



**DEPARTAMENTO DE DIREITO**  
**MESTRADO EM DIREITO**  
**ESPECIALIDADE EM CIÊNCIAS JURÍDICAS**  
**UNIVERSIDADE AUTÓNOMA DE LISBOA**  
**“LUÍS DE CAMÕES”**

**A TUTELA CIVIL GERAL DA PERSONALIDADE COMO VIA DE  
PROMOÇÃO DA EFICÁCIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS  
RELAÇÕES PRIVADAS**

Dissertação para a obtenção do grau de Mestre em Direito

Autora: Maria Rita Squeff Conceição

Orientador: Professor Doutor Carlos Carranho Proença

Número da candidata: 30000258

**Dezembro de 2022**

**Lisboa**

## AGRADECIMENTOS

- A Deus, Nosso Senhor, por Sua Bondade Infinita.
- Ao meu saudoso pai (*in memoriam*), minha estrela luminosa e a razão de eu ver flores no caminho. A minha mãe (*in memoriam*) e a minha irmã (*in memoriam*) que partiram desta vida para junto de Deus Nosso Senhor. Meu amor sempre os acompanhará.
- A Miriam Gomes de Freitas, amiga e médica de escol, ser humano elevado, pela honra de ter sua amizade, pelo seu auxílio, incentivo e fé na minha capacidade.
- Aos meus irmãos, pela paciência e compreensão.
- Ao meu orientador, Professor Dr. Carlos Carranho Proença, pela posição de firme apoio a mim e a meu trabalho, pela paciência e preciosos conhecimentos.

## RESUMO

O presente trabalho discorre sobre a conceituação de direitos de personalidade, suas características e desenvolvimento como instituto jurídico. Aborda a relação dialógica entre direitos fundamentais constitucionais de personalidade e direitos civis de personalidade *jusfundamentais*. Destaca o núcleo essencial da cláusula geral aberta do Art. 70.º do Código Civil português de 1966 – “Tutela geral da personalidade” –, a sua atipicidade no que tange aos direitos subjetivos de personalidade a que pode dar causa, bem como perquire e procura demonstrar sua operacionalidade como instrumento de promoção da eficácia de direitos fundamentais – pessoais – nas relações entre particulares. Versa sobre as classificações dos direitos fundamentais – em especial, dos direitos, liberdades e garantias destacados na CRP/76 –, de acordo com suas funções e/ou conteúdo. Discorre também acerca do regime especial dos direitos, liberdades e garantias previsto na Constituição da República Portuguesa. Destaca a visão atual da doutrina acerca da multifuncionalidade dos direitos fundamentais. Consigna algumas teorias clássicas acerca da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. Situa a via da aplicação judicial da cláusula geral do Art. 70.º do CC/66 nas indigitadas teorias. Busca, ao final, demonstrar a medida da promoção da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, pela via da tutela civil geral da personalidade – Art. 70.º do CC/66.

**Palavras-chave:** Direitos de personalidade; Eficácia dos direitos fundamentais; Relações privadas, Tutela geral da personalidade.

## ABSTRACT

The present paper discusses the conceptualization of personality rights, their characteristics and development as a legal institute. It addresses the dialogical relationship between fundamental constitutional personal rights and fundamental civil personality rights. It highlights the essential core of the open general clause of Article 70 of the Portuguese Civil Code of 1966 – “General Protection of Personality” –, its atypical nature as regards the subjective rights of personality to which it may give cause, as well as researches and seeks to demonstrate its operability as a tool to promote the effectiveness of fundamental – personal – rights in relations between individuals. It deals with the classification of fundamental rights – in particular, of the rights, freedoms and guarantees highlighted in CRP/76 –, according to their functions and/or content. It also discusses the special regime of rights, freedoms and guarantees provided for in the Constitution of the Portuguese Republic. It highlights the current view of the doctrine on the multifunctionality of fundamental rights. The present paper refers also to some classic theories about the effectiveness of fundamental rights in private relations. It sets the path of judicial application of the general clause of Art. 70 of CC/66 in the nominated theories. It seeks, lastly, to demonstrate the measure of the promotion of the effectiveness of fundamental rights in private relations, through the general civil protection of the personality – Art. 70 CC/66.

**Keywords:** Personality rights; Effectiveness of fundamental rights; Private relations; General personality protection.

## SUMÁRIO

<b>AGRADECIMENTOS</b> .....	2
<b>RESUMO</b> .....	3
<b>ABSTRACT</b> .....	4
<b>INTRODUÇÃO</b> .....	6
<b>CAPÍTULO I – DIREITOS DE PERSONALIDADE</b> .....	8
<b>1.1 Conceito</b> .....	8
<b>1.2 Características</b> .....	13
<b>1.3 Desenvolvimento e Âmbito</b> .....	18
<b>1.4 Da Tutela Geral da Personalidade – Art. 70.º do Código Civil Português</b> .....	24
1.4.1 Do Núcleo Essencial da Norma do Art. 70.º do Código Civil Português Vigente .....	24
1.4.2 Da Atipicidade .....	32
<b>CAPÍTULO II – DIREITOS FUNDAMENTAIS</b> .....	51
<b>2.1 Direitos, Liberdades e Garantias</b> .....	54
2.1.1 Noções .....	54
2.1.2 Regime Jurídico dos Direitos, Liberdades e Garantias.....	60
2.1.3 Da Cláusula Geral do Art. 16.º da Constituição da República Portuguesa.....	63
2.1.4 Relação Dialógica entre Direitos, Liberdades e Garantias Pessoais e Direitos de Personalidade .....	66
2.1.5 Da Fundamentação no Âmbito dos Direitos Fundamentais – Distinção entre Regras e Princípios e Ponderação .....	69
<b>CAPÍTULO III – EFICÁCIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS</b> .....	74
<b>3.1 Denominações da Eficácia dos Direitos Fundamentais no Âmbito Privado</b> .....	80
<b>3.2 Sobre algumas Teorias</b> .....	82
3.2.1 A Operacionalidade da Cláusula Geral do Art. 70.º do CC/66 – pelo juiz – traduz qual(is) teoria(s) de eficácia? .....	87
<b>3.3 A Cláusula Geral do Art. 70.º do CC/66 como Via de Promoção da Eficácia       dos Direitos Fundamentais nas Relações Privadas</b> .....	89
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	91
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	94

## INTRODUÇÃO

O objetivo principal deste trabalho foi investigar em que medida a aplicação/concretização judicial da “tutela geral da personalidade” – Artigo 70.º do Código Civil português de 1966 – pode promover a eficácia de direitos fundamentais nas relações privadas.

A importância desta investigação pode ser constatada diante das múltiplas e urgentes demandas de instrumentos de defesa contra violações de direitos, liberdades e garantias pessoais – especialmente, dos direitos fundamentais constitucionais de personalidade e dos direitos civis de personalidade *jusfundamentais* –, violações estas de proveniência não estatal, como, v.g., condutas violentas e discriminatórias – de “origem mais convencional” –, e aquelas que surgiram com a denominada “sociedade de risco” – v.g., a utilização profusa de tecnologia e fontes de energia perigosas, interações humanas a uma escala global.<sup>1</sup> Distúrbios que emergem da complexa sociedade de massas em que vivemos hodiernamente.

A matéria da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares é uma das mais instigantes e complexas, sendo objeto de interesse de muitos estudiosos no assunto. Perpassa pelos estudos de doutrinadores alemães de escol, desde a segunda metade do século passado – com suas clássicas teorias –, de doutrinas de juristas, também de escol, da atualidade, como José Carlos Vieira de Andrade, Jorge Miranda, J. J. Gomes Canotilho, Ingo Sarlet e outros, bem como por estudos de Autores não tão conhecidos ou desconhecidos.

Nas sábias palavras de Jorge Miranda, o problema não é de equacionamento simples, por vários motivos:<sup>2</sup>

1.º) porque se apresenta irredutível a diferença de posições e de modos de agir das entidades públicas e das entidades privadas; 2.º) porque é um dado da experiência, não é mero conceitualismo, recortar os direitos fundamentais como direitos essencialmente colocados frente ao Estado; 3.º) porque a eficácia horizontal dos direitos, liberdades e garantias se repercute necessariamente no terreno do Direito privado e exige uma análise interdisciplinar; 4.º) porque, se o princípio da autonomia privada, fundamental nos sistemas jurídicos romanísticos (e também nos de *common law*) (1), pode e deve ser limitado, em contrapartida - sob pena de ser vulnerado no seu conteúdo essencial - vai condicionar em larga medida a aplicação dos direitos, liberdades e garantias nas relações privadas; 5.º) porque, do mesmo passo, se importa garantir os direitos fundamentais das pessoas no interior de instituições e grupos privados, também importa preservar a autonomia dessas instituições perante o Estado (2).

---

<sup>1</sup> MIRANDA, Jorge, anot.; MEDEIROS, Rui, anot. – **Constituição Portuguesa Anotada**. Volume I. 2.ª ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2017. ISBN 978972540541. p. 252.

<sup>2</sup> MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Tomo IV. **Direitos Fundamentais**. 3.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 323-324. (Referências do Autor: (1) e (2))

A eleição da cláusula geral do Art. 70.º do CC português de 1966, como foco de atenção e estudo, para avançar no estudo da eficácia de direitos fundamentais – pessoais – nas relações entre particulares, deve-se à riqueza de possibilidades ofertadas por esta norma da tutela geral da personalidade. Outrossim, a intercomunicação que as cláusulas gerais abertas proporcionam intra e extrassistema.

## CAPÍTULO I – DIREITOS DE PERSONALIDADE

### 1.1 Conceito

Para alcançarmos uma conceituação satisfatória de “Direitos de Personalidade”, com algum consenso e completude, impende, de plano, refletirmos acerca das concepções de doutrinadores de escol sobre o tema. Senão, vejamos.

A personalidade humana dá suporte à personalidade jurídica – esta existe na medida das exigências daquela.<sup>3</sup> O “direito geral à personalidade” – direito natural e humano – é consagrado em geral nas constituições – “o caso alemão parece claro” –, tornando-se, portanto, fundamental; os “direitos de personalidade” são concretizações e especialidades desse direito geral.<sup>4</sup>

Transcrevemos, por oportuno, ensinamento de Marcos Bernardes de Mello:<sup>5</sup>

A personalidade jurídica do homem constitui efeito mínimo do fato jurídico do nascimento com vida; acarreta consigo, desde quando adquirida, a titularidade de uma gama de **outros** direitos, os denominados **direitos de personalidade**, que os sistemas jurídicos internacional e nacionais tratam como *direitos fundamentais da pessoa humana*, e a doutrina, indo mais longe, como direitos a ela *inerentes* ou direitos *inatos*. Por isso, torna-se, concretamente, impossível pensar no direito de personalidade como um direito *único, isolado*, do homem. (negrito nosso) (itálico do Autor)

O mesmo Autor faz remissão (em nota de rodapé), a ensinamento de José de Oliveira Ascensão:<sup>6</sup> “refere que o reconhecimento da personalidade do homem constitui ‘hoje uma exigência universal’, sendo como já mencionado, ‘uma categórica imposição da ordem natural’”.<sup>7</sup>

---

<sup>3</sup> CARVALHO, Orlando de. **Teoria Geral do Direito Civil**. 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. ISBN 978-972-32-2017-9. p. 190-192.

<sup>4</sup> CUNHA, Paulo Ferreira da. Desafio Metodológico dos Direitos da Personalidade: conceitos e categorias. *In: Nos 20 anos do código das sociedades comerciais*. HOMENAGEM AOS PROFS. DOUTORES A. FERRER CORREIA, ORLANDO DE CARVALHO E VASCO LOBO XAVIER. Volume III. Vária. Coimbra Editora, 2007. ISBN 978-972-32-1545-8 (Vol. III). p. 835-836.

<sup>5</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da eficácia, 1ª parte**. 2. ed. – São Paulo: Saraiva, 2004. p. 147.

<sup>6</sup> *Ibidem*.

<sup>7</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira, *apud* MELLO, Marcus Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da eficácia, 1ª parte**. 2. ed. – São Paulo: Saraiva, 2004. p. 147.

Na mesma linha, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho prelecionam corresponderem os direitos de personalidade “às faculdades exercitadas naturalmente pelo homem, verdadeiros atributos inerentes à condição humana”. Acrescentam ser esse entendimento – que adotam – fortemente influenciado pelo *jusnaturalismo* e que tem encontrado respaldo na doutrina, cujos defensores propugnam<sup>8</sup> que:

[...] por se tratar de direitos inatos, caberia ‘ao Estado apenas reconhecê-los e sancioná-los em um ou outro plano do direito positivo – em nível constitucional ou em nível de legislação ordinária –, dotando-os de proteção própria, conforme o tipo de **relacionamento** a que se volte, a saber: contra o arbítrio do poder público ou as incursões de particulares’.<sup>9</sup> (grifo nosso)

O civilista brasileiro Sílvio de Salvo Venosa ensina, com muita propriedade, que a personalidade “é um conceito básico sobre o qual se apoiam os direitos”. Consigna, ainda, que “Há direitos denominados personalíssimos porque incidem sobre bens imateriais ou incorpóreos”.<sup>10</sup>

O centro de imputação das normas é a pessoa – apenas o ser humano pode ser destinatário de normas jurídicas, donde efetuada a síntese “forma/substância” que supera o formalismo. A personalidade singular – dimensão jurídica do ser humano “enquanto realidade racional, dotada de liberdade” – pode ser substancializada com recurso à ideia de “dignidade humana”.<sup>11</sup>

Temos, pois, que há quase um consenso quanto à direta relação dos direitos de personalidade à natureza humana – “inerentes à condição humana” –,<sup>12</sup> na linha do *jusnaturalismo*, ainda que haja quem entenda que “O direito positivo é o único fundamento jurídico da tutela da personalidade”.<sup>13</sup>

---

<sup>8</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de direito civil**. V. 1. Parte geral. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 146.

<sup>9</sup> BITTAR, Carlos Alberto, *apud* GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de direito civil**. V. I. Parte Geral. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 146.

<sup>10</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: parte geral**. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2007. ISBN 978-85-224-4577-6. p. 167.

<sup>11</sup> CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil IV**. Parte Geral. Pessoas. Colaboração de A. Barreto Menezes Cordeiro. 4.ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-6805-3. p. 31-32.

<sup>12</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de direito civil**. V. 1. Parte geral. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 146.

<sup>13</sup> TEPEDINO, Gustavo, *apud* GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de direito civil**. V. 1. Parte geral. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 146.

No que tange à fundamentalidade dos direitos de personalidade, podemos dizer que, majoritariamente, há essa compreensão. Todavia, há Autores, como o renomado José de Oliveira Ascensão, que sustenta:<sup>14</sup> “Nem sequer se pode dizer que todo o direito de personalidade, materialmente assim considerado por representar imposição da personalidade ôntica, deva por isso ser acolhido como direito fundamental”. Também é afirmação do Autor, considerando o ordenamento jurídico português: “(...) não se vê maneira de fazer equivaler ‘direito de personalidade’ a ‘direito fundamental constante de lei’”.

Por outro lado, na idealização de um ramo específico do Direito – “Direito ‘da’ Personalidade” –, Oliveira Ascensão vislumbra, na concretização do princípio da dignidade humana, “o programa de a pessoa humana ser verdadeiramente tomada como sujeito, fundamento e fim do Direito”.<sup>15</sup>

Vejamos o que diz António Menezes Cordeiro a respeito: “(...) os direitos fundamentais privados correspondem a direitos de personalidade quando se reportem a bens de personalidade”. Ainda, o mesmo Autor: “A grande base constitucional dos direitos fundamentais (civis) de personalidade reside, pois, nos arts. 24.º/1, 25.º/1 e 26.º/1, todos da Constituição”.<sup>16</sup>

Importa consignar mais que o constitucionalista Jorge Miranda considera os direitos de personalidade como o “primeiro conceito afim do de direitos fundamentais”. Cita conceitos de direitos de personalidade de vários Autores, dentre eles, o de Cabral de Moncada: “Os direitos de personalidade são posições jurídicas fundamentais do homem que ele tem pelo simples facto de nascer e viver”.<sup>17</sup>

É, também, afirmação de Jorge Miranda a de que, independentemente das discussões existentes sobre a figura dos direitos de personalidade, “decisivas são a protecção conferida por essa via – a par de outras – à pessoa humana e a carga valorativa, que, assim, se acrescenta à ordem jurídica”.<sup>18</sup>

---

<sup>14</sup> ASCENSÃO, J. Oliveira. **Pessoa, Direitos Fundamentais e Direito da Personalidade**. In Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. L – N.ºs 1 e 2 – 2009. Coimbra Editora. ISSN 0870 – 3116. p. 12.

<sup>15</sup> *Idem* – **Op. cit.** p. 30.

<sup>16</sup> CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil IV**. Parte Geral. Pessoas. Colaboração de A. Barreto Menezes Cordeiro. 4.ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-6805-3. p. 147-148.

<sup>17</sup> MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Tomo IV. **Direitos Fundamentais**. 3.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 58.

<sup>18</sup> *Idem* – **Op. cit.** p. 61.

O aspecto da *jusfundamentalidade* – fundamentalidade material – dos direitos de personalidade é abordado mais especificamente em tópico adiante consignado. Registramos, apenas, que, no preâmbulo do «Projecto do Código Civil» português de 1966, consta a expressão “Direitos fundamentais de personalidade”;<sup>19</sup> e, que, por conta do atributo da *jusfundamentalidade* é dado tratamento especial a esses direitos, como reflexo do disposto no Art. 17.º, da CRP/76, que se viabiliza, no âmbito privado, mediante o art. 70.º do CC/66, combinado com o art. 335.º do CC/66, nas hipóteses de colisão de direitos, conforme desenvolvemos em tópico específico.

Referentemente à afirmativa de Menezes Cordeiro de que a síntese “forma/substância” supera o formalismo, temos que o Autor está a contrapor-se àqueles doutrinadores que, apegados à figura abstrata da “relação jurídica”, veem a personalidade como sendo o objeto desta, indevidamente. Ou seja, partindo, o Autor, da premissa de que apenas o ser humano – substancial: *locus* de dignidade – é o destinatário das normas jurídicas, entende que o mesmo, em situações jurídicas que envolvem direitos de personalidade, pode ter atuação ativa na defesa de bem de personalidade que lhe seja próprio.

Especificamente sobre essa celeuma, entendemos que a lição de Orlando Gomes (referida por Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho) calha à fiveleta para o deslinde da questão:<sup>20</sup>

Orlando Gomes afirma que tais direitos não têm por objeto a *própria personalidade*, não obstante *recaiam em ‘manifestações especiais de suas projeções, consideradas dignas de tutela jurídica, principalmente no sentido de que devem ser resguardadas de qualquer ofensa’*.

Os mesmos Autores citam também Carlos Alberto Bittar:<sup>21</sup> “Na melhor monografia brasileira sobre o tema, ensina CARLOS ALBERTO BITTAR que o ‘objeto desses direitos encontra-se nos bens constituídos, conforme Tobeñas, por determinados atributos ou qualidades físicas ou morais do homem’”. Na sequência, consignam: “Portanto, os direitos de personalidade têm por objeto as projeções físicas, psíquicas e morais do homem, considerado em si mesmo, e em sociedade”.<sup>22</sup>

---

<sup>19</sup> VARELA, João de Matos Antunes. **A Reforma do Direito Civil**. In «Projecto de Código Civil», Lisboa. Ministério da Justiça, 1966, p. L – LI.

<sup>20</sup> GOMES, Orlando, *apud* GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de direito civil**. V. 1. Parte geral. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 145-146.

<sup>21</sup> BITTAR, Carlos Alberto, *apud* GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de direito civil**. V. 1. Parte geral. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 145.

<sup>22</sup> *Idem* – **Op. Cit.** p. 146.

Na categoria de direito subjetivo, “O direito de personalidade é um espaço de liberdade concedido ao sujeito: ou não seria direito” – tecnicamente, implica uma norma permissiva que, nesse âmbito, é específica.<sup>23</sup> Cabe aqui transcrevermos o relato de Pedro Pais de Vasconcelos<sup>24</sup> acerca do que sustenta António Menezes Cordeiro a respeito:

Trata-se de uma permissão que não é genérica, mas antes específica em relação à qual ‘está em causa o aproveitamento de um **bem de personalidade**’ e que, ‘enquanto produto de regras de Direito’ (...) ‘**comunga de valores básicos do sistema em que se integre**’, o que se torna importante ‘quando se vise solucionar questão de conflito entre direitos de personalidade ou entre um direito de personalidade e qualquer outro direito, também legítimo’ (págs. 45-48). (grifos nossos)

Importa aqui anotar que o Autor parece referir-se às possibilidades jurídicas – “enquanto produto de regras de Direito” – do aproveitamento de um bem de personalidade, na concretização de um direito subjetivo de personalidade, pressupondo a existência de fato desse bem. Possibilidades jurídicas essas consonantes aos “valores básicos do sistema” – especialmente, o da dignidade da pessoa humana.

Acerca da concepção de um “direito geral à personalidade”, António Menezes Cordeiro posiciona-se contrariamente, em termos sinteticamente captados, também, por Pedro Pais de Vasconcelos:<sup>25</sup>

Rejeita o ‘direito geral’ de personalidade, originário da doutrina alemã e crescentemente aceite pela doutrina portuguesa (págs. 80-81). Argumenta que como ‘direito quadro’ ou ‘direito fonte’ já não exprime uma permissão específica de aproveitamento de um bem, preferindo seguir Canaris na sua opção de ‘optar pela definição de **âmbitos de protecção** do direito de personalidade’ (págs. 45-48). (grifo nosso)

Cabe registrar que podemos vislumbrar no proclamado “direito geral de personalidade”,<sup>26</sup> um princípio geral, na linha de Capelo de Souza, que afirma servir “de princípio geral mesmo aos próprios direitos especiais de personalidade *legais*”.<sup>27</sup> Esposamos a posição de Menezes Cordeiro, no sentido da necessária subjetivação do indigitado “direito geral” – nos termos do Autor: “permissão específica de aproveitamento de um bem”. Retomamos essa questão em tópico específico, adiante consignado.

---

<sup>23</sup> CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil IV**. Parte Geral. Pessoas. Colaboração de A. Barreto Menezes Cordeiro. 4.ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-6805-3. p. 106.

<sup>24</sup> VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Direito de Personalidade**. Coimbra: Edições Almedina, 2014. p. 44.

<sup>25</sup> *Ibidem*.

<sup>26</sup> O indigitado “Direito geral de personalidade” é adotado por alguns doutrinadores portugueses (como decorrência da própria formulação do artigo 70.º do CC/66”, no relato de Maria de Fátima Ribeiro).

<sup>27</sup> SOUSA, Capelo de, *apud* VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Direito de Personalidade**. Coimbra: Edições Almedina, 2014. p. 45.

Por fim, releva anotar a lição de Paulo Mota Pinto que, referindo-se ao “direito ao livre desenvolvimento da personalidade” – adicionando, na sua interpretação, o termo “livre” à expressão contida no Art. 26.º da CRP/76 –, aduz que, protegendo aspectos da personalidade, deve, também no direito português, ser-lhe reconhecido uma dupla dimensão: a tutela da personalidade (substrato da individualidade) e a tutela da liberdade geral de ação da pessoa humana (tal como na doutrina e jurisprudência alemãs).<sup>28</sup>

Temos, por todo o exposto, que podemos conceituar os direitos de personalidade, com algum consenso, nos seguintes termos:

Direitos de personalidade são posições jurídicas atinentes a projeções e inerências físicas, psíquicas e morais da personalidade humana – do ser humano real dotado de racionalidade e liberdade –, que acompanham a personalidade jurídica (singular) nos (e como) efeitos do fato jurídico do nascimento com vida do ser humano, reconhecidas – e/ou reconhecíveis – pelo Estado<sup>1</sup> e tuteladas por mandamento dos princípios jurídico-constitucionais do “respeito à dignidade e personalidade humanas” e “do desenvolvimento da personalidade”, daí por que, de conteúdo *jusfundamental*.

## 1.2 Características

Como registramos, *ab initio*, a personalidade humana dá suporte à personalidade jurídica – esta existe na medida das exigências daquela. Orlando de Carvalho destaca, dentre tais exigências, “a essencialidade da personalidade humana, a sua inadiabilidade, inexpropriabilidade e indisponibilidade, bem como a ilimitabilidade”.<sup>29</sup>

Sobre a “ilimitabilidade”, o Autor explicita: “A personalidade jurídica é tão ilimitada quanto a personalidade humana”, o que excluiria as chamadas “gradações de personalidade” e “o *numerus clausus* dos direitos de personalidade”.<sup>30</sup>

Paulo Mota Pinto, após enumerar algumas reivindicações da pessoa humana destacadas por Orlando de Carvalho, explicita (em nota de rodapé) que a “inexpropriabilidade” da personalidade humana “impõe a impossibilidade da prescrição da personalidade”; a

---

<sup>28</sup> PINTO, Paulo Mota. **Direitos de Personalidade e Direitos Fundamentais: Estudos**. 1ª ed. Coimbra: GESTLEGAL, 2018. ISBN 978-989-54076-3-7. p. 23.

<sup>29</sup> CARVALHO, Orlando de. **Teoria Geral do Direito Civil**. 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. ISBN 978-972-32-2017-9. p. 191.

<sup>30</sup> *Ibidem*.

“ilimitabilidade” exclui o *numerus clausus* de direitos de personalidade, “exigindo tantos direitos de personalidade quanto as possíveis refrações da personalidade humana (...)”.<sup>31</sup>

Muito pertinente o relato feito por Maria de Fátima Ribeiro acerca das características dos direitos de personalidade,<sup>32</sup> porquanto reúne e ressalva algumas posições contrárias ou complementares às suas. As posições da Autora são de que se trata de direitos subjetivos essenciais à própria noção de personalidade, absolutos, não patrimoniais ou pessoais, indisponíveis, intransmissíveis, e, “em certo sentido”, imprescritíveis.<sup>33</sup>

Quanto a serem direitos subjetivos essenciais, faz remissão à posição de Cabral de Moncada: “para quem nem pode falar-se de direitos, mas antes de ‘valores’ que ‘se tornam a essência de direitos’ pelo reconhecimento legal”. À característica de “absolutos”, consigna a observação de Paulo Cunha, no sentido de que se podem identificar “direitos de personalidade que consistem em direitos a obter uma prestação do Estado, enquanto ‘direitos subjetivos públicos cívicos’”.<sup>34</sup>

Cabe aqui, por oportuno, registrar o contraponto de civilista brasileira aos que admitem a existência de “direitos da personalidade relativos”, por conta, v.g., de direitos subjetivos públicos “à saúde, ao trabalho, à educação e à cultura, à segurança e ao ambiente”, que permitem exigir do Estado uma prestação: “Tal classificação, em nosso entender toma uma premissa equivocada, ao considerar os mencionados direitos como da personalidade, o que nos parece um exagero, por se tratar, em verdade, de *liberdades públicas* que transcendem ao âmbito individual”.<sup>35</sup>

Referentemente à característica de não patrimoniais, Maria de Fátima Ribeiro explicita: “insusceptíveis de avaliação em dinheiro, sendo todavia certo que à respectiva violação pode corresponder uma reparação de conteúdo patrimonial”. Indisponíveis, visto que “não podem ser objeto de atos de renúncia ou limitação válidos”. Intransmissíveis, porque “não podem ser transmitidos, entre vivos ou *mortis causa* – [...] –, nem exercidos por representantes”.<sup>36</sup>

---

<sup>31</sup> PINTO, Paulo Mota. **Direitos de Personalidade e Direitos Fundamentais: Estudos**. 1ª ed. Coimbra: GESTLEGAL, 2018. ISBN 978-989-54076-3-7. p. 26.

<sup>32</sup> Comentário ao Código civil: parte geral. [coord. de Luís de Carvalho Fernandes, José Brandão Proença]. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2014. ISBN 978-972-54-0423-2. p.171-172.

<sup>33</sup> Conjuntamente, às conceituações dos mesmos.

<sup>34</sup> Comentário ao Código civil: parte geral. [coord. de Luís de Carvalho Fernandes, José Brandão Proença]. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2014. ISBN 978-972-54-0423-2. p.171-172.

<sup>35</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de direito civil**. V. 1. Parte geral. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 153.

<sup>36</sup> Comentário ao Código civil: parte geral. [coord. De Luís de Carvalho Fernandes, José Brandão Proença]. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2014. ISBN 978-972-54-0423-2. p.172.

No que tange à intransmissibilidade, a mesma Autora observa que os direitos de personalidade gozam de proteção mesmo após a morte do titular, bem como admite poderem ser transmitidas algumas faculdades ligadas à tutela desses direitos: “o que leva a que a doutrina debata a questão da transmissibilidade destes direitos por morte”. Acerca da característica de “imprescritíveis” faz remissão às doutrinas: “ASCENSÃO, 2000: 92; CAPELO DE SOUZA, 1995: 413 e ss.”.<sup>37</sup>

Quanto a não poderem os direitos de personalidade ser exercidos por representantes, cabe consignarmos a observação de Gabriela Páris Fernandes, em comentário ao artigo 139.º do CC/66: “A capacidade para a limitação ao exercício dos direitos de personalidade e, em particular, a capacidade para consentir na realização de ato médico têm sido objeto de tratamento particular [...]”. Cita os seguintes diplomas: “o Código Deontológico da Ordem dos Médicos; a Lei de Saúde Mental (...); o regime de colheita e transplante de órgãos e tecidos de origem humana para fins de diagnóstico, terapêutico e de transplantação (...)”.<sup>38</sup>

António Menezes Cordeiro, analisando o âmbito das incapacidades dos menores, preleciona: “Além disso, ninguém pode dispor dos seus direitos à vida ou integridade pessoal, invocando representação legal, salvo nos casos em que isso se imponha no interesse estrito do próprio menor – v.g., uma intervenção cirúrgica necessária”.<sup>39</sup>

Convém aqui consignarmos a seguinte ressalva, do mesmo Autor, acerca da característica de *extra commercium* dos direitos de personalidade, bem como sobre a limitação voluntária desses direitos:<sup>40</sup>

O artigo 81.º/1 admite, em termos genéricos, a limitação dos direitos de personalidade, desde que não se mostre atingida a ordem pública. Além disso, o artigo 79.º/1 refere, a propósito do direito à imagem, a hipótese de o retrato de uma pessoa ser ‘... lançado no comércio...’, termos esses que são repetidos no n.º 3 desse mesmo preceito.

Carlos Alberto da Mota Pinto leciona que “sempre a pessoa é titular de um certo número de direitos absolutos” – “de estrutura idêntica à dos direitos reais” – impositivamente respeitados por todos, que incidem sobre os vários modos de ser físicos ou morais da sua personalidade. Classifica também, os direitos de personalidade, como gerais “(todos deles

---

<sup>37</sup> Comentário ao Código civil: parte geral. [coord. De Luís de Carvalho Fernandes, José Brandão Proença]. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2014. ISBN 978-972-54-0423-2. p.172.

<sup>38</sup> *Idem* – *Op. Cit.* p. 302.

<sup>39</sup> CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil IV**. Parte Geral. Pessoas. Colaboração de A. Barreto Menezes Cordeiro. 4.ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-6805-3. p. 478.

