

UNIVERSIDADE DE LISBOA
FACULDADE DE DIREITO



**O DIREITO AO LIVRE DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE –
PERSPECTIVA DO DIREITO PORTUGUÊS**

KELLYNE LAÍS LABURÚ ALENCAR DE ALMEIDA

Mestrado Científico em Direitos Fundamentais
Seminário de Direitos Fundamentais e Direito Privado
Ano Letivo 2009/2010

Lisboa
2010

UNIVERSIDADE DE LISBOA
FACULDADE DE DIREITO



O DIREITO AO LIVRE DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE –
PERSPECTIVA DO DIREITO PORTUGUÊS

Relatório apresentado na disciplina de Direitos Fundamentais e Direito Privado I e II, sob regência do Professor Doutor José Luís Bonifácio Ramos, como requisito parcial para habilitação no Mestrado Científico em Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, ano letivo 2009/2010.

KELLYNE LAÍS LABURÚ ALENCAR DE ALMEIDA

Lisboa
2010

Índice

<u>NOTA DE LEITURA</u>	3
<u>1. INTRODUÇÃO</u>	4
<u>2. A PESSOA, A PERSONALIDADE E A DIGNIDADE HUMANA</u>	7
2.1. O CONCEITO DE PESSOA	8
2.2. O CONCEITO DE PERSONALIDADE: DINÂMICA E PROTEÇÃO	10
2.3. O VALOR DA DIGNIDADE HUMANA	15
<u>3. O LIVRE DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE</u>	19
3.1. O CONCEITO DE DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE	20
3.2. O DIREITO AO LIVRE DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE: CONTRIBUIÇÃO DA DOCTRINA E DA JURISPRUDÊNCIA TEDESCAS	22
3.2.1. A LIBERDADE GERAL DE AÇÃO	24
3.2.2. O DIREITO GERAL DE PERSONALIDADE	27
<u>4. O DIREITO AO LIVRE DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS</u>	31
4.1. O LIVRE DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE NO ARTIGO 26º, N. 1, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA DE 1976	32
4.2. O LIVRE DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE NO ARTIGO 70º, N. 1, DO CÓDIGO CIVIL PORTUGUÊS: DIREITO GERAL DE PERSONALIDADE OU TUTELA GERAL DA PERSONALIDADE?	38
4.3. O LIVRE DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE NA JURISPRUDÊNCIA PORTUGUESA: SELEÇÃO DE CASOS	43
4.3.1. A AUTONOMIA DOS MENORES EM FACE DE SEUS RESPONSÁVEIS	44
4.3.2. O CASAMENTO ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO	47
4.3.3. A AUTODETERMINAÇÃO DE FUNCIONÁRIOS SOBRE A PRÓPRIA APARÊNCIA	49
<u>5. CONCLUSÕES</u>	51
<u>6. BIBLIOGRAFIA</u>	55

Nota de Leitura

Este trabalho encontra-se redigido em conformidade com as regras gramaticais ditadas pelo *Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa*, subscrito na cidade de Lisboa, em 16 de dezembro de 1990, por Angola, Brasil, Cabo Verde, Guiné-Bissau, Moçambique, Portugal, São Tomé e Príncipe, e, em 2004, por Timor Leste.

Considerando, porém, que a unidade da Língua Portuguesa, embora seja desejável para sua preservação, não é capaz de unificar as diversas linguagens utilizadas por falantes da língua espalhados por oito países em três diversos continentes, avisa-se ao leitor que a linguagem deste trabalho é a correntemente utilizada na escrita brasileira.

Informa-se ainda que a citação das obras e autores de referência foi feita em notas de rodapé, arranjadas ao longo do texto em critério cronológico. As citações de obras redigidas em língua estrangeira foram traduzidas livremente para a Língua Portuguesa no intuito de proporcionar clareza e fluência na leitura do trabalho.

1. Introdução

“Liberdade, essa palavra que o sonho humano alimenta, que não há ninguém que explique e ninguém que não entenda”.

Cecília Meireles

Que o ser humano necessita de liberdade para desenvolver a própria personalidade de forma plena e autêntica não há quem duvide. A Filosofia ocupa-se largamente e de há muito do tema e a tendência dos ordenamentos jurídicos modernos foi a de tomar para si a responsabilidade pela tutela da liberdade e da personalidade humana nos seus mais diversos aspectos.

A evolução do tempo e a constante modificação da sociedade, porém, fazem com que novos anseios humanos surjam e clamem por proteção jurídica. Os menores de idade, cada vez mais independentes e informados, pedem maior autonomia em face dos pais para definir os rumos da própria vida. Os casais homossexuais clamam pelo direito de se unirem em matrimônio oficialmente reconhecido pelo Estado. Os empregados desejam a garantia legal da autodeterminação da própria aparência, com a possibilidade de rejeitar o uso de uniformes que entendam desprestigiantes ou inadequados. Qual seria, entretanto, o fundamento jurídico apto a justificar a tutela de anseios humanos tão diversificados, relacionados a aspectos da vida tão diversos entre si? Eis que se apresenta o moderno e controverso direito ao livre desenvolvimento da personalidade.

A realização de uma pesquisa sobre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade no ordenamento jurídico português justifica-se diante da escassez de estudos dedicados especificamente ao tema, situação que ressalta a desproporção entre sua elevada importância para a proteção ainda mais efetiva da pessoa e da personalidade humana em todas as suas nuances e a real subutilização que dele tem feito a generalidade da doutrina e da jurisprudência. Afinal, com a louvável exceção dos trabalhos e decisões mencionados ao longo do texto, já se vão mais de dez anos da revisão constitucional de 1997 que expressamente introduziu o direito ao livre desenvolvimento da personalidade no ordenamento jurídico português sem que a maior

* O ser humano, em tudo aquilo que é e em tudo aquilo que desenvolve, não o é ou faz só por si, mas também pelos outros e para os outros. Por isso, não poderia deixar de agradecer a todos aqueles que me ajudam a ser mais e a ser melhor todos os dias: meu marido, Luiz Antônio, meus pais, Elias e Ana Lúcia, e minha irmã, Lívia. Com todo o meu amor.

parte dos juristas empenhe-se em tratá-lo como mais do que um simples valor vago e etéreo de pouca utilidade jurídica.

O objetivo desta pesquisa, portanto, é contribuir, senão com respostas, ao menos com o levante das questões mais intrigantes e importantes que permeiam o estudo do direito ao livre desenvolvimento da personalidade e que devem ser enfrentadas pelos estudiosos e pelos aplicadores do Direito na tentativa de sua concretização, densificação e aproveitamento adequado, propiciando a efetivação da especial tutela da pessoa e da personalidade humana a que ele se destina. Nesse sentido contribui também o repositório doutrinário e jurisprudencial do tratamento do tema que se buscou realizar ao longo do trabalho, obviamente restrito àquilo que os limites de tempo e de espaço possibilitaram fazer.

A metodologia de pesquisa adotada foi a técnico-jurídica, uma vez que a análise que desde o princípio se pretendeu realizar tem que ver eminentemente com o conteúdo e as conformações doutrinária e jurisprudencial do direito ao livre desenvolvimento da personalidade no ordenamento jurídico português. No estudo dos direitos da personalidade, entretanto, a figuração da pessoa e da personalidade humana como pressupostos torna inevitável o contato de certos temas com outras ciências humanas, especialmente com a Filosofia. Por isso se ressalva que, embora não se tenha ambicionado a realização de um estudo transdisciplinar, não se fugiu à incursão na Filosofia quando necessária à compreensão adequada do tema.

Ao fim da introdução, o primeiro capítulo do trabalho dedica-se à análise de três assuntos preliminares ao tema central e de tratamento imprescindível para um ajustado estudo do direito ao livre desenvolvimento da personalidade. Trata-se da definição dos conceitos de pessoa e de personalidade e de breve configuração da dignidade humana no ordenamento jurídico português. Embora este ponto do trabalho perpassasse inevitavelmente por questões filosóficas ligadas à existência, à utilidade e ao valor da vida humana, o objetivo do primeiro capítulo foi alcançar uma representação jurídica da pessoa, da personalidade e da dignidade humana no ordenamento jurídico português que auxiliassem a análise da estrutura e do conteúdo do direito ao livre desenvolvimento da personalidade.

O capítulo seguinte inicia o aprofundamento no cerne do estudo, dedicando-se, primeiramente, ao posicionamento e definição geral daquilo que se deve entender por desenvolvimento da personalidade humana. Prossegue, logo após, com a referência às origens da tutela do livre desenvolvimento da personalidade no ordenamento jurídico

alemão, analisando sua estrutura como direito fundamental consagrado na Constituição tedesca e, especialmente, suas dimensões – construídas na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão e largamente adotadas pela doutrina – de liberdade geral de ação e de direito geral de personalidade.

O último capítulo dedica-se ao exame do direito ao livre desenvolvimento da personalidade em sua conformação lusitana. A análise parte do texto consagrado no artigo 26º, n. 1, da Constituição da República Portuguesa de 1976 e passa pelo debate doutrinário sobre a definição mais adequada do direito ao livre desenvolvimento da personalidade: se semelhante ou diversa daquela predominante no ordenamento jurídico alemão, que inspirou o ordenamento jurídico português. O tópico seguinte destina-se ao estudo das repercussões da consagração do direito ao livre desenvolvimento da personalidade no Direito Privado, notadamente na substituição da tutela geral de personalidade prevista no artigo 70º, n. 1, do Código Civil Português por um direito geral de personalidade. Finalmente, observa-se e comenta-se o posicionamento dos Tribunais portugueses diante do novo direito fundamental de personalidade.

Por fim, apresentam-se as conclusões decorrentes da pesquisa e das reflexões realizadas ao longo da elaboração do trabalho.

2. A pessoa, a personalidade e a dignidade humana

O estudo dos direitos da personalidade coloca como questões preliminares os próprios conceitos de pessoa e de personalidade, pois somente a partir deles é possível identificar com precisão os titulares e o objeto que compõem a categoria jurídica. Não é, porém, empresa fácil.

As buscas sobre o significado e o sentido da pessoa e da personalidade acompanham o ser humano através dos séculos e nas mais diversas ciências humanas². A Filosofia e a Antropologia, procurando na ontologia as respostas para as mais basilares perguntas que inquietam a alma humana, afirmam que a pessoa é ente que se diferencia dos demais sujeitos existentes no mundo porque é com maior intensidade, porque o ser humano é senhor de sua própria realidade ontológica³. A pessoa, portanto, definir-se-ia como ente em que se manifestam três notas específicas: ipseidade, alteridade e dimensão realizacional⁴.

É preciso entender, porém, que embora não haja dúvida de que a pessoa é uma realidade ontológica, não há coincidência necessária entre aquilo que o ser humano é e aquilo que o ordenamento jurídico define como pessoa; não fosse assim, a escravidão jamais poderia ter encontrado respaldo no Direito⁵.

Assim, o objetivo deste capítulo é o de perscrutar as definições atribuídas à pessoa e à personalidade pelas Ciências Jurídicas, embora isso não signifique desconsiderar a realidade humana⁶. A elaboração de conceitos técnico-jurídicos de pessoa e personalidade adequados deverá sempre levar em consideração as características que compõem a essência do ser humano, sem descuidar os limites que os objetivos do ordenamento jurídico de tutela dos interesses pessoais e sociais e de promoção da pacificação social impõem.

² Para uma evolução dos estudos filosóficos e antropológicos acerca do conceito de pessoa, ver Gonçalves, Diogo Costa. *Pessoa e direitos de personalidade: fundamentação ontológica da tutela*, Coimbra, Almedina, 2008, p. 20 ss.

³ Gonçalves, Diogo Costa. *Pessoa e direitos de personalidade: fundamentação ontológica da tutela*, Coimbra, Almedina, 2008, p. 41-42.

⁴ Conforme Gonçalves, Diogo Costa. *Pessoa e direitos de personalidade: fundamentação ontológica da tutela*, Coimbra, Almedina, 2008, p. 63.

⁵ Pinto, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral de Direito Civil*, Coimbra, Coimbra, 1996, p. 86.

⁶ Apontando a existência de ao menos dois signos para o vocábulo pessoa, um vulgar – reportando-se ao ser humano – e outro jurídico – mais amplo para agasalhar pessoas humanas e pessoas jurídicas –, Farias, Cristiano Chaves de; Rosenvald, Nelson. *Direito Civil – teoria geral*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007, p. 102.

2.1. O conceito de pessoa

A definição de pessoa era tradicionalmente associada no contexto jurídico à qualidade de ser sujeito de direitos e obrigações. O conceito, apesar de muito simples, evidava-se de significado, pois demonstrava que, para o ordenamento jurídico, pessoa era apenas quem o legislador desejasse que fosse, atribuindo-lhe direitos e obrigações. E a essa interpretação não se pode atribuir a pecha de disparatada; basta observar que o próprio Hans Kelsen chegou a afirmar que a pessoa representa figurativamente a unidade de um complexo de deveres jurídicos e direitos subjetivos, é tão somente a personificação dessa unidade⁷.

Os tratamentos formalistas, porém, encontram-se atualmente na contramão da evolução jurídica. A tendência do Direito é caminhar rumo à efetivação da proteção da pessoa, buscar o equilíbrio entre a formalidade necessária à segurança jurídica e os juízos ponderados que a materialização de direitos requer⁸. Por isso, uma definição de pessoa que se restrinja a equiparar a consideração do ser humano a uma consequência da atribuição de direitos e obrigações pelo ordenamento jurídico não mais pode ser considerada adequada.

A pessoa, embora não seja realidade pré-jurídica, é realidade pré-legal, de sorte que o próprio ser humano deverá iluminar a noção de pessoa consagrada pelo ordenamento jurídico e não o contrário. Afinal, a pessoa não se resume a ser a consequência de uma construção jurídica; a pessoa é o próprio fim do Direito e essa consideração deve ser imprescindivelmente tomada e associada à sua posição de sujeito de situações jurídicas⁹.

Toda pessoa, pelo simples fato de ser pessoa, de ser humana, é titular de certo número de direitos que tutelam os aspectos mais basilares de sua existência física e psíquica e garantem-lhe a essencial dignidade – os direitos de personalidade¹⁰. O Direito

⁷ Kelsen, Hans. *Teoria Pura do Direito*, Tradução de João Baptista Machado, Coimbra, Almedina, 2008, p. 194.

⁸ Essa tendência substancialista do Direito pode ser observada, por exemplo, na consagração de direitos sociais, ao lado dos tradicionais direitos civis e políticos, na evolução do princípio da igualdade para a inclusão em seu conteúdo de uma vertente material, ou até mesmo pelo desenvolvimento da técnica de ponderação para resolução de conflitos normativos no intuito de possibilitar a análise das necessidades concretamente envolvidas em cada caso.

⁹ Ascensão, José de Oliveira. *Direito Civil – teoria geral*, volume I, Coimbra, Coimbra, 1997, p. 38.

¹⁰ Pinto, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral de Direito Civil*, Coimbra, Coimbra, 1996, p. 87.

deve, portanto, destinar-se à proteção da estrutura biopsicológica¹¹ que compõe a pessoa, não lhe cabendo a escolha arbitrária de a quais seres humanos e em quais situações concederá a proteção de sua espada e a justiça de sua balança.

Não é, porém, tarefa fácil elaborar um conceito adequado de pessoa. A ideia de ser humano remete naturalmente à diversidade, à existência de entes únicos e irrepetíveis, com características físicas e biológicas próprias. Essa ipseidade que individualiza cada pessoa das demais faz necessário que o conceito de pessoa seja suficientemente amplo para abarcar essa fantástica diversidade característica dos entes humanos.

Mas não é só. Nenhum homem é uma ilha¹², nenhuma pessoa encerra-se em si mesma. O ser humano forma-se e conforma-se em seu relacionamento com os demais, no seio da sociedade que o abriga. A alteridade é parte da realidade humana, já que o homem só alcança a plenitude de sua existência por meio das relações que estabelece.

A concepção do ser humano individual, portanto, não chega para defini-lo completamente, sendo imprescindível a consideração da componente social que forma a realidade humana. Sua autonomia e liberdade não podem, todavia, ser diluídas no processo social por concepções puramente coletivistas¹³. A pessoa deve ser tomada pelo ordenamento jurídico tanto naquilo que a individualiza dentre os seres humanos quanto naquilo que a aproxima dos demais, não bastando uma ou outra concepção isoladamente.

A dignidade da pessoa, porém, não resta completamente tutelada pelo ordenamento jurídico por meio do respeito aos aspectos individuais e relacionais do ser humano. As exigências negativas, excludentes de ataques externos que neguem ou violem a dignidade humana, embora importantes, são insuficientes; a dignidade humana exige também o reconhecimento jurídico de todas as potencialidades humanas, de todo o seu dinamismo de afirmação e desenvolvimento, pois pessoa somente é aquela que realiza positivamente a sua personalidade¹⁴.

Afinal, a realização do ser humano não se encerra em um conjunto de ações e reações com o exterior; a pessoa tem seus objetivos e, ao buscá-los, cresce, modifica-se,

¹¹ Para utilizar uma expressão de Farias, Cristiano Chaves de; Rosenvald, Nelson. *Direito Civil – teoria geral*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007, p. 103.

¹² A famosa frase é do poeta inglês John Donne na obra “Meditation XVII”.

¹³ Sousa, Rabindranath V. A. Capelo de. *A Constituição e os direitos de personalidade*, in Estudos sobre a Constituição, volume II, Coordenação de Jorge Miranda, Lisboa, Petrony, 1978, p. 182.

