

O DIREITO FUNDAMENTAL AO LIVRE DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE A PARTIR DE UMA ANÁLISE DO DIREITO COMPARADO

Autores:

Thiago Penido Martins

**Mestre em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos. Professor dos
Cursos de Graduação e Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade
Católica de Minas Gerais e Faculdade Novos Horizontes. Contato:
thiagopenido@yahoo.com.br**

Rodolpho Barreto Sampaio Júnior

**Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais.
Professor da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais e Faculdades
Milton Campos. Contato: rodolpho@terra.com.br**

RESUMO

O artigo tem como objetivo, mediante uma análise das manifestações doutrinárias e jurisprudenciais sobre o tema, proceder à análise do conteúdo do direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade humana e do princípio da dignidade da pessoa humana, com o desiderato de apontar as semelhanças e diferenças entre estes preceitos constitucionais, analisando a possibilidade de se aplicar o direito ao livre desenvolvimento da personalidade no ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-Chave: Direitos Fundamentais – Livre Desenvolvimento da Personalidade – Direito Comparado – Dignidade da Pessoa Humana.

ABSTRACT

This article analyzes the content of the fundamental right to free development of human personality and the principle of human dignity, pointing out the similarities and differences between these constitutional provisions and examining the possibility of applying the right to free development of personality in the Brazilian legal system.

Keywords: Fundamental Rights - Free Personality Development - Comparative Law - Dignity of the Human Person.

1 INTRODUÇÃO

O direito ao livre desenvolvimento da personalidade encontra-se positivado de forma expressa em diversos dos textos constitucionais europeus, especialmente nos ordenamentos jurídicos alemão, espanhol e português, nos quais vem assumindo relevante papel na construção jurisprudencial das Cortes Constitucionais.

Em Alemanha, o texto constitucional, que serviu de inspiração para diversos ordenamentos jurídicos, é expresso ao preceituar em seu artigo 2.1, que *“todos tem o direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade, desde que não violem os direitos de outrem e não atentem contra a ordem constitucional ou a lei moral.”*¹

Em Espanha, o texto constitucional estabelece em seu artigo 10.1 que a *“dignidade da pessoa humana, os direitos invioláveis que lhe são inerentes, o livre desenvolvimento da personalidade, o respeito a lei e aos direitos dos demais são fundamentos da ordem política e da paz social.”*²

Em Portugal há a previsão no artigo 26.1, que *“a todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à protecção legal contra quaisquer formas de discriminação.”*

Na América Latina, em Colômbia o texto constitucional traz preceito muito parecido com aquele contido no ordenamento jurídico espanhol em seu artigo 16, o qual prevê que *“todas as pessoas tem o direito de livre desenvolvimento de sua personalidade, mas com as limitações que impõe os direitos dos demais e a ordem jurídica.”*³

No Brasil, uma detida análise do ordenamento jurídico permite inferir que não existe preceito constitucional idêntico àqueles contidos nos textos constitucionais alemão, espanhol, português ou colombiano. Contudo, similarmente ao verificado nos ordenamentos alemão e espanhol, existe previsão constitucional da garantia ao direito fundamental à dignidade da pessoa humana.

Assim, diante dos objetivos do presente artigo, imperioso delimitar o conteúdo do direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade, bem como verificar se este teria como correspondente, no ordenamento jurídico brasileiro, o direito fundamental à dignidade da pessoa humana, estudo que demanda a realização de análise comparativa entre os conteúdos desses direitos fundamentais.

2 O CONTEÚDO DO DIREITO FUNDAMENTAL AO LIVRE DESENVOLVIMENTO DE PERSONALIDADE.

A inserção do direito ao livre desenvolvimento da personalidade nos textos constitucionais representou grande marco para todo o constitucionalismo europeu, especialmente para o ordenamento jurídico alemão. Isto porque, logo após o período das grandes guerras mundiais, caracterizado pela ascensão dos regimes totalitários e pelo desrespeito aos direitos humanos mediante o extermínio de centenas de milhares de pessoas, promulgou-se a Lei Fundamental de Bonn (1949), primeiro texto constitucional a prever o direito ao livre desenvolvimento da personalidade.

A positivação do direito ao livre desenvolvimento da personalidade constituiu, no âmbito do ordenamento jurídico alemão, importante passo na ruptura com os

regimes totalitários e, inquestionavelmente, uma relevante resposta à banalização e ao desrespeito aos direitos humanos ocorrida, principalmente, na Alemanha. A positivação do direito ao livre desenvolvimento da personalidade promoveu a recuperação e revalorização dos conceitos de pessoa e personalidade, pois como bem destaca STEIN *“todo direito fundamental tem a sua raiz histórica numa prévia falta de liberdade contra a qual se dirige.”*⁴

Outro fator relevante para a construção do conteúdo e fortalecimento da importância do direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade foi a implantação da Corte Constitucional alemã em 1951, a qual, desde sua instalação, tem ampliado e aperfeiçoado a aplicação deste direito fundamental, aumentando o lastro protetivo conferido pelo texto constitucional alemão à pessoa humana, inclusive mediante o reconhecimento da aplicabilidade deste direito fundamental no âmbito das relações jurídicas privadas, ou seja, do reconhecimento da sua eficácia nas relações jurídicas entre particulares.

