

UNIVERSIDADE CESUMAR – UNICESUMAR
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO E EXTENSÃO
DIRETORIA DE PESQUISA

MARCELO DANTAS LOPES

**A POSSIBILIDADE DE INDEFERIMENTO DE TUTELA PROVISÓRIA NO
PROCESSO CIVIL, COMO FORMA DE PRESERVAR OS DIREITOS DA
PERSONALIDADE POR MEIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

MARINGÁ
2021

**UNIVERSIDADE CESUMAR - UNICESUMAR
PROGRAMA DE MESTRADO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS**

**A POSSIBILIDADE DE INDEFERIMENTO DE TUTELA PROVISÓRIA NO
PROCESSO CIVIL, COMO FORMA DE PRESERVAR OS DIREITOS DA
PERSONALIDADE POR MEIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

Dissertação apresentada à Universidade
Cesumar – UNICESUMAR, como
requisito parcial à obtenção do grau de
Mestre em Ciências Jurídicas.

Orientador: Prof. Dr. Rodrigo Valente
Giublin Teixeira

**MARINGÁ
2021**

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

L864p Lopes, Marcelo Dantas.
A possibilidade de indeferimento de tutela provisória no processo civil, como forma de preservar os direitos da personalidade por meio da dignidade da pessoa humana / Marcelo Dantas Lopes. Maringá-PR: UNICESUMAR, 2021.
127 f. ; 30 cm.

Orientador: Prof. Dr. Rodrigo Valente Giublin Teixeira.
Dissertação (mestrado) – Universidade Cesumar - UNICESUMAR, Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas, Maringá, 2021.

1. Tutelas provisórias. 2. Ponderação. 3. Direitos da personalidade. 4. Direitos fundamentais. 5. Dignidade humana. I. Título.

CDD – 342.164

Roseni Soares – Bibliotecária – CRB 9/1796
Biblioteca Central UniCesumar

Ficha catalográfica elaborada de acordo com os dados fornecidos pelo(a) autor(a).

MARCELO DANTAS LOPES

**A POSSIBILIDADE DE INDEFERIMENTO DE TUTELA PROVISÓRIA, NO
PROCESSO CIVIL, COMO FORMA DE PRESERVAR OS DIREITOS DA
PERSONALIDADE POR MEIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

Dissertação apresentada em 05 de fevereiro de 2021 ao programa de pós-graduação em Direito, da Universidade Cesumar de Maringá-PR (UNICESUMAR), como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Ciências Jurídicas.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Rodrigo Valente Giublin Teixeira
(Orientador)

Prof. Dr. Marcelo Negri Soares
(Membro interno)

Prof. Dr. Dennis Verbicaro
(Membro externo)

AGRADECIMENTOS

A Deus!

Aos meus pais, Henrique e Neusa. Nas minhas mais longínquas memórias, lá os vejo a cuidar, com muito amor e carinho, da formação da minha personalidade, principalmente com seus exemplos de vida.

Aos meus irmãos, José Henrique e Ricardo, sempre companheiros nesta vida.

Ao meu grande amor, Fernanda, que trilha comigo a jornada da vida, sem a qual a pesquisa não teria sido concluída. Seu apoio, paciência, incentivo, cuidado e iniciativas foram essenciais.

Ao meu amado filho, o pequeno Arthur, meu incentivo para sempre me superar.

Aos meus sócios, mas antes disso grandes e inseparáveis amigos, Ana Raquel e Márcio, pela parceira de vários anos e pelo apoio e paciência que tiveram na minha ausência nos afazeres do escritório.

A todos os integrantes do Mestrado em Ciências Jurídicas da UNICESUMAR, professores e colaboradores, com os quais pude aprender importantíssimas lições.

Aos queridos amigos do Mestrado, Christian Rodrigues Tenório, Daniel Amud Zuin, Lucas Martins de Oliveira, Luiz Antônio Borri, João Lucas Foglietto de Souza, Joelson Junior Bollotti e José Carlos Alves do Nascimento.

Agradeço de forma especial ao meu orientador, Prof. Dr. Rodrigo Valente Giublin Teixeira, pelos ensinamentos, aconselhamentos e direcionamento ao longo do caminho. As virtudes da pesquisa devem a ele total reverência. As eventuais carências decorrem da incapacidade do orientando em ombré-lo. Agradeço também a oportunidade de reencontrar um velho amigo.

RESUMO

A concessão das tutelas provisórias representa um tema sensível para a efetivação dos direitos da personalidade. Não só a essencialidade e a fundamentalidade dessa categoria de direitos deve ser sopesada; é também necessário que o julgador compreenda, em cada caso concreto, as mais variadas manifestações dos modos de ser da pessoa (suas escolhas existenciais), bem como seus efeitos nos planos intrassubjetivo e intersubjetivo, para assim bem avaliar, de forma constitucionalmente adequada – portanto, democrática – e em cognição sumária, o pedido. Em sendo assim, o indeferimento de uma tutela provisória, restringindo a pretensão do postulante, significará a garantia de um direito da personalidade num plano relacional. De outro lado, abandonado esse caminho (ou seja, não observado o texto constitucional ou mesmo o princípio de dignidade da pessoa humana), haverá lesão ao titular do direito da personalidade ou de direito fundamental, o que se verifica, por exemplo, quando o julgador decide com subjetivismo, para assim restringir a autonomia privada existencial. É preciso então considerar as situações em que os direitos postulados colidem com outros direitos de igual hierarquia, e se, a partir daí, caberá indeferir a tutela provisória, cujo direito pretendido deva ser restringido naquele caso concreto. Para tanto, além de adentrar nas tutelas cabíveis para a proteção dos direitos da personalidade, em especial a tutela inibitória, analisam-se as tutelas provisórias de urgência previstas pelo Código de Processo Civil, com suas devidas distinções, especialmente em relação aos seus requisitos. Após isso, para direitos em conflito, a pesquisa adentra na ponderação e aplicação da proporcionalidade a partir de um suporte fático amplo aplicável aos direitos da personalidade (e para os direitos fundamentais de modo geral), com as restrições a eles eventualmente cabíveis analisadas em uma órbita diversa (externa) relativamente ao respectivo âmbito de proteção. Analisa-se, aplicada essa técnica, um caso emblemático mencionado pela doutrina, realizando, também, diálogo jurisprudencial. A partir disso, transporta-se esse modelo para as tutelas provisórias de urgência, analisando podem permitir dimensionar, na cognição sumária, restrições constitucionalmente adequadas aos direitos da personalidade.

Palavras-chave: Tutelas provisórias. Ponderação. Direitos da personalidade. Direitos fundamentais. Dignidade humana.

ABSTRACT

The granting of provisional decisions represents a sensitive issue for the realization of personality rights. Not only must be weighed the essentiality and fundamentality of the category from rights. It is also necessary, that the judge understands, in each specific case, the most varied manifestations of the person's ways of being (his or her existential choices), as well as its effects on the intra-subjective and intersubjective plans, in order to properly evaluate, in an adequate that is constitutionally - and therefore democratic – a manner and in summary cognition, the request. Therefore, the rejection of a provisional decision, restricting the applicant's claim, will mean the guarantee of a personality right in a relational plan. On the other hand, if this path is abandoned (that is, the constitutional text or even the principle of human dignity is not checked), the holder of the personality or fundamental the judge decides with subjectivism, so, as to restrict the existential private autonomy. It is then necessary to consider the situations in which the postulated rights collide with other rights of equal hierarchy, and if, from then on, it will be necessary to reject the provisional protection, whose intended right must be restricted in that specific case. For this purpose, in addition to enter into the appropriate tutelage for the protection of personality rights, especially the injunctive tutelage, the provisional urgent tutelage provided for in the Civil Procedure Code is analyzed, with its due distinctions, especially in relation to its requirements. After that, for rights in conflict, the research enters the weighting and application of proportionality based on a factual broad support applicable to personality rights (and for fundamental rights in general), with the restrictions applicable to them possibly analyzed in a different (external) orbit in relation to the respective scope of protection. Applied this technique, an emblematic case mentioned by the doctrine is analyzed, also carrying out jurisprudential dialogue. From that, this model is transported to provisional emergency tutelage, analyzing if it can allow dimensioning, in summary cognition, constitutionally adequate the restrictions to personality rights.

Keywords: Provisional decisions. Weighting. Personality rights. Fundamental rights. Human dignity.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1. OS DIREITOS DA PERSONALIDADE E A DIGNIDADE HUMANA	13
1.1- RECONHECIMENTO E POSITIVAÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE	13
1.2- CONCEITO, NATUREZA JURÍDICA, CARACTERÍSTICAS E CLASSIFICAÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE.....	27
1.3- A DIGNIDADE HUMANA COMO ELEMENTO FUNDANTE DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE.....	41
2. A TUTELA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE	49
2.1- O ACESSO À JUSTIÇA E OS DIREITOS DA PERSONALIDADE.....	49
2.2- A TUTELA JURISDICIONAL DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE	54
2.3- AS TUTELAS PROVISÓRIAS DE URGÊNCIA E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE.....	62
3. A RESTRIÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE PARA A PRESERVAÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA	76
3.1- O ALCANCE E AS RESTRIÇÕES AOS DIREITOS DA PERSONALIDADE	76
3.2- DAS INDEVIDAS RESTRIÇÕES AOS DIREITOS DA PERSONALIDADE.....	87
3.3- DO INDEFERIMENTO DAS TUTELAS PROVISÓRIAS EM ATENÇÃO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E PELO RECONHECIMENTO DE RESTRIÇÕES CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADAS A DIREITOS DA PERSONALIDADE.....	98
CONCLUSÃO	114
REFERÊNCIAS	117

INTRODUÇÃO

A pesquisa aborda a efetivação dos direitos da personalidade sobretudo à luz do Estado Democrático de Direito, tema que será abordado pela via jurisdicional, na órbita das tutelas provisórias em processos cíveis, no ordenamento jurídico brasileiro.

A delimitação permite analisar um dos aspectos da judicialização de várias questões envolvendo direitos existenciais fundamentais, que obviamente revelam no plano material um ambiente conturbado relativamente à compreensão da essência e da fruição desses direitos, o que é por certo potencializado pela realidade social atual, que nubla a percepção das dimensões do ser nos planos intrassubjetivo e sobretudo intersubjetivo, ao mesmo tempo em que revela novos enfoques da personalidade.

Como consequência, no processo, o julgador é chamado a se pronunciar sobre conflitos cada vez mais intrincados, e o fazendo já em sede de tutelas provisórias de urgência, cabendo-lhe desde logo decidir em cognição sumária e com base em alta carga axiológica.

A relevância do tema desponta na medida em que a efetividade da tutela jurisdicional muitas vezes depende da decisão proferida por ocasião das tutelas provisórias de urgência *in initio litis* e por vezes *inaudita altera parte*, o que é especialmente sensível em relação aos direitos da personalidade, cabendo ao juiz bem ponderar sobre a pretensão formulada, suas consequências e restrições no plano relacional, pena de esvaziá-la, trazendo lesão irreparável ao postulante ou a outrem, dada a característica da não-patrimonialidade desses direitos, o que torna inadequado recebam tutela reparatória (regressiva).

Esse resultado deletério, ainda no âmbito das tutelas provisórias, pode também ocorrer quando o órgão jurisdicional decide com subjetivismo as situações envolvendo os modos de ser da pessoa, restringindo indevidamente suas escolhas existenciais que, a despeito de não padronizadas num determinado meio social, não deixam de ser legítimas.

O enfrentamento dessas questões deve ocorrer sob o norte democrático da Constituição Federal e sobretudo com base no princípio da dignidade da pessoa humana, sendo esse o cenário em que se encontra o objeto cognoscível desta pesquisa.

Interessa, portanto, investigar a possibilidade de indeferimento de tutela provisória cujo direito da personalidade nela referido – apesar de preenchidos *prima facie* os requisitos do perigo da demora e da probabilidade da pretensão – possa ser restringido em face de outros direitos de igual natureza, de titularidade da parte adversa ou de outrem, ou ainda para preservar o cerne da dignidade humana do próprio proponente. Em caso positivo, busca-se investigar qual a técnica e a fundamentação constitucionalmente adequadas, para tanto.

É dizer, não há dúvida de que as tutelas provisórias são meio para a vazão efetiva de direitos que contam com assento constitucional. Mas é preciso considerar as situações em que os direitos postulados por essa via colidem com outros direitos de igual hierarquia, e se, a partir daí, já se poderia indeferir a tutela provisória, cujo direito pretendido deva ser restringido naquele caso concreto.

Essa análise é importante porque é justamente pela incompreensão dos direitos da personalidade e da autonomia privada existencial a definir os modos de ser da pessoa, que se formam restrições indevidas a esses direitos, seja em face do proponente da medida em juízo, seja em face de outrem.

Atenta a isso, a pesquisa ficou assim alinhavada: o primeiro capítulo aborda os direitos da personalidade em si, apresentando inicialmente a evolução paulatina do seu reconhecimento e positivação, além da sua vinculação com o princípio da dignidade da pessoa humana.

Destacam-se os pontos nodais do reconhecimento e evolução dos direitos da personalidade, a partir da percepção de *pessoa*. Caminha-se da Antiguidade Clássica para o pensamento cristão, avançando-se pela Idade Média, pelo jusnaturalismo, pelas Revoluções Americana de 1776 e Francesa de 1789 e pelo Estado Moderno, com o rompimento do eixo organicista que vigia até então, elevando-se o indivíduo como elemento primordial na sociedade. A pesquisa passa também pelos movimentos de reação à Segunda Grande Guerra, que consolidam a internacionalização dos sistemas de proteção da pessoa, culminando na positivação dos direitos então reconhecidos nas ordens constitucionais dos Estados, inclusive no Brasil.

Sublinha-se essencialmente a trajetória que levou a perceber, no homem, uma dignidade intrínseca e incondicionada, viabilizando a liberdade para determinar suas escolhas existenciais. Aborda-se, com isso, a mudança do foco da dignidade, inicialmente relacionada às castas e estamentos sociais para se firmar em cada indivíduo.

Na sequência, debruça-se sobre o conceito e natureza jurídica dos direitos da personalidade. Distingue-se a personalidade dos direitos da personalidade. Apresentam-se dois importantes debates a respeito desses direitos: (a) se seriam preexistentes ao Estado, já que imanescentes à pessoa humana, impondo debater representariam um direito natural e (b) se teriam autonomia estrutural.

São abordadas também as características dos direitos da personalidade (direitos absolutos em si; oponíveis *erga omnes*, embora restringíveis; essenciais; vitalícios; extrapatrimoniais, dentre outras), e sua classificação.

A par dessas distinções, trata-se mais detidamente da relação dos direitos da personalidade com o princípio da dignidade da pessoa humana (especialmente a partir da autonomia privada e do valor intrínseco da pessoa), para assim estabelecer os pontos de convergência e de distinção entre os direitos humanos, os direitos fundamentais e os direitos da personalidade.

Trata-se também da função do princípio da dignidade da pessoa humana como fonte dos direitos da personalidade não previstos no ordenamento jurídico, num debate entre a teoria monista e pluralista.

Evidenciados o alcance, a essencialidade e a fundamentalidade dos direitos da personalidade, adentra-se no segundo capítulo para esclarecer que, uma vez consolidados na ordem jurídica, o que atualmente se busca é a efetiva proteção desses direitos, inclusive (mas não só) no âmbito da tutela jurisdicional, destacando-se para tanto o papel do processo a garantir a efetividade desses direitos, sempre à luz do cenário constitucional e, portanto, democrático.

Posto isso, elencam-se as tutelas cabíveis para a proteção dos direitos da personalidade, em especial a tutela inibitória. Na sequência, a pesquisa se debruça sobre o papel das tutelas provisórias de urgência na proteção dos direitos da personalidade, notadamente porque muitos desses direitos, dada sua conformação, devem ser protegidos de forma preventiva e célere. No mesmo ponto, abordam-se as tutelas provisórias previstas pelo Código de Processo Civil, com suas distinções, especialmente em relação aos seus requisitos. E isso porque, afinal, é no campo das tutelas provisórias que se tem o objeto da pesquisa.

Embasado, a uma, na percepção dos direitos da personalidade, do seu conceito, das suas características, dinâmica, essencialidade, fundamentalidade e de seu cotejo com a dignidade da pessoa humana e, a duas, na consequente tutela cabível para o resguardo desses direitos, aqui considerada a tutela jurisdicional pela via das tutelas provisórias de urgência, o terceiro capítulo aborda então o alcance e as restrições constitucionalmente adequadas que eventualmente podem sobrevir aos referidos direitos, em cada caso concreto.

Analisa-se, num diálogo com a jurisprudência e com um caso emblemático destacado pela doutrina, a ponderação e aplicação da proporcionalidade a partir de um suporte fático amplo relativamente aos direitos da personalidade (e para os direitos fundamentais de modo geral), com as restrições a eles eventualmente cabíveis, analisadas, também por ponderação e proporcionalidade, em uma órbita diversa (externa) relativamente ao respectivo âmbito de proteção.

Neste momento, identificam-se quais são as restrições indevidas aos direitos da personalidade, derivadas de subjetivismo, do moralismo, do paternalismo e do perfeccionismo.

Feito isso, transporta-se esse modelo para as tutelas provisórias de urgência, analisando se é possível dimensionar, na cognição sumária, restrições constitucionalmente adequadas aos direitos da personalidade.

O método científico utilizado para abordar o objeto desta pesquisa (a investigação sobre a possibilidade de restrição de direitos fundamentais e de personalidade, no âmbito das tutelas provisórias de urgência) se trata do método hipotético-dedutivo. Far-se-á a investigação pela pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, bem como sobre a legislação, como meios de obtenção de dados para o fim de abordar o tema proposto, a partir de referenciais teóricos e de revisão de literatura.

1. OS DIREITOS DA PERSONALIDADE E A DIGNIDADE HUMANA

1.1- RECONHECIMENTO E POSITIVAÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Um dos aspectos evolucionários importantes para o *homo sapiens*, senão o maior, segundo Yuval Noah Harari (2017, p. 11-73), foi a capacidade de criar realidades imaginadas (conceitos e cenários abstratos)¹ comumente aceitas pelos indivíduos e por isso amplamente compartilhadas, gerando sistemas de cooperação em grande escala – esse, um fator preponderante para que, ao longo dos milênios, se firmasse a espécie dominante. Fábio Konder Comparato (2019, p. 17-20) sublinha esse fato cientificamente incontestável de que a espécie humana, imbuída de racionalidade inclusive para refletir sobre si mesma, influenciou o seu processo evolutivo e o de outras espécies, conformando o mundo. Conclui que a evolução humana decorre muito mais de uma base cultural do que biológica, de modo que o homem se faz “demiurgo de si mesmo e do mundo em torno de si”².

Indubitavelmente, o homem se mantém e evolui pela cooperação social, em dimensões relacionais, talvez por isso a percepção de que o indivíduo é dotado de direitos intrínsecos provém de um processo lento que por vezes contou com agudos retrocessos. É dizer, a compreensão de que o ser humano desponta como um indivíduo único na estrutura social, cabendo ao Estado garantir-lhe existência digna³ – inclusive pela via da tutela jurisdicional –, não decorreu de um crescendo linear e constante⁴. Muito ao contrário disso, conforme se verá,

¹ Luís Roberto Barroso (2016, p. 88) reverbera o sentido dessas realidades imaginadas amplamente compartilhadas ao se referir a um valor comunitário da dignidade humana, viés que estabelece “metas coletivas” e “restrições sobre direitos e liberdades individuais em nome de certa concepção de vida boa”, tudo assentado “sobre as bases de uma ideia legítima de justiça, de um *consenso sobreposto*”, citando expressão utilizada por John Rawls. Por *consenso contraposto*, albergam-se “ideias básicas de justiça capazes de serem compartilhadas por defensores de diferentes doutrinas abrangentes, sejam religiosas, políticas ou morais”.

² Miguel Reale (2002, p. 207), destacando “que o *ser do homem é o seu dever ser*”, o considera uma entidade não somente psicofísica ou biológica, pois traz em si “uma possibilidade de inovação e de superamento”, uma capacidade de síntese, “tanto no ato instaurador de novos objetos do conhecimento, como no ato constitutivo de novas formas de vida”. Há no homem um “*poder nomotético do espírito*”, consistente na “faculdade de outorgar sentido aos atos e às coisas, faculdade essa de *natureza simbolizante*, a começar pela instauração *radical da linguagem*”. Em relação à linguagem em si, Thomas Hobbes (2014, p. 38) ressalta “foi uma invenção engenhosa para perpetuar a memória do tempo passado e reunir o gênero humano”, de modo que, sem ela, “não haveria entre os homens, nem governo, nem sociedade, nem tratado de paz, além daquele existente entre leões, ursos e lobos”.

³ Neste espírito, Ana Paula de Barcellos (2011, p. 31) menciona que “o Estado e todo o seu aparato, portanto, são meios para o bem estar do homem e não fins em si mesmos ou meios para outros fins”. Ao encontro disso, Paulo Nader (2019, p. 48), destacando o Direito Positivo como objeto cultural de adaptação social, o vê como “instrumento a serviço da causa humana”, de modo que “existe para garantir o funcionamento da sociedade e ao mesmo tempo preservar a dignidade da pessoa humana”.

⁴ Quanto a isso, Melina Girardi Fachin (2015, p. 12) destaca que os direitos humanos não resultam de um crescendo linear e constante, tratando-se em verdade dos “reflexos da proteção possível, e não do desejável, dentro dos avanços e recuos dos movimentos sociais e por isso nascem quando podem e não quando devem”. Em sentido

essa transposição de uma sociedade organicista para um ambiente de prevalência do indivíduo enquanto potência de humanidade resultou de um embate particularmente importante para a formação do próprio Estado moderno e democrático, propiciando também a afirmação e o desenvolvimento da dignidade da pessoa humana, dos direitos humanos e dos direitos da personalidade.

Há consenso de que na antiguidade clássica se reconhece a terminologia *pessoa*. Diogo Costa Gonçalves (2008, p. 20-21) menciona sua origem em *prósopon*, a máscara grega utilizada no teatro pelos atores em cena, cada qual na interpretação de seus respectivos papéis. Daniel Sarmiento (2019, p. 29) ressalta que os respectivos personagens revelavam “as inumeráveis capacidades da pessoa, como a razão, a coragem e a criatividade”, o que também sublinham Bruno Torquato de Oliveira Naves e Maria de Fátima Freire de Sá (2017, p. 8), bem como Carlos Alberto Bittar (2015, p. 62), Vaneska Donato de Araújo (2015, p. 18)⁵ e Neimar Roberto de Souza e Silva (2017, p. 198-199), este acrescentando que o termo *prósopon* foi absorvido em Roma, dando origem a *persona*.

Evidentemente, esses limites cênicos foram ultrapassados e *prósopon* passou a determinar algo maior, “a identificação do conceito de pessoa já não com a máscara, mas antes com a própria personagem representada”, razão pela qual pessoa passou a “designar cada indivíduo humano que, no palco da vida e da *polis* grega, representa o seu papel” (GONÇALVES, 2008, p. 20-21). O termo passou, então, a ter o sentido de identificação e projeção do indivíduo nas suas interações com o meio social, não havendo nesse momento, porém, um aprofundamento intrínseco ou metafísico.

Embora tenha assentado a noção de pessoa, a antiguidade clássica não deu a ela uma dimensão mais aprofundada, tendo em vista que a individualidade humana (apesar de protegida em determinados estamentos sociais) tinha um viés eminentemente pragmático, firmando-se mais como uma oposição à porção universal do homem – a humanidade –, essa sim, a dimensão sublimada pela filosofia clássica⁶. Portanto, não se vê nesse momento histórico um interesse

similar, Reginaldo Gonçalves Gomes (2016, p. 153) destaca que o reconhecimento hoje mais amplo dos direitos humanos provém de um processo histórico e evolutivo.

⁵ Vaneska Donato de Araújo (2015, p. 18), citando Ilya Mirian Hoyos Castañeda, acrescenta que o termo *pessoa* adviria também do etrusco *Phersu*, “que decorreria da deusa Perséfone, significando máscara, pois, nas festas em sua homenagem, este adereço era utilizado”, no que também é referido por Diogo Costa Gonçalves (2008, p. 20).

⁶ Diogo Costa Gonçalves (2008, p. 22), ressalta que o pensamento antigo tinha dificuldade em lidar com a individualidade do homem, pois a via como “uma imperfeição perante a unidade e totalidade do ser”. Daniel Sarmiento (2019, p. 27-28), ao encontro disso, assinala que a antiga dignidade da *espécie* humana não significava necessariamente a dignidade da *pessoa* humana, na medida em que aferir, pelo uso da razão ou por um aspecto religioso, “que o ser humano ocupa uma posição superior e privilegiada entre todos os seres que habitam nosso mundo” não trouxe (esse é o dado histórico) a imediata “concepção de que todas as pessoas, pela sua simples humanidade, têm intrínseca dignidade, devendo ser tratadas com o mesmo respeito e consideração”. Ou seja, da

relativamente à consolidação do conceito de pessoa, a qual ficou adstrita a “um sentido sócio-político e jurídico, na justa medida que designa uma função, um papel do sujeito individual”, mas ressentia-se de uma “realidade ontológica: o homem, na antropologia antiga, não passa de uma *res* bem ordenada” (GONÇALVES, 2008, p. 20-24). Nesse mesmo sentido, Vaneska Donato de Araújo (2015, p. 55), ressalta que “o direito romano não analisava as pessoas de acordo com a sua individualidade, mas sim em relação à sociedade, isto é, o *status* por elas ocupado na sociedade”.

Nesse esquadro, Carlos Alberto Bittar (2015, p. 63) identifica em Roma os seguintes direitos à pessoa: *status libertatis*, assentado na condição de sua liberdade, contrapondo-se à situação do escravizado; *status civitatis*, relacionado à cidadania romana, contrapondo-se ao estrangeiro, e *status familiae*, essa, a posição cabível ao chefe de família. Referidos direitos não representavam um reconhecimento pleno e universal dos direitos da personalidade ou mesmo dos direitos humanos (pelo menos não na medida em que hoje são concebidos).

Bruno Torquato de Oliveira Naves e Maria de Fátima Freire de Sá (2017, p. 3) destacam que nem todos os homens eram titulares de direitos, estando a liberdade vinculada a uma situação política: as pessoas eram livres, “mas não por serem homens, e sim por serem cidadãos”, de modo que o “*status libertatis* era uma decorrência do *status civitatis*”. Também a família romana era uma entidade política limitadora do *status civitatis* dos seus membros, vinculando-os ao *pater familias*, que, sobre os filhos, “exercia a *patria potestas*; sobre a esposa, a *manu maritalis*; sobre os escravos, a *dominica potestas*”.

Analisando esse quadro geral, Norberto Bobbio (2004, p. 107-108) menciona que no mundo clássico vigia uma sociedade organicista, na qual os indivíduos, nascendo vinculados à família ou à *polis*, não eram essencialmente livres ou iguais⁷. Enfim, na antiguidade, “a ideia de desigualdade intrínseca entre as pessoas estava profundamente enraizada” (SARMENTO, 2020, p. 29). E porquanto os indivíduos não eram considerados em si mesmos (não lhes cabendo dignidade – igualitária – em razão da pessoa⁸), não se tinha o cenário adequado para o

“valorização da humanidade” não se extraía “a exigência de reconhecimento de uma igualdade intrínseca entre as pessoas. Muito pelo contrário, ela convivia lado a lado com a afirmação de desigualdade natural entre os indivíduos”.

⁷ Norberto Bobbio (2004, p. 107-108) chama de “mundo aristotélico” a sociedade organicista clássica, “segundo a qual o homem é um animal político que nasce num grupo social, a família, e aperfeiçoa a sua própria natureza naquele grupo social maior, autossuficiente por si mesmo, que é a *pólis*”. Nascendo na família (grupo organizado hierarquicamente), os indivíduos “não eram nem livres, já que eram submetidos à autoridade paterna, nem iguais, já que a relação entre pai e filho é a relação de um superior com um inferior”. Ressalta também que essa concepção organicista da sociedade será invertida para uma concepção individualista somente muito tempo depois, a partir do jusnaturalismo dos séculos XVIII e XIX, que insere o indivíduo humano, absoluto, no estado da natureza.

⁸ Daniel Sarmento (2019, p. 28) menciona que essa concepção igualitária da dignidade “só veio a ser afirmar institucionalmente na Modernidade, após o advento do Iluminismo”. Bruno Torquato de Oliveira Naves e Maria

reconhecimento e efetivação ampla dos direitos humanos ou mesmo dos direitos da personalidade e nem, obviamente, da sua tutela efetiva.

A despeito disso, na antiguidade surgem elementos primordiais para o posterior reconhecimento desses direitos⁹. Bruno Torquato de Oliveira Naves e Maria de Fátima Freire de Sá (2017, p. 4-9) assinalam “vestígios” de tutela à dignidade humana no Código de Hamurabi, no Códigos de Manu e na Lei das XII Tábuas (contendo proteção contra a *iniuria*, por meio da *actio iniuriaum*), a *Lex Poetelia Papiria de Nexis* e a *Lex Aquilia de Damno Iniura Dato*. Igor Henrique dos Santos Luz e Jaime Rodrigues Brito (2018, p. 239) no mesmo passo mencionam que os romanos asseguraram alguns aspectos da pessoa (tais como a honra, a integridade física e o domicílio) por meio “de leis como a *Lex Aquilia* e a *Lex Cornelia*, ou ainda, mediante o uso da *actio iniuriarium*, que se podia valer a vítima do crime de *iniuria*”¹⁰. Carlos Alberto Bittar (2015, p. 50) cita na *actio iniuriarum* romana uma manifestação isolada de proteção à personalidade. A regulação desses aspectos da personalidade não significou, contudo, haver um reconhecimento de direitos a ela inerentes (NAVES; SÁ, 2017, p. 7).

No caminhar da história, outro ponto de influxo importante para o desenvolvimento dos direitos da personalidade provém do cristianismo (BITTAR, 2015, p. 51). A força motriz que levou o movimento cristão, então em expansão¹¹, a dar um conteúdo metafísico e ontológico à pessoa do mundo greco-latino está representada em três importantes questões teológicas (que estiveram no âmago do Concílio de Niceia, no ano 325), a saber: (a) o dogma da Santíssima Trindade, (b) a encarnação do Verbo e (c) a identificação, no homem, de um valor inato decorrente da graça de Deus. O enfrentamento dessas questões, racionalizadas a partir da filosofia estoica¹², fez distinguir na pessoa duas dimensões, a saber: (a) a manifestação social

de Fátima Freire de Sá (2017, p. 3-4) igualmente ressaltam que somente após “longo e tortuoso transcurso histórico, os indivíduos foram se emancipando dos grupos a que pertenciam, em verdadeira integração social”, sendo então que “o entendimento do homem como sujeito de dignidade é fruto de lenta evolução”.

⁹ Quanto a isso, Fábio Konder Comparato (2019, p. 25-26), destaca que os direitos humanos e, portanto, também os direitos da personalidade, representam uma consciência historicamente recente, mas que encontra bases na antiguidade clássica, que lança “os fundamentos intelectuais para a compreensão da pessoa humana e para a afirmação da existência de direitos universais, porque a ela inerentes”. Ingo Wolfgang Sarlet (2018, p. 37-38) faz uma análise semelhante: apesar de apontar que na antiguidade não foram erigidos direitos fundamentais, não nega que desse período decorreram “ideias-chave” que depois influenciariam “o pensamento jusnaturalista e a sua concepção de que o ser humano, pelo simples fato de existir, é titular de alguns direitos naturais e inalienáveis”.

¹⁰ A denominada *actio iniuriarium* “protegia a pessoa de atentados à sua integridade física, difamação verbal ou escrita, ataques à honra da mulher casada etc.” (NAVES; SÁ, 2017, p. 7).

¹¹ A expansão buscada pela doutrina cristã contribuiu para a concepção ampla dos direitos da personalidade (considerando que todos os homens iguais na filiação divina). Foi a partir de Paulo de Tarso, que a doutrina cristã buscou o universalismo evangélico (COMPARATO, 2019, p. 31).

¹² Fábio Konder Comparato (2019, p. 29) retrata que a filosofia estoica (centrada na “unidade moral do ser humano” e na dignidade do homem, possuidor de “direitos inatos e iguais em todas as partes do mundo”) perdurou seis séculos, de “321 a. C., até a segunda metade do século III da Era Cristã”, indo para além disso a abrangência de seus princípios, lançando os “conceitos de *hypóstasis* e de *prósopon*. O primeiro correlato de *ousía*, que na

do ser humano (vinda de *prósopon*), bem como (b) a sua essência, a personalidade (COMPARATO, 2019, p. 28-29).

Neste mesmo sentido, para Diogo Costa Gonçalves (2008, p. 26), a teologia cristã ensejou uma simbiose entre a natureza (*physis*) e a pessoa (*hypostasis*); a natureza representando “a universalidade ou essência da realidade”, e, a pessoa, “a realização própria, num sujeito determinado, dessa natureza ou realidade universal”. Deste modo, pessoa se torna “a forma especial ou particular de *ser* de uma determinada natureza”.

Tanto assim que, para o movimento cristão, o Pai, o Filho e o Espírito-Santo consistem em três pessoas distintas imbuídas da mesma natureza divina. No Cristo, enquanto Verbo encarnado, coexistiram duas naturezas – a humana e a divina – e uma só pessoa; ao passo que (e sobretudo) em todos os homens há um reflexo da natureza de Deus – *Imago Dei* –, vindo daí a importância de assim considerá-los (GONÇALVES, 2008, p. 24-29).

Essa concepção atribuiu ao homem um valor inato e inderrogável, mais à frente compreendido como um valor intrínseco (LUZ; BRITO, 2018, p. 239). Com efeito, a partir do movimento cristão, o homem passa a ser valorizado individualmente, até porque a salvação dependia de um arrependimento pessoal, consciente e íntimo (BARCELLOS, 2011, p. 126). Ora, se a salvação dependia exclusivamente da vontade, intrínseca e espontânea – o livre arbítrio – estavam lançadas as bases para futuramente se perceber no homem a autonomia para balizar seus modos de ser (esses, os objetos dos direitos da personalidade e da dignidade da pessoa humana).

A formação do conceito de pessoa e bem assim, dos direitos da personalidade, prosseguiu na Idade Média. Das bases de Santo Agostinho e de São Tomás de Aquino, “fundou-se a ideia de uma *lex divina*, superior aos costumes, e às normatizações romanas, mas impositiva de dogmas e do respeito ao próximo” (LUZ; BRITO, 2018, p. 239). Além de ressaltar o dogma da igualdade dos homens perante Deus – *lex divina* –, São Tomás de Aquino expressou também uma ordem formada pelo direito natural “como expressão da natureza racional do homem”¹³ (SARLET, 2018, p. 38).

A partir do pensamento cristão, portanto, ganha forma a percepção de que em cada indivíduo há um modo de ser de uma universalidade, percepção essa que, mais à frente na quadra histórica, diante de um jusnaturalismo que se foi despidendo de um viés teológico para se

língua latina traduziu-se por *substantia*, significava o substrato ou suporte individual de algo”. Foi no estoicismo que o pensamento cristão buscou elementos para racionalizar a igualdade de todos os indivíduos no plano divino.

¹³ Fábio Konder Comparato (2019, p. 33) ressalta que a concepção dessa natureza racional do homem a integrar a noção de pessoa provém de Boécio, no século VI, para o qual pessoa constitui-se da “substância individual da natureza racional”.

concentrar no homem¹⁴, permitiu modificar o cenário detectado por Daniel Sarmiento (2019, p. 27-28)¹⁵, tendo a dignidade da *espécie* humana – própria de uma sociedade organicista – se expandido para alcançar a dignidade de cada *pessoa* humana. Eis aqui outro ponto importante para o reconhecimento e consolidação dos direitos da personalidade.

Giovanni Pico, senhor de Mirandola e Concordia, à luz do legado tomista, na *Oratio de Hominis Dignity*, em 1486 “advogou o ponto de vista de que a personalidade humana se caracteriza por ter um valor próprio, inato [...] que nasce na qualidade de valor natural, inalienável e incondicionado” (SARLET, 2018, p. 38). Fábio Konder Comparato (2019, p. 20-21) sublinha, no discurso de Giovanni Pico, que Deus, tendo feito o homem de forma incompleta (no sentido de não ter para ele um molde próprio, ao contrário das outras criaturas), permitiu-lhe definir seus próprios modos de ser¹⁶. Embora de evidente referência a Deus, o texto destaca na pessoa humana “o papel decisivo do conhecimento e da autodeterminação” (BARROSO, 2016, p. 17).

Idêntico caminho foi seguido por outros pensadores, nos séculos XVI ao XIX. António Menezes Cordeiro (2004, p. 34, *apud* NAVES; SÁ, 2017, p. 7-8) destaca em Hugo Dornellus, em 1590, a consideração de “direitos sobre a própria pessoa”, tais como a vida, a incolumidade física, a liberdade e a reputação. José Maria Leoni Lopes de Oliveira (2000, *apud* NAVES; SÁ, 2017, p. 8) ressalta Gómez de Amescua, em 1604, afirmando “haver uma *potestas in se ipsum*, que permitia ao homem, em relação a si mesmo, [realizar] tudo o que não estivesse proibido pelo Direito”¹⁷. Ainda no século XVII, eleva-se “a ideia de direitos naturais inalienáveis do homem” no cerne das obras de Hugo Grócio, Samuel Pufendorf, John Milton, Thomas Hobbes, Lord Edward Coke, e após, no século XVIII, John Locke, Jean Jacques Rousseau, Tomas Paine e Immanuel Kant, no qual se tem a concepção de que todos os direitos se inserem no direito à

¹⁴ O jusnaturalismo concentra diversas correntes que podem ser divididas em três grupos, a considerar a fonte do Direito Natural considerada: o jusnaturalismo cosmológico, “que deriva o Direito Natural da *ordem natural das coisas*”; o jusnaturalismo teológico, “para quem ele emana diretamente da vontade divina” e o jusnaturalismo antropológico (prevalecente na pós-modernidade), “que indica a natureza humana como a grande fonte, de onde os juristas-filósofos recolhem os princípios, a partir dos quais deverão ser elaboradas as leis”. Em todas essas correntes tem-se por ponto comum “o entendimento de que o Direito Natural contém orientação *substancialmente justa*” (NADER, 2019, p. 55).

¹⁵ Na antiguidade clássica, a noção de uma dignidade ínsita à espécie humana não atingia todos os indivíduos, inexistindo, dessa forma, uma dignidade em cada pessoa humana.

¹⁶ Destaca-se do texto de Giovanni Pico de Mirandola que o homem, “não constricto em limite algum”, caberá determinar sua natureza com base no próprio arbítrio, sendo assim um artífice de si mesmo, para que se possa “plasmear e esculpir na forma que escolheres” (COMPARATO, 2019, p. 21). A possibilidade de conferir ao homem o direito de realizar suas próprias escolhas pessoais possibilita consolidar a autonomia como uma das dimensões da dignidade humana – dignidade como autonomia – e, por consequência, como uma dimensão dos próprios direitos da personalidade, assim considerada a autonomia privada existencial (SARMENTO, 2020, p. 136).

¹⁷ Elemento esse que terá impacto importante para harmonizar a fruição dos direitos de personalidade e dos direitos fundamentais como um todo, sobremaneira no âmbito da tutela jurisdicional.

liberdade, que considera um direito natural por excelência¹⁸, “que cabe a todo o homem em virtude da sua própria humanidade, encontrando-se limitado apenas pela liberdade coexistente nos demais homens” (SARLET, 2018, p. 39-40).

Enfim, rompendo com a percepção do mundo pela ótica religiosa e pautando-a pela razão¹⁹, o jusnaturalismo conferiu dignidade e direitos inatos ao indivíduo, considerado num estado da natureza. Cria-se uma “filosofia que parte de uma leitura empírica antropológica e que desencadeou a possibilidade de se pensar o ser humano como um ser dotado de direitos inatos, intrínsecos à sua própria condição”, criando sobretudo uma noção de individualismo, assim considerado “o reconhecimento a cada individualidade dos direitos intrínsecos à sua condição de ser humano”, de tal maneira dispostos e considerados, de forma universal²⁰, que, a rigor, não podem ser afastados pela convenção das partes e nem mesmo pelo seu próprio titular (PEREIRA; CASELLA, 2017, p. 3-10).

O jusnaturalismo, secularizando a fé cristã, trata-se da doutrina filosófica “que fez do indivíduo, e não mais a sociedade, o ponto de partida para a construção de uma doutrina moral e do direito” (BOBBIO, 2004, p. 55).

Toda essa dimensão filosófica jusnaturalista acerca dos direitos inatos do homem, pautada sobretudo pelos princípios da liberdade e da proteção à vida (esses, direitos de personalidade por excelência²¹), influenciou o plano jurídico-político do século XVIII, tornando importante esse momento histórico para a consolidação dos direitos da personalidade²². Quanto a isso, Norberto Bobbio (2004, p. 68-69) ressalta na filosofia jusnaturalista o anúncio dos direitos humanos, neles inseridos os direitos da personalidade, que

¹⁸ Paulo Nader (2019, p. 198-199) entendendo o direito natural formado por grandes princípios, “a partir dos quais o legislador e o aplicador do Direito podem deduzir fórmulas menos abstratas”, visualiza a liberdade como um “princípio constitucional do Direito Natural”, liberdade que “se desdobra nos planos fático e intelectual e significa autodeterminação”.

¹⁹ De fato, o humanismo “afastava a fundamentação da existência humana da religião, permitindo que o homem se emancipasse sob um poder de autodeterminação, que incluiria seu próprio corpo” (NAVES; SÁ, p. 8).

²⁰ No pensamento jusnaturalista, o reconhecimento desses direitos inatos ao ser humano é percebido diante da universalização da razão humana: são, portanto, “direitos que todo ser racional deveria reconhecer a todo homem” (PEREIRA; CASELLA, 2017, p. 3-10).

²¹ Carlos Alberto Bittar (2015, p. 119) assinala que o direito à vida “ocupa posição de primazia” entre os direitos da personalidade, “exatamente porque, em seu turno e como consequência da sua existência, todos os demais gravitam, respeitados, no entanto, aqueles que dele extrapolam”, tais como a honra, a imagem e o direito moral de autor. Quanto à liberdade, entende-a como um direito “de cunho psíquico”, consubstanciando-se na “prerrogativa que tem a pessoa de desenvolver, sem obstáculos, suas atividades no mundo social das relações” (p. 167). De seu turno, Adriano de Cupis (2008, p. 72) assinala que o direito à vida “se trata de um direito essencial entre os essenciais, inato”. Em relação à liberdade, ressalta que “deve ser salvaguardada ao indivíduo sob pena de se despojar completamente de valor a sua personalidade” (p. 104).

²² Nesse sentido, Bruno Torquato de Oliveira Marques e Maria de Fátima Freire de Sá (2017, p. 9-10) frisam “será sob os auspícios do jusracionalismo dos séculos XVIII e XIX que a categoria dos direitos da personalidade surge nas doutrinas francesa e alemã”.

depois foram positivados a partir das Revoluções Americana de 1776 e Francesa, de 1789. Luís Roberto Barroso (2016, p. 18) sublinha no Iluminismo “o advento da cultura dos direitos individuais”, dentre outras causas, como um dos fatores preponderantes para o fomento das revoluções mencionadas.

Cabe destacar que outros eventos históricos relevantes, anteriores ao século XVIII, tiveram certo relevo na afirmação de alguns aspectos dos direitos humanos e da personalidade. Dentre eles destacam-se, na Idade Média, a promulgação da *Magna Carta*, em 1215, que, segundo Igor Henrique dos Santos Luz e Jaime Domingues Brito (2018, p. 239), para além de formar base para o constitucionalismo e para a positivação de direitos fundamentais, trouxe “um certo respeito à personalidade”.

Ingo Wolfgang Sarlet (2018, p. 41-44) destaca outro evento de importância histórica, o *Bill of Rights*, de 1689, fruto da *Revolução Gloriosa*²³, que pôs fim ao regime da monarquia absolutista, trazendo para a esfera do Parlamento o poder de tributar e de legislar. Criou-se assim uma divisão de poderes, garantia institucional de organização do Estado para a proteção de direitos.

Entretanto, nem a *Carta Magna* ou a *Bill of Rights*, dentre outros²⁴, firmaram efetivamente direitos fundamentais e de personalidade, porquanto ainda imersas em sociedades organicistas, definindo liberdades, privilégios e tutelas somente para determinadas pessoas no estamento social, os quais eram concedidos e podiam ser obstados pelo poder (monárquico), ou mesmo porque, caso das declarações inglesas do século XVII (apesar da previsão de liberdades genéricas), não vinculavam o Parlamento, carecendo de supremacia e estabilidade (SARLET, 2018, p. 41-44).

Foi então somente no século XVIII, como dito, que se forma outro marco importante para os direitos da personalidade, em decorrência do esfacelamento do Antigo Regime. Nessa altura, tendo o direito natural (cerne do jusnaturalismo) constituído em “um ideal de justiça”, reverberou no homem um sentimento de insatisfação diante das injustiças próprias desse regime, vindo daí um viés revolucionário (NADER, 2019, p. 193-196)²⁵. A filosofia tomista já reconhecia, em casos tais, que “a desobediência ao direito natural por parte dos governantes

²³ Evento político ocorrido na Inglaterra a partir de 1688, pela resistência da população protestante à imposição da religião católica pelo rei Jaime II, que resultou na deposição do rei, ascendendo ao trono Guilherme III, de Orange, e sua esposa Maria Stuart (filha de Jaime II).

²⁴ Conforme mencionado por Ingo Wolfgang Sarlet (2018, p. 42), destacam-se ainda o *Édito de Nantes*, firmado em 1598 por Henrique IV, na França; o *Toleration Act* da colônia americana de Maryland, em 1649 e as declarações inglesas do século XVII (tais como a *Petition of Rights*, de 1628, o *Habeas Corpus Act*, de 1679 e o *Establishment Act*, de 1701).

²⁵ A rigor, o direito natural “não é, em si, conservador ou revolucionário”. Conserva a ordem jurídica quando esta lhe é consonante e a repele, quando não (NADER, 2019, p. 196).

poderia, em casos extremos, justificar até mesmo o exercício do direito de resistência da população” (SARLET, 2018, p. 38).

Ao encontro disso, Norberto Bobbio (2004, p. 2-4) sustenta “que a afirmação dos direitos do homem deriva de uma radical inversão de perspectiva, característica da formação do Estado moderno”, calcada na realocação do indivíduo no âmbito social, dotando-o de dignidade. Tal movimento surge a partir das guerras pela religião, que foram criando a percepção de um “direito de resistência à opressão”, que resulta do “direito do indivíduo a não ser oprimido, ou seja, a gozar de algumas liberdades fundamentais: fundamentais porque naturais, e naturais porque cabem ao homem enquanto tal e não dependem do beneplácito do soberano”.

