



UNICESUMAR – UNIVERSIDADE CESUMAR
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS
MESTRADO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS

VITÓRIA AMARAL

CULPABILIDADE, AUTONOMIA DA VONTADE E SOLIDARIEDADE: UMA
INTERSECÇÃO ENTRE O DIREITO PENAL E OS DIREITOS DA
PERSONALIDADE

MARINGÁ (PR)
2023

VITÓRIA AMARAL

**CULPABILIDADE, AUTONOMIA DA VONTADE E SOLIDARIEDADE: UMA
INTERSECÇÃO ENTRE O DIREITO PENAL E OS DIREITOS DA
PERSONALIDADE**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Cesumar (UNICESUMAR), como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Ciências Jurídicas.

Área de Concentração: Direitos da Personalidade.

Linha de Pesquisa: Linha 2 – Instrumentos de Efetivação dos Direitos da Personalidade.

Orientador: Prof. Dr. Gustavo Noronha de Ávila.

MARINGÁ (PR)

2023

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

C485c Amaral, Vitoria

Culpabilidade, autonomia da vontade e solidariedade: uma intersecção entre o direito penal e os direitos da personalidade. / Vitoria Amaral. – Maringá-PR: UNICESUMAR, 2023.

153 f.; 30 cm.

Orientador: Prof. Dr. Gustavo Noronha de Ávila.

Dissertação (mestrado) – Universidade Cesumar - UNICESUMAR, Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas, Maringá, 2023.

1. Autonomia da vontade. 2. Direitos da Personalidade. 3. Direito Penal. 4. Intersecção. 5. Solidariedade. I. Título.

CDD – 345

VITÓRIA AMARAL

**CULPABILIDADE, AUTONOMIA DA VONTADE E SOLIDARIEDADE: UMA
INTERSECÇÃO ENTRE O DIREITO PENAL E OS DIREITOS DA
PERSONALIDADE**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Cesumar (UNICESUMAR), como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Ciências Jurídicas.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Gustavo Noronha de Ávila
Universidade Cesumar – Unicesumar
(Orientador)

Prof. Dr. Alexander Rodrigues de Castro
(Membro Interno)

Prof. Dra. Clarice Beatriz da Costa Söhngen
(Membro Externo)

Maringá (PR), __ de ____ de 2023.

AGRADECIMENTOS

Agradeço à Deus, que tudo provém, por englobar a possibilidade de cursar a pós-graduação a nível de mestrado.

Agradeço aos meus pais Cristina e Mário, que diariamente – e ainda mais no decorrer da pesquisa e da escrita – me acolhem, me equilibram e me incentivam incondicionalmente. Agradeço, ainda, à tia Jô, ao tio Marcelo e à tia Aline, bem como aos meus primos Marcela, André e Gabriel, que tanto me apoiam, me inspiram e proporcionam suporte e afeto.

Agradeço, também, aos docentes do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Unicesumar, que tanto agregaram na minha formação acadêmica e humana propiciando discussões profundas e carregadas de conteúdos essenciais. Agradeço, em especial, ao meu estimado e admirado orientador Prof. Dr. Gustavo Noronha de Ávila, que me inspira e me ensina diariamente sobre humanidade, humildade, bem como sobre o Direito Penal e a importância do rigor metodológico na pesquisa.

Por fim, agradeço aos discentes, em especial aos meus parceiros de caminhada Ana Nerry e Luís Gustavo, que tornaram esse trilhar mais leve, feliz e especial. Além disso, agradeço aos meus amigos e à minha pupila Maria Clara, pela paciência e pelas palavras de encorajamento.

“A realização concreta do valor da pessoa humana não depende só do Direito. Depende muito mais da consolidação, nos corações e mentes, de uma ética altruísta, voltada para “o outro”. Mas a premissa em que nos baseamos, e que se deixa entrever ao longo de todo o trabalho, é que o Direito tem, sim, uma importante contribuição para a valorização da pessoa, e para a construção de uma sociedade mais solidária e menos alienante. O Direito não precisa ser fórmula de opressão, nem necessita refugiar-se na assepsia do formalismo avesso a valores. Quando manejado por pessoas engajadas nas causas da Humanidade, devidamente fiscalizadas por uma opinião pública atenta e participativa, ele pode converter-se numa ferramenta para a emancipação. Não há fórmulas mágicas, mas o caminho para um Direito que se pretenda justo e libertador passa, necessariamente, pela luta em prol da afirmação concreta dos direitos humanos em todos os quadrantes, inclusive no espaço das relações privadas.

Utopia? Talvez seja... Mas como construir um mundo melhor sem o barro das utopias?”¹.

¹ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004. p. 379.

RESUMO

O objetivo deste estudo é averiguar como se relacionam os direitos da personalidade e o Direito Penal à luz da solidariedade, em especial no que tange à autonomia da vontade e à culpabilidade. O trabalho se justifica face a essencialidade e a complexidade da temática, bem como face a atualidade decorrente do avanço das sociedades e das novas tecnologias, que culminam em novas possibilidades de vivência e de afronta à pessoa humana. À medida que a tutela que recai sobre a pessoa humana se sedimentou de maneira ampliativa ao longo dos tempos com a consagração da dignidade humana e dos direitos humanos, fundamentais e da personalidade, denota-se a incidência de seus reflexos no modo de conceber o Direito, que se afastou da concepção dicotômica entre as searas pública e privada e se aproximou da concepção unitária, especialmente através da constitucionalização e da personalização do Direito. Observa-se, diante disso, a confluência entre o Direito Penal e os direitos da personalidade através da autonomia da vontade, seja por meio da eleição enquanto bem jurídico a ser tutelado, seja por meio das condições de capacidade e compreensão inerentes à culpabilidade, bem como da possível contribuição da vítima que adere autonomamente a situações de perigo, dentre outros casos. Dada a dupla relevância do respeito à autonomia e da tutela de bens jurídicos mediante a ingerência estatal penal, ponderam-se tais interesses à luz da dignidade humana e da tutela integral da pessoa, o que resulta na legitimação de intervenções pontuais em prol da solidariedade. Para tanto, a pesquisa parte do método hipotético-dedutivo e do método documental indireto de investigação bibliográfica, bem como de uma abordagem qualitativa. Afastada a pretensão de exaurimento da temática ou de atingir o ineditismo, busca-se aprimorar o estudo que recai sobre a autonomia da vontade e o Direito Penal, aprimorando, consequentemente, o resguardo que recai sobre a pessoa e a dignidade humana neste âmbito.

Palavras-chave: Autonomia da vontade; Direitos da Personalidade; Direito Penal; Intersecção; Solidariedade.

ABSTRACT

The objective of this study is to investigate how personality rights and Criminal Law relate to solidarity, especially in relation to autonomy of will and guilt. The work is justified by the essentiality and complexity of the theme, as well as the current situation due to the advance of societies and technologies, which culminate in new possibilities of living and affront to the human being. As the protection that falls upon the human person has been consolidated in a broad manner over time, with the establishment of human dignity, fundamental, and personality rights, we can see the consequences of this in the way of conceiving Law, which has moved away from the dichotomous conception between the public and private spheres and has come closer to a unitary conception, especially through the constitutionalization and personalization of Law. It is possible to observe the confluence between Criminal Law and the rights of personality through the autonomy of the will, either through the election as legal good to be protected, or through the conditions of capacity and understanding inherent to guilt, as well as the possible contribution of the victim who autonomously adheres to dangerous situations, among other cases. Given the dual relevance of respect for autonomy and the protection of legal goods through the interference of the criminal state, such interests are weighed considering human dignity and the integral protection of the person, which results in the legitimization of specific interventions in favor of solidarity. To this end, the research is based on the hypothetical-deductive method and on the indirect documental method of bibliographical investigation, as well as on a qualitative approach. Apart from the pretension of exhaustion of the theme or to reach the unprecedented, it seeks to improve the study that falls on the autonomy of the will and Criminal Law, improving, consequently, the protection that falls on the person and human dignity in this context.

Keywords: Autonomy of will; Personality Rights; Criminal Law; Intersection; Solidarity.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
1 A TUTELA DA PESSOA HUMANA.....	15
1.1 A PESSOA COMO NÚCLEO DO ORDENAMENTO JURÍDICO.....	17
1.2 DIREITOS HUMANOS, DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITOS DA PERSONALIDADE.....	32
1.3 DESAFIOS NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS.....	53
2 A SUPERAÇÃO DA DICOTOMIA ENTRE O DIREITO PÚBLICO E O PRIVADO..	64
2.1 VISÃO CLÁSSICA DICOTÔMICA.....	64
2.2 CONSTITUCIONALIZAÇÃO E PERSONALIZAÇÃO DO DIREITO.....	70
2.3 VISÃO CONTEMPORÂNEA UNITÁRIA.....	80
3 A AUTONOMIA DA VONTADE, A CULPABILIDADE E O DIREITO PENAL.....	87
3.1 A LIBERDADE E A AUTONOMIA DA VONTADE.....	87
3.2 A AUTONOMIA DA VONTADE E SUA INTERSECÇÃO COM O DIREITO PENAL.....	97
3.3 A PONDERAÇÃO ENTRE A AUTONOMIA DA VONTADE E OS INTERESSES COLETIVOS INSCULPIDOS NO IDEAL DA SOLIDARIEDADE.....	122
CONCLUSÃO.....	140
REFERÊNCIAS.....	145

INTRODUÇÃO

No contexto hodierno, tamanha relevância é atribuída à tutela da pessoa humana e de suas manifestações, bem como ao livre e pleno desenvolvimento do ser. Contudo, nem sempre foi assim. Inicialmente a proteção conferida pelo ordenamento jurídico se dava precipuamente de maneira pontual e repressiva, aos poucos foi progressivamente se ampliando, até que culminou na consagração do ideal da dignidade da pessoa humana, na constitucionalização e personalização do Direito e na visão unitária ou holística do Direito – a integrar as searas pública e privada anteriormente apartadas dicotomicamente.

Em paralelo a tal consagração, há o desenvolvimento das sociedades – com a prevalência dos ideais capitalistas e liberais – marcada pelo individualismo, pelo pluralismo social e cultural e pela globalização. Há, também, a evolução das ciências, cujos avanços tecnológicos vem viabilizando – cada vez mais – a reprodução de características humanas pela máquina, além de promover meios de ingerência na pessoa, no corpo, nas mentes e na vida humana como um todo.

Diante das transformações e avanços o Estado desempenha um relevante papel na promoção da pacificação social e na proteção da pessoa e da dignidade humana. Para tanto, vale-se do Direito das suas diferentes searas, a englobar o Direito Civil, o Direito Tributário, o Direito Previdenciário, o Direito Constitucional e – destaca-se – o Direito Penal, dentre outros.

Neste contexto, especialmente no que concerne ao Direito Penal, insere-se o controverso embate entre a prevalência da autonomia da vontade do indivíduo ou a ingerência estatal penal limitadora de tal autonomia em prol da defesa da própria pessoa e dos valores coletivos. Diante disso, o presente estudo busca averiguar os pontos de intersecção entre a seara penal e os direitos da personalidade, com ênfase na autonomia da vontade à luz da solidariedade, bem como responder ao questionamento sobre qual deles deve preponderar e em qual medida isso deve ocorrer.

Levantam-se duas possíveis hipóteses para a averiguação do problema de pesquisa. A primeira delas, no sentido de que inexiste intersecção face o viés dicotômico do Direito e o entendimento de que a autonomia da vontade se insere no âmbito privado. A segunda, no sentido de que existe uma confluência entre a

autonomia da vontade e o Direito Penal face um viés unitário do direito, nas situações em que o agente autonomamente pode deliberar sobre a prática de uma conduta delitiva, ocasião em que se originam mais três hipóteses, no sentido de que deve prevalecer a autonomia da vontade, ou a ingerência estatal limitadora, ou, ainda, uma ponderação entre ambas.

Metodologicamente vale-se do método de abordagem hipotético-dedutivo, por meio do qual, de modo racional, parte-se da premissa geral para chegar à premissa particular. Em outras palavras, a construção lógica se dará a partir da compreensão da premissa maior de que o ordenamento jurídico tutela – como valor primordial – a pessoa humana e sua dignidade através dos direitos humanos, dos direitos fundamentais e dos direitos de personalidade e que tais valores irradiam sobre o ordenamento jurídico considerado um todo unitário. Dado esse pressuposto maior, passa-se a analisar – enfocar – os pontos de intersecção entre a autonomia da vontade da pessoa e a premissa menor do Direito Penal, até chegar ao produto de tal embate à luz da proteção integral da pessoa humana, especialmente nas hipóteses em que a vítima adere autonomamente a situações de risco.

Vale-se, ademais, quanto aos meios técnicos de investigação a serem empregados e do método documental indireto de investigação bibliográfica, visto que o desenvolvimento da pesquisa se baseará na análise de documentos escritos, especialmente na leitura e no fichamento do conteúdo já publicado referente ao tema, ou ainda, nas fontes secundárias acerca da temática. Foram utilizadas as bases de dados Google Acadêmico, Scielo e EBSCO, bem como obras presentes na Biblioteca da Universidade Cesumar (Unicesumar), da Universidade Estadual de Maringá (UEM) e outros materiais pertinentes presentes na rede mundial de computadores.

Menciona-se, também, que a pesquisa apresenta natureza qualitativa, eis que orientada pela aproximação do pesquisador com o objeto de pesquisa e voltada à compreensão global e à interpretação dos delineamentos bibliográficos acerca da confluência da autonomia da vontade e o Direito Penal à luz da tutela integral que recai sobre a pessoa humana e a dignidade humana.

Dito isto, inicia-se o estudo com o capítulo que discorre acerca da tutela da pessoa humana. Discorrer-se-á sobre o percorrer da proteção conferida pelos ordenamentos jurídicos ao longo dos tempos, desde a vivência dos gregos e romanos até os dias atuais, a destacar as atrocidades praticadas nas grandes guerras mundiais que corroboraram para a consagração do ideal da dignidade da pessoa humana.

Tutela-se, assim, a pessoa humana através dos direitos humanos, dos direitos fundamentais e dos direitos da personalidade. Ao final deste capítulo, problematizar-se-á de maneira breve os conflitos para a efetivação da tutela que recai sobre a pessoa humana atualmente.

No segundo capítulo, por sua vez, em consonância com o caminhar evolutivo trilhado pela ampliação da tutela da pessoa e da dignidade humana, abordar-se-á o percorrer do ordenamento jurídico e de seus âmbitos público e privado. Inicialmente, evidenciar-se-á o viés clássico dicotômico do Direito que o apartava entre as searas pública e privada, passando pela constitucionalização e personalização do Direito, chegando ao viés contemporâneo unitário do Direito, em consonância com a integral proteção da pessoa e da dignidade.

No terceiro e último capítulo, explorar-se-ão os possíveis pontos de intersecção ou de convergência entre a autonomia da vontade do indivíduo e a seara Penal do Direito. Consigna-se, desde logo, que, por opção de delimitação do objeto, enfocarse-á no Direito Penal como ponto de análise, percorrendo de maneira superficial sobre alguns reflexos da autonomia nos aspectos procedimentais e afastando-se por completo da perspectiva criminológica. Discorreu-se inicialmente, neste sentido, sobre o que se concebe pela liberdade e pela autonomia da vontade, para, então, correlacionar a autonomia ao Direito Penal – que protege os bens jurídicos mais essenciais mediante a criminalização de condutas. Ao final do capítulo, assinalar-se-á a ponderação entre tais valores à luz da tutela integral da pessoa humana e do viés contemporâneo unitário do Direito construídos nos tópicos anteriores.

À medida que a pesquisa versa sobre o valor central do ordenamento jurídico – a pessoa e a dignidade humana – e a sua correlação com a possibilidade de disposição mediante a autonomia, ela se justifica face a essencialidade da temática, cuja reflexão corrobora para o aprimoramento da tutela que recai sobre tais valores primordiais. Justifica-se, ademais, face a atualidade do tema no que tange ao acentuado individualismo, ao avanço das civilizações e das tecnologias, que culminam na transformação de valores sociais e culturais e na inovação dos meios de intervenção na vida humana, cujos estudos podem – e precisam – ser constantemente aprimorados e atualizados.

Objetiva-se, assim, fomentar e aprimorar o estudo que recai sobre a autonomia da vontade e o Direito Penal, propiciando a análise dos pontos de intersecção entre tais temáticas, bem como, consequentemente, lapidar a tutela que recai sobre a

pessoa e a dignidade humana neste contexto. Ressalva-se, todavia, que a presente pesquisa não exaure, tampouco busca exaurir a reflexão sobre a temática, bem como não visa o ineditismo. Afinal, trata-se de um tema persistente, amplo, complexo, e fundamental para a vida e a liberdade humanas que precisa ser concebido à luz da tutela integral da pessoa humana.

1 A TUTELA DA PESSOA HUMANA

Com vistas a compreender a tutela da pessoa humana conferida ao longo do tempo pelo ordenamento jurídico, insta inicialmente assimilar o que se concebe por pessoa e qual seria a sua distinção para com o indivíduo. Segundo José Sebastião de Oliveira e Eduardo Vera-Cruz Pinto, o cerne do vocábulo pessoa advém do latim *persona*, atrelado às máscaras das comédias e tragédias. Concebia-se a pessoa, neste contexto, a partir da representação teatral, enquanto a repercussão dela decorrente na sociedade².

De acordo com Daniel Sarmento, a concepção de indivíduo se associa ao Direito Privado clássico – Estado liberal –, que enxergava o ser de maneira isolada, individualista, intangível e abstrata, dissociado do contexto social em que se inseria. A pessoa, por sua vez, vinculada ao viés constitucional do Direito Privado contemporâneo, consiste no olhar do sujeito enquanto verdade ou realidade, possuidor de sentimentos e paixões, parte integrante de um todo coletivo, carregado de natureza humana e, portanto, de dignidade³.

Fernando Rodrigues de Almeida, por sua vez, distingue a concepção de indivíduo e pessoa ao pontuar:

Para tanto, é importante determinar o que chamamos de pessoa como construção pressuposta: consideramos aqui uma diferenciação entre pessoa e indivíduo, ambos como elementos necessariamente ligados ao corpo, mas com construções fenomenológicas diferentes. O indivíduo é a alocação individual do corpo como percepção de objeto, ou seja, a individualização ôntica do corpo, indistinto em axiologia com qualquer outro objeto dedutível no meio em que o corpo se encontra. Já pessoa apresenta-se como elemento ampliativo do corpo, necessariamente observado por meio de comparação de identidade fora do indivíduo. Ou seja, aquilo que se é comum para a retirada do espaço do indivíduo ôntico e permita a axiologia racionalista de diferenciação entre o corpo e os demais objetos de observação, mas necessariamente fundamentados em uma coletividade de corpos identificáveis por meio de hipóteses como racionalidade, consciência ou linguagem⁴.

² OLIVEIRA, José Sebastião de; PINTO, Eduardo Vera-Cruz. A Pessoa Natural no Contexto da Família e a Proteção dos seus Direitos de Personalidade no Direito Romano: aspectos de direito material e processual. **Revista Jurídica Cesumar**, v. 11, n. 2. Disponível em: <https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=ir01522a&AN=prcu.article.2132&lang=pt-br&site=eds-live>. p. 4.

³ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004. p. 116-117.

⁴ ALMEIDA, Fernando Rodrigues. **Personalidade contra o meio**: sobre a natureza de indivíduo, pessoa e personalidade como direito. 372 f. Tese (Doutorado em Ciências Jurídicas). Universidade Cesumar - Unicesumar. Orientador: Dr. Dirceu Pereira Siqueira, Maringá, 2022. p. 355.

Com base nessa diferenciação, Fernando Rodrigues de Almeida consigna que o corpo, enquanto objeto, pode se expandir no espaço mediante a identificação para com o outro – seja através da razão ou da linguagem, por exemplo – e a distinção destes para com o meio, constituindo a pessoa. Logo, pessoa, para ele, é um coletivo universalizante, que se reindividualizada a partir da personalidade. Tem-se, com isso, que a personalidade é resultado e, ao mesmo tempo, pressuposto da pessoa⁵.

No âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, Daniel Sarmento identifica a adoção da concepção de pessoa humana enquanto uma mescla do viés individual – indivíduo – e do viés coletivo – da pessoa –. Fala-se no ideal do personalismo, segundo o qual a pessoa humana é considerada enquanto um fim em si mesma, mas também inserida na sociedade, e o Estado constitui um instrumento para a realização pessoal da pessoa, fundindo a autonomia privada e a autonomia pública. Isto é, não se afasta do valor da liberdade, mas a vislumbra em conciliação com os valores da igualdade substancial e da solidariedade⁶.

Evidenciada tal distinção e pontuada a sua contribuição para a mudança de perspectiva havida na tutela conferida à pessoa humana, ressalva-se, todavia, que tais conceitos – pessoa e indivíduo – passarão a ser utilizados no presente estudo enquanto sinônimos, dissociados da sua concepção de origem. Busca-se, com isso, viabilizar a fluidez da escrita e da leitura face as inúmeras menções à pessoa humana havidas na pesquisa.

A despeito das diferentes terminologias, o enfoque do estudo reside na proteção da pessoa, cujo valor único se sobressai ao Estado e ao poder arbitrário dos que o governam. Pois, especialmente após as atrocidades históricas cometidas nas grandes guerras mundiais, passou-se a evidenciar a concepção de que certos valores essenciais e princípios atrelados ao pertencimento à condição humana – a destacar o ideal da dignidade humana – apresentam superioridade no ordenamento jurídico⁷.

Resgatou-se, assim, parte dos valores da doutrina do direito natural de proteção do homem – existentes desde a antiguidade e reiterados na concepção iluminista –, a culminar na consagração do ideal da dignidade humana⁸.

⁵ ALMEIDA, op. cit., p. 355-360.

⁶ SARMENTO, op. cit., p. 117-119.

⁷ BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 47-48.

⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 13. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011. p. 27.

Em outras palavras, à medida que a dignidade humana passa a ser concebida enquanto ponto central do universo jurídico, todos os institutos que o permeiam devem ser compreendidos à luz de seu conteúdo⁹. Logo, a despeito das possíveis discussões acerca da dicotomia entre os âmbitos privado e público, prepondera a tutela da pessoa humana em sua integralidade enquanto valor nuclear do Direito, a irradiar sobre todas as pessoas físicas sem distinção.

1.1 A PESSOA COMO NÚCLEO DO ORDENAMENTO JURÍDICO

Acerca do ideal da dignidade da pessoa humana e da tutela central conferida pelo ordenamento jurídico à pessoa humana, insta tecer algumas considerações acerca de suas mudanças ao longo do tempo, que culminaram na atual concepção lograda. Ressalva-se que não é possível consignar com precisão o advento da dignidade da pessoa humana enquanto instituto jurídico. Todavia, existem memórias relevantes no decorrer da história que podem ser sinalizadas para corroborar na compreensão de tal construção jurídica¹⁰.

Luís Roberto Barroso explana que a concepção de dignidade humana já estava presente na Roma Antiga, associada ao status de respeitabilidade e integridade – atribuída a determinados indivíduos privilegiados ou a determinadas funções. Todavia, segundo ele, a construção do conceito contemporâneo de dignidade não decorre da evolução da construção romana, mas, sim, de bases clássicas da religião e da filosofia que concebem a pessoa humana – racionalidade e moralidade – enquanto um valor em si próprio, enquanto imagem e semelhança do divino¹¹.

No que tange ao linear histórico de tutela da pessoa humana e da personalidade, Fernanda Borghetti Cantali, faz alusão à valoração greco-romana da antiguidade, sucedida pelo ideal cristão medieval e pelo humanismo renascentista. Num primeiro momento, tem-se episódios esparsos e desiguais da tutela, essencialmente de natureza penal, com vistas a coibir excessos e injustiças contra a pessoa humana, melhor dizendo, contra algumas pessoas humanas. Menciona-se, neste contexto, o

⁹ GROKSKREUTZ, Hugo Rogério. **Manifestações dos Direitos da personalidade no processo penal**. 225 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas). Universidade Cesumar - Unicesumar. Orientador: Dr. Gustavo Noronha de Ávila, Maringá, 2021. p. 19.

¹⁰ Ibid., p. 19.

¹¹ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro. **Revista da EMERJ**, v. 4, n. 15, 2001. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista15/revista15_11.pdf. p. 13-16.

papel significativo da filosofia grega, que começou a atribuir certa emancipação e autodeterminação à natureza humana e à sua racionalidade – concepção naturalística –, bem como o papel do Direito Romano, com a Lei das XII Tábuas, que possibilitava a utilização da autotutela na defesa da personalidade, e, com a *action iniuriarum*, que tutelava as afrontas à vida, à integridade física, entre outras ofensas¹².

Rodrigo Róger Saldanha corrobora ao pontuar que a tutela da personalidade humana no contexto grego estava adstrita ao âmbito penal, no sentido de coibir abusos, e que a tutela no contexto romano, por sua vez, estava associada à liberdade, aos direitos civis e à família. Segundo ele, esta última – Roma – portava uma concepção mais abrangente de pessoa, a englobar o pater familiar e, também, os escravos¹³.

Igualmente, Elimar Szaniawski menciona que o advento da tutela humana, especialmente de sua personalidade, remonta à Grécia – *hybris grega* – e à Roma – *iniura romana* –. Segundo ele, no contexto grego, a tutela se assentava em três elementares, “a primeira formulava a noção de repúdio à injustiça; a segunda vedava toda e qualquer prática de atos de excesso de uma pessoa contra outra e a última proibia a prática de atos de insolência contra a pessoa humana”¹⁴. À época, a filosofia grega contribuiu para disseminar o ideal do bem coletivo e para conferir posição de centralidade à pessoa humana na organização jurídica. No âmbito romano, por sua vez, “a expressão personalidade restringia-se aos indivíduos que reunissem os três status, a saber: o *status libertatis*, o *status civilitatis* e o *status familiae*”. Todavia, a qualificação de *persona* – pessoa – e de *caput* – sujeito de direitos – era atribuída a todo ser humano, até mesmo aos escravos¹⁵.

Num segundo plano, tem-se a concepção medieval da pessoa humana enquanto sujeito de direitos, dotada de valor, de dignidade, de igualdade e de individualidade. Concebido à imagem e semelhança de Deus, o homem passa a conciliar liberdade e dignidade, características estas que também devem ser reconhecidas e respeitadas

¹² CANTALI, Fernanda Borghetti. **Direitos da personalidade**: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 28-31.

¹³ SALDANHA, Rodrigo Róger. **Aspectos controvertidos sobre o testamento vital**: a celeuma entre a manifestação de vontade do testador e o tempo de validade das diretivas antecipadas para garantia dos direitos da personalidade. 167 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas). Universidade Cesumar - Unicesumar. Orientador: Dr. José Sebastião de Oliveira, Maringá, 2017. p. 26-27.

¹⁴ SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da personalidade e sua tutela**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 23-25.

¹⁵ Ibid., p. 25-28.

em relação ao próximo¹⁶. Associa-se, neste panorama, a compreensão valorativa da dignidade humana à religião e à ética¹⁷.

Historicamente vislumbra-se que após a queda do Império Romano ocidental e a sua fragmentação sucedeu-se a Idade Média. Neste período, o direito costumeiro bárbaro coexistia com o direito canônico – e há quem entenda que houve um regresso no aspecto racional face o estímulo à vingança –, até que a Escola dos Glosadores de Bolonha reacendeu o direito romano e reavivou o resguardo da pessoa e da personalidade, dotada de valor e de dignidade¹⁸.

Neste sentido, Hugo Rogério Grokskreutz vislumbra a concepção de um direito natural – jusnaturalismo – enquanto um indício embrionário da tutela que recai sobre o ser humano. Parte-se, sob esta perspectiva, de um conjunto de prerrogativas inatas do homem, advindas da concessão divina e de sua própria natureza, que não são passíveis de supressão. Tais direitos naturais constituem premissas básicas, que, ainda que não estejam formalmente materializadas na lei escrita, reputam-se como fidedignas¹⁹.

Na sequência, num terceiro momento, identificam-se os ideais renascentistas e humanistas que atribuem direitos intrínsecos à pessoa humana, emergidos de atributos naturais, inatos, indissociáveis, que culminam na dignidade humana. Trata-se do pensamento jusnaturalista, marcado por pensadores como Hobbes, Locke e Immanuel Kant, num caminhar para a racionalidade, a secularização e o início do estabelecimento de limites ao poder do Estado – influência para a Revolução Francesa e para a formação do constitucionalismo²⁰.

Isso porque a concentração do poder havida após o período medieval, especialmente a partir do século XV, culminou no absolutismo. Com o aporte divino e as bases do contratualismo, os déspotas operaram de maneira tirânica e autoritária, o que contribuiu para o anseio de limitação do poder estatal e o estabelecimento de direitos que protegessem o indivíduo face o Estado, com ênfase na liberdade – não

¹⁶ CANTALI, op. cit., p. 32-33.

¹⁷ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro. In: **Revista da EMERJ**, v. 4, n. 15, 2001. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista15/revista15_11.pdf. p. 15-17.

¹⁸ SZANIAWSKI, op. cit., p. 33-36.

¹⁹ GROKSKREUTZ, Hugo Rogério. **Manifestações dos Direitos da personalidade no processo penal**. 225 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas). Universidade Cesumar - Unicesumar. Orientador: Dr. Gustavo Noronha de Ávila, Maringá, 2021. p. 19-20.

²⁰ CANTALI, op. cit., p. 32-36.

ingerência estatal na vida privada –, bem como corroborou para a cessação do favorecimento dos nobres e dos membros do clero²¹.

Em outras palavras, dado o declínio do feudalismo, a fortificação do poder dos soberanos e o desenvolvimento do comércio, emergiu a ideia da centralização jurídica na Europa e do renascimento do Direito romano. Com isso, começou-se a conferir posição de destaque no Direito ao homem – antropocentrismo – e os valores do humanismo ganharam força, assegurando direitos individuais à pessoa²².

Com o caminhar para a modernidade, dado o avanço da burguesia e do capitalismo, denota-se o apartamento entre as searas pública e privada do Direito e a disseminação dos ideais da racionalidade, da legalidade, da liberdade e da igualdade – ainda que adstrita à concepção formal, visto que imperava a seletividade em prol da burguesia em relação às garantias conquistadas. O âmbito privado passou por uma vasta codificação e a valoração do ordenamento jurídico estava centrada na propriedade – viés patrimonialista – e na autonomia da vontade. Neste contexto, fala-se no Jusnaturalismo Racionalista, à medida que a pessoa humana era considerada sujeito de direitos a partir de sua aptidão para celebrar transações entre patrimônios e a sociedade estava sistematicamente regulamentada através de institutos jurídicos isolados²³.

Tem-se, neste contexto, um paralelismo entre a emergência das constituições, que visavam restringir o poder estatal face o indivíduo e a positivação de direitos. Afinal, as constituições foram o instrumento através do qual os iluministas evidenciavam a presença da racionalidade, da legitimidade e da tripartição do poder, bem como o meio de regulamentação das relações entre o Estado e os indivíduos – âmbito público. Já a codificação civil e as demais leis esparsas, por sua vez, regulamentavam as relações entre particulares – âmbito privado. Valia-se, assim, do apartamento entre as searas pública e privada – áreas incomunicáveis – enquanto um meio de resguardar a liberdade individual e a não ingerência estatal no campo civil²⁴.

Menciona-se, a título de exemplo, a experiência inglesa da Magna Carta, de 1215, que sedimentou alguns direitos aos homens do reino a partir do

²¹ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004. p. 21-23.

²² SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da personalidade e sua tutela**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 37-38.

²³ CANTALI, Fernanda Borghetti. **Direitos da personalidade**: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 37-41.

²⁴ SARMENTO, op. cit., p. 24-28.

comprometimento do Rei João Sem Terra a observar as leis – possível princípio do ideal do devido processo legal. E, ainda, a Petição de Direitos, de 1628, que ratificou a essencialidade do respeito ao devido processo no âmbito penal, bem como da Declaração Inglesa de Direitos – *Bill of Rights* –, de 1689, que reafirmou o direito à liberdade e introduziu garantias processuais²⁵.

Insta salientar, quanto à Magna Carta, que ela foi redigida em latim bárbaro – nomeada Carta Magna das Liberdades ou Concórdia entre o rei João e os Barões para a outorga das liberdades da igreja e do reino inglês – e que correspondeu a um meio de João Sem-Terra obter a cessação da revolta armada dos barões mediante a aceitação de sua vinculação à lei e de determinadas restrições estatais em privilégio de determinados grupos. Quanto à Declaração de Direitos da Inglaterra – *Bill of Rights* –, por sua vez, consistiu em um documento por meio do qual o regime absolutista chegou ao fim. Aceita pelo Príncipe Guilherme de Orange como condicionante para receber o trono inglês, ela sedimentou a separação de poderes enquanto garantia institucional de limitação dos poderes governamentais – o poder para legislar e para cobrar tributos não pertencia mais ao monarca – e permanece ainda hoje no Reino Unido²⁶.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho sintetiza a relevância histórica da Magna Carta, de 1215, enquanto marco do constitucionalismo e do estabelecimento de direitos em favor da pessoa:

Destaque especial, todavia, merece a Magna Carta, de 21 de junho de 1215. Esta é peça básica da constituição inglesa, portanto, de todo o constitucionalismo. Apesar de formalmente outorgada por João sem Terra, é ela um dos muitos pactos da história constitucional da Inglaterra, pois efetivamente consiste no resultado de um acordo entre rei e os barões revoltados, apoiados pelos burgueses (no sentido próprio da palavra) de cidades como Londres.

Se essa Carta, por um lado, não se preocupa com os direitos do Homem mas sim com os direitos dos ingleses, decorrentes da imemorial *law of the land*, por outro, ela consiste na enumeração de prerrogativas garantidas a todos os súditos da monarquia. Tal reconhecimento de direitos importa numa clara limitação do poder, inclusive, com a definição de garantias específicas em caso de violação dos mesmos²⁷.

²⁵ GROKSKREUTZ, Hugo Rogério. **Manifestações dos Direitos da personalidade no processo penal**. 225 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas). Universidade Cesumar - Unicesumar. Orientador: Dr. Gustavo Noronha de Ávila, Maringá, 2021. p. 20-22.

²⁶ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 83-93 e 104-107.

²⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 13. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011. p. 29-30.

Menciona-se, também, a experiência norte-americana, a destacar documentos como a Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia, de 1776, e a Constituição dos Estados Unidos da América, de 1787. Ambos os registros se mostraram centrados na promoção de direitos e garantias processuais, especialmente no que tange à liberdade, à segurança e à limitação da atuação estatal, apesar de não elencarem expressamente os direitos substanciais em si, o que se deu posteriormente através de emendas²⁸. Acerca do constitucionalismo norte-americano, Daniel Sarmento pontua que um avanço dele decorrente para a tutela da pessoa humana foi o fato de “compreender tais direitos como limites impostos ao próprio legislador, cuja inobservância poderia ser fiscalizada pelo Judiciário, através do controle de constitucionalidade dos atos normativos”²⁹.

Tem-se, também, na vivência da França a concepção da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789, e a Declaração dos Direitos da Mulher e da Cidadã, em 1791. A primeira, fundada nos valores da igualdade, da fraternidade e da liberdade, conferiu posição de destaque à pessoa humana, além de instituir garantias processuais. A segunda, também calcada na liberdade e na igualdade, com ênfase na afirmação igualitária entre as mulheres e os homens³⁰.

Luís Roberto Barroso consigna que as revoluções liberais norte-americana e francesa supramencionadas certamente decorreram de estímulos advindos do Iluminismo, que conferiu maior visibilidade e centralidade à pessoa humana³¹. Outrossim, Elimar Szaniawski assinala que “a proteção da pessoa humana, reconhecida pelo Estado, só encontra suas origens no liberalismo que se desenvolveu na Inglaterra no final do século XVII”, bem como no fim do século XVIII, que consagrou os ideais da tripartição dos poderes, da opinião nacional e dos direitos fundamentais, os quais, aos poucos, foram carregados para as diversas declarações de direitos reconhecidas pelo Estado, de inspiração iluminista³².

Manoel Gonçalves Ferreira Filho acrescenta que, como fruto de tais revoluções – especialmente dos ideais iluministas – e do anseio pela limitação do poder estatal e

²⁸ GROKSKREUTZ, op. cit., p. 22-23.

²⁹ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004. p. 25.

³⁰ GROKSKREUTZ, op. cit., p. 23-24.

³¹ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro. In: **Revista da EMERJ**, v. 4, n. 15, 2001. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista15/revista15_11.pdf. p. 18.

³² SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da personalidade e sua tutela**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 39-40.

pela submissão à lei – afastamento das arbitrariedades –, emerge no século XVIII o Estado constitucional de Direito. A partir dele, “o Poder Político está preso e subordinado a um Direito Objetivo, que exprime o justo”, dotado de abstração e impessoalidade, com a primazia do texto constitucional e da tripartição dos poderes³³.

Igualmente, Daniel Sarmento sinaliza que as bases dos valores modernos de proteção ao homem decorrem do Iluminismo, que emergiu a ideia de que existem direitos intrínsecos ao ser humano, que independem da positivação legal estatal e que precisam ser assegurados e observados pelo Estado³⁴. Assim, orientado pela racionalidade, cientificidade, secularização, liberdade, e por um viés humanitário, tal marco histórico corroborou para a construção da dignidade humana através de expoentes como Immanuel Kant³⁵.

Nos dizeres de Immanuel Kant, “uma coisa que tem um preço pode ser substituída por qualquer outra coisa equivalente; pelo contrário, o que está acima de todo preço e, por conseguinte, o que não admite equivalente, é o que tem uma dignidade”³⁶. Através de tal raciocínio, Kant contrapôs a dignidade – fim em si mesmo – ao preço. Afinal, a dignidade, por ele atribuída à natureza humana dotada de moralidade e de humanidade, pressupõe um valor inato e não passível de relativização.

Isso significa dizer, no entendimento de Kant, que a dignidade lastreia a autonomia ética do homem, à medida que implica em uma qualidade intrínseca à pessoa humana, que antecede o seu agir. Ou, ainda, que a racionalidade e a liberdade humanas não decorrem da regulamentação jurídica, mas, sim, da natureza humana digna³⁷. Em outras palavras, tem-se que o homem, respaldado pela razão e pela consciência do dever, consegue administrar as suas emoções e o seu agir, com vistas a comportar-se orientado pela lei moral³⁸.

Daniel Sarmento condensa as ideias de Immanuel Kant ao mencionar que, para ele, a racionalidade humana, que viabiliza a autonomia moral, culmina na dignidade. Logo, o ser humano não pode ser precificado ou instrumentalizado, já que será

³³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 13. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011. p. 19-21.

³⁴ SARMENTO, op. cit., p. 21.

³⁵ BARROSO, op. cit., p. 18.

³⁶ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. São Paulo: Martin Claret. p. 32.

³⁷ CANTALI, Fernanda Borghetti. **Direitos da personalidade**: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 36.

³⁸ BARROSO, op. cit., p. 68.

sempre um fim em si mesmo³⁹. Igualmente, Luís Roberto Barroso abrevia o pensamento kantiano:

Condensada em uma única proposição, elas podem ser assim enunciadas: a conduta moral consiste em agir inspirado por uma máxima que possa ser convertida em lei universal; todo homem é um fim em si mesmo, e não deve ser instrumentalizado por objetos alheios; os seres humanos não têm preço nem podem ser substituídos, pois eles são dotados de um valor intrínseco absoluto, ao qual se dá o nome de dignidade.⁴⁰

Como consequência da oclusão sistêmica e da racionalidade embrionariamente manifestadas pelo jusnaturalismo, sobrevém o Positivismo Jurídico. Defendeu-se, a partir dele, o Direito enquanto ciência autônoma, centrado na clareza e na tipificação legal, afastado dos ideais valorativos. Em razão disso, a tutela da pessoa humana passou a se dar através de direitos da personalidade destacados ou singularizados, cujos objetos de tutela estariam expressamente previstos na legislação – direitos especiais da personalidade –, apartando o público e o privado⁴¹.

Diante disso, com inspiração nas ciências exatas, diferenciou-se o juízo de fato do juízo de valor e buscou-se expurgar este último da ciência do Direito. Ocorre que, nos dizeres de Elimar Szaniawski, tem-se que:

A ideia proposta pela nova ordem, porém, resultou na sistematização exagerado do direito e seu fechamento em categorias estanques. Este fechamento do direito codificado, ao lado do voluntarismo, terminaram por absolutizar excessivamente a razão individual, considerando o direito como um sistema fechado e pleno, isento de lacunas⁴².

Além das revoluções liberais e da ascensão dos textos constitucionais, outra circunstância histórica a ser mencionada na construção da dignidade humana é o resultado das guerras mundiais, especialmente da Segunda Guerra Mundial. Face as atrocidades delas decorrentes, identificou-se a fragilidade do resguardo assegurado ao homem e a limitação da tutela especial fragmentada conferida à pessoa humana, o que favoreceu a consolidação do ideal da dignidade da pessoa humana e dos

³⁹ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004. p. 112.

⁴⁰ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro. In: **Revista da EMERJ**, v. 4, n. 15, 2001. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista15/revista15_11.pdf. p. 72.

⁴¹ CANTALI, op. cit., p. 41-48.

⁴² SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da personalidade e sua tutela**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 42.

Direitos Humanos nos âmbitos nacional e internacional. Tem-se uma mudança de perspectiva, marcada especialmente pela Constituição de Weimar, de 1919, pelo Tratado de Versailles, também de 1919 e pela formalização da Carta das Nações Unidas, de 1945⁴³. Consagrou-se, também, no âmbito interno de outros países através da Constituição do México de 1917, do esboço da Constituição Francesa de 1940 e da Lei Constitucional Espanhola de 1945, que foram incorporando o ideal da dignidade humana nos seus textos constitucionais⁴⁴.

Nesta toada, Elimar Szaniawski corrobora ao pontuar que as guerras mundiais ocasionaram mudanças no sistema jurídico clássico, à medida que a afronta à vida e à liberdade avivou socialmente a necessidade de resguardar a pessoa humana em sua integralidade. Diante disso, o texto constitucional passou a versar também sobre temas originariamente tutelados pela seara do Direito Civil, consagrando princípios e regras norteadoras de toda a regulamentação social, bem como enaltecendo o homem e sua dignidade humana⁴⁵.

Em outras palavras, dadas as limitações da proteção conferida à pessoa humana no contexto do constitucionalismo liberal, identificou-se a necessidade de ir além das liberdades individuais e implementar prestações estatais positivas, com vistas a propiciar a efetiva tutela da dignidade humana. Afinal, nos dizeres de Daniel Sarmiento, “com o passar do tempo, foi se consolidando a convicção de que, até para o efetivo desfrute dos direitos individuais, era necessário garantir condições mínimas de existência para cada ser humano”⁴⁶. Isso foi ratificado pela quebra da Bolsa de Nova Iorque de 1929 – que gerou sérios problemas econômicos e de desemprego – e resultou, no século XX, no Estado do Bem-Estar Social – que passou a zelar pelos direitos trabalhistas, a instituir normas de ordem pública para tutelar interesses coletivos, direitos sociais, a buscar a igualdade material, dentre outras preocupações.

No plano internacional, tal transformação axiológica se irradiou e se consagrou através de documentos como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948; a Convenção Europeia dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, de

⁴³ GROKSKREUTZ, Hugo Rogério. **Manifestações dos Direitos da personalidade no processo penal**. 225 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas). Universidade Cesumar - Unicesumar. Orientador: Dr. Gustavo Noronha de Ávila, Maringá, 2021. p. 24-25.

⁴⁴ BARROSO, op. cit., p. 19-20.

⁴⁵ SZANIAWSKI, op. cit., p. 55-57.

⁴⁶ SARMENTO, op. cit., p. 31-35.

1950 e o Pacto Internacional sobre Direitos Humanos e Civis, de 1966⁴⁷. Menciona-se, também, a Carta Europeia de Direitos Fundamentais, de 2000, e o esboço da Constituição Europeia, de 2004⁴⁸.

Neste sentido, Hugo Rogério Grokskreutz concebe a Declaração Universal dos Direitos Humanos enquanto um registro de destaque para a tutela da pessoa humana, à medida que explicitou o ideal da dignidade humana e sedimentou o homem enquanto valor central do ordenamento jurídico⁴⁹. Luís Roberto Barroso, por sua vez, corrobora ao identificar a disseminação do valor da dignidade no plano internacional e pontua que “consagrada expressamente ou não no texto constitucional, tem se tornado um instrumento argumentativo poderoso para Tribunais Constitucionais e Cortes Supremas de diferentes continentes”⁵⁰.

Mais que isso, pode-se ir além dos âmbitos nacional e internacional, culminando na transnacionalização do ideal da dignidade humana. Na modernidade, as sistematizações jurídicas e seus delineamentos ultrapassam as barreiras geográficas e políticas para exercerem influência – trocas de informações e perspectivas – entre si. Torna-se, desse modo, a concepção constitucional da dignidade humana ainda mais robusta⁵¹.

Luís Roberto Barroso sintetiza:

Em um primeiro momento, a proteção e promoção da dignidade humana foram consideradas tarefas exclusivas dos poderes políticos do Estado, ou seja, dos poderes Executivo e Legislativo. Não demorou muito, entretanto, para que essas metas políticas e valores morais inscritos na dignidade migrassem para o direito. Uma razão óbvia para essa migração foi o fato de a dignidade humana ter sido consagrada em diversos documentos e tratados internacionais, assim como em muitas constituições nacionais. Mas a ascensão da dignidade humana como um conceito jurídico, nos dois lados do Atlântico, foi consequência de uma mudança fundamental no pensamento jurídico, que se tornou mais visível e concreta depois da Segunda Guerra. De fato, conforme os dois pilares do pensamento jurídico clássico — a *summa divisio* entre o direito público e privado e a crença no formalismo e no raciocínio pura mente dedutivo — começaram a ruir, a interpretação jurídica fez um movimento decisivo na direção da filosofia moral e política. Isso é particularmente verdadeiro nas decisões envolvendo casos difíceis, em que não há soluções claras e acabadas no direito positivo. Esses casos envolvem lacunas, princípios conflitantes, desacordos morais ou ambiguidades. Nesse

⁴⁷ CANTALI, Fernanda Borghetti. **Direitos da personalidade**: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 55.

⁴⁸ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro. **Revista da EMERJ**, v. 4, n. 15, 2001. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista15/revista15_11.pdf. p. 20.

⁴⁹ GROKSKREUTZ, op. cit., p. 26.

⁵⁰ BARROSO, op. cit., p. 29.

