humanos.<sup>263</sup> Por sua vez, a noção subjetiva teria um caráter mais individual, não de um direito geral de respeito, mas de um poder, ou seja, de um direito subjetivo, que cada pessoa teria ao defender a sua própria dignidade, uma vez abalada por determinadas ofensas. Esse poder, garantido pelo direito subjetivo, poderia ser utilizado perante o Estado, como também em relação ao particular ofensor. Dentro desta

---

<sup>262</sup> RIVERO, Jean; MOUTOUH, Hugues. *Liberdades públicas*. Tradução de Maria Emantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 295-296.

<sup>263</sup> VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Teoria Geral do Direito Civil*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 39-44.

ordem de ideias, insere-se a importância da existência dos denominados direitos especiais de personalidade, que teriam a função de dar maior concretude a tal tutela.

A nova lógica, que vem se instaurando na processualística moderna, passou a aceitar a existência da denominada tutela específica, que tem como espécie a tutela inibitória e de remoção do ilícito. Na Alemanha, essa tutela específica pode ser exemplificada por duas ações. Primeiramente, a *Unterlassungsklage*, que consiste “em uma ação de abstenção que possui por escopo constituir, contra o sujeito ativo, uma obrigação de não fazer, ou abster-se da prática do ato atentatório ao direito geral de personalidade do sujeito passivo”.<sup>264</sup> De outro modo, existiria também a tutela da *Beseitigungsklage*, correspondente a uma ação de supressão aos atos atentatórios que teria como escopo se prostrar no tempo.

Na legislação pátria, a tutela específica foi regulada pelo artigo 461 do Código de Processo Civil, no que tange à jurisdição individual, e pelo artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor, para a jurisdição coletiva. Ressalta-se, todavia, que a tutela específica – que se contrapõe à tutela genérica – não consagra apenas a técnica da resolução em perdas e danos, diferentemente da lógica da tutela reparatória. A tutela específica é orientada tendo em vista o sujeito qualificado, ou o caso especificado.

Faz-se importante, portanto, a análise do artigo 461 do CPC, para um estudo mais aprofundado do tema:

Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

§ 1º A obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente. \_

§ 2º A indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa (art. 287).

§ 3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

§ 4º O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito.

---

<sup>264</sup> SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 105.

§ 5º Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial.

§ 6º O juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva.

Percebe-se que, particularmente, o § 5º do artigo 461 do CPC deixa claro que o juiz pode, de ofício, ou a requerimento das partes, conceder essa tutela específica, por constituir “o meio apto a conferir aos jurisdicionados a tutela do adimplemento da obrigação in natura, e não só o ressarcimento pecuniário pelo seu descumprimento”.<sup>265</sup> Deve-se compreender que, dentro da tutela específica, existem vários tipos de proteção, que podem se adequar ao caso concreto. Exemplificando, existe a tutela inibitória, a tutela sub-rogatória e a de restrição de direitos.

Ao juiz caberia também o poder de substituir, revogar, reduzir ou ampliar a tutela anteriormente concedida e até mesmo adequá-la às especificidades do caso concreto, como na utilização do mandado de distanciamento em caso de ofensas à Lei Maria da Penha – protetora do bem personalístico da integridade física. No entanto, há de se respeitar os direitos e garantias constitucionais, como dita o artigo 461 da Constituição. Não pode o juiz criar uma tutela ofensiva a algum direito individual, por seu mero arbítrio.

A tutela específica acaba funcionando, dessa maneira, como uma tutela preventiva de proteção aos direitos da personalidade, por meio da utilização de um rol exemplificativo, dando ao magistrado poder de adequá-la ao caso concreto, escolhendo a tutela que considere mais eficiente para a resolução do caso. Logo é clara a ideia de insuficiência na utilização do binômio lesão/sanção, para a tutela desses direitos. As novas técnicas de proteção privilegiam o caráter preventivo. Exemplificando, se não for mais possível prevenir a ofensa à imagem, por já ter ocorrido uma indevida exposição da pessoa lesada, a técnica da tutela específica permitiria a utilização de outros meios que atenuem as consequências do dano, como a retirada de circulação das fotos difamatórias, no caso de ofensa ao bem personalístico da imagem, ou mesmo da intimidade.

---

<sup>265</sup> DIDIER JR. Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2008. v. 2. p. 366.

O artigo 12 do Código Civil, todavia, deixa claro que os direitos da personalidade são tutelados tanto a partir de uma base preventiva quanto através de uma base reparatória. Por esse motivo, a tutela preventiva específica não impede o uso da tutela reparatória, como se aduz da leitura do artigo 461 do CPC acima transcrito. A consumada lesão a um bem da personalidade permitiria que o sujeito prejudicado se utilizasse da reparação, via indenização, como forma de compensação. A tutela reparatória, todavia, passa a ser utilizada também nos casos em que a lesão tenha sido instantânea, ou seja, que já tenham sido produzidos efeitos danosos, buscando-se, assim, a compensação por meio dos danos morais.

Com o advento da Constituição de 1988, o dano moral passou a estar previsto explicitamente na legislação, como se apreende da leitura do artigo 5º, em seu inciso V, que dita ser “assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral, ou à imagem” e do inciso X, que dita a regra de que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. Para a análise do dano moral, deve-se partir da presunção de que a simples mágoa, aborrecimento, irritação exacerbada, ou mero dissabor não levariam à sua configuração; o que realmente deve ser considerado, para a caracterização do dano, é a ocorrência de um sofrimento que possa agredir a dignidade da pessoa. Dessa forma, o simples ato praticado no exercício regular de um direito não configuraria o dano moral, ofensor de um direito da personalidade, como se exemplificaria nas necessárias revistas feitas por policiais em entradas de shows, estádios esportivos ou aeroportos.