<sup>40</sup> *Idem* – *Op. Cit.* p. 124.

gozam)”, extrapatrimoniais – “não têm, em si mesmos, valor pecuniário”, ressalvando as reparações em dinheiro por possíveis violações.<sup>41</sup>

Capelo de Sousa assevera que o caráter absoluto do “direito geral de personalidade” decorre do próprio teor do n. 1 do art. 70.º do CC/66, especialmente, do termo «qualquer (ofensa)», sendo corroborado pela doutrina – cita (em nota de rodapé) vários Autores que comungam acerca do caráter absoluto dos direitos de personalidade: Orlando de Carvalho, Mota Pinto, Heinrich Hörster, Rui de Alarcão, Antunes Varela, Paulo Cunha, Oliveira Ascensão, Castro Mendes, Carvalho Fernandes, Pierre Tercier, Adriano de Cupis e Karl Larenz.<sup>42</sup>

Rebatendo um dos argumentos de Autores contrários ao caráter absoluto dos direitos de personalidade, Capelo de Sousa consigna (em nota de rodapé): “É que, os bens de personalidade para serem absolutos não têm de ser necessariamente universais (isto é, pertencente a todos os homens), caso contrário, cair-se-ia na robotização do homem”.<sup>43</sup> Digna de registro, também, a seguinte afirmação de Capelo de Sousa: “O carácter pessoal ou não patrimonial do direito geral de personalidade permite distingui-lo dos direitos reais, enquanto a sua natureza de direito absoluto diferencia-o dos direitos de família”.<sup>44</sup>

José Oliveira Ascensão observa que os direitos absolutos – oponíveis *erga omnes* – são um *numerus clausus* “para que não aconteça que terceiros sejam surpreendidos ao verificarem estar vinculados por direitos alheios que desconheciam”. No entanto, os direitos de personalidade – cuja atipicidade “não sofre contestação” – são absolutos, visto que “a pessoa, nos seus aspectos fundamentais (que são justamente o objecto destes direitos), é uma realidade que todos conhecem, porque se impõe por natureza ao conhecimento de todos”.<sup>45</sup>

---

<sup>41</sup> PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria Geral do Direito Civil**. 4.ª ed. Por MONTEIRO, António Pinto; e PINTO, Paulo Mota. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. ISBN 972-32-1325-7. p. 208-209.

<sup>42</sup> SOUSA, R. V. A. Capelo de. **O Direito Geral de Personalidade**. “Dissertação de doutoramento em Ciências Jurídicas pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra”. Coimbra Editora, 1995. ISBN 972-32-0677-3. p. 617.

<sup>43</sup> *Idem* – *Op. Cit.* p. 618.

<sup>44</sup> *Idem* – *Op. Cit.* p. 619.

<sup>45</sup> ASCENSÃO, J. Oliveira. **Pessoa, Direitos Fundamentais e Direito da Personalidade**. In Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. L – N.ºs 1 e 2 – 2009. Coimbra Editora. ISSN 0870 – 3116. p. 21.

António Menezes Cordeiro afirma que os direitos de personalidade são uniformemente apresentados como direitos absolutos, observando que a expressão não é unívoca. Ao descrever a primeira acepção da expressão “direitos absolutos” – “direito oponível a todos ou *erga omnes*” –, aduz que, a ser o direito de personalidade absoluto, “permitiria ao seu titular exigir a qualquer pessoa o acatamento de condutas necessárias à sua efetivação”; e complementa: “Neste sentido, os direitos de personalidade não são sempre ‘absolutos’” – exemplifica com o “direito à confidencialidade” de uma carta-missiva confidencial, que é, “antes de mais, uma pretensão dirigida ao destinatário da carta”.<sup>46</sup>

No que tange à segunda acepção, “os direitos de personalidade seriam absolutos por não postularem relações jurídicas” – acepção estrutural –, já que traduzidos como “permissão de aproveitamento de um bem de personalidade”, não havendo relação configurável entre dois sujeitos. O Autor ressalva, certos direitos de personalidade que são estruturalmente relativos – “concretizam-se em situações pedido/cumprimento, com sujeitos ativo e passivo: basta pensar na confidencialidade”.<sup>47</sup>

Menezes Cordeiro assevera, por fim, que “Fica a terceira aceção”, descrevendo-a nos seguintes termos: “independentemente do modo de efetivação ou da estrutura que apresentem, os direitos de personalidade deveriam ser sempre respeitados por todos”. Aduz que “mesmo quando consubstanciados apenas *inter partes*, apresentam um objeto estranho ao ‘devedor’” e que “qualquer pessoa os pode violar, incorrendo no dever de não o fazer”.<sup>48</sup>

Importa ainda destacar a característica da “dupla inerência” ofertada pelo Autor: “A dupla e indissociável ligação do direito de personalidade ao seu titular e ao seu objeto pode ser transmitida com a locução, aqui proposta, de dupla inerência”.<sup>49</sup> Refere mais a “negociabilidade limitada” dos direitos de personalidade, citando o artigo 81.º/1 do CC/66 (como registamos anteriormente);<sup>50</sup> assim como a imprescritibilidade desses direitos, haja vista o artigo 298.º/1 do mesmo diploma, porquanto “Um exercício tardio nunca poderia obstar à sua eficácia”.<sup>51</sup>

Merecem registro algumas posições dos civilistas brasileiros Stolze Gagliano e Pamplona Filho acerca de características dos direitos de personalidade: “A indisponibilidade significa que nem por vontade própria do indivíduo o direito pode mudar de titular (...); “A

---

<sup>46</sup> CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil IV**. Parte Geral. Pessoas. Colaboração de A. Barreto Menezes Cordeiro. 4.ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-6805-3. p. 110-111.

<sup>47</sup> *Idem* – *Op. Cit.* p. 111.

<sup>48</sup> *Ibidem*.

<sup>49</sup> *Idem* – *Op. Cit.* p. 114.

<sup>50</sup> *Idem* – *Op. Cit.* p. 124. Nos termos do Autor: “O artigo 81.º/1 admite, em termos genéricos, a limitação voluntária dos direitos de personalidade, desde que não se mostre atingida a ordem pública”.

<sup>51</sup> *Idem* – *Op. Cit.* p. 126.

*irrenunciabilidade* traduz a ideia de que os direitos personalíssimos não podem ser abdicados”; “é intransmissível, na medida em que não se admite a cessão do direito de um sujeito para outro”. Os mesmos Autores fazem remissão ao ensinamento de Luiz Alberto David Araujo: “o fundamento dessa intransmissibilidade reside no fato de que não se pode separar a honra, a intimidade de seu titular. A natureza do objeto é que torna intransmissível o bem”.<sup>52</sup>

Vemos que são raras as divergências doutrinárias acerca das características dos direitos de personalidade, podendo residir tal constatação, porventura, na mesma razão ofertada por Oliveira Ascensão, para refutar a não caracterização dos indigitados direitos como absolutos – por faltar-lhes o requisito de *numerus clausus* –: “a pessoa, nos seus aspectos fundamentais (que são justamente o objecto destes direitos), é uma realidade que todos conhecem, porque se impõe por natureza ao conhecimento de todos”.

### 1.3 Desenvolvimento e Âmbito

Os civilistas Gagliano e Pamplona Filho vislumbram, na construção histórica dos direitos de personalidade, iniciativas isoladas de proteção da personalidade. Na Antiga Grécia, “principia-se da concepção de *hybris* (excesso, injustiça), que justifica a sanção penal punitiva”; no âmbito da filosofia grega, situa-se, a indigitada proteção, “no desenvolvimento da teoria do *direito natural*, expressão ideal dos valores morais, como ordem superior ao *direito positivo*” (contributo à compreensão de direitos inatos à personalidade humana).<sup>53</sup>

No Direito Romano – relatam os Autores – a proteção consistia na *actio injuriarum*, “criada pelo pretor e concedida à vítima de um delito de *iniuria*”; na Idade Média – “talvez a primeira manifestação da teoria dos direitos de personalidade [...] situe-se na Carta Magna da Inglaterra de 1215” – com o reconhecimento (na indigitada Carta) “de direitos primários do ser humano em face dos detentores do Poder”.<sup>54</sup>

---

<sup>52</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de direito civil**. V. 1. Parte geral. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 154-155.

<sup>53</sup> *Idem - Op. Cit.* 147-148.

<sup>54</sup> *Idem - Op. Cit.* p. 154-155.

Em apertada síntese, os mesmos Autores registram três elementos históricos decisivos, para o desenvolvimento da teoria dos direitos de personalidade: a) o advento do Cristianismo, “em que se ressalta a ideia da dignidade do homem como filho de Deus” – um vínculo superior às circunstâncias políticas “que determinavam em Roma os requisitos para o conceito de pessoa (*status libertatis, status civitatis e status familiae*)”; b) a Escola do Direito Natural, “que assentou a concepção de direitos inatos [...] preexistente ao reconhecimento estatal”; e c) a filosofia iluminista “que realçou a valorização do indivíduo em face do Estado”.<sup>55</sup>

Digna de nota, a observação de José Carlos Vieira de Andrade: “O Cristianismo deu uma nova densidade ao conceito de dignidade humana, sobretudo durante a Idade Média, depois de S. Tomás e com a poderosa influência escolástica”. O mesmo Autor explicita que todos os homens são filhos de Deus, “iguais em dignidade, sem distinção de raça, cor ou cultura”.<sup>56</sup>

Diogo Leite de Campos assevera: “A «questão» da pessoa humana surgiu só com o cristianismo, em que foi colocada no centro das preocupações a nível filosófico, ético, jurídico e social”. E complementa: “Se não foram os cristãos os criadores da «persona» latina nem da «hypostase» grega, foram eles que lhe atribuíram um conteúdo e daí retiraram consequências”.<sup>57</sup>

Diogo Leite de Campos aduz que, nos séculos XVII e XVIII, foi decisivo o papel dos juristas que construíram as doutrinas “(modernas)” do direito natural – dominantes no campo do político e dos direitos do homem. Explicita que a base do Direito – direito natural – “deve ser procurada nos indivíduos, feitos à imagem e semelhança de Deus (não-sociais)”, conforme as indigitadas doutrinas modernas.<sup>58</sup>

É o homem autossuficiente, dotado de razão – o estado da natureza é o estado de cada homem. “Deste estado de natureza derivariam as regras básicas da vida social e política” – o ponto de partida é “o Estado singular e auto-suficiente, baseado na união, regulada pelo Direito natural, dos homens individuais”.<sup>59</sup>

Afirmada a personalidade política do indivíduo, “havia que evitar que as concepções contratualistas [...] acabassem por destruir a personalidade moral e, com ela, as próprias personalidades política e jurídica”. Com tal fim, seguiram-se duas vias: a) a afirmação da

---

<sup>55</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de direito civil**. V. 1. Parte geral. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 154-155.

<sup>56</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 4.ª ed. Coimbra: Almedina, 2009. ISBN 978-972-40-3716-5. p. 19.

<sup>57</sup> CAMPOS, Diogo Leite de. **Lições de direitos da personalidade**. In Boletim da Faculdade de Direito. Universidade de Coimbra. Vol. LXVII. Composto e impresso na G. C. Julho de 1993. p. 134.

<sup>58</sup> *Idem* – **Op. Cit.** p. 150.

<sup>59</sup> *Idem* – **Op. Cit.** p. 150-151.

autonomia do Direito – fundamentado na Justiça – “em relação à mera intenção ideológica da vontade geral” (a independência do Direito em relação ao Estado); b) a definição dos direitos da pessoa, “como condicionante e limite à vontade geral e, portanto, como conteúdo do próprio Direito” – por esta segunda via, “salvaguarda-se o indivíduo, fundamento constitutivo de qualquer sociedade (...)”.<sup>60</sup>

Avançando, temos a lição de António Menezes Cordeiro: “A referência aos direitos sobre a própria pessoa reapareceu, de modo sucessivo nas obras do jusracionalismo”. O esforço de aproveitamento dogmático destes desenvolvimentos “está na origem do filão que conduziria aos direitos inatos ou essenciais, direitos preexistentes ao próprio Estado e que se imporiam a este” – “A sua manifestação mais emblemática ficaria associada à Revolução Francesa”.<sup>61</sup>

O mesmo Autor assevera que “Nesta evolução, podemos situar a cepa jusracionalista dos direitos de personalidade: figuras derivadas de postulados jusnaturalistas, assentes no desenvolvimento da ideia de pessoa e só *a posteriori* conectados com um determinado regime”. Aduz que essa vocação – dos direitos de personalidade – de se opor ou de deter o Estado “conduziu a que fossem objeto, sobretudo, de estudos de Direito Público (...)”.<sup>62</sup>

À tradição *jusracionalista* contrapôs-se, apenas sistematicamente, a *pandectística* – “Enquanto os ‘direitos fundamentais’ correspondem a uma derivação apriorística do ser humano”, os direitos de personalidade “arrumam-se, entre os seus pares, no Direito civil (...)”.

Situa-se, nesta quadra, Savigny, que duvidou da viabilidade dogmática dos direitos de personalidade. Ocorre que, “na primeira metade do século XIX, particularmente nos espaços que, como o alemão, não dispunham de leis codificadas, era muito difícil arrumar conceitos como os de personalidade, de capacidade e de direito(s) de personalidade”.<sup>63</sup>

Ao longo do século XIX, “A dogmatização dos direitos de personalidade foi sendo conquistada pela *pandectística*”, surgindo aqui Rudolf Von Jhering, que “tem palavras importantes na defesa da conceitualidade dessa figura (...)”. A defesa por Jhering “dos direitos de personalidade, enquanto categoria autônoma, não corresponde a uma inspiração do tipo *jusracionalista*”.<sup>64</sup>

---

<sup>60</sup> CAMPOS, Diogo Leite de. **Lições de direitos da personalidade**. In Boletim da Faculdade de Direito. Universidade de Coimbra. Vol. LXVII. Composto e impresso na G. C. Julho de 1993. p. 151-152.

<sup>61</sup> CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil IV**. Parte Geral. Pessoas. Colaboração de A. Barreto Menezes Cordeiro. 4.ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-6805-3. p. 51.

<sup>62</sup> *Idem* – *Op. Cit.* p. 51-52.

<sup>63</sup> *Idem* – *Op. Cit.* p. 52-53.

<sup>64</sup> *Idem* – *Op. Cit.* p. 53-54.

Os direitos de personalidade, na fase final do pandectismo, “foram potenciados e enriquecidos pelo tratamento dogmático alcançado pelos direitos sobre bens imateriais, recém-conquistados para a Ciência do Direito”. Menezes Cordeiro enfatiza: “os direitos de personalidade desenvolveram-se apoiados na prática e nas necessidades de dar corpo aos vetores humanistas que, perante novas realidades animaram o Direito civil”.<sup>65</sup>

O mesmo Autor, focando na “experiência lusófona”,<sup>66</sup> afirma, com propriedade, que “A experiência portuguesa é marcada por um valor excepcional dado aos direitos da pessoa” – linha evolutiva essa que, “de certo modo e lamentavelmente, foi quebrada pelo positivismo do século XX”. Aduz que o pensamento tradicional “reduzia os direitos dos cidadãos ao de ‘...pedirem aos governantes que os protejam e defendam...’ e ao de ‘... desempenhar cargos oficiais...’” – a tutela às pessoas “assentava, primordialmente, nas penas impostas aos Autores de infrações contra elas” – como sublinhado por Pascoal de Mello.<sup>67</sup>

Consigna ainda que as Constituições portuguesas, por conta do liberalismo, recepcionaram os enunciados relativos aos direitos do Homem, de inspiração francesa. “Na lei civil, a progressão foi mais lenta”.<sup>68</sup>

Destaca a surpreendente inserção, por António Luiz de Seabra, no projeto que viria a ser o primeiro Código Civil português, de “um título relativo a direitos originários – artigos 359.º a 368.º”. “Trata-se de um desenvolvimento que não tem antecedentes nos códigos civis da 1.ª geração, que o precederam” – acolheu na lei civil portuguesa: “– as influências constitucionais dos ‘direitos do homem’; – o pensamento filosófico abstrato jusracionalista; – a tradição escolástica naturalista”.<sup>69</sup>

Os direitos originários que o Visconde de Seabra – “racionalista e pragmático” – consignou na lei civil portuguesa “inserir-se numa sua capacidade analítica e sistematizadora, mais do que em qualquer dogmática operacional”. Menezes Cordeiro assevera que “o Código de Seabra ficará como o que, no século XIX, maior relevo deu aos hoje ditos ‘direitos de personalidade’”.<sup>70</sup>

---

<sup>65</sup> CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil IV**. Parte Geral. Pessoas. Colaboração de A. Barreto Menezes Cordeiro. 4.ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-6805-3. p. 54

<sup>66</sup> Elegemos, aqui, somente a abordagem de António Menezes Cordeiro – para além do prestígio do civilista –, pela didática e objetividade na exposição.

<sup>67</sup> CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil IV**. Parte Geral. Pessoas. Colaboração de A. Barreto Menezes Cordeiro. 4.ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-6805-3. p. 67.

<sup>68</sup> *Idem* – **Op. Cit.** p. 68-69.

<sup>69</sup> *Idem* – **Op. Cit.** p. 69.

<sup>70</sup> *Idem* – **Op. Cit.** p. 71.

No Direito português, os “Direitos de Personalidade” foram “ganhando terreno ao longo do período que marcou a vigência do Código de Seabra”.<sup>71</sup> Prossegue consignando que havia, no entanto, insuficiências de tipo sistemático – “A adoção da ‘relação jurídica’, só por si, já permitia a demonstração negativista: ninguém pode ser sujeito e objeto de uma relação, em simultâneo.”<sup>72</sup>

Menezes Cordeiro consigna ainda que “a inclusão dos ‘Direitos de Personalidade’ numa mera subcategoria, exposta a propósito das classificações de direito subjetivo, retira espaço dogmático à figura”. Conclui que se impunha “todo um labor de reconstrução do Direito Civil, de modo a restituir à pessoa o lugar que lhe compete no espaço privado”.<sup>73</sup>

Cabe anotar que o Autor faz, nesta quadra, referência ao Código Civil Brasileiro de 1916 (de Beviláqua), para dizer que o mesmo não tratou diretamente dos direitos de personalidade, consignando, apenas, a proteção no campo da responsabilidade civil. Registra que, até 2002, tem de se procurar os direitos de personalidade nas Constituições brasileiras.<sup>74</sup>

Destaca, na sequência, o Código Civil português de 1966 (em vigor), que, no capítulo relativo às “Pessoas Singulares”, consagra a Seção II aos “Direitos de Personalidade”, inaugurada – a seção – pelo art. 70.º (“Tutela Geral da Personalidade”). Aduz que: “De certo modo, o Código Civil de 1966 conservou a tradição portuguesa de leis avançadas, no que tange à tutela da pessoa. O seu art. 70.º e os preceitos subsequentes consagram, com a maior latitude, regras amplas e gerais sobre a tutela da pessoa”.<sup>75</sup>

Consigna que a publicação do Código Civil não provocou, de imediato, uma especial concretização dos direitos de personalidade. Registra que, posteriormente, a doutrina sobre a matéria começou a ser desenvolvida, sendo iniciada sua divulgação universitária por Autores como Paulo Cunha e Carlos Alberto da Mota Pinto – citando as obras respectivas.<sup>76</sup>

Destaca que “A defesa da pessoa foi, todavia, assegurada mais eficazmente através do Direito Constitucional e do instituto dos direitos fundamentais”. Explica ter-se devido tal fenômeno ao “surto de estudos constitucionais subsequentes a 1970 e, sobretudo, a 1976, com

---

<sup>71</sup> Código esse referido por Capelo de Sousa como “baseado na filosofia de Kant e de Hegel e na teoria da vontade de Savigny” (in “dissertação de doutoramento”: O Direito Geral de Personalidade. Pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra Editora, 1995. ISBN 972-32-0677-3. p. 606).

<sup>72</sup> CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil IV**. Parte Geral. Pessoas. Colaboração de A. Barreto Menezes Cordeiro. 4.ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-6805-3. p. 77.

<sup>73</sup> *Ibidem*.

<sup>74</sup> *Idem – Op. Cit.* p. 78.

<sup>75</sup> *Idem – Op. Cit.* p. 80-81.

<sup>76</sup> *Idem – Op. Cit.* p. 81.

o epílogo feliz para a Revolução de 1974/75” e à Constituição em vigor, que, ressalta, por conta de distintos constitucionalistas, ficou na vanguarda da defesa dos direitos fundamentais.<sup>77</sup>

Registra que o interesse suscitado pelos direitos fundamentais prejudicou o aprofundamento dos direitos de personalidade, alertando que tais figuras devem ser complementarmente estudadas e aplicadas. Assevera que o desenvolvimento posterior da matéria em tela foi assegurado pela jurisprudência portuguesa, que passou a concretizar o disposto no art. 70.º e seguintes do Código Civil, apoiando-se ainda na Constituição.<sup>78</sup>

Destaca, também, as doutrinas que se sucederam acerca dos direitos de personalidade, como as de Capelo de Sousa, de Diogo Leite de Campos, de Nuno Manuel Pinto de Oliveira e de outros. O doutrinador cita ainda estudos parcelares de maior relevo, como os de Rita Amaral Cabral, Paulo Mota Pinto, e outros.<sup>79</sup>

Faz referência ao Código Civil brasileiro de 2002, registrando que o “Anteprojeto de Miguel Reale (1975)”, adotado pelo legislador brasileiro, sem especiais alterações nesse campo, condensou os direitos de personalidade num único capítulo, entre os artigos 11.º e 20.º. Menciona que a demora na aprovação do novo Código Civil e a queda da Ditadura Militar no país impeliram o legislador constitucional a trazer os direitos de personalidade para a Constituição de 1988.<sup>80</sup>

Na sequência inicia novo tópico, atinente à jurisprudência portuguesa, afirmando que, “não obstante o arranque tardio”, a jurisprudência portuguesa assegurou “a vanguarda do processo de concretização dos institutos aqui em causa”. Passa, então, a expor a evolução jurisprudencial sobre a interpretação e aplicação dos dispositivos legais atinentes aos direitos de personalidade, destacando decisões judiciais (acórdãos de Tribunais) acerca do tema.<sup>81</sup>

Tipifica a evolução da jurisprudência portuguesa, “no tocante aos direitos de personalidade”, em cinco fases: “anterior ao Código Civil (1967)”; “reconhecimento pontual (1967 a 1982)”; “implantação dos direitos de personalidade (1983-1992)”; “aplicação corrente dos direitos de personalidade (1993 em diante)”; “alargamento ao universo da *internet* e, em especial, às redes sociais, isto é, ao mundo virtual (2012 em diante)”.<sup>82</sup>

---

<sup>77</sup> CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil IV**. Parte Geral. Pessoas. Colaboração de A. Barreto Menezes Cordeiro. 4.ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-6805-3. p. 81-82.

<sup>78</sup> *Idem* – *Op. Cit.* p. 82.

<sup>79</sup> *Idem* – *Op. Cit.* p. 82-83.

<sup>80</sup> *Idem* – *Op. Cit.* p. 84.

<sup>81</sup> *Idem* – *Op. Cit.* p. 85.

<sup>82</sup> *Idem* – *Op. Cit.* p. 81-82.

Vemos, pois, como interessante ressaltar, que o Autor, no seu relato, traça paralelo inevitável entre as evoluções históricas dos direitos fundamentais e dos direitos de personalidade, registrando a precedência do interesse pelo estudo dos direitos fundamentais, não obstante, segundo entende, tais figuras devessem ser estudadas e aplicadas complementarmente. Indica movimento semelhante no Brasil, demonstrando ainda o avanço do direito português na regulação da matéria em tela.

Também importa observarmos o destaque que o Autor confere ao vanguardismo da jurisprudência portuguesa – “não obstante o arranque tardio” – no processo de concretização dos direitos de personalidade. Tal afirmação pode ser constatada, atualmente, por decisões como a do Supremo Tribunal de Justiça, 2ª Secção, de n.º 336/18.4T8OER.L1.S1 (de 30-05/2019) – à qual remetemos –, que demonstra a maestria (e familiaridade) dos julgadores na análise de questões deste naipe.

#### **1.4 Da Tutela Geral da Personalidade – Art. 70.º do Código Civil Português**

##### **1.4.1 Do Núcleo Essencial da Norma do Art. 70.º do Código Civil Português Vigente**

O Código Civil português de 1966 e a Constituição da República Portuguesa de 1976 adotam “cláusulas gerais abertas” para disciplinar certas matérias, promovendo uma abertura do sistema jurídico – interna e externa –,<sup>83</sup> o que viabiliza sua permanente atualização frente às transformações da sociedade – “evitando um envelhecimento que, na sociedade globalizada e tecnológica, avizinha-se mais e cada vez mais rápido”.<sup>84</sup> *A fortiori* as atinentes aos Direitos de Personalidade, visto que dizem com a tutela de bens da personalidade, descritos por termos fluidos e conceitos indeterminados, como o são, v.g., os bens da vida, da integridade física e moral, da reserva da intimidade da vida privada.

---

<sup>83</sup> MARTINS-COSTA, Judith. Direito Privado como “sistema em construção”: as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, v. 1, n. 8, 1998, p. 6. Nos termos da jurista brasileira Judith Martins-Costa: “As cláusulas gerais, mais do que um ‘caso’ da teoria do direito – pois revolucionaram a tradicional teoria das fontes –, constituem as janelas, pontes e avenidas dos modernos códigos civis”. Explicita noutro excerto: “(...) janelas abertas para a mobilidade da vida, pontes que o [o código] ligam a outros corpos normativos – mesmo os extra-jurídicos – e avenidas, bem trilhadas, que o vinculam, dialeticamente, aos princípios e regras constitucionais”.

<sup>84</sup> *Idem* – **Op. Cit.** p. 17.

Paulo Ferreira da Cunha ensina que a maior parte dos direitos de personalidade são algo como uma versão privatística de direitos fundamentais *stricto sensu* – verdadeiros direitos fundamentais, porque “nos não devemos esquecer da constitucionalidade material”. Os direitos de personalidade podem considerar-se integrados nos “quaisquer outros constantes de leis”, nos termos do Artigo 16.º, n.º 1, da Constituição Portuguesa, acrescidos aos formalmente constitucionais.<sup>85</sup>

Doutrina constitucional de escol, ao comentar o Art. 26 da CRP, afirma a tipificação de “outros direitos pessoais” (na sequência dos enunciados dos “direitos básicos relativos à vida e à integridade física e moral”), sustentando estarem implicados no “princípio geral do respeito pela dignidade e personalidade humanas”. Consigna tratar-se, o indigitado dispositivo, “concretamente, como a **sede fundamental do direito geral de personalidade**”, bem como a “**expressão direta do postulado básico da dignidade humana**”.<sup>86</sup> (grifos do Autor)

António Menezes Cordeiro sustenta que o Artigo 70.º do Código Civil português “reconhece uma proteção geral à personalidade, isto é, ao conjunto dos bens de personalidade”. Essa tutela geral pode “dar azo a diversos direitos subjetivos de personalidade, em sentido próprio: não há neste domínio, qualquer tipicidade”.<sup>87</sup>

Convém registarmos a afirmação de Maria de Fátima Ribeiro de que “(...) a doutrina se divide quanto à existência de um direito geral da personalidade, que decorreria da própria formulação do art. 70.º.” Alguns Autores defendem a existência de um direito subjetivo que tem por objeto a própria personalidade humana, outros afastam essa possibilidade: ora porque “esse direito constituiria categoria jurídica demasiado ampla (...)” (Ascensão, 2000: 87 e ss.), ora porque “através dele se configuraria o Homem como objeto dele próprio” (v.g., Carvalho Fernandes, 2009: 231 e ss.), ora porque “essa construção retiraria eficácia à tutela dispensada pelo artigo 70.º.” (Menezes Cordeiro, 2007: 101 e ss.).<sup>88</sup>

O denominado “direito geral” de personalidade é uma criação alemã – destinava-se “a suprir as limitações da tutela aquiliana dos direitos, apertada entre as cláusulas restritivas dos

---

<sup>85</sup> CUNHA, Paulo Ferreira da. Desafio Metodológico dos Direitos da Personalidade: conceitos e categorias. In **NOS 20 anos do código das sociedades comerciais**. Homenagem aos profs. doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier. Volume III. Vária. Coimbra Editora, 2007. ISBN 978-972-32-1545-8. p. 840.

<sup>86</sup> MIRANDA, Jorge, anot.; MEDEIROS, Rui, anot. – **Constituição Portuguesa Anotada**. Volume I. 2.ª ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2017. ISBN 978972540541. p. 442.

<sup>87</sup> *Idem* – **Op. Cit.** p. 108-109.

<sup>88</sup> FERNANDES, Luís Carvalho; PROENÇA, José Brandão (Coordenadores) - **Comentário ao Código Civil**, 2014. p. 172.

§§ 823/I, 823/II e 826, do BGB”.<sup>89</sup> Menezes Cordeiro aduz que “na própria Alemanha, o ‘direito geral’ vem sendo suplantado a favor de esquemas mais operacionais, com relevo para a definição de âmbitos de proteção (Canaris)”.<sup>90</sup>

Capelo de Souza afirma que o “direito geral de personalidade” serve de princípio geral “mesmo aos próprios direitos especiais de personalidade *legais*, que, embora dotados de relativa autonomia, têm por objecto determinadas manifestações parcelares daquela personalidade”. Cabe ainda registrar que Maria de Fátima Ribeiro segue a linha de António Menezes Cordeiro, quanto à concepção do Art. 70.<sup>o</sup>.<sup>91</sup>

Releva aqui consignarmos o seguinte excerto doutrinário: “Do ponto de vista dos tribunais, o art. 70.<sup>o</sup> assume dois propósitos: (i) permite uma contextualização e sistematização da matéria; e (ii) surge como fundamento jurídico-positivo do reconhecimento de direitos de personalidade atípicos.”<sup>92</sup> Conforme expomos no subitem 1.4.2, adiante consignado, ousamos vislumbrar um terceiro propósito, atinente à configuração de ilícitos *in concreto*.

Vemos um maior desenvolvimento científico por parte daqueles Autores que recorrem à via da cláusula geral (“enunciado dogmático”)<sup>93</sup> da “tutela geral” e/ou “proteção geral” (ressaltamos aqui ser exatamente o título que apresenta/inaugura o Art. 70.<sup>o</sup> no CC/66: “Tutela geral da personalidade”). As cláusulas gerais são definidas por Menezes Cordeiro como “vias linguístico-comunicativas puras” e/ou “canais juscientíficos”,<sup>94</sup> cláusulas gerais essas que contêm premissas básicas (nos seus enunciados) orientadoras e reveladoras (e/ou hábeis a revelar) de conteúdos normativos que as situam, ao depois, em classificações – também ofertadas por Menezes Cordeiro – como: restritivas, extensivas e/ou regulativas (conforme, adiante, abordamos).

---

<sup>89</sup> CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil IV**. Parte Geral. Pessoas. Colaboração de A. Barreto Menezes Cordeiro. 4. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-6805-3. p. 107.

<sup>90</sup> *Idem* – *Op. Cit.* p. 108.

