

O DIREITO FUNDAMENTAL AO LIVRE DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE

Felipe Arady Miranda¹

1. INTRODUÇÃO



om o desenvolvimento do direito, principalmente no pós-guerra, a pessoa (ser humano) passou a integrar o centro de toda e qualquer atividade desenvolvida pelo Estado. Hoje, o principal núcleo de proteção da ordem jurídica é a pessoa humana e, pelo fato desse ser humano ser revestido de personalidade própria, quando se tutela a pessoa, não se pode retirar do âmbito de proteção a personalidade, estando ambas diretamente relacionadas. Daí nasce a ideia de dignidade da pessoa humana como princípio norteador da proteção pelo Estado.

Não se pode garantir uma dignidade à pessoa humana se não lhe é facultado o desenvolvimento de sua personalidade de forma livre e autônoma. Não pode haver um molde de personalidade, onde um terceiro (Estado ou particular) venha impor à pessoa um modelo de como deverá conduzir sua vida, criando, assim, uma pessoa modelo, ou até artificial, posto não ser fruto de seu desenvolvimento, mas da criação de outrem.

Assim começou a salvaguarda do desenvolvimento da personalidade, já que para garantir o princípio da dignidade da pessoa humana, é necessário que se permita que a pessoa se desenvolva com base em critérios subjetivos, e não em critérios

¹ Especialista e Mestre em Direitos Fundamentais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (título convalidado pela UFRN); Doutorando em Ciência Jurídico-Políticas, também pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; Membro da Academia Brasileira de Direitos Humanos – ABDH e Sócio do Escritório Almeida & Arady Advogados Associados.

objetivos impostos forçosamente por outro.

Para garantir um efetivo direito ao *livre desenvolvimento da personalidade*, é necessário entender a noção de *personalidade* e o que representa para o Direito.

2. DIREITO À PERSONALIDADE

Ressalta-se a princípio o entendimento de que não é possível definir de forma taxativa os limites que a proteção do direito impõe à personalidade, posto que isso já seria uma forma de restringi-la. Restringir o âmbito de abrangência do conceito seria limitar o espaço em que a personalidade poderia se desenvolver, o que não coaduna com um preceito de desenvolvimento livre. De outra sorte, não podemos deixar uma noção genérica e subjetiva ao leitor, de modo que cada um interprete à sua maneira, gerando entendimentos distintos do que seria o direito ao *livre desenvolvimento da personalidade*.

A própria noção de personalidade já enseja, necessariamente, uma conotação de liberdade. Personalidade, segundo o dicionário é o “caráter ou qualidades próprias da pessoa; individualidade consciente; pessoa conhecida devido às suas funções, à sua influência”². Portanto, a criação de um caráter, ou de um indivíduo, com ideologias, jeito, modo de pensar e de agir, essência, referência, identidade, e outras características inerentes à pessoa, realizadas de forma artificial e sem desenvolvimento livre, não poderia gerar uma noção de personalidade.

Já para a psicanálise, existe um sentido dinâmico, e significa basicamente o desenvolvimento do ser e do “vir-a-ser”, bem como a forma que o indivíduo se mostra e é percebido pelos outros. Assim sendo, a personalidade se constrói pela

² "personalidade", in Dicionário Priberam da Língua Portuguesa, 2009, <http://www.priberam.pt/dlpo/dlpo.aspx?pal=personalidade>, consultado em 2009-05-11.

combinação de aspectos herdados e que se constitui através de experiências marcantes da vida da pessoa, que darão um sentido de continuidade ao indivíduo³.

Portanto, o que o direito busca tutelar com a proteção da personalidade é a identidade, a capacidade da pessoa desenvolver suas características individuais, especiais, o modo de pensar e de agir, sua ideologia, a construção de seus valores, seus sonhos, seus projetos de vida. É tutelar a individualidade inerente a cada pessoa.

Para encerrar essa noção, utilizamos das palavras de CAPELO DE SOUSA que discorrendo sobre o bem jurídico tutelado pelo instituto em enfoque, ensina que “podemos definir positivamente o bem da personalidade humana juscivilistamente tutelado como o real e o potencial físico e espiritual de cada homem em concreto, ou seja, o conjunto autônomo, unificado, dinâmico e evolutivo dos bens integrantes da sua materialidade física e do seu espírito reflexivo, sócio-ambientalmente integrados.”⁴.

A personalidade então não constitui um direito propriamente dito, mas sim um conceito onde se apóiam os direitos a ela inerentes⁵. Dentre estes está o direito ao *livre desenvolvimento da personalidade*.

3. O DIREITO AO LIVRE DESENVOLVIMENTO DA PER-

³ GISELLE CÂMARA GROENINGA, *Os Direitos da Personalidade e o Direito a ter uma Personalidade*, in *Direito Civil, Estudos em Homenagem à Professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka*, Coordenadores: Flávio Tartuce; Ricardo Castilho, Editora Método, São Paulo, 2006, pág. 655.

⁴ RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *O Direito Geral de Personalidade*, Coimbra Editora, 1995, pág. 117.

⁵ TATIANA ANTUNES VALENTE RODRIGUES, *Os Direitos da Personalidade na Concepção Civil-Constitucional*, in, *Direito Civil, Estudos em Homenagem à Professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka*, Coordenadores: Flávio Tartuce; Ricardo Castilho, Editora Método, São Paulo, 2006, pág. 667.

SONALIDADE

Utilizam-se as expressões *desenvolvimento da personalidade* e *livre desenvolvimento da personalidade* como sinônimas, posto que, como veremos a seguir, o fato da Constituição Portuguesa não ter utilizado a palavra *livre* quando da normatização do direito não retira da sua essência o caráter de liberdade a ela inerente. Portanto, tem-se por bem não fazer qualquer diferenciação específica quando as duas expressões⁶.

Ao tutelar um *desenvolvimento da personalidade*, consagra-se um direito de liberdade individual em relação à constituição da personalidade, integrando um “direito à diferença”, dizendo-se que “o problema, no fundo, é permitir a cada um que eleja o seu modo de vida, desde que não causa prejuízo a terceiros”⁷. Assim se garante a autonomia de constituir uma personalidade livre, sem qualquer imposição de outrem, precorrendo um direito à individualidade. Esse direito está contido no rol dos direitos de liberdade e emana um conteúdo positivo, na liberdade de agir, e um conteúdo negativo, na não interfe-

⁶ Vide, a exemplo, as lições de PAULO MOTA PINTO, *O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade*, in Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, Portugal-Brasil ano 2000, Coimbra Editora, 1999, pág. 160, que diz que “a noção de desenvolvimento da personalidade – e a própria concepção de personalidade em causa – comporta já uma componente de liberdade. Não nos parecem legítimas dúvidas de que o direito referido no artigo 26.º, n.º 1, da Constituição seja, na realidade, um ‘direito de liberdade’ (um ‘freiheitsrecht’) – justamente, o direito ao *livre desenvolvimento da personalidade*”. No mesmo sentido reconheceu o Acórdão n.º 288/98 do Tribunal Constitucional Português, ao tratar do direito previsto no artigo 26.º, n.º 1, da Constituição como sendo o “direito ao livre desenvolvimento da personalidade”.

⁷ Intervenção do deputado Alberto Martins, já na Comissão Eventual para a Revisão Constitucional em 13 de Outubro de 1994 (DAR, II série, n.º 8, de 14 de Outubro de 1994, pág. 177), citado por PAULO MOTA PINTO, *op. cit.*, pág. 158.

rência ou nos impedimentos⁸.

Entretanto, ressaltamos que o direito ao *desenvolvimento da personalidade* é muito mais amplo que tão somente o fato de garantir o direito a constituição da personalidade individual de forma livre. Ou seja, não gera uma ótica tão somente de liberdade, pautada na não interferência do Poder Público na construção da personalidade individual, mas por outro lado, exige uma prestação do Estado, através de uma “juridificação” de atos que possibilite aos indivíduos desenvolver sua personalidade. Visualizamos então duas vertentes do direito: uma primeira no sentido de impor uma conduta “omissiva” à terceiros para não intervir na formação da personalidade individual, evitando a criação de pessoas “modelos”; e outra no sentido de constituir um dever de ação do Estado, em possibilitar meios para que o indivíduo desenvolva sua personalidade da forma que lhe aprouver⁹.

Haveria, portanto, uma dimensão negativa (de proteção) e uma positiva (de concretização e implementação da função do Estado), sob fundamento de que a dignidade da pessoa humana constitui-se na concepção que faz da pessoa o seu fundamento e fim¹⁰.

O direito ao *livre desenvolvimento da personalidade* é um direito subjetivo, na medida em que o indivíduo tem a faculdade de impor seus interesses ao Estado, exigindo-lhe uma conduta omissiva¹¹. Insta destacar, por oportuno, que os direi-

⁸ JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional: Direitos Fundamentais*, tomo IV, 4.^a edição, Coimbra Editora, 2008, pág. 91.

