



OS “LIMITES DA LIMITAÇÃO VOLUNTÁRIA” DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE DIANTE DO MÍNIMO EXISTENCIAL E DO NÚCLEO DURO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Helena Carolina Schroeder¹

Resumo: Este trabalho, com base no constitucionalismo contemporâneo e sob as lógicas do método dedutivo, busca discutir os “limites da limitação voluntária” diante do mínimo existencial e do núcleo duro dos direitos fundamentais. Para tanto, no primeiro item realizou-se uma abordagem sobre as características essenciais dos direitos da personalidade. Em seguida, o estudo dedicou-se a realizar uma distinção entre o mínimo existencial e o núcleo duro dos direitos fundamentais, para, finalmente, responder ao problema proposto: quais são os limites da limitação voluntária diante do núcleo essencial/duro dos direitos fundamentais e do mínimo existencial? Como conclusão, tem-se que a relação restritiva ao gozo dos direitos da personalidade, em razão das imposições funcionais e éticas do núcleo essencial/duro dos direitos fundamentais e do mínimo existencial, enquanto “limites às limitações voluntárias”, verifica-se através do caráter indisponível da dignidade da pessoa humana. Há que se ter a diligência de não transformar o mínimo existencial e o núcleo duro dos direitos fundamentais em pautas de opressão. Portanto, ainda que seja possível traçar um padrão de conduta, esse padrão sempre deverá ser discutido caso a caso.

Palavras-chave: Direitos da personalidade. Limitações voluntárias. Mínimo existencial. Núcleo duro/essencial.

Abstract: This work, based on contemporary constitutionalism and under the logic of the deductive method, discusses the "limits of voluntary limitation" in face of the existential minimum and the hard core of fundamental rights. Therefore, the first item held a discussion of the essential characteristics of the rights of the personality. Then the study is dedicated to performing a distinction between the existential minimum

¹ Acadêmica do curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Bolsista de iniciação científica - PUIC. Integrante do Grupo de Pesquisa “Intersecções jurídicas entre o público e o privado”, coordenado pelo Pós-Dr. Jorge Renato dos Reis, vinculado ao CNPq. E-mail: helenacschroeder@hotmail.com



and the hard core of fundamental rights, to finally respond to the proposed problem: what are the limits of the limits of the voluntary limitation in face of the existential minimum and the essential / hard core of the fundamental rights? In conclusion, it has to be restrictive regarding the enjoyment of the rights of the personality, because of functional and ethical impositions of essential / hard core of fundamental rights and the existential minimum, while "limits to voluntary limitations," it appears through unavailable character of human dignity. One must have the diligence not turn the existential minimum and the hard core of fundamental rights in oppressive agendas. Therefore, although it is possible to trace a pattern of conduct, this pattern should always be discussed case by case.

Key-words: Personality rights. Voluntary limitations. Existential minimum. Hard/essential core.

1 INTRODUÇÃO

Com o advento da Constituição Federal de 1988 e, posteriormente, do Código Civil de 2002, o ordenamento jurídico brasileiro passou por mudanças devido à consagração da dignidade da pessoa humana. Anteriormente, o Código Civil possuía uma lógica essencialmente individual e patrimonialista, tendo que migrar para uma lógica centrada na pessoa e na dignidade humana. Nesse contexto, positivaram-se os direitos da personalidade. Originalmente, tais direitos integravam o rol patrimonial do seu titular e serviam como bases de relutância aos abusos do Estado, dos particulares e do próprio titular destes direitos.

Em decorrência disso, o tratamento que estava sendo empregado aos direitos da personalidade não se harmonizava com as perspectivas contemporâneas. Então, começou-se a considerar a possibilidade de renúncia total ou de disponibilidade parcial no exercício dos direitos da personalidade, em acatamento ao livre desenvolvimento da personalidade. Porém, existe uma imposição de limites, nem sempre expressos, à fruição destes direitos. Sendo assim, o problema central e específico é: quais são os limites dos limites da limitação voluntária diante do núcleo essencial/duro dos direitos fundamentais e do mínimo existencial? A hipótese permanece em aberto e é a partir dela que se busca desenvolver o estudo presente.



Dito isso, arquiteta-se a estrutura do presente texto em três itens. No primeiro, o foco recairá sobre as características essenciais dos direitos da personalidade, de acordo com a doutrina e enunciados. Nesse ínterim, também, almeja-se fazer uma distinção entre o direito em si e o exercício do direito.

Na sequência, o segundo espaço do artigo projetar-se-á a elaborar uma distinção entre o mínimo existencial e o núcleo duro dos direitos fundamentais. Parte-se da premissa que são elementos jurídicos distintos e com especificações particulares. E, por fim, buscar-se-á elucidar a(s) diferença(s) entre eles.