<sup>91</sup> FERNANDES, Luís Carvalho; PROENÇA, José Brandão (Coordenadores). **Comentário ao Código Civil**, 2014. p. 171-172. Vejamos, na íntegra, os excertos da lavra de Maria de Fátima Ribeiro: “A norma consagra uma cláusula geral de tutela de personalidade, ou seja, a proteção legal dos indivíduos contra qualquer ofensa aos seus direitos de personalidade (categoria referida na epígrafe da secção que se inicia com o artigo 70.<sup>o</sup> e cuja existência tem sido questionada, mas geralmente aceite pela doutrina hodierna). [...]. O artigo 70.<sup>o</sup> pode, então, ser visto como norma que recorre a uma cláusula geral, consagrando a tutela geral da personalidade e afastando a possibilidade de o Direito apenas tutelar os direitos personalidade cuja proteção é expressa e tipicamente reconhecida pelo sistema jurídico.”

<sup>92</sup> CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil IV**. Parte Geral. Pessoas. Colaboração de A. Barreto Menezes Cordeiro. 4. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-6805-3. p. 109.

<sup>93</sup> Expressão de Maria Cláudia Cachapuz, em obra adiante indicada.

<sup>94</sup> CORDEIRO, António Menezes. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Edições Almedina, 2017. ISBN 978-972-40-7193-0. p. 1176.

Nesta quadra, por pertinente e útil, fazemos remissão à lição de Menezes Cordeiro acerca da “cláusula geral da boa-fé”, em que, para investigar seu núcleo normativo, lança mão de vetores, na sequência indicados. O Autor aduz que, no estudo periférico requerido para o conhecimento dogmático da noção de boa-fé, deparou-se, “de modo repetido”, com um segundo princípio, além do vetor da “proteção da confiança” – o da “materialidade subjacente às diversas questões”.<sup>95</sup> Aduz que a materialidade da regulação jurídica depende, em grau elevado, da realidade sistemática que exprima.<sup>96</sup>

Explicita ainda, o Autor, que os dois vectores – a confiança e a materialidade jurídicas – apelam a outras dimensões sistemáticas e, “não as encontrando, promovem, mercê da abertura do sistema, a confecção de modelos extra-sistemáticos de decisão”.<sup>97</sup>

Importa aqui, por oportuno, consignarmos o seguinte excerto doutrinário de Judith Martins-Costa:<sup>98</sup>

O chamado «princípio» (*rectius*: postulado normativo) da materialidade da situação jurídica subjacente,<sup>99</sup> foi expressado por Miguel Reale especificamente no concernente à boa-fé da seguinte forma: «(...) a boa-fé exige que a conduta individual ou coletiva – quer em Juízo, quer fora dele – seja examinada no **conjunto concreto das circunstâncias** de cada caso». (grifo nosso)

Referindo-se a “conquistas dogmáticas recentes” – atinentes à disciplina dos Contratos –, consigna:<sup>100</sup>

[...] que apontam à *materialização* do Direito dos Contratos, termo que designa «o dar relevância jurídica, na definição do campo de actuação e da disciplina da liberdade contratual, aos factores materiais que, na esfera do real, condicionam e diferenciam a capacidade efectiva de categorias de sujeitos em defenderem os interesses próprios, através dos actos de autonomia privada». <sup>101</sup> [...] Como salienta Joaquim de Souza Ribeiro, «para além da relação jurídico-contratual, propriamente dita, é objecto de normação um conjunto diversificado de práticas mercantis, a montante e a jusante dela, tendo como referente unitário a instituição “mercado” e como objectivo a sua ordenação em moldes jurídico-sociais e económicos adequados».

---

<sup>95</sup> CORDEIRO, António Menezes – **Da boa fé no direito civil**. – (Teses de doutoramento) – Coimbra: Edições Almedina, 2017. ISBN 978-972-40-7193-0. p. 1252.

<sup>96</sup> *Idem* – **Op. Cit.** p. 1257.

<sup>97</sup> *Idem* – **Op. Cit.** p. 1265-1266. Interessante consignar ainda o seguinte excerto, da mesma obra: “Esta faculdade de, do sistema e através da boa fé, **colocar no tecido jurídico-privado**, em termos renovados, **dados atinentes ao sistema**, não se queda pela igualdade. Outros princípios básicos, normalmente consagrados **nos catálogos fundamentais**, podem ser transmitidos, por esta via. O fenómeno, já conhecido, tem sido referenciado com recurso à ideia de **eficácia, perante terceiros, dos direitos fundamentais**.” (grifos nossos) (p. 1278)

<sup>98</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**. 2. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018. ISBN 978-85472-2895-8. p. 344-345.

<sup>99</sup> *Idem* – **Op. Cit.** p. 344. Aqui, a Autora faz referência, em nota de rodapé, a “Menezes Cordeiro, António Manuel. *Da Boa-fé no Direito Civil*, vol. II. Coimbra: Almedina, 1984, p. 1252, aludindo ao papel da boa-fé como «veículo do princípio da materialidade».”

<sup>100</sup> *Idem* – **Op. Cit.** p. 345.

<sup>101</sup> *Idem* – **Ibidem**. Aqui, a Autora consigna em nota de rodapé: “SOUSA RIBEIRO, Joaquim. A Boa-Fé como Norma de Validade. *Direito dos Contratos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 220, consignando ainda o entendimento de Canaris e Teubner, na doutrina alemã.”

Valendo-nos, ainda, dos ensinamentos atinentes à cláusula geral da boa-fé (no âmbito dos contratos), visto que indicam uma via (e/ou método/fórmula) para obtermos o conteúdo nuclear do Art. 70.º do Código Civil português, destacamos a explicitação de Martins-Costa:<sup>102</sup>

O postulado normativo da materialidade da situação jurídica subjacente indica primeiramente que, no tocante às relações contratuais, trata-se de examinar a atuação da boa-fé em vista do contrato e de suas circunstâncias (jurídicas, econômicas, sociais, estratégias), considerando-se, também, as eficácias que produz.

A Autora prossegue explicando que “Além de os deveres decorrentes da boa-fé não se manifestarem sempre os mesmos, e do mesmo modo – [...] – as consequências da sua infração dependerão da situação, do tipo de dever violado, do momento e do modo como foi violado”. Registra a existência das eficácias indenizatórias, invalidantes e caducificantes, bem como as consequências: “resolutórias, revisivas, restitutórias e de mero reembolso”.

No que tange à função sistematizadora do “postulado da materialidade da situação jurídica subjacente”, Martins-Costa aduz que este “orienta a doutrina a agrupar as situações em que a incidência do princípio da boa-fé se dá de forma diversificada, conforme a natureza das situações a enquadrar”.<sup>103</sup> A Autora faz remissão a ensinamento de António Meneses Cordeiro: “«A materialidade da regulação jurídica, expressa como princípio, traduz a vocação efectiva da Ciência do Direito para, em termos constituintes, resolver problemas concretos»”.<sup>104</sup>

Maria Cláudia Cachapuz, com a obra “Intimidade e vida privada no novo código civil brasileiro – Uma leitura orientada no discurso jurídico”,<sup>105</sup> oferta contribuições acerca do tema “materialidade da regulação jurídica”. Vejamos o seguinte excerto doutrinário:<sup>106</sup>

---

<sup>102</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**. 2. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018. ISBN 978-85472-2895-8. p. 345.

<sup>103</sup> *Idem* – **Op. Cit.** p. 345-346.

<sup>104</sup> *Idem* – **Op. Cit.** p. 346 (em nota de rodapé).

<sup>105</sup> CACHAPUZ, Maria Cláudia. **Intimidade e vida privada no novo Código Civil Brasileiro: uma leitura orientada no discurso jurídico**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed., 2006. ISBN 85-7525-348-4. p. 29. Obra essa descrita por Luís Afonso Heck nos seguintes termos: “O seu mérito científico pode ser situado em planos: a) no plano hermenêutico: [...]; b) no plano jurídico: por ter trabalhado o ponto no qual constituição e direito privado estão mais estreitamente em conexão, ou seja, o das cláusulas gerais. [...]; c) no plano filosófico: tanto regras como princípios pressupõem, sem dúvida, titulares de direitos fundamentais; mas somente os princípios, porque possibilitam a ponderação, e, com isso, a argumentação do titular do direito fundamental, são capazes de proteger melhor **praticamente** a autonomia e a liberdade, que se situam no direito privado. E isso, exatamente, expressa o valor, nesse plano, deste trabalho: ele pressupõe o homem livre no sentido **Kantiano**.”

<sup>106</sup> *Idem* – **Op. Cit.** p. 180.

A conexão entre discurso e dogmática decorre, inicialmente, do fato de que não se pode afastar dogmática de interpretação. As questões centrais da dogmática jurídica – referentes à existência de normas estabelecidas no ordenamento jurídico e à aplicação do Direito (ALEXY, 1997, p. 246) – aparecem associadas com a ideia de interpretação, na mesma medida em que se estabelece uma dinâmica entre o discurso ideal e o discurso real, como se fará, adiante, melhor referido.

A mesma Autora sustenta que, como o discurso busca uma ideia regulativa e, fundamentalmente, uma razão prática à determinada questão concreta, o «discurso ideal» – de condições ilimitadas<sup>107</sup> – “não se tornaria útil por si só se não permitisse complementação pela possibilidade aberta pelo «discurso real»”. Este trabalha “então sim, a partir de condições limitadas de participação, de tempo, de linguagem e de formação de um consenso, inclusive acerca dos elementos de argumentação específica (...)”.<sup>108</sup>

Maria Cláudia Cachapuz leciona, mais:<sup>109</sup>

É no discurso real, então, que se delimita o espaço concreto de construção de uma razão prática, necessariamente **vinculada às regras do discurso**, à medida de seu cumprimento, à atuação dos participantes e à duração do próprio discurso (ALEXY, 1997, p. 303). Daí a possibilidade de chegar a uma ideia de consenso na argumentação, **entendendo-se interdependentes o discurso ideal e o discurso real**, no sentido de que **pela razão prática é possível um acordo sobre um assunto**, ainda que aberto à correção e sujeito à ideia regulativa geral. (grifos nossos)

Identificada a relação entre dogmática e interpretação, torna-se justificável “o trabalho de construção de enunciados a partir de conceitos e de estruturas abertas à moral”. Tal vinculação não se traduz como medida exclusivamente reservada a uma técnica legislativa com função de atualizar e abrir o ordenamento jurídico à experiência concreta; representam os conceitos indeterminados e as cláusulas gerais “de forma mais acintosa – porque destacam no enunciado normativo a abertura à construção da razão prática –, o trabalho hermenêutico dispensado à conexão existente entre enunciados dogmáticos e interpretação”.<sup>110</sup> (grifo nosso)

---

<sup>107</sup> CACHAPUZ, Maria Cláudia. **Intimidade e vida privada no novo Código Civil Brasileiro: uma leitura orientada no discurso jurídico**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed., 2006. ISBN 85-7525-348-4. p. 181. Nos termos utilizados pela Autora: “(...) plantado sob condições ilimitadas que visem a testar a coerência de máximas de ação (...)”.

<sup>108</sup> *Idem – Ibidem.*

<sup>109</sup> *Idem – Ibidem.*

<sup>110</sup> *Idem – Op. Cit.* 185-186.

Cabe aqui, por oportuno, recorrermos à doutrina de Martins-Costa, que leciona:

A experiência jurídica, entendida em sua globalidade, da prática cotidiana à legislação, à sentença e às elaborações científicas, traduz certos temas que atinem tanto à moral quanto ao **direito** (como, paradigmaticamente, a confiança, a lealdade, a culpa, a justiça, a liberdade, a solidariedade, a probidade) para a específica instância do **jurídico**, de modo a torná-los efetivos na ordem prática. As cláusulas gerais constituem a *categoria formal* que permite a sua constante e flexível tradução, (...).<sup>111</sup> (grifos nossos)

Prosseguimos com a doutrina já referenciada de Maria Cláudia Cachapuz, porquanto conduz à questão específica de cláusulas gerais envolvendo direitos fundamentais pessoais (e direitos de personalidade civis). Vejamos mais o seguinte ensinamento da Autora:<sup>112</sup>

Uma segunda função desempenhada pela dogmática e reproduzida pelas cláusulas gerais de forma acentuada é a de possibilitar o progresso em termos científicos. Segundo Robert Alexy (1997, p. 257), a ideia, aqui, não depende unicamente de um desenvolvimento científico, a partir de bases empíricas, mas de um trabalho de **fundamentação** que analisa a **atividade do legislador** e as **questões valoradas em sociedade**. (grifos nossos)

Consigna, ainda, que “O progresso traça afinidade muito próxima à atividade de estabilização, decorrente do acolhimento da universalidade como ideia regulativa, (...)”. Faz remissão a excerto de Hannah Arendt, acerca do pensamento do progresso na história: “implica voltar atenção para o todo em relação ao qual a existência do particular faz sentido”.

Cabe mais registrar a seguinte lição Maria Cláudia Cachapuz:<sup>113</sup>

Há na função de progresso um dado de **correção** ao estável, na mesma medida em que se predispõe ao **discurso ideal** a possibilidade de **correção de rumos** a partir do **discurso real** proposto em concreto. [...]. Ocorre, sim, porque o enunciado dogmático se abre tanto ao trabalho de fundamentação realizado na atividade legislativa, quanto aos valores em permanente mudança em sociedade. (grifos nossos)

Por fim, a Autora avança no tema, exemplificando: “Tal fato aparece de forma explícita na atuação das cláusulas gerais no ordenamento jurídico, ao servirem como instrumentos de extensão de direitos fundamentais – e o que representam estes – às relações privadas.”<sup>114</sup> Matéria essa que será objeto de análise e abordagem em tópico específico adiante exposto.

---

<sup>111</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**. 2. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018. ISBN 978-85472-2895-8. p. 176.

<sup>112</sup> CACHAPUZ, Maria Cláudia. **Intimidade e vida privada no novo código civil brasileiro: uma leitura orientada no Discurso Jurídico**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2006. ISBN 85-7525-348-4. p. 191.

<sup>113</sup> *Ibidem*.

<sup>114</sup> *Idem* – *Op. Cit.* p. 192.

Retomando-se a tarefa de precisar o conteúdo nuclear do Art. 70.º do Código Civil português, temos por todo o exposto, como sendo adequado transportar o esquema/fórmula de “vetores” de Menezes Cordeiro, para atingirmos tal desiderato. Senão, vejamos.

Considerando o consenso doutrinário de que o referenciado Art. 70.º alberga, intrinsecamente, o “princípio geral do respeito pela dignidade e personalidade humanas” – v.g., a doutrina de Jorge Miranda anteriormente indicada –,<sup>115</sup> bem como o (“quase” consenso) de que a noção do indigitado dispositivo remete a um conjunto de bens parcelares de personalidade atípicos – obtidos, reconhecidos e normados considerando as circunstâncias (reais) envolvidas na situação concreta (materialidade da situação jurídica subjacente), para além das possibilidades jurídicas – tuteláveis (e/ou protegidos) de ofensas, podemos aqui adotar, para a aferição do conteúdo essencial da norma do Art. 70.º, esquema/fórmula semelhante ao utilizado por Menezes Cordeiro na busca da noção da boa-fé objetiva.

Vejamos: *mutatis mutandis* temos uma norma – do Art. 70.º do CC – que alberga o princípio geral do respeito pela dignidade e personalidade humanas, bem como o princípio da regulação material das novas potenciais tipificações de direitos de personalidade, reconhecidos e tuteláveis (estes) em casos concretos de ofensas (ou ameaças de ofensas) aos mesmos; ofensas essas que consideramos, perfilhando doutrina de escol, ilícitos também constituídos *in concreto*, conforme abordamos em subitem específico – aqui apenas antecipamos o que adiante analisamos e consignamos. Importa destacarmos ainda, na esteira da lição de Pérez Luño, que o indigitado princípio geral do “respeito pela dignidade e personalidade humanas” implica não apenas numa garantia negativa (de que a pessoa não será objeto de ofensas), como também numa atuação positiva (a do pleno desenvolvimento da personalidade).<sup>116</sup>

Convém também consignarmos o seguinte ensinamento de António Menezes Cordeiro, que corrobora o acerto de recorrermos a sua fórmula de vetores (da boa-fé objetiva), para bem de conceber o núcleo essencial da norma do Art. 70.º do CC/66: “Podemos adiantar que os

---

<sup>115</sup> MIRANDA, Jorge, anot.; MEDEIROS, Rui, anot. – **Constituição Portuguesa Anotada**. Volume I. 2.ª ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2017. ISBN 978972540541. p. 442. Preconiza o Autor que a tipificação de “outros direitos pessoais” – na sequência dos enunciados dos “direitos básicos relativos à vida e à integridade física e moral” –, estão implicados no “princípio geral do respeito pela dignidade e personalidade humanas”. Consigna tratar-se, o indigitado dispositivo, “concretamente, como a **sede fundamental do direito geral de personalidade**”, bem como a “**expressão direta do postulado básico da dignidade humana**”. (grifos dos Autores)

<sup>116</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. ISBN 978-85-7348-789-3. p. 106. Transcrevemos o excerto, na íntegra: “De acordo com a lição de Pérez Luño, ‘a dignidade da pessoa humana constitui não apenas a garantia negativa de que a pessoa não será objeto de ofensas ou humilhações, mas implica também, num sentido positivo, o pleno desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo’”.

direitos de personalidade estão em condições de prosseguir, no domínio não-contratual, o papel que, ao longo do passado século XX, a boa-fé desempenhou, no seio dos negócios”.<sup>117</sup>

Registramos, mais, que o indigitado dispositivo do Código Civil (de baixa densidade normativa), formulado mediante a técnica legislativa da cláusula geral, remete ao juiz a complementaridade da norma. Cabe aqui consignarmos a lição segundo a qual, quanto às normas formuladas por meio de cláusula geral, o juiz, além de estabelecer o significado do enunciado normativo, cria direito, ao “completar a *fattispecie* e ao determinar ou graduar as consequências (estatuição) que entenda correlatas à hipótese normativa indicada na cláusula geral”.<sup>118</sup>

Tais características da técnica legislativa das cláusulas gerais serão mais especificamente tratadas em tópico adiante consignado.

#### 1.4.2 Da Atipicidade

Temos que a cláusula geral do art. 70.º/nº 1 do Código Civil português de 1966 alberga (ou pode albergar), para além de direitos de personalidade atípicos, ilícitos civis (e/ou juízos de ilicitude) também atípicos – configurados *in concreto* (conforme a melhor doutrina adiante indicada) – correspondentemente às violações desses direitos (atípicos), revelados via valorações e ponderações efetuadas pelos juízes, quando da interpretação e aplicação do indigitado Art. 70.º. Senão, vejamos.

Principiamos pela esclarecedora doutrina de Paulo Mota Pinto – que, convém registrar, vislumbra no dispositivo referenciado um “direito geral de personalidade”, diversamente da “tutela geral” preconizada por Menezes Cordeiro –, segundo a qual o indigitado direito geral carece “de uma delimitação clara, tendo os seus limites que ser precisados, desde logo, porque a protecção de uma pessoa pode contender com o livre desenvolvimento (e a personalidade) de outra”.<sup>119</sup>

---

<sup>117</sup> CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil IV**. Parte Geral. Pessoas. Colaboração de A. Barreto Menezes Cordeiro. 4.ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-6805-3. p. 103.

<sup>118</sup> MARTINS-COSTA, Judith. Direito Privado como “sistema em construção”: as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, v. 1, n. 8, 1998. p. 9.

<sup>119</sup> PINTO, Paulo Mota. **Notas sobre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e os direitos de personalidade no direito português**. In A Constituição concretizada: construindo pontes com público e o privado. Org. Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. ISBN 85-7348-162-5. p. 72.

Fazendo referência a Wolfgang Fikentscher,<sup>120</sup> Paulo Mota Pinto registra que o juízo de ilicitude da ofensa dos bens englobados num “direito-quadro” requereria especiais cuidados: “a tipicidade de **uma** ofensa – (no sentido simples de que ela ‘ofende a personalidade física ou moral’) *não seria só por si indiciadora da ilicitude*”. O juízo de ilicitude da ofensa desses bens implica, antes, “uma atividade de concretização do direito geral de personalidade, pela valoração e ponderação dos interesses e bens em conflito no caso concreto”.<sup>121</sup> (negrito nosso) (itálico do Autor)

Efetivamente, a primeira tarefa (do juiz) na concretização do Art. 70.º /n.º 1 do CC/66 (complementação da “*fattispecie* suficiente”)<sup>122</sup> diz com a verificação/reconhecimento de “novo”<sup>123</sup> direito de personalidade, mediante valoração – as pautas valorativas são buscadas no sistema jurídico<sup>124</sup> e fora dele (como são as valorações atinentes à Moral que são juridicizadas)<sup>125</sup> – e/ou ponderação de interesses e bens em conflito e/ou em colisão no caso concreto (lembrando que os bens de personalidade comumente se interpenetram, conforme consignado por abalizadas doutrinas aqui referidas). Em suma, valorações e ponderações efetuadas tendo em conta (no caso concreto) as circunstâncias que envolvem a materialidade da situação jurídica subjacente<sup>126</sup> – princípio/vetor que entendemos compor o conteúdo nuclear do enunciado normativo do Art. 70º da tutela geral da personalidade –,<sup>127</sup> para além da consideração das possibilidades fáticas e jurídicas básicas (verificadas na solução de casos concretos em geral, por decisão judicial).

---

<sup>120</sup> PINTO, Paulo Mota. **Notas sobre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e os direitos de personalidade no direito português**. In A Constituição concretizada: construindo pontes com público e o privado. Org. Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. ISBN 85-7348-162-5. p. 72. Faz referência a Wolfgang Fikentscher como um dos representantes de uma das perspectivas do direito geral de personalidade.

<sup>121</sup> *Idem* – *Op. Cit.* p. 72-73.

<sup>122</sup> Doutrinas de Marcos Bernardes de Mello e de Judith Martin-Costa, adiante consignada.

<sup>123</sup> As aspas de “novo” são por conta de que as “projeções da personalidade humana” são apenas reveladas e reconhecidas (e/ou traduzidas/construídas dogmaticamente pela argumentação jurídica).

<sup>124</sup> António Menezes Cordeiro ensina: “Enquanto produto de regras de Direito, o direito de personalidade comunga de valores básicos do sistema em que se integre. Toda a escala de valores, dentro da harmonia própria do sistema, intervém no domínio da concretização de cada direito de personalidade”. (CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil IV**. Parte Geral. Pessoas. Colaboração de A. Barreto Menezes Cordeiro. 4.ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-6805-3. p. 106).

<sup>125</sup> Conforme ensinamento de Maria Cláudia Cachapuz.

<sup>126</sup> António Menezes Cordeiro também usa a expressão “realidade subjacente”.

<sup>127</sup> Conforme explicitado em tópico anterior.

Corroborar a constatação dessa primeira faceta (indicada na doutrina de Paulo Mota Pinto antes exposta) da cláusula geral do Art. 70.º/n.º 1, na sua concretização/aplicação, a seguinte lição de António Menezes Cordeiro:<sup>128</sup>

O artigo 70.º, enquanto regra geral de proteção, dá azo aos direitos de personalidade que correspondem aos bens necessariamente existentes. Temos, como exemplos, o direito à vida e o direito à honra: sempre presentes e capazes, pelo seu perfil, de abrangerem as mais diversas situações.

Prossegue o mesmo Autor:<sup>129</sup>

Não há qualquer razão para fechar a série de direitos de personalidade: eles dependem da existência de bens de personalidade. Por exemplo, o direito à confidencialidade de ‘diários’. Teríamos, então, o direito de personalidade ‘atípico’, juridificado pelo artigo 70.º do Código Civil. Em suma: o art. 70.º dispensa uma tutela geral, podendo dar azo a diversos direitos subjetivos de personalidade, em sentido próprio: **não há, neste domínio, qualquer tipicidade.** (grifo nosso)

A lição de Maria Cláudia Cachapuz – atinente às funções (dentre outras) das cláusulas gerais de “atualização à norma jurídica” e/ou de “progresso” (que abordamos em tópico específico adiante consignado) – cabe desde já ser registrada: “(...) o legislador antecipa, por meio da cláusula geral a intenção de progresso ao enunciado normativo”; a busca de um novo consenso acerca do significado de um enunciado normativo “tem também em conta a necessidade de conferir uma permanente atualização à norma jurídica (...)”.<sup>130</sup>

Prossegue a mesma Autora:<sup>131</sup>

O que é próprio à cláusula geral, quando confere atualidade à norma jurídica, é o fato de permitir, principalmente na análise de direitos fundamentais afetos às relações privadas, o estabelecimento de contato entre o enunciado normativo dirigido à regulação das relações privadas e **as disposições mais amplas do texto constitucional.** A intenção é de extrair deste texto os fundamentos, os objetivos e os princípios que embasam todas as relações jurídicas **construídas** a partir do mesmo ordenamento jurídico. (grifos nossos)

Em linha semelhante, António Menezes consigna: “Também o conflito entre direitos fundamentais – liberdade de imprensa *versus* direito ao bom nome e à reputação – pode ser cinzelado através da ponderação do(s) direito(s) de personalidade subjacente(s)”.<sup>132</sup>

---

<sup>128</sup> CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil IV.** Parte Geral. Pessoas. Colaboração de A. Barreto Menezes Cordeiro. 4.ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-6805-3. p. 108.

<sup>129</sup> *Idem* – **Op. Cit.** p. 108-109.

<sup>130</sup> MARTINS-COSTA, Judith. Modelos de direito privado. **A construção de um conceito de privacidade, as cláusulas gerais e a concreção de direitos fundamentais.** CACHAPUZ, Maria Cláudia. (dentre os Coautores) 1. ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2014. ISBN 978-85-66722-16-1. p. 61.

<sup>131</sup> *Ibidem.*

<sup>132</sup> CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil IV.** Parte Geral. Pessoas. Colaboração de A. Barreto Menezes Cordeiro. 4.ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-6805-3. p. 103.

Cabe ainda, nesta quadra, registrarmos que António Menezes Cordeiro indica como um dos três grandes tipos de cláusula geral o denominado “extensivo”:<sup>133</sup> “(...) o tipo extensivo amplia uma regulação dispersa em vários preceitos (...)”.<sup>134</sup> O mesmo Autor exemplifica com o “ex-art. 1778.º, g)” da versão original do Código Civil: “(...) o legislador, depois de enumerar os diversos factores que articulava para a separação litigiosa de pessoas e bens, complementava: «Qualquer outro facto que ofenda gravemente a integridade física ou moral do requerente»”.<sup>135</sup>

Nessa esteira, temos que, relativamente às tipificações de “direitos subjetivos de personalidade” em sentido próprio (primeira faceta do indigitado dispositivo), pela via da cláusula geral do art. 70.º do CC/66, vislumbramos o tipo “extensivo” da classificação adotada por Menezes Cordeiro, haja vista que lhe [art. 70.º] sucedem dispositivos legais reguladores de direitos de personalidade especiais. Heinrich Ewald Hörster ensina:<sup>136</sup> “Em caso de violação de um direito de personalidade a solução deve ser procurada primeiro nas regras dos arts. 72º a 80º; só na sua insuficiência se recorre ao direito geral de personalidade do nº 1 do art. 70.º”.

Cabe aqui adiantarmos o registro de que vislumbramos, também, no mesmo dispositivo do Art. 70º (considerando suas demais facetas adiante explicitadas), os outros dois tipos de cláusulas gerais indicados por Menezes Cordeiro, conforme, adiante, buscamos demonstrar e sustentar.

Nesta quadra, retomamos a linha de raciocínio de Paulo Mota Pinto, registrada no início deste capítulo, para destacarmos como desenvolveu o tema (especialmente quanto aos ilícitos). O escopo é avançarmos na matéria da “Atipicidade”, ora em exame.<sup>137</sup>

---

<sup>133</sup> CORDEIRO, António Menezes – **Da boa fé no direito civil**. – (Teses de doutoramento) – Coimbra: Edições Almedina, 2017. ISBN 978-972-40-7193-0. p. 1184. O Autor faz o seguinte registro em nota de pé de página: “Aproveita-se, com adaptações, a tripartição operada por **Garstka**, (...)”. (grifamos)

<sup>134</sup> *Ibidem*. Transcrevemos, nas palavras do Autor, o seguinte excerto doutrinário: “A esta luz, indiquem-se os três grandes tipos de cláusulas gerais: restritivo, extensivo e regulativo. [...]; o tipo **extensivo** amplia uma regulação dispersa em vários preceitos, com exemplo no ex-art. 1778.º, g), acima referido [...]”. (grifamos)

<sup>135</sup> *Idem* – *Op. Cit.* – p. 1183.

<sup>136</sup> HÖRSTER, Heinrich Ewald. **A Parte Geral do Código Civil Português. Teoria Geral do Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 1992. ISBN 972-40-0710-3. p.260.

<sup>137</sup> Indicado como subitem 1.4.2 – “Da Atipicidade” do item “1.4 – Da tutela geral da personalidade – Art. 70º do Código Civil português”.

Convém aqui destacarmos a precisa lição consignada por Paulo Mota Pinto (perfilhada e/ou adotada pelo mesmo):<sup>138</sup>

Enquanto ‘direito-quadro’, o direito geral de personalidade ‘cobre uma série de normas de comportamento que têm sido encontradas e aplicadas pela jurisprudência para a protecção da pessoa’, normas estas a obter após a valoração e ponderação referidas e de cuja violação é que resultará efectivamente a ilicitude – só assim se poderá afirmar que uma ofensa (ou ameaça de ofensa) é como exige o art. 70.º, n.º 1 do Código Civil português.

Paulo Mota Pinto faz a ressalva (e remissão) de questionamento feito por Canaris à concepção de um direito geral de personalidade como “direito-quadro” – “sem virtualidades indiciadoras da ilicitude”; o Autor alemão entende já ser tempo de efetuar um esforço a “precisar o ‘direito geral de personalidade’ em formas de violação e áreas de tutela suficientemente precisas, segundo as indicações jurisprudenciais e doutriniais”, com o escopo de obter previsões suficientemente claras que possam ser indiciadoras da ilicitude.<sup>139</sup>

O mesmo Autor explicita que “Canaris propõe-se concretizar as hipóteses protegidas através de análise das áreas de tutela do direito geral de personalidade, propondo, designadamente, uma análise dos domínios de protecção orientada segundo **a espécie de acção ofensiva**”. (grifo nosso) Nessa esteira, propõe distinguir-se:<sup>140</sup>

(...) a protecção perante adulteração e afirmações *falsas* (...), que seriam ilícitas sem que haja aqui nada que ‘ponderar’; a protecção contra actos e afirmações pejorativas, incluindo a ofensa a honra (mas também as discriminações ilícitas); a tutela perante o aproveitamento comercial e económico de bens de personalidade; a ‘autodeterminação informacional’, (...).