⁹ PAULO MOTA PINTO, *op. cit.*, pág. 159.

¹⁰ LUIZ EDSON FACHIN, *Direitos da Personalidade no Código Civil Brasileiro: elementos para uma análise de índole constitucional da transmissibilidade*, in *Direito Civil, Estudos em Homenagem à Professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka*, Coordenadores: Flávio Tartuce; Ricardo Castilho, Editora Método, São Paulo, 2006, pág. 636.

¹¹ Direito subjetivo, nas lições de J. J. CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.^a edição, Editora Almedina, pág.

tos inerentes à personalidade, e que são tutelados neste sentido, na maioria das vezes, são indisponíveis, a exemplo do direito a vida e a dignidade, sendo assim de carácter objetivo¹².

Dessa forma, os direitos cuja razão se funda em questões de ordem pública e bem comum, que mereçam tutela independente da vontade do indivíduo, sendo indisponíveis, são consagrados como elementos do direitos da personalidade de cunho objetivo. Já na vertente subjetiva dos direitos, assevera-se que se trata de um direito pessoal, subjetivo, de defender a si próprio, de exigir seu respeito e de lançar mão de meios juridicamente lícitos quando necessários à proteção da sua personalidade¹³.

Nesse liame de dimensões, o direito ao *livre desenvolvimento da personalidade* integra várias vertentes: uma primeira diz respeito à formação livre da personalidade, sem intervenção do Estado na formação do indivíduo; uma proteção da liberdade de ação segundo o projeto de vida de cada um, levando em consideração a capacidade e vocação pessoal; e uma última que é a proteção da integridade da pessoa para além dos direitos consagrados no artigo 25.º da Constituição Portuguesa¹⁴ (um direito geral de personalidade). Assim, a proteção do direito a personalidade não fica engessada aos direitos consagrados ex-

1254, é quando “o titular de um direito tem, face de seu destinatário, o ‘direito’ a um determinado acto, e este último tem o dever de, perante o primeiro, praticar esse acto”.

¹² Vide, a exemplo, PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Direitos da Personalidade*, Relatório sobre o programa e o método no ensino de uma disciplina de mestrado em Direito Civil, Faculdade de Direito de Lisboa, 2006, pág. 57: “O relacionamento entre o direito objectivo e o direito subjectivo de personalidade está ancorado no diálogo entre o bem comum e o bem próprio, entre a comunidade e a pessoa”.

¹³ PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *op. cit.*, pág. 63.

¹⁴ No que se refere aos direitos não abrangidos no artigo referente à integridade pessoal (artigo 25.º da Constituição Portuguesa), haja vista que o artigo 26.º dispõe sobre “outros direitos pessoais”, inclusive o direito ao livre desenvolvimento da personalidade.

pressamente pelo ordenamento jurídico, englobando um sistema de proteção aberto a outros bens jurídicos. Ademais, protege ainda um direito a exteriorização da personalidade, com o modo de vida, escolha da profissão, escolha da orientação sexual, liberdade de ter ou não filhos, liberdade de estar só e etc.¹⁵.

Para entendermos o significado que o direito fundamental ao *desenvolvimento da personalidade* tem, é necessário analisar alguns aspectos que consolidam seu conceito.

A doutrina e a jurisprudência alemãs consagraram entendimento de que o instituto do *livre desenvolvimento da sua personalidade* compreende duas dimensões, sendo uma primeira o *direito geral de personalidade*, e uma segunda a *liberdade geral de ação*¹⁶. Há ainda a análise dos aspectos que a liberdade influencia na proteção do que é personalidade. Estes entendimentos foram ratificados pelos doutrinadores e pela jurisprudência portuguesa, razão pela qual faz necessária a sua análise.

3.1. DIREITO GERAL DE PERSONALIDADE

Um direito geral de personalidade seria uma “tutela abrangente de todas as formas de lesão de bens de personalidade independentemente de estarem ou não tipicamente consagrados”¹⁷.

Os direitos da personalidade são direitos inerentes à proteção da dignidade da pessoa humana, devendo estar previstos

¹⁵ J. J. CANOTILHO; VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, volume I, 4.^a edição, Coimbra Editora, 2007, págs. 463-464.

¹⁶ JORGE MIRANDA; RUI MEDEIROS, *op. cit.*, *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo I, Coimbra Editora, 2005. Comentário ao artigo 26.º, pág. 286; JÜRGEN SCHWABE, *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão*, Organizador - Leonardo Martins, Fundação Konrad-Adenauer-Stiftung, pág. 188.

¹⁷ JORGE MIRANDA; RUI MEDEIROS, *op. cit.*, pág. 283.

no ordenamento jurídico de forma genérica, levando em consideração um direito geral de personalidade, onde remeteriam todas as demais proteções que se possa garantir, estejam elas expressas ou não¹⁸.

Ademais, um *direito geral de personalidade* concebido nestes últimos termos teria como objeto a personalidade humana em todas as suas manifestações, atuais e futuras, previsíveis e imprevisíveis, e tutelaria a sua livre realização e desenvolvimento, sendo o *princípio superior da constituição* dos direitos que se referem a particulares modos de ser da personalidade.

Assim, ao defendermos a existência de um *direito geral de personalidade*, possibilitamos que quaisquer manifestações de atos praticados pelos indivíduos, que sejam inerentes à sua personalidade, estejam protegidos constitucionalmente, mesmo aqueles que não se encontram tipificados no ordenamento jurídico.

Insta destacar que, por serem os direitos da personalidade um resultado direto da proteção à pessoa humana, devem acompanhar o seu desenvolvimento, de forma a mantê-la sempre protegida.

O desenvolvimento da personalidade é, “a um tempo, direito à pessoa-ser e à pessoa-devir, ou melhor, à pessoa-ser em devir, entidade não estática mas dinâmica e com *jus* à sua *liberdade de desenvolvimento*”¹⁹.

Portanto, tem-se aplicado o *direito geral de personalidade* como sendo a dimensão consagrada do *livre desenvolvimento da personalidade*, já que é utilizado como forma de efetividade e cumprimento ao dever de proteção do *desenvolvimento da personalidade*.

¹⁸ TATIANA ANTUNES VALENTE RODRIGUES, *op. cit.*, pág. 668.

¹⁹ ORLANDO DE CARVALHO, *Teoria geral do direito civil: Sumários*, pág. 180, *apud* PAULO MOTA PINTO, *O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade*, in Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, Portugal-Brasil ano 2000, Coimbra Editora, 1999, pág. 173.

O direito de cunho geral vem para consagrar o que os direitos especiais de personalidade não protegem. Os direitos especiais são os direitos elencados expressamente na Constituição, que lhes atribui proteção específica. Já o direito geral protege aquilo que não está expressamente consagrado, mas que é inerente à personalidade da pessoa.

Concluimos então que o ordenamento jurídico português consagra um *direito geral de personalidade*, e consequentemente salvaguarda o desenvolvimento da personalidade de forma aberta, permitindo a tutela de novos bens face o dinamismo da personalidade humana²⁰.

3.2. LIBERDADE GERAL DE AÇÃO

Ao lado do direito geral, compondo ainda o conceito de *desenvolvimento da personalidade*, está a *liberdade geral de ação*. Reitera-se, por oportuno, que a noção de liberdade está intrínseca ao de *desenvolvimento da personalidade*, mesmo que o dispositivo constitucional não tenha abarcado o termo *livre* em seu texto.

O conceito previsto no artigo 26.º, n.º 1, da Constituição Portuguesa, tem insitivamente o sentido de prover pela liberdade, como já asseverado anteriormente. Essa liberdade não se restringe à liberdade subjetiva de constituir a essência da pessoa, como também está ligada a uma liberdade de ação, de acordo com sua personalidade. Haveria, assim, uma proteção à liberdade de comportamento, como derivação da liberdade de desenvolvimento da personalidade.

Não adianta proteger o direito de construir uma persona-

²⁰ Vide, a respeito, os ensinamentos de JORGE MIRANDA; RUI MEDEIROS, *op. cit.*, pág. 283. Em comentários sobre o artigo 26.º, da Constituição Portuguesa: “O direito geral de personalidade tornou-se hoje um dado consensual na doutrina constitucional e civilista dos diversos países com experiências jurídicas próximas da nossa”.

lidade, no sentido subjetivo da pessoa, intelectualmente, sem garantir que essa personalidade se materialize em atos, como seja, manifestação objetiva e concreta da personalidade.

Assim, a *liberdade geral de ação* é garantida independente de critérios qualitativos ou valorativos. A doutrina aponta que a proteção do direito ao *desenvolvimento da personalidade*, sob a ótica da *liberdade de ação*, protege ações de qualquer espécie e valor, sendo indiferente aquilatar uma especial ligação entre o ato praticado e o desenvolvimento da personalidade do indivíduo que o pratica. É uma liberdade de ação ampla²¹, não havendo necessidade de constatação se o ato está diretamente ligado ao desenvolvimento da personalidade²².