Nos demais ordenamentos jurídicos europeus que consagram o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, a inserção deste relevante direito fundamental nos textos constitucionais também refletiu uma tentativa de ruptura com os regimes totalitários vivenciados em Portugal e Espanha. Garantiu-se aos indivíduos um amplo e relevante espaço de liberdade e de autodeterminação, ao se impor sérias restrições e obstáculos a qualquer forma de intervenção do poder público e dos particulares nas esferas íntimas da existência humana, relacionadas a vida privada, intimidade, autonomia privada.

O problema central que envolve a aplicabilidade do direito ao livre desenvolvimento da personalidade humana é aquele atinente à determinação de seu conteúdo jurídico. Desde sua positivação, uma das maiores preocupações e dificuldades encontradas por estudiosos e órgãos jurisdicionais está assentada justamente na complexa tarefa de se determinar o grau de abrangência do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, ou seja, quais condutas ou comportamentos humanos estão protegidos por este direito fundamental. Conforme destaca SUÁREZ BERRIO:

Si bien el interés por el derecho al libre desarrollo de la personalidad es del todo práctico, la solución de los problemas jurídicos que lo involucran ha generado la necesidad de abordar, desde la teoría jurídica, la comprensión del núcleo esencial del derecho, su ámbito de aplicación y sus límites, y de la relación de éste con otros derechos. (1999, p. 68)

Conforme destacado pela Corte Constitucional colombiana, a grande questão é que o direito de livre desenvolvimento da personalidade:

se distingue de otros derechos constitucionales en la medida en que no opera en un ámbito específico, ni ampara conducta determinada – como lo hacen por ejemplo la libertad de expresión o la libertad de cultos – ya que establece una protección genérica por lo cual se aplica en principio a toda conducta.” (COLOMBIA, n.º 309-1997)

Fora esta questão, há que se destacar que outro fator dificultador da delimitação do conteúdo do direito ao livre desenvolvimento da personalidade está no fato de que as normas constitucionais que o preveem, além de terem um alcance semântico muito amplo, estabelecerem, de forma geral, *“possibilidade muito ampla e*

geral de restrição, pois assinala que o limite ao direito ao livre desenvolvimento da personalidade são os direitos dos demais e a ordem jurídica”⁵

É o que ocorre, por exemplo, quando o texto constitucional alemão garante o direito ao livre desenvolvimento da personalidade “*desde que não violem os direitos de outrem e não atentem contra a ordem constitucional ou a lei moral*”, quando o texto constitucional espanhol garante, mas simultaneamente condiciona o direito ao livre desenvolvimento da personalidade ao “*respeito a lei e aos direitos dos demais*”, e o colombiano quando estabelece como limite ao seu exercício “*los derechos de los demás y el orden jurídico*”.⁶

No âmbito dos ordenamentos jurídicos europeus, em especial em Alemanha, os estudiosos dos direitos fundamentais tendem a atribuir ao direito de livre desenvolvimento de personalidade a natureza de uma verdadeira “*cláusula geral ou direito geral de personalidade*”, que confere aos indivíduos uma ampla, mas restringível, liberdade de determinação de sua vida privada, ou seja, uma verdadeira “*liberdade como faculdade de autodeterminação de todo o ser humano*.”⁷ Neste sentido se manifesta SUAREZ BERRÍO, para quem:

Como sucede com el derecho a la igualdad, el libre desarrollo de la personalidad tiene un campo de aplicación amplísimo (conductas en las cuales se puede predicar su aplicación normativa), no hay determinación de un tipo de comportamientos respecto de los cuales se aplique este derecho y de otros en lo que no. De ahí que la jurisprudencia lo denomine como cláusula general de libertad. (1999, p.72)

E conclui SUAREZ BERRÍO:

Esta amplitud de aplicación nos lleva a concluir que el derecho al libre desarrollo de la personalidad no tiene un contenido normativo propio. Este derecho es el reconocimiento de la facultad genérica de elegir el modo de comportarse de acuerdo con unos fines. (1999, p.73)

O direito ao livre desenvolvimento da personalidade, segundo entendimento predominante no âmbito do ordenamento jurídico alemão, encontraria duplice fundamento, o primeiro no direito fundamental de liberdade, que permite ao indivíduo a livre determinação de seu agir em observância ao ordenamento jurídico vigente e, o segundo, no direito fundamental à igualdade, que exige que o exercício do direito de liberdade por um indivíduo não represente uma indevida restrição às liberdades alheias.

Apartir da análise de algumas das principais manifestações jurisdicionais proferidas pelas Cortes Constitucionais dos Estados cujas Constituições preveem o direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade, é possível inferir que estas, acompanhando as manifestações doutrinárias sobre tema, tem conferido uma ampla interpretação ao conteúdo desde direito, para abarcar as mais diversas situações jurídicas envolvendo a proteção da personalidade humana.

Nesse interim, a partir dessa concepção protecionista à pessoa humana, os órgãos jurisdicionais tem aplicado o direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade para proteger o direito ao nome, como nos casos de alteração do nome em decorrência de intervenção cirúrgica para mudança de sexo, para garantia

o direito a não submissão de intervenção médica contra a vontade do paciente, reconhecimento da legalidade da prática de eutanásia.