¹⁴ Neves, A. Castanheira. *Lições de introdução ao estudo do Direito*, Coimbra, Coimbra, 1968-69, p. 134.

evolui. O ser humano é o responsável pelo seu destino, altera-se, adapta-se, é ele próprio um projeto a realizar¹⁵. Essa dimensão realizacional, que caracteriza a pessoa como ser dinâmico, também é imprescindível para a apreensão completa do ser humano.

Assim, resta claro que uma definição técnico-jurídica de pessoa adequada, embora se relacione necessariamente com a suscetibilidade para titularizar direitos e obrigações, não pode descurar o ser humano que existe por trás da formalização jurídica e a dignidade que lhe é ínsita. Deve ainda ser um conceito suficientemente aberto para abarcar tanto a ideia de humanidade – entendida como repositório das características comuns a qualquer ser humano – como a originalidade de cada pessoa¹⁶. Não seria possível, portanto, ao legislador pretender um conceito restrito que fabrique o arquétipo da pessoa normal ou dominante; as semelhanças e diferenças entre os seres humanos, conquanto que compatíveis com um padrão mínimo de ética exigido pelo ordenamento jurídico, devem ser todas abrangidas pela definição ideal de pessoa¹⁷.

Nesse sentido, poder-se-ia então sugerir uma definição de pessoa como o ente dotado de consciência, transcendência e dignidade, com existência não só biológica, mas também intelectual, e não só individual, mas também coletiva, caracterizando-se ainda pela dinâmica de evolução por que passa durante toda a vida. É esse ente, em seus aspectos biológico e intelectual, em sua individualidade e em suas relações sociais, e em constante processo de desenvolvimento, que o direito deve tutelar e a quem deve conferir direitos e obrigações.

2.2.O conceito de personalidade: dinâmica e proteção

Pessoa e personalidade são vocábulos muitas vezes utilizados de forma intercambiável, como se tivessem significados equivalentes. Entretanto, não têm. Para fixar de forma geral a separação entre os conceitos, pode-se iniciar dizendo que a pessoa é o ente e a personalidade é o modo de ser do ente; a pessoa é o sujeito que existe e a personalidade é a disposição do sujeito em agir de determinada maneira na condução de sua existência¹⁸.

¹⁵ Ascensão, José de Oliveira. *Direito Civil – teoria geral*, volume I, Coimbra, Coimbra, 1997, p. 40-41.

¹⁶ Sousa, Rabindranath V. A. Capelo de. *O direito geral de personalidade*, Coimbra, Coimbra, 1995, p. 112.

¹⁷ Sousa, Rabindranath V. A. Capelo de. *O direito geral de personalidade*, Coimbra, Coimbra, 1995, p. 116.

¹⁸ Gonçalves, Diogo Costa. *Pessoa e direitos de personalidade: fundamentação ontológica da tutela*, Coimbra, Almedina, 2008, p. 64. O autor explica a distinção por meio de indagações. A primeira delas

A personalidade humana pode ser muito bem definida, com Capelo de Sousa, como a unidade físico-psíquico-ambiental que coordena e assume as suas funções e que é composta por uma grande multiplicidade e diversidade de elementos, internos e ambientais, que integradamente se fundem em um conjunto que os ultrapassa, referencia-os e projeta-os em si mesmo em uma dinâmica própria¹⁹.

Assim, pode-se dizer que o ser humano, levando em si um conjunto próprio de aptidões ou disposições e influenciado pelas experiências que adquire em seus relacionamentos sociais, acaba desenvolvendo um jeito único e progressivamente evolutivo de lidar com os fatos da vida²⁰. Esse *modus essendi* individual, que permite a cada pessoa alimentar seus três apetites – as exigências naturais (viver, conservar-se e desenvolver-se), o apetite sensitivo (relacionado à realização da personalidade, como são a inviolabilidade da dignidade e intimidade e a aspiração de amar e ser amado) e o apetite intelectual ou vontade (dirige-se ao bem em si mesmo, sendo adequado às potencialidades humanas mais elevadas)²¹ – é o que se pode chamar de personalidade.

Tal como a pessoa, a personalidade é também uma realidade e sua essência deve ser considerada pelo ordenamento jurídico no momento da tutela, sob pena do indesejável anacronismo jurídico a que já se fez referência anteriormente. A personalidade humana é um *prius* da personalidade jurídica do homem; é um *prius* lógico, ontológico e axiológico, embora não seja um *prius* cronológico²². Por isso, a personalidade humana é que deve servir de alicerce para a personalidade jurídica e não

seria: o que é o Homem? E a resposta: o Homem é a pessoa. Em seguida, a segunda indagação seria: se o Homem é a pessoa, então quem é o Homem? A resposta a essa segunda pergunta é, segundo ele, o conceito de personalidade.

¹⁹ Sousa, Rabindranath V. A. Capelo de. *O direito geral de personalidade*, Coimbra, Coimbra, 1995, p. 200.

²⁰ Diogo Costa Gonçalves (*Pessoa e direitos de personalidade: fundamentação ontológica da tutela*, Coimbra, Almedina, 2008, p. 63-68) fala em personalidade psíquica e personalidade ôntica. A primeira, identificando-se com o conjunto de disposições de caráter ou modos de atuação tipificados, ou seja, com as qualidades e defeitos da pessoa, é redutora se considerada sozinha. As qualidades do ente, naturais ou adquiridas, devem ser complementadas pelas relações humanas para se ter um conceito completo de personalidade. Para o autor, portanto, personalidade seria “o conjunto das qualidades e relações que determinam pessoa em si mesma e em função da participação na ordem do ser, de forma única e singular”.

²¹ Silva, Manuel Duarte Gomes da. *Esboço de uma concepção personalista do Direito*, Lisboa, 1965, p. 62-63.

²² Carvalho, Orlando de. *Os direitos do homem no Direito Civil português*, Coimbra, Edição do Autor, 1973, p. 18.

o contrário; a personalidade deve ser considerada como a causa da titularidade de direitos e obrigações e não consequência dela²³.

O reconhecimento da personalidade pelo ordenamento jurídico é, portanto, ínsito à própria ideia de Direito²⁴, se se pretender legítimo regulador das relações jurídicas entabuladas entre as pessoas no exercício de seus direitos e deveres. É que a personalidade jurídica é uma qualidade jurídica ou estatuto onde se vaza diretamente a dignidade do homem, de todos os homens²⁵.

Dessa sorte, a personalidade jurídica já não pode ser modernamente considerada como equiparada ao conceito de sujeito de direito²⁶. Deve, sim, ser compreendida como o atributo reconhecido a uma pessoa para que possa atuar no plano jurídico, titularizando relações e reclamando direitos e deveres, mas sem olvidar que sua íntima conexão com o ser humano real torna seu reconhecimento consequência do princípio da dignidade humana²⁷. A personalidade humana é um valor jurídico que não pode ser reduzido a uma “situação jurídica-tipo ou a um elenco de direitos subjetivos típicos se se quiser garantir uma proteção eficaz e efetiva às múltiplas e variadas situações em que a pessoa venha a se encontrar, envolta em suas próprias e variadas circunstâncias”²⁸.

Com tudo isso, porém, não se quer dizer que a personalidade, que é naturalmente ilimitável e dinâmica em si mesma, seja também juridicamente ilimitável – e aqui surgem os problemas interpretativos quanto à extensão de sua tutela²⁹. A relação entre a personalidade real e a personalidade jurídica deve dar-se de forma circular, com o ordenamento jurídico atribuindo juridicidade à personalidade humana e estabelecendo-

²³ Vasconcelos, Pedro Manuel de Melo Pais de. *Teoria do Direito Civil*, Coimbra, Almedina, 2008, p. 38. No mesmo sentido, considerando a personalidade como o ponto de partida de todos os direitos e obrigações, Pereira, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*, volume I, Rio de Janeiro, Forense, 2001, p. 154.

²⁴ Pinto, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral de Direito Civil*, Coimbra, Coimbra, 1996, p. 84.

²⁵ Pinto, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral de Direito Civil*, Coimbra, Coimbra, 1996, p. 86.

²⁶ Em sentido contrário, identificando a personalidade com a capacidade jurídica, Venosa, Sílvio de Salvo. *Direito Civil – parte geral*, volume I, São Paulo, Atlas, 2008, p. 132.

²⁷ Farias, Cristiano Chaves de; Rosendal, Nelson. *Direito Civil – teoria geral*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007, p. 104.

²⁸ Tepedino, Gustavo. *Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002*, in *A parte geral do novo Código Civil – estudos na perspectiva civil-constitucional*, Coordenação de Gustavo Tepedino, Rio de Janeiro, Renovar, 2002, p. XXIII.

²⁹ Sousa, Rabindranath V. A. Capelo de. *A Constituição e os direitos de personalidade*, in *Estudos sobre a Constituição*, volume II, Coordenação de Jorge Miranda, Lisboa, Petrony, 1978, p. 175.

lhe limites pela consideração de outros bens jurídicos, mas sendo também por ela limitado no sentido de garantir a dignidade humana³⁰.

A proteção à personalidade humana, portanto, deve ser ampla e apta a garantir as condições essenciais para que a pessoa possa desenvolver-se verdadeiramente no ser e no devir³¹ sem descurar os demais bens juridicamente relevantes³². E, embora não se negue que as ideias e conceitos em torno da personalidade humana tenham uma indefinibilidade característica, não há como ser preciso demais nessas definições sem ocasionar restrições indevidas. A vagueza, neste contexto, é propositada no intuito de respeitar a individualidade e a evolutividade da personalidade humana.

No Direito Privado, a tutela da personalidade é especialmente conferida pelos direitos de personalidade³³, que podem ser definidos como os direitos subjetivos que incidem sobre a própria pessoa ou sobre a personalidade humana, tutelando aspectos inerentes a cada indivíduo³⁴. O nexó estreitíssimo com a pessoa e a identificação com os bens de maior valor tutelados pelo ordenamento jurídico justificam uma situação de proeminência dos direitos da personalidade no âmbito civilístico³⁵ e conferem-lhes características especiais tais como a essencialidade – imprescindíveis à tutela da personalidade jurídica –, generalidade – são de titularidade de todos os seres humanos –, caráter absoluto – devem ser universalmente respeitados –, pessoalidade – não gozam de caráter patrimonial, embora tenham por vezes reflexos patrimoniais –, intransmissibilidade – não podem ser passados de uma pessoa para a outra – e indisponibilidade – não podem ser renunciados, embora o titular não fique despojado do direito de ocasionalmente limitá-los de acordo com seus interesses.

³⁰ Nesse sentido, Cupis, Adriano de. *Os direitos da personalidade*, Tradução de Adriano Vera Jardim e Antônio Miguel Caiero, Lisboa, Livraria Moraes, 1961, p. 13.

³¹ Carvalho, Orlando de. *Os direitos do homem no Direito Civil português*, Coimbra, Edição do Autor, 1973, p. 24-25.

³² Entendendo nula qualquer limitação da personalidade que não vise ao livre desenvolvimento da personalidade segundo valores éticos, Campos, Diogo Leite de. *A relação da pessoa consigo mesma*, in Comemoração dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977, volume II, Coimbra, Coimbra, 2006, p. 145.

³³ Referindo-se aos direitos de personalidade como as verdadeiras muralhas antepostas pelo Direito como defesa da pessoa frente a invasões de qualquer outro componente da coletividade, Bittar, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2003, p. 65.

³⁴ Pinto, Paulo Mota. *Os direitos de personalidade no Código Civil português e no novo Código Civil brasileiro*, in Revista da Ajuris, 31, 96, dezembro 2004, p. 407.

³⁵ Cupis, Adriano de. *Os direitos da personalidade*, Tradução de Adriano Vera Jardim e Antônio Miguel Caiero, Lisboa, Livraria Moraes, 1961, p. 22.

Ademais, pode-se dizer que os direitos de personalidade tutelam a pessoa tanto por uma vertente objetiva quanto por uma vertente subjetiva, representando o diálogo entre o bem comum e o bem próprio, entre a coletividade e a individualidade³⁶; o direito objetivo é o direito visto pela inteligência, ao passo que o direito subjetivo é o direito vivido pela consciência, são o côncavo e o convexo de uma mesma realidade³⁷. A vertente objetiva do direito de personalidade relaciona-se, portanto, com o dever geral de respeito à pessoa e à personalidade humana fundado em razões de ordem pública e de bem comum. A vertente subjetiva do direito de personalidade, de outra banda, tem que ver com a possibilidade que cada ser humano tem de agir em defesa da própria dignidade³⁸. É na junção das duas vertentes que o Direito Civil pode cumprir sua função de ser, a um só tempo, garantidor jurídico dos princípios e valores fundamentais da sociedade e protetor da individualidade de cada pessoa³⁹.

Por fim, observa-se que os direitos de personalidade são o correspondente privatístico dos direitos fundamentais que incidem sobre bens de personalidade⁴⁰, mas isso não os transforma em direitos menos importantes do que estes ou em direitos de segundo escalão. Assim como os direitos fundamentais são essenciais na tutela da pessoa em suas relações com o Estado, os direitos de personalidade são fundamentais na proteção da pessoa em suas relações privadas, mormente quando se considera a existência de estruturas de direito privado com poder e influência quase equiparáveis às dos próprios órgãos do Estado⁴¹. Os direitos de personalidade, incidindo sobre idênticos bens sobre os quais incidem diversos direitos fundamentais, destinam-se a fornecer

³⁶ Vasconcelos, Pedro Manuel de Melo Pais de. *Direito da personalidade – relatório sobre o programa e o método no ensino de uma disciplina de mestrado em Direito Civil*, Lisboa, Faculdade de Direito, 2006, p. 57.

³⁷ Moncada, Luís Cabral de. *Lições de Direito Civil – parte geral*, Coimbra, Almedina, 1995, p. 58.

³⁸ Diogo Leite de Campos (*Os direitos de personalidade: categoria em reapreciação*, in Boletim do Ministério da Justiça, 403, fevereiro de 1991, p. 16) relembra que a visão do direito subjetivo que se restringe a um poder de vontade do titular é unilateral e incompleta, pois esquece que a face do direito é o dever. O direito subjetivo, portanto, deve ser internamente composto pelo dever ético-jurídico perante a outra parte, transformando-se em poder-dever, veículo de colaboração entre os indivíduos.

³⁹ Oliveira, Nuno Pinto. *Direitos de personalidade: contributo para a revisão das disposições do Código Civil*, in Themis – Revista da Faculdade de Direito da UNL, Código Civil português – evolução e perspectivas, maio de 2008, p. 227.

⁴⁰ Pinto, Paulo Mota. *Os direitos de personalidade no Código Civil português e no novo Código Civil brasileiro*, in Revista da Ajuris, 31, 96, dezembro 2004, p. 407.

⁴¹ Sobre as semelhanças e diferenças entre direitos fundamentais e direitos de personalidade, ver Miranda, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, tomo IV, Coimbra, Coimbra, 2008, p. 67-69; Alexandrino, José de Melo. *Direitos fundamentais – introdução geral*, Estoril, Principia, 2007, p. 32; Canotilho, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, Almedina, 2002, p. 396.

proteção aos aspectos mais essenciais do ser humano sob olhar diverso, complementando a tutela jurídica da pessoa para que alcance tanto as relações públicas quanto as privadas. Afinal, não foi ao Estado que se costumou denominar o lobo do homem⁴².

2.3. O valor da dignidade humana

A dignidade humana é o ditoso fruto de séculos de evolução do pensamento humano acerca da natureza e dos fins do próprio ser humano. Com Jónatas Machado, pode-se dizer que a dignidade humana representa “uma síntese, dotada de elevado grau de generalidade e abstração, dos principais desenvolvimentos teleológicos, filosóficos, ideológicos e teórico-políticos resultantes da reflexão multi-secular em torno da pessoa e do significado que as suas capacidades, exigências e objetivos espirituais, morais, racionais, emocionais, físicos e sociais, juntamente com as suas limitações e necessidades, devem assumir na conformação da comunidade política”⁴³.

A dignidade humana, radicada que está na capacidade e no encargo do ser humano em sua autoconstrução, é aquilo que o distingue e superioriza em relação às demais criaturas viventes⁴⁴. É, portanto, o motivo e o fundamento da especial tutela da pessoa e da personalidade pelo Direito, assim como a base em que se alicerçam os Estados de Direito contemporâneos.

Diante do necessário respeito à essência da personalidade humana, o Estado só goza de legitimidade em sua atuação na medida em que limita a si próprio para garantir ao indivíduo um espaço de razoável autonomia livre da interferência de qualquer poder externo⁴⁵. E o modelo de Estado mais apropriado à tutela da pessoa e de sua dignidade é todo aquele que se possa denominar de Estado de Direito humano, por ressaltar a individualidade de cada ser humano e possibilitar a construção de uma sociedade mais humana e solidária⁴⁶.

⁴² Vide, Carlos Rogel. *Bienes de la personalidad, derechos fundamentales y libertades públicas*, Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de España, 1985, p. 121.

⁴³ Machado, Jónatas E. M. *Liberdade de expressão – dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*, *Stvdia Ivridica – Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 65, Coimbra, Coimbra, 2002, p. 358-359.

⁴⁴ Ascensão, José de Oliveira. *A dignidade da pessoa e o fundamento dos direitos humanos*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, 68, I, Janeiro 2008, p. 117.

⁴⁵ Otero, Paulo. *Instituições políticas e constitucionais*, volume I, Coimbra, Almedina, 2009, p. 486.