Ao final, no terceiro item do desenvolvimento do estudo, tencionar-se-á agregar valor à discussão sobre a limitação não-voluntária e voluntária dos direitos da personalidade, tendo como norte especial o mínimo existencial e o núcleo essencial dos direitos fundamentais. Destarte, a partir das informações dos dois primeiros eixos e com o auxílio de alguns exemplos concretos buscar-se-á imergir na relação restritiva ao gozo dos direitos da personalidade.

2 CARACTERÍSTICAS ESSENCIAIS DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

A Constituição Federal brasileira de 1988 consagrou em seu texto (artigo 1º, III) a dignidade humana, e tal incorporação influenciou o direito privado e especialmente o Código Civil de 2002. Antes, o direito civil possuía um enfoque excessivamente individual, patrimonialista e influenciado pelo ideal burguês. Sendo assim, através do novo texto constitucional, surge a necessidade de colocar a pessoa humana como pilar central do ordenamento jurídico. Nesse contexto, reconheceram-se os direitos da personalidade como elementos jurídicos pertinentes a tal desiderato².

A doutrina tradicional expõe a temática das características dos direitos da personalidade sem indagações, ou seja, restringe-se a descrevê-las. Em geral, possuem como características essenciais a intransmissibilidade, a irrenunciabilidade, o absolutismo, a extrapatrimonialidade, a imprescritibilidade, a vitaliciedade, a impenhorabilidade, a não sujeição à desapropriação e a não limitação.

Uma vez anunciadas cada uma das características, veja-se o sentido atribuído tradicionalmente a cada uma delas. Dentre os atributos acima citados, a

² Vale destacar o Enunciado 286, do CFJ, que afirma que os direitos da personalidade não se aplicam a pessoa jurídica.



intransmissibilidade e a irrenunciabilidade são figuras sempre presentes no debate jurídico brasileiro. Isto significa, destarte, que os direitos da personalidade são indisponíveis. De tal forma:

Não podem os seus titulares deles dispor, transmitindo-os a terceiros, renunciando ao seu uso ou abandonando-os, pois nascem e se extinguem com eles por serem direitos originários, dos quais são inseparáveis. Evidentemente, ninguém pode desfrutar em nome de outrem bens como a vida, a honra, a liberdade, etc. [...] Pode-se concluir que a indisponibilidade dos direitos da personalidade não é absoluta, mas relativa (GONÇALVES, 2012, p. 187-188).

Outra característica dos direitos da personalidade é a de possuir natureza de direitos absolutos, pois são oponíveis contra todos, ou seja, têm eficácia *erga omnes*, impondo-se à coletividade o dever de respeitá-los. E para ser titular de direitos de personalidade e opô-los contra qualquer indivíduo, é suficiente o fato de estar vivo, ser pessoa (CANTALI, 2009, p. 135). Desta forma, o titular pode resguardar-se nele na presença de qualquer outro sujeito de direito, mesmo não tendo nenhum vínculo jurídico anterior (COELHO, 2012, p. 197).

A extrapatrimonialidade se caracteriza pela impossibilidade de correspondência de estimativa econômica devido à natureza dos direitos da personalidade pertencer à própria pessoa humana. Ou seja, os direitos da personalidade não possuem como objetivo um bem patrimonial. Esta característica não impede, contudo, que os direitos da personalidade produzam efeitos ou consequências patrimoniais (CANTALI, 2009, p. 133). Em termos mais rasos, a doutrina enuncia que os direitos da personalidade são extrapatrimoniais, ou seja, não podem ser tarifados. Porém, a indenização é estimada.

Sobre a característica de imprescritibilidade, vale destacar que os direitos da personalidade não perecem pelo não uso, mesmo que o titular deixe de praticá-los por um tempo demasiado. É possível o titular, independentemente do decurso do tempo, sempre solicitá-los (CANTALI, 2009, p. 134). Sendo assim, qualquer que tenha sido o intervalo de período decorrido desde a ofensa ou a sua ciência pelo titular do direito, o ofendido não perderá o direito de requisitar o ofensor (COELHO, 2012, p. 197). Porém, não se confunde com a prescritibilidade da pretensão indenizatória devido a um relativo dano à personalidade. Segundo Farias e Rosenvald (2012, p. 179) “inexiste, portanto, prazo extintivo para que seja exercido o



direito de personalidade. Imprescritível é a pretensão de garantir o exercício do direito, mas não a de reparar pecuniariamente um eventual dano sofrido”.

Em relação à vitaliciedade dos direitos da personalidade, podemos destacar que são adquiridos no momento da concepção e acompanham o sujeito por toda sua existência. Não haverá transmissão ocorrendo o falecimento do titular de um direito da personalidade, sendo extinta a relação jurídica personalíssima (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p. 180). Contudo, mesmo após a morte, existem alguns direitos que são preservados, como, por exemplo, o respeito ao morto, à sua memória e ao seu direito moral de autor (GONÇALVES, 2012, p. 190).

Ainda, somando com as demais características mencionadas, podemos afirmar que os direitos da personalidade não podem ser penhorados. Por ser contrário a sua essencialidade, que é ser inerente à pessoa humana, é inconcebível a penhora de direito da personalidade por algum credor do seu titular (CANTALI, 2009, p. 135).