Em outros casos, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade tem servido de fundamento jurídico para garantia do direito de liberdade de crença e religião, garantia do direito de contratar, mediante a escolha do outro sujeito contratual e definição do conteúdo do contrato, proteção dos direitos autorais, garantia da intimidade, vida privada, imagem, direito ao conhecimento da origem biológica, direito de autodeterminação das informações pessoais.

Destaca MARTINS, que no ordenamento jurídico alemão, ao direito ao livre desenvolvimento da personalidade tem-se atribuído *“dois ramos fundamentais: o direito geral de personalidade, que por sua vez tem diversas concretizações, e a liberdade geral de ação.”*⁸ Assim, o primeiro se destinaria à proteção dos direitos de personalidade dos indivíduos, ou seja, aqueles atinentes a sua existência enquanto pessoa, tais como nome, sexo, identidade, imagem, intimidade, vida privada, honra, direito ao próprio corpo, informações pessoais.

O segundo, por sua vez, seria destinado a tutelar o indivíduo em sua liberdade de agir, isto é, mediante a atribuição da capacidade de autodeterminação de sua existência, em aspectos como liberdade de crença e religião, liberdade de profissão, liberdade contratual. Ademais, há que se destacar que, no que concerne ao direito ao livre desenvolvimento da personalidade em sua compreensão como direito geral da personalidade, preleciona MARTINS que:

Quando o Tribunal Constitucional Federal alemão, juntamente com a literatura especializada trabalha com o direito geral da personalidade, ele não vislumbra diversas configurações desse direito geral em vários âmbitos da vida, como sugere a teoria do núcleo da personalidade, mas diferentes modos de desenvolvimento do titular do direito, sobretudo a auto-determinação, a auto-conservação e a auto-exposição, dependendo do aspecto respectivamente relevante em determinado momento na vida do titular que pretende fazer valer. Assim, ele poderá querer determinar autonomamente o seu próprio destino (auto-determinação), como por exemplo: casar-se ou não, ter filhos ou não, definir sua orientação sexual; ou se apartar do mundo externo (auto-conservação), por exemplo pelo caráter confidencial de uma consulta médica e seus documentos, caráter sigiloso de um diário ou correspondência pessoal; ou preferirá, finalmente, escolher a forma como se apresentará ao público (auto-exposição), o que se dará pelo exercício de acepções do direito como direito a própria imagem, a própria voz, à honra pessoal. (2005, p.189)

Por sua vez, conforme acentua SUAREZ BERRIO, no ordenamento jurídico colombiano, o alcance atribuído ao direito de livre desenvolvimento da personalidade é muito parecido com o constatado no ordenamento jurídico alemão, no sentido de que:

La Corte y la doctrina han entendido que el único sentido genuíno que se puede conferir a esse derecho es el de considerar que este consagra una protección general a la capacidad que la Constitución reconoce a las personas a autodeterminarse, esto es, a darse a sus propias normas desarrollar planes propios de vida, siempre y cuando no afecten derechos de terceros. (1999, p.73)

Importa ressaltar, que a despeito de no ordenamento alemão o direito ao livre desenvolvimento estar precedido de preceito constitucional que consagra o direito à dignidade da pessoa humana, não existem maiores digressões ou estudos apontando interligações entre estes relevantes direitos fundamentais, o que, de certa forma, causa estranheza. Isto porque, a despeito de inexistir no ordenamento jurídico brasileiro norma constitucional que consagre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, pode-se sustentar existir uma aproximação entre o seu conteúdo e o conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana, conforme ver-se-á.

3 O CONTEÚDO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Após um longo período imerso em um regime ditatorial, a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil representou um importante passo para a criação das bases e o desenvolvimento de um Estado Democrático de Direito. O texto constitucional promulgado em 1988 foi responsável pela promoção de uma efetiva e importante ruptura com o regime constitucional anterior, sendo, inclusive, reconhecida pelo seu caráter cidadão, especialmente em razão de possuir um extenso rol de direitos e garantias fundamentais.

A dignidade da pessoa humana, a despeito de não ter sido positivada como um direito fundamental, foi elevada pelo texto constitucional à essencial condição de fundamento da República Federativa do Brasil, sendo considerada, por inúmeros estudiosos, como fundamento ou núcleo axiológico de todo o ordenamento jurídico brasileiro, especialmente por reconhecer a pessoa não como um meio, mas como fim de toda a ordem jurídica, elemento indispensável à existência da sociedade e do próprio Estado.

A despeito de sua relevância para o constitucionalismo brasileiro, uma vez que constitui verdadeiro centro gravitacional e fornece fundamento axiológico para a existência de todos os direitos fundamentais, há que se destacar que uma das questões mais complexas e controvertidas perpassa pela definição do conteúdo jurídico da dignidade da pessoa humana. Isto porque, conforme destaca BARROSO, o termo é semanticamente vago, impreciso, aberto, fluido, caracterizando-se por sua ambigüidade, porosidade e polissemia.⁹

A inserção da dignidade da pessoa humana no texto constitucional brasileiro e sua condição de princípio fundamental do Estado brasileiro, vem desempenhando importância ímpar, principalmente ao promover a repersonalização das relações jurídicas, aumentando o lastro protetivo conferido ao indivíduos. Relações jurídicas antes analisadas apenas sob o prisma patrimonialista, influência do Direito Romano sob a legislação civil brasileira, passam a ser interpretadas sob o enfoque da busca pela plena promoção da dignidade humana.