⁴⁶ Otero, Paulo. *Instituições políticas e constitucionais*, volume I, Coimbra, Almedina, 2009, p. 479-480. De acordo com Paulo Otero, o Estado humano é o resultado jurídico de três principais contributos

É evidente que a dignidade humana, se se pretender a representação da individualidade e da autonomia da pessoa, não pode ser formada por conceitos absolutos que delimitem as maneiras de exercê-la e defendê-la, pois isso implicaria a criação de um espectro estatal de homem digno. O conceito de dignidade humana deve permanecer sempre aberto, “desvinculado de qualquer concepção mundivisional fechada e heterônoma acerca do sentido existencial e ético da vida, não podendo servir para a imposição constitucional de um qualquer absolutismo valorativo”⁴⁷.

O que deve sempre caracterizar a dignidade humana é a autonomia de todo ser humano na produção do sentido de sua própria dignidade, remetendo às ideias de autodeterminação, livre desenvolvimento da personalidade e livre eleição e adoção de planos e formas de vida⁴⁸. Não se trata, portanto, de uma dignidade meramente descritiva, mensurável e comparável, mas de dignidade material, com uma adscrição moral à personalidade individual⁴⁹, pois é na individualidade e autonomia de cada pessoa que reside a própria dignidade humana⁵⁰. Essa proteção individualizada da dignidade humana, ao contrário de prejudicar a integração entre as pessoas e os bens e interesses na sociedade, anda mesmo é a favor da mais moderna concepção de liberdade individual, que supõe deveres de prevenção, proteção e promoção adicionados ao dever de não afetação, e em direção às condições necessárias ao livre desenvolvimento da personalidade⁵¹.

filosóficos: a ordem axiológica judaico-cristã – com a valorização da natureza sagrada da dignidade humana, da liberdade individual e da igualdade de todos os homens e a busca da limitação do poder e da justiça social –, o pensamento kantiano – com o combate à instrumentalização do ser humano e a difusão da ideia de que o homem é sempre um fim em si mesmo, nunca podendo ser transformado em ou tratado como meio, residindo nisso sua dignidade – e a filosofia existencialista – com o reforço das ideias de dignidade de cada pessoa viva e concreta, de liberdade pluralista, de igualdade, de relativismo de opiniões e de tolerância e humildade.

⁴⁷ Machado, Jónatas E. M. *Liberdade de expressão – dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*, *Stvdia Ivridica – Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 65, Coimbra, Coimbra, 2002, p. 358-359.

⁴⁸ Novais, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra, Coimbra, 2004, p. 58.

⁴⁹ Machado, Jónatas E. M. *Liberdade de expressão – dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*, *Stvdia Ivridica – Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 65, Coimbra, Coimbra, 2002, p. 358-359.

⁵⁰ Otero, Paulo. *Instituições políticas e constitucionais*, volume I, Coimbra, Almedina, 2009, p. 484.

⁵¹ Alexandrino, José de Melo. *A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição Portuguesa – a construção dogmática*, volume II, Coimbra, Almedina, 2006, p. 314-315.

Na Constituição da República Portuguesa de 1976, a dignidade humana deve ser vista como um conceito aberto e mínimo⁵², que, transcendendo o domínio dos direitos fundamentais, constitui um elemento de base de toda a ordem constitucional⁵³. Sua acolhida no texto constitucional, porém, não pode ser entendida como seu desaparecimento como valor; a dignidade humana reconhecida constitucionalmente continua valor moral autônomo, agregando-se-lhe a faceta de dever-ser jurídico⁵⁴ que desempenha primordialmente função simbólica, função instrumental – de parâmetro de interpretação e integração de normas, bem como de reforço e de fundamento para a redução dos efeitos de proteção – e função de proteção – servindo como eventual critério de último recurso ou como fundamento de especiais deveres de proteção e de promoção⁵⁵.

Embora sejam de árdua resolução as questões que envolvem a identificação do âmbito concreto e autônomo de atuação da dignidade humana no ordenamento jurídico⁵⁶, é certo que ela veda por inconstitucional qualquer tratamento que reduza a pessoa à situação de objeto. Assim, conforme ensina Jorge Reis Novais, afetando o Estado à pessoa de maneira desnecessária, fútil ou desproporcional ou ainda quando queira instrumentalizar a autonomia individual ou reduzir objetivamente as oportunidades de livre desenvolvimento da personalidade, sem que haja justificação pela estrita necessidade de realização de fins, valores ou interesses dignos de proteção jurídica e efetuados segundo procedimentos e com sentido e alcance constitucionalmente conformes, há indubitável ofensa à dignidade humana⁵⁷.

⁵² Alexandrino, José de Melo. *Direitos fundamentais – introdução geral*, Estoril, Principia, 2007, p. 60.

⁵³ Alexandrino, José de Melo. *A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição Portuguesa – a construção dogmática*, volume II, Coimbra, Almedina, 2006, p. 312.

⁵⁴ Novais, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra, Coimbra, 2004, p. 51.

⁵⁵ Alexandrino, José de Melo. *Direitos fundamentais – introdução geral*, Estoril, Principia, 2007, p. 62.

⁵⁶ Nesse sentido, José de Melo Alexandrino (*A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição Portuguesa – a construção dogmática*, volume II, Coimbra, Almedina, 2006, p. 310-311) ressalta que, tendo em conta a “coexistência no seio de uma mesma comunidade política de uma diversidade de mundividências e de concepções acerca da imagem do homem e da sua dignidade, dificilmente o conceito constitucionalmente relevante a atribuir ao princípio da dignidade da pessoa humana poderia deixar de ser afetado pelo compromisso entre as exigências de segurança, certeza e controlabilidade requeridas pela ordem jurídica, de um lado, e aquele espectro de divergências, por outro. O que significa que o conceito jurídico é ainda um conceito mínimo, aproximado, relativo, incompleto e essencialmente pragmático”.

⁵⁷ Novais, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra, Coimbra, 2004, p. 57-58.

É de se ver, portanto, a íntima ligação entre dignidade humana e livre desenvolvimento da personalidade, já que ambas – o valor jurídico constitucional e o direito fundamental de personalidade – têm como fim último a garantia da autonomia de cada indivíduo na definição de como realiza os próprios fins, não podendo o Estado tolher-lhe essa liberdade ainda que a pretexto da busca de outros valores jurídicos. A restrição à autonomia individual, para ser legítima, exige ao menos a garantia de participação do indivíduo na formação da vontade democrática, a manutenção da adequação, da necessidade e da proporcionalidade na medida e a conservação de um “núcleo mínimo de possibilidades de levar uma vida digna em condições de liberdade e de autoconformação que vêm implicadas na necessária consideração do indivíduo como sujeito”⁵⁸.

⁵⁸ Novais, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra, Coimbra, 2004, p. 57-58.

3. O livre desenvolvimento da personalidade

O livre desenvolvimento da personalidade, de par com a dignidade humana, são as pedras de toque de um Direito Civil legítimo no interior de um Estado de Direito humano⁵⁹. Afinal, a pessoa deve ser sempre o elemento central do ordenamento jurídico e sua proteção somente pode ser efetivada se tutelada em todos os seus desenvolvimentos, no ser e no devir.

O desenvolvimento da personalidade evoca as ideias de liberdade, de autonomia, de autodeterminação do ser humano nas escolhas importantes da vida para que possa ser aquilo que é; remete ao livre arbítrio que acompanha o ser humano desde seus primórdios e termina por ser entendida e sentida por cada pessoa de seu modo particular e nisso não resta dificuldade alguma⁶⁰. O problema, porém, está no transporte do conceito para o âmbito jurídico, no entendimento de como o Direito pode tutelar esse desenvolvimento humano de forma a garantir-lhe a liberdade sem interferir nos resultados que cada pessoa alcança.

A busca de uma possível definição técnico-jurídica de livre desenvolvimento da personalidade, bem como os meios de que dispõe o ordenamento jurídico para assegurá-lo, são, portanto, algumas das preocupações iniciais deste capítulo.

Superada essa fase, o caminho natural a ser seguido passa por perscrutar as origens de um direito ao livre desenvolvimento da personalidade no Direito Constitucional alemão e por compreender suas relações com os direitos de liberdade e com um eventual direito geral de personalidade.

⁵⁹ Carvalho, Orlando de. *A teoria geral da relação jurídica – seus sentidos e limites*, Coimbra, Coimbra, Centelha, 1981, p. 93.

⁶⁰ Nesse sentido, vale citar trecho do inspirado Mirandola, Picco Della. *Discurso sobre a dignidade do homem*, Tradução de Maria de Lourdes Sirgado Ganho, Lisboa, Edições 70, 2008, p. 57-59: “Estabeleceu, portanto, o ótimo artífice que àquele a quem nada de especificamente próprio podia conceder, fosse comum tudo o que tinha sido dado parceladamente aos outros. Assim, tomou o homem como obra de natureza indefinida e, colocando-o no meio do mundo, falou-lhe deste modo: ‘Ó Adão, não te demos nem um lugar determinado, nem um aspecto que te seja próprio, nem tarefa alguma específica, a fim de que obtenhas e possuas aquele lugar, aquele aspecto, aquela tarefa que tu seguramente desejares, tudo segundo o teu parecer e a tua decisão. A natureza bem definida dos outros seres é refreada por leis por nós prescritas. Tu, pelo contrário, não constringido por nenhuma limitação, determina-las-á para ti, segundo o teu arbítrio, a cujo poder te entreguei. Coloquei-te no meio do mundo para que daí possas olhar melhor tudo o que há no mundo. Não te fizemos celeste nem terreno, nem mortal nem imortal, a fim de que tu, árbitro e soberano artífice de si mesmo, te plasmasses e te informasses, na forma que tivesses seguramente escolhido. Poderás degenerar até aos seres que são as bestas, poderás regenerar-te até às realidades superiores que são divinas, por decisão do teu ânimo’. Ó suma liberdade de Deus pai, ó suma e admirável felicidade do homem! Ao qual é concedido obter o que deseja, ser aquilo que quer. (...) Quem não admirará este nosso camaleão?”.

3.1.O conceito de desenvolvimento da personalidade

Tendo como premissa os conceitos abertos e dinâmicos de pessoa e de personalidade expostos no capítulo anterior, não resta muita dificuldade para compreender o que se quer dizer com desenvolvimento da personalidade. A ideia do desenvolvimento da personalidade é permitir que a pessoa se desenvolva naquilo que é, naquilo que vai sendo e naquilo que virá a ser⁶¹; significa, portanto, o respeito pelas escolhas de cada ser humano para a própria formação durante toda a vida como forma de preservar suas ínsitas individualidade e dignidade.

Ao real e original desenvolvimento da personalidade é intrínseca a ideia de liberdade, pois a dignidade humana exige do Estado a tutela do “indivíduo conformador de si próprio e de sua vida segundo o seu próprio projeto espiritual”, vedando qualquer forma de construção ou instituição de personalidade que não seja aquela livremente estabelecida pela própria pessoa⁶². Afinal, o ser humano não se realizaria verdadeiramente se o fizesse da maneira previamente determinada pelo Estado ou por outrem; o desenvolvimento da personalidade humana tem que ser livre e voluntário, de forma tão única, singular e irrepetível quanto cada pessoa⁶³.

Nesse ponto, é preciso dar uma importante palavra sobre a liberdade. A liberdade é um anseio tão presente no espírito humano que aquele que não a tem desafia todos os limites para reavê-la; pela busca da liberdade levantaram-se revoluções, pela defesa da liberdade fizeram-se as modernas Constituições, pela manutenção da liberdade iniciou-se uma nova era de consagração de direitos com força jurídica nos mais diversos ramos do Direito. Tudo isso, porém, não pode querer representar a atribuição de uma liberdade sem limites a cada pessoa, sob pena significar ou a implosão da própria estrutura social, ou a criação de um sistema de direitos que não passem de placebos para aquietar o espírito humano sem fornecer-lhe efetiva tutela⁶⁴.

⁶¹ Vasconcelos, Pedro Manuel de Melo Pais de. *Direito da personalidade – relatório sobre o programa e o método no ensino de uma disciplina de mestrado em Direito Civil*, Lisboa, Faculdade de Direito, 2006, p. 92.

⁶² Pinto, Paulo Mota. *O direito ao livre desenvolvimento da personalidade*, in Portugal-Brasil ano 2000 – Tema Direito, Coimbra, Coimbra, 1999, p. 149-261.

⁶³ Gonçalves, Diogo Costa. *Pessoa e direitos da personalidade: fundamentação ontológica da tutela*, Coimbra, Almedina, 2008, p. 56.

⁶⁴ Nesse sentido, Ascensão, José de Oliveira. *A dignidade da pessoa e o fundamento dos direitos humanos*, in Revista da Ordem dos Advogados, 68, janeiro de 2008, p. 97-100, afirma que o século XXI é a fase do apogeu dos direitos, da vitória da civilização dos direitos. Sua multiplicação nos mais diversos ramos das Ciências Jurídicas não impediu, porém, a violação dos direitos desse homem, carregado de direitos, mas a quem só se oferece, na verdade, adulação. É que, ainda segundo o Professor de Lisboa, a concordância universal sobre a existência de direitos humanos esconde um risco: de tanto repetidas, as

Embora conhecimento, vontade e autodeterminação dependam diretamente da liberdade⁶⁵, a liberdade não equivale à arbitrariedade das escolhas humanas. A realização do ser humano é certamente eivada de alta carga de subjetivismo, mas tão só a concessão de espaço de movimento entre as escolhas humanas não equivale à garantia do livre desenvolvimento da personalidade por pelo menos dois motivos que se pode aqui enumerar.

O ser humano é um ente a quem não basta simplesmente existir; para que seja pleno, é necessário ser e isso implica realização, implica dar um sentido à própria existência⁶⁶. Dessa forma, o desenvolvimento da personalidade humana não depende tanto do tamanho do espaço de movimentação que se lhe confere, senão da qualidade das opções que lhe são oferecidas⁶⁷. Assim, o livre desenvolvimento da personalidade é proporcionado não só pela ausência de interferência nas escolhas humanas, mas também pela concessão de variadas e qualificadas opções de escolha.

Ademais, para o ser humano, ser aquilo que é importa mais do que ter liberdade para fazer o que quiser⁶⁸. O anseio da pessoa rumo ao livre desenvolvimento da personalidade está relacionado a sua capacidade de autodeterminação espiritual, a sua necessidade de poder ser a pessoa que é⁶⁹.

Por fim, uma última ressalva é cabível no que tange ao desenvolvimento da personalidade: embora a realização do homem tenha larga parte de subjetivismo, há sempre uma dimensão objetiva da realização humana, pois, como é evidente, nem todas as formas de desenvolvimento pessoal dirigem-se ao ser mais – é inclusive possível a opção pelo não ser. Assim, a tutela da liberdade necessária ao desenvolvimento

afirmações gastam o sentido, tornando-se fórmulas vazias, sem conteúdo, já que esse se foi esbatendo ao longo dos tempos, das bocas e dos ouvidos.

⁶⁵ Kaufmann, Arthur. *Filosofia do Direito*, Tradução de António Ulisses Cortês, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, p. 362.

⁶⁶ Gonçalves, Diogo Costa. *Pessoa e direitos da personalidade: fundamentação ontológica da tutela*, Coimbra, Almedina, 2008, p. 51.

⁶⁷ Kaufmann, Arthur. *Filosofia do Direito*, Tradução de António Ulisses Cortês, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, p. 361. Inspirado em Peter Kolowsky, o autor menciona o seguinte exemplo: “quando examinamos a ementa de um bom restaurante, há geralmente poucos e bons pratos, mas se formos a um mal restaurante há imensos pratos maus que, apesar dos diferentes nomes, não se distinguem essencialmente uns dos outros. Algo semelhante se passa com a ementa social que é apresentada pela atual teoria dos sistemas: uma grande panóplia de possibilidades contingentes, que permanecem exteriores ao sujeito, que atingem o centro da sua pessoa e a sua identidade”.

⁶⁸ Gonçalves, Diogo Costa. *Pessoa e direitos da personalidade: fundamentação ontológica da tutela*, Coimbra, Almedina, 2008, p. 44.

⁶⁹ Kaufmann, Arthur. *Filosofia do Direito*, Tradução de António Ulisses Cortês, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, p. 362.

voluntário da personalidade humana deve ser assegurada pelo ordenamento jurídico⁷⁰. Isso, porém, não significa que o ordenamento jurídico deva incentivar ou possibilitar todo e qualquer tipo de comportamento humano, pois mesmo à liberdade para a realização dos aspectos mais íntimos de cada pessoa devem se impor, no momento de sua exteriorização, os limites do eticamente razoável.

3.2.O direito ao livre desenvolvimento da personalidade: contribuição da doutrina e da jurisprudência tedescas

O livre desenvolvimento da personalidade, implícita ou expressamente mencionado, é valor inerente a qualquer Estado que constitua a pessoa, sua personalidade e sua dignidade como centro do ordenamento jurídico. Funciona, em verdade, como uma especificação da dignidade humana para condução dos assuntos que envolvam a proteção da personalidade em sua dinâmica de constante evolução.

Como valor do ordenamento jurídico, porém, o livre desenvolvimento da personalidade é apto a desempenhar função instrumental de dirigir a interpretação das normas e também função de proteção como último recurso para o necessário amparo da pessoa⁷¹, garantindo-lhe certos comportamentos eventualmente questionados ou vedando outros comportamentos *a priori* autorizados em lei, mas não logra conferir-lhe posição jurídica subjetiva vantajosa. Somente se for consagrado também como um direito é que o livre desenvolvimento da personalidade pode efetivamente atribuir à pessoa uma proteção mais concreta em face do Estado e dos particulares, facultando-lhe um campo de movimentação mais estruturado e que possa ser exigido judicialmente por determinação constitucional.