Os direitos da personalidade, por serem inatos e ligados à pessoa humana, não são suscetíveis de desapropriação e alienação, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária (CC, art. 11). Todavia:

[...] a compreensão dos direitos da personalidade deve ocorrer em perspectiva de relativa indisponibilidade, impedindo que o titular possa deles dispor em caráter permanente ou total, preservando, assim, a sua própria estrutura física, psíquica e intelectual. [...] Significa, pois, a possibilidade do titular de um direito da personalidade dele dispor, dê que em caráter relativo, não sacrificando a própria dignidade (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p. 177).

Vale ainda fazer uma distinção entre o direito em si e o exercício do direito. A renúncia, total ou parcial, ao exercício de um direito da personalidade é a afirmação da autonomia da vontade da pessoa natural. É a partir dessa renúncia que o indivíduo pode ser o que ele é ou pretende ser, sentindo-se bem consigo mesmo. Ainda, a personalidade jurídica do agente fica intacta. Situação completamente distinta encontra-se quando uma pessoa perde a titularidade do direito. Nesse caso, não existe mais viabilidade para seu exercício, o direito da personalidade é extirpado. Além disso, a personalidade da pessoa natural é afetada (STANCIOLI, 2010, p. 98-99).

A possibilidade de limitação voluntária como atenção ao livre desenvolvimento da personalidade humana é ratificada pelo enunciado 139, do CFJ,



referente ao artigo 11 do Código Civil. O mesmo pode-se dizer do enunciado 4, que ao tempo que prevê a possibilidade de limitação voluntária, também baliza que essa limitação não pode ser nem permanente nem geral.

Por fim, anota-se que o número de direitos da personalidade é inestimado, ainda que nos artigos 11 a 21 do Código Civil de 2002 tenha se elencado alguns. Deveras, ilustra-se tal rol simplesmente exemplificativo e não-exaustivo, podendo ser indicados outros direitos como ao meio ambiente e à liberdade de pensamento, por exemplo. Esta também é a orientação do CFJ, por meio do enunciado 274.

Em complemento, constata-se que a Constituição Federal adota, implicitamente, uma cláusula geral de tutela da personalidade como princípio fundamental da ordem jurídica constitucional brasileira. A Carta reconhece e tutela o direito geral de personalidade através do princípio da dignidade da pessoa, que se traduz em uma cláusula geral de concreção da proteção e do desenvolvimento da personalidade do indivíduo (SZANIAWSKI, 2005, p. 137). É a cláusula prevista no art. 1º, III, da CF. Em síntese, ela permite que a personalidade seja tutelada para além das hipóteses e formas tipificadas na legislação, sendo assim, ela torna os direitos da personalidade ilimitados no Brasil. Neste sentido, igualmente, o artigo 12 do Código Civil traz uma garantia de ampla tutela processual da personalidade.

A razão desse duplo tratamento é em virtude de que, na contemporaneidade, os avanços tecnológicos e científicos a cada momento opõem novos riscos, desafios e possibilidades à personalidade humana, demandando novos direitos a serem tutelados (GONÇALVES, 2012, p. 188-189). Sendo assim, sempre deve ser analisado o contexto existencial, a complexidade e a pluralidade da pessoa humana.

3 NÚCLEO DURO E MÍNIMO EXISTENCIAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Intenta-se no item que segue elaborar uma distinção entre o mínimo existencial e o núcleo duro dos direitos fundamentais. Parte-se da premissa, portanto, que são elementos jurídicos distintos e com especificações particulares. Para tanto, primeiramente será observado o mínimo existencial. Na sequência o núcleo duro. E, por fim, buscar-se-á aclarar a(s) diferença(s) entre eles.

Quanto ao mínimo existencial, tem-se que a sua elaboração jurídica manifestou-se no centro do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, tendo uma



ligação direta ao respeito, promoção e garantia da dignidade da pessoa humana. Desta forma, pode-se assegurar que o mínimo existencial é constituído por um agrupado de direitos, de qualquer geração, reconhecidos e não reconhecidos pelo Estado e que devem ser atendidos com o mínimo de dignidade humana (BOLESINA; LEAL, 2013, p. 23). Em termos mais rasos, entende-se que o Estado tem o dever de assegurar aos cidadãos pelo menos as condições mínimas para uma existência digna.

A dignidade da pessoa humana possui como característica um conteúdo variável e não restrito, exclusivamente, ao seu núcleo essencial, aos direitos fundamentais ou aos direitos reconhecidos pelo Estado, em geral, que possuem vínculo com a dignidade humana. Devido a isso, é impossível de se elencar um rol taxativo de elementos nucleares do mínimo existencial (BOLESINA; LEAL, 2013, p. 24).