A via de Canaris – “preferível em tese” – pressupõe, contudo, para a ordem jurídica portuguesa um esforço de delimitação de hipóteses, visto que os critérios para a **utilização do direito geral** de personalidade dependem, a título de exemplo, igualmente, da forma como legalmente consagrados os direitos especiais de personalidade.<sup>141</sup> Convém aqui pontuarmos, quanto à observação de Paulo Mota Pinto, a título de exemplo, o Art. 72.º do Código Civil português/66, cujos termos revelam algum critério de reconhecimento de espécies de ações ofensivas (possíveis de serem albergadas pelo Art. 70.º do mesmo diploma) – atinente ao “modo

---

<sup>138</sup> PINTO, Paulo Mota. **Notas sobre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e os direitos de personalidade no direito português**. In *A Constituição concretizada: construindo pontes com público e o privado*. Org. Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. ISBN 85-7348-162-5. p. 73.

<sup>139</sup> *Idem* – *Op. Cit.* p. 75.

<sup>140</sup> *Ibidem*.

<sup>141</sup> *Idem* – *Op. Cit.* p. 76.

de exercício do direito” (como adiante explicitamos); Joana Vasconcelos, em comentário ao Art. 72.º/n.º 2 do CC/66, aduz que:<sup>142</sup> (grifo nosso)

A hipótese, de verdadeira e própria colisão de direitos, é especificamente versada no n.º 2 do presente preceito, que dirime o conflito vedando, em geral, ao titular qualquer uso – profissional e não só – do nome que seja de molde a prejudicar os interesses daquele/s que tenha/m ‘nome total ou parcialmente idêntico’.

Na esteira dos referenciados Autores alemães (Wolfgang Fikentscher e, especialmente, na exemplificação das “áreas de proteção” ofertadas por Canaris) e de posições de Paulo Mota Pinto, podemos inferir haver indicativos de que o Art. 70.º n.º 1 do CC/66 alberga a tutela de direitos e/ou posições jurídicas atinentes à personalidade, de variadas formas de concretização,<sup>143</sup> assim como as correspondentes ações ofensivas ilícitas.<sup>144</sup>

Avançando no tema, temos que os indigitados Autores, ao preverem as colisões de direitos<sup>145</sup> – diante da constatação de que bens de personalidade comumente se interpenetram<sup>146</sup> – a demandarem o método da “ponderação” para a solução dos conflitos (de modo a “obter normas de comportamento (...) de cuja violação é que resultará efectivamente a ilicitude” –, ensinam que, neste bojo, podem ser incluídas ações ofensivas relacionadas ao “modo de exercício dos direitos”, como adiantamos anteriormente (na referência ao art. 72.º/n.º 2 do CC/66). Vale dizermos: as limitações e/ou condicionantes de exercícios de direitos de personalidade (de diferentes titulares) – reveladas e fixadas **no caso concreto** – as quais, caso não observadas, configuram ilicitudes; não é por acaso que a jurisprudência portuguesa, nesses casos, lança mão da aplicação do Art. 335.º do CC/66<sup>147</sup> – situado no Subtítulo IV (“Do exercício e tutela dos direitos”), do Título II (“Relações jurídicas”) do Livro I (“Parte Geral”)

---

<sup>142</sup> FERNANDES, Luís Carvalho; PROENÇA, José Brandão (Coordenadores). **Comentário ao Código Civil**, 2014. p. 181.

<sup>143</sup> António Menezes Cordeiro aduz: “(...) disporem – os direitos de personalidade e deveres acessórios que os acompanham – de ‘múltiplas formas de concretização, em função do sector em que operem’”. (*In Tratado de Direito Civil IV*. p. 132).

<sup>144</sup> Convém aqui ressaltar que no enunciado do Art. 70.º/n.º 1 consta o termo ofensa “**ilícita**”.

<sup>145</sup> CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil V**. Parte Geral. Coimbra: Edições Almedina, 2011. ISBN 978-972-40-4553-5. p. 385. Importa aqui registrar o conceito de colisão de direitos ofertado Menezes Cordeiro: “Há colisão, em sentido próprio (...), quando dois ou mais direitos subjectivos assegurem, aos seus titulares, permissões incompatíveis entre si. A colisão de direitos pressupõe, deste modo, um concurso real de normas”.

<sup>146</sup> Também Menezes Cordeiro comunga desse entendimento. Nas palavras de Menezes: “Os direitos de personalidade reportam-se a bens que, muitas vezes, se interpenetram. Daí resultam, com frequência, conflitos de direitos: seja de direitos personalidade entre si, seja de direitos de personalidade com direitos de diversa natureza. A jurisprudência tem resolvido tais conflitos com recurso ao dispositivo do artigo 335.º (colisão de direitos) [...]” (CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil IV**. p. 133).

<sup>147</sup> Como, em tópico específico, adiante consignado, demonstramos.

do Código – para a solução dos conflitos<sup>148</sup> (sustentamos, adiante, que o mesmo pode ocorrer quanto à figura do abuso de direito – art. 334.º –, outra disposição situada no mesmo subtítulo IV). (grifo nosso)

Convém ainda consignar o seguinte ensinamento de António Menezes Cordeiro acerca da colisão de direitos:<sup>149</sup>

Deverá ser desamparada a posição da pessoa que, censuravelmente, se veio a colocar em situação de colisão. O Direito não obriga as pessoas a, em momento prévio, abdicar de direitos só para prevenir colisões. Mas irá desamparar aquele que o faça censuravelmente, isto é: - violando regras de conduta; - ignorando princípios que ao caso caibam.

Retomando aqui a classificação de tipos de cláusulas gerais adotada por Menezes Cordeiro, temos que a ação ofensiva (à personalidade) relacionada ao “modo de exercício de direitos” (como adiante sustentamos mais aprofundadamente) é um indicativo de que o art. 70.º do CC/66 também se pode configurar no tipo de cláusula geral “restritiva”. António Menezes Cordeiro ensina que “O tipo restritivo opera contra uma série de permissões singulares, delimitando-as como no caso da *exceptio doli*”<sup>150</sup> – inclusa, esta figura, no “exercício inadmissível de posições jurídicas”, como leciona o mesmo Autor.<sup>151</sup>

Cabe aqui, por oportuno, consignarmos a lição de Maria Cláudia Cachapuz, na análise que faz do art. 187 do CC brasileiro de 2002<sup>152</sup> (com termos similares aos do Art. 334.º do CC/66 português, cuja análise é adiante procedida):

Escolhendo o legislador brasileiro disciplinar sobre o desequilíbrio do exercício de posições jurídicas (art. 187) no âmbito das ilicitudes, afastou-se da ideia do abuso de direito, como instituto residual do Direito Civil, preferindo normatizar a hipótese de caracterização da *ilicitude civil* (ilicitude no modo de exercício de direitos) a partir do reconhecimento, pela ponderação, de que **autorizada se apresenta a restrição a uma liberdade individual**. (grifo nosso)

---

<sup>148</sup> Convém aqui consignarmos o registro feito por Menezes Cordeiro de que a jurisprudência portuguesa tem resolvido os conflitos de direitos decorrentes da interpenetração de bens de personalidade “com recurso ao dispositivo do art. 335.º (colisão de direitos) [...]”. Noutra altura, aduz: “A jurisprudência (...) **apela** às regras gerais do art. 335.º (...)”. (grifamos) (*In Tratado de Direito Civil IV*. p. 133 e p. 115), respectivamente.

<sup>149</sup> CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil V*. Parte Geral. Coimbra: Edições Almedina, 2011. ISBN 978-972-40-4553-5. p. 389.

<sup>150</sup> CORDEIRO, António Menezes – *Da boa fé no direito civil*. – (Teses de doutoramento) – Coimbra: Edições Almedina, 2017. ISBN 978-972-40-7193-0. p. 1184.

<sup>151</sup> *Idem* – *Op. Cit.* p. 719.

<sup>152</sup> MARTINS-COSTA, Judith. Modelos de direito privado. **A construção de um conceito de privacidade, as cláusulas gerais e a concreção de direitos fundamentais**. CACHAPUZ, Maria Cláudia. (dentre os Coautores) 1. ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2014. ISBN 978-85-66722-16-1. p. 69.

A mesma Autora, em nota de rodapé, explicita:<sup>153</sup>

Daí por que suficiente a simples contrariedade ao Direito, a partir de estímulos morais externos (boa-fé, bons costumes, fim econômico ou social), pelo art. 187, para que seja identificada uma situação de ilicitude, capaz de permitir, pela atuação judicial, a **restrição** a um direito fundamental. Uma restrição, por consequência da cláusula geral, que seja resultante, obviamente, de um exercício de ponderação frente ao caso concreto proposto à análise do intérprete jurídico. (grifo nosso)

Convém aqui, avançando no tema, consignar que há hipóteses de posições e situações jurídicas (atinentes à personalidade) que não configuram direitos subjetivos em sentido próprio e que também são passíveis de ofensas ilícitas, sendo reguladas de modo independente – não se ordenam em função de outras disposições<sup>154</sup> – exigida, é claro, a coerência interna do sistema.

Ousamos afirmar, destarte, que vislumbramos abrangidas na cláusula geral do Art. 70.º/1 do CC/66 também a categoria de atuações ilícitas que convenciamos chamar de “propriamente ditas”,<sup>155</sup> as quais guardam (como “ilícitos absolutos” que são) algum paralelismo àqueles albergados pela cláusula geral do Art. 483.º do mesmo diploma,<sup>156</sup> diferenciados (destes) pela desnecessidade do elemento subjetivo da culpa, em face do caráter objetivo das ofensas à personalidade (conforme doutrina adiante consignada), bem como pela especificidade da matéria (tutela da personalidade).<sup>157</sup> Daí por que, nessa faceta do Art. 70.º/1, vislumbramos o tipo de cláusula geral “regulativa”, na esteira da indigitada classificação de António Menezes Cordeiro, que ensina: “(...) o tipo regulativo não se ordena, como as anteriores, em função de outras disposições, surgindo de modo independente, com o paradigma no art. 483.º/1”.

Importa reproduzirmos aqui, por esclarecedor, excerto doutrinário (já referido em tópico anterior) que corrobora as doutrinas anteriores acerca de categorias de atuações ofensivas enquadráveis no Art. 70.º do CC/66 (inclusive as que ousamos identificar e denominar de “propriamente ditas”):

---

<sup>153</sup> MARTINS-COSTA, Judith. Modelos de direito privado. **A construção de um conceito de privacidade, as cláusulas gerais e a concreção de direitos fundamentais**. CACHAPUZ, Maria Cláudia. (dentre os Coautores) 1. ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2014. ISBN 978-85-66722-16-1. p. 69.

<sup>154</sup> CORDEIRO, António Menezes – **Da boa fé no direito civil**. – (Teses de doutoramento) – Coimbra: Edições Almedina, 2017. ISBN 978-972-40-7193-0. p. 1184 (um dos grandes tipos de classificação de cláusula geral – “regulativo”).

<sup>155</sup> Na linha do exemplo doutrinário, anteriormente consignado (“a protecção perante adulteração e afirmações falsas (...), que seriam ilícitas sem que haja aqui nada que ‘ponderar’”).

<sup>156</sup> O art. 483.º do CC/66 é o exemplo ofertado por Menezes Cordeiro para o tipo de cláusula geral “regulativa”. (CORDEIRO, António Menezes. **Da Boa Fé no Direito Civil**. Coimbra: Edições Almedina, 2017. ISBN 978-972-40-7193-0. p. 1184).

<sup>157</sup> Cabe aqui consignarmos a seguinte lição de António Menezes Cordeiro: “Nos sistemas que, como o português, admitam várias cláusulas gerais, há todo o interesse de diferenciá-las por campos materiais distintos, base natural, depois, para regimes próprios”. (CORDEIRO, António Menezes. **Da Boa Fé no Direito Civil**. p. 648).

Em suma: o art. 70.º dispensa uma tutela geral, podendo dar azo a diversos direitos subjetivos de personalidade, em sentido próprio: não há, neste domínio, qualquer tipicidade. **Além disso**, poderá ainda haver uma proteção **independente de quaisquer direitos subjetivos**: antes através de normas de proteção, no sentido do artigo 483.º/1. Reduzir esse preceito a um simples direito subjetivo (ainda que ‘geral’, admitindo que isso conduza a uma fórmula dogmaticamente aproveitável) seria retirar-lhe **eficácia**, no domínio da tutela da personalidade.<sup>158</sup> (grifos nossos)

Extraímos da lição antes transcrita (de Menezes Cordeiro) dois pontos a destacar (atinentes à amplitude da “tutela geral da personalidade” operável pela cláusula geral do indigitado Art. 70.º): *a*) a via da especificação/tipificação de direitos subjetivos de personalidade, no caso concreto, passíveis de ofensas ilícitas (também, configuradas *in concreto*);<sup>159</sup> sendo que, nos casos de colisões (envolvendo pelo menos um (1) direito de personalidade), perfilhamos as doutrinas<sup>160</sup> que as relacionam (ao fim e ao cabo) à ilicitude no “modo de exercício” dos direitos (inclusive a hipótese de “abuso de direito”, como adiante abordamos – englobando, esta, quaisquer posições e/ou situações jurídicas);<sup>161</sup> *b*) a via da tutela de posições e situações jurídicas variadas relacionadas à personalidade, passíveis de ofensas ilícitas nos moldes ou “no sentido” (conforme asseverou Menezes Cordeiro) previsto na cláusula geral do art. 483.º/1; lembramos que o enunciado do Art. 70.º/1 do CC/66 utiliza a expressão “qualquer” ofensa (diferenciando-se – como já dito anteriormente – dos ilícitos abrangidos pelo Art. 483.º/1, pelo carácter objetivo das ofensas à personalidade, que independe do elemento subjetivo da culpa e, mesmo, de dano).

Outros “domínios de protecção” segundo “*a espécie de acção ofensiva*” (nos termos da doutrina de Canaris) poderão – também no direito português – inserirem-se no indigitado Art. 70.º do CC/66. Cabe aqui consignarmos a lição de António Menezes Cordeiro de “(...) disporem – os direitos de personalidade e deveres acessórios que os acompanham – de ‘múltiplas formas de concretização, em função do sector em que operem’”.<sup>162</sup>

Nesta quadra, para melhor sustentarmos o antes afirmado (especialmente, quanto às ações ofensivas pelo “modo de exercício”), convém traçarmos um paralelo – nos termos que seguem – entre o Código Civil brasileiro e o português (vigentes).

---

<sup>158</sup> CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil IV**. Parte Geral. Pessoas. Colaboração de A. Barreto Menezes Cordeiro. 4.ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-6805-3. p. 109.

<sup>159</sup> A título de exemplo, a violação de diários, indicada por Menezes Cordeiro, como atípica.

<sup>160</sup> Adiante indicadas, especialmente, brasileiras. (como: MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**. 2. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018. ISBN 978-85472-2895-8. P. 667.)

<sup>161</sup> Como a doutrina de Maria Cláudia Cachapuz, adiante, indicada.

<sup>162</sup> CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil IV**. Parte Geral. Pessoas. Colaboração de A. Barreto Menezes Cordeiro. 4.ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-6805-3. p. 132.

No Código Civil brasileiro/2002, os dispositivos atinentes ao ilícito civil – Art. 186 e Art. 187 – situam-se na Parte Geral do diploma, mais especificamente no Livro III (“Dos Fatos Jurídicos”), inaugurando o Título III (“**Dos Atos Ilícitos**”); a cláusula geral do Art. 186 prevê a concepção e/ou configuração do ato ilícito (atinentes à responsabilidade civil extracontratual), sendo que o Art. 187 diz do exercício ilícito de direitos.<sup>163</sup> A obrigação de indenizar, no Código Civil brasileiro, consta do art. 927 (cujo parágrafo único prevê a responsabilidade pelo risco), no Capítulo I (“Da Obrigação de Indenizar”), do Título IX (“Da Responsabilidade Civil”), do Livro I (“Do Direito das Obrigações”).

O Código Civil português/66, por sua vez, contém, na sua Parte Geral (Livro I) – no Título II (“Relações Jurídicas”) – o Subtítulo IV (“**Do exercício e tutela dos direitos**”), inaugurado pelo art. 334.º (“Abuso do direito”), seguido pelo art. 335.º (“Colisão de Direitos”), sendo que o dispositivo da responsabilidade civil (art. 483.º) situa-se no Livro II (“Direito das Obrigações”), Título I (“Obrigações em Geral”), Secção V (“Responsabilidade civil”), **Subsecção I (“Responsabilidade por factos ilícitos”)**, assim como a “Responsabilidade pelo risco” (art. 499.º e ss.) situa-se na Subsecção II da mesma Secção V.

Cabe destacarmos que, no *locus* do Título III (“Dos Atos Ilícitos”) do Código Civil brasileiro/2002 (na Parte Geral), o legislador ordinário fez questão de separar a definição do que seja “ato ilícito” (ou mais precisamente, do que seja “cometer ato ilícito”) da disposição atinente à obrigação de indenizar (do Capítulo I do Título IX – “Da Responsabilidade Civil”) – Arts. 186 e 927, respectivamente. Tal opção do legislador autoriza e/ou viabiliza, podemos dizer, implicitamente, as tutelas, por exemplo, “inibitória” e de “remoção do ilícito” (independentemente da questão da indenização), no âmbito processual civil, via o art. 461 do CPC brasileiro.<sup>164</sup>

---

<sup>163</sup> Art. 187, cujo teor é: “Também comete ato **ilícito** o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”. (grifamos)

<sup>164</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. RENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil V.2. Processo de conhecimento**. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. ISBN 978-85-203-3633-5. p. 444. Nas palavras do Autor: “Se é imprescindível uma tutela dirigida unicamente contra a probabilidade da prática de ato contrário ao direito, é também necessária a construção de um procedimento autônomo e bastante para a prestação dessa modalidade de tutela. [...]. Tal procedimento (...) está delineado pelos arts. 461 do CPC e 84 do CDC.”

Vejam os que preconizam doutrina processual civil (brasileira) de escol acerca do tema.<sup>165</sup>

(...) é fundamental uma tutela voltada exclusivamente contra ato contrário ao direito, e não contra o dano, por ser ela imprescindível para a efetiva **tutela de direitos absolutamente relevantes**.<sup>166</sup> A configuração de uma tutela voltada apenas contra o ato contrário ao direito implica a quebra do dogma – de origem romana – de que a única e verdadeira tutela contra o ilícito é a reparação do dano, ou a tutela ressarcitória, ainda que na forma específica. (grifo nosso)

Também é lição dos mesmos Autores: “(...) como é necessário isolar uma tutela contra o ilícito (compreendido como ato contrário ao direito), requer-se a reconstrução do conceito de ilícito, que não pode mais ser compreendido como sinônimo de fato danoso”.<sup>167</sup> E complementam ainda: “(...) a tutela inibitória não tem entre seus pressupostos o dano e a culpa, limitando-se a exigir a probabilidade da prática de um ilícito, ou de sua repetição ou continuação”.<sup>168</sup>

As figuras processuais de tutela inibitória e de remoção do ilícito (do direito brasileiro) têm certa semelhança ao estatuído no Art. 70.º n.º 2 do CC português/66 – as chamadas “providências adequadas” (estas, previstas no âmbito do direito material). Também, a cláusula geral do Art. 70.º do CC/66 português – como as dos Arts. 186 e 187 do CC/2002 brasileiro – cuja “contrariedade ao direito” albergada diz com ofensa ativa ou passiva à personalidade humana, situa-se (o dispositivo) na Parte Geral do Código.

O escopo de traçarmos tal paralelo – quanto ao *locus* dos dispositivos legais tangentes aos atos ilícitos e ao exercício dos direitos (de cada ordenamento jurídico) – é o de melhor situarmos as ofensas ilícitas à personalidade previstas no Art. 70.º do CC/66 – considerando o tratamento sistemático conferido pelo Código Civil português à figura do ilícito – analisando as disposições legais pertinentes mediante a interpretação sistemática (pela régua da coerência interna do sistema). O objetivo específico, como já referido, diz com a perquirição mais aprofundada de ser (ou não) o “modo de exercício de direitos” uma das espécies de ação

---

<sup>165</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. RENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil V.2. Processo de conhecimento**. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. ISBN 978-85-203-3633-5. p. 454.

<sup>166</sup> *Ibidem*. Oportuno anotar a seguinte explicação dos Autores: “É que, dentro da sociedade atual, determinados bens são imprescindíveis para uma organização social mais justa. *Essas normas, que proíbem determinados atos, obviamente devem ser respeitadas, pois de outra forma os bens que visam proteger serão irremediavelmente prejudicados.* [...] *Portanto, se essas normas objetivam garantir bens imprescindíveis à vida social, é claro que sua violação, por si só, implica em transgressão que deve ser imediatamente corrigida.* [...] *O que realmente interessa é dar efetividade à norma não observada*”.

<sup>167</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. RENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil V.2. Processo de conhecimento**. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. ISBN 978-85-203-3633-5. p. 444.

<sup>168</sup> *Idem* – *Op. Cit.* p. 445.

ofensiva contra a personalidade, abrangidas no indigitado Art. 70.º – na linha anteriormente indicada de tipificação do ilícito *in concreto* (o que também será adiante tratado).

Antes de adentrarmos na questão específica do ilícito pelo “modo de exercício de direito”, destacamos algumas lições de Marcos Bernardes de Mello acerca dos “ilícitos absolutos”, aplicáveis, segundo entendemos, ao direito português no âmbito da matéria atinente à tutela geral da personalidade.

O indigitado Autor ensina que: “se a infração é a direito absoluto, tem-se um *ilícito absoluto* que entra na classe dos *delitos*”; aduz ser necessário considerar que a contrariedade a direito existe não apenas na infração a direito subjetivo – explicita que a expressão «violar direito» do art. 186 do CC/2002 brasileiro “implica ter-se como ilícito o ato que infrinja direito que não seja direito subjetivo (...)”.<sup>169</sup> Temos que o mesmo pode ser dito do Art. 70.º do CC/66 português, considerando, especialmente, uma das facetas da cláusula da “tutela geral da personalidade” – a “regulativa” (anteriormente sustentada).

A norma do art. 186 não se refere à ilicitude como gênero – *define uma espécie de ato ilícito*: “o ato ilícito *stricto sensu* também chamado *delito* ou *ato ilícito absoluto*”; a disposição genérica do art. 186 do CC/2002 brasileiro se funda na necessidade prática de que “sejam alcançadas, na ordem civil, todas as espécies possíveis de violações de direitos de que resultem danos materiais ou imateriais (...)”.<sup>170</sup> Vislumbramos, nesta esteira, que o art. 483.º do CC/66 português também se enquadra nessa categoria, cujo escopo – alcançar maior leque possível de violações – também pode ser vislumbrado na ilicitude objetiva contida no Art. 70.º do CC português (da tutela geral da personalidade), sem necessariamente haver culpa e dano (como anteriormente dissemos).

Merece destaque, igualmente, a seguinte lição de Bernardes de Mello:<sup>171</sup>

Quando entre o que pratica o ilícito (= agente) ou está a ele, ilícito, vinculado, e o ofendido (= vítima) não existe relação jurídica ou, se existe, é de direito absoluto (= relação jurídica a sujeito passivo total, o *alter*), como acontece com os direitos reais e os **direitos de personalidade**, por exemplo, o ilícito é absoluto. (grifo nosso)

Ainda deste Autor, destacamos a lição de que constitui elemento completante (dentre outros) do ato ilícito *stricto sensu i*) a espécie de direito ofendido, sendo essencial que entre o ofensor e o ofendido: “a) não exista qualquer relação jurídica ou, (b) se houver, que seja de direito absoluto (= relação jurídica com sujeito passivo total, o *alter*)”; *ii*) o dano: não apenas

---

<sup>169</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 18. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012. p. 262.

<sup>170</sup> *Idem* – **Op. Cit.** p. 275.

<sup>171</sup> *Idem* – **Op. Cit.** p. 276.

patrimonial – também o dano moral e o dano estético – porém, a todos, a reparação tem natureza patrimonial e *iii*) a reparabilidade do dano mediante indenização.<sup>172</sup> No que tange à ofensa à personalidade prevista no Art. 70.º do CC/66 português, para que haja a eficácia indenizativa, faz-se mister o atendimento aos demais pressupostos do ato ilícito *stricto sensu*, nos termos do art. 483.º do mesmo diploma, conforme preconiza a melhor doutrina.

Passamos, nesta quadra, à análise de doutrinas atinentes à ilicitude pelo “modo de exercício de direito”. Princípios com a doutrina de Judith Martins-Costa acerca do “exercício jurídico”, que lança mão de conceitos de António Menezes Cordeiro:<sup>173</sup>

O exercício jurídico corresponde, em sentido larguíssimo, a uma atuação humana relevante para o Direito, abrangendo atos jurídicos lícitos e **ilícitos**, é dizer: a uma *atuação prática do conteúdo* previsto abstratamente nas normas jurídicas. Em sentido estrito ou próprio, diz Menezes Cordeiro, a palavra *exercício* «traduz a concretização, por uma pessoa, de uma situação, activa ou passiva, que lhe tenha sido conferida pelo Direito». (grifo nosso)

As leis, modo geral, adotam um modelo misto para apreender atuações concretas do conteúdo das normas: “para alguns dos institutos típicos do exercício, adota-se um regramento detalhado; para outros, é traçada uma moldura, a ser jurisprudencialmente desenvolvida conformemente a determinados *standards* comportamentais”. Outrossim, as legislações ora colocam as principais balizas do exercício jurídico em *standards ou noções-quadro*, sob um mesmo setor, ora dispersam suas normas regulamentadoras “entre a responsabilidade civil, os direitos reais e os contratos, por exemplo, neste caso apontando uma regulação mais fortemente marcada pela casuística”.<sup>174</sup>

Nessa linha, podemos dizer que o Código Civil português/66 situa num mesmo setor (Subtítulo IV “Do exercício e tutela dos direitos”) as principais balizas do exercício jurídico nas *noções-quadro*, v.g., dos Arts. 334.º e 335º (ainda que haja controvérsia acerca da adequação do posicionamento do art. 334.º no indigitado subtítulo); por outro lado, o mesmo Código, “dispersa” na Secção V (“Responsabilidade civil”) – Subsecção I (“Responsabilidade por factos ilícitos”), v.g., o Art. 484.º, que regula “casuisticamente” um ilícito atinente ao modo de exercício. O legislador do CC/66 adotou, pois, o “modelo misto” de apreensão das atuações concretas do conteúdo das normas, como consignado na doutrina antes referida.

---

<sup>172</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 18. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012. p. 286.

<sup>173</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: Critérios para a sua aplicação**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. ISBN 978-85-472-2895-8. p. 666.

<sup>174</sup> *Ibidem*.

Importa mais destacarmos a seguinte lição da mesma Autora:<sup>175</sup>

Diferentemente, o Código Civil de 2002, conquanto não tenha denominado com *a etiqueta específica* o conjunto das principais normas concernentes ao exercício jurídico (como o fez, por exemplo, o **Código Civil português**, arts. 334 a 396), regulou-o, ordenadamente, ao versar, no Livro III da sua Parte Geral, os Fatos Jurídicos, traçou-o sequencialmente e mencionando a dupla previsão da ilicitude civil (arts. 186 e 187). (negrito nosso) (itálico do Autor)

O vigente art. 187 do CC/2002 qualifica como ilícito também “o ato cometido pelo titular de um direito que ao exercê-lo «excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes»”. A noção legal de ilicitude civil “recobre, portanto, a contrariedade ao Direito em qualquer de suas formas” – “*Ilicidade* é a lesão a interesse juridicamente protegido”.<sup>176</sup>

Martins-Costa aduz que o ordenamento jurídico brasileiro acolhe não apenas a ilicitude subjetiva (art. 186), mas igualmente a lesão proveniente da chamada «ilicitude objetiva» - independente do elemento subjetivo (culpa ou dolo) – “normalmente configurada no momento do **exercício** de posições jurídico-subjetivas, quando tido, este, como inadmissível ou disfuncional, segundo certas balizas que o enunciado legal pontua”.<sup>177</sup> (grifo nosso)

Cabe aqui consignarmos que Tatiana Guerra de Almeida, em comentário ao Art. 334.º do Código Civil português vigente (inaugurado com o título “Abuso do Direito”), consigna: “(...) o comportamento abusivo não se limita ao exercício de direitos subjectivos (em sentido estrito ou técnico), reconhecendo-se unanimemente que a actuação abusiva pode verificar-se no quadro do exercício de outras posições jurídicas (faculdades, poderes, liberdades)”.<sup>178</sup> Sob o título «As concretizações da inadmissibilidade do exercício», António Menezes Cordeiro doutrina que, nas decisões em que o abuso de direito é remetido para o exercício em desequilíbrio, “afloram os vectores básicos da figura, como a tutela da confiança e o atender à **realidade subjacente**” – clara é a “exigência metodológica profunda da ponderação das consequências”.<sup>179</sup> (grifo nosso)

---

<sup>175</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: Critérios para a sua aplicação**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. ISBN 978-85-472-2895-8. p. 667.

<sup>176</sup> *Idem* – **Op. Cit.** p. 666.

<sup>177</sup> *Idem* – **Op. Cit.** p. 667.

<sup>178</sup> FERNANDES, Luís Carvalho “Coord”; PROENÇA, José Brandão “Coord” - **Comentário ao Código Civil**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2014. ISBN 978-972-54-0423-2. p. 786.

<sup>179</sup> CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil IV**. Parte Geral. Pessoas. Colaboração de A. Barreto Menezes Cordeiro. 4.ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-6805-3. p. 895.

Na precisa lição de Judith Martins-Costa, o princípio da boa-fé (uma das balizas do exercício jurídico lícito) “impacta no **plano da eficácia**, pois atua como fator de conformação do **exercício** de direitos subjetivos ou de direitos formativos ora determinando a ineficácia, ora a eficácia apenas parcial (...)”.<sup>180</sup> (grifos nossos)

Judith Martins-Costa aduz mais que o indigitado Art. 187 do CC/2002, em outros sistemas jurídicos, é expresso pela fórmula «abuso de direito» – “alguns Autores inclusive repelindo tratar-se de hipótese de ilicitude”; tal ilicitude não se limita ao «abuso», tampouco está reduzida ao exercício de um direito subjetivo em sentido estrito.<sup>181</sup> Explicita a mesma Autora:<sup>182</sup>

Mas o art. 187 – que trata, efetivamente, da **ilicitude no modo de exercício do direito** – não se limita à figura do abuso, não requer a intenção emolativa e abarca (i) o exercício *contraditório*, quando desleal; (ii) o exercício *disfuncional* (pois divorciado da função atribuída ao direito subjetivo, potestativo ou faculdade); e (iii) o exercício *desmesurado* ou desmedido de direito subjetivo, potestativo ou faculdade. (grifo nosso)

Martins-Costa arremata com precisão:<sup>183</sup>

O art. 187 prevê, portanto, uma *ilicitude no modo de exercício* de posições jurídico-subjetivas – não apenas direitos subjetivos, em sentido técnico, porém, por extensão, também **poderes, liberdades, pretensões e faculdades**. Por esta razão, delinea uma ilicitude que **só se pode apreender em concreto**, isto é, como resultado de uma **ponderação** entre os elementos **circunstanciais fáticos e normativos** envolventes, precisamente, deste *modo de exercício*. (negrito nosso) (itálico do Autor)

Por conta dessas características, a ilicitude no modo de exercício “não é detectável *a priori*, inexistindo um conteúdo predefinido pelo legislador do que seja o exercício *regular e funcionalmente adequado*”. As circunstâncias presentes no momento do exercício (do direito, liberdade, poder ou faculdade) “que vão configurar, ou não, a sua admissibilidade, isto é, a sua conformidade com o respectivo fim econômico ou social, a boa-fé ou os bons costumes”.<sup>184</sup>

---

<sup>180</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**. 2. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018. ISBN 978-85472-2895-8. p. 667-668.