⁵¹ Ibid., p. 33-35.

novos ambiente pós-positivista, no qual a constituição e os princípios constitucionais, expressos ou implícitos, desempenham uma função central, os juízes e as cortes frequentemente necessitam recorrer à moralidade política com a finalidade de aplicar os princípios corretamente. Isso tudo favoreceu a ascensão da dignidade humana⁵².

Assim, no pós-positivismo, foi-se além da separação entre o público e o privado para promover uma abertura valorativa que resguardasse o homem de maneira concreta e integral. Confere-se, nesta perspectiva neoconstitucionalista, posição de destaque aos princípios, que recebem caráter normativo e passam a alicerçar todo o ordenamento jurídico⁵³. Segundo Cantali, “a partir daí, valorizando a tutela da pessoa humana, iniciou-se o processo de proteção do homem por sua dignidade existencial e começou a se delinear o perfil apresentado hoje pelos direitos da personalidade”⁵⁴.

Em outras palavras, tem-se com o pós-positivismo uma reconciliação entre a moral, a ética e o direito, com ênfase na dignidade humana⁵⁵. Fala-se no Direito Constitucional contemporâneo. Em oposição ao positivismo, atribui-se força normativa aos princípios, promove-se uma aproximação entre o Direito e a ética, com vistas a promover a justiça, e resgata-se a argumentação jurídica na aplicação do direito ao caso concreto⁵⁶.

Acerca da centralidade atribuída à pessoa humana e à personalidade no ordenamento jurídico, Fernanda Borghetti Cantali consigna:

A ideia de pessoa e de personalidade é fundamental para a compreensão do fenômeno jurídico, na medida em que o Direito é concebido tendo como destinatários os seres humanos em convivência. O Direito existe por causa do homem, sendo este o sujeito primário daquele. Por esta razão, sempre se vislumbrou a pessoa como protagonista do cenário jurídico, com a valoração da pessoa e a tutela dos direitos inerentes a ela constituindo fruto de um processo histórico longo, mas de construção teórica efetiva recente⁵⁷.

Imperou-se, com isso, uma compreensão unitária da ordem jurídica, assentada na dignidade da pessoa humana e no livre desenvolvimento da personalidade, não

⁵² BARROSO, op. cit., p. 62-63.

⁵³ GROSKREUTZ, Hugo Rogério. **Manifestações dos Direitos da personalidade no processo penal**. 225 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas). Universidade Cesumar - Unicesumar. Orientador: Dr. Gustavo Noronha de Ávila, Maringá, 2021. p. 29.

⁵⁴ CANTALI, Fernanda Borghetti. **Direitos da personalidade**: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 50.

⁵⁵ BARROSO, op. cit., p. 19.

⁵⁶ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004. p. 78-88.

⁵⁷ CANTALI, op. cit., p. 27.

mais voltada exclusivamente à tutela patrimonial. Os conteúdos outrora concebidos de maneira apartada na seara civil privada, passam a incorporar as constituições – constitucionalismo –, num caminhar principiológico para a descodificação. Fala-se na constitucionalização, na personalização, na publicização e na despatrimonialização do direito privado⁵⁸.

Perpassou-se, portanto, pela ideia de um direito natural (jusnaturalismo), transposto para o direito codificado (positivismo), até uma concepção preponderantemente principiológica e valorativa (pós-positivismo), para consagrar o ideal da dignidade da pessoa humana enquanto valor nuclear da tutela que recai sobre a pessoa humana. Valor, este, que pode ser assimilado na qualidade do respeito ao outro, que é único, livre e valioso⁵⁹.

Hugo Rogério Grokskreutz elucida o percurso evolutivo que culminou na tutela da pessoa humana e de sua dignidade enquanto valor central do ordenamento jurídico:

Outrora o Direito era calcado apenas em interesses e aspectos patrimoniais no sentido de que só seria titular de Direitos aqueles indivíduos que fossem pugnar pela proteção de seus bens, numa ótica arcaica em que a pessoa em si era irrelevante. No entanto, a evolução da humanidade gradativamente alterou tal concepção e passou a reconhecer o ser humano como o foco principal do Direito, despertando nos juristas e nos Estados soberanos o entendimento de que o desiderato de qualquer instituto jurídico é o homem, a pessoa, e que todas as suas previsões devem ser em seu favor (...). Neste contexto, a dignidade humana surgiu como forma de contenção de poder mediante o reconhecimento do ser humano como sujeito de Direitos e possuidor de personalidade, cujo corpo e demais elementos morais e intelectuais devem ser protegidos frente a esta interminável contenda com o poder⁶⁰.

Maria Celina Bodin de Moras também consigna que a centralidade patrimonial civilista do ordenamento jurídico cedeu espaço à proteção da pessoa a partir de uma nova perspectiva constitucional, identificando, em outros termos “a prevalência, sobre o patrimônio, da proteção da personalidade humana”⁶¹. Outrossim, Anderson

⁵⁸ CANTALI, Fernanda Borghetti. **Direitos da personalidade**: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 48-54.

⁵⁹ GROKSKREUTZ, Hugo Rogério. **Manifestações dos Direitos da personalidade no processo penal**. 225 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas). Universidade Cesumar - Unicesumar. Orientador: Dr. Gustavo Noronha de Ávila, Maringá, 2021. p. 30.

⁶⁰ Ibid., p. 18.

⁶¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. Ampliando os direitos da personalidade. **Revista de Saúde Pública**, v. 41, n. 5, 2007. Disponível em: https://www.academia.edu/9689598/Ampliando_os_direitos_da_personalidade. p. 1-3.

Schreiber pontua que a consagração do valor da dignidade humana decorre de uma nova visão nos âmbitos jurídicos internacional e nacional no sentido de prezar pela defesa e pela manutenção da humanidade. Com isso, afasta-se pouco a pouco dos ideais liberais e aproxima-se de um viés humanitário e solidário. Centra-se, assim, na concepção de que o ser humano, em sua essência, possui qualidades únicas e singulares que o identificam como tal, a ponto de ser merecedor de um tratamento ímpar⁶².

Nesta toada, Luís Roberto Barroso identifica a dupla perspectiva da dignidade humana: “uma interna, expressa no valor intrínseco ou próprio de cada indivíduo; outra externa, representando seus direitos, aspirações e responsabilidades, assim como correlatos deveres de terceiros”⁶³. Tem-se, em outras palavras, um valor plural oriundo de ideais morais, religiosos, filosóficos e políticos, que foi internalizado ao universo jurídico e consagrado nos textos constitucionais, especialmente em detrimento de um novo prisma consolidado após as guerras mundiais.

Ricardo Timm de Souza acrescenta ao vislumbrar uma acepção contemporânea da dignidade humana à luz da alteridade, do anseio por justiça e da liberdade ética:

Em outras palavras: o Outro é a condição da socialidade real, aquela que não é uma mera multiplicação de indivíduos e grupos, que é qualidade e não mera quantidade, que é conteúdo e não mera forma, e que pode reduzir as falsas sociabilidades, as sociedades falsas, baseadas na exploração do Outro e da natureza, à sua crua essência perversa, mostrando-as como, simplesmente, a disseminação da Totalidade que se disfarça interminavelmente em conceitos caros à tradição e que se transmuta a cada instante naquilo que o delírio quer ouvir: a paralisia do tempo e do espaço em torno ao pólo único de sentido, a mônada solitária. Quebrar a lógica do sentido único, trincar irrevogavelmente a mônada solitária, é a condição da dignidade humana. Dignidade humana: direito de ter tempo. A questão da dignidade humana, que passa por uma elaboração extremamente complexa das suas condições antropológicas de possibilidade – da qual todo o texto precedente é pálido testemunho –, desemboca no questionamento do presente como radical questionamento por justiça, ou seja, como radical exigência de promoção de sua alteridade. Dignidade humana é exigência de vida propriamente humana. Mas apenas quando o Outro fala desde si mesmo, quando há a ruptura da mônada que se constitui no pólo egoísta da possibilidade humana, ou seja, quando a unicidade não devora a realidade circundante – não decai em massa – e se reafirma pela diferença com o que não é ela, havendo sido investida em sujeito ético, renunciando às tentações do autismo – do egoísmo da mera individualidade, finalmente autofágica –, e aceita a dor da diferença, do instante, da sobrevivência, sem reduzir tal a alguma fórmula, assumindo o limite do instante e destilando o seu próprio mundo humano, sua própria

⁶² SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 6-8.

⁶³ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro. **Revista da EMERJ**, v. 4, n. 15, 2001. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista15/revista15_11.pdf. p. 61-63.

dignidade intervalar, apenas então é que se pode falar de vida propriamente humana – ou seja: de dignidade humana⁶⁴.

Dada a multiplicidade de fatores históricos e sociais que influenciaram a construção da dignidade humana, pode não ser simples formular um conceito acerca de seu conteúdo. Todavia, a despeito do caráter plural, é relevante estabelecer a sua acepção central, a fim de conferir certa objetividade e harmonia na sua utilização.

Neste sentido, Daniel Sarmento evidencia que o ideal da dignidade humana implica na prevalência do homem sobre o Estado, ou, ainda, na finalidade de concretizar os direitos fundamentais da pessoa humana, concebendo o Estado enquanto um instrumento para tanto. Para ele, a dignidade tem fundamento na doutrina cristã, no humanismo e no iluminismo, e foi se ampliando ao longo do tempo, desde a ideia central da racionalidade e autonomia humanas, até o reconhecimento da existência de necessidades básicas mínimas a serem resguardadas, a englobar todos os direitos fundamentais⁶⁵.

Anderson Schreiber, por sua vez, adverte que face a complexidade na definição do que se concebe por dignidade humana, bem como face a multiplicidade de elementos que influenciam em tal definição, revela-se pertinente que sua substância não seja elencada de maneira taxativa. Ao contrário, deve-se canalizar esforços no integral resguardo da pessoa humana, que é a sua finalidade maior, compreendendo que o seu conteúdo pode sofrer alterações em decorrência do tempo e da sociedade em que se insere – desde que não implique na objetificação humana –, uma vez que o livre desenvolvimento do homem também está atrelado a aspectos culturais e às vivências experimentadas⁶⁶.

Consigna-se, ademais, a existência de três elementos a compor a dignidade segundo Barroso: “1. O valor intrínseco de todos os seres humanos; assim como 2. A autonomia de cada indivíduo; e 3. Limitada por algumas restrições legítimas impostas a ela em nome de valores sociais ou interesses estatais (valor comunitário)”⁶⁷. O primeiro, decorrente da própria natureza humana – racional, sensível e comunicativa; o segundo, consistente na autodeterminação e na vontade individual – razão,

⁶⁴ SOUZA, Ricardo Timm de. A dignidade humana desde uma antropologia dos intervalos – uma síntese. **Revista Veritas**, v. 53, n. 2, abr./jun. 2008, p. 120-149. Disponível em: <https://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/veritas/article/view/4464/3385>. p. 148.

⁶⁵ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004. p. 111-113.

⁶⁶ SCHREIBER, op. cit., 2014. p. 8-9.

⁶⁷ BARROSO, op. cit., p. 72.

independência e escolha; o terceiro, derivado de um viés heterônomo comunitário, implica em restrições culturais e legais à autonomia privada em detrimento da efetivação de direitos do próprio do sujeito, do próximo e dos valores coletivos. E, para tanto, ele também consigna a relevância da separação entre o Estado e a Igreja – laicidade –, bem como da neutralidade entre os diversos vieses políticos, com vistas a alcançar um ideal da dignidade com ampla aceitação, atrelado à racionalidade pública.

No âmbito nacional brasileiro, verifica-se que o ideal da dignidade humana constitui um dos fundamentos do Estado democrático de Direito, nos moldes do artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal⁶⁸. Opera, portanto, como um norte orientativo para todo o ordenamento jurídico no caso concreto, bem como enquanto uma fonte de direitos. Segundo Daniel Sarmento, configura “o princípio mais relevante da nossa ordem jurídica”, decorrente da redemocratização propiciada pela Constituição Brasileira de 1988, que inovou nas previsões normativas ao estabelecer o voto direto e universal, instituir novos remédios constitucionais, tutelar o resguardo ambiental e conferir especial ênfase aos direitos fundamentais, dentre outras medidas, a englobar prestações estatais positivas com vistas a assegurar as necessidades mínimas vitais do indivíduo⁶⁹.

Nesta perspectiva, Ingo Sarlet reitera ao vislumbrar a dignidade humana enquanto fundamento da ordem jurídica, operando como um limitador e um encargo do Estado:

Com o reconhecimento expresso, no título dos princípios fundamentais, da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do nosso Estado Democrático (e Social) de Direito (art. 1º, inc. III, da CF), o Constituinte de 1987/88, além de ter tomado uma decisão fundamental a respeito do sentido, da finalidade e da justificação do exercício do poder estatal e do próprio Estado,²⁷⁶ reconheceu expressamente que é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, já que o homem constitui a finalidade precípua, e não meio da atividade estatal. Em outras palavras, de acordo com a lição de Jorge Reis Novais, no momento em que a dignidade é guindada à condição de princípio constitucional estruturante e fundamento do Estado Democrático de Direito, é o Estado que passa a servir como instrumento para

⁶⁸ Art. 1º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político.

⁶⁹ SARMENTO, op. cit., p. 108-113.

a garantia e promoção da dignidade das pessoas individual e coletivamente consideradas⁷⁰.

Isso significa dizer que o princípio da dignidade humana configura um valor central e supremo do ordenamento jurídico brasileiro, em relação ao qual derivam os demais princípios e garantias fundamentais que salvaguardam a pessoa. Concatenada com a ideia de que as condições mínimas de existência devem ser asseguradas ao homem, a dignidade, expressamente consagrada no texto constitucional pátrio, é imprescindível, está na essência humana e não é passível de equiparação aos bens materiais, tampouco de precificação. Nos dizeres de Rodrigo Saldanha, a dignidade “é um princípio máximo a ser respeitado, constituído historicamente pela cultura e luta dos povos, pois é fundamental para a valorização do homem como pessoa, para a evolução do indivíduo e, conseqüentemente, da sociedade como um todo”⁷¹.

Por fim, a despeito da construção histórica que culminou na consagração do ideal da dignidade humana ao redor do mundo, ressalva-se a existência de críticas a respeito de sua identificação enquanto conceituação jurídica. Argumenta-se, nesta perspectiva, que ela não está positivada em alguns textos constitucionais – como ocorre no ordenamento jurídico francês e no norte-americano –, bem como que sua origem seria questionável e que a delimitação de seu conteúdo seria complexa, ampla, talvez mesclada com a moral. De todo modo, tais críticas se revelam obsoletas e não arrebatam o significativo valor atribuído à dignidade humana, que não depende da expressa consagração legal para ser aplicada e que está centrada em um mínimo de resguardo que deve ser assegurado ao homem⁷².

1.2 DIREITOS HUMANOS, DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITOS DA PERSONALIDADE

⁷⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 75.

⁷¹ SALDANHA, Rodrigo Róger. **Aspectos controvertidos sobre o testamento vital**: a celeuma entre a manifestação de vontade do testador e o tempo de validade das diretivas antecipadas para garantia dos direitos da personalidade. 167 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas). Universidade Cesumar - Unicesumar. Orientador: Dr. José Sebastião de Oliveira, Maringá, 2017. p. 17-21.

⁷² BARROSO, op. cit., p. 55-60.

Uma vez assinalada a dignidade da pessoa humana enquanto valor fulcral do ordenamento jurídico, que se centra na tutela da pessoa humana, depreendem-se as concepções dos direitos humanos, fundamentais e da personalidade, que dela decorrem. Afinal, como consigna Luís Roberto Barroso, “a dignidade humana e os direitos humanos (ou fundamentais) são intimamente relacionados, como as duas faces de uma mesma moeda ou, para usar uma imagem comum, as duas faces de Jano”⁷³.

No que concerne aos direitos humanos, tratam-se de uma construção histórica decorrente de lutas sociais contra as atrocidades praticadas pelo homem, com vistas a resguardar a dignidade humana. Em outras palavras, consistem na proteção no plano internacional dos direitos intrínsecos a pessoa humana⁷⁴.

Eles consagram, nos dizeres de Fabio Konder Comparato:

Inegavelmente, a Declaração Universal de 1948 representa a culminância de um processo ético que, iniciado com a Declaração de Independência dos Estados Unidos e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, da Revolução Francesa, levou ao reconhecimento da igualdade essencial de todo ser humano em sua dignidade de pessoa, isto é, como fonte de todos os valores, independentemente das diferenças de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição, como se diz em seu artigo II. E esse reconhecimento universal da igualdade humana só foi possível quando, ao término da mais desumanizadora guerra de toda a História, percebeu-se que a ideia de superioridade de uma raça, de uma classe social, de uma cultura ou de uma religião, sobre todas as demais, põe em risco a própria sobrevivência da humanidade⁷⁵.

Conceituam-se, portanto, enquanto direitos intrínsecos ao ser humano, que independem de positivação para existirem – sua origem preexiste à organização política – e cuja tutela vai além da ação estatal, com prevalência para as necessidades das pessoas que tem os seus direitos violados⁷⁶.

Pode-se dizer, ademais, que tais direitos correspondem à consagração da retomada dos valores iluministas da igualdade, da liberdade e da fraternidade no

⁷³ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro. In: **Revista da EMERJ**, v. 4, n. 15, 2001. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista15/revista15_11.pdf. p. 75.

⁷⁴ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional**: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 64-65.

⁷⁵ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 240.

⁷⁶ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003. p. 45.

âmbito universal. Assim, no contexto de consequências das guerras mundiais, sedimentaram-se paulatinamente direitos de proteção ao homem no âmbito internacional, com destaque para o marco histórico inicial da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948⁷⁷.

Em outros termos, denota-se que a concepção de direitos que resguardam a pessoa humana foi se consolidando e ampliando ao longo da história como produto de lutas sociais e políticas, ideais filosóficos e religiosos, diferenças culturais e anseios pela afirmação da dignidade humana. Apesar de seu princípio remontar ao início das civilizações, a consolidação jurídica no âmbito internacional – *corpus juris* – é recente e se evidencia especialmente a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948 e da retomada dos valores iluministas, que sedimentaram a busca global pelo bem comum e pela emancipação do homem⁷⁸.

Resgata-se, nesta perspectiva, o ideal de Immanuel Kant no sentido de que as pessoas não podem ser instrumentalizadas, tampouco podem ser precificadas, afinal, elas são dotadas de um valor inato, decorrente de sua própria condição e essência humanas. Assim, emerge a concepção do direito internacional dos direitos humanos – relativização da soberania dos Estados e sedimentação no âmbito internacional do resguardo do homem e de um sistema internacional de proteção –, em paralelo à abertura valorativa havida nos textos constitucionais nacionais, ambos fundamentados na proteção da dignidade humana e no resguardo de direitos nucleares intrínsecos à pessoa humana⁷⁹.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho acrescenta que tais direitos consistem “na afirmação internacional dos direitos fundamentais” ou, melhor dizendo, no “desenvolvimento de sistemas de proteção internacional de tais direitos” em detrimento do ultraje havido com as guerras mundiais e os regimes totalitários. Diante disso, no ano de 1945, finda a Segunda Guerra Mundial, mesmo ano em que foi criada a Organização das Nações Unidas (ONU) com vistas à promoção da paz e do respeito aos direitos humanos. Na sequência, no ano de 1948, foi editada a Declaração Universal dos Direitos do Homem – recomendação –, com aprovação unânime por quarenta e oito votos, além de oito abstenções – União Soviética, Ucrânia, Belarus, Polônia, Tchecoslováquia, Iugoslávia, Arábia Saudita e África do Sul – e, no ano de

⁷⁷ COMPARATO, op. cit., p. 238.

⁷⁸ TRINDADE, op. cit., p. 33-39.

⁷⁹ PIOVESAN, op. cit., p. 66-68.

1966, foram elaborados o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – tratados que vinculam os Estados signatários⁸⁰.

Em que pese decorrerem da trajetória histórica da civilização ocidental, com influência do ideal iluminista, eles se universalizaram, com vistas a resguardar toda e qualquer pessoa humana, independentemente de sua origem ou cultura⁸¹. Antônio Augusto Cançado Trindade também reconhece as características da universalidade e da indivisibilidade presentes nos direitos humanos a partir do aprendizado decorrente das guerras mundiais e da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948. Segundo ele, “já não se tratava de proteger indivíduos sob certas condições em situações circunscritas como no passado (...), mas doravante de proteger o ser humano como tal”, bem como, não se revelava suficiente que tal proteção se desse apenas no âmbito do Estado, era necessário assegurar instrumentos internacionais de resguardo integral⁸².

Igualmente, Flávia Piovesan identifica o caráter universal – se estendem a toda pessoa diante de sua essência – e o caráter indivisível – devem ser resguardados de maneira integral, uma vez que a afronta a algum direito implica na consequente afronta aos demais – dos direitos humanos e consigna que a concepção contemporânea dos direitos humanos, que os concebe de maneira internacionalizada, remonta ao pós-guerras mundiais – atrocidades praticadas pelo nazismo –, à Declaração Universal de Direitos Humanos, de 1948, e à Declaração de Direitos Humanos de Viena, de 1993. A partir de tais marcos históricos foi possível vislumbrar que o Positivismo Jurídico exacerbado e totalmente apartado das concepções valorativas e éticas pode implicar na legitimação de crueldades e incivilidades. Nas suas palavras:

É nesse cenário que se vislumbra o esforço de reconstrução dos direitos humanos, como paradigma e referencial ético a orientar a ordem internacional contemporânea. Com efeito, no momento em que os seres humanos se tornam supérfluos e descartáveis, no momento em que vige a lógica da destruição, em que é cruelmente abolido o valor da pessoa humana, torna-se necessária

⁸⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 13. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011. p. 110-113.

⁸¹ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004. p. 26-27.

⁸² TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. As sete décadas de projeção da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948-2018) e a necessária preservação de seu legado. **Revista Interdisciplinar de Direito**, v. 16, n. 2, p. 17-48, 2018. Disponível em: <https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=edsdoj&AN=edsdoj.7f0982eae25d4e758e203d1aafd12ca2&lang=pt-br&site=eds-live>. p. 18-19.

a reconstrução dos direitos humanos, como paradigma ético capaz de restaurar a lógica do razoável. A barbárie do totalitarismo significou a ruptura do paradigma dos direitos humanos, por meio da negação do valor da pessoa humana como valor-fonte do Direito. Se a Segunda Guerra significou a ruptura com os direitos humanos, o Pós-Guerra deveria significar a sua reconstrução⁸³.

A partir do resgate valorativo da pessoa humana, estabeleceu-se a noção do mínimo ético irreduzível, consubstanciado por um núcleo central de direitos atrelados à essência humana e não passíveis de derrogação. Afinal, nas palavras de Fábio Konder Comparato, “a sobrevivência da humanidade exigia a reorganização da vida em sociedade em escala planetária, com base no respeito absoluto à pessoa humana”⁸⁴. Tem-se, assim, a concepção do mínimo ético irreduzível.

Para tanto, denota-se que a aplicabilidade e a validade dos direitos humanos não estão condicionadas à consagração em documentos. À medida que tais direitos estão associados à proteção da dignidade humana, eles podem – e devem – ser concretizados independentemente da ratificação em tratados ou convenções internacionais – normas imperativas de *jus cogens* –, a serem norteados e integrados pelos costumes e pelos princípios gerais do direito internacional⁸⁵.

Nos dizeres de Antônio Augusto Cançado Trindade:

Passou a manifestar-se um consenso da virtual totalidade dos Estados do mundo no sentido de fazer figurar, dentre as violações mais graves dos direitos humanos, os atos de genocídio, o apartheid e a discriminação racial, a prática de tortura e a de desaparecimentos forçados de pessoas – o que implicava um acordo de princípios quanto a certos direitos básicos e inderrogáveis a serem gradualmente ampliados. Passou-se a associar a proibição absoluta de tais violações graves dos direitos humanos com a emergência e consolidação do *jus cogens* no direito internacional contemporâneo e a gradual ampliação de seu conteúdo material no âmbito da proteção internacional dos direitos humanos. Trata-se de claras indicações de um novo *ethos*, da fixação de parâmetros de conduta em torno valores básicos universais a serem observados e seguidos por todos os Estados e povos, tendo presente a nova dimensão dos direitos humanos a permear todas as áreas da atividade humana⁸⁶.

⁸³ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional**: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 65.

⁸⁴ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 558.

⁸⁵ Ibid., p. 238-239.

⁸⁶ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. As sete décadas de projeção da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948-2018) e a necessária preservação de seu legado. **Revista Interdisciplinar de Direito**, v. 16, n. 2, p. 17–48, 2018. Disponível em: <https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=edsdoj&AN=edsdoj.7f0982eae25d4e758e203d1aafd12ca2&lang=pt-br&site=eds-live>. p. 27-28.

Tal concepção universal levou à estruturação de um sistema internacional global de proteção dos direitos humanos. Para tanto, através dos tratados internacionais, formaliza-se o anseio geral dos Estados no sentido de resguardar o núcleo basilar dos direitos humanos – mínimo ético irreduzível. Ao lado dele, figuram também sistemas regionais complementares de proteção dos direitos humanos, como se vislumbra na Europa, na América e na África, por exemplo⁸⁷. A complementariedade havida entre o sistema global e os sistemas regionais é ratificada por Antônio Augusto Cançado Trindade, que identifica o fundamento comum entre eles na Declaração Universal dos Direitos Humanos, com vistas a propiciar diversos meios de resguardo do mínimo necessário para a pessoa humana⁸⁸.

Acerca do Sistema Global de Proteção dos Direitos Humanos exercido pela ONU (Organização das Nações Unidas), Eneida Orbage Taquary complementa que ele consiste no conjunto de normas, órgãos e mecanismos que visam promover a tutela dos direitos humanos a nível global, com fulcro na Carta Internacional de Direitos Humanos – que é composta pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, pelo Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e pelo Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Para tanto, vislumbra-se a existência de mecanismos convencionais – instrumentos de supervisão, comunicações interestatais e relatórios, submissão voluntária dos Estados-Partes – e de mecanismos não convencionais – maior intervencionismo mediante procedimentos confidenciais, ostensivos e relatórios temáticos – de tutela dos direitos humanos⁸⁹.

Os sistemas regionais, por sua vez, operam no âmbito regional, por meio da reunião de países de um determinado continente. Assinala-se, a título de exemplo, o Sistema Interamericano de Direitos Humanos – aderido pelo Brasil –, instituído a partir do Pacto de São José da Costa Rica, do ano de 1969, também conhecido como Convenção Americana de Direitos Humanos. Tal sistema recebe queixas e examina

⁸⁷ PIOVESAN, op. cit., p. 69-71.

⁸⁸ TRINDADE, op. cit., p. 27.

⁸⁹ TAQUARY, Eneida Orbage. A proteção à pessoa humana: sistema normativo de proteção global geral. **Universitas Jus**, v. 25, n. 1, p. 1-21, 2014. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/jus/article/view/2387/2292>. p. 69-71. p. 144-149.

possíveis violações aos direitos humanos através da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e da Corte Interamericana de Direitos Humanos⁹⁰.

Seja no âmbito internacional global ou regional, ou, ainda, no plano nacional interno, o que se denota no contexto dos direitos humanos é a união de esforços para a proteção integral da pessoa humana – anseio comum a ser atingido –, com a prevalência da normativa que propicie maior resguardo a tais direitos. Vislumbra-se, diante disso, o entrosamento entre os tratados, convenções e órgãos internacionais, e os Estados – que igualmente exercem atribuições na tutela destes direitos –, o que pode ser verificado através da abertura valorativa dos textos constitucionais para os direitos humanos⁹¹.

Tal proteção integral do homem no âmbito internacional se dá, também, na seara Penal. Menciona-se neste contexto a instituição do Tribunal Penal Internacional a partir do Tratado de Roma, do ano de 1998, em relação ao qual o Brasil é signatário. Constituído por dezoito juízes, o tribunal julga delitos atinentes ao genocídio⁹². Nesta toada, Hugo Rogério Grokskreutz consigna que “os Direitos humanos estão também salvaguardados criminalmente por conta da instituição do Tribunal Penal Internacional, ante a criação do Estatuto de Roma decorrente de uma Conferência Diplomática que ocorreu de 15 de junho a 17 de julho de 1998”⁹³.

Menciona-se, por fim, que a democracia é o regime político que se revela mais harmônico quando se visa o resguardo dos direitos humanos. Isso porque ela propicia maior autonomia e emancipação dos indivíduos no que tange ao exercício dos direitos, especialmente os direitos políticos, de modo a viabilizar o pensamento e os movimentos reacionais pelos grupos vulneráveis. Nos dizeres de Flávia Piovesan, “não há direitos humanos sem democracia, tampouco democracia sem direitos humanos”⁹⁴. Igualmente, Antônio Augusto Cançado Trindade identifica a vinculação

⁹⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 13. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011. p. 115-116.

⁹¹ TRINDADE, op. cit., p. 29.

⁹² FERREIRA FILHO, op. cit., p. 114-115.

⁹³ GROKSKREUTZ, Hugo Rogério. **Manifestações dos Direitos da personalidade no processo penal**. 225 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas). Universidade Cesumar - Unicesumar. Orientador: Dr. Gustavo Noronha de Ávila, Maringá, 2021. p. 28.

⁹⁴ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional**: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 71.

entre a democracia, o desenvolvimento e os direitos humanos, com predomínio do resguardo da pessoa humana e de sua dignidade⁹⁵.

Em outros termos, tem-se que o regime político democrático melhor se amolda à promoção da justiça distributiva, que é necessária para a efetivação do resguardo dos direitos do homem e de sua dignidade – especialmente no que concerne à concretização dos direitos sociais dos grupos sociais vulneráveis. Nas palavras de José Eduardo Faria:

O diagnóstico que se pode fazer resumidamente é o seguinte: as demandas populares, isto é, as demandas por políticas públicas compensatórias e sociais, as demandas das classes populares para sermos mais claros, colocam em questão o processo global de apropriação de riquezas e dos benefícios sociais de modo geral. Por isto a dificuldade em resolver, pela via judicial, demandas que são coletivas. São coletivas no sentido da vontade geral de Rousseau, ou do bem comum de Sto. Tomás, ou seja, dizem respeito às condições de possibilidade de colaboração, convivência, ação comum em dada sociedade⁹⁶.

Fábio Konder Comparato também ratifica que “só a democracia assegura a organização da vida internacional com base no respeito à dignidade humana”, à medida que promove a efetividade dos direitos humanos e fundamentais. Ele pontua, além disso, que tal caráter democrático não deve ficar adstrito aos Estados, devendo, também, ser aplicado nas organizações internacionais – a destacar a sua aplicabilidade na Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU) – com vistas a oportunizar representatividade aos seus países membros em defesa dos direitos humanos e da dignidade humana⁹⁷.

Quanto aos direitos fundamentais, por sua vez, consistem em um conjunto de valores imprescindíveis ao desenvolvimento da pessoa e à dignidade humana que estão assentados no texto constitucional. Tratam-se de direitos iminentemente oriundos da seara pública do direito, aplicáveis às pessoas naturais e jurídicas, provindos de um gradual caminhar histórico de tutela dos atributos inatos do ser humano⁹⁸.

⁹⁵ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.p. 39.

⁹⁶ FARIA, José Eduardo. **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. 1. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998. p. 124-139.

⁹⁷ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 575-577.

⁹⁸ SALDANHA, Rodrigo Róger. **Aspectos controvertidos sobre o testamento vital**: a celeuma entre a manifestação de vontade do testador e o tempo de validade das diretivas antecipadas para garantia

Conceituam-se tais direitos, nas palavras de Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

Enfim, os direitos fundamentais (na sua primeira face), nos termos em que o pacto os preserva, constituem limitação ao poder. O Poder Político, estabelecido pela Constituição – ela própria garantia institucional do pacto – nada pode contra eles.

Definem esses direitos a fronteira entre o que é lícito e o que não o é para o Estado. E, limitando o poder, deixam fora de seu alcance um núcleo irredutível de liberdade⁹⁹.

Distinguem-se dos direitos humanos à medida que estes são intrínsecos à pessoa e decorrem de sua própria natureza – direito natural –, cuja existência vai além do direito posto pelo Estado. Já os direitos fundamentais, apesar de associados da condição humana, dependem da positivação no texto constitucional – direito positivo¹⁰⁰. Em outras palavras, diferenciam-se dos direitos humanos à medida que estes independem da consagração em documentos ou textos legais – implicam em imposições decorrentes da dignidade humana –, enquanto os direitos fundamentais dependem da positivação constitucional – operam como a consagração escrita dos direitos humanos no texto constitucional¹⁰¹. Correspondem, portanto, a produtos históricos decorrentes de embates sociais, políticos e culturais em defesa da dignidade humana que foram incorporados no direito posto pelos Estados. Destacam-se como marcos significativos neste contexto a Revolução Francesa – difusão dos valores da igualdade, fraternidade e liberdade, que lastreiam os direitos fundamentais até os dias de hoje – e a consolidação estatal dos Estados Unidos da América¹⁰².

Luís Roberto Barroso vislumbra a existência de inúmeros direitos fundamentais decorrentes do valor intrínseco da dignidade humana – valor inerente à raça humana, que é um fim em si mesmo e não é passível de precificação –, a mencionar o direito à vida, à igualdade e à integridade física e psíquica. Disso decorre, por exemplo, a vedação à tortura e às penas cruéis ou degradantes, bem como a reflexão acerca da

dos direitos da personalidade. 167 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas). Universidade Cesumar - Unicesumar. Orientador: Dr. José Sebastião de Oliveira, Maringá, 2017. p. 12.

⁹⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 13. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011. p. 24.

¹⁰⁰ BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 69-70.

¹⁰¹ COMPARATO, op. cit., p. 238-239.

¹⁰² SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004. p. 24-27.

prisão perpétua, das condições das prisões e do meio como são realizados os interrogatórios no processo penal¹⁰³.

Carlos Alberto Bittar, por seu turno, pontua que os direitos fundamentais são os direitos intrínsecos à pessoa que foram positivados pelo Estado, vinculados essencialmente ao aspecto material ou físico da pessoa. Tutela-se, a partir deles, o direito à saúde, à educação, ao trabalho, à informação, dentre outros, que, nos seus dizeres, “outorgam ao titular não um poder de livre opção ou ação, mas um poder contra a sociedade, para exigir-lhe prestações positivas, como a criação de serviços públicos essenciais”¹⁰⁴.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho inclui nos direitos fundamentais as garantias em sentido restrito e restritíssimo – instrumentos de defesa dos direitos, ou, prevenção a afrontas a direitos, tal qual a vedação à tortura em prol do resguardo do direito de liberdade de expressão. Segundo ele, tais garantias implicam no direito fundamental à segurança, que é um direito fundamental considerado em si mesmo – direito às garantias¹⁰⁵.

Daniel Sarmento acrescenta que os direitos fundamentais são os “valores nucleares de uma ordem jurídica democrática”¹⁰⁶. Isso significa dizer que eles vão além do estabelecimento de direitos ou de prestações ao Estado, e que implicam, também, na eleição dos valores primordiais ou centrais da sociedade, servindo como um fator orientativo humanitário para todo o sistema jurídico. Tanto é que foi especialmente após as atrocidades havidas nas guerras mundiais que tais direitos foram expressamente positivados nas Constituições, bem como que se notou uma abertura valorativa aos princípios que tutelam o resguardo do ser humano¹⁰⁷.

No Brasil, quando se analisa a Constituição Federal de 1988, denota-se que os direitos fundamentais constituem o epicentro do ordenamento jurídico, à medida que seus valores foram constitucionalmente assinalados e passaram a refletir sobre toda a legislação infraconstitucional. Seja no âmbito público, seja no âmbito privado,

¹⁰³ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro. **Revista da EMERJ**, v. 4, n. 15, 2001. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista15/revista15_11.pdf. p. 75-78.

¹⁰⁴ BITTAR, op. cit., p. 69-70.

¹⁰⁵ FERREIRA FILHO, op. cit., p. 50-51.

¹⁰⁶ SARMENTO, op. cit., p. 134.

¹⁰⁷ SALDANHA, Rodrigo Róger. **Aspectos controvertidos sobre o testamento vital**: a celeuma entre a manifestação de vontade do testador e o tempo de validade das diretivas antecipadas para garantia dos direitos da personalidade. 167 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas). Universidade Cesumar - Unicesumar. Orientador: Dr. José Sebastião de Oliveira, Maringá, 2017. p. 16.

prevalece o ideal da dignidade humana, a ser concretizado através dos direitos fundamentais e da filtragem constitucional que deles decorre¹⁰⁸.

Denota-se, além disso, que a Constituição brasileira vigente cataloga numericamente os direitos e garantias fundamentais através de capítulos. Todavia, a despeito da enumeração, tem-se que tal previsão legal é meramente exemplificativa, ou seja, não exaure a tutela exercida decorrente de tais direitos. Neste sentido, admite-se, inclusive, a existência de direitos fundamentais implícitos, tais quais o direito ao sigilo e o direito à incolumidade física¹⁰⁹.

Ainda que num primeiro momento tenham sido concebidos – a luz de um viés liberal – enquanto o estabelecimento de restrições à ingerência estatal na vida do indivíduo, ou, enquanto prestações negativas do Estado – dimensão subjetiva dos direitos fundamentais –, identifica-se uma mudança de perspectiva ao longo do tempo, especialmente face as guerras mundiais e o Estado Social. Passou-se, então, a concebê-los de maneira ampliativa à luz da igualdade material, da solidariedade e do mínimo existencial, o que culminou no estabelecimento de novos direitos e na definição de prestações positivas a serem asseguradas pelo Estado – dimensão objetiva dos direitos fundamentais¹¹⁰.

Daniel Sarmento sintetiza a consagração da dimensão objetiva dos direitos fundamentais e a evidencia enquanto um contributo para a dimensão originária subjetiva ao pontuar:

A ideia, enfim, é de que a realização efetiva da dignidade da pessoa humana, no quadro de uma sociedade complexa, onde o poder não repousa apenas nas mãos do Estado, mas antes se dilui por múltiplas instâncias sociais capilares, depende da existência de políticas públicas, de procedimento e de instituições adequadas, sem as quais as promessas emancipatórias dos direitos fundamentais não passarão de mera retórica¹¹¹.

Uma vez compreendida a dupla dimensão – objetiva e subjetiva – dos direitos fundamentais, insta, também, discorrer acerca das gerações ou dimensões destes direitos – estágios graduais de tomada de consciência dos direitos. Nesta toada, Manoel Gonçalves Ferreira Filho concebe a existência de três gerações ou famílias

¹⁰⁸ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004. p. 156-160.

¹⁰⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 13. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011. p. 121-123.

¹¹⁰ SARMENTO, op. cit., p. 133-135.

¹¹¹ Ibid., p. 137.

dos direitos fundamentais, a elencar (i) as liberdades públicas, (ii) os direitos sociais e (iii) os direitos de solidariedade¹¹².

Rodrigo Róger Saldanha adota o termo dimensão para contemplar o desenvolvimento histórico dos direitos fundamentais. Segundo ele, elencam-se usualmente quatro dimensões de direitos, a mencionar “os direitos à liberdade (direitos de 1ª dimensão); os direitos sociais e coletivos (direitos de 2ª dimensão); direitos transindividuais (direitos de 3ª dimensão); e, por fim, os direitos decorrentes do avanço tecnológico (direitos de 4ª dimensão)”¹¹³. Contudo, há quem também acrescente a estes o ideal da pacificação social (direitos de 5ª dimensão) e o direito à água potável (direitos de 6ª dimensão). Igualmente, Zulmar Fachin e Deise Mareline da Silva fazem alusão às dimensões dos direitos fundamentais, que vão desde as liberdades individuais, os direitos sociais e transindividuais, o direito à informação, até o direito à água potável enquanto direito de sexta dimensão¹¹⁴.

Salienta-se, no que concerne aos direitos fundamentais de cunho econômico e social – segunda dimensão – que eles se consagraram especialmente após a Primeira Guerra Mundial como resultado das consequências do liberalismo político e econômico. Contrapunha-se, neste contexto, a acentuada concentração de riquezas dos burgueses e a inércia estatal com a miséria suportada pelos trabalhadores – baixos salários, ambientes insalubres e sem proteção –, o que culminou nas condições indignas de vida da classe operária. Face a insatisfação dos grupos vulneráveis, agregaram-se às liberdades anteriormente reconhecidas direitos que visam assegurar a subsistência digna do homem e o bem comum¹¹⁵.

Quanto aos direitos de solidariedade ou direitos transindividuais – terceira geração –, por seu turno, materializam-se, a título de exemplo, no direito à paz, ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, ao desenvolvimento, ao patrimônio da humanidade, dentre outros. Tratam-se de direitos de titularidade coletiva ou difusa,

¹¹² FERREIRA FILHO, op. cit., p. 24 e 59-60.

¹¹³ SALDANHA, Rodrigo Róger. **Aspectos controvertidos sobre o testamento vital**: a celeuma entre a manifestação de vontade do testador e o tempo de validade das diretivas antecipadas para garantia dos direitos da personalidade. 167 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas). Universidade Cesumar - Unicesumar. Orientador: Dr. José Sebastião de Oliveira, Maringá, 2017. p. 13-16.

¹¹⁴ FACHIN, Zulmar; SILVA, Deise Marcelino da. **Acesso à água potável**: direito fundamental de sexta dimensão. 3. ed. Londrina: Editora Thoth, 2017. p. 63-86.

¹¹⁵ FERREIRA FILHO, op. cit., p. 59-63.

cujo objeto de tutela é complexo, podendo compreender determinados comportamentos – ações ou inações – ou determinados bens¹¹⁶.

Tem-se, assim, através das dimensões dos direitos, a síntese das fases percorridas na conquista dos direitos fundamentais ao longo da história, que se originaram no século XVII com o afastamento das arbitrariedades estatais e o estabelecimento de limites ao Estado, caminharam pelos ideais econômicas e sociais decorrentes da revolução industrial, propagaram-se para o coletivo face a transcendência do individual e chegaram aos valores do Estado Social dado o desenvolvimento das tecnologias, estando, atualmente, atrelados à paz mundial e à água potável¹¹⁷.

Consigna-se, por fim, a possibilidade de os direitos fundamentais serem afrontados pelo Estado, particularmente pelos poderes executivo e legislativo. Diante disso, anseia-se constitucionalmente pela busca de meios de defesa face às violações, tais quais os mecanismos de anulação e controle da constitucionalidade dos atos do poder legislativo, bem como o reconhecimento de eventual inconstitucionalidade por omissão¹¹⁸.

No que tange aos direitos da personalidade, também atrelados à existência e à essência humana, tem-se que eles correspondem à tutela que recai sobre as diversas manifestações da pessoa. Protege-se, a partir deles, a dignidade humana, com ênfase inicial no âmbito privado do Direito¹¹⁹. Diferenciam-se dos direitos humanos e dos direitos da personalidade pelo âmbito primordial de incidência, qual seja, as relações entre particulares, com enfoque nos aspectos psíquicos e sociais da pessoa – honra, imagem, nome, liberdade religiosa e de expressão, dentre outros –¹²⁰.

Nos dizeres de Fernanda Borghetti Cantali:

Os direitos da personalidade são os direitos atinentes à tutela da pessoa humana, os quais são considerados essenciais diante da necessária proteção da dignidade da pessoa humana e da sua integridade psicofísica. Essa categoria de direitos é construção teórica relativamente recente, cujas raízes são provenientes principalmente das elaborações doutrinárias germânicas e francesa da segunda metade do século XIX¹²¹.

¹¹⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 13. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011. p. 75-85.

¹¹⁷ SALDANHA, op. cit., p. 14-16.

¹¹⁸ FERREIRA FILHO, op. cit., p. 91-102.

¹¹⁹ SALDANHA, op. cit., p. 23-26.

¹²⁰ BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 66-68.

¹²¹ CANTALI, Fernanda Borghetti. **Direitos da personalidade**: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 28.

Carlos Alberto Bittar também identifica o caráter recente dos direitos da personalidade e menciona que eles decorrem de influências do cristianismo, que sedimentou o ideal da dignidade humana, bem como do jusnaturalismo, que emergiu a concepção de direitos naturais à pessoa, e dos filósofos, especialmente da era das luzes, que propiciaram a evidenciação do indivíduo. Assim, foi-se caminhando pouco a pouco até o reconhecimento da existência de direitos inerentes à pessoa¹²².

Outrossim, Anderson Schreiber consigna que a construção dos direitos da personalidade é datada do século XIX, de inspiração jusnaturalista da Alemanha e da França, e compreende o conjunto de prerrogativas do homem que antecedem a tutela estatal, uma vez que são intrínsecas e primordiais à pessoa humana¹²³. Elimar Szaniawski, por seu turno, evidencia que a personalidade humana pode ser compreendida enquanto o “conjunto de características da pessoa, a sua parte mais intrínseca” e que o direito de personalidade se consubstancia “em um direito subjetivo de categoria especial, de proteção e de respeito a todo ser humano¹²⁴.

De acordo com Carlos Alberto Bittar, os direitos da personalidade compreendem “a) os próprios da pessoa em si (ou originários), existentes por sua natureza, como ente humano, com nascimento; b) e os referentes às suas projeções para o mundo exterior (a pessoa como ente moral e social, ou seja, em seu relacionamento com a sociedade)”. Ele também pontua que a existência de tais direitos precede a posituação jurídica, já que advém de aspectos naturais ou intrínsecos à pessoa, que serão apenas objeto de reconhecimento ou consagração pelo Estado¹²⁵.

Adriano de Cupis, por sua vez, diferencia a personalidade e os direitos subjetivos da personalidade. A personalidade, ou capacidade jurídica, pode ser assimilada enquanto a qualidade jurídica de ser titular de direitos e obrigações – pressuposto dos direitos – que é outorgada pelo ordenamento jurídico – a despeito de também depender de fatores da natureza. Os direitos subjetivos da personalidade, segundo ele, são os direitos essenciais, aqueles “direitos sem os quais a personalidade restaria uma susceptibilidade completamente irrealizada, privada de todo valor concreto:

¹²² BITTAR, op. cit., p. 59-61.

¹²³ SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 5.

¹²⁴ SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da personalidade e sua tutela**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 57.

¹²⁵ BITTAR, op. cit., p. 42-46.

direitos sem os quais todos os outros direitos subjetivos perderiam todo o interesse para o indivíduo. (...) eles constituem a medula da personalidade”¹²⁶.

Anderson Schreiber também vislumbra a personalidade a partir de dois enfoques. O primeiro deles – aspecto subjetivo –, associa-se à capacidade jurídica ou à possibilidade de figurar enquanto titular de direitos e obrigações. O segundo deles – aspecto objetivo – compreende os direitos da personalidade ora em exame, a englobar o complexo de características da pessoa que são protegidos pelo Direito¹²⁷.

