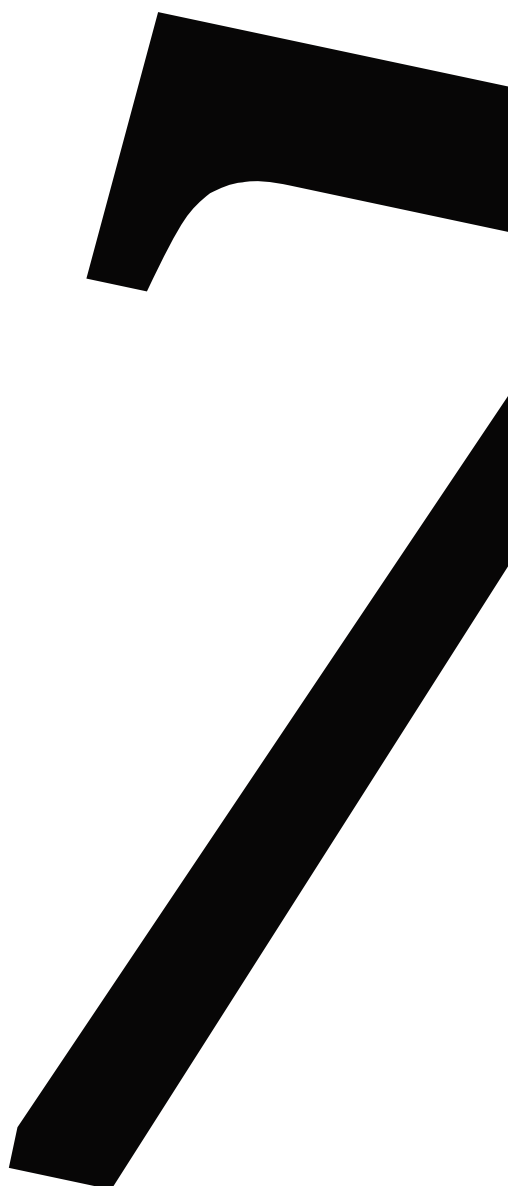




Hermenêutica constitucional comparada: a contribuição da aplicabilidade do direito ao livre desenvolvimento da personalidade no ordenamento jurídico brasileiro

Thiago Penido Martins

Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais/
Mestre em Direito Privado pela Faculdade de Direito Milton Campos/Especia-
lista em Direito Público pela Faculdade de Direito Milton Campos/Graduado
em Direito pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de
Minas Gerais

Rodolpho Barreto Sampaio Júnior

Doutor em Direito/Professor adjunto na Pontifícia Universidade Católica de
Minas Gerais/Professor adjunto vinculado ao Programa de Mestrado da Facul-
dade de Direito Milton Campos/Procurador do Estado de Minas Gerais

Resumo: Este artigo tem como objetivo precípua, a partir da hermenêutica constitucional comparada, especialmente do estudo das manifestações doutrinárias e jurisdicionais colhidas nos ordenamentos jurídicos europeu e colombiano, proceder à análise dos conteúdos 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 esses preceitos constitucionais, analisando em que medida é possível afirmar ser o direito ao livre desenvolvimento da personalidade um direito fundamental aplicável ao ordenamento jurídico brasileiro, bem como em que medida a sua adoção contribuirá para a proteção dos direitos de personalidade e para a tutela da liberdade e da autonomia privada.

Palavras-Chave: Hermenêutica Constitucional Comparada. Direitos Fundamentais. Livre desenvolvimento da personalidade humana. Dignidade da pessoa humana. Direito comparado. Direitos da personalidade. Liberdade e autonomia privada.

Abstract: *The article aims to conduct a comparative study of constitutional hermeneutics, especially european and colombian doctrine and jurisprudence, analyzing the content of the fundamental right to the free development of human personality and the human dignity principle, 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 and also its effects on protection of freedom and private autonomy.*

Keywords: *Constitutional Hermeneutics, Fundamental Rights, free development of human personality, human dignity, freedom and private autonomy.*

1. Introdução

O direito à dignidade da pessoa humana e o direito ao livre desenvolvimento da personalidade encontram-se positivados de forma expressa em diversos textos constitucionais europeus, especialmente nos ordenamentos jurídicos alemão, espanhol e português, nos quais assumem relevante papel na construção e no desenvolvimento da doutrina e das manifestações jurisdicionais das Cortes Constitucionais Europeias.

A proteção aos direitos à dignidade da pessoa humana e ao livre desenvolvimento da personalidade humana já se encontrava prevista no art. 22 da Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), segundo o qual, toda pessoa, como membro da sociedade, tem direito à realização dos direitos individuais, econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade.¹

Na Alemanha, o Texto Constitucional que serviu de inspiração para diversos outros ordenamentos jurídicos, incorporando

¹ “Art. 22 – Toda pessoa, como membro da sociedade, tem direito à segurança social e à realização, pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade”.

os preceitos contidos na Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), é expresso ao preceituar em seu art. 2.1, que “todos têm 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.”²

Na Espanha, o Texto Constitucional estabelece em seu art. 10.1 que a “dignidade da pessoa humana, os direitos invioláveis que lhe são inerentes, o livre desenvolvimento da personalidade, o respeito à lei e aos direitos dos demais são fundamentos da ordem política e da paz social.”³

Em Portugal há a previsão no art. 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, na Colômbia, o Texto Constitucional traz em seu art. 16 preceito muito parecido com o contido no ordenamento jurídico espanhol, que prevê que “todas as pessoas têm o direito de livre desenvolvimento de sua personalidade, mas com as limitações que impõe os direitos dos demais e a ordem jurídica.”⁴

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

² Nos termos do art. 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.*”

³ De acordo com o art. 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.*”

⁴ Nos termos do art. 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.*”

ordenamentos alemão e espanhol, existe expressa previsão constitucional da garantia ao direito fundamental à dignidade da pessoa humana.