O direito ao livre desenvolvimento da personalidade, portanto, tem propensão a ofertar proteção muito mais efetiva à pessoa, mas essa potencialidade somente se concretiza se for possível estabelecer quais posições jurídicas se pode retirar desse direito. E foi justamente no ordenamento jurídico alemão que o direito ao livre desenvolvimento da personalidade alcançou seus mais notáveis e relevantes desenvolvimentos.

⁷⁰ Gonçalves, Diogo Costa. *Pessoa e direitos da personalidade: fundamentação ontológica da tutela*, Coimbra, Almedina, 2008, p. 56.

⁷¹ No mesmo sentido das funções da dignidade humana apontadas por Alexandrino, José de Melo. *Direitos fundamentais – introdução geral*, Estoril, Principia, 2007, p. 62.

O direito ao livre desenvolvimento da personalidade aparece consagrado no artigo 2, I, da Constituição alemã⁷², na toada da reconstrução germânica no período posterior à II Guerra Mundial. Como é de notório saber, as atrocidades cometidas em solo tedesco no decorrer do conflito armado deixaram evidente a fragilidade e insuficiência da proteção do ser humano pelo Direito e marcaram de maneira indelével o povo alemão. Para que o país pudesse se reerguer era imprescindível resguardar a pessoa, protegê-la, impedir que novamente pudesse ser vítima de um regime que, primeiramente, coisificava-a e, em seguida, eliminava-a. E foi por intermédio da criação de uma Constituição forte com direitos fortes e efetivos que se quis alcançar tal empresa.

A dignidade humana foi instituída o estandarte da Constituição alemã e vem seguida muito de perto pelo livre desenvolvimento da personalidade, direito de caráter muito amplo e subsidiário em relação aos direitos mais específicos, funcionando como último limite da proteção da pessoa nos casos não expressamente previstos no ordenamento jurídico⁷³. Entretanto, a boa intenção do constituinte ao prever um direito ao livre desenvolvimento da personalidade apto a conferir tutela o mais alargada e abrangente possível à pessoa e à personalidade humana não foi aclamada por considerável parte da doutrina germânica.

O direito ao livre desenvolvimento da personalidade foi frequentemente acusado de ser uma fórmula vazia que, ao mesmo tempo que abrangia tudo, não protegia nada⁷⁴. Afinal, se se pretendesse conferir, por seu intermédio, a tutela de toda atuação humana e o direito à pessoa de não ser onerada senão com base nas normas formal e materialmente acordantes com a Constituição, tornar-se-ia o livre desenvolvimento da personalidade um direito insustentável⁷⁵; de outro lado, se não se lhe conferisse âmbito de proteção algum não passaria de uma retórica constitucional.

⁷² *Grundgesetz*, que se optou por denominar de Constituição alemã para evitar o uso de expressões estrangeiras e conferir maior fluência na leitura do texto.

⁷³ Schwabe, Jürgen. *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão*, Organização e Introdução de Leonardo Martins, Tradução de Leonardo Martins *et al*, Montevideo, Fundación Konrad-Adenauer, 2005, p. 187.

⁷⁴ Alexy, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, Tradução de Virgílio Afonso da Silva, São Paulo, Malheiros, 2008, p. 342.

⁷⁵ Pieroth, Bodo; Schlink, Bernhard. *Direitos fundamentais – direito estadual II*, Tradução de Antônio C. Franco e Antônio Francisco Sousa, Lisboa, Universidade Lusíada, 2008, p. 111.

O Tribunal Constitucional Federal alemão não acompanhou a doutrina da fórmula vazia e tampouco seguiu teorias objetivas ou restritivas⁷⁶, ocupando-se logo em desenvolver o conteúdo do novo direito partindo não só do texto, mas também do contexto constitucional. Assim, do artigo 2, I, da Constituição alemã, o Tribunal Constitucional Federal alemão abstraiu a liberdade geral de ação, e da conjugação daquele dispositivo com o artigo 1, I, que veicula a dignidade humana, a Corte retirou ainda o direito geral de personalidade. São essas especificações que merecem tratamento nos tópicos seguintes.

3.2.1. A liberdade geral de ação

No famoso caso *Elfes*⁷⁷, de 16 de janeiro de 1957, o Tribunal Constitucional Federal alemão analisou a reclamação constitucional apresentada por W. Elfes, um político que, após ganhar alguma notoriedade na década de 1950 pelo combate às políticas de reunificação alemã e de defesa do governo federal, tanto dentro como fora do território alemão, teve a prorrogação da validade de seu passaporte denegada pela autoridade competente com base em dispositivo que autorizava a denegação em caso de ameaça à segurança ou interesse relevante de Estado-membro ou do próprio país. Na ocasião, a Corte julgou improcedente a reclamação por entender que, embora o artigo 2, I, da Constituição alemã fundamente uma liberdade geral de ação, são legítimos os limites eventualmente impostos a essa liberdade pela ordem constitucional⁷⁸. A partir dessa decisão iniciou-se o desenvolvimento, pelo Tribunal Constitucional alemão, de uma liberdade geral de ação fundamentada no livre desenvolvimento da personalidade veiculado no artigo 2, I, da Constituição alemã.

A liberdade geral de ação é a liberdade de se fazer ou deixar de fazer o que se quer, implicando a cada pessoa o direito, em face do Estado, de que não haja embaraço

⁷⁶ Conforme Alexy, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, Tradução de Virgílio Afonso da Silva, São Paulo, Malheiros, 2008, p. 342. Ainda segundo o professor de Kiel, pode-se referir como teorias objetivas aquelas que rejeitam a ideia de que o artigo 2, I, garanta um direito subjetivo que possa ser exigido por seu titular, e como teorias restritivas aquelas que buscam delimitar um suporte fático do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, como é o expressivo caso da teoria do núcleo de personalidade de Peters a defender que o direito protege as expressões da verdadeira natureza humana em camadas que variariam entre a esfera íntima e a esfera social.

⁷⁷ BVERFGE 6, 32.

⁷⁸ As informações sobre o caso *Elfes* foram retiradas de Schwabe, Jürgen. *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão*, Organização e Introdução de Leonardo Martins, Tradução de Leonardo Martins *et al*, Montevideo, Fundación Konrad-Adenauer, 2005, p. 190-195.

às ações e abstenções humanas voluntárias⁷⁹. Além das ações, seriam ainda tuteladas as situações ou posições jurídicas do cidadão, de sorte que restam protegidos pelo Direito tanto seu fazer quanto seu ser fático e jurídico⁸⁰. Para equilibrar o reconhecimento de um direito com substrato tão alargado, o Tribunal Constitucional Federal alemão reconheceu-lhe também âmbito de restrição muito amplo que passa por três limites: direitos de outrem, ordem constitucional e lei dos bons costumes⁸¹.

É de se ver que as primeiras notas do livre desenvolvimento da personalidade como liberdade geral de ação deram-se no âmbito dos direitos fundamentais, com o intuito de assegurar a proteção do cidadão contra ingerências públicas. Mais recentemente, porém, o Tribunal Constitucional Federal alemão tem-se voltado para casos que, envolvendo o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, tocam mais incisivamente as relações privadas e, conseqüentemente, o Direito Privado. Esse tipo de situação ocorre com considerável frequência no campo do Direito dos Contratos.

Em sentença proferida em 19 de outubro de 1993⁸², o Tribunal Constitucional Federal alemão analisou a validade de fiança prestada por uma filha de 21 anos para garantir dívida de elevado valor contraída pelo pai dela junto a instituição bancária. Levando em conta que a fiadora não possuía patrimônio de relevo ademais de um pequeno salário mensal que aferia como operária, a Corte entendeu que o endividamento de pessoa jovem, sem grau acadêmico ou preparação profissional, por longos anos, nas circunstâncias particulares em que se deu, afetaria desproporcionalmente sua situação econômica e, conseqüentemente, limitaria o livre desenvolvimento de sua personalidade. A partir daí, o Tribunal abriu precedente para que fosse possível a ponderação no conflito interno da liberdade em âmbito contratual e

⁷⁹ Alexy, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, Tradução de Virgílio Afonso da Silva, São Paulo, Malheiros, 2008, p. 343.

⁸⁰ Alexy, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, Tradução de Virgílio Afonso da Silva, São Paulo, Malheiros, 2008, p. 344.

⁸¹ Pieroth, Bodo; Schlink, Bernhard. *Direitos fundamentais – direito estadual II*, Tradução de Antônio C. Franco e Antônio Francisco Sousa, Lisboa, Universidade Lusíada, 2008, p. 110. Na lição dos mesmos juristas alemães, a ordem constitucional deve ser entendida como o conjunto das normas que se encontram formal e materialmente acordantes com a Constituição, situação que pode ser avaliada mediante a utilização do princípio da proporcionalidade de forma tanto mais incisiva quanto maior for a ingerência em formas de manifestação elementares da liberdade de atuação humana. Os direitos de outrem, por sua vez, devem abarcar todos os direitos subjetivos contidos na ordem constitucional, ao passo que a lei dos bons costumes, diante da positivação dos conceitos de bons costumes e de boa fé, não pode atribuir qualquer limite diverso daqueles já instituídos pela ordem constitucional (p. 116-117).

⁸² *Juristenzeitung*, 1994, 408 s.

deu início a uma viragem jurisprudencial de maior atendimento de valores existenciais da pessoa em detrimento dos tradicionalmente tutelados valores patrimoniais⁸³.

A celebração de contratos entre particulares é inegável manifestação da liberdade individual, algumas vezes reconhecida em direitos específicos e outras vezes enquadrada simplesmente no âmbito geral do livre desenvolvimento da personalidade. O exercício da autodeterminação contratual constitui a um só tempo manifestação e pressuposto do livre desenvolvimento da personalidade, de sorte que a válida produção de efeitos jurídicos dos negócios travados é essencial para o respeito da liberdade geral de ação das partes. É que, no âmbito privado, aquilo que se dá a uma parte tira-se à outra e por esse motivo a interferência estatal na solução de negócios jurídicos válidos deve ter sempre atuação muito restrita⁸⁴.

No campo dos contratos, porém, a liberdade termina por conflitar consigo mesma porque é a manifestação da liberdade negocial que voluntariamente limita algum outro âmbito da liberdade individual. A interferência estatal na escolha de qual das liberdades merece maior proteção, ademais de injustificada no ordenamento jurídico, tende a ferir gravemente a segurança jurídica que é imprescindível na atividade negocial⁸⁵; de outra banda, a total ausência de controle do Estado sobre os negócios jurídicos reforça a prevalência dos mais fortes sobre os mais fracos e afeta gravemente a liberdade de ação desses últimos.

É por isso que o Direito Civil segue a tendência dos demais ramos das Ciências Jurídicas e caminha para o meio. Assegura à pessoa um amplo espaço livre de interferência estatal para que possa desenvolver-se, negociar e voluntariamente titularizar direitos e obrigações que entender vantajosos para a própria vida. Não descarta, entretanto, de “todos os riscos que o viver social engendra” e faz-se presente sempre que o cumprimento de determinadas obrigações afetar de forte e grave o desenvolvimento da personalidade de uma das partes que nem mesmo um mínimo de liberdade lhe reste, na prática, assegurado⁸⁶. Assim, o moderno Direito Civil, em busca da efetiva tutela da pessoa e da personalidade humana, tomou para si as tarefas de

⁸³ As informações sobre o caso foram retiradas de Ribeiro, Joaquim de Sousa. *Direito dos contratos – estudos*, Coimbra, Coimbra, 2007, p. 28-29.

⁸⁴ Ribeiro, Joaquim de Sousa. *Direito dos contratos – estudos*, Coimbra, Coimbra, 2007, p. 21-22.

⁸⁵ Ribeiro, Joaquim de Sousa. *Direito dos contratos – estudos*, Coimbra, Coimbra, 2007, p. 24.

⁸⁶ Ribeiro, Joaquim de Sousa. *Direito dos contratos – estudos*, Coimbra, Coimbra, 2007, p. 33.

possibilitar (*enabling*) e proteger (*protecting*)⁸⁷, garantindo, em um primeiro momento, o exercício da autonomia da pessoa na condução dos fatos da vida e intervindo, em um segundo momento e apenas se imprescindível, para garantir que a limitação da própria liberdade pela pessoa não ultrapasse os limites da proporcionalidade.

3.2.2. O direito geral de personalidade

No caso *Tonband*⁸⁸, de 31 de janeiro de 1973, o Tribunal Constitucional Federal alemão enfrentou reclamação constitucional em que se pretendia o reconhecimento da violação ao artigo 2, I, da Constituição alemã pela utilização de uma fita fonográfica, na qual se gravou conversa sem o conhecimento e consentimento do acusado, como prova da acusação em processo penal. A Corte, reconhecendo a procedência da reclamação constitucional, declarou que as posições jurídicas necessárias para o desenvolvimento da personalidade estão tuteladas no artigo 2, I, da Constituição alemã, respeitados os limites da própria ordem constitucional⁸⁹.

O direito geral de personalidade, surgido na jurisprudência criativa do Tribunal Constitucional Federal alemão, é fruto da conjugação do artigo 1, I, com o artigo 2, I, da Constituição alemã, que veiculam respectivamente a dignidade humana e o livre desenvolvimento da personalidade⁹⁰. A afinidade do direito geral de personalidade com a dignidade humana radica no fato de que também aquela está direcionada a proteger a pessoa não em decorrência de sua atuação ou modo de ser, mas simplesmente pela sua qualidade de sujeito. O livre desenvolvimento da personalidade, por sua vez, fundamenta a existência de um direito geral de personalidade na medida em que ambos estão relacionados a todos os domínios da vida humana, e não apenas a algumas situações pontualmente referidas no ordenamento jurídico⁹¹.

⁸⁷ Nas expressões utilizadas por Ribeiro, Joaquim de Sousa. *Direito dos contratos – estudos*, Coimbra, Coimbra, 2007, p. 33.

⁸⁸ BVERFG 34, 238.

⁸⁹ As informações sobre o caso *Tonband* foram retiradas de Schwabe, Jürgen. *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão*, Organização e Introdução de Leonardo Martins, Tradução de Leonardo Martins *et al*, Montevideo, Fundación Konrad-Adenauer, 2005, p. 195-197.

⁹⁰ Para um breve apanhado histórico sobre a evolução do direito geral de personalidade na Alemanha, ver Ludwig, Marcos de Campos. *O direito ao livre desenvolvimento da personalidade na Alemanha*, in Revista da Ajuris, 26, 81, março 2001, p. 149 ss.

⁹¹ Pieroth, Bodo; Schlink, Bernhard. *Direitos fundamentais – direito estadual II*, Tradução de Antônio C. Franco e Antônio Francisco Sousa, Lisboa, Universidade Lusíada, 2008, p. 112.

A tarefa do direito geral de personalidade, portanto, é garantir a manutenção das condições básicas para a existência da pessoa, impedindo que a ausência de previsão normativa de direitos específicos termine por relegar ao limbo jurídico determinados aspectos da personalidade que não tenham sido tutelados pelo legislador. Assim, o direito geral de personalidade protege tanto um elemento ativo (fazer) quanto um elemento passivo (ser) do direito ao desenvolvimento da personalidade⁹².

A questão que surge nesse ponto é a de saber porque o Tribunal Constitucional Federal alemão, cuja função primordial é a atuação em sede de controle de constitucionalidade, ter-se-ia preocupado em desenvolver, a partir do direito constitucional ao livre desenvolvimento da personalidade, a figura do direito geral de personalidade, muito mais afeta ao direito privado do que ao direito público. E é a análise do teor do Código Civil alemão⁹³ que responde a questão.

O diploma civil tedesco, datado de 1900, desconhece os direitos de personalidade e a ausência de regulamentação da categoria não é de estranhar quando se tem em conta a situação imperial germânica desfavorável a essa tendência. A proteção da personalidade humana no Código Civil alemão limita-se ao reconhecimento, no § 823, I, da responsabilidade civil em caso de lesão aos bens vida, corpo, saúde e liberdade⁹⁴, restando os demais bens e aspectos da pessoa e da personalidade completamente desamparados pelo Direito Privado germânico. Ao passo que a Constituição alemã do período posterior à II Guerra Mundial reconheceu o primado da pessoa e elevou a dignidade humana a valor máximo de todo o ordenamento jurídico, o Tribunal Constitucional Federal alemão não teve como ignorar o fato de que a limitada e insuficiente proteção da personalidade no âmbito privado beirava mesmo a inconstitucionalidade. Viu-se a Corte obrigada a tomar alguma providência no sentido de garantir a proteção da pessoa de forma adequada à nova ordem constitucional e, para isso, elaborou a figura do direito geral de personalidade, sob a justificativa de que o primado da pessoa impunha que todos os aspectos da personalidade gozassem de

⁹² Alexy, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, Tradução de Virgílio Afonso da Silva, São Paulo, Malheiros, 2008, p. 367.

⁹³ *Bürgerliches Gesetzbuch*, também referido pelo acrônimo BGB, que se optou por denominar de Código Civil alemão para evitar o uso de expressões estrangeiras e conferir maior fluência na leitura do texto.

⁹⁴ Ascensão, José de Oliveira. *Os direitos de personalidade no Código Civil brasileiro*, disponível em www.fd.ul.pt/Portals/0/Docs/.../ICJ/.../AscensaoJoseOliveira10.pdf, p. 4.

proteção⁹⁵. O direito geral de personalidade foi, portanto, uma necessidade sócio-jurídica historicamente justificada no contexto do Direito tedesco.

O direito geral de personalidade produzido pela jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão tem por objetivo tutelar os diversos modos de desenvolvimento do titular do direito⁹⁶ e seu âmbito vem adquirindo precisão por meio da especificação de um conjunto de direitos concretos⁹⁷ comumente repartidos em direitos de autodeterminação, de autopreservação e de autoapresentação⁹⁸.