No que tange à lesão a um dos bens da personalidade, a prova do dano moral também é questão bastante delicada para o estudo do tema, pois, provar a dor, o sofrimento, é obviamente bastante difícil, e essa prova precisaria ser encarada com prudência. O magistrado deverá, portanto, aplicar as regras da experiência comum, não podendo simplesmente imputar ao autor a necessidade de uma prova direta. O dano moral, nos casos de ofensa a esses direitos, está inserido na própria ofensa, decorrente da gravidade do ilícito, ou do próprio fato ofensivo, em si, bastando, assim, prová-lo, para se ter reflexamente a prova do dano. Nesse sentido, há que se concluir que, na proteção dos bens personalísticos, o juízo de culpa não desempenha papel fundamental,

pois “o fundamento do decretamento das providências assenta na ilicitude objetiva da lesão”.<sup>266</sup>

Particularmente, à fixação do valor do dano moral, o juiz deve estar também atento aos princípios supracitados da proporcionalidade e da razoabilidade, sem ficar adstrito a uma tabela pré-fixada, posição esta já rechaçada pelos tribunais superiores.<sup>267</sup> Valendo-se do bom senso e da equidade, o magistrado deverá fixar o *quantum* da reparação, levando em consideração o nível econômico tanto do ofendido quanto do ofensor, pois uma estipulação bem abaixo do nível de renda do ofensor não revestiria o caráter punitivo que deve caracterizar tais indenizações.

Com todo o exposto, é nítida a percepção de que se vive em um período de enorme mudança, no que se refere à proteção desses novos direitos e, assim sendo, de forma transversa, acaba-se tutelando também as liberdades, interpretadas como bens da personalidade, o que, por sua vez, não exclui, mas fomenta, a utilização dos mecanismos constitucionais direcionados ao mesmo fim. Uma vez exposta a existência de tais tutelas e das respectivas técnicas processuais, torna-se possível estudar alguns desses direitos em espécie que, ao mesmo tempo, definem-se como liberdades públicas e como direitos da personalidade.

### **5.7 Os direitos em espécie: verdadeira relação de comunhão**

Não há dúvida de que alguns direitos consagrados como liberdades são também considerados direitos da personalidade no âmbito da civilística. Tal similitude é justificada pela proximidade conceitual dos institutos, de raiz histórica similar, e, acima de tudo, pela proteção que ambos oferecem a próximos bens jurídicos.

Para demonstrar como a riqueza conceitual e o desenvolvimento próprio, em cada uma das esferas, possibilita, numa análise fincada no cânone da totalidade, a interpretação de ambos os institutos, destacar-se-ão alguns desses direitos. O trabalho focará no direito à vida privada, no direito à informação e no denominado direito de culto, ou liberdade religiosa.

Primeiramente, no que tange ao direito à vida privada, ressalta-se que, quanto à nomenclatura, muitos autores consideram a palavra sinônima de outros termos. Milton Fernandes, por exemplo, analisa que a expressão se aproxima de direito ao resguardo,

---

<sup>266</sup> VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Direito de personalidade*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 143.

<sup>267</sup> Súmula 281 do STJ

ao recato, ao segredo, à vida ou esfera privada. O termo se ligaria ao *right to be alone* ou ao *private life* do direito americano, ao direito de estar só (*das Rechet allein zu sein*) do direito germânico, ou mesmo à *sfère d'intimità*, nomenclatura corrente na Itália.<sup>268</sup> Na doutrina pátria, o termo vem sendo empregado conjuntamente com a expressão “direito à intimidade” e, principalmente, “direito à privacidade”. No entanto deve-se entender que esta última expressão possui caráter mais amplo, tendo como objeto:

os comportamentos e acontecimentos atinentes aos relacionamentos pessoais em geral, às relações comerciais e profissionais que o indivíduo não deseja que se espalhem ao conhecimento público. O objeto do direito à intimidade seriam as conversações e os episódios ainda mais íntimos, envolvendo relações familiares e amizades mais próximas.<sup>269</sup>

Esse direito à vida privada é compreendido, na doutrina francesa, como sendo também uma das verdadeiras liberdades públicas. Georges Burdeau é um dos autores que defende tal entendimento. Para o autor, haveria uma afronta a uma liberdade pública quando, por exemplo, ocorresse violação de uma correspondência, pois, uma vez que a intimidade é ameaçada, a liberdade se tornaria uma liberdade vigiada. Defendendo a visão clássica de que as liberdades públicas corresponderiam a um direito subjetivo público, este se transmudaria, na visão do autor, em um verdadeiro direito subjetivo público à intimidade, em que ao Estado caberia assegurar a proteção da liberdade de seu cidadão.<sup>270</sup>

O direito subjetivo público à intimidade consiste na liberdade pública de desfrutar da vida privada, sem ser molestado, sob qualquer aspecto, por quem quer que seja, vedando-se, pois, que, sem consentimento expresso da pessoa, se ouçam, registrem ou transmitam, por meio de aparelhos de som, palavras pronunciadas no lar, bem como se veda a exibição de fotos tiradas com teleobjetivas<sup>271</sup>

<sup>268</sup> FERNANDES, Milton. *Proteção Civil da Intimidade*. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 55.

<sup>269</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 367.