Assim, de forma muito análoga ao que se infere nos ordenamentos jurídicos alemão, espanhol, português e colombiano, tem se verificado que, alicerçados no princípio da dignidade da pessoa humana, estudiosos e órgãos jurisdicionais tem construído importantes entendimentos jurídicos para casos referentes a mudança de sexo e nome, direito ao conhecimento a origem biológica, direito de não se submeter a tratamento médico contra a própria vontade, proteção da vida privada, da imagem, honra e intimidade.

Contata-se que, em termos pragmáticos, pouca diferença há entre o direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade e o princípio da dignidade da pessoa humana. Ambos constituem expressões fluidas e imprecisas, o que amplia sobremaneira os seus campos de aplicação na resolução de casos concretos. Assim, procedido o estudo do conteúdo do direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade e do princípio da dignidade da pessoa humana, cumpre analisar se seria possível afirmar ser o direito ao livre desenvolvimento da personalidade um direito fundamental no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro.

4 O DIREITO AO LIVRE DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Um dos pontos centrais e mais relevantes do presente trabalho pode ser consubstanciado pelo seguinte questionamento: é possível afirmar ser o direito ao livre desenvolvimento da personalidade um direito fundamental no ordenamento jurídico brasileiro? O direito ao livre desenvolvimento da personalidade seria um direito implícito ao ordenamento jurídico brasileiro, decorrência do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana?

De fato, no ordenamento jurídico brasileiro inexistente preceito constitucional que expressamente preveja o direito ao livre desenvolvimento da personalidade. Ocorre, todavia, que a despeito disso, surgem algumas manifestações incipientes no sentido de ser o direito ao livre desenvolvimento um princípio implícito, que encontraria seu fundamento no conjunto de direitos fundamentais atribuídos a pessoa humana e, especialmente, o princípio da dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido se posiciona LUDWIG, que se manifesta no sentido de que:

a partir da composição de todas as normas constitucionais asseguradoras de direitos e garantias fundamentais, com fulcro comum na dignidade da pessoa humana, que se torna possível compreender o direito ao livre desenvolvimento da personalidade como princípio geral do direito brasileiro, embora não haja, em nossos textos legais, referência expressa ao mesmo. (2002, p.292)

E completa o autor:

O direito ao livre desenvolvimento da personalidade situa-se entre os princípios fundamentais do Direito brasileiro, tendo especialíssima relevância no âmbito jusprivado. Tanto é assim que, de acordo com Konrad Hesse, a tarefa central do direito privado atualmente se constitui na defesa do direito da personalidade, entendido tanto em seu aspecto negativo (intimidade), quanto em seu aspecto positivo (autonomia privada): resgatária, desse modo, seu caráter de baluarte da liberdade. (2002, p.292)

Ao se proceder à análise das manifestações jurisdicionais proferidas no âmbito dos ordenamentos jurídicos cujos textos constitucionais prevêm o direito ao livre desenvolvimento de personalidade, as quais tenham por base argumentativa este direito, verificar-se-á que elas pouco se diferem de manifestações jurisdicionais ocorridas no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro que tenham como objeto principal de análise a proteção de direito da personalidade.

Isto porque, apesar de inexistir preceito específico prevendo o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, fato é que, além do princípio da dignidade da pessoa humana, que por si só seria suficiente em razão de sua ampla abertura semântica, o ordenamento jurídico brasileiro, de uma forma particular e minuciosa, positiva uma série de direitos fundamentais de natureza personalíssima, tais como intimidade, vida privada, imagem, honra, autonomia, direitos autorais.

Ora, inquestionavelmente, o texto constitucional brasileiro, ao positivar esse extenso rol de direitos fundamentais, bem como ao elevar a condição de princípio e objetivo do Estado brasileiro a promoção da dignidade da pessoa humana, mesmo que não de forma explícita, cria as bases necessárias a assegurar que a pessoa promova livremente o desenvolvimento de sua personalidade, seja ao garantir um complexo de direitos da personalidade, seja ao assegurar importantes espaços privados de liberdade de ação, de forma similar aos ordenamentos jurídicos alemão, espanhol e colombiano.

Apesar desta conclusão, há que se concordar com o entendimento adotado por LUDWIG, que ao analisar a aplicabilidade do direito ao livre desenvolvimento da personalidade humana no ordenamento brasileiro, aduz que *“a jurisprudência pátria parece não ter descoberto todas as potencialidades desse princípio implícito em nosso ordenamento jurídico, como tampouco o fez em relação ao princípio expresso da dignidade da pessoa humana.”*¹⁰ Destaque-se, todavia, que as manifestações jurisdicionais tem evoluído e, gradativamente, tem reconhecido os influxos que as normas constitucionais promovem sobre a legislação infraconstitucional e sobre as relações jurídicas privadas.