O direito à autodeterminação caracteriza-se como o poder de determinar por si próprio a sua identidade e não ser onerado de maneira que afete massivamente a formação e a afirmação da identidade⁹⁹. Com base nesse direito, o Tribunal Constitucional Federal alemão já decidiu diversas vezes sobre a existência do direito de autodeterminação informativa, que seria imprescindível à formação da identidade e à livre decisão sobre os rumos da própria vida¹⁰⁰.

O direito à autopreservação, por sua vez, garante à pessoa o poder de retirar-se, proteger-se e ficar por sua conta, tanto do ponto de vista social quanto do ponto de vista espacial¹⁰¹. Esse direito veio à baila no caso *Mikrozensus*¹⁰², de 16 de julho de 1969, no qual o Tribunal Constitucional Federal alemão, em sede de controle concreto, analisou a constitucionalidade de norma da lei de microcenso de 1957 que previa multa de até 10 mil marcos alemães para todo cidadão que se recusasse a responder o questionário sobre “viagens de férias” e “viagens de repouso”. Embora tenha decidido que no caso concreto não havia ofensa ao direito ao livre desenvolvimento da personalidade, a Corte

⁹⁵ Ascensão, José de Oliveira. *Os direitos de personalidade no Código Civil brasileiro*, disponível em www.fd.ul.pt/Portals/0/Docs/.../ICJ/.../AscensaoJoseOliveira10.pdf, p. 10.

⁹⁶ Schwabe, Jürgen. *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão*, Organização e Introdução de Leonardo Martins, Tradução de Leonardo Martins *et al*, Montevideo, Fundación Konrad-Adenauer, 2005, p. 189.

⁹⁷ Alexy, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, Tradução de Virgílio Afonso da Silva, São Paulo, Malheiros, 2008, p. 367.

⁹⁸ Pieroth, Bodo; Schlink, Bernhard. *Direitos fundamentais – direito estadual II*, Tradução de Antônio C. Franco e Antônio Francisco Sousa, Lisboa, Universidade Lusíada, 2008, p. 112.

⁹⁹ Pieroth, Bodo; Schlink, Bernhard. *Direitos fundamentais – direito estadual II*, Tradução de Antônio C. Franco e Antônio Francisco Sousa, Lisboa, Universidade Lusíada, 2008, p. 112.

¹⁰⁰ Para mais detalhes sobre o interessante direito de autodeterminação informativa no direito alemão, ver Denninger, Erhard. *El derecho de la autodeterminación informativa*, in *Problemas actuales de la documentación y la informática jurídica*, Direção de Antonio Pérez Luño, Madrid, Tecnos, 1987, p. 272 ss.

¹⁰¹ Pieroth, Bodo; Schlink, Bernhard. *Direitos fundamentais – direito estadual II*, Tradução de Antônio C. Franco e Antônio Francisco Sousa, Lisboa, Universidade Lusíada, 2008, p. 114.

¹⁰² BVERFGGE 27, 1.

reconheceu a dignidade humana como valor mais elevado do ordenamento jurídico e afirmou que a existência de um espaço interior e íntimo da pessoa insuscetível de invasão estatal é parte do direito ao livre desenvolvimento da personalidade¹⁰³.

O direito à autoapresentação, por fim, garante ao particular a possibilidade de se defender não só contra apresentações públicas desprestigiantes, falseadoras, desfigurantes e indesejadas, mas também de observações secretas e indesejadas da sua pessoa¹⁰⁴. Pode-se observar a configuração de um tal direito no caso *Scientology*¹⁰⁵, de 10 de novembro de 1998, por meio do qual o reclamante pretendia a proibição de que seu nome continuasse vinculado à seita religiosa *Scientology Church*, pois a ligação causava-lhe incômodos não somente pessoais, mas também profissionais, como perda de reputação e, conseqüentemente, de diversos contratos para desempenhar seu trabalho de artista plástico. O Tribunal Constitucional Federal alemão reconheceu como incompatível com o direito geral de personalidade que a pessoa não se possa defender e livrar de afirmações falsas que lhe prejudicam a imagem, especialmente em sendo pessoa pública. Ademais, concluiu que afirmações que afetam a reputação social do indivíduo prejudicam o livre desenvolvimento de sua personalidade, já que lhe diminuem o prestígio, enfraquecem seus contratos sociais e destroem sua autoestima¹⁰⁶.

Assim, pode-se perceber que o direito geral de personalidade surgiu no ordenamento jurídico alemão para suprir a ausência de proteção da personalidade humana, em seus aspectos dinâmico e evolutivo, e das especificidades de cada ser humano. Recebeu importante densificação da jurisprudência em abono da segurança jurídica que deve pautar as relações sociais, mas não perdeu seu caráter aberto e amplo tendente a abarcar todas as semelhanças e diferenças que as relações humanas estão propensas a ter.

¹⁰³ As informações sobre o caso *Mikrozensus* foram retiradas de Schwabe, Jürgen. *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão*, Organização e Introdução de Leonardo Martins, Tradução de Leonardo Martins *et al*, Montevideo, Fundación Konrad-Adenauer, 2005, p. 215-218.

¹⁰⁴ Pieroth, Bodo; Schlink, Bernhard. *Direitos fundamentais – direito estadual II*, Tradução de Antônio C. Franco e Antônio Francisco Sousa, Lisboa, Universidade Lusíada, 2008, p. 114.

¹⁰⁵ BVERFG 99, 185.

¹⁰⁶ As informações sobre o caso *Scientology* foram retiradas de Schwabe, Jürgen. *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão*, Organização e Introdução de Leonardo Martins, Tradução de Leonardo Martins *et al*, Montevideo, Fundación Konrad-Adenauer, 2005, p. 198-207.

4. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade no ordenamento jurídico português

O direito ao livre desenvolvimento da personalidade, em todas as suas formas e sob todos os aspectos, ao passo que possibilita ao ser humano o desempenho de suas atividades e a satisfação de suas necessidades, é certamente um dos mais importantes direitos da personalidade¹⁰⁷ em todo e qualquer ordenamento jurídico pautado pela dignidade humana.

No ordenamento jurídico português, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade é de consagração ainda muito recente, uma vez que incluído no texto constitucional tão somente por ocasião da IV Revisão Constitucional de 1997. Isso, porém, não quer dizer que anteriormente a 1997 o direito ao livre desenvolvimento da personalidade fosse completamente ausente do mundo jurídico lusitano; sendo decorrência necessária do princípio da dignidade humana, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade já existia mesmo antes da reforma ao menos para constituir o núcleo irreduzível de individualidade da pessoa em sede de direitos, liberdades e garantias. A consagração expressa do direito ao livre desenvolvimento da personalidade na Constituição da República Portuguesa de 1976 (Constituição portuguesa) prestou-se, no entanto, a evidenciar as diferenças entre a pessoa abstrata e indivíduo concreto, pois “à universalidade da pessoa contrapõe-se o atomismo dos indivíduos”¹⁰⁸.

Há algo de muito importante, porém, que é preciso notar no estudo dessa matéria. Diante da preocupação do legislador reconstituente em incluir na Constituição portuguesa, junto ao rol dos direitos fundamentais da personalidade, um direito ao livre desenvolvimento da personalidade, não é possível crer que a nova norma não incorpora ao ordenamento jurídico nada de novo, nada que já não se pudesse abstrair do valor constitucional da dignidade humana. Ao consagrar o livre desenvolvimento da personalidade como um direito fundamental, obviamente que quis o revisor da Constituição portuguesa incrementar a proteção da personalidade humana, conferindo à pessoa novas posições jurídicas aptas a protegê-la contra o Estado. O que se precisa investigar – e esta é a questão central do estudo – é a configuração do novo direito: concederia ao cidadão português uma proteção tão ampla quanto à conferida na

¹⁰⁷ Degni, Francesco. *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, Torino, Torinese, 1939, p. 210.

¹⁰⁸ Pinheiro, Alexandre Sousa; Fernandes, Mário Brito. *Comentários à IV Revisão Constitucional*, Lisboa, Associação Acadêmica da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1999, p. 111.

Alemanha, englobando uma liberdade geral de ação e um direito geral de personalidade, ou mereceria interpretação tanto diversa e mais restrita tendo em conta as peculiaridades do sistema constitucional português e o diverso contexto histórico da inserção do direito no texto constitucional? Os próximos tópicos dedicam-se ao repositório doutrinário e jurisprudencial sobre a tema – lamentavelmente ainda não muito rico de vozes – e finais reflexões acerca da questão central e suas decorrências.

4.1.O livre desenvolvimento da personalidade no artigo 26º, n. 1, da Constituição da República Portuguesa de 1976

O direito ao livre desenvolvimento da personalidade encontra-se expressamente previsto no artigo 26º, n. 1, da Constituição portuguesa. Apesar da evidente inspiração no artigo 2, I, da Constituição alemã, no ordenamento jurídico lusitano o direito ao desenvolvimento da personalidade possui configuração legal um tanto diversa de seu predecessor: ao passo que naquele texto constitucional a própria norma que veicula o direito traz também sua limitação pelos direitos de outrem, pela ordem constitucional ou pela lei moral¹⁰⁹, neste caso o direito ao livre desenvolvimento da personalidade vem com ares de ilimitado, sem qualquer restrição expressamente mencionada pela Constituição portuguesa¹¹⁰. Como é óbvio, porém, não se pode pretender a criação de um direito fundamental ilimitado, de sorte que o direito ao livre desenvolvimento da personalidade deve estar sujeito às regras gerais de restrições aplicáveis aos direitos fundamentais.

O direito ao livre desenvolvimento da personalidade, no ordenamento jurídico português, é sem dúvida um direito fundamental. Não deixa de ser, porém, um direito de personalidade, já que seu principal objetivo é proteger o aspecto dinâmico e evolutivo da personalidade humana. É, portanto, um direito fundamental de personalidade¹¹¹, dedicando-se à proteção primordial dos aspectos mais essenciais da pessoa e gozando de todas as especiais prerrogativas garantidas por força do artigo 18 da Constituição portuguesa aos direitos fundamentalizados, como a aplicação direta a

¹⁰⁹ Artigo 2, I, Constituição alemã: “Todos têm o direito ao livre desenvolvimento de sua personalidade, desde que não violem direitos de outrem e não se choquem contra a ordem constitucional ou a lei moral”.

¹¹⁰ Artigo 26º, n. 1, Constituição portuguesa: “A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à protecção legal contra quaisquer formas de discriminação”.

¹¹¹ Para utilizar a expressão de Sousa, Rabindranath V. A. Capelo de. *O direito geral de personalidade*, Coimbra, Coimbra, 1995, p. 97.

entidades públicas e privadas e a impossibilidade de revogação ou limitação genérica pela lei ordinária¹¹².

A previsão do direito ao livre desenvolvimento da personalidade representa um marcado avanço da Constituição portuguesa no domínio dos direitos de personalidade, consagrado que foi como um direito de cúpula do ordenamento jurídico¹¹³. Afinal, o desenvolvimento da personalidade abarca tanto o plano do ser quanto o plano social, protegendo a personalidade não apenas em seus aspectos mais íntimos, mas também e especialmente no momento de sua exteriorização social¹¹⁴. A partir dessas primeiras conclusões, pode-se perceber que os dois elementos que se sobressaem na análise do direito são a liberdade – a toda pessoa é permitido desenvolver-se e desenvolver a própria personalidade da maneira como queira, sem interferências exteriores¹¹⁵ – e a personalidade humana.

O professor José de Oliveira Ascensão, analisando a novidade da Constituição portuguesa, observa que é sob a ótica dos direitos de personalidade que a previsão do artigo 26º, 1, poderia revestir-se de conteúdo mais relevante. A realização da personalidade pressuporia a liberdade, mas a liberdade já é objeto de diversas previsões constitucionais específicas e não pode, portanto, preencher também o conteúdo desse direito. O desenvolvimento da personalidade teria como suposto a autodeterminação, permitindo ao homem formar-se a si mesmo, desenvolver suas próprias potencialidades, não como resultado de arbítrio ou descaso, mas como o seguimento de um fito condutor a realizar¹¹⁶.

As reflexões de José de Oliveira Ascensão, embora sejam de todo irretocáveis, funcionam brilhantemente como uma introdução ao tema, mas se encerram antes de enfrentar o real problema que coloca o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, que é o de saber qual a sua real configuração no ordenamento jurídico

¹¹² Dray, Guilherme Machado. *Direitos de personalidade – anotações ao Código Civil e ao Código do Trabalho*, Coimbra, Almedina, 2006, p. 32-33.

¹¹³ Ascensão, José de Oliveira. *A dignidade da pessoa e o fundamento dos direitos humanos*, in Revista da Ordem dos Advogados, 68, Janeiro de 2008, p. 113.

¹¹⁴ Pinheiro, Alexandre Sousa; Fernandes, Mário Brito. *Comentários à IV Revisão Constitucional*, Lisboa, Associação Acadêmica da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1999, p. 111.

¹¹⁵ Ascensão, José de Oliveira. *A dignidade da pessoa e o fundamento dos direitos humanos*, in Revista da Ordem dos Advogados, 68, Janeiro de 2008, p. 113.

¹¹⁶ Ascensão, José de Oliveira. *A dignidade da pessoa e o fundamento dos direitos humanos*, in Revista da Ordem dos Advogados, 68, Janeiro de 2008, p. 114.

português, tanto no Direito Público quanto no Direito Privado, e que posições jurídicas estaria apto a conceder aos seus titulares.

A investigação mais profunda e completa sobre essas questões no ordenamento jurídico português encontra-se indubitavelmente no ensaio “O direito ao livre desenvolvimento da personalidade”, da lavra de Paulo Mota Pinto. Nesse estudo, o professor de Coimbra opta pela aproximação (quase que) integral à concepção do direito ao livre desenvolvimento da personalidade desenvolvida pelo Tribunal Constitucional Federal alemão e defende que também no contexto da Constituição portuguesa aquele direito possui duas dimensões: liberdade geral de ação e proteção geral da personalidade¹¹⁷.

A consagração do direito ao livre desenvolvimento da personalidade na Constituição portuguesa, para Paulo Mota Pinto, teve em vista a tutela da individualidade e, em particular, das suas diferenças e da sua autonomia. Sagrou-se o direito à diferença e a proteção contra a discriminação, permitindo que cada um eleja seu modo de vida, desde que não cause prejuízos a terceiros¹¹⁸. Ademais, garantiu-se ao indivíduo a libertação contra a prescrição estatal de paradigma de personalidade ou de personalidade-modelo que lhe pudesse ser imposta¹¹⁹.

Assim, por intermédio do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, assistiria ao cidadão uma liberdade geral de ação configurada em dimensão social – já que as possibilidades de realização do indivíduo isoladamente são deveras limitadas –, pressupondo ainda um quadro jurídico-normativo dessas relações, com condições de desenvolvimento da personalidade, reconhecimento de capacidades, atribuição de poderes jurídicos e determinação de exigências de comportamento¹²⁰. Para que o direito ao desenvolvimento da personalidade seja efetivamente assegurado, não basta a ausência de interferência estatal na liberdade do indivíduo no estabelecimento do seu

¹¹⁷ Pinto, Paulo Mota. *O direito ao livre desenvolvimento da personalidade*, in Portugal-Brasil ano 2000 – Tema Direito, Coimbra, Coimbra, 1999, p. 163.

¹¹⁸ Pinto, Paulo Mota. *O direito ao livre desenvolvimento da personalidade*, in Portugal-Brasil ano 2000 – Tema Direito, Coimbra, Coimbra, 1999, p. 157.

¹¹⁹ Pinto, Paulo Mota. *O direito ao livre desenvolvimento da personalidade*, in Portugal-Brasil ano 2000 – Tema Direito, Coimbra, Coimbra, 1999, p. 167.

¹²⁰ Pinto, Paulo Mota. *O direito ao livre desenvolvimento da personalidade*, in Portugal-Brasil ano 2000 – Tema Direito, Coimbra, Coimbra, 1999, p. 159.

modo de vida; é imprescindível também a atuação legislativa e jurisprudencial na proteção e promoção do desenvolvimento da personalidade humana¹²¹.

Além da clara ligação com a liberdade, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade encontrar-se-ia conectado aos direitos de personalidade – o que se pode comprovar pela localização topográfica do novo direito juntamente aos demais direitos que protegem aspectos da personalidade ou pelo próprio tema envolvido –, de sorte que seu conteúdo formar-se-ia por dupla dimensão: tutela da personalidade (proteção da integridade, de estados ou do substrato da atividade livre (proteção contra a lesão por terceiros)) e tutela da liberdade geral de ação da pessoa humana (proteção de atividade ou do comportamento (liberdade comportamental, livre decisão sobre a ação), preenchendo as lacunas deixadas pelos direitos especiais de liberdade)¹²².

Em relação à dimensão da tutela da liberdade geral de ação, Paulo Mota Pinto reconhece-a como estrutura fundamental do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, funcionando com uma cláusula geral, consagrada como direito pessoal, que preenche as lacunas do ordenamento jurídico e protege a autonomia e autodeterminação individual nas escolhas da vida. E essa liberdade seria ainda uma liberdade ampla, independentemente de características qualitativas e de direta ligação com o desenvolvimento da personalidade, pois o que se tutela é a liberdade, de forma geral e abrangente¹²³.