Assim, diante dos objetivos deste artigo, é imperioso delimitar o conteúdo do direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade e da dignidade da pessoa humana, bem como verificar se aquele teria como correspondente, no ordenamento jurídico brasileiro, o princípio da dignidade da pessoa humana, estudo que demanda a realização de análise comparativa entre os conteúdos desses preceitos normativos.

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, pelo desrespeito aos direitos humanos e pelo 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.”⁵

⁵ 1973, p. 126.

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, que, desde sua instalação, tem ampliado e aperfeiçoado gradativamente 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 um processo de ruptura com os regimes totalitários vivenciados em Portugal e na 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 à vida privada, intimidade e autonomia privada.

A grande questão que envolve a aplicabilidade do direito ao livre desenvolvimento da personalidade humana é aquela 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 Berrío:

o interesse pelo direito ao livre desenvolvimento da personalidade é todo prático, a solução dos problemas jurídicos que o envolvem tem gerado a necessidade de abordar, desde a teoria jurídica, a compreensão do núcleo essencial deste direito, seu

âmbito de aplicação e seus limites, e a relação deste direito com outros.⁶ (1999, p. 68, tradução nossa).

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

se distingue de outros direitos constitucionais na medida em que não opera em um âmbito específico, nem ampara conduta determinada – como fazem, por exemplo, a liberdade de expressão ou a liberdade de cultos – e estabelece uma proteção genérica, motivo pelo qual se aplica a toda conduta.⁷ (COLOMBIA, n. 309, 1997, tradução nossa).

Fora essa 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 alcance semântico muito aberto e amplo, estabelecem, de maneira geral, uma “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”⁸

É o que ocorre, por exemplo, quando o Texto Constitucional alemão garante o direito ao livre desenvolvimento da personalidade de “desde que não violem os direitos de outrem e não atentem contra a ordem constitucional ou a lei moral”, quando o Texto

⁶ Segue o original em espanhol: “*el interés por el derecho al libre desarrollo de la personalidad es del todo practico, la solución de los problemas jurídicos que lo involucram há 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.*”

⁷ Segue o original em espanhol: “*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.*”

⁸ Segue 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. C-309, 1997).

Constitucional espanhol garante, mas, simultaneamente, condiciona o exercício do direito ao livre desenvolvimento da personalidade ao “respeito à lei e aos direitos dos demais”, e, por fim, o colombiano, quando estabelece como limite ao seu exercício “os direitos dos demais e a ordem jurídica.”⁹

A despeito das dificuldades conceituais, no âmbito dos ordenamentos jurídicos europeus, especialmente na Alemanha, os estudiosos dos direitos fundamentais tendem a atribuir ao direito de livre desenvolvimento de personalidade natureza de “cláusula geral ou direito geral de personalidade”, que confere aos indivíduos uma ampla, mas restringível liberdade para autodeterminação de sua vida privada, ou seja, uma verdadeira “liberdade como faculdade de autodeterminação de todo o ser humano.”¹⁰ Neste sentido se manifesta Suárez Berrío, para quem:

Como ocorre com o direito à igualdade, o livre desenvolvimento da personalidade tem um campo de aplicação amplíssimo (condutas nas quais se pode predicar sua aplicação normativa), não há determinação de um tipo de comportamento em relação aos quais se aplica este direito e de outros em que não. Daí que a jurisprudência o denomine como cláusula geral de liberdade.¹¹ (1999, p. 72, tradução nossa).

E conclui Suárez Berrío:

Esta amplitude de aplicação nos leva a concluir que o direito ao livre desenvolvimento da personalidade não tem um conteúdo normativo pró-

⁹ Segue o original em espanhol: “los derechos de los demás y el orden jurídico”. 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 em face de outros direitos fundamentais.

¹⁰ 1999, p. 120.

¹¹ Segue o original em espanhol: “Como sucede con 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 *clausula general de libertad*.”

prio. Este direito é o reconhecimento da faculdade genérica de eleger o modo de comportar-se de acordo com determinados fins¹² (1999, p. 73, tradução nossa).

O direito ao livre desenvolvimento da personalidade, segundo entendimento predominante no âmbito do ordenamento jurídico alemão, encontraria duplice fundamento. Primeiro, no direito fundamental de liberdade, que permite ao indivíduo a livre determinação de seu agir em observância ao ordenamento jurídico vigente e, 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.

A partir 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 o tema, têm conferido uma ampla interpretação e abrangência ao conteúdo deste direito, com o objetivo de abarcar as mais diversas situações jurídicas envolvendo a proteção da personalidade humana.

Nesse ínterim, a partir dessa concepção protecionista à pessoa humana, os órgãos jurisdicionais europeus e colombiano têm aplicado o direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade, por exemplo, para proteger o direito ao nome, como nos casos de alteração do nome em decorrência de intervenção cirúrgica para mudança de sexo, para garantir o direito a não submissão de intervenção médica contra a vontade do paciente, para o reconhecimento da legalidade da prática de eutanásia.