Assim, apesar de estar positivado como direito fundamental pelo ordenamento jurídico brasileiro, imperioso reconhecer, com o intuito de aumentar o lastro protetivo à pessoa humana, inclusive como forma de promoção e efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade como um princípio implícito do ordenamento, a ser utilizado como um importante vetor interpretativo na resolução de conflitos jurídicos.

5 A POSSÍVEL APLICABILIDADE DO DIREITO AO LIVRE DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO - RECURSO ESPECIAL N.º 1.195.995

Em recente caso que bateu às portas do Superior Tribunal de Justiça, este órgão jurisdicional foi instigado a se manifestar acerca de questão relevante afeta ao direito de livre desenvolvimento da personalidade, qual seja, se uma pessoa teria o direito de se recusar a tomar ciência de resultado de exame médico realizado contra a sua vontade.

Um paciente, sob prescrição e orientação médica, solicitou a determinado hospital a realização de uma série de exames médicos para analisar seu estado clínico. Ocorre, todavia, que o hospital, além de realizar todos os exames prescritos, realizou, por equívoco, sem que tenha havido prévia solicitação do paciente, exame anti HIV, o qual teve resultado positivo.

Inconformado com a conduta adotada, o paciente ingressou com ação judicial mediante a qual pleiteou indenização por danos materiais e morais, aduzindo, em síntese, ter havido a violação ao seu direito de intimidade, decorrente de uma

investigação abusiva de sua vida, eis que houve a realização de exame médico contra a sua vontade e sem que tenha havido prescrição médica.

Ao apreciarem o caso, os juízos de primeiro e segundo grau julgaram improcedentes os pedidos formulados na exordial sob o fundamento de que o ato praticado pelo hospital não configurou ato ilícito, pois, apesar de ter havido a realização de exame médico sem autorização do paciente, além do resultado comunicado não ser falso, permitiu ao paciente o conhecimento da doença.

O Superior Tribunal de Justiça, analisando o Recurso Especial interposto pelo paciente, houve por bem confirmar a improcedência dos pedidos sob o fundamento de que por não ser o direito à intimidade absoluto, como todos os demais direitos fundamentais, no caso concreto, este sucumbiria ao direito a vida, isto é, a uma vida mais saudável e longa, razão pela qual o ato praticado não seria ilícito. Conforme a decisão:

I - O direito à intimidade, não é absoluto, aliás, como todo e qualquer direito individual. Na verdade, é de se admitir, excepcionalmente, a tangibilidade ao direito à intimidade, em hipóteses em que esta se revele necessária à preservação de um direito maior, seja sob o prisma individual, seja sob o enfoque do interesse público. Tal exame, é certo, não prescinde, em hipótese alguma, da adoção do princípio da dignidade da pessoa humana, como princípio basilar e norteador do Estado Democrático de Direito, e da razoabilidade, como critério axiológico; II - Sob o prisma individual, o direito de o indivíduo não saber que é portador do vírus HIV (caso se entenda que este seja um direito seu, decorrente da sua intimidade), sucumbe, é suplantado por um direito maior, qual seja, o direito à vida, o direito à vida com mais saúde, o direito à vida mais longa e saudável; III - Mesmo que o indivíduo não tenha interesse ou não queira ter conhecimento sobre a enfermidade que lhe acomete (seja qual for a razão), a informação correta e sigilosa sobre seu estado de saúde dada pelo Hospital ou Laboratório, ainda que de forma involuntária, tal como ocorrera na hipótese dos autos, não tem o condão de afrontar sua intimidade, na medida em que lhe proporciona a proteção a um direito maior; IV - Não se afigura permitido, tão-pouco razoável que o indivíduo, com o desiderato inequívoco de resguardar sua saúde, após recorrer ao seu médico, que lhe determinou a realização de uma série de exames, vir à juízo aduzir justamente que tinha o direito de não saber que é portador de determinada doença, ainda que o conhecimento desta tenha se dado de forma involuntária. Tal proceder aproxima-se, em muito, da defesa em juízo da própria torpeza, não merecendo, por isso, guarida do Poder Judiciário; V - No caso dos autos, o exame efetuado pelo Hospital não contém equívoco, o que permite concluir que o abalo psíquico suportado pelo ora recorrente não decorre da conduta do Hospital, mas sim do fato de o recorrente ser portador do *vírus HIV*, no que o Hospital-recorrido, é certo, não possui qualquer responsabilidade; VI - Sob o enfoque do interesse público, assinala-se que a opção de o paciente se submeter ou não a um tratamento de combate ao vírus HIV, que, ressalte-se, somente se tornou possível e, certamente, mais eficaz graças ao conhecimento da doença, dado por ato involuntário do Hospital, é de seu exclusivo arbítrio. Entretanto, o comportamento destinado a omitir-se sobre o conhecimento da doença, que, em última análise, gera condutas igualmente omissivas quanto à prevenção e disseminação do vírus

HIV, vai de encontro aos anseios sociais; VII - Num momento em que o Poder Público, por meio de exaustivas campanhas de saúde, incentiva a feitura do exame *anti HIV* como uma das principais formas de prevenção e controle da disseminação do vírus HIV, tem-se que o comando emanado desta augusta Corte, de repercussão e abrangência nacional, no sentido de que o cidadão teria o direito subjetivo de não saber que é soropositivo, configuraria indevida sobreposição de um direito individual (que, em si não se sustenta, tal como demonstrado) sobre o interesse público, o que, *data maxima venia*, não se afigura escorreito. VII - Recurso Especial improvido. (STJ, Resp. 1.195.995; DJE 06/04/2011)