O âmbito das Declarações de Direitos decorrentes das Revoluções Americana de 1776 e Francesa de 1789 revela uma concepção de sociedade que desloca a base do Estado para o indivíduo, fazendo-o detentor do poder soberano (essa, a base do Estado moderno)²⁶. Até esse momento, desde séculos atrás, o homem era considerado preponderantemente num âmbito social e coletivo – mas não individual –, tutelado pelo detentor do poder.

É dizer: o advento do direito natural pelas correntes jusnaturalistas contribuiu para superar um padrão organicista da relação política e social, no qual o coletivo (dirigido pelo poder soberano) se punha mais importante do que o indivíduo²⁷. Também Miguel Reale (2002, p. 210) afasta a visão organicista ao constatar que o ente coletivo não se trata de um elemento original, mas derivado de algo que é intrínseco e transcendental ao próprio homem, a sociabilidade, sem a qual obviamente não haveria vida gregária. Acrescenta que o fato “de o homem só vir a adquirir a consciência de sua personalidade em dado momento da vida social não elide a verdade de que o ‘social’ já estava originariamente no ser mesmo do homem” (REALE, 2002, p. 210)²⁸.

²⁶ Norberto Bobbio (2004, p. 68-69), nesse sentir, ressalta que da “inversão radical do ponto de vista tradicional do pensamento político, seja do pensamento clássico [...], seja do pensamento medieval” nasce o Estado moderno. Estado esse “primeiro liberal, no qual os indivíduos que reivindicam o poder soberano são apenas parte da sociedade; depois democrático, no qual são potencialmente todos a fazer tal reivindicação; e, finalmente, social, no qual os indivíduos, todos transformados em soberanos sem distinções de classe, reivindicam [...] também os direitos sociais” (p. 93-94).

²⁷ Evidenciando uma dignidade relacionada a estamentos sociais, tanto no pensamento clássico quanto no medieval “a relação política foi considerada como uma relação desigual, na qual um dos sujeitos da relação está no alto enquanto o outro está embaixo”, assim relacionando-se, do alto para um baixo plano, o governante em face do governado, o príncipe em face do povo, o soberano em face dos súditos, o Estado em face dos cidadãos (BOBBIO, 2004, p. 105-106). No mesmo sentido, Daniel Sarmiento (2019, p. 118) acrescenta que o organicismo “prioriza a comunidade em detrimento dos indivíduos, partindo muitas vezes de uma premissa de que a realização dos fins coletivos por meio da atuação do Estado pode e deve se sobrepor à garantia dos direitos das pessoas”.

²⁸ Esse o ambiente da mudança do Antigo Regime para o Estado Moderno, com o esvaziamento da longa tradição da sociedade organicista. Na mesma linha, Norberto Bobbio (2004, p. 56) menciona “primeiro vem o indivíduo (o indivíduo singular, deve-se observar), que tem valor em si mesmo, e depois vem o Estado”, destacando, ainda, não

Daí porque, de fato, foi a partir do século XVIII, informadas pelo pensamento jusnaturalista, que a Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia (1776) e a Declaração dos Direitos do Homem (1789), possibilitaram o gradativo reconhecimento e universalização dos direitos da personalidade (LUZ; BRITO, 2018, p. 239), voltados “para aspectos íntimos da pessoa, ou seja, tomada, esta, em si, como ente individualizado na sociedade” (BITTAR, 2015, p. 64)²⁹.

Tais Declarações deram contorno jurídico à emancipação do indivíduo, tanto que no artigo 1º da Declaração de Virgínia consta que todos os homens possuem direitos inatos, dentre eles a vida e a liberdade, “dos quais, ao entrarem no estado de sociedade, não podem, por nenhum tipo de pacto, privar ou despojar sua posteridade”. No mesmo passo, no artigo 1º da Declaração dos Direitos do Homem, consta que os homens “nascem livres e iguais em direitos” (elementos que, na base jusnaturalista, constituem a própria natureza humana), acrescentando o artigo 2º que toda a associação política tem por finalidade “a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem”. É dizer, referidas declarações são “responsáveis por uma nova perspectiva dos direitos inatos dos indivíduos”. (PEREIRA; CASELLA, 2017, p. 14).

Ingo Wolfgang Sarlet (2018, p. 44) ressalta que as Declarações reconhecem ao ser humano “direitos naturais, inalienáveis, invioláveis, imprescritíveis, direitos de todos os homens, e não apenas de uma casta ou estamento”, contribuindo assim “para o processo de constitucionalização e reconhecimento de direitos e liberdades fundamentais nas Constituições do século XIX” – afirmando o Estado de Direito bem como os direitos fundamentais de primeira dimensão – e este é um ponto nodal, pois, como dito, enquanto se mantinha a sociedade prevalecendo sobre o indivíduo, não havia ambiente para uma efetiva e ampla consolidação dos direitos humanos e nem, obviamente, dos direitos da personalidade e nem existiam, muito menos, instrumentos para a sua efetivação. Em vista disso, com o advento do Estado moderno, “o próprio homem não é mais considerado como ente genérico, ou homem em abstrato, mas é visto na especificidade ou na concretude de suas diversas maneiras de ser na sociedade” (BOBBIO, 2004, p. 63).

prosperar a tese da prescrição histórica, que foi formulada por Edmund Clark (crítico da Revolução Francesa) para afastar a existência (ou mesmo a fruição) dos direitos naturais, tanto assim que a imprescritibilidade desses direitos consta do artigo 2º da Declaração dos Direitos do Homem de 1789 (p. 105).

²⁹ Os direitos da personalidade vão sendo paulatinamente reconhecidos no plexo dos direitos da pessoa, debruçando-se sobre “elementos individualizadores do ser e, conseqüentemente, sobre componentes de sua personalidade”, considerando o indivíduo “o ente em concreto e identificado, em si considerado, ou em seus desdobramentos na sociedade”, ao passo que há direitos da pessoa que “abrangem a pessoa como indivíduo, ou ser abstratamente analisado ou como membro de uma família ou de uma comunidade, ou de uma nação” (BITTAR, 2015, p. 64-65).

Todavia, o processo de reconhecimento e consolidação dos direitos da personalidade estava (e ainda está) em curso. O Estado que se eleva a partir das revoluções de 1776 e 1789, obviamente refratário ao estado de coisas superado, tinha um forte pendor liberal³⁰, decorrente da defesa da liberdade individual, influenciando também o Direito e a tutela jurisdicional, que assim cuidaram de minimizar seus papéis, reservando às relações privadas a maior liberdade possível. Como se nota, imaginou-se o homem, longe das amarras de um Estado opressor, vivendo em prosperidade, alcançando o bem comum. Porém, ao longo do século XIX e principalmente a partir da Revolução Industrial, viu-se que o Estado liberal de então, sem qualquer salvaguarda, ao invés de libertar, aprisionava os mais necessitados e tudo “com a chancela da ordem jurídica, que entendia que os contratos, como frutos livres do acordo de vontades, eram ‘justos’ por definição” (SCHREIBER, 2014, p. 2-5).

Anderson Schreiber (2014, p. 4-5) ainda ressalta em num ambiente “de desigualdade econômica e social, a liberdade dos mais fracos acabava inteiramente engolida pela liberdade dos mais fortes”, impactando de forma deletéria nos aspectos existenciais da pessoa humana. Enfim, a crise do Estado Liberal no século XIX evidentemente agrediu a pessoa intrinsecamente considerada, que “livremente” se sujeitava a condições de trabalho aviltantes, por exemplo³¹. Percebeu-se, então, em vista desse cenário, a necessidade de positivar uma categoria de “direitos superiores à própria liberdade, direitos a salvo da vontade de seu titular, direitos indisponíveis, direitos inalienáveis, direitos inatos”, surgindo então as primeiras inserções no campo dos direitos da personalidade, vistos como essenciais.

Tanto assim que foi no século XIX, não antes de embates doutrinários, que “o Direito Civil começou a assumir a proteção de direitos expostos como pressupostos da própria ordem jurídica; preexistentes ao próprio Estado, pois inerentes à natureza humana” (NAVES; SÁ, 2017, p. 10).

Carlos Alberto Bittar (2015, p. 66-69) dá conta de que as primeiras regras atinentes a alguns aspectos dos direitos da personalidade constaram do Código austríaco de 1810, do Código português de 1867 e do Código alemão (B.G.B. – *Bürgerliches Gesetzbuch*) de 1896, e, especificamente sobre o tema, as primeira leis são belgas, em 1886 e as romenas, em 1895. Ressalta, porém, que o respectivo amparo doutrinário aos direitos da personalidade ainda era

³⁰ Cenário liberal assentado, por exemplo, no artigo 4º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, no sentido de que a liberdade permite “poder fazer tudo o que não prejudique o próximo” (SCHREIBER, 2014, p. 3).

³¹ Importante anotar que os direitos da personalidade efetivamente surgem a partir do mesmo ambiente que levou à formação da segunda dimensão dos direitos fundamentais (direitos econômicos, sociais e culturais) e que estes obviamente repercutem nos modos de ser da pessoa, até porque, “a exemplo dos direitos da primeira dimensão, também os direitos sociais (tomados no sentido amplo ora referido) se reportam à pessoa individual” (SARLET, 2018, p. 48).

rarefeito neste período, consolidando-se somente no início do século XX. De seu turno, Diogo Costa Gonçalves (2008, p. 77-82) sublinha foi por meio da pandectística alemã, no referido início de século, que se deu a formulação dos direitos da personalidade, seguida pela doutrina italiana, depois se espraiando para o direito positivo.

Um pouco adiante no tempo, agora em reação aos horrores da Segunda Grande Guerra, a exemplo da despersonalização das vítimas dos campos de concentração³², eleva-se outro marco para a percepção contemporânea dos direitos humanos em geral e dos direitos da personalidade no particular, e isto por meio da “edificação de sistemas de princípios internacionais para a defesa da personalidade humana”, pautada principalmente na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948³³, “com a enunciação de direitos considerados inerentes ao homem e que aos Estados participantes competia respeitar” (BITTAR, 2015, p. 99)³⁴.

Tem-se, portanto, que aquele processo histórico de reconhecimento dos direitos humanos, provindo das doutrinas jusnaturalistas e se desenvolvendo pelas Declarações de Direitos do Homem, pelas Constituições liberais e pelo Estado de Direito, a partir da Segunda Guerra Mundial, passa “da esfera nacional para a internacional, envolvendo – pela primeira vez na história – todos os povos”. Enfim, uma vez convertido em direito positivo, os direitos do homem passam por um movimento de generalização e, a partir da Segunda Guerra Mundial, de internacionalização (BOBBIO, 2004, p. 46-47).

Desta feita, “a tomada de consciência do conceito de pessoa e da sua importância como fundamento de todo o universo ético”, consolidou, na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, a “preeminência do ser humano no mundo” (COMPARATO, 2019, p. 236-237), formando então, no plano internacional, uma base segura para a proteção dos direitos da personalidade, sobretudo por meio da dignidade da pessoa humana³⁵.

³² Ana Paula de Barcellos (2011, p. 27) ressalta que no curso do século XX e especialmente na Segunda Guerra Mundial, “o homem não apenas foi funcionalizado, como também imolado brutalmente nos altares do Estado-nação, do Estado-partido, da ideologia da segurança nacional, dentre outras variações sobre temas semelhantes”.

³³ Davi Amaral Hibner (2019, p. 12-13) quanto a isso, relata que “após a Segunda Guerra Mundial, a humanidade intensificou a preocupação com a proteção da personalidade humana”, proteção essa, como valor, que “ganhou maior relevância a partir da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948”, ao declarar, no seu artigo 1º, que todos nascem livres e iguais, em dignidade e direitos.

³⁴ É esse ambiente também (a partir da Segunda Guerra Mundial), o marco inicial para a formação do Direito Internacional de Proteção aos Direitos Humanos, vindo à luz a Organização das Nações Unidas, e, a partir dela, a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Melina Girardi Fachin (2015, p. 17-18) pontua, nesse aspecto, que as atrocidades provenientes da Segunda Grande Guerra “conduziram dialeticamente à necessidade de uma arquitetura protetiva internacional e ao surgimento do cognominado direito internacional dos direitos humanos”.

³⁵ A dignidade da pessoa humana e o destaque para os direitos inatos do homem constam do preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos e de seu artigo 1º, este, enunciando que “os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade” (COMPARATO, 2019, p. 240).

Melina Girardi Fachin (2015, p. 13-19) menciona que a partir da comunidade internacional proveio um movimento para a “reconstrução da proteção da pessoa humana, tendo nesta – sem qualquer outro atributo – o referencial e a fonte de direitos”, elevando-se “valores e princípios – como a dignidade humana – figurando como componentes basilares [direitos fundamentais] dos sistemas”. É dizer, com a Declaração Universal de 1948, “resta estabelecido que a pessoa há de ser tutelada como homem, e não apenas como cidadão, o que significa não encontra proteção somente dentro do Estado a que pertence, mas também fora dele” (ARAÚJO, 2015, p. 85).

Todo esse cenário adentrou nas ordens constitucionais³⁶, formatando o Estado Democrático de Direito, “cuja essência e razão de ser residem justamente no reconhecimento e na proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais do homem” (SARLET, 2018, p. 36). Assim, diante inclusive do cenário supranacional, o Estado Democrático de Direito passou “a compreender o ser humano em um sentido estrutural e, até mesmo, universal, como centro da ordem jurídica nos respectivos Estados e como cidadão do mundo” (DELGADO et al.; p. 487-502).

Enfim, no Estado Democrático de Direito (Estado Constitucional), a dignidade humana (aqui abarcando os direitos da personalidade³⁷), representa uma “premissa antropológico-cultural” e, portanto, um elemento fundante do Estado, que se caracteriza como um “dever jurídico-fundamental” (NERY; NERY JUNIOR, 2017, p. 6), razão pela qual integra a Constituição e recebe força normativa, espraiando eficácia sobre a ordem jurídica³⁸. Tal se dá por conta de uma percepção geral de que a dignidade humana deve ser efetivamente respeitada, a fim de obstar sejam repetidos os horrores experimentados pela Segunda Grande Guerra. Konrad Hesse (1991, p. 20-24) inclusive menciona a força normativa de uma Constituição em relação simbiótica com o momento histórico de seu tempo, que molda uma consciência geral de um cenário inquebrantável (a *vontade da Constituição*)³⁹, pois ao mesmo tempo em que é informada por esse ambiente, pauta sua conformação.

³⁶ De fato, o “Pós-Guerra não impactou apenas o cenário internacional, mas também o campo do direito constitucional ocidental”, elevando-se “um discurso constitucional renovado, permeado por valores e princípios – como a dignidade humana – figurando como componentes basilares dos sistemas” (FACHIN, 2015, p. 19).

³⁷ Luiz Edson Fachin (2005, p. 53), ressalta que a positivação dos direitos da personalidade “se deu, essencialmente, nas constituições do pós-guerra, que passaram a adotar uma perspectiva de proteção integral da pessoa humana e que, por consequência, abrange a personalidade”.

³⁸ Isso assim porque as normas constitucionais possuem eficácia jurídica de vinculação, no sentido de revogar os atos normativos a elas incompatíveis bem como de coibir a edição de atos que lhe sejam contrários e, para além disso, detêm ainda eficácia de aplicação, incidindo “sobre as situações, relações e comportamentos que ela objetiva regular”, realizando seus efeitos (FONSECA, 2016, p. 18-19).

³⁹ Referido sentimento decorre “da fundamentação histórica, filosófica, sociológica, política, jurídico-positiva e até mesmo econômica dos direitos fundamentais (assim como dos direitos humanos)”, que se materializam como

No Brasil, a Constituição de 1891 inaugurou um tratamento orgânico para os direitos individuais, o que foi mantido nos diplomas constitucionais seguintes, mas a consagração efetiva provém da Constituição de 1988, que inclusive trata de um sistema expansível na proteção dos direitos humanos (BITTAR, 2015, p. 100-102). Neste sentir, o texto magno de 1988 representa o marco pátrio do Estado Democrático de Direito (GOMES, 2016, p. 151), manifestando valores e prescrições impositivas para a garantia dos direitos fundamentais (LANA, 2018, p. 49)⁴⁰.

Quanto à codificação civil pátria, a Lei n. 3.071/1916, embora vinculada a um molde liberal e patrimonialista, versou sobre direitos da personalidade (a exemplo dos direitos do autor, nos artigos 649 a 673), mas o fazia de forma fragmentária e marginal, cabendo à Lei n. 10.406/2002, já sob o influxo da força normativa da Constituição de 1988, a devida consolidação e sistematização, mas o fez de forma sintética, não esgotando a disciplina (BITTAR, 2015, p. 104-105). Anderson Schreiber (2014, p. 10-12) embora critique não tenha vindo à luz uma codificação melhor afinada com o texto constitucional (ressaltando que a base da atual codificação provém de projeto elaborado na década de 1970)⁴¹, também reconhece acertos, dentre eles o capítulo dedicado aos direitos da personalidade, nos seus artigos 11 a 21⁴², sobretudo porque a “inauguração de um capítulo dedicado à proteção da pessoa, nos seus aspectos mais essenciais, deve ser interpretada como afirmação do compromisso de todo o direito civil com a tutela e a promoção da personalidade humana”⁴³.

Os direitos da personalidade também se apresentam em legislações esparsas na ordem jurídica brasileira, no Código de Defesa do Consumidor, Lei n. 8.078/1990, na Lei de Direitos

“frutos de reivindicações concretas, geradas por situações de injustiça e/ou de agressão a bens fundamentais e elementares do ser humano” (SARLET, 2018, p. 52-53). Konrad Hesse (1990, p. 18) ressalta que a Constituição “não deve procurar construir o Estado de forma abstrata e teórica. Ela não logra produzir nada que já não esteja assente na natureza singular do presente”, pois “se as leis culturais, sociais, políticas e econômicas imperantes são ignoradas pela Constituição, carece ela do imprescindível germe da sua força vital”.

⁴⁰ Segundo Melina Girardi Fachin (2015, p. 19), os ventos da proteção à pessoa humana provenientes das reações às atrocidades da Segunda Guerra Mundial tardaram um pouco mais a se consolidar na América Latina, “pois somente com a falência das ditaduras que assolavam a região, foi possível a exibição desse paradigma constitucional”.

⁴¹ A respeito deste descompasso temporal, Paulo Nader (2019, p. 43-44) destaca que “diante da natureza cambiável da sociedade, o Direito deve acompanhar as transformações que nela se operam. Os fatores sociais são, também, fatores de evolução da ordem jurídica, daí a necessária sintonia entre o legislador e os fatos da época”.

⁴² Nestes artigos 11 a 21, “a codificação procurou regular o direito ao próprio corpo, o direito ao nome, o direito à honra, o direito à imagem e o direito à privacidade” (SCHREIBER, 2014, p. 12).

⁴³ A despeito de convergir ser um avanço a previsão dos direitos da personalidade em capítulo próprio na codificação civil, a doutrina diverge a respeito do conteúdo positivado. Para Carlos Alberto Bittar (2015, p. 105-106), apesar da excessiva síntese, ao menos se “recolhe princípios e traços fundamentais para a orientação do intérprete do ordenamento civil brasileiro”. De encontro a isso, Anderson Schreiber (2014, p. 12), assinala que os direitos da personalidade foram tratados “de modo excessivamente rígido e estrutural”, trazendo “soluções absolutas, definitivas, fechadas, que [...] não se ajustam bem à realidade contemporânea e à própria natureza dos direitos da personalidade, dificultando a solução dos casos concretos”.

Autorais, Lei n. 9.610/1998, no Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei n. 8.069/1990, no Estatuto do Idoso, Lei n. 10.741/2003, dentre outros (BITTAR, 2015, p. 105).

1.2- CONCEITO, NATUREZA JURÍDICA, CARACTERÍSTICAS E CLASSIFICAÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Inicialmente derivando de *prósopon* para simplesmente expressar um papel na sociedade⁴⁴, paulatinamente se acrescenta à pessoa a percepção de que também contém em si a medida de uma universalidade – a natureza humana –, concretizada em cada indivíduo a partir dos seus modos de ser⁴⁵. Tudo isso porque “somente se apresenta aos demais aquele que é, antes de tudo, em si mesmo” (ARAÚJO, 2015, p. 19) e, ao mesmo tempo, conforme à frente se verá, “ninguém é [tão-somente] em si mesmo, somos também a partir do outro” (NAVES; SÁ, 2017, p. 2)⁴⁶.

Em Adriano de Cupis (2008, p. 19-31), a personalidade jurídica na seara jurídica “é geralmente definida como sendo uma susceptibilidade de ser titular de direitos e obrigações jurídicas”, ao passo que os direitos da personalidade são aqueles destinados a constituir “o *minimum* necessário e imprescindível” ao seu conteúdo, sem os quais a personalidade resultaria “uma susceptibilidade completamente irrealizada, privada de todo o valor concreto: direitos sem os quais todos os outros direitos subjetivos perderiam todo o interesse para o indivíduo”,

⁴⁴ Vinculado ao âmbito de pessoa como identificação no meio social, surge a garantia à autodeterminação da identidade pessoal (pessoalidade). Deste modo, “a pessoalidade é a possibilidade do indivíduo se construir pessoa, assumir uma identidade e, assim, agir na busca por reconhecimento” (NAVES; SÁ, 2017, p. 19). Rodrigo Pereira Moreira e Rubens Valteciides Alves (2015, p. 81-102), tratando do livre desenvolvimento da personalidade da pessoa transexual, aduzem ao direito do livre desenvolvimento da personalidade, para a assunção de uma identidade no substrato social (cenário ao qual abordam também o respectivo direito ao esquecimento). Por oportuno, sublinhe-se que a autodeterminação (autonomia) e o reconhecimento – aqui relacionados ao referido direito da personalidade – são componentes do princípio da dignidade da pessoa humana (SARMENTO, 2019, p. 98), revelando desde logo que os direitos da personalidade têm assento neste princípio-valor fundante.

⁴⁵ Miguel Reale (2017, p. 207) acrescenta que pessoa decorre de uma autoconsciência “do homem como ente que, a um só tempo, *é e dever ser*, tendo consciência dessa dignidade”. Diogo Costa Gonçalves (2008, p. 64) ressalta que pessoa e personalidade constituem conceitos distinguíveis por meio de questões diversas. “Face a realidade do Homem, a primeira pergunta que fazemos é esta: *o que é o Homem?* A esta questão responde-se com o conceito de pessoa: o Homem é pessoa”. De outro lado, “se o Homem é pessoa, então *quem é o Homem?* E a esta pergunta – *quem?* – responde o conceito de personalidade”.

⁴⁶ A “constituição do ser humano traz aspectos que oscilam entre a singularidade da pessoa e a universalidade da espécie” e sobre esse último aspecto eleva-se um elemento importante aos direitos da personalidade: a alteridade, daí porque “ninguém é [tão-somente] em si mesmo, somos também a partir do outro” (NAVES; SÁ, 2017, p. 2). No mesmo sentido, Luiz Edson Fachin (2005, p. 52), citando Giorgio Giampiccolo, assinala que integram a personalidade dois aspectos essenciais do ser humano, “como indivíduo, o interesse de uma existência livre; como partícipe do consórcio humano, o interesse ao livre desenvolvimento da vida em relações”. Isso assim porque, conforme Pedro Faraco Neto (2015, p. 364-368), o homem é intrinsecamente transcendental, pois se desenvolve enquanto pessoa também a partir da relações com os outros seres humanos, com o ambiente, com Deus, e, na liberdade para transcender, analisa valores.

que sequer existiria enquanto pessoa, vindo daí sua essencialidade (é dizer, os direitos da personalidade constituem “a medula da personalidade”, tendo por objeto “os modos de ser, físicos ou morais da pessoa”).

Rosa Maria de Andrade Nery e Nelson Nery Junior (2017, p. 19) mencionam a personalidade representa o “atributo que confere ao *ente* a qualidade de *sujeito* de direitos; isto é, o atributo que confere ao ente a qualidade de *pessoa*” – concentrando-se na pessoa o ente dotado de personalidade –, ao passo que direitos da personalidade “são aqueles destinados a tutelar os bens que compõem a *natureza humana*, é dizer, a *humanidade do ser*”⁴⁷, abrangendo “todos os aspectos das essências e potências do ser humano” (p. 261).

Anderson Schreiber (2014, p. 6) ressalta na personalidade dois aspectos: o aspecto subjetivo, perfilhando-se “com a capacidade que tem toda a pessoa (física ou jurídica) de ser titular de direitos e obrigações” e, quanto ao aspecto objetivo, trata-se do “conjunto de características e atributos da pessoa humana, considerada como objeto de proteção por parte do ordenamento jurídico”, atuando aqui os direitos da personalidade.

De forma semelhante, Davi Amaral Hibner (2019, p. 7) destaca no termo personalidade um sentido formal, significando “aptidão para adquirir direitos e contrair deveres”, e um sentido material, em que “a personalidade é considerada um valor, dando conteúdo (substância) às normas jurídicas que se destinam à proteção da pessoa humana” e bem assim conclui que os direitos da personalidade “são bens, atributos e valores inerentes aos aspectos fundamentais da pessoa humana: psicossomático, moral ou espiritual e intelectual”.

A personalidade “permite que o ente se torne sujeito” – pessoa – ao passo que os direitos da personalidade “são atributos do sujeito de direitos, podendo até ser objeto de relações e situações jurídicas”. Há, assim, dois enfoques do ser humano, cabendo à personalidade o enfoque subjetivo, considerando “o todo como sujeito”, enquanto os direitos da personalidade, no plano objetivo, se debruçam sobre “aspectos da pessoa” (NAVES; SÁ, p. 18).

Os direitos da personalidade resguardam, assim, e em variados matizes, o ente humano individualmente considerado, a partir da universalidade que nele se reconhece, dignificando-o. Disso resulta considerar que esses direitos “têm por objeto os diversos aspectos da pessoa humana, caracterizando-a em sua individualidade e servindo de base para o exercício de uma vida digna”, compreendendo a própria vida, a integridade física e psíquica, o nome, a honra, a

⁴⁷ A natureza humana se constitui de “essências, potências e atos realizados, típicos da humanidade do ser, da natureza do *ente* de que se trata” (NERY; NERY JUNIOR, 2017, p. 19).

imagem, os dados genéticos, enfim, todos os “aspectos que projetam a sua personalidade no mundo” (NAVES; SÁ, p. 18).

Para Carlos Alberto Bittar (2015, p. 29), os direitos da personalidade consubstanciam “os direitos reconhecidos à pessoa humana tomada em si mesma e em suas projeções na sociedade, previstos no ordenamento jurídico exatamente para a defesa de valores inatos no homem”, tais como os ora mencionados.

Anderson Schreiber (2014, p. 5) ressalta os direitos da personalidade designando “certos direitos inerentes ao homem, tidos por preexistentes ao seu reconhecimento por parte do Estado”, tornando-os imprescritíveis, inalienáveis e indisponíveis, abrangendo “um núcleo de atributos inseparáveis da pessoa humana, a ser protegido não apenas em face do Estado, mas também contra o avanço incessante da exploração do homem pelo homem”.

Vaneska Donato de Araújo (2015, p. 91), menciona os direitos da personalidade como “o conjunto de direitos, atributos, faculdades, bens ou valores jurídicos inerentes à pessoa humana, sendo-lhe tão próprios de modo a com ela confundirem-se”.

E, por fim, Pedro Faraco Neto (2015, p. 369), destaca que os direitos da personalidade abrangem bens de grande valor, porquanto formam “vigas constituidoras da personalidade humana, ou seja, são constituidoras do próprio ser humano em suas emanações psicofísicas”.

Evidentemente, conforme já mencionado, esse reconhecimento dos direitos da personalidade, dos direitos humanos e da própria dignidade da pessoa humana, resulta de um avanço paulatino e não linear, que obviamente encontrou resistências.

Uma delas deriva da rejeição ao reconhecimento dos direitos humanos e da personalidade como direitos inatos ao homem e, por isso, preexistentes ao Estado e integrantes do direito natural. Referida questão é importante pois, ao se rejeitar o direito natural, conclui-se que os direitos da personalidade se elevam enquanto tal somente a partir do direito positivo. Nesse sentido se manifesta Adriano de Cupis (2008, p. 19-26), para quem, assim como a personalidade que se atribui ao homem, “não é possível determinar os direitos da personalidade como ‘direitos inatos’, entendidos no sentido de direitos relativos, por natureza, à pessoa”, defendendo então se dizem inatos alguns direitos porquanto é o próprio ordenamento jurídico-positivo que os atribui aos indivíduos, “pelo simples fato de possuírem personalidade”.

Ao encontro dessa ilação foram trazidos os seguintes argumentos: (a) a atribuição de personalidade e de direitos da personalidade pelo ordenamento jurídico tem confirmação histórica, vez que em determinados momentos ficaram restritos a alguns indivíduos, contrariando a máxima universalizante do jusnaturalismo; (b) alterando-se a consciência moral de um meio social, mudam-se os direitos tidos por essenciais, alterando-se sua posição no

ordenamento jurídico⁴⁸ – maleabilidade essa que contraria o conceito de direitos inatos provindos do estado da natureza, considerados atemporais; (c) a concepção jusnaturalista de direitos inatos seria ela própria fruto de um momento histórico de contraposição ao Estado absolutista, ambiente do qual esses direitos inatos então reivindicados foram plasmados. Daí porque não se poderia “falar mais de direitos inatos como direitos respeitantes racionalmente ao homem, devido à sua simples qualidade humana; considerados do ângulo visual do direito positivo, eles não podem constituir mais do que simples exigência de ordem ética” (CUPIS, 2008, p. 26).

Em linha, Luiz Edson Fachin (2005, p. 58) afirma que a dignidade humana “não derivou de algum direito ideal constituído previamente ao ordenamento jurídico e válido perenemente”, razão pela qual se permite “afastar as concepções jusnaturalistas sobre as fontes dos direitos da personalidade”.

Melina Girardi Fachin (2015, p. 9-15) também ressalta, para os direitos humanos, o aspecto de direitos históricos, conectados a um contexto espaço-temporal, configurados como “densa extensão da sociedade na qual se encontram mergulhados, enraizados em uma dimensão humana e social” e não como “dado apriorístico e abstrato sem qualquer conexão com o real subjacente”⁴⁹.

Norberto Bobbio (2004, p. 5) igualmente manifesta que os direitos humanos (aqui compreendidos os direitos da personalidade) são direitos históricos, “nascidos em certas circunstâncias, caracterizados por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas”. Para ele: (a) o termo “direito natural” decorreria de “fórmulas de uma linguagem persuasiva” utilizadas para “dar maior força à exigência, mas não têm valor teórico” (p. 16); (b) em contraposição ao aspecto atemporal dos direitos naturais, tem-se que os direitos do homem “constituem uma classe variável”, uma vez que seu elenco “se modificou, e continua a se modificar, com a mudança das condições históricas, ou seja, dos carecimentos e dos interesses, das classes no poder, dos meios disponíveis para a realização dos mesmos”, de forma que “o que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras

⁴⁸ Neste sentido, “os direitos da personalidade estão vinculados ao ordenamento jurídico positivo tanto como os outros direitos subjetivos, uma vez admitido que as ideias dominantes no meio social sejam revestidas de uma particular força de pressão sobre o próprio ordenamento” (CUPIS, 2008, p. 24).

⁴⁹ O sentido, aqui, é que os direitos humanos (e os direitos da personalidade, por extensão) refletem um espírito do tempo – *zeitgeist* – em curso desde o término da Segunda Grande Guerra, em relação à dignidade da pessoa humana, inclusive no plano internacional.

épocas e em outras culturas” (p. 18)⁵⁰; (c) a amplitude universal dos direitos humanos não decorre de um cenário objetivamente considerado a partir de um estado da natureza, mas sim “algo subjetivamente considerado pelo universo dos homens”, como visto a partir da Declaração Universal (p. 28); (d) os direitos naturais “não são propriamente direitos: são apenas exigências que buscam validade a fim de se tornarem eventualmente direitos num novo ordenamento normativo, caracterizado por um diferente modo de proteção dos mesmos” (p. 74-75).

Em sentido contrário, Carlos Alberto Bittar (2015, p. 38-43) aduz que os direitos da personalidade são direitos inatos, “cabendo ao Estado apenas reconhecê-los e sancioná-los”, na medida em que “existem antes e independentemente do direito positivo, como inerentes ao próprio homem”, ou seja, “transcendem, pois, o ordenamento jurídico positivo, porque ínsitos à própria natureza do homem, como ente dotado de personalidade”.

Rosa Maria de Andrade Nery e Nelson Nery Junior (2017, p. 88) sublinham um “instinto natural” a reconhecer o *justo* e não necessariamente o *legal*. Vaneska Donato de Araújo (2015, p. 92) igualmente destaca “que os direitos da personalidade são direitos naturais”, preexistentes ao ordenamento jurídico, este recebendo então o papel de conferir a esses direitos uma “proteção mais específica e eficaz”⁵¹. Gilberto Haddad Jabur (2005, p. 32-33, *apud* LOPES; LOPES, 2015, p. 293), ressalta que os direitos da personalidade, “aderem à pessoa natural com o simples nascimento, distante, pois, de qualquer intervenção ou atribuição humana”.

Sopesados esses argumentos, nada há que infirme a visão naturalista sobre os direitos humanos e sobre os direitos da personalidade em particular, até porque, enquanto direitos naturais, tratam de um arcabouço que baliza a atividade do legislador, na adequação da ordem jurídica, e do próprio julgador ao aplicá-la, revelando-lhe a norma jurídica⁵². Preserva-se, assim,

⁵⁰ Ainda neste condão, ressalta “o fato mesmo de que a lista desses direitos esteja em contínua ampliação” evidencia “o ponto de partida do hipotético estado da natureza perdeu toda a plausibilidade” (BOBBIO, 2004, p. 69).

⁵¹ Na ótica de Vaneska Donato de Araújo (2015, p. 89), o conceito de direitos da personalidade não pode provir apenas no ordenamento jurídico, “sem considerações de ordem filosófica ou axiológica”, razão pela qual “o direito natural [...] é fundamental para a concessão do significado jurídico a esses direitos, que configuram a essencialidade jurídica da pessoa humana – vista em sua substancialidade”.

⁵² Os princípios norteadores do direito natural (relacionados ao direito à vida, à liberdade, à igualdade, por exemplo) são revelados pelo método indutivo, pela observação da pessoa humana, de “sua natureza física e espiritual, seus anseios, instintos, tendências”. Após isso, “ao se elaborarem os códigos, o legislador segue o método dedutivo: dos princípios consagrados conclui as numerosas regras de organização e de conduta social”. E “especialmente diante das cláusulas gerais e dos conceitos jurídicos indeterminados, os juízes possuem aberturas para consagrar o princípio da eticidade em suas decisões” (NADER, 2019, p. 55).

“a dignidade da pessoa natural”, tal qual previsto no Brasil pela Constituição Federal de 1988, por meio do princípio da dignidade da pessoa humana (NADER, 2019, p. 55-56)⁵³.

Fábio Konder Comparato (2019, p. 71-72), tratando dos direitos humanos, ressalta seu fundamento para além da organização estatal, centrados numa ancestral consciência ética coletiva segundo a qual “a dignidade da condição humana exige o respeito a certos bens ou valores em qualquer circunstância, ainda que não reconhecidos no ordenamento estatal, ou em documentos normativos internacionais”. Aduz não faria sentido considerar que somente o Estado poderia criar direitos humanos (impondo-se considerar poderia também os suprimir) uma vez que a essência destes consiste justamente “no fato de valerem contra o Estado” (direito de resistência). No mesmo passo, a se admitir caberia ao ordenamento positivo de um Estado nacional a instituição dos direitos humanos (e, também, dos direitos da personalidade), perder-se-ia o caráter universal de direitos vinculados à condição humana, posto que restritos a determinada nacionalidade.

Paulo Nader (2019, p. 46-56) assinala também que os postulados do direito natural devem ser entendidos “não como normas que definem a conduta, mas como princípios norteadores”, revelando então imutável, eterna e universal é a sua principiologia. Do contrário, impor-se-ia admitir não haveria limites para o Estado em face da ordem jurídica, conclusão “incompatível com o senso ético”. Destaca, ainda, “nem tudo é contingente e variável no Direito e que alguns direitos pertencem ao homem por sua condição de ser humano”, provenientes da natureza humana, ou seja, da “gama de instintos comuns aos seres racionais, como o da preservação da vida, da liberdade”⁵⁴, tornando forçoso concluir “os princípios do Direito Natural não constituem objeto cultural” e não resultam do *modus vivendi* da sociedade, não havendo como afastar sua atemporalidade e universalidade mesmo diante de situações como a da escravidão ou outras afins, que, na verdade, revelam um “atraso cultural”, que não afetam a integridade do direito natural (p. 193-198).

Há quem entenda, ainda, mesmo não provindo do direito natural, os direitos da personalidade não estariam totalmente adequados ao juspositivismo, sendo então “frutos da construção histórica, de um reconhecimento social que não se utiliza de categorias prontas, *a priori*. São produtos do tempo, das experiências e necessidades” (NAVES; SÁ, p. 30).

⁵³ Com efeito, “a evolução histórica das instituições jurídicas culmina [...] por apresentar, em nosso país, uma ordem jurídica afinada, de um modo geral, com o *Jus Naturae*. Para esta conclusão, basta a consulta à Lei Maior, que identifica o princípio da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República” (NADER, 2019, p. 56).

⁵⁴ É dizer, por exemplo, que a preservação da própria vida é algo instintivo do ente, já intrinsecamente considerado mesmo antes de integrante de um grupo social, essa a estabilidade e a atemporalidade que apresentem os direitos naturais.

Em outra seara, os direitos da personalidade também sofreram resistência porque encerrariam um paradoxo fundamental: como poderia a pessoa ser ao mesmo tempo sujeito e o próprio objeto de direito? Aqueles que negavam, por conta disso, autonomia estrutural aos direitos da personalidade os viam não como direitos subjetivos⁵⁵, “mas meras situações de tutela do ordenamento jurídico”. Em uma passagem já clássica na doutrina, dizia-se que, a se considerar direitos subjetivos os direitos da personalidade, ter-se-ia legitimado até mesmo o suicídio (NAVES; SÁ, 2017, p. 23).

Referida tese negativista não prevaleceu: “o objeto dos direitos da personalidade não é, pois, exterior ao sujeito”, sendo composto pelos bens mais preciosos da pessoa, que são seus modos de ser, físicos ou morais - daí a proeminência dos direitos da personalidade em relação aos demais direitos subjetivos. Deste modo, os direitos da personalidade “constituem uma categoria autônoma no sistema dos direitos subjetivos”⁵⁶, assentada, sobretudo, na sua essencialidade e na “configuração particular do objeto” (CUPIS, 2008, p. 29-38)

Cláudio Luiz Bueno Godoy (2019, p. 9), no ponto, destaca “não se teria como objeto do direito a própria pessoa, senão aspectos dela parcelares ou virtualidades que lhe fossem inerentes”. Carlos Alberto Bittar (2015, p. 65) ressalta que nos direitos da personalidade “a pessoa é, a um só tempo, sujeito e objeto de direitos, remanescendo a coletividade, em sua generalidade, como sujeito passivo; daí dizer-se que esses direitos são oponíveis *erga omnes*”.

Bruno Torquato de Oliveira Naves e Maria de Fátima Freire de Sá (2017, p. 28-30) ressaltam inexistir a celeuma apontada pela corrente negativista, já que não se confundem sujeito e objeto nos direitos da personalidade, isso porque há dois sentidos distintos para a personalidade: num sentido subjetivo, “é atributo que concede a alguém a possibilidade de ser sujeito; e, em um sentido objetivo, é o conjunto de atributos pessoais que guarnecem a pessoa”.

Para além disso, mencionam ainda que atribuir aos direitos da personalidade a qualidade de direitos subjetivos é algo incompleto, pois podem “situar-se no mundo fático-jurídico por meio de várias situações subjetivas e não apenas de direito subjetivo”, ou seja, podem ocupar “várias situações jurídicas subjetivas de liberdade e situações subjetivas de não liberdade”. Daí verificar-se que os direitos da personalidade são múltiplos e indeterminados, *a priori*, manifestando-se “como direito subjetivo, como direito potestativo, como dever jurídico, como

⁵⁵ Em relação ao tema, classicamente tem-se que “o direito objetivo exprime a *norma agendi*, as normas necessárias para o regramento da conduta social, ao passo que o direito subjetivo – *facultas agendi* – refere-se à faculdade de exercício de direitos, isto é, à possibilidade de exigir de alguém determinado comportamento” (ARAÚJO, 2015, p. 24).

⁵⁶ Com efeito, “as posições individuais de proeminência respeitantes ao bem da vida assumem a qualidade de direitos subjetivos, precisamente enquanto dependa do seu sujeito a possibilidade de fazê-las valer determinando a atuação da sanção” (CUPIS, 2008, p. 43).

ônus ou mesmo como outra situação subjetiva”, representando “situações jurídicas sobre a própria pessoa, considerada como unidade física e moral” (NAVES; SÁ, 2017, p. 28-30).

Ao encontro disso, Davi Amaral Hibner (2019, p. 29-30) ressalta “a realização dos direitos da personalidade se dá independentemente da relação ou da conexão com outra pessoa”, incidindo de forma mais ampla para atingir quaisquer situações existenciais da pessoa, seja em relações intersubjetivas ou consigo mesma, razão pela qual “devem ser tuteladas todas as situações jurídicas existenciais em que a pessoa reclame promoção ou proteção, assegurando-se, assim, o livre desenvolvimento da personalidade humana”.

Neste passo, Rosa Maria de Andrade Nery e Nelson Nery Junior (2017, p. 15-18) destacam que a identificação desses direitos como situações jurídicas revela que o sujeito que recebe o influxo dos direitos da personalidade o recebe não necessariamente porque tenha praticado atos que o vinculam a outrem numa relação⁵⁷, mas sim porque, muitas vezes independentemente da sua vontade, “foi *capturado* em um contexto jurídico *situacional* que lhe cria uma situação de vantagem ou de desvantagem, de interesse jurídico”, razão pela qual as situações jurídicas, relacionadas à proeminência de uma vantagem, “criam um ambiente onde o sujeito é distinguido já investido de um poder”. Concluem que a análise dos direitos da personalidade considerando-os situações jurídicas é importante sobretudo nas “hipóteses de relevância jurídica que não respeitam a *situações relacionais*”.

No que concerne às suas características, Adriano de Cupis (2008, p. 23-37) considera essenciais os direitos da personalidade, vez que sem eles a pessoa sequer existiria, sendo, portanto, imprescritíveis⁵⁸, além de inatos⁵⁹, não-patrimoniais⁶⁰ e absolutos. Apresentam-se também: (a) intransmissíveis, dada a própria natureza de seu objeto, encerrado na pessoa de forma orgânica, tornando-se dela inseparável – caso da vida, integridade física, honra e liberdade, por exemplo (p. 54-55); (b) indisponíveis, pois, dada a natureza intrínseca do seu

⁵⁷ Deste modo, numa situação jurídica de personalidade, “há alguém (sujeito), que, diante de um específico bem (objeto) – que se constitui em essências (vida e liberdade), *potências* (potências humanas) e em *atos realizados* (enquanto vistos como objetos derivados dessas potências) –, objetivamente se investe da titularidade de direitos”, sem que tenha havido, necessariamente, conexão direta com outros sujeitos (NERY; NERY JUNIOR, 2017, p. 16).

⁵⁸ Importante destacar que, em virtude de sua essencialidade, “em nenhum caso o tempo pode produzir a extinção dos direitos da personalidade, seja qual for a vontade de seu titular” (CUPIS, 2008, p. 66).

⁵⁹ Ressalve-se que direitos inatos são considerados por Adriano de Cupis (2008, p. 26-27) numa ótica positivista: inatos porque o ordenamento jurídico os confere a todos os indivíduos, “pelo simples fato de possuírem personalidade”. De encontro a isso, Carlos Alberto Bittar (2015, p. 43-44) ressaltando os direitos da personalidade como direitos inatos, os diz inatos porquanto originários, próprios da natureza humana, provindos do direito natural e não resultantes do ordenamento jurídico.

⁶⁰ Quanto à não-patrimonialidade, uma vez que o objeto dos direitos da personalidade configura modos de ser físico ou moral da pessoa, “bem se compreende como ele nunca contenha em si mesmo uma utilidade imediata de ordem econômica”. No mesmo sentido: “o caráter patrimonial do direito derivado da indenização pelo dano não pode alterar o caráter não patrimonial dos direitos da personalidade” (CUPIS, 2008, p. 36-37).

objeto, os modos de ser, a pessoa não tem a faculdade (irrestrita) de atuar segundo sua própria vontade sobre os direitos da personalidade (p. 56) – ressaltando que o consentimento do titular do direito de consentir numa lesão, caso assim previsto na ordem jurídica, não produz a extinção do direito (p. 60-64); e (c) irrenunciáveis, em decorrência da sua essencialidade, daí porque não pode a pessoa, por ato de vontade, esvaziar-se “da parte mais importante do seu próprio conteúdo”, inclusive porque a norma jurídica que atribui direitos da personalidade “tem caráter de norma de ordem pública, irrevogável” (p. 59).

No mesmo sentir, Bruno Torquato de Oliveira Naves e Maria de Fátima Freira de Sá (2017, p. 32-35) afirmam que os direitos da personalidade se tratam de direitos: (a) absolutos, porquanto oponíveis *erga omnes*, embora não se possa tê-los como ilimitados⁶¹; (b) necessários (essenciais), “pois sem eles não haveria sequer ordenamento jurídico”, do qual deriva a proteção da pessoa, mostrando-se ainda imprescindíveis à integridade e dignidade humanas; (c) vitalícios, pois vinculados à vida humana⁶², extinguindo-se com a morte; (d) indisponíveis (irrenunciáveis), uma vez que o titular não pode afastá-los, pena de “renúncia da própria dignidade”, bem como porque “ninguém pode gozar, por outrem, de bens como a integridade física, honra ou o nome”; (e) extrapatrimoniais, pois não comportam avaliação econômica, embora possam repercutir no patrimônio⁶³; e (f) intransmissíveis (inalienáveis), na medida em que “não há como uma pessoa assumir os direitos da personalidade de outra”, permanecendo com o titular independentemente da vontade deste.