<sup>270</sup> BURDEAU, Georges. *Manuel de Droit Public*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1948. p. 146-156.

<sup>271</sup> CRETELLA JÚNIOR, José. *Liberdades Públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p.73.

Rivero e Moutouh comentam que essa liberdade pública teve aceitação tardia, no direito europeu, principalmente na França, passando a constar apenas a partir da Convenção Europeia dos Direitos do Homem em 1950.<sup>272</sup>

Artigo 8.º

1- Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência.

2- Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem estar econômico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infrações penais, a proteção da saúde ou da moral, ou a proteção dos direitos e das liberdades de terceiros.

Aproximando os conceitos de intimidade e vida privada, comentam os autores que tal liberdade se justificaria por cuidar de preservar a zona de atividade que cada indivíduo lhe tem como própria, sendo composta por “[...] tudo o que diz respeito à saúde pessoal, às convicções religiosas ou morais, à vida familiar e afetiva, às relações de amizade, aos lazeres, e, com as ressalvas já indicadas, à vida profissional e à situação material”.<sup>273</sup> No direito francês, tal liberdade pública teve como principal escopo servir de limite para as ingerências indevidas causadas por outra liberdade pública: a liberdade de imprensa.

O direito à intimidade tem previsão constitucional expressa, no rol dos direitos e garantias fundamentais, como se constata da leitura do art.5º, X da Constituição:

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:

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;

Na doutrina pátria, vários autores partilharam do entendimento de que a existência da denominada “liberdade à vida privada”, seria um das liberdades

<sup>272</sup> RIVERO, Jean; MOUTOUH, Hugues. *Liberdades públicas*. Tradução de Maria Emantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 447.

<sup>273</sup> RIVERO, Jean; MOUTOUH, Hugues. *Liberdades públicas*. Tradução de Maria Emantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 448.

pressupostas para o anteriormente analisado direito ao livre desenvolvimento da personalidade. Destaca-se, neste pensar, a lição de Gilmar Mendes, que entende a privacidade como o direito que cada um tem de estar livre da vigilância do grupo. Dessa maneira, tendo como marco o estudo de William Prosser, seria possível sustentar as quatro ingerências indevidas na órbita privada, das quais caberia ao Estado evitar: 1) intromissão na reclusão ou na solidão do indivíduo; 2) exposição pública de fatos privados; 3) exposição do indivíduo a uma falsa percepção do público – “*false light*”, que ocorreria quando a pessoa é retratada de modo inexato ou censurável; 4) apropriação do nome e da imagem da pessoa, sobretudo para fins comerciais.<sup>274</sup>

Se essa vida privada pode ser compreendida como uma liberdade pública, não há dúvida de que ela é também um dos exemplares mais evidentes dos direitos da personalidade. Sua consagração é literal no artigo 21 do Código Civil:

Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.

Adriano De Cupis preferindo a designação “direito ao resguardo”, entende tal direito “como o modo de ser da pessoa que consiste na exclusão do conhecimento pelos outros daquilo que se refere a ela só. Na hierarquia dos modos de ser morais da pessoa, vem a seguir do bem da honra, com o qual, de resto, tem sido confundido”.<sup>275</sup> O autor entende o direito à imagem como manifestação desse direito ao resguardo, não se confundindo com este, todavia.

Carlos Alberto Bittar, por sua vez, entende que o direito à intimidade é clássico direito da personalidade em seu caráter negativo, pois “[...] é expresso exatamente pela não-exposição a conhecimento de terceiro de elementos particulares da esfera reservada do titular”.<sup>276</sup> Essa intimidade, subsistente ao homem, caracteriza-se pelo que muitos autores denominam de faceta da incomunicabilidade, na qual se permite à pessoa a construção de uma totalidade fechada em si, verdadeiramente impartilhável. Sobre sua inserção na esfera civil, alude o autor que:

---

<sup>274</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 369.

<sup>275</sup> CUPIS, Adriano de. *Os Direitos da Personalidade*. Tradução de Adriano Vera Jardim e Antonio Miguel Caiero. Lisboa: Livraria Morais, 1961. p. 129.

<sup>276</sup> BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003. p. 112.

O princípio da preservação da intimidade, no plano privado, encontra-se, aliás, subjacente à nossa codificação e a outros diplomas, em que se insinua, em certos pontos, a necessidade do respeito, como a obrigação imposta ao proprietário de garantir ao inquilino o uso pacífico da coisa, e outros textos desse teor; como nas regras definidas no plano da legislação sobre comunicações.<sup>277</sup>

O interessante é perceber que essa vida privada, ao mesmo tempo em que é interpretada como um direito personalístico, no que tange à defesa de um bem moral da personalidade, também é compreendida como uma liberdade pública, por defender a autonomia do indivíduo. Transmuda-se, assim, num direito fundamental que serve de limite para outros direitos, sejam outras liberdades ou outras manifestações da personalidade do sujeito. Sendo assim, esse direito funciona como limite principalmente à liberdade pública de comunicação, assim como também ao direito personalístico às criações intelectuais, pois, neste último caso, o espírito criador de uma pessoa deve também respeitar a intimidade alheia.

Outro direito específico que pode ser estudado tanto como um direito da personalidade quanto como uma liberdade pública é o chamado direito à informação. Como analisa Dirley da Cunha Júnior, o direito à informação pode ser compreendido como liberdade pública fundamental, pois, de acordo com o autor, compreende três níveis de liberdade: o direito de informar, o direito de ser informado e o direito de se informar.<sup>278</sup> O direito de informar se relacionaria ao direito de imprensa, a prerrogativa de transmitir informações, como dita o artigo 220 da Constituição.<sup>279</sup> O direito de ser informado seria o direito de obter do poder público as informações requisitadas pelo particular, relacionando-se, portanto, ao denominado dever de publicidade. Por fim, o direito de se informar seria a possibilidade:

---

<sup>277</sup> BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003. p. 113-114.