Destarte, é tido como um instituto jurídico de conteúdo aberto, estando em todo o tempo associado às singularidades do contexto em que está inserido, ou seja, é específico, e por isso, é necessário se verificar caso a caso. Não obstante reúna alguns elementos que devem ser vistos como universais, atemporais e gerais (como, por exemplo, questões atreladas as necessidades biológicas, como água e alimento), de forma a se destinarem a todas as pessoas, com diferenciações apenas no aspecto quantitativo e qualitativo (mas não da necessidade em si). Por essa razão, ao longo do tempo, o conceito de mínimo existencial sofre modificações de natureza e conteúdo (REIS; BOLESINA, 2014, p. 374). Há ainda que se ressaltar que o mínimo existencial pode/deve ser identificado como verdadeiro direito fundamental autônomo, possuidor de uma tríplice dimensão. Sendo assim:

1) como direito fundamental que pode pleitear o atendimento de necessidades ligadas à dignidade da pessoa humana; 2) como o fundamento de novos direitos fundamentais ainda não reconhecidos formalmente pelo Estado; e 3) como fundamento para o reconhecimento e a concretização de “novas perspectivas”, ainda não amparadas pelo Estado, de direitos fundamentais já reconhecidos pelo Estado, aumentando-se, por decorrência direta, o seu campo de incidência (direito à educação pode, em uma nova perspectiva, englobar o direito à educação, à cibercultura e, a partir daí, exigir novas condutas do Estado e da sociedade) (REIS; BOLESINA, 2014, p. 379).

Por seu turno, o núcleo duro dos direitos fundamentais, na qualidade de limite aos limites, trata-se de uma garantia: a garantia do conteúdo essencial dos



direitos fundamentais. Apesar de ser uma criação notadamente alemã, constatou-se, a datar da sua consagração na *Grundgesetz*, um reflexo generalizado nas doutrinas e jurisprudências constitucionais de diversos outros países (NOVAIS, 2003, p. 779). Assim sendo, vale destacar as consequências ocorridas no Brasil:

Diversamente de outras ordens constitucionais (como é o caso da Alemanha, da Grécia, de Portugal e da Espanha, para referir apenas as que mais influenciaram o nosso constituinte) a CF de 1988 não agasalhou expressamente uma garantia do núcleo essencial, o que, pelo perfil eminentemente declaratório de tais cláusulas expressas, nunca impediu – e nem teria como – o reconhecimento, entre nós, de tal garantia. Neste contexto, vale realçar que a ideia de núcleo duro essencial tem sido utilizada pelo STF, por exemplo, para interpretar as limitações materiais ao poder constituinte de reforma, enumeradas pelo art. 60, § 4º, da Constituição Federal de 1988. Por ocasião da arguição da inconstitucionalidade de preceito supostamente tendente a abolir a “forma federativa do Estado” (CF, art. 60, § 4º, I), firmou-se o entendimento de que “as limitações materiais ao poder constituinte de reforma (...) não significam a intangibilidade literal da respectiva disciplina na Constituição originária, mas apenas a proteção do núcleo essencial dos princípios e institutos cuja preservação nelas se protege” (SARLET, 2010, p. 403).

De qualquer maneira, a garantia de proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais visa para a parcela do conteúdo de um direito sem a qual ele deixa de possuir a sua mínima eficácia, findando para a consequência de não ser mais reconhecível como um direito fundamental. Deveras, a limitação de um direito fundamental não pode impedi-lo de um mínimo de eficácia. A ideia substancial deste pressuposto é a de que existem conteúdos invioláveis dos direitos fundamentais que se reconduzem a posições mínimas indisponíveis às intervenções dos poderes estatais (SARLET, 2010, p. 402). Em termos mais rasos, é o núcleo que cada direito possui e que o identifica minimamente, devendo ser resguardado contra ações que visem extinguir ou tornar irrelevante o direito.

Vale ainda fazer uma distinção entre as teorias sobre o conteúdo essencial dos direitos fundamentais. A primeira delas é aquela que se divide em teorias relativas e absolutas. Segundo as teorias relativas, o conteúdo essencial de um direito fundamental é abalado quando ocorre uma restrição não-adequada, não-necessária e não-proporcional em sentido estrito. Ocorre também a violação quando não há pretexto satisfatório para a limitação, ou seja, quando o direito fundamental deixa de ter eficiência na vida social. O conteúdo essencial não é fixado de uma única vez, ele existe, mas é um núcleo mínimo variável e é sempre arranjado em relação a um direito fundamental em concreto (STEINMETZ, 2001, p. 161-162).



Quanto às teorias absolutas, de maneira totalmente distinta, sua definição se faz a contar do raciocínio de que existe uma esfera invariável de direito fundamental que estabelece seu núcleo essencial, que independe das circunstâncias do caso concreto (FREITAS, 2007, p. 198). De acordo com Steinmetz (2001, p. 162), na teoria absoluta “todo direito fundamental possui um núcleo duro, resistente, mínimo, invariável, determinável em abstrato, de uma vez por todas, que não pode ser afetado ou violado por uma decisão normativa, legislativa ou judicial”.

