

A RELAÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE COM OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E OS DIREITOS HUMANOS

THE RELATION OF PERSONALITY RIGHTS TO FUNDAMENTAL
RIGHTS AND HUMAN RIGHTS

Leonardo Estevam de Assis Zanini¹

Odete Novais Carneiro Queiroz²

RESUMO: O presente artigo analisa a relação dos direitos da personalidade com os direitos fundamentais e os direitos humanos, assunto que gera muita confusão entre os operadores do direito. Trata-se de pesquisa que utiliza metodologia descritiva e dedutiva, baseada fundamentalmente na investigação bibliográfica, jurisprudencial e legislativa. O estudo se inicia com a busca da fundamentação dos direitos humanos, temática que coloca em contraposição o jusnaturalismo e o positivismo. Em seguida, o texto examina sistematicamente as distinções entre os direitos da personalidade, fundamentais e humanos, demonstrando que apesar de muitas semelhanças, esses direitos não se confundem. A partir da constitucionalização do direito civil, analisa-se o surgimento e o desenvolvimento da teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, que cria uma relação bastante singular com os direitos da personalidade. Por fim, estuda-se em que situações e como a teoria da eficácia horizontal deve ser aplicada.

PALAVRAS-CHAVE: direitos da personalidade; direitos fundamentais; direitos humanos; constitucionalização; neoconstitucionalismo.

ABSTRACT: This article examines the relation of personality rights to fundamental rights and human rights, a subject that generates a lot of confusion among the legal operators. This is a

¹ Livre-docente e doutor em Direito Civil pela USP. Pós-doutorado em Direito Civil pelo Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht (Alemanha). Pós-doutorado em Direito Penal pelo Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht (Alemanha). Doutorando em Direito Civil pela Albert-Ludwigs-Universität Freiburg (Alemanha). Mestre em Direito Civil pela PUC-SP. Bacharel em Direito pela USP. Juiz Federal. Professor Universitário. Pesquisador do grupo Novos Direitos CNPq/UFSCar. Autor de livros e artigos publicados nas áreas de Direito Civil, Direitos Intelectuais e Direito do Consumidor. Foi bolsista da Max-Planck-Gesellschaft e da CAPES. Foi Delegado de Polícia Federal, Procurador do Banco Central do Brasil, Defensor Público Federal, Diretor da Associação dos Juizes Federais de São Paulo e Mato Grosso do Sul e Diretor Acadêmico da Escola de Formação e Aperfeiçoamento de Servidores da Justiça Federal em São Paulo. **DADOS DO AUTOR:** Rua Luiz Bodelon, 117. São Joaquim da Barra/SP. CEP 14600-000
Tel:11-99915-3091; lezanini@jfsp.jus.br

² Doutora e mestre em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP. Professora doutora, por concurso público, na graduação e pós-graduação da Faculdade de Direito da PUC-SP, onde leciona Direito Civil. **DADOS DA AUTORA:** CPF: 178.281.108-71 Rua Itacema, 366, apto 91, Itaim-Bibi, São Paulo/SP. CEP 04530-051 [Tel:11-993110909](tel:11-993110909); odetenovaes@uol.com.br ORCID 0000-0003-2057-9032

research that uses descriptive and deductive methodology, fundamentally based on bibliographic, jurisprudential and legislative research. The study begins with the search for the foundation of human rights, a theme that puts jusnaturalism and positivism in opposition. Then, the text systematically examines the distinctions among the personality rights, fundamental rights and human rights, demonstrating that despite many similarities, these rights are not confused. Based on the constitutionalization of civil law, is analyzed the emergence and development of the horizontal effectiveness theory of fundamental rights, which creates a very unique relation with the rights of the personality. Finally, the paper studies in which situations and how the theory of horizontal effectiveness should be applied.

KEYWORDS: personality rights; fundamental rights; human rights; constitutionalization; neoconstitutionalism.

Introdução

A proteção da pessoa atualmente se realiza tanto no âmbito internacional como interno. Ocorre que, dependendo da perspectiva de análise, isto é, ao se considerar principalmente os fatores tempo e espaço, essa proteção recebe diferentes denominações.

As denominações mais comuns dadas aos direitos que tutelam a pessoa são, entre outras: “direitos do homem”, “direitos humanos”, “direitos fundamentais”, “direitos humanos fundamentais”, “direitos inatos”, “direitos essenciais da pessoa”, “liberdades fundamentais”, “liberdades públicas”, “direitos públicos subjetivos”, “direitos de humanidade”, “direitos personalíssimos” e “direitos da personalidade”. A nomenclatura apresenta variação tanto na doutrina como nos diplomas nacionais e internacionais.

Muitas vezes essas diferentes designações encontram fundamento justamente na diversidade da tutela concedida ao ser humano. Contudo, há também expressões que denominam o mesmo grupo de direitos, o que tem gerado muitas dificuldades para os operadores do direito, que precisam conhecer cada uma dessas denominações, bem como o seu âmbito dentro do ordenamento jurídico.

Assim sendo, é imprescindível a distinção dos direitos da personalidade, que são o objeto do presente estudo, de outras categorias afins, em especial aquelas que encontram fundamento no direito constitucional e no direito internacional, o que garantirá uma maior precisão técnico-jurídica. Para tanto, a metodologia utilizada é descritiva e dedutiva, baseada precipuamente na investigação da doutrina, dos textos normativos e da jurisprudência.

O alcance dos objetivos do presente trabalho também depende de uma breve análise de algumas das teorias que objetivam fundamentar os direitos humanos, visto que muitos autores procuram utilizar essas mesmas teorias para a fundamentação dos direitos da personalidade.

Ademais, além de objetivar distinguir os direitos da personalidade de outras categorias jurídicas e apresentar as relações existentes entre esses direitos, o texto também analisa brevemente, partindo da constitucionalização do direito civil, o surgimento e o desenvolvimento da teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações privadas, pugnando pela adoção de uma de suas vertentes.

1. A fundamentação dos direitos humanos

Tradicionalmente afirma-se que os direitos humanos (ou do homem) buscam fundamento no direito natural, isto é, são direitos derivados da própria natureza do homem, inerentes ao ser humano, que “por isso mesmo são comuns a todos os homens” e válidos em todos os tempos e lugares³.

Para a concepção jusnaturalista, os direitos humanos subsistem independentemente do seu reconhecimento pelo direito positivo, derivando da própria natureza humana. São direitos anteriores ao Estado, que se encontram em plano superior, acima do ordenamento estatal e em sua base⁴. Por isso, esses direitos devem ser respeitados, reconhecidos e protegidos pelo Estado por meio do direito positivo⁵.

A utilização do direito natural⁶ como fundamento dos direitos humanos, como se derivados fossem da natureza do homem, sempre foi muito combatida pelo positivismo. Orlando Gomes há muito tempo já indicava que a qualificação desses direitos a partir do vetusto jusnaturalismo não pode ser mais admitida pela doutrina moderna⁷.

Nesse contexto, opondo-se ao jusnaturalismo, a concepção positivista vê os direitos do homem como faculdades outorgadas e reguladas pela lei. Essa tese faz então prevalecer a fonte do direito, diferentemente do jusnaturalismo, que coloca em evidência o conteúdo do direito⁸. E partindo do positivismo, conforme é defendido por De Cupis, pode-se afirmar que os direitos

³ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional: direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 1988, t. IV, p. 50.

⁴ CIFUENTES, Santos. *Derechos personalísimos*. 3. ed. Buenos Aires: Astrea, 2008, p. 27-28.

⁵ BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 38-39.

⁶ Segundo Jorge Miranda, as expressões “direitos inatos”, “direitos naturais” ou “direitos originários” são próximas do termo “direitos do homem”; no entanto, elas apresentam uma concepção jusnaturalista e individualista ainda mais vinculada, bem como não são tão utilizadas atualmente como eram no passado, já que hoje se prefere o uso da designação “direitos do homem” (MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional: direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 1988, t. IV, p. 52).

⁷ GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 115.

⁸ MÉLIN-SOUCRAMANIEN, Bérengère. Qualification de droit de la personnalité au regard des droits fondamentaux. In: SAINT-PAU, Jean-Christophe (Org.). *Droits de la personnalité*. Paris: LexisNexis, 2013, p. 422.

da personalidade existem apenas e na medida em que a lei os reconhece⁹. Não é outro o posicionamento de Lotufo, que se alinha à corrente que defende a natureza positiva dos direitos da personalidade¹⁰.

Entretanto, os autores atualmente têm apontado a tendência de superação das vertentes tradicionais dessas teorias, o que tem dado espaço a um fundamento histórico¹¹.