No tratamento da dimensão da tutela da personalidade, por sua vez, Paulo Mota Pinto levanta logo de início a questão de saber como devem ser concebidos os direitos da personalidade: pluralidade taxativa de direitos (cada um incidindo sobre um aspecto particular da personalidade) ou complexo direito de personalidade referido à personalidade no seu todo. Para o professor de Coimbra, o direito geral de personalidade teria como objeto a personalidade humana em todas as suas manifestações e tutelaria sua livre realização e desenvolvimento. Poderia ainda

¹²¹ Pinto, Paulo Mota. *O direito ao livre desenvolvimento da personalidade*, in Portugal-Brasil ano 2000 – Tema Direito, Coimbra, Coimbra, 1999, p. 196.

¹²² Pinto, Paulo Mota. *O direito ao livre desenvolvimento da personalidade*, in Portugal-Brasil ano 2000 – Tema Direito, Coimbra, Coimbra, 1999, p. 163.

¹²³ Pinto, Paulo Mota. *O direito ao livre desenvolvimento da personalidade*, in Portugal-Brasil ano 2000 – Tema Direito, Coimbra, Coimbra, 1999, p. 201.

funcionar como proteção subsidiária para a personalidade quando não fosse possível a proteção por meio de direitos específicos¹²⁴.

O direito geral de personalidade, concebido daquela forma, estaria apto a conferir uma melhor tutela à irreduzível complexidade da personalidade humana, que só pode ser considerada de maneira adequada quando considerada em uma perspectiva globalizante, incluindo no mesmo grupo tanto os bens de personalidade tipificados em lei quanto aqueles nela não tipificados. E foi a consagração expressa do direito ao livre desenvolvimento da personalidade no texto constitucional que trouxe o fundamento constitucional para o reconhecimento do direito geral de personalidade no ordenamento jurídico português¹²⁵.

À visão ampla e abrangente de Paulo Mota Pinto, porém, contrapõe-se o posicionamento muito mais restritivo de José de Melo Alexandrino. Na visão do professor de Lisboa, é inaceitável a importação da construção alemã sobre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade sem a demonstração da compatibilidade daquela estrutura com a Constituição portuguesa; a princípio, apenas com grande arrojo e abstração poder-se-ia transpor o modelo alemão para um ordenamento jurídico que se pauta pelo afastamento das cláusulas gerais, como é o caso português na égide da Constituição de 1976¹²⁶.

Excluindo, portanto, a existência de uma liberdade geral de ação derivada do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, José de Melo Alexandrino enumera três possibilidades para a delimitação do conteúdo do direito: a) princípio jusfundamental, prestando-se a enfatizar o valor da autonomia e da autodeterminação pessoal; b) nova garantia jusfundamental, destinando-se a proteger os núcleos mais estreitos da personalidade cuja proteção não é efetuada adequadamente por nenhum direito, liberdade ou garantia expressamente reconhecido no texto constitucional; e c) nova garantia jusfundamental, servindo à proteção alargada de núcleo da personalidade mais ou menos vasto¹²⁷.

¹²⁴ Pinto, Paulo Mota. *O direito ao livre desenvolvimento da personalidade*, in Portugal-Brasil ano 2000 – Tema Direito, Coimbra, Coimbra, 1999, p. 171-172.

¹²⁵ Pinto, Paulo Mota. *O direito ao livre desenvolvimento da personalidade*, in Portugal-Brasil ano 2000 – Tema Direito, Coimbra, Coimbra, 1999, p. 173.

¹²⁶ Alexandrino, José de Melo. *A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição Portuguesa – a construção dogmática*, volume II, Coimbra, Almedina, 2006, p. 494.

¹²⁷ Alexandrino, José de Melo. *A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição Portuguesa – a construção dogmática*, volume II, Coimbra, Almedina, 2006, p. 496-497.

Da ponderação entre os benefícios e malefícios de cada uma das três possibilidades e tendo sempre em conta o contexto histórico e político e a estrutura e sistemática da Constituição portuguesa, o professor de Lisboa termina por conceber a segunda possibilidade como a mais acertada. Assim, a destinação do direito ao livre desenvolvimento da personalidade para a proteção de âmbitos estreitos e relevantes da personalidade que ainda não mereceram – por olvido ou por desídia – a tutela fundamentalizante da Constituição portuguesa, apresenta-se-ia em maior consonância com a particular atenção concedida pelo texto constitucional ao desenvolvimento existencial da personalidade, especialmente naqueles casos em que a pessoa não tem acesso facilitado às condições de dignidade humana (a dimensão positiva da dignidade humana e a igualdade equitativa de oportunidades prestariam o apoio de que necessita a pessoa para ver garantido o livre desenvolvimento da personalidade, ao passo que o reconhecimento de uma liberdade geral de ação, objetivamente inigualitária, tenderia a reforçar a desigualdade e prejudicar o desenvolvimento da personalidade daqueles que se encontram em posição social subalterna)¹²⁸.

No que toca ao direito geral de personalidade, José de Melo Alexandrino afirma que a tradição jurídica portuguesa é de especificar os bens e aspectos defendidos da personalidade, evitando-se o recurso às cláusulas gerais. Ademais, se se considerar os direitos incluídos no âmbito do direito geral de personalidade nos modelos doutrinários desenvolvidos por juristas alemães e realizar-se exercício de sobreposição desses modelos com os direitos especificamente tutelados no ordenamento português, apenas dois núcleos de direito geral de personalidade não serão inteiramente cobertos pelas garantias jusfundamentais da Constituição portuguesa, a saber, certas dimensões da autorrepresentação pessoal e a proteção do desenvolvimento de crianças e jovens. Rejeita o professor de Lisboa, portanto, também a existência de um direito geral de personalidade fundamentado no direito ao livre desenvolvimento da personalidade¹²⁹.

O que se pode perceber, enfim, é que em Portugal, à semelhança do que ocorre na Alemanha, não há consenso doutrinário sobre o conteúdo do direito ao livre

¹²⁸ Alexandrino, José de Melo. *A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição Portuguesa – a construção dogmática*, volume II, Coimbra, Almedina, 2006, p. 499.

¹²⁹ Alexandrino, José de Melo. *A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição Portuguesa – a construção dogmática*, volume II, Coimbra, Almedina, 2006, p. 519-520. Para mais informações sobre os modelos doutrinários criados pelos juristas alemães na tentativa de concretizar o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, ver ainda p. 507-508; Pinto, Paulo Mota. *O direito ao livre desenvolvimento da personalidade*, in Portugal-Brasil ano 2000 – Tema Direito, Coimbra, Coimbra, 1999, p. 171 ss.

desenvolvimento da personalidade nem sobre a fundamentação, a partir dele, de uma liberdade geral de ação e de um direito geral de personalidade a protegerem o cidadão de forma muito ampla e quase irrestrita. A diferença marcante reside na atuação dos tribunais de um e de outro país: ao passo que o Tribunal Constitucional Federal alemão manifestou-se em diversos julgados ao longo de várias décadas sobre a configuração do direito ao livre desenvolvimento da personalidade e formou opinião clara sobre o tema, o Tribunal Constitucional do Palácio de Rattou ainda não demonstrou muita disposição em enfrentar o assunto. Os escassos julgados das Cortes portuguesas disponíveis sobre o tema limitam-se a fazer referência a um direito geral de personalidade ou a uma tutela geral de personalidade, sem maiores discussões acerca de qual construção seria a mais adequada ou qual seria o seu respectivo conteúdo¹³⁰.

É evidente que o desenrolar dessas questões acerca do eventual reconhecimento de um direito geral de personalidade tem influência direta sobre o Direito Privado e que, por isso, a definição do conteúdo do direito ao desenvolvimento da personalidade – seja ele qual for – deve ser compatibilizada também naquele âmbito. Feita essa necessária ressalva, e com ela justificado porque a exposição do tópico seguinte deve preceder a tomada de qualquer posição, passa-se à análise do tema à luz do Código Civil português.

4.2.O livre desenvolvimento da personalidade no artigo 70º, n. 1, do Código Civil português: direito geral de personalidade ou tutela geral da personalidade?

No âmbito do Direito Privado, a tutela da personalidade humana dá-se por meio dos direitos de personalidade consagrados no Código Civil. No ordenamento jurídico português, ademais dos direitos de personalidade em espécie dispostos nos artigos 71º a 81º, sempre gozou de elevada importância o artigo 70º, n. 1, do Código Civil português¹³¹, que, sob a epígrafe tutela geral da personalidade, funcionava como cláusula geral de proteção da personalidade humana nos aspectos não tutelados pelos direitos em espécie.

¹³⁰ A título exemplificativo da veracidade dessa conclusão, indica-se a leitura da decisão no processo n. 001472 do Tribunal da Relação de Lisboa, julgado em 13/03/97.

¹³¹ Artigo 70º, n. 1, Código Civil português: “A lei protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral”.

A consagração constitucional do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, porém, repercutiu fortemente no Direito Privado e recaiu toda sobre o artigo 70º, n. 1, do Código Civil português. Teria o dispositivo do Código Civil português que tradicionalmente assegurava a tutela geral da personalidade cambiado para se tornar fundamento do direito geral da personalidade? Teria sido essa a influência constitucional sobre o Direito Privado por meio da consagração do direito ao livre desenvolvimento da personalidade?

A ideia do direito geral de personalidade é muito sedutora. É extremamente sedutora e muito propícia, pois cria um direito que engloba toda a personalidade humana, em todas as perspectivas e em todas as suas chances de desenvolvimento, no ser e no devir.

Paulo Mota Pinto ressalta, inclusive, que a consagração de um direito geral de personalidade, ademais da atenção ao sentido de desenvolvimentos dogmáticos noutras ordens jurídicas, teria revelado uma preocupação personalista do legislador que é de louvar. Entretanto, o próprio professor reconhece que, em uma fórmula como a do Código Civil português, tão somente a consagração de um direito geral de personalidade não é apta a resolver os complexos problemas de aplicação e delimitação práticas. O direito geral de personalidade impescinde do estabelecimento de seu conteúdo e de seus limites, especialmente se se tomar em conta que a proteção da personalidade de uma pessoa pode concretamente entrar em conflito com o livre desenvolvimento da personalidade de outra pessoa¹³².

Na tentativa de conferir ao direito geral de personalidade a necessária concretização, Paulo Mota Pinto sugere que deve ser entendido como um direito-quadro¹³³, “englobando um conjunto variado e potencialmente ilimitado de bens da pessoa”. A aceitação desse ponto de vista, porém, não eliminaria a necessidade da realização de juízos casuísticos dependentes das circunstâncias do caso concreto. Assim, a caracterização de uma atuação como eventual interferência no direito geral de personalidade não seria suficiente para reconhecer sua ilicitude; para que se pudesse chegar a essa conclusão, um juízo valorativo e ponderativo dos interesses e bens conflitantes no caso concreto deveria ser feito a priori, com a formação, se possível, de

¹³² Pinto, Paulo Mota. *O direito ao livre desenvolvimento da personalidade*, in Portugal-Brasil ano 2000 – Tema Direito, Coimbra, Coimbra, 1999, p. 177.

¹³³ Para mais detalhes sobre o que é um direito-quadro, ver, Pinto, Paulo Mota. *O direito ao livre desenvolvimento da personalidade*, in Portugal-Brasil ano 2000 – Tema Direito, Coimbra, Coimbra, 1999, p. 178, especialmente a nota de rodapé 79.

grupos de casos relevantes. Assim, conclui o professor de Coimbra que o direito geral de personalidade teria o âmbito formado por uma série de comportamentos essenciais para a pessoa e para o desenvolvimento da personalidade humana que fica a cargo dos Tribunais definir, por meio de valoração e ponderação dos casos concretos que lhe cheguem para análise. Somente após esse processo é que se poderá definir uma determinada atividade como lícita ou ilícita diante do teor do artigo 70º, n. 1, do Código Civil português¹³⁴.

A abordagem apresentada por Paulo Mota Pinto, embora tenha inegável interesse, contém um problema central que é reconhecido pelo próprio jurista, que é o de remeter a definição do âmbito de proteção do direito geral de personalidade integralmente para a ponderação judicial. Nesses moldes, o direito geral de personalidade, podendo ser definido apenas casuisticamente e muito volúvel aos entendimentos jurisprudenciais, estaria mais exposto às críticas de que não passaria de uma fórmula vazia. O professor de Coimbra, então, menciona alguns dos esforços doutrinários para a construção de modelos que aprioristicamente pudessem preencher o conteúdo do direito geral de personalidade, independentemente da posterior e sempre possível concretização judicial, que intentariam resolver essa questão. Diante de toda essa situação e a guisa de conclusão, porém, ele próprio não chega a construir um modelo doutrinário para preencher o conteúdo do direito geral de personalidade em Portugal e tampouco adere a algum dos modelos doutrinários alemães que menciona, mas afirma que, independentemente de todas essas questões que ainda parecem remanecer no limbo jurídico, o reconhecimento o direito geral de personalidade, fundado na garantia da dignidade humana e servindo como linha de interpretação para densificação da força protetora do direito fundamental contra medidas estatais, não deve mais ser posto em dúvida diante da fundamentação constitucional específica que o direito ao livre desenvolvimento da personalidade lhe proporciona¹³⁵.

Tomando-se esse quadro como ponto de partida, a primeira pergunta inarredável é: como se pode falar em densificação sem conteúdo minimamente estabelecido e sem que possa conferir à pessoa algo de concretamente tutelado pelo ordenamento jurídico? E a ela se segue: seria mesmo válida a defesa de uma densificação que só ocorresse

¹³⁴ Pinto, Paulo Mota. *O direito ao livre desenvolvimento da personalidade*, in Portugal-Brasil ano 2000 – Tema Direito, Coimbra, Coimbra, 1999, p. 178.

¹³⁵ Pinto, Paulo Mota. *O direito ao livre desenvolvimento da personalidade*, in Portugal-Brasil ano 2000 – Tema Direito, Coimbra, Coimbra, 1999, p. 180-183.

jurisprudencialmente, mediante a análise das condições do caso concreto? Será que esse modelo consegue retirar do direito ao livre desenvolvimento da personalidade suas maiores potencialidades para a proteção da pessoa?

A construção do direito geral de personalidade a partir do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, funcionando como uma de suas principais dimensões, não parece responder adequadamente aos questionamentos que lhe fazem aqueles que o acusam de ser uma fórmula vazia. Não se nega sua propensão à defesa ampla e integral da pessoa e da personalidade humana em todos os seus aspectos, tanto mais gerais quanto mais específicos, mas também não há como não ver que um direito que pretenda a um só tempo dentro dele tudo conter, termina por não proteger nada *prima facie*, e ao passo que depende sempre de ponderação no caso concreto para definição de seu âmbito de proteção termina por não conceder ao cidadão a segurança jurídica que deveria advir de um direito dessa magnitude.

A solução opcional de construção de modelos doutrinários que previamente indicassem o conteúdo do direito geral de personalidade, de outra banda, trabalha arduamente para afastar a crítica da ausência de densificação do direito previamente ao trabalho jurisprudencial, mas termina por indicar como conteúdo apriorístico do direito geral de personalidade a tutela de aspectos que, no caso do Direito Português, já são devidamente tutelados de maneira muito mais segura e substancial por direitos de personalidade específicos, não sobrando muito espaço que justifique sua inclusão em um pretense direito geral de personalidade. Assim, parece certo o professor José de Oliveira Ascensão quando, ao tratar da dualidade entre direito geral de personalidade ou direitos específicos de personalidade, afirma categoricamente como desnecessário o direito geral de personalidade no ordenamento jurídico português¹³⁶. Afinal, a tutela geral da personalidade, tradicionalmente utilizada para a proteção da personalidade humana com fundamento no artigo 70º, n. 1, do Código Civil, é muito mais adequada e confere muito mais segurança jurídica, na medida em que constitui cláusula aberta que, ao mesmo tempo que permite a entrada de novos direitos da personalidade no ordenamento jurídico, demanda a prévia concretização de seus âmbitos pela construção jurisprudencial¹³⁷.

¹³⁶ Ascensão, José de Oliveira. *Direito Civil – teoria geral*, volume I, Coimbra, Coimbra, 1997, p. 122.

¹³⁷ No mesmo sentido, manifestando-se contrariamente à existência de um direito geral de personalidade e percebendo no artigo 70 a consagração da tutela geral de personalidade, Dray, Guilherme Machado. *Direitos de personalidade – anotações ao Código Civil e ao Código do Trabalho*, Coimbra, Almedina, 2006, p. 34.

Nessa senda, substituir a tutela geral de personalidade pela construção do direito geral de personalidade, ademais de não acrescer proteção à pessoa e à personalidade humana, poderia mesmo favorecer a existência de confusão entre o direito da personalidade com a própria personalidade, bem como favorecer a sustentação de que a categoria não tem limites, conforme observa Orlando Gomes¹³⁸.

Para evitar, porém, entendimentos equivocados das afirmações sustentadas nesta sede, é imprescindível ressaltar que a rejeição à ideia do direito geral da personalidade concebido como um direito-quadro não pretende impingir situação de demérito à proteção da pessoa e da personalidade humana. O que se pretende, em verdade, é rigorosamente o contrário.

O afastamento da construção do direito geral de personalidade em substituição à tutela geral de personalidade no Direito português pretende evitar que a concepção de um direito fáustico termine por não trazer nenhum acréscimo substancial à proteção da personalidade, por um lado, e acabe mesmo por enfraquecer os direitos especiais que tutelam fortemente aspectos relevantes da personalidade, por outro lado. Afinal, já ensina a sabedoria popular que afirmar que todos são especiais é o mesmo que afirmar que, em realidade, ninguém o é.