A personalidade – distinta da capacidade jurídica – compreende, portanto, a totalidade de elementos intrínsecos do homem – como a vida, a liberdade, a honra, dentre outros – e constitui o primeiro bem jurídico protegido da pessoa, que lhe proporcionará a aquisição e o exercício dos demais bens jurídicos. Os direitos da personalidade, por sua vez, compreendem o amparo jurídico que recai sobre tal bem jurídico primário, ou ainda, a tutela que resguarda os múltiplos atributos da pessoa humana, suas manifestações e o seu livre desenvolvimento¹²⁸. Tais direitos tem como objeto os bens jurídicos de maior valia no ordenamento jurídico e apresentam estrita vinculação com a pessoa humana, razão pela qual são marcados pela essencialidade e pela anterioridade em relação aos demais direitos subjetivos do homem¹²⁹.

Em síntese, consistem originariamente os direitos da personalidade em um meio de tutela da pessoa humana no âmbito privado, estabelecido na codificação civil e nas demais legislações infraconstitucionais. Todavia, dado o caminhar constitucional e a centralidade atribuída à pessoa e à dignidade humana no ordenamento jurídico – mencionados no tópico anterior do presente estudo –, tal tutela passou a se propagar para outras áreas e a se adequar ao viés da igualdade material e da solidariedade consignados nos textos constitucionais.

Nas palavras de Daniel Sarmento, “(...) a personalidade mais do que um direito é um valor – o mais importante do ordenamento, diga-se de passagem –, que se irradia e penetra por todos os campos do Direito, público ou privado (...)”¹³⁰. Tem-se, portanto, que os direitos dela decorrentes são objeto de resguardo por diferentes searas jurídicas, a destacar os âmbitos do direito civil – ênfase na liberdade e

¹²⁶ CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade**. 2. ed. São Paulo: Quorum, 2008. p. 19-24.

¹²⁷ SCHREIBER, op. cit., p. 6.

¹²⁸ SZANIAWSKI, op. cit., p. 70-71.

¹²⁹ CUPIS, op. cit., p. 29-30.

¹³⁰ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004. p. 122-129.

autonomia no âmbito individual privado –, constitucional – ênfase nas liberdades públicas – e penal – tutela repressiva para resguardar a violação de direitos perante terceiros –, com normativas específicas para cada um deles. De igual modo, a tutela jurídica decorrente em cada um destes âmbitos também é específica, a mencionar a possibilidade de pleitear a interrupção da violação do direito, a aplicação de sanções, a indenização decorrente de eventuais danos materiais e morais, a apuração de eventual infração criminal do agente, dentre outras medidas¹³¹.

Tratam-se de direitos originariamente da doutrina civilista, de influência jusnaturalista, que recaem sobre todas as pessoas desde o seu nascimento – inatos – e que decorrem de sua existência, tutelando de maneira geral a não ingerência nos aspectos da personalidade física e moral do agente. Daniel Sarmiento os classifica enquanto direitos extrapatrimoniais – não precificáveis –, oponíveis frente a todos – *erga omnes* –, intransmissíveis – indissociáveis do titular –, indisponíveis – não passíveis de alienação – e imprescritíveis – o não uso não implica em sua extinção –, bem como consigna que eles refletem os direitos humanos na seara privada do Direito¹³².

Rodrigo Róger Saldanha também caracteriza os direitos da personalidade enquanto “indisponíveis; imprescritíveis; inatos, no sentido de que surge com a própria existência humana (como o nascimento com vida); gerais; extrapatrimoniais; necessários, vitalícios; absolutos pois são oponíveis *erga omnes* entre outras”. Ele, ainda, acrescenta que tais direitos foram positivados na legislação infraconstitucional civil brasileira subdivididos em cinco espécies, a destacar a honra, a imagem, o corpo, o nome e a privacidade¹³³. Outrossim, Anderson Schreiber assinala que tais direitos são “absolutos, imprescritíveis, inalienáveis e indisponíveis” por englobarem o cerne dos traços humanos e serem merecedores de resguardo em face do Estado e, também, em face dos demais particulares¹³⁴.

¹³¹ BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 114-115.

¹³² SARMENTO, op. cit., p. 122-124.

¹³³ SALDANHA, Rodrigo Róger. **Aspectos controvertidos sobre o testamento vital**: a celeuma entre a manifestação de vontade do testador e o tempo de validade das diretivas antecipadas para garantia dos direitos da personalidade. 167 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas). Universidade Cesumar - Unicesumar. Orientador: Dr. José Sebastião de Oliveira, Maringá, 2017. p. 28-29.

¹³⁴ SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 5.

Carlos Alberto Bittar complementa no que tange às características dos direitos da personalidade ao observar que, além de intransmissíveis, inatos, extrapatrimoniais e imprescritíveis, eles:

São os direitos que transcendem, pois, o ordenamento jurídico positivo, porque ínsitos à própria natureza do homem, como ente dotado de personalidade. Intimamente ligados à condição humana, para sua proteção jurídica, independentes de relação imediata com o mundo exterior ou outra pessoa, são intangíveis, de lege lata, pelo Estado ou pelos particulares¹³⁵.

Elimar Szaniawski acrescenta ao identificar os direitos da personalidade enquanto direitos subjetivos – prerrogativa do titular em relação a outrem –, de natureza jurídica controversa, que não se localizam na pessoa, nem no plano externo, mas, sim, nos bens jurídicos consubstanciados nas características físicas e morais da pessoa humana¹³⁶.

Adriano de Cupis também concebe os direitos da personalidade enquanto direitos subjetivos, pois entende que o homem está inserido na coletividade e, portanto, nas relações com o próximo, possui a faculdade – poder – individual de exigir determinadas posições do outro. Contudo, em relação àqueles que defendem a característica inata dos direitos da personalidade, Cupis ressalva que tais direitos – ainda que possam ser racionalmente deduzidos pelo direito natural – precisam da assimilação pelo ordenamento jurídico para que se tornem, de fato, juridicamente exigíveis – indo além da mera exigência de cunho ético. Ele consigna, ademais, que todos os direitos inatos são direitos da personalidade, mas nem todos os direitos da personalidade são inatos – a exemplificar o direito moral do autor¹³⁷.

Pontua-se, ademais, que, dada a multiplicidade de facetas da personalidade do indivíduo e as inúmeras possibilidades de tutela dela decorrentes, seja no plano preventivo ou repressivo, seja no âmbito civil ou penal, emergiram duas correntes distintas no que tange à previsão normativa dos direitos da personalidade. A primeira delas consiste no ideal pluralista, segundo o qual se sustenta a tipificação específica dos bens jurídicos mais relevantes para o homem, com base na ideia de que existem inúmeros direitos de personalidade. A segunda, por sua implica, consiste no ideal

¹³⁵ BITTAR, op. cit., p. 49-50.

¹³⁶ SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da personalidade e sua tutela**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 87.

¹³⁷ CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade**. 2. ed. São Paulo: Quorum, 2008. p. 19-27.

monista, segundo o qual se concebe um direito da personalidade amplo e geral, que abrange a integralidade dos bens jurídicos da personalidade¹³⁸.

Tem-se, em outros termos, a distinção entre aqueles que defendem um direito geral de personalidade – corrente monista – e aqueles que defendem a existência de direitos da personalidade tipificados – corrente pluralista. No ideal geral, entende-se que a tutela que recai sobre os direitos da personalidade deve se dar de maneira una e atípica, decorrente da pessoa como um todo. Já no ideal fragmentado, opta-se por fracionar as manifestações da personalidade do homem em tipos jurídicos específicos, em consonância com cada faceta da personalidade, havendo, inclusive, quem defenda neste âmbito a segregação em direitos da personalidade públicos – consagrados nos documentos internacionais, com vistas a resguardar a sociedade e a pessoa face o Estado – e direitos da personalidade privados – resguardo da pessoa nas relações entre particulares¹³⁹.

Elimar Szaniawski reverencia a concepção de uma tutela geral dos direitos da personalidade – corrente monista – ao entender que a proteção de maneira fragmentada não seria eficaz e pontua que:

Constata-se, assim, que foi tendência do final do século XX, e torna-se realidade no século XXI, a afirmação do direito geral de personalidade, mediante a inserção na Constituição e em normas infraconstitucionais, da cláusula geral de tutela da personalidade humana, uma vez que a estreita visão privatística dos direitos da personalidade, que não estejam vinculados à categoria ampla de direitos do homem, se mostra insuficiente para a tutela da personalidade. A ordem jurídica deve ser entendida como um todo, onde, dentro de uma hierarquia de valores, tenha um local primacial a noção de que o homem é pessoa dotada de inalienável e inviolável dignidade. Somente a leitura da norma civil à luz da constituição e de seus princípios superiores é que revelará, à noção de direito de personalidade, a sua verdadeira dimensão¹⁴⁰.

Igualmente, Anderson Schreiber coaduna com a proteção geral ao consignar que historicamente as experiências de tutelar os direitos da personalidade de maneira fragmentada e tipificada – rol taxativo – foram inexitosas, uma vez que as características intrínsecas à pessoa humana são múltiplas e mutáveis. Isso porque tais direitos encontram fundamento da dignidade humana, cujo conteúdo é amplo e multifacetário, não sendo passível de catalogação fechada. Ele admite a existência de

¹³⁸ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004. p. 124-125.

¹³⁹ SZANIAWSKI, op. cit., p. 87-88.

¹⁴⁰ Ibid., p. 62.

pontos positivos na enumeração de determinados atributos da pessoa – realce das possíveis violações para fins preventivos e repressivos, além do incentivo às políticas públicas e ações sociais em defesa. Todavia, salienta que tal enumeração não exaure as qualidades humanas e os direitos da personalidade, tampouco condiz com o caráter unitário que associa todos os atributos¹⁴¹.

Carlos Alberto Bittar também entende pela necessidade de maleabilidade no dimensionamento dos direitos da personalidade – visto se tratar de direitos dotados de um certo grau de generalidade –, no sentido de propiciar a incorporação de novos direitos correspondentes a diferentes externalizações da personalidade, que pouco a pouco vão sendo assimiladas pelo ordenamento jurídico. Para tanto, ele dispõe os direitos da personalidade em três grupos, a elencar os direitos físicos – estrutura física humana –, os direitos psíquicos – faceta que reside no âmago do homem – e os direitos morais – valoração no meio social –, hábeis a comportar as múltiplas emanções da pessoa humana¹⁴².

No Brasil, pode-se afirmar que a gênese do direito de personalidade remonta às Ordenações do Reino – especialmente nas Ordenações Filipinas de 1603. Com base nelas, determinou-se a aplicação do direito romano de Justiniano como se português fosse, de modo a incorporar a proteção geral conferida à personalidade da pessoa humana – ainda que restrita a determinados grupos. Tal tutela foi mantida até a promulgação do Código Civil de 1916, que deliberou por priorizar o patrimônio e não regulamentar a personalidade na codificação civil, limitando-se a tutelá-lo na seara penal ou através de leis esparsas. Após, a partir da Constituição de 1988, foram previstos diversos direitos especiais da personalidade, bem como foi estabelecido que a dignidade humana é fundamento do Estado brasileiro¹⁴³.

Chama atenção no caminhar do ordenamento jurídico pátrio o fato de que a codificação civil do ano de 1916 não fez alusão expressa aos direitos da personalidade, de modo que tal ausência implicou em prejuízos a sua tutela, que restou adormecida por alguns anos. Foi somente a partir do final do século XX – período em que ocorreram as grandes guerras mundiais e diversas atrocidades em

¹⁴¹ SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 227-228.

¹⁴² BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 55-58.

¹⁴³ SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da personalidade e sua tutela**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 129-137.

relação à dignidade humana – que tais direitos voltaram a receber relevância no contexto brasileiro¹⁴⁴.

Observa-se, desse modo, que a legislação civil infraconstitucional pátria – Código Civil de 2002 –, em aproximação à corrente pluralista, não estabeleceu uma cláusula geral de tutela da personalidade, mas, sim, direitos singularizados como o direito ao nome, à vida privada, dentre outros. Todavia, ainda assim, sustenta-se que é possível compreender a existência de uma tutela geral da personalidade a partir do amparo constitucional consubstanciado nos direitos fundamentais e no ideal da dignidade humana¹⁴⁵. Ou seja, a despeito equívocos – regulamentação basilar e pouco flexível – e dos acertos – alocação dos direitos da personalidade na parte geral do Código com vistas a promover o resguardo da pessoa – evidenciados na codificação civil brasileira vigente, tem-se que a interpretação das disposições legais à luz do texto constitucional viabiliza a tutela da pessoa e da personalidade no caso concreto com maior dinamicidade e adequação¹⁴⁶.

Isso porque a previsão legal contida no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, no sentido de que a dignidade humana é um dos fundamentos da República, opera como alicerce para a proteção geral da personalidade no ordenamento jurídico brasileiro¹⁴⁷. Ora, se a dignidade humana compreende o resguardo de todos os atributos da pessoa, sejam eles físicos ou psíquicos, e se ela é um ponto central do ordenamento jurídico pátrio, aplicável em face do Estado e dos demais particulares, todas as dimensões da personalidade, estejam elas tipificadas em específico ou não, serão objeto de tutela pelo Direito¹⁴⁸.

Em suma, seja através dos direitos humanos, seja através dos direitos fundamentais, ou, ainda, através dos direitos da personalidade, busca o ordenamento jurídico tutelar a pessoa em sua integralidade, com lastreio no ideal da dignidade humana. Dadas as transformações sociais vivenciadas e a centralidade atribuída ao homem no ordenamento jurídico, o próprio modo como tais direitos vem sendo concebidos e associados se mostra inovador. Segundo Carlos Alberto Bittar, há a

¹⁴⁴ SCHREIBER, op. cit., p. 6.

¹⁴⁵ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004. p. 125-126.

¹⁴⁶ SCHREIBER, op. cit., p. 12.

¹⁴⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 75.

¹⁴⁸ SZANIAWSKI, op. cit., p. 139-143.

“tendência a que gradualmente, com maior intensidade, os direitos humanos se traduzam em exigências de direitos fundamentais, e que os direitos fundamentais se traduzam em direitos da personalidade, integralizando-se no ordenamento jurídico”¹⁴⁹.

Tem-se, em outras palavras, a interação entre os âmbitos público e privado, nacional e internacional, bem como entre os direitos humanos, fundamentais e da personalidade, com vistas a conferir uma integral e eficaz proteção da pessoa humana. Não se aprisiona ao entendimento de que determinado plano jurídico se submete ao outro, defende-se a ideia de que prevalecerá a normativa que melhor tutelar o homem e seus direitos intrínsecos, que consubstanciam o fim comum almejado pelo direito internacional e nacional¹⁵⁰.

Desta feita, uma vez evidenciado que a tutela da pessoa humana no ordenamento jurídico foi se ampliando ao longo do tempo com vistas a promover o efetivo resguardo da dignidade humana, bem como esclarecido que tal proteção pode se dar através do que se concebe por direitos humanos, direitos fundamentais e direitos da personalidade, insta refletir sobre a possível diferenciação entre tais categorias, com vistas a abreviar este ponto do estudo. Neste sentido, Anderson Schreiber explica:

A ampla variedade de termos não deve gerar confusões. Todas essas diferentes designações destinam-se a contemplar atributos da personalidade humana merecedores de proteção jurídica. O que muda é tão somente o plano em que a personalidade humana se manifesta. Assim, a expressão direitos humanos é mais utilizada no plano internacional, independentemente, portanto, do modo como cada Estado nacional regula a matéria. Direitos fundamentais, por sua vez, é o termo normalmente empregado para designar “direitos positivados numa constituição de um determinado Estado”. É, por isso mesmo, a terminologia que tem sido preferida para tratar da proteção da pessoa humana no campo do direito público, em face da atuação do poder estatal. Já a expressão direitos da personalidade é empregada na alusão aos atributos humanos que exigem especial proteção no campo das relações privadas, ou seja, na interação entre particulares, sem embargo de encontrarem também fundamento constitucional e proteção nos planos nacional e internacional.

Trata-se, como se vê, do mesmíssimo fenômeno encarado por facetas variadas. O valor tutelado é idêntico e unitário: a dignidade humana¹⁵¹.

De igual modo, Carlos Alberto Bittar identifica que, a despeito das categorizações e das regulamentações jurídicas específicas, em substância, os direitos humanos,

¹⁴⁹ BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 75.

¹⁵⁰ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.p. 40-41.

¹⁵¹ SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 13.

direitos fundamentais ou direitos da personalidade – a englobar as diferentes denominações utilizadas para descrever a tutela que recai sobre a pessoa humana – assemelham-se. Segundo ele, “por direitos do homem, ou da personalidade, devem entender-se aqueles que o ser humano tem em face de sua própria condição”¹⁵².

1.3 DESAFIOS NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS

Dada a complexidade da compreensão da pessoa humana como um todo, bem como da tutela jurídica a ela conferida, seja através dos direitos humanos, fundamentais ou da personalidade, insta refletir acerca de sua aplicação no caso concreto e dos consequentes desafios dela decorrentes.

Num primeiro plano, menciona-se a ocorrência de uma mudança nos ordenamentos jurídicos no período contemporâneo, que reverberou no modo como a tutela que recai sobre a pessoa humana deve ser encarada. Explica-se: dado o excesso de cientificidade trazido pelo Positivismo Jurídico e o consequente excesso de abstração dele decorrente, afastou-se do viés histórico e social do Direito – atrelado à resolução de situações do plano do ser, do caso concreto –, o que o engessou em demasia. Em contrapartida a isso, buscou-se uma abertura valorativa da ordem jurídica, centrada em princípios e normas abertas, em uma nova concepção legislativa e judiciária, que também deve ser aplicada à proteção do homem¹⁵³.

Neste sentido, preza o ordenamento jurídico hodierno por tutelar a pessoa humana em sua integralidade, com lastreio no ideal da dignidade. Todavia, adverte-se que, ainda que se disponha de uma tutela ampla da personalidade – que implique em um dever geral de não afetação dos bens jurídicos dela decorrentes, nos moldes da corrente monista –, isso pode não se revelar suficiente para contemplar todas as situações complexas do plano ontológico. Nos dizeres de Daniel Sarmento, “com grande frequência, as situações concretas em que surge a afronta ou ameaça à dignidade humana não cabem na moldura estreita do direito subjetivo”¹⁵⁴. Em outras palavras, dadas as transformações vivenciadas no cenário global – frequentes afrontas ao ser humano, somadas à sofisticação dos meios de violação e às inovações

¹⁵² BITTAR, op. cit., p. 66-68.

¹⁵³ SCHREIBER, op. cit., p. 223-226.

¹⁵⁴ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004. p. 127.

tecnológicas –, bem como dada a significativa extensão da tutela que recai sobre a pessoa humana, há uma constante necessidade de flexibilidade e readaptação da tutela, o que a torna ainda mais desafiadora.

Igualmente, Anderson Schreiber consigna que a regulamentação engessada da tutela que recai sobre a pessoa, em especial dos direitos da personalidade, é insipiente e arriscada, à medida que as ocorrências reais são plurais e diversificadas, os avanços tecnológicos as expandem diariamente e é possível que diferentes valores tutelados pela ordem jurídica sejam confrontados, o que implica na necessidade de flexibilidade – ponderação – para que sejam resolvidos. No entanto, por outro lado, há que se considerar que a vagueza e a generalidade em excesso podem culminar na falta de segurança jurídica, o que também não é desejado quando se almeja o resguardo do ser humano¹⁵⁵.

Carlos Alberto Bittar denota o frequente acréscimo de direitos em favor da pessoa atualmente, com vistas a buscar o maior resguardo possível, o que também evidencia a necessidade de flexibilidade na sua regulamentação. Nos seus dizeres:

A tendência expansionista vem se manifestando em nosso País onde seguidamente se tem ampliado a relação desses direitos, na preocupação constante de proteção à personalidade humana, passando, ademais, de puros direitos formais a direitos concretos.

(...)

Mas o contínuo acréscimo de novas figuras vem demonstrando a relatividade das classificações, donde se deve concluir pela inexistência de rol imutável. As próprias modificações ocorridas no mundo moderno que, de uma ideia de liberdade individual e negativa, passou para a de direitos sociais, demonstram a insuficiência das especificações¹⁵⁶.

A questão é complexa. Menciona-se, a título de problematização, a possibilidade em algumas situações de o titular dispor de maneira parcial de determinado direito da personalidade – adstrito aos limites por ele consentidos –, seja em decorrência de sua vontade, seja pelo desenvolvimento das tecnologias, dentre outras razões. Veja-se o que ocorre com os direitos autorais, que podem ser transpostos para outro meio de comunicação com vistas a aumentar a sua divulgação e a propiciar uma maior receita lucrativa, ou com o direito à imagem, que pode ser concedido para utilização em determinada campanha publicitária mediante remuneração ou não, ou, ainda, com o

¹⁵⁵ SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 226-227.

¹⁵⁶ BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 71-72.

direito ao próprio corpo, que pode ser objeto de doação de órgãos, por exemplo¹⁵⁷. Veja, também, a possibilidade de concessão de patentes genéticas para a indústria farmacêutica, o que autorizaria o estabelecimento de um certo direito de propriedade sobre a vida humana¹⁵⁸. Tais peculiaridades também precisam ser observadas quando o ordenamento jurídico tutela a pessoa, que deve poder desfrutar de suas qualidades intrínsecas.

Menciona-se, ademais, a revolução tecnológica e científica vivenciada nos tempos hodiernos, marcada por tamanho progresso, inovação e facilidades, mas, também, por diversos exemplos de adversidades e barbaridades. Nas palavras de Antônio Trindade “mesmo em nossos dias, os avanços tecnológicos e a revolução das comunicações e da informática, se por um lado tornaram o mundo mais transparente, por outro lado geram novos problemas e desafios aos direitos humanos”¹⁵⁹. Diante disso, crescem-se às usuais violações de direitos, meios de ofensa anteriormente não previstos e, até mesmo, mais severos.

Maria Auxiliadora Minahim identifica o aumento gradativo da complexidade existente na tutela da pessoa humana nos tempos hodiernos, especialmente face o progresso tecnológico, a pluralidade e a dinamicidade social:

A complexificação da forma de vida pessoal, econômica, política e social nos séculos XIX e XX e a irrupção de novas tecnologias nos domínios da vida cotidiana criaram um paradoxo: o poder pessoal dos indivíduos, na vida particular e no espaço público, aumentou de modo inimaginável antes e, ao mesmo tempo, a proliferação de ideologias políticas, em sequência à desqualificação da religião como fundamento ideológico da vida social, originou uma variada atitude diante do que seria legítimo, ou adequado, ou necessário em termos de poder do Estado. A pluralidade ideológica das sociedades modernas põe a descoberto a fragilidade empírica das hipóteses kantianas, e a questão central do valor intrínseco (ou não) da liberdade¹⁶⁰.

Tem-se, diante disso, uma tensão entre o indivíduo e o coletivo. Tem-se, ademais, uma demasiada extensão do individualismo e uma abstenção de ingerência por parte do Estado que implicam na ausência de valores ou referências e no risco de

¹⁵⁷ BITTAR, op. cit., p. 50-51.

¹⁵⁸ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 569-570.

¹⁵⁹ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. As sete décadas de projeção da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948-2018) e a necessária preservação de seu legado. **Revista Interdisciplinar de Direito**, v. 16, n. 2, p. 17-48, 2018. Disponível em: <https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=edsdoj&AN=edsdoj.7f0982eae25d4e758e203d1aafd12ca2&lang=pt-br&site=eds-live>. p. 42.

¹⁶⁰ MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Autonomia e frustração da tutela penal**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 15.

um mal-estar social. Como consequência das novas tecnologias e da globalização, denota-se que a sociedade está marcada pelos ideais de ampla tolerância, do consumismo e pela constante busca pelo prazer, o que prejudica a coesão social e, também, culmina no sentimento de incapacidade e frustração¹⁶¹.

Em razão disso, especialmente nos dias atuais em que a sociedade é complexa e as manifestações dos indivíduos se dão através de inúmeras facetas, Daniel Sarmiento identifica a necessidade da atuação estatal enquanto garantidor da tutela conferida à pessoa humana, mesmo nas hipóteses associadas às liberdades originárias:

Hoje, garantir os direitos do homem significa protegê-los nos mais diferentes contextos, públicos ou privados. O Estado, que apesar das múltiplas crises que enfrenta ainda é o principal garantidor dos direitos fundamentais, tem de criar novas instituições e remodelar as já existentes, sem o que não estará à altura desta que constitui a sua mais importante missão. Se os direitos fundamentais se irradiam para as relações privadas, e se cabe ao Estado protegê-los quando forem violados por terceiros, este Estado tem que estar devidamente aparelhado para desincumbir-se desta sua função. Tem de formular e implementar as políticas públicas necessárias, pois mesmo a garantia dos direitos individuais de matriz liberal não tem hoje como prescindir de comportamentos ativos do Estado para a sua salvaguarda¹⁶².

Denota-se, ademais, que o egoísmo e o individualismo de exclusão fomentados pelo capitalismo caminham na contramão à solidariedade humanitária necessária para a tutela dos direitos humanos. Fábio Konder Comparato evidencia a essencialidade da atuação positiva do Estado enquanto garantidor da pessoa humana e promotor da justiça distributiva – igualdade em seu aspecto material –, sob pena da prevalência do interesse particular em detrimento do bem comum:

Se todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos, segundo proclamou logo no primeiro de seus artigos a Declaração Universal dos Direitos Humanos, a vida social há de organizar-se comunitariamente, à luz do princípio daquela justiça proporcional ou distributiva (*análogon dikáion*), sobre a qual tão bem discorreu Aristóteles 3°. Pelo seu caráter eminentemente político, ela se contrapõe à justiça comutativa ou de troca, que regula as relações contratuais entre particulares (*synalagmata*). Enquanto a justiça sinalagmática diz respeito à igualdade de prestações, isto é, à equivalência das coisas e serviços que se trocam por um preço, a justiça proporcional concerne à igualdade essencial dos homens, que não se troca nem se vende, porque não tem preço e, por isso, representa um valor incomensuravelmente mais elevado do que o económico.

¹⁶¹ MINAHIM, op. cit., p. 33-34.

¹⁶² SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004. p. 161.

Quando o capitalismo avassala o Estado, ele introduz em seu funcionamento a lógica mercantil do intercâmbio de prestações, e dele retira o poder-dever de submeter os interesses par¹⁶³.

Tem-se, em outros termos, que o estabelecimento de deveres prestacionais ao Estado se revela essencial para a tutela da pessoa humana, afinal, não é suficiente que ele se restrinja à não afetação dos direitos humanos, fundamentais e da personalidade. O Estado precisa protegê-los de maneira ativa – dever de ação – também em relação aos demais indivíduos. Nesta perspectiva, fala-se na eventual atribuição de responsabilidade civil estatal pela omissão¹⁶⁴.

Isso porque, dado o momento de crise ora vivenciado – desordem a nível global; ápice do sistema capitalista e das consequências dele decorrentes, tais quais a miséria e a desigualdade social; carência governamental nos âmbitos nacional e internacional; recessões econômicas; perdas de valores e crenças; dentre outros fatores –, tem-se que as adversidades são suportadas sobretudo pelas classes sociais de menor poder aquisitivo, que sequer podem acessar os direitos e, de fato, exercê-los. Neste contexto, Fábio Konder Comparato questiona qual será o futuro da raça humana e consigna que “ou a humanidade se deixa conduzir à dilaceração definitiva, na direta linha do apogeu capitalista, ou tomará afinal o rumo da justiça e da dignidade, seguindo o luminoso caminho tração pela sabedoria clássica”¹⁶⁵.

Todavia, adverte-se que a irradiação da tutela constitucional conferida à pessoa humana, especialmente no que tange às prestações positivas do Estado e ao resguardo por ele conferido em relação a eventuais violações de direitos e garantias ocasionadas por terceiros, não deve implicar na mutilação das liberdades. Faz-se necessário a contemplação da diversidade e a inclusão das múltiplas convicções de vida – pluralismo –, sem a imposição pelo Estado de determinada perspectiva¹⁶⁶. Alcançar o equilíbrio entre o resguardo estatal da proteção humana e a manutenção da atmosfera das liberdades também se revela desafiador.

Num segundo plano, menciona-se que o próprio modo como a tutela da personalidade humana foi edificada ao longo do tempo pode fragilizá-la na prática. Afinal, ela foi delineada enquanto direito subjetivo – prerrogativa de exigir determinado

¹⁶³ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 571-572.

¹⁶⁴ SARMENTO, op. cit., p. 168-169.

¹⁶⁵ COMPARATO, op. cit., p. 565-266.

¹⁶⁶ SARMENTO, op. cit., p. 170-171.

comportamento do outro – a partir da mesma base dos direitos atinentes ao patrimônio, associados à ideia da abstenção, do não agir. Em verdade, mais que a inação, também podem ser necessárias prestações positivas para a efetiva proteção da personalidade, o que evidencia a necessidade de que tal resguardo se dê de maneira flexível e maleável às inúmeras situações concretas e a qualquer afronta à dignidade humana¹⁶⁷.

Se os direitos subjetivos são aqueles que implicam em uma prerrogativa de ação do seu titular, ou seja, de exigir o respeito e a observância pelo outro – que poderá ser responsabilizado em caso de eventual violação –, a ausência de tal prerrogativa implicaria na inexistência do direito subjetivo. Exemplifica-se tal lógica a partir do direito de propriedade, cuja faculdade de uso, fruição ou disposição deve ser respeitada pelo outro particular, que deve se abster de exercer tais prerrogativas sobre aquele bem. Ocorre que existem determinados direitos inerentes à pessoa humana – tais quais os direitos sociais à saúde, à educação, ao trabalho, dentre outros – que não se amoldam a tal construção legal. O resguardo destes direitos não está adstrito aos reflexos entre dois indivíduos, está associado a um viés coletivo que depende de prestações estatais positivas – criação de condições para o efetivo exercício do direito¹⁶⁸. Em síntese, de acordo com Maria Bodin de Moras, “o direito subjetivo, concebido para titularizar as relações patrimoniais, não se adapta perfeitamente à categoria do ser, âmbito das relações extrapatrimoniais”, afinal, quando se trata da pessoa humana, o sujeito e o objeto dos direitos se fundem¹⁶⁹.

No plano internacional, vislumbra-se alguns pontos críticos na tutela conferida à pessoa humana através dos direitos humanos. Nesta toada, Flávia Piovesan assinala sete pontos, a destacar (i) o conflito entre o universalismo e o relativismo cultural e os seus reflexos no fundamento atribuído aos direitos humanos – para os primeiros se funda na dignidade humana, já para os segundos tem fundamento na ordem política, social, econômica, cultural e moral de cada sociedade; (ii) o embate entre o caráter laico dos Estados e os fundamentos dos direitos humanos de cunho religioso; (iii) o impasse entre as diferenças a nível global e o direito ao

¹⁶⁷ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004. p. 127-129.

¹⁶⁸ FARIA, José Eduardo. **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. 1. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998. p. 113-129.

¹⁶⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de. Ampliando os direitos da personalidade. **Revista de Saúde Pública**, v. 41, n. 5, 2007. Disponível em: https://www.academia.edu/9689598/Ampliando_os_direitos_da_personalidade. p. 4-5.

desenvolvimento; (iv) o dilema entre a globalização econômica – acentuação da pobreza e das desigualdades sociais – e os direitos sociais; (v) a intolerância face as diversidades existentes – minorias enquanto grupos socialmente vulnerabilizados – e o caráter indivisível dos direitos humanos; (vi) o embate entre a preservação das liberdades e o clamor pela segurança – restrição de liberdades – face ao terrorismo; e (vii) a colisão entre o direito da força e a força do Direito – a efetividade da tutela estabelecida e a necessidade de robustecimento da justiça internacional¹⁷⁰.

Em relação a tais desafios atrelados especialmente à tutela conferida pelos direitos humanos, coaduna-se com (i) o viés universalista de confluência dos direitos em consonância com Flávia Piovesan, Boaventura de Souza Santos, Joaquín Herrera Flores e Bhikhu Parekh – que defende o diálogo intercultural e o respeito às diferenças, com vistas a propiciar o mínimo ético irreduzível –, bem como com (ii) a ideia de que a laicidade é fundamental para o exercício dos direitos humanos e não deve ser confundida com os valores iniciais decorrentes da teologia que deram origem à organização das sociedades. Coaduna-se, ademais, com (iii e iv) o entendimento de que a tutela no âmbito internacional não deve se limitar aos clássicos direitos civis e políticos, devendo se estruturar de maneira integral, abrangendo também o direito ao desenvolvimento dos povos e os direitos sociais, econômicos e culturais – garantir o desenvolvimento humano sustentável. Deve-se, ainda, (v) buscar-se a promoção efetiva de tal tutela em relação às minorias e aos grupos vulneráveis, tais quais as mulheres e os indígenas, cujas peculiaridades precisam ser contempladas de maneira específica, além de (vi e vii) reforçar o entendimento de que há direitos essenciais – tal qual a vedação à tortura – cuja observância não pode ser afastada mesmo em períodos de guerra ou de outras emergências públicas, e que a justiça internacional precisa ser fortificada, com o auxílio do poder judiciário no âmbito nacional¹⁷¹.

Fábio Konder Comparato também vislumbra a miséria, a desigualdade social e a prevalência dos interesses de determinados grupos privilegiados – potências a nível mundial – em detrimento dos demais grupos enquanto desafios na proteção conferida aos direitos humanos e à pessoa humana. Ele menciona, a título de exemplo, a não aceitação dos Estados Unidos da América em relação a determinados documentos

¹⁷⁰ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional**: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 73-99.

¹⁷¹ Ibid., p. 73-99.

internacionais face a possibilidade de restrição à sua soberania. Com vistas a amenizar tais fatores desafiadores, reitera-se a necessidade da demarcação dos limites do poder estatal para a promoção e a manutenção do senso comunitário que é fundamental para o resguardo do homem¹⁷².

Antônio Augusto Cançado Trindade corrobora ao analisar as sete décadas da Declaração Universal de Direitos Humanos e identificar que, apesar do progresso obtido até o momento – como o reconhecimento da capacidade processual individual de acesso às instâncias internacionais nas hipóteses de afronta aos direitos humanos –, ainda há um significativo percurso a ser trilhado, tendo em vista que existem Estados que, apesar de figurarem enquanto signatários dos documentos internacionais, aparentemente não tomaram conta da vasta responsabilidade convencionalmente contraída na tutela dos direitos humanos, bem como Estados que não ratificam a integralidade da substância contida nas declarações e tratados internacionais. Sintetizam-se nas suas palavras alguns dos atuais desafios na tutela conferida à pessoa humana:

De início, não há como negar que, a par dos avanços logrados neste domínio de proteção ao longo das sete últimas décadas, surgem, não obstante, novos obstáculos e desafios, materializados sobretudo na marginalização de fontes de violações de direitos humanos e na impunidade de seus perpetradores. Impõe-se, assim, um entendimento mais claro do amplo alcance das obrigações convencionais de proteção, que vinculam não só os governos, mas os próprios Estados (todos os seus poderes, órgãos e agentes) e se aplicam em todas as circunstâncias (inclusive nos estados de emergência). Tendo presente o legado da Declaração Universal de 1948, impõem-se, ademais, como veremos, tanto a adoção e o aperfeiçoamento de medidas nacionais de implementação dos instrumentos internacionais de proteção, assim como a adoção de mecanismos internacionais de prevenção e seguimento (monitoramento contínuo). É este o entendimento subjacente ao presente estudo; no longo caminho que resta a percorrer, somente à luz de uma visão necessariamente integral de todos os direitos humanos lograremos continuar a avançar com eficácia na obra de construção de uma cultura universal de observância dos direitos inerentes à pessoa humana¹⁷³.

Afigura-se desafiador, neste contexto, a colocação em prática das obrigações convencionais assumidas pelos Estados no plano internacional. Não é suficiente que

¹⁷² COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 557-562.

¹⁷³ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. As sete décadas de projeção da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948-2018) e a necessária preservação de seu legado. **Revista Interdisciplinar de Direito**, v. 16, n. 2, p. 17-48, 2018. Disponível em: <https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=edsdoj&AN=edsdoj.7f0982eae25d4e758e203d1aafd12ca2&lang=pt-br&site=eds-live>. p. 18-19.

eles sejam signatários das declarações, tratados e convenções. Eles precisam, também, adequar a normatização interna à cultura de proteção da pessoa humana, preenchendo as lacunas, além observar e efetivar os direitos humanos através de prestações positivas a serem implementadas nos âmbitos nacionais por todos os seus órgãos. No Brasil, por exemplo, verifica-se que a Constituição Federal vigente estabelece em seu artigo 5º a incorporação dos direitos humanos consagrados nos documentos a que é signatário, dotados de aplicação imediata, contudo, é necessário avançar no que tange à tomada de consciência da amplitude das obrigações convencionais assumidas¹⁷⁴.

Como se não bastasse, quando se enfoca no âmbito nacional – realidade brasileira – e na tutela conferida à pessoa humana neste âmbito, encontram-se desafios adicionais a serem superados. Menciona-se a evidente desigualdade social e a violência como exemplos de fatores que precisam ser trabalhados no contexto brasileiro com vistas a promover o resguardo de direitos humanos, fundamentais e da personalidade como a liberdade e a segurança¹⁷⁵. Tem-se, em outros dizeres, uma crise brasileira – tensão social – consubstanciada na discrepância entre a concentração de riquezas para uma minoria e a pobreza majoritária, o que culmina na carência de liderança política e valorativa, na sensibilização da estrutura estatal e, conseqüentemente, no impasse para se alcançar a coesão social¹⁷⁶.

Menciona-se, também, a existência de obstáculos a serem superados no que tange às prestações positivas estatais e ao contexto vivenciado pelo poder judiciário brasileiro. Além da escassez dos recursos financeiros e das divergências entre os julgadores na interpretação das disposições legais ao caso concreto – alguns adotam uma postura mais tradicional e rígida, outros entendem por uma maior flexibilidade com vistas a efetivar os direitos humanos e sociais –, tem-se um significativo crescimento no número de demandas que pode comprometer a eficácia da prestação jurisdicional. Neste sentido, José Eduardo Faria pontua:

O papel do Judiciário tornou-se, no Brasil contemporâneo, objeto de intensa polêmica. Primeiro, porque os tribunais passaram a ser cada vez mais demandados em temas de natureza tributária, reduzindo significativamente a capacidade de ação do Poder Executivo em matéria de política econômica.

¹⁷⁴ TRINDADE, op. cit., p. 35-36.

¹⁷⁵ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004. p. 168.

¹⁷⁶ FARIA, José Eduardo. **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. 1. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998. p. 12-13.

Segundo, porque os tribunais também passaram a ser crescentemente procurados pelos diferentes movimentos populares, que se apropriaram política e discursivamente dos direitos humanos com o propósito de utilizá-los judicialmente como sinônimo de direito às maiorias marginalizadas. Terceiro, porque a própria magistratura cindiu-se ideologicamente, com a maioria dos juízes mantendo uma postura interpretativa tradicional, de caráter basicamente exegético, enquanto uma expressiva minoria optou por uma hermenêutica heterodoxa, ou seja, crítica, politizada e com grande sensibilidade social¹⁷⁷.

Em suma, quando o Estado brasileiro não contempla a desigualdade social existente no seu povo para o direcionamento das políticas a serem implementadas e não propicia meios concretos de acesso e de efetivação dos direitos que tutelam a pessoa humana – seja pela falta de recursos, seja pela não priorização de tal finalidade –, acaba por esvaziar a substância da proteção conferida pelos direitos humanos, fundamentais e da personalidade e por restringi-los a categorias jurídicas meramente formais. É incongruente, portanto, positivar o resguardo da dignidade humana nos textos legais se não forem propiciados meios efetivos – dimensão social dos direitos – para seu acesso e desfrute.

Há que se considerar, ainda, o certo apego ao formalismo positivista incutido na mentalidade de alguns magistrados que, quando da interpretação e da aplicação das previsões legais de tutela da pessoa humana no caso concreto, acabam por não a flexibilizar como necessário. Face o distanciamento existente entre a previsão abstrata da lei e a realidade social brasileira, é preciso harmonizar a segurança jurídica e o caráter dogmático com a busca pela justiça e pela igualdade material¹⁷⁸.

Certamente os desafios a serem encontrados na aplicação prática da tutela que recai sobre a pessoa humana não podem ser elencados de maneira taxativa ou exauridos no presente estudo. Afinal, assim como a manifestação da personalidade e da individualidade dos homens é plural, os desafios, complexidades e as inovações no que tange à possibilidade de afronta aos direitos que recaem sobre a pessoa humana também são plurais e abundantes. Inúmeros outros desafios poderiam ser elencados, porém, não se visa o esgotamento da temática na presente pesquisa, mas sim, a promoção da reflexão acerca da gravidade de tais violações, da relevância da proteção de maneira integral e da necessidade de estudo, análise e ponderações acerca de como é possível minorar tais desafios.

¹⁷⁷ FARIA, op. cit., p. 11-12.

¹⁷⁸ Ibid., p. 94-96.

Nesta perspectiva, Fábio Konder Comparato pontua que o fomento à felicidade do ser humano pode contribuir para o afastamento dos riscos da brutalidade e da incivilidade que os desafios dos tempos hodiernos propiciam – especialmente em decorrência do capitalismo individualista e egoísta¹⁷⁹.

¹⁷⁹ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 570.

2 A SUPERAÇÃO DA DICOTOMIA ENTRE O DIREITO PÚBLICO E O PRIVADO

Uma vez percorrido brevemente acerca da construção e da evolução da tutela conferida à pessoa humana ao longo do tempo, bem como assinalados os direitos humanos, fundamentais e da personalidade que consubstanciam tal tutela e evidenciados alguns dos desafios na sua efetivação nos dias atuais, insta, também, analisar o reflexo de tal edificação nas searas jurídicas pública e privada.

Para tanto, analisar-se-á numa primeira etapa o clássico viés dicotômico do direito, que apartava os âmbitos público e privado de maneira rígida, segregados em categoriais estanques. Num segundo momento, discorrer-se-á sinteticamente acerca da constitucionalização do Direito, para, numa terceira fase, culminar no contemporâneo viés unitário do Direito, que funde os ideais público e privados face o primado da dignidade humana e da proteção integral da pessoa.

2.1 VISÃO CLÁSSICA DICOTÔMICA

A partir de uma visão inicial, que remonta às tradições greco-romanas, compreende-se o Direito dicotomicamente segregado entre o direito público e o direito privado. Segundo Leonardo Estevam de Assis Zanini, Edmundo Alves de Oliveira, Dirceu Pereira Siqueira e Raul de Mello Franco Jr., “entre os romanos o direito público era aquele que dizia respeito ao estado dos negócios romanos, enquanto que o direito privado disciplinava os interesses particulares”¹⁸⁰.

Acerca do clássico viés dicotômico do Direito, Ronny Max Machado, Osmar Fernando Gonçalves Barreto e Paulo Ferreira da Cunha identificam as origens embrionárias da segregação decorrentes da Grécia e de Roma ao acrescentarem que:

Os primeiros registros da delimitação entre o público e o privado no Ocidente teriam ocorrido na Grécia, cerca de 1.000 anos antes de Cristo. Neste período, o domínio privado era atinente ao domicílio e à família, e também ao predomínio da necessidade (carência e vontade), conforme aduz Moses Finley. Dessa forma, o privado era considerado um fenômeno pré-político no qual se destacava a labuta e o trabalho e prevalecia a força e a violência. Já

¹⁸⁰ SIQUEIRA, D. P.; OLIVEIRA, E. A.; ZANINI, L. E. A.; FRANCO JR., R. M. Os direitos da personalidade em face da dicotomia direito público - direito privado. **Revista de Direito Brasileira**, v. 19, p. 208-220, 2018. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/3203/3534>. p. 212-214.

o público era o domínio da liberdade, também considerado o espaço de aparição onde ocorria a prevalência da ação e do discurso (palavras e persuasão).

Em Roma estabeleceu-se a diferença entre o direito público e o direito privado, que por sua vez levaram a instituição do direito romano, considerado a pedra fundamental de todo Direito Ocidental. A fórmula mais clássica é atribuída a Ulpiano: *Publicum jus est quod ad statum rei romanae spectat, privatum, quod ad singulorum utilitatem*¹⁸¹.

Michelle Costa da Silveira, por sua vez, remete ao clássico viés entre o direito público e o direito privado à Roma, especialmente ao *Corpus Iuris*, que trouxe as distinções iniciais entre as duas searas e culminou na segregação dicotômica entre tais concepções, dotadas de análises, objetos e estudos próprios.¹⁸² Igualmente, Nelson Saldanha distingue os âmbitos público e privado à luz da história da Grécia e de Roma ao identificar o dualismo existente entre a vida familiar e a vida da cidade, eis que “(...) a cidade tinha sua religião, com seus ritos e seus símbolos, suas festas, seu calendário; a família tinha seu culto, com sua alusão aos mortos, seu fogo sagrado, seus altares”¹⁸³.

De acordo com Gustavo Tepedino:

Vale dizer, a estrutura dogmática que dominou as grandes codificações europeias do século XIX, e gizou as linhas mestras do sistema jurídico pátrio, baseia-se na *summa divisio* herdada do direito romano, que estrema o direito público e o direito privado. Inspirado pelas ideias jusnaturalistas que exaltavam o indivíduo, o direito civil assegurava a liberdade de contratar e a franca apropriação dos bens, ao passo que a doutrina dos direitos humanos, concebida a partir do século passado, engendrou mecanismos de proteção do indivíduo em face do Estado. Cuida-se, pois, de duas faces da mesma moeda. A sublimação do indivíduo no direito civil dá-se pela autonomia da vontade, enquanto as garantias fundamentais, concebidas pelo direito público, afastam as ingerências do Estado da esfera privada¹⁸⁴.

Michelle Costa da Silveira acrescenta, ainda, que, a distinção da seara pública – voltada ao interesse social – e da seara privada – voltada ao interesse particular – consolidou-se posteriormente à antiguidade greco-romana com o advento do Estado

¹⁸¹ MACHADO, Ronny Max; BARRETO, Osmar Fernando Gonçalves; CUNHA, Paulo Ferreira da. O público e o privado: transformações da magna divisio jurídica na sociedade da informação. **Revista Jurídica Cesumar**. v. 19, n. 1, p. 9-37, janeiro/abril, 2019. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/6481/3394>. p. 15.