De acordo com Bobbio, toda pesquisa sobre um fundamento absoluto dos direitos humanos é, enquanto tal, infundada, haja vista, em primeiro lugar, que a expressão “direitos do homem” é muito vaga:

A maioria das definições são tautológicas: “Direitos do homem são os que cabem ao homem enquanto homem”. Ou nos dizem algo apenas sobre o estatuto desejado ou proposto para esses direitos, e não sobre o seu conteúdo: “Direitos do homem são aqueles que pertencem, ou deveriam pertencer, a todos os homens, ou dos quais nenhum homem pode ser despojado”. Finalmente, quando se acrescenta alguma referência ao conteúdo, não se pode deixar de introduzir termos avaliativos: “Direitos do homem são aqueles cujo reconhecimento é condição necessária para o aperfeiçoamento da pessoa humana, ou para o desenvolvimento da civilização, etc., etc.” E aqui nasce uma nova dificuldade: os termos avaliativos são interpretados de modo diverso conforme a ideologia assumida pelo intérprete; com efeito, é objeto de muitas polêmicas apaixonantes, mas insolúveis, saber o que se entende por aperfeiçoamento da pessoa humana ou por desenvolvimento da civilização¹².

Além da vagueza, Bobbio assevera que os direitos do homem são uma classe variável, bastando uma análise da história do homem para que se constate que no decorrer do tempo muitos direitos foram incluídos, ou excluídos do rol dos direitos inerentes à natureza humana, isso sem falar naqueles que sofreram transformações fundamentais, como o direito de propriedade¹³. E não poderia ser diferente, já que no campo filosófico sabe-se, desde Heráclito, que a imutabilidade não é atributo das coisas deste mundo¹⁴.

Argumenta ainda o jurista italiano que a classe dos direitos do homem é heterogênea, visto que há pretensões muito diversas entre si e, muitas vezes, até mesmo incompatíveis. Por

⁹ CUPIS, Adriano de. *I diritti della personalità*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1982, p. 14-15.

¹⁰ LOTUFO, Renan. *Código Civil comentado: parte geral (arts. 1º a 232)*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, v. 1, p. 54.

¹¹ ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Verbatim, 2015, p. 161.

¹² BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 37.

¹³ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 38.

¹⁴ ARANHA, Maria Lúcia de Arruda; MARTINS, Maria Helena Pires. *Filosofando: introdução à filosofia*. 2. ed. São Paulo: Moderna, 1993, p. 93.

isso, “não se deveria falar de fundamento, mas de fundamentos dos direitos do homem, de diversos fundamentos conforme o direito cujas boas razões se deseja defender”¹⁵.

Fábio Konder Comparato obtempera, em relação à argumentação de Bobbio, que: a) todos os direitos e não apenas os fundamentais são historicamente relativos, pois sua fonte primária é a pessoa humana, um ser essencialmente histórico; b) da mesma forma que ainda não se encontrou uma definição rigorosa de direito humano, também não se chegou a apresentar uma definição precisa e indiscutível do que seja direito; c) não causa surpresa a heterogenia e complexidade dos direitos humanos, visto que os próprios direitos subjetivos são dotados de ampla heterogenia e complexidade¹⁶.

De qualquer forma, fica evidente, da leitura dos referidos autores, que os direitos humanos sofreram alterações no decorrer de seu processo evolutivo, sendo certo que tais modificações não decorrem da variação da natureza do ser humano, mas simplesmente de mudanças das condições políticas, econômicas, culturais, sociais etc., ou seja, dos valores que regem a vida do homem em sociedade. Assim, o “que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas”, o que, por si só, já afasta a ideia jusnaturalista da existência de direitos naturais do homem¹⁷.

Ademais, as reflexões da filosofia contemporânea sobre a essência histórica da pessoa humana, conjugadas à comprovação do fundamento científico da evolução biológica, vêm dando espaço à tese do caráter histórico (mas não meramente convencional) dos direitos humanos¹⁸.

Na mesma linha, pontifica Pietro Perlingieri, asseverando que a pessoa humana e seus direitos fundamentais são valores adquiridos, não decorrendo do direito natural. De fato, nas constituições estão contidos princípios éticos, que devem ser interpretados evolutivamente de acordo com as modificações dos valores ético-políticos da comunidade, o que afasta a ideia de direitos que decorrem da própria natureza do ser humano¹⁹.

¹⁵ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 39.

¹⁶ COMPARATO, Fábio Konder. *Fundamento dos direitos humanos*. Disponível em: <<http://www.iea.usp.br/publicacoes/textos/comparatodireitoshumanos.pdf>>. Acesso em: 17 out. 2020, p. 6-7.

¹⁷ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, 38.

¹⁸ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 31.

¹⁹ PERLINGIERI, Pietro. La dottrina del diritto civile nella legalità costituzionale. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 31, p. 79, jul./set. 2007.

Com efeito, o melhor modo de justificar os valores encontrados nos direitos do homem está no fundamento histórico e não na natureza humana, uma vez que, enquanto uma invenção humana, eles estão em constante processo de construção e reconstrução²⁰.

Assim sendo, a historicidade desses direitos, verdadeiros direitos conquistados, superou a opção pelo reconhecimento de que eles são inerentes à natureza humana²¹. E na mesma linha, é certo que a própria noção de personalidade não pode ser determinada de forma vinculante, pois se trata de um conceito condicionado às concessões e às experiências do momento histórico e da cultura jurídica²².

Em arremate, hodiernamente, mais importante que fundamentar os direitos humanos é protegê-los, pois ao lado dos bons motivos filosóficos é imprescindível, ainda, o concurso de condições sociais e históricas favoráveis²³, que permitam a sua real proteção.

2. Direitos humanos e direitos fundamentais

A doutrina e a jurisprudência tratam muitas vezes as expressões “direitos fundamentais” e “direitos humanos” (ou “do homem”) como se tivessem o mesmo sentido. A despeito disso, em uma análise mais acurada, percebe-se que as referidas locuções não são sinônimas²⁴.

Em direito internacional, sobretudo nas “declarações de direitos”, são usados normalmente os termos “direitos humanos” ou “direitos do homem”.

Nos principais documentos internacionais reconhecidos pelo Brasil são empregadas justamente as referidas expressões, senão vejamos: a) Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948); b) Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948); c) Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica, de 1969).

Não obstante o reconhecimento pelo direito internacional, isso não significa que esses direitos foram internalizados por todos os ordenamentos jurídicos existentes, o que demonstra que neles são mais imediatos os imperativos da consciência ética, mesmo porque, como exposto anteriormente, a sua fundamentação é histórica.

²⁰ PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o princípio da dignidade humana. In: DE PAULA, Alexandre Sturion. *Ensaio constitucionais de direitos fundamentais*. Campinas: Servanda, 2006, p. 214.

²¹ RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 50.

²² BIASIO, Giorgio De; FOGLIA, Aldo. *Introduzione ai codici di diritto privato svizzero*. 2. ed. Torino: G. Giappichelli, 2007, p. 153-154.

²³ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 235.

²⁴ ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Saraiva, 2011, *passim*.

E nesse sentido, apesar da menção à fundamentação jusnaturalista, ensinam Mendes, Coelho e Branco que a expressão *direitos humanos* ou *direitos do homem* “é reservada para aquelas reivindicações de perene respeito a certas posições essenciais ao homem. São direitos postulados em bases jusnaturalistas, contam índole filosófica e não possuem como característica básica a positivação numa ordem jurídica particular”²⁵.

Outrossim, a tutela dos direitos do homem nem sempre encontra mecanismos de implementação, sendo que, quando isso ocorre, geralmente não é possível o acesso direto de pessoas e instituições privadas às cortes internacionais²⁶. Há ainda casos em que a tutela internacional apenas é possível após o esgotamento de todos os mecanismos disponibilizados pela ordem jurídica interna.

No âmbito do direito constitucional, por outro lado, prefere-se a expressão “direitos fundamentais” para designar os direitos reconhecidos pela constituição, que garantem a toda pessoa uma esfera de ação própria protegida de violações por parte das autoridades públicas²⁷. São direitos previstos constitucionalmente, no plano do direito positivo, que tutelam as pessoas frente ao Estado²⁸, o que foi acolhido pela Constituição Federal de 1988, a qual trata no seu Título II “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”²⁹.

A locução também é consagrada por outros Estados, entre os quais podemos destacar: a) a Constituição portuguesa de 1976, que prevê no art. 12 e seguintes os “Direitos e Deveres Fundamentais”; b) a Constituição da Suíça, a qual fala no Capítulo 1 do seu Título 2 em “Direitos Fundamentais” (*Grundrechte*); c) a Lei Fundamental de Bonn (Constituição alemã), que dispõe em seu Título 1 sobre “Os Direitos Fundamentais” (*Die Grundrechte*); d) e a Constituição da República de Cabo Verde, que cuida em sua Parte II dos “Direitos e Deveres Fundamentais”.

Ainda, é digno de nota que, não obstante a existência de antecedentes, foi a Constituição alemã de 11 de agosto de 1919 (Constituição de Weimar) que deu notoriedade à expressão “direitos fundamentais” (*Grundrechte*), dedicando-lhes os artigos 106 a 165³⁰.

²⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 244.

²⁶ REZEK, Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 215.

²⁷ TERCIER, Pierre. *Le nouveau droit de la personnalité*. Zurique: Schulthess, 1984, p. 29.

²⁸ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional: direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 1988, t. IV, p. 49.

²⁹ ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Verbatim, 2015, p. 154.

³⁰ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português*. Parte Geral. Coimbra: Almedina, 2004, t. III, p. 86-87.

Assim, os direitos fundamentais devem ser entendidos, pelo menos nas ordens internas do tipo continental, como os direitos do homem positivados, consagrados nas constituições estatais, ou seja, os “direitos relacionados com posições básicas das pessoas, inscritos em diplomas normativos de cada Estado”³¹. Aliás, justamente pela sua positivação interna, os direitos fundamentais são passíveis de cobrança judicial³².

Não é outro o ensinamento de Robert Alexy, que também vê os direitos fundamentais essencialmente como os direitos do homem transformados em direito positivo³³.

Todavia, no que toca ao conteúdo, não se pode falar em plena coincidência entre esses direitos, visto que há muitos direitos considerados fundamentais por determinados Estados e negados por outros, o que não é admissível quando estamos diante de direitos do homem, que deveriam ser aceites por todos os Estados, dado seu carácter universal.

De fato, entre os direitos fundamentais podemos encontrar muitos que são “pura e simplesmente criados pelo legislador positivo, de harmonia com as suas legítimas opções e com os condicionalismos do respectivo país”³⁴. Isso sem falar nos direitos conferidos às pessoas jurídicas, às associações, aos sindicatos, aos partidos e à própria família, que não podem ser considerados direitos do homem. Desta feita, um país pode não reconhecer um direito do homem como fundamental em seu ordenamento jurídico, bem como acolher no rol de direitos fundamentais um direito que não faz parte daqueles considerados humanos.

Até aqui, procurou-se rechaçar a adoção da concepção jusnaturalista. No entanto, não obstante a crítica que foi apresentada acerca do direito natural, não se pode olvidar que renomados juristas, como Canotilho, Jorge Miranda e Carlos Alberto Bittar, consideram que tal concepção pode ser utilizada para diferenciar os direitos do homem dos direitos fundamentais.

Realmente, de acordo com Canotilho:

As expressões “direitos do homem” e “direitos fundamentais” são frequentemente utilizadas como sinónimas. Segundo a sua origem e significado poderíamos distingui-las da seguinte maneira: *direitos do homem* são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista); *direitos fundamentais* são direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente. Os direitos do homem arrancaríamos da própria natureza humana e daí o seu carácter

³¹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 244.

³² RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 51.

³³ ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 217, p. 73, jul./set. 1999.

³⁴ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional: direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 1988, t. IV, p. 51.

inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objectivamente vigentes numa ordem jurídica concreta³⁵.

Outro autor que também dá importância ao direito natural nessa distinção é Antonio-Enrique Pérez Luño, que, conforme citação de Luiz Eduardo Gunther, define os direitos fundamentais como os direitos positivados em nível interno. Os direitos humanos, por seu turno, seriam aqueles direitos naturais positivados nas declarações e convenções internacionais, bem para aquelas exigências básicas relacionadas com a dignidade, a liberdade e a igualdade da pessoa que não alcançaram um estatuto jurídico positivo³⁶.

Apesar disso, o fundamento histórico é o que deve prevalecer, ainda mais se for considerado que atualmente as constituições preveem direitos que sequer eram imaginados pelos revolucionários do século XVIII. São direitos de conteúdo socioeconômico e político, que resultam de um processo expansivo de acumulação de níveis de proteção das esferas da dignidade da pessoa humana, os quais, se decorressem do direito natural, já deveriam constar das primeiras declarações³⁷. Esse é o caso dos direitos relativos à segurança, à saúde, ao lazer, à infância, à proteção da maternidade, à assistência aos desamparados, ao emprego remunerado, ao desenvolvimento intelectual, ao ensino, à cultura e à informação.

De qualquer forma, a distinção apresentada não significa que tais direitos estejam em esferas estanques, incomunicáveis entre si, sendo certo que há uma interação recíproca entre eles³⁸.

Portanto, a diversidade em questão pode ser apresentada da seguinte forma: a) os direitos fundamentais são reconhecidos pelo ordenamento jurídico, já os direitos do homem são reconhecidos pela ordem internacional, com fundamento na evolução histórica do homem (mas há autores que buscam fundamento no direito natural); b) aqueles são reconhecidos às pessoas que se submetem a determinado ordenamento jurídico, estes tendem a serem universais, o que não lhes dá, porém, o caráter intemporal; c) muitos direitos humanos são reconhecidos como fundamentais, no entanto, isso não significa a existência de coincidência, visto que o ingresso no rol dos direitos fundamentais decorre da opção feita por cada Estado; d) os direitos

³⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 369.

³⁶ GUNTHER, Luiz Eduardo. Os direitos da personalidade e suas repercussões na atividade empresarial. In: GUNTHER, Luiz Eduardo (coord.). *Tutela dos direitos da personalidade na atividade empresarial*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 151.

³⁷ ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Verbatim, 2015, p. 155.

³⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 244.

fundamentais podem ser invocados diretamente pela pessoa contra o Estado e seus agentes, o que tem explicação histórica, haja vista a necessidade sentida pelos particulares de se defenderem contra as autoridades sempre mais poderosas³⁹. Os direitos humanos, por sua vez, normalmente não permitem o acesso direto de pessoas e instituições privadas às cortes internacionais.

3. Direitos humanos e direitos da personalidade

Os direitos humanos (ou direitos do homem) não se confundem com os direitos da personalidade. Não resta dúvida, entretanto, da existência de uma evidente proximidade, um verdadeiro parentesco, entre os direitos da personalidade e os direitos humanos, uma vez que ambos procedem de uma mesma herança cultural. Vale então aqui a lembrança indispensável das múltiplas dessemelhanças⁴⁰.

Os direitos humanos, como já vimos, são direitos reconhecidos internacionalmente, constituem as prerrogativas mínimas que devem ser reconhecidas a todo ser humano enquanto tal⁴¹, não importando onde ele se encontre e nem suas particularidades⁴².

No Brasil, após o processo previsto no art. 5º, § 3º da CF⁴³, os direitos humanos podem até ter o *status* de emendas constitucionais, o que aumenta a sua confusão com os direitos da personalidade. Contudo, a distinção não é tão difícil quanto parece num primeiro momento e pode começar pelo âmbito de atuação.

Os direitos do homem atuam internacionalmente, estão previstos em documentos internacionais, enquanto os direitos da personalidade estão previstos no ordenamento jurídico interno, sendo que sua sede mais usual está na Constituição e no Código Civil⁴⁴.

Aqui é interessante notar que a própria Constituição Federal reconhece que a sede dos direitos humanos está no direito internacional, uma vez que no seu art. 4º, II, dispõe que a República Federativa do Brasil é regida, nas suas relações internacionais, entre outros, pelo princípio da prevalência dos direitos humanos.

³⁹ TERCIER, Pierre. *Le nouveau droit de la personnalité*. Zurique: Schulthess, 1984, p. 29.

⁴⁰ TERCIER, Pierre. *Le nouveau droit de la personnalité*. Zurique: Schulthess, 1984, p. 28.

⁴¹ PETIT, Bruno. *Les personnes*. 3. ed. Grenoble: PUG, 2003, p. 22.

⁴² NERY, Rosa Maria de Andrade. *Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 297.

⁴³ Art. 5º, § 3º, da CF: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

⁴⁴ CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra, 1995, p. 590.

Assim, a proteção dos direitos da personalidade se dá pelo ordenamento jurídico de cada país, o que não ocorre na tutela dos direitos humanos, que é realizada pelos sistemas internacionais construídos principalmente no pós-guerra, que podem até mesmo subordinar o recurso às instâncias internacionais ao prévio esgotamento das vias internas⁴⁵, afetando seu grau de efetividade.

Por outro lado, apesar de ser comum a tutela do mesmo bem por normas de direitos humanos e de direitos da personalidade, como ocorre com os direitos à vida, à integridade física, à segurança e à intimidade, é certo que isso nem sempre acontece. A diferenciação leva em conta aqui o objeto do direito⁴⁶. E neste ponto é muito claro o ensinamento de Capelo de Sousa, valendo aqui sua transcrição:

há direitos do homem (particularmente, de carácter político) cujo objecto não é protegido pelos direitos de personalidade e, inversamente, há bens, zonas, graus ou expressões de bens da personalidade humana tutelados por direitos de personalidade, que, por não revestirem carácter primário ou essencial (v.g. em matéria de imagem, de autoria moral, de sentimentos e de aspirações), não estão protegidos por direitos do homem a nível internacional⁴⁷.