Segundo fundamentos contidos na decisão, a despeito do indivíduo titularizar o direito à intimidade, não seria titular de um *“direito subjetivo de não saber que é soro-positivo”*¹¹, pois se lhe fosse atribuído este direito, tal fato *“configuraria indevida sobreposição de um direito individual sobre o interesse público.”*¹² Isto porque, segundo entendimento que predominou, *“o direito a intimidade, ainda que essencial à preservação da dignidade humana, não prepondera, em situações excepcionais, em que o sacrifício deste direito revela-se necessário a preservação de um interesse maior.”*¹³

Mas afinal, qual seria esse interesse maior indicado pela decisão? Quem melhor do que o próprio indivíduo para definir o que representa o maior ou melhor interesse para a sua vida? Estar-se-ia garantindo a dignidade de alguém obrigando-a a tomar conhecimento de uma doença contra a sua vontade, em prol em um interesse público? O que é afinal uma vida digna? Esses são questionamentos imprescindíveis a permitir uma adequada análise do caso e, principalmente, evitar que se crie e se imponha de forma generalizada um conceito de “vida boa”¹⁴ assentado em juízos axiológicos unilaterais. Isto porque, conforme bem define STANCIOLI, ao tecer o conceito de direitos da personalidade:

Os direitos da personalidade são direitos subjetivos que põem em vigor, através de normas cogentes, valores constitutivos da pessoa natural e que permitem a vivência de escolhas pessoais (autonomia), segundo a orientação do que significa vida boa, para cada pessoa, em um dado contexto histórico-cultural e geográfico. (2010, p.95)

E aqui, indispensável colacionar a indagação levantada pelo prolator do voto condutor do acórdão:

Apenas para efeito de reflexão, poder-se-ia cogitar hipótese em que o Hospital demandado, por engano, procedesse equivocadamente ao exame de HIV e identificasse que o paciente-examinado era soropositivo, tal como ocorrera no caso dos autos. Porém, antes de entregar o resultado ao paciente, o Hospital, ou o Laboratório verifica que o exame solicitado não era o *anti-HIV*, mas sim o *anti-HCV*. Indaga-se qual seria a providência correta do Hospital. Evidente que, em tal hipótese, caso o Hospital remanescesse inerte, o paciente jamais tomaria conhecimento de seu engano. Mas, seria correto, razoável que o Hospital não informasse ao paciente sobre o seu real estado de saúde? (STJ, Resp. 1.195.995; DJE 06/04/2011)

Em nome do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, que encontra fundamento no direito fundamental à dignidade humana, não seria juridicamente mais adequado e legítimo que o paciente, em casos semelhantes, seja previamente consultado pelo hospital se gostaria ou não de saber o resultado do exame realizado contra a sua vontade e sua decisão respeitada, haja vista que é ele quem possui o direito de determinar as questões afetas aos aspectos mais íntimos de sua vida privada?¹⁵

Ademais, ilógico e atentatório aos direitos fundamentais à vida privada, à intimidade ao livre desenvolvimento da personalidade, sustentar a existência de um interesse público no caso, quando se está diante de uma situação restrita à personalidade do paciente. Tanto é que a própria decisão em comento, a despeito de admitir ser do livre e exclusivo arbítrio do paciente optar por se submeter ou não ao tratamento de combate do vírus do HIV¹⁶, não considerou inserido dentro de seu direito de livre desenvolvimento da personalidade a possibilidade de optar por ter ou não ciência do resultado de exame realizado sem o seu consentimento.

Cumprе destacar, dada relevância, que a referida decisão não foi unânime, uma vez que a Ministra Relatora Nancy Andrigui foi voto vencido, apresentando entendimento no sentido de que no caso em comento, por mais que não tenha havido a divulgação do resultado a terceiros, o hospital, ao realizar o exame sem prescrição médica e sem o consentimento do paciente, violou o seu direito à intimidade, mediante uma indevida invasão em sua esfera privada, uma investigação abusiva da vida alheia. Nos termos do voto proferido pela Ministra Nancy Andrigui:

Por mais que se possa adotar a presunção de que a constatação da doença pelo recorrido lhe propiciou melhores condições de tratamento, esse fato, por si só, não retira a ilicitude de sua conduta – negligente – de realizar exame não autorizado nem pedido em favor do recorrente. Acrescente-se que a intimidade abrange o livre arbítrio das pessoas em querer saber ou não algo afeto unicamente à sua esfera privada. Vale dizer: todos têm direito de esconder suas fraquezas, sobretudo quando não estão preparadas para encarar a realidade. (STJ, Resp. 1.195.995; DJE 06/04/2011)

Nesse sentido ALFONSO VARGAS, sustenta que:

El derecho al libre desarrollo de la personalidad también es conocido como derecho a la autonomía personal. Es un derecho de carácter genérico y omni-comprensivo cuya finalidad es comprender aquellos aspectos de la auto-determinación del individuo, no garantizado por otros derechos, de tal manera que la persona goce de una protección constitucional para tomar sin intromisiones ni presiones las decisiones que estime importantes em su propia vida.” (2008, p.131)