¹⁸² SILVEIRA, Michele Costa da. As grandes metáforas da bipolaridade. In: MARTINS-COSTA, Judith (org). **A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 21-23.

¹⁸³ SALDANHA, Nelson. **O jardim e a praça: o privado e o público na vida social e histórica**. 2. ed. rev. e. atual. Rio de Janeiro: Atlântica Editora, 2005. p. 25.

¹⁸⁴ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 4. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Renovar, 2008. p. 64.

e ganhou força com a era moderna e as codificações civis demarcadoras da não ingerência estatal na vida privada¹⁸⁵.

Neste contexto, concebe-se a expressão dicotomia, advinda do termo grego *dikhotomía*, enquanto a divisão ou a segregação de um todo em partes usualmente contrárias ou antagônicas. Expressão, esta, utilizada em diversas áreas, tais quais na teologia, na biologia, na linguística, na política, dentre outras, e que, especialmente no Direito, evidencia o clássico fracionamento do ordenamento jurídico nas searas pública e privada¹⁸⁶.

Em outras palavras, denota-se que a concepção dicotômica do Direito entre as searas pública e privada apresenta duas perspectivas independentes, antagônicas e excludentes entre si, que, reunidas, perfazem o todo por si só, inexistindo um meio termo entre elas, tampouco outra alternativa que não seja um destes dois polos. Dessa forma, a partir da definição de uma das searas dicotômicas, extrai-se logicamente a definição da seara oposta¹⁸⁷.

Logo, tal distinção dicotômica apresenta conteúdo valorativo ao possibilitar a compreensão do que se entende por público e por privado, conceitos, estes, que se revelam opostos e eliminatórios. Dessa forma, o que é público não pode ser privado e o que é privado não pode ser público¹⁸⁸.

Segundo tal perspectiva, o âmbito privado – regulamentação das relações entre particulares – se encontra terminantemente apartado do âmbito público do Direito – estruturação e organização estatais –, inexistindo compatibilidade entre eles. Desse modo, revela-se inconcebível que o Estado intervenha na esfera privada¹⁸⁹.

Nesta toada Nelson Saldanha elucida a distinção de interesses, símbolos e práticas antropológicas existentes entre a faceta privada e a faceta pública ao observar aspectos tais como a família, o banho, a casa, a psicologia, dentre outros,

¹⁸⁵ SILVEIRA, op. cit., p. 25-26.

¹⁸⁶ MACHADO; BARRETO; CUNHA, op. cit., p. 12-13.

¹⁸⁷ BOLESINA, Iuri; REIS, Jorge Renato dos. O direito constitucionalizado e as esferas jurídicas pública e privada: é (contra) produtora de falar nessa distinção?. **Revista Thesis Juris**, v. 4, n. 1, p. 103-134, jan./jun. 2015. Disponível em: <https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=lgs&AN=110397985&lang=pt-br&site=eds-live>. p. 120.

¹⁸⁸ SILVEIRA, op. cit., p. 40.

¹⁸⁹ DUARTE, Polyana Vidal; FLORES, Nilton Cesar. A proteção da dignidade da pessoa humana como paradigma para a superação da dicotomia entre direito público e direito privado. **Revista Faculdade de Direito**, Fortaleza, v. 35, n. 2, p. 213-232, jul./dez. 2014. Disponível em: https://repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/11759/1/2014_art_pvduarte.pdf. p. 219.

associados ao âmbito privado e, por outro lado, as relações de comércio, de política, de religião, de saúde pública, dentre outros, associados ao âmbito público¹⁹⁰.

Hannah Arendt também identifica a originária distinção entre os domínios público e privado. Segundo ela, o domínio público originalmente compreende o que é de conhecimento geral, visto e acessível a todos, o que assegura o aspecto de realidade. É o próprio mundo – algo comum a todos. O domínio privado, por sua vez, compreende originalmente o contraponto ao primeiro domínio, aquilo que interessa somente ao próprio indivíduo e não aos outros, exemplificado através da propriedade privada – possuir um espaço individual próprio de resguardo – e da vida no lar em família. Distingue-se, portanto, o que é passível de exposição e o que não é¹⁹¹.

Iuri Bolesina e Jorge Renato dos Reis, por sua vez, evidenciam a distinção entre as searas jurídicas estanquamente consideradas ao asseverarem que a dicotomia “(...) simbolizou existir um espaço que não dizia respeito ao Estado (o privado) e outro que era de interesse reservado do Estado (público)”, de modo que as searas pública e privada seriam incompatíveis e excludentes entre si¹⁹².

Segundo Iuri Bolesina e Jorge Renato dos Reis, diferentes fundamentos são utilizados na tentativa de distinguir as searas pública e privada:

Residualmente, costuma-se afirmar que são três as principais teorias (ao menos no ordenamento brasileiro) que definem o que seja direito público e direito privado, sendo elas: a) teoria da prevalência do interesse (onde é direito público aquilo no que prepondera o interesse público e direito privado aquilo no que prepondera o interesse privado); b) teoria da natureza das relações jurídicas (segundo a qual direito público é aquele no qual a relação jurídica impõe a parte privada sua subordinação perante o Estado e direito privado onde há paridade entre as partes envolvidas) e; c) teoria subjetiva (para a qual o direito público é aquele que tem a figura do Estado – em sentido amplo – na função de autoridade pública e o direito privado é aquele no qual a figura do particular participa com outro particular ou com o Estado, desde que não como autoridade pública)¹⁹³.

Neste contexto, especialmente no âmbito civil do Direito, atribuía-se centralidade normativa à codificação civil, que almejava exaurir a regulamentação sobre as relações entre particulares sem deixar lacunas ou margens para a discricionariedade

¹⁹⁰ SALDANHA, Nelson. **O jardim e a praça**: o privado e o público na vida social e histórica. 2. ed. rev. e. atual. Rio de Janeiro: Atlântica Editora, 2005. p. 35-37.

¹⁹¹ ARENDET, Hannah. **A condição humana**. 13. ed. ver. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2020. p. 101-117.

¹⁹² BOLESINA; REIS, op. cit., p. 108.

¹⁹³ Ibid., p. 121-122.

dos magistrados. Afinal, a ingerência estatal (pública) na vida privada era valorada de maneira negativa¹⁹⁴.

Otávio Luiz Rodrigues Junior sintetiza:

O Direito Privado tem sua História, sua metodologia, seus princípios e suas funções no que se poderia chamar de “divisão do trabalho” entre as diversas províncias jurídicas. Não é adequado fazer o transplante desses elementos do Direito Público para o Direito Privado. O estatuto epistemológico do Direito Privado não se coaduna com essa transposição, porque desnecessária e imprópria. Na raiz de todos os problemas acima descritos, está essa distorção, que, a cada dia, com o silêncio de muitos civilistas, faz com que o Direito Privado assuma culpas históricas que não lhe pertencem e adote métodos e princípios que não se ajustam aos seus fins¹⁹⁵.

Destaca-se, segundo tal concepção, a necessidade e a relevância em assegurar a rigidez dos institutos jurídicos e dos aportes teóricos, com rigorismo e tecnicidade, a fim de evitar manipulações ou distorções categóricas e principiológicas, e de manter a segregação entre os fenômenos internos e externos ao Direito. Nesta toada Otávio Luiz Rodrigues Junior tece algumas críticas ao viés antagônico à clássica visão dicotômica do Direito, que não se atenta a este rigorismo técnico:

Importa, aqui, por agora, resumir alguns desses elementos de crítica à dogmática civilista contemporânea: a) usa-se com extrema promiscuidade o conceito de constitucionalização, sem que se saiba propriamente a que se refere, o que implica trazer para seus limites situações ou fenômenos jurídicos totalmente diferenciados ou incompatíveis, como interpretação conforme à Constituição, interpretação do direito ordinário sob a égide da supremacia constitucional, controle de constitucionalidade das leis, uso de princípios constitucionais para interpretar o Direito Privado, eficácia dos direitos fundamentais em relação aos particulares; b) os direitos fundamentais devem ser compreendidos nos moldes da teoria externa, distinguindo-se entre seu conteúdo essencial e respectivos limites; c) não há como se admitir direitos fundamentais ilimitados; d) o exame da função social da propriedade, por exemplo, pressupõe o reconhecimento da distinção entre propriedade e função social¹⁹⁶.

¹⁹⁴ BOLESINA, Iuri; REIS, Jorge Renato dos. O direito constitucionalizado e as esferas jurídicas pública e privada: é (contra) produtor falar nessa distinção?. **Revista Thesis Juris**, v. 4, n. 1, p. 103–134, jan./jun. 2015. Disponível em: <https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=lgs&AN=110397985&lang=pt-br&site=eds-live>. p. 111-113.

¹⁹⁵ RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. Estatuto epistemológico do Direito Civil contemporâneo na tradição de Civil Law em face do neoconstitucionalismo e dos princípios. **Revista Meritum**, v. 5, n. 2, p. 13-52, jul./dez. 2010. Disponível em: <http://revista.fumec.br/index.php/meritum/article/view/1054>. p. 43.

¹⁹⁶ Ibid., p. 32-33.

Ratifica-se, desse modo, a utilização da rigorosa segregação entre as searas pública e privada à medida que tal distinção contribuiu significativamente para a aplicação prática da matéria, bem como para fins acadêmicos e metodológicos, uma vez que possibilitou conferir maior organização e individualização dos conteúdos, com bases principiológicas, institutos e ferramentas próprias¹⁹⁷.

Neste sentido, até mesmo aqueles que sustentam a impossibilidade da segregação estanque do ordenamento jurídico, tais quais Iuri Bolesina e Jorge Renato dos Reis, ressaltam que a dicotomia remanesce e se revela conveniente no sentido didático ou acadêmico ao propiciar uma divisão teórica organizacional¹⁹⁸.

Além disso, não se pode esquecer que tal diferenciação promove maior segurança jurídica e resguarda o ordenamento jurídico da banalização constitucional, evitando a inoportuna incorporação de casos irrelevantes às Cortes constitucionais e propiciando que as problemáticas de significativa magnitude sejam apreciadas em profundidade como precisam ser. Evitando, também, a inexatidão técnica dos termos jurídicos e as equivocadas associações entre eles, especialmente no que concerne à dignidade da pessoa humana e as direitos fundamentais¹⁹⁹.

Como se não bastasse, Otavio Luiz Rodrigues Junior legitima a clássica visão dicotômica do direito, especialmente no que tange à autonomia do Direito Civil, ao rechaçar as críticas a ela tecidas sob o argumento de que o viés segregacionista positivista não isenta o Direito de valores, tampouco de discricionariedade. Segundo ele, ao contrário, tais fatores foram advertidos pelos próprios ideais de Hans Kelsen, no início da obra *Teoria Pura do Direito*²⁰⁰.

Adverte-se, todavia, que, ainda que o viés clássico dicotômico continue a ser defensável e apresente argumentos e expoentes favoráveis, ele precisa ser lido, compreendido e analisado à luz do atual contexto do ordenamento jurídico e da sociedade, momento em que as complexidades aumentaram e algumas diferenças foram mitigadas, o que vai bastante além da origem romana que diferenciava as

¹⁹⁷ SIQUEIRA, D. P.; OLIVEIRA, E. A.; ZANINI, L. E. A.; FRANCO JR., R. M. Os direitos da personalidade em face da dicotomia direito público - direito privado. **Revista de Direito Brasileira**, v. 19, p. 208-220, 2018. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/3203/3534>. p. 214-216.

¹⁹⁸ BOLESINA, Iuri; REIS, Jorge Renato dos. A dicotomia jurídica público-privado no direito civil constitucionalizado. In: III Mostra do Direito Civil Constitucionalizado. **Anais**, Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC), 2016. Disponível em: <https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/ecc/article/view/16165/4061>. p. 3-4.

¹⁹⁹ RODRIGUES JUNIOR, op. cit., p. 36-41.

²⁰⁰ Ibid., p. 16-19.

searas jurídicas²⁰¹. Ademais, não se pode ignorar a existência de críticas a esta concepção no que tange à ausência de uniformidade e de precisão acerca da distinção entre as searas públicas e privada²⁰².

2.2 CONSTITUCIONALIZAÇÃO E PERSONALIZAÇÃO DO DIREITO

Concebida a clássica visão dicotômica do Direito, segregado entre as searas pública e privada, pode-se extrair o contexto liberal, individualista e racionalista desta concepção. Neste cenário, o indivíduo gozava de plena autonomia da vontade especialmente no que tange ao direito de propriedade e à manutenção de seu patrimônio, que eram tutelados exclusivamente pela previsão normativa de direito privado contida no Código Civil. Ademais, a ingerência estatal na vida privada era considerada excessiva e descabida²⁰³.

Ocorre que, a partir do século XX, essa esfera iminentemente privada passou a sofrer ingerências econômicas estatais com vistas a frear o individualismo e as desigualdades sociais, bem como a viabilizar a manutenção do mercado capitalista. Passou-se, assim, a regulamentar as relações patrimoniais a partir de valores não patrimoniais relativos à pessoa humana, o que repercutiu na irradiação dos valores constitucionais às demais áreas do ordenamento jurídico, a incluir o Direito privado Civil, conforme menciona Gustavo Tepedino:

Explica-se nesse contexto, as diversas expressões que, surgidas em doutrina, espelhavam a mudança ocorrida na dogmática do direito civil. Socialização, despatrimonialização, repersonalização, constitucionalização do Direito Civil, em seus diversos matizes, tendem a significar que as relações patrimoniais deixam de ter justificativa e legitimidade em si mesmas, devendo ser funcionalizadas a interesses existenciais e sociais, previstos pela própria Constituição – que ocupa o ápice da hierarquia normativa –, integrantes,

²⁰¹ SIQUEIRA; OLIVEIRA; ZANINI; FRANCO JR. op. cit., p. 215.

²⁰² BOLESINA, Iuri; REIS, Jorge Renato dos. O direito constitucionalizado e as esferas jurídicas pública e privada: é (contra) produtora falar nessa distinção?. **Revista Thesis Juris**, v. 4, n. 1, p. 103–134, jan./jun. 2015. Disponível em: <https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=lgs&AN=110397985&lang=pt-br&site=eds-live>. p. 121.

²⁰³ DUARTE, Polyana Vidal; FLORES, Nilton Cesar. A proteção da dignidade da pessoa humana como paradigma para a superação da dicotomia entre direito público e direito privado. **Revista Faculdade de Direito**, Fortaleza, v. 35, n. 2, p. 213-232, jul./dez. 2014. Disponível em: https://repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/11759/1/2014_art_pvduarte.pdf. p. 219.

portanto, da nova ordem pública, que tem na dignidade da pessoa humana o seu valor maior²⁰⁴.

Trata-se de um momento pós-modernista de prestígio e centralidade constitucional, principiológica e valorativa, decorrente do insucesso histórico de tendências jusnaturalistas e positivistas que o antecederam. Afinal, tais períodos antecedentes legitimaram atrocidades e autoritarismos, especialmente associadas ao fascismo e ao nazismo, o que favoreceu a uma abertura do ordenamento jurídico a valorações éticas, humanitárias e de justiça²⁰⁵.

Daniel Sarmiento rememora a crueldade decorrente do autoritarismo, especialmente na Alemanha, Itália, Espanha e Portugal, que, após a Segunda Guerra Mundial, fomentou a substituição de uma postura jurídica positivista e centrada na lei para uma cultura de consolidação da força normativa das constituições. Diante disso, afastaram-se as constituições de meros programas políticos para passarem a efetivamente tutelar os direitos fundamentais, limitando a atuação estatal e, inclusive, invalidando normas que as contrariem²⁰⁶.

Vinícius Silva Alves, por sua vez, constata uma mudança constitucional com enfoque na dignidade humana a partir das incivilidades havidas nas guerras mundiais, ao mencionar que “(...) a utilização de armas nucleares, as perdas humanas irreversíveis e as barbáries cometidas durante a Segunda Guerra Mundial colocaram em pauta a discussão [...] a respeito da utilização dos homens como meios à satisfação de interesses políticos e econômicos”²⁰⁷.

Outrossim, Polyana Vital Duarte e Nilton Cesar Flores asseveram que centralidade do ordenamento jurídico conferida às constituições e à tutela da pessoa

²⁰⁴ TEPEDINO, Gustavo. TEPEDINO, Marchas e contramarchas da constitucionalização do Direito Civil: a interpretação do Direito Civil à luz da Constituição da República. **Revista [Syn]Thesis**, v. 5, n. 1, 2012, p. 15-21. Disponível em: https://www.academia.edu/30891094/Marchas_e_Contramarchas_da_Constitucionaliza%C3%A7%C3%A3o_do_Direito_Civil_a_Interpreta%C3%A7%C3%A3o_do_Direito_Privado_%C3%A0_Luz_da_Constitui%C3%A7%C3%A3o_da_Rep%C3%B9blica. p. 16.

²⁰⁵ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro. **Revista da EMERJ**, v. 4, n. 15, 2001. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista15/revista15_11.pdf. p. 31.

²⁰⁶ SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, jan. 2009. Disponível em: https://www.mpbpa.mp.br/sites/default/files/biblioteca/criminal/artigos/neoconstitucionalismo_-_daniel_sarmiento.pdf. p. 2.

²⁰⁷ ALVES, Vinícius Silva. A força normativa dos princípios e sua importância para a releitura do direito civil brasileiro: reflexões a partir dos princípios da dignidade humana e igualdade. **Revista Direito, Estado e Sociedade**. n. 55, p. 342-364, jul./dez. 2019. Disponível em: <https://eds.s.ebscohost.com/eds/pdfviewer/pdfviewer?vid=1&sid=1594eaf6-346e-4ba2-9f81-62893050da62@redis>. p. 344-345.

humana e dos direitos fundamentais teve influência inicial das aspirações decorrentes da Revolução Francesa do século XVIII, contudo, foi, de fato, sedimentada no contexto de pós-guerras mundiais do século XX diante das barbáries cometidas e do desrespeito aos indivíduos²⁰⁸.

Iuri Bolesina e Jorge Renato dos Reis sintetizam:

A história da constitucionalização do direito (a qual ainda se constrói) pode ser condensada como o processo que, diante de fatos históricos, confluiu interesses políticos e jurídicos à apreciação das Constituições como documento jurídico-político de maior grau hierárquico na ordem jurídica e que, justamente por isso, acaba sendo o referencial obrigatório para a criação e interpretação das leis e atos sob ela praticados. Tal cenário se estruturou notadamente a partir do resultado dos julgamentos de Nuremberg (entre 1945 e 1946) que oportunizou uma virada ideológica política e jurídica (GERVASONI; BOLESINA, 2014, p. 14), viabilizando o nascimento do Estado Democrático de Direito e do fortalecimento da noção de Dignidade da Pessoa Humana (e dos direitos fundamentais, por lógico)²⁰⁹.

Assim, a datar dos séculos XX e XXI, passou o ordenamento jurídico como um todo a se submeter aos valores e princípios constitucionais, dotados de normatividade, com ênfase à dignidade da pessoa humana e aos direitos fundamentais que os alicerçam, como forma de aperfeiçoar e de aprimorar os textos normativos positivados, a englobar a seara privada.²¹⁰ Especialmente no Brasil, destaca-se que a dignidade humana foi consagrada enquanto fundamento da República, prevista no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988, figurando enquanto um critério a luz do qual as demais regras abertas e institutos jurídicos podem ser interpretados e integrados²¹¹.

²⁰⁸ DUARTE, Polyana Vidal; FLORES, Nilton Cesar. A proteção da dignidade da pessoa humana como paradigma para a superação da dicotomia entre direito público e direito privado. **Revista Faculdade de Direito**, Fortaleza, v. 35, n. 2, p. 213-232, jul./dez. 2014. Disponível em: https://repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/11759/1/2014_art_pvduarte.pdf. p. 213-214.

²⁰⁹ BOLESINA, Iuri; REIS, Jorge Renato dos. O direito constitucionalizado e as esferas jurídicas pública e privada: é (contra) produtora falar nessa distinção?. **Revista Thesis Juris**, v. 4, n. 1, p. 103-134, jan./jun. 2015. Disponível em: <https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=lgs&AN=110397985&lang=pt-br&site=eds-live>. p. 114.

²¹⁰ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Estatuto epistemológico do Direito Civil contemporâneo na tradição de Civil Law em face do neoconstitucionalismo e dos princípios. **Revista Meritum**, v. 5, n. 2, p. 13-52, jul./dez. 2010. Disponível em: <http://revista.fumec.br/index.php/meritum/article/view/1054>. p. 35.

²¹¹ TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor. **O papel da doutrina do direito civil entre o sujeito e a pessoa**: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 21.

Fernanda Cantali evidencia a centralidade atribuída à pessoa humana no ordenamento jurídico com a personalização do Direito:

Com a eleição da dignidade da pessoa humana como valor fundante de toda a ordem jurídica, a pessoa passou a ser o centro referencial do ordenamento, e os direitos ligados à sua personalidade tomaram posição de destaque. A pessoa não é mais tida apenas “como sujeito de direitos, categoria abstrata, elemento da relação jurídicas”, mas passa a ser considerada “como bem jurídico tutelável: não como objeto de direito, mas como valor expresso na tutela das situações subjetivas existenciais”. A pessoa vale pelo que é, e não apenas pelo que tem.

O responsável por esta mudança de perspectiva é o processo de personalização do Direito Civil, seara onde os interesses patrimoniais perderam a posição de destaque outrora garantido, já que funcionalizados aos interesses existenciais da pessoa humana²¹².

Em outras palavras, especialmente a partir das últimas décadas do século XX, fundiu-se o aporte teórico constitucional com o aporte teórico civil, o que implicou na publicização da seara privada e na privatização da seara pública, personalizando o âmbito privado do Direito e aperfeiçoando a noção dos direitos fundamentais.²¹³ Nesta toada, Daniel Sarmento consigna a “penetração do princípio da dignidade da pessoa humana na seara do Direito Privado” e a “primazia dos valores existenciais da pessoa humana sobre os patrimoniais no Direito Privado”, o que instituiu uma nova perspectiva jurídica centrada no homem, que é fim em si mesmo e que se vale das relações patrimoniais enquanto um meio para a satisfação humana²¹⁴.

Vinícius Silva Alves identifica que até meados do século XX os princípios eram concebidos meramente enquanto fator orientativo de justiça para a posituação de regras, porém, após este período, passou-se a reconhecer o seu caráter normativo e vinculativo. Para tanto, ele traça o percorrer histórico dos princípios, que caminhou do viés teológico medieval – em que os princípios eram axiomas de justiça – ao surgimento do Estado moderno liberal – com premissas jusnaturalistas e a codificação das leis –, chegando, ao positivismo – com sua exatidão e o enfraquecimento dos princípios – e, por fim, ao pós-positivismo contemporâneo – que conferiu posição de

²¹² CANTALI, Fernanda Borghetti. **Direitos da personalidade**: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 204.

²¹³ BOLESINA; REIS, op. cit., p. 124.

²¹⁴ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004. p. 115-116.

destaque aos princípios, dotados de caráter normativo e incorporados ao texto constitucional²¹⁵.

José Levi Mello do Amaral Júnior também constata a abertura principiológica do ordenamento jurídico, dotado de cláusulas gerais, de atribuição de relevância aos magistrados no caso concreto e de centralidade dos valores constitucionais, como forma de tentar acompanhar a complexidade das sociedades²¹⁶.

Estabeleceram-se, dessa forma, princípios e cláusulas mais amplas, gerais e abertas em legislações esparsas e no texto constitucional, a irradiar sobre todo o ordenamento jurídico e a conferir proteção integral à pessoa humana, bem como fixaram-se objetivos sociais concretos a serem atingidos através de políticas públicas. Além disso, alargou-se o papel dos magistrados, que não estão mais adstritos à boca da lei, ao contrário, gozam de maior discricionariedade para interpretar as cláusulas gerais no caso concreto com fulcro nos valores constitucionais e concretizar os mandamentos ali contidos²¹⁷.

Neste sentido, Luís Roberto Barroso pontua:

O constitucionalismo moderno promove, assim, uma volta aos valores, uma reaproximação entre ética e Direito. Para poderem beneficiar-se do amplo instrumental do Direito, migrando da filosofia para o mundo jurídico, esses valores compartilhados por toda a comunidade, em dado momento e lugar, materializaram-se em princípio, que passam a estar abrigados na Constituição, explícita ou implicitamente. Alguns nela já se inscreviam de longa data, como a liberdade e a igualdade, sem embargo da evolução de seus significados. Outros, conquanto clássicos, sofreram releituras e revelaram novas sutilezas, como a separação dos Poderes e o Estado democrático de direito. Houve, ainda, princípios que se incorporaram mais recentemente ou, ao menos, passaram a ter uma nova dimensão, como o da dignidade da pessoa humana, da razoabilidade, da solidariedade e da reserva da justiça²¹⁸.

²¹⁵ ALVES, Vinícius Silva. A força normativa dos princípios e sua importância para a releitura do direito civil brasileiro: reflexões a partir dos princípios da dignidade humana e igualdade. **Revista Direito, Estado e Sociedade**. n. 55, p. 342-364, jul./dez. 2019. Disponível em: <https://eds.s.ebscohost.com/eds/pdfviewer/pdfviewer?vid=1&sid=1594eaf6-346e-4ba2-9f81-62893050da62@redis>. p. 352.

²¹⁶ AMARAL JR, José Levi Mello do. Constituição e codificação: primórdios do binômio. In: MARTINS-COSTA, Judith (org). **A reconstrução do direito privado**: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 68-70.

²¹⁷ TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor. **O papel da doutrina do direito civil entre o sujeito e a pessoa**: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 19-24.

²¹⁸ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro. **Revista da EMERJ**, v. 4, n. 15, 2001. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista15/revista15_11.pdf. p. 32-33.

Daniel Sarmiento também identifica a abertura valorativa havida com a constitucionalização do Direito, que, com vistas a acompanhar a complexidade e a dinamicidade do contexto atual, incorporou princípios e técnicas hermenêuticas ao texto constitucional, aproximando o Direito à moral e conferindo relevante papel ao Poder Judiciário na efetivação dos valores ali elencados²¹⁹. Ele, ainda, menciona que:

Uma das características do neoconstitucionalismo é a defesa da constitucionalização do Direito. Sustenta-se que a irradiação das normas constitucionais por todo o ordenamento contribui para aproximá-lo dos valores emancipatórios contidos nas constituições contemporâneas. A Constituição não é vista mais como uma simples norma *normarum* - cuja finalidade principal é disciplinar o processo de produção de outras normas. Ela passa a ser enxergada como a encarnação dos valores superiores da comunidade política, que devem fecundar todo o sistema jurídico. Neste modelo, cabe ao intérprete não só aplicar diretamente os ditames constitucionais às relações sociais, como também reler todas as normas e institutos dos mais variados ramos do Direito à luz da Constituição, emprestando-lhes o sentido que mais promova os objetivos e a axiologia da Carta²²⁰.

Neste ponto, abrem-se parênteses para ressaltar que, a despeito do relevante papel assumido pelos magistrados, que proporciona maior adequação ao caso concreto e uma maior discricionariedade à luz da filtragem constitucional para a concretização dos valores eleitos pela sociedade, não se pode ignorar que essa centralidade atribuída ao Poder Judiciário gera o risco de um ativismo judicial demasiado e de eventual parcialidade diante dos conceitos abertos. Questiona-se quais seriam os limites dessa atuação do Judiciário face o âmbito de atuação dos demais poderes, quais sejam o Poder Legislativo e o Poder Executivo, e das demais áreas, externas ao Direito²²¹.

De todo modo, com as ressalvas necessárias, revela-se notório o papel central assumido pelas constituições no ordenamento jurídico e a abertura valorativa que isso proporcionou, de modo que a partir do fenômeno da constitucionalização, todas as demais normas infraconstitucionais do ordenamento jurídico devem ser lidas, interpretadas, bem como devem estar em harmonia com os valores constitucionais²²².

²¹⁹ SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, jan. 2009. Disponível em: https://www.mpba.mp.br/sites/default/files/biblioteca/criminal/artigos/neoconstitucionalismo_-_daniel_sarmiento.pdf. p. 3.

²²⁰ Ibid., p. 17.

²²¹ Ibid., p. 12-13.

²²² ALVES, Vinícius Silva. A força normativa dos princípios e sua importância para a releitura do direito civil brasileiro: reflexões a partir dos princípios da dignidade humana e igualdade. **Revista Direito**,

Nos dizeres de Otavio Rodrigues Junior, com ênfase na constitucionalização do Direito Civil, utilizou-se “(...) o imenso guarda-chuva teórico da constitucionalização para sustentar a utilização de novos fatores de correção das normas de Direito Civil, sua interpretação conforme o texto constitucional ou a aplicação direta de suas normas às relações de Direito Privado”²²³.

Nesta toada lecionam Gustavo Tepedino, Ana Carolina Brochado Teixeira e Vitor Almeida:

O despertar do Direito Civil (e, por conseguinte, da magistratura) para a vida além do Código, na tentativa de abrir o sistema e buscar o conteúdo normativo dos preceitos codificados a partir do compromisso constitucional da sociedade, relaciona-se, por sua vez, a duas circunstâncias históricas que alteraram radicalmente a preocupação da doutrina nas últimas décadas, relativizando as fronteiras entre o Direito Público e o Privado. A primeira delas é a dignidade da pessoa humana alçada a paradigma axiológico das relações privadas. A segunda se consubstancia nas novas tecnologias, que reformulam o conteúdo da autonomia privada, tanto do ponto de vista subjetivo quanto dos pontos de vista objetivo e formal. Diante de tais fenômenos factuais, deve-se conceber a constitucionalização do Direito Civil não como o deslocamento topográfico de normas de Direito Privado para cartas políticas ou tratados internacionais, mas como procedimento metodológico de compreensão do ordenamento em sua complexidade (valorativa e fática), no âmbito do qual os valores constitucionais se incorporam aos normativos e à própria racionalidade da legislação infraconstitucional²²⁴.

Roberto Lisboa Senise, por sua vez, pontua que a concepção inicial de um Código Civil individualista e voltado às questões patrimoniais foi se enfraquecendo diante do surgimento de leis esparsas, que culminaram num processo de descodificação normativa, e do aumento da ingerência do Estado nas relações privadas, com vistas a resguardar os direitos e valores constitucionalmente tutelados. Ele identifica a ocorrência de “uma abertura constitucional” que implicou na

Estado e Sociedade. n. 55, p. 342-364, jul./dez. 2019. Disponível em: <https://eds.s.ebscohost.com/eds/pdfviewer/pdfviewer?vid=1&sid=1594eaf6-346e-4ba2-9f81-62893050da62@redis>. p. 356-357.

²²³ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Estatuto epistemológico do Direito Civil contemporâneo na tradição de Civil Law em face do neoconstitucionalismo e dos princípios. **Revista Meritum**, v. 5, n. 2, p. 13-52, jul./dez. 2010. Disponível em: <http://revista.fumec.br/index.php/meritum/article/view/1054>. p. 32.

²²⁴ TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor. **O papel da doutrina do direito civil entre o sujeito e a pessoa**: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 20.

modificação do enfoque do patrimônio para a pessoa, a dignidade humana e os direitos personalíssimos²²⁵.

De modo equivalente, Polyana Vidal Duarte e Nilton Cesar Flores constatarem os reflexos constitucionais no âmbito civil à medida que sua codificação aderiu a bases principiológicas valorativas e se afastou de concepções puramente individualistas e patrimonialistas, preocupando-se, também, com aspectos sociais e com a dignidade da pessoa humana²²⁶.

Gustavo Tepedino acrescenta ao identificar a necessidade de observância da valoração constitucional para a eficácia da tutela dos direitos humanos e da dignidade da pessoa humana, a qual não pode ficar adstrita à esfera pública do direito, devendo, também, incidir sobre a seara privada e sobre a integralidade do ordenamento jurídico²²⁷. E é justamente isso que Vinícius Silva Alves constata no Brasil ao observar a ocorrência de uma repaginação do âmbito privatístico do Direito à luz dos ideais constitucionais, com vistas à efetiva tutela da pessoa humana²²⁸.

Em outras palavras, pontua Otavio Luiz Rodrigues Junior:

Diz-se que o novo Direito Civil, também denominado Direito Civil constitucionalizado, repersonalizado, despatrimonializado, etc., voltou-se para princípios e valores por muito tempo esquecidos, a exemplo da dignidade da pessoa humana, da função social do contrato, da função social da propriedade. É também sustentado que esse novo Direito Civil ocupou-se dos problemas da sociedade contemporânea, abrindo-se para as novas famílias, para a função social da propriedade e para a luta dos grupos excluídos. Seria esse o novo limiar de um Direito Civil humanista, pluralista, democrático e social (...) ²²⁹.

²²⁵ LISBOA, Roberto Senise. Dignidade e solidariedade civil-constitucional. **Revista de Direito Privado**. v. 42/2010, p. 30-70, abr./jun., 2010. Disponível em: <https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/delivery/document>. p 1-3.

²²⁶ DUARTE, Polyana Vidal; FLORES, Nilton Cesar. A proteção da dignidade da pessoa humana como paradigma para a superação da dicotomia entre direito público e direito privado. **Revista Faculdade de Direito**, Fortaleza, v. 35, n. 2, p. 213-232, jul./dez. 2014. Disponível em: https://repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/11759/1/2014_art_pvduarte.pdf. p. 220-221.

²²⁷ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 4. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Renovar, 2008. p. 78.

²²⁸ ALVES, Vinícius Silva. A força normativa dos princípios e sua importância para a releitura do direito civil brasileiro: reflexões a partir dos princípios da dignidade humana e igualdade. **Revista Direito, Estado e Sociedade**. n. 55, p. 342-364, jul./dez. 2019. Disponível em: <https://eds.s.ebscohost.com/eds/pdfviewer/pdfviewer?vid=1&sid=1594eaf6-346e-4ba2-9f81-62893050da62@redis>. p. 356.

²²⁹ RODRIGUES JUNIOR, op. cit., p. 20.

Vinícius Silva Alves reconhece, também, a tendência de despatrimonialização e de funcionalização do Direito Civil e do direito privado em sua completude, decorrente de uma inspiração constitucional que privilegia a tutela da pessoa humana, considerada enquanto fim em si mesma, e de sua dignidade²³⁰.

Em síntese, pode-se conceber o fenômeno da constitucionalização do Direito, também conhecido como filtragem constitucional, enquanto uma realocação do eixo constitucional para o centro do sistema jurídico, prevalecendo, inclusive, sobre a codificação civil e servindo como parâmetro valorativo interpretativo e integrativo à luz do qual todo o ordenamento deve ser lido. De acordo com Luís Roberto Barroso, esse fenômeno “(...) não identifica apenas a inclusão da Lei Maior de normas próprias de outros domínios, mas, sobretudo, a reinterpretação de seus institutos sob uma ótica constitucional”²³¹.

Em detrimento desse lastro constitucional valorativo e principiológico a incidir sobre todas as demais áreas do ordenamento jurídico, passou-se, também, a se falar na personalização do Direito. Afinal, a partir da centralidade atribuída às constituições, a tutela da pessoa humana nela consignada também ganhou destaque a nível mundial, a ponto de ser considerada como o bem jurídico de maior valia a ser resguardado. Trata-se um viés mais humanista²³².

Neste sentido, Iuri Bolesina e Jorge Renato dos Reis mencionam que, especialmente no âmbito das relações entre particulares, o fenômeno da constitucionalização do Direito implicou em sua personalização, operacionalizando institutos jurídicos como a propriedade e os contratos em favor da dignidade humana e dos direitos fundamentais²³³. Igualmente, nos dizeres de Polyana Vidal Duarte e Nilton Cesar Flores, pode-se dizer que “se o patrimônio foi considerado atributo da personalidade, quando essa era analisada abstratamente, atualmente admite-se a

²³⁰ ALVES, op. cit., p. 357.

²³¹ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro. **Revista da EMERJ**, v. 4, n. 15, 2001. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista15/revista15_11.pdf. p. 44.

²³² DUARTE; FLORES, op. cit., p. 214.

²³³ BOLESINA, Iuri; REIS, Jorge Renato dos. O direito constitucionalizado e as esferas jurídicas pública e privada: é (contra) produtora de falar nessa distinção?. **Revista Thesis Juris**, v. 4, n. 1, p. 103–134, jan./jun. 2015. Disponível em: <https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=lgs&AN=110397985&lang=pt-br&site=eds-live>. p. 104-105.

pessoa concreta, observando-se suas reais necessidades, anseios e sentimentos”, o que corresponde à repersonalização do direito²³⁴.

Segundo Roberto Lisboa Senise, “a partir do momento em que se privilegia a dignidade humana e não somente o patrimônio pessoal, sobrepõe-se a predileção do ordenamento pela proteção e asseguramento dos direitos da personalidade”²³⁵, o que evidencia uma mudança de perspectiva do ordenamento jurídico para um enfoque personalíssimo, em observância aos ideais constitucionais, especialmente no tocante à dignidade da pessoa humana. Trata-se da personalização do Direito.

Ronny Max Machado, Osmar Fernando Gonçalves Barreto e Paulo Ferreira da Cunha acrescentam:

O Estado Contemporâneo, também denominado Estado constitucional, não deverá ser caracterizado por uma relação de supra/infraordenação entre cidadão e Estado, onde um é subordinado ao poder, à “soberania” (ou ao que dela reste) e, por vezes, ao arbítrio do outro, mas por um compromisso constitucionalmente garantido de realizar o interesse de cada pessoa no contexto do interesse comum. A Constituição deixou de ser somente política, mas da sociedade. A grande tarefa do Estado, assim, não é tanto de impor aos cidadãos um próprio interesse superior, quanto de realizar a tutela dos direitos fundamentais e de favorecer o pleno desenvolvimento da pessoa (que tem consagração constitucional explícita na Alemanha), removendo os obstáculos que impedem a participação de todos na vida do Estado, e fomentando essa participação²³⁶.

Ressalva-se, todavia, que muito além de uma superioridade ou hierarquia dogmática do Direito Constitucional, trata-se a constitucionalização do Direito da ampliação de incidência de seu conteúdo para todo o sistema jurídico²³⁷, o que caminha em consonância com a personalização do Direito à medida que a proteção da pessoa humana e de sua dignidade ganhou enfoque central do ordenamento, com

²³⁴ DUARTE, Polyana Vidal; FLORES, Nilton Cesar. A proteção da dignidade da pessoa humana como paradigma para a superação da dicotomia entre direito público e direito privado. **Revista Faculdade de Direito**, Fortaleza, v. 35, n. 2, p. 213-232, jul./dez. 2014. Disponível em: https://repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/11759/1/2014_art_pvduarte.pdf. p. 223.

²³⁵ LISBOA, Roberto Senise. Dignidade e solidariedade civil-constitucional. **Revista de Direito Privado**. v. 42/2010, p. 30-70, abr./jun., 2010. Disponível em: <https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/delivery/document>. p 7-8.

²³⁶ MACHADO, Ronny Max; BARRETO, Osmar Fernando Gonçalves; CUNHA, Paulo Ferreira da. O público e o privado: transformações da magna divisio jurídica na sociedade da informação. **Revista Jurídica Cesumar**. v. 19, n. 1, p. 9-37, janeiro/abril, 2019. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/6481/3394>. p. 26.

²³⁷ TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor. **O papel da doutrina do direito civil entre o sujeito e a pessoa**: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 23.

vistas a conferir uma proteção integral. Une-se, assim, o sistema jurídico público e privado em prol do resguardo de valores não patrimoniais, especialmente, a pessoa.

Vislumbram-se, assim, a partir da constitucionalização e da personalização do Direito, certos avanços na cultura jurídica, especialmente no que concerne à relativização e à historicização dos institutos jurídicos, à aproximação das searas jurídicas pública e privada, e à incorporação de ideais liberais econômicos no plano constitucional, com vistas a operacionalizá-los em favor da dignidade da pessoa humana. Afinal, dada a multiplicidade de normas e valores existentes, a unidade do ordenamento jurídico somente será concretizada a partir do centro irradiador constitucional²³⁸.

Rememora-se, entretanto, conforme aludido no tópico anterior, que não se pode olvidar da existência de críticas a respeito de tal permeação constitucional ao longo de todo o ordenamento jurídico, especialmente daqueles que coadunam com um viés clássico dicotômico do Direito e que advertem o perigo de cometimento de abusos, manipulações e de distanciamento da essência normativa a partir da valoração constitucional e de externalidades negativas ao Direito²³⁹.

Daniel Sarmento alerta que “o excesso de constitucionalização do Direito reveste-se, portanto, de um viés antidemocrático”, bem como que pode implicar na ingerência demasiada na vida privada dos indivíduos, de modo que tal fenômeno pode ser concebido como algo favorável, desde que respeitados os limites da autonomia pública e privada²⁴⁰.

2.3 VISÃO CONTEMPORÂNEA UNITÁRIA

²³⁸ TEPEDINO, Gustavo. TEPEDINO, Marchas e contramarchas da constitucionalização do Direito Civil: a interpretação do Direito Civil à luz da Constituição da República. **Revista [Syn]Thesis**, v. 5, n. 1, 2012, p. 15-21. Disponível em: https://www.academia.edu/30891094/Marchas_e_Contramarchas_da_Constitucionaliza%C3%A7%C3%A3o_do_Direito_Civil_a_Interpreta%C3%A7%C3%A3o_do_Direito_Privado_%C3%A0_Luz_da_Constitui%C3%A7%C3%A3o_da_Rep%C3%B9blica. p. 17-20.

²³⁹ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Estatuto epistemológico do Direito Civil contemporâneo na tradição de Civil Law em face do neoconstitucionalismo e dos princípios. **Revista Meritum**, v. 5, n. 2, p. 13-52, jul./dez. 2010. Disponível em: <http://revista.fumec.br/index.php/meritum/article/view/1054>. p. 29.

²⁴⁰ SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, jan. 2009. Disponível em: https://www.mpbpa.mp.br/sites/default/files/biblioteca/criminal/artigos/neoconstitucionalismo_-_daniel_sarmiento.pdf. p. 18.

Uma vez compreendida a ocorrência da constitucionalização e da personalização do Direito, bem como identificada a mudança de paradigma do ordenamento jurídico, especialmente no que concerne à posição central conferida às constituições e ao maior enfoque dado à tutela da pessoa e de seus atributos, passou-se a constatar a insuficiência da segregação dicotômica entre as esferas pública e privada do Direito e a necessidade de promoção de uma visão mais holística do ordenamento. Isso porque a prevalência no ordenamento jurídico do resguardo da pessoa humana e de sua dignidade segue na contramão à estanque segregação entre os âmbitos público e privado do Direito, que limita a proteção a ser conferida. Dadas as inúmeras possibilidades de afetação de direitos do homem, tem-se que os meios de proteção também precisam ser diversificados, contínuos e amplos²⁴¹.

Leonardo Estevam de Assis Zanini, Edmundo Alves de Oliveira, Dirceu Pereira Siqueira e Raul de Mello Franco Jr. mencionam que, em que pese os fenômenos de codificação e da constitucionalização do Direito terem evidenciado a distinção entre os âmbitos público e privado, tal distinção restou enfraquecida diante da concepção do Estado do Bem-Estar Social, que propiciou uma fusão entre tais searas, aproximando-as e sobrepondo-as. Eles mencionam, ainda, que inúmeros aportes teóricos foram construídos na tentativa de distinguir o público do privado, a destacar a teoria do sujeito – distinção a partir do destinatário das normas –, a teoria do interesse, a teoria da relação de dominação – posição de superioridade do Estado em relação aos particulares –, a teoria eclética, dentre outras. Contudo, nenhum deles foi suficiente para tanto²⁴².

Iuri Bolesina e Jorge Renato dos Reis consideram a contemporânea superação da visão dicotômica entre as searas pública e privada como um produto da constitucionalização do Direito, que concebeu a unicidade do ordenamento jurídico em torno da Constituição, de modo que “direito público e direito privado passam a ser dimensões de um mesmo objeto, o ordenamento jurídico, que é uno e deve ser íntegro e coerente.”²⁴³ Outrossim, Daniel Sarmento identifica que a atribuição da força

²⁴¹ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.p. 42-43.

²⁴² SIQUEIRA, D. P.; OLIVEIRA, E. A.; ZANINI, L. E. A.; FRANCO JR., R. M. Os direitos da personalidade em face da dicotomia direito público - direito privado. **Revista de Direito Brasileira**, v. 19, p. 208-220, 2018. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/3203/3534>. p. 211-213.

²⁴³ BOLESINA, Iuri; REIS, Jorge Renatos dos. A dicotomia jurídica público-privado no direito civil constitucionalizado. In: III Mostra do Direito Civil Constitucionalizado. **Anais**, Universidade de Santa

normativa aos textos constitucionais – constitucionalização do Direito Privado – e a substituição do patrimônio pelo ser humano e a sua existência no núcleo da tutela jurídica implicaram na significativa relativização da clássica dicotomia entre as searas Pública e Privada em prol da dignidade humana²⁴⁴.

Igualmente, Michelle Costa da Silveira menciona que:

Parece não fazer sentido, nos tempos atuais, falar-se na permanência de uma real dicotomia entre direito público e direito privado, entendida a mesma, na forma determinada por Bobbio, como duas esferas reciprocamente opostas, excludentes e exaustivas. Talvez, se possa, no máximo, manter a ideia de uma mera distinção que se fragiliza diante de determinadas situações impostas pela nova ótica de refundação das bases do direito privado em face da Constituição²⁴⁵.

Gustavo Tepedino, por sua vez, identifica que, diante da dinamicidade da sociedade capitalista globalizada e dos avanços tecnológicos atingidos, os âmbitos público e privado, anteriormente apartados, passaram a se relativizar e a se sobrepor. Ele menciona, também, que “os rígidos compartimentos do direito público e do direito privado nem sempre manifestam-se suficientes para a tutela da personalidade que, as mais das vezes, exige proteção a um só tempo do Estado e das sociedades”, a englobar a família, a empresa e os demais grupos²⁴⁶.

Outrossim, Fábio Konder Comparato consigna que a superação da clássica visão dicotômica do direito é medida necessária para a efetivação da proteção integral da pessoa humana, uma vez que tal viés segregacionista entre os âmbitos público e privado favorece o capitalismo e enfraquece o indivíduo. Diante disso, o homem se concebe de maneira bipartida entre o fato de ser membro da sociedade civil e o fato de fazer parte do meio social enquanto cidadão e, em verdade, acaba por figurar de modo negligente e inoperante em ambos os aspectos. Consequentemente, atende-se aos anseios dos proprietários e dos homens de negócio acerca da não ingerência

Cruz do Sul (UNISC), 2016. Disponível em: <https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/ecc/article/view/16165/4061>. p. 3.

²⁴⁴ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004. p. 129-131.