PAULO MOTA PINTO, com muita propriedade descreve que o direito à *liberdade geral de ação*, por estar relacionado com o preceito de liberdade, enseja interpretação de que o direito ao *desenvolvimento da personalidade* não enseja tão somente uma liberdade de ação, mas também uma liberdade de não agir, isso segundo a personalidade de cada um²³. Tutela-se assim o respeito tanto a uma conduta comissiva quanto omissiva.

Ademais, o *direito geral de ação* que protegerá uma liberdade em agir de forma livre, sob o prisma do direito ao *desenvolvimento da personalidade*, só será invocado quando a conduta praticada, ou seja, quando o exercício da faculdade de ação naquele caso em espécie, não estiver consagrado como uma liberdade especial de ação. O direito ao *livre desenvolvi-*

²¹ Analisaremos a seguir as concepções de liberdades para efeitos do desenvolvimento da personalidade.

²² PAULO MOTA PINTO, *op. cit.*, pág. 201.

²³ *Ibidem*, pág. 203: “O direito ao desenvolvimento da personalidade não protege, nomeadamente, apenas a liberdade de actuação, mas igualmente a liberdade de não actuar (não tutela, neste sentido, apenas a actividade, mas igualmente a passividade, com uma garantia não inidimensional de actuação, mas pluridimensional, de liberdade de comportamento, enquanto decorrente da ideia de desenvolvimento da personalidade)”.

mento da personalidade na sua necessidade de garantir um direito de ação, só será aplicável quando o objeto jurídico não estiver tutelado de forma expressa na Constituição. Exemplo é que a liberdade de expressão não é uma faceta da liberdade geral de agir, inerente ao *livre desenvolvimento da personalidade*, mas sim uma liberdade especial consagrada na Constituição²⁴. Destarte, não se utiliza o *livre desenvolvimento da personalidade* para fundamentar uma liberdade de expressão, mas se utiliza o *desenvolvimento da personalidade* para garantir o substrato subjetivo da expressão.

3.3. CONCEPÇÕES DE LIBERDADE SOB A ÓTICA CONSTITUCIONAL

Como ressaltado anteriormente, retomamos o raciocínio quanto ao âmbito de proteção do comando constitucional do *livre desenvolvimento da personalidade*, posto que neste momento encontram-se maduras certas questões que poderão ser melhores desenvolvidas.

Ficou definido anteriormente o que seria o termo personalidade para fins de proteção jurídica. Entretanto, resta-nos saber se a liberdade que é conferida ao indivíduo para desenvolver sua personalidade alcança todos os atos inerentes a ela. Tal fato vai influenciar na constatação da abrangência da proteção conferida pelo *direito geral de personalidade* e a *liberdade geral de ação*.

Uma primeira corrente tida como a “concepção ampla”, entende que, ao analisarmos a norma que trata do *livre desenvolvimento da personalidade*, temos que o conteúdo salvaguardado engloba todas as formas de conduta humana, incluindo aquelas que revestem de “diminuta importância para a formação e expressão da pessoa”²⁵.

²⁴ PAULO MOTA PINTO, *op. cit.*, págs. 205 e 207.

²⁵ PAULO MOTA PINTO, *op. cit.*, pág. 168. Ademais, Paulo Mota Pinto,

Já uma segunda corrente, com uma concepção restrita (teoria do conteúdo nuclear), entende que o conteúdo do direito em causa alcançará as formas de conduta humana em que o ser humano expresse a verdadeira essência da sua personalidade²⁶. Segundo essa teoria, haveria determinadas vertentes da personalidade que mereceriam proteção diferenciada, o chamado núcleo da personalidade²⁷.

no voto relatado no Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 288/98, de 17 de Abril, enquadra o direito ao livre desenvolvimento da personalidade como um “direito onde [...], no limite, tudo pode caber” (Diário da República de 18 de Abril de 1998, I-A, p. 1714 (27)). Em decisão doutrinária acerca do livre desenvolvimento da personalidade, e mais precisamente sobre a liberdade geral de ação, o Tribunal Constitucional Federal Alemão (decisão *Beschluss*, BVERFG 80,137, de 06/06/1989), ao discorrer pela evolução da matéria na jurisprudência daquele Tribunal, menciona que a liberdade geral de ação é garantida em sentido amplo, e não está protegida apenas uma área delimitada do desenvolvimento da personalidade, mas qualquer forma de ação humana, sem considerar o peso que esta tem para o desenvolvimento da personalidade. (JÜRGEN SCHWABE, *op. cit.*, págs. 218 e seguintes).

²⁶ PAULO MOTA PINTO, *op. cit.*, págs. 167 e seguintes. Vide também DIOGO COSTA GONÇALVES, *Pessoa e Direitos de Personalidade, Fundamentação Ontológica da Tutela*, Editora Almedina, 2008, pág. 85 e seguintes.

²⁷ Sobre os principais argumentos dessa tese, vide voto divergente do juiz Grimm sobre a decisão *Beschluss* do Primeiro Senado do Tribunal Constitucional Federal de 06 de junho de 1989 – 1 BvR 921/85. JÜRGEN SCHWABE, *op. cit.*, págs. 228-233: O direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade emana dois fatores, um primeiro que é o direito geral de personalidade e o segundo que é o direito de liberdade geral de ação. // É importante inicialmente destacar que os direitos fundamentais destacam-se dos demais direitos por protegerem a integridade, a autonomia e a comunicação dos indivíduos em suas relações básicas. Isso se dá pela fundamentalidade do objeto protegido para uma ordem baseada na dignidade humana. Eles se destacam do restante dos direitos e são dotados constitucionalmente de garantias maiores frente ao poder público, especialmente pelo efeito vinculante para o legislador. // Assim, a proteção ao direito fundamental do livre desenvolvimento da personalidade não protege a liberdade individual de fazer ou deixar de fazer o que bem

Tal discussão é importante, como já registrado, para enquadrarmos o limite do salvaguardado pelo *direito ao livre desenvolvimento da personalidade* na sua concepção da *liberdade de ação* e se essa *liberdade de ação* englobaria todos os atos ligados à personalidade, ou apenas aqueles que constituem

entender, mas sim o desenvolvimento da personalidade. É verdade que o direito fundamental citado tem uma área de proteção ampla, mas não ilimitada. // Portanto, quando se atribui proteção de direito fundamental a determinada vertente da personalidade que não encontra protegida expressamente na Constituição, deve-se este ter uma maior relevância para o desenvolvimento da personalidade, sendo uma relevância semelhante a do respectivo bem jurídico protegido pelos demais direitos fundamentais. Onde faltar essa relevância falta também o motivo essencial para sua proteção especial conferida pelos direitos fundamentais, sendo suficiente a proteção das normas e remédios jurídicos do direito infraconstitucional. // Assim invoca-se a teoria do núcleo da personalidade, e faz com que o direito ao livre desenvolvimento da personalidade seja de fato um direito fundamental subsidiário, que protege as manifestações nucleares da personalidade que não estejam garantidas de forma expressa na Constituição, mas não um direito fundamental subsidiário que protege qualquer ação humana pensável. // Com efeito, dos dois fios extraídos do livre desenvolvimento da personalidade (direito geral de personalidade e liberdade geral de ação), a liberdade geral de ação não goza de proteção de direito fundamental. // Em assim o sendo, apenas os atos do poder público que efetivamente atingem o núcleo da personalidade é que poderão ser tratados como direitos fundamentais e portanto ser algo de impugnação por violação ao livre desenvolvimento da personalidade. // Para se estabelecer a referência para a fixação de limites deve, sobretudo, será analisada a natureza relativa à liberdade prática. Substancialmente, tratar-se-á sempre de âmbitos da vida ou formas de comportamento cujo controle arbitrário pelo Estado ameaçaria a autonomia individual e, com isso, favoreceria um sistema que não poderia mais entender-se como baseado no respeito à dignidade humana. Fazer um sistema taxativo não é possível, graças as mudanças das condições para o desenvolvimento da personalidade, mas contudo, a liberdade não pode ser tão genérica que abarque qualquer ato do indivíduo. // Encerra dizendo que a cavalgada na floresta não atende as exigências, tampouco, como por exemplo a alimentação de pombos em áreas públicas, de forma a enquadrar essas manifestações como compatíveis com o direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade.

o núcleo da personalidade humana, bem como se o *direito geral de personalidade* protegeria direitos que não se relacionariam diretamente com o núcleo da personalidade do indivíduo.

De acordo com a concepção restrita, apenas o que concerne ao homem, sem interferência das condições específicas impostas pela “sociedade aberta”, em constante mudança e auto-correção, merece resguardo, enquanto a concepção ampla ampara uma proteção da autonomia individual, em termos mais extensos, mas em contrapartida, menos intensos, haja vista a possibilidade de conflitos entre o *desenvolvimento da personalidade* e os restantes dos direitos protegidos a nível constitucional²⁸.