Vaneska Donato de Araújo (2015, p. 92-97), apresenta um rol abrangente das características dos direitos da personalidade, tendo-os como: (a) universais, vez que abrangem todas as pessoas; (b) inatos (originários), surgindo com o nascimento⁶⁴; (c) vitalícios, porquanto inatos; (d) necessários, posto que essenciais à manutenção da pessoa e inerentes a ela⁶⁵,

⁶¹ Os direitos da personalidade não são direitos ilimitados porque seu exercício “encontra limites no próprio sistema de direitos e o abuso é coibido como qualquer ato ilícito” (NAVES; SÁ, 2017, p. 33).

⁶² Assim como Adriano de Cupis (2008, p. 26-27), entendem que a vitaliciedade dos direitos da personalidade não conduz considerá-los inerentes ao homem, rejeitando assim qualquer sentido jusnaturalista (NAVES; SÁ, 2017, p. 33).

⁶³ De modo que “o direito em si não tem avaliação econômica, mas pode ser que a expressão de um direito da personalidade tenha, também, repercussão econômica”. É o que ocorre com o direito à imagem, que em si não detém patrimonialidade, mas, ao revés, uma representação específica da imagem trata-se de bem comerciável (NAVES; SÁ, 2017, p. 34).

⁶⁴ Relativamente ao direito ao nome, há que considerá-lo também inato, pois não se pode confundir “o direito a dar um nome com o direito de receber e possuir um nome, esse sim um direito de personalidade”, de modo que “o direito de dar um nome, realmente, cabe aos pais ou guardiões do indivíduo, e configuram um poder-dever. O direito de receber um nome, por sua vez, é direito à individualização da pessoa” (ARAÚJO, 2015, p. 93-94).

⁶⁵ Nem todos os direitos inerentes à pessoa, contudo, se caracterizam como direitos da personalidade (ARAÚJO, 2015, p. 95). Tem-se assim direitos da pessoa que não se confundem com os direitos da personalidade. Aqueles correspondem ao estado ou posição da pessoa, na sociedade, a partir de uma dimensão política (distinções quanto a nacionais e estrangeiros), individual (tomada em relação à idade, condição física e mental, por exemplo), familiar (integração da pessoa a determinados núcleos: conjugal, de paternidade e de filiação; de parentesco natural ou civil

acompanhando-a por toda a vida e em alguns casos produzindo efeitos até mesmo depois da morte (nos casos da honra e imagem); (e) absolutos, vez que oponíveis *erga omnes* em relação a todos os demais; (f) indisponíveis, podendo ser excepcionalmente relativizados; (g) intransmissíveis, de modo que, em regra, fica obstada a mudança do seu titular (cabendo a transmissibilidade em casos específicos, sob determinadas condições); (h) irrenunciáveis, não cabendo ao titular abrir mão de atributos personalíssimos, sendo que a autorização para que sejam utilizados em ocasiões específicas não significa renúncia; (i) inalienáveis, daí porque impenhoráveis, embora, como dito, o uso por outrem, em período limitado, possa ocorrer; (j) imprescritíveis, dada sua essencialidade para a pessoa, o transcurso do tempo não os extingue⁶⁶; (l) extrapatrimoniais, assim porque não são suscetíveis de avaliação pecuniária.

Cláudio Luiz Bueno de Godoy (2019, p. 11-18), para reforçar “o conteúdo concreto dos direitos da personalidade”, evitando seja desfocada sua finalidade, faz ponderações a respeito de duas das suas características, a saber: (a) são direitos absolutos, mas não necessariamente *erga omnes*, vez que há direitos da personalidade que não o são⁶⁷, e também não são necessariamente ilimitados, na medida em que, tirante o inexpugnável núcleo essencial plasmado na dignidade humana, há determinadas hipóteses, inclusive voluntárias, de limitação – disposição –, conforme assenta o artigo 11 da Lei n. 10.406/2002 (Código Civil), ao prever exceções à intransmissibilidade e à irrenunciabilidade⁶⁸. É dizer, sobre aquilo que orbita

etc.) e profissional (relacionadas às habilitações e atividades desenvolvidas). Referem-se a “diferentes planos em que a pessoa é enfocada, ou seja, seu desenvolvimento físico e mental, mas também em seus relacionamentos com a coletividade”. Denota-se, então, que os direitos da personalidade partem de um pressuposto intrínseco, diferentemente dos direitos da pessoa. Abrangem aqueles “o complexo valorativo intrínseco (intelectual e moral) e extrínseco (físico) do ente, alcançando a pessoa em si, ou integrada à sociedade, mas em termos de consideração, de conceituação ou de apreciação”, não abrangendo componentes gerais e abstratos: idade, higidez física ou mental, dentre outros (BITTAR, 2015, p. 64-65).

⁶⁶ Ressaltando-se, entretanto, que a pretensão reparatória pela violação dos direitos de personalidade está sujeita a prazo prescricional e pode haver substituição de parte para os herdeiros do autor (ARAÚJO, 2015, p. 97).

⁶⁷ Antônio Menezes Cordeiro (2004, p. 95-96, *apud* GODOY, 2019, p. 12), a esse respeito assinala é preciso realizar uma análise particularizada dos direitos da personalidade, e assim perceber que determinadas situações existenciais não se posicionam de forma *erga omnes*, mas, ao contrário, produzem “exigências subjetivas específicas, tal qual a relação entre cliente e advogado e a respeito do sigilo imposto”. Diferentemente, “no caso do direito à vida, à integridade, ao nome que, aí sim, suscitam tutela geral, destarte independentemente de uma relação de base concreta”.

⁶⁸ Evidencia-se aqui um movimento histórico “de relativização e funcionalização dos direitos, por isso que por lei limitado o próprio direito à vida, como quando se autoriza a legítima defesa, afinal sempre em tutela e na ponderação com outro igual direito de igual dignidade”; e quanto às limitações voluntárias, evidente “não podem servir a anular o valor ético que ao ser humano se reconhece e que não é disponível nem para ele próprio”, não se podendo “tolerar fruição que maltrate escolhas axiológicas que são nodais à sociedade e que têm sua base na própria dignidade humana” (GODOY, 2019, p. 12-13). José de Oliveira Ascensão (2000, p. 94-95 *apud* GODOY, 2019, p. 13) ressalta são válidas as limitações voluntárias relativamente àquilo dos direitos da personalidade que orbita (mas não integra) seu núcleo essencial – intimidade ou imagem, por exemplo. Neste sentir, Carlos Alberto Bittar (2015, p. 43-44) destaca que para certos direitos, deve haver uma disponibilidade, “exatamente para permitir a melhor fruição por parte do seu titular, sem, no entanto, afetar-se os seus caracteres intrínsecos”. Anderson Schreiber (2014, p. 27-29) igualmente destaca que “a autolimitação ao exercício dos direitos da personalidade deve ser admitida pela ordem jurídica quando atenda genuinamente ao propósito de realização da personalidade

(portanto não integra) o núcleo essencial dos direitos da personalidade, permitem-se limitações até mesmo permanentes ou ao menos duradouras (caso das intervenções sobre o próprio corpo), ao passo que sequer se admitem limitações transitórias que invadam esse núcleo dos direitos da personalidade; (b) são direitos dotados de extrapatrimonialidade⁶⁹, pois “não possuem essencialmente conteúdo econômico-patrimonial, senão de modo indireto ou reflexo”.

Em relação a esse último aspecto, tem-se a ressalva de Paulo Mota Pinto (2004, p. 430-432 *apud* GODOY, 2019, p. 15), no sentido de que são extrapatrimoniais os direitos da personalidade vinculados ao seu núcleo essencial (vida, integridade psicofísica), de modo que caberia aos demais a possibilidade de uma direta exploração patrimonial (direito ao nome, à voz, à imagem e à criação intelectual)⁷⁰.

A partir da inalienabilidade e da intransmissibilidade, Anderson Schreiber (2014, p. 24), lança luzes para a questão “de alguém atentar contra os direitos da personalidade de pessoa já falecida”. Trata-se de uma situação intrincada. A própria estruturação dos direitos da personalidade já é suficiente para concluir que a morte não faz transmitir, antes extingue os direitos da personalidade (dado o fim da própria pessoa), conforme consta, no ordenamento jurídico pátrio, no artigo 6º do Código Civil, Lei n. 10.406/2002⁷¹.

Quanto a isso, Anderson Schreiber (2014, p. 24-25) ressalta que o legislador, por meio do parágrafo único do artigo 12 (e, também, do artigo 20) desse código, cuidou do tema atribuindo aos herdeiros legitimação para postular tutelas jurisdicionais – inibitórias e de remoção do ilícito, inclusive – para cessar lesão ou ameaça de lesão aos direitos da pessoa falecida. Trata-se de regra posta por conta de um interesse social, pois os direitos da personalidade “projetam-se para além da vida do seu titular”. Observa-se uma “necessidade de se proteger *post mortem* a personalidade, como valor objetivo”.

Carlos Alberto Bittar (2015, p. 44-45) igualmente ressalta que a partir de determinados direitos da personalidade (direito ao corpo, partes do corpo, à imagem e o direito moral do autor) decorrem efeitos *post mortem* ou mesmo *ad aeternum*⁷². Aduz também que referidos

do seu titular”, devendo guiar referido desiderato ponderação sobre o alcance, duração, intensidade e finalidade da autolimitação.

⁶⁹ Tanto assim para “evitar a reificação do ser humano, a comercialização de suas faculdades iminentes e essenciais, razão, por exemplo, de em nossa Constituição Federal (art. 199, § 4º) se ter proibido qualquer ato de disposição do próprio corpo que fosse oneroso” (GODOY, 2019, p. 15).

⁷⁰ Em relação ao tema, Cláudio Luiz Bueno de Godoy (2019, p. 16) assevera que “mesmo alguns direitos que não se consideram normalmente patrimoniais se devem examinar, quanto a seu exercício ou pretensão de disposição, de modo particular, concreto, refutando-se soluções abstratas, universais e assépticas”.

⁷¹ Enunciando que “a existência da pessoa natural termina com a morte”.

⁷² Aqui considerada “a defesa, pelo Estado, depois de caída em domínio público, da integridade e da genuinidade da obra [direito moral do autor]: Lei n. 9.610/98, art. 24, § 2º” (BITTAR, 2015, p. 45).

direitos são, “sob certos aspectos, transmissíveis por sucessão *mortis causa*”, vindo daí aos herdeiros ou ao cônjuge sobrevivente a legitimidade para promover sua defesa contra terceiros⁷³. No mesmo prisma, Jaime Octávio Cardona Ferreira (2015, p. 223-228), analisando o tema a partir do ordenamento jurídico português (cujo código civil contém regra semelhante à brasileira) ressalta a aplicação de uma “ficção da personalidade”, ou seja, “trata-se de um caso revelador da teoria do prolongamento da personalidade”.

Bruno Torquato de Oliveira Naves e Maria de Fátima Freire de Sá (2017, p. 44-46) divergem desse quadro, porquanto negam a existência de reflexos de direitos que com a própria morte de seu titular já findaram. Assim não sendo, ter-se-ia um paradoxo de haver “consequência sem causa”, razão pela qual estar-se-ia “diante da criação de uma nova categoria de ‘reflexos de direitos sem direitos’”. Por essa razão defendem, ao invés de reflexos *post mortem* de um direito de personalidade ou mesmo do próprio direito transmitido *mortis causa*, “a existência de um interesse legítimo (situação jurídica subjetiva) da família e, portanto, de alteração da legitimidade”, muito embora repita-se, o direito respectivo tenha sido extinto com a morte.⁷⁴

De trás para o início, também é intrincada a questão do início da titularização dos direitos da personalidade, ou seja, do início da personalidade humana, ainda mais diante dos desafios contemporâneos e dos avanços da tecnologia e da pesquisa biocientífica, que muitas vezes confundem esta percepção. Nesse desvendar, é preciso ter como norte, segundo Eduardo C. B. Bittar (2019, p. 46-47), a ampla consideração da concessão à vida, sob o pálio da dignidade da pessoa humana.

A vida se trata de um direito da personalidade de ordem física, recebendo primazia “como bem maior na esfera natural e também na jurídica, exatamente porque, em seu torno e como consequência de sua existência, todos os demais gravitam” (BITTAR, 2015, p. 119). Trata-se de um bem essencialíssimo justamente porque dela os demais direitos derivam, não havendo como concebê-los separadamente (CUPIS, 2008, p. 72). Por essa razão se eleva a importância de definir seu marco inicial.

Em vista disso, Carlos Alberto Bittar (2015, p. 119-124) assinala que a vida se inicia “como direito ligado à pessoa, quando o nascituro – que também dispõe desse direito – ao ser

⁷³ Partindo dessa transmissibilidade por sucessão *causa mortis*, forçoso então considerar que os respectivos direitos não de integrar o patrimônio (aqui considerado num sentido amplo) dos herdeiros, trazendo-lhes uma legitimidade que só pode ser a ordinária.

⁷⁴ Com efeito, “à família não são transferidos ‘direitos da personalidade’, mas é-lhe atribuída uma esfera de liberdade processual na defesa do interesse que se refira à ‘figura’ do morto. Logo, o que se tem é, tão somente, o deferimento e uma legitimidade processual na defesa dessa situação jurídica autônoma de interesse” (NAVES; SÁ, 2017, p. 46).

liberado do ventre materno, passa a respirar por si”, sendo esse o conteúdo, ao menos literalmente, do artigo 2º do Código Civil instituído pela Lei n. 10.406/2002⁷⁵. Tem-se aqui a teoria natalista a balizar o início da personalidade e, portanto, oferecendo o marco inicial para a titularização dos direitos da personalidade (NAVES, SÁ, 2017, p. 40).

Porém, o reconhecimento, pela ordem jurídica brasileira, de direitos ao nascituro, preponderantemente a vida em sua potência⁷⁶, torna forçoso considerar que direitos da personalidade a ele já são garantidos, e por isso não há negar-lhe a personalidade. Tanto assim que Augusto Teixeira de Freitas (1860, p. 15, *apud* NERY; NERY JUNIOR, p. 2017, p. 134-135) considera pessoas mesmo aquelas por nascer, “já concebidas no ventre materno”, de modo que possuem, sim, direitos de personalidade. Ao encontro disso, Silmara Juny de Abreu Chinellato (1983, p. 185, *apud* BITTAR, 2019, p. 48) destaca tese concepcionista sobre o início da personalidade humana, considerando o nascituro como pessoa⁷⁷, pois sua integridade e saúde não se confundem com as da mãe, ainda que dependentes dela⁷⁸. Recebe, assim, personalidade e proteção integral. Ratificando a tese, Eduardo C. B. Bittar (2019, p. 48) destaca “que o *infans conceptus* é dotado de carga genética, potencial de desenvolvimento integral e condições de emergência à vida extrauterina, em sua inteireza”.

Por fim, situada a vida como direito preponderante, importa sublinhar, ao menos de forma exemplificativa, os demais direitos da personalidade, o que se faz a partir da própria pessoa individualmente considerada, desvendando suas dimensões extrínsecas e intrínsecas⁷⁹.

Carlos Alberto Bittar (2015, p. 110-116) classifica os direitos da personalidade com base na natureza dos bens que os integram, distribuindo-os em “a) direitos físicos; b) direitos

⁷⁵ Dispondo que “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.

⁷⁶ Considera-se que “a vida protegida é aquela que, desde a concepção, união de gameta com óvulo, dá-se por processos artificiais ou naturais de reprodução humana. Por isso, a vida humana merece proteção, e as práticas tendentes a atacá-la são repreendidas pelo ordenamento jurídico” (BITTAR, 2015, p. 124).

⁷⁷ Com efeito, “o desenvolvimento do nascituro, em qualquer dos estágios – zigoto, mórula, blástula, embrião pré-implantatório, embrião e feto – representa apenas um *continuum* do mesmo ser que não se modifica depois do nascimento, mas apenas cumpre as etapas posteriores do desenvolvimento” (BITTAR, 2019, p. 49). Nessa tessitura, quanto ao embrião pré-implantatório, forçoso considerá-lo, de acordo com Silmara Juny de Abreu Chinellato (2000, p. 293, *apud* BITTAR, 2019, p. 50), opondo-se à reificação da vida, não como *res*, mas sim “como *individua substantia, rationalis naturae*”.

⁷⁸ Daí porque o aborto, por tolher a vida do nascituro, consiste em tipo penal e sempre será ofensa a direito de personalidade, muito embora especificamente o Estado brasileiro pondere razões outras para não o apenar, em determinadas situações, a exemplo da interrupção da gravidez decorrente de estupro, para salvar a vida da gestante e diante dos fetos anencefálicos. Isso ressalvado, “a verdade é que a Constituição Federal não permite tergiversação *com* ou *sobre* a Vida: não há hipótese alguma em que se possa dizer haja a Constituição Federal autorizado a quem quer que seja o direito de fazer cessar ou autorizar que se faça cessar o direito de viver, titularizado por outro.” (NERY; NERY JUNIOR, 2017, p. 136).

⁷⁹ A esse respeito, Adriano de Cupis (2008, p. 33), assinala que “os bens objeto dos direitos da personalidade satisfazem necessidades de ordem física ou moral” da pessoa.

psíquicos e c) direitos morais”. O ponto de partida é a pessoa no âmbito da sua consistência corpórea (direitos físicos, elementos extrínsecos da personalidade), incluindo-se aqui os direitos: “à vida, à integridade física (higidez corpórea), ao corpo, a partes do corpo (próprio e alheio), ao cadáver e a partes, à imagem (efígie) e à voz (emanação natural)”. Da dimensão corpórea adentra-se no íntimo do ser, elevando-se então os direitos psíquicos da personalidade (atinentes ao psiquismo humano, à integridade psíquica), consistindo nos direitos: “à liberdade (de pensamento, de expressão, e culto e outros); à intimidade (de estar só, privacidade ou reserva); à integridade psíquica (incolumidade da mente); ao segredo (ou sigilo, inclusive profissional)”. Da realidade psicofísica chega-se à pessoa integrada na sociedade, revelando seu patrimônio moral por meio de “atributos valorativos ou virtudes da pessoa na sociedade (dotes de moral, de cultura, de honradez, de dignidade)”, assomando aqui direitos à identidade (nome e sinais individualizadores), à honra objetiva e subjetivamente considerada, ao respeito (“conceito pessoal compreendendo a dignidade: sentimento das próprias qualidades morais”), o decoro (relativo à “própria respeitabilidade social”), às criações intelectuais.

Davi Amaral Hibner (2019, p. 22-24) apresenta divisão semelhante acerca dos direitos da personalidade, agrupando-os em direitos: (a) psicossomáticos, atinentes aos atributos psicológicos e físicos, compreendendo a vida, a saúde, a liberdade, a integridade psicofísica, a inclusão e acessibilidade das pessoas com deficiência, o tempo útil etc.; (b) espirituais ou morais, relativos aos sentimentos, “à convicção e às relações do indivíduo consigo mesmo e na vida em sociedade”, englobando a honra, o nome, a intimidade, a privacidade, a imagem, a liberdade de crença e religião, o direito ao esquecimento, a identidade pessoal e sexual das pessoas transexuais, a autodeterminação e orientação sexual, as uniões de pessoas homoafetivas; a adoção de menores por pessoas homoafetivas, proteção de dados pessoais etc.; (c) intelectuais, relativos à inteligência e à capacidade criativa, envolvendo a liberdade de expressão, a informação, os direitos autorais, a proteção à personalidade e à liberdade de expressão e de informação nas redes sociais, dentre outros.

É importante destacar que referidas classificações, assim como outras, se mostram meramente exemplificativas. A proteção de outras tantas manifestações da personalidade encontra guarida, justamente, na dignidade da pessoa humana, base do Estado Democrático de Direito, conforme assentado no inciso III do artigo 1º da Constituição Federal de 1988.

1.3- A DIGNIDADE HUMANA COMO ELEMENTO FUNDANTE DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Estabelecidas a evolução, o reconhecimento, a positivação e o cerne dos direitos da personalidade, cumpre agora destacar que estes, assim como os direitos humanos (que naturalmente se imbricam), encontram-se assentados no princípio da dignidade da pessoa humana e por isso foram alçados ao patamar de direitos fundamentais⁸⁰ junto ao Estado Democrático de Direito⁸¹.

Embora nitidamente provenham de um ponto comum – o princípio da dignidade da pessoa humana – e contenham estreitas ligações, ainda assim há distinções entre os direitos humanos, os direitos da personalidade e os direitos fundamentais.

Bruno Torquato de Oliveira Naves e Maria de Fátima Freire de Sá (2017, p. 11-17) ressaltam que esses direitos contemplam a dignidade humana, mas o fazem em âmbitos diferentes⁸². Os direitos da personalidade “condicionam a própria identidade do ser humano, não como ente político, mas como indivíduo único, considerado em sua intimidade” ao passo que os direitos humanos, referidos como normas de abrangência internacional⁸³, “atingem uma gama maior de bens jurídicos, protegendo não apenas a pessoa considerada em si mesma, mas também sua posição de partícipe político e cultural de dada sociedade”, abarcando direitos políticos, econômicos, sociais e culturais. Os direitos fundamentais, por sua vez, reúnem os direitos individuais e coletivos no âmbito constitucional, “a partir de opções que definem a própria identidade do Estado”⁸⁴.

Carlos Alberto Bittar (2015, p. 55-61) resalta que os direitos humanos, sendo supraestatais, impõem aos Estados reconhecê-los e efetivá-los em sua ordem jurídica positiva

⁸⁰ Tratando particularmente do universo constitucional brasileiro, Daniel Sarmento (2019, p. 80) resalta que “embora com intensidade variável, a dignidade da pessoa humana está presente em todos – ou praticamente todos – os direitos fundamentais constitucionalmente consagrados”, dentre eles as liberdades individuais, sendo natural seja inclusive o norte para a interpretação desses direitos e de toda a ordem jurídica.

⁸¹ Não é demasiado lembrar que o Estado Democrático de Direito, no Brasil formatado pela Constituição Federal de 1988, tem sua razão de ser na dignidade da pessoa humana, irradiando, daí, força normativa. Nessa trilha, Daniel Sarmento (2019, p. 148-149) resalta que a dignidade é fundante para o Estado Democrático, além da autonomia privada, que busca resguardar, a autonomia pública (também um dos valores constitutivos da dignidade humana) que é conferida a cada indivíduo, para que, “como sujeito livre e igual”, fazendo suas próprias escolhas, participe das deliberações sociais.

⁸² É esse também o entendimento de Anderson Schreiber (2014, p. 13) que os vê como o “mesmíssimo fenômeno encarado por facetas variadas. O valor tutelado é idêntico e unitário: a dignidade humana”.

⁸³ Norberto Bobbio (2004, p. 23 e 30), quanto a isso, afirma que com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, a questão do fundamento dos direitos humanos se consolida ante o seu reconhecimento como direitos positivos universais, sobrevivendo a partir disso a tarefa de protegê-los, de efetivá-los.

⁸⁴ Tanto assim que “os direitos da personalidade e os direitos humanos seriam anteriores à estruturação política engendrada pelas normas constitucionais” (NAVES; SÁ, 2017, p. 14).

no plano dos direitos fundamentais⁸⁵, aqui inseridos os direitos à vida, à integridade física, às partes do corpo, nítidos direitos da personalidade. Isso revela que os direitos humanos têm amplitude maior face os direitos da personalidade, razão pela qual, no âmbito dos direitos fundamentais, constam direitos que embora ligados à pessoa, extrapolam a órbita dos direitos da personalidade.

Mas o que realmente se eleva é que o princípio da dignidade da pessoa humana confere base a todas essas categorias de direitos, ficando evidenciado que os direitos da personalidade decorrem da dignidade humana⁸⁶ e, portanto, se conectam aos direitos humanos, recebendo assento entre os direitos fundamentais⁸⁷.

Justamente por isso, o movimento de entronização dos direitos humanos entre os direitos fundamentais também elevou os direitos da personalidade. Até porque, as agressões e atrocidades cometidas contra o ser humano durante a Segunda Guerra Mundial evidentemente atingiram a órbita dos direitos da personalidade, com a descartabilidade humana em atentados contra a vida, integridade psicofísica, identidade pessoal, dentre outros. Tanto assim que, “no Pós-Guerra, tornou-se imperiosa uma resposta da comunidade internacional, estabelecendo a reconstrução da proteção da pessoa humana, tendo nesta – sem qualquer atributo – o referencial e a fonte de direitos”, cenário que também se espalhou para o ambiente constitucional dos Estados (FACHIN, 2015, p. 19).

Portanto, a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, “o fundamento dos direitos humanos passa a residir na ideia de dignidade humana que se estende a toda e qualquer pessoa porque portadora desse valor intrínseco” (FACHIN, 2015, p. 32)⁸⁸. Luís Roberto Barroso (2016, p. 14), a partir da mesma quadra histórica, ressalta que a dignidade

⁸⁵ Referida proeminência dos direitos humanos sobre a ordem jurídica dos Estados, para Carlos Alberto Bittar (2015, p. 57), decorre do direito natural. Para Melina Girardi Fachin (2015, p. 25-30), contrariamente, decorre da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que se trata de “um componente básico do direito costumeiro internacional inderrogável – o *jus cogens* – vinculante a todos os Estados”. No mesmo passo, Norberto Bobbio (2004, p. 22-28).

⁸⁶ Eduardo Cambi e Jairo Néia Lima (2015, p. 159) assinalam que “a dignidade humana, como valor máximo do sistema jurídico, permite a realização plena da pessoa, nos diversos espaços existenciais”. Para Davi Amaral Hibner (2019, p. 40-41) “o princípio da dignidade da pessoa humana aglutina todos os direitos da personalidade. E os direitos da personalidade existem para proteger a dignidade humana”, havendo entre eles clara simbiose.

⁸⁷ Determinadas matérias constam do texto constitucional porquanto “são consideradas mais relevantes, mais fundamentais que as que formam o objeto da ordem infraconstitucional, e na avaliação do constituinte devem revestir-se de superioridade hierárquica que caracteriza a Constituição”. Em relação à Constituição brasileira de 1988, a dignidade humana goza de “ampla fundamentalidade no sistema”, recebendo “superioridade axiológica” em relação aos demais enunciados constitucionais (BARCELLOS, 2011, p. 142;161)

⁸⁸ No mesmo sentido, Daniel Sarmento (2019, p. 51-55) destaca que, apesar de antecedentes históricos havidos a partir do século XVIII e início do século XX, foi a partir das reações à Segunda Guerra Mundial, que “normas internacionais e constituições passaram a positivar com destaque o princípio da dignidade humana”.

humana passa a ser compreendida “sobre o pressuposto de que cada ser humano possui um valor intrínseco e desfruta de uma posição especial no universo”⁸⁹.

Com efeito, uma vez que há dignidade intrínseca em toda e qualquer pessoa – sendo esse um dos poucos consensos teóricos contemporâneos (BARCELLOS, 2011, p. 125)⁹⁰ – é natural se constitua fundamento dos direitos humanos. Mas é certo também que os direitos da personalidade têm igual fundamento, pois derivam dessa mesma pessoa intrinsecamente digna⁹¹, embora numa órbita mais restrita do que aquela posicionada para os direitos humanos. Prova disso é que determinados componentes do princípio da dignidade da pessoa humana, o valor intrínseco e a autonomia, por exemplo⁹², dão ensejo a direitos da personalidade.

O valor intrínseco da pessoa, derivando do imperativo kantiano⁹³, evidencia o homem como um fim em si mesmo, não podendo ser reificado e que “todos os indivíduos que pertencem à espécie humana possuem dignidade apenas por serem pessoas” sem quaisquer distinções relativas a estamentos sociais ou virtudes, revelando então uma dignidade “inerente à personalidade humana, de modo que, embora violada, jamais poderá ser perdida pelo seu titular” (SARMENTO, 2019, p. 104). Do valor intrínseco sobressaem os direitos fundamentais à vida e à integridade psicofísica (BARROSO, 2016, p. 77-78), típicos direitos da personalidade, conforme mencionado, dentre outros, por Adriano de Cupis (2008, p. 71-75) e Carlos Alberto Bittar (2015, p. 110-116).

Também a autonomia se trata de um componente do princípio da dignidade da pessoa humana que, na vertente da autonomia privada, confere à pessoa a faculdade de “fazer e implementar escolhas concernentes à sua própria vida”, formulando projetos existenciais na

⁸⁹ Ainda de acordo com Luís Roberto Barroso (2016, p. 19) a partir da quadra histórica que sucedeu à Segunda Guerra Mundial, a dignidade humana adentra para o discurso jurídico em decorrência de sua inclusão textual em tratados e documentos internacionais bem como em razão “de uma cultura jurídica pós-positivista, que reaproximou o direito da moral e da filosofia política, atenuando a separação radical importada pelo positivismo pré-Segunda Guerra”.

⁹⁰ O valor do homem como um fim em si mesmo (dignidade da pessoa humana), “é hoje um axioma da civilização ocidental, e talvez a única ideologia remanescente” (BARCELLOS, 2011, p. 125).

⁹¹ Davi Amaral Hibner (2019, p. 20), nesta esteira, ressalta que “os direitos da personalidade são aqueles voltados à tutela da dignidade, por meio da proteção dos atributos essenciais à pessoa humana”.

⁹² Daniel Sarmento (2019, p. 92), ao analisar da dignidade da pessoa humana a partir da Constituição brasileira de 1988, destaca como componentes desse princípio: a) o valor intrínseco da pessoa; b) a autonomia; c) o mínimo existencial e d) o reconhecimento. Para Luís Roberto Barroso (2016, p. 72), compõem-se pelo valor intrínseco e pela autonomia, que pode ser limitada “por algumas restrições legítimas impostas a ela em nome de valores sociais ou interesses estatais (valor comunitário)”.

⁹³ Daniel Sarmento (2019, p. 102-107) ressalta que a formulação de valor intrínseco da pessoa desenvolvida por Immanuel Kant, derivada de uma teoria moral deontológica fundada em imperativos categóricos, revela que a pessoa não é meio, mas um fim em si, de modo que não pode ser instrumentalizada, ainda que para dar vazão a fins considerados nobres ou importantes; este é um elemento importante a ponderar quando da colisão “entre os direitos fundamentais do indivíduo e os interesses da maioria ou de alguma entidade abstrata como o Estado, a Nação, o povo ou a raça”. Ana Paula de Barcellos (2011, p. 128) menciona que em Kant eleva-se uma dignidade ontológica da pessoa humana.

seara afetiva, sexual, profissional, dentre outras (SARMENTO, 2020, p. 139-146)⁹⁴. A autonomia entranha-se nos direitos da personalidade, pois é pelo seu exercício que o indivíduo baliza seus modos de ser, implementando escolhas relativas à sua própria vida, como ocorre, por exemplo, no direito à autodeterminação da identidade pessoal (MOREIRA; ALVES, 2015, p. 81-102)⁹⁵. Vale anotar que a autonomia se realiza por meio da liberdade positiva⁹⁶, sendo que Adriano de Cupis (2008, p. 108-110) anota a própria liberdade como um direito da personalidade, tendo como bem os modos de ser da pessoa⁹⁷.

Como se vê até aqui, o princípio da dignidade da pessoa humana, de clara centralidade constitucional⁹⁸, confere proteção holística à pessoa e bem assim abrange os direitos da personalidade, reunindo as categorias público e privado, aproximando a relação entre os direitos humanos, os direitos da personalidade e os direitos fundamentais (BITTAR, 2015, p. 59-61).

Tanto assim que “limitar o âmbito de aplicação das normas constitucionais às relações do indivíduo com o Estado não se faz mais verdadeira” (NAVES; SÁ, 2017, p. 14) e hodiernamente, no âmbito da ordem jurídica brasileira, se pode “invocar os direitos fundamentais para resguardar o indivíduo da intromissão de outro particular, bem como uma previsão do Código Civil relativa a direitos da personalidade pode tutelar o indivíduo de violações estatais” (p. 16-17). No mesmo ponto, Antônio Carlos Gomes e Ivan Aparecido Ruiz (2015, p. 9) frisam que as “relações constitucionais se irradiam para todos os lados do ordenamento, seja na relação indivíduo-Estado, coletivo-Estado, seja na relação indivíduo-indivíduo, indivíduo-coletivo”.

⁹⁴ Em Kant, tratar uma pessoa como um fim em si mesmo “significa respeitá-la como sujeito racional, capaz de fazer escolhas e de se autodeterminar”. É preciso considerar que a liberdade kantiana na autodeterminação decorre de um sistema deontológico, de modo que o sujeito é livre para agir de acordo com a regra que aplica para si, de ser fim e não meio. Por essa razão, “o indivíduo não pode tratar a si próprio como mero objeto. Ele deve tratar a *humanidade* que carrega em si sempre como um fim [...]. Por isso, Kant considera imorais certas ações individuais que, embora não causem danos a terceiros, deixam de exprimir o necessário respeito à humanidade de quem as pratica” (SARMENTO, 2019, p. 107-108).

⁹⁵ Rodrigo Pereira Moreira e Rubens Valteciendes Alves (2015, p. 81-102), desenvolvem, a partir do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, uma abordagem do direito ao esquecimento sob a ótica das pessoas que desejam alterar anatômica e juridicamente seu sexo. Para o ponto que neste momento cabe sublinhar, frisam que o direito ao livre desenvolvimento da personalidade decorre do princípio da dignidade da pessoa humana.

⁹⁶ A liberdade positiva “pressupõe a capacidade real de escolher, e não como a mera ausência de obstáculos externos à conduta [liberdade negativa]”, trata-se, enfim, da “capacidade real do agente de autodeterminar sua conduta” (SARMENTO, 2019, p. 142;153).

⁹⁷ Adriano de Cupis (2008, p. 104) assinala que “dentre os vários direitos subjetivos, alguns constituem posições de liberdade com o atributo da imprescindibilidade [...] pena de se despojar completamente e valor a sua personalidade”, sendo que, dentre esses direitos, “existe um que, além de constituir uma posição imprescindível de liberdade, tem por ponto objetivo de referência a própria liberdade – é o direito à liberdade”. E conclui: “existe o direito à liberdade, que é o direito de cada um se manifestar consoante a sua vontade”.

⁹⁸ É indubitável que a dignidade da humana se caracteriza “como elemento central do sistema jurídico, bem como sua superior fundamentalidade, se comparada a outros bens constitucionais” (BARCELLOS, 2011, p. 164-165).

Portanto, “a ciência jurídica contemporânea vem superando o abismo, cavado pelos juristas do passado, entre o direito público e o direito privado para reunificar as duas esferas em torno da unidade constitucional” (SCHREIBER, 2014, p. 13), cenário também detectado por Eduardo Cambi e Jairo Néia Lima (2015, p. 151) como consequência da força normativa da Constituição, irradiando-se sobre a ordem jurídica, deitando sobre esta, como norte, seus princípios e valores⁹⁹.

A dignidade da pessoa humana como fundamento para os direitos da personalidade fez gerar, ainda, discussões sobre haver um único direito de personalidade, ou vários. A teoria monista “prega a existência de um único direito da personalidade [direito geral da personalidade], do qual emana a tutela de diversos bens juridicamente protegidos” além daqueles futuros, ainda porvir (NAVES; SÁ, p. 35-36). Ao encontro disso, Capelo de Souza (1995, p. 93, *apud* GODOY, 2019, p. 9) afirma o direito geral da personalidade “como o direito de cada homem ao respeito e à promoção da globalidade dos elementos, potencialidades e expressões da sua personalidade humana”.

Trata-se de teoria com advento sobretudo na Alemanha após a Segunda Guerra Mundial (GODOY, 2019, p. 8)¹⁰⁰. Heinrich Hubmann (1967, p. 165 *apud* NERY; NERY JUNIOR, 2017, p. 73), a esse respeito, considera que a ordem jurídica “precisa realizar a tutela da personalidade em várias direções; precisa garantir condições que possibilitem a vida de todos em igualdade de oportunidade”, erigindo-se daí uma cláusula geral de tutela da personalidade.

Luiz Edson Fachin (2005, p. 53) ressalta que a ordem positiva brasileira contém uma tutela geral da personalidade justamente a partir da “disciplina constitucional de proteção integral da pessoa humana”, que se materializa “por meio do exame sistemático da dignidade humana e dos direitos fundamentais, em suas múltiplas dimensões”, daí porque “não é possível, na contemporaneidade, se fazer uma análise mais ampla dos direitos da personalidade desvinculada de um exame de proteção da dignidade humana e dos direitos a ela correlatos”.

A crítica à teoria monista ressalta a insegurança que seria causada por um direito geral de personalidade, “porquanto demasiado elástico seu elastério, permitindo direta aplicação sem

⁹⁹ Eduardo Cambi e Jairo Néia Lima (2015, p. 155-156) ressaltam que “a potencialidade transformadora da Constituição é amesquinçada quando não se considera a existência de uma eficácia mínima e autônoma dos direitos e garantias fundamentais”, de modo que a força normativa da Constituição a expande como “*centro unificador* do direito infraconstitucional”, atingindo-o “com os ideais igualitários e solidarísticos, exigindo a releitura de conceitos e institutos tradicionais, elaborados em outro contexto social e axiológico”.

¹⁰⁰ Atalá Correia, Fábio Jun Capucho e Anna Ascensão Verdadeiro de Figueiredo (2019, p. 29), ressaltam que a Lei Fundamental na Alemanha, no artigo 2º e o Código Civil português, no artigo 70, inciso I, ao estabelecerem uma proteção ampla à personalidade, contemplam um “direito geral da personalidade”, permitindo, a um só tempo, “a proteção da vida, da liberdade, da integridade moral, física e psíquica, ao nome, à voz, à imagem, à privacidade, dentre outros”.

qualquer maior precisão de seu âmbito de incidência, favorecendo – antes de evitá-los – o surgimento de conflitos” (GODOY, 2019, p. 9). Portanto, em contraposição, a teoria pluralista apregoa “a existência de vários direitos da personalidade, de forma que cada um corresponda a uma necessidade ou exigência específica” da pessoa humana, que, a rigor, apesar de constituir ser único, possui necessidades distintas, que devem ser enfrentadas separadamente (NAVES; SÁ, 2017, p. 36). Adriano de Cupis (2008, p. 32-33) destaca a pluralidade de direitos da personalidade, defendendo não haver na pessoa um só bem, mas “vários bens distintos, na vida, na honra, na identidade e outros”, sendo idêntico o posicionamento de Jaime Octávio Cardona Ferreira (2015, p. 228).

Atalá Correia, Fábio Jun Capucho e Anna Ascensão Verdadeiro de Figueiredo (2019, p. 30), mesmo reconhecendo entendimentos contrários, conforme há pouco anotado em FACHIN (2005, p. 53), defendem não haver no ordenamento jurídico brasileiro uma norma tão ampla que possa concretizar a teoria monista.

A verdade é que não há consenso na doutrina acerca da concepção monista ou pluralista para os direitos da personalidade (CORREIA; CAPUCHO; FIGUEIRERO, 2019, p. 30), mas não há muita dúvida de que, no plano da sua efetivação, poucas diferenças decorrem considerar-se a teoria monista ou a pluralista pautada em uma tipificação aberta (*numerus apertus*)¹⁰¹, já que em ambas incide plena a dignidade da pessoa humana.

Vaneska Donato de Araújo (2015, p. 101) sobre isso menciona, à luz da ordem jurídica brasileira, é adequado contar, de um lado, “com uma cláusula geral de personalidade, para abranger situações inéditas e novas violações de direitos ainda não previstas pelo legislador e recentes do ponto de vista social”¹⁰² e, de outro, com normas específicas para os direitos da personalidade consagrados, previstas no texto constitucional e na legislação infraconstitucional.

Na mesma senda, Davi Amaral Hibner (2019, p. 32-33) sublinha o conceito jurídico indeterminado contido no artigo 12 do Código Civil, instituído pela Lei n. 10.406/2002, possibilitando proteção ampla dos aspectos fundamentais da pessoa humana, “na medida em que caberá ao juiz, diante do caso concreto, definir se o interesse em jogo é ou não merecedor de tutela, ainda que inexista previsão legal expressa para resguardá-lo”, sendo que, para esses

¹⁰¹ Conforme Bruno Torquato de Oliveira Naves e Maria de Fátima Freire de Sá (2017, p. 37), esta é a opção adotada pelo legislador brasileiro na Lei n. 10.406/2002 (Código Civil). Aliás, Taisa Maria Macena de Lima e Maria de Fátima Freire de Sá (2015, p. 9, *apud* NAVES; SÁ, 2017, p. 37), inclusive ressaltam que a adoção de uma tipificação fechada “seria mesmo inconstitucional, posto que a hermenêutica jurídica contemporânea parte da premissa de que a ordem jurídica é um sistema aberto de normas, podendo abarcar novas construções jurídicas de proteção à pessoa”.

¹⁰² O princípio da dignidade humana, assim, se apresenta como “fonte de direitos não enumerados” (SARMENTO, 2019, p. 77).

casos, encontra-se o amparo da cláusula geral de tutela da pessoa humana e da personalidade – a dignidade humana – prevista no inciso III do artigo 1º da Constituição de 1988.

Quanto a esse aspecto, de fato, muitos direitos podem ser extraídos do significado do princípio da dignidade da pessoa humana¹⁰³, dada sua fundamentalidade social e jurídica¹⁰⁴. Luís Roberto Barroso (2016, p. 66) assinala que a dignidade humana funciona “como uma fonte de direitos – e, consequentemente, de deveres –, incluindo os direitos não expressamente enumerados, que são reconhecidos como parte das sociedades democráticas maduras”. Daniel Sarmiento (2019, p. 86-88) ressalta que o reconhecimento de direitos fundamentais não contemplados no texto constitucional representa “função importantíssima” do princípio da dignidade da pessoa humana, que, “nessas situações, funciona como uma fonte adicional de direitos ou como uma espécie de ‘direito-mãe’, do qual se extraem direitos mais específicos não enumerados no texto constitucional”¹⁰⁵.

Diante desse arcabouço, enfim, demonstrado que os direitos da personalidade são direitos fundamentais, João Batista Lopes e Maria Elizabeth de Castro Lopes (2015, p. 292) sublinham seu assento na Constituição Federal de 1988, no *caput* do artigo 5º – inviolabilidade do direito à vida – e no inciso X, que aduz à inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas. Anderson Schreiber (2014, p. 14) grifa idêntico cenário: “a maior parte dos direitos da personalidade mencionados no Código Civil brasileiro (imagem,

¹⁰³ Com efeito, “a liberdade em suas variadas manifestações – de iniciativa, de expressão, de associação, de crença etc. –, a autonomia individual, a participação política, a integridade física e moral, dentre outros, são elementos indissociavelmente ligados ao conceito de dignidade humana” (BARCELLOS, 2011, p. 237).

¹⁰⁴ A fundamentalidade social de um enunciado normativo “nada mais é que seu grau de importância e relevância social”, como é o caso da dignidade da pessoa humana. A fundamentalidade jurídica evidencia o grau de importância retratado pelo próprio ordenamento jurídico, a exemplo das matérias abordadas no texto constitucional, “exatamente porque são consideradas mais relevantes, mais fundamentais que as que formam o objeto da ordem infraconstitucional” (BARCELLOS, 2011, p. 140-143). Em sentido análogo, Ingo Wolfgang Sarlet (2018, p. 75-76), destaca a fundamentalidade formal (jurídica) “ligada ao direito constitucional positivo” por conta de determinados direitos estarem no ápice do ordenamento jurídico, o que lhes dá caráter supralegal, “submetidos aos limites formais (procedimento agravado) e materiais (cláusulas pétreas) da reforma constitucional”, cuidando-se de normas “diretamente aplicáveis e que vinculam de forma imediata as entidades públicas e privadas”. Além disso, a análise do seu conteúdo revela a fundamentalidade material dos direitos, “isto é, da circunstância de conterem, ou não, decisões fundamentais sobre a estrutura do Estado e da sociedade, de modo especial, porém, no que diz com a posição nestes ocupada pela pessoa humana”.

¹⁰⁵ Além de fonte adicional de direitos, Daniel Sarmiento (2019, p. 77-88) ressalta que o princípio da dignidade da pessoa humana na ordem jurídica brasileira possui as seguintes funções: (a) *fundamento da ordem jurídica e da comunidade política*, tanto que consagrado no artigo 1º, inciso III, da Constituição de 1988, legitimando a existência do Estado e da ordem jurídica em função da pessoa e não o contrário, sobressaindo disso a democracia e o respeito aos direitos humanos; (b) *papel hermenêutico*, porquanto a dignidade humana perpassa praticamente todos os direitos fundamentais, sendo natural balize sua respectiva interpretação, bem como a interpretação de todas as normas constitucionais e infraconstitucionais; (c) *critério para ponderação*, empregando peso superior *prima facie* aos bens jurídicos mais importantes aos interesses a ela mais afeitos; (d) *limitação dos direitos fundamentais*, para preservar dignidade humana de um terceiro e do próprio titular; (e) *parâmetro para o controle de atos estatais e dos particulares*, sendo inválidos os que ofenderem a dignidade humana; e (f) *identificação de direitos fundamentais*, reconhecendo a fundamentalidade de direitos que não estejam inseridos no catálogo constitucional, na própria Carta Magna ou em outros documentos normativos.

honra, privacidade) encontram previsão expressa no art. 5º do texto constitucional”, e mesmo aqueles não referidos pelo código civil derivam do artigo 1º, inciso III do texto constitucional.

Clara Heinzmann e Zulmar Fachin (2010, p. 218-219) destacam não haver dúvida de que, calcados que estão na dignidade da pessoa humana, os direitos da personalidade, caracterizados como direitos subjetivos públicos, encontram suporte na Constituição Federal de 1988, e, uma vez que se desenvolvem em compasso com a evolução social, merecem, por meio dos princípios fundamentais, uma tutela efetiva.

2. A TUTELA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

2.1- O ACESSO À JUSTIÇA E OS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Norberto Bobbio (2004, p. 23) assinala que principalmente após a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, que inseriu os direitos humanos num quadro normativo internacional, depois internalizado nos Estados, perde relevância a questão de fundamentá-los a partir do direito natural ou positivo¹⁰⁶, devendo haver, isto sim, uma “ampla e escrupulosa realização dos direitos proclamados”, vez que “o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas de protegê-los”. É o que vale, também, para os direitos da personalidade.

Assim, estando evidenciado que esses direitos possuem fundamentalidade, integrando os direitos fundamentais, eleva-se a necessidade de vê-los efetivados; de haver, sobre eles, uma tutela ampla e efetiva (HEINMANN, FACHIN, 2010, p. 218-219)¹⁰⁷.