<sup>181</sup> *Idem* – **Op. Cit.** p. 668-669.

<sup>182</sup> *Idem* – **Op. Cit.** p. 669.

<sup>183</sup> *Idem* – **Op. Cit.** p. 669-670.

<sup>184</sup> *Idem* – **Op. Cit.** p. 670.

Tal abordagem de Martins-Costa tem um contraponto, em excerto doutrinário de Helena Carpena (que não vê no abuso de direito um ilícito):

O ilícito, sendo resultante da violação de limites formais, pressupõe a existência de concretas proibições normativas, ou seja, é a própria lei que irá fixar limites para o exercício do direito. No abuso não há limites definidos e fixados aprioristicamente, pois estes serão dados pelos princípios que regem o ordenamento os quais contêm seus valores fundamentais.<sup>185</sup>

Ocorre que, na esteira da doutrina de Martins-Costa, que ora esposamos, são as circunstâncias presentes no momento do exercício (do direito, liberdade, poder ou faculdade) “que vão configurar, ou não, a sua admissibilidade”. Aplicando os indigitados ensinamentos da Autora (com as devidas adaptações) às ofensas ilícitas à personalidade (do Art. 70.º do CC/66 português), geradas pelo modo de exercício, temos que as circunstâncias presentes no momento do exercício (do direito, liberdade, poder ou faculdade) dirão se foi, ou não, conformado – o exercício – pelo princípio do respeito à dignidade e personalidade humanas, tendo em conta critérios ofertados pelo sistema jurídico (para além dos critérios contidos no indigitado art. 334.º do CC português, também presentes no art. 187 do CC brasileiro).

Cabe ainda consignarmos a assertiva de Martins-Costa de que as figuras do exercício jurídico ilícito podem gerar eficácias indenizatórias (se presentes os pressupostos), sendo que, em caso contrário, “a eficácia será a de paralisar o exercício jurídico ou permitir o exercício de tutelas de remoção do ilícito”.<sup>186</sup>

Tendo em conta a ênfase dada por Judith Martins-Costa ao plano da eficácia na configuração do ilícito pelo modo de exercício jurídico, são demandados, nesta quadra, alguns conceitos magistralmente formulados por Marcus Bernardes de Mello, como: “A eficácia da norma jurídica (= incidência) tem como pressuposto essencial a concreção de todos os elementos descritos como seu suporte fáctico (= suporte fáctico suficiente).”<sup>187</sup> Ainda: “(...) incidência e aplicação são dois momentos distintos na vida da norma jurídica; a incidência é um *prius* em relação à aplicação”.<sup>188</sup>

---

<sup>185</sup> FERREIRA, Wallace. Abuso de direito – entre a teoria e a realidade. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3825, 21 dez. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/26208>. Acesso em: 18 nov. 2021.

<sup>186</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**. 2. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018. ISBN 978-85472-2895-8. p. 671.

<sup>187</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: plano da eficácia**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. ISBN 85-02-04703-5. p. 17.

<sup>188</sup> *Idem* – **Op. Cit.** p. 18. (em nota de pé de página)

Existe um *nexo causal* entre eficácia jurídica, fato jurídico e norma jurídica, porquanto não poder haver eficácia jurídica sem fato jurídico do qual provenha, tampouco fato jurídico sem que decorra da incidência de norma jurídica.<sup>189</sup> O mesmo Autor assevera que, “concretizando-se no mundo dos fatos o suporte fático de uma norma jurídica, ocorre necessariamente sua incidência e, portanto, o surgimento do fato jurídico correspondente”; e mais: “A eficácia normativa (= incidência), que se traduz na juridicização do suporte fático, não é tão-só uma possibilidade, (...)”.<sup>190</sup>

Esclarecedora, igualmente, a acepção da expressão *situação jurídica* ofertada por Bernardes de Mello: em sentido lato, “toda e qualquer consequência que se produz no mundo jurídico em decorrência de fato jurídico, englobando todas as categorias eficaciais”; em sentido estrito, “exclusivamente os casos de eficácia jurídica em que não se concretiza uma relação jurídica” – quando esta existe, “os direitos subjetivos que dela emanam não implicam ônus e sujeição na posição passiva”.<sup>191</sup>

Vislumbramos, com base nesses ensinamentos de Bernardes de Mello, que a juridicização do suporte fático da cláusula geral do Art. 70.º ou o desencadeamento do processo de incidência da norma sobre o fato do mundo real se dá mediante a concretização do princípio/vetor da materialidade da situação jurídica subjacente (na linha de nosso entendimento sobre o conteúdo nuclear/mínimo da norma do indigitado Art.70.º), para além da conformação (ou não) do princípio do respeito à dignidade e personalidade humanas – do que resulta o fato jurídico (descoberto pelo juiz) capaz de gerar consequências/efeitos jurídicos (no âmbito da tutela da personalidade).

Importa mais registrar que, também no Art. 70.º n.º 2, há alguma atipicidade – o juiz é autorizado a indicar (e/ou estatuir) “as providências adequadas às circunstâncias do caso”, para prevenir e/ou atenuar ofensa atuada contra a personalidade humana. Estas providências que a lei não especifica ficam a critério do julgador, conforme o regime do direito em causa.<sup>192</sup>

---

<sup>189</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: plano da eficácia**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. ISBN 85-02-04703-5. p. 18.

<sup>190</sup> *Idem* – **Op. Cit.** p. 23.

<sup>191</sup> *Idem* – **Op. Cit.** p. 78-79.

<sup>192</sup> HÖRSTER, Heinrich Ewald. **A Parte Geral do Código Civil Português. Teoria Geral do Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 1992. ISBN 972-40-0710-3. p. 260-261. Palavras do Autor, na íntegra: “Tendo ocorrido uma ofensa ilícita ou existindo uma ameaça de ofensa ilícita, a lei admite também uma dupla reacção: (1º) o n.º 2 do art. 70º prevê ‘as providências adequadas às circunstâncias do caso’. Estas providências que a lei não especifica, deixando-as ao critério do julgador de acordo com o regime do direito em causa, destinam-se no caso de concretização da ofensa, a atenuar os seus efeitos e, no caso de ameaça de ofensa, a evitar a sua consumação. (Apenas no art. 75º, n.º 2, a lei prevê determinadas providências concretas quanto à manutenção da reserva a respeito do conteúdo de cartas confidenciais. (2º) além das providências adequadas poderá haver lugar à responsabilidade civil caso se verifiquem os pressupostos da responsabilidade por factos ilícitos, designadamente a culpa e a existência de dano (art. 70º, n.º 2, em ligação com os arts. 483º ss.) ou os pressupostos da responsabilidade pelo risco, ou seja, a concretização do risco e a existência de um dano (art. 70º, n.º 2, em ligação com os arts. 499º ss.).

Por fim, retomando a questão atinente ao art. 334.º do CC/66 português – figura situada no Subtítulo IV “Do exercício e tutela dos direitos” (do Título II – “Relações Jurídicas” do Livro I – “Parte Geral” do Código), sob o título “Abuso de direito” – quanto à discussão sobre o termo “ilegítimo” contido no seu enunciado, que remete ao plano da validade,<sup>193</sup> temos que os seguintes ensinamentos de Maria Cláudia Cachapuz, com os quais comungamos, são esclarecedores. Senão vejamos:<sup>194</sup>

(...) num estudo comparado com o art. 334 do Código Civil de Portugal, vê-se que, no ordenamento jurídico português, o tratamento doutrinário dispensado para o abuso de direito é próximo ao campo das invalidades dos negócios jurídicos, muito embora o enunciado normativo esteja vinculado ao capítulo do exercício e tutela de direitos. [...]. Tal realidade, porém, não dispensou aos doutrinadores portugueses a compreensão de que se trate de uma invalidade decorrente do reconhecimento de uma situação de ilicitude, gerada a partir de uma «ilegitimidade do exercício de direitos».

A mesma Autora também ensina que a perspectiva de exame do fenômeno jurídico – exame da cláusula geral do Art. 187 do Código Civil brasileiro com a adoção de argumentação fundada na teoria externa das restrições a direitos fundamentais – se qualifica em relação às restrições possíveis a uma liberdade subjetiva: “estas restrições é que são externas aos elementos de constituição do enunciado normativo – e não, em relação aos elementos do enunciado em si mesmos”.<sup>195</sup> Prossegue, Maria Cláudia Cachapuz, nos termos que seguem:

O que contribui como móbil externo à liberdade humana são as restrições à liberdade. Mas esta liberdade, pressuposta que é como condição de desenvolvimento da personalidade humana, **é internamente ilimitada** para a configuração do Direito, porque a vontade do homem, em si mesma, não é determinada por máximas empíricas, mas por máximas universais.<sup>196</sup> (grifo nosso)

Por todo o exposto, temos que, efetivamente, a atipicidade é nota característica do Art. 70.º do Código Civil/66 português, permeando toda a operacionalidade desta cláusula geral, seja na criação/tipificação de direitos de personalidade, seja na configuração de ilícitos (ações ofensivas à dignidade e personalidade humanas) – das mais variadas formas. A riqueza desta cláusula geral – de “nacionalidade” portuguesa – também reside em abarcar as possibilidades

---

<sup>193</sup> Interessante anotar (a título de exemplo) a observação de Heinrich Ewald Hörster: “O art. 334.º tem em vista, tendencialmente, **mas não só**, as vinculações imanentes aos direitos subjectivos; (...)”. (sublinhado nosso) (HÖRSTER, Heinrich Ewald. **A Parte Geral do Código Civil Português. Teoria Geral do Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 1992. ISBN 972-40-0710-3. p. 281).

<sup>194</sup> MARTINS-COSTA, Judith. Modelos de direito privado. **A construção de um conceito de privacidade, as cláusulas gerais e a concreção de direitos fundamentais**. CACHAPUZ, Maria Cláudia. (dentre os Coautores) 1. ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2014. ISBN 978-85-66722-16-1. p. 68-69.

<sup>195</sup> *Idem* – **Op. Cit.** p. 70.

<sup>196</sup> *Ibidem*.

dos três grandes tipos de cláusulas gerais (indicados por Menezes Cordeiro, com precisão), quais sejam: extensivo, restritivo e regulativo; essa versatilidade é devida, provavelmente, à matéria relevante de que trata (*jusfundamental*), demandando a proteção mais ampla possível.<sup>197</sup>

---

<sup>197</sup> Essa proteção mais ampla possível também foi, v. g., vislumbrada por Heinrich Ewald Hörster, no seguinte excerto doutrinário: “De acordo com a lei, todos estes direitos são protegidos duplamente: (1º) contra **qualquer ofensa ilícita**. Não é preciso culpa para se poder verificar uma ofensa. Além disso, não é necessária a intenção de prejudicar o ofendido: decisiva é **a ofensa em si**. Estas soluções, assentes no facto objectivo da violação, compreendem-se perfeitamente, uma vez que **a lei pretende a protecção mais ampla possível**. (2º) contra **uma ameaça** de ofensa, sendo esta ameaça concreta (...) e não apenas pensável”. (grifamos) (HÖRSTER, Heinrich Ewald. **A Parte Geral do Código Civil Português. Teoria Geral do Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 1992. ISBN 972-40-0710-3. p. 260).

## CAPÍTULO II – DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais consagrados na Constituição têm uma juridicidade específica, por constarem desse instrumento escrito – seu valor jurídico e sua força de conformação não foram sempre os mesmos. Hoje, comandam todo o ordenamento jurídico, impondo-se à própria função legislativa – por força do princípio da constitucionalidade (artigo 3.º/3, da CRP).<sup>198</sup>

Importa aqui destacar o seguinte registro feito pelo mesmo Autor: “Na expressão de Krüger, se antes os direitos fundamentais só existiam no quadro das leis, hoje as leis só valem no quadro dos direitos fundamentais”.<sup>199</sup>

As referências aos direitos fundamentais, numa perspectiva jurídico-constitucional, ora dizem com o conjunto de preceitos normativos que definem o *estatuto fundamental das pessoas* na sociedade política; ora visam designar as *posições jurídicas subjectivas* “atribuídas ou reconhecidas aos indivíduos e cidadãos por esses mesmos preceitos normativos”.<sup>200</sup>

Vieira de Andrade registra ainda que:<sup>201</sup> “[...] a generalidade dos Autores alude à existência de uma «dupla dimensão», de uma «dupla natureza», de um «duplo carácter» ou de uma «dupla função» (em qualquer dos casos, subjectiva e objectiva, individual e comunitária) dos direitos fundamentais”.

Sem dúvida, essa dupla dimensão dos direitos fundamentais é quase um consenso doutrinário. Todavia, Vieira de Andrade faz a crítica da utilização desses conceitos para variados fins (“válidos para quase todas as situações de emergência”), sem “que seu significado concreto esteja bem definido”. Entende como significativo fazer a distinção para afirmar que os preceitos relativos aos direitos fundamentais, além de configurarem posições jurídicas de que os indivíduos são titulares perante o Estado, “antes valem juridicamente também do ponto de vista da comunidade, como valores ou fins que esta se propõe prosseguir, em grande medida através da acção estadual”.<sup>202</sup>

---

<sup>198</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 4.ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 2009. ISBN: 978-972-40-3716-5. p. 40.

<sup>199</sup> *Ibidem*.

<sup>200</sup> *Idem – Op. Cit.* p. 72.

<sup>201</sup> *Idem – Op. Cit.* p. 08.

<sup>202</sup> *Idem – Op. Cit.* p. 109.

A proclamação, pela doutrina em geral, da indigitada dupla dimensão – subjetiva e objetiva – dos direitos fundamentais, faz-se numa perspectiva redutora (ou, mesmo, aglutinadora), haja vista, como exemplifica Vieira de Andrade, ser reconhecido, no conjunto normativo de regência “incluindo as próprias normas que prevêm as posições jurídicas subjectivas, **funções ou efeitos que não se restringem a essa dimensão subjectiva da relação indivíduo-Estado**”.<sup>203</sup> (grifo nosso)

Convém aqui, por oportuno, adiantarmos o registro de outra lição doutrinária, acerca da abertura a novas correntes de pensamento que destacam a “multifuncionalidade” dos Direitos, Liberdades e Garantias, por abrangerem outras dimensões/funções “que globalmente concorrem para a sua efetivação na realidade constitucional”,<sup>204</sup> conforme adiante explicitamos.

Sobre o «conceito de direito fundamental constitucionalmente relevante», Jorge Bacelar aduz tratar-se de tarefa já parcialmente realizada – “uma posição subjectiva de vantagem, na titularidade das pessoas integradas no Estado-Comunidade, consagrada pelo Direito Constitucional”. O elemento variável do conceito – o material – é o objeto da discussão hodierna, “que se preenche de harmonia com as grandes concepções do Estado e da Sociedade” (“que bens e que poderes de aproveitamento sobre eles são constitucionalmente protegidos”).<sup>205</sup>

Doutrina de escol concebe os direitos fundamentais como direitos ou posições jurídicas activas das pessoas enquanto tais – assentes na Constituição formal e/ou material, “*donde, direitos fundamentais em sentido formal e direitos fundamentais em sentido material*”.<sup>206</sup>

Gomes Canotilho inaugura o tema nos seguintes termos: “A categoria de «fundamentalidade» (Alexy) aponta para a especial dignidade de protecção dos direitos num sentido formal e num sentido material”.<sup>207</sup>

Quanto à *fundamentalidade formal*, há quatro dimensões relevantes: (1) direitos fundamentais como “normas colocadas no grau superior da ordem jurídica”; (2) como normas constitucionais, “submetidas aos procedimentos agravados de revisão”; (3) preceitos que, por incorporarem direitos fundamentais, “passam, muitas vezes, a constituir limites materiais da própria revisão”; (4) como normas de vinculação imediata dos poderes públicos, “constituem

---

<sup>203</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 4.<sup>a</sup> ed. Coimbra: Edições Almedina, 2009. ISBN: 978-972-40-3716-5. p. 108.

<sup>204</sup> MIRANDA, Jorge, anot.; MEDEIROS, Rui, anot. – **Constituição Portuguesa Anotada**. Volume I. 2.<sup>a</sup> ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2017. ISBN 978972540541. p. 233.

<sup>205</sup> GOUVEIA, Jorge Bacelar. **Os direitos fundamentais atípicos**. Aequitas – Editorial Notícias. 1995. ISBN 972-46-0701-1. p. 404.

<sup>206</sup> MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV. Direitos Fundamentais. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. ISBN 972.32.0419.3. p. 7.

<sup>207</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003. ISBN 978-972-40-2106-5. p. 378.

parâmetros materiais de escolhas, decisões, acções e controlo, dos órgãos legislativos, administrativos e jurisdicionais (cfr. afloramento desta ideia no art. 18.º/1 da CRP)<sup>208</sup>.

Quanto à *fundamentalidade material*, o conteúdo dos direitos fundamentais é constitutivo das estruturas básicas do Estado e da sociedade. A fundamentalização pode não estar associada à constituição escrita – “como o demonstra a tradição inglesa das *Common-Law Liberties*”; por outro lado, “(...) só a ideia de fundamentalidade material pode fornecer suporte para: (1) a abertura da constituição a outros direitos, também fundamentais, mas não constitucionalizados – “direitos materialmente mas não formalmente fundamentais (cfr. CRP, art. 16.º/1º)”; (2) aplicação a estes de “(...) alguns aspectos do regime jurídico inerente à fundamentalidade formal”; (3) “(...) a abertura a novos direitos fundamentais (Jorge Miranda)”. Nos sentidos (1) e (3), fala-se “em *cláusula aberta* ou em *princípio da não tipicidade* dos direitos fundamentais”.<sup>209</sup>

O enunciado, a estrutura, a natureza e o programa normativo das normas de direitos fundamentais são idênticos em todo o lado. As velhas distinções<sup>210</sup> – oriundas de um tempo em que os direitos fundamentais constitucionais não eram vistos como verdadeiras normas jurídicas vinculativas – não respondem ao que está verdadeiramente hoje em causa: a questão da **efetividade** das normas constitucionais de direitos fundamentais enquanto normas jurídicas.<sup>211</sup> (grifo nosso).

Consagradas nas Constituições há mais de duzentos anos, o que mudou – substancialmente – foi o conteúdo do comando normativo que delas se extrai (efetividade, tipo de deveres estatais envolvidos). Tais mudanças deveram-se à “alteração das concepções sobre o Estado, a Constituição, as relações entre Estado e indivíduo, as normas constitucionais, a relação entre Constituição e lei ou entre legislador e juiz”.<sup>212</sup>

Por conta da ênfase conferida por Autores – como Jorge Bacelar, Jorge Reis Novais e Jorge Miranda – acerca da alteração das concepções de Estado e de outras estruturas e relações jurídico-constitucionais, que afetam o conteúdo dos direitos fundamentais, cabe aqui o seguinte

---

<sup>208</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003. ISBN 978-972-40-2106-5. p. 379.

<sup>209</sup> *Idem* – **Op. Cit.** p. 379-380.

<sup>210</sup> Normas programáticas, preceptivas, de eficácia plena, de eficácia limitada. (NOVAIS, Jorge Reis – **Sistema português de fiscalização da constitucionalidade: avaliação crítica**. Lisboa: AAFDL, 2017. ISBN 978-972-629-100-8. p. 99).

<sup>211</sup> NOVAIS, Jorge Reis – **Sistema português de fiscalização da constitucionalidade: avaliação crítica**. Lisboa: AAFDL, 2017. ISBN 978-972-629-100-8. p. 99-100.

<sup>212</sup> *Idem* – **Op. Cit.** p. 100.

registro: “O mais importante<sup>213</sup> leva em consideração o tipo constitucional de Estado em que se vive actualmente – o Estado Social de Direito – e que postula a acção estadual na promoção das condições de vida das pessoas através de prestações”.<sup>214</sup>

Sobre a divisão dos direitos fundamentais, no direito constitucional positivo lusitano, em dois grandes grupos – “direitos, liberdades e garantias” (Título II) e “direitos económicos, sociais e culturais” (Título III) –, Ingo Sarlet registra que se justifica pelo fato da previsão constitucional de regimes jurídicos diferenciados para ambos os grupos. Consigna a reserva, pelo Constituinte, de uma força jurídica privilegiada aos direitos, liberdades e garantias e que, “ao contrário dos direitos sociais, foram incluídos nas ‘cláusulas pétreas’ da Constituição (art. 288, letra *d*, da CRP), além de serem considerados diretamente aplicáveis, vinculando todas as entidades públicas e privadas (art. 18, nº 1, da CRP), princípio que não se aplica aos direitos sociais do Título III”.<sup>215</sup>

## 2.1 Direitos, Liberdades e Garantias

### 2.1.1 Noções

A designação complexa “*direitos, liberdades e garantias*” – feliz enlace de princípios e faculdades – não é corrente no estrangeiro e é bem ancorada no recente Direito Constitucional português: “remontando à revisão constitucional de 1951, está ligada aos esforços em favor do alargamento e do fortalecimento dos direitos fundamentais na revisão constitucional de 1971 e na Constituição de 1976”.<sup>216</sup>

Parte-se da ideia – nos “direitos, liberdades e garantias” – de que as pessoas “só por o serem, ou por terem certas qualidades ou por estarem em certas situações ou inseridas em certos grupos ou formações sociais, exigem respeito e protecção por parte do Estado e dos demais poderes”.<sup>217</sup>

---

<sup>213</sup> “O mais importante” refere-se a [argumento que sustenta o entendimento de Jorge Miranda de que ambas as categorias – “direitos, liberdades e garantias” e “direitos sociais” – deveriam ser admitidas no que tange ao âmbito dos direitos fundamentais atípicos]. (GOUVEIA, Jorge Bacelar. **Os Direitos Fundamentais Atípicos**. Lisboa: Aequitas e Editorial Notícias, 1995. ISBN 972-46-0701-1. p. 373.

<sup>214</sup> GOUVEIA, Jorge Bacelar. **Os Direitos Fundamentais Atípicos**. Lisboa: Aequitas e Editorial Notícias, 1995. ISBN 972-46-0701-1. p. 373.

<sup>215</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. ISBN 978-85-7348-789-3. P. 160/161.

<sup>216</sup> MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Tomo IV. **Direitos Fundamentais**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 100.

<sup>217</sup> *Idem* – **Op. Cit.** p. 104.

Relativamente a cada direito há a consideração de um *conteúdo principal* (faculdades e garantias) e de um *conteúdo instrumental* (outras faculdades ou deveres). No conteúdo principal – na generalidade dos direitos e em especial nos direitos de liberdades –, podem ser distinguidos o *núcleo essencial* e as *camadas envolventes*, com variação decrescente de intensidade normativa.<sup>218</sup>

Vieira de Andrade explicita:

O «núcleo essencial» corresponde às faculdades típicas que integram o direito, tal como é definido na hipótese normativa, e **que correspondem à projecção da ideia de dignidade humana individual** na respectiva esfera da realidade – abrangem aquelas dimensões dos **valores pessoais** que a Constituição visa em primeira linha proteger e que caracterizam e **justificam a existência autónoma daquele direito fundamental**.<sup>219</sup> (grifos nossos)

Noutra altura, o mesmo Autor aduz que poderá haver interesse na distinção “entre *direitos de defesa*, *direitos de participação* e *direitos a prestações*, em que os direitos são separados conforme o conteúdo, ou, mais exactamente, o modo de protecção”.<sup>220</sup> Distinção esta inspirada na célebre tríade de JELLINEK, que referia os direitos do «*status-negativus*», do «*status activae civitatis*» (ou «*status activus*») e do «*status civitatis*» (ou «*status positivus*»); o âmbito concreto de cada uma das categorias varia conforme os Autores e não coincide, por isso, necessariamente com o proposto por Jellinek.<sup>221</sup>

Os *direitos de defesa* caracterizam-se-iam por implicarem um *dever de abstenção* (abstenção de agir), de não interferência ou de não intromissão – por parte do Estado – no que tange às liberdades propriamente ditas (resguardo de espaço de autodeterminação individual); bem como abstenção de prejudicar e o correlato dever de respeito, relativamente aos bens *pessoais* (vida, honra, bom nome, intimidade) – atributos da dignidade humana individual.<sup>222</sup>

Diversamente, os *direitos a prestações* imporiam ao Estado o *dever de agir*, quer para tutela dos bens jurídicos protegidos pelos direitos fundamentais contra a atividade de terceiros, quer para promover ou garantir as condições materiais ou jurídicas de gozo efectivo desses bens jurídicos fundamentais. Em qualquer dos casos, o direito pode ser a prestações materiais (v.g., intervenção policial) ou jurídicas (como emissão de normas penais ou regulamentação das relações de trabalho).<sup>223</sup>

---

<sup>218</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 4.<sup>a</sup> ed. Coimbra: Almedina, 2009. ISBN 978-972-40-3716-5. p. 165.

<sup>219</sup> *Ibidem*.

<sup>220</sup> *Idem* – *Op. Cit.* p. 168.

<sup>221</sup> *Idem* – *Ibidem*. (em nota de rodapé na mesma página 168).

<sup>222</sup> *Ibidem*.

<sup>223</sup> *Ibidem*.

Já os *direitos de participação* seriam *mistos de* direitos de defesa e de direitos a prestações, porém, autonomizados, em virtude da sua função de garantia da participação individual na vida política.<sup>224</sup> Vieira de Andrade considera esta classificação pouco rigorosa “por misturar dois critérios – o do tipo de dever estadual e o do fim, quanto aos direitos de participação política”; consigna mais que a maioria dos direitos de liberdade – “direitos pessoais e civis ou cívicos” – inclui, atualmente, “outras faculdades de exigir ou pretender acções positivas, seja para sua protecção contra terceiros, seja para a promoção das condições do seu gozo efectivo” (reafirma – o Autor).<sup>225</sup>

Na lição de Jorge Miranda, “As liberdades são formas de manifestação da pessoa; as garantias pressupõem modos de estruturação do Estado”; as liberdades, por envolverem sempre a escolha entre o *facere* e o *non facere* quanto aos bens que lhes correspondem, “têm sempre uma dupla face – positiva e negativa”; as garantias – sempre um conteúdo positivo (de atuação do Estado ou das próprias pessoas). Ensina mais que “As liberdades valem por si; as garantias têm função instrumental e derivada”.<sup>226</sup>

Os *direitos, liberdades e garantias* englobam liberdades, direitos políticos, direitos irredutíveis a liberdades e a direitos políticos, garantias. Em muitos, ou em quase todos os direitos, liberdades e garantias, não é possível ou juridicamente correto distinguir o que é direito, o que é liberdade e o que é garantia, por exemplo, como ocorre com a reserva da intimidade da vida privada (art. 26.º, n.º 1), “embora prevaleça, aqui ou ali, o elemento de direito, o elemento de liberdade ou o elemento de garantia”.<sup>227</sup>

Cabe ainda consignarmos o seguinte excerto doutrinário:

Por um lado, os direitos, liberdades e garantias caracterizam-se por terem uma *função primária de defesa* da autonomia pessoal: ainda que, como vimos, a própria função de defesa e sobretudo a necessária protecção e a adequada promoção dos direitos impliquem prestações estaduais positivas, estas constituem dimensões instrumentais, ao passo que nos direitos económicos sociais e culturais constituem o respectivo conteúdo principal.<sup>228</sup> (sublinhado nosso)

---

<sup>224</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 4.ª ed. Coimbra: Almedina, 2009. ISBN 978-972-40-3716-5. p. 168.

<sup>225</sup> *Idem* – *Op. Cit.* p. 168-169.

<sup>226</sup> MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Tomo IV. **Direitos Fundamentais**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 95-96.

<sup>227</sup> *Idem* – *Op. Cit.* p. 107-108.

<sup>228</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 4.ª ed. Coimbra: Almedina, 2009. ISBN 978-972-40-3716-5. p. 174.

As normas atinentes aos direitos, liberdades e garantias são *preceptivas* e conferem poderes de exigir de outrem (pelo menos do Estado) certo comportamento –abstenção (geralmente), prestações obrigatórias ou a aceitação dos efeitos produzidos –, impondo, ao mesmo tempo, o dever correspondente. O conteúdo desses direitos é determinável ao nível constitucional – não necessitam (para valerem como direitos) de uma intervenção legislativa conformadora; na falta da Lei, o direito existe e vale plenamente, sendo limitado apenas pelas outras normas ou princípios constitucionais – trata-se de preceitos diretamente aplicáveis pela Administração, pelos particulares e, em última instância, pelos tribunais.<sup>229</sup>

Cabe aqui registrarmos o alerta de Ingo Sarlet de que “se faz necessária uma releitura do *status negativus* (também chamado de *status libertatis*)”, haja vista que, para Jellinek, “as liberdades do indivíduo, neste estado, são exercidas apenas no âmbito da lei, encontrando-se, portanto, à disposição do legislador (...)”. Proclama a adaptação desta concepção aos tempos atuais (“quando não se concebe mais [...] uma sujeição das liberdades individuais à legislação infraconstitucional”):<sup>230</sup> ser encarado – o *status negativus* – como um “status negativo dos direitos fundamentais”, no qual “a liberdade é concebida como liberdade de quaisquer intervenções inconstitucionais”, vinculando também o legislador.<sup>231</sup>

Ao referir o denominado *status positivus* de Jellinek (que complementaria o *status negativus*) – “no qual ao indivíduo seria assegurada a possibilidade de utilizar-se das instituições estatais e de exigir do Estado determinadas ações positivas” –, Ingo Sarlet explicita que, neste status, se poderia enquadrar, grosso modo, os direitos a prestações estatais, incluindo os direitos sociais; bem como salienta a crítica formulada pela doutrina atual, quanto à localização dos direitos de defesa no âmbito da teoria de Jellinek.<sup>232</sup>

---

<sup>229</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 4.<sup>a</sup> ed. Coimbra: Almedina, 2009. ISBN 978-972-40-3716-5. p. 183.

<sup>230</sup> Na mesma linha, José Vieira de Andrade, que ensina: “Já não é possível sustentar que os direitos fundamentais só têm real existência jurídica, por força da lei (em virtude de uma transposição legal), ou que valem apenas com o conteúdo que por estas lhe é dado (por interpretação autêntica, ou por delegação constitucional), porque a Constituição vale por si, prevalece e vincula positivamente legislador, de modo, que uma lei só terá valor jurídico se estiver conforme com a norma constitucional que consagra um direito”. (ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 4.<sup>a</sup> ed. Coimbra: Almedina, 2009. ISBN 978-972-40-3716-5. p. 194)

<sup>231</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. ISBN 978-85-7348-789-3. p. 157-158.

<sup>232</sup> *Idem* – *Op. Cit.* p. 157.