Parece-nos que o comando Constitucional quis proteger o desenvolvimento da personalidade de forma ampla (é o defendido pela grande maioria da doutrina e da jurisprudência). A proteção constitucional não exige que o ato praticado pelo indivíduo seja substancialmente sua personalidade, ao passo que outras situações, inerentes a sua personalidade, mas que não constituam uma característica nuclear, não mereça proteção²⁹.

Assim sendo, não podemos reduzir a abrangência da proteção do *desenvolvimento da personalidade* àquelas situações que revistam de particular relevância para o desenvolvimento da personalidade do indivíduo, considerando apenas o núcleo mais próximo da personalidade³⁰, dada inclusive a dificuldade de se estabelecer esse núcleo.

4. INTERVENÇÃO DO PODER PÚBLICO NO DIREITO AO

²⁸ NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA. *O Direito Geral de Personalidade e a “Solução do Dissentimento”*: Ensaio sobre um caso de “Constitucionalização” do Direito Civil. Coimbra Editora, 2002, pág. 81.

²⁹ O Tribunal Constitucional Alemão se manifestou sobre a adoção da teoria ampla quando da interpretação da abrangência do “livre desenvolvimento da personalidade”, em seu *leading case*, em decisão de 1957. No mesmo sentido se manifesta PAULO MOTA PINTO, *op. cit.*, pág. 168.

³⁰ Vide a exemplo PAULO MOTA PINTO, *op. cit.*, pág. 171.

LIVRE DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE

Como já afirmado, o *desenvolvimento da personalidade* é um direito de liberdade, donde se extrai uma dimensão referente à *liberdade geral de ação*.

A *liberdade geral de ação* protege a atividade humana no geral, incluindo a liberdade física, a de expressão, criação, atuação jurídica, tutela da autonomia privada e etc.³¹. Essa garantia não confere tão somente ao indivíduo o direito de agir de forma livre, – ação tanto no sentido comissivo quanto omissivo –, mas impõe também a terceiros (particular e Estado) o dever de não interveniência no desenvolver da personalidade.

Dessa forma, o direito ao *livre desenvolvimento da personalidade* confere ao indivíduo o direito de agir da forma que lhe convier, e impõe uma obrigação de não intervenção de terceiros.

Ocorre que por vezes o direito à *liberdade geral de ação* encontra-se restringido por determinação de ato do Poder Público. Poderia então esse indivíduo invocar o seu direito fundamental para agir em contrariedade ao ato do poder público?

Como assevera Canotilho, para que se possa analisar a restrição a um direito, liberdade e garantia, é necessário conhecermos o âmbito de proteção das normas constitucionais consagradoras desse direito³². No caso em espécie, devemos analisar o âmbito de proteção inerente à liberdade consagrada pelo *livre desenvolvimento da personalidade*. Daí a problemática quanto às duas correntes citadas no tópico anterior. Uma primeira defende que o âmbito de proteção é qualquer manifestação humana, independente desta ter significativa relação com o desenvolver da personalidade. A segunda defende que o âmbito de proteção restringe-se às manifestações que compõem o núcleo da personalidade, e que afetam diretamente no seu desen-

³¹ Ibidem, pág. 199.

³² J. J. CANOTILHO, *op. cit.*, pág. 1275.

volvimento.

Como já ressaltado, defendemos, assim como a maioria da doutrina e da jurisprudência, que não há como diferenciar o que constitui a essência da personalidade do indivíduo de um ato inerente à sua personalidade, mas não está diretamente relacionada a ela. Portanto, entendemos que o âmbito de proteção que o direito fundamental engloba todos os atos do indivíduo que estejam relacionados à sua personalidade, mesmo que este não constitua um núcleo essencial ao seu desenvolvimento.

Na prática, o indivíduo será constantemente afetado pelos atos do Poder Público, mediata ou imediatamente, e por vezes, pode gerar a sensação de violação a seus direitos de personalidade, seja pela imposição de deveres positivos ou negativos, reserva de autorização para atuação, imposição de condições para a atuação e etc.³³.

O Tribunal Constitucional Federal Alemão, ao discorrer na decisão *Elfes* (BVerfGE 6,32 de 16/01/1957) sobre a *liberdade geral de ação*, menciona que segundo a Constituição, as leis não serão constitucionais tão somente por terem sido produzidas formalmente de acordo com a ordem constitucional, mas devem também estar de acordo com os valores básicos ínsitos à Constituição, especialmente o princípio do Estado de Direito e do Estado Social. Assim sendo, as leis não podem ferir a dignidade humana, que é o maior valor da Constituição, mas também não pode restringir a liberdade humana intelectual, política e econômica, de forma a atingir tais liberdades em seu conteúdo essencial. Daí resulta a proteção constitucional do cidadão a uma esfera de vida privada, existindo, portanto, um âmbito de proteção intangível à liberdade humana que não pode ser submetido à ação do Poder Público como um todo. Um ato público que interviesse nesse âmbito nunca poderia coadunar com a ordem constitucional e teria de ser declarada nula

³³ PAULO MOTA PINTO, *op. cit.*, pág. 219.

pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão³⁴.

Portanto, é possível reconhecer que o ato do Poder Público não será constitucionalmente válido quando tão somente respeitar a forma prevista para a sua emissão, mas deve respeitar ainda os valores e princípios consagrados na ordem jurídica do país. Quando a pessoa humana ocupa o centro da ordem jurídica – que constitui a realidade na grande maioria dos Estados modernos – deve-se resguardar uma liberdade intelectual, política e econômica, extraindo daí a vedação do Poder Público em intervir nesse âmbito de proteção.

O mesmo Tribunal, em decisão doutrinária acerca do *livre desenvolvimento da personalidade*, e mais precisamente sobre a *liberdade geral de ação* (decisão *Beschluss*, BVER-FGE 80,137, de 06/06/1989), entendeu que se um ato do Poder Público, baseado em norma jurídica, atingir a *liberdade de ação*, poderá ser objeto de controle, devendo ser analisado se esta norma faz parte da ordem constitucional e se está formalmente e materialmente de acordo com ela. Note-se que a norma não deve ser analisada tão somente em relação ao dispositivo constitucional que dispõe sobre o *livre desenvolvimento da personalidade*, mas deve ser analisado quanto a sua constitucionalidade de forma geral^{35 36}.

A dificuldade então é estabelecer qual seria esse âmbito intangível de proteção da vida privada, e quais atos referentes à vida privada podem ser objeto de regulamentação pelo Poder Público, inclusive em face da análise de todo o ordenamento jurídico.

³⁴ JÜRGEN SCHWABE, *op. cit.*, Decisão do Tribunal Constitucional Alemão - BVerfGE 6, 32, *Elfes*, de 16/01/1957, pág. 194.

³⁵ JÜRGEN SCHWABE, *op. cit.*, Decisão do Tribunal Constitucional Alemão – *Beschluss*, BVERFGE 80,137, de 06/06/1989, págs. 218 e seguintes.

³⁶ Sobre a vinculação dos direitos fundamentais no controle de constitucionalidade dos atos do Poder Público, vide J. J. CANOTILHO, *op. cit.*, págs. 921 e seguintes.

Para responder esse questionamento, devemos ressaltar primeiramente que os atos praticados pelo Estado devem, em regra, visar sempre o interesse público, entretanto, os direitos fundamentais, por sua vez, têm a finalidade de instituir garantia de respeito a direitos individuais do cidadão, mesmo em face da maioria. Os direitos Fundamentais seriam então, segundo JORGE REIS NOVAIS, trunfos conferidos aos cidadãos, através de direitos individuais, em face da ação do Estado³⁷.

Sustentar tão somente no interesse público a justificação de uma intervenção nos direitos fundamentais dos cidadãos é falacioso. Os direitos fundamentais conferem um direito de defesa do cidadão, tanto na perspectiva de um plano jurídico-objetivo, que impõem competência negativa ao Estado, proibindo fundamentalmente a ingerência deste na esfera jurídica individual, bem como num plano jurídico-subjetivo, que confere ao cidadão um poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdades positivas) e de exigir omissões do Poder Público, de forma a evitar intervenções lesivas destes (liberdade negativa)³⁸.

Portanto, poderia o cidadão invocar o direito fundamental ao desenvolvimento da personalidade contra atos do Estado, mesmo quando visarem o interesse público em geral?

Quanto aos direitos de liberdade expressos, parece-nos que a proteção incide de forma mais concreta, ao ponto de constituir uma violação aos direitos fundamentais a restrição de uma ação cuja liberdade encontra-se expressamente tutelada, a exemplo do direito fundamental de liberdade de expressão³⁹.

³⁷ JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Fundamentais: Trunfos Contra a Maioria*, Coimbra Editora, 2006, pág. 17-18.

³⁸ J. J. CANOTILHO, op. cit., pág. 408.