O artigo 70º, n. 1, do Código Civil português, no exercício do papel de cláusula de tutela geral da personalidade, garante a efetiva proteção da personalidade e de toda a sua dinâmica de desenvolvimento, permitindo que os Tribunais acompanhem a evolução social e as novas demandas que têm as pessoas de proteção da personalidade humana. Estão protegidos os elementos físicos e morais da pessoa. São devidamente tuteladas sua humanidade, sua individualidade e sua pessoalidade¹³⁹. A cláusula de tutela geral da personalidade, e não só o direito geral de personalidade, é apta a proteger a personalidade humana em todos os seus bens, forças e potencialidades, presentes ou futuras, conhecidas ou desconhecidas, mas aquela tem um benefício em relação a essa: enquanto que no reconhecimento do direito geral de personalidade pode-se passar da total abstração para uma concretização específica em único caso, com o risco de que seja fruto de pouca reflexão ou até mesmo de opinião unilateral do julgador, na tutela geral da personalidade um novo direito de personalidade vem para o ordenamento

¹³⁸ Gomes, Orlando. *Direitos da personalidade*, in Revista Forense, 216, 62, outubro-dezembro de 1966, p. 7.

¹³⁹ Para utilizar a expressão de Sousa, Rabindranath V. A. Capelo de. *O direito geral de personalidade*, Coimbra, Coimbra, 1995, p. 116.

jurídico como fruto de uma evolução social que demonstra a necessidade de sua consagração, como aconteceu, por exemplo, com o direito à saúde ou o direito ao sossego.

4.3.O livre desenvolvimento da personalidade na jurisprudência portuguesa: seleção de casos

Em matéria de direitos da personalidade, é da tradição dos Tribunais portugueses um trabalho de concretização lento e progressivo, muito mais tendente a seguir do que a ditar o ritmo da modificação das estruturas sociais. Em interessante estudo sobre o tema, Antônio Menezes Cordeiro representa a trajetória da concretização dos direitos de personalidade pelos Tribunais portugueses por meio das seguintes fases:

a) fase prévia ao Código Civil (1967), em que a referência aos direitos de personalidade era marcada pela escassez e equivocidade, embora já fosse possível a menção de algumas poucas decisões judiciais dedicadas à real proteção da personalidade humana;

b) fase de reconhecimento pontual (1967-1982), caracterizada pela aplicação lenta dos direitos de personalidade, sendo necessários cerca de quinze anos para progressiva modelação da escala de valores da personalidade merecedores de tutela;

c) fase de implantação dos direitos de personalidade (1983-1992), em que ocorreu a efetiva delimitação dos esquemas de defesa dos direitos de personalidade; e

d) fase de aplicação corrente dos direitos de personalidade (a partir de 1993), na qual finalmente se apresenta a aplicação corrente da matéria atinente aos direitos de personalidade, possibilitando inclusive a formação de uma linha jurisprudencial apreciável e constante¹⁴⁰.

O direito ao livre desenvolvimento da personalidade, embora consagrado na Constituição portuguesa já no decorrer da última fase de concretização dos direitos de personalidade pelos Tribunais, não parece, por isso, ter tido melhor sorte do que seus predecessores na rapidez e prontidão de sua aplicação judicial. Afinal, passados já mais de dez anos de seu expreso reconhecimento no ordenamento jurídico português, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade ainda não logrou adquirir a repercussão e até mesmo o incremento de tutela da personalidade humana que talvez dele se esperasse.

¹⁴⁰ Cordeiro, Antônio Menezes. *Os direitos da personalidade na civilística portuguesa*, in Estudos em homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles, volume I, Coimbra, Almedina, 2002, p. 36-42.

Essas conclusões podem ser facilmente alcançadas após uma pesquisa sobre a utilização do direito ao livre desenvolvimento da personalidade pelos Tribunais portugueses desde 1997. Infelizmente, o que se constata é a ausência de menção ao direito em diversos casos em que ele poderia ter sido utilizado com manifesta vantagem na tutela da personalidade humana, bem como sua menção de forma muito vaga e pouco fundamentada em outros casos, como se fosse um mero valor sem maiores consequências jurídicas.

Apesar dessas circunstâncias, a evidente importância que a atuação jurisprudencial tem na concretização dos direitos de personalidade, uma vez que é a atuação judicial que na generalidade dos casos confere alguma densidade aos textos tipicamente vagos que preveem direitos de personalidade¹⁴¹, justifica – e mesmo torna imprescindível – a análise de alguns dos principais julgados dos Tribunais portugueses relacionados ao direito ao livre desenvolvimento da personalidade.

4.3.1. A autonomia dos menores em face de seus responsáveis

Na decisão do processo n. 7958/2003-1, de 17 de fevereiro de 2004, o Tribunal da Relação de Lisboa analisou caso em que se discutia a existência do direito de visita dos avós aos netos menores. Segundo consta dos autos, os avós maternos de dois menores de idade, após o falecimento da filha daqueles e mãe destes, teriam sido impedidos pelo pai das crianças de manter contato com os netos com a mesma frequência em que ocorria no período em que a mãe dos menores ainda era viva. Por isso, na qualidade de avós maternos, desejavam o reconhecimento judicial do direito de visita aos infantes, bem como do direito de serem informados da situação dos netos e de serem ouvidos na tomada das decisões mais importantes da vida dos menores. O pai das crianças, por sua vez, procurou demonstrar nos autos que a redução do contato dos filhos com os avós maternos não foi despropositada, mas se justificou porque as próprias crianças passaram a se queixar das visitas aos avós e das contantes e incômodas menções à falecida mãe deles.

Na decisão desse caso, o Tribunal da Relação de Lisboa iniciou a discussão sobre a existência de um direito de visita dos ascendentes e irmãos aos parentes menores de idade, independentemente do assentimento dos pais das crianças. Ao longo da reflexão jurídica, os magistrados terminaram por concluir que os avós e irmãos não são

¹⁴¹ Cordeiro, Antônio Menezes. *Os direitos da personalidade na civilística portuguesa*, in Estudos em homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles, volume I, Coimbra, Almedina, 2002, p. 35.

titulares de um direito de visita aos parentes menores e tampouco os pais dos menores têm autonomia para proibir injustificadamente a convivência dos filhos com os demais parentes ou com quem quer que seja.

O que há, segundo o Tribunal da Relação de Lisboa, é o reconhecimento da autonomia dos filhos menores na organização da própria vida de acordo com sua maturidade, direito que ficou ainda mais claro após a consagração constitucional expressa do direito ao livre desenvolvimento da personalidade. Assim, os menores de idade não são objetos de um direito de visita titularizado por terceiros, mas titulares do direito ao livre desenvolvimento da personalidade que lhes permite conviver com as pessoas que desejarem, exceto nos casos em que o convívio lhes seja fundamentalmente nocivo.

Em decisão muito recente no processo 1604/08.9TMLSb-A.L1-7, de 2 de dezembro de 2009, o Tribunal da Relação de Lisboa analisou caso em que se pleiteava o restabelecimento do direito de visita de parentes a menor de idade, em face do incumprimento de acordo de visitas pela mãe da criança. O menor em questão é órfão de pai e a irmã e os avós paternos da criança desejavam que lhes fosse restabelecido o direito de visita, que, apesar de previamente acordado em juízo, não foi nunca cumprido pela mãe da criança.

Embora nesta oportunidade o Tribunal da Relação de Lisboa tenha reconhecido a possibilidade de contato dos parentes com o menor, seguiu linha de raciocínio muito semelhante à esposada na decisão anterior para enfatizar não a existência de um direito de visita – ainda que no presente caso haja reconhecido a existência também de um direito dos avós à convivência com os netos –, mas da autonomia do menor em estabelecer os convívios que entender válidos para sua vida. Os magistrados novamente utilizam o direito ao livre desenvolvimento da personalidade como fundamento da autonomia do menor no estabelecimento dos seus relacionamentos, conectado ao dispositivo do Código Civil que proíbe os pais de injustificadamente privar os filhos do convívio com irmãos ou ascendentes (artigo 1887-A). E, analisando as particularidades do caso, o Tribunal menciona a importância do relacionamento dos menores com os avós para sua formação moral e para o desenvolvimento de sua personalidade em contato com suas raízes familiares.

Assim, o Tribunal da Relação de Lisboa reconhece, em nova oportunidade, a autonomia do menor de idade, de acordo com a sua maturidade, nas escolhas que

estabelece para a própria vida, inclusive na escolha dos amigos e parentes com quem estabelece relacionamento mais estreito.

De fato, as questões que envolvem o âmbito de autonomia da pessoa menor de idade em face de seus genitores ou responsáveis é das mais interessantes dentre aquelas que perpassam pelo direito ao livre desenvolvimento da personalidade. Afinal, o menor de idade encontra-se em situação verdadeiramente peculiar no interior do ordenamento jurídico: é inegavelmente uma pessoa, autônoma, individualizada e diversa de seus pais, ostentando personalidade própria, mas, em razão de sua circunstancial fragilidade e insipiência diante dos mais complexos fatos da vida, sua personalidade recebe do ordenamento jurídico proteção especial que se dá por intermédio da redução e limitação de sua autonomia pelo direito dos pais de educar os filhos e pelo dever dos filhos de respeito e obediência aos pais. O caso do menor de idade é aquele em que tipicamente há cisão entre o sujeito do direito e o sujeito do comportamento, podendo-se falar em heteroavaliação da vontade¹⁴².

O que parece importante ressaltar para iniciar o tratamento deste problema é que o menor de idade, sendo pessoa, é titular de todos os direitos fundamentais e de personalidade que o ordenamento jurídico reconhece aos seus cidadãos. Sendo assim, é titular também do direito ao livre desenvolvimento da própria personalidade e deve ser o decisor central nas escolhas que são importantes para sua vida, sejam elas pessoais, culturais ou mesmo profissionais. Não se pode olvidar, porém, que o menor pode enredar-se em situações ou em relacionamentos que lhe sejam potencialmente nocivos em virtude de sua inexperiência, sendo dever dos pais auxiliar-lhe e proteger-lhe nesses casos. Então emerge a pergunta: quando é que a decisão a prevalecer deve ser a dos pais ou responsáveis e quando, de outro lado, deve ser aquela tomada pelo próprio menor de idade? A chave para a resposta dessa questão parece ser a capacidade de discernimento do menor¹⁴³.

Como parece óbvio se se tomar em conta a natureza das coisas, o menor de idade que acaba de nascer ostenta personalidade, mas não goza de autonomia, sendo as decisões importantes de sua vida integralmente tomadas pelos pais ou responsáveis, em situações de normalidade, ou pelo juiz, nas situações patológicas. Ao passo que adquire

¹⁴² Teixeira, Ana Carolina Brochado. *Poder familiar e processo educacional: a polêmica da gradualidade do seu exercício*, in *Direito de Família e das Sucessões – temas atuais*, São Paulo, Método, 2009, p. 337.

¹⁴³ Teixeira, Ana Carolina Brochado. *Poder familiar e processo educacional: a polêmica da gradualidade do seu exercício*, in *Direito de Família e das Sucessões – temas atuais*, São Paulo, Método, 2009, p. 336.

mais idade e acumula mais experiências e conhecimentos, a pessoa vai gradativamente tomando para si a responsabilidade pela condução da própria vida até que, finalmente, alcança a fase adulta e passa a ser senhor da própria vontade. Diante desse quadro, não seria razoável que, perante o ordenamento jurídico, um adolescente fosse tratado da mesma maneira que uma criança em tenra idade, pois a diferença entre a capacidade de discernimento de um e de outro é deveras marcante.

Ao menor de idade, portanto, deve ser assegurado o exercício de seus direitos de personalidade e a medida da autonomia nas suas decisões deve ser proporcional à medida de sua capacidade de discernimento, com aumento gradual daquela *pari passu* ao incremento desta até o alcance da maioridade. Ao que parece, dessa maneira é possível compatibilizar o exercício do direito ao livre desenvolvimento da personalidade pela pessoa menor de idade com a especial proteção que o ordenamento jurídico confere a sua personalidade ao colocá-la sob a responsabilidade jurídica dos genitores. Também nesse sentido caminha o Tribunal da Relação de Lisboa nas decisões apresentadas no início deste tópico.

4.3.2. O casamento entre pessoas do mesmo sexo

No acórdão 121/2010, prolatado no processo 192/2010, o Tribunal Constitucional do Palácio de Ratton procedeu ao controle preventivo de constitucionalidade de lei que altera o texto do Código Civil português para, eliminando do instituto do casamento o requisito de que seja celebrado apenas entre um homem e uma mulher, possibilitar o casamento entre pessoas do mesmo sexo.

O Tribunal Constitucional português iniciou sua apreciação ressaltando que a questão de permitir ou não permitir o casamento entre pessoas do mesmo sexo não passa pela apreciação do princípio da igualdade, embora a referência a esse princípio constitucional seja frequente quando o assunto tange os insurgentes direitos de liberdade sexual. De acordo com o entendimento que prevaleceu na Corte Constitucional, o que realmente está em pauta na discussão da constitucionalidade do casamento entre pessoas do mesmo sexo é a liberdade individual de casar ou não casar, bem como a exigência de que o Estado disponibilize e mantenha as estruturas oficiais necessárias à realização do casamento entre pessoas do mesmo sexo e regule adequadamente a constituição, a extinção e os efeitos pessoais e patrimoniais da situação jurídica decorrente dessa modalidade de união civil.

O casamento como instituição reconhecida constitucionalmente constitui uma representação jurídica de uma tradição de origem religiosa que terminou por se tornar a base de formação das estruturas sociais modernas. No caso português, conforme repara o Tribunal Constitucional, o casamento já se encontrava previamente regulado no artigo 1577º do Código Civil – o qual traz como requisito para sua validade a celebração entre duas pessoas de sexo diferente – quando do advento da Constituição Portuguesa de 1976; considerando que esta entregou a disciplina dos requisitos e efeitos do casamento à lei ordinária, entendeu-se como válida a solução que já constava do Código Civil para a regulamentação do instituto.

Diante dessa situação, não se pode desconsiderar a interpretação de que o casamento previsto pela Constituição encaixava-se no molde previamente criado pelo Direito Civil e, portanto, destinava-se à união de pessoas de sexos diversos. Há, porém, uma outra circunstância histórica que não é desprezada pela Corte Constitucional, que é o fato de que, à época da elaboração da Constituição portuguesa, o anseio pelo casamento entre pessoas do mesmo sexo não era socialmente relevante e por isso não poderia ter sido considerado pelo legislador constituinte; entretanto, se não foi representada essa modalidade de união civil no texto constitucional, também não foi expressamente proibida a evolução da instituição matrimonial nessa direção. Assim, em uma consideração apriorística, não seria possível alegar a inconstitucionalidade da alteração do Código Civil com a pretensão de permitir o casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Ademais, o Tribunal Constitucional segue observando que não existe um direito à manutenção da instituição do casamento tal como prevista no Código Civil, pois a proteção que a Constituição portuguesa fornece destina-se a evitar apenas as atuações do legislador violadoras de direitos fundamentais – o que não ocorreria no caso da alteração do requisito do casamento de exigência de diversidade de sexo dos contraentes. Por outro lado, o reconhecimento oficial do casamento entre pessoas do mesmo sexo não altera a proteção da família na Constituição portuguesa, que já foi prevista de forma deveras ampla com o fim de abarcar as mudanças na estrutura social e proporcionar o respeito ao livre desenvolvimento da personalidade dos membros das famílias.

Diante de todas essas circunstâncias, o Tribunal Constitucional do Palácio de Ratton declarou a constitucionalidade da lei que pretendia alterar o Código Civil português para dele retirar o requisito de diversidade de sexo entre os contraentes do

casamento. Dentre as declarações de voto proferidas em separado, vale destacar a manifestação da conselheira Catarina Sarmiento e Castro pela menção da relação entre o casamento e diversos valores, princípios e direitos constitucionais, tais como a dignidade humana, a igualdade, a liberdade ou o direito à identidade pessoal e o livre e coerente desenvolvimento da personalidade, de que resultaria a liberdade de opção quanto à forma de constituir a família nuclear.

À longa e bem fundamentada – e, ao nosso sentir, também acertada – decisão do Tribunal Constitucional português fez falta a utilização mais intensa do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, que tem relação profunda não só com o anseio pelo reconhecimento do casamento entre pessoas do mesmo sexo, mas também com a imensa maioria dos mais modernos direitos de liberdade sexual.

Como é evidente, a possibilidade de oficializar uma união afetiva e desfrutar de todos os direitos e deveres decorrentes do reconhecimento estatal da união civil representa um importante passo na vida de um casal e, sem dúvida, pode auxiliar a pessoa na busca de sua felicidade e plena realização pessoal. Assim, embora a Corte Constitucional tenha se limitado a sugerir a existência de uma liberdade individual de casar ou não casar, certamente poderia ter se atentado que o fundamento constitucional da existência dessa liberdade é o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, o qual se apresentaria para a proteção efetiva de um aspecto relevante da personalidade humana – a regulação das relações afetivas entre pessoas do mesmo sexo – que anteriormente não logrou obter o reconhecimento e a devida tutela jurídica que seriam merecidos.

4.3.3. A autodeterminação de funcionários sobre a própria aparência

No acórdão 436/00, prolatado no processo 309/95, o Tribunal Constitucional português procedeu à análise, dentre outros assuntos, da constitucionalidade do artigo 82º, alínea c, parte final, da Lei do Jogo. A questão que se colocava em pauta era a da constitucionalidade da disposição legal que previa, dentre os deveres dos empregados que prestam serviços nas salas de jogos, o de cuidar da boa apresentação pessoal e o de vestir-se, quando em serviço, apenas com uniforme determinado pela empresa concessionária que não contenha nenhum outro bolso ademais de um pequeno bolso exterior no peito. O ponto questionado é justamente a parte final do dispositivo, que, ao determinar a utilização de um uniforme sem bolsos, ofenderia o direito ao livre

desenvolvimento da personalidade dos funcionários destinatários da norma, assim como ao seu bom nome e à sua imagem.