Nesse desiderato, sob o pálio do Estado Democrático de Direito, o acesso à justiça detém grande relevância para a tutela dos direitos da personalidade. Não se pode olvidar que “a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação”. Por tal razão, o acesso à justiça representa um “requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos” (CAPPELLETTI; GARTH, 2015, p. 8-12). É o que também ressalta Ana Paula de Barcellos (2011, p. 303) tendo no acesso à justiça um “elemento instrumental e indispensável da eficácia positiva e simétrica reconhecida aos elementos materiais do mínimo existencial” do princípio da dignidade da pessoa humana.

Evidentemente que o acesso à justiça – inclusive para a tutela dos direitos da personalidade – não está restrito ao acesso ao Judiciário (FUX; BODART, 2019, p. 27). Renata Aparecida Follone e Rúbia Spirandelli Rodrigues (2015, p. 389) ressaltam que o acesso à justiça deve ter interpretação ampla, cabendo ao “aparato estatal [...] oferecer mecanismos com a possibilidade de ampliar o acesso à justiça, não apenas por meio da procura pelo judiciário”.

¹⁰⁶ Também destacando certo esvaziamento da discussão acerca da natureza dos direitos da personalidade, Adriano de Cupis (2008, p. 26) ressalta que “a herança histórica da escola do direito natural sobrevive na transformação de muitos dos seus princípios em normas de direito positivo”, ou seja, “a evolução do Estado moderno deu força jurídico-positiva aos direitos que em outros tempos eram concebidos como preexistentes ao estado social”, de tal maneira que se dizem inatos os direitos da personalidade porquanto o ordenamento jurídico os confere aos indivíduos “pelos simples fato de nascerem”.

¹⁰⁷ E tanto assim porque é por meio dos direitos da personalidade “que se pode falar em proteção dos aspectos fundamentais e constitutivos da pessoa humana” (HIBNER, 2019, p. 9).

Desta feita, a tutela efetiva dos direitos da personalidade não se dá apenas no âmbito jurisdicional, pois cabe ao Estado efetivar direitos também nas searas normativa e administrativa (MARINONI, 2017, p. 41)¹⁰⁸.

Isso assim porque ao acesso à justiça convergem vários caminhos que almejam a tutela de direitos, seja no âmbito judicial ou fora dele; ou seja, além da via jurisdicional, as atribuições estatais para garantir os direitos fundamentais “envolvem tarefas várias [...], cujas ações podem acontecer seja por meio de ações legislativas, seja por meio de ações concretas de execução de políticas públicas”¹⁰⁹, tudo para que o Estado “traga paz ao tecido social, e que amenize as crescentes necessidades que a sociedade contemporânea cultiva como ícones de seu tempo” (GOMES; RUIZ, 2015, p. 1-5).

No âmbito da tutela jurisdicional (recorte desta pesquisa), é também esse o papel do processo: conferir efetividade aos direitos consagrados na ordem jurídica, notadamente os direitos fundamentais e os direitos da personalidade, o que ocorre, no caso pátrio, a partir do inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal – “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (BRASIL, 1988, p. 4) –, regra reproduzida no artigo 3º da Lei n. 13.105/2015, que institui o Código de Processo Civil (BRASIL, 2015, p. 1), vindo daí “a garantia jurídica do acesso à Justiça, inviolável por qualquer poder constituído no âmbito do Estado” (BARCELLOS, 2011, p. 342)¹¹⁰.

Pedro Faraco Neto (2015, p. 374) acrescenta que a efetivação dos direitos a partir do campo processual somente se realiza quando o seu titular efetivamente possa usufruí-los no mundo dos fatos, conforme emergem da ordem jurídica e do norte constitucional. Ao encontro disso, Antônio Carlos Gomes e Ivan Aparecido Ruiz (2015, p. 2-13) assinalam que a realização

¹⁰⁸ Com efeito, acrescenta-se, em Luiz Guilherme Marinoni (2017, p. 22-23), que “além da tutela jurisdicional, os direitos encontram outras formas de tutela ou proteção por parte do Estado”, sobremaneira os direitos fundamentais, posto que “enquadrados em uma dimensão multifuncional, exigem prestações de proteção”, ou seja, “fazem surgir ao Estado o dever de protegê-los”, que certamente não se restringe à tutela jurisdicional, abarcando as tutelas normativas e administrativa (p. 41). Davi Amaral Hibner (2019, p. 43), sublinha que sendo fundamento da República Federativa do Brasil, a observância do princípio da dignidade da pessoa humana “vincula as políticas públicas, e elaboração e a interpretação das leis, que devem ser direcionadas à finalidade precípua de se tutelar, com dignidade, a pessoa humana. Enfim, no exercício das suas respectivas atividades, os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário devem se pautar pela proteção do ser humano”. De mais a mais e ao encontro das ondas renovatórias propostas por Mauro Cappelletti e Bryan Garth (2015, p. 81-87), o legislador pátrio, no artigo 3º da Lei n. 13.105/2015 (Código de Processo Civil), possibilita a arbitragem e os meios consensuais para a tutela de direitos, resguardando-se, também nesta senda, o acesso à justiça.

¹⁰⁹ Destaque-se, a título de exemplo, as propostas de políticas públicas para o fomento do acesso à justiça propostas por Luiz Fux e Bruno Bodart (2019, p. 41-48), com base em análises econômicas.

¹¹⁰ A despeito de não ser a única via para o acesso à justiça, Ana Paula de Barcellos (2011, p. 341) destaca a importância do Judiciário na consecução desse mister no Estado Democrático de Direito, porquanto “é preciso existir uma autoridade que seja capaz de impor coativamente a obediência aos comandos jurídicos. Dizer que o acesso à Justiça é um dos componentes do núcleo da dignidade humana significa dizer que todas as pessoas devem ter acesso a tal autoridade: o Judiciário”.

substancial do direito, no processo, se dá quando o magistrado profere “decisão conforme os ditames constitucionais, em especial conforme os direitos fundamentais previstos no texto magno”, daí resultando, segundo Lenio Luiz Streck (2011, p. 328, *apud* GOMES; RUIZ, 2015, p. 15) uma resposta hermenêutica e constitucionalmente adequada.

Reforce-se esse ponto nodal do acesso à justiça a incidir sobre os direitos da personalidade (e dos direitos fundamentais em geral), pois é preciso reconhecê-los e efetivá-los conforme se encontram valorados no texto constitucional¹¹¹, sendo essa a hermenêutica adequada. Tanto assim que o acesso à justiça no âmbito do processo compreende o direito de receber decisão jurisdicional que se caracterize como “resposta adequada e que guarde conformação com os ideais democráticos representados pelos valores albergados pelo Poder Constituinte”, extraídos dos princípios constitucionais, notadamente o princípio da dignidade da pessoa humana (GOMES; RUIZ, 2015, p. 10).

Afastar-se desse campo seguro em matéria dos direitos da personalidade pode facilmente baralhar a percepção do próprio bem jurídico que se deve proteger¹¹², preterido por decisões que revelam padrões organicistas, utilitaristas, paternalistas ou mesmo moralistas, que ferem aspectos da dignidade da pessoa humana, tais como o seu valor intrínseco¹¹³ ou a autonomia¹¹⁴, e tudo isso a despeito de o julgador manifestar estaria protegendo referidos direitos.

¹¹¹ Ao encontro disso, George Sarmento Lins Júnior e Lucas Isaac Soares Mesquita (2019, p. 164) assinalam que no Estado Constitucional de Direito “o ordenamento jurídico e a interpretação das suas normas devem se orientar pelo conjunto de valores inscritos na Constituição”.

¹¹² Não se desconhece que por vezes é fugidia a percepção do bem jurídico que se deve proteger no âmbito dos direitos da personalidade. Veja-se o caso já emblemático do *lançamento de anão*: Anderson Schreiber (2014, p. 1-2), no âmbito dos direitos da personalidade, o toma como exemplo para demonstrar 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 passo que Daniel Sarmento (2019, p. 184-185) considera ter havido, sobre esse caso, uma decisão pautada pelo paternalismo, que avançou indevidamente sobre liberdades individuais e a autonomia privada, muito embora reconheça que o espetáculo proibido “contribuiria para reforçar na sociedade o estigma já existente contra os portadores de nanismo”.

¹¹³ Num contraponto, destaque-se desde logo (conforme se verá mais à frente), que “o valor intrínseco da pessoa não pode se transformar em discurso de legitimação do individualismo exacerbado”, devendo ser conciliado “com a alteridade, e com a dimensão comunitária e relacional da pessoa humana”. Enfim, “a dignidade humana não pode se converter em artifício retórico para legitimar invocações egocêntricas de direitos subjetivos, indiferentes em relação ao *outro*” (SARMENTO, 2019, p. 133).

¹¹⁴ No campo de autonomia (a liberdade que cada indivíduo possui para realizar escolhas pessoais e existenciais, ou seja, sobre os seus modos de ser), Daniel Sarmento (2019, p. 136) destaca pode haver o influxo da dignidade da pessoa humana ora para a proteção dessa liberdade individual, nos casos de união estável e casamento entre pessoas do mesmo sexo, realização de aborto etc. – dignidade com autonomia – ora para limitá-la, nos casos de espetáculos eróticos, participação de portador de nanismo no já emblemático “lançamento de anão”, dentre outros, tendo-se aqui a dignidade com heteronomia. A análise dos casos em conflito pode ser intrincada, devendo-se aplicar a hermenêutica constitucional para se evitar decisões paternalistas ou perfeccionistas.

Deste modo, e por exemplo, “não é papel do Estado ou da sociedade definir como as pessoas devem conduzir suas próprias vidas”, razão pela qual os projetos existenciais de cada indivíduo, desde que não lesem direitos de terceiros, a rigor devem ser mantidos, “por mais que estes desafiem tradições e costumes enraizados ou desagradem as maiorias sociais” (SARMENTO, 2019, p. 146-147). Como se nota, é imperioso destacar que nesse tema o julgador não pode decidir de acordo com seus valores particulares, caindo em solipsismo¹¹⁵, ou mesmo transbordando os limites constitucionais, sob o risco de perder a legitimidade democrática e de incorrer num indevido decisionismo pautado pelo ativismo judicial.

Cândido Rangel Dinamarco (2001, p. 245-246, *apud* ALVIM, 2017, p. 26-27) ressalva que a realização do processo justo se faz pela garantia “de meios, pela observância dos princípios e garantias estabelecidas” e de “resultados, mediante a oferta de julgamento justos, ou seja, portadores de tutela jurisdicional a quem efetivamente tenha razão”, concluindo em relação aos resultados que o juiz não pode decidir mal, e “nem se admite que se aventure a decidir a causa segundo seus próprios critérios de justiça, sem ter empregado os meios ditados pela Constituição e pela lei”.

É dizer, ao julgar, principalmente na seara dos direitos fundamentais e dos direitos da personalidade, cabe ao magistrado “separar seus próprios valores individuais, internalizados por toda a sua vida, influenciado por uma série de fatores, tais como, os familiares, culturais, ideológicos, entre outros”, para assim atender aos valores constitucionais, “acolhidos e eleitos para toda a coletividade” (GOMES; RUIZ, 2015, p. 10).

O desvio do norte constitucional, e não só pelo Judiciário, de fato rompe o substrato democrático pelo desrespeito à autonomia pública manifestada pelos indivíduos¹¹⁶, ferindo o princípio da dignidade da pessoa humana¹¹⁷. Nesta linha, Antônio Carlos Gomes e Ivan Aparecido Ruiz (2015, p. 13-14), considerando que “o direito é uma produção interpretativa e no processo constam outras interpretações e não só a do juiz”, assinalam que somente após

¹¹⁵ De acordo com Fernando Vieira Luiz (2013, p. 54), esse solipsismo ocorre “aberta ou veladamente, de várias formas, possuindo, em comum, o fato de relegar a decisão à consciência ou à convicção pessoal do julgador”.

¹¹⁶ A democracia pressupõe, por meio da autonomia pública, “que cada pessoa tem o direito de fazer as suas escolhas políticas e de levá-las à arena pública por meio do voto ou da sua participação direta” (SARMENTO, 2019, p. 148).

¹¹⁷ Daniel Sarmento (2019, p. 140), ressalta que a autonomia privada trata da autodeterminação “de fazer as suas próprias escolhas de vida”, ao passo que a autonomia pública, relacionada com a democracia, “consiste no poder do cidadão de tomar parte nas deliberações da sua comunidade política”, ambas vitais para a dignidade da pessoa humana.

diálogo com as partes e eventualmente com terceiros¹¹⁸ (colhendo a interpretação de cada um deles), é que se pode extrair o julgamento.

O juiz, enfim, não é superlativo, devendo atuar hermeneuticamente em conjunto com os demais personagens do processo, fomentando, de forma democrática e cooperativa, o acesso à justiça no âmbito da relação processual¹¹⁹ e para além dela, concretizando a tutela jurisdicional. Em suma, o modelo constitucional impõe um processo democrático, coparticipativo, policêntrico, conduzido não só pelo juiz, mas por vários sujeitos¹²⁰ (CÂMARA, 2020, p. 12). Esse é o entendimento de Peter Härbele (2002, p. 12-34): numa sociedade plural, aberta e democrática, o juiz não é o único intérprete da Constituição, e, portanto, não é o protagonista do processo, cabendo partilhar essa interpretação a todos os destinatários da norma¹²¹, o que por certo traz solidez hermenêutica e maior efetividade aos direitos fundamentais e aos direitos da personalidade.

Vale a pena deixar bem marcado que também no campo da própria relação jurídica processual devem ser aplicados os direitos fundamentais e os da personalidade, garantidos por meio do princípio da dignidade humana nas suas dimensões negativa e positiva¹²². Considerando o ordenamento jurídico brasileiro a partir do norte constitucional e do artigo 8º da Lei n. 13.105/2015 (BRASIL, 2015, p. 1) – que determina que o juiz, ao exercer a atividade jurisdicional, deve resguardar e promover a dignidade da pessoa humana – Davi Amaral Hibner (2019, p. 44-45) destaca que “o processo deve ser compreendido como um meio para a efetivação da tutela dos direitos e de realização da pessoa humana” e não como instrumento a serviço do Estado e que “as partes não podem ser transformadas em simples objeto da atividade jurisdicional”, cabendo-lhes o direito de participar da construção da decisão, como dito logo acima¹²³.

¹¹⁸ Neste sentido, na ordem jurídica brasileira, a previsão do artigo 138 da Lei n. 13.105/2015, que institui o Código de Processo Civil (BRASIL, 2015, p. 23) a respeito da intervenção do *amicus curiae*, “considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia”.

¹¹⁹ Quanto a este aspecto, Mauro Cappelletti e Bryant Garth (2015, p. 13) ressaltam que o “‘acesso [à justiça]’ não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ele é, também, necessariamente, o ponto central da moderna processualística”.

¹²⁰ Ao encontro disso, o artigo 6º Lei n. 13.105/2015 (BRASIL, 2015, p. 1) consagra o princípio da cooperação de todos os atores do processo.

¹²¹ Tal partilha se faz quando o juiz amplia seu horizonte de subsídios para o julgamento de conflitos a ele submetidos, abordando inclusive situações de judicialização da política (ou da vida), mas sempre mantendo como norte e limite o cenário constitucional.

¹²² A dimensão negativa ou defensiva da dignidade da pessoa humana resulta no óbice imposto ao Estado, para que não a viole, ao passo que a dimensão positiva ou prestacional implica o dever do Estado de promovê-la (HIBNER, 2019, p. 43-44).

¹²³ No aspecto positivo da dignidade, tem-se, a uma, a permissão na lei processual, no § 1º do artigo 536 do Código de Processo Civil – Lei n. 13.105/2015 (BRASIL, 2015 p. 87), para que o juiz aplique medidas executivas atípicas para o cumprimento forçado dos deveres de fazer e não fazer, comumente relacionados ao resguardo de direitos

No mesmo passo, Alexandre Freitas Câmara (2020, p. 16) assinala que o juiz e os demais atores do processo devem “garantir respeito à dignidade humana, assegurando o valor intrínseco de cada vida que é trazida ao processo”, advertindo também “que os titulares dos interesses em conflito são pessoas reais, cujas vidas serão afetadas pelo resultado do processo e que, por isso mesmo, têm o direito de estabelecer suas estratégias processuais de acordo com aquilo que lhes pareça melhor para suas próprias vidas”.

2.2- A TUTELA JURISDICIONAL DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Os bens que compõem os direitos da personalidade, evidentemente, podem ser violados, podendo sobrevir danos patrimoniais e extrapatrimoniais à pessoa. Mas é importante atentar que “o dano não é a violação do bem jurídico, mas, sim, a consequência decorrente desta violação”, que reduz o seu valor¹²⁴, razão pela qual pode haver ato ilícito (lesão ao direito) do qual não resulte necessária ou imediatamente um dano (HIBNER, 2019, p. 52-53)¹²⁵.

Conforme se verá, eis aí um aspecto importante da tutela jurisdicional para com os direitos da personalidade, qual seja, para além das tutelas repressivas, deve-se atuar primordialmente de forma preventiva, para impedir a própria lesão e restaurar a vontade da norma (impedindo a ocorrência do dano, muitas vezes de difícil reparação) ou, ainda, de remover a lesão ao direito.

Bruno Torquato de Oliveira Naves e Maria de Fátima Freire de Sá (2017, p. 50-53) ressaltam que da lesão aos bens jurídicos que compõem os direitos da personalidade pode resultar (a) dano material emergente, a exemplo da “violação de uma patente ou na violação do direito autoral”, bem como (b) lucros cessantes¹²⁶, como se vê “do esportista que teve falsa

da personalidade, e, a duas, o autorregramento processual (conforme consta do artigo 190 do mesmo códex – p. 32). A Lei n. 13.105/2015 ainda contém outras regras relacionadas ao direito da personalidade, tais como o direito das pessoas de comunicarem-se em audiências por meio da Língua Brasileira de Sinais (inciso III do art. 162), a imposição ao Poder Judiciário do dever de adotar medidas para que as pessoas com deficiência tenham acesso aos meios de comunicação processual (artigo 199) e a vedação, prevista no § 2º do art. 469, de pergunta vexatória à testemunha. (HIBNER, 2019, p. 44-45).

¹²⁴ O campo dos direitos da personalidade está na dignidade da pessoa humana (HIBNER, 2019, p. 53).

¹²⁵ Referida percepção, de acordo com Luiz Guilherme Marinoni (2017, p. 24-25), é essencialmente importante quando se trata da tutela jurisdicional dos direitos fundamentais, visto que as suas respectivas normas de proteção “não são atributivas de direitos, mas impositivas ou proibitivas de condutas, partindo da consideração de que determinadas condutas devem ser impostas ou proibidas para que os direitos fundamentais sejam tutelados”. Tais normas, portanto, quando violadas (para além da tutela ressarcitória ao indivíduo, quando cabível), exigem forma de tutelas diversas daquelas que costumam ser dadas ao cidadão diante do ilícito danoso. Deste modo, a tutela cabível diante da violação de uma tal norma de proteção será aquela “capaz de fazer valer o próprio desejo da norma descumprida”.

¹²⁶ O preceito normativo do artigo 402 do Código Civil, Lei n. 10.406/2002 (BRASIL, 2002, p. 33), neste sentido, ressalta que, salvo exceções, “as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar”.

notícia atribuída a seu nome, ferindo a imagem de pessoa saudável e exemplar, causando-lhe a diminuição de contratos de marketing esportivo”. Podem ocorrer também (c) dano moral, sendo prescindível para a sua ocorrência tenha havido qualquer sobressalto psicológico (raiva, tristeza e humilhação, por exemplo) e (d) dano estético, que, de seu turno, “é a lesão que atinge o corpo humano, causando cicatrizes, deformações ou aleijões”.

Davi Amaral Hibner (2019, p. 54-61) igualmente destaca que apesar de os modos de ser da pessoa não detenham dimensão econômica, a violação da integridade psicossomática, moral e intelectual acarreta-lhe, eventualmente, um dano material e, fatalmente, um dano moral *in re ipsa* ou *ipso facto*, assim porque, diante da violação a um direito da personalidade, “o dano extrapatrimonial estará configurado pela simples ofensa aos bens jurídicos personalíssimos, independentemente dos sentimentos negativos (e subjetivos) possivelmente gerados no íntimo da vítima”.

É justamente por conta desse cenário que se eleva a tutela jurisdicional para dar vazão e efetiva proteção aos direitos da personalidade. Mas essa tutela, como antes delineado, deve ser analisada a partir do ordenamento jurídico e do norte constitucional, assentados no princípio da dignidade da pessoa humana. Do contrário, não raro, baralha-se o próprio bem jurídico a proteger ou mesmo a forma de fazê-lo.

Davi Amaral Hibner (2019, p. 66) menciona que a tutela jurisdicional compreende “(i) os resultados produzidos pelo processo no plano do direito material e (ii) os meios adequados para concretizar esses resultados, isto é, para se atingir a efetiva proteção dos direitos da personalidade, atributos fundamentais da pessoa humana”. A tutela jurisdicional, com efeito, consagra a efetivação do direito no plano material (leia-se: sua eficácia positiva) e isso materializado pelos meios adequados estabelecidos no ordenamento jurídico.

Evidentemente que para o cumprimento desses misteres é essencial que o processo se debruce sobre a relação material, para prover as tutelas dos direitos dali emergentes¹²⁷. Por essa razão, “pretender que o processo seja neutro em relação ao direito material é o mesmo que lhe negar qualquer valor”, ou seja, ao mantê-lo afastado do plano material, deixa-se “de atender às necessidades de proteção ou de tutela reveladas pelos novos direitos e, especialmente, pelos direitos fundamentais”; enfim, “outorgar à jurisdição o escopo de tutela dos direitos é imprescindível para dar efetividade aos direitos fundamentais” (MARINONI, 2017, p. 22).

¹²⁷ De acordo com Luiz Guilherme Marinoni (2017, p. 26), falar em tutela jurisdicional de direitos significa adotar uma “postura dogmática que retira o foco das normas ditas atributivas de direitos para jogar luz sobre a esfera das tutelas, local em que se encontram as formas de tutela ou de proteção que os direitos reclamam quando são violados ou expostos a violação”. Anota, ainda, que as formas de tutela dos direitos decorrem do direito material, que passa pelos direitos ali consagrados e suas necessidades, para somente então encontrar formas de atendê-los.

Mas não foi sempre assim. Como já dito nas partes iniciais desta pesquisa, à luz de uma sociedade organicista pouco espaço havia, ou há, para uma efetiva tutela dos direitos humanos e dos direitos da personalidade em especial, porquanto a concepção de preponderância do corpo social esvazia (quando não nulifica) a atenção ao indivíduo – em muitas situações não havia o que tutelar – conforme se vislumbra, por exemplo, nos Estados autoritários¹²⁸.

Entretanto, mesmo sob a égide do individualismo, no Estado liberal que se eleva a partir das revoluções de 1776 e 1789, igualmente não se viu um ambiente adequado para a efetiva tutela dos direitos da pessoa.

Isso porque, nesse momento histórico, a ordem jurídica se pautou em manter as conquistas sobretudo econômicas da classe burguesa bem como em obstar avanço autoritário do Estado sobre as liberdades individuais (vindo daí a igualdade formal), o que se refletiu no campo do processo civil, que, naquela altura, não cogitava de uma tutela preventiva dos direitos, pois isso viria de encontro à vontade do demandado, resultando num constrangimento indevido realizado pelo Estado¹²⁹.

O *establishment*, pautado em uma economia liberal clássica, se preocupava sobremaneira em manter os mecanismos de mercado, considerando os direitos “como coisas dotadas de valor de troca”, razão pela qual, havendo o ilícito, tinha-se por “suficiente a prestação de tutela ressarcitória pelo equivalente ao valor do dano ou da prestação inadimplida”. Ora, se o bem malferido equivaler-se-ia a uma grandeza pecuniária, não haveria razão para outro tratamento (MARINONI, 2017, p. 50-51). Eduardo Lamy (2018, p. 39) igualmente detecta “uma tutela eminentemente liberal clássica, que via no sistema dos direitos a noção de que todos eles possuíam um equivalente pecuniário”.

¹²⁸ Em relação a esse ponto, Daniel Sarmiento (2019, p. 118), destaca que no organicismo “se prioriza a comunidade em detrimento dos indivíduos, partindo-se muitas vezes da premissa de que a realização dos fins coletivos por meio da atuação do Estado pode e deve se sobrepor à garantia dos direitos das pessoas”. Num recorte histórico desse cenário, Eduardo Cambi e Jairo Néia Lima (SIQUEIRA; RUIZ; et. al., p. 152) destacam o exemplo do Estado Absolutista, pautado pela “prevalência absoluta da vontade do soberano”, razão pela qual “não garantia qualquer liberdade ou proteção aos cidadãos em face das arbitrariedades do poder político”.

¹²⁹ Luiz Guilherme Marinoni (2017, p. 51-53), quanto a isso, acrescenta que a prestação de “uma tutela jurisdicional anterior à prática de qualquer ato contrário ao direito era vista como inconcebível interferência estatal sobre a esfera da liberdade e da autonomia do indivíduo”. Demais disto, para a doutrina processual clássica, “a sentença declaratória prestava a tutela preventiva”, e em importante medida tal ilação justificava a abstração que se queria conferir ao direito processual em relação ao direito material, argumentando-se que “a existência de uma sentença (declaratória) anterior à violação demonstrava autonomia da ação, uma vez que nessa hipótese o autor não precisaria ter direito violado para exercer o direito de ação”. Tal cenário evidentemente não se sustenta, a sentença declaratória “não tem capacidade para inibir o ilícito ou tutelar de forma realmente preventiva dos direitos”.

Evidentemente que esse estado de coisas, baseado no ter e não no ser, deu proeminência apenas formal à pessoa humana, considerando-a abstratamente e não de forma ontológica¹³⁰. Daí porque, a despeito estariam resguardadas a liberdade e a autonomia da vontade, ficaram sem proteção vários direitos da personalidade (e bem assim outros direitos da pessoa), pois não há como realizar efetiva tutela de questões existenciais tão somente numa dimensão patrimonial, diagnóstica e retrospectiva (ou seja, tomada somente a partir do dano e não antes, hipótese em que se evitaria a própria lesão a um bem jurídico)¹³¹. Enfim, esse ambiente inóspito para a efetiva tutela dos direitos da personalidade decorria da inviabilidade, a partir daquela ordem jurídica, de se conferir tutelas preventivas.

Não há negar tal cenário representava o espírito daquele tempo e quando se tem que “o bem jurídico jurisdicionalmente tutelável é uma coisa dotada de valor de troca, e que o juiz deve ter os seus poderes limitados para não interferir na esfera privada, o processo não só não precisa, como não deve exercer função preventiva”. Em suma, nesta época, o processo civil não se preocupava com a tutela preventiva dos direitos (MARINONI, 2017, p. 50-54).

Referido ambiente, no Estado Liberal, coincide e de certa maneira conforma a chamada fase autonomista ou conceitual do direito processual¹³², caracterizada pelo distanciamento entre o direito material e o direito processual¹³³, distanciamento esse que, “embora importante para

¹³⁰ Tratando do ambiente constitucional brasileiro, Daniel Sarmento (2019, p. 98) destaca que a concepção de pessoa no Estado Democrático de Direito (paradigma mais refinado do que o liberal clássico) deve abranger a “pessoa encarnada, que também tem corpo e sentimentos, que experimenta necessidades materiais e psíquicas e está enraizada numa cultura, imersa em relações intersubjetivas que são essenciais para a definição do conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana”. De acordo com Eduardo Cambi e Jairo Néia Lima (2015, p. 157), esse é o diferencial que faltou ao Estado Liberal que emerge das revoluções de 1776 e 1789, pois a concepção de proeminência do indivíduo se fez formal, abstrata e, portanto, ineficaz, desconsiderando a “noção de integração do homem na sociedade, nos movimentos sociais, nas ideologias em confronto, na revolução tecnológica etc.”.

¹³¹ É que, conforme depois se compreendeu, os bens jurídicos relacionados aos direitos da personalidade geram um interesse que não pode ser dimensionado por uma grandeza pecuniária (preço), mas de dignidade – eis aqui um imperativo categórico kantiano – porquanto se referem a aspectos existenciais da pessoa (biológicos, espirituais e afetivos). Daí porque a lesão aos direitos de personalidade reduz a dignidade da vítima, gerando prejuízo não-econômico, danos extrapatrimoniais, ainda que se admita possam eventualmente sobrevir também reflexos patrimoniais. (HIBNER, 2019, p. 52-62). De mais a mais, “é muito mais salutar buscar um instrumento que evite a própria ocorrência do prejuízo do que tentar compensá-lo posteriormente ou reduzir-lhe os efeitos” (NAVES; SÁ, 2017, p. 48).

¹³² Segundo Fernando da Fonseca Gajardoni (2012, p. 13), foi a partir do século XIX, em Von Bülow – na *Teoria dos pressupostos processuais e das exceções dilatórias*, a primeira obra científica sobre direito processual – e das “discussões travadas antes na Alemanha por Windscheid e Muther sobre a natureza jurídica da ação”, que “o fenômeno processual passou a ser visualizado de modo autônomo ao direito material”, rompendo com a fase sincretista, civilista ou imanentista do direito processual, que o via “como uma faceta do direito material, um apêndice deste”. Eduardo Lamy (2018, p. 37) destaca em Von Bülow a percepção da “existência de uma relação jurídica de direito processual distinta da relação jurídica de direito material”. A partir desse momento, com a “compreensão do direito processual como ramo autônomo da ciência jurídica”, nasce o processualismo científico que, a partir de Giuseppe Chiovenda, reuniu adeptos tais como Callamandrei, Carnelutti, Libman e, no Brasil, Alfredo Buzaid (LAMY, 2018, p. 37).

¹³³ A mencionada inexistência de tutela inibitória prevista na ordem jurídica, deslocando tal função para a sentença declaratória foi utilizada pela doutrina como argumento “de que a existência de uma sentença (declaratória)

o próprio desenvolvimento do direito processual civil como ciência”, o deixou (conforme acima se mencionou) estéril e sem valor: “as discussões processuais sem relação com o direito material a que visam proteger tornam o processo civil uma técnica vazia, sem utilidade prática ou real” (GAJARDONI, 2012, p. 13-14). O direito processual prendeu-se “num culto exagerado às formas”, obstando-se a efetiva e justa realização dos direitos (DEBONA, 2017, p. 12-14).

A partir do século XX, as transformações sociais levaram à formação de novas situações jurídicas que pressionaram o ordenamento jurídico, o processo civil em especial, para viabilizar novas formas de tutela¹³⁴.

Resultado disso, segundo Luiz Guilherme Marinoni (2017, p. 56-57), levou, no Brasil e em outros países, como a Itália, num primeiro momento, a um emprego desvirtuado da tutela cautelar (a cautelar inominada), posto que, formatada no Estado Liberal como tutela de segurança aplicável após a ocorrência do dano ou do ilícito, a tutela cautelar passou a ser utilizada “como técnica de sumarização do processo de conhecimento” para assim dar vazão a uma antecipação do próprio direito ventilado, empregando inclusive meios indutivos “para constranger o demandado a não fazer, ou melhor, para inibir a violação de um direito”. De fato, diante da morosidade do procedimento ordinário, “utilizava-se a tal cautelar não apenas como meio para assegurar a eficácia do longínquo julgamento de mérito obtido ao final do processo de conhecimento, mas também como forma de sumarizar os resultados do processo” (LAMY, 2018, p. 39).

Ponto importante a destacar nesta quadra histórica, de acordo com Lorian Zanuttigh (1983, p. 281 *apud* MARINONI, 2017, p. 57-58) foi justamente “o uso da cautelar inominada na tutela [provisória e satisfativa] dos direitos da pessoa”, criando-se assim, naquela altura, “um modelo de tutela mais avançado e eficaz, com resultados de incisa aderência à especificidade dos direitos da pessoa”. Tal também ocorreu no Brasil, tendo sido utilizada a ação cautelar inominada “para dar tutela aos direitos da personalidade, acabando por assumir a configuração de ação autônoma satisfativa”, para impedir lesão a direito à honra e à imagem, por exemplo (MARINONI, 2017, p. 59).

anterior à violação demonstrava a autonomia da ação, uma vez que, nessa hipótese o autor não precisaria ter direito violado para exercer o direito de ação” (MARINONI, 2017, p. 52-54).

¹³⁴ Segundo Eduardo Lamy (2018, p. 43), “a realidade e as necessidades da sociedade de massas, assim como a busca pela verdade e neutralidade científicas, levaram os estudiosos a reconhecerem os objetivos da efetividade, do acesso à justiça e da instrumentalidade como atuais norteadores do desenvolvimento do direito processual civil”.

Diante dessa constatação (muito em decorrência da crise do Estado Liberal¹³⁵) de que a atividade jurisdicional somente tem sentido como meio para a efetivação de direitos, em meados do século XX o processo adquire uma visão publicista, “com exaltação dos resultados práticos da prestação jurisdicional”, passando o juiz a atuar de forma mais ativa, tutelando direitos. Inaugura-se assim a fase instrumentalista do processo (DEBONA, 2017, p. 14-25).

Marcelo Negri Soares e Thais Andressa Carabelli (2019, p. 16), quanto a isso, sublinham que o extremismo do período autonomista do processo “levou à derrocada dessa fase e fez surgir outra, agora sob os ares do caráter instrumentalista e teleológico, colocando o processo, embora dotado de autonomia científica, em seu devido lugar, como meio de outorgar um amplo acesso à justiça”¹³⁶. É dizer, “sem renúncia à sua autonomia científica, o processo passou a ser investigado extrinsecamente, como meio de acesso à Justiça, algo que seria impossível de ocorrer sem a aferição dos seus resultados práticos e da capacidade dele em tutelar o direito material” (GAJARDONI, 2012, p. 14).

De seu turno, Eduardo Lamy (2018, p. 38-39) constata uma atual tendência de “retorno ao sincretismo” do direito processual civil, com uma “concepção de processo menos distante do direito material – e nem por isso menos autônomo – que possibilite melhor adequação do processo às necessidades existentes para a aplicação dos mais novos, ricos e diferenciados direitos materiais” e isso assim porque “o direito não pode constituir apenas aplicação de lógica formal às proposições jurídicas”, sendo que “o jurista possui um compromisso com a realidade social, a qual está acima das proposições teóricas essenciais”.

Neste ambiente despontam as tutelas jurisdicionais aos direitos da personalidade. No ordenamento jurídico pátrio, é o que atualmente se eleva a partir do inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal (BRASIL, 1988, p. 4): não se afastando do Poder Judiciário a apreciação de “lesão ou ameaça a direito”; e, também, no artigo 12 do Código Civil, Lei n. 10.406/2002 (BRASIL, 2002, p. 2), possibilitando “exigir que cesse ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras cominações previstas em lei”. João Batista Lopes e Maria Elizabeth de Castro Lopes (2015, p. 295)

¹³⁵ No âmago do Estado Liberal imaginou-se que o homem, longe das amarras de um Estado opressor, viveria enfim em prosperidade, alcançando o bem comum, mas, na verdade, foi o vaticínio de Thomas Hobbes que se confirmou: *homo homini lupus*. Ao longo do século XIX e principalmente a partir da Revolução Industrial, viu-se que o Estado liberal de então, sem qualquer salvaguarda, ao invés de libertar, aprisionava os vulneráveis (geralmente egressos do campo) que, “livremente”, se sujeitavam às condições aviltantes nas cidades, e tudo “com a chancela da ordem jurídica” (SCHREIBER, 2014, p. 2-4).

¹³⁶ Marcelo Negri Soares e Thais Andressa Carabelli (2019, p. 17) ainda destacam que esse movimento instrumentalista e teleológico do processo propiciou a constitucionalização do direito processual, por meio do princípio do acesso à justiça e do devido processo legal, do qual é derivado.

sublinham o direito do jurisdicionado de, em cada caso concreto, receber “o tipo de tutela jurisdicional adequado às chamadas situações de crise do direito material”.

Carlos Alberto Bittar (2015, p. 87-90) ressalta que a tutela dos direitos da personalidade no ordenamento jurídico brasileiro ocorre nas searas constitucional, penal e civil. No patamar constitucional, recebem as garantias previstas “na defesa da dignidade da pessoa diante dos poderes públicos”. Na tutela penal, contam “com a tutela repressiva, em sua preservação contra atentados advindos de outras pessoas, em ações tipificadas como crime (como os delitos contra a vida, a honra, a intimidade, o segredo, os direitos intelectuais)”. No plano civil, recebem tutela “por meio de instrumentos de preservação da pessoa no circuito privado, contra investidas de particulares e na salvaguarda de seus mais íntimos interesses, dentro da liberdade de autonomia próprias de cada ser”. Destaca que referidas tutelas podem vir pela “a) cessação de práticas lesivas; b) apreensão de materiais oriundos dessas práticas; c) submissão do agente à cominação de pena; e e) perseguição criminal do agente”, e especialmente no campo cível, cabíveis tutelas cautelares em caráter preventivo, tais como a busca e apreensão, notificações, protestos, e interpelações, para o fim, por exemplo, de retirar de circulação material lesivo e obstar ação ilícita. No plano das tutelas principais, cabíveis ações declaratórias, cominatórias de pena pela transgressão de preceito e reparatórias.

Bruno Torquato de Oliveira Naves e Maria de Fátima Freire de Sá (2017, p. 48-57) ressaltam que o ordenamento jurídico brasileiro dá ampla proteção aos direitos da personalidade, disponibilizando meios de atuação preventiva bem como para a remoção da respectiva violação desses direitos, punição do ofensor e reparação dos danos causados. No âmbito civil, desdobrando-se as tutelas: (a) inibitória, preventiva ou acautelatória e (b) indenizatória ou ressarcitória.

De encontro ao cenário sublinhado por ocasião do Estado Liberal, Bruno Torquato de Oliveira Naves e Maria de Fátima Freire de Sá (2017, p. 48-57) ainda destacam especial atenção às tutelas inibitórias, de forma preventiva ou acautelatória, mesmo de ofício, à luz do artigo 497 do Código de Processo Civil, Lei n. 13.105/2015 (BRASIL, 2015, p. 79)¹³⁷, para agregar “todos os instrumentos que permitam impedir que a lesão a direito de personalidade se concretize, se repitam ou tenham continuidade”, vez que “a própria ameaça a direito de personalidade pode ser considerada como ato antijurídico”. Além disso, pela tutela indenizatória, “trata-se de responsabilizar civilmente aquele que violou a situação subjetiva de personalidade, causando

¹³⁷ Aduz o referido artigo 497 do Código de Processo Civil que nas ação que trate de prestações de fazer e de não fazer, “o juiz, de procedente o pedido, concederá a tutela específica ou determinará providências que assegurem a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente”.

prejuízo físico e moral ao titular”, pautando-se pelo princípio da reparação integral, para assim reparar os danos material (emergente e lucro cessante), moral e estético.

Daniel Amaral Hibner (2019, p. 79-81) adotando “critério pela finalidade ou função”, identifica as seguintes tutelas para a proteção dos direitos da personalidade: (a) tutela ressarcitória-compensatória do prejuízo extrapatrimonial, atuando de forma repressiva e ressarcitória para amenizar os prejuízos extrapatrimoniais; (b) tutela ressarcitória-indenizatória do prejuízo patrimonial, atuando de forma repressiva e ressarcitória para a reparação de prejuízos patrimoniais, buscando eliminá-los; (c) tutela de exclusão do lucro da intervenção, atuando de forma preventiva, para desestimular a prática de ilícitos futuros, e repressiva, com a finalidade de “retirar do patrimônio do ofensor o lucro obtido em decorrência da violação dos direitos da personalidade da vítima, nos casos em que o proveito econômico auferido for superior ao dano”; (d) tutela inibitória, incidindo preventivamente em face da ameaça à violação do direito, para o fim de “evitar a prática do ato ilícito e, conseqüentemente, a ocorrência do dano”; (e) tutela cessatória, sendo espécie de tutela inibitória, atua preventivamente, para “evitar a continuação ou a reiteração do ato ilícito que se prolonga no tempo ou que não se exaure em apenas um ato”; (f) tutela reintegratória (ou de remoção do ilícito), atuando repressivamente, para “eliminar o ato ilícito e seus efeitos, retirando-os da realidade”; e (g) tutela restauratória (ou ressarcitória na forma específica), atuando repressivamente, para a “restauração do bem jurídico violado, com reparação dos prejuízos por meios não-pecuniários, para que seja restabelecido o *status quo ante*”¹³⁸.

Considerando a extrapatrimonialidade dos direitos da personalidade – sendo, portanto, insuscetíveis de apreciação econômica posto que vinculados à dignidade –, ganham relevância para a sua proteção as tutelas repressivas específicas (não-pecuniárias) e, sobretudo por conta da baixa efetividade da tutela repressiva para restaurar o bem lesado¹³⁹, destacam-se as tutelas específicas preventivas, inibitórias, dando vazão ao direito à uma efetiva tutela jurisdicional.

Ainda a respeito da tutela inibitória, João Batista Lopes e Maria Elizabeth de Castro Lopes (2015, p. 290-297) a abordam como espécie de tutela jurisdicional diferenciada, fundada no princípio geral da preservação, “que procura impedir a prática do ilícito sem levar em consideração a ocorrência, ou não, de dano”, por meio de obrigações de fazer e de não fazer,

¹³⁸ Ao tratar do inciso V do artigo 5º da Constituição Federal (BRASIL, 1988, p. 2), que assegura “o direito de resposta proporcional ao agravo”, Luiz Guilherme Marinoni (2017, p. 27) identifica a “tutela ressarcitória na forma específica, já que destinada a reparar o dano de modo específico, e não mediante o pagamento do equivalente em dinheiro ao seu valor”.

¹³⁹ É sabido que atentados à honra, imagem e privacidade “podem produzir danos extrapatrimoniais irreparáveis ou de difícil reparação”, uma vez que “não podem ser plenamente reparados apenas com soma em dinheiro, pois atingem atributos que não comportam apreciação econômica” (HIBNER, 2019, p. 186).

mostrando-se, enfim, adequada para a tutela dos direitos da personalidade. De outro lado, porém, ressaltam que a tutela inibitória não pode ser prodigalizada, cabendo ao juiz decidir com base em prova segura (ou provável, para o caso das tutelas provisórias) da potencial lesão a direito de personalidade, sempre exercendo a ponderação, ou seja, “sopesar os valores em jogo para adotar a solução mais adequada ao caso” (p. 299).

2.3- AS TUTELAS PROVISÓRIAS DE URGÊNCIA E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Conforme se avoluma a pesquisa, identificados os direitos da personalidade e bem assim caracterizadas sua essencialidade e fundamentalidade, é natural concluir devam receber tutela jurisdicional que se mostre efetiva.

Inclusive já se mencionou que sem a proteção desses direitos “a personalidade restaria uma susceptibilidade completamente irrealizada, privada de todo o valor concreto: direitos sem os quais todos os outros direitos subjetivos perderiam todo o interesse para o indivíduo” (CUPIS, 2008, p. 24).

Também se assinalou não cabe restringir a proteção dos direitos da personalidade à tutela repressiva indenizatória ou compensatória, vez que muitos desses direitos jamais serão tutelados a contento de forma retrospectiva, após a ocorrência da lesão e do dano.

Muito ao contrário disso, as características da sociedade contemporânea e todos os seus desdobramentos exercem tal pressão sobre a pessoa humana que muitos dos direitos da personalidade devem ser protegidos senão de forma preventiva e célere, pautados em probabilidade e execução¹⁴⁰, pena de se obstar o acesso à justiça¹⁴¹, pois o tempo no processo “não é apenas um indicativo da sua eficiência, mas, sim, um fator que pode, em certas situações de urgência, levar à imprestabilidade do provimento final” (FERREIRA; HOLZMEISTER, 2019, p. 3). De mais a mais, “é socialmente melhor evitar lesões do que repará-las; ou, se é impossível evitar a lesão, deve-se, ao menos, criar mecanismos para minimizá-la” (ALVIM, 2017, p. 29).

¹⁴⁰ Quanto a isso, Luiz Guilherme Marinoni (2017, p. 76), ressalta que é preciso compreender que a tutela dos direitos decorrente do Estado Democrático de Direito impõe “o dever de viabilizar as tutelas prometidas pelo direito material”. Deste modo, “o que se deseja evitar é que a inidoneidade técnica do processo ou a falta de compreensão constitucional do juiz impeçam a efetiva proteção das diferentes necessidades do direito material – como, por exemplo, a tutela preventiva (a tutela inibitória) de um direito da personalidade”.

¹⁴¹ Neste sentido, António Santos Abrantes Geraldes (1998, p. 87, *apud* ALVIM, 2017, p. 20) destaca deve ser efetivada a tutela antecipada “em situações em que os prejuízos emergentes da demora do processo definitivo superem os que resultem da concessão da medida cautelar”. É dizer, “a razoável duração do processo está fortemente relacionada como próprio acesso à Justiça” (ALVIM, 2017, p. 24).

Diante das complexidades sociais havidas notadamente a partir do século XX, foram revelados, a merecer proteção, novos direitos da personalidade¹⁴², o que fez elevar as tutelas provisórias, empregando técnicas cognitivas e executivas de sumarização do processo de conhecimento, para garantir efetividade a esses direitos. Desta feita, em decorrência da “imprescindibilidade da adaptação do sistema de proteção de justiça à evolução da sociedade”, rompe-se o dogma liberal clássico¹⁴³ contrário às tutelas preventivas e ao julgamento baseado em probabilidade, que impedia tutela jurisdicional antes de exaurida a cognição (MARINONI, 2017, p. 55-56).

Nesse ponto, Willian Santos Ferreira e Verônica Estrella V. Holzmeister (2019, p. 3) destacam a ineficácia do quadrinômio formado pelo (a) contraditório pleno, (b) decisão definitiva, (c) coisa julgada e (d) execução definitiva, concluindo que a tutela jurisdicional não pode provir apenas a partir do juízo de certeza. A realização do direito havida de forma estanque somente após o exaurimento da cognição – *nulla executio sine titulo* –, se mostrou insuficiente para a garantia de direitos (a exemplo dos direitos da personalidade) que muitas vezes dependem de celeridade para sua tutela efetiva, inclusive no sentido de se obstar a própria prática do ilícito ou para removê-lo.

Tanto assim o foi que diante dessa carência e enquanto não atuou o legislador na respectiva tutela normativa, viu-se (no Brasil e na Itália, por exemplo) o emprego da técnica cautelar para sumarizar o procedimento cognitivo, antecipando a própria satisfação do direito¹⁴⁴ (LAMY, 2017, p. 38-41). Neste sentir, “as necessidades de direito substancial impuseram a distorção da técnica cautelar para a obtenção da tutela satisfativa de modo antecipado”, tal qual se viu, por exemplo, diante das tutelas inibitória e de remoção de ilícito (MARINONI, 2017, p. 60-62).