²⁴⁵ SILVEIRA, Michele Costa da. As grandes metáforas da bipolaridade. In: MARTINS-COSTA, Judith (org). **A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 49-50.

²⁴⁶ TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: **Temas de Direito Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. Disponível em: https://www.academia.edu/31740015/A_tutela_da_personalidade_no_ordenamento_civil_constitucional_brasileiro. p. 13 e 65.

estatal – aspectos econômicos –, e deixa-se de tutelar o bem comum – aspectos políticos – em prejuízo dos grupos sociais mais vulneráveis²⁴⁷.

Ronny Max Machado, Osmar Fernando Gonçalves Barreto e Paulo Ferreira da Cunha denotam, também, a aproximação entre as searas pública e privada ou, ainda, o enfraquecimento de suas distinções nos tempos atuais da sociedade de informação e no mundo globalizado, à medida as searas jurídicas se influenciam mutuamente e ambas estão necessariamente submetidas aos fins constitucionais de resguardo da pessoa humana, não podendo ser encaradas de maneira estanque²⁴⁸.

Tem-se, em outros dizeres, que face as mudanças sociais, econômicas e tecnológicas havidas, bem como dada a complexidade das relações interpessoais dos tempos hodiernos, as clássicas categorias segregacionistas das searas pública e privada do Direito restaram flexibilizadas. Prevalece, assim, a unicidade do ordenamento jurídico com lastreio no ideal da dignidade humana. Nas palavras de Carlos Alberto Bittar, “a noção da dignidade da pessoa humana joga como um princípio a favor da reidentificação dos ramos do direito num grande sistema integrado de forças”²⁴⁹. Rafael Moreira e Maria Vitória de Freitas acrescentam ao pontuar que “em torno do público e do privado não se pode traçar uma linha reta, dizendo que não irão haver questões públicas no ambiente privado e que não irão haver questões privadas no ambiente público, pois existirão delimitações e intersecções”²⁵⁰.

Iuri Bolesina e Jorge Renato dos Reis reiteram, ademais, que:

(...) em tempos de direito privado constitucionalizado, falar-se em dicotomia público-privado ou em intersecções jurídicas entre o público e o privado é contraproducente, pois atrasa e, em certa medida, opõe-se à plena constitucionalização do direito. Pelas razões expostas, melhor seria tratar o público e o privado, no âmbito jurídico, como dimensões de cada direito ou dever, respeitando a unicidade, a coerência e a integridade que a ordem jurídica teoricamente impõe e efetivamente carece²⁵¹.

²⁴⁷ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 572-573.

²⁴⁸ MACHADO, Ronny Max; BARRETO, Osmar Fernando Gonçalves; CUNHA, Paulo Ferreira da. O público e o privado: transformações da magna divisio jurídica na sociedade da informação. **Revista Jurídica Cesumar**, v. 19, n. 1, p. 9-37, janeiro/abril, 2019. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/6481/3394>. p. 20 e 28.

²⁴⁹ BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 72-73.

²⁵⁰ MOREIRA, Rafael Bueno da Rosa; FREITAS, Maria Victória Pasquoto de. A superação da dicotomia clássica entre o direito público e o direito privado: a nova sistematização jurídica de intersecções entre o público e o privado com base nos direitos fundamentais. **Revista da 14ª Jornada de Pós-Graduação e Pesquisa-Congrega URCAMP**, v. 14, n. 14, 2017, p. 402-412. Disponível em: <http://revista.urcamp.tche.br/index.php/rcjppg/article/view/705/412>. p. 406.

²⁵¹ BOLESINA, Iuri; REIS, Jorge Renatos dos. A dicotomia jurídica público-privado no direito civil constitucionalizado. In: III Mostra do Direito Civil Constitucionalizado. **Anais**, Universidade de Santa

Igualmente, Gustavo Tepedino corrobora com o viés unitário ao ponderar que “(...) pode-se afirmar que a tutela dos direitos humanos na atividade econômica e, mais genericamente, nas relações de direito privado, fazendo-se a cada dia mais urgente, consolida-se na interpenetração dos espaços público e privado (...)”²⁵².

Para fins de constatação, tomando como exemplo o ordenamento jurídico brasileiro, verifica-se que o ideal da dignidade da pessoa humana, consagrado no título I, mais especificamente no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal da República, funciona como um norte orientativo para todas as demais normas e confere uma maior fusão valorativa ao sistema jurídico pátrio, a incidir de maneira ampla, quer sobre os conteúdos didaticamente elencados como públicos, quer sobre os conteúdos academicamente reconhecidos como privados, já que o ordenamento é uno²⁵³.

Neste sentido, Gustavo Tepedino identifica a superação da dicotomia entre o direito público e o direito privado como uma consequência das inovações tecnológicas e da necessidade de tutela integral da dignidade da pessoa humana, caracterizando-a enquanto uma conquista do ordenamento jurídico contemporâneo, que vislumbrou carências na visão segregacionista anterior e buscou supri-las com a criação de diversos institutos aptos a acompanhar as relações sociais, e um desafio de harmonização ao jurista. Ele, ainda, evidencia que:

Tais considerações servem a demonstrar, sem possível discussão, que a proteção dos direitos humanos, dos dias de hoje, reclama análise interdisciplinar, concita o intérprete a harmonizar fontes nacionais e supranacionais, reformula, em definitivo, o conceito de ordem pública, que se expande para os domínios da atividade econômica privada²⁵⁴.

Outrossim, Leonardo de Assis Zanini, Edmundo de Oliveira, Dirceu Pereira Siqueira e Raul Franco Jr. pontuam que “(...) a teoria dos direitos da personalidade deve envolver uma confluência e um hibridismo de institutos de direito constitucional

Cruz do Sul (UNISC), 2016. Disponível em: <https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/ecc/article/view/16165/4061>. p. 4.

²⁵² TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 4. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Renovar, 2008. p. 81.

²⁵³ DUARTE, Polyana Vidal; FLORES, Nilton Cesar. A proteção da dignidade da pessoa humana como paradigma para a superação da dicotomia entre direito público e direito privado. **Revista Faculdade de Direito**, Fortaleza, v. 35, n. 2, p. 213-232, jul./dez. 2014. Disponível em: https://repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/11759/1/2014_art_pvduarte.pdf. p. 216.

²⁵⁴ TEPEDINO, op. cit., p. 17-19 e 69.

e de direito civil”, o que reitera a necessidade de uma visão unitária do Direito, já que, segundo eles, ainda que afetos ao Direito privado Civil, tais direitos se fundam na dignidade da pessoa humana e apresentam natureza, características e âmbitos de incidência que mesclam as searas pública e privada do ordenamento jurídico²⁵⁵.

Leonardo Estevam de Assis Zanini, Edmundo Alves de Oliveira, Dirceu Pereira Siqueira e Raul de Mello Franco Jr. acrescentam, ainda, que:

(...) quando passamos do âmbito dos direitos da personalidade para o patamar constitucional da tutela da dignidade humana, devemos ter em conta que a proteção deve se dar de forma integrada, o que certamente deixa de lado a dicotomia direito público e direito privado, situando-se, na verdade, acima dela, pois a dignidade da pessoa humana é o valor fonte do nosso ordenamento jurídico.

E parece que não há muita divergência no que toca à colocação da tutela da dignidade da pessoa humana acima das telas que separa a seara pública e a privada, dado que, em última instância, a pessoa humana demanda tutela unitária²⁵⁶.

Polyana Vidal Duarte e Nilton Cesar Flores evidenciam o sobrepujamento do viés dicotômico do Direito ao constatarem a permeação de suas essências a partir de institutos anteriormente concebidos enquanto exclusivamente civis, tais quais a propriedade e os contratos, que, à luz da Constituição, classicamente associada à esfera pública, foram ressignificados – função social da propriedade e maior dirigismo contratual²⁵⁷.

Iuri Bolesina e Jorge Renato dos Reis sintetizam:

Diante desse quadro, no atual estado-da-arte do constitucionalismo contemporâneo, é aceitável perceber as ideias de dicotomia jurídica público-privado e de intersecções jurídicas entre o público e o privado como percepções obsoletas e contraproducentes ao direito, especialmente por trabalharem com lógicas defasadas que fragmentam o sistema jurídico, desconsiderando sua unicidade, integridade e coerência e, pior, perpetuando pontos nefastos da dogmática jurídica e do senso comum teórico dos juristas²⁵⁸.

²⁵⁵ SIQUEIRA, D. P.; OLIVEIRA, E. A.; ZANINI, L. E. A.; FRANCO JR., R. M. Os direitos da personalidade em face da dicotomia direito público - direito privado. **Revista de Direito Brasileira**, v. 19, p. 208-220, 2018. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/3203/3534>. p. 217-219.

²⁵⁶ Ibid., p. 219.

²⁵⁷ DUARTE; FLORES, op. cit., p. 224.

²⁵⁸ BOLESINA, Iuri; REIS, Jorge Renato dos. O direito constitucionalizado e as esferas jurídicas pública e privada: é (contra) produtora falar nessa distinção?. **Revista Thesis Juris**, v. 4, n. 1, p. 103-134, jan./jun. 2015. Disponível em: <https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=lg&AN=110397985&lang=pt-br&site=eds-live>. p. 128.

Sedimenta-se, assim, o contemporâneo viés unitário da Direito à medida que se constata a existência de interesses comuns entre as searas pública e privada, bem como o emprego de institutos jurídicos classicamente privados no âmbito público e classicamente públicos no âmbito privado, de modo a inviabilizar uma segregação estanque entre tais searas²⁵⁹. Trata-se de uma tendência das últimas décadas que se inclina a uma compreensão unificada do Direito em prol do resguardo dos direitos e garantias da pessoa humana, afastando a visão dicotômica clássica²⁶⁰.

Tanto é que mesmo aqueles que defendem a manutenção de um viés dicotômico do Direito, tais quais Otavio Luiz Rodrigues Junior, admitem a insuficiência da esfera privada face a dinamicidade, a pluralidade e a assimetria da sociedade contemporânea, e reconhecem dissabores semelhantes entre as searas pública e privada – entre o Direito Constitucional e o Direito Civil –, como o “abandono dos fóruns de deliberação democrática, da perda da dignidade da legislação e da busca pelo Santo Graal da judicialização de políticas públicas e de agendas morais”.

²⁵⁹ SIQUEIRA, D. P.; OLIVEIRA, E. A.; ZANINI, L. E. A.; FRANCO JR., R. M. Os direitos da personalidade em face da dicotomia direito público - direito privado. **Revista de Direito Brasileira**, v. 19, p. 208-220, 2018. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/3203/3534>. p. 213-214.

²⁶⁰ BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 74.

3 A AUTONOMIA DA VONTADE, A CULPABILIDADE E O DIREITO PENAL

Tecidas as considerações acerca da tutela da pessoa humana conferida pelo ordenamento jurídico através dos direitos humanos, fundamentais e da personalidade, bem como compreendida a constitucionalização e a personalização do Direito enquanto meios de corroboração para a visão unitária do Direito predominante dos tempos hodiernos, com fundamento na dignidade humana, insta, por fim, correlacionar tal resguardo do homem à seara Penal, com enfoque na capacidade penal.

Afinal, nas palavras de Carlos Alberto Bittar:

Deve-se anotar, outrossim, que os direitos da personalidade recebem tutela penal, sob vários aspectos, na defesa da vida, da saúde, da honra e de outros componentes.

O tratamento penal da matéria procura enfatizar a proteção com ênfase ainda mais repressora, quando os bens tratados pelos direitos da personalidade são atingidos de tal forma que configurem bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal, como forma de expressão da máxima necessidade de intervenção do Estado na vida social. Assim, são excelentes exemplos nesse campo os crimes contra a vida (homicídio, infanticídio, aborto), os crimes contra a higidez física (lesão corporal), os crimes contra a liberdade, como o cárcere privado, os crimes contra a liberdade sexual, os crimes contra a honra, como a injúria, a calúnia e a difamação, bem como os crimes que envolvem violação do cadáver ou turbação do luto²⁶¹.

Para tanto, refletir-se-á acerca do direito à liberdade e à autonomia de vontade do indivíduo, analisando-os à luz da problemática do consentimento do ofendido nas hipóteses de violação aos bens jurídicos penais e da tutela penal a eles conferida, bem como do consequente reflexo de tal análise ao procedimento penal enquanto possível instrumento de efetivação dos direitos humanos, fundamentais e da personalidade.

Indaga-se, portanto, até que ponto a pessoa humana, dotada de dignidade e possuidora dos direitos à liberdade e à autonomia de vontade, pode anuir com a afronta aos bens jurídicos de sua própria titularidade. Questiona-se, em outros termos, quais são os eventuais limites para tal disposição de vontade e como se deve ponderar os interesses individuais e os interesses coletivos.

3.1 A LIBERDADE E A AUTONOMIA DA VONTADE

²⁶¹ BITTAR, op. cit., p. 54.

Conceituar a liberdade não é fácil, afinal, as livres manifestações de vontade que a ela podem estar atreladas são externalizadas de diferentes maneiras. Mais que isso, a própria delimitação conceitual da vontade tem se manifestado de diferentes modos ao longo da história, podendo englobar os anseios, a tomada de consciência e a opção racional dela decorrente²⁶².

De todo modo, pode-se dizer que a liberdade compreende o status de ser livre, a faculdade de se autodeterminar ou a condução do próprio agir²⁶³. Pode-se dizer, também, que ela consiste no agir incondicionado do homem, excepcionada a necessidade de se visar o bem – *eleutheria* –, conforme consignava Aristóteles, ou, conforme entendiam Agostinho de Hippona e Tomás de Aquino, consiste no livre-arbítrio ou na potencialidade humana de obedecer a Deus, ou, ainda, para Schopenhauer, consiste no distanciamento da necessidade²⁶⁴.

De acordo com Fernanda Cantali, o direito à liberdade corresponde ao fazer o que se tem vontade, ou, ainda ao atuar de maneira livre dentro do que é permitido, o que não implica na condicionante do que está prescrito nas normas. Ela, ainda, pontua que:

Nesse sentido, pode-se afirmar que a liberdade juridicamente tutelada não tem um conteúdo típico, já que isso implicaria na negação da liberdade em si mesma. Se a liberdade deve ser entendida como o poder de autodeterminação que a pessoa exerce sobre si mesma, autorregulamentando seu corpo, seus pensamentos, seus comportamentos, sua vontade, tanto na ação como na omissão, determinando os valores que são válidos para si próprio, trata-se de um bem juridicamente tutelado em sua natureza, admitindo as direções e escolhas feitas pelo próprio titular. Embora não tenha conteúdo típico, restrito, não pode ser confundida com o arbítrio, já que o exercício da liberdade é dirigido por “coordenadas gerais”, ou seja, ninguém pode ser constrangido a fazer ou deixar de fazer algo que não queira (liberdade negativa), bem como pode o titular praticar qualquer ato que não seja proibido e desde que não atinja a esfera dos direitos e interesses alheios, não seja contrário à boa-fé, à ordem pública, aos bons costumes e às finalidades sociais do Estado, além de não violar a dignidade humana (liberdade positiva)²⁶⁵.

João Paulo Orsini Martinelli e Humberto Souza Santos também, a distinção entre as dimensões positiva e negativa da liberdade. Pela última – dimensão negativa –,

²⁶² MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Autonomia e frustração da tutela penal**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 10.

²⁶³ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004. p. 173.

²⁶⁴ MINAHIM, op. cit., p. 11-13.

²⁶⁵ CANTALI, Fernanda Borghetti. **Direitos da personalidade**: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 209-210.

concebe-se a ausência de impedimentos ou limitações ao seu exercício, enquanto que, pela primeira – dimensão positiva –, tem-se a faculdade de agir ou de apresentar determinado comportamento conforme as próprias deliberações e os próprios anseios ou aspirações de vida²⁶⁶.

Segundo Adriano de Cupis, a liberdade pode ser natural ou jurídica. A liberdade natural, advinda do plano da realidade, consiste na “ausência de impedimentos” ou na livre manifestação da vontade. Ela serve como base para a liberdade jurídica – liberdade traçada pelo universo jurídico –, que a restringe. Diante disso, o direito à liberdade consiste no “direito de cada um se manifestar consoante a sua vontade”, ou também, “um modo de ser da pessoa, tanto físico como moral”²⁶⁷.

Tal liberdade, brevemente sintetizada no agir desimpedido – livre de obstáculos – do agente, abrange as inúmeras manifestações do atuar humano, a depender dos diversos rumos que ele pode trilhar. Contempla-se, assim, a possibilidade do exercício do arbítrio humano no andar, dormir ou se alimentar; no contratar determinado serviço, cultivar uma amizade, contrair matrimônio; dentre inúmeras outras atividades que o homem pode exercer tanto no plano físico, quanto jurídico²⁶⁸.

Ela é oponível não somente perante os demais particulares, mas, também, face ao Estado, conforme consigna Adriano de Cupis:

O Direito à liberdade dirige-se também contra o Estado. O princípio segundo o qual o arbítrio individual não pode sofrer ulteriores limitações, além das fixadas no ordenamento jurídico, encontra aplicação relativamente ao Estado, tal como em relação a todos os outros sujeitos. O Estado moderno fixou rigorosamente os limites da competência dos seus próprios órgãos. Para além desses limites não devem considerar-se como órgãos do Estado. Esta consciente autolimitação é de tal modo eficiente, que o direito à liberdade pode dirigir-se também contra o Estado.

(...)

Mais específicas qualificações se delineiam na esfera na qual o indivíduo é garantido contra a violação pela autoridade pública: assim, a garantia da liberdade quanto a prisões, a liberdade de residência, de emigração, de expressão do pensamento, liberdade de reunião, de associação, e outras. A enunciação destas liberdades tem apenas caráter demonstrativo e não taxativo, porque no campo do direito público, como no campo do direito privado, não é possível enumerar todas as diversas manifestações da liberdade. Enunciando-se as diversas liberdades, não se pretende mais do

²⁶⁶ MARTINELLI, João Paulo Orsini; SANTOS, Humberto Souza. O paternalismo jurídico-penal e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Revista Delictae**, v. 2, n. 3, jul/dez. 2017. Disponível em: https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwiWs9rm4r37AhXWGbKGHbxcCA8QFnoECDYQAQ&url=https%3A%2F%2Fdelictae.com.br%2Findex.php%2Frevista%2Farticle%2Fdownload%2F37%2F34%2F76&usg=AOvVaw3mvyt4Po_v9wuGtyXYI5jX. p. 190.

²⁶⁷ CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade**. 2. ed. São Paulo: Quorum, 2008. p. 103-108.

²⁶⁸ *Ibid.*, p. 110-111.

que apontar os casos principais em que no Estado absoluto existia o ilimitado poder de administração pública, relativamente aos indivíduos, enquanto no Estado constitucional esse poder está limitado²⁶⁹.

Contudo, ainda que essencialmente relevante para o desenvolvimento do homem e passível de aplicação tanto para os demais indivíduos, quanto perante o Estado, não se pode ignorar que o direito à liberdade é passível de atos de disposição – isso não significa transferir a sua titularidade para outrem, mas, sim, restringi-lo mediante o consentimento. Afinal, é possível que o sujeito autorize determinada ofensa – advinda de terceiros ou do próprio agente –, o que pode ser exemplificado a partir dos atos de disposição do próprio corpo. Logo, tem-se que a sua característica de indisponibilidade não é revestida de caráter absoluto e pode ser reduzida em certas situações, apesar de sempre estar adstrita a um mínimo de liberdade que é tão essencial a ponto de não poder ser suprimido²⁷⁰.

Nesta toada, Anderson Schreiber exemplifica a contenção pelo Estado dos atos de disposição do homem a partir de um caso concreto da França, do ano de 1991, em que o Conselho de Estado proibiu uma competição de lançamento em que participava o anão Manuel Weckenheim – por ele exercida enquanto um ofício– face a violação à dignidade humana dela decorrente e pontua:

Definir quando, por que, de que forma e em que medida a ordem jurídica deve interferir na vida particular dos seus cidadãos tem sido, desde sempre, um dos problemas centrais não apenas do direito, mas também da filosofia e da ciência política. Em torno do tema, formaram-se as mais variadas correntes de pensamento. E muito embora o embate esteja longe de terminar, há hoje algum consenso em torno da ideia de que o Estado precisa proteger certos direitos essenciais do Homem, não apenas contra ameaças do próprio Estado ou de outros particulares, mas também, em situações extremas contra a vontade do próprio titular desses direitos. Ao leitor pode soar estranho, quiçá assustador, que a ordem jurídica precise e se disponha a proteger as pessoas de si mesmas. Uma pitada de História talvez ajude a compreender essa necessidade²⁷¹.

Tal intervenção estatal com vistas a resguardar a pessoa de si própria e assegurar o caráter indisponível de determinados bens primordiais – que não são passíveis de relativização –, decorre da constatação de que a mera proteção perante o Estado e perante terceiros não era o bastante. Afinal, em determinadas situações,

²⁶⁹ CUPIS, op. cit., p. 112-113.

²⁷⁰ Ibid., p. 115-118.

²⁷¹ SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 1-2.

seja pelo interesse momentâneo, seja pela desigualdade social e econômica acentuadas pelos ideais liberais, o homem acaba por “consentir” com a afronta a alguns de seus atributos essenciais, o que implica, na prática, na prevalência do interesse dos mais poderosos em detrimento dos menos poderosos. Melhor dizendo, na hipótese de neutralidade e não ingerência estatal, figurariam os mais fracos em posição de subserviência para com os mais fortes, com fulcro em uma liberdade fantasiosa, o que afronta a dignidade humana²⁷².

Uma vez compreendido o cerne da liberdade, passa-se a analisar uma de suas facetas medulares. Decorrente da liberdade, a autonomia pode ser compreendida enquanto o seu centro primordial, que possibilita a autodeterminação, ou, ainda, possibilita a eleição dos próprios princípios de vida, que regem o agir do ser em consonância com a vontade individual – livre arbítrio. Tal faceta de liberdade – autonomia – não deve ser passível de restrições externas, visto se tratar de tomadas de decisões elementares e particulares, tais quais, a religião e a opinião política, por exemplo, baseadas nas próprias vivências e convicções²⁷³.

Diferencia-se, inicialmente, o que se concebe por liberdade e autonomia segundo João Paulo Orsini Martinelli e Humberto Souza Santos:

Todavia, é preciso se atentar às diferenças entre autonomia e liberdade, uma vez que não se confundem enquanto conceitos. Tal distinção é fundamental para compreender as teses legitimadoras da intervenção penal na liberdade individual em determinadas situações. Enquanto a liberdade é um conceito que se refere a um ato particular, autonomia diz respeito ao estado da pessoa⁸. A autonomia é um conceito mais global, é uma característica que avalia todo um modo de vida e não apenas um curto período de tempo. Liberdade é um conceito mais restrito, relacionado a um ato isolado, que nem sempre implica autonomia. Entretanto, tais conceitos estão estritamente relacionados, pois a liberdade é condição necessária para o indivíduo desenvolver seus próprios objetivos e interesses e tornar seus valores pessoais efetivos em sua vida²⁷⁴.

²⁷² SCHREIBER, op. cit., p. 4.

²⁷³ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro. In: **Revista da EMERJ**, v. 4, n. 15, 2001. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista15/revista15_11.pdf. p. 82.

²⁷⁴ MARTINELLI, João Paulo Orsini; SANTOS, Humberto Souza. O paternalismo jurídico-penal e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Revista Delictae**, v. 2, n. 3, jul/dez. 2017. Disponível em: https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwiWs9rm4r37AhXWGbKGHbxcCA8QFnoECDYQAAQ&url=https%3A%2F%2Fdelictae.com.br%2Findex.php%2Frevista%2Farticle%2Fdownload%2F37%2F34%2F76&usg=AOvVaw3mvyt4Po_v9wuGtyXYI5jX. p. 188-189.

Tem-se, assim, nas palavras de Maria Auxiliadora Minahim que a autonomia “indica, portanto, a capacidade humana em dar-se suas próprias leis e compartilhá-las com seus semelhantes ou a condição de uma pessoa ou de uma coletividade, capaz de determinar por ela mesma a lei à qual se submeter”²⁷⁵. Já nos dizeres de Gustavo Noronha de Ávila e Bruna Furini Lazaretti, “a autonomia faculta à pessoa decidir sobre os rumos de sua existência, com base em seus próprios valores e crenças”²⁷⁶.

Elimar Szaniawski corrobora ao evidenciar que a autonomia de vontade, insculpida no direito à autodeterminação, consiste na potencialidade do ser humano de “autodeterminar-se, isto é, um poder que todo o indivíduo possui de decidir por si mesmo o que é melhor para si, no sentido de sua evolução e da formação de seu próprio tipo de personalidade”²⁷⁷. Ela é exercida constantemente na vida da pessoa, à medida que, entendendo a si própria, consubstancia os anseios e o modo de agir do ser em busca do que será melhor para si.

Derivada da fusão grega dos termos *auto* – por si mesmo – e *nomos* – lei, norma ou instituição –, a autonomia une o individual ao coletivo e corresponde a “possuir ou construir suas próprias leis” ou, ainda, ao “viver a própria vida de acordo com as razões e motivos considerados próprios e não produtos de forças externas manipuladoras ou distorcidas”, tendo como contraponto – oposição – a repressão ou o agir forçado²⁷⁸. Ela incide no aspecto individual do ser e opera enquanto a potencialidade de condução da vida em consonância com as próprias crenças, valores e vontades.

A autonomia privada é um aspecto elementar da liberdade, que, em sentido amplo, constitui a habilidade de nortear a própria conduta. Afinal, nos dizeres de Daniel Sarmento, “não cabe ao Estado, a qualquer seita religiosa ou instituição comunitária, à coletividade ou mesmo à Constituição estabelecer os fins que cada pessoa humana deve perseguir (...). Compete a cada homem ou mulher determinar

²⁷⁵ MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Autonomia e frustração da tutela penal**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 43-44.

²⁷⁶ ÁVILA, Gustavo Noronha de; LAZARETTI, Bruna Furini. Das diretivas antecipadas de vontade como instrumentos de proteção penal da personalidade no fim da vida. **Revista Jurídica Cesumar**, v. 20, n. 3, p. 343-361, set./dez. 2020. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/9521>. p. 346.

²⁷⁷ SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da personalidade e sua tutela**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 161-162.

²⁷⁸ MARTINELLI; SANTOS, op. cit., p. 188-189.

os rumos de sua existência”²⁷⁹. Isso porque, à medida que o homem é dotado de racionalidade e de dignidade, é capaz de discernir sobre os seus próprios atos, definindo-os e norteando-os em conformidade com os seus interesses, as suas emoções, vivências e a sua formação. Manifesta-se, assim, a personalidade e a subjetividade da pessoa²⁸⁰.

Conceitua-se, em outras palavras, enquanto o encaminhamento do indivíduo aos anseios pessoais ou a possibilidade humana de orientar-se segundo as próprias convicções, seja na relação com os demais particulares, seja nas relações políticas. Consubstancia-se, ademais, em uma das aspirações das sociedades modernas do ocidente. Nos dizeres de Maria Auxiliadora Minahim:

A concepção mais radical de indivíduo é a de um ser irreduzível em sua singularidade, capaz de conduzir sua vida, fazer escolhas e afirmar sua identidade diante da sociedade e do Estado. Dela deriva a ideia de autonomia, equivalente grego ao étimo liberdade, de origem latina, palavra-força que propeliu as alterações políticas conformadas na modernidade e, por sua vez, dela conformadoras. Ser autônomo é ser capaz de determinar seu modo de organização e as regras às quais o indivíduo se submete. Mas ser autônomo significa, também, agir de modo consentâneo com essa pretensão autonomia, a qual só se revela e realiza no domínio mesmo da ação livre, e disto provém a íntima conexão entre autonomia e liberdade em todas as acepções²⁸¹.

Concebe-se, portanto, a autonomia enquanto a potencialidade humana de condução da vida, a possibilidade de se autodeterminar e de tomar decisões, ou, ainda, o exercício do livre arbítrio com base nas experiências. Através dela, o ser racional expressa a sua vontade, externaliza a sua essência e exerce a sua dignidade²⁸².

Não se deve ignorar, todavia, que tal potencialidade de agir de modo autônomo não está emancipada por completo das necessidades físicas vitais que podem comprometer a liberdade, bem como que ela não deve ser entendida à luz de uma concepção individualista patrimonialista que legitimaria qualquer – sem restrições – conduta em prol do lucro independentemente da lesão ao outro, afinal, o homem está

²⁷⁹ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004. p. 174-175.

²⁸⁰ SALDANHA, Rodrigo Róger. **Aspectos controvertidos sobre o testamento vital**: a celeuma entre a manifestação de vontade do testador e o tempo de validade das diretivas antecipadas para garantia dos direitos da personalidade. 167 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas). Universidade Cesumar - Unicesumar. Orientador: Dr. José Sebastião de Oliveira, Maringá, 2017. p. 36-37.

²⁸¹ MINAHIM, op. cit., p. 27-28.

²⁸² SALDANHA, op. cit., p. 36-37.

inserido no coletivo e precisa conceber a sua liberdades em harmonia à solidariedade e ao bem comum²⁸³. Em outros termos, é necessário assegurar a legitimidade da autonomia, pois ela está atrelada a outras condicionantes. Nas palavras de Alexander de Castro e Silvio Toletto Neto, “é certo, porém, que a autonomia implica em reconhecer a necessidade de satisfazer condições básicas para que seja legítima, como identificar atributos de razão, independência e escolha”²⁸⁴.

Nesta toada, mencionam-se as palavras de Luís Roberto Barroso, ao consignar os ideais de Immanuel Kant acerca da autonomia e da dignidade:

Dois outros conceitos fundamentais para o sistema ético kantiano são a autonomia e a dignidade. Autonomia é a qualidade de uma vontade livre. Ela identifica a capacidade do indivíduo de se autodeterminar em conformidade com a representação de certas leis. Uma razão que se autogoverna. A ideia central é que os indivíduos estão sujeitos apenas às leis que dão a si mesmos. Um indivíduo autônomo é alguém vinculado apenas à sua própria vontade e não àquela de alguma outra pessoa (uma vontade heterônoma). Essas ideias se tornam mais complexas e um tanto contrafáticas quando adicionamos outros elementos da teoria moral kantiana. Para Kant, o indivíduo é governado pela razão, e a razão é a representação correta das leis morais, sendo que o princípio supremo da moralidade consiste em cada indivíduo dar a si mesmo uma lei que poderia se tornar universal, uma lei objetiva da razão, sem nenhuma concessão a motivações subjetivas. A dignidade, por sua vez, dentro da visão kantiana, tem por fundamento a autonomia. Em um mundo no qual todos pautem a sua conduta pelo imperativo categórico – no “reino dos fins”, como escreveu –, tudo tem um preço ou uma dignidade. As coisas que têm preço podem ser substituídas por outras equivalentes. Mas quando uma coisa está acima de todo preço e não pode ser substituída por outra equivalente, ela tem dignidade. Assim é a natureza singular do ser humano. Portanto, as coisas têm um preço de mercado, mas as pessoas têm um valor interno absoluto chamado de dignidade. Como consequência, cada ser racional e cada pessoa existe como um fim em si mesmo, e não como um meio para o uso discricionário de uma vontade externa. E essa é, como visto, a segunda formulação do imperativo categórico²⁸⁵.

A autonomia opera, então, enquanto valor nuclear dos ideais de Immanuel Kant²⁸⁶. Ela pode ser concebida, conforme entendia Kant, enquanto a possibilidade e

²⁸³ MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Autonomia e frustração da tutela penal**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 28-30.

²⁸⁴ CASTRO, Alexander de; TOLETO NETO, Silvio. Política criminal de entorpecentes: uma análise dos direitos da personalidade do usuário de droga em face da repressão penal. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE)**, v. 8, n. 3, set./dez. 2020. Disponível em: <https://portal.unifafibe.com.br/revista/index.php/direitos-sociais-politicas-pub/article/view/890>. p. 18-19.

²⁸⁵ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro. In: **Revista da EMERJ**, v. 4, n. 15, 2001. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista15/revista15_11.pdf. p. 71-72.

²⁸⁶ MARTINELLI, João Paulo Orsini; SANTOS, Humberto Souza. O paternalismo jurídico-penal e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Revista Delictae**, v. 2, n. 3, jul/dez. 2017. Disponível em: <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwiWs9rm4r37AhXWGbKGHbxcCA8QFnoECDYQAAQ&url=https%3A%2F%2Fdelictae.com.br%2Findex>

a necessidade de ditar as próprias regras, em adequação à lei moral, própria da vontade do homem, que visa o bem comum. Tal autonomia, para ele, funda a dignidade humana, à medida que transpõe a lei moral inerente ao homem por meio da vontade²⁸⁷.

Igualmente, Daniel Sarmento consigna que a autonomia privada tem como base o entendimento de que o homem é um ser moral racional que possui a habilidade de fazer as próprias escolhas e se autogovernar. Logo, devem ser asseguradas a ele as liberdades para que possa caminhar de acordo com as suas próprias deliberações racionais, para que possa viver uma democracia, bem como para resguardar a sua dignidade. Contudo, ressalva-se que tal autodeterminação não pode ser concebida de maneira ilimitada, à medida que as outras pessoas também são possuidoras da mesma autonomia de vontade e têm o direito de exercê-la em harmonia²⁸⁸.

Em outros dizeres, há um constante embate entre a asserção individual e a interação com o meio social, o que se reflete na associação existente entre a liberdade – individual – e os limites a ela impostos – coletivo – para a conservação da organização da sociedade. Afinal, depende biologicamente o ser humano de tal organização para suprir as suas necessidades vitais e para garantir que a sua coexistência não será prejudicada em detrimento das aspirações individuais – autonomia – dos demais seres²⁸⁹.

O ideal da autodeterminação pode, também, ser compreendido a partir do contraponto existente entre o homem e o poder público. O poder público apresenta um agir vinculado à legalidade e à vontade coletiva, visto que está subordinado ao poder daqueles que o escolheram e não possui autonomia privada. O homem, por sua vez, à medida que é dotado de dignidade humana, pode determinar o seu agir e, portanto, possui liberdade individual e, consequentemente, autonomia da vontade²⁹⁰.

Juridicamente, especialmente em um contexto democrático constitucional, vincula-se o ideal da autonomia da vontade a direitos fundamentais, a mencionar a faceta do direito às liberdades básicas, à participação política e ao mínimo existencial. O primeiro, concebido enquanto a autonomia privada, associa-se à privacidade, à

.php%2Frevista%2Farticle%2Fdownload%2F37%2F34%2F76&usg=AOvVaw3mvyt4Po_v9wuGtyXYI5jX. p. 187.

²⁸⁷ MINAHIM, op. cit., p. 12-13 e 32.

²⁸⁸ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004. p. 188-189.

²⁸⁹ MINAHIM, op. cit., p. 32.

²⁹⁰ SARMENTO, op. cit., p. 175-176.

liberdade religiosa e de expressão, dentre outras liberdades atinentes ao autogoverno do homem; o segundo, compreendido enquanto a autonomia pública, vincula-se à cidadania e à participação direta ou indireta na vida política, seja através do direito ao voto, a concorrer a cargos públicos, dentre outros; o terceiro, caracterizado enquanto o mínimo existencial, compreende as condições básicas necessária para uma vida digna ou a satisfação das necessidades vitais do indivíduo – alimentação, educação, saúde, moradia, dentre outros – que efetivamente tornam o exercício da autonomia possível nos dois âmbitos anteriormente mencionados²⁹¹.

Nesta perspectiva, Daniel Sarmiento atrela a autonomia de vontade à liberdade e identifica os vieses da liberdade do cidadão – participação política na coletividade – e da liberdade do burguês – esfera individual de não ingerência. Para ele, tanto a autonomia privada – liberdade do burguês –, quanto a autonomia pública – liberdade do cidadão –, caminharam historicamente lado a lado, conectando-se entre si, o que corroborou para a legitimação do Direito. Todavia, dada a constatação de limitações fáticas que inviabilizavam, de fato, o livre desenvolvimento da pessoa, passou-se a considerar, também, ao lado dos dois vieses anteriores, a necessidade de assegurar o mínimo necessário para a manutenção vital do homem – ações positivas –, com vistas a, então, poder gozar das liberdades²⁹².

Essas três dimensões da liberdade podem, inclusive, ser identificadas no texto constitucional brasileiro vigente. No que tange à autonomia pública, denota-se que a Constituição brasileira de 1988 consagra a soberania popular e o direito ao voto secreto, direto e universal. Quanto à autonomia privada, verifica-se que ela restou resguardada através dos direitos e garantias fundamentais assinalados. Em relação às condições mínimas para o exercício das liberdades, nota-se que elas também são objeto de proteção constitucional, à medida que diversos direitos sociais e valores orientativos para a ordem econômica foram estabelecidos, com vistas a atenuar a desigualdade social e promover a efetiva autonomia da vontade²⁹³.

Tem-se, portanto, uma proteção constitucional híbrida da autonomia privada, que se preocupa com a dignidade humana e com os fatores sociais, sem deixar de lado o modelo econômico capitalista. Isso significa dizer que quando relacionada à

²⁹¹ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro. **Revista da EMERJ**, v. 4, n. 15, 2001. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista15/revista15_11.pdf. p. 82-85.

²⁹² SARMENTO, op. cit., p. 177-184.

²⁹³ Ibid., p. 211-212.

pessoa humana e a sua existência – a exemplificar questões decorrentes da privacidade, da liberdade de expressão, da liberdade religiosa, dentre outras –, a tutela da autonomia privada deve se dar de maneira mais resistente – ressalva-se, todavia, não absoluta. Porém, quando atinente ao patrimônio, deve se dar de maneira menos acentuada²⁹⁴.

Neste sentido, menciona-se a título ilustrativo a proteção conferida aos portadores de deficiência pela Lei 13.146/2015, cuja inovação legislativa relativizou a concepção da incapacidade absoluta através de uma nova teoria da capacidade civil. Tem-se, a partir dela e da consequente alteração do artigo 4º do Código Civil Brasileiro, que serão considerados relativamente incapazes os maiores de dezesseis anos, os ébrios eventuais e viciados em drogas, aqueles que não podem manifestar a sua vontade e os pródigos. Denota-se, com isso, que os portadores de deficiência mental, como regra, passam a ser considerados capazes – conferindo à interdição um caráter excepcional e trazendo como medida alternativa a tomada de decisão apoiada –, com vistas a promover a sua inclusão na sociedade, a afastar os preconceitos, a assegurar as suas faculdades ou deliberações e a viabilizar a sua realização pessoal, em observância a sua autonomia da vontade e a sua dignidade humana²⁹⁵.

De todo modo, seja através do direito às liberdades, seja através da autonomia da vontade, tutela-se a pessoa humana oportunizando a ela a escolha ou a tomada de decisão e resguardando-a da ingerência demasiada nestas deliberações. Tais prerrogativas constituem o centro do ordenamento jurídico, à medida que possibilitam a opção do indivíduo, que se torna destinatário das leis à medida que as compreende e as elege enquanto regras gerais a serem observadas²⁹⁶.

3.2 A AUTONOMIA DA VONTADE E SUA INTERSECÇÃO COM O DIREITO PENAL

Uma vez demonstrado o que se concebe pelo direito às liberdades e à autonomia da vontade, insta averiguar se a função do Direito Penal corresponde à proteção de

²⁹⁴ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004. p. 213-214.

²⁹⁵ DINIZ, Maria Helena. A nova teoria das incapacidades. **Revista Thesis Juris**, v. 5, n. 2, p. 263-288, mai./ago. 2016. Disponível em: <https://eds.p.ebscohost.com/eds/pdfviewer/pdfviewer?vid=1&sid=80d7e53b-366f-40bc-b3f4-c0c6e6567450%40redis>. p. 265-283.

²⁹⁶ MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Autonomia e frustração da tutela penal**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 23.

bens jurídicos e – em caso positivo – evidenciar do que se tratam tais bens, bem como compreender como se opera tal tutela mediante a tipificação de comportamentos delitivos. Diante disso, busca-se correlacionar a liberdade e a autonomia supramencionadas ao Direito Penal, elencando possíveis pontos de intersecção entre as temáticas em que prevalece a deliberação autônoma do agente ou a ingerência estatal.

Ressalva-se, desde logo, que “tradicionalmente, o direito privado tem sido o campo privilegiado de exercício da autonomia”, o que prevalece desde o período do Código de Napoleão e da sua ênfase às liberdades nas relações contratuais²⁹⁷. Tinha-se, neste âmbito, a delimitação da não ingerência estatal no âmbito particular do indivíduo, que derivou a concepção da autonomia privada. Contudo, diante da demasiada autonomia dos particulares e das consequências dela decorrentes, tal concepção vem sendo flexibilizada, especialmente face os direitos e garantias da pessoa humana. Destaca-se, neste ponto, o embate entre a autonomia da vontade e os direitos fundamentais e a dignidade humana. Reflete-se até que medida o consentimento legitimaria a lesão a determinados bens jurídicos do titular, bem como quais são os reflexos de tal afronta – em tese – individual no contexto da coletividade.

Denota-se, assim, que a tutela jurídica da autonomia não se esgota no âmbito civil, alastrando-se, também, à seara penal. Neste sentido, consigna-se que, o Direito Penal tem como fim a promoção da justiça diante da prática de delitos ou da afronta às regras proibitivas que resguardam bens jurídicos. Busca-se, através dele, pacificar os conflitos sociais com vistas a promover a prevenção – geral e especial – da ofensa aos valores mais importantes do ordenamento jurídico atrelados à dignidade humana e a garantir a convivência harmônica entre os indivíduos em consonância aos valores sociais²⁹⁸.

Estes valores essenciais à sociedade e ao ordenamento jurídico consubstanciam os bens jurídicos, que são objeto da tutela penal. O bem jurídico pode ser concebido enquanto os valores culturais socialmente predominantes que são objeto de proteção jurídica, bem como enquanto o reconhecimento coletivo dos elementos essenciais para a realização da pessoa e a sua coexistência digna com os demais²⁹⁹. Ou, ainda,

²⁹⁷ MINAHIM, op. cit., p. 46-48.

²⁹⁸ Ibid., p. 21.

²⁹⁹ PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 8. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2019. p. 30-33.

enquanto o “juízo positivo de valor que é feito sobre bens considerados vitais para a convivência humana” ou a delimitação do que será tutelado pela seara penal e, conseqüentemente, o estabelecimento do objeto da norma proibitiva³⁰⁰.

Érika Mendes de Carvalho e Gustavo Noronha de Ávila corroboram ao conceberem o bem jurídico enquanto a situação, a relação ou o bem resguardados pelo Direito, cuja tutela pode se dar por meio das diferentes searas jurídicas, a englobar a tutela penal – bem jurídico penal – nas hipóteses em que a afronta for significativamente inadmissível e reprovável. Em outras palavras, o bem jurídico é “o objeto efetivamente tutelado pelo plano normativo”³⁰¹. Para tanto, mesclam-se as acepções sociais, políticas e jurídicas para a eleição dos substratos empíricos predominantes naquele momento histórico a serem resguardados pelo ordenamento jurídico, em contenção ao arbítrio legislativo.

Igualmente, João Paulo Orsini Martinelli compreende os bens jurídicos penais enquanto os “interesses humanos – mais fundamentais – dignos de proteção pelo direito penal para possibilitar a ordem social” ou, ainda, os “interesses da comunidade cuja proteção é garantida pelo direito penal”, cujo fundamento reside na valoração social e cultural que consubstancia as necessidades individuais e transindividuais do ser³⁰². Segundo ele, sua função precípua na teoria do delito implica na limitação do poder punitivo estatal, além de corroborar na individualização da pena e na interpretação da norma.

Luiz Regis Prado acrescenta ao pontuar que o estabelecimento dos bens jurídicos apresenta dinamicidade e mutabilidade, à medida em que eles estão amparados no plano ontológico e correspondem ao contexto social em que estão incorporados – devem ser interpretados inseridos na sociedade. Em outras palavras, tem-se que a fusão dos bens jurídicos constitui a ordem social, consubstanciando os valores mais importantes da comunidade e resguardando os interesses individuais e coletivos primordiais. Tanto é que a ingerência estatal penal no âmbito das liberdades

³⁰⁰ MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Autonomia e frustração da tutela penal**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 53 e 59.

³⁰¹ CARVALHO, Érika Mendes de; ÁVILA, Gustavo Noronha de. Falsos bens jurídicos e política criminal de drogas: uma aproximação crítica. **Conpedi Law Review**, v. 1, n. 10, ano 2015. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/conpedireview/article/view/3394/2910>. p. 135-138.

³⁰² MARTINELLI, João Paulo Orsini. **Paternalismo jurídico-penal**. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo – USP. Orientador: Dr. David Teixeira de Azevedo, São Paulo, 2010. Disponível em: https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-27012011-113618/publico/TESE_versao_final.pdf. p. 22-25.

dos indivíduos se dará adstrita ao princípio da proteção de bens jurídicos – somente haverá delito ante a lesão a determinado bem jurídico –, conforme Prado consigna:

O que faz o Direito Penal é estabilizar esses valores éticos sociais da atitude interna de uma forma característica e tendo em conta determinados limites que são precisamente os dos princípios da legalidade e da proteção de bens jurídicos. Somente respeitando esses limites, podem ser justificados os mandatos e proibições que impõe o Direito Penal e se pode esperar que ele seja o que a teoria da prevenção geral positiva pretende: exemplo e garantia dos valores ético-sociais da atitude interna. Isso é exatamente – na tradição conceituada de Welzel – a formalização do controle social. Nesta última instância, o Direito Penal tendo ao fortalecimento e garantia dos valores ético-sociais da ação, mas, na busca dessa meta, atua submetido a princípio como o da legalidade e o da proteção de bens jurídicos, que também são, de sua parte, valiosos desde um ponto de vista ético-social e característicos do Direito Penal. Somente assim pode-se esperar que o controle social exerça, através do Direito Penal, uma função exemplar na formação dos valores ético-sociais da ação³⁰³.

Evidencia-se, também, o que se pode conceber por bem jurídico penal através dos ideais de Birnbaum – introduziu a concepção de que o Direito Penal não resguarda meramente a lesão a direitos, mas sim, a lesão de bens jurídicos das pessoas e da coletividade, com vistas à conservação do bem comum –, de Binding – ideia de que os bens jurídicos não correspondem aos direitos subjetivos, pois compreendem valores gerais, que propiciam a coexistência pacífica e o livre desenvolvimento – e de Liszt – concepção de que os bens jurídicos são os valores do indivíduo e da coletividade juridicamente tutelados³⁰⁴.