A segunda é aquela que se separa entre o enfoque objetivo e o enfoque subjetivo para o problema. Partindo do enfoque objetivo, em síntese, o conteúdo essencial de um direito fundamental deve ser determinado a começar do significado que esse direito possui para a vida social. Desta forma, proteger o conteúdo essencial de um direito fundamental tem por sentido proibir restrições à eficácia desse direito que o tornem sem significado para os indivíduos. Já se verificando o enfoque subjetivo, a garantia do conteúdo essencial de um direito fundamental não tem vinculação com a dimensão desse direito para o todo social, e sim deveria haver um controle em cada circunstância individual para inteirar-se se o conteúdo essencial foi, ou não, afetado (SILVA, 2009, p. 26-27).

Assim, por derradeiro, observa-se que o mínimo existencial não é igual ao núcleo duro dos direitos fundamentais, ou seja, não são termos sinônimos, ainda que possam, em algumas situações, se assemelhar. Sendo assim, entre o mínimo existencial e o núcleo essencial dos direitos fundamentais há pelo menos quatro diferenças visíveis:

- a) o fato de nem todos os direitos fundamentais serem materialmente reconhecidos como tal e tampouco guardarem relação com a dignidade da pessoa humana, o mesmo podendo se dizer do seu núcleo essencial. Dessa forma, esses direitos fundamentais que assim o são apenas na forma, pois não nascidos da dignidade da pessoa humana, não dizem respeito ao mínimo existencial e, desse modo, seu núcleo essencial não se equipara, já que sequer integra, ao mínimo existencial; b) a função do mínimo existencial é a salvaguarda de um conteúdo mínimo de dignidade; a função do núcleo essencial é a de configurar um substrato protegido contra ações restritivas que descaracterizem o direito fundamental como tal; c) enquanto o mínimo existencial se presta para o reconhecimento e concretização de direitos com vistas à dignidade humana, o núcleo essencial serve, notadamente, para a caracterização do direito ainda como fundamental, ou seja, para que o direito fundamental ainda seja direito fundamental e, portanto, não ordinário ou insignificante à vida social; e d) o mínimo existencial possui tríplice dimensão, que faz com que por ele se possam defender posições já consolidadas e atacar (postular, fundamentar) em prol de direitos, novos direitos e novas perspectivas atreladas a direitos fundamentais, em todos os casos decorrentes da dignidade da pessoa



humana. Diferentemente, o núcleo essencial possui apenas função de defesa de direitos fundamentais (materiais ou não) já existentes, ainda que possa servir para justificar (ativamente) violações a dimensões provenientes da essência do direito fundamental (e não necessariamente da dignidade humana) (BOLESINA; LEAL, 2013, p. 25).

Para exemplificar é possível cogitar o direito ao trabalho. Seu núcleo duro é composto por uma série de barreiras que impedem, por exemplo, o trabalho escravo, a remuneração insignificante, certos regimes austeros de jornada, o trabalho infantil, os assédios morais ou sexuais, dentre outras restrições a eventuais desejos dos empregadores. Agora, o mínimo existencial, no mesmo cenário, irá agir como um elemento que irá assegurar uma linha limite ao gozo do trabalho condigno. E isso dar-se-á caso a caso (dadas as diferenças de cada função, como um burocrata de escritório e um safrista). Com isso quer se dizer que é possível a existência de situações de trabalhado indignas (que violam o mínimo existencial), mas que adequam-se ao núcleo duro do direito ao trabalho (veja-se a questão das condições de trabalho dos professores públicos estaduais em alguns Estados da federação).

A fixação destas premissas conteudísticas presta-se como base do item subsequente, no qual será avaliada a questão da denominada “autolimitação” dos direitos da personalidade. Como contraponto, portanto, o mínimo existencial e o núcleo duro atuaram como limites dos limites de “autolimitação”.

4 LIMITAÇÃO NÃO VOLUNTÁRIA E VOLUNTÁRIA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

As limitações voluntárias, segundo Godinho (2014, p. 143), “representam um ato de vontade manifestado por determinada pessoa, tendente a restringir, onerosa ou gratuitamente, o exercício dos seus direitos da personalidade”. Sendo assim, este comportamento de limitação possibilita dois meios, seja para limitar por conduta própria o exercício dos seus direitos da personalidade, seja para consentir que terceiros o façam. De um lado (a dimensão privada) tem-se a lógica de serem os direitos da personalidade a representação da individualidade de uma pessoa, possibilitando seu projeto existencial da forma que melhor lhe couber. De outro lado (a dimensão pública) reside a lógica de que certas questões devem atentar para as funções do direito (social, econômica, protetiva, etc.), mas, sobretudo, aos “limites



dos limites” conectados à dignidade humana, sendo eles o núcleo essencial/duro dos direitos fundamentais e o mínimo existencial, impondo limites – nem sempre expressos – à fruição destes direitos.