Da mesma forma, ensina Bruno Petit que certos direitos da personalidade, não sendo julgados essenciais, são excluídos da lista dos direitos do homem, citando, entre eles, o direito à imagem ou o direito à voz. Ademais, destaca que numerosos direitos do homem não figuram entre os direitos da personalidade, seja porque eles não são direitos, mas simples liberdades, seja porque eles são estranhos à personalidade⁴⁸.

Outrossim, os direitos humanos, conforme a concepção geralmente admitida, somente podem ser invocados em face de um Estado, enquanto os direitos da personalidade regulam as relações entre particulares, são dirigidos aos sujeitos submetidos ao direito privado⁴⁹.

⁴⁵ CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra, 1995, p. 591-592.

⁴⁶ TERCIER, Pierre. *Le nouveau droit de la personnalité*. Zurique: Schulthess, 1984, p. 28.

⁴⁷ CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra, 1995, p. 592.

⁴⁸ PETIT, Bruno. *Les personnes*. 3. ed. Grenoble: PUG, 2003, p. 23. No original: “*Ensuite, de nombreux droits de l’homme ne sauraient figurer parmi les droits de la personnalité soit parce qu’ils ne sont pas des droits mais de simples libertés (liberté de pensée, liberté d’expression...) soit parce qu’ils sont étrangers à la personnalité (droit de propriété)*. Enfin, à l’opposé, certains droits de la personnalité, n’étant pas jugés essentiels, sont exclus de la liste des droits de l’homme: il en est ainsi, par exemple, du droit sur l’image ou sur la voix”. Tradução livre: “Em segundo lugar, numerosos direitos do homem não figurariam entre os direitos de personalidade, seja porque não são direitos, mas simples liberdades (liberdade de pensamento, liberdade de expressão...), seja porque são estranhos à personalidade (propriedade intelectual). Finalmente, por outro lado, certos direitos da personalidade, não sendo considerados essenciais, são excluídos da lista dos direitos do homem: é assim, por exemplo, no direito sobre a imagem ou sobre a voz”.

⁴⁹ TERCIER, Pierre. *Le nouveau droit de la personnalité*. Zurique: Schulthess, 1984, p. 27-28.

Por conseguinte, não obstante as distinções apresentadas, o desenvolvimento paralelo dessas categorias de direitos é notório, em especial a partir da segunda metade do século XX, o que encontra substrato na dignidade da pessoa humana. Todavia, vale ressaltar, os direitos humanos não servem de fundamento para a proteção da personalidade, não se admitindo que um particular invoque, diretamente, um direito humano contra aquele que atenta contra sua personalidade⁵⁰.

4. Direitos fundamentais e direitos da personalidade

Também existe proximidade entre os “direitos da personalidade” e os “direitos fundamentais”, uma vez que esses direitos colocam a proteção do ser humano no centro dos seus objetivos: respectivamente como indivíduo e como ser humano⁵¹. Apesar disso, tais categorias não se confundem, não há equivalência entre elas, fazendo-se necessária a compreensão da sua dicotomia.

Os “direitos fundamentais”, como vimos, estão previstos nas constituições, por isso, eles “têm em vista particularmente a posição do indivíduo face ao Estado”⁵², sendo certo que tal preocupação é que comanda o âmbito e o regime destes direitos, que surgiram justamente pela necessidade de limitação e controle dos abusos de poder do próprio Estado. São direitos que integram o direito público⁵³.

Já os “direitos da personalidade”⁵⁴, por outro lado, “atendem às emanações da personalidade humana em si, prévias valorativamente a preocupações de estruturação política”⁵⁵, tendo como objetivo a proteção da dignidade do seu titular, “a sua dignidade enquanto

⁵⁰ Conforme adverte Tercier, se os direitos do homem definem um conteúdo mínimo da liberdade que o Estado deve respeitar nas relações com os particulares, esses direitos também definem um conteúdo mínimo de proteção que tal Estado deveria garantir em seu ordenamento jurídico nas relações entre particulares. E nessa mesma ordem de ideias, conclui o professor suíço afirmando que é normal que o juiz se inspire nos direitos do homem quando chamado a se pronunciar sobre a extensão da proteção dos direitos da personalidade (TERCIER, Pierre. *Le nouveau droit de la personnalité*. Zurique: Schulthess, 1984, p. 28).

⁵¹ MÉLIN-SOUCRAMANIEN, Bérengère. Qualification de droit de la personnalité au regard des droits fondamentaux. In: SAINT-PAU, Jean-Christophe (Org.). *Droits de la personnalité*. Paris: LexisNexis, 2013, p. 423.

⁵² ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil: teoria geral*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2000, v. I, p. 75.

⁵³ MAZUR, Maurício. A dicotomia entre os direitos de personalidade e os direitos fundamentais. In: MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato. *Direitos da Personalidade*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 27.

⁵⁴ Há na doutrina brasileira autores que preferem a utilização da nomenclatura “direitos de humanidade”, ao invés de direitos da personalidade. Para tanto, argumentam que “os direitos de humanidade são aqueles destinados a tutelar os bens que compõem a natureza humana, é dizer, a humanidade do ser”. A personalidade, por outro lado, é atributo que confere ao ente a qualidade de sujeito de direitos (NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. *Instituições de direito civil: parte geral do Código Civil e direitos da personalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, v. 1, p. 478). Contudo, vale notar que a nomenclatura já consagrada no direito pátrio é direitos da personalidade.

⁵⁵ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil: teoria geral*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2000, v. I, p. 75.

pessoa, não uma pessoa geral, nem um membro da humanidade, mas aquela pessoa única, individual e individuada, irrepetível e infungível”⁵⁶. São direitos que se inserem no âmbito do direito privado.

Assim, em um primeiro momento já se percebe que a preocupação da abordagem dos “direitos da personalidade” e dos “direitos fundamentais” é diferente⁵⁷, valendo aqui a transcrição dos ensinamentos de Jorge Miranda:

Os direitos fundamentais pressupõem relações de poder, os direitos de personalidade relações de igualdade. Os direitos fundamentais têm uma incidência publicística imediata, ainda quando ocorram efeitos nas relações entre os particulares, os direitos de personalidade uma incidência privatística, ainda quando sobreposta ou subposta à dos direitos fundamentais. Os direitos fundamentais pertencem ao domínio do Direito constitucional, os direitos de personalidade ao do Direito civil⁵⁸.

Desta forma, as disposições concernentes aos direitos da personalidade valem nas relações entre pessoas privadas⁵⁹, isto é, nos casos de relações paritárias entre particulares ou entre estes e o Estado destituído de sua posição de supremacia (*ius imperii*). Nessas hipóteses a tutela preventiva ou reparadora se dará pelo direito civil (arts. 11 e s. do Código Civil), podendo-se afirmar, conseqüentemente, que a “fonte imediata dos direitos da personalidade é, inegavelmente, o Código Civil, não a Constituição”⁶⁰.

Diversamente, no que toca aos direitos fundamentais, constata-se a existência de relações juspublicísticas, as quais opõem os particulares ao próprio Estado, no exercício de seu *ius imperii*, o que ocorre com o uso de mecanismos constitucionais, demonstrando que seu fundamento direto está na Constituição⁶¹.

⁵⁶ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Direito de personalidade*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 57.

⁵⁷ Entre os autores germânicos Günter Weick expressa semelhante distinção ao afirmar que bens como a vida e a integridade corporal são protegidos pelos direitos fundamentais nas relações do cidadão frente ao Estado, enquanto a proteção dos direitos da personalidade, para esses mesmos bens, dá-se nas relações privadas entre cidadãos, ou entre esses e entidades privadas (WEICK, Günter. *Natürliche Personen, Verbraucher, Unternehmer*. In: *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*. Berlin: Sellier, 2004, p. 172).

⁵⁸ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional: direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 1988, t. IV, p. 59.

⁵⁹ MÉLIN-SOUCRAMANIEN, Bérengère. Qualification de droit de la personnalité au regard des droits fondamentaux. In: SAINT-PAU, Jean-Christophe (Org.). *Droits de la personnalité*. Paris: LexisNexis, 2013, p. 421-422.

⁶⁰ MAZUR, Maurício. A dicotomia entre os direitos de personalidade e os direitos fundamentais. In: MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato. *Direitos da Personalidade*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 27.

⁶¹ CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra, 1995, p. 584.

Outrossim, no que atine ao objeto dos “direitos da personalidade” e dos “direitos fundamentais”, muitos autores afirmam tão somente que se tratam dos mesmos direitos, encarados sob ângulos diversos.

Contudo, a distinção não é simples assim, não podendo tal ponto de vista ser aceito, pois “há direitos fundamentais que, por não terem como objecto tutelado directamente a personalidade humana, não se traduzem, ao nível juscivilístico ou nem sequer no plano da garantia juspublicística, em direitos de personalidade”⁶². Nessa linha, a atribuição de direitos a organizações que não são pessoas físicas e envolvem direitos sociais, econômicos e culturais não se amolda à categoria dos direitos da personalidade⁶³. Pode-se ainda citar os casos das garantias de acesso aos tribunais e da maioria das garantias processuais, como a ampla defesa, o contraditório e o devido processo legal, que não podem ser consideradas como direitos da personalidade, mas estão arroladas entre os direitos fundamentais.