A Corte Constitucional colombiana, analisando caso em que se discutia o direito de um paciente a não se submeter a tratamento médico contra sua vontade, aplicando ao caso o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, manifestou-se no sentido de ser atentatório a sua capacidade de se autodeterminar e ao direito de livre desenvolvimento da personalidade, obrigá-lo a se submeter a tratamento contra sua vontade, pois conforme restou assentado *“considerar a pessoa como autônoma tem suas consequências inevitáveis e inexoráveis, e a primeira e mais*

*importante de todas consiste em que os assuntos que somente a ela atinem, somente por ela devem ser decididos.*¹⁷

Conclui a Corte Constitucional que, *“decidir por ela é arrebatá-lhe brutalmente sua condição ética, reduzi-la a condição de objeto, coisificá-la, convertê-la em meio para os fins que por fora se escolhem*”¹⁸. Ressalte-se, ainda que, SUÁREZ BERRÍO, analisando a referida decisão judicial, sustenta que *“a liberdade tem um caráter íntimo y um desenvolvimento interior sobre o qual não pode ingerir o ordenamento jurídico de um Estado de Direito que respeite a pessoa humana e reconheça sua autonomia*”¹⁹. Segundo o autor, o indivíduo é que deve *“procurar as condições mais aptas para sua realização como pessoa*”.²⁰

Aqui não se pode olvidar da necessidade de se assegurar espaços para o livre exercício da autonomia e liberdade, pois a irrestrita e incondicionada intervenção judicial, mediante decisões de cunho paternalista, em searas que deveriam estar restritas a autodeterminação individual, acarretará situações jurídicas absurdas e insuportáveis, inclusive com o risco de se promover uma verdadeira planificação do agir humano.²¹ Essa controvérsia e a relevância da questão estão claramente representadas nas palavras de BILBAO UBILLOS, segundo o qual:

Nem mesmo aqueles que advogam pela máxima eficácia dos preceitos constitucionais negam que essas áreas de imunidade ou autonomia existem. Ao fim e ao cabo, a abolição dessa esfera privada é um dos sinais de identificação do totalitarismo. A existência dessas válvulas de escape, desses espaços de vida privada nos quais alguém atua sem ter que dar explicações, marca a diferença entre uma sociedade livre e uma sociedade ocupada pelo Estado. (2007, p. 394)

Nesse diapasão, em casos similares ao ora analisado, não pode o intérprete se olvidar da necessidade de reconhecer que determinadas decisões estão reservadas à esfera privada do existir humano²², razão pela qual não podem desconsiderar a capacidade de autodeterminação atribuída a cada indivíduo, sob pena de violação ao princípio da dignidade da pessoa humana e ao princípio implícito do livre desenvolvimento da personalidade. Obviamente que não se está a defender uma absolutização da autonomia privada e do direito de livre desenvolvimento da personalidade, até mesmo porque, conforme aduzido, estes poderão sofrer limitações em sua eficácia face às peculiaridades do caso concreto, em especial face a outros direitos fundamentais e a preceitos de ordem pública.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo do artigo não foi esgotar toda a análise deste relevante tema, mas sim, a partir do reconhecimento de sua importância e atualidade, proceder ao estudo do direito comparado, com o desiderato de contribuir para o debate, fornecendo questionamentos e apontamentos que possam ser úteis para o a delimitação do conteúdo do direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade humana, bem como para apontar as semelhanças e diferenças entre este direito fundamental e o direito fundamental à dignidade da pessoa humana.

O estudo realizado permitiu concluir que, a despeito de não positivado, o direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade constitui princípio

implícito do ordenamento jurídico brasileiro, possuindo como fundamento axiológico o direito fundamental à dignidade da pessoa humana. Sua adoção é de suma importância para uma adequada resolução de casos envolvendo questões atinentes a existência humana, especialmente os referentes a aspectos mais íntimos não afetos a interesses de terceiros ou ligados a proteção da ordem pública.

A partir da definição do conteúdo do direito ao livre desenvolvimento da personalidade e de uma análise comparativa com o princípio da dignidade da pessoa humana, foi possível concluir que o interprete não pode se olvidar da necessidade de reconhecer que determinadas decisões, por estarem umbilicalmente afetas à esfera privada do existir humano, devendo, razão pela qual deve ser respeitada a capacidade de autodeterminação de cada indivíduo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALFONSO VARGAS, Fray Luis Antonio. Aspectos formales del derecho a la libertad: un estudio comparado Alemania-Colombia. **Revista Principia Iuris**, n.º 10, 2008.

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. Autonomia privada. **Revista do Centro de Estudos Judiciários**, Brasília, n.º 9, p.25-30, 1999.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

BILBAO UBILLOS, Juan Maria. La eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales em el ordenamiento español. In: MONTEIRO, António Pinto; NEUNER, Jorg; SARLTET, Ingo Wolfgang. (Orgs.). **Direitos fundamentais e direito privado: uma perspectiva de direito comparado**. Coimbra: Almedina, 2007, p.145-163.