Claus Roxin, por sua vez, compreende o bem jurídico enquanto os pressupostos fundamentais para a coexistência segura e livre dos homens, de modo a materializar e resguardar os valores mais valiosos para a comunidade – circunstâncias reais –, tais quais a vida, a integridade física, dentre outros, a englobar os direitos humanos e fundamentais, bem como o livre desenvolvimento da personalidade. Tais bens jurídicos não estão adstritos aos bens individuais, compreendendo, também, os bens coletivos, desde que assistam à pessoa inserida no Estado. Segundo ele, a eleição acerca da criminalização de comportamentos vai além da mera discricionariedade do legislador e está condicionada à proteção de bens jurídicos para que seja legítima. Nos seus dizeres:

³⁰³ PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 8. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2019. p. 30-31.

³⁰⁴ JAKOBS, Gunther. **Proteção de bens jurídicos?** Sobre a legitimação do direito penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018. p. 33-39.

Eu parto de que as fronteiras da autorização de intervenção jurídico-penal devem resultar de uma função social do Direito Penal. O que está além desta função não deve ser logicamente objeto do Direito Penal. A função do Direito Penal consiste em garantir a seus cidadãos uma existência pacífica, livre e socialmente segura, sempre e quando estas metas não possam ser alcançadas com outras medidas político-sociais que afetem em menor medida a liberdade dos cidadãos. Esta descrição de funções corresponde, segundo minha opinião, com o entendimento mesmo de todas as democracias parlamentares atuais, por isso não necessita, então, de uma fundamentação teórica mais ampla.

(...) A ideia que se subentende a esta concepção é que se deve encontrar um equilíbrio entre o poder de intervenção estatal e a liberdade civil, que então garanta a cada um tanto a proteção estatal necessária como também a liberdade individual possível. Estes ideais de nossa tradição liberal ilustrada não saíram de moda em absoluta, eles devem de preferência seguir sendo defendidos frente às novas tendências de origem diferente, restritivas da liberdade³⁰⁵.

Como consequência disso, Roxin consigna que os tipos penais que não resguardam lesões a bens jurídicos individuais ou coletivos serão ilegítimos, à medida que tais bens operam enquanto limitadores do Direito Penal. Culmina-se, assim, em um conceito crítico de bem jurídico, em consonância e apoio aos valores constitucionais, que pode ser exemplificado através de casos controvertidos como o da tipificação da homossexualidade entre adultos, da posse de entorpecentes para o uso próprio, da doação de órgãos entre vivos, do incesto entre irmãos e de episódios históricos sem discriminação, cujo esvaziamento de bens jurídicos deve culminar na impunibilidade dos comportamentos. Analisa-se, nesta perspectiva o que será objeto de proteção, quem será resguardado e contra o que refletirá tal proteção – três níveis da proteção de bens jurídicos³⁰⁶.

Érika Mendes de Carvalho e Gustavo Noronha de Ávila também assinalam que a ausência do bem jurídico implica na restrição à ingerência estatal penal. Ilustra-se tal assertiva através da problematização do bem jurídico – falso bem jurídico-penal – a ser tutelado no delito de posse de drogas para consumo pessoal, tipificado no artigo 28 da Lei 11.343/2006. A despeito das tentativas de legitimação fundadas na suposta defesa da saúde pública, ordem pública, paz pública ou de outros substratos coletivos

³⁰⁵ ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 11-12 e 16-19.

³⁰⁶ ROXIN, Claus. O conceito de bem jurídico crítico ao legislador em xeque. **Revista dos Tribunais**, v. 922, p. 291-322, ago. 2012. Disponível em: <https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc5000001857934aa2af9680a71&docguid=l2b36e3f0e2ae11e19348010000000000&hitguid=l2b36e3f0e2ae11e19348010000000000&spos=10&epos=10&td=11&context=45&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. p. 3-6.

vagos e genéricos, “tem-se um exemplo incontestado de um Direito Penal paternalista” e do desrespeito ao princípio da autonomia³⁰⁷.

Alexander de Castro e Silvio Toletto Neto também criticam o suposto bem jurídico a que visa tutelar o tipo previsto no artigo 28 da Lei 11.343/2006 ao pontuarem que:

O bem jurídico tutelado pelo dispositivo inspirado na política proibicionista não pode mais ser justificado devido ao reconhecimento e a proteção aos direitos da personalidade da pessoa do usuário que, por livre e espontânea vontade, opta por fazer uso de determinada substância. Tal decisão, de cara ter eminentemente individual, tomada com base na autonomia deferida pelo reconhecimento constitucional da esfera privada e intimidade, e protegida em especial pelo direito à privacidade³⁰⁸.

Insta salientar que a tutela penal dos bens jurídicos não se dá de maneira absoluta, comportando relativizações e transformações ao longo do tempo. Isso porque tal proteção jurídica está adstrita aos valores éticos, sociais, políticos e econômicos predominantes na sociedade, de modo a resguardar os bens de determinadas agressões em específico. Nas palavras de Claus Roxin, “os bens jurídicos não têm uma validade natural infinita: preferentemente, estão submetidos às mudanças dos fundamentos jurídico-constitucionais e das relações sociais”³⁰⁹. Ademais, tem-se que a tutela penal não recai sobre qualquer bem jurídico, mas sim, e tão somente, em relação àqueles que são primordiais para a coexistência da sociedade de maneira digna e pacífica – aquilo que é valioso para o ordenamento jurídico e que decorre de uma relação empírico-axiológica –, em consonância com os valores insculpidos na Constituição³¹⁰.

Não se ignora, todavia, a existência de críticas acerca da complexidade e da vagueza na conceituação do bem jurídico – especialmente no que concerne aos bens jurídicos universais e aos delitos de perigo abstrato –, o que prejudicaria a função preventiva do Direito Penal. De acordo com Winfried Hassemer, tal ponto crítico dos bens jurídicos pode culminar no Direito Penal simbólico, que o transmuta em um meio

³⁰⁷ CARVALHO, Érika Mendes de; ÁVILA, Gustavo Noronha de. Falsos bens jurídicos e política criminal de drogas: uma aproximação crítica. **Conpedi Law Review**, v. 1, n. 10, ano 2015. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/conpedireview/article/view/3394/2910>. p. 145-147.

³⁰⁸ CASTRO, Alexander de; TOLETO NETO, Silvio. Política criminal de entorpecentes: uma análise dos direitos da personalidade do usuário de droga em face da repressão penal. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE)**, v. 8, n. 3, set./dez. 2020. Disponível em: <https://portal.unifafibe.com.br/revista/index.php/direitos-sociais-politicas-pub/article/view/890>. p. 26-27.

³⁰⁹ ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 36.

³¹⁰ PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 8. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2019. p. 31-36.

de controle político na sociedade moderna do risco e enfraquece a crença da população no resguardo conferido pelo âmbito penal³¹¹.

Diante das críticas, Claus Roxin indaga se o fim do Direito Penal corresponde à tutela dos bens jurídicos ou se ele se destina à validação da norma, como entendia Jakobs – o delito seria concebido enquanto o descrédito da norma. Como resposta, tem-se que o normativismo demasiado não deve prevalecer, pois a observância e o respeito às normas não constituem o único fim das penas. Ao contrário, busca-se com o Direito Penal prevenir lesões reais de bens jurídicos:

(...) “O direito penal protege bens jurídicos justamente para evitar que esses mesmos bens sejam lesionados, com o que a autoridade da norma como parte da estrutura social é confirmada”. “A norma não visa (...) à sua própria proteção, mas à dos bens e valores nela contidos”.

O próprio Jakobs, sob a pressão da crítica, parece ter se afastado de sua tese, se não *expressis verbis*, ao menos materialmente, segundo a qual a pena serviria à confirmação da norma. Ele destaca agora que a confirmação da norma, caso deva ser compreendida como “orientadora de comportamento”, “deve estar fundamentada/alicerçada cognitivamente” e esclarece essa manifestação abstrata por meio de um exemplo: ninguém “se preocupará em um passeio noturno pelo parque da cidade com o fato de que não se pode roubar ou agredir, mas, caso resolva realizar o passeio, partirá da premissa, isso sim, de que muito provavelmente ele não será tratado dessas maneiras”. No entanto, isso significa: o direito penal deve, caso queira orientar comportamentos, perseguir o fim de evitar lesões reais a bens jurídicos.

Com isso pode-se arquivar a objeção, deduzida do efeito confirmador da validade da norma que possui a pena, contra a função protetora de bens jurídicos do direito penal e da pena³¹².

Assim, a despeito das críticas, denota-se que a concepção de bem jurídico permanece presente no âmbito penal. Para resguardar tais bens jurídicos penais, tipificam-se taxativamente determinadas condutas enquanto delitos, cujas previsões legais conterão sanções cominadas em abstrato a serem aplicadas na hipótese de descumprimento. Afinal, a “missão do Direito Penal vem a ser a tutela de bens jurídicos mediante a proteção dos valores éticos-sociais da ação mais elementares”, o que implica no desvalor de determinadas condutas e de determinados resultados delas decorrentes³¹³.

Em outros termos, tem-se que, além da tutela conferida pelo Direito Civil, vem o Direito Penal, em caráter subsidiário e de *ultima ratio*, elencar comportamentos

³¹¹ HASSEMER, Winfried. **Direito Penal**: fundamentos, estrutura, política. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008. p. 223-230.

³¹² ROXIN, Claus. op. cit., p. 2-3.

³¹³ PRADO, op. cit., p. 30.

delitivos com vistas a propiciar o resguardo dos bens jurídicos mais valiosos, cuja proteção pelas demais searas do direito não se revela suficiente. Resguardam-se neste sentido, direitos humanos, fundamentais e da personalidade como o direito à vida, o direito à saúde, o direito à liberdade, a dignidade humana, dentre outros³¹⁴. Sintetiza-se: “a missão primordial do Direito Penal reside na proteção de bens jurídicos. Para lograr tal finalidade, o legislador tipifica determinados comportamentos que lesionam ou expõem a perigo de lesão tais bens”, selecionando as condutas relevantes à seara penal³¹⁵.

Para tanto, tipificam-se condutas enquanto delitos, que, pela teoria quadripartida do delito, consubstanciam-se na ação ou omissão típica, ilícita e culpável. Nas palavras de Gustavo Noronha de Ávila e Bruna Furini Lazaretti, compreende-se o delito enquanto:

Em termos gerais, o delito é a conduta humana que constitui lesão ou perigo de lesão a bens jurídicos protegidos pelo direito penal, de caráter individual, coletivo ou difuso. Nesse sentido, “como expressão conceituais preponderante e mais correta em termos técnicos e científicos, o delito vem a ser toda ação ou omissão típica, ilícita e culpável”, sendo que a ação e a omissão “constituem o primeiro nível do conceito de delito, ao qual se agregam os juízos de tipicidade, de ilicitude e de culpabilidade (conceito analítico de delito)”³¹⁶.

Esmiuça-se a teoria quadripartida do delito: a conduta – ação ou omissão – consiste no fato humano, seja um fato positivo ou negativo, que exterioriza uma ação ou omissão penalmente relevantes. A tipicidade, por sua vez, compreende a descrição abstrata das condutas puníveis, que delimita o injusto penal, decompondo-se no tipo objetivo – conjunto de caracteres objetivos do tipo, a englobar os elementos descritivos, normativos e extrajurídicos – e no tipo subjetivo – representações anímicas, nas circunstâncias psicológicas do agente no momento em que realiza a conduta típica. Ademais, a ilicitude ou antijuridicidade corresponde à contrariedade

³¹⁴ ÁVILA, Gustavo Noronha de; LAZARETTI, Bruna Furini. Das diretivas antecipadas de vontade como instrumentos de proteção penal da personalidade no fim da vida. **Revista Jurídica Cesumar**, v. 20, n. 3, p. 343-361, set./dez. 2020. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/9521>. p. 344-346.

³¹⁵ PRADO, Luiz Régis Prado; CARVALHO, Érika Mendes de Carvalho. A imputação objetiva no direito penal brasileiro. **Ciências Penais**, v. 3, p. 81-110, jul./dez. 2005. Disponível em: <https://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc500000185793c843c22002d29&docguid=i39635f80f25511dfab6f010000000000&hitguid=i39635f80f25511dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=216&context=112&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>. p. 1.

³¹⁶ ÁVILA; LAZARETTI, op. cit., p. 351.

haveria entre o fato à ordem jurídica proibitiva, ou, ainda, ao desvalor que recai sobre a conduta típica.

Por fim a culpabilidade, compreende a capacidade do agente de ser livre para compreender e acatar a proibição legal, atuando com respeito à norma proibitiva. Observados os elementos supramencionados, será a partir de tal capacidade que o delito restará ou configurado³¹⁷. Ou seja, opera a culpabilidade enquanto elemento que viabilizará a valoração da imputação da ação e de seu resultado ao autor³¹⁸. Nas palavras de Karyna Sposato, “mediante uma ideia de culpabilidade, se atribui ao agir humano uma característica ou uma feição que o torna culpável e, por consequência, punível”, o que culmina na fundamentação ou na legitimação da pena, bem como em sua delimitação e individualização³¹⁹. Nesta toada, existem diferentes pensadores que estabeleceram teorias a respeito da culpabilidade do agente – teorias da ação –, a mencionar os ideais de Von Liszt e Ernst Beling, Hans Welzel, Claus Roxin e Gunther Jakobs, dentre outros.

De início, “dentro de uma perspectiva puramente causal, ação é todo movimento corporal voluntário que produz determinado resultado. A existência de um resultado figura, pois, como requisito indispensável para a constatação da própria ação”³²⁰. Assim, tinha-se que todo resultado decorrente da conduta, ainda que involuntário ou acidental, poderia ser imputado ao agente.

Nesta matriz causalista, Von Liszt e Ernest Beling consignavam que a vinculação entre o agente e o resultado se consubstanciava na culpabilidade, atrelada à liberdade e à intelectualidade do homem. Concebia-se o delito, diante disso, bipartido entre elementos objetivos (injusto) e subjetivos (culpabilidade), ou, em outros termos, entendia-se que “o delito se manifesta como um sucesso natural, passível de observação tal qual um fenômeno das ciências naturais”, de modo a imputar a conduta delitiva ao agente concebido enquanto culpável³²¹.

³¹⁷ MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Autonomia e frustração da tutela penal**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 54-55.

³¹⁸ ROXIN, Claus. **Culpabilidad y prevencion em Derecho Penal**. 1. ed. Madrid: Editora Reus S.A., 1981. p. 57-58.

³¹⁹ SPOSATO, Karyna Batista. **Elementos para uma teoria da responsabilidade penal de adolescentes**. Tese (Doutorado em Direito Público). Universidade Federal da Bahia - UFBA. Orientadora: Maria Auxiliadora Minahim, Maringá, 2011. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/bitstream/ri/15283/1/Tese%20-%20Karyna%20Batista%20Sposato.pdf>. p. 166-167.

³²⁰ PRADO; CARVALHO, op. cit., p. 1.

³²¹ SPOSATO, Karyna Batista. **Elementos para uma teoria da responsabilidade penal de adolescentes**. Tese (Doutorado em Direito Público). Universidade Federal da Bahia - UFBA.

Com vistas a superar e a complementar a teoria puramente causal, das as críticas a ela tecidas, tem-se a teoria finalista, cujos estudos remontam os ideais de Hans Welzel. Com base no finalismo, entende-se que “os tipos tinham de ser complementados pelo dado especificamente humano, que fazia de uma mera causação uma verdadeira ação humana: a finalidade”³²².

Enfoca-se, assim, no resultado conjuntamente à vontade finalista – poder agir de outro modo – que está por trás dele, compreendendo a ação enquanto o exercício de uma vontade final em que o sujeito pode prever as consequências do seu agir. Nas palavras Welzel:

A doutrina do tipo de Beling apresentava ainda pontos obscuros e defeituosos, que em sua maior parte eram devidos ao estado em que se encontravam então as doutrinas do injusto e da culpabilidade (no sentido que tinham antes): Beling dizia que o tipo não contém nenhum juízo de e está livre de todo elemento subjetivo-anímico. Este último defeito foi corrigido com o descobrimento dos elementos subjetivos do injusto e o desenvolvimento da doutrina da ação finalista: o tipo compreende tanto os elementos objetivos como os subjetivos ou anímicos da ação³²³.

Assim, se a conduta humana, como regra, é guiada pela vontade e pela capacidade, as condutas que decorrem de infortúnios, como determinados eventos da natureza, que impossibilitam a escolha ou a deliberação do agente não são passíveis de ingerência estatal no âmbito penal, visto que inevitáveis³²⁴.

Karyna Batista Sposato sintetiza brevemente a concepção finalista de Welzel ao pontuar:

Com os avanços do Finalismo, mudanças são implementadas no conceito normativo de culpabilidade, passando este a incorporar, a partir de Hans Welzel, um critério de reprovabilidade consistente na formação antijurídica da vontade do autor. Para Welzel, a culpabilidade é a parte da responsabilidade do autor por sua determinação antijurídica, muito embora o mesmo não explique de que forma uma pessoa pode evitar o delito e utilizar seu autocontrole com a finalidade de atuar conforme o Direito, ou seja, também Welzel não oferece uma explicação do livre arbítrio, que segue como uma categoria carente de comprovação empírica.

Orientadora: Maria Auxiliadora Minahim, Maringá, 2011. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/bitstream/ri/15283/1/Tese%20-%20Karyna%20Batista%20Sposato.pdf>. p. 167-168.

³²² GRECO, Luís. **Um panorama da teoria da imputação objetiva**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 24-25.

³²³ WELZEL, Hans. **O Novo Sistema Jurídico-penal**: uma introdução à doutrina da ação finalista. Tradução, prefácio e notas de Luiz Regis Prado. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 54.

³²⁴ MINAHIM, op. cit., p. 54.

Importa reconhecer que na Doutrina Finalista da ação se impõe uma separação entre os elementos objetivos do delito e o conceito de culpabilidade, que se perfaz da ideia de reprovação³²⁵.

Claus Roxin, por sua vez, funcionalista moderado ou teleológico, expoente da teoria da imputação objetiva, discorda de Welzel quanto à exigência do poder agir de outro modo enquanto o elemento decisivo para a imputação da conduta ao agente e entende que o elemento nuclear do injusto deve ser estabelecido através de critérios jurídicos-penais normativamente fixados³²⁶. Nesta perspectiva, não seria a finalidade da ação – elemento do dolo – ou a causação do resultado – condição da ação – que compõem o cerne do delito, mas, sim, o realizar um risco não permitido, o que implica na violação ao bem jurídico. Nas suas palavras, “a teoria da imputação objetiva resulta à constituição do injusto penal muito mais produtiva que as categorias ontológicas valorativamente cegas, como efetivamente, são a causalidade e a finalidade”, afinal, a despeito das circunstâncias empíricas, para ele, a averiguação sobre a configuração do delito reside no plano normativo³²⁷. Isso significa dizer que a imputação objetiva não decorre das circunstâncias de conhecimento e capacidade do agente no caso concreto, mas, sim, de critérios objetivos que valoram no plano normativo a relação entre a ação e o resultado³²⁸.

Nesta toada, a imputação objetiva do delito estará condicionada à presença de três elementos: “a) a criação ou o aumento de um risco não permitido; b) a realização deste risco não permitido no resultado concreto; c) que o resultado se encontre dentro do alcance do tipo, ou seja, dentro da esfera de proteção da norma”³²⁹. Isso significa

³²⁵ SPOSATO, Karyna Batista. **Elementos para uma teoria da responsabilidade penal de adolescentes**. Tese (Doutorado em Direito Público). Universidade Federal da Bahia - UFBA. Orientadora: Maria Auxiliadora Minahim, Maringá, 2011. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/bitstream/ri/15283/1/Tese%20-%20Karyna%20Batista%20Sposato.pdf>. p. 169.

³²⁶ ROXIN, Claus. **Culpabilidad y prevencion em Derecho Penal**. 1. ed. Madrid: Editora Reus S.A., 1981. p. 71.

³²⁷ ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 40-43.

³²⁸ PRADO, Luiz Régis Prado; CARVALHO, Érika Mendes de Carvalho. A imputação objetiva no direito penal brasileiro. **Ciências Penais**, v. 3, p. 81-110, jul./dez. 2005. Disponível em: <https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc500000185793c843c22002d29&docguid=I39635f80f25511dfab6f010000000000&hitguid=I39635f80f25511dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=216&context=112&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>. p. 2.

³²⁹ ÁVILA, Gustavo Noronha de; LAZARETTI, Bruna Furini. Das diretivas antecipadas de vontade como instrumentos de proteção penal da personalidade no fim da vida. **Revista Jurídica Cesumar**, v. 20, n. 3, p. 343-361, set./dez. 2020. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/9521>. p. 352.

dizer que as condutas que impliquem em um risco permitido ou aquelas em que o risco não-permitido não se concretize no plano concreto, bem como os casos em que o resultado da ação não esteja insculpido na previsão do tipo, implicarão na não responsabilidade do agente.

Exemplifica-se o afastamento da responsabilidade do agente em relação ao primeiro elemento – realização de um risco não-permitido – através da hipótese de um sujeito que instiga o outro a realizar uma determinada viagem com o anseio de provocar a sua morte, o que sequer cria ou aumenta o risco não-permitido e não caracteriza o delito de homicídio, ainda que tenha culminado na morte. Quanto ao segundo elemento, por sua vez, – realização do risco não-permitido no resultado concreto – ilustra-se o afastamento da responsabilidade na hipótese em que um agente atira em outro, que não morre no momento, mas, sofre um acidente de trânsito na ambulância a caminho do hospital e falece, pois o perigo não permitido não se concretizou. No que tange ao terceiro e último elemento – resultado dentro do alcance do tipo –, afasta-se a responsabilidade do agente que entrega entorpecentes a outro, que falece após o uso, visto que se trata de um caso de autocolocação em perigo consciente. Sintetizam-se os três elementos nos dizeres de Claus Roxin:

Em uma forma mais simplificada, diz ela: um resultado causado pelo agente só deve ser imputado como sua obra e preenche o tipo objetivo unicamente quando o comportamento do autor cria um risco não permitido para o objeto da ação (2.1), quando o risco se realiza no resultado concreto (2.2), e este resultado se encontra dentro do alcance do tipo (2.3)³³⁰.

Gunther Jakobs, por seu turno, expoente do funcionalismo sistêmico ou radical, preza pela proteção do sistema penal em si, como um sistema fechado que se autossustenta. Atrela-se, assim, a culpabilidade a finalidades sociais, especialmente no que concerne à validação do sistema jurídico e ao respeito da norma. Para tanto, tem-se que “o fim orientador e determinante da culpabilidade é a estabilização na confiança ao ordenamento jurídico perturbado pela conduta delitiva”, à medida que o comportamento desviante frustra a coletividade e abala a estabilidade do ordenamento jurídico, devendo implicar na responsabilização do agente³³¹.

Maria Auxiliadora Minhahim sintetiza os pensamentos acerca da culpabilidade e identifica a sua estrita correlação com a liberdade do indivíduo ao pontuar:

³³⁰ ROXIN, op. cit., p. 2-3.

³³¹ SPOSATO, op. cit., p. 171-176.

Muito embora algumas construções que assentaram a ideia de culpabilidade no livre-arbítrio tenham sido superadas, outras não puderam fugir à ideia de capacidade de compreensão, motivação e escolha. Assim, ocorre com o poder agir de outro modo (Welzel), a dirigibilidade normativa (Roxin), a expectativa de comportamento conforme a norma (Jakobs), a motivabilidade normativa (Muñoz Conde), todas elas construções cuja validade pressupõe uma pessoa apta, em condições de escolher se seu comportamento será conforme ou contra o direito³³².

De igual modo, Luís Grego abrevia que, de início, através de uma perspectiva meramente causal – primeira metade do século XX –, examinava-se apenas o desvalor do resultado, consistindo o delito na causação do lesar o bem jurídico. Na sequência, dada a insuficiência da concepção anterior, o finalismo integrou a abordagem desvalorando, além do resultado, a ação através da finalidade – subjetivo. Num terceiro plano, complementam-se os ideais anteriores através do funcionalismo, tal qual a teoria da imputação objetiva, que desvaloriza a ação também através de um viés objetivo correspondente à criação de um risco – ação que gere real possibilidade de dano para bens jurídicos – não permitido, além de integrar o desvalor do resultado através da realização do risco proibido³³³.

Inserir-se na culpabilidade a imputabilidade, no sentido de que, além de corresponder à vontade do agente, precisa o indivíduo gozar de condições físicas e mentais para a tomada de decisão consciente, para compreender o caráter reprovável do comportamento e deliberar por sua inibição. Nas palavras de Maria Auxiliadora Minhahim, “a imputabilidade, por exemplo, não se satisfaz com a constatação de que o ato reflita a vontade do agente, mas exige um sujeito em condições de motivar sua conduta e emprestar-lhe uma direção após compreender o sentido da norma”³³⁴.

Karyna Batista Sposato consigna que “a distinção dogmática entre imputáveis e inimputáveis se assenta sobre o princípio da culpabilidade e sobre a máxima *nulla poena sine culpa* que representa um dos pilares de todo o sistema de Direito Penal”, bem como que tal diferenciação se dá, como regra, mediante a possibilidade ou não de atribuição de culpa – capazes e incapazes –, baseada nos critérios psicológico – capacidade de discernir –, biológico ou cronológico – idade – e misto – fusão de ambos

³³² MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Autonomia e frustração da tutela penal**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 55.

³³³ GRECO, Luís. **Um panorama da teoria da imputação objetiva**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 27-29.

³³⁴ MINAHIM, op. cit., p. 54.

os critérios. Toma-se como exemplo, nesta toada, a inimputabilidade penal etária, usualmente atribuída até os dezoito anos de idade, que decorre – ressalvadas as divergências doutrinárias da capacidade de ação, capacidade jurídica de dever, capacidade de pena, capacidade de entender e capacidade de motivação – da capacidade de compreensão acerca da ilicitude do fato e de conduzir o agir em consonância com tal entendimento ou da faculdade subjetiva decorrente da sanidade e da maturidade que viabiliza a imputação da conduta antijurídica ao indivíduo³³⁵.

Assim, face a liberdade e a autonomia da vontade, que norteiam o comportamento do homem em consonância com a sua vontade e em manifestação de sua própria identidade, torna-se o agente responsável por seus atos e passível de imputação dos delitos eventualmente a ele atrelados³³⁶. Identifica-se, com isso, uma primeira intersecção entre o Direito Penal, especialmente no que tange à culpabilidade e à autonomia da vontade.

Ademais, uma segunda aproximação entre o Direito Penal e a autonomia da vontade consiste na inimputabilidade penal etária através da diferenciação procedimental estabelecida a nível qualitativo e quantitativo. Apesar da responsabilidade penal que recai sobre os adolescentes depender dos mesmos pressupostos que a responsabilidade dos adultos, – conduta típica, ilícita e culpável – há uma especialidade no procedimento com fins pedagógicos e preventivos, que culmina em uma resposta penal diferente daquela conferida ao adulto. Neste sentido, estabelece a legislação brasileira – Lei 8.069 de 13 de julho de 1990, conhecida como Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) – a diferenciação entre faixas etárias a partir dos doze anos de idade, correspondentes à qualidade e à quantidade das medidas socioeducativas – seis modalidades existentes – a serem aplicadas. Acerca da inimputabilidade dos menores de dezoito anos, consigna-se:

³³⁵ SPOSATO, Karyna Batista. **Elementos para uma teoria da responsabilidade penal de adolescentes**. Tese (Doutorado em Direito Público). Universidade Federal da Bahia - UFBA. Orientadora: Maria Auxiliadora Minahim, Maringá, 2011. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/bitstream/ri/15283/1/Tese%20-%20Karyna%20Batista%20Sposato.pdf>. p. 140-155.

³³⁶ PRADO, Luiz Régis Prado; CARVALHO, Érika Mendes de Carvalho. A imputação objetiva no direito penal brasileiro. **Ciências Penais**, v. 3, p. 81-110, jul./dez. 2005. Disponível em: <https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc500000185f93c843c22002d29&docguid=I39635f80f25511dfab6f010000000000&hitguid=I39635f80f25511dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=216&context=112&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>. p. 2.

A inimizabilidade dos menores de 18 anos (inimizabilidade penal etária) não exclui, portanto, sua responsabilidade por ilícitos penais, nem tampouco autoriza uma indiferença penal diante do cometimento de um ato típico e antijurídico. Daí emerge a necessidade de uma adequada Teoria da Responsabilidade Penal de Adolescentes, que admita uma imputabilidade *sui generis* aos adolescentes e inclua o reconhecimento de uma “culpabilidade específica” aos menores de idade.

O tema da culpabilidade em matéria de responsabilidade de adolescentes impõe a definição de um novo paradigma que combine as necessidades preventivas (finalidade eminentemente educativa), aos objetivos político-criminais e à proporcionalidade da reação penal, sempre observando-se as condições sociais e pessoais do adolescente (suas necessidades pedagógicas e circunstâncias) de forma a demonstrar ser a medida socioeducativa necessária para o indivíduo e para a sociedade³³⁷.

Reforçam-se, nesta perspectiva das crianças e dos adolescentes, as garantias constitucionalmente asseguradas face o entendimento de que a sua imputabilidade não é completa – imputabilidade *sui generis* –, visto não se tratar de uma pessoa desenvolvida de maneira integral no aspecto físico e mental, o que somente se dará de maneira progressiva ao crescimento por completo. Desse modo, a atribuição de responsabilidade pelo cometimento da prática delitiva deve se dar de maneira mais restrita, de modo a considerar a capacidade de entendimento e de deliberação da vontade do menor – também chamada de capacidade de culpabilidade³³⁸.

Além das duas aproximações supracitadas, uma terceira intersecção entre a liberdade e a autonomia da vontade e o Direito Penal se consubstancia na proteção conferida pelo Direito Penal através da eleição dos bens jurídicos. Pontua-se, a título de exemplo, a previsão do tipo penal estabelecido no artigo 151 – violação de correspondência – do Código Penal brasileiro, que resguarda o bem jurídico da liberdade.

Assim, enquanto substância dos direitos humanos, fundamentais e da personalidade, a liberdade e a autonomia são inseridas no Código Penal enquanto bens jurídicos tutelados. Na expressão de Nathália Regina Karolensky e Gisele Mendes de Carvalho tem-se que:

No âmbito penal, foram inseridos no próprio Código, como direitos de tutela repressiva, por via de diversas figuras tipificadas como crimes, que visam proteger as pessoas contra atentados de outras (como os delitos contra a vida, a saúde, a liberdade e a honra, entre outros³³⁹).

³³⁷ SPOSATO, op. cit., p. 163-167 e 188-207.

³³⁸ Ibid., p. 161-167.

³³⁹ KAROLENSKY, Natália Regina; CARVALHO, Gisele Mendes de. Fundamentos dos direitos da personalidade sob o prisma penal. **Revista Jurídica Cesumar**. v. 3, n. 2, p. 513-539, jul./dez. 2013.

Há, ainda, numa quarta aproximação dos reflexos da autonomia da vontade no âmbito penal atrelados ao consentimento do ofendido – prévia aquiescência do titular do direito para que outro o lesione ou, em outras palavras, a possibilidade de o titular renunciar à proteção estatal conferida. Com base no reconhecimento da liberdade e da autonomia, passa a pessoa a poder deliberar sobre a sua vida e a morte, bem como sobre seu corpo, sua opção sexual, sua nacionalidade, dentre outras variáveis³⁴⁰. Tais questões complexas, especialmente associadas à saúde e à integridade, passam, então, a ser objeto da tutela penal com vistas ao resguardo dos bens jurídicos, bem como à manutenção e à promoção da pacificação social.

Surge, diante disso, a bioética associando o consentimento do ofendido às intervenções científicas médicas em humanos. Lastreada no ideal liberal da liberdade em Kant, entende-se através da bioética que o paciente, enquanto sujeito moral, pode, a partir de sua vontade – e ressalvadas as exceções de diminuição da autonomia como a falta de informação e de capacidade para tanto –, deliberar acerca de sua saúde e do seu futuro, submetendo-se ou não a determinado tratamento, de modo a não restringir tal decisão à imposição da opinião técnica médica. Para tanto, não se ignora a necessidade de que sejam prestadas informações claras ao paciente, para que tome sua decisão de maneira consciente em expressão de sua autonomia³⁴¹.

Quanto à análise da autonomia da vontade no âmbito do consentimento do paciente – ofendido –, pode-se pontuar a existência de alguns elementos hábeis a contribuir para a deliberação, de fato, autônoma. Tem-se, nesta toada, a liberdade do agir – atuar consciente e voluntário –, o caráter autêntico – consonância entre a deliberação tomada e os valores de vida do indivíduo –, a deliberação efetiva – ponderação racional entre os pontos positivos e negativos da deliberação – e a reflexão moral – apreciação das opções a serem tomadas a partir dos valores morais do indivíduo³⁴².

Para compreender, de fato, o consentimento ou a vontade do ofendido no âmbito da bioética, insta conceituá-los. À medida em que o conteúdo do que se entende por

Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/3103/2137>. p. 528.

³⁴⁰ MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Autonomia e frustração da tutela penal**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 37-39.

³⁴¹ Ibid., p. 39-42.

³⁴² Ibid., p. 42-43.

vontade apresenta dinamicidade e variações ao longo da vivência ocidental, delimitá-la não é fácil. Além disso, tem-se que nem sempre ela corresponderá à genuína manifestação autônoma da vontade, pois está atrelada à disponibilidade do bem jurídico e ao contexto do caso concreto, não podendo implicar na mera anuência sem o efetivo conhecimento. De todo modo, a despeito de tal complexidade, a vontade ou o consentimento pressupõem uma opção ou uma escolha livre de interesses e de coações. Destrincham-se em dois aspectos que se relacionam entre si, a mencionar um aspecto político – anseio de atingir determinado fim – e um aspecto estratégico – estabelecimento de meios práticos para concretização e tomada de ação³⁴³.

Maria Auxiliadora Minahim acrescenta ao pontuar que “o comportamento é resultado de complexa interdependência entre a potencialidade genética do indivíduo e o meio social que o cerca”, bem como que existem estímulos e adversidades internos e externos ao agente que podem influenciar a sua manifestação de vontade:

Estímulos e obstáculos podem ser internos ou externos ao indivíduo. Os internos derivam da existência de outros desejos, formas alternativas da consciência e diferentes pressões da razão e da emoção que desencadeiam um ciclo dialético de mudanças na formação da própria vontade. Estímulos e obstáculos externos são ações de outros que favoreçam ou desfavoreçam faticamente a ação inicialmente decidida³⁴⁴.

Nos dizeres de Luiz Alberto Pires Filho e Gustavo Noronha de Ávila, a palavra consentimento “vem do latim *consentire* e, no seu sentido originário exprime a concordância entre as partes ou uniformidade de opinião. No mesmo sentido, significa não criar impedimento, não pôr obstáculo, dar consentimento, permitir, deixar”³⁴⁵. Juarez Estevam Xavier Tavares ratifica ao pontuar que o consentimento tem origem “na velha e repetida frase romana *volenti non fit injuria* ou *nula injuria est, quae in volentem fiat*”, segundo a qual “o consentimento da vítima excluiria a injuria”, correspondente à lesão ao corpo ou à honra³⁴⁶. Ele – o consentimento – se mostra

³⁴³ MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Autonomia e frustração da tutela penal**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 10-11 e 52-53.

³⁴⁴ Ibid., p. 28-32.

³⁴⁵ PIRES FILHO, Luiz Alberto Brasil Simões; ÁVILA, Gustavo Noronha de. Sistemas jurídico-penais contemporâneos – Dos limites do consentimento do ofendido nas intervenções médicas: o caso dos transplantes de órgãos. **Revista Sistema Penal & Violência**, v. 4, n. 2, p. 219-231, jul/dez 2012. Disponível em: <https://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/sistemapenaleviolencia/article/view/7091>. p. 221.

³⁴⁶ TAVARES, Juarez Estevam Xavier. O consentimento do ofendido no direito penal. **Revista da Faculdade de Direito**, v. 12, n. 0, 1969. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/7163/5114>. p. 258.

presente no Direito Penal desde o direito romano, quando servia como causa excludente da ilicitude da conduta, ainda que implicasse na afronta ao direito à vida e à integridade física. Todavia, dado o percorrer histórico das civilizações, a ele foram impostos determinados limites com fulcro no bem comum – valor de solidariedade – e na proteção da pessoa humana³⁴⁷.

Acerca do consentimento, João Paulo Orsini Martinelli o diferencia em horizontal – aplicado nas relações entre pessoas, quando a aceitação da conduta diz respeito a um bem jurídico de sua titularidade – e vertical – aplicado nas relações entre pessoa e Estado, em que determinadas condutas são impostas ao indivíduo. Ele sintetiza:

Essa decisão de aceitar um comportamento é o consentimento. Tanto pode ser o consentimento quanto à imposição de um comportamento por meio de normas (consentimento vertical), como é o caso de uma interferência na liberdade de escolha, quanto pode ser relacionado à conduta de si mesmo ou de outra pessoa (consentimento horizontal)³⁴⁸.

Tal consentimento pode se dar não somente de maneira expressa, mas, também, de modo presumido. Esta hipótese se aplica subsidiariamente nas situações em que a pessoa não pode ou não consegue manifestar a sua autonomia de vontade. Apesar da controvérsia sobre tal presunção, especialmente nas relações entre médicos e pacientes – consentimento do ofendido –, entende-se pela prevalência, quando possível, da vontade do paciente e, nos casos de urgência em que não for possível deduzi-la, aplicar-se-á o interesse geral preponderante, o que autoriza como regra a intervenção médica em resguardo da vida – hipótese de preponderância heterônoma sobre a deliberação autônoma³⁴⁹.

Além das espécies do consentimento expresso – externalização evidente do consentimento de maneira escrita ou oral – e do consentimento tácito – decorre da inércia ou do silêncio do titular do direito que corresponda inequivocadamente ao anseio de renunciar à proteção conferida pelo ordenamento jurídico –, há, também, o consentimento presumido – nesta hipótese não há um consentimento real do titular, mas um consentimento pressuposto com base nas circunstâncias, o que se revela mais frágil – e o consentimento putativo – situação em que se acredita na existência

³⁴⁷ MINAHIM, op. cit., p. 52 e 67-68.

³⁴⁸ MARTINELLI, João Paulo Orsini. **Paternalismo jurídico-penal**. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo – USP. Orientador: Dr. David Teixeira de Azevedo, São Paulo, 2010. Disponível em: https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-27012011-113618/publico/TESE_versao_final.pdf. p. 186-204.

³⁴⁹ MINAHIM, op. cit., p. 80-82.

do consentimento, quando, em verdade, ele não existe, de modo a configurar o erro. De todo modo, independente da espécie do consentimento, tem-se que ele deve gozar da disposição dos bens jurídicos próprios, da capacidade do titular para a disposição, da ausência de vícios da vontade, bem como que deve ser prévio e conhecido para que seja válido e eficaz³⁵⁰.

Tecidas tais delimitações conceituais, tem-se, em síntese, que a autonomia da vontade lastreia o consentimento do ofendido, o que justifica ou não de determinada conduta, com a consequente ingerência ou não do Estado na seara penal. Afinal, será através da razão que está por trás do agir que a tipicidade penal ou a atipicidade de determinado comportamento poderão ser identificadas – monistas como Roxin –, como ocorre com a atipicidade do delito de violação ao domicílio daquele que consente com a entrada de outrem na sua casa. Há quem entenda, também, que o consentimento poderá operar enquanto causa de justificação da conduta hábil a afastar a ilicitude do fato – dualistas –, como ocorre com a legítima defesa e com o estado de necessidade. Nesta hipótese de afastamento da ilicitude, o comportamento consentido reflete na coletividade e no próprio ordenamento jurídico, cuja lesão ao bem jurídico ultrapassa a relação entre os particulares³⁵¹.

A distinção entre um viés duplo da aquiescência do titular – dualistas –, a contemplar a distinção doutrinária penal entre o acordo – consentimento aplicado à afronta que está adstrita à relação entre os particulares –, excludente da tipicidade, e o consentimento – consentimento aplicado à afronta que fere o bem jurídico perante a comunidade –, causa de justificação excludente da ilicitude, foi ratificada por Geerds, Noll, Stratenweth, Mezger, Sauer, Manoel da Costa Andrade. Extrai-se, com base nisso, a ideia de que a disponibilidade mediante o consentimento do bem jurídico tutelado penal seara penal não está adstrita somente à autonomia da vontade do titular, mas, também, aos valores insculpidos no ordenamento jurídico e na sociedade³⁵². De igual modo, Juarez Estevam Xavier Tavares – dualista – consigna que é necessário diferenciar os bens jurídicos individuais dos bens jurídicos coletivos

³⁵⁰ PIRES FILHO, Luiz Alberto Brasil Simões; ÁVILA, Gustavo Noronha de. Sistemas jurídico-penais contemporâneos – Dos limites do consentimento do ofendido nas intervenções médicas: o caso dos transplantes de órgãos. **Revista Sistema Penal & Violência**, v. 4, n. 2, p. 219-231, jul/dez 2012. Disponível em: <https://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/sistemapenaleviolencia/article/view/7091>. p. 223-225.

³⁵¹ MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Autonomia e frustração da tutela penal**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 68-69.

³⁵² Ibid., p. 68-71.

– atinentes ao Estado e à comunidade –, em relação aos quais não se pode dispor face a imprescindibilidade à coesão social. Distinguem-se, assim, os delitos quanto à titularidade do bem resguardado³⁵³.

Luiz Alberto Brasil Simões Pires Filho e Gustavo Noronha de Ávila também evidenciam a distinção entre o consentimento do ofendido e o acordo no Direito Penal ao pontuarem:

Portanto, enquanto o “acordo” tão-só em razão de sua existência deixa atípica a conduta por provocar um dolo que não guarda congruência no tipo objetivo, o “consentimento” requer o seu conhecimento da parte do autor, por ser uma causa de justificação e o seu conhecimento torna conhecida a antijuridicidade, que se faz no plano da culpabilidade. Em resumo, o “acordo” afeta a tipicidade objetiva (atipicidade da conduta) e o “consentimento” afeta a ilicitude³⁵⁴.

Por outro lado, Claus Roxin, adepto da concepção monista, adverte que a concepção dúplice da aquiescência do titular – que considera a coletividade e o ordenamento jurídico em detrimento da autonomia do indivíduo – implica em uma ingerência ilegítima na possibilidade de disposição do bem jurídico pelo titular. Segundo ele, há uma fusão entre o próprio bem jurídico e a sua disposição tuteladas pelo tipo penal – não é possível apartá-los –, de modo que o consentimento do ofendido culmina no afastamento da tipicidade penal – ressalvada a indisponibilidade de determinados bens jurídicos.

Neste contexto da autonomia da vítima e de sua correlação com o resultado danoso, elaboraram-se teorias jurídicas para concluir pela reprovabilidade ou não da conduta do agente, tais quais a compensação de culpas, a auto e a heterocolocação em perigo, a imputação à vítima, a autorresponsabilidade, dentre outras. Segundo Minahim, “essas construções têm, em comum, a introdução da figura do ofendido no sistema do fato punível, para ponderar sobre sua colaboração na afetação de seu próprio bem jurídico, ainda que, para tanto, se tenha associado a um terceiro”, com um viés teleológico³⁵⁵.

Dentre estas teorias jurídicas, evidencia-se a concepção da imputação objetiva – especialmente atrelada à Roxin. Sua origem remonta à filosofia do século XIX,

³⁵³ TAVARES, Juarez Estevam Xavier. O consentimento do ofendido no direito penal. **Revista da Faculdade de Direito**, v. 12, n. 0, 1969. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/7163/5114>. p. 259-260.

³⁵⁴ PIRES FILHO; ÁVILA, op. cit., p. 222.

³⁵⁵ MINAHIM, op. cit., p. 85-86.

especialmente na pessoa de Friedrich Hegel. Na sequência, no século XX, ela foi introduzida ao Direito Penal através de Richard Honig e Karl Larenz, tendo sido aperfeiçoada por volta dos anos 70 por Claus Roxin e Gunther Jakobs em oposição às teorias causalista e finalista da ação. Com base na teoria da imputação objetiva, tem-se que, além da conduta típica, da culpabilidade e do resultado, haveria o elemento da imputação objetiva a ser considerado para a configuração do delito – imputação jurídica além da mera causalidade. Logo, “a teoria da imputação objetiva, portanto, visa estabelecer critérios normativos que possam diferenciar os fatos jurídico-penalmente relevantes daqueles irrelevantes, atribuindo àqueles um sentido social típico”³⁵⁶.

Igualmente, Claus Roxin associa o embrião da teoria da imputação objetiva aos ideais de Hegel:

As raízes histórico-espirituais da teoria da imputação objetiva remontam até a filosofia jurídica de Hegel. Dela é que Larenz, no ano de 1927, 33extraiu uma concepção da imputação objetiva, que logo depois foi aplicada por Honig especialmente na dogmática jurídico-penal. Foi a Honig (e, é claro, também a Larenz) que me referi ao desenvolver em 1970 aquilo que denominei de princípio do risco, 35que desde então tem feito uma carreira repleta de sucessos. Alguns vêm duvidando, ultimamente, se esta correlação entre a concepção moderna e a antiga é justificada.

De fato, em Larenz e Honig pode-se encontrar não mais que um ponto de partida, que não dá ideia alguma do desenvolvimento ulterior da concepção. Diz Larenz: “A imputação (...) tem a ver com a pergunta quanto ao que se deve adscriver a um sujeito como sua ação, pela qual deve ele ser feito responsável”. Isto corresponde exatamente à concepção atual. Mas o autor restringe a importância prática da ideia à exclusão do caso fortuito: “A imputação não é outra coisa que não a tentativa de distinguir o próprio ato de acontecimentos casuais”. O critério de Honig, da “direcionabilidade objetiva a um fim”, fundamenta-se sobre a mesma ideia: “É imputável aquele resultado que pode considerado posto de modo final”. Com isso, exclui-se da imputação, novamente, nada mais do que o caso fortuito, que não pode ser objetivamente “finalizável”³⁵⁷.

Claus Roxin, idealizador e aperfeiçoador da teoria da imputação objetiva, contempla a autonomia da vontade do ofendido ao limitar a responsabilização do

³⁵⁶ ÁVILA, Gustavo Noronha de; LAZARETTI, Bruna Furini. Das diretivas antecipadas de vontade como instrumentos de proteção penal da personalidade no fim da vida. **Revista Jurídica Cesumar**, v. 20, n. 3, p. 343-361, set./dez. 2020. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/9521>. p. 351-352.