Por conta deste registro, Ingo cita J. C. Gonçalves Loureiro, o qual, com base na crítica formulada por Alexy, observa que, pela proposição de Jellinek, os direitos de defesa (direitos a abstenções do Estado) “não se poderiam enquadrar em nenhum dos dois *status referidos*”. Consigna ainda a proposição do Autor português nos seguintes termos:<sup>233</sup>

[...] se torna imperiosa uma leitura extensiva do *status negativus*, que, além das liberdades jurídicas não protegidas, também englobaria os direitos de defesa, que, por outro lado (como direitos a ações negativas), também poderiam integrar o *status positivus* em sentido amplo, sendo, sob esta ótica, **comuns a ambos os *status***. (negrito nosso)

Releva ainda o seguinte registro de Ingo W. Sarlet acerca de fórmulas classificatórias atreladas ao critério funcional:<sup>234</sup>

Outro importante referencial é, sem dúvida, a influente concepção de Robert Alexy, por sua vez inspirado, ainda que parcialmente, nas lições de Jellinek. No direito lusitano, a doutrina de Alexy foi recepcionada (embora com as perspicazes ressalvas e a devida adaptação do direito positivo) principalmente por Gomes Canotilho.

Na sequência, o mesmo Autor aduz que, não obstante a consensual subdivisão do grupo dos “direitos a prestações” em outros dois grupos, algumas diferenças são perceptíveis. Enquanto para Canotilho, os direitos a prestações podem ser classificados em direitos ao acesso e utilização de prestações estaduais e, por outro lado, em direitos à participação na organização e procedimento; para Alexy, “os direitos a prestações abrangem os direitos prestacionais em sentido amplo (direitos à proteção e direitos à organização e ao procedimento), bem como os direitos a prestações *stricto sensu*, que identifica com os direitos sociais de natureza positiva”.<sup>235</sup>

Ingo W. Sarlet assevera que todas as formulações vieram “ao encontro da necessidade de se enunciar proposta de classificação afinada com as diferentes funções exercidas pelos direitos fundamentais (...)”. Sustenta ainda que a classificação pelo critério funcional “é suficientemente abrangente e elástica para viabilizar sua adaptação às peculiaridades do direito constitucional positivo”, propiciando elementos seguros sobre as funções dos direitos fundamentais – “com aplicação na seara hermenêutica, **inclusive no que concerne ao problema da eficácia das normas definidoras de direitos fundamentais**”.<sup>236</sup> (grifo nosso)

---

<sup>233</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. ISBN 978-85-7348-789-3. p. 157 (em nota de rodapé).

<sup>234</sup> *Idem* – *Op. Cit.* p. 162.

<sup>235</sup> *Ibidem.*

<sup>236</sup> *Idem* – *Op. Cit.* p. 163.

Importa ainda consignarmos a referência feita por Ingo Sarlet à dissertação de mestrado de Pereira de Farias<sup>237</sup> (que seguiu a formulação dada à doutrina Jellinekiana pelo ilustre publicista José Vieira de Andrade), cuja proposta foi no sentido de que “o grupo dos direitos a prestações encontra-se subdividido nos direitos a prestações jurídicas e nos direitos a prestações materiais”.<sup>238</sup>

Este último excerto é oportuno registrar, para destacarmos a seguinte observação de Ingo W. Sarlet:<sup>239</sup>

Para além do exposto, percebe-se que Pereira de Farias (assim como as classificações mais fiéis ao modelo de Jellinek), na sua inovadora obra sobre a temática da colisão entre direitos fundamentais, não contemplou (nem no âmbito das categorias específicas), a relevante (...) função representada pelo reconhecimento de **deveres de proteção do Estado**, aos quais, ao menos em princípio, **poderiam corresponder autênticos direitos fundamentais à proteção**. (grifos nossos)

Na sequência, o doutrinador brasileiro registra que se cuida de grupo (de direitos fundamentais de proteção) “expressa e corretamente previsto por Alexy e que se enquadra nos grupos dos **direitos a prestações em sentido amplo**, tratando-se, principalmente, de **prestações jurídicas**, e não fáticas”.<sup>240</sup> (grifos nossos)

Impunha-nos registrar algumas doutrinas – como fizemos – atualizadoras da teoria dos quatro *status* de Jellinek – seja com sua complementação, seja com sua adaptação às circunstâncias nas quais se encontram a doutrina e o direito constitucional positivo.<sup>241</sup>

Temos, por fim, que importam as classificações antes expostas, haja vista que indicam funções dos direitos fundamentais, bem como podem contribuir ao deslinde de questões atinentes à eficácia das normas de direitos fundamentais (como bem disse Ingo Sarlet), especialmente, no que tange às colisões de direitos que perpassam muitas vezes a aplicação e eficácia dos direitos fundamentais. A matéria das colisões de direitos é adiante objeto de análise.

---

<sup>237</sup> Trata-se da obra de Edilson Pereira de Farias: **Colisão de Direitos**. A Honra, a Intimidade, a Vida Privada e a Imagem *versus* a Liberdade de Expressão e Informação. Porto Alegre: Fabris, 1996. (p. 84 e ss., conforme indicação de Ingo W. Sarlet)

<sup>238</sup> FARIAS, E. Pereira, *apud* SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. ISBN 978-85-7348-789-3. p. 162-163.

<sup>239</sup> *Idem* – **Op. Cit.** p. 164.

<sup>240</sup> *Idem* – **Op. Cit.** p. 162-163.

<sup>241</sup> *Idem* – **Op. Cit.** p. 157.

## 2.1.2 Regime Jurídico dos Direitos, Liberdades e Garantias

De plano, impõe-se destacarmos a relação dos traços caracterizadores do regime próprio dos direitos, liberdades e garantias – “de índole particularmente garantística” –, ofertada por J. J. G. Canotilho, haja vista a objetividade e precisão:<sup>242</sup>

Aplicabilidade directa das normas que os reconhecem, consagram ou garantem (art. 18.º/1); - vinculatividade de entidades públicas e privadas (art. 18.º/1); - reserva da lei para a sua restrição (art. 18.º/2 e 168.º/1/b); - princípio da autorização constitucional expressa para a sua restrição (art. 18.º/2); - princípio da proporcionalidade como princípio informador das leis restritivas (art. 18.º/2); princípio da generalidade e abstracção das leis restritivas (art. 18.º/3); - princípio da não retroactividade de leis restritivas (art. 18.º/3); - princípio da salvaguarda do núcleo essencial (art. 18.º/3); - limitação da possibilidade de suspensão nos casos de estado de sítio e estado de emergência (art. 19.º/1); - garantia do direito de resistência (art. 21.º); - garantia da responsabilidade do Estado e demais entidades públicas (art. 22.º); - garantia perante o exercício da acção penal e da adopção de medidas de polícia (art. 272.º/3); - garantia contra «leis de revisão» restritivas do seu conteúdo (art. 288.º/d).

As normas atinentes a direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis, *ex vi* do Art. 18.º (1ª parte); não são as únicas, haja vista que “em Constituição *normativa*, é postulado geral que as suas normas são aplicáveis, ou susceptíveis de ser aplicáveis, directamente nas situações da vida”.<sup>243</sup>

Os preceitos dos direitos, liberdades e garantias não são meras normas para a produção de outras normas, mas sim “normas directamente reguladoras de relações jurídico-materiais”; ainda que a ideia de aplicabilidade directa signifique uma «normatividade qualificada», “nem sempre os direitos, liberdades e garantias dispensam a concretização através das entidades legiferantes” – ou seja, “a aplicabilidade directa das normas consagradoras de direitos, liberdades e garantias não implica sempre, de forma automática, a transformação destes em *direitos subjectivos, concretos e definitivos*”.<sup>244</sup>

Embora as normas atinentes a direitos, liberdades e garantias sejam sempre preceptivas, há que se distinguir “sejam ou não exequíveis por si mesmas (o que corresponde a dois modos ou a dois graus, um mais intenso do que o outro, de consagração dos direitos e de vinculação legislativa)”; se exequível por si mesma, “o sentido específico do art. 18.º, n.º 1, consistirá na

---

<sup>242</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003. ISBN 978-972-40-2106-5. p. 437.

<sup>243</sup> MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Tomo IV. **Direitos Fundamentais**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 311.

<sup>244</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003. ISBN 978-972-40-2106-5. p. 438.

possibilidade imediata de invocação dos direitos por força da Constituição, ainda que haja falta ou insuficiência da lei”.<sup>245</sup>

Se a norma não for exequível por si mesma, “o sentido do art. 18.º, n.º 1, será a adstrição do legislador a editar as medidas legislativas para dar cumprimento à Constituição (...)”. O Autor assevera: “O legislador ordinário *regulamenta* simplesmente as normas constitucionais auto-exequíveis e *concretiza* as normas não exequíveis”.<sup>246</sup>

A segunda parte do Art. 18.º/1 da CRP estabelece quais são os destinatários dos preceitos de direitos, liberdades e garantias – em correlação com sua aplicabilidade imediata; são destinatários, as entidades públicas – “seja qual for a sua forma [jurídica] e seja qual for a sua forma de atuação” –, bem como todos os órgãos do poder e “não apenas um dos poderes do Estado, o poder legislativo”.<sup>247</sup>

Cabe aqui consignarmos a seguinte lição de J. J. Gomes Canotilho:<sup>248</sup>

*As formas de actuação dessas entidades podem ser extremamente diversas: desde os actos normativos típicos (leis, regulamentos) às várias medidas administrativas ou decisões judiciais, passando pelas próprias intervenções fácticas, nenhum acto das entidades públicas é «livre» dos direitos fundamentais.*

A vinculação dos órgãos legislativos diz também com o dever de “conformarem as relações da vida, as relações entre o Estado e os cidadãos e as relações entre os indivíduos, segundo as medidas e directivas materiais” – contidas nas normas consagradoras de direitos, liberdades e garantias. O legislador deve «realizar» os direitos, liberdades e garantias, otimizando a sua normatividade e atualidade.<sup>249</sup>

Os tribunais não estão apenas «ao serviço de defesa de direitos fundamentais»; como *órgãos do poder público*, eles próprios devem considerar-se vinculados pelos direitos fundamentais – vinculação esta que se efetiva: “(1) através do *processo* justo aplicado no exercício da função jurisdicional ou (2) através da *determinação e direcção das decisões jurisdicionais* pelos direitos fundamentais materiais”.<sup>250</sup>

---

<sup>245</sup> MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Tomo IV. **Direitos Fundamentais**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 312-313.

<sup>246</sup> *Idem* – **Op. Cit.** p.313.

<sup>247</sup> *Idem* – **Op. Cit.** p. 314.

<sup>248</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003. ISBN 978-972-40-2106-5. p. 439.

<sup>249</sup> *Idem* – **Op. Cit.** p. 440.

<sup>250</sup> *Idem* – **Op. Cit.** p. 446.

Importa mais destacarmos a seguinte lição do mesmo Autor:<sup>251</sup>

A constituição prevalece como norma superior, reconhecendo-se aos tribunais o direito de acesso directo à constituição – sobretudo às normas constitucionais consagradoras de direitos, liberdades e garantias –, a fim de «fiscalizarem» («direito de exame», «direito de fiscalização») a conformidade da lei com as normas e princípios da constituição.

No que tange à vinculação das entidades privadas aos direitos, liberdades e garantias (*ex vi* do art. 18.º/1 (parte final) da CRP), Jorge Miranda assevera que o verdadeiro significado do Art. 18.º/1 “é o de afirmar que os sujeitos privados, além de titulares ativos, são (ou podem ser) também destinatários passivos principais de direitos, liberdades e garantias”, razão pela qual estabelecem entre si verdadeiras relações *jusfundamentais*, independentemente da configuração das mesmas – “relações horizontais, relações verticais em que um privado é detentor de uma ‘posição dominante’, relações triangulares em que o Estado protege a posição de um dos sujeitos privados, (...)”.<sup>252</sup>

Sobre a indigitada vinculação, não estão em causa “os direitos que apenas podem ter por destinatário passivo o Estado, como as garantias de Direito e de processo penal, os direitos políticos e alguns dos direitos sociais”; trata-se sim de direitos que podem incidir tanto nas relações com entidades públicas quanto nas relações com particulares, v.g., “os que resultam da reserva da intimidade da vida privada (art. 26.º, n.º 2), da proibição de acesso de terceiros aos ficheiros de dados pessoais (art. 35.º, n.º 4), o direito de rectificação, de resposta e a indemnização por danos sofridos através da imprensa (art. 37.º, n.º 4), [...]”.<sup>253</sup>

Jorge Miranda refere ainda direitos historicamente surgidos frente ao Estado, que podem também adquirir sentido frente a particulares, como “o sigilo de correspondência (art. 34, n.º 1), a liberdade de consciência e de religião (art. 41.º), a liberdade de deslocação (art. 44.º), a liberdade de reunião (art. 45.º), a liberdade de associação (art. 46.º), [...]”.<sup>254</sup>

---

<sup>251</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003. ISBN 978-972-40-2106-5. p. 447-448.

<sup>252</sup> MIRANDA, Jorge, anot.; MEDEIROS, Rui, anot. – **Constituição Portuguesa Anotada**. Volume I. 2.ª ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2017. ISBN 978972540541. p. 246.

<sup>253</sup> MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Tomo IV. **Direitos Fundamentais**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 320-321.

<sup>254</sup> *Idem* – **Op. Cit.** p. 321.

Sobre o mesmo tema – vinculação das entidades privadas –, J. J. Gomes Canotilho leciona nos seguintes termos (que, adiante, são aprofundados):<sup>255</sup>

A Constituição de 1976 (CRP, artigo 18.º/1) consagra a eficácia das normas consagradoras de direitos, liberdades e garantias e de direitos análogos na ordem jurídica privada. A doutrina alude aqui a eficácia horizontal das normas garantidoras de direitos, liberdades e garantias (a juspublicística alemã utiliza o termo *Drittwirkung*). Resta saber *como* e de *que forma* se concebe esta eficácia. As respostas clássicas reconduzem-se a duas teorias: (1) *teoria da eficácia «directa» ou «imediate»* (...); (2) *teoria da eficácia indirecta ou mediata* (...).

No que tange à reserva de competência legislativa do Parlamento sobre direitos, liberdades e garantias, verifica-se que, em geral, a reserva é relativa [art. 165.º, n.º 1, alínea *b*)]; já quanto a certas matérias [art. 164.º, alíneas *a*), *b*), *c*) *e*), *h*), *i*), *j*), *l*), *m*) e *o*)], a reserva legal é absoluta. Todas as matérias contidas no título II da parte 1 – “independentemente da análise estrutural das situações jurídicas aí contempladas” – são do âmbito da reserva; em contrapartida ela não abrange direitos de natureza análoga, situados fora daquele título da CRP.<sup>256</sup>

Cabe ainda consignarmos o seguinte excerto doutrinário do mesmo Autor:<sup>257</sup>

[...]; *e*) A reserva abrange os direitos na sua integridade – e não somente as restrições que eles sofram – por não fazer sentido que respeitasse ao acessório ou ao excepcional (a restrição) e não à substância ou ao conteúdo essencial de cada direito; *d*) A reserva abrange quer um regime eventualmente mais restritivo do que o preexistente quer um regime eventualmente ampliativo; não é o alcance da lei, mas a matéria sobre a qual incide que a define; [...].

### 2.1.3 Da Cláusula Geral do Art. 16.º da Constituição da República Portuguesa

A cláusula geral do Art. 16.º, n.º 1, da CRP amplia expressamente as possibilidades de edição e adoção de direitos fundamentais, além de propiciar a abertura do sistema jurídico – interna e externa, corroborando o escopo de priorizar e elevar a posição da pessoa humana na ordem jurídica.

A parte I da CRP/76 não esgota a matéria dos direitos fundamentais, tampouco a enumeração dos mesmos, porquanto: a) preceitos dispersos nas partes II, III e IV (...) da CRP – conexos com outras matérias – “preveem outros direitos ou interferem mais ou menos diretamente com o exercício dos direitos ali contemplados”; b) a Declaração Universal dos Direitos do Homem, nos termos do art. 16.º, n.º 2, é recepcionada formalmente como princípios

---

<sup>255</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003. ISBN 978-972-40-2106-5. p. 448.

<sup>256</sup> MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Tomo IV. **Direitos Fundamentais**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 377.

<sup>257</sup> *Idem* – **Op. Cit.** p. 378.

gerais de Direito Internacional “elevados a princípios de Direito Constitucional português” e c) o n.º 1 do artigo 16.º prevê que “os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das **leis** e das regras aplicáveis de Direito Internacional; [...]”.<sup>258</sup>

Direitos fundamentais em sentido formal não são apenas os constantes do catálogo ou outros denominados como tais no texto da CRP. São todos os consignados em quaisquer normas da Constituição formal – “tanto a Constituição instrumental como a Declaração Universal” (cujo conjunto de princípios é elevado a princípios de Direito Constitucional português).<sup>259</sup>

Os direitos fundamentais decorrentes da lei e de regras de Direito internacional (*ex vi* do n.º 1 do art. 16.º) são direitos fundamentais em **sentido material**. No conjunto do ordenamento desempenham “uma função substantiva idêntica ou análoga” aos de sentido formal, não obstante sem garantias inerentes às normas constitucionais, como a rigidez ligada à revisão constitucional.<sup>260</sup>

Jorge Miranda aduz mais, em apertada síntese, acerca do artigo 16.º, n.º 1 da CRP, que: “O n.º 1 refere-se ao **âmbito dos direitos fundamentais**, dizendo que não se exaure nos dispositivos da Constituição. [...]. O n.º 1 é aquilo a que pode chamar-se uma cláusula aberta de não tipicidade dos direitos fundamentais (...)”.<sup>261</sup> (grifo do Autor)

Vemos, pois, que há um leque de direitos fundamentais em sentido formal – abrangidos tanto na Constituição instrumental como na Declaração Universal –, bem como há aqueles em sentido material, decorrentes de lei e de regras de Direito internacional. Releva o registro de Jorge Miranda que traduz o n.º 1 do art. 16.º como “uma cláusula aberta de não tipicidade dos direitos fundamentais” – o que autoriza a atuação legislativa ordinária no âmbito de direitos fundamentais.

Cabe aqui registrarmos que o Art. 70.º do Código Civil português é exemplo dado por doutrinadores de escol, de preceito *jusfundamental* constante de lei ordinária (cláusula geral também caracterizada pela atipicidade – de direitos de personalidade –, conforme a melhor doutrina). Vale dizer, o legislador ordinário lança mão de cláusulas gerais, conceitos indeterminados e princípios (além de regras) na conformação de direitos fundamentais materiais.

---

<sup>258</sup> MIRANDA, Jorge, anot.; MEDEIROS, Rui, anot. – **Constituição Portuguesa Anotada**. Volume I. 2.ª ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2017. ISBN 978972540541. p. 24.

<sup>259</sup> *Ibidem*.

<sup>260</sup> *Ibidem*.

<sup>261</sup> *Idem* – *Op. Cit.* p. 215.

Nesta quadra, destacamos a lição de Paulo Ferreira da Cunha de que a maior parte dos direitos de personalidade são algo como uma versão privatística de direitos fundamentais *stricto sensu* – verdadeiros direitos fundamentais, porque “nos não devemos esquecer da constitucionalidade material”. Os direitos de personalidade podem considerar-se integrados nos “quaisquer outros constantes de **leis**”, nos termos do Artigo 16.º, n.º 1, da Constituição Portuguesa, acrescidos aos formalmente constitucionais.<sup>262</sup>

Avançando no tema, registrarmos o seguinte excerto doutrinário:<sup>263</sup>

À face da Constituição de 1976, apenas podem ser incorporados como direitos fundamentais os direitos consignados [...] em atos legislativos que apareçam exigidos pelos valores e princípios dos seus 1.º e 2.º, que apareçam exigidos pelo respeito da dignidade da pessoa humana e pelos princípios objetivos do Estado de Direito democrático. Jusfundamentalidade equivale à consonância e complementaridade de todos os direitos, dentro e fora da Constituição formal.

Quanto ao problema de saber como distinguir, dentre os direitos sem assento constitucional “aqueles com dignidade suficiente para serem considerados fundamentais”, J. J. Gomes Canotilho ensina:

A orientação tendencial de princípio é a de considerar como direitos extraconstitucionais materialmente fundamentais os direitos equiparáveis pelo seu objecto e importância aos diversos tipos de direitos formalmente fundamentais. Neste sentido, o âmbito normativo do art. 16.º/1 «alarga-se» ou «abre-se» a todos os direitos fundamentais e não, como já se pretendeu, a uma certa categoria deles – os direitos, liberdades e garantias.

Como já tratado anteriormente, os direitos de personalidade civis estão estreitamente relacionados com os valores e princípios dos artigos 1.º e 2.º da CRP – traduzidos pelo respeito da dignidade da pessoa humana, com supedâneo no Estado Democrático de Direito (“... uma democracia representativa e pluralista não pode deixar de ser um Estado de Direito – por imperativo de racionalidade ou funcionalidade jurídica e de respeito dos direitos das pessoas.”).<sup>264</sup>

---

<sup>262</sup> CUNHA, Paulo Ferreira da. Desafio Metodológico dos Direitos da Personalidade: conceitos e categorias. In **NOS 20 anos do código das sociedades comerciais**. Homenagem aos profs. doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier. Volume III. Vária. Coimbra Editora, 2007. ISBN 978-972-32-1545-8. p. 840.

<sup>263</sup> MIRANDA, Jorge, anot.; MEDEIROS, Rui, anot. – **Constituição Portuguesa Anotada**. Volume I. 2.ª ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2017. ISBN 978972540541. p. 217.

<sup>264</sup> *Idem* – **Op. Cit.** p. 75.

No que tange à aplicabilidade do regime jurídico, enquanto o direito fundamental criado por lei subsistir – “se um direito é criado por lei, também por lei pode ser extinto” (mediante «motivação particularmente sólida») –, “(...) não se vê por que motivo não se lhe devam estender os princípios constitucionais sobre direitos fundamentais e, se de natureza análoga a dos direitos do título II da parte I da Constituição, o regime dos direitos, liberdades e garantias”.<sup>265</sup>

Por fim, importa enfatizarmos que o Art. 16.º/1 da CRP – “cláusula aberta de não tipicidade dos direitos fundamentais” – promove a integração intersistemática entre a Constituição da República Portuguesa e a legislação ordinária, como adiante é abordado.

#### 2.1.4 Relação Dialógica entre Direitos, Liberdades e Garantias Pessoais e Direitos de Personalidade

O Código Civil português de 1966 e a Constituição da República Portuguesa de 1976 adotam cláusulas gerais abertas para disciplinar certas matérias, promovendo uma abertura do sistema jurídico – interna e externa. De plano, consignamos a metáfora utilizada por Judith Martins-Costa, para responder à pergunta “por que delineiam as cláusulas gerais o modelo de Código apto aos nossos dias?”:<sup>266</sup>

Um Código não-totalitário tem janelas abertas para a mobilidade da vida, pontes que o ligam a outros corpos normativos – mesmo os extra-jurídicos – e avenidas, bem trilhadas, que o vinculam, dialeticamente, aos princípios e regras constitucionais. As cláusulas gerais, mais do que um “caso” da teoria do direito – pois revolucionam a tradicional teoria das fontes –, constituem as janelas, pontes e avenidas dos modernos códigos civis. Isso porque conformam o meio legislativamente hábil para permitir o ingresso, no ordenamento jurídico codificado, de princípios valorativos, ainda inexpressos legislativamente, de *standards*, máximas de conduta [...].

As cláusulas gerais viabilizam a integração intersistemática, facilitando a migração de conceitos e valores entre o Código, a Constituição e as leis especiais. Em razão da potencial variabilidade do seu significado, permitem o “permanente e dialético fluir de princípios e conceitos entre esses corpos normativos”, evitando assim a danosa construção de paredes

---

<sup>265</sup> MIRANDA, Jorge, anot.; MEDEIROS, Rui, anot. – **Constituição Portuguesa Anotada**. Volume I. 2.ª ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2017. ISBN 978972540541. p. 217.

<sup>266</sup> MARTINS-COSTA, Judith. Direito Privado como “sistema em construção”: as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, v. 1, n. 8, 1998. p. 6-7.

internas no sistema, considerado em sua globalidade, e a necessidade de a eficácia da Constituição no Direito Privado depender da decisão do legislador de plantão.<sup>267</sup>

A mesma Autora explicita ainda o que segue<sup>268</sup>

Com efeito, em alargado campo de matérias – notadamente os ligados à **tutela dos direitos da personalidade** e à funcionalização de certos direitos subjetivos –, a concreção das cláusulas gerais insertas no Código Civil **com base na jurisprudência constitucional acerca dos direitos fundamentais** evita os malefícios da inflação legislativa, de modo que ao surgimento de cada problema novo não deva, necessariamente, corresponder nova emissão legislativa. (grifos nossos)

As indigitadas cláusulas viabilizam a “inflexão ponderada” **dos princípios constitucionais** no ordenamento privado; sabemos hoje que “as esferas do Direito público e do Direito privado não estão seccionadas por intransponível muro divisório” – elas consistem sim, na lição de Miguel Reale, em “duas perspectivas ordenadoras da experiência jurídica (...) distintas, mas **substancialmente complementares** e até mesmo **dinamicamente reversíveis**, por forma a ensejar a *dialética da complementaridade*, e não mais a *dialética da polaridade*”.<sup>269</sup> (negrito nosso) (itálico do Autor)

Cabe aqui reiterarmos as assertivas de doutrinadores de escol acerca da correlação entre os direitos fundamentais constitucionais pessoais e os direitos civis de personalidade (*jusfundamentais*): a) Jorge Miranda, ao comentar o Art. 26 da CRP, afirma a tipificação de “outros direitos pessoais”, sustentando estarem implicados no “princípio geral do respeito pela dignidade e personalidade humanas” – o indigitado dispositivo trata-se “concretamente, como a sede fundamental do direito geral de personalidade”, bem como a “expressão direta do postulado básico da *dignidade humana*”;<sup>270</sup> b) António Menezes Cordeiro afirma que a grande base constitucional dos direitos fundamentais (civis) de personalidade reside nos artigos 24.º/1, 25.º/1 e 26.º/1 da CRP; e que o regime específico dos direitos fundamentais, que busca

---

<sup>267</sup> A lição da Autora pode ser aplicada à legislação portuguesa correspondente. Cabe, aqui, transcrevermos o seguinte excerto doutrinário da mesma obra referenciada: “Assim acontece, por exemplo, no vigente Código Civil Português: como bem lembra José Carlos Moreira Alves, este encontra-se fixado numa posição ‘em que predomina o caráter científico, com o seu conceitualismo e o emprego de cláusulas gerais, sem abdicar, contudo, do casuismo nas matérias que constituem o núcleo básico do direito civil, pela vantagem da certeza do direito’”. (MARTINS-COSTA, Judith. Direito Privado como “sistema em construção”: as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, v. 1, n. 8, 1998. p. 8).

<sup>268</sup> *Idem* – **Op. Cit.** p. 11.

<sup>269</sup> REALE, Miguel Apud MARTINS-COSTA, Judith. Direito Privado como “sistema em construção”: as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, 1998. p. 11.

<sup>270</sup> MIRANDA, Jorge, anot.; MEDEIROS, Rui, anot. – **Constituição Portuguesa Anotada**. Volume I. 2.ª ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2017. ISBN 978972540541. p. 442.

assegurar sua efetivação, tem sua importância denotada em: “sempre que um direito de personalidade possa acolher-se a um ‘direito fundamental’, a sua tutela ficará reforçada”.<sup>271</sup>

Muito oportuno aqui consignarmos as indagações de J. J. Gomes Canotilho acerca das dogmáticas das restrições a) aos direitos, liberdades e garantias pessoais e b) aos direitos civis de personalidade: “apresentam pressupostos comuns?”; “No caso afirmativo, quais?”. Importa ainda transcrevermos a indagação mais especificada do mesmo Autor:<sup>272</sup>

Interessa-nos tão somente fazer a pergunta: o recorte jurídico-constitucional do âmbito de protecção dos direitos de personalidade (nos quais se inclui o direito ao nome, à imagem, à intimidade da vida privada) e o recorte jurídico-civil de direitos pessoais (onde se incluem também o direito ao nome, a tutela geral da personalidade, o direito à imagem, o direito à reserva sobre a intimidade da vida privada) obedecem aos mesmos esquemas jurídico-dogmáticos?

Registramos as indigitadas questões propostas por Gomes Canotilho (outra doutrina de escol), para demonstrar como as matérias dos direitos, liberdades e garantias pessoais e direitos civis de personalidade estão inter-relacionadas e/ou imbricadas. Consignamos, aqui, apenas um excerto revelador de suas conclusões: “As dogmáticas das restrições de direitos desenvolvidas a nível do direito constitucional e a nível de direito cível não podiam chegar a soluções materiais muito diferentes nos quadros da mesma ordem jurídica livremente constituída e no quadro da mesma ordem axiológico-jurídica”.<sup>273</sup>

Convém ainda registrar o seguinte excerto doutrinário:<sup>274</sup>

Algumas dificuldades teóricas se têm de ultrapassar por simultaneamente parecer muito alargado o consenso sobre o carácter privatístico dos direitos de personalidade e, ao mesmo tempo, ter de se reconhecer que existe tutela constitucional sobre a personalidade, e que o direito geral de personalidade (no art. 70.º do CC português) ser um direito materialmente constitucional, logo, de direito público. Ou só de direito constitucional enquanto *tetê de chapitre*?

---

<sup>271</sup> CORDEIRO, António Menezes – **Tratado de Direito Civil IV**. Parte Geral. Pessoas. Colaboração de A. Barreto Menezes Cordeiro. 4.ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-6805-3. p.147-149.

<sup>272</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. Dogmática de direitos fundamentais e direito privado. In **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado** / Adalcy Rachid Coutinho ... [et. al.]; org. Ingo W. Sarlet. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. ISBN 978-85-7348-661-2. p. 296.

<sup>273</sup> *Idem* – **Op. Cit.** p. 309.

<sup>274</sup> CUNHA, Paulo Ferreira da. Desafio Metodológico dos Direitos da Personalidade: conceitos e categorias. In **NOS 20 anos do código das sociedades comerciais**. Homenagem aos profs. doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier. Volume III. Vária. Coimbra Editora, 2007. ISBN 978-972-32-1545-8. p. 842.

## 2.1.5 Da Fundamentação no Âmbito dos Direitos Fundamentais – Distinção entre Regras e Princípios e Ponderação

Para a teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy, quanto à estrutura das normas desses direitos, a distinção entre regras e princípios – das diversas “diferenciações teórico-estruturais” – é a mais importante. De plano, destacamos o seguinte excerto de sua doutrina:<sup>275</sup>

Essa distinção é a base da teoria da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais e **uma chave** para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais. [...]. Com sua ajuda, problemas como **os efeitos dos direitos fundamentais perante terceiros e a repartição de competências entre tribunal constitucional e parlamento** podem ser mais bem esclarecidos. [...]. (grifos nossos)

As normas de direitos fundamentais, não raramente, são caracterizadas como princípios e, frequentemente, têm sublinhado seu caráter principiológico – de maneira menos direta –, por exemplo, “quando se fala em valores, objetivos, (...)”. De outra banda, são referidas como regras “quando se afirma que a Constituição deve ser levada a sério como lei, ou quando se aponta para a possibilidade de fundamentação dedutiva também no âmbito dos direitos fundamentais”.<sup>276</sup>

Princípios são normas que ordenam “que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fácticas existentes” – *mandamentos de otimização* caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados. A medida devida de sua satisfação é dependente não apenas das possibilidades fácticas, mas também das jurídicas – “O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes”.<sup>277</sup>

Robert Alexy ensina mais que:<sup>278</sup>

Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda a norma é ou uma regra ou um princípio.