<sup>278</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: Juspodivm, 2010. p. 670-677.

<sup>279</sup> Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 1º - Nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

§ 2º - É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

[...] de o indivíduo buscar as informações pretendidas sem quaisquer obstáculos. Sua proteção constitucional reside no espeque normativo contido no inciso XIV, do art. 5º, segundo o qual é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional, e inciso LXXII do mesmo preceito, que prevê a ação constitucional do habeas data.<sup>280</sup>

O direito de ser informado, contudo, é consagrado através do *habeas data*, verdadeiro remédio constitucional e instrumento clássico garantidor de uma liberdade pública, como estabelece o artigo 5º, LXII da Constituição:

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:

LXXII - conceder-se-á "habeas-data":

- a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público;
- b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativa;

No que tange, por sua vez, ao direito de se informar, tornaria possível vislumbrar sua fundamental importância para o engrandecimento da pessoa que, ao buscar informações, acaba por desenvolver seu intelecto, formando e transmitindo cultura. Dentro da teoria do direito geral de personalidade, nesse caso se estaria diante de um verdadeiro bem da personalidade, como entende Capelo de Sousa:

Essenciais ao desenvolvimento da personalidade humana individual são também os direitos à informação, à educação, à cultura e à ciência, bem como a autodeterminação informacional, educativa, cultural e científica. Com efeito, o conhecimento e a autoavaliação do estado, das causas e dos efeitos das ideias e dos fenômenos naturais, político-econômicos e socioculturais são absolutamente necessários à compreensão do homem e do mundo que o rodeia, à formação da opinião, do sentido crítico e da vontade individual e à consequente organização, livre e adequada, da atividade individual.<sup>281</sup>

---

<sup>280</sup>CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: Juspodivm, 2010. p. 671.

<sup>281</sup> CAPELO DE SOUSA, Rabinadrath V. A. *O Direito Geral de Personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 354.

Não se deve negar, todavia, que, da mesma forma que as liberdades e os direitos de personalidade se complementam, eles oferecem também limites para o outro. O direito de informar, por exemplo, não pode ser absoluto, como nenhum direito fundamental o é. Sendo assim, a liberdade de imprensa é limitada por outros direitos, como o já estudado direito à vida privada. Esses limites se justificariam em decorrência da própria inserção num Estado Democrático de Direito, pois não haveria princípio supremo, devendo todos ser ponderados com outros fundamentos igualmente basilares do direito. No que tange à liberdade de informar, poder-se-ia utilizar o direito da personalidade ao segredo, que impediria interferências indevidas na seara privada. Por esses motivos, deve-se preferir o uso de critérios baseados na ponderação para se chegar a um balanceamento mais consentâneo.

Por fim, outro direito da personalidade que caminha em paralelo a uma liberdade pública é o denominado direito personalístico à liberdade religiosa, a conhecida liberdade pública de crença. Como analisado no terceiro capítulo, a liberdade também pode ser compreendida como um dos bens da personalidade, na relação eu-no-mundo. Dentre as suas subespécies, existiriam cinco tipos de liberdades, sendo uma delas a denominada liberdade espiritual, que corresponderia aquela liberdade de sentir, de pensar, de decidir, de agir ou até de se omitir.<sup>282</sup> Essa liberdade de pensar:

tutela não apenas a autodeterminação do processo de conhecimento intelectual de cada homem, mas também a sua autonomia em relação ao conteúdo de sua atividade intelectual, particularmente, face às suas opiniões, ao modelo da sua vida, à sua concepção do mundo e à sua criação e adesão a valores.<sup>283</sup>

A possibilidade de se aderir a valores é conjugada com uma concepção própria de mundo, em que se permite ao sujeito de direitos – à pessoa detentora de personalidade – agir de acordo com sua crença e definir, assim, livremente, sua adesão ou não a determinada religião. Dessa forma, o conceito novamente encontraria parâmetro numa outra liberdade pública, constante do rol dos direitos fundamentais da República Federativa do Brasil:

---

<sup>282</sup> CAPELO DE SOUSA, Rabinadrath V. A. *O Direito Geral de Personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 262/263.

<sup>283</sup> CAPELO DE SOUSA, Rabinadrath V. A. *O Direito Geral de Personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 267.

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;

Percebe-se, assim, que a Constituição protege concomitantemente a liberdade de crença e a liberdade de consciência, até como forma de privilegiar um respeito àquela crença escolhida por cada ser humano, como também de respeitar aqueles que não a têm. Dessa forma, assegura-se, por exemplo, a prestação de assistência religiosa em entidades civis e militares, ou mesmo em penitenciárias.<sup>284</sup> Veda-se, nos três poderes da União, a instituição de impostos sobre templos de qualquer culto<sup>285</sup>, pois “na liberdade de religião inclui-se a liberdade de organização religiosa”.<sup>286</sup>

Vislumram-se, portanto, as variadas relações que se podem estabelecer entre os direitos da personalidade e as liberdades públicas, que, em muitos casos, protegem os mesmos bens jurídicos. Sendo assim, realça-se novamente a necessidade de se adotar um direito geral da personalidade, assim como compreender o instituto das liberdades públicas sob novos parâmetros. Essas mútuas relações acabam servindo de substrato para que as modernas técnicas de proteção possam sobre elas incidir, formando, desta maneira, um eficiente mecanismo de tutela para tais direitos.