Com isso, fica claro que há na Constituição direitos que são considerados, ao mesmo tempo, direitos da personalidade e direitos fundamentais, mas também há aqueles que apenas são direitos fundamentais, não enquadráveis na categoria dos direitos da personalidade. O mesmo ocorre na legislação ordinária, especialmente no Código Civil, que prevê direitos da personalidade que também estão arrolados na Constituição como direitos fundamentais, porém, não deixa de dispor sobre direitos que tão somente podem ser considerados direitos da personalidade. Por isso, nem todos os direitos fundamentais constituem direitos da personalidade, bem como nem todos os direitos da personalidade são direitos fundamentais⁶⁴.

De fato, no direito brasileiro, assim como no direito de muitos outros países, a Constituição consagra como fundamentais os mais importantes direitos da personalidade. Entretanto, isso “não significa que haja uma total coincidência, até nesses direitos singulares duplamente especificados”⁶⁵.

Essa distinção também é explanada por Canotilho:

Muitos dos direitos fundamentais são direitos de personalidade, mas nem todos os direitos fundamentais são direitos de personalidade. Os direitos de personalidade abarcam certamente os direitos de estado (por ex.: direito de cidadania), os direitos sobre a própria pessoa (direito à vida, à integridade moral e física, direito à privacidade), os direitos distintivos da personalidade

⁶² CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra, 1995, p. 585.

⁶³ LÔBO, Paulo. *Direito civil: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2018, v. 1, p. 139.

⁶⁴ CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra, 1995, p. 581.

⁶⁵ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil: teoria geral*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2000, v. I, p. 103.

(direito à identidade pessoal, direito à informática) e muitos dos direitos de liberdade (liberdade de expressão). Tradicionalmente, afastam-se dos direitos de personalidade os direitos fundamentais políticos e os direitos a prestações, por não serem atinentes ao ser como pessoa. Contudo, hoje em dia, dada a interdependência entre o estatuto positivo e negativo do cidadão, e em face da concepção de um direito geral de personalidade como “direito à pessoa ser e à pessoa de vir”, cada vez mais direitos fundamentais tendem a ser direitos de personalidade e vice-versa. (...) No entanto, não é apenas uma ordem de direitos subjectivos, mas também uma ordem objectiva que justificará, entre outras coisas, o reconhecimento de direitos fundamentais a pessoas colectivas e organizações (ex.: os direitos reconhecidos às organizações de trabalhadores na Constituição Portuguesa). Neste domínio é particularmente visível a separação entre direitos fundamentais e direitos de personalidade⁶⁶.

Igualmente, adverte Capelo de Sousa que a larga coincidência realmente existente “não significa assimilação ou perda de autonomia conceitual recíproca, pois tais categorias jurídicas, mesmo quando tenham por objecto idênticos bens de personalidade, revestem um sentido, uma função e um âmbito distintos, em cada um dos planos em que se inserem”⁶⁷.

Aliás, considerando essa aproximação, devemos ainda estar atentos para o fato de que as regras materialmente civis (ou privadas) que foram constitucionalizadas (também chamadas de direitos fundamentais privados), que se opõem aos direitos fundamentais públicos, somente corresponderão aos direitos da personalidade quando se reportarem a bens da personalidade⁶⁸.

Por conseguinte, pode-se concluir que muitos dos direitos fundamentais são direitos da personalidade, mas há direitos que são enquadráveis apenas em uma das categorias, o que, no que toca ao conteúdo, demonstra apenas parcial coincidência. Ainda, os direitos da personalidade são examinados sob o prisma das relações privadas, da protecção contra outros homens, enquanto os direitos fundamentais são direitos públicos que objetivam a protecção do indivíduo contra atos do Estado. Em todo caso, é certo que esse conjunto de direitos distintos compõe um verdadeiro mosaico fragmentado, isto é, um conjunto de elementos diversos e justapostos, cuja combinação se faz indispensável para a plena protecção da figura humana⁶⁹.

5. Direitos da personalidade e a eficácia horizontal dos direitos fundamentais

⁶⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 372.

⁶⁷ CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra, 1995, p. 584.

⁶⁸ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português*. Parte Geral. Coimbra: Almedina, 2004, t. III, p. 89.

⁶⁹ MÉLIN-SOUCRAMANIEN, Bérengère. Qualification de droit de la personnalité au regard des droits fondamentaux. In: SAINT-PAU, Jean-Christophe (Org.). *Droits de la personnalité*. Paris: LexisNexis, 2013, p. 424.

Ainda cuidando das relações existentes entre os direitos da personalidade e os direitos fundamentais, é necessária a análise do movimento de constitucionalização do direito civil, que postula a supremacia da Constituição e a valorização da força normativa dos princípios e dos valores que lhes são subjacentes. Prega-se então que haja uma filtragem constitucional das normas de direito infraconstitucional⁷⁰.

Em face da constitucionalização do direito civil, surge a questão teórica e prática atinente à aplicação dos direitos fundamentais às relações de direito privado. É certo que os direitos fundamentais têm eficácia vertical na pirâmide hierárquica das normas, de maneira que sua aplicação estaria restrita à relação existente entre o Estado e os cidadãos. Ora, partindo-se da ideia de que os direitos fundamentais têm apenas eficácia vertical, estaria excluída a teoria da eficácia horizontal, de sorte que os direitos fundamentais não teriam eficácia na relação cidadão-cidadão⁷¹.

Entretanto, considerando-se a existência de exceções à regra, pugna-se pela aplicação dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas, donde desponta um fenômeno que foi originalmente concebido e estudado na Alemanha, lá sendo chamado de *Drittwirkung der Grundrecht*⁷² (efeito dos direitos fundamentais perante terceiros), assunto que no Brasil é denominado eficácia horizontal dos direitos fundamentais, o qual se contrapõe à mencionada eficácia vertical⁷³.

Realmente, considerando que a eficácia horizontal corresponde à aplicação dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas, é certo que os direitos fundamentais acabam não tendo a sua aplicação restrita à relação entre o Estado e os indivíduos, permitindo-se também a sua incidência nas relações entre particulares⁷⁴. Assim sendo, “além do dever de

⁷⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no direito privado: algumas notas sobre a evolução brasileira. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 1, n. 1, jul.-set./2012, p. 3. Disponível em: <<http://civilistica.com/neoconstitucionalismo/>>. Acesso em: 04 fev. 2021.

⁷¹ RAMOS, Erasmo M. Estudo comparado do direito de personalidade no Brasil e na Alemanha. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 799, p. 21, maio 2002.

⁷² DUQUE, Marcelo Schenk. *Eficácia horizontal dos direitos fundamentais e jurisdição constitucional*. 2. ed. São Paulo: Editora dos Editores, 2019, p. 2.

⁷³ Acerca da terminologia utilizada no Brasil, adverte Sarlet que “se deve renunciar ao uso de expressões relativamente habituais (embora imprecisas) como ‘eficácia horizontal’ ou a conhecida *Drittwirkung* (eficácia externa ou em relação a terceiros), o que cada vez mais tem sido objeto de reconhecimento no direito constitucional comparado, inclusive na própria Alemanha” (SARLET, Ingo Wolfgang. Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no direito privado: algumas notas sobre a evolução brasileira. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 1, n. 1, jul.-set./2012. Disponível em: <<http://civilistica.com/neoconstitucionalismo/>>. Acesso em: 21 mar. 2021). A despeito do alerta, o assunto não será desenvolvido no presente trabalho, pelo que será utilizada a terminologia já consagrada no direito pátrio.

⁷⁴ ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Verbatim, 2015, p. 170.

observar a esfera individual garantida pelo direito fundamental, o Estado tem o dever de proteger os direitos contra agressões oriundas de particulares”⁷⁵.

Admitida a eficácia horizontal, consequência lógica e natural da constitucionalização do direito civil, discute-se em quais casos os direitos fundamentais vinculam os sujeitos privados e como essa vinculação se manifesta, isto é, como se configura a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas. Para parte da doutrina, essa aplicação é automática, ou seja, imediata ou direta, enquanto outros estudiosos defendem que a aplicação dependeria da mediação de leis, no que se fala em eficácia mediata ou indireta⁷⁶. São então estudadas duas concepções relacionadas à eficácia dos direitos fundamentais: a) a teoria da eficácia horizontal direta (ou imediata); b) a teoria da eficácia horizontal indireta (ou mediata)⁷⁷.