³⁹ A Constituição Alemã protegeu, através de disposições especiais de direitos fundamentais, a liberdade de ação em determinados setores da vida, que estariam expostos à intervenção do poder público. Caso haja violação a esses direitos, o indivíduo poderá pleitear tutela à violação a esses direitos específicos. Fora do âmbito especial de proteção dos direitos fundamentais

Portanto, quando o ato do Poder Público atinge direito expresso da Constituição, haverá, por hipótese, violação a esse direito específico, e não ao *desenvolvimento da personalidade*.

Como nos restringimos a analisar o direito ao *desenvolvimento da personalidade*, reservamos ao direito de discorrer tão somente sobre as questões que lhes digam respeito, como seja, na faceta de proteção das manifestações humanas cuja proteção não esteja expressa na Constituição, e que, portanto, são protegidas pelo *direito geral de personalidade* bem como pela *liberdade geral de ação*.

A grande questão então é definir quando o Poder Público poderá intervir em direitos inerentes à personalidade da pessoa de forma válida, mesmo quando esses direitos não estejam reconhecidos expressamente pela Constituição.

J. J. Canotilho, ao discorrer sobre os limites constitucionais não escritos ou restrições não expressamente autorizadas pela Constituição, aos direitos fundamentais, como é o caso do direito ao *desenvolvimento da personalidade*, assevera que “o seu reconhecimento é muito problemático, mas a sua admissibilidade é justificada, no contexto sistemático da constituição, em nome da salvaguarda de outros direitos ou bens”⁴⁰.

Sobre a forma dessa restrição, destacam-se duas teorias: Teoria da cláusula da comunidade – onde os limites imanentes justificar-se-iam em virtude da existência de ‘limites originários ou primitivos’ que se imporiam a todos os direitos: (i) ‘limites constituídos por direitos dos outros’; (ii) limites imanentes da ordem social; (iii) limites eticamente imanentes. Haveria, pois, uma *cláusula da comunidade* nos termos da qual os direitos, liberdades e garantias estariam sempre limitados desde que

específicos, o indivíduo pode se valer, no caso de intervenção do poder público em sua liberdade, da proteção conferida pelo livre desenvolvimento da personalidade à liberdade geral de ação. JÜRGEN SCHWABE, *op. cit.*, decisão do Tribunal Constitucional Alemão - BVerfGE 6, 32, *Elfes*, de 16/01/1957, pág. 193.

⁴⁰ J. J. CANOTILHO, *op. cit.*, pág. 1277.

colocassem em perigo bem jurídicos necessários à existência da comunidade. J. J. Canotilho pontifica, com total propriedade, que a mencionada teoria, muito embora tenha um lado de sabedoria, deve ser observada com cautela, posto que ao adotar tal entendimento ilimitadamente, retrocederíamos à idéia de que não mais a lei é que se adéqua aos direitos fundamentais, mas sim os direitos fundamentais é que se adequariam à lei, uma vez que possibilitaria a restrição de direitos fundamentais quando presente interesse público. Assevera ainda o mencionado autor que a teoria citada encontra grande dificuldade quando confrontada com o princípio da proporcionalidade. Pautada nessa teoria, o Tribunal Constitucional, no Acórdão 6/87, de 24 março de 1987, entendeu não ser inconstitucional uma disposição do regulamento dos transportes automóveis que impõe ao pessoal que presta serviço nos veículos de transporte a obrigação de se apresentar devidamente uniformizado e barbeado. O Tribunal Constitucional entendeu que não haveria violação ao *direito geral de personalidade*⁴¹.

Portanto, vimos que sustentar a possibilidade de intervenção no âmbito protetivo do direito fundamental ao *desenvolvimento da personalidade* tão somente com fundamento no interesse público é demasiadamente frágil para inculcar legalidade à intervenção.

A segunda teoria é a das “limitações horizontais”, onde o exercício de direitos, liberdades e garantias pressuporia logo uma “reserva de amizade” e de “não prejudicialidade”, não como restrição dos direitos, mas como limite dos pressupostos jurídicos e fáticos desses mesmos direitos. O problema reside em que o exercício de um direito não está já, de antemão, limitado por reservas de “amizade” ou de “não danosidade”; o direito garantido por uma norma constitucional como direito, liberdade e garantia insusceptível de restrições é mesmo, *prima facie*, um direito sem reserva de restrições. Todavia, *a posteri-*

⁴¹ *Ibidem* pág. 1280.

ori, através do jogo de argumento e contra-argumento, da ponderação de princípios jurídico-constitucionais, pode chegar-se à necessidade de uma otimização racional, controlável, adequada e contextual, de várias constelações de princípios jurídico-constitucionais. Esta otimização é possível porque os princípios transportam dimensões subjetivas que possibilitam uma ponderação de bens jurídico-constitucionais efetuadas a partir da própria Constituição⁴².

Assim podemos assegurar que o direito previsto constitucionalmente como insuscetível de restrição, é *prima facie*, insuscetível de restrição. Note-se que o livre desenvolvimento da personalidade, regra geral, é insuscetível de sofrer restrições. Entretanto, analisada a globalidade do ordenamento jurídico, poderá este sofrer restrição dado alguns valores jurídico-constitucionais.

Citamos, por exemplo, no âmbito geral dos direitos fundamentais, que o direito de greve é um direito fundamental do cidadão, mas quando analisado num sistema de princípios constitucionais, podemos restringir o exercício desse direito fundamental quando confrontado com o direito à saúde e a vida, assegurando que seja efetivado o direito de greve de forma com que haja a manutenção dos serviços básicos de saúde. Outro exemplo é o direito fundamental à criação artística, que permite ao pintor que coloque seu cavalete de pintura num cruzamento de trânsito movimentado, entretanto, ponderando os bens, a começar pela integridade física e pela vida do cidadão e estendendo até na liberdade do exercício da atividade profissional de outros cidadãos, pode-se intervir naquele direito fundamental de forma a primar pelos demais direitos face daquele⁴³.

Caso haja colisão entre direitos ao *desenvolvimento da personalidade* de um indivíduo com outro da ordem jurídica,

⁴² J. J. CANOTILHO, *op. cit.*, págs. 1281-1282.

⁴³ Exemplos extraídos da obra de J. J. CANOTILHO, *op. cit.*, pág. 1282.

em sendo os direitos em questão de mesma espécie, ou mesmo que diversos, de valores idênticos, devem estes ceder na medida necessária para que todos os direitos fundamentais produzam seus efeitos de forma igual⁴⁴.

No caso de confronto de valores, cuja intervenção no âmbito intangível da personalidade se faz mediante ato do Poder Público, deve-se valorar o interesse do legislador. Apenas será admitido proclamar um *direito de liberdade geral de ação* dentro de pressupostos qualificados e especiais⁴⁵. Ademais, só a lei pode restringir direitos, liberdades e garantias, mas a lei só pode estabelecer restrições se observar os requisitos constitucionalmente estabelecidos⁴⁶. O maior critério utilizado para evidenciar os pressupostos qualificados e especiais da intervenção especificadamente é o princípio da proporcionalidade⁴⁷.

O princípio da proporcionalidade baliza não só o administrado, mas também o legislador, de forma a restringir sua atuação à proporcionalidade quando do processo legislativo de restrição de direitos fundamentais. O Tribunal Constitucional português se manifestou que “não pode contestar-se que o princípio da proporcionalidade, mesmo que originariamente relevante sobretudo no domínio do controlo da actividade administrativa, se aplica igualmente ao legislador. Dir-se-á mesmo – como o comprova a própria jurisprudência deste Tribunal – que o princípio da proporcionalidade cobra no controlo da actividade do legislador um dos seus significados mais importantes”⁴⁸.

O Tribunal Constitucional Federal Alemão entendeu na

⁴⁴ RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *O Direito... op. cit.*, pág. 358.

⁴⁵ PAULO MOTA PINTO, *op. cit.*, pág. 219.

⁴⁶ J. J. CANOTILHO, *op. cit.*, pág. 729.

⁴⁷ JORGE REIS NOVAIS, *op. cit.*, pág. 279, menciona que “O princípio da proporcionalidade, independente da fundamentação constitucional que se lhe atribua, é indiscutivelmente (...) um princípio a observar em qualquer restrição de direitos fundamentais”.

⁴⁸ Tribunal Constitucional, Acórdão n.º 187/2001, n.º 15.

decisão *Tonband* (BVERFGE 34,238 de 31/01/1973) que a Constituição Alemã confere ao direito de *livre desenvolvimento da personalidade* uma grande importância. Ato público que prejudique tal direito só são admissíveis, e quando o são, sob estrita observância do princípio da proporcionalidade⁴⁹.

Note-se então que a intervenção só poderá ocorrer de forma lícita se o ato justificar através da sua proporcionalidade^{50 51}. O essencial consiste sempre em tomar as restrições no contexto da ordem constitucional e não *ad hoc* e aplicá-las à

⁴⁹ JÜRGEN SCHWABE, *op. cit.*, decisão do Tribunal Constitucional Alemão – BVERFGE 34,238, *Tonband*, de 31/01/1973, pág. 197.