Derivando da hipótese de que os direitos da personalidade são indisponíveis, salvo se os atos de disposição forem autorizados por lei, o Código Civil brasileiro não traz referência a qualquer limite que possa coagir a operação dos particulares nesta seara. Há, porém, o artigo 13 do mesmo Código que faz menção ao critério dos bons costumes, o qual precisamente traz reserva legal para disposições do próprio corpo. Partindo para um contexto global, na Alemanha, a norma que se destina ao livre desenvolvimento da personalidade estabelece como limites a ordem constitucional, a lei moral e os direitos de terceiros; os limites na Espanha são a ordem política, a paz social e os direitos alheios; já o texto constitucional português não faz alusão expressa a qualquer limite, todavia, enquanto direitos fundamentais, não são absolutos, ou seja, não podem ser gozados de modo ilimitado (CANTALI, 2009, p. 224).

Sendo os direitos da personalidade direitos fundamentais, é aceitável o pressuposto de que a pessoa poderá voluntariamente dispor (do exercício) de tais direitos, como ocorre na limitação voluntária quando há a exposição da vida privada, da imagem ou o fornecimento de dados pessoais, por exemplo. Não teria sentido a preocupação com a proteção do núcleo essencial desses direitos, mencionados no item anteriormente, se não fosse possível restringir posições protegidas por direitos fundamentais. Destarte, os direitos fundamentais são suscetíveis de limitações ou restrições, contudo, tais restrições são limitadas. Muitas são as teorias que apresentam tais limites, tanto limites internos, externos e os limites dos limites (CANTALI, 2009, p. 236-237). De tal forma:

Quando se analisaram as características dos direitos da personalidade, foi dito que, *a priori*, não há qualquer direito que seja absoluto em conteúdo, imune a qualquer tipo de restrição, mas conforme Ingo Sarlet, a possibilidade de restrição está sujeita a um limite, o chamado limite dos limites, no sentido de assegurar pelo menos o núcleo essencial dos direitos fundamentais, coibindo, assim, abusos que possam levar à supressão desses direitos. A dignidade, como pressuposto e fundamento dos direitos fundamentais, é também empregada como limite dos direitos e limite dos limites; a última fronteira dos atos restritivos dos direitos fundamentais. Não há, portanto, como dispor da própria dignidade, até porque ela é um valor, o valor fundante e princípio supremo da ordem jurídica (CANTALI, 2009, p. 239).



Se tratando de limitadores da autonomia privada, os bons costumes e a ordem pública são também tradicionalmente invocados como limites ao livre desenvolvimento da personalidade. Os bons costumes, em síntese, compreendem o conjunto de regras morais que formam a mentalidade de um povo. Porém, há uma dificuldade de estabelecer o que é um “bom costume”, pois sendo o produto de um juízo de valor estabelecido na moralidade, é em verdade imprecisa e subjetiva. Assim sendo, se mostra insuficiente para limitar o exercício dos particulares no desenvolvimento de seu projeto de vida. Portanto, distanciam-se os bons costumes como argumento de limitação, pois, por exemplo, o que é bom em determinado contexto histórico pode vir a ser considerado irregular e perverso em outro (CANTALI, 2009, p. 225-228).

A ordem pública também cumpre significativo papel relativo à restrição do alcance da autonomia privada, e pode ser definida como um conjunto de normas que protegem os valores jurídicos e interesses fundamentais da sociedade e do Estado. A ordem pública, isto posto, deve ser desenhada em concordância com os valores e os princípios da ordem constitucional. Dessa forma, não suporta conceito fixista e atemporal, já que é volúvel conforme os tempos. A ordem pública, como limite à autonomia privada, teve sua matéria redesenhada no ordenamento jurídico brasileiro a partir do texto da Constituição Federal de 1988. Se o texto constitucional destaca as normas que tutelam a dignidade da pessoa humana, esta coloca aquelas na mais alta hierarquia da ordem pública (CANTALI, 2009, p. 229).

A limitação intrínseca não compreende numa intervenção arbitrária e redutora das liberdades individuais. De certo modo, deve mesmo o Estado atuar com algum paternalismo, sendo condenado apenas o seu excesso, configurado nos casos em que prejudicam o desenvolvimento da personalidade das pessoas (GODINHO, 2014, p. 165). Em termos mais rasos, a linguagem resistente do Código Civil tem por propósito preservar a pessoa humana das consequências da sua própria vontade em relação a direitos essenciais. Destarte, o legislador acertou no tocante aos direitos da personalidade que devem mesmo ser vistos como “irrenunciáveis”, no sentido de que o titular não pode desligar-se deles de modo definitivo (SCHREIBER, 2014, p. 26).