¹⁴² Mencionou-se alhures que tanto por meio da teoria monista quanto por meio da pluralista com tipificação aberta admite-se sejam reconhecidos novos direitos da personalidade, decorrentes do princípio da dignidade da pessoa humana. Luís Roberto Barroso (2016, p. 66) e Daniel Sarmiento (2019, p. 86-88), dentre outros, assinalam que o princípio da dignidade humana se trata de fonte de direitos, incluindo os direitos não expressamente enumerados no texto constitucional.

¹⁴³ Luiz Guilherme Marinoni (2017, p. 55) ainda ressalta que a tutela antecipada era incompatível com o processo liberal, em decorrência da “falta de confiança no juiz”. Isto se deu em virtude do papel do Poder Judiciário vinculado à nobreza e ao clero no regime anterior, de modo que a Revolução Francesa o esvaziou, dando-lhe “feição passiva e neutra”, trazendo a percepção de que, se ao juiz cabia a função de “mero aplicador da lei”, tal desiderato não poderia ser cumprido senão pela cognição exauriente, pois aceitar a reforma de uma decisão provinda de probabilidade significaria aceitar “que a ‘justiça’ do juiz pode não ser a da lei”. Proibia-se assim qualquer restrição ao contraditório antecedente à decisão. Antônio Gomes de Vasconcelos e Marcelo Veiga Franco (2016, p. 40) igualmente ressaltam que por conta dos excessos cometidos no absolutismo monárquico em favor das classes dominantes, o Poder Judiciário teve atuação contida, cabendo o protagonismo ao Poder Legislativo, “na condição de órgão encarregado de inovar a ordem jurídica por meio da edição de leis escritas, ditava os rumos da interpretação e a aplicação do Direito e vinculava a atividade hermenêutica do Executivo e do Judiciário”.

¹⁴⁴ Com efeito, “o legislador tem criado técnicas fundadas na sumariedade da cognição com vistas a agilizar a prestação jurisdicional” (ALVIM, 2017, p. 20).

Conferia-se, então, pela técnica da cautelar, não uma tutela de segurança, assecuratória, mas sim satisfativa, ainda que não se reconhecesse abertamente esse alargamento (LAMY, 2017, p. 39). Especialmente em relação ao Brasil, Eduardo Arruda Alvim (2017, p. 261), destacou que antes da tutela normativa instituída pela Lei n. 8.952/1994, que incorporou a tutela antecipada genérica ao artigo 273 do Código de Processo Civil instituído pela Lei n. 5.869/1973, a garantia do amplo acesso à justiça prevista no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal, já conferia proteção a essas situações, o que de fato ocorria por meio da técnica das cautelares.

Como claramente se vislumbra, a efetiva tutela jurisdicional dos direitos, notadamente nos moldes atuais, depende não somente de juízo de certeza, mas também de juízo de probabilidade, “e, mais do que nunca, de execução” (MARINONI, 2017, p. 64)¹⁴⁵.

Neste panorama, sendo papel do Poder Jurisdicional, no Estado Democrático de Direito, não apenas reconhecer os direitos, mas principalmente tutelá-los no plano material, assomam imprescindíveis as tutelas provisórias.

Isto se dá, conforme Luiz Guilherme Marinoni (2017, p. 28), porque “o processo deve se estruturar de maneira tecnicamente capaz de permitir a prestação das formas de tutelas prometidas pelo direito material”. Eduardo Lamy (2018, p. 33) sublinha a “efetividade da tutela jurisdicional é a chave para a compreensão da necessidade de se modificar e adaptar o ordenamento legal processual às vicissitudes do direito material”.

Eduardo Arruda Alvim (2017, p. 19-23), de seu turno, destaca que “a tutela provisória vem ao encontro da necessidade de transpor obstáculos para a adequada entrega da prestação jurisdicional”, dentre eles o tempo, pois decidir aplicando a tutela jurisdicional somente após a cognição exauriente é ignorar completamente que o perigo de lesão ao direito, ou de dano, muitas vezes se mostra de tal maneira iminente e deletério que redundará na própria negativa ou imprestabilidade da prestação jurisdicional.

Pense-se, apenas para citar alguns exemplos relacionados ao recorte desta pesquisa, (a) na dilapidação ou desvio que o réu empreende em seu patrimônio na pendência de uma demanda de reparação de danos, cabendo então a tutela cautelar para o arresto de bens, vinculando-os ao processo para garantir a tutela ao direito de crédito; (b) na manutenção do nome de uma pessoa jurídica junto a cadastro restritivo no curso de uma demanda que busca

¹⁴⁵ Quanto a isso, Eduardo Arruda Alvim (2017, p. 59) menciona por ocasião da adoção da tutela provisória genérica no âmbito do Código de Processo Civil de 1973 – Lei n. 5.869/1973 (BRASIL, 1973) – já se rompia a segmentação entre o processo de conhecimento e o processo de execução, divisão essa “que é claramente o reflexo de uma concepção de segurança jurídica que deita suas raízes nos ideais do liberalismo”.

desconstituir o próprio contrato que deu origem a essa inserção, aplicando-se a tutela antecipada para desde logo obstar o cadastramento, possibilitando o acesso a crédito, essencial para o desenvolvimento das atividades empresariais; (c) na negativa de operadora de plano de saúde em realizar a cobertura de um procedimento cirúrgico assaz urgente, já preparado, na pendência de um processo que discute o alcance das suas obrigações contratuais, incidindo a tutela antecipada para determinar desde logo seja realizada a respectiva cobertura, resguardando a vida do autor-consumidor; e ainda (d) naqueles casos em que se quer obstar a circulação de obra jornalística com informações sabidamente falsas a respeito de uma determinada pessoa, cabendo a antecipação da tutela inibitória, ou mesmo (e) nos casos em que se quer retirar *outdoor* claramente injurioso a alguém, aplicando-se a antecipação de tutela para a remoção do respectivo ilícito. Não menos importante, (f) pense-se numa pretensão para impedir seja veiculada na mídia, em desfavor de determinada pessoa, informação atinente aos detalhes de seu relacionamento com seus próprios familiares – fruto da sua autonomia privada –, totalmente impertinente ao objeto da investigação criminal.

Conforme mencionado, no ordenamento jurídico brasileiro especificamente, as tutelas provisórias encontram guarida a partir da Constituição Federal, no artigo 5º, inciso XXXIV, alínea “a”, que assegura “o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa dos direitos ou contra a ilegalidade ou abuso do poder”; no inciso XXXV, enunciando que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”; no inciso LIV, assegurando “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”; e no inciso LXXVIII, que garante “a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” (BRASIL, 1988, p. 4-6). Em importante medida, portanto, a tutela jurisdicional provisória resulta de uma ponderação entre a efetividade da jurisdição, a segurança jurídica (aqui inserido o contraditório) e a razoável duração do processo, tudo a fim de garantir o direito e sua fruição àquele que o tem¹⁴⁶.

¹⁴⁶ Eduardo Alvim (2017, p. 43-44) destaca que a aplicação dessas normas deve ocorrer de forma harmônica (em ponderação, portanto) por ocasião da concessão das tutelas provisórias, tal qual ocorre, por exemplo, com a concessão liminar e *inaudita altera parte* de tutela antecipatória de urgência, prevalecendo no primeiro momento o acesso efetivo à justiça – tutela jurisdicional efetiva – reservando-se para um momento posterior à observância do contraditório. Eduardo Lamy (2018, p. 70) menciona que o juiz, ao decidir a concessão de uma tutela de urgência, “formula uma regra, a fim de conformar direitos fundamentais, efetuando, conseqüentemente, interpretações a respeito ao direito fundamental à segurança jurídica ou ao direito fundamental à segurança jurídica ou ao direito fundamental à efetividade da jurisdição”.

No Código de Processo Civil, Lei n. 13.105/2015, a matéria das tutelas provisórias está prevista¹⁴⁷ a partir das disposições gerais dos artigos 294 a 299 (BRASIL, 2015, p. 46-47)¹⁴⁸, destacando como tutelas provisórias as fundadas (a) na urgência (tutela antecipada e tutela cautelar¹⁴⁹), podendo ser concedidas de forma antecedente ou incidental (conforme previsão do parágrafo único do artigo 294), e (b) na evidência (tutela antecipada em face da evidência), concedida de forma incidental.

Demonstrando o mencionado imbricamento da cognição e da execução para o acesso à justiça, o legislador, no artigo 297 da Lei n. 13.105/2015 (BRASIL, 2015, p. 46), enuncia que o juiz “poderá determinar as medidas que considerar adequadas para a efetivação da tutela provisória”¹⁵⁰, a fim de que, enquanto não revogada ou modificada, conserve sua eficácia no curso do processo (artigo 296).

Diante desse frontispício, Alexandre Freitas Câmara (2020, p. 159) ressalta: as “tutelas provisórias são tutelas jurisdicionais não definitivas, fundadas em cognição sumária (isto é, fundadas em um exame menos profundo da causa, capaz de levar à prolação de decisões baseadas em juízo de probabilidade e não de certeza)”. Quanto a essa convicção de probabilidade, decide-se sacrificando o direito improvável em benefício do provável, ou seja, vale-se, o juiz, de uma probabilidade preponderante, “pois não há racionalidade em negar tutela a um direito que corre o risco de ser lesado sob o argumento de que não há convicção de verdade” (MARINONI, 2017, p. 145).

Willian Santos Ferreira e Verônica Estrella V. Holzmeister (2019, p. 3), por sua vez, sublinham “as tutelas provisórias de urgência são tutelas diferenciadas, fruto de cognição sumária” que acolhem situações nas quais “o Poder Judiciário precisa, de forma praticamente imediata, conceder uma tutela, em favor de uma das partes, sob pena de o provimento final do processo tornar-se inútil”, de tal forma que as tutelas provisórias de urgência “não apenas

¹⁴⁷ Eduardo Lamy (2018, p. 2) ressalta que a tutela provisória, no âmbito do Código de Processo Civil instituído pela Lei n. 13.105/2015, abrange, além das tutelas de urgência e de evidência ora referidas, também o cumprimento provisório de sentença e as decisões provisórias mencionadas nos artigos 536 a 538 desse códex.

¹⁴⁸ Muito por conta da resistência da doutrina e dos tribunais, sobre o tema, o legislador, por meio da Lei n. 8.952/1994, já havia inserido no Código de Processo Civil de 1973, no artigo 273, a tutela antecipada de urgência e de evidência diante de qualquer espécie de situação material litigiosa (MARINONI, 2017, p. 65-66).

¹⁴⁹ Ovídio Baptista da Silva (2000, p. 73, *apud* MARINONI, 2017, p. 79) menciona a tutela cautelar não como provisória, aguardando substituição pela decisão definitiva, mas sim temporária, já que persiste enquanto necessária a proteção, não do direito material em si, mas sim da tutela cabível para a proteção desse direito. Daí porque “a duração do arresto, por exemplo, não fica condicionada à emanção da sentença que venha a julgar procedente a ação condenatória. Ao contrário, se a sentença acolher a pretensão do autor que obtivera o arresto, essa medida será, a partir da sentença, mais justificada do que fora antes do julgamento”, uma vez que até a efetiva penhora do bem, lapso importante de tempo poderá transcorrer. Eduardo Lamy (2018, p. 2) também destaca, antes da Lei n. 13.105/2015, a tutela cautelar era classificada como tutela temporária.

¹⁵⁰ E assim o fazendo por meio das normas processuais relativas ao cumprimento provisório de sentença, no que couber – parágrafo único do artigo 297 do referido Código de Processo Civil.

reequilibram o ônus da demora do processo, como neutralizam uma situação de urgência que coloca em risco a utilidade do processo”¹⁵¹.

Davi Amaral Hibner (2019, p. 70) assinala que “as tutelas provisórias buscam abrandar os nocivos efeitos do tempo sobre os direitos, garantindo celeridade e efetividade na prestação da tutela jurisdicional”.

Ponto importante a considerar, inclusive para a sua proposição e deferimento, vez que o legislador confere técnicas e efeitos específicos a cada uma delas, trata-se da distinção entre as tutelas provisórias de evidência em relação às tutelas de urgência, e, quanto a estas, a distinção entre as tutelas antecipadas e as cautelares.

A tutela de evidência é concedida para “realizar, quando o direito do autor surge como evidente e a defesa é exercida de modo inconsistente, antecipadamente um direito” (MARINONI, 2017, p. 33). Trata-se “de uma tutela antecipada não urgente”, dissociada do *periculum in mora*, assentando-se em “uma técnica de aceleração do resultado do processo criada para casos em que se afigura evidente (isto é, dotada de probabilidade máxima) a existência do direito material” (CÂMARA, 2020, p. 172).

A tutela cautelar, linhas gerais, visa “assegurar a tutela jurisdicional do direito ou uma situação concreta que dela depende”; a tutela antecipada cuida de “realizar em vista de uma situação de perigo, antecipadamente um direito” (MARINONI, 2017, p. 33). Em outras palavras: “a cautelar não satisfaz, embora deva assegurar condições para que o direito material consubstanciado na pretensão material possa vir a ser satisfeito”, ao passo que a tutela antecipada “possibilita que os efeitos que só se fariam sentir quando da prolação da decisão final, e ainda desde que o recurso não tenha efeito suspensivo, façam-se presentes desde logo” (ALVIM, 2017, p. 260).

Os requisitos para a concessão das tutelas de urgência, antecipada e cautelar, constam do artigo 300 do Código de Processo Civil, Lei n. 13.105/2015 (BRASIL, 2015, p. 47), e consistem na demonstração da (a) “probabilidade do direito” alegado – a formação do juízo de probabilidade de acolhimento da pretensão ou convicção de probabilidade – aliado ao (b) “perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo”. Apesar de o legislador ter aproximado

¹⁵¹ Apesar de a tutela provisória decorrer muito frequentemente de uma cognição sumária, ressalve-se a hipótese de ser concedida a partir de uma cognição exauriente, ou ao menos um pouco mais robustecida, a exemplo de decisão de antecipação de tutela havida após a contestação ou após o exaurimento da atividade probatória definida por ocasião do julgamento conforme o estado do processo ou mesmo por ocasião da sentença – ao encontro disso, a lei processual civil permite sua concessão a qualquer tempo, no processo. Nesse sentido, Luiz Guilherme Marinoni (2017, p. 38) sublinha a “técnica da cognição exauriente enquanto não definitiva”. Eduardo Arruda Alvim (2017, p. 107-108) igualmente assinala a possibilidade da concessão de tutela provisória a qualquer tempo no processo, inclusive por ocasião da sentença.

os requisitos para a sua concessão, o que se mostra natural considerando buscam o mesmo desiderato – a saber: afastar os efeitos deletérios do tempo sobre a efetivação de um direito material – as tutelas provisórias de urgência mantêm finalidades distintas: assecuratória para as tutelas cautelares e, para as tutelas antecipadas, satisfativa.

Davi Amaral Hibner (2019, p. 71) assevera referidos requisitos têm aplicação comum no âmbito das tutelas cautelares e das tutelas antecipatórias, ou seja, aplicam-se indistintamente entre elas. Entretanto, há entendimentos destacando certa diferenciação.

Para alguns, a dimensão da urgência é elemento distintivo entre as tutelas cautelares e as tutelas antecipadas. O artigo 300 do Código de Processo Civil, Lei n. 13.105/2015 (BRASIL, 2015, p. 47), enuncia o “perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo”, razão pela qual haveria aqui duas situações distintas: (a) o perigo de dano, recaindo sobre o direito material, tratar-se-ia de requisito para concessão da tutela antecipada, que é satisfativa, ao passo que (b) o risco ao resultado útil do processo ensejaria a tutela cautelar, de cunho assecuratório, visando manter íntegra a utilidade do provimento final que será atingido no processo. A tutela antecipada repercutiria sobre o direito material e, a tutela cautelar, prender-se-ia ao processo em primeiro plano, garantindo-lhe utilidade. É o que frisam Alexandre Freitas Câmara (2020, p. 160)¹⁵² e Eduardo Arruda Alvim (2017, p. 26)¹⁵³.

De encontro a isso, Willian Santos Ferreira e Verônica Estrella V. Holzmeister (2019, p. 3-4) destacam não haveria distinção entre as tutelas cautelar e antecipada com base no perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo. Com efeito, “apesar de o legislador utilizar duas expressões para se referir ao *periculum in mora*, não se deve concluir que este possui duas configurações distintas, nem se deve estabelecer uma correlação entre cada uma das expressões e as diferentes espécies de tutela provisória de urgência” (p. 5). Isto assim porque o perigo da

¹⁵² Alexandre Freitas Câmara (2020, p. 160) menciona “chama-se tutela cautelar à tutela de urgência do processo, isto é, à tutela provisória urgente destinada a assegurar o futuro resultado útil do processo, nos casos em que uma situação de perigo ponha em risco sua efetividade”. Conclui que a tutela cautelar se trata de uma tutela provisória de urgência não satisfativa, “destinada a proteger a capacidade do processo de produzir resultados úteis”. De outra banda, a tutela provisória antecipada (satisfativa), “se destina a permitir imediata realização prática do direito alegado pelo demandante, revelando-se adequada em casos nos quais se afigure presente uma situação de perigo iminente para o próprio direito substancial (perigo de morosidade)”. Enfim, uma situação de perigo decorrente da demora do processo “pode ter por alvo a própria existência do direito material (caso em que será adequada a tutela de urgência satisfativa) ou a efetividade do processo (hipótese em que será adequada a tutela cautelar)”.

¹⁵³ Eduardo Arruda Alvim (2017, p. 26) assinala “se há risco de ineficácia da provável sentença de procedência (ainda que parcial), justifica-se a concessão de tutela cautelar”, e, em outra senda, diante do “risco à efetividade da entrega da prestação jurisdicional àquele que muito provavelmente tem direito, justifica-se, então, a concessão de tutela de urgência antecipatória” (p. 36). Arremata reiterando que a *urgência* tem matizes diferentes para a tutela antecipada e para a tutela cautelar, a primeira “trata-se do risco de dano no mundo empírico, isto é, o bem da vida em disputa se acha sujeito a perigo”, ao passo que, para a segunda “o perigo de dano cautelar representa o risco de que o processo, enquanto instrumento, se mostre inefetivo” (p. 68).

demora sempre gera uma repercussão sobre o direito substancial e, também, sobre o processo, caracterizando-se como desdobramentos de uma mesma situação¹⁵⁴.

Não cabe atribuir de forma estanque perigo de dano à tutela antecipada e risco ao resultado útil do processo à tutela cautelar. Luiz Guilherme Marinoni (2017, p. 127-128) inclusive assinala que as expressões utilizadas pelo legislador são “destituídas de exato conteúdo técnico-jurídico”, servindo apenas para demonstrar que no curso do processo podem ocorrer situações que, indistintamente, levam à concessão de tutelas cautelares e antecipatórias, tanto assim que ele próprio utiliza a expressão “risco ao resultado útil do processo” para se referir não à tutela cautelar, mas sim àquela tutela antecipada deferida no bojo de tutela inibitória e de remoção do ilícito¹⁵⁵.

Luiz Guilherme Marinoni (2017, p. 41) rechaça falar que a tutela cautelar venha conferir utilidade do processo. Para ele, “ainda que se tenha falado em tutela cautelar em favor do processo ou da jurisdição, hoje é indiscutível que a tutela cautelar protege o direito daquele que pode ser prejudicado pela demora no processo” e pensar o contrário revelaria apenas uma “inexplicável e irracional prevalência da função pública do processo em detrimento da função de tutela dos direitos, típica do Estado constitucional”¹⁵⁶. Portanto, ultrapassada a posição liberal de que seria o processo o foco da tutela cautelar, “surgiu a teoria que atribuiu à função cautelar a proteção de um direito aparente submetido a perigo de dano iminente. Nesta direção, a tutela cautelar não protege o processo, mas sim o direito” (p. 74).

A cautelaridade, deste modo, não é definida pelo fato de a tutela provisória ser deferida no curso do processo e em virtude dele, mas sim em função de um direito material, ou seja, “o titular do direito à tutela do direito – por exemplo, ressarcitória – também possui direito à tutela

¹⁵⁴ Com efeito, “a identificação do ‘perigo de dano’ e do ‘risco ao resultado útil do processo’ são, em conjunto, os indicadores de que a eficácia prática da providência principal está ameaçada, no plano material (com possibilidade de dano à parte) e no plano processual (com o risco de inutilidade do provimento judicial final)” (FERREIRA; HOLZMEISTER, 2019, p. 7). Analogamente, Eduardo Arruda Alvim (2017, p. 65) reconhece esse imbricamento, mencionando que tanto as tutelas cautelares quanto as tutelas antecipadas detêm cautelaridade, de modo que mesmo o perigo de dano que, a seu ver, embasa a tutela antecipada gera um reflexo sobre o resultado útil do processo. Desta forma, “ambas possuem um ‘quê’ de cautelaridade, tendo por finalidade precípua garantir uma prestação jurisdicional útil, impedindo que o tempo de duração do processo venha a comprometer a efetividade da atuação jurisdicional”.

¹⁵⁵ A tutela antecipada se mostra imprescindível, dentre outras situações, para “evitar a prática de ato contrário ao direito ou a prorrogação dos efeitos concretos de uma conduta ilícito”, hipótese em que obviamente não há perigo de dano e sim perigo de lesão ao direito, consubstanciado na “prática de ato contrário ao direito ou da prorrogação dos seus efeitos concretos, [de modo que] cabe aludir a risco ao resultado útil do processo – embora se saiba que o legislador, referindo-se a perigo de dano, certamente não quis excluir o perigo de ilícito” (MARINONI, 2017, p. 127-128).

¹⁵⁶ Ainda a esse respeito, tem-se que “a ideia de que a tutela cautelar objetiva garantir a efetividade da jurisdição é, de certa forma, consequência do conceito que vê na jurisdição apenas a função de dar atuação à vontade da lei”, concepção afeita ao molde liberal clássico que via o processo afastado do direito material (MARINONI, 2017, p. 73).

de segurança (cautelar) do direito à tutela do direito”¹⁵⁷ (MARINONI, 2017, p. 77). Neste ponto, Eduardo Arruda Alvim (2017, p. 256) converge, ao ressaltar haver “um direito à tutela cautelar”, razão pela qual “as cautelares possuem um objeto próprio: a pretensão à segurança”. Enfim, a tutela cautelar assegura a fruibilidade da tutela de um direito violado, tal qual prometida pelo direito material, revelando aqui sua instrumentalidade e referibilidade em relação a essa tutela de segurança (MARINONI, 2017, p. 74-78).

Não há negar-se que a tutela cautelar, assim como a tutela antecipada, se volta ao direito material e não ao processo, mas o faz de forma assecuratória (assegurando o direito à tutela jurisdicional de um direito material), enquanto a tutela antecipada se realiza de forma satisfativa. Enfim, a tutela cautelar protege o próprio direito à tutela de um direito material violado. É o que se deduz do Estado Democrático de Direito e do papel que a tutela jurisdicional nele exerce, pautada por uma visão instrumentalista, de tutela de direitos.

Ainda no âmbito do Código de Processo Civil revogado, Lei n. 5.869/1973, nas disposições gerais do processo cautelar (Livro III), o artigo 798 enunciava caber ao juiz “determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação” (BRASIL, 1973, p. 71), deixando claro que a referida crise se estabelece no plano do direito material, razão pela qual podia o juiz, anote-se bem, “para evitar o dano, autorizar ou vedar a prática de determinados atos, ordenar a guarda judicial de pessoas e depósito de bens e impor a prestação de caução” (artigo 799). Também no Código de Processo Civil vigente, Lei n. 13.105/2015, o legislador fez constar, no artigo 301, a tutela cautelar é efetivada pelo juiz “para assecuração do direito” (BRASIL, 2015, p. 47).

Noutro giro, Willian Santos Ferreira e Verônica Estrella V. Holzmeister (2019, p. 9) ressaltam que o requisito da “probabilidade do direito”, previsto no artigo 300 do Código de Processo Civil, Lei n. 13.105/2015 (BRASIL, 2015, p. 47) comportaria gradações a ensejar um fator distintivo na caracterização das tutelas provisórias. Tal qual se dimensionava por ocasião da lei processual revogada¹⁵⁸, haveria uma gradação na demonstração do direito provável a

¹⁵⁷ Acrescenta-se, ainda, “o direito à tutela do direito material pode ser negado não apenas por uma tutela do direito inefetiva ou incompleta, mas também por danos provocados à parte enquanto a situação jurídica não é tutelada” (MARINONI, 2017, p. 82).

¹⁵⁸ O artigo 273 do Código de Processo Civil revogado, Lei n. 5.869/1973 (BRASIL, 1973, p. 23) apresentava como requisitos da tutela antecipada, além do “fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação” (perigo de dano), a “verossimilhança da alegação”, embasada em “prova inequívoca”. Para as tutelas cautelares, a demonstração do direito provável era identificada no *fumus boni iuris*. Assim, em relação a esse regramento, para a demonstração do direito alegado, “o entendimento doutrinário e jurisprudencial prevalente era no sentido de que, para as cautelares, o juízo de probabilidade seria menos rigoroso, enquanto, para a antecipação de tutela, o juízo

caracterizar, num crescendo, a tutela cautelar, e, num maior grau, a tutela antecipada (cada qual agindo na sua finalidade específica, assecuratória e satisfativa, respectivamente). Considerando que a efetivação da antecipação de tutela (satisfativa da pretensão material) é mais drástica do que a tutela cautelar, assecuratória, defendem que sua concessão deve ocorrer diante de uma demonstração mais densa (em relação àquelas avaliadas no âmbito de uma cognição sumária) do direito provável¹⁵⁹. Por esta via inclusive, permite-se ao juiz, ao negar a concessão da tutela antecipada, por não haver demonstração de direito provável para tanto, possa conceder a tutela cautelar, o que seria adequado para os casos difíceis, mormente envolvendo os direitos da personalidade.

Eduardo Arruda Alvim (2017, p. 161-162), até para o fim de dispensar a contracautela prevista no § 1º do artigo 300 do Código de Processo Civil, Lei n. 13.105/2015, também reconhece gradações da probabilidade do direito relacionada às tutelas provisórias.

Em sentido contrário, Alexandre Freitas Câmara (2020, p. 161) destaca que “o nível de profundidade da cognição a ser desenvolvida pelo juiz para proferir a decisão acerca do requerimento de tutela de urgência é sempre o mesmo, seja a medida postulada de natureza cautelar ou satisfativa”. Enfim, em ambos os casos, “deve a decisão ser apoiada em cognição sumária, a qual leva à prolação da decisão baseada em juízo de probabilidade (*fumus boni iuris*)”.

Luiz Guilherme Marinoni (2017, p. 150) menciona não é possível estabelecer aprioristicamente graus de convicção de probabilidade¹⁶⁰ para a concessão de tutelas provisórias de urgência, pois a respectiva decisão depende sobretudo da análise de cada caso concreto e das respectivas necessidades do direito material (de receber antecipadamente tutelas

de probabilidade deveria ser intenso, de maneira a atender a um maior grau de probabilidade” (FERREIRA; HOLZMEISTER, 2019, p. 4).

¹⁵⁹ É dizer, “diante da diferente intensidade da interferência realizada na esfera jurídica das partes, natural uma aparência (fumaça) de que o direito a ser pleiteado pelo autor poderá ser procedente seja suficiente para as cautelares, enquanto, para a antecipação de tutela, se exija um maior grau de possibilidade do direito alegado” (FERREIRA; HOLZMEISTER, 2019, p. 9).

¹⁶⁰ O juiz não atinge, porquanto impossível, a essência da verdade para então prestar a tutela jurisdicional, mas isso não o impede, a partir da reconstrução probatória dos fatos alegados, das presunções e das máximas da experiência, por exemplo, de julgar o mérito (decisão final) convencido da verdade – convicção de verdade – ou então, convencido da probabilidade – convicção de probabilidade –, quando, por expressa autorização legal, aborda via cognição sumária as tutelas provisórias ou, ainda, em situações excepcionais relacionadas à dificuldade probatória ou por conta da natureza do direito material, “dando ao juiz a possibilidade de se contentar com a verossimilhança preponderante. Isso ocorre, por exemplo, em determinadas situações de direito material em que a prova da causalidade é extremamente árdua, como acontece no caso de lesões pré-natais” (MARINONI, 2017, p. 141-147).

repressivas ou preventivas, por exemplo¹⁶¹), aferindo-se então, a partir disso, a probabilidade preponderante.

De certo que as finalidades distintas das tutelas provisórias de urgência (assecuratória, de um lado, e satisfativa, de outro), podem impactar na demonstração da probabilidade do direito, pois um direito provável à tutela de um direito material (tutela cautelar)¹⁶² não atinge exatamente a mesma órbita da probabilidade do próprio direito material passível de antecipação, ainda mais quando robustecida pela evidência, razão pela qual se deve aceitar, pelo menos neste viés, alguma distinção na formação e no alcance das convicções de probabilidade.

De qualquer forma, tratando-se de um requisito comum – a formação da convicção de probabilidade – para a concessão das tutelas provisórias de urgência (ALVIM, 2017, p. 66), por meio dele se viabiliza a fungibilidade entre essas tutelas, em atenção ao efetivo acesso à justiça, a teor do parágrafo único do artigo 305 do Código de Processo Civil instituído pela Lei n. 13.105/2015 (BRASIL, 2015, p. 48)¹⁶³.

De outra banda, tem-se que em decorrência da feição executiva (sub-rogatória, mandamental ou executiva *lato sensu*) que a tutela provisória realiza antes do juízo de certeza¹⁶⁴, determina o § 1º do artigo 300 do Código de Processo Civil, Lei n. 13.105/2015 (BRASIL, 2015, p. 47), a imposição de contracautela “para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer, podendo a caução ser dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la”.

Por esse motivo, ante eventual necessidade de retorno ao *status quo ante*, dada a alteração do resultado da cognição sumária, tutela-se a situação jurídica do réu, aplicando-se no que couber as normas do cumprimento provisório de sentença¹⁶⁵, conforme inclusive dispõe o parágrafo único do artigo 297 do mencionado Código de Processo Civil (BRASIL, 2015, p. 46). Para Alexandre Freitas Câmara (2020, p. 162), tem-se aqui uma “medida destinada a

¹⁶¹ Não se pode perder de vista, portanto, “que a tutela urgente pode ser repressiva ou preventiva (inibitória) e as importantes implicações que essa constatação tem para o tema da fundamentação das decisões de cognição sumária” (MARINONI, 2017, p. 151).

¹⁶² Com efeito, a tutela cautelar funda-se “sobre a probabilidade do direito à tutela jurisdicional final e sobre o perigo de que esta tutela venha a não ser prestada na forma efetiva ou de que a situação que depende das tutelas declaratórias ou (des)constitutiva venha a sofrer prejuízo no curso do processo” (MARINONI, 2017, p. 155).

¹⁶³ Destaque-se “embora a redação sugira que a fungibilidade só se dá num sentido (das cautelares para a tutela antecipada), temos que a regra contemplada nesse dispositivo deve ser entendida como sendo de mão dupla” (ALVIM, 2017, p. 263).

¹⁶⁴ Neste sentido, o artigo 301 da Código de Processo Civil instituído pela Lei n. 13.105/2015 (BRASIL, 2015, p. 47) ressalta que a tutela cautelar “pode ser efetivada mediante arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem e qualquer outra medida idônea para assecuração do direito”.

¹⁶⁵ O cumprimento provisório de sentença se trata de figura afim das tutelas provisórias ora em destaque, inclusive porque se baseia num título executivo ainda instável, esse, o cerne da sua provisoriidade.

acautelar contra o assim chamado *periculum in mora reverso*, isto é, o perigo de que o demandado sofra, em razão da demora do processo, um dano de difícil ou impossível reparação”.

O próprio legislador ressaltou dispensar-se a mencionada caução quando a parte que postula a tutela provisória se mostre hipossuficiente, pena de obstar-se o acesso à justiça, ou então diante das peculiaridades do caso concreto. Eduardo Arruda Alvim (2017, p. 161-162), nesta última hipótese, destaca caberá ao juiz avaliar o grau de probabilidade que sustenta a tutela provisória, pois, quanto mais densa a convicção do direito provável no caso concreto, menor razão haverá para determinar seja prestada a contracautela em favor do réu. Significa dizer que o cabimento da prestação de caução, em cada caso concreto, decorre de análise calcada em “ponderação entre o direito à tutela jurisdicional efetiva (cf. art. 5º, XXV, da CF), que tutela o interesse do autor, e o devido processo legal (cf. art. 5º, LIV, da CF), que tutela, no caso, o interesse do réu”.

Quanto aos efeitos jurídicos da decisão que confere a tutela provisória antecipada, tem-se o § 3º do artigo 300 do Código de Processo Civil, Lei n. 13.105/2015 (BRASIL, 2015, p. 47), enunciando não caberá concedê-la quando houver perigo de sua irreversibilidade. Esse ponto mostra-se relevante bem compreender, valendo o alerta de Eduardo Lamy (2018, p. 68), no sentido de que uma interpretação literal da regra evidencia clara inconstitucionalidade, pois obstaculiza o acesso à justiça previsto pelo inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal (BRASIL, 1988, p. 4) e isso sobremaneira em face dos direitos da personalidade, cujos provimentos antecipados em juízo não raro redundam em irreversibilidade.

Pense-se, por exemplo, (a) na determinação antecipada seja feita cesárea, tendo o juízo formado convicção de probabilidade de risco à vida ou integridade física da criança, contrariando vontade da mãe, que tem por questão existencial a realização de parto normal em casa; (b) na determinação, também por meio de tutela antecipada, para a realização de procedimento cirúrgico em caráter de urgência; (c) nos casos de determinação para fornecimento de medicamento, dentre tantos outros.

Alexandre Freitas Câmara (2020, p. 161) ressaltava que esse comando do § 3º do artigo 300 do Código de Processo Civil, Lei n. 13.105/2015 (BRASIL, 2015, p. 47) se trata de um requisito negativo a impedir sejam efetivadas tutelas antecipadas irreversíveis baseadas em cognição sumária, que, porém, pode ser abrandado nas situações de irreversibilidade recíproca, situação em que “a concessão da medida produziria efeitos irreversíveis, mas sua denegação também teria efeitos irreversíveis”.

Luiz Guilherme Marinoni (2017, p. 120-124) menciona não se pode confundir a irreversibilidade fática com a irreversibilidade jurídica, esse sim, o alcance da regra em destaque. Frisa que, em verdade, “a tutela de cognição sumária não pode prejudicar a cognição exauriente do mérito ou não pode vincular o juízo final”, mas isso não implica considerar que a efetivação de uma tutela antecipada, decorrente de cognição sumária, não possa produzir efeitos fáticos irreversíveis. De mais a mais, também ressalta: a não concessão da tutela antecipada pode gerar efeitos irreversíveis e o pior, sobre um direito que é o mais provável, lembrando que “a ética da tutela de urgência consiste no sacrifício do improvável em benefício do provável”¹⁶⁶.

Nesse sentido, o legislador pátrio, no Código de Processo Civil instituído pela Lei n. 13.105/2015, “perdeu uma excelente oportunidade para autorizar a excepcionalidade de uma tutela definitiva, embora sumária, que cuidasse dessas situações de urgência mesmo na hipótese de irreversibilidade”, a fim de evitar que a restrição em comento seja mote para decisões judiciais obstativas da tutela dos direitos (LAMY, 2018, p. 68).

A tutela provisória antecipada satisfativa de evidência, por sua vez, está prevista no artigo 311 do Código de Processo Civil, Lei n. 13.105/2015 (BRASIL, 2015, p. 49), e “será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil ao processo”, nas hipóteses que enuncia, em rol exemplificativo¹⁶⁷, a saber: (a) abuso do direito de defesa ou propósito protelatório; (b) alegações de fato comprovadas documentalmente, demonstrando a aplicação ao caso concreto “de tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante”; (c) “pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito”; (d) fatos constitutivos da pretensão inicial embasados em prova documental, não tendo o réu oposto “prova capaz de gerar dúvida razoável”. Percebe-se, então, que a concessão dessa tutela provisória ocorre ante a demonstração, como se viu, da “altíssima probabilidade de acolhimento do direito”, sendo prescindível a demonstração de urgência (LAMY, 2018, p. 13-26).

Alexandre Freitas Câmara (2020, p. 172), desta feita, sublinha a previsão de uma “tutela antecipada não urgente” assentada numa “técnica de aceleração do resultado do processo, criada para casos em que se afigura evidente (isto é, dotada de probabilidade máxima) a existência do

¹⁶⁶ Com efeito, “admitir que o juiz não pode antecipar a tutela, quando a antecipação é imprescindível para evitar um prejuízo irreversível ao direito do autor é o mesmo que afirmar que o legislador obrigou o juiz a correr o risco de provocar um dano irreversível ao direito que justamente lhe parece mais provável” (MARINONI, 2017, p. 124).

¹⁶⁷ Há outras hipóteses de concessão de tutela de evidência, tais como a decorre dos precedentes provenientes das decisões firmadas em ações de controle de constitucionalidade (ADI, ADC e ADPF) e aquela que embasa o mandato monitorio.

direito material”. Luiz Guilherme Marinoni (2017, p. 276-278) ressalta que a técnica processual utilizada pela tutela de evidência distribui entre as partes, de forma isonômica, o ônus do tempo do processo, sendo “absolutamente irracional obrigar o autor a sofrer com a demora” quando seu direito se mostra altamente provável. Enfim, “o tempo no processo deve ser repartido no procedimento de acordo com o índice de probabilidade de que o autor tenha direito ao bem disputado”.

3. A RESTRIÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE PARA A PRESERVAÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA

3.1- O ALCANCE E AS RESTRIÇÕES AOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

A pesquisa demonstra estão consolidados o reconhecimento teórico e a positivação dos direitos da personalidade. Assentados no princípio da dignidade da pessoa humana, esses direitos possuem destacada posição no ordenamento jurídico, sobretudo no âmbito constitucional, contando com tutela jurisdicional repressiva e sobretudo preventiva – inclusive por meio das tutelas provisórias – tudo para lhes garantir efetiva proteção, mas, nem por isso, se encontram imunes de lesão ou dano.

Aliás, não é desarrazoado mencionar que hoje se encontram em sensível risco os direitos da personalidade, pois o desenvolvimento da ciência¹⁶⁸ e a rápida evolução social, fluída, tecnológica, informacional e virtual¹⁶⁹, têm gerado crescentes impactos sobre os modos de ser da pessoa¹⁷⁰, evidenciando novos desafios, seja para identificar ou ressignificar os direitos e projetar seu alcance, seja para efetivamente tutelá-los¹⁷¹.

Cláudio Luiz Bueno de Godoy (2019, p. 3-5) ressalta que os atuais desafios à efetivação dos direitos da personalidade decorrem de duas circunstâncias, a saber: ao mesmo tempo em que a “hipercomplexidade contemporânea” tem revelado novos direitos¹⁷² a sofrer lesão ou

¹⁶⁸ Norberto Bobbio (2004, p. 209) assevera “o que distingue o momento atual em relação às épocas precedentes e reforça a demanda por novos direitos é a forma de poder que prevalece sobre todos os outros”. Se, antes, as lutas por direitos se bateram contra o poder religioso, político e econômico, hoje se voltam “ao poder sempre maior que as conquistas da ciência e das aplicações dela derivadas dão a quem está em condição de usá-las”, na medida em que “o crescimento do saber só fez aumentar a possibilidade do homem de dominar a natureza e os outros homens”.

¹⁶⁹ Nesse prisma, Rosa Maria de Andrade Nery e Nelson Nery Junior (2017, p. 101-120) sublinham os impactos do mundo virtual sobre as questões existenciais, a exemplo das novas dimensões a respeito do tempo e do espaço sobre os fatos jurídicos havidos nesse ambiente, de modo que “o fato virtual, ocorrido, inalterado e permanente, se põe constantemente em todo o espaço de presença humana, fazendo surgir um fator novo, uma *constante* ‘humana’, um espaço virtual onde os fatos se perpetuam”, não havendo esquecimento ou desaparecimento. Deste modo, “desenha-se para o direito um outro cenário de inter-relacionamentos e de posições jurídicas [...] com outras peculiaridades, que são *causas* jurígenas, produzem *efeitos* jurídicos e demanda *soluções* jurídicas”. Além disso, em decorrência do mundo virtual, discute-se “se é possível fragmentar o protagonismo humano em duas ‘existências’, permitindo, em decorrência disso, a criação de dois distintos personagens jurídicos, para cada ser humano: uma pessoa real; uma pessoa virtual” (p. 109).

¹⁷⁰ Ressalta Daniel Sarmiento (2019, p. 324) que, “na contemporaneidade, amplia-se a preocupação com a proteção dos direitos da pessoa concreta e situada”.

¹⁷¹ Norberto Bobbio (2004) sublinha que a tutela efetiva dos direitos fundamentais é um importante desiderato, ainda mais diante das inovações presentes a partir da segunda metade do século XX. Menciona “uma coisa é falar dos direitos do homem, direitos sempre novos e cada vez mais extensos, e justificá-los com argumentos convincentes; outra coisa é garantir-lhes uma proteção efetiva”, até porque, “à medida que as pretensões aumentam, a satisfação delas torna-se cada vez mais difícil” (p. 60).

¹⁷² A pesquisa demonstrou que a teoria monista ou mesmo a teoria pluralista com *numerus apertus* permitem, a partir do princípio da dignidade da pessoa humana, um ordenamento jurídico expansível para o reconhecimento e tutela de direitos da personalidade não previstos especificamente pelo legislador. Reitere-se Luís Roberto Barroso

ameaça de lesão, a “hipertrofia desordenada” desses mesmos direitos (muitos sequer direitos da personalidade, embora considerados como tal) tem distorcido o regime jurídico da proteção da pessoa, impedindo a compreensão da essência e da função primordial dos direitos da personalidade.

Como resultado dessa “hipertrofia desordenada”, (a) ocorre um “egocentrismo na compreensão e no exercício dos direitos da personalidade, como se fossem prerrogativas ilimitadas ou não impusessem, ao mesmo tempo, restrições, deveres, ônus ou sacrifícios a seus titulares”¹⁷³; (b) permite-se o favorecimento de um discurso de poder que, sob o mote de dar tutela aos direitos da personalidade, afirma a posição do mais forte em detrimento de outrem, ante direitos de igual hierarquia¹⁷⁴; e (c) em sentido contrário, porém igualmente deletério, constrói-se “um sistema asséptico e universalizante, sem diferenciar direitos que impliquem um núcleo intangível maior ou menor em função de sua particular conformação e da sua concreta finalidade” (GODOY, 2019, p. 5-6). Tudo isso leva a uma indevida restrição – porquanto despida de fundamentação constitucional – das potencialidades da pessoa, que inclusive recai sobre a liberdade na própria autolimitação desses direitos.

Pertinente analisar esse cenário também sob o viés do princípio da dignidade da pessoa humana¹⁷⁵, dada sua estreita relação para com os direitos da personalidade (a exemplo do valor intrínseco da pessoa e da autonomia privada). O alcance e os limites do princípio, em importante medida, pautam o alcance e os limites dos direitos da personalidade¹⁷⁶.

(2016, p. 66) a afirmar que a dignidade humana funciona “como uma fonte de direitos – e, conseqüentemente, de deveres –, incluindo os direitos não expressamente enumerados”. Colacionou-se também em Daniel Sarmiento (2019, p. 86-88) que o reconhecimento de direitos fundamentais não contemplados no texto constitucional, representa “função importantíssima” do princípio da dignidade da pessoa humana, que, “nessas situações, funciona como uma fonte adicional de direitos ou como uma espécie de ‘direito-mãe’, do qual se extraem direitos mais específicos não enumerados no texto constitucional”.

¹⁷³ Quanto a isso, Norberto Bobbio (2004, p. 205), ressalta que “a primazia do direito não implica de forma alguma eliminação do dever, pois direito e dever são dois termos correlatos e não se pode afirmar um direito sem afirmar ao mesmo tempo o dever do outro de respeitá-lo”. Neste ponto, Cláudio Luiz Bueno de Godoy (2019, p. 6) ainda reforça que “a deturpação do fenômeno dos direitos da personalidade vai muito na senda de uma tendência atual, ao menos do Brasil, que está em olvidar, na prática, a correspondente gama de deveres e ônus que qualquer direito titulado necessariamente induz”. Por consequência, perde-se a “percepção ético-valorativa do que a pessoa é”. Igualmente se ressaltou, no item 1.2, supra, que os direitos da personalidade se manifestam “como direito subjetivo, como direito potestativo, como dever jurídico, como ônus ou mesmo como outra situação subjetiva” (NAVES; SÁ, 2017, p. 28-30).

¹⁷⁴ É dizer, “dissimula-se um real *discurso de poder* que passa a ser imanente da categoria. Uma noção egoística e onipotente dos direitos da personalidade os transforma em instrumento de desigualdade entre os indivíduos, entre fracos e fortes, portanto entre os direitos de uns e de outros” (GODOY, 2019, p. 6).

¹⁷⁵ A abordagem por meio do princípio da dignidade da pessoa humana é importante para a aplicação da tutela jurisdicional uma vez que os princípios revelam um padrão decisório. De tal sorte, “auxiliam o julgador na construção de regras para o caso concreto, esteja ele diante de lacunas, antinomias insuperáveis, de conceitos indeterminados ou de cláusulas gerais”. Enfim, inexistindo regras, “o juiz deverá construí-las segundo os padrões determinados pelos princípios” (CORREIA; CAPUCHO; FIGUEIREDO, 2019, p. 22).

¹⁷⁶ Quanto a essa relação, a presente pesquisa destaca, no tópico 2.3, que a dignidade da pessoa humana é um elemento fundante dos direitos fundamentais e, também, dos direitos da personalidade.

O princípio da dignidade da pessoa humana vem a essa discussão porque, de acordo com Atalá Correia, Fábio Jun Capucho e Anna Ascensão Verdadeiro de Figueiredo (2019, p. 33), à luz do pós-positivismo, o Poder Judiciário arvorou-se a dizer o direito quase que exclusivamente com base em princípios, e o que é pior, sem situá-los adequadamente ao caso concreto, a exemplo do que se verifica junto à dignidade da pessoa humana, significando “algo e o seu contrário, ou seja, autonomia e heteronomia” e, assim considerada, “a dignidade não se sujeita a qualquer controle lógico racional, representando, muitas vezes, simples exercício de retórica”¹⁷⁷, o que obviamente fere a legitimidade democrática do órgão jurisdicional, isso sem contar a banalização do seu conceito, vez que empregado para abordar situações as mais mezinhas, que poderiam ser melhor resolvidas pela aplicação de regras e mesmo de princípios mais rentes ao caso concreto.