⁵⁰ Em decisão história do Tribunal Constitucional Federal Alemão, numa ação em que o reclamante pugna pelo reconhecimento de seu direito de cavalgar em parques e florestas sem precisar observar a lei estadual que restringia a prática de tais atividades em caminhos reservados, teve por conclusão o entendimento de que a norma que proibia a limitação ao direito de liberdade geral de ação (direito de cavalgar na floresta sem seguir os caminhos estabelecidos) atendia o princípio da proporcionalidade, ponderando o valor do direito individual com a finalidade da norma. (*Beschluss* – BVERFGE 80,137, de 06/06/1989). Bem como na decisão (BVERFGE 90,145 (*Cannabis*), de 09/03/1994), em que se tratava de ações de controle direto de constitucionalidade que questionavam a constitucionalidade da tipificação penal da aquisição e porte para consumo próprio de produtos derivados da planta *canabis sativa*, sob fundamento de que violaria o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, o Tribunal Constitucional Federal Alemão entendeu que embora o direito ao livre desenvolvimento da personalidade proteja qualquer forma de ação humana, não englobaria o direito de “ficar em êxtase”, e ainda que fosse admitido que tal ação estaria protegida pela liberdade geral de ação, a intervenção estatal seria constitucional por ser entendido que respeitaria o princípio da proporcionalidade. Ambas extraídas do livro de JÜRGEN SCHWABE, *op. cit.*, págs. 218 e seguintes, e 248 e seguintes, respectivamente.

⁵¹ Até mesmo por força do Artigo 18.º, n.º 2, da Constituição portuguesa – “A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”.

luz do princípio da proporcionalidade⁵².

Essa proporcionalidade significa que a restrição ao direito fundamental deverá ser apta ao alcance do fim visado, ou seja, a medida restritiva deve, no mínimo, permitir a realização parcial do fim pretendido; deve ser exigível, no sentido de que dentre as possíveis alternativas, que seriam igualmente eficazes ao fim pretendido, deve ser escolhida a menos agressiva ao direito fundamental restringido; e deve ainda, por último, ser proporcional em sentido estrito, no sentido de que a importância do fim pretendido, obrigatoriamente legítimo, perseguido pela restrição, e a medida da sua realização através do meio escolhido, devem estar numa relação razoável, proporcional e adequada àquela medida.

A jurisprudência alemã consagra que segundo o princípio da proporcionalidade, uma lei que restringe direito fundamental deve ser adequada e necessária para o alcance do propósito almejado. Uma lei é adequada se o propósito almejado puder ser promovido com o seu auxílio; é necessária se o legislador não puder selecionar outro meio de igual eficácia, mas que não restrinja, ou que restrinja menos, o direito fundamental⁵³.

Portanto, o ato do poder público, quando ofender o direito ao *desenvolvimento da personalidade* em sua *liberdade geral de ação*, deverá ser valorado sobre o interesse do legislador (interesse da norma face da finalidade social), analisado sobre o princípio da proporcionalidade quando confrontado com todos os preceitos jurídico-constitucionais, para justificar a limitação da *liberdade geral de ação*.

Assim, apenas a título exemplificativo, o Poder Público, ao restringir o direito de alimentar pombos (note-se que a ação de alimentar pombos não corresponde núcleo inerente ao de-

⁵² JORGE MIRANDA, *op. cit.*, pág. 374-275.

⁵³ JÜRGEN SCHWABE, *op. cit.*, decisão do Tribunal Constitucional Alemão – *Cannabis*, BVERFG 90,145, de 09/03/1994, pág. 253.

envolvimento da personalidade, mas é protegido pela teoria ampla da concepção de liberdade), sob argumento de que as pessoas não devem gastar seus dinheiros comprando comida para pombos, viola o direito ao *livre desenvolvimento da personalidade*, pois o ato não irá proporcionar o alcance do fim pretendido dentre as possibilidades igualmente aplicáveis, bem como não seria a menos agressiva ao direito, e muito menos uma medida razoável e adequada. Entretanto, quando se restringe o direito de alimentar os pombos sob argumento de que o animal está aumentando significativamente em números, pela abundância de alimentos, e por conseqüência disseminando doenças, a intervenção se torna proporcionalmente legal haja vista a proporcionalidade ponderada com o bem da vida, da saúde, da integridade física e etc.

5. O LIVRE DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE NO TEXTO CONSTITUCIONAL PORTUGUÊS

O desenvolvimento da personalidade veio a ser introduzido no texto constitucional com a reforma constitucional de 1997, ao qual foi tratado expressamente no artigo 26.º, n.º 1, referente ao Título II, (direitos, liberdades e garantias), da Parte I (Direitos e deveres fundamentais)⁵⁴. Ressalta-se, entretanto, que tal direito já era positivado anteriormente nas leis infraconstitucionais, mais precisamente no Código Civil Português, além de, por ser um direito reflexo do princípio da dignidade da pessoa humana, já era extraído anteriormente do artigo 1.º da Constituição Portuguesa.

Anteriormente a reforma, o Tribunal Constitucional Por-

⁵⁴ Artigo 26.º (Outros direitos pessoais)

1. A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à protecção legal contra quaisquer formas de discriminação.

tuguês, através do acórdão n.º 6/84, de 18 de Janeiro, considerou o *direito geral de personalidade* como sendo derivação da dignidade humana, consagrado constitucionalmente como princípio fundamental no artigo 1.º da Constituição Portuguesa⁵⁵.

A intenção do legislador ao consagrar o *livre desenvolvimento da personalidade* a nível constitucional foi proteger a individualidade e, em particular, as suas diferenças e autonomias⁵⁶.

Ademais, após a reforma constitucional que trouxe a garantia ao *desenvolvimento da personalidade* ao rol dos direitos fundamentais expressos na Constituição, o Tribunal Constitucional, no Acórdão n.º 288/98, de 17 de Abril, entendeu que esse direito compreende “a autonomia individual e a autodeterminação” e confere “a cada um a liberdade de traçar o seu próprio plano de vida”.

Note-se que o legislador teve por bem enquadrar o direito ao desenvolvimento da personalidade como sendo um direito fundamental, fazendo com que tal direito tivesse a mais rígida proteção.

O mencionado artigo da Constituição Portuguesa teve como inspiração o artigo 2.º, n.º 1, da Lei Fundamental Alemã, que dispõe que “todos têm direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade desde que não violem os direitos dos outros nem infrinjam a ordem constitucional e a lei moral”⁵⁷.

⁵⁵ Acórdão n.º 6/84, de 18 de Janeiro – “logo no art. 1.º declara que Portugal é um República soberana baseada na dignidade da pessoa humana, logo acolhe o princípio de que todo e qualquer direito de personalidade, isto é, a todo e qualquer aspecto em que necessariamente se desdobra um direito geral de personalidade, deve caber o maior grau de protecção do ordenamento jurídico, ou seja o que assiste aos direitos fundamentais, pois os direitos da personalidade são inerentes à própria pessoa, não podendo, por isso, ser postergados por qualquer modo, sob pena de se negar o papel da pessoa com figura central da sociedade”.

⁵⁶ PAULO MOTA PINTO, *op. cit.*, pág. 157.

⁵⁷ Tradução feita e citada por JORGE MIRANDA; RUI MEDEIROS, *op. cit.*, pág. 286.

J. J. Canotilho e Vital Moreira, em comentário ao artigo 26.º, n.º 1, da Constituição, asseveram que “ao reunir num único artigo nada menos do que *nove* direitos distintos, a Constituição sublinha aquilo que, para além da sua diversidade, lhes confere caráter comum, e que consiste em todos eles estarem directamente ao serviço da protecção da esfera nuclear das pessoas a da sua vida, abarcando fundamentalmente aquilo que a literatura juscivilista designa por direitos de personalidade”⁵⁸.

6. DIREITO AO LIVRE DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE NO CÓDIGO CIVIL PORTUGUÊS

No âmbito do direito privado, o desenvolvimento da personalidade encontra respaldo no artigo 70.º do Código Civil, que prevê a *tutela geral de personalidade*.

Note-se que o Código Civil não tratou expressamente sobre um direito ao *livre desenvolvimento da personalidade*, mas tão somente fez menção que o direito privado tutela de forma geral a personalidade.

Como vimos anteriormente, uma das facetas desse direito é o *direito geral de personalidade*, que estende a protecção dada pelo direito a todas as manifestações da personalidade, independente destas estarem consagradas de forma expressa no ordenamento jurídico ou não, protegendo os indivíduos contra qualquer ameaça ou ofensa a sua personalidade física ou moral⁵⁹.

O Código Civil prevê alguns direitos especiais de personalidade, protegendo-os de forma expressa. Entretanto, a protecção dada pelo Código não se restringe àqueles consagrados, mas estende a qualquer manifestação da personalidade individual⁶⁰.

⁵⁸ J. J. CANOTILHO; VITAL MOREIRA, *op. cit.*, pág. 461.

⁵⁹ RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *O Direito... op. cit.*, pág. 104.