LUDWIG, Marcos de Campos. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade na Alemanha e possibilidades de sua aplicação no direito privado brasileiro. In: MARTINS-COSTA, Judith. (Org) **A reconstrução do direito privado**. São Paulo: RT, 2002.

MARTINS, Leonardo. Livre desenvolvimento da personalidade. In: SCHWABE, Jürgen. **Cinquenta años de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão**. Berlim: Konrad Adenauer-Stiftung, 2005.

MC CRORIE, Benedita Ferreira da Silva. **A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2005.

PARGENDLER, Mariana Souza, MARTINS-COSTA, Judith. **A resignificação do princípio da autonomia privada: o abandono do voluntarismo e a ascensão do valor de autodeterminação da pessoa**. Disponível em: <http://www.ufrgs.br>. Acesso em 10/08/2011.

STANCIOLI, Brunello. **Renúncia ao exercício de direitos da personalidade: ou como alguém se torna o que quiser**. Del Rey: Belo Horizonte, 2010.

SUÁREZ BERRÍO, Andrés Felipe. Derecho al Libre Desarrollo de la Personalidad en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana entre los años 1992 y 1997. In: Díkaion, **Revista de Fundamentación Jurídica de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Sabana**, n.º 8, 1999.

¹ Nos termos do artigo 2.1 *“Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt.”*

² De acordo com o artigo 10.1 *“La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.”*

³ Nos termos do artigo 16 *“Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico.”*

⁴ 1973, p.126.

⁵ De acordo com o original em espanhol: *“posibilidad muy amplia y general de restricción, pues señala que él limite al derecho al libre desarrollo de la personalidad son los derechos de los demás y orden jurídico”, e “parece estar sujeto a cualquier tipo de restricción”* (COLOMBIA, n.º C-309-1997)

⁶ Há que se destacar que, como os demais direitos fundamentais, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade não é absoluto, podendo sua aplicabilidade ser relativizada face a outros direitos fundamentais.

⁷ 1999, p.120.

⁸ 2005, p. 188-189.

⁹ 2000, p.196.

¹⁰ 2002, p.298

¹¹ STJ, Resp. 1.195.995; DJE 06/04/2011

¹² STJ, Resp. 1.195.995; DJE 06/04/2011

¹³ STJ, Resp. 1.195.995; DJE 06/04/2011

¹⁴ Segundo STANCIOLI: *“Outro ponto decisivo, em especial após o ocaso das teorias jusnaturalistas, foi a percepção de que não uma fonte moral única, capaz de ser a matriz de valores que conduzam à vida boa. As teorias procedimentalistas de direito, hodiernas, bem representam isso. A opção por afirmar valores válidos para toda a sociedade é substituída pela possibilidade dada aos interlocutores de construir, pragmaticamente, os valores constitutivos da pessoa humana, em cada contexto.”* (2010, p.94)

¹⁵ Há que se destacar que, pela leitura dos acórdãos proferidos pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e pelo Superior Tribunal de Justiça, não houve qualquer prova no sentido de que o Hospital teve ciência do erro na realização dos exames ao ponto de lhe ser possível consultar previamente o paciente acerca de sua vontade em conhecer ou não o resultado do exame indevidamente realizado.

¹⁶ *“Veja-se que a opção de o paciente se submeter ou não a um tratamento de combate ao vírus do HIV, que, ressalte-se, somente tornou possível e, certamente, mais eficaz graças ao conhecimento da doença, dado por ato involuntário do Hospital, é de seu exclusivo arbítrio.”* (STJ, Resp. 1.195.995; DJE 06/04/2011)

¹⁷ De acordo com o original em espanhol: *“considerar a la persona como autónoma tiene sus consecuencias inevitables e inexorables, y la primera y más importante de todas consiste en que los asuntos que sólo a la persona atañen, sólo por ella deben ser decididos.”* (COLOMBIA, n.º C-309-1997)

¹⁸ De acordo com o original em espanhol: *“decidir por ella es arrebatarse brutalmente su condición ética, reducirla a la condición de objeto, cosificarla, convertirla en medio para los fines que por fuera de ella se eligen”* (COLOMBIA, n.º C-309-1997)

¹⁹ De acordo com o original em espanhol: *“la libertad tiene un carácter íntimo y un desarrollo interior sobre el cual no puede ingerir el ordenamiento jurídico de un Estado de Derecho que sea respetuoso de la persona humana e reconozca su autonomía.”* (1999, p. 73).

²⁰ De acordo com o original em espanhol: *“procurar las condiciones más aptas para su realización como persona.”* (1999, p. 73).

²¹ Nesse sentido preleciona MC CRORIE: *“É duvidoso que o direito privado, no qual os indivíduos actuam uns com os outros livre e arbitrariamente, seja espaço jurídico para se impor uma moral oficial.”* (2005, p. 45).

²² Em igual sentido é o entendimento de PARGENDLER e MARTINS-COSTA, para quem *“A autonomia privada liga-se ao reconhecimento da existência de um âmbito particular de atuação do sujeito, com eficácia normativa. É manifestação da subjetividade, decorrendo da autodeterminação dos homens, princípio da Modernidade que reconhece liberdade individual e a autonomia do agir, segundo HEGEL.”* (E, também (AMARAL NETO, 1999, p.26)