É esse, também, o entendimento de Anderson Schreiber (2014, p. 8), apontando que o uso indiscriminado desse princípio “pode conduzir à banalização de um conceito que ocupa posição central na ordem jurídica contemporânea”. Para Luís Roberto Barroso (2016, p. 23), porquanto a dignidade da pessoa humana “se trata de um conceito atraente de textura aberta, há sempre o risco de abuso ou banalização”.

Mas o que se tem, a rigor, é que essa realidade inóspita de “hipertrofia desordenada” dos direitos (especificamente em relação aos direitos da personalidade), repousa menos na sua quantidade e mais na sua aplicação desordenada, o que também envolve a aplicação, sem critério algum, dos princípios, notadamente a dignidade da pessoa humana¹⁷⁸. É dizer, a falta

¹⁷⁷ É dizer, dá-se “o abandono da força normativa das regras legisladas ou contratualmente negociadas, no fenômeno conhecido como pan-principiologismo”, que muitas vezes assoberba o Judiciário, ao dizer o que é o direito. Referida “hipervalorização da liberdade de julgar” não encontra lastro no ordenamento constitucional, trazendo, evidentemente, insegurança jurídica (CORREIA; CAPUCHO; FIGUEIREDO, 2019, p. 32-33). Neste sentido, Humberto Ávila (2019, p. 43-44) assinala vive-se a “euforia do que se convencionou chamar de *Estado Principiológico*”, euforia que “terminou por acarretar alguns exageros e problemas teóricos que têm inibido a própria efetividade do ordenamento jurídico”, uma vez que “os princípios são reverenciados como bases ou pilares do ordenamento jurídico sem que a essa veneração sejam agregados elementos que permitam melhor compreendê-los e aplicá-los”. Portanto, não basta enunciar os princípios e seus valores, para simplesmente lançá-los como *deus ex machina*; deve-se também “examinar quais são os comportamentos indispensáveis à realização desses valores e quais são os instrumentos metódicos essenciais à fundamentação controlável de sua aplicação” (p. 88).

¹⁷⁸ Quanto a isso especificamente, Daniel Sarmento (2019, p. 161-162) ressalta “as escolhas existenciais relevantes, são diretamente tocadas pelo princípio da dignidade da pessoa humana”, dada sua posição forte na ordem constitucional. Isso também leva considerar que o princípio “não pode se estender a hipóteses banais, em que não haja justificativa para atribuição de tamanha força”, pois, do contrário, “ou a dignidade humana seria fragilizada, deixando de ser um princípio forte, ou se implantaria uma verdadeira ‘tiranida da dignidade’”.

de adequado equacionamento, constitucionalmente fundamentado¹⁷⁹, da colisão de princípios e do conflito de regras¹⁸⁰ está na raiz dos problemas detectados.

Isso porque não é factível supor que os direitos fundamentais (os direitos da personalidade incluídos) sejam absolutos, que não possam, em algum momento e em determinada circunstância, suportar restrição. Aliás, o conteúdo e o alcance desses direitos somente são aferidos à luz das suas restrições, tanto assim que “a relevância prática dos direitos fundamentais está estreitamente vinculada à ocorrência de uma restrição, ou seja, de uma intervenção em seu âmbito de proteção” (SARLET, 2018, p. 405).

Nesta senda, Daniel Sarmiento (2019, p. 81-82) assinala justamente que uma “função importante do princípio da dignidade da pessoa humana diz respeito à limitação dos direitos fundamentais”, seja para a proteção da dignidade humana de outrem¹⁸¹, seja do próprio titular, em casos específicos. Aliás, até mesmo “o princípio da dignidade da pessoa humana não possui natureza absoluta, sujeitando-se também a eventuais restrições e ponderações” (p. 99)¹⁸².

Face aos princípios de uma maneira geral, Virgílio Afonso da Silva (2017, p. 45) menciona não se pode falar na realização total daquilo que preveem, mas sim uma realização *prima facie*, que vai então receber maturação para apurar o que será garantido de forma definitiva¹⁸³. Do contrário, incorrer-se-ia em uma série de inconsistências, na medida em que, “ao absolutizar um direito”, tem-se por colocá-lo “acima dos demais, criando uma relação

¹⁷⁹ Já se mencionou nesta pesquisa, ao se abordar a tutela jurisdicional dos direitos da personalidade, que é preciso reconhecer e efetivar ditos direitos conforme se encontram valorados no texto constitucional, sendo essa a hermenêutica adequada. Neste sentido, Humberto Ávila (2019, p. 55) destaca “o intérprete deve interpretar os dispositivos constitucionais de modo a explicitar suas versões de significado de acordo com os fins e os valores entremostrados na linguagem constitucional”.

¹⁸⁰ Virgílio Afonso da Silva (2017, p. 45) distingue regras de princípios com base na “estrutura dos direitos que essas normas garantem. No caso de regras, garantem-se direitos (ou se impõem deveres) definitivos, ao passo que no caso dos princípios são garantidos direitos (ou são impostos deveres) *prima facie*”.

¹⁸¹ Como se vê, o princípio da dignidade da pessoa humana atua, ele próprio, como um critério de ponderação, atribuindo “um peso superior *prima facie* aos bens jurídicos mais importantes para a proteção e promoção da dignidade e um peso menor aos interesses mais afastados do princípio”; isto porque, “para viabilizar a vida em sociedade, os direitos de cada pessoa devem ser restringidos a fim de que se compatibilizem com a atribuição de iguais direitos a todas as demais” (SARMENTO, 2019, p. 81-82).

¹⁸² Evidentemente que, diante do que se destacou nesta pesquisa, “quando efetivamente implicada em conflito principiológico, a dignidade humana tende a assumir peso muito elevado, o que a leva a prevalecer quase sempre nos processos de ponderação” (SARMENTO, 2019, p. 99).

¹⁸³ Com efeito, Virgílio Afonso da Silva (2017, p. 46) destaca que “os princípios podem ser realizados em diversos graus. A ideia regulativa é a realização máxima, mas esse grau de realização somente pode ocorrer se as condições fáticas e jurídicas forem ideais, o que dificilmente ocorre nos casos difíceis”. Enfim, princípio se trata de uma “norma que garante direitos ou impõe deveres *prima facie*”, ao passo que as regras são “normas que garantem direitos ou impõem deveres *definitivos*” (p. 63-64). Para Humberto Ávila (2019, p. 178), “os princípios são definidos como normas imediatamente finalísticas, isto é, normas que impõem a promoção de um estado ideal de coisas por meio da prescrição indireta de comportamentos cujos efeitos são havidos como necessários àquela promoção”, ao passo que as regras “são normas imediatamente descritivas de comportamentos devidos ou atributivas de poder”; ou, em outros termos, “princípios são normas de otimização realizáveis em vários graus e regras são normas que estabelecem uma hipótese e um mandamento definitivo” (p. 181).

hierárquica de difícil compatibilização com a ideia de sopesamento, já que os direitos absolutos e superiores não podem ser relativizados por direitos não-absolutos e inferiores”. (p. 118).

Norberto Bobbio (2004, p. 20) destaca “são bem poucos os direitos considerados fundamentais que não entram em concorrência com outros direitos também considerados fundamentais [esses, os direitos de não ser escravizado e de não sofrer tortura]” sendo que, para os demais, a colisão “se resolve com a introdução de limites à extensão de um dos direitos de modo que seja em parte salvaguardado também o outro”. No mesmo prisma, José Joaquim Gomes Canotilho (2017, p. 1273), ressalta “os direitos fundamentais são sempre direitos *prima facie*”, razão pela qual a respectiva harmonização se faz pela “prevalência (ou relação de prevalência) de um direito em relação a outro”.

Quanto aos direitos da personalidade, são considerados absolutos na medida em que oponíveis *erga omnes*, mas isto não redundaria tê-los como ilimitados, irrestringíveis (NAVES; SÁ, 2017, p. 32-35). Gilberto Haddad Jabur (2015, p [s.d.]) ressalta são direitos “*absolutos em si*, porque carregam valores insubstituíveis ao desenvolvimento pleno da personalidade”, mas não são “*absolutos entre si*, porque não há hierarquia concêntrica entre tais direitos, que devem existir harmonicamente e em equilíbrio, rompido pela colisão entre ditos direitos”, quando então se aplica “processo de cedência” de um em favor do outro¹⁸⁴. Luiz Edson Fachin (2005, p. 66) acrescenta que considerar esses direitos absolutos inviabiliza sua respectiva tutela¹⁸⁵.

Registre-se, ainda, que no ordenamento jurídico pátrio, a Lei n. 10.406/2002, que institui o Código Civil, já destaca no artigo 11 a possibilidade de os direitos da personalidade sofrerem limitação (BRASIL, 2002, p. 2).

Enfim, os direitos da personalidade, por conta inclusive da sua alta carga principiológica, não são absolutos no sentido de que não possam sofrer restrição, daí porque se sujeitam, nos conflitos normativos¹⁸⁶, ao sopesamento (ponderação)¹⁸⁷ e à proporcionalidade,

¹⁸⁴ Considerando que as “regras garantem direitos (ou impõem) deveres definitivos. Se isso é assim, e se existe a possibilidade de conflitos entre regras, é preciso que se encontre uma solução que não relativize essa definitividade”, de modo que “Se duas regras preveem consequências diferentes para o mesmo ato ou fato, uma delas é necessariamente inválida, no todo ou em parte” (SILVA, 2017, p. 47).

¹⁸⁵ Isto conclui a partir “da premissa de que os direitos da personalidade, assim como os direitos fundamentais, não são garantidos ilimitadamente, mas que, quando em conflito com outros direitos fundamentais, podem, eventualmente, ceder, uns aos outros, para que, todos, tenham sua eficácia garantida” (FACHIN, 2005, p. 66).

¹⁸⁶ Por conflito normativo se entende “a possibilidade de aplicação, a um mesmo caso concreto, de duas ou mais normas cujas consequências jurídicas se mostrem, pelo menos para aquele caso, total ou parcialmente incompatíveis” (SILVA, 2017, p. 47).

¹⁸⁷ Por ponderação tem-se um “método destinado a atribuir pesos a elementos que se entrelaçam”, e que se mostra mais amplo do que o exame da proporcionalidade. Envolve o sopesamento dos bens jurídicos, assim consideradas as “situações, estados ou propriedades essenciais à promoção dos princípios jurídicos”; dos interesses, que representam “os próprios bens jurídicos na sua vinculação com algum sujeito que os pretende obter”; e dos valores, que “constituem o aspecto axiológico das normas, na medida em que indicam que algo é bom e, por isso, digno

caracterizando o processo de cedência¹⁸⁸, tudo balizado pelo norte constitucional, conforme destacam, nesse ponto, Rosa Maria Nery de Andrade e Nelson Nery Junior (2017, p. 122).

A demonstração de que esses direitos não são absolutos já é um cenário relevante a combater o mencionado “egocentrismo na compreensão e no exercício dos direitos da personalidade, como se fossem prerrogativas ilimitadas”, conforme detectado por Cláudio Luiz Bueno de Godoy (2019, p. 5-6). Ademais, cabe ao Estado, e não só pela tutela jurisdicional, obstar o exercício egoístico, e bem assim desvirtuado, desses direitos.

À vista disso, é importante tratar da harmonização dos direitos fundamentais e dos direitos da personalidade, garantindo seus respectivos conteúdos essenciais. Ingo Wolfgang Sarlet (2018, p. 405) destaca que “todo direito fundamental possui um âmbito de proteção (um campo de incidência normativa ou suporte fático [...]) e todo o direito fundamental, ao menos em princípio, está sujeito a intervenções nesse âmbito de proteção”.

Deve-se então aferir, no suporte fático desses direitos, qual é o seu âmbito de proteção, para, a partir daí, avaliar se a intervenção restritiva, geralmente estatal, se mostra constitucionalmente adequada. Não o sendo, aplica-se uma consequência jurídica consubstanciada numa abstenção ou em um agir¹⁸⁹.

Virgílio Afonso da Silva (2017, p. 71-75) ressalta que a definição do suporte fático dos direitos fundamentais depende da confluência de determinados elementos: (a) a abrangência do que deve ser protegido a partir de um determinado direito (por exemplo, a partir do direito à vida, do direito à integridade psicofísica, ou mesmo a partir da autonomia privada), abrigo sob esse pálio – o *âmbito de proteção* – atos, fatos, estados ou posições jurídicas que tenham pertinência para com a respectiva norma; tratam-se dos bens jurídicos protegidos¹⁹⁰; (b) a *intervenção estatal*¹⁹¹, caracterizada pela atuação do Estado sobre o âmbito de proteção; e (c) a ocorrência de uma *consequência jurídica*, levando a uma abstenção ou a um agir, mas isso diante de uma *intervenção constitucionalmente inadequada*. É que, sendo constitucionalmente

de ser buscado ou preservado”. Quando da ponderação de princípios, indica-se “a relação de primazia entre um e outro” (ÁVILA, 2019, p. 185-187).

¹⁸⁸ Em vista dessa carga principiológica dos direitos fundamentais e dos direitos da personalidade em particular, “não se permite o aniquilamento de um sobre o outro, como se permite à vista do conflito de *regras*. Por isso, o embate ente direitos dessa envergadura demanda obrigatória harmonização” (JABBUR, 2015, p. [s.d.]).

¹⁸⁹ No caso de intervenção estatal constitucionalmente inadequada, tem-se uma abstenção do Estado (caso das liberdades públicas) ou a determinação do seu agir (relativamente aos direitos sociais).

¹⁹⁰ Ao encontro disso, Ingo Wolfgang Sarlet (2018, p. 406) destaca que o âmbito de proteção dos direitos fundamentais “abrange os diferentes pressupostos fáticos instituídos pela respectiva norma jurídica [...] trata-se do bem jurídico protegido, ou seja, do objeto tutelado”.

¹⁹¹ Embora não se descuide, aqui, da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

adequada a intervenção – o que se afere pelo sopesamento e pela proporcionalidade –, não terá havido violação do direito, mas sim uma restrição constitucional a um direito fundamental.

A mesma metodologia é sublinhada por José Joaquim Gomes Canotilho (2017, p. 1275-1283), acrescentando que a intervenção restritiva sobre o âmbito de proteção de uma norma fundamental pode provir da própria constituição – “restrição constitucional expressa” –, mas o texto magno pode autorizar lei infraconstitucional ao cumprimento desse desiderato – “reserva de lei restritiva” – sendo cabíveis, ainda, “restrições não expressamente autorizadas pela Constituição”.

Rosa Maria de Andrade Nery e Nelson Nery Junior (2017, p. 142) sublinham uma situação relativa a esse modelo ao tratarem da interdição e da internação de pacientes para tratamento médico compulsório, ressaltando o papel do Ministério Público para a interdição civil das pessoas nessas condições (em que há perda da capacidade de autodeterminação). Frisam que o respectivo tratamento médico é um dever que o Estado realiza “com olhos voltados para uma dupla finalidade: a dignidade do enfermo e, ao mesmo tempo, a salubridade pública”, destacando, porém, que “sem regular a interdição de direitos civis do paciente, o Estado e o médico, ainda que no afã de proteger a vida do enfermo, não poder chegar a ponto de violar sua vontade”.

Vê-se assim que a escolha de não receber tratamento médico integra *prima facie* o âmbito de proteção da autonomia privada¹⁹², tendo sido ponderado que a intervenção estatal para o tratamento compulsório, sob determinadas condições, representa uma restrição constitucionalmente adequada, decorrente da aplicação da dignidade humana como heteronomia, para limitar a autonomia privada do paciente.

No ordenamento jurídico pátrio, a Lei n. 10.216/2001 – que “dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental” – enuncia em seu artigo 6º, com base em um “laudo médico circunstanciado que caracterize os seus motivos”, o cabimento da internação involuntária, feita “sem o consentimento do usuário e a pedido de terceiro” e da internação compulsória, quando “determinada pela Justiça”. De toda a sorte, o artigo 4º enuncia a excepcionalidade da internação, pois “só será indicada quando os recursos extra-hospitalares se mostrarem

¹⁹² A autonomia privada se trata de um aspecto da dignidade da pessoa humana e se entranha nos direitos da personalidade, correspondendo “à faculdade do indivíduo de fazer e implementar escolhas concernentes à sua própria vida”. É dizer, “expressa a autodeterminação individual e resulta do reconhecimento do ser humano como agente moral, capaz de decidir o que é bom ou ruim para si, e com o direito de seguir a sua decisão, desde que não viole direitos” (SARMENTO, 2019, p. 140).

insuficientes” (BRASIL, 2001, p. 2). Essas, as restrições ponderadas para a liberdade de locomoção e para a autonomia privada do respectivo paciente.

Na decisão proferida pelo Tribunal de Justiça de Alagoas, em apelação na ação civil pública n. 0709458-49.2012.8.02.0001, tratando de internação compulsória e à luz da alegação do apelante, de que “não pode tolher a liberdade do beneficiário para realização do tratamento para dependência química”, o Desembargador Fábio José Bittencourt Araújo asseverou “faz-se necessária uma ponderação dos interesses envolvidos, quais sejam: de um lado o direito à saúde e do outro o direito à liberdade do beneficiário, devendo-se primar pelo primeiro direito”, fundamentando que é a partir do tratamento em pauta, que se garante, ainda que mediatamente, a integridade psicofísica e a própria vida do paciente¹⁹³, situações que, “diante da ponderação de interesses, da razoabilidade e da proporcionalidade, sobrepõem-se ao direito à liberdade de locomoção” (BRASIL, 2018, p. 9).

Resultado diverso, mas ao encontro do mesmo cenário, tem-se na medida cautelar no *habeas corpus* n. 151.523, tendo o impetrante arguido constrição ilegal da liberdade do paciente por conta da manutenção indevida de sua internação compulsória. O Ministro Edson Fachin, reconhecendo não ter sido respeitada a excepcionalidade da internação, a teor da ponderação contida nas regras da mencionada Lei n. 10.216/2001 (a internação já perdurava por 7 anos e não havia laudo médico que a sustentasse), deu provimento à liminar para determinar a transferência do paciente, do hospital de custódia para centro de atenção psicossocial ou entidade similar (BRASIL, 2018, p. 10).

Outro exemplo importante e contemporâneo à produção desta pesquisa é igualmente abordado também a partir da autonomia privada; trata-se de verificar se a vacinação obrigatória se qualifica como restrição constitucionalmente adequada¹⁹⁴.

Rosa Maria de Andrade Nery e Nelson Nery Junior (2017, p. 143-148) abordam o tema a partir do fato histórico da Revolta da Vacina, havido no Brasil do início do século XX¹⁹⁵, ressaltando que à época, e a ainda agora, o debate liga-se “à *intangibilidade corporal do ser* e à impossibilidade de o Estado submeter alguém a tratamento médico compulsório”. Concluem,

¹⁹³ A pesquisa destacou que o direito à vida, à saúde e à integridade psicofísica integram os direitos da personalidade, conforme sublinhado, por exemplo, em Carlos Alberto Bittar (2015, p. 110-116) e em Davi Amaral Hübner (2019, p. 22-24).

¹⁹⁴ A pandemia da COVID-19 assola o mundo e há, por vários motivos, inclusive ideológicos – que não deixam de estar abarcados pela liberdade e autonomia pública dos indivíduos –, crescentes movimentos de resistência às vacinas de imunização.

¹⁹⁵ Ressaltam a revolta da população do Rio de Janeiro, no ano de 1904, recusando a vacina obrigatória contra a varíola, posto considerá-la “um abuso do poder público, ou porque as famílias não queriam se expor a agentes sanitários, ou porque não se achavam obrigadas a obedecer ao comando da polícia sanitária do Estado” (NERY; NERRY JUNIOR, 2017, p. 143).

a partir do plexo de normas constitucional e infraconstitucional, sobretudo pelo norte do artigo 196 da Constituição Federal de 1988, preceituando a saúde “é direito de todos e dever do Estado garantido mediante políticas públicas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos” (BRASIL, 1988, p. 107), que há, sim, comando a autorizar “a ação do Estado de providenciar medidas de prevenção – decorrentes de seu poder de polícia sanitária – até mesmo contra o cidadão”, com vistas a resguardar “a salubridade sanitária do país e a segurança das pessoas”¹⁹⁶. Em face desses bens jurídicos, a intangibilidade corporal e a autonomia privada recebem um arrefecimento constitucionalmente adequado¹⁹⁷.

Nesta mesma linha, na Lei n. 13.979/2020 – que “dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019” – o legislador, com vistas à “proteção da coletividade” (artigo 1º, § 1º), autoriza que as autoridades competentes, conforme enunciado no artigo 3º, adotem medidas tais como a “realização compulsória” de exames médicos, testes laboratoriais, “vacinação ou outras medidas profiláticas” e “tratamentos médicos específicos” e ainda outras restrições, a exemplo de restrição à locomoção (BRASIL, 2020, p. 1-2).

Como se vê, quando da colisão de princípios, a respectiva solução virá pelo estabelecimento de uma restrição a pelo menos um deles, sopesamento esse que pode ser realizado pelo legislador, no estabelecimento de regras com esse matiz, ou então pelo juiz, caso regra não exista, decidindo qual princípio há de prevalecer. As restrições aos direitos fundamentais, portanto, podem ocorrer por meio de regras ou por decisões judiciais no âmbito da tutela dos direitos¹⁹⁸ e, em ambos os casos, cabe aferir, reconstruindo o caminho trilhado, se as respectivas intervenções são constitucionalmente adequadas (SILVA, 2017, p. 141-143)¹⁹⁹.

O caminho do voto condutor proferido pelo Desembargador Federal do Trabalho Leonardo Dias Borges, no agravo de petição n. 00004106420115010343, que, ao abordar, no âmbito de exceção de pré-executividade, a questão da impenhorabilidade de benefício

¹⁹⁶ A título de exemplo, tem-se que “situações de emergência podem compelir o poder público a providências de maior eficácia coercitiva, com o isolamento de pessoas que se recusam ao tratamento se elas – por decisão judicial – forem consideradas como presença de risco à saúde da população” (NERY; NERY JUNIOR, 2017, p. 146).

¹⁹⁷ Para além do plano constitucional, o artigo 29º da Declaração Universal dos Direitos Humanos enuncia que “o indivíduo tem deveres para com a comunidade, fora da qual não é possível o livre e pleno desenvolvimento da sua personalidade”, advindo, com isso, restrições aos direitos da personalidade “a fim de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar numa sociedade democrática” (ONU, 1948, p. 07).

¹⁹⁸ Neste sentir, para José Joaquim Gomes Canotilho (2017, p. 1274), “este juízo de ponderação e esta valoração de prevalência tanto podem efectuar-se logo a nível legislativo [...] como no momento da elaboração de uma norma de decisão para o caso concreto”.

¹⁹⁹ A Declaração Universal dos Direitos Humanos, no seu artigo 12º, refuta intervenções arbitrárias na vida privada, cabendo a respectiva tutela dos direitos violados (ONU, 1948, p. 3).

previdenciário²⁰⁰, reconheceu que “a legislação em vigor assegura a impenhorabilidade dos salários e benefícios previdenciários, é verdade, mas não em caráter absoluto, aplicados os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade”. Daí porque concluiu, em juízo de ponderação, “deva-se considerar a verba a ser objeto de apreensão e, com base neste parâmetro, estabelecer uma proporção passível de penhora, para minimizar os sacrifícios do exequente e do executado” (BRASIL, 2019, p. 7-8).

Para a aplicação da proporcionalidade em si²⁰¹, Virgílio Afonso da Silva (2017, p. 169-175) menciona cabe, primeiro, analisar a *adequação* da medida que vem de encontro ao âmbito de proteção de um direito fundamental ou de personalidade, aferindo sua aptidão para a realização do objetivo perseguido. A seguir, analisa-se sua *necessidade*, ou seja, investiga-se se o objetivo perseguido não poderia ser atingido com a mesma intensidade por um outro ato ou medida que restrinja menos o direito em tela. Por fim, aplica-se a *proporcionalidade em sentido estrito*, para evitar que as medidas estatais, apesar de adequadas e necessárias, restrinjam os direitos fundamentais e os da personalidade além do justificável.

Tanto assim que a supracitada Lei n. 13.979/2020, ao mesmo tempo em que institui restrições à autonomia privada, de decidir não receber a vacinação, no § 1º do artigo 3º ressalva que as medidas restritivas que anuncia devem estar pautadas “em evidências científicas e em análises sobre as informações estratégicas em saúde”, bem como “deverão ser limitadas no tempo e no espaço ao mínimo indispensável à promoção e à preservação da saúde pública” (BRASIL, 2020, p. 3). Igualmente, na também mencionada Lei n. 10.216/2001, o legislador insere na internação involuntária o caráter da excepcionalidade, de modo que, à luz do seu artigo 4º, “só será indicada quando os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes” (BRASIL, 2001, p. 2).

Humberto Ávila (2019, p. 180), ao encontro disso, ressalta que pelo “exame de proporcionalidade investiga-se a norma que institui a intervenção ou exação para verificar se o

²⁰⁰ Conforme consta do artigo 833 da Lei n. 13.105/2015, que institui o Código de Processo Civil, o legislador enunciou impenhoráveis determinados bens. Isso resultado de uma ponderação, tendo preponderado sobre o princípio do resultado a manutenção da dignidade da pessoa humana e os direitos da personalidade, aglutinados no princípio da menor onerosidade da execução (BRASIL, 2015, p. 122).

²⁰¹ Embora a proporcionalidade seja referida como princípio no plano jurisprudencial, Virgílio Afonso da Silva (2017, p. 168) não a vislumbra como tal, ou seja, não a vislumbra como uma “norma que exige que algo seja realizado na maior medida do possível diante das condições fáticas e jurídicas do caso concreto”, mas sim como uma regra (que tem por objeto a aplicação de outras regras), “porque impõe um dever definitivo: se for o caso de aplicá-la, essa aplicação não está sujeita a condicionantes fáticas e jurídicas do caso concreto. Sua aplicação é, portanto, feita no todo”. Humberto Ávila (2019, p. 176-177) igualmente afasta ter a proporcionalidade como princípio. A seu ver, trata-se de uma metanorma ou norma de segundo grau, um *postulado normativo aplicativo* que busca “solucionar questões que surgem com a aplicação do Direito, especialmente para solucionar antinomias”, e assim o fazendo ao estabelecer “a estrutura de aplicação de outras normas, princípios e regras”.

princípio que justifica sua instituição será promovido e em que medida os outros princípios serão restringidos”. Ainda nesta seara, refere-se a outros postulados para a harmonização das normas: (a) a razoabilidade-equivalência, que analisa “a norma que institui a intervenção ou exação com a finalidade de verificar se há equivalência entre sua dimensão e aquilo que ela visa punir ou financiar” bem como (b) a proibição de excesso, que investiga “a norma que institui a intervenção ou exação para comprovar se algum princípio fundamental não está sendo atingido no seu núcleo”.

O modelo ideal para tratar dessas harmonizações, segundo Virgílio Afonso da Silva (2017, p. 40-41), pressupõe realizar a devida ponderação e proporcionalidade considerando um âmbito de proteção que seja amplo, ou seja, qualquer ato, fato, estado ou posição jurídica que tenha pertinência para com o eixo temático do direito fundamental deve ser *prima facie* considerado no âmbito de proteção, deixando para o processo de cedência, em minuciosa fundamentação²⁰², sejam impostas eventuais restrições constitucionalmente adequadas.

A consideração de um suporte fático amplo na harmonização dos direitos fundamentais liga-se ao que menciona Diogo Costa Gonçalves (2008, p. 13-14) para os direitos da personalidade, no sentido em que devem refletir uma dimensão ontológica da pessoa²⁰³. Assim, ao tratar dos direitos da personalidade e das suas restrições, deve-se partir, num suporte fático amplo, não de um conceito normativo de pessoa ou de personalidade, mas de um conceito real, considerando-se inclusive uma dimensão relacional²⁰⁴. Neste passo, Cláudio Luiz Bueno de Godoy (2019, p. 6) diz não se pode olvidar a “percepção ético-valorativa do que a pessoa é”.

Enfim, ao tratar da efetividade dos direitos da personalidade, compreende-se possam eles receber restrição, à luz de determinadas situações concretas – cabendo tutela jurisdicional para tanto, inclusive por meio das tutelas provisórias –, mas ainda aqui o norte há de ser aquele que o terço inicial desta pesquisa identificou: a finalidade primordial desses direitos pauta garantir o desenvolvimento livre e digno²⁰⁵ da pessoa humana e de todas as suas

²⁰² Conforme sublinhado, os direitos fundamentais (e os direitos da personalidade) são restringíveis, mas se impõe àquele que os restringe (o juiz ou o legislador) um correlato dever de fundamentação (SILVA, 2017, p. 41).

²⁰³ Diogo Costa Gonçalves (2008, p. 13) ressalta que sem conhecer a realidade ontológica da pessoa não há falar-se no desenvolvimento dos direitos da personalidade e nem mesmo será possível a sua tutela. Quanto a essa questão ontológica, Daniel Sarmiento (2019, p. 325-326) destaca que a Constituição Federal de 1988 ser volta ao “ser humano concreto, enraizado, que não é só racional, mas também emocional, corporal e social. Trata-se de pessoa que e um fim em si, razão de ser do Estado e da ordem jurídica, e não um mero órgão da comunidade”.

²⁰⁴ É dizer, o valor da pessoa tem ressonância social (dimensão relacional), tanto para definir um núcleo essencial dos direitos da personalidade, quanto para eventualmente indeferir pretensões egocêntricas.

²⁰⁵ É a partir do princípio da dignidade da pessoa humana, no viés que se consolida a partir do século XVIII que se tem o homem como um fim em si mesmo (esse, o valor intrínseco da pessoa, impedindo seja reificada), tendo, portanto, liberdade para definir suas escolhas existenciais. Trata-se da liberdade como autodeterminação, que informa os direitos da personalidade. Enfim, o princípio da dignidade da pessoa humana, por meio de sopesamento ou da regra da proporcionalidade, tem como funções “(i) impedir que o homem seja objeto de relações; (ii)

potencialidades, seus modos de ser²⁰⁶. Mesmo as restrições devem vir a esse encontro, no sentido de viabilizar esse estado de coisas.

3.2- DAS INDEVIDAS RESTRIÇÕES AOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

A restringibilidade dos direitos da personalidade obviamente não apequena sua essencialidade ou fundamentalidade, sobretudo à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, nos aspectos do valor intrínseco da pessoa e da autonomia privada, por exemplo.

Por essa razão, há restrições aos direitos da personalidade que por vezes não se mostram constitucionalmente adequadas. Virgílio Afonso da Silva (2017, p. 70-125) atribui referidas violações, muitas vezes, ao abandono de um suporte fático amplo para os direitos fundamentais.

A consideração de um suporte fático amplo impede sejam *a priori* excluídos quaisquer bens jurídicos que integrem o eixo temático do âmbito de proteção de um direito fundamental (ou de um direito da personalidade), justamente para que, a partir dessa amplitude e por conta da ponderação e da proporcionalidade, se faça o respectivo desbaste, de forma fundamentada, constitucionalmente adequada e, portanto, democrática²⁰⁷.

Nem mesmo aquelas condutas egocêntricas relativas aos direitos da personalidade, destacadas por Cláudio Luiz Bueno de Godoy (2019, p. 5-6), devem ser de pronto excluídas do respectivo âmbito de proteção desses direitos. Também a recusa do paciente em se submeter a tratamento médico em determinadas situações ou mesmo a recusa à vacinação – somente para citar alguns dos outros casos mencionados – de modo algum estão excluídas do âmbito da liberdade e da autonomia privada. O balizamento deve ser realizado no processo de cedência, posteriormente.

A esse suporte fático amplo usualmente se vincula a *teoria externa* dos limites aos direitos fundamentais, que distingue, de um lado, os direitos e, de outro, como elementos que

assegurar um espaço de autonomia; (iii) justificar a heteronomia; e (iv) impor ao Estado um dever de mínimo existencial” (CORREIA; CAPUCHO; FIGUEIREDO, 2019, p. 26-29).

²⁰⁶ A título de exemplo, reitere-se afirmação de Davi Amaral Hibner (2019, p. 29-30), no sentido de que “devem ser tuteladas todas as situações jurídicas existenciais em que a pessoa reclame promoção ou proteção, assegurando-se, assim, o livre desenvolvimento da personalidade humana”.

²⁰⁷ Reiterando o que a pesquisa apontou no seu desenvolvimento inicial, no Estado Democrático de Direito, “não se pode depender da consciência de uma pessoa, a despeito das regras de convivência legitimamente estabelecidas, para a resolução de qualquer problema intersubjetivo”. É dizer, cabendo ao povo a autonomia pública (elemento integrante da dignidade da pessoa humana), permitindo a cada indivíduo possa participar do estabelecimento das metas coletivas, “não pode um magistrado não eleito, por um ato de vontade, alterar os destinos fixados no exercício deste autogoverno, principalmente em relação ao pacto social fundante (Constituição), para, com isso, obedecer a sua consciência” (LUIZ, 2013, p. 40). É nesse sentido o que menciona Virgílio Afonso da Silva (2017, p. 70-125), pois não se pode permitir que se retire determinado bem jurídico do âmbito de proteção de um direito fundamental, sem o devido debate constitucional.

lhes são extrínsecos, suas restrições. Isto é, “de acordo com a teoria externa, existe inicialmente um direito em si, ilimitado, que, mediante a imposição de eventuais restrições, se converte em um direito limitado (SARLET, 2018, p. 408). Enfim, “há, em primeiro lugar, o *direito em si*, e, destacadas dele, as suas *restrições*” (SILVA, 2017, p. 138).

Em sentido contrário, com a exclusão apriorística de determinadas condutas do âmbito de proteção de um direito fundamental, chega-se ao modelo de suporte fático restrito, que tem “como principal tarefa fundamentar o que se inclui e o que não deve ser incluído no âmbito de proteção desses direitos, bem como definir qual é a extensão do conceito de intervenção estatal nesse âmbito”. A partir disso, não há falar-se, conseqüentemente, de sopesamento entre princípios, pois não haveria colisão entre eles, dado o pronto estabelecimento de seus limites, a delimitação de seu conteúdo (SILVA, 2017, p. 82-94).

Ao suporte fático restrito geralmente se atrela a *teoria interna* dos limites dos direitos fundamentais, para a qual “um direito fundamental existe desde sempre com seu conteúdo determinado, afirmando-se mesmo que o direito já ‘nasce’ com os seus limites”, que a ele, portanto, são imanentes, representando “fronteiras implícitas, de natureza apriorística”. (SARLET, 2018, p. 407).

Embora tenham eco jurisprudencial²⁰⁸, Virgílio Afonso da Silva (2017, p. 95-100) destaca que a aplicação do suporte fático restrito e da teoria interna restringem por demais a proteção dos direitos fundamentais – e dos direitos da personalidade –, ainda mais porque numa contemporaneidade fluída (conforme destacado) é sempre tormentoso definir de antemão o que deve estar excluído do âmbito de proteção de um direito²⁰⁹. Ao encontro disso, Ingo Wolfgang Sarlet (2018, p. 408) ressalta que “a teoria externa acaba sendo mais apta a propiciar a reconstrução argumentativa das colisões de direitos fundamentais [...] no âmbito da realidade social”. José Joaquim Gomes Canotilho (2017, p. 1277) manifesta “a teoria dos limites imanentes anda associada à chamada *teoria interna* das restrições ao direitos fundamentais que aqui não é sufragada”.

A aplicação de um suporte fático restrito ao invés de um suporte amplo pode trazer importantes impactos para a tutela dos direitos da personalidade.

²⁰⁸ Virgílio Afonso da Silva (2017, p. 80) cita como exemplo, dentre outros, um voto do Ministro Sepúlveda Pertence mencionando “que o sigilo bancário não é garantido pela ‘intimidade protegida no inciso X do art. 5º da constituição federal’ [...] excluindo de antemão uma conduta, um estado ou uma posição jurídica no âmbito de proteção de um direito fundamental”.

²⁰⁹ É dizer, “independentemente de outros problemas metodológicos que essa abordagem [suporte fático restrito] possa suscitar, o que aqui interessa é a impossibilidade de atualização do âmbito de proteção dos direitos fundamentais a uma realidade cambiante” (SILVA, 2017, p. 95).

Sobre isso convém analisar, por exemplo, o célebre caso do *lançamento de anão*, muitas vezes abordado pela doutrina. Trata-se da conhecida proibição proferida pelo prefeito da cidade francesa de *Morsang-sur-Orge*, e mantida pelo Conselho de Estado da França, sobre uma atração havida num clube noturno, em que uma pessoa portadora de nanismo, Manuel Wackenheim, devidamente equipada, era arremessada sobre um colchão de ar, para “divertimento” dos presentes. O ponto é que o próprio Manuel Wackenheim se insurgiu de forma contundente em face da decisão, para assim manter-se naquela atividade, alegando que o referido trabalho “era muito mais importante para ele, não só pela renda que auferia, que lhe permitia prover com dignidade a própria subsistência [...] como também por lhe proporcionar a possibilidade de fazer amigos e de levar uma rica vida social” (SARMENTO, 2019, p. 185). Anote-se estão presentes aqui elementos que integram os modos de ser da pessoa, direitos da personalidade portanto, pautados pela autonomia privada (a liberdade para a autodeterminação).

Daniel Sarmiento (2019, p. 183-188) aborda de forma crítica essa decisão proibitiva ao tratar da utilização do princípio da dignidade da pessoa humana como heteronomia, o que para ele, no mais das vezes, “se presta à justificação de intervenções autoritárias no âmbito das liberdades individuais”, resultando em indevidas restrições a direitos fundamentais. Em vista disso, defende deve ser preservada a autonomia privada: as pessoas – dentre elas Manuel Wackenheim – “têm o direito de fazer as suas escolhas de vida [...] livres das amarras não só legais, como também econômicas e culturais”²¹⁰.

Cláudio Luiz Bueno de Godoy (2019, p. 7), quanto a isso, alerta “que os direitos da personalidade atraem, além da liberdade, o valor da autonomia do indivíduo em guiar sua própria existência”. A autonomia privada (autonomia do indivíduo), deste modo, se caracteriza “como um instrumento do direito ao livre desenvolvimento da personalidade [...] entendida como o poder de autodeterminação individual dos interesses existenciais” (ALVARENGA, 2019, p. 103).

Nesse sentir, ao menos *prima facie*, tem-se por indevida a proibição do show protagonizado por Manuel Wackenheim, de, em virtude do nanismo, se deixar arremessar. Em um passo adiante, entretanto, numa anotação de rodapé, Daniel Sarmiento (2019, p. 185) entendeu adequada a restrição, na medida em que “a disseminação daquela ‘forma de entretenimento’ contribuiria para reforçar na sociedade o estigma já existente contra os portadores de nanismo”.

²¹⁰ Reforçando o que agora se ressalta, Daniel Sarmiento (2019, p. 188) é enfático ao mencionar discordância “com a ideia de ‘dignidade como heteronomia’”.

O que essa reconstrução argumentativa permite concluir é que a escolha de Manuel Wackenheim, de participar do *lançamento de anão* integrou *prima facie* o âmbito de proteção da autonomia privada – tendo-se aqui um suporte fático amplo –, que cedeu quando da aplicação da ponderação e da proporcionalidade, por circunstâncias daquele caso concreto, o que revela a aplicação da teoria externa dos limites dos direitos fundamentais.

Anderson Schreiber (2014, p. 4) traça outro caminho para o mesmo caso. Para ele, “enquanto a maior parte das pessoas luta ferozmente pela proteção de seus direitos, Manuel Wackenheim queria justamente o oposto”. Conclui 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”²¹¹.

Todavia, não parece que Manuel Wackenheim não tenha lutado pela proteção de seu direito. Ele claramente o fez para preservar suas escolhas existenciais, inclusive no campo relacional, que é uma das dimensões sobre a qual se projeta a personalidade²¹². No caso concreto, porém, seu direito não preponderou, diante de uma restrição externa – esse o cenário mencionado por Daniel Sarmiento (2019, p. 185).

Anderson Schreiber (2014, p. 4) aborda a questão por um suporte fático restrito, pois não há como negar que a escolha de participar do show do *lançamento de anão* está desde logo excluída do âmbito de proteção do direito da personalidade²¹³. Daí que, sendo essa a ilação para o caso concreto, sequer haveria tutela jurisdicional para a pretensão do autor, pois não estaria admitida a referida autonomia privada sobre o direito da personalidade. No ordenamento jurídico brasileiro, uma leitura superficial e objetivista do artigo 11 da Lei n. 10.406/2002, que institui o Código Civil²¹⁴, poderia dar essa impressão para a generalidade dos casos.

A solução de, em regra, obstar a limitação voluntária de direitos da personalidade – ou seja, de aprioristicamente retirar a autolimitação do âmbito de proteção desses direitos – se

²¹¹ Nesse mesmo sentido se posicionam Atalá Correia, Fábio Jun Capucho e Anna Ascensão Verdadeiro de Figueiredo (2019, p. 28).

²¹² É aceitável considerar, à luz do mencionado, dentre outros, por Ana Paula de Barcellos (2011, p. 238), que Manuel Wackenheim assim teria agido por lhe faltar o mínimo existencial a permitir outras escolhas de vida – o que permitiria falar de restrição da sua autolimitação voluntária –, mas, ainda assim, para o que agora se destaca, essa seria uma análise a se realizar por meio da ponderação e da proporcionalidade, não autorizando seja *a priori* excluída sua liberdade para o exercício da autonomia privada.

²¹³ Com efeito, a partir do raciocínio de Anderson Schreiber (2014, p. 4), para esse caso, especificamente, não consta do âmbito de proteção dos direitos da personalidade a autonomia privada de decidir participar do inusitado entretenimento.

²¹⁴ Diz o legislador no artigo 11 da Lei n. 10.406/2002 (Código Civil), que, excepcionados os casos previstos em lei, “os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária” (BRASIL, 2002, p. 2).

aplicada linearmente, imporá impedir, por exemplo, a prática de esportes de risco ou daqueles chamados “radicais” (porquanto notório já colheram várias vidas ou causaram lesões à incolumidade psicofísica de seus participantes), tais como as lutas de todo o tipo, o automobilismo, o montanhismo, o *bungee jump*²¹⁵ e o *base jump*²¹⁶, o paraquedismo, os rodeios (com as montarias) e isto apenas para mencionar algumas poucas modalidades.

Isso vale também para as profissões de risco, aqui considerados, *verbi gratia*, os esportistas profissionais das mencionadas modalidades desportivas de risco, além dos policiais, dos policiais integrantes de esquadrões antibomba, dos trabalhadores da manutenção (lavagem e pintura), da parte externa dos prédios, dos mineradores, dos bombeiros, dos trabalhadores da construção civil, ainda mais em grandes obras (usinas, torres de transmissão de energia etc.), dos profissionais da área de saúde, comumente expostos a doenças altamente infecciosas – não raro letais – dentre outras atividades.

Há outras discussões nesse sentido, trazidas por Cláudio Luiz Bueno de Godoy (2019, p. 12) – as quais não são exatamente o foco desta pesquisa – que envolvem a questão da vedação de limitação voluntária dos direitos da personalidade em cotejo (a) com à imagem e a privacidade, caso dos programas televisivos variados que expõem dimensões da personalidade de seus participantes, geralmente postos em algum confinamento ou inseridos em ambientes naturais inóspitos, para entretenimento coletivo (não haverá aqui reificação do participante, ferindo o valor intrínseco da pessoa, elemento inerente à dignidade da pessoa humana?)²¹⁷; bem como em cotejo (b) com a integridade física, tendo em vista as cirurgias plásticas meramente estéticas que alteram, de forma permanente ou duradoura, o corpo do indivíduo²¹⁸.

E o que falar, num cenário bem mais prosaico, dos hábitos alimentares? As *junk foods* e o consumo de bebidas alcólicas e de cigarros, por exemplo, não retratam alguma limitação voluntária de um aspecto da personalidade? Afinal, as pessoas têm o direito de não se pautarem por hábitos de vida saudável?

O que se quer demonstrar é que, assim como os direitos da personalidade não são absolutos, as restrições às suas limitações voluntárias também não o são. Por isso, “mesmo

²¹⁵ Trata-se de um salto no vazio, realizado de lugares muito altos (uma ponte, geralmente) com o participante envolto pelos pés por uma corda elástica, para impedir se choque contra o chão.

²¹⁶ Aqui, o participante salta de paraquedas de lugares muito altos, tais como prédios, pontes, montanhas íngremes.

²¹⁷ Cabendo considerar, ademais, que há certas afinidades entre esses espetáculos televisivos, notoriamente permitidos, e o *lançamento de anão*.

²¹⁸ Aqui vem à baila o artigo 13 de Lei n. 10.406/2002 (Código Civil), que enuncia “salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes” (BRASIL, 2002, p. 2). Por evidente, a hermenêutica adequada dessa regra não impedirá sejam realizadas as cirurgias plásticas com fins meramente estéticos, ainda que tragam diminuição permanente da integridade física do paciente.

diante dessa norma do CC/2002 [constante do artigo 11], tem-se a admitir no sistema brasileiro que nem toda limitação voluntária aos direitos da personalidade – quando deles verdadeiramente se trate – deve ser vedada” (GODOY, 2019, p. 13).

Luísa Baran de Mello Alvarenga (2019, p. 105-106) por sua vez assinala não se justifica o rigor do artigo 11 do Código Civil: “o legislador civilista não acompanhou as tendências constitucionais, enrijecendo desarrazoadamente o campo de autonomia existencial ao vedar por completo a limitação voluntária do exercício dos direitos da personalidade”. Para ela, cabível a disponibilidade relativa desses direitos, “desde que voltada para o atendimento dos interesses existenciais do seu titular e para a sua melhor fruição”.

De mais a mais, é preciso muito cuidado ao permitir que o Estado possa restringir a liberdade das pessoas no domínio das suas escolhas existenciais, e o que é pior, assim o fazendo pela exclusão apriorística de determinados bens jurídicos do âmbito de proteção dos direitos da personalidade, adotando-se um suporte fático restrito²¹⁹. Além de obstar qualquer discussão constitucional sobre o porquê dessa exclusão, possibilita-se o influxo de outros interesses, coletivos ou estatais, que esvaziam os direitos da personalidade, revelando decisões arbitrárias (SARLET, 2018, p. 408).