¹² Segue o original em espanhol: “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.”

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, permitindo a escolha do outro sujeito contratual e a definição do conteúdo do contrato, proteção dos direitos autorais, garantia da intimidade, vida privada, imagem, direito ao conhecimento da origem biológica, direito de autodeterminação na utilização das informações de natureza pessoal.

Martins destaca que, no ordenamento jurídico alemão, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade tem se atribuído a “dois ramos fundamentais: o direito geral de personalidade, que, por sua vez, tem diversas concretizações, e a liberdade geral de ação.”¹³ O primeiro se destinaria à proteção dos direitos de personalidade dos indivíduos, ou seja, aqueles atinentes a sua existência como 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 opinião e convicção, liberdade de profissão, liberdade contratual. Ademais, há que se destacar que, no que concerne ao direito ao livre desenvolvimento da personalidade em sua dimensão de direito geral da personalidade, preleciona Martins que:

Quanto ao Tribunal Constitucional Federal alemão, que, 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 autodeterminação, a autoconservação e a autoexposição, dependendo do aspecto respectivamente relevante em determinado momento na vida do titular que pretende fazer valer. Assim, ele poderá querer determinar autono-

¹³ 2005, p. 188-189.

mente o seu próprio destino (autodeterminação), como, por exemplo: casar-se ou não, ter filhos ou não, definir sua orientação sexual; ou se apartar do mundo externo (autoconservação), 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 (autoexposição), o que se dará pelo exercício de acepções do direito como direito à própria imagem, à própria voz, à honra pessoal (2005, p. 189).

Por sua vez, Suárez Berrío acentua que, 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:

A Corte e a doutrina têm entendido que o único sentido genuíno que se pode conferir a esse direito é o de considerar que este consagra uma proteção geral à capacidade que a Constituição reconhece às pessoas de autodeterminar-se, isto é, a atribuir-se as suas próprias normas, desenvolver planos próprios de vida, sempre e quando não afetem direitos de terceiros¹⁴ (1999, p. 73, tradução nossa).

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 a existência de interligações entre estes relevantes preceitos constitucionais, 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 pontos de aproximação entre o seu conteúdo e o conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana, conforme se analisará.

¹⁴ Segue o original em espanhol: “La Corte y la doctrina han entendido que el único sentido genuíno que se puede conferir a ese 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.”

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 do 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, reconhecido 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 e órgãos jurisdicionais, como fundamento, base ou núcleo axiológico de todo o ordenamento jurídico brasileiro, especialmente por reconhecer a pessoa não como meio, mas como fim de toda a ordem jurídica, elemento subjetivo indispensável à existência da sociedade e do próprio Estado.

Nesse sentido é que Kant parte do pressuposto de que o homem não pode ser considerado como um objeto, como um meio para atingir determinadas finalidades. Segundo o autor, o homem deve ser considerado um fim em si mesmo, ao aduzir que:

[...] no reino dos fins, tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode pôr-se em vez dela qualquer outra como equivalente; mas, quando uma coisa está acima de todo o preço e, portanto, não permite equivalente, então tem ela dignidade... Essa apreciação dá pois a conhecer como dignidade o valor de uma tal disposição de espírito e põe-na infinitamente acima de todo o preço. Nunca ela poderia ser posta em cálculo ou confronto com qualquer coisa que tivesse um preço, sem de qualquer modo ferir a sua santidade (2006, p. 77).

A despeito de sua relevância para o constitucionalismo brasileiro, uma vez que constitui verdadeiro centro gravitacional e fun-

damento axiológico para a existência de todos os direitos fundamentais consagrados, há que se destacar que uma das questões mais complexas e controvertidas assenta-se justamente na definição do conteúdo jurídico do princípio da dignidade da pessoa humana. Isto porque, conforme destaca Barroso, o termo é, sem dúvida, semanticamente vago, impreciso, aberto, fluido, caracterizando-se por sua ambiguidade, porosidade e polissemia.¹⁵

A despeito da imprecisão e polissemia do termo dignidade da pessoa humana, pode-se, na esteira do entendimento de Sarlet, aduzir que a dignidade da pessoa humana é:

a qualidade intrínseca e distintiva de cada pessoa humana que a faz merecedora de mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, nesse sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover a sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos (2002, p. 2).

A inserção da dignidade da pessoa humana no Texto Constitucional brasileiro e a sua condição de princípio fundamental do Estado brasileiro vêm 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 e individualista, influência do Direito Romano sob a legislação civil brasileira, passam a ser interpretadas sob um novo enfoque, o 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, a despeito da inexistência de preceito constitucional assegurando o direito ao livre desenvolvimento da persona-

¹⁵ 2000, p. 196.

lidade, alicerçados no princípio da dignidade da pessoa humana, estudiosos e órgãos jurisdicionais brasileiros têm construído importantes entendimentos jurídicos para casos referentes à mudança de sexo e alteração de nome, direito ao conhecimento da origem biológica, direito de não se submeter a tratamento médico contra a própria vontade, proteção da vida privada, da imagem, honra e intimidade. Isto porque, conforme destaca Moraes:

a dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos (2006, p. 16).