³⁵⁷ ROXIN, Claus. A teoria da imputação objetiva. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 38, p. 11-31, abr./jun. 2002. Disponível em: <https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc5000001857934aa2af9680a71&docguid=lc3e40e60f25111dfab6f010000000000&hitguid=lc3e40e60f25111dfab6f010000000000&spos=7&epos=7&td=11&context=45&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. p. 7-8.

agente nas hipóteses em que o titular do direito livremente se põe em situações perigosas. Em outras palavras, ele contempla a autonomia ao restringir e, em alguns casos até afastar, a responsabilidade do terceiro quando seu agir estava atrelado ao consentir do ofendido e este foi significativo para a realização do resultado. Afinal, não se revela razoável privar a liberdade de alguém em decorrência de uma colocação em risco volitiva do ofendido. Distingue-se, nesta perspectiva, a autocolocação – o terceiro estimula o titular a agir de maneira perigosa – e a heterocolocação em risco – o terceiro realiza a ação perigosa e o titular se engaja à conduta do outro ciente do perigo –, que culminam em uma redução da proteção conferida pelo Direito Penal em detrimento do comportamento – da autonomia – da vítima³⁵⁸.

Nas suas palavras:

A consciente autolesão, em sexto lugar, como também sua possibilitação e fomento, não legitimam uma sanção punitiva, pois a proteção de bens jurídicos tem por objeto a proteção frente à outra pessoa, e não frente a si mesmo. Um paternalismo estatal, enquanto este deva ser praticado através do Direito Penal, é por isto justificável somente tratando-se de déficits de autonomia do afetado (menores de idade, perturbados mentais que não compreendem corretamente o risco para si). Isso é assim. A participação no suicídio não deve ser punível, como ocorre na Alemanha, ao contrário de muitos outros países, quando aquele que consentiu com a morte tomou sua decisão em um estado de total responsabilidade; isto é uma questão de grande importância na moderna discussão sobre a eutanásia. Quando na prática de esportes de risco ocorrem acidentes, os organizadores e promotores devem ficar isentos das consequências jurídico-penais sempre que os desportistas sejam conscientes dos riscos inerentes à prática desportiva. Também, a já mencionada aquisição de pequenas quantidades de drogas suaves para o consumo pessoal pertence a este âmbito. O mesmo se aplica ao consumo de álcool e tabaco³⁵⁹.

Com base na imputação objetiva, face o consentimento do ofendido, não há que se falar em risco não-permitido, uma vez que a disposição autônoma do titular afasta a lesão ao bem jurídico e consiste em uma livre expressão do indivíduo. Logo, “diante do consentimento da vítima, a ação passa a ser desenvolvida no âmbito de um risco tolerado pela sociedade, como representação da autonomia da pessoa no contexto social, sendo incapaz de ofender o bem jurídico tutelado”, o que implica na atipicidade da conduta³⁶⁰. Toma-se como exemplo o exercício da atividade médica que suspende

³⁵⁸ MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Autonomia e frustração da tutela penal**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 87-92.

³⁵⁹ ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 23.

³⁶⁰ ÁVILA; LAZARETTI, op. cit., p. 353.

o tratamento prolongador da vida do enfermo em observância à sua vontade livre. Prevalece, como regra, a deliberação livre e informada do agente face determinadas regras penais proibitivas que concernem a aspectos individuais, o que implica no afastamento da tipicidade, como ocorre nas hipóteses em que paciente consente que o médico realize uma intervenção cirúrgica, por exemplo³⁶¹.

De igual modo, afasta-se a responsabilidade na hipótese ilustrativa do policial que, ciente do anseio de sua companheira de suicidar-se, deixa a arma à disposição, o que culmina no suicídio da mulher. Pois, num segundo nível de imputação, tem-se o critério da autonomia da vítima aplicável à situação, o que faz com que o resultado da situação não esteja abarcado pelo âmbito de proteção da norma e, consequentemente, o agente não seja responsabilizado³⁶². Na expressão de Claus Roxin, “pois aquele que se expõe a um risco sem ser juridicamente obrigada a tanto não deveria impor a outrem consequências penais”³⁶³.

Portanto, para Roxin, o consentimento do titular do direito consiste na externalização de sua vontade sobre dispor do bem jurídico passível de disposição, o que engloba a anuência quanto aos resultados decorrentes da conduta consentida e, consequentemente, afasta a responsabilidade ao autor da ação. Isso não ocorre, todavia, na heterocolocação em risco, hipótese em que o titular do direito consente com a ação perigosa, mas confia na não realização do resultado – como o que ocorre com alguém que concorda em andar num veículo conduzido por um terceiro embriagado –, de modo a não afastar o desvalor da conduta praticada³⁶⁴.

Igualmente, Luís Grego consigna que “a imputação objetiva enuncia o conjunto de pressupostos genéricos que fazem de causação uma causação objetivamente típica”, postergando a análise do tipo subjetivo e da finalidade para focar no tipo objetivo – que vai além da mera causalidade – enquanto cerne do delito. Nesta perspectiva, a vítima passa a ter um papel de contribuição na tipicidade quando adere a condutas perigosas. Assim, o consentimento do ofendido ou a autocolocação em

³⁶¹ MINAHIM, op. cit., p. 23.

³⁶² PRADO, Luiz Régis Prado; CARVALHO, Érika Mendes de Carvalho. A imputação objetiva no direito penal brasileiro. **Ciências Penais**, v. 3, p. 81-110, jul./dez. 2005. Disponível em: <https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc500000185793c843c22002d29&docguid=I39635f80f25511dfab6f010000000000&hitguid=I39635f80f25511dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=216&context=112&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>. p. 4.

³⁶³ ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 362.

³⁶⁴ MINAHIM, op. cit., p. 107-108.

perigo, enquanto manifestação da autonomia da vontade – princípio da autorresponsabilidade –, implicam no afastamento da punibilidade do autor³⁶⁵.

Maria Auxiliadora Minhahim sintetiza a concepção da teoria da imputação subjetiva de Roxin ao pontuar:

A partir dessa ideia, Roxin constrói uma teoria geral da imputação, que se concretiza em quatro situações nas quais a ação é valorada segundo o risco criado para produção de um resultado típico. Dessa forma, ele se refere: (a) a ações que diminuem riscos e, por isso mesmo, não podem ser imputadas ao indivíduo como típicas, apesar da produção do resultado. O exemplo recorrente, neste caso, é o da pessoa que, tentando evitar que um terceiro seja atingido na cabeça por uma pedra, não consegue impedir que esta lhe lesione o braço; (b) aos riscos juridicamente irrelevantes como aquele criado pelo sobrinho que aconselha o tio a passear em um bosque onde ocorrem tempestades, vindo este a morrer (o que era o objetivo daquele), afirmando que condutas como esta não tem importância no plano jurídico por sua ineficácia causal; (c) à teoria do aumento do risco, de acordo com a qual a imputação do resultado ao autor deve ser mantida quanto tal resultado está associado a uma conduta que ultrapassa o risco permitido, ainda que, por si só, essa conduta não seja capaz de produzi-lo. Roxin ilustra essa hipótese com o caso do motorista que atropela um ciclista bêbado, fato ocorrido em razão da alcoolemia, que mantém este inseguro na pista, ao que se soma o desrespeito do motorista quanto à distância mínima a ser observada entre seu veículo e o da vítima. Ainda que se pudesse provar que a lesão viria a ocorrer mesmo se o sujeito ativo respeitasse a distância exigida em lei, ele entende que o perigo do resultado foi elevado pelo comportamento do autor, o qual ultrapassou o risco permitido e tolerado; (d) e, também, ao fim de proteção da norma, excluindo a imputação quando o resultado, embora ampliado pela ação do agente, não se inclui no fim de proteção da norma³⁶⁶.

Ressalva-se, todavia, que a teoria da imputação objetiva não deve ser vislumbrada enquanto apartada por completo de valores subjetivos, afinal, as informações ou peculiaridades do agente – conhecimentos especiais – também serão consideradas na análise da criação do perigo e no alcance do tipo, fundindo elementos objetivos e subjetivos na caracterização da conduta humana. De acordo com Roxin, “se chama objetiva não porque circunstâncias subjetivas lhe sejam irrelevantes, mas porque a ação típica constituída pela imputação – o homicídio, as lesões, o dano, etc. – é algo objetivo, ao qual só posteriormente, se for o caso, se acrescenta o dolo”³⁶⁷.

³⁶⁵ GRECO, Luís. **Um panorama da teoria da imputação objetiva**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 23-74.

³⁶⁶ MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Autonomia e frustração da tutela penal**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 87-88.

³⁶⁷ ROXIN, Claus. A teoria da imputação objetiva. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 38, p. 11-31, abr./jun. 2002. Disponível em: <https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc5000001857934aa2af9680a71&docguid=lc3e40e60f25111dfab6f010000000000&hitguid=lc3e40e60f25111dfab6f010000000000&spos=7&epos=7&td=11&context=45&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. p. 7.

A teoria, também, não deve ser vislumbrada enquanto a reformulação geral da tipicidade, pois ela mantém a diferenciação entre o injusto doloso e culposos, acrescentando critérios objetivos para a imputação do resultado. Vale-se Roxin, para tanto, de uma metodologia indutiva, através da análise de casos concretos³⁶⁸.

Vislumbra-se, também, uma quinta hipótese de aproximação com a seara penal do Direito, de cunho procedimental, quando prevê o ordenamento jurídico brasileiro determinadas situações em que a ação penal seja movida pelo particular – ação penal privada – ou nas hipóteses em que o ofendido pode perdoar o acusado e desistir de prosseguir com a ação penal, bem como as situações em que pode se valer da justiça restaurativa para a resolução consensual dos conflitos. Nas palavras de Maria Auxiliadora Minahim:

A ação penal, embora em alguns casos a conduta do agente pareça ofender a um bem vinculado a um particular, é, em regra, pública, conforme explicitado, porque a proteção conferida pela norma penal a esse interesse, conferindo-lhe a natureza de crime, já expressa o interesse público em sua defesa. Ocorre, porém, que em determinadas situações, deixa-se ao arbítrio do ofendido a persecução do fato punível para que a proteção oferecida não se transforme em mal maior do que o mal do crime. Nestes casos, fazer a decisão depender unicamente da vontade do ofendido pode ser considerado, segundo Aníbal Bruno, como sendo também um interesse público, o qual se traduz no desejo de paz e estabilidade jurídica. Pode-se ver, na hipótese, um interesse preponderantemente na preservação da intimidade da pessoa, na medida em que a prisão de um criminoso poderia atender a outro interesse da comunidade: o de cometimento de novos crimes no futuro.

A autonomia do ofendido é respeitada, também, através do instituto do perdão, mediante o qual se dá ao querelante a oportunidade de desistir no prosseguimento da ação penal (privada) que já se iniciara. A mesma previsão do art. 105 do Código Penal brasileiro existe no Código Penal espanhol, no n. 5 do Art. 130, no qual está estabelecida uma restrição que diz respeito ao perdão concedido pelo representante legal de pessoas com a capacidade restrita. Nestes casos, o Ministério Público deverá ser ouvido e poderá negar eficácia ao perdão outorgado, ordenando o prosseguimento do feito com sua intervenção.

A justiça restaurativa é um procedimento que abre novas e importantes oportunidades para a vítima reconciliar-se com o ofensor, dispensando os aparatos do processo penal, permitindo que a decisão seja tomada pelas partes com a ajuda de um mediador³⁶⁹.

³⁶⁸ PRADO, Luiz Régis Prado; CARVALHO, Érika Mendes de Carvalho. A imputação objetiva no direito penal brasileiro. **Ciências Penais**, v. 3, p. 81-110, jul./dez. 2005. Disponível em: <https://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc500000185793c843c22002d29&docguid=I39635f80f25511dfab6f010000000000&hitguid=I39635f80f25511dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=216&context=112&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>. p. 5.

³⁶⁹ MINAHIM, op. cit., p. 56-57.

Como se não bastasse, Hugo Rogério Grokskreutz identifica outra – sexta – inserção da autonomia da vontade no âmbito penal através da deliberação sobre o exercício do direito ao contraditório quando da defesa do acusado, o que implica em um instrumento de defesa dos seus direitos humanos, fundamentais e da personalidade. Nos seus dizeres:

Significa dizer que a tradicional colisão entre o *jus puniendi* e o *jus libertatis* que ocorre durante o *jus perseguendi*, merece uma releitura, no sentido de acréscimo dos Direitos da personalidade, justamente pelo fato de que as pessoas se valerão de sua autonomia da vontade para escolher a forma com que o princípio do contraditório será aplicado; da mesma forma, seu elementos físicos e não físicos deverão ser preservados tanto na fase investigativa e de conhecimento, quanto na fase de execução da pena³⁷⁰.

Assim, uma vez compreendida a função do Direito Penal de proteção de bens jurídicos e entendido que ela é exercida mediante o estabelecimento de condutas delitivas, tem-se, em resumo – afastada a pretensão de exaurimento das hipóteses – , que diversas são as aplicações da liberdade e da autonomia da vontade do indivíduo na seara penal material e processual. Seja através da (i) vontade insculpida na culpabilidade do agente quando da prática do delito ou da (ii) diferenciação procedimental decorrente da inimputabilidade penal etária, bem como seja por meio (iii) estabelecimento da própria autonomia e da liberdade enquanto bens jurídicos objeto da tutela penal ou do (iv) consentimento do ofendido – o que se analisa com certo destaque na relação entre médico e paciente através da teoria da imputação objetiva –, além das (v) faculdades processuais de mover a ação penal privada, de perdoar o acusado e desistir do prosseguimento da ação ou eleger a justiça restaurativa enquanto meio de resolução de conflitos, e das (vi) deliberações acerca do exercício do contraditório na defesa do acusado, identificam-se trações de intersecção entre a autonomia da vontade e o Direito Penal.

3.3 A PONDERAÇÃO ENTRE A AUTONOMIA DA VONTADE E OS INTERESSES COLETIVOS INSCULPIDOS NO IDEAL DA SOLIDARIEDADE

³⁷⁰ GROKSKREUTZ, Hugo Rogério. **Manifestações dos Direitos da personalidade no processo penal**. 225 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas). Universidade Cesumar - Unicesumar. Orientador: Dr. Gustavo Noronha de Ávila, Maringá, 2021. p. 12.

Identificada a intersecção da liberdade e da autonomia com o Direito Penal, insta enfocar na autonomia da vontade da vítima – aderência do ofendido à situação de risco – e de sua correlação com o resultado danoso à luz da teoria da imputação objetiva, com vistas a fomentar a reflexão acerca da ingerência estatal neste âmbito – proteção dos bens jurídicos – ou da prevalência da autonomia da vontade do indivíduo sobre os valores da coletividade. Para tanto, contrapõem-se especialmente os ideais de Claus Roxin e de Maria Auxiliadora Minahim, apreciando-os sob a ótica da tutela da pessoa humana conferida pelo ordenamento jurídico e da visão unitária do Direito – decorrente da constitucionalização e da personalização do Direito – cujos conteúdos foram desenvolvidos nos capítulos anteriores. Delimita-se o enfoque nesta perspectiva dada a controvérsia e a relevância da temática, que, apesar de figurar enquanto objeto de estudo há certo tempo, ainda não restou pacificada, bem como dada a sua atualidade decorrente da acentuada ênfase conferida à autonomia do indivíduo pelo liberalismo e pelo avanço da bioética e das novas tecnologias.

Afinal, como consigna Roxin, a ponderação entre tais aspectos – liberdade e tutela de bens jurídicos – configura uma encruzilhada para a dogmática jurídico-penal. Nos seus dizeres, “o poder estatal de intervenção e a liberdade civil devem ser levados a um equilíbrio, de modo que garanta ao indivíduo tanta proteção estatal quanto seja necessária, assim como também tanta liberdade individual quanto seja possível”³⁷¹. Igualmente, Gustavo Noronha de Ávila e Bruna Feriani Lazaretti consignam que é “complexa a tarefa de encontrar o equilíbrio entre a consideração da vontade do indivíduo e a atenção ao poder/dever estatal de cuidado e proteção dos objetivos jurídicos resguardados pelo ordenamento”³⁷².

Tem-se, como regra, a ideia de que nos aspectos individuais, prevalecerá a autonomia da vontade do indivíduo, mas, nos aspectos supraindividuais – como o meio ambiente – não haverá a possibilidade de disposição, eis que o bem jurídico tutelado pertence a toda a coletividade³⁷³. Toma-se como exemplo da regra geral da disponibilidade a possibilidade de alienação dos bens patrimoniais, bem como a

³⁷¹ ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 39.

³⁷² ÁVILA, Gustavo Noronha de; LAZARETTI, Bruna Furini. Das diretivas antecipadas de vontade como instrumentos de proteção penal da personalidade no fim da vida. **Revista Jurídica Cesumar**, v. 20, n. 3, p. 343-361, set./dez. 2020. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/9521>. p. 355.

³⁷³ MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Autonomia e frustração da tutela penal**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 60-61.

autorização para a autolesão de baixa gravidade consubstanciada na colocação de piercings ou tatuagens, pois “percebe-se que a disposição dos bens jurídicos não afeta de forma irrevogável as possibilidades futuras de agir autonomamente ou a dignidade individual”³⁷⁴.

Neste sentido, Luiz Alberto Pires Filho e Gustavo Noronha de Ávila evidenciam o caráter disponível dos bens jurídicos individuais – que atingem meramente a perspectiva particular – e o caráter indisponível dos bens jurídicos supraindividuais – que atingem o interesse comum da coletividade – ao consignarem que:

Dentre os bens individuais disponíveis por excelência, podemos destacar os bens patrimoniais, podendo ainda a disponibilidade recair sobre a honra, a inviolabilidade de domicílio, a liberdade, etc.

Portanto, o interesse do particular em dispor do bem, devendo ter capacidade jurídica para tanto, deverá atender interesse mais elevado, não podendo ofender a seara dos bons costumes.

Como vimos acima, podemos concluir que os bens jurídicos individuais serão disponíveis, quando estes não criarem perigo ou dano social, onde a perda atinja tão somente o titular do bem, pois, como veremos adiante, a dificuldade encontra-se na distinção dos bens puramente individuais e aos bens atinentes à coletividade.

Os bens jurídicos supraindividuais são aqueles ditos de interesse público, portanto, não podem ser disponíveis, pois a disposição do bem está acima do interesse, da vontade do indivíduo. Tomemos como exemplo o caso do lançamento de anões, extremamente relevante para entendermos como o princípio da dignidade da pessoa humana poderá limitar alguns direitos individuais, quando outros direitos passam para a seara supraindividual, podendo tornar-se indisponíveis³⁷⁵.

Contudo, a despeito da regra geral, há dissenso sobre a temática, que se distancia entre aqueles que entendem pelo afastamento do paternalismo estatal face a prevalência da autonomia individual e aqueles que entendem pela necessidade de ingerência do Estado face as vulnerabilidades dos tempos hodiernos.

Neste sentido, Rodrigo Róger Saldanha adverte que a ingerência pode implicar no paternalismo e o concebe enquanto um limite à liberdade e à autonomia da vontade. Segundo ele, correlacionado à ideia de que certas deliberações dos filhos devem ser tomadas pelos pais, tem-se que determinadas escolhas do homem devem

³⁷⁴ BARRETO NETO, Heráclito Mota. Paternalismo jurídico-penal, autonomia e vulnerabilidade: critérios de legitimação de intervenções paternalistas sobre a autonomia individual em matéria penal. **Revista de Criminologias e Políticas Criminais**, v. 1, n. 2, p. 112-143, jul/dez. 2015. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/revistacpc/article/view/36/pdf>. p. 137.

³⁷⁵ PIRES FILHO, Luiz Alberto Brasil Simões; ÁVILA, Gustavo Noronha de. Sistemas jurídico-penais contemporâneos – Dos limites do consentimento do ofendido nas intervenções médicas: o caso dos transplantes de órgãos. **Revista Sistema Penal & Violência**, v. 4, n. 2, p. 219-231, jul/dez 2012. Disponível em: <https://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/sistemapenaleviolencia/article/view/7091>. p. 225-226.

ser feitas em consonância com o seu bem próprio – seja físico, psíquico ou financeiro –, o que não legitimaria a intervenção estatal coercitiva para limitar a liberdade da pessoa, ressalvadas as hipóteses de resguardo de terceiros quanto a possíveis danos³⁷⁶.

João Paulo Orsini Martinelli acrescenta ao consignar que a concepção do paternalismo tem origem na raiz *pater* – do latim –, que significa pai, de modo que “o termo representa um tipo de comportamento de um superior sobre seu inferior, como o pai agindo sobre comportamento do filho” ou, aplicado ao Estado, “a prática de uma administração paternal ou como a intenção de suprir as necessidades ou regular a vida de uma nação da mesma forma como um patriarca faz com sua família”³⁷⁷. Segundo ele, tal postura pode se dar através de um conselho, de uma restrição ou de uma imposição e ela pode ser legítima e favorável à sociedade, como no caso em que uma criança ou uma pessoa debilitada, face a vulnerabilidade, precisam de suporte e orientação de alguém que possa nortear o que é bom para si. Contudo, especialmente no âmbito penal, tem-se que ela precisa ser devidamente justificada para que o Estado possa intervir na liberdade do homem.

Gustavo Noronha de Ávila e Bruna Furini Lazaretti, por seu turno, compreendem o paternalismo enquanto “uma forma de limitar a autonomia humana e liberdade individual” e o criticam por configurar uma afronta à liberdade individual e à autonomia da vontade – e consequentemente à dignidade humana – que impossibilita ao indivíduo recusar tal proteção³⁷⁸. Ainda acerca do paternalismo, Gunther Jakobs consigna que, “observado de modo superficial, trata-se da limitação da liberdade de atuação de uma pessoa em prol do seu bem objetivamente definido”³⁷⁹. Em oposição a tal paternalismo, com base nos ideais liberais e na busca pelo afastamento das ingerências, entende-se que o homem pode gozar de sua liberdade mediante a

³⁷⁶ SALDANHA, Rodrigo Róger. **Aspectos controvertidos sobre o testamento vital**: a celeuma entre a manifestação de vontade do testador e o tempo de validade das diretivas antecipadas para garantia dos direitos da personalidade. 167 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas). Universidade Cesumar - Unicesumar. Orientador: Dr. José Sebastião de Oliveira, Maringá, 2017. p. 28-32.

³⁷⁷ MARTINELLI, João Paulo Orsini. **Paternalismo jurídico-penal**. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo – USP. Orientador: Dr. David Teixeira de Azevedo, São Paulo, 2010. Disponível em: https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-27012011-113618/publico/TESE_versao_final.pdf. p. 96-101.

³⁷⁸ ÁVILA, Gustavo Noronha de; LAZARETTI, Bruna Furini. Das diretivas antecipadas de vontade como instrumentos de proteção penal da personalidade no fim da vida. **Revista Jurídica Cesumar**, v. 20, n. 3, p. 343-361, set./dez. 2020. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/9521>. p. 346.

³⁷⁹ JAKOBS, Gunther. **Proteção de bens jurídicos?** Sobre a legitimação do direito penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018. p. 72.

disposição de bens jurídicos que estão sob sua titularidade e que não afetem terceiros³⁸⁰.

Igualmente, Heráclito Mota Barreto Neto pontua sobre o que se concebe por paternalismo:

O vocábulo paternalismo origina-se do latim, cujo radical pater (pai) faz referência ao chefe da família patriarcal, detentor de hierarquia superior à de todos os demais, a quem era resguardado o direito de definir e controlar os rumos das vidas dos familiares e do núcleo familiar em si – modelo, aliás, que persiste em grande parte das famílias contemporâneas. Para além do significado etimológico, paternalismo é termo usado para designar um traço de diversas instâncias sociais decisórias (como instituições estatais, comunidades sociais, núcleos afetivos e até o próprio indivíduo) que se paralelizam à ação dos pais que, agindo no propósito de proteger e preservar os interesses dos filhos, procuram direcionar suas decisões ou mesmo agir em seu lugar, na crença de que fazem o melhor para eles. É dizer, a intervenção paternal demonstra um comportamento típico de um superior sobre seu inferior, como na relação entre pai e filho³⁸¹.

Assim, se o paternalismo corresponde à ingerência sobre a liberdade do outro – contra a sua vontade – com vistas à promoção de seu bem ou da evitação de algum prejuízo, tem-se que a norma penal paternalista equivale à norma “que pune determinado comportamento por entender que este é prejudicial a alguém, mesmo quando praticado com o consentimento do titular do bem jurídico”³⁸². Funda-se na própria liberdade individual do ser enquanto bem jurídico, que deve ser resguardado pelo Direito Penal, de modo a legitimar a proibição de condutas lesivas ainda que face o consentimento do titular do bem.

Acerca das classificações do paternalismo, menciona-se a distinção entre puro – ingerência na liberdade motivada pelo resguardo do próprio agente realizador da conduta – e impuro – ingerência na liberdade motivada pelo resguardo de terceiros. Menciona-se, também, a distinção entre o paternalismo rígido – ingerência a ser realizada ainda que em oposição à vontade do agente – e moderado – ingerência a

³⁸⁰ MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Autonomia e frustração da tutela penal**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 64-65.

³⁸¹ BARRETO NETO, Heráclito Mota. Paternalismo jurídico-penal, autonomia e vulnerabilidade: critérios de legitimação de intervenções paternalistas sobre a autonomia individual em matéria penal. **Revista de Criminologias e Políticas Criminais**, v. 1, n. 2, p. 112-143, jul/dez. 2015. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/revistacpc/article/view/36/pdf>. p. 116.

³⁸² MARTINELLI, João Paulo Orsini; SANTOS, Humberto Souza. O paternalismo jurídico-penal e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Revista Delictae**, v. 2, n. 3, jul/dez. 2017. Disponível em: https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwiWs9rm4r37AhXWGbKGHbxcCA8QFnoECDYQAQ&url=https%3A%2F%2Fdelictae.com.br%2Findex.php%2Frevista%2Farticle%2Fdownload%2F37%2F34%2F76&usg=AOvVaw3mvyt4Po_v9wuGtyXYI5jX. p. 191-192.

ser realizada apenas no agir involuntário do agente –, bem como a distinção entre o paternalismo negativo – inibir o dano ao agente – e o positivo – intervir para o bem do agente³⁸³. Há, ainda, a classificação entre o paternalismo direto – cominação de sanção para o próprio titular do direito que utiliza os seus bens com irresponsabilidade, como a multa aplicada aquele que conduz um automóvel sem usar o cinto de segurança – e o paternalismo indireto – cominação de sanção aquele lesa ou coopera com a lesão de bem de terceiros, como aquele que vende um medicamento controlado sem a devida prescrição médica³⁸⁴.

João Paulo Orsini Martinelli também assinala a classificação do paternalismo enquanto rígido – hipótese em que a pessoa que sofrerá a ingerência pode gozar da capacidade e estar consciente de sua conduta – e moderado – hipótese em que a pessoa que sofrerá a ingerência não apresenta capacidade ou ela não é passível de comprovação –, puro ou direto – hipótese de ingerência para o resguardo da própria conduta praticada – e impuro ou indireto – hipótese de ingerência para o resguardo da conduta praticada por outra pessoa –, moral – hipótese em que a ingerência tem como objeto o interesse comunitário – e de bem-estar – hipótese em que a ingerência tem como objeto a tutela física e moral da pessoa individualizada em sua dignidade. Há, também, o paternalismo ativo – hipótese em que a ingerência implica na intervenção da liberdade de escolha e na obrigação do exercício de determinada conduta em prol do próprio bem – e passivo – hipótese em que a ingerência implica na exigência de inação ou não exercício em prol do próprio bem –, o paternalismo homogêneo – hipótese em que a ingerência visa repelir a lesão ao próprio agente – e heterogêneo – hipótese em que a ingerência visa repelir a lesão ao próprio agente e à comunidade –, o paternalismo por assimetria de informações – hipótese em que a ingerência prestigia a autonomia e a capacidade de reflexão sobre os atos – e o pretoriano – hipótese em que a ingerência prestigia a proteção conferida pelo magistrado na apreciação de demandas –, dentre outros³⁸⁵.

³⁸³ SALDANHA, Rodrigo Róger. **Aspectos controvertidos sobre o testamento vital**: a celeuma entre a manifestação de vontade do testador e o tempo de validade das diretivas antecipadas para garantia dos direitos da personalidade. 167 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas). Universidade Cesumar - Unicesumar. Orientador: Dr. José Sebastião de Oliveira, Maringá, 2017. p. 31-33.

³⁸⁴ JAKOBS, Gunther. **Proteção de bens jurídicos?** Sobre a legitimação do direito penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018. p. 72.

³⁸⁵ MARTINELLI, João Paulo Orsini. **Paternalismo jurídico-penal**. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo – USP. Orientador: Dr. David Teixeira de Azevedo, São Paulo, 2010. Disponível em: https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-27012011-113618/publico/TESE_versao_final.pdf. p. 115-120.

Claus Roxin acrescenta ao pontuar que a autolesão consciente opera enquanto um limite imposto ao legislador na criminalização de condutas e não legitima a ingerência estatal, à medida que a concepção de proteção aos bens jurídicos resguarda a pessoa em relação ao outro, não em relação a si própria. Tem-se, diante disso, que o Estado não deve interferir neste aspecto da autonomia da vontade do indivíduo – como ocorre, por exemplo, com a prática de esportes de risco, o consumo de álcool e tabaco –, sob pena de incorrer em um paternalismo. Ressalva-se, todavia, a hipótese de déficits na autonomia – tais quais a menoridade ou a perturbação – que autorizam a interferência do Estado³⁸⁶. Nesses casos excepcionais em que há déficit de conhecimento ou da voluntariedade, defende-se “a legitimidade das intromissões penais na órbita da subjetividade” com vistas a resguardar bens jurídicos e a complementar a autonomia vulnerabilizada, que resta prejudicada³⁸⁷.

João Paulo Orsini Martinelli e Humberto Souza Santos também identificam a relevância do respeito à autonomia da vontade do indivíduo enquanto limite à ingerência estatal penal, com base na ideia geral de que a autonomia corresponde à deliberação volitiva própria do agente. Diante disso, eles assinalam que ao lado dos princípios penais tradicionais que limitam o poder punitivo estatal e resguardam o indivíduo, tais quais o princípio da legalidade, da fragmentariedade da subsidiariedade, da proporcionalidade, dentre outros, deve ser observado o princípio da autonomia individual, “segundo o qual as proibições penais devem respeitar ao máximo a liberdade do sujeito, pois é de se presumir que cada um sabe o que é melhor para si próprio”³⁸⁸.

No sentido de que a autolesão consciente deve implicar na não ingerência estatal, em consonância com a teoria da imputação objetiva, Gustavo Noronha de Ávila e Bruna Feri Lazaretti consignam acerca do exercício da atividade médica:

³⁸⁶ ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 20-22.

³⁸⁷ BARRETO NETO, Heráclito Mota. Paternalismo jurídico-penal, autonomia e vulnerabilidade: critérios de legitimação de intervenções paternalistas sobre a autonomia individual em matéria penal. **Revista de Criminologias e Políticas Criminais**, v. 1, n. 2, p. 112-143, jul/dez. 2015. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/revistacpc/article/view/36/pdf>. p. 138.

³⁸⁸ MARTINELLI, João Paulo Orsini; SANTOS, Humberto Souza. O paternalismo jurídico-penal e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Revista Delictae**, v. 2, n. 3, jul/dez. 2017. Disponível em: https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwiWs9rm4r37AhXWGbKGHbxcCA8QFnoECDYQAQ&url=https%3A%2F%2Fdelictae.com.br%2Findex.php%2Frevista%2Farticle%2Fdownload%2F37%2F34%2F76&usg=AOvVaw3mvyt4Po_v9wuGtyXYI5jX. p. 187.

Nesse sentido, a partir de uma análise da teoria da imputação objetiva, aperfeiçoada e propagada por Claus Roxin e Gunther Jakobs, foi possível concluir que, no exercício de sua atividade profissional, enquanto atuar dentro dos padrões da *lex artis* e dos limites do consentimento validamente prestado pelo paciente ou por seu representante legal, o médico poderá, no momento de terminalidade daquele: a) realizar atividades com finalidades terapêuticas; b) limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que apenas prolonguem a vida do doente em fase terminal, de enfermidade grave e incurável; c) suspender prestações realizadas através de aparelhos que mantem o paciente vivo, quando essas prestações não forem mais indicadas medicamente; ou d) deixar o paciente seguir o curso natural de sua vida, mantendo apenas os cuidados paliativos até o final (ocorrendo, neste caso, a denominada ortotanásia)³⁸⁹.

Por outro turno, Maria Auxiliadora Minahim se preocupa, nesta perspectiva, com os ideais que entendem pelo afastamento da reprovabilidade da conduta do agente – seja a tipicidade ou a ilicitude – face a autonomia da vontade e a capacidade racional de deliberação do ofendido, que, para alguns, possibilitaria a disposição do bem jurídico penal. Preocupa-se, especialmente, com tal questão no tempo hodierno, em que o acentuado individualismo e a carência de coesão social promovem maior exclusão, além da vulgarização da vida. Contrapõe-se, para tanto, a possibilidade de autodeterminação do homem com a ingerência estatal paternalista, bem como o valor da solidariedade enquanto justificativa de tal intervenção com a incapacidade do agente na tomada de decisões. Por isso, segundo ela, a despeito da liberdade pessoal é necessário assegurar uma ética social para a medicina, visto que as deliberações pessoais refletem no bem comum³⁹⁰.

Em outras palavras, preocupa-se com a proteção daqueles que se encontram em situação de vulnerabilidade no seio social, “não podendo claramente discernir ou impor sua vontade”, o que culmina na viabilidade de que se “lancem mão de medidas e atitudes que preservem os interesses destes sujeitos vulneráveis”³⁹¹. Isso significa dizer que a ingerência estatal na autonomia da vontade do agente que se encontra nesta hipótese estaria legitimada em consonância com o resguardo de seus próprios interesses, bem como com os valores constitucionais da solidariedade e da proteção integral da pessoa humana e de sua dignidade.

³⁸⁹ ÁVILA, Gustavo Noronha de; LAZARETTI, Bruna Furini. Das diretivas antecipadas de vontade como instrumentos de proteção penal da personalidade no fim da vida. **Revista Jurídica Cesumar**, v. 20, n. 3, p. 343-361, set./dez. 2020. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/9521>. p. 356.

³⁹⁰ MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Autonomia e frustração da tutela penal**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 19-20 e 41.

³⁹¹ BARRETO NETO, op. cit., p. 114-115.

Neste sentido, João Paulo Orsini Martinelli corrobora ao diferenciar as pessoas não vulneráveis das pessoas vulneráveis. Segundo ele, as primeiras – não vulneráveis – correspondem aquelas que “possuem a capacidade de discernimento sobre seus atos. São sujeitos autônomos que não precisam de proteção especial”, enquanto as segundas – vulneráveis – correspondem aquelas que “não possuem autonomia para a disposição de bens jurídicos e, assim, a vontade real sofre algum tipo de deformação pela falta de informações ou capacidade de formular as ideias”³⁹². Diante disso, eventual ingerência paternalista em face das pessoas não vulneráveis somente se justificaria nos bens jurídicos primordiais à vida. Por outro lado, a ingerência paternalista em face das pessoas vulneráveis se justifica mediante a proteção da própria vulnerabilidade, com vistas a afastar a sua exploração.

Maria Auxiliadora Minahim e Natalia Petersen ilustram a vulnerabilidade e a necessidade de tutela através da instrumentalização de vulneráveis para pesquisas. Nas suas palavras:

O perfil do sujeito “voluntário” para esses estudos revela projetos realizados de forma ilegal e eticamente censuráveis, porque não foram raras as ocasiões em que os mais vulneráveis foram utilizados como cobaias. Além dos episódios protagonizados pelos nazistas na Segunda Guerra Mundial e pelos japoneses na segunda guerra sino-japonesa, surgem outros eventos sobre a utilização de pessoas vulneráveis para fins de experiências científicas frequentemente noticiadas.

As normas aprovadas com vistas a disciplinar e orientar a matéria reconhecem a autonomia como atributo que possibilita à pessoa escolher as opções que considera melhor para si mesma. Não são ignoradas, porém as vulnerabilidades que podem ser somadas àquela original da espécie e que podem afetar decisões livres. Nesses casos, a falta de voz e de força para se contrapor acaba por constituir um estímulo para as pesquisas clínicas cujo custo constitui fato preponderante para a escolha de “voluntários”³⁹³.

Igualmente, Gunther Jakobs menciona que o caráter liberal da sociedade – acentuada autonomia da vontade – não pode implicar na inobservância dos valores constitucionalmente insculpidos, uma vez que existem danos sociais a serem ponderados, que poderão implicar na instabilidade social e, conseqüentemente, individual. Ele reflete acerca de determinados tipos penais controversos, tais quais os

³⁹² MARTINELLI, João Paulo Orsini. **Paternalismo jurídico-penal**. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo – USP. Orientador: Dr. David Teixeira de Azevedo, São Paulo, 2010. Disponível em: https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-27012011-113618/publico/TESE_versao_final.pdf. p. 246-247.

³⁹³ MINAHIM, Maria Auxiliadora; PETERSEN, Natalia. Instrumentalização de vulneráveis para pesquisas. **Revista Delictae**, v. 6, n. 10, jan./jun. 2021. Disponível em: <https://www.delictae.com.br/index.php/revista/article/view/157/111>. p. 63.

crimes ambientais, os delitos atrelados às drogas, o homicídio a pedido, dentre outros, que ponderam os bens jurídicos individuais e os danos sociais, e menciona que:

O Direito Penal é uma instituição que deve prevenir a existência social de perigos. E o que a sociedade necessita para sua existência? Ela necessita, em primeiro lugar, de pessoas que possam agir sem medo, definitivamente sem receios, o que começa com a realização dos seus direitos e também do seu bem-estar. Este é o fundamento para a estrita proteção da pessoa: na modernidade competitiva uma sociedade concebida como liberal soluciona melhor os seus problemas existenciais do que aquela que se baseia na coerção, porém, sua Constituição não pode permanecer apenas no papel, senão deve ser intensamente reforçada, de modo que ela direcione a orientação habitual no sentido de colocar, portanto, os sujeitos livres de qualquer medo, de tal forma que estes possam desempenhar seus papéis. É a vigência da norma, orientadora, que realmente é alvo de ataque, inclusive no caso de delitos contra a pessoa – porém, para retomar a questão, não um bem de “fulano e sicrano”. A vigência da norma pode ser defendida, isto é, preservada por meio da pena; mas um bem afetado jamais será reparado por meio de uma pena.

Ademais, a sociedade necessita para sua existência de uma infraestrutura que funcione: sistema judiciário, unidade monetária, diversos meios de circulação, circulação organizada de capitais, e outros mais. A intervenção nestes chamados bens jurídicos coletivos pode-se manifestar ora como intervenção nos direitos do Estado, como pode exemplo, a falsificação de moedas enquanto lesão ao órgão emissor de moedas, e ora como intervenção nos direitos de um grupo difuso de pessoas individuais (mais uma vez, no caso de falsificação de moedas); assim, por exemplo, o uso de informações privilegiadas no mercado de ativos tende a privar outras pessoas de usufruírem de suas oportunidades de ganho ou a lhes produzir uma perda patrimonial. Seja como for, a legitimação das proibições cominadas respectivamente como uma pena – nos exemplos mencionados dos delitos de falsificação de moedas e de circulação de capitais – será tanto mais fácil quanto mais disposto se estiver em reconhecer que o dano social constitui um aspecto condutor. Nem os indivíduos e, do mesmo modo, nem o Estado desconsideram isto, pois sem uma sociedade estável, falta igualmente estabilidade a ambos³⁹⁴.

Até mesmo Roxin, que prestigia pela imputação objetiva o consentimento da vítima que se autocoloca em perigo como causa de afastamento da imputação do delito ao autor, também consigna que determinados bens jurídicos, como a vida e a integridade física, não são passíveis de disposição pelo indivíduo e, portanto, não devem estar sujeitos ao consentimento ou à autonomia. Nas suas palavras, em lesões “contra o corpo ou a vida, em sequestros ou furtos, uma mudança de concepção que conduzisse à impunibilidade desses comportamentos seria impensável, pois a eles subjazem bens jurídicos cuja proteção a sociedade não pode prescindir”³⁹⁵. Tem-se,

³⁹⁴ JAKOBS, Gunther. **Proteção de bens jurídicos?** Sobre a legitimação do direito penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018. p. 64-65.

³⁹⁵ ROXIN, Claus. O conceito de bem jurídico crítico ao legislador em xeque. **Revista dos Tribunais**, v. 922, p. 291-322, ago. 2012. Disponível em: <https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&sguid=i0ad6adc500000>

neste sentido, que “o consentimento não pode recair sobre bens cuja lesão se dirija à sociedade, pois eles não estão à disposição daquele que consente, não podendo ser objeto de consentimento”³⁹⁶.

Luiz Alberto Pires Filho e Gustavo Noronha de Ávila reiteram a indisponibilidade dos bens jurídicos supraindividuais – também chamados de universais, transindividuais ou comunitários e sociais – ao mencionarem que eles “afetam mais a sociedade como tal, ao agrupamento de indivíduos e supõe uma certa ordem social e estatal”³⁹⁷. Nesta toada, toma-se como exemplo a concepção que veda a comercialização de órgãos humanos – afastamento do consentimento nesta hipótese – face o dano social dela decorrente e a prevalência dos valores constitucionais da dignidade da pessoa humana, o que evidencia a necessidade de ingerência estatal em determinadas situações para a limitação da liberdade e da autonomia de vontade do indivíduo em prol do resguardo da pessoa humana e da coesão social.

Em outras palavras, sopesa-se a indisponibilidade de determinados bens jurídicos que estão atrelados à essência humana e que implicam na proteção ou na conservação da sua vida em dignidade. Afinal, por conta da vinculação à espécie humana como um todo, tem-se o caráter coletivo ou universal de tais valores, que excepcionalmente não são passíveis de disposição pelo indivíduo, sob pena de implicarem na vulnerabilidade humana. Tratam-se de “(...) direitos inerentes à dignidade humana, não podendo o homem, por vontade própria, esvaziar-se de tais bens, a ponto de reduzir-se a uma existência digna”³⁹⁸.

Nesta toada, acerca dos atos de disposição do próprio corpo e da imposição de restrições à autonomia de vontade do agente pelo Estado em prol do resguardo da vida e da integridade física, Anderson Schreiber pontua:

1857934aa2af9680a71&docguid=12b36e3f0e2ae11e19348010000000000&hitguid=12b36e3f0e2ae11e19348010000000000&spos=10&epos=10&td=11&context=45&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1. p. 4.

³⁹⁶ ÁVILA, Gustavo Noronha de; LAZARETTI, Bruna Furini. Das diretivas antecipadas de vontade como instrumentos de proteção penal da personalidade no fim da vida. **Revista Jurídica Cesumar**, v. 20, n. 3, p. 343-361, set./dez. 2020. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/9521>. p. 353.

³⁹⁷ PIRES FILHO, Luiz Alberto Brasil Simões; ÁVILA, Gustavo Noronha de. Sistemas jurídico-penais contemporâneos – Dos limites do consentimento do ofendido nas intervenções médicas: o caso dos transplantes de órgãos. **Revista Sistema Penal & Violência**, v. 4, n. 2, p. 219-231, jul/dez 2012. Disponível em: <https://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/sistemapenaleviolencia/article/view/7091>. p. 226.

³⁹⁸ BARRETO NETO, Heráclito Mota. Paternalismo jurídico-penal, autonomia e vulnerabilidade: critérios de legitimação de intervenções paternalistas sobre a autonomia individual em matéria penal. **Revista de Criminologias e Políticas Criminais**, v. 1, n. 2, p. 112-143, jul/dez. 2015. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/revistacpc/article/view/36/pdf>. p. 132-136.

Em resumo, a vedação generalizada do art. 13 às diminuições físicas permanentes, com a única ressalva da “exigência médica”, é norma que não se compadece com a necessária ponderação entre a tutela do próprio corpo e outros princípios atinentes à realização da pessoa humana, como a liberdade sexual, a liberdade de expressão e até a liberdade religiosa. Se o art. 13 fosse interpretado de modo literal, práticas socialmente aceitas e repetidas por séculos, como circuncisão de crianças da religião judaica, restariam vedadas à luz do direito brasileiro, implicando uma restrição cultural significativa. A tutela constitucional da dignidade humana impõe que cada aspecto da pessoa, em particular, seja sopesado em busca de uma solução que permita o máximo desenvolvimento da sua personalidade.

Nesse sentido, o direito ao próprio corpo não deve ser protegido como uma exigência social de ordem e segurança, mas como um instrumento de realização da pessoa. Sua proteção não é superior à proteção de outras manifestações da personalidade, que podem justificar, no caso concreto, a diminuição permanente da integridade física, como a liberdade de crença, a liberdade de expressão ou a solidariedade social, a exemplo do que ocorre no campo do transplante de órgãos³⁹⁹.

Maria Auxiliadora Minahim acrescenta ao consignar que inúmeros países têm associado as manifestações da autonomia de vontade do indivíduo aos valores éticos e sociais, bem como aos usos e costumes do local, restringindo-a. Apesar de ainda não haver normatizações específicas acerca disso no cenário brasileiro, ela entende que se deve prezar pela ideia de que não somente a afronta aos aspectos individuais deve ser observada na ponderação entre o consentimento e a ingerência estatal, mas, também, os reflexos à coletividade dele decorrentes⁴⁰⁰. Afinal, nos dizeres de Gunther Jakobs, quando se enfoca na conservação da coexistência social, não se vislumbra uma restrição no âmbito individual, mas sim, “o respeito geral em face das condições de bem-estar, isto é, das condições de existência dos bens⁴⁰¹.”

De todo modo, a despeito das críticas e das ressalvas tecidas com vistas a afastar a demasiada ingerência estatal na autonomia do indivíduo – paternalismo –, tem-se que a liberdade e a autonomia não serão absolutas. O exercício de algumas de suas facetas poderá implicar na ilicitude da conduta – afronta a outros bens jurídicos – e precisará ser limitado pelo Direito Penal ante a prevalência dos valores e anseios sociais e à manutenção da coexistência dos homens. Consigna-se, a título de

³⁹⁹ SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 45-46.

⁴⁰⁰ MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Autonomia e frustração da tutela penal**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 78-80.

⁴⁰¹ JAKOBS, Gunther. **Proteção de bens jurídicos?** Sobre a legitimação do direito penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018. p. 72-73.

exemplo, a restrição da manifestação fundada na liberdade de expressão que implicar na discriminação racial⁴⁰².