A Corte Constitucional logo de início reconhece que a questão representa um desdobramento do direito geral de personalidade, uma vez que discute o direito dos trabalhadores à conformação de sua aparência externa. Para o Tribunal, o caso não se destina a questionar o uso do uniforme profissional ou mesmo o asseio com que os funcionários se devem apresentar nas salas de jogos dos cassinos, mas a equacionar o direito à conformação da aparência pessoal externa de que são titulares os trabalhadores em geral.

O Tribunal Constitucional, então, reconhece a existência de um direito à determinação da aparência externa a partir do direito geral de personalidade, o qual estaria relacionado com a garantia de um mínimo de dignidade humana, respeito à suscetibilidade e ao decoro da pessoa, e com o próprio direito de não ser afrontado com situações que perturbem a maneira de estar na vida e de conviver em sociedade. Assim, deve restar sempre garantido um espaço interno de liberdade individual, a ser definido unicamente pela própria pessoa, respeitados os limites impostos pelo próprio ordenamento jurídico.

Perante esses argumentos, o Tribunal Constitucional português decidiu que o uso obrigatório de traje profissional, uma vez que é exigência que se estende a todos os funcionários que se encontram em serviço, tem a função de resguardá-los contra possíveis suspeições dos presentes no local e, também por isso, não constitui desarrazoada limitação à autonomia da aparência exterior.

De qualquer sorte, é possível vislumbrar a propensão da Corte portuguesa em reconhecer a existência de um direito à autodeterminação da aparência exterior, o qual disporia de limites mais incisivos nas relações trabalhistas pelas circunstâncias peculiares de subordinação a que se encontram sujeitos os empregados, e de limites muito mais alargados nas situações normais da vida, de modo a garantir o livre desenvolvimento da personalidade em um momento deveras importante de sua exteriorização.

5. Conclusões

I. A tendência do Direito contemporâneo de caminhar rumo à efetivação da proteção da pessoa exige o equilíbrio entre a formalidade necessária à segurança jurídica e os juízos ponderados que a materialização de direitos requer. Nesse quadro, uma definição técnico-jurídica adequada de pessoa não se pode limitar à suscetibilidade para titularizar direitos e obrigações, pois a consideração do ser humano digno que se encontra por trás da formalização jurídica é hoje imprescindível. Ademais, o conceito de pessoa deve ser suficientemente aberto para abarcar tanto as características comuns a todos os seres humanos quanto a originalidade inerente a cada pessoa considerada individualmente, abstendo-se de criar um arquétipo de pessoa normal ou dominante. Tendo em conta essas premissas, sugere-se a definição de pessoa como o ente dotado de consciência, transcendência e dignidade, com existência não só biológica, mas também intelectual, e não só individual, mas também coletiva, caracterizando-se ainda pela dinâmica de evolução por que passa durante toda a vida.

II. Pessoa e personalidade não são vocábulos intercambiáveis; aquele representa o ente, ao passo que esse faz referência ao modo de ser do ente. Assim como a pessoa, a personalidade é uma realidade que deve ter sua essência considerada no momento da transposição para o mundo jurídico. É atributo reconhecido a uma pessoa para que possa atuar no plano jurídico, titularizando relações e reclamando direitos e deveres, mas sua íntima conexão com o ser humano real e todos os elementos internos e ambientais que a integram não podem ser olvidados. A relação entre a personalidade real – naturalmente dinâmica e ilimitável – e a personalidade jurídica, portanto, deve ser circular, com o ordenamento jurídico atribuindo juridicidade à personalidade humana e estabelecendo-lhe limites pela consideração de outros bens jurídicos, mas sendo também por ela limitado no sentido de garantir a dignidade humana.

III. A dignidade humana reside na capacidade do ser humano de proceder a sua autoconstrução, de forma autônoma e individual, característica que o diferencia das demais criaturas e fundamenta a especial tutela que a pessoa e a personalidade humana recebem do ordenamento jurídico. Na Constituição da República Portuguesa de 1976, a dignidade humana é um elemento de base de toda a ordem constitucional, exercendo funções simbólica, instrumental e de proteção. A dignidade humana relaciona-se profundamente com o livre desenvolvimento da personalidade, uma vez que ambas as normas constitucionais destinam-se à garantia da autonomia e da individualidade da pessoa no momento da realização dos próprios fins.

IV. O desenvolvimento da personalidade remete à ideia de respeito pelas escolhas de cada ser humano para a própria formação durante toda a vida como forma de preservar suas ínsitas individualidade e dignidade. Ao desenvolvimento da personalidade é intrínseca a ideia de liberdade, já que o ser humano não se realizaria se o fizesse de maneira previamente determinada pelo Estado ou por outrem, mas isso não significa a arbitrariedade da pessoa nas escolhas que faz. O desenvolvimento da personalidade, portanto, embora se constitua de larga parte de subjetivismo, não deixa de possuir uma dimensão objetiva que limita a tutela das ações humanas exteriorizadas ao eticamente razoável.

V. O livre desenvolvimento da personalidade é valor inerente a todo e qualquer Estado que constitua a pessoa como centro do ordenamento jurídico, mas somente quando consagrado como direito é apto a atribuir à pessoa uma posição jurídica vantajosa e uma proteção mais concreta em face do Estado e dos particulares. Foi no Direito alemão que o livre desenvolvimento da personalidade, consagrado como direito fundamental, alcançou seus mais notáveis desenvolvimentos, dispondo inclusive de duas dimensões produzidas na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão: a liberdade geral de ação e o direito geral de personalidade.

VI. A liberdade geral de ação é a liberdade de se fazer ou deixar de fazer o que se quer, conferindo à pessoa o direito de que não haja embaraço às ações e abstenções humanas voluntárias e assegurando-lhe certas posições jurídicas em face do Estado. Também no âmbito do Direito Privado a liberdade geral de ação tem suas incidências, propiciando o equilíbrio entre a segurança jurídica, imprescindível ao bom andamento das relações estabelecidas entre os particulares, e a manutenção de um mínimo de proteção às liberdades básicas das partes, independentemente dos termos do negócio celebrado entre elas.

VII. O direito geral de personalidade destina-se a proteger a pessoa não pela sua atuação, mas simplesmente pelo fato de ser pessoa – característica que a conecta com a dignidade humana –, abrangendo ainda todos os domínios da vida humana – ponto em que se liga ao direito ao livre desenvolvimento da personalidade. Destina-se, assim, à manutenção das condições básicas para a existência da pessoa, independentemente da existência de previsão normativa específica que tutele um ou outro aspecto da personalidade humana. No ordenamento jurídico alemão, a criação do direito geral de personalidade foi uma necessidade sócio-jurídica no sentido de

compatibilizar o primado da pessoa estabelecido pela nova ordem constitucional com a insuficiente proteção conferida à personalidade pelo Código Civil alemão de 1900.

VIII. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade encontra-se expressamente consagrado no artigo 26º, n. 1, da Constituição da República Portuguesa de 1976. O seu reconhecimento como um direito fundamental de personalidade, tornando-o objeto de especial proteção pelas prerrogativas do artigo 18 da Constituição portuguesa, demonstram a importância de que goza personalidade humana, em todos os seus aspectos íntimos e sociais, no ordenamento jurídico lusitano. O grande problema que envolve o direito, porém, é o delineamento de seu conteúdo e a definição das posições jurídicas que estaria apto a conceder aos cidadãos, tanto na esfera do Direito Público quanto na esfera do Direito Privado. A doutrina portuguesa, porém, não apresenta posicionamentos consensuais e o Tribunal Constitucional do Palácio de Raton ainda não demonstrou muita disposição em enfrentar o tema de forma contundente.

IX. Paulo Mota Pinto, defensor de uma concepção mais ampla do conteúdo do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, vê no direito ao livre desenvolvimento da personalidade português as mesmas dimensões que compõem o seu correspondente no direito alemão: liberdade geral de ação e proteção geral da personalidade. Em relação à dimensão da liberdade geral de ação, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade funcionaria como cláusula geral a preencher as lacunas do ordenamento jurídico e proteger a autonomia e autodeterminação da pessoa nas mais diversas escolhas da vida. Já no que tange à proteção geral da personalidade, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade serviria de fundamento ao direito geral de personalidade, destinando-se à proteção da personalidade em uma perspectiva idealmente globalizante.

X. José de Melo Alexandrino, por sua vez, apresenta concepção tanto mais restrita e, diante da análise do contexto histórico e político lusitano, bem como da estrutura da Constituição portuguesa, afasta a existência tanto de um direito geral de liberdade quanto de um direito geral de personalidade fundados no direito ao livre desenvolvimento da personalidade. Para o professor, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade destinar-se-ia à proteção de âmbitos estreitos e relevantes da personalidade que ainda não tenham merecido consagração constitucional.

XI. No âmbito do Direito Privado, pode-se identificar a repercussão do direito ao livre desenvolvimento da personalidade no teor do artigo 70º, n. 1, do Código

Civil português. Tradicionalmente entendido como consagrador da tutela geral de personalidade, o dispositivo passou a ser apontado como o possível fundamento do direito geral de personalidade em âmbito privado. Essa tentativa de câmbio do teor do artigo 70º, n. 1, do Código Civil, embora claramente bem intencionada, não deve prevalecer.

XII. O direito geral de personalidade se enaltece pela proteção globalizante que confere à personalidade humana, pretensamente abarcando toda a sua dinâmica e os seus desenvolvimentos no ser e no devir. O seu grande problema, porém, que ainda nenhuma doutrina conseguiu resolver, é o fato de que não dispõe de um conteúdo que possa ser previamente estabelecido para conferir ao cidadão qualquer posição jurídica vantajosa aprioristicamente garantida, dependendo a definição de seu âmbito de proteção da utilização da técnica ponderativa à luz do caso concreto. Em sua situação atual, portanto, o direito geral de personalidade não é apto a conferir à personalidade proteção mais vantajosa do que aquela que já é conferida pela tutela geral de personalidade e, de outro lado, apresenta ainda a desvantagem de colocar em risco a segurança jurídica pela potencialidade de reconhecimento de posições protetoras da personalidade que podem, pela falta de aceitação social, não obter a consagração como direito apto a assistir outros cidadãos que se encontrem em situação semelhante.

XIII. Na sistemática do ordenamento jurídico português, a tutela geral da personalidade apresenta-se ideal à proteção efetiva da personalidade, em todas as suas nuances e dinâmicas de desenvolvimento, e com a segurança de trazer ao ordenamento jurídico um novo direito de personalidade apenas quando fruto de uma evolução social que demonstre a sua necessidade e com reconhecimento jurisdicional razoavelmente pacificado.

6. Bibliografia

Alexandrino, José de Melo. *A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição Portuguesa – a construção dogmática*, volume II, Coimbra, Almedina, 2006.

Alexandrino, José de Melo. *Direitos fundamentais – introdução geral*, Estoril, Principia, 2007.

Alexy, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, Tradução de Virgílio Afonso da Silva, São Paulo, Malheiros, 2008.

Ascensão, José de Oliveira. *Direito Civil – teoria geral*, volume I, Coimbra, Coimbra, 1997.

Ascensão, José de Oliveira. *Os direitos da personalidade no Código Civil brasileiro*, disponível em www.fd.ul.pt/Portals/0/Docs/.../ICJ/.../AscensaoJoseOliveira10.pdf

Ascensão, José Oliveira. *A dignidade da pessoa e o fundamento dos direitos humanos*, in Revista da Ordem dos Advogados, 68, I, Janeiro 2008, p. 97-124.

Bittar, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2003.

Campos, Diogo Leite de. *A relação da pessoa consigo mesma*, in Comemoração dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977, volume II, Coimbra, Coimbra, 2006, p. 139-145.

Campos, Diogo Leite de. *Os direitos da personalidade: categoria em reapreciação*, in Boletim do Ministério da Justiça, 403, fevereiro 1991, p. 5-16.

Canotilho, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, Almedina, 2002.

Carvalho, Orlando de. *A teoria geral da relação jurídica – seus sentidos e limites*, Coimbra, Centelha, 1981.

Carvalho, Orlando de. *Os direitos do homem no Direito Civil português*, Coimbra, Edição do Autor, 1973.

Cordeiro, Antônio Menezes. *Os direitos da personalidade na civilística portuguesa*, in Estudos em homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles, volume I., Coimbra, Almedina, 2002, p. 21-45.

Cupis, Adriano de. *Os direitos da personalidade*, Tradução de Adriano Vera Jardim e Antônio Miguel Caeiro, Lisboa, Livraria Moraes, 1961.

Degni, Francesco. *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, Torino, Torinese, 1939.

Denninger, Erhard. *El derecho de la autodeterminación informativa*, in Problemas actuales de la documentación y la informática jurídica, Direção de Antonio Pérez Luño, Madrid, Tecnos, 1987, p. 268-276.

Dray, Guilherme Machado. *Direitos de personalidade – anotações ao Código Civil e ao Código do Trabalho*, Coimbra, Almedina, 2006.

Farias, Cristiano Chaves de; Rosenvald, Nelson. *Direito Civil – teoria geral*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007.

Gomes, Orlando. *Direitos da personalidade*, in Revista Forense, 216, 62, outubro – dezembro de 1966, p. 5-10.

Gonçalves, Diogo Costa. *Pessoa e direitos de personalidade: fundamentação ontológica da tutela*, Coimbra, Almedina, 2008.

Kaufmann, Arthur. *Filosofia do Direito*, Tradução de António Ulisses Cortês, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.

Kelsen, Hans. *Teoria Pura do Direito*, Tradução de João Baptista Machado, Coimbra, Almedina, 2008.

Ludwig, Marcos de Campos. *O direito ao livre desenvolvimento da personalidade na Alemanha*, in Revista da Ajuris, 26, 81, março 2001, p. 143-174.

Machado, Jónatas E. M. *Liberdade de expressão – dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*, Studia Ivridica – Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 65, Coimbra, Coimbra, 2002.

Miranda, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, tomo IV, Coimbra, Coimbra, 2008.

Mirandola, Pico Della. *Discurso sobre a dignidade do homem*, Tradução de Maria de Lourdes Sirgado Ganho, Lisboa, Edições 70, 2008.

Moncada, Luís Cabral de. *Lições de Direito Civil – parte geral*, Coimbra, Almedina, 1995.

Neves, Castanheira A. *Lições de Introdução ao estudo do direito*, Coimbra, Coimbra, 1968-69.

Novais, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra, Coimbra, 2004.

Oliveira, Nuno Pinto. *Direitos da personalidade: contributo para a revisão das disposições do Código Civil*, in Themis – Revista da Faculdade de Direito da UNL, Código Civil Português – evolução e perspectivas, maio 2008, p. 209-227.

Otero, Paulo. *Instituições políticas e constitucionais*, volume I, Coimbra, Almedina, 2009.

Pereira, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, volume I, Rio de Janeiro, Forense, 2001.

Pieroth, Bodo; Schlink, Bernhard. *Direitos fundamentais: direito estadual II*, Tradução de Antônio C. Franco e Antônio Francisco Sousa, Lisboa, Universidade Lusíada, 2008.

Pinheiro, Alexandre Sousa; Fernandes, Mário Brito. *Comentários à IV Revisão Constitucional*, Lisboa, Associação Acadêmica da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1999.

Pinto, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral de direito civil*, Coimbra, Coimbra, 1996.

Pinto, Paulo Mota. *O livre desenvolvimento da personalidade*, in Portugal-Brasil ano 2000 – Tema Direito, Coimbra, Coimbra, 1999, p. 149-261.

Pinto, Paulo Mota. *Os direitos de personalidade no Código Civil português e no novo Código Civil brasileiro*, in Revista da Ajuris, 31, 96, dezembro 2004, p. 407-437.

Ribeiro, Joaquim de Sousa. *Direito dos contratos – estudos*, Coimbra, Coimbra, 2007.

Schwabe, Jürgen. *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão*, Organização e Introdução de Leonardo Martins, Tradução de Leonardo Martins *et al*, Montevideo, Fundación Konrad-Adenauer, 2005.

Silva, Manuel Duarte Gomes da. *Esboço de uma concepção personalista do Direito*, Lisboa, 1965.

Sousa, Rabindranath V. A. Capelo de. *O direito geral de personalidade*, Coimbra, Coimbra, 1995.

Sousa, Rabindranath V. A. Capelo de. *A Constituição e os direitos de personalidade*, in Estudos sobre a Constituição, Coordenação de Jorge Miranda, volume II, Lisboa, Petrony, 1978, p. 93-196.

Teixeira, Ana Carolina Brochado. *Poder familiar e processo educacional: a polémica da gradualidade do seu exercício*, in Direito de Família e das Sucessões – temas atuais, São Paulo, Método, 2009, p. 333-348.

Tepedino, Gustavo. *Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002*, in A parte geral do novo Código Civil – estudos na perspectiva civil-constitucional, Coordenação de Gustavo Tepedino, Rio de Janeiro, Renovar, 2002, p. XV-XXXIII.

Vasconcelos, Pedro Manuel de Melo Pais de. *Direito da personalidade – relatório sobre o programa e o método no ensino de uma disciplina de mestrado em Direito Civil*, Lisboa, Faculdade de Direito, 2006.

Vasconcelos, Pedro Manuel de Melo Pais de. *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra, Almedina, 2008.

Venosa, Sílvio de Salvo. *Direito Civil – parte geral*, volume I, São Paulo, Atlas, 2008.

Vide, Carlos Rogel. *Bienes de la personalidad, derechos fundamentales y libertades públicas*, Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de España, 1985.