6. O surgimento da teoria da eficácia horizontal

A teoria da eficácia horizontal direta dos direitos fundamentais (*unmittelbare Drittwirkung*) em relação aos particulares foi criada na Alemanha, convertendo-se em um artigo de exportação *made in Germany*⁷⁸. A própria doutrina alemã reconhece que a temática da *Drittwirkung* não é mais um fenômeno puramente alemão, tendo ganhado dimensão internacional⁷⁹.

Tal teoria é atribuída a Hans Carl Nipperdey, que, partindo da dignidade da pessoa humana, considerou que um número expressivo de direitos fundamentais não afetam apenas as relações entre os indivíduos e o Estado, mas também as relações entre particulares. Desse modo, não haveria fundamento para, por um lado, reconhecer a vinculação dos direitos fundamentais em relação ao Estado, e, por outro, negar essa mesma vinculação no que toca às relações

⁷⁵ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 132.

⁷⁶ ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Verbatim, 2015, p. 170.

⁷⁷ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2009, p. 53.

⁷⁸ Aponta-se um julgado de 1954, do Tribunal Federal do Trabalho (*Bundesarbeitsgericht*), como a primeira aparição da teoria da eficácia horizontal no sistema judicial alemão. No caso, discutia-se acerca da legalidade da demissão de um trabalhador sindicalista que, nas dependências da empresa, distribuiu propaganda eleitoral e pediu apoio político dos operários ao Partido Comunista.

⁷⁹ DUQUE, Marcelo Schenk. *Eficácia horizontal dos direitos fundamentais e jurisdição constitucional*. 2. ed. São Paulo: Editora dos Editores, 2019, p. 4.

privadas⁸⁰. Nessa linha, não seria razoável imaginar que as partes, nas relações privadas, possam atentar contra os direitos fundamentais⁸¹.

Nipperdey foi um constitucionalista muito atuante desde a República de Weimar, formulando, a partir de problemas existentes em relações de trabalho, a sua concepção de que a vinculação do direito privado aos direitos fundamentais seria imediata. Ocorre que a doutrina proposta por Nipperdey leva à aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas sem que haja qualquer espécie de transformação ou adaptação. Prega-se a aplicação dos direitos fundamentais diretamente às relações entre particulares sem intermediação legislativa, ou seja, os direitos fundamentais não carecem “de qualquer transformação para o sistema de regras de direito privado, antes conduzindo, sem mais, a proibições de intervenção no tráfico jurídico-privado e a direitos de defesa em face de outros sujeitos de direito privado”⁸².

Entretanto, considerando que tal teoria conduz a consequências dogmáticas e práticas insustentáveis, na atualidade não é mais defendida na Alemanha⁸³. Acrescente-se que o Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht - BVerfG*), há muito tempo, tem reafirmado a doutrina da eficácia indireta dos direitos fundamentais entre particulares (*mittelbare Drittwirkung*). Contudo, não se pode negar o mérito dessa teoria, visto que iniciou a calorosa discussão acerca da eficácia dos direitos fundamentais perante terceiros⁸⁴.

Por derradeiro, não se pode olvidar que as ideias de Nipperdey tiveram mais notoriedade fora da Alemanha, isto é, em outros países, como é o caso da Itália, da Espanha e de Portugal⁸⁵.

7. A recepção da teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais no Brasil

⁸⁰ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Direito civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019, p. 284.

⁸¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: parte geral e LINDB*. 19. ed. Salvador: JusPodivm, 2021, v. 1, p. 77.

⁸² CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2009, p. 53.

⁸³ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2009, p. 53-54.

⁸⁴ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Direito civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019, p. 288.

⁸⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Constituição concretizada: construindo pontes entre o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 120.

Contraopondo-se ao que sucedeu na Alemanha, sobretudo após o final da década de 1990, o modelo da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais em relação aos particulares foi muito bem acolhido no Brasil⁸⁶.

O predomínio desse modelo em nosso país, tanto em sede doutrinária quanto no âmbito da jurisprudência, inclusive em julgamentos do Supremo Tribunal Federal⁸⁷, poderia ser explicado, em termos gerais, pelo fato de que os problemas específicos brasileiros demandariam soluções peculiares, diversas daquelas encontradas na Alemanha⁸⁸. Contudo, é certo que ainda são poucos os trabalhos na doutrina que procuram compreender o motivo de não se ter adotado a eficácia indireta, não obstante as semelhanças existentes entre a Constituição Federal brasileira e a Lei Fundamental alemã⁸⁹.

Na doutrina certamente existem variações e mitigações no que toca ao modelo da eficácia direta⁹⁰. Existem estudiosos que a consideram como *ultima ratio*, devendo ser aplicada apenas em caráter residual. Outros defendem a eficácia direta vinculada à dignidade humana e

⁸⁶ DUQUE, Marcelo Schenk. *Eficácia horizontal dos direitos fundamentais e jurisdição constitucional*. 2. ed. São Paulo: Editora dos Editores, 2019, p. 5-6.

⁸⁷ Conforme assevera Sarmento, “é possível concluir que, mesmo sem entrar na discussão das teses jurídicas sobre a forma de vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, a jurisprudência brasileira vem aplicando diretamente os direitos individuais consagrados na Constituição na resolução de litígios privados”. (SARMENTO, Daniel Antonio de Moraes. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 297).

⁸⁸ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2009, p. 15-16.

⁸⁹ A Constituição Federal brasileira e a Lei Fundamental alemã consagram o princípio da dignidade humana e um amplo rol de direitos fundamentais, com destaque para a proteção da personalidade. Com isso, ainda que “se possa diferenciar o modo pelo qual a dignidade humana e os direitos fundamentais são garantidos nos dois ordenamentos, não há dúvidas de que ambos são pautados pela meta de proteger e valorizar a pessoa e de garantir a máxima eficácia dos direitos fundamentais. Isso basta para derivar argumentos comuns, favoráveis à fundamentação de uma eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, até mesmo porque nenhuma das constituições nega expressamente tal possibilidade” (DUQUE, Marcelo Schenk. *Eficácia horizontal dos direitos fundamentais e jurisdição constitucional*. 2. ed. São Paulo: Editora dos Editores, 2019, p. 5).

⁹⁰ Em defesa da eficácia direta, assevera Sarlet: “seguimos sustentando que a resposta constitucionalmente adequada no caso do Brasil é no sentido de reconhecer uma eficácia direta *prima facie* dos direitos fundamentais também na esfera das relações privadas”. E acrescenta ainda o autor que a: “tese alternativa, de acordo com a qual apenas o conteúdo em dignidade humana dos direitos fundamentais ou mesmo o seu núcleo essencial (já que o conteúdo em dignidade nem sempre corresponde, em toda sua extensão, ao núcleo essencial dos direitos) vinculam diretamente também os particulares, embora atrativa e no nosso sentir perfeitamente compatível com o direito constitucional da Alemanha (notadamente em função do disposto no já referido artigo 1º, III, da Lei Fundamental), onde sua adoção representaria um importante avanço, não se revela a melhor para o caso do Brasil” (SARLET, Ingo Wolfgang. *Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no direito privado: algumas notas sobre a evolução brasileira*. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 1, n. 1, jul.-set./2012. Disponível em: <<http://civilistica.com/neoconstitucionalismo/>>. Acesso em: 21 mar. 2021). Na mesma linha, esclarece Cunha Júnior que “os direitos fundamentais não são direitos apenas oponíveis aos poderes públicos, irradiando efeitos também no âmbito das relações particulares, circunstância que autoriza o particular a sacar diretamente da Constituição um direito ou uma garantia fundamental para opô-lo a outro particular” (CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 56).

sem a necessidade de intervenção legislativa, pelo que é cabível quando não houver lei ou quando a aplicação da lei não estiver em conformidade com os valores constitucionais⁹¹.

Em todo caso, segundo seus defensores, o fundamento constitucional para a opção pelo modelo da eficácia direta estaria no art. 5º, § 1º da Constituição Federal, o qual estabelece que “as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Tal norma constituiria “uma inequívoca decisão em favor de uma eficácia direta das normas de direitos fundamentais, no sentido de que todos os órgãos estatais estão obrigados a assegurar a maior efetividade e proteção possível aos direitos fundamentais”⁹².

Ocorre que a defesa da eficácia direta com fundamento no art. 5º, § 1º da CF não pode ser admitida, visto que ao se examinar a origem de tal norma, é fácil constatar que nada tem a ver com *Drittwirkung*. De fato, tal comando constitucional está relacionado com as teorias sobre a eficácia e a aplicabilidade de normas constitucionais, entre as quais é possível citar a classificação proposta por José Afonso da Silva, que distingue entre as normas de eficácia plena, contida e diferida⁹³.

Outrossim, a utilização direta dos direitos fundamentais para a resolução de conflitos entre particulares pode constituir uma verdadeira ameaça à identidade do direito privado, que tem antigos e sólidos fundamentos históricos. Disposições que são milenarmente aplicadas no direito ocidental, muitas vezes provenientes do direito romano, são facilmente afastadas por uma argumentação que muitas vezes é bastante pobre, simplista e repetitiva. Ademais, a eficácia direta dos direitos fundamentais representa uma inadequada restrição à autonomia privada⁹⁴.