---

<sup>284</sup> Art. 5º: VII - é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva;

<sup>285</sup> Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

VI - instituir impostos sobre:

b) templos de qualquer culto;

<sup>286</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 407.

## CONCLUSÃO

O presente trabalho procurou traçar a similitude entre dois institutos que, apesar de aparentarem uma marcante diferença conceitual e de se enquadrarem em campos distintos da dogmática, demonstraram, ao longo do estudo, possuir uma forte carga axiológica tanto voltada para a defesa da pessoa humana, quanto para a proteção dos bens que a integra, na qual se destaca primordialmente a tutela da liberdade, ou seja, de um de seus componentes mais valiosos e fundamentais para o precípua desenvolver humano.

Inicialmente, necessitou-se realizar uma abordagem histórico-filosófica para demonstrar o surgimento de ambos os institutos dentro de um desenvolvimento natural do pensamento e dos valores de cada época. A filosofia primeiramente deu o substrato que possibilitou que questões tão atinentes à vida do homem, como a liberdade e seus limites, pudessem ser problematizadas ao ponto de se tornarem questões importantes para o Direito. A História, por sua vez, em seu fluxo de acontecimentos, permitiu enxergar que as normas reguladoras do agir humano caminham conjuntamente com ela, a partir dos denominados grandes acontecimentos, ou seja, daqueles geradores de mudanças paradigmáticas no pensar de cada época. Assim, foi possível o surgimento de novos direitos, tutelando diferentes sujeitos e consagrando, dessa forma, novos institutos jurídicos.

Nesse processo histórico, as liberdades públicas se estabeleceram primeiramente como os direitos de defesa dos novos valores do ideário burguês, que via no Estado soberano o maior inimigo às suas aspirações emancipatórias. Aos poucos, tais direitos se tornaram insuficientes em relação às novas demandas, e assim foram consagrados novos direitos, que também passaram a propagar um caráter de fundamentalidade. Os direitos da personalidade, por sua vez, apesar de raízes que remontam ao Direito Romano, só vieram a se estabelecer como verdadeiro instituto jurídico após os acontecimentos da Segunda Guerra Mundial. A partir daí, fenômenos distintos passaram a ocorrer: os direitos fundamentais de hierarquia constitucional se consubstanciaram nos principais valores dos novos Estados Democráticos, os direitos da personalidade passaram a ter disciplina própria nos diversos estatutos civis e as liberdades públicas, infelizmente, foram esquecidas como direitos de uma “geração” passada.

O estudo procurou, assim, demonstrar que a proximidade das liberdades públicas e dos direitos da personalidade é muito maior que as diferenças que os separam. Afinal,

ambos têm na defesa dos bens essenciais da pessoa humana seus objetos precípuos. Mas, para se chegar a tal conclusão, fez-se fundamental a correta interpretação das modernas teorias que justificam a existência de tais direitos em cada uma de suas respectivas esferas.

Primeiramente, do Direito público se aduziram as diferenças conceituais que, a partir de uma noção de direito subjetivo, separou as denominadas liberdades positivas das liberdades negativas. No entanto a mudança paradigmática na matéria ocorreu com a compreensão da noção objetiva destes direitos fundamentais, pois, dessa forma, não coube mais à ordem jurídica apenas oferecer o rol de direitos que deveriam ser protegidos, e sim também passaram a enunciar os valores que deveriam impregnar todo o ordenamento. Com isso, a “liberdade”, valor emanado pelo instituto jurídico das liberdades públicas, passou também a ser compreendido como essencial na axiologia constitucional.

Paralelamente, o Direito Privado desenvolveu, com as suas regras próprias, o mais moderno instituto de defesa dos direitos do homem: os direitos da personalidade. Tal instituto passou a ter como escopo a defesa da personalidade humana, ou seja, daqueles bens que fazem de cada um ser o que é. Aqueles bens que são considerados primordiais para a defesa de cada indivíduo, como sujeito de direitos, realçando sua posição como pessoa. Exemplifica-se com os bens da vida, da integridade física, da imagem, da intimidade e da liberdade. Sendo assim, realça-se que essa liberdade permitiu ser igualmente interpretada como um dos mais essenciais bens da personalidade.

Dessa forma, tornou-se fácil vislumbrar a importância da defesa da liberdade, agora entendida como valor e também como bem da personalidade. Para tanto, foi primordial a interpretação conjunta com o instituto dos direitos da personalidade, a partir de uma teoria que defendesse a existência de um direito geral, pois não mais seria possível circunscrever os bens da personalidade apenas a um rol exaustivo de direitos.

Chegou-se à conclusão de que é inegável o contínuo processo de mudança por que passa a personalidade humana, não se traduzindo em algo estático, mas, sim, interpretada numa perspectiva dinâmica e, por esse motivo, torna-se essencial a existência de uma cláusula aberta, que proteja todos os bens da personalidade. Se a codificação civil pátria não ditou, igual, por exemplo, à germânica, uma cláusula de direito geral, todavia, numa interpretação sistemática, é possível deduzi-la tanto do

artigo 12 da codificação civil quanto a partir do princípio da dignidade da pessoa humana, verdadeiro fundamento da República Federativa do Brasil.