O Direito Penal neste contexto, através de sua prerrogativa de conter ou restringir a autonomia da vontade do indivíduo e de impor o direcionamento estatal, visa proteger a pessoa da própria pessoa. Nos dizeres de Heráclito Mota Barreto Neto, “(...) uma ampla gama de infrações penais é criada com o desiderato único ou primordial de proteger o indivíduo de supostas ações nocivas que partem do próprio indivíduo, procurando a lei penal resguardar os bens jurídicos contra seu titular”, ainda que não corresponda a sua vontade, pois se objetiva a conservação da pessoa e da organização jurídica, “de forma a assegurar a integridade, a manutenção ou o exercício satisfatório dos interesses individuais em causa, bem como para evitar que bens jurídicos de natureza essencial sejam irremediavelmente lesionados”⁴⁰³.

Afinal, o uso da liberdade não deve ser reduzido ou banalizado tão somente à existência em detrimento da liberdade, ele pode e deve sofrer determinadas restrições que nortearão o uso preferencial da liberdade e afastarão o seu corrompimento. Nesta toada, Ricardo Timm de Souza acrescenta ao assinalar a concepção da liberdade ética à luz da alteridade, à luz da responsabilidade pelo outro, à luz de uma aceção relacional:

O essencial do até aqui exposto pode ser articulado da seguinte forma: enquanto a tradição moderna vê a questão da liberdade, de um modo ou de outro, como a expressão de um contrato implícito ou explícito entre mônadas autônomas – pelo menos em termos de um “contratualismo mental”, cuja expressão coloquial reza “a minha liberdade cessa onde inicia a liberdade do outro” –, a contemporaneidade que percebe a liberdade como uma questão eminentemente ética repropõe a questão em moldes totalmente diferentes. O que está em jogo não é meramente a liberdade das mônadas, em seu isolamento e auto-suficiência individual, livres para permanecerem presas a si mesmas, em seu trofismo que, em algum ponto, achará, pelo lado do mais forte, em si mesmo a justificação para relativizar este imperativo aparentemente tão estrito, invadindo e determinando, ainda que de forma infinitamente sutil, esta promulgada liberdade formal de outrem. Pois a ética inverteu os termos da questão; à ideia de que “a minha liberdade cessa onde inicia a liberdade do outro”, a liberdade eticamente legitimada propõe a máxima: “a minha liberdade começa onde inicia a liberdade do outro”, pois a minha liberdade depende, essencialmente, da capacidade de responder ao imperativo da sadia socialidade humana, e não do isolamento livre-subjetivo do indivíduo moderno. E por “sadia socialidade humana” não se entende aqui o estabelecimento de formalidades de ordem contratualista, onde o humano

⁴⁰² MINAHIM, op. cit., p. 57-58.

⁴⁰³ BARRETO NETO, Heráclito Mota. Paternalismo jurídico-penal, autonomia e vulnerabilidade: critérios de legitimação de intervenções paternalistas sobre a autonomia individual em matéria penal. **Revista de Criminologias e Políticas Criminais**, v. 1, n. 2, p. 112-143, jul/dez. 2015. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/revistacpc/article/view/36/pdf>. p. 115.

se perde entre seus símbolos e figurações, mas o estabelecimento de uma ordem ética fundamental, onde é impossível a realidade plena da liberdade de alguém – exatamente no sentido atrás descrito, e não como mera substancialidade inefável e dúbia – se esta não se der sob a forma de resposta ética à liberdade de outrem. Trata-se do que Levinas chama, muitas vezes, de “liberdade investida”⁴⁰⁴.

Nas palavras de Gunther Jakobs, “não se trata de paternalismo; ao contrário, trata-se da garantia de uma medida mínima de moralidade como condição de existência social”, como meio de manutenção da coesão social, o que pode ser verificado, por exemplo, na norma penal proibitiva do homicídio a pedido, cujo bem jurídico tutelado corresponde ao gerenciamento da sociedade – dano social – e à conservação da vigência da norma, bem como ao resguardo em abstrato de que a decisão acerca da morte corresponda verdadeiramente à vontade e à autonomia do homem⁴⁰⁵.

Em síntese, nos dizeres de Maria Auxiliadora Minahim, tem-se a constante busca pelo equilíbrio entre o exercício da liberdade e da autonomia e a manutenção da solidariedade necessária para a coletividade, cuja prevalência de tais valores foi se alterando pendularmente entre os tempos:

A aproximação que se deseja fazer entre os direitos fundamentais com o tema da disponibilidade de bens jurídicos pelo consentimento diz respeito ao equilíbrio necessário entre a proteção que, de tão absoluta, se faça tirânica, e o liberalismo descomprometido com os valores da justiça, solidariedade e dignidade.

Como regra geral, o direito penal, mesmo nos países mais liberais, empresta efeitos limitados ao consentimento. Assim, o ato de consentir, diante do ataque a certos bens, apenas funciona para abrandar a reprovação sobre a conduta, como ocorre no delito de aborto, art. 124 do Código Penal brasileiro e 144 do Código Penal espanhol. Da mesma forma, as pretensões de retraimento do direito penal em razão da atuação da vítima devem ser demarcadas com equilíbrio⁴⁰⁶.

Para tanto, deve-se valer da ponderação entre os valores constitucionalmente insculpidos, de modo a equilibrar a proteção dos bens jurídicos penais – que salvaguardam os valores mais relevantes à sociedade – e o resguardo da autonomia da vontade, que é atributo individual também assentado no texto constitucional.

⁴⁰⁴ SOUZA, Ricardo Timm de. A dignidade humana desde uma antropologia dos intervalos – uma síntese. **Revista Veritas**, v. 53, n. 2, abr./jun. 2008, p. 120-149. Disponível em: <https://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/veritas/article/view/4464/3385>. p. 143.

⁴⁰⁵ JAKOBS, Gunther. **Proteção de bens jurídicos?** Sobre a legitimação do direito penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018. p. 75-79.

⁴⁰⁶ MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Autonomia e frustração da tutela penal**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 65.

Assim, opera o Direito Penal neste contexto enquanto instrumento de resguardo da “igualdade entre os indivíduos, ora recuando para permitir um amplo desenvolvimento da autonomia pessoal, ora mostrando força para inibir o uso desmedido ou exploratório que o instituto possa assumir”⁴⁰⁷.

Identifica-se, em outros termos, a necessidade de ponderação entre a possibilidade de manifestação da autonomia da vontade do homem e a promoção do resguardo estatal da dignidade humana, especialmente face o individualismo decorrente do liberalismo econômico e político e as vulnerabilidades existentes, afinal, em consonância com os ideais Kantianos, tem-se que o indivíduo não pode ser instrumentalizado – meio –, já que constitui um fim em si mesmo⁴⁰⁸. Nas palavras de Maria Auxiliadora Minahim, “precisa-se encontrar uma medida justa e clara para o exercício da autonomia em seu âmbito, evitando que, em seu nome, o indivíduo seja abandonado em sua solidão sem a presença do Estado e a cooperação do outro”⁴⁰⁹.

Como possível medida a ser aplicada, Minahim vislumbra o princípio da solidariedade como a ferramenta hábil a equilibrar os interesses individuais e coletivos nos tempos hodiernos – marcado pela globalização, pelas tecnologias, pelo individualismo e pela solidão. Segundo ela, “a solidariedade postula que todas as pessoas sejam ligadas entre si para reforçar sua própria humanidade e, para tanto, devem ajudar-se mutuamente”⁴¹⁰. Para tanto, é necessário que a pessoa seja dotada de liberdade e autonomia, com vistas a acatar restrições individuais em busca da conservação da integridade do outro e de seus interesses – alteridade –, reconhecendo-se como outro para o outro. Afasta-se, assim, da autonomia ilimitada, da desvalorização da vida e da banalização das vulnerabilidades, aproximando-se da justiça social e do respeito à dignidade humana – à existência digna comum –.

Maria Celina Bodin de Moras também faz alusão ao princípio da solidariedade enquanto medida de equilíbrio entre o individual e o coletivo, afinal, a despeito da individualidade de cada ser, insere-se a pessoa no meio social e dele constitui parte

⁴⁰⁷ BARRETO NETO, Heráclito Mota. Paternalismo jurídico-penal, autonomia e vulnerabilidade: critérios de legitimação de intervenções paternalistas sobre a autonomia individual em matéria penal. **Revista de Criminologias e Políticas Criminais**, v. 1, n. 2, p. 112-143, jul/dez. 2015. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/revistacpc/article/view/36/pdf>. p. 132-136.

⁴⁰⁸ PIRES FILHO, Luiz Alberto Brasil Simões; ÁVILA, Gustavo Noronha de. Sistemas jurídico-penais contemporâneos – Dos limites do consentimento do ofendido nas intervenções médicas: o caso dos transplantes de órgãos. **Revista Sistema Penal & Violência**, v. 4, n. 2, p. 219-231, jul/dez 2012. Disponível em: <https://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/sistemapenaleviolencia/article/view/7091>. p. 227.

⁴⁰⁹ MINAHIM, op. cit., p. 19-22.

⁴¹⁰ Ibid., p. 124-130.

de sua própria identidade. Funde-se, assim, o singular e o plural, de modo que o enfoque social e jurídico não pode estar adstrito meramente ao indivíduo, mas, também, no coletivo ou comum, na relação com o outro. Ela menciona:

Neste sentido, o princípio da solidariedade – a impor deveres e direitos no contexto desta necessária interação social – constantemente se sopesa com o princípio da liberdade, voltado a garantia a prerrogativa da individualidade na construção da própria identidade. No equilíbrio dos demais – variável em cada caso – se encontra a dignidade da pessoa humana, que posto não prescinda da dimensão da interação, nela tampouco se exaure. Portanto a solidariedade atende à garantia da interação como aspecto de constituição da identidade individual, única de cada sujeito; ao seu lado, a liberdade tutela a possibilidade de elaboração desta interação pelo próprio sujeito, efetivando as opções mais condizentes com sua identidade pessoal, formada e conformada socialmente⁴¹¹.

Igualmente, Ingo Sarlet vislumbra uma responsabilidade mútua entre as pessoas em escala mundial para a efetivação de direitos, pois até mesmo a possibilidade de exercício dos direitos no aspecto individual, à medida em que se insere no contexto social, está condicionada ao reconhecimento coletivo. Tem-se, conseqüentemente, a legitimação da ingerência estatal no âmbito individual com fulcro na preponderância do interesse comunitário, que restringe a substância e a extensão dos direitos em prol da conservação de seu núcleo essencial. Afinal, “não se poderá sustentar uma funcionalização da dimensão subjetiva (individual ou transindividual) em prol da dimensão objetiva (comunitária e, neste sentido, sempre coletiva)”⁴¹².

Acerca do ideal da fraternidade, Heráclito Mota Barreto Neto também pontua que:

No âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, a Constituição Federal de 1988 estabelece como objetivo fundamental do Estado a construção de uma sociedade solidária (art. 1º, I), revelando que valores como a cooperação e a unidade do povo constituem a base normativo-axiológica da sociedade brasileira.

A ideia de fraternidade – cujo conceito remete aos postulados cristãos da caridade e amor ao próximo – consagrou-se expressamente no art. 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, viabilizando o status jurídico de tal preceito ético. No mesmo passo, a inserção do valor da solidariedade no ordenamento constitucional das civilizações modernas

⁴¹¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. Ampliando os direitos da personalidade. **Revista de Saúde Pública**, v. 41, n. 5, 2007. Disponível em: https://www.academia.edu/9689598/Ampliando_os_direitos_da_personalidade. p. 18-19.

⁴¹² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 126-127.

erigiu verdadeiro princípio jurídico que propaga o dever de respeito mútuo e a interdependência de membros de um grupo social⁴¹³.

Os reflexos do ideal da solidariedade são identificados no Direito Penal através da criminalização de condutas que tem como bens jurídicos direitos fundamentais transindividuais de terceira geração – como o meio ambiente – ou direitos de subsistência – como o delito de abandono material –, bem como por meio de institutos jurídicos que visam a evitação de resultados em prol da coletividade – como o estado de necessidade de terceiro e a legítima defesa de terceiro. Portanto, mesmo nos bens jurídicos da vida e da integridade, que apresentam uma conotação individual, há uma importância coletiva solidária que justifica a ponderação entre a autonomia da vontade e o estabelecimento de limites ao individualismo exacerbado⁴¹⁴.

Em linhas gerais, pode-se dizer que a autonomia da vontade do indivíduo que goza do pleno desenvolvimento físico e intelectual opera como regra face a intervenção estatal do âmbito penal. Todavia, ela será passível de limitação ou ingerência na hipótese em que o indivíduo apresentar autonomia reduzida ou figurar enquanto vulnerável, bem como nas situações que envolvem bens jurídicos indisponíveis – essencial à natureza humana, relevante à espécie humana –, com vistas a resguardar a dignidade e a pessoa de si mesma, bem como a proteger os valores fraternos inerentes à essência humana e a coletividade. Sintetiza-se, portanto, a legitimação da ingerência estatal pontual através do Direito Penal enquanto um meio “de compensar uma fragilidade dos indivíduos tutelados, compatibilizando-se com os imperativos de justiça (igualdade de condições), beneficência (promoção de um bem) e não-maleficência (evitação de um mal)”⁴¹⁵.

João Paulo Orsini Martinelli e Humberto Souza Santos explanam o que se concebe pela vulnerabilidade, autorizadora da ingerência estatal penal com vistas a proteger a pessoa e sua dignidade, como ocorre, a título de exemplo, com a irrelevância do consentimento do ofendido que detém menos de quatorze anos em relação ao delito de estupro de vulnerável:

⁴¹³ BARRETO NETO, Heráclito Mota. Paternalismo jurídico-penal, autonomia e vulnerabilidade: critérios de legitimação de intervenções paternalistas sobre a autonomia individual em matéria penal. **Revista de Criminologias e Políticas Criminais**, v. 1, n. 2, p. 112-143, jul/dez. 2015. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/revistacpc/article/view/36/pdf>. p. 114.

⁴¹⁴ MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Autonomia e frustração da tutela penal**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 130-132.

⁴¹⁵ BARRETO NETO, op. cit., p. 139.

Vulneráveis são indivíduos que por certas condições pessoais – sociais, culturais, étnicas, políticas, econômicas, educacionais, de saúde – possuem diferenças, estabelecidas entre eles e a sociedade que os envolve, transformadas em desigualdade”. Portanto, a vulnerabilidade é indicadora de desequilíbrio nas relações pessoais e, para que o equilíbrio seja estabelecido, são necessárias interferências externas. O vulnerável não possui capacidade de discernimento e é incapaz de cuidar de si mesmo, por isso, requer cautela especial.

O Supremo Tribunal Federal utiliza argumentos nesse sentido para manter a interpretação de presunção absoluta de violência e confirmar a irrelevância do consentimento da vítima menor de catorze anos nos casos de estupro de vulnerável, mesmo após a nova redação dada pela Lei 12.015/2009 ao artigo 217-A do Código Penal⁴¹⁶.

Correlaciona-se, por fim, conforme raciocínio construído nos capítulos anteriores, que, se os ordenamentos jurídicos foram progressivamente emergindo a construção da tutela que recai sobre a pessoa humana, ampliando-a e sedimentando-a através dos direitos humanos, fundamentais e da personalidade – especialmente após as atrocidades havidas nas grandes guerras mundiais –, bem como se tal edificação se refletiu na superação da dicotomia entre as searas pública e privada do Direito, predominando um viés unitário diante da constitucionalização e da personalização do Direito, que tem a pessoa humana enquanto o seu fim primordial, devem tais pontos serem considerados na ponderação entre a autonomia da vontade e a tutelas de bens jurídicos promovida pelo Direito Penal. Logo, não pode a autonomia da vontade ser ignorada, visto que ela é fundamental para o livre e o completo desenvolvimento da pessoa, mas, por outro lado, também não pode ela ser irrestrita, para não culminar em abusos ou na instrumentalização da pessoa – que é um fim em si mesmo enquanto essência humana e assim deve ser tratada para a conservação individual e coletiva.

⁴¹⁶ MARTINELLI, João Paulo Orsini; SANTOS, Humberto Souza. O paternalismo jurídico-penal e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Revista Delictae**, v. 2, n. 3, jul/dez. 2017. Disponível em: https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwiWs9rm4r37AhXWGbKGHbxcCA8QFnoECDYQAAQ&url=https%3A%2F%2Fdelictae.com.br%2Findex.php%2Frevista%2Farticle%2Fdownload%2F37%2F34%2F76&usg=AOvVaw3mvyt4Po_v9wuGtyXYI5jX. p. 193.

CONCLUSÃO

Valendo-se do método hipotético-dedutivo e de uma abordagem de cunho qualitativo, compilaram-se materiais escritos, tais quais livros e artigos científicos para abordar a confluência entre a autonomia da vontade do indivíduo e o Direito Penal, averiguando como deve se dar a ponderação entre eles, à medida que tanto a proteção dos bens jurídicos penais mediante a intervenção estatal, quanto a conservação da autonomia do indivíduo enquanto elemento integrante do seu livre desenvolvimento e da sua dignidade humana são valiosas. Para tanto, organizou-se estruturalmente a pesquisa através de três capítulos, quais sejam, de maneira sintética, (i) o estudo da tutela que recai sobre a pessoa humana e de sua ampliação ao longo do tempo, (ii) a pesquisa do caminhar do ordenamento entre os vieses dicotômico e unitário do Direito e (iii) o estudo da correlação entre a autonomia da vontade e o Direito Penal à luz da proteção da pessoa humana, com enfoque na ponderação dos casos em que o ofendido adere autonomamente às situações de perigo.

Num primeiro momento, observou-se como se dava a proteção da pessoa conferida pelo ordenamento jurídico. Assimilou-se que ela existe desde a história grega e romana, quando se dava de maneira pontual e repressiva, especialmente associada à proibição de condutas pelo Direito Penal. Perpassou-se, também, pela concepção medievista, que estava associada a um viés teológico e aplicada apenas a determinados grupos de pessoas, até que, paulatinamente, foi se emergindo a concepção iluminista da racionalidade e da secularização que deu início à limitação do poder estatal face o indivíduo. Apesar do enfoque patrimonialista da modernidade, pouco a pouco, emergiram as constituições face o anseio de limitar a ingerência estatal no aspecto particular e sucederam-se as revoluções liberais inglesa, norte-americana e francesa. Após, houve, também, um momento de centralidade da ciência do Direito enquanto sistema racional, ocorre que isso implicou no cometimento de atrocidades nas guerras mundiais, o que levou a um anseio pela intensificação da proteção conferida à pessoa, pela concepção das declarações universais de direitos e pela consagração do ideal da dignidade humana.

Apesar da complexa conceituação fruto da gradativa construção histórica, pode-se conceber a dignidade humana, em linhas gerais, enquanto o ideal de

concretização dos direitos da pessoa e de sua prevalência face o Estado, reconhecendo a essencialidade de serem resguardadas as necessidades mínimas vitais da pessoa. Tal valor, no ordenamento jurídico brasileiro, foi sedimentado no texto constitucional vigente enquanto fundamento do Estado democrático de Direito, operando como um norte orientativo para todo o ordenamento jurídico.

Assimilou-se, ademais, que, com base na dignidade humana, tutela-se a pessoa através dos direitos humanos, fundamentais e da personalidade. Conceitualmente, delimitam-se os direitos humanos enquanto direitos intrínsecos ao homem tutelados iminentemente do plano internacional, decorrentes de uma construção histórica de embates sociais em prol do homem, com vistas a afastar as atrocidades e resguardar a dignidade humana. Os direitos fundamentais, por sua vez, consistem nos direitos intrínsecos e essenciais à pessoa e à dignidade humana, que estão positivados nacionalmente no texto constitucional. Os direitos da personalidade, implicam na tutela que recai sobre a dignidade humana através das diversas manifestações da pessoa, com ênfase inicial no direito privado.

Em síntese, seja através dos direitos humanos, dos direitos fundamentais ou dos direitos da personalidade, busca o ordenamento jurídico tutelar a pessoa em sua integralidade, com fulcro no ideal da dignidade humana. Ocorre que, a despeito da intensificação conferida no resguardo que recai sobre a pessoa, proporcionalmente aumentam-se hodiernamente os elementos desafiadores para a concretização desta tutela. Observou-se, de início, que, ainda que se conceba a tutela integral da pessoa no plano deontológico, isso não se revelará suficiente para contemplar todas as situações complexas do plano ontológico em suas peculiaridades. As afrontas ilimitadas do plano do ser não se adequam à moldura limitada do direito posto. Verificou-se, além disso, a ocorrência de uma revolução tecnológica e científica que não ficou restrita às comodidades e facilidades, propiciando, também, adversidades e barbaridades face a pessoa, somada ao demasiado individualismo e à complexidade da atual sociedade. Menciona-se, também, dada a desigualdade de condições entre os membros da sociedade capitalista, a necessidade de o Estado agir de maneira positiva – prestacional – para resguardar a pessoa, o que implica em custos significativos face um orçamento estatal limitado – situação, esta, que se agrava no contexto brasileiro. Esses e outros elementos críticos operam enquanto obstáculos que precisam ser considerados, refletidos e superados em prol da pessoa humana.

Num segundo momento, averiguou-se o reflexo da construção ampliativa da tutela da pessoa humana no Direito através da transformação da concepção dicotômica segregacionista para um viés contemporâneo unitário do Direito em prol da pessoa e da dignidade humana. Neste sentido, denotou-se, de início, a concepção da clássica visão dicotômica do Direito, que apartava as searas pública e privada em ramos estanques inconciliáveis. Contrapunha-se o interesse social – como as relações de política, religião, comércio, dentre outras – e o interesse particular – como a família, a propriedade, o lar, o patrimônio, dentre outros – em partes antagônicas e excludentes entre si, cujos institutos e aportes teóricos são rigidamente segregados.

Ocorre que, a despeito da contribuição didática ou acadêmica propiciada pelo viés dicotômico, verificou-se que a plena autonomia da vontade decorrente da seara privada sem qualquer ingerência estatal culminou no individualismo e na desigualdade social, além da ocorrência de atrocidades decorrentes do autoritarismo que marcaram a história. Iniciou-se, então, uma mudança de perspectiva no ordenamento jurídico que conferiu enfoque à constituição e à proteção da pessoa. Trata-se da constitucionalização e da personalização do Direito, que culminaram no contemporâneo viés unitário, com uma abertura principiológica e valorativa do ordenamento jurídico que se vale de cláusulas gerais para contemplar a complexidade da sociedade. A visão unitária do Direito, por seu turno, é marcada pela aproximação das searas pública e privada do Direito, com a identificação de traços e interesses comuns entre as searas. Parte-se de um enfoque à pessoa, à dignidade humana e à constituição, que passam a irradiar sobre as demais normas infraconstitucionais e sobre o ordenamento como um todo.

Num terceiro momento, explorou-se a confluência entre a autonomia da vontade e o Direito Penal. Para tanto, evidenciou-se o que se concebe pelo direito à liberdade, do qual deriva a autonomia. Neste sentido, tem-se que a liberdade compreende o agir de acordo com a vontade – nos limites da licitude –, o agir desimpedido e livre de obstáculos ou, ainda, o exercício do arbítrio humano. A autonomia, por sua vez, corresponde à faceta central da liberdade, que viabiliza a eleição dos próprios valores de vida, possibilitando a autodeterminação a partir das próprias vivências e crenças.

Na sequência, correlacionou-se a autonomia da vontade com o Direito Penal através de seis exemplos. Preliminarmente, mencionou-se que a seara Penal tem como fim a proteção dos bens jurídicos mais relevantes da sociedade através da proibição de condutas, que consubstanciam os delitos, correspondentes, em linhas

gerais, a ações, típicas, ilícitas e culpáveis. Nesta toada, mencionou-se a existência de divergências especialmente a respeito da culpabilidade através dos ideais causalista, finalista, e funcionalista – com destaque para a teoria da imputação objetiva. Compreendido o delito, vislumbrou-se um primeiro ponto de intersecção entre a autonomia e o Direito Penal mediante a deliberação volitiva do agente insculpida na culpabilidade quando da prática do delito. Há, também, a confluência mediante a redução do discernimento daqueles que possuem menos de dezoito anos de idade, o que culmina na inimputabilidade penal etária, com a consequente diferenciação procedimental dela decorrente. Além disso, notou-se que a eleição da liberdade e da autonomia enquanto bens jurídicos penais a serem tutelados configura uma terceira aproximação. O consentimento decorrente da vítima, que adere a situações de risco e se autolesiona também equivale a uma quarta intersecção. Como se não bastasse, há uma confluência no que tange às faculdades processuais penais de mover a ação penal privada, perdoar o acusado, desistir do processo, resolver o conflito através da justiça restaurativa, dentre outras. Por fim, enquanto a sexta intersecção identificada, tem-se as deliberações no exercício do contraditório na defesa do acusado. Nota-se, assim, a existência de pontos de intersecção entre a autonomia da vontade do indivíduo e o Direito Penal.

Por fim, tomando como enfoque as hipóteses em que a vítima adere a situações de risco à luz da teoria da imputação objetiva de Claus Roxin, em contraponto aos ideais de Maria Auxiliadora Minahim, ponderou-se a autonomia da vontade face a ingerência estatal penal em prol da tutela de bens jurídicos e de valores coletivos para refletir à luz da tutela integral da pessoa humana e do viés contemporâneo unitário do Direito discorridos anteriormente. Observou-se que, a despeito da necessidade de respeito à autonomia da vontade enquanto direito intrínseco à pessoa ligado ao seu pleno desenvolvimento, ela não pode ser irrestrita. Afinal, não pode a autonomia implicar na instrumentalização da pessoa, tampouco pode resultar em abusos em prol da mera afirmação da autonomia. Assim, tem-se o ideal da fraternidade, ou a consideração dos valores coletivos associados à essência e à natureza humana como um contraponto a ser sopesado face a autonomia, enquanto legitimação de determinadas ingerências penais estatais em prol da conservação da pessoa e da coletividade.

Conclui-se, desta feita, especialmente ante a unicidade do ordenamento jurídico, que há confluência entre a autonomia da vontade e o Direito Penal e que, dentre tais

pontos de intersecção, quando se enfoca na análise da contribuição da vítima para o resultado decorrente da conduta delitiva enquanto possível exercício da autonomia da vontade – aquiescência – e dos limites disso, constata-se que o Estado não pode e não deve se amparar num viés meramente individualista em que a autonomia irrestrita justifica a sua inércia. Ainda que a teoria da imputação objetiva entenda que a autonomia da vontade do titular do direito – vítima – deve ser observada pelo princípio da autorresponsabilidade, tem-se que tal regra, se aplicada de maneira irrestrita, pode implicar na instrumentalização e na indignidade daqueles que estão em situação de vulnerabilidade na sociedade.

Neste sentido, em contraponto de equilíbrio à autonomia da vontade, tem-se o ideal da solidariedade como meio de ponderação no caso concreto e de legitimação para a ingerência estatal penal nas situações de vulnerabilidade, bem como nas hipóteses atinentes a valores ou bens – tais quais, a vida – que decorrem da natureza humana ou da condição de humanidade. Por serem dotados de tal magnitude, reputam-se tais bens como indisponíveis, o que justifica a proteção estatal até mesmo em face da própria pessoa.

Pontua-se, por fim, que, se o Direito Penal possui como função a proteção de bens jurídicos através da criminalização de condutas – o que excepciona o dever estatal de acatar a autonomia do agente e legitima a ingerência penal com a possível restrição da liberdade – e se a pessoa e a dignidade humana são os valores centrais do ordenamento jurídico – cuja tutela se dá através dos direitos humanos, fundamentais e da personalidade – deve a seara Penal do Direito ser operada enquanto instrumento de efetivação de proteção dos direitos intrínsecos à pessoa mediante a intervenção na autonomia da vontade quando necessário para a conservação da dignidade humana. Ressalva-se que isso não significa defender a ingerência irrestrita, o que culminaria no arbítrio, ao contrário, significa defender a ingerência de maneira pontual em nome da fraternidade, da pessoa e da dignidade humana.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

ALMEIDA, Fernando Rodrigues. **Personalidade contra o meio**: sobre a natureza de indivíduo, pessoa e personalidade como direito. 372 f. Tese (Doutorado em Ciências Jurídicas). Universidade Cesumar - Unicesumar. Orientador: Dr. Dirceu Pereira Siqueira, Maringá, 2022.

ALVES, Vinícius Silva. A força normativa dos princípios e sua importância para a releitura do direito civil brasileiro: reflexões a partir dos princípios da dignidade humana e igualdade. **Revista Direito, Estado e Sociedade**. n. 55, p. 342-364, jul./dez. 2019. Disponível em: <https://eds.s.ebscohost.com/eds/pdfviewer/pdfviewer?vid=1&sid=1594eaf6-346e-4ba2-9f81-62893050da62@redis>.

AMARAL JR, José Levi Mello do. Constituição e codificação: primórdios do binômio. In: MARTINS-COSTA, Judith (org). **A reconstrução do direito privado**: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

ARENDET, Hannah. **A condição humana**. 13. ed. ver. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2020.

ÁVILA, Gustavo Noronha de; LAZARETTI, Bruna Furini. Das diretivas antecipadas de vontade como instrumentos de proteção penal da personalidade no fim da vida. **Revista Jurídica Cesumar**, v. 20, n. 3, set./dez. 2020. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/9521>.

BARRETO NETO, Heráclito Mota. Paternalismo jurídico-penal, autonomia e vulnerabilidade: critérios de legitimação de intervenções paternalistas sobre a autonomia individual em matéria penal. **Revista de Criminologias e Políticas Criminais**, v. 1, n. 2, p. 112-143, jul/dez. 2015. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/revistacpc/article/view/36/pdf>.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro. **Revista da EMERJ**, v. 4, n. 15, 2001. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista15/revista15_11.pdf.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BOLESINA, Iuri; REIS, Jorge Renatos dos. A dicotomia jurídica público-privado no direito civil constitucionalizado. In: III Mostra do Direito Civil Constitucionalizado. **Anais**, Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC), 2016. Disponível em: <https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/ecc/article/view/16165/4061>.

BOLESINA, Iuri; REIS, Jorge Renato dos. O direito constitucionalizado e as esferas jurídicas pública e privada: é (contra) produtor de falar nessa distinção?. **Revista Thesis Juris**, v. 4, n. 1, p. 103–134, jan./jun. 2015. Disponível em: <https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=lgs&AN=110397985&lang=pt-br&site=eds-live>.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940). **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Rio de Janeiro, RJ, 7 dez. 1940.

BEZERRA, Isabel Cecília de Oliveira. **Dos direitos da personalidade**. Revista Jurídica da FA7. v. 3, n. 1, p. 11-23. 2006. Disponível em: <https://periodicos.uni7.edu.br/index.php/revistajuridica/article/view/186>.

CANTALI, Fernanda Borghetti. **Direitos da personalidade**: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. **Direito Geral de Personalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

CARVALHO, Érika Mendes de; ÁVILA, Gustavo Noronha de. Falsos bens jurídicos e política criminal de drogas: uma aproximação crítica. **Conpedi Law Review**, v. 1, n. 10, ano 2015. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/conpedireview/article/view/3394/2910>.

CASTRO, Alexander de; TOLETO NETO, Silvio. Política criminal de entorpecentes: uma análise dos direitos da personalidade do usuário de droga em face da repressão penal. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE)**, v. 8, n. 3, set./dez. 2020. Disponível em: <https://portal.unifafibe.com.br/revista/index.php/direitos-sociais-politicas-pub/article/view/890>.

COIMBRA, Clarice Helena de Miranda; QUAGLIOZ, Flaviano Ribeiro. **Direitos fundamentais e direitos da personalidade**. Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Campos. v. 2, n. 2. 2007. Disponível em: <https://recil.grupolusofona.pt/bitstream/10437/8265/1/Direitos%20Fundamentais%20e%20Direito%20da%20Personalidade.pdf>.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CORAZZA, Thais Aline Mazetto; ÁVILA, Gustavo Noronha de. **Direitos da personalidade no âmbito penal**: necessidade de superação da dicotomia público/privado. In: X Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito (SIACRID). 1. 2020. Anais. Jacarezinho: UENP. 2020, p. 109. Disponível em: <http://siacrid.com.br/repositorio/2020/violencia-e-criminologia.pdf#page=109>.

CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade**. 2. ed. São Paulo: Quorum, 2008.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014.

DINIZ, Maria Helena. A nova teoria das incapacidades. **Revista Thesis Juris**, v. 5, n. 2, p. 263-288, mai./ago. 2016. Disponível em: <https://eds.p.ebscohost.com/eds/pdfviewer/pdfviewer?vid=1&sid=80d7e53b-366f-40bc-b3f4-c0c6e6567450%40redis>.

DONNINI, Rogério; LEMOS, Raphael Abs Musa de. Dignidade e autonomia: a ponto dogmática para o testamento vital. **Revista Quaestio Iuris**, v. 10, n. 1, p. 389-433, 2017. Disponível em: <https://eds.s.ebscohost.com/eds/pdfviewer/pdfviewer?vid=1&sid=786ef50b-199a-44e9-bfe0-bdfc4203565f%40redis>.

DUARTE, Polyana Vidal; FLORES, Nilton Cesar. A proteção da dignidade da pessoa humana como paradigma para a superação da dicotomia entre direito público e direito privado. **Revista Faculdade de Direito**, Fortaleza, v. 35, n. 2, p. 213-232, jul./dez. 2014. Disponível em: https://repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/11759/1/2014_art_pvduarte.pdf.

FACHIN, Zulmar; SILVA, Deise Marcelino da. Avanços tecnológicos e a pessoa humana no século XXI: a (des)proteção do direito à privacidade no marco civil da internet. **Revista Jurídica – UNICURITIBA**, v. 5, n. 76, 2021, p. 230-254. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/5629/371373627>.

FACHIN, Zulmar; SILVA, Deise Marcelino da. **Acesso à água potável: direito fundamental de sexta dimensão**. 3. ed. Londrina: Editora Thoth, 2017.

FARIA, José Eduardo. **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. 1. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues. **Os direitos da personalidade como direitos essenciais e a subjetividade do direito**. *Revista Jurídica Cesumar*, v. 6, n. 1, p. 241-266, 2006. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/313>.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 13. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

GRECO, Luís. **Um panorama da teoria da imputação objetiva**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

GROKSKREUTZ, Hugo Rogério; ÁVILA, Gustavo Noronha de. **Da correlação entre os direitos da personalidade e o processo penal: um estudo introdutório**. In: VI CONGRESSO DE NOVOS DIREITOS E DIREITOS DA PERSONALIDADE, 1. 2020. Anais. Birigui: Editora Boreal, 2020, p. 62. Disponível em: <http://editoraboreal.com.br/wp->

content/uploads/2020/09/UniCesumar_2019_GT06_Viol%C3%Aancia-e-direitos-da-personalidade.pdf.

GROKSKREUTZ, Hugo Rogério. **Manifestações dos Direitos da personalidade no processo penal**. 225 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas). Universidade Cesumar - Unicesumar. Orientador: Dr. Gustavo Noronha de Ávila, Maringá, 2021.

HASSEMER, Winfried. **Direito Penal**: fundamentos, estrutura, política. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

JAKOBS, Gunther. **Proteção de bens jurídicos?** Sobre a legitimação do direito penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. São Paulo: Martin Claret.

KAROLENSKY, Natália Regina; CARVALHO, Gisele Mendes de. Fundamentos dos direitos da personalidade sob o prisma penal. **Revista Jurídica Cesumar**. v. 3, n. 2, p. 513-539, jul./dez. 2013. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/3103/2137>.

KLOCH, Henrique; BARRETO, Wanderlei de Paula. Os direitos da personalidade e a integridade dos detentos nas penitenciárias do estado de Santa Catarina. **Revista Jurídica Cesumar**. v. 7, n. 1, p. 251-276. 2007. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/526/384>.

LAZARETTI, Bruna Furini. **Análise jurídico-penal das diretivas antecipadas de vontade no fim da vida**. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas). Universidade Cesumar - Unicesumar. Orientador: Dr. Gustavo Noronha de Ávila, Maringá, 2018. Disponível em: <https://rdu.unicesumar.edu.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/1009/Bruna%20Furini%20Lazaretti.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

LISBOA, Roberto Senise. Dignidade e solidariedade civil-constitucional. **Revista de Direito Privado**. v. 42/2010, p. 30-70, abr./jun., 2010. Disponível em: <https://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/delivery/document>.

LUDWIG, Marcos de Campos. Direito público e direito privado: a superação da dicotomia. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). **A reconstrução do Direito Privado**: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

MACHADO, Talita Ferreira Alves; COHEN, Claudio; OLIVEIRA, Reinaldo Ayer de. Análise da dignidade penal e carência de tutela penal nas pesquisas envolvendo seres humanos. **Revista Bioética**, v. 21, n. 1, p. 32-42, 2013. Disponível em: https://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/787/852.

MACHADO, Ronny Max; BARRETO, Osmar Fernando Gonçalves; CUNHA, Paulo Ferreira da. O público e o privado: transformações da magna divisio jurídica na sociedade da informação. **Revista Jurídica Cesumar**, v. 19, n. 1, p. 9-37, janeiro/abril, 2019. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/6481/3394>.

MARTINELLI, João Paulo Orsini. **Paternalismo jurídico-penal**. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo – USP. Orientador: Dr. David Teixeira de Azevedo, São Paulo, 2010. Disponível em: https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-27012011-113618/publico/TESE_versao_final.pdf.

MARTINELLI, João Paulo Orsini; SANTOS, Humberto Souza. O paternalismo jurídico-penal e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Revista Delictae**, v. 2, n. 3, jul/dez. 2017. Disponível em: https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwiWs9rm4r37AhXWGbKGHbxcCA8QFnoECDYQAAQ&url=https%3A%2F%2Fdelictae.com.br%2Findex.php%2Frevista%2Farticle%2Fdownload%2F37%2F34%2F76&usg=AOvVaw3mvvt4Po_v9wuGtyXYI5jX.

MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Autonomia e frustração da tutela penal**. São Paulo: Saraiva, 2015.

MINAHIM, Maria Auxiliadora; PORTUGAL, Daniela. Testamento vital: os limites e consequências jurídico-penais do exercício da autonomia em face das diretivas antecipadas de vontade. **Conpedi Law Review**, v. 1, n. 10, 2015. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/conpedireview/article/view/3423/2939>.

MINAHIM, Maria Auxiliadora; PETERSEN, Natalia. Instrumentalização de vulneráveis para pesquisas. **Revista Delictae**, v. 6, n. 10, jan./jun. 2021. Disponível em: <https://www.delictae.com.br/index.php/revista/article/view/157/111>.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Ampliando os direitos da personalidade. **Revista de Saúde Pública**, v. 41, n. 5, 2007. Disponível em: https://www.academia.edu/9689598/Ampliando_os_direitos_da_personalidade.

MOREIRA, Rafael Bueno da Rosa; FREITAS, Maria Victória Pasquoto de. A superação da dicotomia clássica entre o direito público e o direito privado: a nova sistematização jurídica de intersecções entre o público e o privado com base nos direitos fundamentais. **Revista da 14ª Jornada de Pós-Graduação e Pesquisa-Congrega URCAMP**, v. 14, n. 14, 2017, p. 402-412. Disponível em: <http://revista.urcamp.tche.br/index.php/rcjgpg/article/view/705/412>.

OLIVEIRA, José Sebastião de; SANTOS, Diego Prezzi. Dignidade, direitos fundamentais e direitos da personalidade: uma perspectiva garantista para a democracia substancial. **Revista Jurídica**, v. 2, n. 59, p. 343-358. abr./jun. 2020. Disponível em: <https://eds.a.ebscohost.com/eds/pdfviewer/pdfviewer?vid=1&sid=7b4c07d6-af32-4987-91f3-068d2e99f5b0%40sessionmgr4007>.

OLIVEIRA, José Sebastião de; PINTO, Eduardo Vera-Cruz. A Pessoa Natural no Contexto da Família e a Proteção dos seus Direitos de Personalidade no Direito Romano: aspectos de direito material e processual. **Revista Jurídica Cesumar**, v. 11, n. 2. Disponível em: <https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=ir01522a&AN=prcu.article.2132&lang=pt-br&site=eds-live>.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional**: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

PIRES FILHO, Luiz Alberto Brasil Simões; ÁVILA, Gustavo Noronha de. Sistemas jurídico-penais contemporâneos – Dos limites do consentimento do ofendido nas intervenções médicas: o caso dos transplantes de órgãos. **Revista Sistema Penal & Violência**, v. 4, n. 2, p. 219-231, jul/dez 2012. Disponível em: <https://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/sistemapenaleviolencia/article/view/7091>.

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 8. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2019.

PRADO, Luiz Régis Prado; CARVALHO, Érika Mendes de Carvalho. A imputação objetiva no direito penal brasileiro. **Ciências Penais**, v. 3, p. 81-110, jul./dez. 2005. Disponível em: <https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc500000185793c843c22002d29&docguid=I39635f80f25511dfab6f010000000000&hitguid=I39635f80f25511dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=216&content=112&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Estatuto epistemológico do Direito Civil contemporâneo na tradição de Civil Law em face do neoconstitucionalismo e dos princípios. **Revista Meritum**, v. 5, n. 2, p. 13-52, jul./dez. 2010. Disponível em: <http://revista.fumec.br/index.php/meritum/article/view/1054>. p. 43.

ROSA, Gerson Faustino. A violação da personalidade humana pelo expansionismo penal. **Revista Direito e Liberdade**. v. 15, n. 3, p. 41-70. set/dez. 2013. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/19082817.pdf>.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

ROXIN, Claus. A teoria da imputação objetiva. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 38, p. 11-31, abr./jun. 2002. Disponível em: <https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc5000001857934aa2af9680a71&docguid=Ic3e40e60f25111dfab6f010000000000&hitguid=Ic3e40e60f25111dfab6f010000000000&spos=7&epos=7&td=11&content=45&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>.

ROXIN, Claus. **Culpabilidad y prevencion em Derecho Penal**. 1. ed. Madrid: Editora Reus S.A., 1981.

ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

ROXIN, Claus. O conceito de bem jurídico crítico ao legislador em xeque. **Revista dos Tribunais**, v. 922, p. 291-322, ago. 2012. Disponível em: <https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc5000001857934aa2af9680a71&docguid=l2b36e3f0e2ae11e19348010000000000&hitguid=l2b36e3f0e2ae11e19348010000000000&spos=10&epos=10&td=11&context=45&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>.

SALDANHA, Nelson. **O jardim e a praça: o privado e o público na vida social e histórica**. 2. ed. rev. e. atual. Rio de Janeiro: Atlântica Editora, 2005.

SALDANHA, Rodrigo Róger. **Aspectos controvertidos sobre o testamento vital: a celeuma entre a manifestação de vontade do testador e o tempo de validade das diretivas antecipadas para garantia dos direitos da personalidade**. 167 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas). Universidade Cesumar - Unicesumar. Orientador: Dr. José Sebastião de Oliveira, Maringá, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, jan. 2009. Disponível em: https://www.mpba.mp.br/sites/default/files/biblioteca/criminal/artigos/neoconstitucionalismo_-_daniel_sarmento.pdf.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

SILVEIRA, Michele Costa da. As grandes metáforas da bipolaridade. In: MARTINS-COSTA, Judith (org). **A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

SOUZA, Ricardo Timm de. A dignidade humana desde uma antropologia dos intervalos – uma síntese. **Revista Veritas**, v. 53, n. 2, abr./jun. 2008, p. 120-149. Disponível em: <https://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/veritas/article/view/4464/3385>.

SIQUEIRA, D. P.; OLIVEIRA, E. A.; ZANINI, L. E. A.; FRANCO JR., R. M. **Os direitos da personalidade em face da dicotomia direito público - direito privado**. Revista

de Direito Brasileira, v. 19, p. 208-220, 2018. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/3203/3534>.

SPINELLI, Ana Claudia Marassi. Dos direitos da personalidade e o princípio da dignidade da pessoa humana. **Revista Jurídica Cesumar**. v. 8, n. 2, p. 369-382. jul./dez. 2008. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/887/670>.

SPOSATO, Karyna Batista. **Elementos para uma teoria da responsabilidade penal de adolescentes**. Tese (Doutorado em Direito Público). Universidade Federal da Bahia - UFBA. Orientadora: Maria Auxiliadora Minahim, Maringá, 2011. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/bitstream/ri/15283/1/Tese%20-%20Karyna%20Batista%20Sposato.pdf>.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da personalidade e sua tutela**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

TAQUARY, Eneida Orbage. A proteção à pessoa humana: sistema normativo de proteção global geral. **Universitas Jus**, v. 25, n. 1, p. 1–21, 2014. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/jus/article/view/2387/2292>.

TAVARES, Juarez Estevam Xavier. O consentimento do ofendido no direito penal. **Revista da Faculdade de Direito**, v. 12, n. 0, 1969. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/7163/5114>.

TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor. **O papel da doutrina do direito civil entre o sujeito e a pessoa**: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: **Temas de Direito Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. Disponível em: https://www.academia.edu/31740015/A_tutela_da_personalidade_no_ordenamento_civil_constitucional_brasileiro.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 4. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Renovar, 2008.

TEPEDINO, Gustavo. TEPEDINO, Marchas e contramarchas da constitucionalização do Direito Civil: a interpretação do Direito Civil à luz da Constituição da República. **Revista [Syn]Thesis**, v. 5, n. 1, 2012, p. 15-21. Disponível em: https://www.academia.edu/30891094/Marchas_e_Contramarchas_da_Constitucionaliza%C3%A7%C3%A3o_do_Direito_Civil_a_Interpreta%C3%A7%C3%A3o_do_Direito_Privado_%C3%A0_Luz_da_Constitui%C3%A7%C3%A3o_da_Rep%C3%B9blica.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. As sete décadas de projeção da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948-2018) e a necessária preservação de seu legado. **Revista Interdisciplinar de Direito**, v. 16, n. 2, p. 17–48, 2018. Disponível em: <https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=edsdoj&AN=edsdoj.7f0982eae25d4e758e203d1aafd12ca2&lang=pt-br&site=eds-live>.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Dilemas e desafios da Proteção Internacional dos Direitos Humanos no limiar do século XXI. **Revista Brasileira de Política Internacional**, v. 40, n. 1, 1997. Disponível em: <https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=edssci&AN=edssci.S0034.73291997000100007&lang=pt-br&site=eds-live>.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

WELZEL, Hans. **O Novo Sistema Jurídico-penal**: uma introdução à doutrina da ação finalista. Tradução, prefácio e notas de Luiz Regis Prado. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.