Inferre-se, portanto, que o princípio da dignidade da pessoa humana, similarmente ao direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade, reconhece a cada indivíduo a capacidade de autodeterminar os aspectos mais relevantes de sua vida, especialmente aqueles que lhe digam respeito em caráter exclusivo, ou seja, que não afetem a interesses de terceiros ou à ordem pública, como instrumento indispensável à garantia do desenvolvimento de sua personalidade e promoção de uma vida digna, que deve ser compreendida a partir da perspectiva individual, enquanto busca por aquilo que melhor lhe promova como ser humano. Nos dizeres de Moureira, “reconhecer a autonomia privada no Direito é reconhecer a possibilidade da pessoa humana se construir enquanto pessoa humana” permitindo-se “que ela seja o que quiser e assuma as coordenadas da sua pessoalidade, na medida em que liberdades e não liberdades lhe são legitimamente conferidas e, portanto, aceitáveis”.¹⁶

Em termos pragmáticos, a partir de uma detida análise de manifestações doutrinárias e jurisdicionais europeias, colombia-

¹⁶ 2009, p. 74-75.

nas e brasileiras, constata-se que 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, analisar-se-á se seria possível afirmar ser o direito ao livre desenvolvimento da personalidade um direito fundamental tutelado pelo ordenamento jurídico brasileiro, bem como analisar em que medida este direito fundamental contribuiria para uma melhor interpretação e resolução de casos envolvendo a proteção da pessoa humana.

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

Um dos pontos centrais e mais relevantes deste 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? Ou 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 à 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 jus privado. 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): resgataria, 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 preveem 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 e direitos autorais.

Ora, inquestionavelmente, o Texto Constitucional brasileiro, ao positivizar esse extenso rol de direitos fundamentais, bem como ao elevar a condição de princípio e objetivo do Estado brasileiro à promoção da dignidade da pessoa humana, cria as bases necessárias a assegurar que a pessoa promova livremente o desen-

volvimento 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 dessa 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.”¹⁷ Destaque-se, todavia, que as manifestações jurisdicionais têm evoluído e, gradativamente, têm reconhecido os influxos que as normas constitucionais promovem sobre a legislação infraconstitucional e sobre as relações jurídicas privadas, especialmente no que concerne ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Assim, apesar de não estar positivado como direito fundamental pelo ordenamento jurídico brasileiro, é 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, não só no que tange à proteção das questões existenciais referentes à vida privada ou intimidade, mas, inclusive, em sua dimensão de cláusula geral de liberdade, destinada à tutela da liberdade individual e à autonomia privada.

5. Em defesa da aplicabilidade do direito ao livre desenvolvimento da personalidade

Em recente caso que bateu às portas do Superior Tribunal de Justiça, este órgão jurisdicional foi instigado a se manifestar

¹⁷ 2002, p. 298.

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 laboratoriais para avaliar seu estado clínico. Ocorre, todavia, que o hospital, além de realizar os exames prescritos, realizou, por equívoco, sem que tenha havido prévia solicitação do paciente, exame anti HIV, que teve resultado positivo.

Inconformado com a conduta adotada pelo hospital, 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 privada; 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, uma vez que, 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 um direito absoluto, como os demais direitos fundamentais, no caso concreto, este sucumbiria ao direito à 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, tampouco 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 a 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 6/4/2011).

Segundo fundamentos contidos na decisão, a despeito de o indivíduo titularizar o direito à intimidade, não seria titular de um “direito subjetivo de não saber que é soropositivo”¹⁸, pois se lhe fosse atribuído este direito, tal fato “configuraria indevida sobreposição de um direito individual sobre o interesse público.”¹⁹ Isto porque, segundo entendimento que predominou, “o direito à intimidade, ainda que essencial à preservação da dignidade humana, não prepondera, em situações excepcionais, em que o sacrifício deste direito revela-se necessário à preservação de um interesse maior.”²⁰

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-o a tomar conhecimento de uma doença contra a sua vontade, em prol de um interesse público? O que é afinal uma vida digna?

Esses são questionamentos imprescindíveis a permitir uma adequada análise e interpretação do caso e, principalmente, evitar

¹⁸ STJ, Resp. 1.195.995; DJE 6/4/2011.

¹⁹ STJ, Resp. 1.195.995; DJE 6/4/2011.

²⁰ STJ, Resp. 1.195.995; DJE 6/4/2011.

a generalização e imposição de um conceito de “vida boa”²¹, asentado em juízos axiológicos unilaterais, que desconsideram o pluralismo e a diversidade social.²² 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).

Sá salienta que o ato de “viver é singular, está permeado por sensações inúmeras que, ao longo da história, moldaram a ideia que cada um desenhou para si do que seria uma vida ‘boa’ e ‘digna.’, razão pela qual, por ser “impregnado por experiências, por expectativas, por toda sorte de juízos de valores que não carecem ser inquiridos em face de uma ‘pretensão conceitual coletiva.”²³ 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

²¹Segundo Stancioli: “Outro ponto decisivo, em especial após o ocaso das teorias jusnaturalistas, foi a percepção de que não é 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 construírem, pragmaticamente, os valores constitutivos da pessoa humana, em cada contexto” (2010, p. 94).

²² Nesse sentido importa colacionar importante excerto da obra de Habermas, que, ao discursar sobre a necessidade de se proteger a esfera privada de existência de cada indivíduo, permitindo-lhe elaborar seu plano de vida, sustenta que: “a ‘sociedade justa’ deixa a critério de todas as pessoas aquilo que elas querem iniciar como o tempo de suas vidas. Ela garante a todos uma mesma liberdade para desenvolver uma autocompreensão ética, a fim de formar uma concepção pessoal da ‘boa vida’ segundo capacidades e critérios próprios” (2004, p. 5).