Afere-se, assim que, da defesa de um direito geral da personalidade, tornou-se possível defender também a existência de um verdadeiro direito geral da liberdade, com fundamento no art. 5º, II da Constituição, que dita ser a liberdade de ação um dos direitos fundamentais garantidos pelo Estado.

Como verdadeiro liame entre os direitos gerais da personalidade e da liberdade, colocou-se tal princípio consagrador da dignidade da pessoa humana. Tal princípio permitiu estabelecer uma relação simbiótica entre os institutos, pois se tornou a base tanto para a definição de quais bens deveriam ser protegidas pelo direito da personalidade, como também daqueles que o direito à liberdade visaria tutelar.

Essa interpretação mútua, também foi explicada a partir da utilização dos denominados cânones interpretativos (como o da totalidade e o da completude), que interpretaram o ordenamento como um todo, não fragmentado, no qual coube ao intérprete analisar os diversos institutos, na busca por uma coesão lógica e sistemática. Assim, justifica-se a defesa, por parte da doutrina contemporânea, de um direito civil-constitucional, em que os princípios emanados por um possam ser absorvidos pelo outro. Mas, acima de tudo, permitiu a consagração do denominado direito ao livre desenvolvimento da personalidade, que seria a tradução mais adequada dessa relação simbiótica entre os institutos.

A partir desse entendimento, foi possível desenvolver de maneira mais acurada a propagada relação estabelecida entre os direitos da personalidade e as liberdades públicas. Se, inicialmente, a definição da doutrina aduzia ao fato de que os primeiros corresponderiam à eficácia horizontal dos direitos fundamentais, e as liberdades públicas seriam exemplares da denominada eficácia vertical, tal definição se mostrou insuficiente, principalmente quando colocada à luz das modernas teorias dos direitos fundamentais. Nesse pensar, foi possível defender a aplicação da teoria da eficácia irradiante daqueles direitos.

Uma vez corretamente interpretados tais postulados, se pôde perceber que, para a efetividade da tutela conjunta, fez-se essencial o surgimento de modernas técnicas processuais que propagassem a lógica da prevenção das ofensas ao invés da simples reparação pelos danos morais. Da mesma forma, a resolução dos conflitos não mais permitiu seguir a lógica da hermenêutica antiga, dos clássicos critérios, como o da hierarquia e da especialidade. Fez-se necessária a utilização de novos parâmetros, como

a teoria da ponderação dos interesses, que precisou se adequar aos novos valores consagrados, utilizando-se, assim, de seus respectivos graus de importância, peso e valor, em que se destaca, particularmente, o subprincípio da proporcionalidade.

De todo o exposto, exemplificou-se que determinados direitos podem ser interpretados tanto como liberdades públicas quanto como direitos da personalidade. Assim sendo, citou-se o exemplo do direito à intimidade. Primeiramente, tal direito concilia um bem da personalidade a uma liberdade pública – a liberdade pública da vida privada. Em segundo plano, corresponde a um bem essencial para o desenvolvimento da personalidade, pois só com o respeito à intimidade se torna possível desenvolver os atributos que definem cada um. Em terceiro lugar, tais direitos podem ser entendidos como princípios que emanam seus respectivos valores por todo o ordenamento e, uma vez sendo também direitos fundamentais, permitem a utilização dos denominados remédios constitucionais para assegurar a sua intangibilidade.

Se alguns desses direitos, concomitantemente considerados direitos da personalidade e liberdades públicas, podem ser aduzidos da simples leitura da Constituição e do Código Civil, outros, todavia, demandam uma interpretação baseada na aplicação do direito geral de personalidade, ou seja, da noção eu-no-mundo garantida por tal teoria, que permite vislumbrar novos direitos numa relação pautada também pela alteridade.

Dessa forma, o estudo procurou estabelecer as mais variadas relações entre os dois institutos em análise, tendo sempre buscado os mais corretos parâmetros para se evitar uma desnecessária confusão conceitual. Sendo assim, ao ter como objeto um tema pouco estudado na doutrina pátria, a dissertação visou interpretar esses novos mecanismos tão caros ao jurista mais atento às modificações a sua volta.

**REFERÊNCIAS**

AGOSTINHO, Santo. *A cidade de Deus contra os pagãos*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1990.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª ed. alemã. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ALMEDINA, Guilherme Assis de; BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *Curso de Filosofia do Direito*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes. *Liberdade de reunião*. São Paulo: Max Limonad, 2001.

ANDRADE, José Carlos Vieira. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Livraria Almedina, 1987.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução de Mário da Gama Kury. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1985.

———. *Metafísica*. Tradução de Leonel Vallandro. Porto Alegre: Globo, 1969.

ASCENÇÃO, José de Oliveira. *Direito Civil: Teoria Geral*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editores, 2000. v.1.

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2. ed. Brasília: Brasilia Jurídica, 2000.

BARROSO, Luis Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

———. *Constituição Federal do Brasil anotada*. São Paulo: Saraiva, 1998.

———. *Curso de Direito Constitucional* - os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.

———. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas* - limites e possibilidades da constituição brasileira. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

———. *Interpretação e aplicação da Constituição*: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BATISTA, Vanessa Oliveira. As declarações de direitos. In: *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, v. , n. 36, mês1999.

BELTRÃO, Silvio Romero. *Direitos da Personalidade, de acordo com o Novo Código Civil*. São Paulo: Atlas, 2005.

BERTI, Silma Mendes (Org.). *Direito Privado sem fronteiras*. Belo Horizonte: Imprensa Universitária da UFMG, 2009.