⁶⁰ *Ibidem*, pág. 151: “No que toca ao nosso actual direito, importa sublinhar

Trata-se, portanto, também de um direito subjetivo, onde, dada a relação de direito privado, o indivíduo passa a ter direito de exigir de todos os demais sujeitos de direito que se abstenham de ofender ou ameaçar ilicitamente sua personalidade humana⁶¹.

Como ocorre no direito público, através do direito fundamental ao *desenvolvimento da personalidade*, a tutela civil busca proteger diversos elementos do bem geral da personalidade, não garantindo assim uma tutela estática, dos direitos da personalidade especiais, mas também sob um prisma de dinamismo, qual seja, as facetas da personalidade que o indivíduo venha a desenvolver.

Muito embora defendamos o *direito geral de personalidade* consagrado no Código Civil português, há autores que negam essa existência, afirmando que a influência da doutrina alemã não se aplica ao dispositivo do Código Civil, posto que seria desnecessário. Por exemplo, OLIVEIRA ASCENSÃO ensina que o artigo 70.º, do Código Civil “contém um princípio preciso: o da generalidade da tutela da personalidade. Para que um direito de personalidade seja reconhecido, não é necessária específica previsão legal: basta que decorra da personalidade ontológica. // Não era assim na Alemanha, e por isso a prática teve de moldar penosamente um ‘direito geral de personalidade’, que permitisse ultrapassar os vazios legais. // Esse recurso

desde já que se vai desenhando na nossa consciência jurídica uma sistematização alargada de bens da personalidade juscivilisticamente tutelados, que recolhe a tradição do Código Civil de Seabra e que conheceu novos desenvolvimentos a partir da cláusula geral do art. 70.º do Código Civil de 1966, tanto na jurisprudência tanto na doutrina e, nesta, quer naquele sector que admite a existência de um direito geral de personalidade quer naquele outro que, embora só reconheça direitos especiais de personalidade, sustenta o carácter não taxativo dos mesmos”.

⁶¹ RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *Os actos ilícitos civis de pedofilia violadores do direito geral de personalidade*, in, Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977, volume II, Coimbra Editora, 2006, pág. 148.

é desnecessário entre nós, e contrário ao espírito da nossa lei. Não há um direito de personalidade, há concretos direitos de personalidade. Mas o enunciado desde não está condicionado por específica previsão legal”⁶².

Portanto, muito embora o dispositivo do Código Civil não tenha disposto o *direito ao desenvolvimento da personalidade*, certo é que ele tutela um desenvolvimento da personalidade, através da *tutela geral de personalidade*.

7. DIREITOS DA PERSONALIDADE E DIREITOS FUNDAMENTAIS

O *desenvolvimento da personalidade* está consagrado como direito fundamental na Constituição Portuguesa, convalidando na proteção referente a tais direitos nos ramos do direito público, bem como se encontra também salvaguardado no ramo do direito privado, como *direito da personalidade*. Portanto, necessário é o confronto dos dois ramos do direito, de forma a delimitar a proteção conferida por cada um.

A princípio ressalta-se que os direitos fundamentais surgiram inicialmente para regular a relação entre sujeitos e Estado. No Estado clássico e liberal, os direitos fundamentais apareceram na condição de direito de defesa, com escopo de proteger o indivíduo de ingerências praticadas pelo Estado. No Estado social, haja vista a ampliação das funções e atividades estatais e a maior participação da sociedade no exercício do Poder, a liberdade pessoal passou a ensejar uma proteção não só face ao Estado, mas também contra os “mais fortes” nas relações sociais, já que nessas a proteção dos direitos fundamentais não alcançava⁶³. Daí surgiu a necessidade de estabele-

⁶² OLIVEIRA ASCENSÃO, *Teoria Geral do Direito Civil*, volume I, título I, Lisboa, 1984/85, pág. 122.

⁶³ INGO WOLFGANG SARLET, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, 4.ª edição, Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2004, pág. 365.

cer uma relação horizontal (entre particulares) da aplicabilidade dos direitos fundamentais.

Hoje em dia ainda pairam controvérsias sobre os direitos fundamentais e a existência de uma relação horizontal, ou entre particulares, na sua aplicação^{64 65}. Muito embora tal questão seja de valor ímpar para um estudo aprofundado dos direitos da personalidade e direitos fundamentais, de forma a estabelecer critérios que os distingam, seria demasiadamente pretensioso abordar tais discussões neste trabalho, dada a controvérsia existente, e a complexidade do tema. Certo é que caberia um trabalho específico tão somente para analisar a problemática da aplicabilidade dos direitos fundamentais entre particulares.

Entretanto, uma coisa é de fácil constatação. Os direitos fundamentais são analisados sob uma ótica publicística, fazendo parte do ramo do direito público (Direito Constitucional), e pressupõem relação de Poder; já os direitos da personalidade são revestidos de caráter privatística, fazendo parte de ramo do direito privado (Direito Civil), e pressupõem uma relação de igualdade⁶⁶.

J. J. CANOTILHO e VITAL MOREIRA asseveram que “muitos dos direitos fundamentais são direitos da personalidade, mas nem todos os direitos fundamentais são direitos de personalidade”⁶⁷.

⁶⁴ Hoje em dia já se defende uma aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, inclusive em face do disposto no artigo 18.º, n.º 1, da Constituição Portuguesa, entretanto, não há consenso quanto ao alcance e a forma quando ao *modus vinculandi*.

⁶⁵ Não se questiona, entretanto, por uma questão lógica, a aplicabilidade dos direitos fundamentais que por sua natureza, apenas podem ser oponíveis face do Estado, a exemplo do direito de acesso aos tribunais (artigo 20.º, n.º 1), direitos políticos (artigos 48.º e ss), etc. – vide JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional: Direitos Fundamentais*, tomo IV, 3.ª edição, Coimbra Editora, 2000, pág. 61.

⁶⁶ JORGE MIRANDA, *op. cit.*, 3.ª edição, 2000, pág. 62.

⁶⁷ J. J. CANOTILHO, *op. cit.*, pág. 396. O mencionado autor tece ainda importante consideração: “Tradicionalmente afastam-se dos direitos da

Assim, resta-nos diferenciar o instituto ligado ao *desenvolvimento da personalidade* aplicável num ramo do direito público (direitos fundamentais), do aplicável ao ramo do direito privado (direitos da personalidade).

Note-se que a discussão acerca da aplicabilidade dos direitos fundamentais na esfera particular é importante nesta questão, posto que o direito ao *desenvolvimento da personalidade* está consagrado como direito fundamental expresso na Constituição Portuguesa. Entretanto, o que pretendemos analisar é a vertente do direito analisado sob a ótica do direito civil, nas relações entre particulares.

A consagração ao *desenvolvimento da personalidade* na esfera cível vem através do artigo 70.º, do Código Civil Português, através da *tutela geral da personalidade*. Note-se que como já asseverado, a *tutela geral da personalidade* é apenas uma dimensão do direito fundamental ao *livre desenvolvimento da personalidade*. Dessa forma, a relação jurídico-privada fica adstrita à dimensão da *tutela geral de personalidade*. Entretanto, a norma constitucional vem servir de abrigo para dar cumprimento de proteção ao imperativo no direito privado.

PAULO MOTA PINTO menciona que a “consagração de uma tutela geral de personalidade [...] constitui, assim, meio de garantir o livre desenvolvimento da personalidade”⁶⁸, sobrelevando esse aspecto sobre o aspecto “ativo” do direito de agir livremente.

Assim, esse *direito geral de personalidade* deve seu mérito ao direito civil, constituindo um direito subjetivo civilista, não tendo sua aplicação sustentáculo principal do direito cons-

personalidade os direitos fundamentais políticos e os direitos a prestações por não serem atinentes ao ser como pessoa. Contudo, hoje em dia, dada a interdependência entre o estatuto positivo e o estatuto negativo do cidadão, e em face da concepção de um direito geral de personalidade como ‘direito à pessoa ser e à pessoa devir’, cada vez mais os direitos fundamentais tendem a ser direitos de personalidade e vice-versa.”

⁶⁸ PAULO MOTA PINTO, op. cit., pág. 244.

titucional⁶⁹.

Ao argumentar um *direito geral de personalidade* na esfera cível, aplicável nas relações entre particulares, o argumento constitucional do *livre desenvolvimento da personalidade* constitui um robusto subsídio a favor de tal entendimento, contribuindo assim para afirmar que a figura da “personalidade humana” constitui um fundamento também no direito privado⁷⁰.

Concluimos então que o desenvolvimento da personalidade, na sua essência retirada da pessoa humana, encontra-se tutelado no direito privado através da *tutela geral da personalidade*, independentemente de mecanismo constitucional de proteção, e o direito fundamental ao *desenvolvimento da personalidade* serve de sustentáculo para interpretação do instituto privado, inclusive no que se refere à defesa da existência de um *direito geral de personalidade* na esfera cível. Assim, mencionado direito encontra-se tutelado tanto nas relações entre particulares, quanto entre particular (indivíduo) e Estado.