---

<sup>275</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 5.<sup>a</sup> ed. alemã. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. ISBN 978-85-7420-872-5. p. 85.

<sup>276</sup> *Idem* – **Op. Cit.** p. 86.

<sup>277</sup> *Idem* – **Op. Cit.** p. 90.

<sup>278</sup> *Idem* – **Op. Cit.** p. 91.

Convém, nesta quadra, registrarmos a discordância de Vieira de Andrade quanto à concepção (por Robert Alexy) de direitos fundamentais como mandamentos de otimização. Começa por defender a interpretação restritiva em abstrato de norma constitucional que prevê o direito fundamental, por assegurar plenamente o *núcleo essencial* (o «domínio garantido») *dos outros direitos fundamentais* (“reforçando o valor normativo da dignidade da pessoa humana que neles se projecta”) – para, ao depois, consignar que “um dos perigos das teorias «principiais» ou «principiológicas» é do enfraquecimento axiológico do sistema, concebendo os direitos fundamentais como *imperativos de otimização*, como se não houvesse, à partida, valores intocáveis”.<sup>279</sup>

Cabe aqui consignarmos o seguinte excerto da doutrina de Robert Alexy:<sup>280</sup>

A diferença entre princípios e valores é reduzida, assim, a um ponto. Aquilo que, no modelo de valores, é *prima facie* o melhor é, no modelo de princípios, *prima facie* devido; e aquilo que é, no modelo de valores, definitivamente o melhor é, no modelo de princípios, definitivamente devido. Princípios e valores diferenciam-se, portanto, somente em virtude de seu caráter deontológico, no primeiro caso, e axiológico, no segundo.

Sobre o princípio consagrado na doutrina constitucional como princípio *da harmonização* ou *da concordância prática*,<sup>281</sup> Vieira de Andrade aduz que “enquanto critério de solução dos conflitos não pode, pois, ser aceite ou entendido como um regulador automático”. Sustenta que, por um lado, a sua aceitação “pressupõe que o conflito entre direitos nunca afecta o *conteúdo essencial* de nenhum deles”; por outro lado, “o princípio da concordância prática neste domínio não impõe necessariamente a *realização ótima* de cada um dos valores em jogo, uma harmonização em termos matemáticos”.<sup>282</sup>

---

<sup>279</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 4.ª ed. Coimbra: Almedina, 2009. ISBN 978-972-40-3716-5. p. 270.

<sup>280</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 5.ª ed. alemã. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. ISBN 978-85-7420-872-5. p. 153.

<sup>281</sup> Robert Alexy aduz que: “De acordo com esse modelo [fundamentado], o sopesamento é tudo, menos um procedimento abstrato e generalizante. Seu resultado é um enunciado de preferências condicionadas, ao qual, de acordo com a lei de colisão, corresponde uma **regra** de decisão diferenciada. Do próprio conceito de princípio decorre a constatação de que os sopesamentos não são uma questão de tudo-ou-nada, mas uma tarefa de otimização. Nesse sentido, o modelo de sopesamento aqui defendido é equivalente ao assim chamado **princípio da concordância prática**. [...] Ainda que o *sopesamento em si* não estabeleça um parâmetro com o auxílio do qual os casos possam ser decididos de forma definitiva, o *modelo de sopesamento como um todo* oferece um critério, ao associar a lei de colisão à teoria da argumentação jurídica racional”. (ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 5.ª ed. alemã. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. ISBN 978-85-7420-872-5. p. 173).

<sup>282</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 4.ª ed. Coimbra: Almedina, 2009. ISBN 978-972-40-3716-5. p. 303-304.

O mesmo Autor explicita:<sup>283</sup>

É apenas um método e um processo de legitimação das soluções que impõe a *ponderação* – ou, para utilizar uma terminologia anglosaxónica, um *weighing* ou *balancing ad hoc* – de todos os valores constitucionais aplicáveis, de modo que se não ignore nenhum deles, para que a Constituição (essa, sim) seja otimizada ou preservada na maior medida possível.

Oportuno aqui consignarmos a discordância de constitucionalista brasileiro Lenio Streck à ponderação proclamada por Robert Alexy:<sup>284</sup>

Relevante, nesse sentido, contestar a tese de Alexy, *para quem os princípios são mandados de otimização*. Tal circunstância enfraquece a força normativa dos princípios, que são, pois, deontológicos, normas jurídicas com ampla força normativa. Mais do que isto, princípios são a institucionalização do mundo prático no direito. Os princípios constitucionais são o modo de superação do modelo das regras do positivismo (*lato sensu*). Por isso o Constitucionalismo Contemporâneo resgata a “realidade perdida”, trazendo para dentro do direito os conflitos sociais e todos os demais elementos que não faziam parte, até então, das “preocupações do positivismo”.

Concordamos em parte com Vieira de Andrade, no sentido de que a indigitada otimização parece não considerar efetivamente os limites (no procedimento da ponderação) dos núcleos essenciais dos direitos fundamentais; mas, de outra banda, perfilhamos o ensinamento de Canotilho no sentido de que a adoção da teoria dos limites imanentes – delimitando abstratamente o “âmbito de proteção” (*prima facie*) de cada direito fundamental nas restrições demandadas – não opera bem na identificação do “âmbito de garantia efetivo” do direito (como é, adiante, explicitado).

Quanto à crítica de Lenio Streck, temos que, de certo modo (e em parte), se coaduna com a observação feita por Vieira de Andrade, de que (*a contrario sensu*) deve haver um limite à indigitada otimização preconizada por Robert Alexy: o limite do núcleo essencial dos direitos e/ou valores fundamentais em colisão, traduzido, ao fim e ao cabo, pelo respeito à dignidade humana.

No que tange à discricionariedade do “sujeito-juiz” – na escolha dos princípios considerados em colisão e da “regra” resultante da ponderação (que ditará a solução dos “casos difíceis”, desta vez, por subsunção) – condenada por Lenio Streck, temos que pode ser controlada ou contida em parte pelas circunstâncias fáticas e jurídicas que conformam o âmbito de garantia efetivo de cada direito fundamental (conforme descrito por Gomes Canotilho). A

---

<sup>283</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 4.<sup>a</sup> ed. Coimbra: Almedina, 2009. ISBN 978-972-40-3716-5. p. 304.

<sup>284</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. ISBN 978-85-7350-139-1 p. 244.

discricionariedade que, porventura, sobeje, está permitida, implicitamente (em algumas legislações, como a de Portugal, expressamente)<sup>285</sup> – pelo próprio direito positivo – o que, noutro sentido, corrobora com sua crítica acerca do sentido ou escopo do chamado “neoconstitucionalismo”.

Importa aqui ainda destacarmos a questão (parte da crítica de Lenio) acerca de norma processual civil brasileira relativa ao procedimento da ponderação, nos “casos difíceis” (Flávio Tartuce refere “problemas jurídicos”). Interessa-nos porquanto temos o Art. 335.º no Código Civil português de 1966, que remete igualmente ao procedimento da ponderação.

Convém antes consignarmos o excerto doutrinário de Flávio Tartuce (em contraponto à crítica de Lenio Streck ao mesmo dispositivo):<sup>286</sup>

O Novo CPC consagrou expressamente um mecanismo importante para a solução de problemas jurídicos, qual seja a técnica de ponderação de princípios, regras e normas. O seu art. 489, ao tratar dos elementos da sentença, estabelece que, “no caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a **interferência** na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão” (§ 2º). (grifo nosso)

A sistematização dessa ideia de sopesamento remonta ao estudo de Robert Alexy – parece-nos que suas lições influenciaram a elaboração do dispositivo inserido no CPC/2015; a ponderação constante do Novo CPC é mais ampla – relativa a normas. Contudo, “vale lembrar que Alexy trata da ponderação de direitos fundamentais” – essa é a diferenciação essencial entre as duas ponderações, “a conduzir à uma espécie de ponderação à brasileira”.<sup>287</sup>

Fredie Didier Jr., Rafael Alexandria de Oliveira e Paula Sarno Braga demonstram a insuficiência de a ponderação ser utilizada para resolver apenas os conflitos entre direitos fundamentais; os Autores – citando a posição de Humberto Ávila – consignam:<sup>288</sup>

[...] a ponderação não é exclusividade dos princípios: as regras também podem conviver abstratamente, mas colidir concretamente; as regras podem ter seu conteúdo preliminar no sentido superado por razões contrárias; as regras podem conter hipóteses normativas semanticamente abertas (conceitos legais indeterminados); as regras admitem formas argumentativas como a analogia. Em todas essas hipóteses, entende Ávila, é necessário lançar mão da ponderação. (...). Por outro lado, Ávila entende que nem mesmo o sopesamento é exclusivo dos princípios; as regras também possuem uma dimensão de peso. Prova disso seriam os métodos de aplicação que relacionam, ampliam ou restringem o seu sentido em função dos valores e fins a que elas visavam resguardar.

---

<sup>285</sup> Artigo 10.º do CC/66: “[...] na falta de caso análogo, a situação é resolvida segundo a norma que **o próprio intérprete criaria**, se houvesse de legislar dentro do espírito do sistema”. (grifo nosso)

<sup>286</sup> TARTUCE, Flávio. STRECK, Lenio. Técnica de Ponderação no Novo CPC: posição favorável (Flávio Tartuce) e posição contrária (Lênio Luiz Streck). Fonte: Jornal Carta Forense. Matéria de Capa do Mês de Fevereiro de 2016.

<sup>287</sup> *Idem – Op. Cit.*

<sup>288</sup> *Idem – Op. Cit.*

Em face do antes exposto, indagamos se a inspiração do indigitado dispositivo do CPC/2002 brasileiro não teria sido (também) o Art. 335.º do CC/66 português, haja vista que este, além de também ser de abrangência ampla, ao dispor “Havendo colisão de direitos (...)”, remete, pelos seus termos, à técnica da “concordância pratica” (n.º 1 do 335.º), como uma solução; assim como pela prevalência do superior (n.º 2 do 335º). De novo, temos aí, o pioneirismo português.

Falando em pioneirismo, retomamos aqui, por oportuno, a riqueza e importância do Art. 70.º do CC/66 português (*jusfundamental*), que, combinado com o Art. 335º do mesmo diploma (uma meta-norma ou norma sobre normas), autoriza (e/ou viabiliza) o juiz a poder solucionar “casos difíceis” (porque não regulados especificamente pelo legislador) – como o da colisão de direitos –, conciliando a técnica da ponderação com a da complementaridade de sua *fattispecie* (porque editado via a técnica legislativa de cláusula geral – o art. 70.º). Complementaridade esta que busca critérios intra e extrassistemáticos, compensando, parece-nos, as críticas à falta de critérios no procedimento da ponderação, especialmente considerando que, no caso, a ponderação terá como limite último, o núcleo essencial do respeito à dignidade e personalidade humanas (subjacente no art. 70.º).

### CAPÍTULO III – EFICÁCIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS

Os tradutores da obra de Canaris<sup>289</sup> justificam a iniciativa, aduzindo que – quando da tradução – grande parte das comunidades jurídicas do Brasil e de Portugal não tinha acesso a importantes contributos oriundos da Alemanha acerca do tema da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, onde “alcançou grande desenvolvimento científico”.<sup>290</sup>

Vislumbram na indigitada obra “uma série de estruturas argumentativas” hábeis a servirem como referências na obtenção de soluções “domésticas” – por considerarem que as Constituições dos dois países fornecem grande potencial para a aplicação dos seus preceitos no domínio do direito privado – constitucionalmente adequadas e juridicamente consistentes.<sup>291</sup>

Dos desenvolvimentos de Canaris – com base na distinção entre as funções dos direitos fundamentais como “direitos de defesa” e “imperativos de tutela”, bem como na “teoria dos **deveres** de proteção de direitos fundamentais **pelo Estado**” – ressaltam, os tradutores, a oferta de uma base argumentativa sólida para a eficácia dos direitos fundamentais no direito privado, permitindo, sobretudo, a aplicação diferenciada dos indigitados direitos, inclusive no âmbito das relações entre particulares.<sup>292</sup> (grifos nossos)

Referem ainda a “descoberta” da chamada “proibição de insuficiência” – pelo Autor –, que entendem dever ser levada ao conhecimento dos públicos lusitano e brasileiro, sem prejuízo das particularidades nacionais quanto à possibilidade de controle de constitucionalidade, sempre que detectado um *déficit* constitucionalmente ilegítimo de proteção de um dos direitos na relação jurídica em causa.<sup>293</sup>

Canaris sustenta que a temática “Direitos Fundamentais e Direito Privado” é de tal modo essencial, que os quadros das ordens jurídicas nacionais para a solução das questões pertinentes são amplos, assim como é grande a abertura a modelos de solução transnacional. Afirmar que o modelo dogmático basilar – desenvolvido por ele – repousa, sobretudo, na diferenciação entre

---

<sup>289</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Coimbra: Edições Almedina, 2003. ISBN 978-972-40-1982-6. Tradutores: SARLET, Ingo Wofgan; PINTO, Paulo Mota.

<sup>290</sup> *Idem* – *Op. Cit.* p. 11.

<sup>291</sup> *Ibidem*.

<sup>292</sup> *Idem* – *Op. Cit.* – p. 12.

<sup>293</sup> *Ibidem*.

a função dos direitos fundamentais como proibições de intervenção e como imperativos de tutela.<sup>294</sup>

Sobre a influência dos direitos fundamentais sobre a legislação do direito privado,<sup>295</sup> o Autor parte do artigo 1º, n. 3, da LF alemã,<sup>296</sup> afirmando que “os direitos fundamentais vigoram **imediatamente** em face das normas de direito privado” e registrando ser esta a opinião dominante (de então). Aduz ainda que, no direito privado, **os direitos fundamentais desempenham as suas funções “normais”**, como proibições de intervenção e imperativos de tutela – perspectiva está também coincidente com a posição do Tribunal Constitucional alemão.<sup>297</sup> (grifos nossos)

Ao abordar a questão da influência dos direitos fundamentais sobre a aplicação e o desenvolvimento do direito privado,<sup>298</sup> o indigitado Autor também parte do disposto no artigo 1º, n. 3, da LF alemã, sustentando que:<sup>299</sup> (sublinhado nosso)

Com efeito, independentemente de todas as controvérsias em torno da questão da natureza *normativa* do ‘direito dos juízes’, pelo menos sob o ponto de vista *fático* é, em grande medida, apenas a jurisprudência que confere às leis pleno conteúdo, criando, portanto, *law action* em contraposição a *law in the books*, e que, assim, influencia decisivamente as consequências práticas da legislação para as posições jurídicas fundamentais dos cidadãos. (sublinhado nosso)

Canaris sustenta mais que as proposições em que os tribunais fundamentam as suas decisões devem ser formuladas “como normas”, para que a sua constitucionalidade seja controlada. O Autor pensa a indigitada proposição como parte do direito **material** e como vinculada aos direitos fundamentais – vinculação esta não deduzida a partir de uma violação pelo tribunal enquanto tal, “mas, antes, das proposições em que este assentou à decisão”.<sup>300</sup> (sublinhado nosso)

Cabe ainda destacar a seguinte lição do Autor referenciado:

[...] deve conceber-se a *ratio decidendi* de uma decisão judicial como norma, e comprovar se esta violaria um direito fundamental, sendo que há-de partir-se, aqui, da aplicação *imediate* deste – de forma não diferente do que se passa perante o legislador privado. Esta é a consequência lógica a extrair da circunstância de a aplicação e o desenvolvimento da legislação constituírem a sua necessária concretização, devendo, por esta razão, ser equiparados à lei quanto à proteção dos direitos fundamentais.<sup>301</sup>

---

<sup>294</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Coimbra: Edições Almedina, 2003. ISBN 978-972-40-1982-6. Tradutores: SARLET, Ingo Wofgan; PINTO, Paulo Mota. p. 15-16.

<sup>295</sup> *Idem* – **Op. Cit.** p. 22.

<sup>296</sup> O Art. 1º, n. 3, da LF alemã, dispõe que “os direitos fundamentais que se seguem vinculam a legislação, o poder executivo e a jurisdição como direito imediatamente vigente”.

<sup>297</sup> *Idem* – **Op. Cit.** p. 36.

<sup>298</sup> *Idem* – **Op. Cit.** p. 39.

<sup>299</sup> *Idem* – **Op. Cit.** p. 40-41.

<sup>300</sup> *Idem* – **Op. Cit.** p. 42.

<sup>301</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Coimbra: Edições Almedina, 2003. ISBN 978-972-40-1982-6. Tradutores: SARLET, Ingo Wofgan; PINTO, Paulo Mota. p. 43.

Importa, nesta quadra, destacar a afirmação de Canaris de que a “influência dos direitos fundamentais sobre o comportamento dos sujeitos de direito privado” – “saber se, e como (...), se encontram, eles próprios, vinculados a direitos fundamentais” – é a problemática (“apenas ela”, diz o Autor) que constitui o objeto da discussão em torno da “eficácia dos direitos fundamentais em relação a terceiros” (Drittwirkung).<sup>302</sup>

Leciona o Autor que a compreensão dessa matéria passa pelas respostas às seguintes perguntas:

Primeira: quem é destinatário dos direitos fundamentais – apenas o Estado e seus órgãos, ou também os sujeitos de direito privado? Segunda: o objecto do controlo segundo os direitos fundamentais é o comportamento de quem – o comportamento de um órgão do Estado, ou de um sujeito de direito privado? Terceira: em que função são aplicados os direitos fundamentais – como proibições de intervenção ou como imperativos de tutela?<sup>303</sup>

Quanto à primeira pergunta referida, o Autor diz o seguinte:<sup>304</sup> “[...] só deve falar-se de eficácia imediata em relação a terceiros se os direitos fundamentais se dirigem imediatamente contra sujeitos de direito privado, como no caso do art. 9º, n. 3, 2.ª frase, da LF.”<sup>305</sup> Daí que, como “*primeiro resultado parcial*”, o Autor retém que, em princípio, apenas o Estado e seus órgãos são destinatários das normas dos direitos fundamentais.<sup>306</sup>

Prossegue o Autor, ao responder à segunda pergunta referenciada, afirmando que objeto de controle, segundo os direitos fundamentais, “são, em princípio, apenas regulações e actos estatais, isto é, sobretudo leis e decisões **judiciais**, mas **não** também **actos de sujeitos de direito privado, ou seja, e sobretudo, negócios jurídicos e actos ilícitos.**” Sustenta que, se tais sujeitos sequer são destinatários dos direitos fundamentais, “logicamente os seus actos também não podem ser aferidos **imediatamente** com base **na bitola dos direitos fundamentais.**”<sup>307</sup> (grifos nossos)

---

<sup>302</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Coimbra: Edições Almedina, 2003. ISBN 978-972-40-1982-6. Tradutores: SARLET, Ingo Wofgan; PINTO, Paulo Mota. p. 52

<sup>303</sup> *Ibidem*.

<sup>304</sup> *Idem* – *Op. Cit.* p. 55.

<sup>305</sup> Reza o indigitado dispositivo (“Liberdade de associação”) na segunda frase do n. 3 do art. 9.º da LF alemã: “São nulos os acordos que restrinjam ou tratem de impedir este direito, e ilícitas as medidas tomadas com esse fim.”

<sup>306</sup> *Idem* – *Op. Cit.* p. 55.

<sup>307</sup> *Idem* – *Op. Cit.* p. 55-56.

Na sequência, direciona-se a obter a resposta à terceira pergunta posta, aduzindo o que segue:

Se, contudo, mesmo assim, tal vier a ocorrer ‘mediatamente’ de algum modo – o que, como se sabe, corresponde no resultado ao entendimento quase dominante –, é preciso, ainda, que exista uma ponte para o raciocínio, que o possibilite de uma forma dogmaticamente consistente. Esta pode encontrar-se se perguntarmos pela função em que os direitos fundamentais são aplicados neste contexto: como proibições de intervenção ou como imperativos de tutela.<sup>308</sup>

Vale destacar a menção de Canaris ao caso *Böll/Walden* (no qual o jornalista Walden adulterou uma afirmação do escritor Heinrich Böll), para afirmar que se tratou de uma intervenção de Walden no direito geral de personalidade de Böll. Digna de nota também a seguinte assertiva do Autor: “Mas a rejeição, pelo Supremo Tribunal Federal, do pedido de indenização de Böll contra Walden também não constituía uma intervenção no direito geral de personalidade de Böll (a qual já se tinha verificado pelo acto de Walden), antes se esgotava na **recusa de o proteger**”.<sup>309</sup> (grifo nosso)

Na sequência, Canaris ensina que a função dos direitos fundamentais como *imperativos de tutela* constitui uma “explicação dogmática convincente para a ‘eficácia mediata dos direitos fundamentais em relação a terceiros’”. Conclui, ao depois, que:<sup>310</sup>

Designadamente, mantém-se, por um lado, a posição de que apenas o Estado é destinatário dos direitos fundamentais, já que é também *sobre ele* que recai a obrigação de os proteger. Por outro lado, resulta clara a razão pela qual outros cidadãos são também atingidos e os direitos fundamentais produzem também – de certa forma **por uma via indirecta** – efeitos em relação a eles: justamente porque também no campo jurídico-privado o Estado, ou a ordem jurídica, estão, em princípio, vinculados a **proteger um cidadão perante o outro**. (grifos nossos)

Complementa tal concepção, aduzindo que sua plena compreensão reside em que “a Constituição apenas proíbe que se desça abaixo de um certo *mínimo* de protecção”, o que batizou como “proibição de insuficiência”. Conclui que a “função de imperativo de tutela”, conjugada com a “proibição de insuficiência” constitui uma categoria dogmática autônoma.<sup>311</sup>

É relevante a afirmativa do Autor de que a eficácia da função de imperativo de tutela e da proibição de insuficiência é mais tênue que a da função dos direitos fundamentais como proibição de intervenção conjugada com a proibição de excesso. Ressalta a circunstância de se tratar de uma problemática de “omissão”, aduzindo que “não pode em princípio impor-se ao

---

<sup>308</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Coimbra: Edições Almedina, 2003. ISBN 978-972-40-1982-6. Tradutores: SARLET, Ingo Wofgan; PINTO, Paulo Mota. p. 56.

<sup>309</sup> *Idem* – **Op. Cit.** p. 57-58.

<sup>310</sup> *Idem* – **Op. Cit.** p. 58.

<sup>311</sup> *Idem* – **Op. Cit.** p. 59-60.

Estado, no âmbito das omissões, o mesmo ônus de fundamentação e de legitimação que no domínio das actuações interventivas”, justificando nos seguintes termos:<sup>312</sup>

Pois enquanto nestas tem tal ônus quanto a uma única medida – precisamente a tomada no caso –, naquelas teria, eventualmente, de o satisfazer quanto a uma multiplicidade de medidas de protecção omitidas, ou até, mesmo, quanto à total ausência de actuação. [...] uma protecção totalmente abrangente dos cidadãos não é sequer facticamente possível, e levaria, além disso, a uma insustentável colocação dos cidadãos sob tutela estatal, bem como a intervenções, igualmente insuportáveis, em direitos fundamentais de terceiros. (sublinhado nosso)

Canaris aduz ser tarefa legítima dos órgãos jurisdicionais a realização de imperativos de tutela de direitos fundamentais, mediante a interpretação e o desenvolvimento integrado do direito, ressalvando que sua competência não vai além da do legislador. Sustenta que depende da verificação de recair sobre o legislador um dever de protecção que, então, **a jurisprudência realiza em seu lugar**.<sup>313</sup>

Importa, nesta quadra, ressaltar outra lição de CANARIS, acerca de critério “elementar” para o reconhecimento de um dever de protecção – a existência de “uma necessidade ponderosa de protecção do direito fundamental em causa” (sublinhamos) –, afirmando tratar-se dos fundamentos “*fácticos*” do bem assegurado pelo direito fundamental, e não da sua dimensão “*jurídica*”, na qual, “apenas o Estado pode em princípio intervir, por meio de actos de autoridade (...)”.<sup>314</sup> Consigna, após referir uma decisão do Tribunal Constitucional Federal alemão (sobre fianças),<sup>315</sup> o que segue:<sup>316</sup> “O *objectivo principal da função de imperativo de tutela* no âmbito das relações entre particulares é, por conseguinte, o de *proteger os bens jurídico-fundamentais perante intervenções fácticas por parte de outros sujeitos de direito privado, e de assegurar a sua efectiva capacidade funcional*.” (negrito nosso) (itálico do Autor)

Registra o Autor que a configuração, no Código Civil alemão, da protecção **jurídico-privada** da personalidade, por ficar aquém do mínimo de protecção constitucionalmente imposto, ofende a proibição de insuficiência. Consigna que a *lacuna de protecção enquanto tal* – que existia no direito ordinário alemão – deve ser qualificada como inconstitucional.<sup>317</sup>

---

<sup>312</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Coimbra: Edições Almedina, 2003. ISBN 978-972-40-1982-6. Tradutores: SARLET, Ingo Wofgan; PINTO, Paulo Mota. p. 65-66.

<sup>313</sup> *Idem* – **Op. Cit.** p. 66.

<sup>314</sup> *Idem* – **Op. Cit.** p. 106-107.

<sup>315</sup> Diz CANARIS: “É, portanto, bem consistente que o Tribunal Constitucional Federal, na sua decisão sobre as fianças, tenha entendido a autonomia privada – de cuja protecção se tratava no caso –, não no sentido formal, mas sim **material**, orientando-se para os pressupostos **fácticos** do seu exercício.” (grifamos). *Idem* – **Op. Cit.** p. 107.

<sup>316</sup> *Idem* – **Op. Cit.** p. 107.

<sup>317</sup> *Idem* – **Op. Cit.** p. 108.

Diversamente, entende não poder ser decisiva a questão de saber se também as diversas ofensas à personalidade (como a utilização de uma fotografia com fins publicitários, sem a autorização do retratado) são reprováveis justamente por razões constitucionais. Aduz ser decisivo o défice de proteção na sua “*globalidade*”, podendo exigir-se, quando muito, “que o conjunto das intervenções que, por sua causa, ficam sem qualquer sanção, também integre algumas cujo juízo de desvalor pode ser efectuado logo no plano constitucional”.<sup>318</sup>

Consignamos, ainda, por oportuno, o ensinamento de Canaris de que a “proibição de insuficiência”, além de aplicável no controle jurídico-constitucional de uma omissão legislativa, também o é “nos correspondentes problemas no quadro da aplicação e do desenvolvimento **judiciais** do direito”. Entendendo o Autor que a função de imperativo de tutela, no caso de realização pela jurisprudência, não tem alcance mais amplo do que pelo legislador, assevera que “o juiz apenas está autorizado a cumprir a tarefa porque, e na medida em que, a não o fazer, se verificaria um **inconstitucional** défice de protecção, e, portanto, uma violação da proibição de insuficiência”.<sup>319</sup> (grifos nossos)

Cabe, por fim, registrar os seguintes excertos do Autor (em sinopse) acerca dos “Fundamentos para uma determinação dogmática da função de imperativo de tutela dos direitos fundamentais no direito privado”:<sup>320</sup>

A função dos direitos fundamentais de imperativo de tutela carece, em princípio, para a sua realização, da transposição pelo direito infra-constitucional. [...]. Ao legislador ordinário fica aqui aberta, em princípio, uma ampla margem de manobra entre as proibições da insuficiência e do excesso [...]. [...] A proibição da insuficiência não coincide com o dever de protecção, mas tem, antes, uma função autónoma relativamente a este. Pois trata-se de dois percursos argumentativos distintos, pelos quais, em primeiro lugar, se controla se existe, de todo, um dever de protecção, e, depois, em que termos deve este ser realizado pelo direito ordinário sem descer abaixo do mínimo de protecção jurídico-constitucionalmente exigido.

Temos que, efetivamente, os tradutores da obra de Canaris (referenciada) estão corretos em afirmar que a doutrina deste Autor oferta estruturas argumentativas hábeis à obtenção de soluções “domésticas” (no caso, no âmbito do direito privado português), porquanto a Constituição da República Portuguesa (assim como a do Brasil) fornece “grande potencial para aplicação dos seus preceitos no domínio do direito privado, constitucionalmente adequadas e juridicamente consistentes”. *A fortiori* considerando a cláusula geral do Art. 70.º do Código Civil português/66, que entendemos calhar à fiveleta com a “teoria dos deveres de protecção de

---

<sup>318</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Coimbra: Edições Almedina, 2003. ISBN 978-972-40-1982-6. Tradutores: SARLET, Ingo Wofgan; PINTO, Paulo Mota. p. 108-109.

<sup>319</sup> *Idem* – **Op. Cit.** p. 124.

<sup>320</sup> *Idem* – **Op. Cit.** p. 138.

direitos fundamentais pelo Estado”, de Canaris (conforme adiante abordamos); ou seja, a CRP e o Art. 70.º do CC/66 têm potencial para recepcionar a indigitada teoria, que oferta “uma base argumentativa sólida para a eficácia dos direitos fundamentais no direito privado, permitindo, sobretudo, a aplicação diferenciada dos indigitados direitos, inclusive no âmbito das relações entre particulares”.

Nesta quadra, importa registrar que, em termos de discurso jurídico (e/ou argumentação) atinente a direitos fundamentais “pessoais”<sup>321</sup> concretizáveis nas relações privadas, Maria Cláudia Cachapuz contribui com sua doutrina,<sup>322</sup> apresentada por Luís Afonso Heck,<sup>323</sup> v.g., mediante o seguinte excerto acerca do mérito científico da obra:

[...] no plano jurídico: por ter trabalhado o ponto no qual constituição e direito privado estão mais estreitamente em conexão, ou seja, o das cláusulas gerais. Elas podem servir tanto para uma adaptação como para um desenvolvimento comum. E nisto está, exatamente, a grande contribuição: juízes podem ser entendidos como **pequenos tribunais constitucionais materiais**. [...]. (grifo nosso)

No prefácio da mesma obra, Judith Martins-Costa registra:<sup>324</sup>

[...] mergulhou na Teoria do Discurso Jurídico de Habermas e Alexy para averiguar como poderia auxiliar a pragmática da proteção à privacidade mediante (i) o estabelecimento de *critérios* tendentes a viabilizar o controle intersubjetivo das decisões, aumentando (ii) a *racionalidade* do processo decisório e (iii) as chances de uma *sistematização* dos casos apreciados.

### 3.1 Denominações da Eficácia dos Direitos Fundamentais no Âmbito Privado

A eficácia das normas definidoras de direitos fundamentais no âmbito das relações jurídico-privadas foi versada na doutrina e jurisprudência constitucional, sob a denominação de vários títulos, especialmente: “eficácia privada”, “eficácia em relação a terceiros” (“*Drittwirkung*” ou “eficácia externa”) e “eficácia horizontal” dos direitos fundamentais. As duas últimas expressões encontraram sua primeira formulação na doutrina constitucional alemã, “já se tendo inclusive afirmado tratar-se de autêntico artigo de exportação jurídica ‘made in Germany’”.<sup>325</sup>

---

<sup>321</sup> Que ora interessam em face do tema proposto.