Abusa, entretanto, o artigo 11 quando veda toda e qualquer “limitação voluntária” ao exercício dos direitos da personalidade. Tal vedação geraria a ilicitude de atos bem comuns, como furar a orelha ou expor informações pessoais em redes



sociais. Em uma série de situações não previstas em lei, mas socialmente admitidas, as pessoas desejam e aceitam limitar, pontualmente, o exercício de algum atributo da própria personalidade. Tal limitação, deriva da vontade do titular, não deve a toda evidência ser reprimida pela ordem jurídica, porque a vontade individual aí não se opõe, mas se dirige à realização da dignidade humana daquele indivíduo (SCHREIBER, 2014, p. 27). De tal forma:

A autolimitação ao exercício dos direitos da personalidade deve ser admitida pela ordem jurídica quando atenda genuinamente ao propósito de realização da personalidade do seu titular. Deve, ao contrário, ser repelida sempre que guiada por interesses que não estão própria ou imediatamente voltados à realização da dignidade daquela pessoa (SCHREIBER, 2014, 27).

Para averiguar tal legitimidade das autolimitações ao exercício dos direitos da personalidade existem alguns aspectos que devem ser levados necessariamente em conta. Primeiro, é de se investigar sua duração e alcance. Não deve ser admitida qualquer autolimitação de caráter irrestrito ou permanente, pois esse ato se equipara à renúncia. Assim, não é permitido pela ordem jurídica que uma pessoa assine um contrato autorizando o uso de sua imagem “em qualquer publicidade”, “para sempre”, “de qualquer modo” ou “para qualquer fim” (SCHREIBER, 2014, 27).

Juntamente com a duração e alcance da autolimitação, há a necessidade de averiguar a sua intensidade, quer dizer, o nível de restrição que impõe ao exercício dos direitos da personalidade. Em exemplo sucinto, uma pessoa não pode ser humilhada ao ponto de reduzi-la a mero objeto do lazer alheio. Ou seja, se trata do mínimo existencial, a pessoa tem que ter um nível de fruição do seu direito que não importe em violação à sua dignidade. É fundamental também analisar a sua finalidade, pois qualquer limitação voluntária do exercício de um direito da personalidade deve estar relacionada a um interesse direto e imediato. Sendo assim, a ordem jurídica permite que alguém aceite a implantação sob sua pele de microchip subcutâneo, com o objetivo de monitorar sua saúde e controlar suas funções vitais. Porém, não admite a autorização do empregado para inserir sob sua pele o mesmo instrumento se este estiver destinado a monitorar, por ondas de radiofrequência, os horários de ingresso e saída do ambiente de trabalho. Percebe-se que nas duas hipóteses mencionadas há limitação voluntária à integridade física, de mesma duração e alcance restrito, todavia enquanto o primeiro microchip acata



ao interesse do seu titular, exclusivamente, o segundo atende, sobretudo, ao interesse do empregador (SCHREIBER, 2014, p. 28). Em termos mais rasos, de um lado revela a violação do mínimo existencial (no que diz respeito ao direito à integridade psicofísica e até mesmo do direito ao trabalho) e de outro lado demonstra a violação do núcleo duro da liberdade contratual trabalhista e do poder de mando do empregador.

A missão de fiscalizar a legitimidade das limitações voluntárias ao exercício dos direitos da personalidade é delicada. De um lado temos a ordem jurídica, que não deve admitir a redução da dignidade do homem. De outro lado, é indispensável desviar-se do temerário oposto que segundo Schreiber (2014, p. 28) “consiste em sufocar, a título de proteção, novas manifestações da personalidade humana que, por mais desvairadas que possam parecer aos olhos da cultura dominante, nem por isso devem ser reprimidas”.

Desejar que o legislador profira quais são direitos da personalidade que podem ter limitações voluntárias é admitir a viabilidade de hierarquização em abstrato desses direitos, o que refutaria a lógica da hermenêutica contemporânea, pois todos os direitos da personalidade possuem o mesmo valor. Desta forma, quem melhor pode fazer a articulação de sua vida com os valores que lhe são mais caros é o titular dos direitos (STANCIOLI, 2010, p. 104-105). Porém, o titular deve estar sempre atento ao caráter indisponível da dignidade da pessoa humana enquanto integrante do núcleo mínimo dos direitos fundamentais. Sendo assim, tem-se que:

[...] nos casos de disposição dos direitos fundamentais da personalidade, sempre pressuposta de uma vontade livre e esclarecida, pode ser excluída a aplicação de preceito constitucional, mas somente “se não atingir aquele mínimo de conteúdo do direito para além do qual o indivíduo se reduz à condição de objecto ou de não-pessoa – nestes casos o bem jurídico deve ser considerado indisponível”. Deve-se aceitar a liberdade de atuação pessoal, mas desde que não prejudique a ideia de dignidade humana, já que esta é o conteúdo essencial do direito, qual não pode ser afetada já que é a garantia mínima que se pode retirar da Constituição (CANTALI, 2009, p. 231).

A distinção outrora realizada em relação ao mínimo existencial e ao núcleo duro dos direitos fundamentais tem especial importância neste contexto. Em síntese, pode-se afirmar que: (a) a “limitação da limitação voluntária” com base no núcleo



essencial será preponderantemente³ para proteger “o direito”, ou melhor, a fundamentabilidade do direito enquanto direito fundamental; (b) por seu turno, a “limitação da limitação voluntária” norteada pelo mínimo existencial, ocorre tendo como objetivo preponderante a proteção da dignidade humana no exercício de um direito.