²³ 2009, p. 49-50.

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 6/4/2011).

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 tem o direito de determinar as questões afetas aos aspectos mais íntimos de sua vida privada?²⁴ Conforme aduz Rodotá:

Qual seria, em concreto, a reação do interessado diante de uma notícia deste tipo? O conhecimento de uma futura aparição de uma enfermidade incurável fará que sua vida inteira se torne intolerável? Ou, ao contrário, esse conhecimento lhe permitirá utilizar da melhor maneira possível o tempo que lhe resta e, por exemplo, tomar decisões que possam evitar a transmissão da enfermidade aos descendentes? E, então, há que lhe deixar em uma situação de ignorância ou ao menos de incerteza, criando, assim, uma situação de causalidade que poderia ser facilmente eliminada? Há que envolver-lhe em um véu de ignorância para que sua vida seja mais grata e que determinados acontecimentos apareçam como se fosse fruto da fatalidade? E que o conhecimento não se traduz ocasionalmente na redução da liberdade, de modo que se pode concluir que causalidade e

²⁴ 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.

liberdade se sustentam reciprocamente e, inclusive, que a limitação de nossa capacidade cognitiva pode converter-se em refúgio de nossa liberdade? Sem embargo, a ignorância deliberada produz também situações de inadmissível irresponsabilidade? (2010, p.177-178, tradução nossa)²⁵.

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 pessoalidade 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 HIV²⁶, não considerou inserido em 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.

Cumpre destacar, dada a relevância, que a referida decisão não foi unânime, uma vez que a ministra Nancy Andrigui, em voto vencido, apresentou entendimento no sentido de que, por mais que não tenha havido a divulgação do resultado a terceiros, o hospital, ao realizar o exame sem prescrição médica e sem o consentimen-

²⁵ Segue o texto original em espanhol: “Cual sería, en concreto, la reacción del interesado ante una noticia de este tipo? El conocimiento de la futura aparición de una enfermedad incurable hace que su vida entera se vuelva intolerable? O contrario, ese conocimiento le permitirá utilizar de la mejor manera posible el tiempo que le resta y, por ejemplo, tomar decisiones procreativas que puedan evitar la transmisión de la enfermedad a los descendientes? Y entonces: hay que dejarle en una condición de ignorancia o al menos de incertumbre, creando así una situación de causalidad que podría ser fácilmente eliminada? Hay que envolverle en un velo de ignorancia para que su vida sea más grata y que determinados acontecimientos vayan apareciendo como si fueran fruto de la fatalidad? Es que el conocimiento no se traduce acaso en una reducción de la libertad, de modo que puede concluirse que casualidad y libertad se sostienen recíprocamente e incluso que la limitación de nuestras capacidades cognitivas puede convertirse en refugio de nuestra libertad? Sin embargo, es que la ignorancia deliberada no produce también situaciones de inadmisibles irresponsabilidad?”

²⁶ “Veja-se que a opção de o paciente se submeter ou não a um tratamento de combate ao vírus 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 6/4/2011).

to do paciente, violou o seu direito à intimidade, mediante uma indevida invasão em sua esfera privada de existência, uma investigação abusiva da vida alheia. Nos termos do seu voto:

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 preparados para encarar a realidade (STJ, Resp. 1.195.995; DJE 6/4/2011).

Em igual sentido, Alfonso Vargas sustenta que:

o direito ao livre desenvolvimento da personalidade também é conhecido como direito à autonomia pessoal. É um direito de caráter genérico e omnícompreensivo cuja finalidade é compreender aqueles aspectos da autodeterminação do indivíduo, não garantido por outros direitos, de tal maneira que a pessoa goze de uma proteção constitucional para tomar, sem intromissões nem pressões as decisões que estime importantes para sua própria vida²⁷ (2008, p.131, tradução nossa).

Lima, ao analisar o direito de o indivíduo não se submeter a exames médicos contra a sua vontade, manifesta-se no sentido de que:

a pessoa é livre para ser sujeito de pesquisas para obter diagnósticos pessoais do mesmo modo que é livre para recusar a investigação, se prefere desconhecer a verdade genética, ou, ainda, a pessoa é livre para ser submetida a exames, mas pode renunciar ao direito de ser informada sobre o diagnóstico e dados genéticos (2007, p. 163).

²⁷ De acordo com o original em espanhol: “*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 pressiones las decisiones que estime importantes en su propia vida.*”

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 à sua capacidade de se autodeterminar e ao seu 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.”²⁸

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”²⁹. Ressalte-se, ainda, que Suárez Berro, analisando a referida decisão judicial, sustenta que “a liberdade tem um caráter íntimo e 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”³⁰. Segundo o autor, o indivíduo é que deve “procurar as condições mais aptas para sua realização como pessoa”.³¹

²⁸ 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. C-309, 1997).

²⁹ De acordo com o original em espanhol: “decidir por ella es arrebatárle 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. C-309, 1997).

³⁰ 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).

³¹ De acordo com o original em espanhol: “procurar las condiciones más aptas para su realización como persona” (1999, p. 73).

Destaca-se, aqui, importante excerto extraído da obra de Rodotà, que sustenta que o direito de não informação, isto é, de não saber, integra a esfera privada da existência humana, compondo o conteúdo do direito ao livre desenvolvimento da personalidade.