Em face disso tudo, nas últimas décadas se assumiu, no país, um discurso praticamente sagrado em defesa da constitucionalização do direito civil. E a situação se agrava ainda mais quando se percebe que o sistema utilizado no Brasil concede poderes extraordinários à cúpula do Judiciário, que passa a atuar, em nome do dogma da eficácia direta dos direitos fundamentais, como verdadeiro Poder Legislativo paralelo. Matérias que não encontram espaço ou consenso para aprovação no Parlamento acabam por ser transformadas em direito positivo

⁹¹ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Direito civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019, p. 298-299.

⁹² SARLET, Ingo Wolfgang. Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no direito privado: algumas notas sobre a evolução brasileira. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 1, n. 1, jul.-set./2012. Disponível em: <<http://civilistica.com/neoconstitucionalismo/>>. Acesso em: 21 mar. 2021.

⁹³ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Direito civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019, p. 333-334.

⁹⁴ WOLF, Manfred; NEUNER, Jörg. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*. 11. ed. München: C.H. Beck, 2016., p. 49.

graças a decisões judiciais, o que é feito sem o aval ou mesmo contra o que foi decidido no Legislativo, tudo em nome da eficácia direta dos direitos fundamentais.

Por conseguinte, a plêiade de problemas criados pela eficácia horizontal direta dos direitos fundamentais pode ser mitigada pela adoção da teoria da eficácia horizontal indireta⁹⁵.

8. A teoria da eficácia indireta dos direitos fundamentais no Brasil

A teoria da eficácia indireta parte da ideia de que os direitos fundamentais não incidem diretamente nas relações privadas⁹⁶. É necessário, entretanto, que se estabeleça em que situações e a forma como a eficácia indireta será aplicada. Para tanto, é imprescindível que se leve em conta, entre outros fatores, a segurança jurídica e o respeito à separação dos poderes, caso contrário é certa a banalização dos princípios constitucionais e, conseqüentemente, dos direitos fundamentais, o que está cada vez mais em evidência no panorama jurídico nacional.

Como se sabe, o legislador é o intérprete fundamental da Constituição, sendo-lhe atribuída a tarefa de tornar concreto, em primeira linha, o conteúdo jurídico dos direitos fundamentais. Daí que a realização da concretização cabe, primordialmente, aos titulares da função legislativa. E o legislador, em tal atividade, está vinculado aos direitos fundamentais, o que constitui um parâmetro a ser levado em conta no controle das normas por ele editadas⁹⁷.

Nessa linha, ao se adotar a eficácia indireta, é então imprescindível que fique bem claro que quanto maior for a intervenção legislativa na solução de conflitos jurídicos, mais estreita será a margem de apreciação dos magistrados e menos expressivo será o papel dos direitos fundamentais nas decisões judiciais. Por isso, o juiz não pode simplesmente desconsiderar a legislação infraconstitucional, abandonar o comando legal, para recorrer

⁹⁵ Não se pode deixar de mencionar a existência, ao lado da dicotomia entre eficácia direta e indireta, de soluções diferenciadas. De fato, há na doutrina autores que propõem modelos diferenciados, que admitem situações de eficácia indireta e, igualmente, de eficácia direta. É dizer: os sistemas de produção de efeitos dos direitos fundamentais nas relações privadas não seriam excludentes, de maneira que ao se admitir um deles não se eliminaria a existência do outro (SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do Direito: Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 145 e ss). Entretanto, o problema dessas soluções diferenciadas está justamente em se saber quando se aplica a eficácia direta e quando se utiliza a eficácia indireta.

⁹⁶ Apontando-se o julgamento do caso Lüth (1958), pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, como o precursor da teoria da eficácia horizontal indireta (SARMENTO, Daniel Antonio de Moraes. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 152). De fato, no caso em questão, o Tribunal Constitucional Federal verificou “se o tribunal cível, por ocasião da aplicação da cláusula geral de direito privado do § 826 do BGB, reconheceu corretamente a importância e o alcance do valor jurídico-fundamental da livre manifestação de opinião (DÜRIG, Günter. *Escritos reunidos: 1952-1983*. Trad. Antônio Francisco de Sousa e Antônio Franco. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 59).

⁹⁷ DUQUE, Marcelo Schenk. *Eficácia horizontal dos direitos fundamentais e jurisdição constitucional*. 2. ed. São Paulo: Editora dos Editores, 2019, p. 389.

diretamente ao texto constitucional, visto que tal conduta levar à rápida banalização dos direitos fundamentais e à destruição do direito civil.

Aliás, o recurso direto ao texto constitucional perde significação na medida em que as normas de direitos fundamentais possuem um nível de abstração maior do que as normas situadas no direito ordinário. Tal abstração indica justamente a necessidade de que atue o legislador, representante do povo, para que os direitos fundamentais ganhem uma dimensão objetiva nas relações privadas. Assim sendo, a adoção da eficácia indireta também permite a equalização do problema da elevada abstração das normas de direitos fundamentais⁹⁸.

Nessa linha, é certo que a redução do grau de abstração constitucional pelo legislador tem como consequência a restrição da discricionariedade dos agentes públicos, particularmente do Judiciário. Contudo, é melhor que o Parlamento limite a discricionariedade judicial por meio da legislação, evitando então a aplicação irrestrita de disposições constitucionais totalmente abstratas, que tudo podem permitir. Caso contrário, ocorrerá a substituição do poder de autodeterminação individual pelo que for determinada pelo juiz com base na aplicação direta de direitos fundamentais às relações privadas⁹⁹.

De fato, quando se adota a eficácia direta, a qual considera que tudo pode ser objeto de incidência dos direitos fundamentais, está-se criando maior incerteza jurídica, haja vista o elevado grau de subjetividade das decisões, fundadas puramente em ponderações. Tudo acaba não passando de mera retórica, uma vez que essas decisões permitem a adoção de qualquer solução, bastando que se remeta a determinado direito fundamental e que se apresente um amontoado de expressões abstratas como suposta motivação¹⁰⁰.

Assim sendo, a fim de que tais problemas sejam evitados, o mais adequado é a adoção da teoria da eficácia indireta¹⁰¹, que promoverá uma espécie de filtragem dos direitos fundamentais pelo direito civil. Para tanto, para o ingresso dos direitos fundamentais nas relações privadas, exige-se a mediação legislativa por meio de normas infraconstitucionais, o

⁹⁸ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Direito civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019, p. 337.

⁹⁹ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Direito civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019, p. 350.

¹⁰⁰ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Direito civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019, p. 350.

¹⁰¹ A teoria da eficácia indireta é igualmente defendida por Duque, que considera que “os direitos fundamentais em geral não podem vincular os particulares diretamente, como ocorre nas relações entre o cidadão e o Estado. Parte-se do pressuposto de que, em princípio, somente o Estado está diretamente vinculado aos direitos fundamentais; os particulares, nas relações que tecem entre si, apenas indiretamente” (DUQUE, Marcelo Schenk. *Eficácia horizontal dos direitos fundamentais e jurisdição constitucional*. 2. ed. São Paulo: Editora dos Editores, 2019, p. 6).

que é feito principalmente por meio da técnica das cláusulas gerais e dos conceitos jurídicos indeterminados. Essas duas importantes ferramentas jurídicas constituem verdadeiras autorizações legais concedidas aos juízes, que permitem, por exigirem não somente a interpretação, mas também o preenchimento valorativo, a abertura pontual do direito civil aos valores provenientes da Constituição¹⁰².

O mesmo raciocínio é defendido por Bodo Pieroth e Bernhard Schlink, senão vejamos:

os direitos fundamentais não se aplicam diretamente no direito privado, não resolvem diretamente os litígios de direito civil. Mas a função jurídico-objetiva dos direitos fundamentais significa que eles se aplicam a todos os âmbitos do direito, e conseqüentemente também influenciam o direito privado. Aqui, o conteúdo jurídico dos direitos fundamentais opera por via das disposições que dominam diretamente a área jurídica concreta (Código Civil, *in casu*), especialmente das cláusulas gerais e dos demais conceitos suscetíveis e carecidos de interpretação, que têm de ser interpretados no sentido deste conteúdo jurídico; as cláusulas gerais e os conceitos indeterminados são, por isso, também designados de ‘pontos de penetração’ dos direitos fundamentais no direito civil¹⁰³.

Nessa tarefa, ganha relevo a dignidade da pessoa humana, que vai limitar e orientar a valoração, a qual não pode violar a liberdade negocial e nem a autonomia privada¹⁰⁴. De fato, os institutos do direito privado precisam manter a sua estrutura particular, que tem fundamento na autonomia privada, não se admitindo que a liberdade de autodeterminação seja asfixiada, “sob pena de subversão da própria estrutura ôntica das relações privadas”¹⁰⁵. Daí que se pode dizer que é pressuposto básico da eficácia indireta a preservação da autonomia privada, princípio basilar do direito privado, o qual vem sendo aniquilado diuturnamente pela aplicação direta dos direitos fundamentais.