Por fim, no que tange ao mínimo existencial e ao núcleo essencial dos direitos fundamentais, deve-se ter em conta, primeiramente, que eles atuam como mecanismos de concretização (proteção e promoção) da dignidade da pessoa humana. Neste sentido, ainda que ambos possam servir como argumentos para a fundamentação de eventual decisão (política ou jurídica) que acabe “limitando a limitação voluntária”, deve ter especial diligência ao lhes adotar como justificção. Isso porque há a grave probabilidade de acabarem transformando-se em pautas opressivas, como, por exemplo, quando se “limita a limitação voluntária” tendo por base um padrão conservador estabelecido em detrimento de um comportamento “não tradicional”. Logo, apesar de ser possível traçar um padrão de conduta, esse padrão sempre deverá ser contestado (reavaliado) caso a caso, pois, se não, não haverá espaço para a manifestação da diferença e do vanguardista.

5 CONCLUSÃO

A consagração da dignidade da pessoa humana na Constituição Federal de 1988 influenciou o direito privado, e seguindo essa pista, o Código Civil de 2002 objetivou abrigar o máximo respeito da dignidade humana e, para isso, dedicou-se a uma revisão na sua interpretação. Desta forma, o Código Civil de 2002 inovou ao tipificar um rol – aberto – de direitos da personalidade, que somaram forças aos direitos fundamentais já consagrados constitucionalmente.

Destarte, os direitos da personalidade, enquanto direitos fundamentais, são veículos de concretização da dignidade humana em cada pessoa. Não obstante, não são absolutos, ou seja, não podem ser gozados de modo ilimitado. Isso também se aplica as limitações voluntárias (autolimitações ou “autoviolações”). Em certas oportunidades, caberá ao Estado “limitar a limitação voluntária”, protegendo, no caso, a pessoa contra ela mesma, em nome da sua dignidade ou dos interesses

³ Em termos de técnica jurídica, fala-se em preponderantemente porque não é possível cogitar que não haja, em algum sentido e em alguma medida, a proteção da dignidade da pessoa humana.



funcionais coletivos. Obviamente, isso não é uma decisão pacífica, ao revés, é sempre polêmica.

Dentre as várias possibilidades argumentativas-justificativas que uma lei ou decisão judicial podem apresentar para impor esses limites estão a defesa ao mínimo existencial e/ou ao núcleo duro dos direitos fundamentais. O primeiro enquanto limite inafastável para que uma pessoa tenha uma vida condigna e o segundo enquanto limite as restrições que descaracterizem ou tendentes a descaracterizar o direito fundamental como tal. A relação restritiva ao gozo dos direitos da personalidade, em virtude das imposições funcionais e éticas do núcleo essencial/duro dos direitos fundamentais e do mínimo existencial, enquanto “limites às limitações voluntárias”, ocorre, então, através do caráter indisponível da dignidade da pessoa humana. Logo, apesar de ser possível traçar um padrão de conduta, esse padrão sempre deverá ser contestado (reavaliado) caso a caso.

A problemática tem relevância social e jurídica, com franco debate doutrinário e jurisprudencial em torno desta questão, notadamente em face das questões como transformações corporais, uso da imagem, exposição da intimidade, adequações médicas de gênero e da sexualidade, dentre outras. Como se percebe, todas se tratam de temas que evocam um largo espectro de pré-conceitos, bem como de preconceitos e discriminações, de sorte que certas “autolimitações/autoviolações” somente assim são consideradas por serem interpretadas pelos olhos do conservador estabelecido. Há que se ter a diligência de não transformar o mínimo existencial e o núcleo duro dos direitos fundamentais em pautas de opressão; enquanto concretizadores da dignidade humana, devem servir como mecanismos jurídicos de resistência e de disrupção da “diferença” (notadamente das minorias sociais).

REFERÊNCIAS

BOLESINA, Iuri; LEAL, Mônia Clarissa Hennig Leal. *O mínimo existencial e o controle jurisdicional de políticas públicas: análise de sua operacionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça*. Curitiba: Multideia, 2013.



BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso: em 08 ago. 2016.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Código Civil*. Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 08 ago. 2016.

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

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil: parte geral, volume 1*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD Nelson. *Curso de Direito Civil parte geral, volume 1*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

GODINHO, Adriano Marteleto. *Direito ao próprio corpo: direitos da personalidade e os atos de limitação voluntária*. Curitiba: Juruá, 2014.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, volume 1: parte geral*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

REIS, Jorge Renato dos; BOLESINA, Iuri. O mínimo existencial nas relações privadas e a sua concretização pelo poder judiciário: considerações em paralelo à análise da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul – TJRS In: *Revista da AJURIS* – v. 41 – n. 134 – Junho 2014.



SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. rev. atual. e ampl.; 2. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

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

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2009.

STANCIOLI, Brunello. *Renúncia ao exercício de direitos da personalidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

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