O direito de não saber está diretamente relacionado com as modalidades de construção da esfera privada. Assim, (...) adquire especial relevância a decisão do interessado não somente de não se submeter a nenhuma espécie de teste, mas, inclusive, de não ser informado de seus resultados, nos casos em que eles existirem. Um direito que é explicitamente reconhecido pelo Convênio Europeu sobre Direitos Humanos e Biomedicina que, em seu art. 10.2, põe em um mesmo plano o direito de saber e o direito de não saber; “toda pessoa terá o direito de conhecer toda a informação obtida a respeito de sua saúde. Não obstante, deverá respeitar-se a vontade da pessoa de não ser informada” (2010, p.177, tradução nossa).³²

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.³³ Essa controvérsia e a rele-

³² Segue a versão no original em espanhol: “*El derecho a no saber está directamente relacionado con las modalidades de construcción de la esfera privada. Así (...) adquiere especial relevancia la decisión del interesado no solo de no someterse a ninguna clase de test, sino incluso de no ser informado de sus resultados, en caso de que los hubiere, Un derecho, este, explicitamente reconocido por El Convenio europeo sobre derechos humanos y biomedicina que, en su artículo 10.2, pone en un mismo plano el derecho a saber y el derecho a no saber: “toda persona tendrá derechos a conocer toda información obtenida respecto a su salud. No obstante, deberá respetarse la voluntad de una persona de no ser informada.”*

³³ Nesse sentido preleciona Mc Crorie: “É duvidoso que o direito privado, no qual os indivíduos atuam uns com os outros livre e arbitrariamente, seja espaço jurídico para se impor uma moral oficial” (2005, p. 45).

vância 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, tradução nossa).

Cumpre, todavia, retonar à análise dos fundamentos adotados no acórdão em comento, para que seja possível refletir sobre outros questionamentos polêmicos que podem deles advir. Conforme anteriormente destacado, nos termos do acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, “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.”³⁴ Assim, de acordo com o raciocínio hermenêutico adotado, diante do conflito entre o direito de não ser informado sobre questões que atinem à sua saúde, que integra o conteúdo do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, e o direito à vida, deve aquele sucumbir a este, com o desiderato de garantir uma vida com mais saúde ao paciente.

Diante desse raciocínio hermenêutico e da premissa adotada pelo Superior Tribunal de Justiça de que a garantia ao indivíduo do direito de não tomar ciência de que é soropositivo representaria a sobreposição de um direito individual sobre um interesse público, razão pela qual não deve ser admi-

³⁴ STJ, Resp. 1.195.995; DJE 6/4/2011.

do”³⁵, cumpre questionar: seria juridicamente possível que um cônjuge, um companheiro ou mesmo um indivíduo qualquer compila judicialmente a outro a realizar exames patológicos, com o objetivo de resguardar a sua saúde ou vida? O indivíduo teria o direito de obrigar outrem a se submeter ao exame de HIV como forma de prevenir e combater eventual contágio? Existe alguma obrigação jurídica que impõe ao paciente o dever de se submeter ao exame? As hipóteses ora formuladas podem parecer absurdas, frutos da ficção jurídica, porém a realidade nos demonstra como a riqueza da vida em sociedade e os problemas humanos exigem, cada vez mais, respostas dos órgãos jurisdicionais.

Recentemente foi submetido à apreciação dos órgãos jurisdicionais um caso que bem ilustra os questionamentos ora apresentados. Trata-se de pleito indenizatório por danos morais deduzido por M.A.A.D., um homossexual, em desfavor de C.R.F., seu dentista, em razão de ele ter sido submetido a situação humilhante e constrangedora, qual seja, ter sido publicamente exigido pelo dentista responsável pelo seu tratamento dentário a realizar exames de HIV e hepatite para comprovar não ser portador das referidas enfermidades. De acordo com os fatos narrados, em uma consulta dentária, ao manusear um de seus equipamentos, o dentista teve contato direto com o sangue de seu paciente, o que lhe causou sério temor de contágio, pois, segundo seu entendimento, este, por ser homossexual, integraria o que se pode denominar “grupo de risco”. Em razão do acontecido, desesperado, com o objetivo de adotar as medidas necessárias para evitar o contágio e realizar o tratamento adequado, o dentista compareceu ao ambiente de trabalho de M.A.A.D. e, publicamente, exigiu que este o acompanhasse a um laboratório

³⁵ De acordo com o excerto do voto vencedor; “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” (STJ, Resp. 1.195.995; DJE 6/4/2011).

de análises clínicas para realizar os exames de HIV e hepatite, o qual, diante das circunstâncias, recusou-se a fazê-lo.