Ressaltamos ainda, por oportuno, que muito embora tenhamos tecido as diferenciações entre o ramo do direito público e o ramo do direito privado, sobre a questão dos direitos da personalidade, tem-se entendido que a melhor forma de estudo é a unitária, em suas dimensões constitucionais e civis, posto o constante confronto, sistematizá-la em ambas as áreas é a melhor forma de harmonizá-las⁷¹.

8. CONCLUSÃO

Como conclusão, ressaltamos que o *direito ao desenvol-*

⁶⁹ PAULO MOTA PINTO, *op. cit.*, pág. 245.

⁷⁰ Idem. O mencionado autor ainda considera que a tutela da personalidade deve ser colocada no centro também do direito privado, passando então a adquirir um sentido à tutela da liberdade.

⁷¹ TATIANA ANTUNES VALENTE RODRIGUES, *op. cit.*, pág. 670.

vimento da personalidade é tutelado no ordenamento jurídico português, tanto a nível constitucional (artigo 26.º, n.º 1), através dos direitos fundamentais, tanto na esfera privada, através dos direitos da personalidade (tutela geral de personalidade) (artigo 70.º, do Código Civil).

O direito ao *livre desenvolvimento da personalidade* protege um direito de liberdade individual em relação à constituição da personalidade, sendo um direito do indivíduo desenvolver sua personalidade de forma livre, sem a intervenção de terceiros, agindo, ou deixando de agir de acordo com a sua convicção. Portanto, esse direito emana um conteúdo positivo, na liberdade de agir, e um conteúdo negativo, na não interferência ou impedimentos.

Nessa perspectiva, chegou-se ao entendimento de que tal direito corresponde a duas facetas, o *direito geral de personalidade* (proteção abrangente de todas as formas de lesão de bens de personalidade independentemente de estarem ou não tipicamente consagrados) e a *liberdade geral de ação* (liberdade do indivíduo agir, ou deixar de agir, de acordo com suas convicções).

Quanto ao conceito de liberdade inerente ao *desenvolvimento da personalidade*, entendemos que não há como diferenciar o que constitui o núcleo da personalidade do indivíduo, e o que é apenas um direito reflexo de personalidade e que não corresponde diretamente ao seu desenvolvimento. Portanto, todas as manifestações da personalidade estão abarcadas pelo sistema de proteção, mesmo que esta não esteja diretamente relacionada ao seu desenvolvimento.

Quando um ato do Poder Público atinge um direito de personalidade expresso na Constituição, haverá, por hipótese, uma violação a esse direito nomeadamente. Só haverá violação direta ao direito ao *desenvolvimento da personalidade* se a intervenção atingir manifestação da personalidade que não esteja expressamente prevista na Constituição, e que impeça a mani-

festação da *liberdade geral de ação*.

Note-se que o ato do Poder Público será constitucionalmente válido quando respeitar a forma prevista e os valores e princípios consagrados na ordem jurídica do país. No caso de confronto de valores, cuja intervenção no âmbito intangível da personalidade se faz mediante ato do Poder Público, deve-se valorar o interesse do legislador. Apenas será admitido proclamar um direito de liberdade geral de ação dentro de pressupostos qualificados e especiais. O maior critério utilizado para evidenciar os pressupostos qualificados e especiais da intervenção especificadamente é o princípio da proporcionalidade.

Essa proporcionalidade significa que a restrição ao direito fundamental deverá ser apta ao alcance do fim visado, ou seja, a medida restritiva deve, no mínimo, permitir a realização parcial do fim pretendido; deve ser exigível, no sentido de que dentre as possíveis alternativas, que seriam igualmente eficazes ao fim pretendido, deve ser escolhida a menos agressiva; e deve ainda, por último, ser proporcional em sentido estrito, no sentido de que a importância do fim pretendido, obrigatoriamente legítimo, perseguido pela restrição, e a medida da sua realização através do meio escolhido, devem estar numa relação razoável, proporcional e adequada àquela medida.

Portanto, o ato do Poder Público, quando ofender o direito ao *desenvolvimento da personalidade*, em sua *liberdade geral de ação*, deverá ser valorado sobre o interesse do legislador (interesse da norma face da finalidade social), analisado sobre o princípio da proporcionalidade quando confrontado com todos os preceitos jurídico-constitucionais, para justificar a limitação da *liberdade geral de ação*.

Destacamos ainda que muito embora haja disposição expressa da proteção do direito ao desenvolvimento da personalidade na esfera privada e pública, a melhor forma de estudo é a unitária, em suas dimensões constitucionais e civis, posto o constante confronto, sistematizá-la em ambas as áreas é a me-

lhor forma de harmonizá-las.

Ainda por oportuno, o desenvolvimento da personalidade, por estar ligado ao caráter subjetivo da pessoa, bem como tutela o dinamismo e a autonomia individual, não pode ser garantido ao nascituro nem ao falecido.

Por fim, reportamos às sábias palavras de CAPELO DE SOUSA sobre a importância do desenvolvimento da personalidade para o ser humano: “o homem é sempre eterno desconhecido em si mesmo (Alexis Carrel), há na personalidade humana algo de irreduzível a quaisquer classificações estruturais, algo de fáustico, de aspirações de superação e de agarrar, senão o infinito, pelo menos, o novo, o original e o incógnito. Assim, as próprias aspirações viáveis fazem também parte integrante da personalidade humana juscivilisticamente tutelada, tal como os potenciais e os níveis evolutivos físicos, sentimentais, intelectivos, volitivos e criativos, a harmonia físico-psíquica e sobretudo o livre desenvolvimento da personalidade humana do próprio titular do direito”⁷².



9. BIBLIOGRAFIA*

ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, Parte Geral, volume I, tomo I, 2.^a edição, Editora Almedina, 2000.

DIOGO COSTA GONÇALVES, *Pessoa e Direitos de Perso-*

⁷² RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *Os actos... op. cit.*, pág. 149.

* Aluda-se tão somente as bibliografias citadas no corpo do trabalho, sendo certo que várias outras foram consultadas no desenvolver das pesquisas.

- nalidade, Fundamentação Ontológica da Tutela*, Editora Almedina, 2008.
- GISELLE CÂMARA GROENINGA, *Os Direitos da Personalidade e o Direito a ter uma Personalidade*, in *Direito Civil, Estudos em Homenagem à Professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka*, Coordenadores: Flávio Tartuce; Ricardo Castilho, Editora Método, São Paulo, 2006.
- INGO WOLFGANG SARLET, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, 4.^a edição, Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2004.
- J. J. CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.^a edição, Editora Almedina.
- J. J. CANOTILHO; VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, volume I, 4.^a edição, Coimbra Editora, 2007.
- JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional: Direitos Fundamentais*, tomo IV, 4.^a edição, Coimbra Editora, 2008.
- JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional: Direitos Fundamentais*, tomo IV, 3.^a edição, Coimbra Editora, 2000.
- JORGE MIRANDA; RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo I, Coimbra Editora, 2005.
- JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Fundamentais: Trunfos Contra a Maioria*, Coimbra Editora, 2006.
- JÜRGEN SCHWABE, *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão*, Organizador - Leonardo Martins, Fundação Konrad-Adenauer-Stiftung.
- LUIZ EDSON FACHIN, *Direitos da Personalidade no Código Civil Brasileiro: elementos para uma análise de índole constitucional da transmissibilidade*, in *Direito Civil, Estudos em Homenagem à Professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka*, Coordenadores: Flávio Tartu-

- ce; Ricardo Castilho, Editora Método, São Paulo, 2006.
- NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA. *O Direito Geral de Personalidade e a “Solução do Dissentimento”*: Ensaio sobre um caso de “Constitucionalização” do Direito Civil. Coimbra Editora, 2002.
- OLIVEIRA ASCENSÃO, *Teoria Geral do Direito Civil*, volume I, título I, Lisboa, 1984/85.
- ORLANDO DE CARVALHO, *Teoria geral do direito civil: Sumários*, pág. 180, *apud*, PAULO MOTA PINTO, *O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade*, in Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, Portugal-Brasil ano 2000, Coimbra Editora, 1999.
- PAULO MOTA PINTO, *O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade*, in Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, Portugal-Brasil ano 2000, Coimbra Editora, 1999.
- PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Direitos da Personalidade*, Relatório sobre o programa e o método no ensino de uma disciplina de mestrado em Direito Civil, Faculdade de Direito de Lisboa, 2006.
- RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *O Direito Geral de Personalidade*, Coimbra Editora, 1995.
- RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *Os actos ilícitos civis de pedofilia violadores do direito geral de personalidade*, in, Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977, volume II, Coimbra Editora, 2006.
- TATIANA ANTUNES VALENTE RODRIGUES, *Os Direitos da Personalidade na Concepção na Civil-Constitucional*, in, Direito Civil, Estudos em Homenagem à Professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Coordenadores: Flávio Tartuce; Ricardo Castilho, Editora Método, São Paulo, 2006.