———. Fragilização dos Direitos da Personalidade. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte, v. 3, n. 5 e 6, p. 238-248, 1º e 2º sem. 2000.

BETTI, Emilio. *Interpretação da Lei e dos Atos Jurídicos* - Teoria Geral e Dogmática da Interpretação. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

BEVILÁQUA, Clovis. *Teoria Geral do Direito Civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Editora Paulo de Azevedo, 1955.

BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Regina Lyra. 3. ed. Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2004.

———. *Estado, governo, sociedade*: para uma teoria geral da política. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 13. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2007.

———. *Igualdade e Liberdade*. 5. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BURDEAU, Georges. *A democracia - ensaio sintético*. Tradução de Paulo Antônio dos Anjos. 2. ed. São Paulo: Publicações Europa-América, 1969.

———. *Les libertés publiques*. 4e. éd. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1972.

———. *Manuel de Droit Public*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1948.

CAMPOS, Diogo Leite. *Nós: estudo sobre o direito das pessoas*. Coimbra: Almedina, 2004.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2009.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Lisboa: Coimbra, 1999.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

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

CAPELO DE SOUSA, Rabinadrath V. A. *O Direito Geral de Personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

CARBONELL, Miguel (Org.). *Neocostitucionalismos*. Madrid: Editorial Trota, 2003.

CARREJO, Simon. *Derecho Civil - Tomo 1*. Bogotá: Editorial Temis, 1972.

CARVALHO, Carla Vasconcelos. *A atividade esportiva à luz dos direitos da personalidade*. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2010.

CHAUÍ, Marilena de Souza. *Convite à Filosofia*. 12. ed. São Paulo: Ática, 1999.

COING, Helmut. *Fundamentos de Filosofia del Derecho*. Tradução para o espanhol de Juan Manuel Mauri. Barcelona: Ediciones Ariel, 1961.

COLLIARD, Claud Albert. *Libertés publiques*. 5e éd. Paris: Dalloz, 1975.

COMPARATO, Fabio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CORNU, Gérard. *Droit civil - introduction: les personnes e les biens*. 5e. éd. Paris: Montchrestien, 1991.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Liberdades Públicas*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1986.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: Juspodivm, 2010.

CUPIS, Adriano de. *Os Direitos da Personalidade*. Tradução de Adriano Vera Jardim e Antonio Miguel Caeiro. Lisboa: Livraria Moraes, 1961.

DANTAS, San Tiago. *Programa de Direito Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979. v. 1.

DIDIER JR. Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. 2. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2008. v. 2.

DINIZ, Maria Helena. *Norma Constitucional e seus efeitos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana - a teoria e a prática da igualdade*. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil – Teoria Geral*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

FENET, Alain. *Les Libertés Publiques en France*. Paris: PUF, 1976.

FERNANDES, Milton. *Proteção civil da intimidade*. São Paulo: Saraiva, 1977.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1975.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves; FERRAZ, Anna Cândida da Cunha; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas (parte geral)*. São Paulo: Saraiva, 1978.

GARCIA FILHO, Altamiro. *A liberdade pública de expressão*. 2004. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas) – Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2004.

GAZOLLA, Rachel. *Reflexões ético-políticas sobre as raízes da noção de liberdade na filosofia greco-antiga*. Disponível em:

<http://www.ifch.unicamp.br/cpa/boletim/boletim02/gazolla2.pdf>. Acesso em:

GIGON, Olof. *O conceito de liberdade no mundo antigo*. Tradução de Ana Lia Amaral Almeida Prado e Gilda Naécia Maciel de Barros. Disponível em: <http://www.hottopos.com/notand10/gigon.htm>. Acesso em:

GIORDANI, Mário Curtis. *História de Roma*. 16. ed. Petrópolis: Vozes, 1968.

GOMES, Orlando. Direitos da personalidade. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 216, n. , ano 62, p. out./nov./dez. 1966.

GONÇALVES, Diogo Costa. *Pessoa e Direitos da Personalidade - Fundamentação Ontológica da Tutela*. Lisboa: Edições Almedina, 2008.

GOREZEVSKI, Jorge Renato dos Reis Clovis (Org.). *A concretização dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Norton Editor, 2007.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 2003.

HAYEK, Friedrich August Von. *Os fundamentos da liberdade*. Tradução de Anna Maria Capovilla e José Ítalo Stelle. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1983.

HERRERO-TEJEDOR, Fernando. *Honor, Intimidad y Propria Imagen*. 2. ed. Madrid: Editorial Colex, 1994.

ISRAEL, Jean-Jacques. *Direito das Liberdades Fundamentais*. Tradução de Carlos Souza. Barueri: Manole, 2005.

JABUR, Gilberto Haddad. *Liberdade de pensamento e direito à vida privada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

KAYSER, Pierre. Les Droits de la Personnalité: aspects théoriques et pratiques. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*. Paris, v.70, n.3, p. mês 1971.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

———. *A Justiça e o Direito Natural*. Tradução de João Baptista Machado. 2. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1979.

LAFER, Celso. *Ensaio sobre a liberdade*. São Paulo: Perspectiva, 1980.

LEITE DE CAMPOS, Diogo. *Lições de direitos da personalidade*. 2. ed. Coimbra: Editora Coimbra, 1992.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LÉVINAS, Emmanuel. *Entre nós: ensaios sobre a alteridade*. Tradução de Pergentino Stefano Pivatto. Petrópolis: Vozes, 2005.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. *A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais como limite ao poder de legislar*. 1999. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 1999.

LUCAS, Juan de Sahagun. *Las dimensiones del hombre: antropologia filosófica*. Salamanca: Sígame, 1996.

MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Curso de filosofia política: do nascimento da filosofia a Kant*. São Paulo: Atlas, 2008.

MATOS, Andityas Soares de Moura Costa. *O estoicismo imperial como momento da ideia de justiça - Universalismo, Liberdade e Igualdade no Discurso da Stóia em Roma*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

MEGALE, Maria Helena Damasceno e Silva. *Hermenêutica Jurídica: interpretação das Leis e dos Contratos*. 2001. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2001.

———. A Compreensão Virtuosa do Direito: reflexão sobre a ética na hermenêutica jurídica. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, v. , n. , p. ,jan./jun. 2008.

———. *A Fenomenologia e a Hermenêutica Jurídica*. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 2007.

———. A Teoria da Interpretação *Jurídica*: um diálogo com Emílio Betti. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, v. , n. , p. , jan./jun. 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional. Tomo IV. Direitos fundamentais*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa anotada*. Coimbra: Editora Coimbra, 2005.

MONDIN, Battista. *O Humanismo filosófico de Tomás de Aquino*. Tradução de Antônio Angonese. Bauru: EDUSC, 1998.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. *Do espírito das leis*. Tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

MORA, José Ferrater. *Dicionário de filosofia*. 2. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2004. v 3 K-P.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana - uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003.

MORAES, Walter. Concepção tomista de pessoa: um contributo para a teoria do direito da personalidade. *Revista Forense*. São Paulo, v. , n. 590, p. , dez. 1984.

———. Direito ao corpo. *Revista do Instituto dos Advogados de Minas Gerais*, nova fase. Belo Horizonte, v. , n. 2, 1996, p. 191-200, mês ano.

MOTA PINTO, Paulo. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade. *Boletim da Faculdade de Direito [da] Universidade de Coimbra*: Portugal-Brasil. Coimbra, v. , n. , ano 2000, p. , mês 1999.

MUNIZ, Franciso José Ferreira; OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. O Estado de Direito e Direitos da Personalidade. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 532, n. , p. 12-23, fev. 1980.

PEREIRA, Rodolfo Viana. *Hermenêutica filosófica e constitucional*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1995.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfil do Direito Civil - introdução ao Direito Civil Constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PINTO, Paulo Mota. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*: Potugal-Brasil. Coimbra, v. , n. , p., ano 2000, mês 1999.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Calvacanti. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1954. v. 7.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Calvacanti. *Tratado de Direito Privado - Parte Especial - Tomo VII*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1971.

PLATÃO. *A República*. Tradução de Pietro Nasetti. São Paulo: Martin Claret, 2003.

REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. *História da Filosofia: filosofia pagã antiga*. Tradução de Ivo Storniolo. 3. ed. São Paulo: Paulus, 2007. v. 1.

RIVERO, Jean; MOUTOUH, Hugues. *Liberdades públicas*. Tradução de Maria Emantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

ROBERT, Jacques. *Droits de l'homme et libertés fondamentales*. 6e. éd. Paris: Montchrestien, 1996.

———. *Libertés Publiques*. Paris: Éditions Montchrestien, 1971.

RODRIGUES, Manuel Cândido. O novo Código Civil e os Direitos Fundamentais. *Revista Trabalhista*. Rio de Janeiro, v. 5, n. , p. 199-211, mês 2003.

SÁ, José Anselmo Cícero. *Liberdades Públicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos fundamentais - retórica e historicidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

———. (Org.). *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

———. *A eficácia dos direitos fundamentais - uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.

SCHMITT, Carl. *Teoria de la constitución*. Tradução espanhola de Francisco Ayala. Madrid: Alianza, 1996.

SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Tradução de Beatriz Hennig, Leonardo Martins, Mariana Bigelli de Carvalho, Tereza Maria de Castro e Vivianne Geraldine Ferreira. Montevideo: Konrad-Adenauer Oficina, 2005.

SÍCHES, Luis Recaséns. *Nueva Filosofía de la interpretación del Derecho*. 2. ed. México: Editorial Porrúa, 1973.

SILVA, Eliane Cristina. *Estado e sociedade através da liberdade de manifestação de pensamento e da autorregulação publicitária*. 2001. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2001.

SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

———. *Comentário contextual à constituição*. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

———. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

SILVA, Virgílio Afonso. *A Constitucionalização do Direito - os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

———. *Direitos Fundamentais - conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

SILVA, Wilson Melo da. *O dano moral e sua reparação*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1969.

SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de Personalidade e sua tutela*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

———. *Limites e possibilidades do direito de redesignação do estado sexual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

TEPEDINO, Gustavo (Org.). *A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

———. (Org.). *Problemas de Direito Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

———. *Temas de Direito Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Dano Moral*. 4. ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001.

TOBEÑAS, José Castan. *Los derechos de la personalidad*. Madrid: Editorial Reus, 1952.

UBILLOS, Juan Maria Bilbao. *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*. Análisis de la Jurisprudência del Tribunal Constitucional. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Direito de Personalidade*. Coimbra: Almedina, 2006.

———. *Teoria Geral do Direito Civil*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2008.

VAZ, Henrique Cláudio de Lima. *Antropologia Filosófica*. São Paulo: Loyola, 2002. v. 2.

VILLELA, João Baptista. O novo Código Civil brasileiro e o direito à recusa de tratamento médico. *Diritto Romano Comune*, Roma, v. , n. 16, p. 55-64, mês 2003.

VOLTAIRE. *Cartas filosóficas*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980.