Sem adentrar especificamente nas discussões relativas ao direito de reparação pelos danos morais decorrentes do constrangimento público a que foi submetido o autor da ação, seja por não constituir objeto precípua deste trabalho, seja pelo fato de estarem estritamente relacionadas à conduta abusiva praticada pelo dentista, cumpre analisar a questão sob a seguinte perspectiva: poderia o dentista, com o intuito de proteger seu direito à vida e à sua saúde, propor uma ação judicial em desfavor de seu cliente para compeli-lo a realizar os exames de HIV e hepatite?³⁶ Ora, se se adotar o raciocínio hermenêutico utilizado pelo Superior Tribunal de Justiça no caso anteriormente analisado, segundo o qual o interesse público, compreendido como a proteção de uma vida saudável, deve prevalecer sob o direito individual de não ter a sua intimidade violada, de não ser submetido a intervenção médica contra a sua vontade, a resposta seria no sentido de que, para proteger sua vida e saúde e a de eventuais indivíduos que se relacionem com o cliente, poderia este ser compelido a realizar o exame de HIV e hepatite.³⁷

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, ao apreciar o caso em questão, em decisão não unânime, houve por bem reconhecer o direito de indenização à M.A.A.D., sob o fundamento de que C.R.F., ao exigir publicamente que seu cliente se submetesse a exame clínico de HIV e hepatite, violou a sua integridade moral, tendo agido com abuso de direito. Conforme a ementa do acórdão prolatado:

Tendo em vista a ocorrência de acidente profissional em intervenção odontológica, causando lesão

³⁶ Destaque-se que, neste caso, as discussões acerca de indenização por dano moral perderiam sentido, especialmente se o processo tramitasse em segredo de justiça, como forma de proteger a intimidade, vida privada e integridade moral do requerido.

³⁷ Não se pode olvidar que, naquele caso em concreto, estava-se diante do conflito de direitos fundamentais titularizados por uma mesma pessoa, diferentemente do caso ora em comento, em que há o conflito entre o direito à vida de um indivíduo e à intimidade e vida privada de outrem.

no dentista e contato com o sangue do paciente presente no aparelho utilizado no procedimento, é lícito ao profissional, até por recomendação médica, exigir do paciente a pronta realização de exames laboratoriais para verificação da existência de eventuais doenças infectocontagiosas, viabilizando, inclusive, com o procedimento adequado, evitar o contágio. Contudo, ao abusar o réu do direito a ele reconhecido, adentrando no estabelecimento profissional do autor e acusando-lhe em frente a seus clientes de pertencer a grupo de risco, em razão de suas opções sexuais, resta configurado o abuso de direito, afastando o excludente do exercício regular de um direito, implicando ilícito objetivo passível de indenização, nos termos do art. 187 do CC/02. Verificada a violação a direito da personalidade do autor, concernente à sua honra subjetiva e objetiva, cabível a condenação do demandado ao pagamento de indenização por danos morais (TJRS, Apelação Cível n. 70028064632; DJE 11/9/2009).

Cumpra-se, portanto, que, ao fundamentar que o direito de indenização estaria assentado em abuso de direito praticado pelo dentista, o órgão jurisdicional sustentou que este teria o direito de compelir que o paciente se submetesse a exames laboratoriais, como forma de preservar sua vida e saúde, evitando o contágio. É o que se infere da leitura e análise do excerto dos votos vencedor e vencido. De acordo com o voto proferido pela desembargadora Liege Puricelli Pires:

Com efeito, não há dúvidas que ao réu é reconhecido o direito de buscar junto ao autor a realização dos exames laboratoriais necessários à verificação de eventuais vírus transmissíveis pelo contato sanguíneo, tais como o HIV e a o da hepatite B, referidos inclusive pelo autor. Tal atitude, em tese, configura hipótese de exercício regular de direito, o qual exclui a responsabilidade civil de quem o exerce (TJRS, Apelação Cível n. 70028064632; DJE 11/9/2009).

Em idêntico sentido é o voto vencido proferido pelo desembargador Artur Arnildo Ludwig, para o qual:

A preocupação e ansiedade do demandado está plenamente justificada diante da gravidade da si-

tuação que se encontrava, deparado com a possibilidade de adquirir doença infectocontagiosa grave. Havia necessidade de o réu obter certeza quanto à saúde do autor, para que tomasse as providências cabíveis, passando a consumir um coquetel de medicamentos. Entendo que a solicitação dos exames estava plenamente justificada. Na hipótese, não houve violação à honra do autor. O requerido agiu em verdadeiro exercício do seu direito à vida, protegido constitucionalmente e amparado pelo art. 188, I, do Código Civil, que não considera ilícito o ato praticado no exercício regular de um direito. Não gravitam na órbita do dano moral aquelas situações que, não obstante desagradáveis, são necessárias ao exercício regular de direito reconhecido. (...) Diante do exposto, reconheço que o requerido estava no exercício do seu direito de preservar o seu direito à vida e saúde. Não houve ato reprovável capaz de ensejar responsabilidade civil (TJRS, Apelação Cível n. 70028064632; DJE 11/9/2009).

Infere-se, portanto, que, no entender do órgão jurisdicional, desde que hajam fundadas razões, poderia um indivíduo compelir juridicamente a outro a se submeter a exames contra a sua vontade, desde que não haja abuso de direito e que tal pretensão seja destinada a salvaguardar os seus direitos fundamentais ou o interesse público, neste caso, por exemplo, quando verificada a ocorrência de epidemias ou pandemias.

Idênticos questionamentos podem ser aventados no que diz respeito à possibilidade de investigação genética compulsória com o desiderato de fornecer os elementos necessários para a medicina preventiva, possibilitando a realização de diagnósticos precoces de enfermidades de manifestação tardia. Poderia um familiar compelir um ascendente a se submeter a exames genéticos para detecção de enfermidades de manifestação tardia? Um filho, por exemplo, poderia compelir os seus pais biológicos a se submeterem a exames com o intuito de salvaguardar uma vida saudável no futuro?