Ainda mais na seara dos direitos da personalidade, revela-se mais agudo e deletério o arbítrio do intérprete; arbítrio esse que se dá, conforme sublinha Fernando Vieira Luiz (2013, p. 35-72), por meio de decisões subjetivistas de um juiz solipsista²²⁰, pautado pela filosofia da consciência²²¹. Por certo, “a resposta para um caso não pode depender de qualquer circunstância pessoal ou psicológica daquele que tem autoridade para resolvê-lo”, sobretudo porque tal decisão se mostrará antidemocrática. Não se pode afastar a ordem jurídica, traçada pela autonomia pública dos indivíduos, para se “obedecer à subjetividade (psiquismo) de uma só pessoa” (p. 56).

Em vista disso, Daniel Sarmiento (2019, p. 167) ressalta que somente muito excepcionalmente, por meio de fundamentação adequada, é que caberão “restrições legítimas à liberdade que se voltem à proteção do próprio agente”²²². No geral, essas restrições não se adequam ao ambiente constitucional, configurando verdadeiras violações aos direitos.

²¹⁹ Evidentemente que, afora o caso ora abordado do lançamento de anão, não é essa a tônica sublinhada por Anderson Schreiber (2014, p. 4).

²²⁰ O solipsismo se caracteriza pelo “fato de relegar a decisão à consciência ou à convicção pessoal do julgador” (LUIZ, 2013, p. 54).

²²¹ Dá-se a filosofia da consciência “consustanciada num juiz solipsista que, como proprietário dos significantes, molda as leis, e mesmo a Constituição, apenas aos ditames da sua consciência” (LUIZ, 2013, p. 59).

²²² Daniel Sarmiento (2019, p. 169) entende paternalista, porém adequada, a determinação para que os motociclistas utilizem capacetes, pois estes, “na sua esmagadora maioria, valorizam a própria vida e saúde. O não uso do

Tais violações podem decorrer de paternalismos ou de perfeccionismos. Carlos Santiago Nino (1989, p. 413, *apud* SAMENTO, 2019, p. 167-169) assinala que o perfeccionismo consiste em pensar seria “uma missão legítima do Estado fazer com que os indivíduos aceitem e materializem ideais válidos de virtude pessoal”, o que se mostra arbitrário²²³, autoritário e organicista, contrariando o Estado Democrático de Direito. Já no paternalismo ocorre “interferência na liberdade pessoal voltada à proteção do próprio agente”, visto como incapaz de se autorregular nas questões existenciais.

O paternalismo parte da premissa de que o Estado sabe o que é melhor para cada pessoa, mais do que ela própria quando do (livre) exercício da sua autonomia privada, e, portanto, a guia, inclusive em questões existenciais. Evidente que tal concepção “infantiliza os indivíduos, tratando-os como se não fossem capazes de tomar decisões apropriadas sobre as suas próprias vidas” (SARMENTO, 2019, p. 170).

Na ação direta de inconstitucionalidade n. 2.404, proposta para se declarar a inconstitucionalidade da expressão “em horário diverso do autorizado” contido no artigo 254 da Lei n. 8.069/1990 – que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente – sob a alegação de que a lei não pode “transformar a classificação indicativa ou informativa [para a exibição de programas, filmes ou outros produtos audiovisuais] em ato de permissão ou autorização, de modo a criar hipóteses de proibição para impor penalidades”, constou do voto do Ministro Marco Aurélio Mello a indagação: “quem é o árbitro do que pode ser e do que não pode ser visto nas redes de radiodifusão? Estado ou os cidadãos?” Ao que o ministro, referindo-se ao paternalismo²²⁴, assentou a proeminência do cidadão para a definição dessas escolhas, das suas escolhas existenciais, até porque “deixar à autoridade pública a prerrogativa de definir as regras de programas pode ter efeitos negativos sobre interesses de toda a coletividade” (BRASIL, 2016, p. 123)²²⁵.

capacete decorre, quase sempre, de displicência ou de avaliação incorreta dos riscos, e não de uma escolha ligada a um plano de vida – do tipo ‘quero viver perigosamente, não importa quais sejam as consequências’”.

²²³ Como seriam fixados os ideais de virtude pessoal? E quem os fixaria?

²²⁴ De acordo com o Ministro Marco Aurélio Mello, “segundo a visão do paternalismo estatal, os cidadãos são incapazes de proceder à definição [do que pode ou não ser visto nas redes de radiodifusão]. A óptica oposta prestigia a autonomia da cidadania, a capacidade crítica e o discernimento de adultos adolescentes e crianças” (BRASIL, 2016, p. 123).

²²⁵ É preciso aqui um contraponto, no entanto. Não há chamar-se paternalista a intervenção estatal em favor dos vulneráveis. A ponderação e a proporcionalidade vão demonstrar, a exemplo dos consumidores, que na sociedade de consumo atual são premiados por práticas agressivas de consumo que sequer podem exercitar livremente a autonomia privada – situação diversa da premissa inicial do paternalismo, que impõe intervenção estatal sobre a autonomia privada manifestada de forma hígida – cabendo deste modo uma tutela diferenciada. Não sem motivo, o artigo 5º, inciso XXXII da Constituição Federal enuncia que “o Estado promoverá [...] a defesa do consumidor” (BRASIL, 1988, p. 4). Nesse sentido, Dennis Verbicaro e Camille Barroso Silva (2017, p. 662) frisam que a indústria cultural realiza uma abordagem agressiva, “subjugando a capacidade de escolha e reflexão do indivíduo, obrigando-o a decidir por impulso e de acordo com um padrão estético estabelecido”. E isto se agrava quando a

No mesmo prisma, mostra-se incabível – e aqui se tem um perfeccionismo – que o Estado intervenha de maneira incisiva e direta para absolutamente restringir a liberdade das pessoas quanto ao citado consumo das *junk foods*, das bebidas alcoólicas e dos cigarros²²⁶. Isto porque “o Estado não pode impedir escolhas e atos de natureza autorreferente, porque considera que isto fará as pessoas melhores, mais virtuosas ou mais felizes” (SARMENTO, 2019, p. 172). Trata-se de uma atuação rasgadamente incompatível com o princípio da dignidade da pessoa humana, principalmente na vertente da autonomia privada.

O mesmo se diga do moralismo jurídico, que impõe violações à autonomia privada “para assegurar a observância da moral”, mormente a moral do julgador, subjetivista e arbitrária. Por isso, Daniel Sarmiento (2019, p. 178) assinala que “o fato de um comportamento individual ofender valores compartilhados, por mais enraizados que sejam, não é razão suficiente para que seja restringido, quando não violar direitos de terceiros ou colidir com interesses coletivos”. Ana Carolina Brochado Teixeira (2010, p. 227 *apud* ALVARENGA, 2019, p. 106) frisa que o Estado e terceiros devem tolerar “as escolhas feitas por uma pessoa, mesmo que sejam incomuns, irreverentes, diferenciadas, pois elas acabam por satisfazerem os valores pessoais”.

Inaceitável, por fim, que decisões utilitaristas limitem a autorregulação das questões existenciais, porque, ao privilegiar uma moral consequencialista em favor de um todo em detrimento do indivíduo, ofende-se o valor intrínseco da pessoa, ferindo-se a dignidade da pessoa humana²²⁷.

Ao fim e ao cabo dessas considerações, confirma-se então que, se a autonomia privada sobre os aspectos da personalidade não é absoluta, também não o são as suas respectivas restrições. Ambas precisam ser sopesadas à luz do caso concreto, sob a batuta constitucional. De acordo com Cláudio Luiz Bueno de Godoy (2019, p. 13-18), se, por um lado, as limitações voluntárias que a pessoa faz de si não podem “anular o valor ético que ao ser humano se reconhece e que não é disponível nem para ele próprio” e nem mesmo podem maltratar “escolhas axiológicas que são nodais à sociedade”, por outro lado, igualmente não podem impedir a fruição dos objetivos existenciais eticamente valorados, impedindo-se desta maneira o desenvolvimento global do ser humano.

destinatária se trata de criança, “cujo desenvolvimento intelectual incompleto a impede de discernir, ou mesmo de se precaver de conteúdos invasivos e não menos abusivos”.

²²⁶ Embora possa empreender políticas públicas neste sentido.

²²⁷ Pela ótica utilitarista, portanto, “justifica-se o sacrifício dos direitos de um membro da comunidade quando dele decorra um ganho superior nos interesses de outros indivíduos”. Recebe críticas porque “não toma como premissa a separação das pessoas na sociedade e, com isso, permite o sacrifício dos direitos mais básicos do indivíduo, sempre que seja favorável ao bem-estar geral” (SARMENTO, 2019, p. 127-129).

Quanto a esse último aspecto, Paulo Otero (2009, p. 580-581 *apud* ALVARENGA, 2019, p. 102), ressalta que do direito ao livre desenvolvimento da personalidade decorre o “respeito pela individualidade de cada pessoa, devendo ser garantido um amplo espaço de autonomia [...] na arbitrariedade da escolha de todas as opções e na configuração do seu modo próprio de vida”. Disso também decorre que deve ser garantido ao indivíduo a “autorregulação dos interesses existenciais [...] de acordo com as suas próprias visões de mundo”. Vale dizer: a autolimitação de um direito da personalidade muitas vezes possibilita o pleno desenvolvimento existencial e não o contrário.

Daí porque restrições ao direito geral da liberdade previsto no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, quando avançam sobre “as decisões básicas da vida, que envolvem escolhas importantes da pessoa”, devem ser fundamentadas de forma muito robusta “e o escrutínio judicial sobre as medidas restritivas deve ser significativamente rigoroso” (SARMENTO, 2019, p. 161).

No agravo interno no agravo em recurso especial n. 1.222.766, o Superior Tribunal de Justiça, no voto do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, ao se debruçar sobre pretensão em mandado de segurança preventivo, para que fosse assegurado ao autor o exercício da profissão de técnico em tênis de mesa sem que reste compelido (aqui uma restrição) a se inscrever perante o órgão de classe respectivo, destacou que a conformação do direito fundamental, aqui a liberdade profissional, “repele intervenções estatais desmedidas em sua área de proteção, que devem ser sempre justificadas na tutela de outros bens jurídico-constitucionais e na inexistência de alternativa menos gravosa à posição jurídica do particular” (BRASIL, 2019, p. 9).

O ponto de equilíbrio, portanto, está em estabelecer o núcleo essencial do direito da personalidade também pela ponderação constitucionalmente adequada, conforme assinala Virgílio Afonso da Silva (2017, p. 189-207)²²⁸. Pode-se assim concluir que a proibição de limitações voluntárias previstas no artigo 11 da Lei n. 10.406/2002 (Código Civil) se dá em face do núcleo essencial do respectivo direito da personalidade, aferido em cada caso concreto e não de forma apriorística ou linear²²⁹. Fora da órbita do núcleo essencial, devem ser permitidas as autolimitações existenciais.

²²⁸ Deste modo, “a proteção do que é essencial [...] depende das condições fáticas e das condições entre diversos direitos e interesses no caso concreto”, razão pela qual “o conteúdo essencial de um direito não será sempre o mesmo e irá variar de situação para situação, dependendo das circunstâncias e dos direitos em jogo em cada caso” (SILVA, 2017, p. 27).

²²⁹ Fernando Vieira Luiz (2013, p. 35-36) assinala que o exercício da jurisdição deve afastar o objetivismo – a ideia de que “a interpretação judicial é objetivamente controlada pelas regras” – bem como o subjetivismo – no sentido de que a interpretação judicial é “subjetivamente determinada pelas preferências valorativas pessoais do intérprete –, pois “nem o intérprete, nem o texto, independentemente, determinam o significado textual (norma); ambos contribuem, intersubjetivamente, para a determinação do significado”. E assim o fazem considerando

Pensar de modo diverso revela uma incompreensão acerca da essência dos direitos da personalidade, dando ensejo ao já mencionado “sistema asséptico e universalizante”, incapaz de “diferenciar direitos que impliquem um núcleo intangível maior ou menor em função de sua particular conformação e da sua concreta finalidade”. (GODOY, 2019, p. 5-6).

Luiz Edson Fachin (2005, p. 67), destaca, no mesmo sentido, que essa fruição das autolimitações ou mesmo o abrandamento do que previu o legislador do Código Civil para os direitos da personalidade, decorrem de uma “interpretação construtiva e de índole constitucional, que supera uma hermenêutica estrita da literalidade do código”.

Ana Paula de Barcellos (2011, p. 240) assinala que o intérprete, ao tratar da dignidade da pessoa humana, “não pode perder de vista que o elemento particular sob sua análise não existe isoladamente. Ele forma com outros, em uma relação de repercussão recíproca, um fenômeno mais abrangente, que não pode ser desconsiderado”.

Nesse condão, na apelação cível n. 1037055-03.2016.8.26.0100, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo deu provimento à pretensão da autora para, mesmo na constância do casamento, suprimir do seu nome o patronímico do cônjuge. A sentença havia julgado improcedente o pedido (contrariando a vontade da autora e do próprio cônjuge), com base na Lei n. 6.015/1973 – que dispõe sobre os registros públicos –, que restringe a alteração do nome às hipóteses dos seus artigos 56 e 57, não incidentes no caso concreto²³⁰. No voto condutor do Desembargador Hamid Bdine, decidiu-se por “admitir que a retificação se opere independentemente de motivação, só podendo ser obstada se houver justificativa relevante, como o prejuízo a terceiros”, sendo essa a interpretação “que confere maior eficácia à dignidade da pessoa humana, sobrelevando a dimensão personalística do nome” (BRASIL, 2018, p. 7).

Enfim, os direitos da personalidade, por conta da sua posição central no Estado Democrático de Direito, não podem sofrer, *prima facie*, restrição. Também não cabe restringir a autolimitação provinda do regular exercício da autonomia privada existencial. É isso o que decorre da concepção de um suporte fático amplo para esses direitos, que vem ao encontro da

“historicidade e faticidade (temporalidade)”. Enfim, considerando que são comuns, na vida social atual, as limitações acima mencionadas em face dos direitos da personalidade, não há como desconsiderá-las, quando de uma análise hermenêutica. Disso decorre que, na interpretação constitucional, tem-se que o intérprete da norma tem sua compreensão derivada da tradição, da historicidade e da faticidade. Assim, “a pré-compreensão, calcada na tradição, evita que a partir de um texto o intérprete forme a norma que bem quiser, com base na sua ideologia ou valores pessoais” (p. 137).

²³⁰ A Lei n. 6.015/1973 excepciona a imutabilidade do nome somente nas hipóteses do artigo 56, possibilitando a alteração do prenome, imotivadamente, até o primeiro ano após o atingimento da maioridade, e do artigo 57, possibilitando, após o prazo anual do artigo anterior, as alterações do nome somente podem ocorrer de forma excepcional e motivada, mediante processo judicial. (BRASIL, 1973, p. 10).

proteção ontológica da pessoa. Ademais, as restrições a esses direitos devem estar fundamentadas constitucionalmente.

No *habeas corpus* n. 453.870, o Superior Tribunal de Justiça, no voto do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, ao tratar das medidas executórias atípicas deferidas num executivo fiscal, assentou, dentre outros argumentos, que a despeito de ter havido indeferimento de outros *writs* “sob o argumento de que a limitação de CNH não obstaría o direito de locomoção, por existir meios de transportes de que o indivíduo pode se valer”, é preciso ponderar (a partir de um suporte fático amplo) que “a existência de diversos meios de deslocamento não retira o fato de que deve ser amplamente garantido ao cidadão exercer o direito de circulação *pela forma que melhor lhe aprouver*”. Concluiu então “o paciente está a merecer, em confirmação da medida liminar, a tutela da liberdade de ir e vir pelo remédio do *Habeas Corpus*” (BRASIL, 2019, p. 4-5).

Esse é um norte importante para a tutela dos direitos da personalidade, sobretudo para as tutelas provisórias. Considerando que referidos direitos detêm um suporte fático amplo – contendo um âmbito de proteção também amplo *prima facie* –, em seu favor deve se assentar (também *prima facie*) a convicção de probabilidade.

Desta feita, porquanto os direitos da personalidade (e de resto os direitos fundamentais) estão envoltos num suporte fático amplo, o juízo há de conceder a tutela provisória (especialmente a de urgência), pela formação da convicção de probabilidade sobre os direitos que *a priori* estão assegurados (aqui incluída a regular autonomia privada existencial para a autolimitação dos direitos de personalidade)²³¹. E isso ainda mais porque as eventuais restrições a esses direitos (avaliados numa teoria externa dos limites dos direitos fundamentais) decorrem de sopesamento que muitas vezes ultrapassa o ambiente da cognição sumária²³².

Esse panorama é especialmente relevante quando se tem em mesa uma tutela inibitória antecipada, assim postulada para o resguardo de direitos da personalidade. Tanto assim que, na ação inibitória, a convicção de probabilidade se forma em torno da “ilicitude do ato temido”, que, portanto, se trata de um ato potencial, futuro, sendo que o perigo resulta da “ameaça de violação” do direito (MARINONI, 2017, p. 151-155). É dizer, forma-se o juízo de

²³¹ Evidentemente que, a se considerar a aplicação de um suporte fático restrito e de uma teoria interna para os limites dos direitos da personalidade, muito mais provável a formação, na cognição sumária, de uma decisão denegatória da tutela provisória postulada.

²³² Para Virgílio Afonso da Silva (2017, p. 119), “intervir em um direito fundamental não é, por si só, algo constitucionalmente vedado”, porém, “decisivo para se saber se a intervenção [restrição] é constitucionalmente justificável é a análise dos princípios em colisão e das circunstâncias do caso concreto”. Ainda nesta senda, “qualquer possibilidade de restrição a direitos fundamentais, autorizada ou não textualmente pela constituição, impõe sérios ônus de fundamentação [...] e está sempre submetida ao controle da proporcionalidade” (p. 249).

probabilidade de que o ato temido é ilícito, o que pode (e deve) ser abordado a partir de um âmbito de proteção amplo dos direitos da personalidade, como alhures mencionado.

E isso é ainda mais relevante diante da tutela inibitória antecipada “pura”²³³, na qual há uma natural dificuldade na produção da prova, de modo que “não há como deixar de elaborar critérios que possam auxiliar o encontro de um tratamento justo”, pena de se negar tutela a determinados direitos (MARINONI, 2017, p. 158-159).

3.3- DO INDEFERIMENTO DAS TUTELAS PROVISÓRIAS EM ATENÇÃO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E PELO RECONHECIMENTO DE RESTRIÇÕES CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADAS A DIREITOS DA PERSONALIDADE

Como consequência lógica do item antecedente, debruça-se mais detidamente sobre as restrições constitucionalmente adequadas aos direitos da personalidade. Como visto, esses direitos (e os direitos fundamentais como um todo) não são absolutos, podendo sofrer restrição mediante ponderação e aplicação da proporcionalidade, com base no texto constitucional e seguindo o princípio da dignidade da pessoa humana. Tal harmonização é essencial porque, sendo direitos heterogêneos, a proteção de um deles “não pode ser concedida sem que seja restringida ou suspensa a proteção de outros” (BOBBIO, 2004, p. 42).

Partindo-se de um suporte fático amplo e pela aplicação da teoria externa, é possível delinear restrições constitucionalmente adequadas, tudo em consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana. Pode parecer um paradoxo, mas é exatamente isso: as restrições aos direitos da personalidade, bem como às suas autolimitações voluntárias, se colocam justamente para a garantia da dignidade da pessoa humana.

A primeira dessas restrições – a proibição de violação²³⁴ a direito de outrem – provém da dimensão relacional dos direitos da personalidade, servindo de freio ao mencionado “egocentrismo” na sua compreensão e exercício, pois não se pode tê-los “como se fossem prerrogativas ilimitadas ou não impusessem, ao mesmo tempo, restrições, deveres, ônus ou sacrifícios a seus titulares”. Do contrário, ter-se-ia um “favorecimento de um discurso de poder

²³³ Na chamada tutela inibitória “pura”, “não se teme a repetição ou a continuação do ilícito, mas a prática de um ilícito sem que nenhum ato anterior da mesma natureza tenha sido cometido” (MARINONI, 2017, p. 152).

²³⁴ De acordo com Virgílio Afonso da Silva (2017, p. 75), ausente fundamentação constitucional adequada, tem-se violação, e não restrição, a direito fundamental.

que, sob o mote de dar tutela aos direitos da personalidade, afirma a posição do mais forte em detrimento de outrem, ante direitos de igual hierarquia” (GODOY, 2019, p. 5-6)²³⁵.

À vista disso, já se mencionou nas porções iniciais da pesquisa (item 1.2., *supra*): a partir de *prósopon*, então designando uma mera e rasa representação do indivíduo numa sociedade organicista, paulatinamente se reconheceu em toda pessoa a medida de uma universalidade – a natureza humana – potencializada e moldada por escolhas existenciais, tanto que “somente se apresenta aos demais aquele que é, antes de tudo, em si mesmo” (ARAÚJO, 2015, p. 19), mas, ao mesmo tempo, “ninguém é [tão-somente] em si mesmo, somos também a partir do outro” (NAVES; SÁ, 2017, p. 2).

Isso assim porque, embora imanentes os aspectos existenciais, não há negar-se que é também na transcendência, na alteridade, na intersubjetividade, enfim, no pertencimento social, que a pessoa se reconhece, se individualiza e se desenvolve. Sem o outro, a pessoa sequer tem referência para a percepção de todos os direitos da personalidade.

Axel Honneth (2011, p. 126, *apud* NOGUEIRA, 2015, p. 311), no mesmo passo, destaca a identidade do homem construída pela “experiência de um reconhecimento intersubjetivo [...] que se realiza quando há compreensão de que existe o outro, que é seu parceiro na relação social e que também é destinatário social”. Tal fenômeno se inicia já na relação do recém-nascido com a mãe. O início da construção da personalidade é, portanto, intersubjetivo: é a partir do relacionamento materno – e, logo depois, também paterno – que a criança desenvolve autonomia, percebendo-se distinta, individualizando seus modos de ser.

Daniel Sarmiento (2019, p. 242) acrescenta: “para que as pessoas possam se realizar e desenvolver livremente as suas personalidades, o adequado reconhecimento pelo outro é vital”, ao que Pedro Faraco Neto (2015, p. 364) destaca a transcendência²³⁶ como “o retrato mais profundo da natureza humana”.

Cláudio Luís Bueno de Godoy (2019, p. 13) observa que as potencialidades humanas “não se desenvolvem apenas na sua intrassubjetividade, senão também em relação com o outro”. A pessoa deve estar “projetada para fora de si”, para que essa realização “se consuma com e não contra o outro” (p. 17).

²³⁵ Tanto assim que Cláudio Luiz Bueno de Godoy (2019, p. 17-18) ressalta que o desenvolvimento das virtudes da pessoa, por meio dos direitos da personalidade, “não se efetiva apenas em sua dimensão íntima, egocêntrica, senão ainda e forçosamente em uma dimensão relacional.” Em complemento, Fábio Konder Comparato (2019, p. 52) destaca que é preciso uma “harmonização ética, fundada nos direitos humanos” para impedir a desagregação social causada pela “prevalência dos mais fortes sobre os mais fracos”.

²³⁶ O ser humano “pode ser considerado algo aberto, já que vive em um eterno relacionamento com os demais seres humanos, com a natureza e com Deus. A exemplo desse fenômeno de interatividade dá-se o nome de transcendência” (FARACO NETO, 2015. p. 364).

Juan de Sahagun Lucas (1996, p. 174, *apud* GONÇAVES, 2008, p. 37) assevera que “o núcleo essencial do personalismo está na abertura ao outro, enquanto dimensão constitutiva da pessoa”, mas, isso, “não no sentido da dissolução do Homem no colectivo, no social, mas antes na abertura do homem [...] ao outro, abertura esta constitutiva da sua realidade”.

Diogo Costa Gonçalves (2008, p. 47), de seu turno, assinala que “a realização das potências humanas, a actualização de tudo aquilo que o Homem pode ser e está chamado a ser, dá-se na relação”. O homem não é sozinho, a intersubjetividade também o define – *distinctum subsistens respectivum* – razão pela qual “o desenvolvimento da personalidade, o alcance dos fins da pessoa, a realização em si mesmo só se verifica com os outros e em função dos outros”²³⁷.

Carlos Alberto Bittar (2015, p. 32-33) sublinha que a partir do princípio da dignidade da pessoa humana possibilita-se “que o tema dos direitos da personalidade compareça no processo de definição dos contornos do convívio social voltado à solidariedade e à paz, bem como à integração humana”.

Ao abordar o individualismo como base do Estado Democrático de Direito, contrapondo-o ao organicismo, Norberto Bobbio (2004, p. 57) frisa a “autonomia de cada indivíduo com relação a todos os outros e da igual dignidade de cada um deles”.

Estabelecida a inafastável presença do outro, vê-se nele o contraponto para a fruição dos direitos da personalidade, na medida em que, quando duas ou mais pessoas se postam num plano relacional, é preciso harmonizar o exercício das suas escolhas existenciais.

Heinrich Hubmann (1967, p. 161-162, *apud* NERY; NERY JUNIOR, 2017, p. 73) sublinha em cada pessoa a incidência de dois valores fundamentais, interrelacionados, (a) “o valor da própria personalidade, que exigiria o respeito do interesse próprio por parte dos outros” e, (b) em contrapartida, “o interesse da própria personalidade a favor de um interesse alheio”. No mesmo ponto, Axel Honneth (2011, p. 126, *apud* NOGUEIRA, 2015, p. 311) anota que “cada indivíduo tem a carga de subjetividade que deverá equacionar quando em contato com a carga subjetiva do outro”.

Para Rosa Maria de Andrade Nery e Nelson Nery Junior (2017, p. 83-84), “em matéria de direito de humanidade, em que costumeiramente estão em choque bens e valores que integram a humanidade do ser, a medida de tudo é o *outro*, na alteridade natural do direito”.

²³⁷ Enfim, “o drama existencial, que só ao Homem é dado viver, de *ser mais*, de realizar tudo o que *pode ser*, concretiza-se em perfeição, torna-se acto, quando o Homem constrói a sua vida sendo para o outro... nisso consiste a categoria da realização” (GONÇALVES, 2008, p. 55).

Atalá Correia, Fábio Jun Capucho e Anna Ascensão Verdadeiro de Figueiredo (2019, p. 35) acrescentam deve haver “uma necessária perspectiva intersubjetiva da dignidade da pessoa humana”, pois “mesmo um direito assegurado em razão da dignidade da pessoa humana deve sujeitar-se a nova ponderação em face de outra pessoa. Pensar o contrário seria atribuir uma condição absoluta que não se coaduna com o regime dos princípios jurídicos”²³⁸.

Por fim, Bruno Torquato de Oliveira Naves e Maria de Fátima Freire de Sá (2017, p. 03) mencionam que “a constituição do ser humano traz aspectos que oscilam entre a singularidade da pessoa e a universalidade da espécie”²³⁹, demonstrando que a alteridade é ínsita aos direitos da personalidade. Tem-se então que “a construção da personalidade é livre, mas sempre contextualizada socialmente”, cabendo atuar o Direito “para se compreender os limites no ‘determinar-se’”.

Em vista dessas considerações, aliadas ao que a pesquisa suscitou em relação ao gradual reconhecimento das questões existenciais do ser humano e da dignidade da pessoa humana, vê-se muito claramente que os direitos da personalidade (e os direitos fundamentais como um todo) somente têm sentido quando dimensionados e harmonizados socialmente²⁴⁰. Tome-se por exemplo a privacidade, que se eleva e se justifica (no seu núcleo essencial, ponderado em cada caso concreto) justamente na presença e em função do outro (alteridade), ou seja, no âmbito da intersubjetividade.

No Recurso Especial 1.736.803, o Superior Tribunal de Justiça, no voto do relator, Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, ponderou a intersubjetividade como referência para o exercício dos direitos da personalidade (aqui especificamente a privacidade). Os recorrentes (autores) buscaram a tutela jurisdicional para, dentre outros pedidos, impor à ré obrigação de “não mais publicar matéria a respeito do [rumoroso] ato criminoso em que se envolveu a Primeira Recorrente [e em face do qual foi efetivamente condenada e apenada]”, e isto com base no âmbito de proteção do “direito ao restabelecimento do convívio social em condições de igualdade, sem constantes ameaças e lesões à intimidade [...] por fato pretérito”. Essa, uma das pretensões devolvidas ao tribunal, que, de seu turno, decidiu pelo seu improvimento,

²³⁸ Tal ponto reforça o que já se mencionou alhures: a invocação do princípio da dignidade da pessoa humana sem uma ponderação pautada na intersubjetividade é uma das causas para a sua banalização, pois isolada e absolutamente considerado, pode ao mesmo tempo embasar algo e o seu contrário (CORREIA; CAPUCHO; FIGUEIREDO, 2019, p. 33).

²³⁹ Essa é a própria materialização da dignidade da pessoa humana, reconhecendo em cada indivíduo, de per si, a universalidade da humanidade.

²⁴⁰ Fosse o homem um único ser num determinado mundo, não haveria necessidade falar-se de personalidade ou dos direitos da personalidade e nem mesmo haveria direito, ou justiça. Paulo Nader (2019, p. 44), nesse passo, menciona “o Direito é elaborado em função de uma necessidade. Não fosse a carência social de disciplina e de distribuição de justiça, razão não existiria para se cogitar sobre o Direito”.

afastando o direito ao esquecimento sobre o ilícito penal em si²⁴¹, dada sua concreta proeminência histórica, que inclusive impulsionou evolução legislativa (BRASIL, 2020, p. 1-16)²⁴².

Ao que se observa neste caso, a intersubjetividade, a transcendência do ser dando ensejo a questões existenciais, foi a razão da pretensão deduzida em juízo pela recorrente. Também o foi para fundamentar a improcedência do recurso, relativamente ao direito de outrem à informação (situação que preponderou). Enfim, os aspectos existenciais da recorrente e das pessoas que estão no plano relacional foram entrelaçados, preponderando o interesse destas.

Com efeito, soa natural perceber que o exercício dos direitos da personalidade (e dos direitos fundamentais, no todo) deve, sim, ser harmonizado no plano relacional. Nessas situações, recorre-se ao processo de cedência de um direito em relação ao outro, para que todos tenham eficácia (FACHIN, 2005, p. 66).

Immanuel Kant (2020, p. 36-37) sinalizou nesse sentido, ao traçar como correta “toda a ação que permite, ou cuja máxima permite, à liberdade do arbítrio de cada um coexistir com a liberdade de todos segundo uma lei universal”, e a lei universal que descreve é: “aja externamente de tal modo que o uso livre de seu arbítrio possa coexistir com a liberdade de cada um segundo uma lei universal”.

Por conta desse arcabouço, fica também demonstrado o que de início se abordou: não se pode conceber que a fruição de um direito da personalidade, ou a autolimitação deste²⁴³, possa causar impacto deletério a outrem.

Norberto Bobbio (2004, p. 111) destaca o princípio do *neminem laedere*²⁴⁴ presente no artigo 3º da Declaração dos Direitos do Homem, de 1789, constituindo-se no “poder de fazer

²⁴¹ A matéria jornalística, entretanto, foi obstada por conta de se debruçar não sobre o ilícito penal em si, mas sim sobre a vida íntima cotidiana da parte autora, ferindo aos seus direitos da personalidade, dentre eles a privacidade.

²⁴² Nesse ponto, no voto do relator constou que “sob pena de apagamento de trecho significativo não só da história de crimes famosos que compõem a memória coletiva, mas também de ocultação de fato marcante para a evolução legislativa mencionada, não há razões para acolher o pedido concernente à obrigação de não fazer” (BRASIL, 2020, p. 16).

²⁴³ Caso da autorização judicial para a alteração do nome pela subtração do patronímico do cônjuge, sublinhada linhas acima.

²⁴⁴ De acordo com Rogério Donnini (2012, p. 2), o princípio do *neminem laedere* (a ninguém ofender) provém do *Digesto* e “indica verdadeiro limite à livre ação ou omissão que lese outrem”, tendo aplicação não só em situações que envolvam reparação, mas também prevenção, integrando o ordenamento jurídico brasileiro nos planos constitucional e infraconstitucional. Na Constituição Federal de 1988, “há vários dispositivos que regulam não apenas o dever de reparação do dano causado, mas também a sua prevenção”, como se verifica, no artigo 5º, dos incisos V (que trata do direito de resposta, bem como indenização por danos material e moral e à imagem) e X (que trata da proteção aos direitos da personalidade, da intimidade, vida privada, honra e imagem).

tudo o que não prejudique os outros”²⁴⁵. Mais à frente, no artigo 29º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, também se enuncia que “o indivíduo tem deveres para com a comunidade, fora da qual não é possível o livre e pleno desenvolvimento da sua personalidade”, significando cabíveis restrições “estabelecidas pela lei com vista exclusivamente a promover o reconhecimento e o respeito dos direitos e liberdades dos outros e a fim de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar numa sociedade democrática” (ONU, 1948, p. 7).

De igual maneira, tem-se o exemplo do artigo 2º da Lei Fundamental de Bonn, enunciando “todos têm o direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade, desde que não violem os direitos dos outros e não atentem contra a ordem constitucional ou a lei moral” (ALEMANHA, 1949, p. 16)²⁴⁶.

Daniel Sarmiento (2019, p. 81-82) destaca que a limitação a direito fundamental, a fim de evitar violação à dignidade humana de terceiro, tem base “numa ordem constitucional solidária, que se assenta em compreensão intersubjetiva e relacional de pessoa”. Virgílio Afonso da Silva (2017, p. 25-26), elenca alguns exemplos de constituições estrangeiras que, ao contrário da brasileira, apresentam de forma expressa “a possibilidade de restrições e regulamentações diretas a direitos fundamentais”, tais como as constituições portuguesa, espanhola e alemã, dentre outras. Todavia, à luz do que se detectou na pesquisa, o ordenamento jurídico brasileiro não é infenso a essa ponderação.

No Recurso Especial n. 1.533.206 – a despeito, à época, da *vacatio legis* da regra do § 1º do artigo 528 da Lei n. 13.105/2015, que instituiu o Código de Processo Civil²⁴⁷ – o Superior Tribunal de Justiça, no âmbito de uma execução de alimentos, determinou (a) a inserção do executado nos cadastros restritivos de crédito bem como (b) o protesto do respectivo provimento judicial. Dentre outros argumentos, constou do voto do relator, Ministro Luis Felipe Salomão, é preciso dar prevalência aos direitos de personalidade do exequente (menor alimentando), dentre eles a vida, a saúde, a dignidade e a proteção integral, em detrimento dos direitos da liberdade e do sigilo (intimidade e privacidade) do executado (BRASIL, 2015, p. 14).

²⁴⁵ A ideia de limitação do exercício da liberdade para evitar violação do direito de outrem foi aceita inclusive pelo liberalismo, no “clássico *princípio do dano*, de Stuart Mill, segundo o qual impedir danos a terceiros seria a única justificativa para a imposição de restrições à liberdade individual (SARMENTO, 2019, p. 82).

²⁴⁶ Disso decorre que “a imagem do homem na Lei Fundamental não é a de um indivíduo isolado, soberano; pelo contrário, a Lei Fundamental decidiu em favor de um relacionamento entre indivíduo e comunidade [...] sem que isso implique na violação de seu valor individual” (KOMMERS, 1997, p. 305, *apud* BARROSO, 2016, p. 22).

²⁴⁷ No § 1º do artigo 528 da Lei n. 13.105/2015, no âmbito do cumprimento de sentença de obrigação de prestar alimentos, o legislador permite ao juiz mandar “protestar o [respectivo] provimento judicial” (BRASIL, 2015, p. 85).

Nesse caso, fica evidenciado que as decisões de piso (denegatórias da pretensão do exequente) estavam a ratificar uma fruição egoística dos direitos da personalidade realizada pelo executado alimentante (prevalecendo então, a via do mais forte), o que obviamente não se sustentou, tanto que referidos direitos foram restringidos numa ponderação relacional, com total amparo constitucional, para dar vazão ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Cabe, pois, à tutela jurisdicional, realizar esse balanceamento, obstando a fruição de direitos da personalidade que extrapolem as restrições que lhes são impostas em cada caso concreto. Isso implica considerar que também para as tutelas provisórias de urgência deve haver o indeferimento das pretensões quando sua concessão puder violar direito fundamental de outrem. Em tais situações, a restrição recairá sobre o direito do postulante, devendo o juiz fundamentar de forma constitucionalmente adequada por quais motivos, no âmbito da cognição sumária (quando assim se trate), deu-se o indeferimento.

Casos assim ganham especial atenção considerando que as tutelas provisórias de urgência – notadamente a tutela antecipada –, que abordam direitos fundamentais (aqui incluídos especificamente os direitos da personalidade) devem ser, no mais das vezes, providas, conforme mencionado no tópico antecedente.

Em decorrência do suporte fático amplo e aplicação da teoria externa, tais direitos detêm, *prima facie*, eficácia plena, sendo extrínsecas suas eventuais restrições, provindas de uma dimensão relacional e aferíveis por ponderação em cada caso concreto. Por conta disso, não havendo elementos para se realizar o juízo de ponderação no campo da cognição sumária, para então se aferir caberá restrição aos direitos postulados, remanesce *a priori* a eficácia plena da pretensão. Vale dizer: uma vez demonstrado que o bem jurídico referido pelo autor é abarcado pelo âmbito de proteção do direito da personalidade, que há de ser amplo, forma-se desde logo a convicção de probabilidade²⁴⁸ contemplada pelo artigo 300 do Código de Processo Civil²⁴⁹.

Tome-se, para análise do que agora se sublinha, a pretensão relacionada ao direito à saúde e, portanto, à vida e à integridade psicofísica (reiterando representam direitos da personalidade). Aprioristicamente, todas as tutelas provisórias de urgência que postulem a concessão de medicamentos essenciais devem ser deferidas, com base, dentre outras, na norma

²⁴⁸ Luiz Guilherme Marinoni (2017, p. 145), neste tema, ressalta há “expressa autorização para o juiz decidir com base em *convicção* de probabilidade”, baseada numa verossimilhança preponderante, que “significa sacrificar o improvável em benefício do provável”.

²⁴⁹ O artigo 300 da Lei n. 13.105/2015, que institui o Código de Processo Civil, enuncia a concessão da tutela de urgência “quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo” (BRASIL, 2015, p. 47).

contida no artigo 196 da Constituição Federal, que enuncia, em um âmbito de proteção amplo, “a saúde é direito de todos e dever do Estado” (BRASIL, 1988, p. 107).

Com efeito, caso não haja, no plano da cognição sumária, elementos para uma ponderação adequada, tais como a violação a direitos de outrem ou da reserva do possível fática²⁵⁰, a tutela provisória de urgência há de ser concedida. E isto está em consonância com o Estado Democrático de Direito, que se assenta sobre a dignidade da pessoa humana; e frise-se bem, dignidade da pessoa humana aplicada em cada indivíduo, tudo a teor da posição central do respectivo princípio na ordem constitucional brasileira, conforme apurado pela evolução da pesquisa.

Neste sentido é a decisão contida na apelação cível n. 1009511-47.2020.8.26.0602, proferida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, confirmando a concessão de segurança “para que seja fornecida à impetrante [portadora de esclerose lateral amiotrófica] o tratamento de dieta enteral [...] condicionada à apresentação de receituário médico atualizado a cada 03 meses”. Na fundamentação da decisão, o relator Desembargador Carlos Alberto Pachi sublinhou ser dever do Estado “garantir o bem-estar, a saúde e a vida dos cidadãos governados” ao passo que “é imperativo constitucional e legal que a recorrida [impetrante] tem o direito à saúde [...] inclusive com o fornecimento de medicamentos e insumos”. A saúde, assim, “é direito de todos e dever do Estado, tendo primazia sobre todos os outros demais interesses juridicamente tutelados” (BRASIL, 2020, p. 4-5).

Percebe-se dessa decisão a preponderância do direito fundamental – eficácia *prima facie* plena – que vai eventualmente sofrer restrição externa, devidamente ponderada à luz do caso concreto.

Confira-se também a decisão monocrática prolatada pelo Desembargador Federal João Batista Pinto Silveira, do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, no agravo de instrumento n. 5058358-20.2020.4.04.0000, dando provimento à tutela provisória de urgência postulada pelo autor, “determinando que os réus forneçam [...] o medicamento enzalutamida, nas doses e periodicidade indicadas na prescrição médica” (BRASIL, 2020, p. 05).

Na fundamentação dessa decisão, constou que a reserva do possível “apenas é legítima quando se demonstra, mediante elementos concretos objetivamente aferíveis, a absoluta impossibilidade financeira no que tange ao cumprimento da prestação estatal” (BRASIL, 2020,

²⁵⁰ Daniel Sarmiento (2019, p. 229) ressalta que a reserva do possível, assim considerada “no sentido de estabelecer o que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade”, somente no aspecto fático – constituindo obstáculo de ordem econômica – pode ser ponderada com o mínimo existencial, devendo-se analisar “a capacidade financeira do Estado de arcar com a *universalização* da prestação material postulada, para todas as pessoas que estiverem nas mesmas condições daquele que a requereu”.

p. 02), razão pela qual essa circunstância não foi sopesada por ocasião da tutela de urgência (ou seja, não havia como aferi-la, naquele momento).

Com isso, demonstra-se que, não havendo como sopesar no caso concreto, no plano da cognição sumária, a incidência de uma restrição externa aos direitos à vida e à integridade psicofísica do autor, esses direitos remanescem com eficácia plena *prima facie*, o que é suficiente para a formação da convicção de probabilidade. Tanto assim que o relator fundamentou “não se poderá deixar de considerar, em todos os casos, a real condição de saúde daquele que ingressa em juízo e formula o pleito relacionado à tutela do direito fundamental à saúde” (BRASIL, 2020, p. 03).

É importante acrescentar que a análise de concessão das tutelas provisórias também se pauta por precedentes²⁵¹, o que possibilita trazer para a cognição sumária elementos que não estariam presentes por outra via. Ainda no campo da dispensação de medicamentos, a concessão da tutela (provisória e definitiva) se baliza por uma série de requisitos derivados de ponderações realizadas em casos conexos, inclusive sob a égide dos recursos repetitivos, conforme foi aventado no agravo de instrumento n. 5058358-20.2020.4.04.0000, acima referido, para, *verbi gratia*, a “concessão de remédios não incorporados em atos normativos do SUS”²⁵² e para “a utilização de medicamentos em hipóteses não previstas na bula, isto é, para uso ‘off label’”²⁵³ (BRASIL, 2020, p. 02).

No mesmo passo, na decisão monocrática prolatada pelo Desembargador Federal Fernando Quadros da Silva no agravo de instrumento n. 5057848-07.2020.4.04.0000, em trâmite perante o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, constou que o deferimento de tutela provisória de urgência para a concessão do medicamento é analisado sob os marcos dos precedentes firmados pelos tribunais superiores, no caso concreto, à luz do Recurso Especial n. 1.657.156, que definiu requisitos, cumulativos, para a concessão de medicamentos não incorporados em atos normativos do Sistema Único de Saúde – SUS (BRASIL, 2020, p. 4-5).

²⁵¹ A exemplo da previsão que já consta para a tutela de evidência, no inciso II do artigo 311 do Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015), enunciando sua concessão quando “houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante” (BRASIL, 2015, p. 49). A esse respeito, Eduardo Arruda Alvim (2017, p. 325) assinala o Código de Processo Civil “confere extrema importância às decisões judiciais precedentes, já que as torna, em certas circunstâncias, vinculantes, conforme prevê o art. 927”. Assim sendo, “a existência de precedente vinculante oriundo de casos repetitivos (ou súmula vinculante) autoriza ao autor, via de regra, usufruir desde logo de efeitos práticos da decisão de mérito”.

²⁵² Para os remédios não incorporados em atos normativos do SUS, a entrega de medicamentos “exige a presença cumulativa da comprovação da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento; da ineficácia do tratamento fornecido pelo sistema público de saúde; da incapacidade financeira do postulante e da exigência de registro na ANVISA”, a teor do REsp 1.657.156/RJ (BRASIL, 2020, p. 02).

²⁵³ Aqui se aponta a matéria ainda está controversa, “havendo posição no sentido de que quem deve decidir sobre a correta adequação do medicamento [...] é o profissional médico” (BRASIL, 2020, p. 03).

Desta feita, esse relator, ao aferir preenchidos os requisitos (a) da comprovação da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento pretendido (por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado) e da ineficácia dos medicamentos fornecidos pelo Sistema Único de Saúde (SUS); (b) da comprovação da hipossuficiência do postulante ao medicamento; e (c) que o medicamento pretendido foi aprovado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), declarou presentes “os pressupostos indispensáveis para a concessão da antecipação dos efeitos da tutela pretendida, nos termos do artigo 300 do CPC, devendo ser mantida a decisão agravada que deferiu a medida” (BRASIL, 2020, p. 7-8).

O Desembargador Federal Fernando Quadros da Silva (BRASIL, 2020, p. 08) ainda ressaltou “que as normas infraconstitucionais limitadoras da antecipação da tutela contra o Poder Público devem ser interpretadas em acordo com o texto constitucional, e, em especial, com os ditames máximos de proteção à vida, à saúde e à dignidade humana”, identificando-se aqui o que se tem destacado nesta pesquisa: a restrição a direito fundamental (direito que *prima facie* é pleno), deve receber uma fundamentação constitucionalmente adequada. Do contrário, ter-se-á uma violação a esses direitos²⁵⁴.

De outro lado, a imposição de requisitos para a concessão de medicamentos significa que, para além deles, sobrevém restrição ao direito fundamental à saúde, que tem como fundamentação constitucionalmente adequada a preservação de iguais direitos de terceiros, no plano relacional.

A esse respeito, na decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Paraná no agravo n. 0040533-82.2020.8.16.0000, constou do voto do relator, Desembargador Adalberto Jorge Xisto Pereira, que o deferimento de tutela de urgência para o fornecimento de medicamentos de alto custo, “sem a comprovação cabal da sua eficácia acarreta o risco de o sistema de saúde entrar

²⁵⁴ Relativamente aos diplomas legais que preveem restrições à concessão de tutela provisória em face da Fazenda Pública – a exemplo dos artigos 1º ao 4º da Lei n. 8.437/1992 e do § 2º do artigo 7º da Lei n. 12.016/2009 –, Eduardo Arruda Alvim (2017, p. 417-418) destaca é mist er entendê-los “no sentido de que tais restrições não podem acarretar o perecimento do direito material (*rectius*, da afirmação de direito material), ou mesmo a inefetividade da decisão de mérito, em prejuízo daquele que requer a tutela provisória, antecipatória de tutela ou acautelatória”. Não havendo esse risco, tem por justificável o enunciado do artigo 2º da Lei n. 8.437/1992, que condiciona a concessão de liminar em mandado de segurança coletivo e em ação civil pública à prévia audiência da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar em 72 horas, dada a “maior dimensão subjetiva da liminar do mandado de segurança coletivo”. Assim, “sempre que possível, em face dos interesses supostamente maiores perseguidos pelo Estado, que, em última análise, visam o bem comum, esse prazo de 72 horas há de ser respeitado”. Em suma, “havendo, no caso concreto, o embate entre a preservação do interesse público e a preservação do acesso efetivo à Justiça, inafastável será a necessidade de ponderação dos valores constitucionais em colisão, preservando-se, se o caso, o acesso efetivo à Justiça” (p. 423).

em colapso, com prejuízos inarredáveis aos demais jurisdicionados que necessitam de medicamentos” (BRASIL, 2020, p. 04)²⁵⁵.