Por conseguinte, a eficácia indireta evita a vulgarização dos direitos fundamentais, pois, como regra, não há o abandono do texto infraconstitucional e dos métodos hermenêuticos clássicos, somente havendo a incidência constitucional em determinadas relações entre particulares, o que exige exaustiva argumentação e fundamentação por parte do magistrado. Ainda, em função das restrições impostas pelas cláusulas gerais, verdadeiras portas de entrada

¹⁰² Acerca das cláusulas gerais, vale notar que elas são preceitos normativos de elevado grau de indeterminação, à semelhança dos preceitos constitucionais que veiculam direitos fundamentais. E aí surge o risco de que a ordem objetiva de valores, em função da utilização do critério da ponderação, seja substituída por juízos axiológicos do intérprete, o que certamente representa um risco para a segurança jurídica (STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 162).

¹⁰³ PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos Fundamentais*. Trad. António Francisco de Souza e António Franco. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 107-108.

¹⁰⁴ RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. *Direito civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019, p. 344.

¹⁰⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: parte geral e LINDB*. 19. ed. Salvador: JusPodivm, 2021, v. 1, p. 79.

dos direitos fundamentais, o processo de constitucionalização não leva à perda de identidade do direito civil, resguardando as suas raízes históricas e a sua autonomia no quadro do sistema jurídico. Ademais, a eficácia indireta limita o subjetivismo decisório e a insegurança jurídica.

9. Considerações finais

Após o enfrentamento da celeuma criada pela fundamentação dos direitos humanos, por um lado apontando a perspectiva jusnaturalista e, por outro, a centrada no positivismo, preferiu-se a opção por buscar sua proteção, considerando-se que os mesmos estão em permanente construção, no fundamento histórico.

O *discrímen* usado para extremar os direitos humanos dos direitos fundamentais é bastante simples e objetivo ao se dizer que esses são direitos humanos positivados em cada Estado. Isso justifica a existência de direitos fundamentais considerados em um Estado e não em outro.

No que toca à relação entre os direitos da personalidade e os direitos humanos, é preciso que se saliente que não se está identificando aí a personalidade como capacidade de ter direitos e obrigações e sim personalidade como um conjunto de atributos inerentes à condição humana. Nessa perspectiva, é certo que os direitos da personalidade e os direitos humanos têm a mesma herança cultural, mas há indubitáveis dessemelhanças, entre as quais o fato de que a tutela dos direitos da personalidade se dá pelo ordenamento jurídico de cada país, enquanto a proteção dos direitos humanos é alcançada pelos sistemas internacionais construídos no pós-guerra.

Nessa apertada síntese foram trazidas as marcas identificadoras de cada instituto. Resta a preocupação com a eficácia dos direitos fundamentais e a defendida neste trabalho foi a eficácia indireta.

A própria existência da eficácia horizontal dos direitos fundamentais é testemunha das diferenças que existem entre os direitos da personalidade e os direitos fundamentais. Se esses últimos pressupõem relações de poder, os direitos da personalidade pressupõem relações de igualdade. Autores, como os citados nesse trabalho, afirmam que há uma área comum a ambos e duas áreas exclusivas de cada um desses direitos. Poder-se-ia considerar que eles se interseccionam, assim como dois círculos que se perpassam, sendo que cada direito tem uma área exclusiva e ambos têm uma área comum entre si.

Todavia, essa fragmentação normativa não deve perder o sentido existencial da pessoa, que exige uma proteção unitária e integral, não admitindo ser substancialmente parcelada em

multiplicidade de aspectos, desconectados uns dos outros, cada um dos quais se apresenta como um interesse juridicamente tutelável de modo autônomo.

Vale ainda notar que a eficácia horizontal direta mostra-se como um instrumento perigoso na medida em que cria a possibilidade de um ativismo judicial exacerbado, transformando decisões judiciais em direito positivo com a justificativa da eficácia direta dos direitos fundamentais. Os direitos fundamentais, com a elevada carga de abstração de suas normas ligada à subjetividade própria de decisões fundadas somente em ponderações, não devem, por isso, ser diretamente aplicados nas relações civis. Se a opção fosse pela eficácia horizontal direta restaria propiciado ao Judiciário uma atuação que deixaria de respeitar a autonomia dos poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário), transformando-o em real Poder Legislativo paralelo.

Ademais, é preciso, no nosso sentir, preservar uma mínima segurança jurídica, o que indica a necessária restrição da chamada constitucionalização do direito civil para que não haja, a cada instante, a reelaboração do direito civil por força de nova interpretação do texto constitucional. Tais exageros na intervenção do direito constitucional no direito privado geram acentuada preocupação, pois ocasionam uma insegurança jurídica evidente, o que nos leva a reafirmar que o modelo da eficácia indireta é mais adequado.

REFERÊNCIAS

ARANHA, Maria Lúcia de Arruda; MARTINS, Maria Helena Pires. **Filosofando: introdução à filosofia**. 2. ed. São Paulo: Moderna, 1993.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 19. ed. São Paulo: Verbatim, 2015.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito civil: teoria geral**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2000, v. I.

BIASIO, Giorgio De; FOGLIA, Aldo. **Introduzione ai codici di diritto privato svizzero**. 2. ed. Torino: G. Giappichelli, 2007.

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

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Coimbra, 1995.

CIFUENTES, Santos. **Derechos personalísimos**. 3. ed. Buenos Aires: Astrea, 2008.

COMPARATO, Fábio Konder. **Fundamento dos direitos humanos**. Disponível em: <<http://www.iea.usp.br/publicacoes/textos/comparatodireitoshumanos.pdf>>. Acesso em: 17 out. 2020.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2001.

CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de direito civil português. Parte Geral**. Coimbra: Almedina, 2004, t. III.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2008.

CUPIS, Adriano de. **I diritti della personalità**. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1982.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

DUQUE, Marcelo Schenk. **Eficácia horizontal dos direitos fundamentais e jurisdição constitucional**. 2. ed. São Paulo: Editora dos Editores, 2019.

DÜRIG, Günter. **Escritos reunidos: 1952-1983**. Trad. António Francisco de Sousa e António Franco. São Paulo: Saraiva, 2016.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: parte geral e LINDB**. 19. ed. Salvador: JusPodivm, 2021, v. 1.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

HUBMANN, Heinrich. **Das Persönlichkeitsrecht**. 2. ed. Köln: Böhlau, 1967.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2018, v. 1.

- LOTUFO, Renan. **Código Civil comentado: parte geral (arts. 1º a 232)**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, v. 1.
- MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2019.
- MAZUR, Maurício. A dicotomia entre os direitos de personalidade e os direitos fundamentais. In: MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato. **Direitos da Personalidade**. São Paulo: Atlas, 2012.
- MÉLIN-SOUCRAMANIEN, Bérengère. Qualification de droit de la personnalité au regard des droits fondamentaux. In: SAINT-PAU, Jean-Christophe (Org.). **Droits de la personnalité**. Paris: LexisNexis, 2013, p. 421-465.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional: direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra, 1988, t. IV.
- NERY, Rosa Maria de Andrade. **Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. **Instituições de direito civil: parte geral do Código Civil e direitos da personalidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, v. 1.
- PETIT, Bruno. **Les personnes**. 3. ed. Grenoble: PUG, 2003.
- PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos Fundamentais**. Trad. António Francisco de Souza e António Franco. São Paulo: Saraiva, 2012.
- RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- RAMOS, Erasmo M. Estudo comparado do direito de personalidade no Brasil e na Alemanha. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 799, p. 21, maio 2002.
- REZEK, Francisco. **Direito internacional público: curso elementar**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no direito privado: algumas notas sobre a evolução brasileira. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 1, n. 1, jul.-set./2012. Disponível em: <<http://civilistica.com/neoconstitucionalismo/>>. Acesso em: 21 mar. 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Constituição concretizada: construindo pontes entre o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

SARMENTO, Daniel Antonio de Moraes. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do Direito: Os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2011.

STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004.

TERCIER, Pierre. **Le nouveau droit de la personnalité**. Zurique: Schulthess, 1984.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Direito de personalidade**. Coimbra: Almedina, 2006.

WEICK, Günter. Natürliche Personen, Verbraucher, Unternehmer. In: **J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen**. Berlin: Sellier, 2004.

WOLF, Manfred; NEUNER, Jörg. **Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts**. 11. ed. München: C.H. Beck, 2016.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. **Direito à imagem**. Curitiba: Juruá, 2018.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. **Direitos da personalidade**. São Paulo: Saraiva, 2011.

ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. **Einführung in die Rechtsvergleichung: auf dem Gebiete des Privatrechts**. 3. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 1996.