Não se pode olvidar, quando da análise desses questionamentos, que, identicamente ao direito à vida ou saúde, a intimidade e a vida privada são direitos fundamentais protegidos pelo ordena-

mento jurídico brasileiro, positivados no art. 5º, X, da Constituição da República, direitos fundamentais que, inclusive, são normatizados pelo Código Civil, que, em seus arts. 15 e 21, é expresso e inequívoco ao tutelar a autonomia privada de cada indivíduo, inclusive permitindo-lhe optar por não se submeter a exames, tratamentos ou intervenções médicas contra a sua vontade, bem como ao garantir a inviolabilidade da vida privada.³⁸ Acrescenta-se a todo esse conjunto normativo o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, que é um princípio implícito no ordenamento jurídico, que se encontra assentado na dignidade da pessoa humana.

Este trabalho não pretende apresentar respostas definitivas para tão difíceis e instigantes problemas atinentes à existência humana, mas, todavia, tem a pretensão de contribuir com o debate e para a construção de soluções que sejam hábeis e aptas a conciliar a proteção dos direitos fundamentais em conflito, especialmente a partir do reconhecimento da necessidade de proteção do direito ao livre desenvolvimento da personalidade.

Em casos similares ao analisado, não pode o intérprete se olvidar da necessidade de reconhecer que determinadas decisões estão reservadas à esfera privada do existir humano³⁹, 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.

³⁸ Art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.

Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.

³⁹ 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).

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 em face das peculiaridades do caso concreto, em especial de outros direitos fundamentais e preceitos de ordem pública.

6. Considerações finais

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

Foi possível inferir que, nos ordenamentos jurídicos em que há a garantia do direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade, tanto a doutrina quanto os órgãos jurisdicionais têm atribuído relevante função ao direito fundamental, reconhecendo-lhe uma dupla dimensão, quais sejam, a primeira, de “cláusula geral ou direito geral de personalidade”, destinada a proteger questões atinentes à sua personalidade, tais como nome, sexo, identidade, imagem, intimidade, vida privada, honra, direito ao próprio corpo, informações pessoais e, a segunda, de “cláusula geral de liberdade”, destinada a tutelar o indivíduo em sua liberdade de agir de se autodeterminar em aspectos como liberdade de crença e religião, liberdade de profissão, liberdade contratual.

O estudo realizado também permitiu concluir que, a despeito de não estar positivado como direito fundamental pelo ordenamento jurídico brasileiro, é 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, não só no que tange à proteção das questões existenciais atinentes à vida privada ou intimidade, mas, inclusive, em sua dimensão de cláusula geral de liberdade, destinada a tutelar da liberdade individual e da autonomia privada.

Com base na definição do conteúdo do direito ao livre desenvolvimento da personalidade e de uma análise comparativa com o princípio da dignidade da pessoa humana, conclui-se ser possível sustentar que o intérprete não pode se olvidar da necessidade de reconhecer que determinadas decisões, por estarem umbilicalmente afetas à esfera privada do existir humano, só ao indivíduo interessam e dizem respeito, razão pela qual deve ser respeitada a sua capacidade de autodeterminação. Isto porque, não se pode esquecer da necessidade de se assegurar espaços para o livre exercício da autonomia e liberdade, pois a irrestrita e incondicionada intervenção judicial em searas que deveriam estar restritas à autodeterminação individual acarretará situações jurídicas absurdas e insustentáveis, inclusive com o risco de se promover uma verdadeira planificação do agir humano, eliminando os espaços privados do agir livre e democrático.

Referências

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

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. Autonomia privada. **Revista do Centro de Estudos Judiciários**, Brasília, n. 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 María. 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, p.145-163, 2007.

HABERMAS, Jürgen. **O futuro da natureza humana: caminho de uma eugenia liberal?** Karina Janini. (Trad.) São Paulo: Martins Fontes, 2004.

KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura**. De Alex Marins (Trad.). São Paulo: Martin Claret, 2006. Coleção A Obra-Prima de Cada Autor.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos**. Leopoldo Holzbach (Trad.). São Paulo: Martin Claret, 2006. Coleção A Obra-Prima de Cada Autor, 2006.

LIMA, Taísa Maria Macena de. O uso de amostras biológicas humanas para fins de pesquisa e identificação: uma breve reflexão. In: FIUZA, César. **Direito Civil: da autonomia privada nas situações jurídicas patrimoniais e extrapatrimoniais**. Atualidades II. Belo Horizonte: Del-Rey, p. 159-178, 2007.

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. (Orgs.). **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.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** São Paulo: Atlas, 26 ed., 2006.

MOUREIRA, Diogo Luna. O reconhecimento e a legitimação da autonomia privada: instrumento de afirmação da personalidade no direito privado. In: FIUZA, César. **Direito Civil: princípios jurídicos no direito privado.** Atualidades III. Belo Horizonte: Del-Rey, p. 55-86, 2009.

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 10/8/2011.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Recurso de Apelação n. 70028064632.** Desembargador Relator Artur Arnildo Ludwig. DJE 11/9/2009.

RODOTÁ, Stefano. **La vida y las reglas: entre el derecho y el no derecho.** Madrid: Editorial Trotta, 2010.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. Autonomia privada e direito de morrer. In: FIUZA, César. **Direito Civil: princípios jurídicos no direito privado.** Atualidades III. Belo Horizonte: Del-Rey, p. 37-54, 2009.

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

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.195.995.** Ministra Relatora Nancy Andriahi. DJE 6/4/2011.

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: Dikaion, **Revista de Fundamentación Jurídica de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Sabana**, n. 8, 1999.