Constate-se que nesse julgado não foi o alto custo do medicamento em si a deflagrar o indeferimento da tutela de urgência, mas sim a falta de comprovação de que seu uso traria, em relação ao combate da enfermidade narrada pela petição inicial, uma utilidade maior do que aqueles tratamentos existentes junto ao Sistema Único de Saúde (SUS)²⁵⁶.

Daí porque não há proporcionalidade na imposição de tal restrição ao direito de outrem²⁵⁷. Isto é, o deferimento da medida, nesse caso em lume, traria ao direito à saúde de todas as outras pessoas uma restrição constitucionalmente indevida. Tanto assim que na decisão proferida – ainda no agravo de instrumento n. 0040533-82.2020.8.16.0000 – fundamentou-se que, apesar de caber ao Estado o dever de prestar serviços públicos de saúde à população, “não é possível impor-lhe obrigação de fornecer todo e qualquer medicamento, pois a finitude dos recursos estatais [...] pode prejudicar o tratamento de um sem número de outros pacientes” (BRASIL, 2020, p. 06).

Os conflitos envolvendo a concessão de alimentos são igualmente exemplos de restrições a direito fundamental que fazem gerar o indeferimento, ainda que parcial, de tutelas provisórias de urgência. No agravo de instrumento n. 0031966-62.2020.8.16.0000, o Tribunal de Justiça do Paraná manteve decisão interlocutória que reduziu o montante de alimentos anteriormente fixados em tutela provisória. Segundo a ementa do julgado, o alimentante demonstrou atividade laboral diversa daquela informada na petição inicial, “bem como que tem outro filho menor de idade”. Evidente, assim, que a majoração pretendida no recurso “pode

²⁵⁵ Trata-se de agravo interposto em face de decisão proferida em pedido de suspensão da execução de liminar com base na previsão do artigo 4º da Lei n. 8.437/1992, enunciando seu cabimento “em caso de manifesto interesse público ou de flagrante legitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança pública e à economia públicas” (BRASIL, 1992, p. 01).

²⁵⁶ No voto do relator, sublinhou-se se mostra “incabível [impor ao Estado] a obrigação de fornecer medicamento cujo custo é desproporcional em relação ao benefícios que comprovadamente promove ou, ainda, cujos efeitos em muito se assemelham aos de outros gratuitamente fornecidos” (BRASIL, 2020, p. 5). É importante destacar, ademais, que nesse processo consta nota técnica (provinda do Núcleo de Apoio Técnico em Saúde – NAT) a embasar a decisão judicial que manteve a não concessão do medicamento (p. 04). Outro debate que aqui se forma – embora não seja estritamente o foco da presente pesquisa – está sem saber se os requisitos consolidados para o fornecimento de medicamentos trazem indevida restrição ao direito fundamental à saúde e ao acesso à justiça, notadamente quando se impõe o ônus respectivo à parte postulante da tutela provisória, geralmente hipossuficiente e litigante eventual. Uma abordagem possível para esse problema talvez seja realizar uma produção antecipada da prova técnica simplificada.

²⁵⁷ A proporcionalidade, como mencionado, exige que, para a realização de um fim, sejam utilizados meios adequados, necessários e proporcionais, sendo que: “Um meio é adequado se promove o fim. Um meio é necessário se, dentre todos aqueles meios igualmente adequados para promover o fim, for o menos restritivo relativamente aos direitos fundamentais. E um meio é proporcional, em sentido estrito se as vantagens que promove superam as desvantagens que provoca” (ÁVILA, 2019, p. 203).

comprometer a própria subsistência do alimentante” e do filho que tem sob sua guarda (BRASIL, 2020, p. 01).

O caso ilustra bem a dimensão relacional dos direitos da personalidade, obstando que o exercício de um direito possa causar lesão a outros direitos de igual hierarquia, daí porque necessária a ponderação. De fato, não se pode permitir que a fruição dos direitos da personalidade e dos direitos fundamentais, pelos autores, possa prejudicar os meios de subsistência do alimentante e de outras pessoas sob sua dependência econômica.

Em suma, os elementos que podem levar à restrição dos direitos fundamentais e dos direitos da personalidade, posto que externos (teoria externa), são aferidos em órbita diversa daquela relacionada aos requisitos que autorizam a concessão das tutelas provisórias de urgência (estes, previstos no artigo 300 do Código de Processo Civil).

É possível, portanto, analisar, numa primeira órbita, o cabimento da tutela provisória de urgência em si, para, após, aferir se caberá a restrição (total ou parcial) desse direito, tendo como base o respeito ao direito de outrem, à luz do princípio da dignidade da pessoa humana.

É essa inclusive a dinâmica que se dessume a partir da abordagem que Atalá Correia, Fábio Jun Capucho e Anna Ascensão Verdadeiro de Figueiredo (2019, p. 35) fazem da relação existente entre a intersubjetividade e a dignidade da pessoa humana, destacando que “mesmo um direito assegurado em razão da dignidade da pessoa humana deve sujeitar-se a nova ponderação em face de outra pessoa”.

Em cada uma dessas órbitas pode haver o indeferimento da pretensão à tutela de urgência, por circunstâncias que lhes são próprias. Dar-se-á, portanto, o indeferimento quando (a) não demonstrados os requisitos da urgência ou da probabilidade de acolhimento da pretensão ou então (b) quando sua concessão puder resultar em prejuízo a direito, de igual hierarquia, de outrem. Quanto a essa última hipótese, o indeferimento da tutela provisória vem garantir o princípio da dignidade humana, prevalecendo uma dimensão intersubjetiva e relacional da tutela dos direitos.

A preocupação em obstar prejuízos por ocasião da concessão da tutela provisória de urgência constou do § 1º do artigo 300 da Lei n. 13.105/2015, que institui o Código Processo Civil, enunciando, à luz do caso concreto, poderá o juiz “exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer, podendo a caução ser dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la” (BRASIL, 2015, p. 47).

Deve-se esclarecer que se trata de contracautela posta em favor da parte adversa (ALVIM, 2017, p. 160), que, a rigor, não substitui seja ponderada restrição a direitos da

personalidade postulados pela via da tutela provisória de urgência. Até porque, a teor do que foi destacado nesta pesquisa, nem sempre a tutela desses direitos se faz de forma reparatória, mas sim preventiva.

Noutro prisma, deve-se anotar que por meio da tutela jurisdicional (e pela tutela normativa) caberá eventualmente restringir a autolimitação dos direitos da personalidade, também para dar vazão ao princípio da dignidade da pessoa humana.

De início, cabe reiterar uma distinção importante. É preciso distinguir uma intervenção que recai sobre o efetivo exercício da autonomia privada existencial daquelas situações nas quais não se tem vontade livre, para essas escolhas.

Em relação aos vulneráveis, portanto, que muitas vezes não têm condição de exercer efetivamente a autonomia privada, será constitucionalmente adequada a intervenção estatal para suprimir esse estado de coisas, não havendo falar-se de paternalismo²⁵⁸. Aliás, tanto é evidente a precariedade da autonomia privada do consumidor (em várias situações), que o próprio constituinte, no inciso XXXII do artigo 5º da Constituição Federal, determinou ao Estado a sua defesa, na forma da lei (BRASIL, 1988, p. 4). De fato, por conta da reificação e despersonalização do consumidor em decorrência do mercado de consumo²⁵⁹, a Lei n. 8.078/1990 – que institui o Código de Defesa do Consumidor – vem exercer seu dirigismo contratual (VERBICARO, 2018, p. 462-463).

Daniel Sarmiento (2019, p. 172) identifica o mesmo cenário em face do trabalhador, sublinhando a “consagração de normas de ordem pública, que impedem determinados acordos entre patrão e empregado, considerados lesivos ao segundo”. Não há, nisso, paternalismo, uma vez que “a intervenção estatal ocorre em favor da vontade do empregado, e não contra ela. O trabalhador deseja o que a lei lhe assegura, mas não consegue obtê-lo do patrão em um ambiente de ‘mercado livre’, pois seu poder de barganha é muito reduzido”²⁶⁰.

Tirante esses casos, tem-se então que a livre manifestação da autonomia privada existencial, que inclui a autolimitação dos direitos da personalidade, se mantém *prima facie* no

²⁵⁸ Na Apelação Cível n. 1017276-6, por exemplo, que tramitou perante o Tribunal de Justiça do Paraná, foi ementado que o dever de informação instituído em favor do consumidor não pode ser entendido como paternalismo legislativo (BRASIL, 2013, p. 02).

²⁵⁹ O consumidor “se tornou refém de seus impulsos materialistas que, sobrevalorizados pelos meios de publicidade e convencimento de massa, são vendidos como verdadeiras necessidades de consumo, supostamente fundamentais para o bem-estar físico e, sobretudo, psíquico” (VERBICADO, 2018, p. 461). O cenário demonstra que o consumidor é hoje amplamente atingido nos seus aspectos existenciais, de tal maneira que chega a se despersonalizar, seguindo modos de ser que não lhe são imanentes, mas impostos. Não há falar-se, enfim, em várias situações, possa exercer de maneira eficaz a autonomia privada.

²⁶⁰ Com efeito, “o empregado não pode aceitar remuneração inferior ao salário mínimo, abrir mão contratualmente das férias ou do repouso semanal remunerado” (SARMENTO, 2019, p. 172).

âmbito de proteção desses direitos, conforme mencionado nesta pesquisa. É preciso considerar a preponderância da autonomia privada para a formação dos aspectos existenciais da pessoa humana (SARMENTO, 2019, p. 188), pois é na escolha de seus modos de ser, mesmo que isso implique em limitação voluntária dos direitos da personalidade, que o indivíduo atinge suas potencialidades (GODOY, 2019, p. 13).

As restrições externas às efetivas escolhas existenciais devem provir da ponderação e da aplicação da proporcionalidade, sob o pálio do texto constitucional. Somente para citar dois exemplos do âmbito dessa discussão, o artigo 29 da Declaração Universal dos Direitos Humanos enuncia restrições aos direitos da personalidade “a fim de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar numa sociedade democrática” (ONU, 1948, p. 07). O Código Civil português, no artigo 81º, preceitua “a limitação voluntária ao exercício dos direitos da personalidade é nula, se for contrária aos princípios da ordem pública” (PORTUGAL, 1966, p. 23).

O tema é complexo, dada a essencialidade e fundamentalidade da autonomia privada para o exercício dos direitos da personalidade (aplicando-se aqui o suporte fático amplo). As referidas restrições externas – exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar – obviamente não podem significar a aplicação de uma moralidade privada do intérprete ou de aplicação dos valores dominantes em face daqueles que pautam seus modos de ser de forma diferente (SARMENTO, 2019, p. 175-182). Muito ao contrário disso, “a missão atual [do Direito] deve ser também a de promover o homem, dando-lhe condições para desenvolver seu potencial de vida e cultura” (NADER, 2019, p. 45).

Observe-se, quanto a isso, o Recurso Especial n. 1.683.375. O Ministério Público havia se insurgido diante de decisões de piso, que absolveram o recorrido do tipo penal do artigo 229 do Código Penal, atinente à manutenção de casa de prostituição. O Superior Tribunal de Justiça, no voto da relatora, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, não deu provimento ao recurso assentando linhas gerais que “crime é manter pessoa em condição de explorada, obrigada, coagida, não raro em más condições [...] impondo-lhe a prática de sexo sem liberdade de escolha [...] com o tolhimento de sua liberdade sexual e em violação de sua dignidade sexual” (BRASIL, 2018, p. 5).

O que deve integrar o tipo penal, portanto, é tolhimento da liberdade sexual (que obviamente integra a autonomia privada existencial da pessoa) e não a moral pública, ou seja, “o sujeito passivo do delito não é a sociedade, mas sim a pessoa explorada, vítima da exploração sexual” (BRASIL, 2018, p. 5-6). Nesse sentir, nem caberia no foro cível postular tutela de urgência para obstar o funcionamento de um determinado local, tão somente porque ali pessoas

maiores exercem livremente a mercancia sexual (não impondo quaisquer danos a terceiros)²⁶¹. Isto é, a livre mercancia de práticas sexuais por pessoas maiores integra o âmbito de proteção dos direitos da personalidade, de modo que a pauta dos costumes não consiste em intervenção constitucionalmente adequada para restringir tal atividade²⁶².

No mesmo condão, no *habeas corpus* n. 0000356-42.2020.8.16.9000, provocou-se o Tribunal de Justiça do Paraná sob a alegação de que o paciente, artista performático, estaria recebendo constrangimento do Juízo de Direito do 4º Juizado Criminal de Londrina, dada a denúncia recebida em seu desfavor, porquanto teria realizado ato obsceno em uma apresentação artística, nu, ao ar livre²⁶³ – limitando, obviamente, sua privacidade ao corpo – o que tipificaria o contido no inciso II do artigo 234 do Decreto-lei n. 2.848/1940²⁶⁴, que institui o Código Penal. Segundo os impetrantes, ter-se-ia na verdade uma conduta atípica do paciente, vinculada à sua liberdade de expressão (BRASIL, 2020, p. 1).

O tribunal concedeu a ordem do *habeas corpus*, ressaltando “indisfarçável propósito de odiosa censura”, uma vez que o paciente se trata de artista de renome, que “realizou seu espetáculo mediante autorização das autoridades competentes”, tendo sido previamente noticiado o conteúdo da sua apresentação no festival de dança da cidade, de modo que “somente deveriam acorrer ao local pessoas interessadas em prestigiar o espetáculo”, assim como ocorreu em outros locais em que o espetáculo foi apresentado. Deste modo, nos termos do voto do relator Desembargador Aldemar Sternadt, “a interrupção do espetáculo foi ilegal, abusiva e com finalidade castrense”, na medida em que, “várias pessoas assistindo o espetáculo, quando ‘autoridades’ resolvem acabar com a encenação em nome da moral e dos bons costumes!” Enfim, reconheceu-se “atípica a conduta do paciente, quer em decorrência da ausência de dolo, quer em virtude da inconstitucionalidade que padece o tipo penal”. (BRASIL, 2020, p. 2-4).

As restrições adequadas sobre as limitações voluntárias virão quando essas escolhas possam nulificar, ao menos parcialmente, aspectos da essência da pessoa humana, o que deve

²⁶¹ Quanto a isso, no Recurso Especial 1.683.375, o voto condutor ainda ressaltou que “impedir que pessoas maiores de idade disponham de um lugar para o exercício voluntário dessa atividade sexual, sem que haja qualquer forma de exploração, poder-se-ia, em última análise [...] lançar tais pessoas às mais diversas situações de risco” (BRASIL, 2018, p. 8).

²⁶² Ao encontro disso, Daniel Sarmiento (2019, p. 182) destaca que “o amor romântico e o sexo voluntário entre adultos são esferas centrais da autonomia existencial da pessoa, que devem ser imunizadas diante de intervenções heterônomas [...] motivadas por razões moralistas”.

²⁶³ Relata-se, no acórdão, que a denúncia imputou ao paciente a realização em lugar público de espetáculo performático “consistente na permanência [...] no interior de um ambiente inflável, transparente, completamente nu, sendo que, num primeiro momento, se manteve imóvel [...] e, após, iniciou um dança ritualística em interação com o público” (BRASIL, 2020 p. 2).

²⁶⁴ Pratica o tipo penal quem “realiza em lugar público ou acessível ao público, representação teatral, ou exibição cinematográfica de caráter obsceno, ou qualquer outro espetáculo, que tenha o mesmo caráter” (BRASIL, 1940, p. 52).

ser aferido a partir da ordem jurídica. Para o âmbito das tutelas provisórias, tal análise deve estar ao alcance da cognição sumária, pois, do contrário, prevalece *prima facie* a higidez da autonomia privada existencial.

No agravo de instrumento 0017575-07.2012.8.26.0000, o Tribunal de Justiça de São Paulo manteve indeferimento de tutela provisória pretendida pelo Município para demolição de moradia irregular. No voto condutor do julgado, o Desembargador João Carlos Garcia destacou que as razões recursais aventaram que a construção importaria risco à vida dos ocupantes, porquanto “o requerido não apresentou o projeto de construção e acabou por construir a edificação sem alvará”. Porém, o cenário processual não se mostrou suficiente para a formação da convicção da probabilidade que pudesse justificar tal restrição ao direito de moradia: “afigura-se desproporcional exigir a demolição liminar de uma moradia, sem que haja provas concretas do risco à saúde ou à vida de seus habitantes” (BRASIL, 2012, p. 4).

A decisão prolatada no *habeas corpus* n. 0000356-42.2020.8.16.9000, acima destacado, além do seu conteúdo, é também representativa de duas situações. A primeira, conforme mencionado ao longo da pesquisa, se trata da incompreensão dos direitos da personalidade e de seu alcance, gerando fruição egoística por alguns em detrimento de outros. E disso defluiu a segunda constatação: esse não exaustivo périplo no campo jurisprudencial demonstra que há autoridades judiciárias – no caso, as instâncias de piso e mesmo o Ministério Público, como visto – que atuam buscando restrições constitucionalmente indevidas sobre os direitos da personalidade (aqui incluídas as restrições à autolimitação voluntária desses direitos).

CONCLUSÃO

As porções iniciais da pesquisa cuidaram de demonstrar a essencialidade dos direitos da personalidade. Verificou-se a evolução da percepção de *pessoa*, da mera representação de alguém no meio social (*prósopon*), à qual não se dava muita importância metafísica e cuja dignidade, por isso, provinha de situações externas ao ser – vindas do estamento social ou das virtudes – chegou-se a alguém que é o centro da sociedade e do Estado Democrático de Direito, vez que dotada de dignidade intrínseca e incondicionada. Tanto assim que os direitos da personalidade estão posicionados entre os direitos fundamentais.

Das características dos direitos da personalidade evidenciou-se uma classificação exemplificativa, posto que, com base na dignidade da pessoa humana, há sempre novos aspectos existenciais a reconhecer e tutelar.

Viu-se também que a aproximação dos direitos da personalidade para com o princípio da dignidade da pessoa humana se dá especialmente pela aferição do valor intrínseco da pessoa (impedindo-se seja ela reificada) e pela autonomia privada existencial, que lhe dá liberdade de escolher seus modos de ser nas mais variadas searas, afetiva, profissional, sexual, escolhas relativas ao próprio corpo, dentre outras. Confere-se com isso proteção holística à pessoa.

Essas análises foram (e são) importantes porque não há falar-se de efetivação dos direitos sem que se tenha domínio, clareza, a respeito do que deve ser efetivado.

Posto isso, demonstrou-se a imprescindibilidade da tutela dos direitos da personalidade, franqueada por meio do amplo acesso à justiça, o que não significa que essa tutela deve ser apenas a tutela jurisdicional. Ao contrário, têm relevância também as tutelas normativa e administrativa desses direitos.

Relativamente à tutela jurisdicional em si, evidenciou-se, com base constitucional, o objetivo de conferir pelo processo (num foco instrumentalista) a efetividade aos direitos consagrados na ordem jurídica, notadamente os direitos fundamentais e os direitos da personalidade.

Também se assentou que a decisão que trata dos direitos da personalidade deve seguir o norte constitucional, pena de se baralhar a percepção do próprio bem jurídico que se deve proteger ou, então, de derivar para decisões que não são democráticas, posto que afastadas da ordem jurídica estabelecida pela autonomia pública dos indivíduos.

Sobretudo em relação à tutela jurisdicional dos direitos da personalidade, tem-se que, para além das tutelas repressivas (com baixa efetividade para restaurar o bem lesado por esse meio), deve-se atuar primordialmente de forma preventiva, para impedir a própria lesão e

restaurar a vontade da norma (impedindo a ocorrência do dano, muitas vezes de difícil reparação) ou, ainda, de remover a lesão ao direito, ganhando destaque as tutelas de remoção de ilícito e inibitória.

As tutelas provisórias tratam desse enfoque para a proteção dos direitos da personalidade e por isso a pesquisa as abordou, notadamente as tutelas provisórias de urgência, conforme previstas no Código de Processo Civil.

A partir desse ponto a pesquisa adentrou de forma específica na efetivação dos direitos da personalidade, uma necessidade decorrente da evolução social, o que leva considerar devem ser sopesadas restrições a esses direitos, para harmonizá-los na dimensão relacional, pena de distorções e violações aos direitos do próprio titular ou de outrem.

Para esse mister, investigou-se a dinâmica de realizar ponderação e aplicar a proporcionalidade a partir de um suporte fático amplo desses direitos existenciais, abrigando-se *prima facie* sobre um âmbito de proteção amplo todos os bens jurídicos que tenham pertinência para com determinado direito. As restrições a esse direito decorrem de uma análise ulterior e externa (teoria externa) aferida em cada caso concreto. É dizer, no processo de cedência, não se afasta o bem jurídico do seu âmbito de proteção,

Caminho oposto se encontra na aplicação de um suporte fático restrito, em que *a priori* se excluem do âmbito de proteção do direito determinados bens jurídicos. Além disso, em relação aos bens jurídicos que se entendem abrangidos no âmbito de proteção, também aprioristicamente são traçados seus limites e alcances.

Ao se aplicar esses métodos sobre um caso célebre abordado pela doutrina, a respeito dos direitos da personalidade – o lançamento de anão – foram apurados resultados diversos, em potencial.

Analisar o caso pela ótica do suporte fático restrito e teoria interna faz restringir indevidamente o alcance dos direitos da personalidade e dos direitos fundamentais de uma maneira geral. É que, *a priori*, subtraiu-se do âmbito de proteção da autonomia privada existencial a liberdade de escolher participar daquele espetáculo (e o fato de se tratar de um espetáculo de mau gosto, para muitos, não deslegitima por si só a escolha). As restrições a esse espetáculo devem provir de uma ponderação posterior, feita à luz do ambiente constitucional e com a percepção do sentido e alcance dos direitos da personalidade.

De outro lado, a harmonização dos direitos por meio de um suporte fático amplo se coaduna melhor com a fundamentalidade e proporcionalidade dos direitos da personalidade, na medida em que nenhum bem jurídico será *prima facie* excluído do âmbito de proteção do

direito. As restrições, no processo de cedência, decorrem de análise posterior e constitucionalmente adequada e em cada caso concreto.

Assim, o lançamento do anão, analisado pela via do suporte fático amplo, não excluiria *prima facie* da autonomia privada existencial a escolha de participar do espetáculo (em autolimitação dos seus aspectos existenciais), deixando para o processo de cedência ponderar foi livre a escolha ou mesmo se há prejuízo a direito de terceiros. Repita-se que as restrições variam em cada caso concreto.

E foram aventadas outras situações da vida cotidiana análogas ao caso abordado que, se a elas fossem aplicados o suporte fático restrito e a teoria interna, também haveriam de ser obstados.

A pesquisa, na sequência, projetou o suporte fático amplo e a teoria externa no ambiente de decisão das tutelas provisórias de urgência que abordam direitos a personalidade, pautadas pela cognição sumária. Evidenciou-se que, nesse cenário, poderá o juiz indeferir tutela provisória caso o direito de personalidade nele referido deva ser restringido por direito de igual natureza, mesmo que *prima facie* preenchidos os respectivos requisitos para a concessão da medida.

Isso implica então considerar que, porquanto os direitos da personalidade estão envoltos num suporte fático amplo, o juiz há de conceder a tutela provisória de urgência, pela formação da convicção de probabilidade sobre os direitos que *a priori* estão assegurados (aqui incluída a regular autonomia privada existencial para a autolimitação dos direitos de personalidade). O indeferimento virá, no caso, se na cognição sumária houver elementos para formar convicção de probabilidade para a restrição constitucionalmente adequada, o que implica consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana.

A vista disso, realizou-se um diálogo com a jurisprudência, relativamente ao resultado dessa pesquisa. O diálogo confirmou, também, que ainda há decisões que se afastam do ambiente constitucionalmente adequado ao impor restrições aos direitos da personalidade ou às autolimitações existenciais exercidas pela pessoa.

REFERÊNCIAS

ALEMANHA, **Lei Fundamental da República Federal da Alemanha**, 23 de maio de 1949. Disponível em: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>. Acesso em: 07 de dezembro de 2020.

ALVARENGA, Luísa Baran de Mello. A legitimidade das modificações corporais extremas no ordenamento jurídico brasileiro. In: CORREIA, Atalá; CAPUCHO, Fábio Jun, (Org.). **Direitos da personalidade – a contribuição de Silmara J. A. Chinellato**, 1. ed. Barueri: Manole, 2019.

ALVIM, Eduardo Arruda. **Tutela provisória**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

ARAÚJO, Vaneska Donato de. **A gênese dos direitos da personalidade e sua inaplicabilidade à pessoa jurídica**. 2015. Tese (Doutorado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. DOI: 10.11606/T.2.2017.tde-02102017-111538. Acesso em: 2020-09-24.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2019.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 3. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo – a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. 4. reimp. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 8. ed., rev., ampl. e mod. – São Paulo: Saraiva, 2015.

BITTAR, Eduardo C. B. Bioética e direito: a luta pela não reificação da vida. In: CORREIA, Atalá; CAPUCHO, Fábio Jun, (Org.). **Direitos da personalidade – a contribuição de Silmara J. A. Chinellato**, 1. ed. Barueri: Manole, 2019.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da União, Brasília-DF, 05 de outubro de 1988. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28 de novembro de 2020.

BRASIL, **Decreto-lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal**. Diário Oficial da União, Brasília-DF, 31 de dezembro de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 13 de dezembro de 2020.

BRASIL, **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil**. Diário Oficial da União, Brasília-DF, 11 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 27 de novembro de 2020.

BRASIL, **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil**. Diário Oficial da União, Brasília-DF, 17 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm#art1045. Acesso em: 27 de novembro de 2020.

BRASIL, **Lei n. 13.979/2020, de 06 de fevereiro de 2020. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019**. Diário Oficial da União, Brasília-DF, de 07 de fevereiro de 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/113979.htm. Acesso em: 02 de dezembro de 2020.

BRASIL, **Lei n. 6.015/1973, de 31 de dezembro de 1973. Dispõe sobre os registros públicos e dá outras providências**. Diário Oficial da União-DF, de 31 de dezembro de 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6015compilada.htm. Acesso em: 04 de dezembro de 2020.

BRASIL, **Lei n. 8.437/1992, de 30 de junho de 1992. Dispõe sobre a concessão de medidas cautelares contra atos do Poder Público e dá outras providências**. Diário Oficial da União, Brasília-DF, 01 de julho de 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8437.htm. Acesso em: 13 de dezembro de 2020.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Habeas corpus n. 453.870**. Impetrante: Aldamira Geralda de Almeida Affornalli e Outros. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Paciente: Celso Sâmis da Silva. Brasília-DF, 26 de junho de 2019. Diário da Justiça, 15 de agosto de 2019. Disponível em:

https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201801389620&dt_publicacao=15/08/2019. Acesso em: 04 de dezembro de 2020.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.533.206**. Recorrente: A.L.C. de J. Recorrido: M.R. de J. Rel. Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília-DF, 17 de novembro de 2015. Diário da Justiça, 01 de fevereiro de 2016. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201403456537&dt_publicacao=01/02/2016. Acesso em: 07 de dezembro de 2020.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.683.375**. Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recorrido: J.R.N. Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Brasília-DF, 14 de agosto de 2018. Diário da Justiça, 29 de agosto de 2018. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201701683335&dt_publicacao=29/08/2018. Acesso em: 13.12.2020.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.736.803**. Recorrentes: P.N.P e outros. Recorrido: Três Editorial Ltda. Rel.: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília-DF, 28 de abril de 2020. Diário da Justiça, 04 de maio de 2020. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201700267279&dt_publicacao=04/05/2020. Acesso em: 07 de dezembro de 2020.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade n. 2.404**. Requerente: Partido Trabalhista Brasileiro PTB. Interessados: Presidência de República e Congresso Nacional. Rel. Ministro Dias Toffoli. Brasília-DF, 31 de agosto de 2016. Diário da Justiça, 12 de setembro de 2016. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=312302190&ext=.pdf>. Acesso em: 04 de dezembro de 2020.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Medida cautelar em habeas corpus n. 151.523**. Paciente: Ary José Felipe. Impetrante: Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Rel. Ministro Edson Fachin. Brasília, DF, 19 de dezembro de 2017. Diário da Justiça, 02 de fevereiro de 2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313534532&ext=.pdf>. Acesso em: 28 de novembro de 2020.

BRASIL, Tribunal de Justiça da Alagoas. **Apelação cível n. 0709458-49.2012.8.02.0001**. Apelante: Município de Maceió. Apelado: Defensoria Pública do Estado de Alagoas. Representado: Rodrigo dos Santos e outros. Rel. Des. Fábio José Bittencourt Araújo. Maceió, AL, 07 de fevereiro de 2018. Diário da Justiça, 07 de fevereiro de 2018. Disponível em: <https://tj-al.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/640806402/apelacao-apl-7094584920128020001-al-0709458-4920128020001/inteiro-teor-640806421>. Acesso em: 28 de novembro de 2020.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Agravo de instrumento n. 0017575-07.2012.8.26.0000**. Agravante: Município de Carapicuíba. Agravado: Evaldo Viana. Relator Desembargador João Carlos Garcia. São Paulo-SP, 07 de março de 2012. Diário de Justiça, 16 de março de 2012. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=5758291&cdForo=0>. Acesso em: 13 de dezembro de 2020.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação n. 1037055-03.2016.8.26.0100**. Apelante: Fabiana Chamalian Bocalini. Apelado: o Juízo. Relator Desembargador Hamid Bdine. São Paulo, SP, 20 de abril de 2018. Diário da Justiça, 20 de abril de 2018. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/569420030/10370550320168260100-sp-1037055-0320168260100>. Acesso em: 05 de dezembro de 2020.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Remessa necessária cível n. 1009511-47.2020.8.26.0602**. Recorrente: Juízo, *ex officio*. Recorrida: Maria Cristiane Munhoz Foramiglio. Relator Desembargador Carlos Eduardo Pachi. São Paulo-SP, 10 de agosto de 2020. Diário da Justiça, 10 de agosto de 2020. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=13840277&cdForo=0>. Acesso em: 13 de dezembro de 2020.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Paraná. **Agravo (em suspensão de liminar) n. 0040533-82.2020.8.16.0000**. Agravante: Adão dos Santos. Interessado: Estado do Paraná. Relator: Desembargador Adalberto Jorge Xisto Pereira. Curitiba-PR, 24 de novembro de 2020. Diário de Justiça, 07 de dezembro de 2020. Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/4100000014844731/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-0040533-82.2020.8.16.0000#>. Acesso em: 10 de dezembro de 2020.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Paraná. **Agravo de instrumento n. 0031966-62.2020.8.16.0000**. Agravante: segredo de justiça (não informado). Agravado: segredo de

justiça (não informado). Relator: Desembargador Mario Nini Azzolini. Curitiba-PR, 17 de novembro de 2020. Diário da Justiça, 25 de novembro de 2020. Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/4100000014015281/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-0031966-62.2020.8.16.0000>. Acesso em: 12 de dezembro de 2020.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Paraná. **Apelação cível n. 1017276-6**. Apelante: Israel Gomes Ribeiro. Apelado: Tim Celular S/A. Relatora: Juíza substituta em 2º grau Ângela Maria Machado Costa. Curitiba-PR, 24 de julho de 2013. Diário de Justiça, 07 de agosto de 2013. Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11498399/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1017276-6>. Acesso em: 14 de dezembro de 2020.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Paraná. **Habeas corpus n. 0000356-42.2020.8.16.9000**. Impetrantes: André Feiges e Mariana Geman. Paciente: Maikon Kempinski. Impetrado: Juiz de Direito do 4º Juizado Criminal de Londrina. Relator Desembargador Aldemar Sternadt. Curitiba-PR, 22 de junho de 2020. Diário da Justiça, 22 de junho de 2020. Disponível em: https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/2100000012632481/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-0000356-42.2020.8.16.9000#integra_2100000012632481. Acesso em: 14 de dezembro de 2020.

BRASIL, Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **Agravo de petição n. 00004106420115010343**. Agravante: Diego dos Santos Freitas. Agravados: Léa Domingas Passos da Silva, Guilherme Silva Acciarito e GSA02 – Depósito e Transportes de Cargas Ltda. Rel. Des. Leonardo Dias Borges. Rio de Janeiro, RJ, 06 de fevereiro de 2019. Diário da Justiça, 22 de fevereiro de 2019. Disponível em: <https://trt-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/679329168/agravo-de-peticao-ap-4106420115010343-rj/inteiro-teor-679329218>. Acesso em: 27 de novembro de 2020.

BRASIL, Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Agravo de instrumento n. 5058358-20.2020.4.04.0000**. Agravante: Cláudio Teixeira. Agravados: União; Estado do Rio Grande do Sul; Município do Rio Grande. Relator: Desembargador João Batista Pinto Silveira. Porto Alegre-RS, 09 de dezembro de 2020. Confirmação de autenticidade aos 12 de dezembro de 2020. Disponível em: https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&numero_gproc=40002269990&versao_gproc=13&crc_gproc=a0d5546e&termosPesquisados=bWVkaWNhbWVudG8gJ2FsdG8gY3VzdG8n. Acesso em: 12 de dezembro de 2020.

BRASIL, Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Agravo de instrumento n. 5057848-07.2020.4.04.0000**. Agravante: UNIÃO. Agravados: Alisson Lorhan Chedlovski Zvonioresvicz, Lorelay Ariana Chedlovski e Estado do Paraná. Relator: Desembargador Fernando Quadros da Silva. Porto Alegre-RS, 09 de dezembro de 2020. Confirmação de autenticidade aos 13 de dezembro de 2020. Disponível em: https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&numero_gproc=40002266351&versao_gproc=15&crc_gproc=d0e5c304&termosPesquisados=bWVkaWNhbWVudG9zICdhbHRvIGN1c3RvJw==. Acesso em: 12 de dezembro de 2020.

BRASIL. **Lei n. 10.216, de 06 de abril de 2001. Dispõe sobre a proteção das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental.** Diário Oficial de União, Brasília-DF, 09 de abril de 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110216.htm. Acesso em: 28 de novembro de 2020.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

CAMBI, Eduardo; LIMA, Jairo Néia. Constitucionalização do direito privado. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; RUIZ, Ivan Aparecido, (Org.). **Acesso à justiça e os direitos da personalidade**, 1. ed. Birigui: Boreal Editora, 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. 20 reimp. Coimbra: Almedina, 2017.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2015.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos** – 12 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

CORREIA, Atalá; CAPUCHO, Fábio Jun; FIGUEIREDO. Dignidade da pessoa humana e direitos da personalidade: uma visão crítica. In: CORREIA, Atalá; CAPUCHO, Fábio Jun, (Org.). **Direitos da personalidade – a contribuição de Silmara J. A. Chinellato**, 1. ed. Barueri: Manole, 2019.

CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade**. 2. ed. São Paulo: Quorum, 2008.

DEBONA, Patrícia Osorki. **A distribuição dinâmica do ônus da prova à luz do processo justo e da cooperação processual**. [s. l.], 2017. Dissertação – Faculdade de Direito,

Universidade de Coimbra, Disponível em: <http://hdl.handle.net/10316/84142>. Acesso em: 18 jun. 2020.

DELGADO, Maurício Godinho; PIMENTA, José Roberto Freire; NUNES, Ivana. **O Paradigma Do Estado Democrático De Direito: Estrutura Conceitual e Desafios Contemporâneos**. Revista Jurídica Unicuitiba (0103-3506), [s. l.], v. 2, n. 55, p. 485–515, 2019. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.21902/revistajur.2316-753X.v2i55.3405>. Acesso em: 26 out. 2019.

DONNINI, Rogério. **Meio ambiente e responsabilidade civil pós-contratual**. Revista de Direito Privado, São Paulo, v. 51, p. 311-330, jul – set/2012. Disponível em: <https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/delivery/document>. Acesso em 07 de dezembro de 2020.

FACHIN, Luiz Edson. **Fundamentos, limites e transmissibilidade. Anotações para uma leitura crítica, construtiva e de índole constitucional da disciplina dos direitos da personalidade do código civil brasileiro**. [s. l.], Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, b. 8, n. 31, 2005. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/53707>. Acesso em: 11 set. 2020.

FACHIN, Melina Girardi. **Direitos humanos e desenvolvimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

FARACO NETO, Pedro. O acesso à justiça, a decisão judicial fundamentada e o personalíssimo direito a se comunicar: a(s) zona(s) de convergência. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; RUIZ, Ivan Aparecido, (Org.). **Acesso à justiça e os direitos da personalidade**, 1. ed. Birigui: Boreal Editora, 2015.

FERREIRA, Jaime Octávio Cardona. Acesso à justiça e direitos da personalidade: linhas gerais da experiência portuguesa. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; RUIZ, Ivan Aparecido, (Org.). **Acesso à justiça e os direitos da personalidade**, 1. ed. Birigui: Boreal Editora, 2015.

FERREIRA, Willian Santos; HOLZMEISTER, Verônica Estrella V. **Tempo, ideologia e graus de probabilidade para concessão e métodos de aplicação da correlação probabilidade, riscos, adequação e utilidade**. Revista de Processo, vol. 296/2019, p. 151-180, Out. 2019. Disponível em: <https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6a>

dc600000175ba86dd80b6e5c482&docguid=I76f838e0cecc11e9a8bb010000000000&hitguid=I76f838e0cecc11e9a8bb010000000000&spos=9&epos=9&td=517&context=12&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1

FOLLONE, Renata Aparecida; RODRIGUES, Rúbia Spirandelli. A nova visão de cidadania e a sua efetividade no acesso à justiça. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; RUIZ, Ivan Aparecido, (Org.). **Acesso à justiça e os direitos da personalidade**, 1. ed. Birigui: Boreal Editora, 2015.

FONSECA, João Francisco N. da. **O processo do mandado de injunção**. São Paulo: Saraiva Educação, 2016. Disponível em: <https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=edsmib&AN=edsmib.000009989&lang=pt-br&site=eds-live>. Acesso em: 10 out. 2020.

FUX, Luiz; BODART, Bruno, **Processo civil e análise econômica**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Direitos difusos e coletivos I (teoria geral do processo coletivo)**. São Paulo: Saraiva, 2012. ISBN 9788502171183. Disponível em: <https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=edsmib&AN=edsmib.000004016&lang=pt-br&site=eds-live>. Acesso em: 4 nov. 2020.

GODOY, Claudio Luiz Bueno. Desafios atuais dos direitos da personalidade. In: CORREIA, Atalá; CAPUCHO, Fábio Jun, (Org.). **Direitos da personalidade – a contribuição de Silmara J. A. Chinellato**, 1. ed. Barueri: Manole, 2019.

GOMES, Antônio Carlos; RUIZ, Ivan Aparecido. A resposta constitucional adequada: uma fórmula para se barrar o decisionismo, como forma de acesso à justiça, nos direitos da personalidade de fundamentais. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; RUIZ, Ivan Aparecido, (Org.). **Acesso à justiça e os direitos da personalidade**, 1. ed. Birigui: Boreal Editora, 2015.

GOMES, Reginaldo Gonçalves. **Reinterpretação dos Direitos Fundamentais realizada pelo Supremo Tribunal Federal: equívocos e desacertos**. Prisma Jurídico, [s. l.], v. 15, n. 2, p. 149–174, 2016. Disponível: <https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=foh&AN=121521824&lang=pt-br&site=eds-live>. Acesso em: 26 out. 2019.

GONÇALVES, Diogo Costa. **Pessoa e Direitos de Personalidade – fundamentação ontológica da tutela**. Coimbra: Almedina, 2008.

HARARI, Yuval Noah. **Sapiens, uma breve história da humanidade**. 21. ed. Porto Alegre: L&PM Editores, 2017.

HÄRBELE, Peter. **Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002.

HEINZMANN, Clara; FACHIN, Zulmar. **Os Direitos da personalidade como direitos subjetivos públicos**. Revista Jurídica Cesumar – Mestrado, v. 10, n. 1, p. 217-234, jan/jun. 2010.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

HIBNER, Davi Amaral. **As tutelas dos direitos da personalidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. 1. ed. São Paulo: Martin Claret, 2014.

JABUR, Gilberto Haddad. Prefácio. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; RUIZ, Ivan Aparecido, (Org.). **Acesso à justiça e os direitos da personalidade**, 1. ed. Birigui: Boreal Editora, 2015.

KANT, Immanuel. **Metafísica dos costumes**. Clélia Aparecida Martins (Trad.). 5 reimp. Petrópolis: Editora Vozes, 2020.

LAMY, Eduardo. **Tutela Provisória**. São Paulo: Atlas, 2018.

LANA, Zilda Maria de Oliveira. **Os avanços dos direitos sociais e da educação na constituição federal de 1988 e a judicialização como remédio para a má gerência do Estado**. [s. l.], 2018. Disponível em: <https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=edsbas&AN=edsbas.D8A3E87&lang=pt-br&site=eds-live>>. Acesso em: 19 nov. 2019.

LINS JUNIOR, George Sarmiento; MESQUITA, Lucas Isaac Soares. **Neoconstitucionalismo ou supremocracia? uma análise do ativismo judicial no reconhecimento do nome social de pessoas trans na ação direta de inconstitucionalidade n. 4.275**. Revista Dos Direitos

Fundamentais & Democracia; v. 24, n. 1. Disponível em: <<https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=edsbas&AN=edsbas.90ED28DD&lang=pt-br&site=eds-live>>. Acesso em: 24 out. 2019.

LOPES, João Batista; LOPES, Maria Elizabeth de Castro. Tutela inibitória e direitos da personalidade. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; RUIZ, Ivan Aparecido, (Org.). **Acesso à justiça e os direitos da personalidade**, 1. ed. Birigui: Boreal Editora, 2015.

LUIZ, Fernando Vieira. **Teoria da decisão judicial. Dos paradigmas de Ricardo Lorenzetti à resposta adequada à constituição de Lenio Streck**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

LUZ, Igor Henrique dos Santos; BRITO, Jaime Domingues. **Positivismo Jurídico e os Direitos da Personalidade Natural**. Revista Brasileira de Direito, Passo Fundo, v. 14, n. 2, p. 236-254, set. 2018. ISSN 2238-0604. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1812>. Acesso em: 11 maio 2020. doi:<https://doi.org/10.18256/2238-0604.2018.v4i2.1812>.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela de urgência e tutela de evidência, soluções processuais diante do tempo da justiça**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MOREIRA, Rodrigo Pereira; ALVES, Rubens Valtecídes. **Direito ao esquecimento e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa transexual**. Revista de Direito Privado. vol. 64. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. Disponível em <https://www.revistadostribunais.com.br>. Acesso em 13 out. 2020.

MORSELLO, Marco Fábio. Autoridade parental. Perspectiva evolutiva dos direitos da personalidade. Adultocentrismo x visão paidocêntrica. In: CORREIA, Atalá; CAPUCHO, Fábio Jun, (Org.). **Direitos da personalidade – a contribuição de Silmara J. A. Chinellato**, 1. ed. Barueri: Manole, 2019.

NADER, Paulo. **Filosofia do direito**. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Direitos da Personalidade**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017.

NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. **Instituições de direito civil: direitos da personalidade (direito de humanidade)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

NOGUEIRA, Luis Fernando. O acesso à justiça para além do processo: uma reflexão sobre o acesso à justiça do pobre e a relação entre reconhecimento e justiça social. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; RUIZ, Ivan Aparecido, (Org.). **Acesso à justiça e os direitos da personalidade**, 1. ed. Birigui: Boreal Editora, 2015.

ONU, Organização das Nações Unidas. **Resolução 217 A (III) da Assembleia Geral. Institui a Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Paris, 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <https://brasil.un.org/sites/default/files/2020-09/por.pdf>. Acesso em: 07 de dezembro de 2020.

PEREIRA, Fábio Queiroz; CASELLA, Assima Farhat Jorge. **A escola do jusnaturalismo racionalista e seu contributo para a formação dos direitos humanos**. [s. l.], 2017. Revista Vianna Sapiens, 6 (1) 23. Disponível em: <http://www.viannasapiens.com.br/revista/article/view/146>. Acesso em 30 maio. 2020.

PORTUGAL, **Decreto-Lei n. 47.344, de 25 de novembro de 1966. Institui o Código Civil Português**. Disponível em: <https://www.igac.gov.pt/documents/20178/358682/C%C3%B3digo+Civil.pdf/2e6b36d8-876b-433c-88c1-5b066aa93991>. Acesso em: 13.12.2020.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais – Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 13. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana. Conteúdo, trajetórias e metodologia**. 2.ed. 2. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

SILVA, Neimar Roberto de Souza e. **Homem e pessoa na antiguidade clássica**. Revista Interdisciplinar de Direito, [S.l.], v. 11, n. 1, out. 2017. ISSN 2447-4290. Disponível em: <http://revistas.faa.edu.br/index.php/FDV/article/view/161>. Acesso em: 28 maio 2020.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais, conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2. ed. 4. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2017.

SOARES, Marcelo Negri; CARABELLI, Thaís Andressa. **Constituição, devido processo legal e coisa julgada no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Blucher, 2019. Disponível em: <https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=edsmib&AN=edsmib.000016379&lang=pt-br&site=eds-live>. Acesso em: 17 nov. 2020.

VASCONELOS, Antônio Gomes de; FRANCO, Marcelo Veiga. **Contribuição para a construção de uma teoria da jurisdição compatível com o Estado Democrático de Direito**. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito. jan-abr2016, Vol. 8 Issue 1, p37-52, 2016. Disponível em: <https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=foh&AN=116681740&lang=pt-br&site=eds-live>. Acesso em: 26 out. 2019.

VERBICARO, Dennis. **As ações coletivas de controle contratual no âmbito do Código de Defesa do Consumidor**. Revista Jurídica Cesumar, Maringá, v. 18, p. 459-480, maio/agosto 2018. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.17765/2176-9184.2018v18n2p459-480>. Acesso em: 04 de junho de 2020.

VERBICARO, Dennis; SILVA, Camille Barroso. **O assédio do consumo no âmbito da publicidade infantil**. Revista de Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE), Bebedouro, SP, v. 5, n. 2, p. 659-689, 2017. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.25245/rdspp.v5i2>. Acesso em: 10 de dezembro de 2020.