<sup>322</sup> CACHAPUZ, Maria Cláudia. **Intimidade e vida privada no novo Código Civil Brasileiro: uma leitura orientada no discurso jurídico**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed., 2006. ISBN 85-7525-348-4. (Ainda que diga com o Direito Civil brasileiro.)

<sup>323</sup> *Idem* – **Op. Cit.** p. 28-29.

<sup>324</sup> *Idem* – **Op. Cit.** p. 34.

<sup>325</sup> SARLET, Ingo Wofgan. Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: **Revista Fórum de Direito Civil**, v. 01, n. 1. p. 199-200.

Até mesmo a denominação mais utilizada na doutrina e jurisprudência alemã – “eficácia em relação a terceiros” (“*Drittwirkung*”) – “não escapa de uma análise crítica, tendo encontrado um número considerável de opositores inclusive no seu país de origem”. Dentre os diversos argumentos críticos:<sup>326</sup> “não se trata propriamente de um terceiro nível eficaz (ou de uma terceira classe de destinatários), mas sim de um segundo nível, já que está em pauta a vinculação dos particulares (horizontal) em contraposição à clássica e incontestada vinculação das entidades estatais, no âmbito das relações (verticais) entre particular e Estado”.<sup>327</sup>

Outra crítica adveio de Hans Carl Nipperdey:<sup>328</sup>

[...] foi, até agora, em geral, designada como ‘efeito perante terceiros’ dos direitos fundamentais. Isso é, todavia, inexato, porque os direitos fundamentais no sentido clássico, estreito como direitos públicos subjetivos, dirigem-se somente contra o Estado. Mais correto deveria ser falar do efeito absoluto de certos direitos fundamentais. Trata-se do efeito normativo imediato de determinações de direitos fundamentais particulares em sua qualidade de direito constitucional objetivo, vinculativo que anulou, modificou, complementou ou criou de novo determinações do direito privado.

Ingo Sarlet registra mais que a expressão “eficácia horizontal” tem sido também rejeitada, porquanto expressiva parcela da doutrina acabou aderindo à seguinte concepção:<sup>329</sup>

[...] em se tratando de uma relação entre um particular e um detentor de poder social, isto é, uma relação caracterizada pela desigualdade, estar-se-ia em face de uma configuração similar que se estabelece entre os particulares e o Estado e, portanto, de natureza vertical, já que a existência de uma relação horizontal pressupõe tendencial igualdade.

Por conta dessas razões, Ingo Sarlet optou por abandonar as expressões ainda habituais, filiando-se “aos que preferem tratar o tema sob o título ‘eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares (...)’<sup>330</sup> – ao que comungamos.

Jorge Miranda, por sua vez, aduz que é a propósito daqueles direitos – “que tendo surgido historicamente frente ao Estado, podem adquirir também sentido frente a particulares” – do tipo, *v.g.*, sigilo de correspondência, liberdade de consciência e de religião, que se fala em eficácia *horizontal*, ou perante terceiros, dos direitos, liberdades e garantias (“*Drittwirkung*”) –

---

<sup>326</sup> SARLET, Ingo Wofgan. Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: **Revista Fórum de Direito Civil**, v. 01, n. 1. p. 200-201.

<sup>327</sup> Cf. I. von Münch. *Die drittwirkung von grundrechten in Deutschland*, p. 12-13.

<sup>328</sup> NIPPERDEY, Hans Carl. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Tradução: Waldir Alves. In **Direitos Fundamentais e Direito Privado: textos clássicos**. Luís Afonso Heck (organizador); Günter Dürig ... [et al.]. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2011. ISBN 978-85-7525-570-4. p. 59.

<sup>329</sup> SARLET, Ingo Wofgan. Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In **Revista Fórum de Direito Civil – RFDC** – v. 1, n. 1, URI: <https://hdl.handle.net/10923/11331>. ISSN 2238-9695. p. 201.

<sup>330</sup> *Ibidem*.

“em contraposição à mera eficácia *externa*, equivalente ao dever universal de respeito que recai sobre quaisquer cidadãos em face dos direitos dos outros (...)”. E explicita: “enquanto que, nesta, tudo está em não interferir no exercício dos direitos de outros, na eficácia horizontal há relações bilaterais sobre as quais se projectam ou em que podem ser afectados especificamente certos e determinados direitos, liberdades e garantias”.<sup>331</sup>

### 3.2 Sobre algumas Teorias

Cabe aqui, por oportuno, consignarmos a teoria de Hans Carl Nipperdey<sup>332</sup> – de 1950, que foi uma das que ganhou repercussão transnacional, qual seja a da excepcional possibilidade da aplicação de algumas das normas de direitos fundamentais nas relações particulares. Defendeu que o poder fático dos particulares (poder social, poder económico e etc.) às vezes podia se assemelhar, em termos de força, ao poder da autoridade estatal<sup>333</sup> – nesses casos, excepcionalmente, “a aplicação de uma norma de direito fundamental seria aceitável, uma vez que teríamos também aqui uma relação de poder de carácter vertical (dado o desequilíbrio de forças entre as duas partes)”.<sup>334</sup>

José Vieira de Andrade, por sua vez, entende relevante a protecção dos particulares, através do Estado, perante outros particulares, “pelo menos, perante indivíduos ou entidades privadas que sobre eles exercem ou estão em condições de exercer verdadeiros poderes, jurídicos ou de facto”. E fórmula as seguintes perguntas:<sup>335</sup>

---

<sup>331</sup> MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Tomo IV. **Direitos Fundamentais**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 321.

<sup>332</sup> Professor e primeiro presidente do Tribunal Federal do Trabalho da Alemanha na redemocratização pós-nazismo (“[...] nada obstante tenha sido um colaborador efetivo do regime nazista nas alterações do direito do trabalho”). Como descreve Itiberê Rodrigues *in Lições policopiadas da disciplina Jurisprudência de Direitos Fundamentais do STF*. s/p.

<sup>333</sup> RODRIGUES, Itiberê. **Lições policopiadas da disciplina Jurisprudência de Direitos Fundamentais do STF**. s/p.

<sup>334</sup> Importa aqui transcrevermos o seguinte excerto doutrinário de Nipperdey: “[...] tem de se reconhecer também que os titulares de direitos fundamentais, que estão face a face, têm a liberdade de delimitar sua posição jurídica um do outro, isto é, de compatibilizar eficazmente certas limitações de sua posição jurídico-fundamental. [...]. Agora deve nisso ser observado que um tal poder de disposição somente pode ser admissível quando entre as partes existe uma situação de igualdade real e jurídica, de modo que a influência sobre a esfera jurídico-fundamental própria também realmente seja livre. Isso não é o caso, à medida que o particular põe-se defronte do poder privado de grupos, grêmios ou pessoas privadas particulares. Aqui existe somente uma situação de igualdade fictícia que se baseia na falsa ideia, a liberdade da resolução de vontade na contratação de obrigações basta para assegurar o particular de limitações não-exigíveis de sua liberdade. Nesses casos pode, por isso, uma limitação da posição de direitos fundamentais, baseando-se na liberdade contratual, ser reconhecida como não-admissível”. (NIPPERDEY, Hans Carl. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Tradução: Waldir Alves. *In Direitos Fundamentais e Direito Privado: textos clássicos*. Luís Afonso Heck (organizador); Günter Dürig ... [et al.]. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2011. ISBN 978-85-7525-570-4, p. 63).

<sup>335</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 4.ª ed. Coimbra: Almedina, 2009. ISBN 978-972-40-3716-5. p. 235.

[...] se ou até que ponto as liberdades (religiosa, de residência, de associação, por exemplo) ou bens pessoais (integridade física e moral, intimidade, imagem) podem ser limitadas por contrato, com o acordo ou o consentimento do titular; se é lícito o apelo público ao boicote de um filme ou de um livro; se é válido um contrato em que os empregadores se obrigam a não admitir trabalhadores não inscritos num certo sindicato; até que ponto é admissível a restrição da liberdade de expressão (e de outras liberdades) dos jogadores de um clube desportivo, dos membros de um partido político ou de uma ordem religiosa; [...].

Itiberê Rodrigues registra que a crítica à teoria de Nipperdey reside em que, “dependendo do caso concreto inter privados a que é aplicada, pode levar a resultados contraditórios ou ambíguos”. Num processo trabalhista de 1958, em que o próprio Nipperdey foi juiz-relator (e o Tribunal Federal do Trabalho ratificou seu voto), houve, na decisão, “uma inversão da própria teleologia ou finalidade da existência de um Direito do Trabalho (direito de proteção dos empregados) enquanto ramo distinto do Direito Civil”.<sup>336</sup>

Ingo Sarlet, fazendo registros acerca da Teoria da eficácia imediata (direta) – “inicialmente desenvolvida por Hans Carl Nipperdey e, posteriormente, adotada e reforçada por Walter Leisner” – consigna que a concepção [dos Autores referidos] de uma vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais é sustentada no argumento de que “em virtude de os direitos fundamentais constituírem normas expressando valores aplicáveis para toda a ordem jurídica, como decorrência do princípio da unidade da ordem jurídica” (e da força normativa da Constituição), não se poderia aceitar que o Direito Privado formasse uma espécie de “gueto” à margem da Constituição. Ingo observa mais que: “Nipperdey chegou a sustentar aquilo que denominou de eficácia absoluta (*absolute Wirkung*) dos direitos fundamentais no âmbito do Direito Privado e das relações entre particulares”.<sup>337</sup>

Cabe aqui, por oportuno, reiterar o seguinte excerto doutrinário de Jorge Miranda, ao comentar o disposto no n.º 1 do Art. 18.º da CRP:<sup>338</sup>

[...] o verdadeiro significado do segmento normativo em análise é o de afirmar que os sujeitos privados, além de titulares ativos, são (ou podem ser) também destinatários passivos principais de direitos, liberdades e garantias e que, por isso, estabelecem entre si verdadeiras relações jusfundamentais, independentemente da configuração destas (relações horizontais, relações verticais em que um privado é detentor de uma ‘posição dominante’, relações triangulares em que o Estado protege a posição de um dos sujeitos privados, relações poligonais em que se cruzam múltiplas posições de sujeitos privados.

---

<sup>336</sup> RODRIGUES, Itiberê. **Lições policopiadas da disciplina Jurisprudência de Direitos Fundamentais do STF**. s/p.

<sup>337</sup> SARLET, Ingo Wofgan. Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. *In Revista Fórum de Direito Civil – RFDC* – v. 1, n. 1, URI: <https://hdl.handle.net/10923/11331>. ISSN 2238-9695. p. 209-210.

<sup>338</sup> MIRANDA, Jorge, anot.; MEDEIROS, Rui, anot. – **Constituição Portuguesa Anotada**. Volume I. 2.ª ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2017. ISBN 978972540541. p. 246.

Ingo Sarlet registra que a tese da “eficácia mediata” desenvolveu-se a partir da paradigmática formulação de Günther Dürig, o qual – partindo de algumas premissas comuns (à da teoria de Nipperdey), como a de que os direitos fundamentais integram uma ordem de valores objetiva, com reflexos em todo o ordenamento jurídico – “contesta veementemente os defensores da eficácia imediata”. Para Dürig, “o reconhecimento de uma eficácia direta no âmbito das relações entre particulares acabaria por gerar uma estatização do Direito Privado e um virtual esvaziamento da autonomia privada”.<sup>339</sup>

O doutrinador brasileiro explicita a proposta de Dürig, nos seguintes termos:<sup>340</sup>

[...] a assim chamada eficácia irradiante das normas de direitos fundamentais, reconduzida à sua dimensão jurídico-objetiva, acabaria por ser realizada, na ausência de normas jurídico-privadas, de forma indireta, por meio da interpretação e integração das ‘cláusulas gerais’ e conceitos indeterminados do direito privado à luz dos direitos fundamentais. Em primeira linha, portanto, constitui – segundo os adeptos desta concepção – tarefa do legislador realizar, no âmbito de sua liberdade de conformação e na condição de destinatário precípua das normas de direitos fundamentais, a sua aplicação às relações jurídico-privadas.<sup>341</sup>

Ingo Sarlet registra ainda que a teoria da eficácia mediata (indireta) acabou por prevalecer no âmbito da doutrina e jurisprudência alemã, passando a ser adotada, ainda que não expressamente, pelo Tribunal Federal Constitucional (*Bundesverfassungsgericht*), a partir do “famoso e multicitado caso ‘Lüth’”.<sup>342</sup> Em apertada síntese, aduz que para o Tribunal:<sup>343</sup>

[...] o conteúdo dos direitos fundamentais como normas objetivas se desenvolve no Direito Privado por meio dos dispositivos que regem diretamente este âmbito jurídico, de tal sorte que a influência dos direitos fundamentais como critérios valorativos se realiza sobretudo por meio das disposições jurídico-privadas de cunho imperativo e que integram a ordem pública em sentido amplo. Para a concretização desta influência se oferecem principalmente as cláusulas gerais do Direito Privado (...), que – neste particular seguindo a lição de Dürig – atuam como pontos de ingresso (*Elnbruchstellen*) dos direitos fundamentais no Direito Civil.

---

<sup>339</sup> SARLET, Ingo Wofgan. Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In **Revista Fórum de Direito Civil** – RFDC – v. 1, n. 1, URI: <https://hdl.handle.net/10923/11331>. ISSN 2238-9695. p. 211.

<sup>340</sup> *Idem* – **Op. Cit.** p. 212.

<sup>341</sup> Cabe aqui, por oportuno, transcrevermos o seguinte excerto doutrinário de Dürig: “O tráfego jurídico de privados uns com os outros está sujeito, por isso, justamente por causa da constituição, a direito especial (exatamente, ‘direito privado’ – e precisamente também no direito de defesa de ataques de privados a direitos de outros (...)). Os meios normativos para a defesa de ataques da direção de terceiros, com cujo auxílio, na falta de normas de proteção jurídico-civil especiais, o direito privado objetivo cumpre seu *pedido de proteção* (...), são suas *cláusulas gerais suscetíveis de preenchimento de valores e carentes de preenchimento de valores*. O caminho pela sua aplicação salvaguarda, por um lado, a *autonomia do direito privado*, (...), por outro, a *unidade do direito total*, naturalmente necessária, *na moral jurídica*”. (DÜRIG, Günther. *Direitos Fundamentais e Jurisdição civil*. Tradução: Luís Afonso Heck. In **Direitos Fundamentais e Direito Privado: textos clássicos**. Luís Afonso Heck (organizador); Günter Dürig ... [et al.]. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2011. ISBN 978-85-7525-570-4. p. 35).

<sup>342</sup> SARLET, Ingo Wofgan. Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In **Revista Fórum de Direito Civil** – RFDC – v. 1, n. 1, URI: <https://hdl.handle.net/10923/11331>. ISSN 2238-9695. p. 212-213.

<sup>343</sup> *Idem* – **Op. Cit.** p. 214.

Vieira de Andrade aduz, por sua vez, que a ideia de aplicabilidade *mediata* foi mal defendida por seus partidários, haja vista o apego dos mesmos às concepções liberais-individualistas – “a essência dessa ideia respeita à necessidade da defesa de uma esfera da liberdade dos homens concretos em face dos poderes públicos, mesmo quando estes pretendem actuar para a protecção da liberdade e da dignidade das pessoas”. Sustenta que: “Aquilo que se deve entender por *mediação* na aplicabilidade dos preceitos constitucionais às relações entre iguais é, afinal, a necessidade de conciliar esses valores com a *liberdade* negocial e a *autonomia* privada no direito civil” – “o que se queria afirmar era um imperativo de adaptação e de harmonização dos preceitos relativos aos direitos fundamentais na sua aplicação à esfera de relações entre indivíduos iguais (...)”.<sup>344</sup>

Itiberê Rodrigues pontua que a distinção entre a eficácia “direta” e a eficácia “indireta” dos direitos fundamentais sobre as relações privadas tem subjacente a distinção entre direito subjetivo e direito objetivo. E, na sequência, sobre o indigitado caso “Lüth”, Rodrigues aduz que.<sup>345</sup>

Já no caso Lüth, de 1958, o Tribunal Constitucional distinguiu dois diferentes efeitos que podem ser decorrentes da relação entre normas de direito fundamental e normas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais podem exercer uma eficácia ou efeitos diretos sobre as relações privadas. E os direitos fundamentais podem exercer uma eficácia ou efeitos indiretos sobre as relações privadas.

Referindo-se sobre a eficácia direta ou imediata dos direitos fundamentais sobre uma relação inter privados – “função via direito subjetivo” –, Rodrigues aduz que, nesse contexto, “não há uma distinção inicial entre os destinatários das normas de direito fundamental: elas são exigíveis tanto contra o Estado quanto contra os demais particulares”. Exemplifica, ao depois, com o disposto no n.º 1 do Art. 18.º da CRP,<sup>346</sup> consignando que, em tais casos, um particular tem um direito subjetivo fundamental contra outro particular,<sup>347</sup> cita acórdão do STF brasileiro.<sup>348</sup>

---

<sup>344</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 4.ª ed. Coimbra: Almedina, 2009. ISBN 978-972-40-3716-5. p. 254-255.

<sup>345</sup> RODRIGUES, Itiberê. **Lições policopiadas da disciplina Jurisprudência de Direitos Fundamentais do STF**. s/p.

<sup>346</sup> Art. 18, n.º 1, da CRP: “*Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas*”.

<sup>347</sup> RODRIGUES, Itiberê. **Lições policopiadas da disciplina Jurisprudência de Direitos Fundamentais do STF**. s/p.

<sup>348</sup> STF (RE 201.819, in *DJU* 27.10.2006, Informativos STF nº 351, 370, 385 e 405) Sociedade civil sem fins lucrativos. União brasileira de compositores. Exclusão de sócio sem garantia da ampla defesa e do contraditório. Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. Recurso desprovido. i. eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. ii. os princípios constitucionais como limites à autonomia privada das associações. iii. sociedade civil sem fins lucrativos. Entidade que integra espaço público, ainda que não-estatal. Atividade de carácter público. Exclusão de sócio sem garantia do devido processo legal. **Aplicação direta dos direitos fundamentais à ampla defesa e ao contraditório.** (grifo nosso)

Acerca da eficácia indireta ou mediata dos direitos fundamentais sobre as relações privadas – “função via direito objetivo” – Rodrigues aduz que, nessa eficácia, as normas de direito fundamental não são aplicadas diretamente à relação inter privados; “Trata-se de uma construção que pressupõe os dois escalões normativos respectivos (Constituição e direito ordinário privado), com a norma de direito fundamental (hierarquicamente superior) e a norma de direito privado (hierarquicamente inferior).

O mesmo Autor explicita:

Por força da supremacia das normas da Constituição sobre as normas do direito ordinário, as normas de direito fundamental irradiam naturalmente seus efeitos também quando da interpretação e aplicação do direito privado – “efeito irradiador” da norma de direito fundamental (“*Ausstrahlungswirkung*”).

O efeito irradiador se verifica mais facilmente nos casos onde o direito privado usa de cláusulas gerais e de conceitos jurídicos indeterminados, os quais não possuem um conteúdo específico e com isso permitem diferentes interpretações perante um dado caso concreto [...].

Somente aquela norma de direito privado que estará sendo aplicada ao caso concreto – “daí o efeito apenas ‘indireto’ da norma de direito fundamental sobre a relação jurídica entre as partes privadas: ela serve apenas para dar um conteúdo específico ao dispositivo de direito privado”. Prossegue com o seguinte detalhamento:<sup>349</sup>

Como se trata de uma operação de interpretar o direito privado à luz das normas de direitos fundamentais, este efeito indireto integra apenas e tão somente a esfera do direito objetivo, uma vez que não é a norma de direito fundamental que cria o direito subjetivo do titular de direito fundamental no caso concreto (direitos e deveres surgem para as duas partes apenas com base na aplicação direta das normas de direito privado ao caso concreto).

Apesar da teoria do efeito irradiador lembrar bastante o princípio hermenêutico da “interpretação conforme a Constituição”, Itiberê Rodrigues assevera que existem diferenças conceituais entre os dois institutos; para tanto, Jarass/Pieroth (Comentários à Lei Fundamental, p. 20) salientam que a interpretação conforme a Constituição é técnica de controle de constitucionalidade que se limita a dar uma interpretação conforme, de modo a não se declarar a inconstitucionalidade do dispositivo em questão – a operação se esgota ao dar certo sentido ao texto do dispositivo infraconstitucional (exaure-se num procedimento simples, composto de apenas uma fase). Já o efeito irradiador pressupõe duas fases sucessivas: (i) do procedimento de interpretação conforme, e, ao depois, (ii) a aplicação da norma de direito privado (com um

---

<sup>349</sup> RODRIGUES, Itiberê. **Lições policopiadas da disciplina Jurisprudência de Direitos Fundamentais do STF.** s/p

conteúdo já previamente modulado pelo direito fundamental) ao caso concreto entre os dois particulares.<sup>350</sup>

Tratando da “teoria dos deveres de proteção: novas tendências no âmbito da assim denominada eficácia indireta”, Ingo Sarlet consigna:<sup>351</sup>

Partindo, ainda que parcialmente, dos pressupostos teóricos que já se faziam presentes na base das concepções anteriores, especialmente entre os defensores de uma vinculação indireta, tem sido sustentado que os deveres de proteção decorrentes das normas definidoras de direitos fundamentais impõem aos órgãos estatais (e é o Estado o destinatário precípua desta obrigação) um dever de proteção dos particulares contra agressões aos bens jurídicos fundamentais constitucionalmente assegurados, inclusive quando essas agressões forem oriundas de outros particulares, proteção esta que assume feições absolutas, já que abrange todos os bens fundamentais.

Os defensores da teoria dos deveres de proteção sustentam (como vantagem) que a mesma viabiliza um tratamento diferenciado dos direitos fundamentais no Direito Privado. Partem do reconhecimento de uma competência normativa (*Rechtssetzungskompetenz*) dos sujeitos privados apenas em casos excepcionais e devidamente justificados.<sup>352</sup> Por fim, importa destacarmos o seguinte excerto doutrinário de Ingo Sarlet:<sup>353</sup>

Para além disso, argumenta-se que a maior vantagem da teoria dos deveres de proteção reside justamente na circunstância de encontrar-se **edificada sobre as estruturas do Direito Privado**, de tal sorte que **os deveres específicos de proteção não podem ser determinados previamente e em abstrato**, de forma genérica, **carecendo de concretização de acordo com seu respectivo conteúdo e apenas nesta medida gerando direitos subjetivos.** (grifos nossos)

### 3.2.1 A Operacionalidade da Cláusula Geral do Art. 70.º do CC/66 – pelo juiz – traduz qual(is) teoria(s) de eficácia?

Temos que a cláusula geral do Art. 70.º do CC/66, em termos amplos, é operada nos moldes da eficácia mediata e/ou indireta, haja vista tratar-se de norma do ordenamento privado, interpretada, aplicada e integrada pelos valores constitucionais (para além das possibilidades jurídicas e fácticas). Parafraseando metáfora anteriormente colocada, a indigitada cláusula aberta é a “ponte” mediante a qual são buscados tais valores inter sistema.

---

<sup>350</sup> RODRIGUES, Itiberê. **Lições policopiadas da disciplina Jurisprudência de Direitos Fundamentais do STF.** s/p

<sup>351</sup> SARLET, Ingo Wofgan. Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. *In Revista Fórum de Direito Civil – RFDC – v. 1, n. 1*, URI: <https://hdl.handle.net/10923/11331>. ISSN 2238-9695. p. 215.

<sup>352</sup> *Idem – Op. Cit.* p. 216.

<sup>353</sup> *Idem – Op. Cit.* p. 216-217.

Também, desta vez mais especificamente, por consubstanciar, ao fim e ao cabo, um direito a uma prestação (do Estado) de tutela (de direito *jusfundamental* – no âmbito da Constituição material), a cláusula geral do Art. 70.º do CC/66 coaduna-se, na sua operação/aplicação, pelo juiz, com a teoria dos deveres de proteção, anteriormente explicitada. Vale lembrar a observação precisa de Ingo Sarlet acerca da relevância da “função representada pelo reconhecimento de deveres de proteção do Estado, aos quais, ao menos em princípio, poderiam corresponder autênticos direitos fundamentais à proteção”.<sup>354</sup>

Precisa é igualmente a assertiva de Ingo Sarlet acerca da vantagem da teoria dos deveres de proteção por edificar-se nas estruturas do Direito Privado, de modo que “os deveres específicos de proteção não podem ser determinados previamente e em abstrato, de forma genérica, carecendo de concretização de acordo com seu respectivo conteúdo e apenas nesta medida gerando direitos subjetivos” (anteriormente registrada). É o caso da aplicação/concretização da cláusula geral do Art. 70.º do CC/, cujo núcleo essencial (deste dispositivo legal) – como sustentamos anteriormente – alberga o “princípio geral do respeito pela dignidade e personalidade humanas”, bem como o princípio da regulação material (materialidade da situação jurídica subjacente) das potenciais tipificações de direitos de personalidade, cuja fundamentalidade – no âmbito da constituição material – é inegável (direitos *jusfundamentais*).

Importa ainda destacarmos uma peculiaridade, no caso, quanto à correlação registrada por Itiberê Rodrigues entre a teoria da eficácia indireta e a “função via direito objetivo” (em contraposição à teoria da eficácia direta com a “função via direito subjetivo”). Entendemos, respeitando entendimentos contrários, que a norma do Art. 70.º do CC/66 viabiliza a ressubjetivação do direito (jus) fundamental (nos moldes privatísticos, é claro) – de efeito irradiador objetivo – na sua concretização/complementação pelo juiz; podendo, pois, na relação entre particulares “tendencialmente iguais” (não só nas relações de poder), o particular que for titular de um direito (jus) fundamental afetado, ter como destinatário principal o particular ofensor (no caso concreto, tendo em conta as devidas ponderações efetuadas pelo juiz). Senão vejamos.

Primeiramente, devemos considerar que tais operações se dão no contexto do preceituado pelo Art. 18.º/n.º 1 da CRP, que diz expressamente: “Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as

---

<sup>354</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. ISBN 978-85-7348-789-3. p. 164.

entidades públicas e privadas” (sublinhado nosso); a ponto de Itiberê Rodrigues exemplificar, com este preceito constitucional, caso de eficácia direta de direitos fundamentais em relações privadas.

Por outro lado, a cláusula geral do Art. 70.º consubstancia, de certo modo, uma delegação legislativa ao aplicador juiz, o qual, por sua vez, extrairá dela uma decisão normativa que será uma “lei” – lei ordinária (*mutatis mutandis*) – para o caso concreto. Por conta do Art. 16.º da CRP, podemos afirmar que os direitos (*jusfundamentais*) tipificados pela concretização/complementação da cláusula do Art. 70.º (observando, o juiz, todos os critérios exigidos), configurarão direitos subjetivos fundamentais de origem legal e do âmbito do direito privado, exigíveis, portanto, frente a um particular (destinatário), na relação privada (não nos mesmos moldes da relação de um particular titular de um direito subjetivo fundamental público frente ao Estado, é claro).

Temos, pois, que a possibilidade da aplicação/adoção mista de algumas das teorias de “eficácia de direitos fundamentais nas relações privadas” na operacionalidade do Art. 70.º do CC/66, de novo, revela a riqueza deste dispositivo legal de nacionalidade portuguesa.

### **3.3 A Cláusula Geral do Art. 70.º do CC/66 como Via de Promoção da Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações Privadas**

Temos, pelo antes exposto, condições de responder às perguntas-chave (eleitas neste trabalho como objetivos principais) sobre (i) se a tutela civil geral da personalidade promove a eficácia de direitos fundamentais nas relações privadas e (ii) em que medida e/ou grau se dá essa promoção.

Primeiramente, pelo núcleo essencial desse dispositivo legal albergar os princípios do “respeito pela dignidade e personalidade humanas” e da “materialidade da situação jurídica subjacente” (numa adaptação da fórmula de Menezes Cordeiro acerca da cláusula geral da boa-fé objetiva à cláusula da tutela geral da personalidade), possibilitar a concretização de inúmeras situações de posições jurídicas *jusfundamentais* atinentes aos direitos de personalidade, especialmente, promovendo tipificações de novos direitos de personalidade (*jusfundamentais*). Cabe aqui, por oportuno reiterar a lição de António Menezes Cordeiro (anteriormente registrada) de que: “Podemos adiantar que os direitos de personalidade estão em condições de prosseguir, no domínio não-contratual, o papel que, ao longo do passado século XX, a boa-fé desempenhou, no seio dos negócios”.

Outro fator de promoção, é que a cláusula do Art. 70.º, combinada com o art. 335.º do Código Civil, oferta instrumentos de operacionalidade efetiva na solução de situações de colisões de direitos e/ou princípios, tendo como limitador das ponderações demandadas, justamente, a dignidade e personalidade humanas, cujo respeito é albergado pelo seu núcleo essencial, como antes dito.

Temos, mais, as várias possibilidades de preenchimento desta cláusula geral – para além de abarcar na sua configuração os três grandes tipos: extensivo, restritivo e regulativo (como sustentamos anteriormente); a obtenção de seu conteúdo normativo mediante a concretização de seus princípios nucleares (antes indicados); a viabilização de ser concretizada com a combinação de tópica e sistema (conforme a melhor doutrina) e sua efetivação com supedâneo em diferentes vias (ou combinações) de teorias de eficácia de direitos fundamentais nas relações privadas. Vale dizer, são vários os caminhos ofertados pelo indigitado Art. 70.º para a promoção da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Direitos de personalidade são posições jurídicas atinentes a projeções e inerências físicas, psíquicas e morais da personalidade humana (do ser humano real dotado de racionalidade e liberdade), que acompanham a personalidade jurídica (singular) nos (e como) efeitos do fato jurídico do nascimento com vida do ser humano, reconhecidas (e/ou reconhecíveis) pelo Estado e tuteladas por mandamento dos princípios jurídico-constitucionais do “respeito à dignidade e personalidade humanas” e “do desenvolvimento da personalidade”, daí por que, de conteúdo *jusfundamental*.

Podemos adotar, para a aferição do conteúdo essencial da norma do Art. 70.º do CC/66, esquema/fórmula semelhante ao utilizado por Menezes Cordeiro na busca da noção da boa-fé objetiva. *Mutatis mutandis* temos uma norma – do Art. 70.º do CC – que alberga o princípio geral do respeito pela dignidade e personalidade humanas, bem como o princípio da regulação material (materialidade da situação jurídica subjacente) das novas potenciais tipificações de direitos de personalidade, reconhecidos e tuteláveis (estes) em casos concretos de ofensas (ou ameaças de ofensas) aos mesmos; ofensas essas que consideramos, perfilhando doutrina de escol, ilícitos também constituídos *in concreto*.

A atipicidade é nota característica do Art. 70.º do Código Civil/66 português, permeando toda a operacionalidade desta cláusula geral, seja na criação/tipificação de direitos de personalidade, seja na configuração de ilícitos (ações ofensivas à dignidade e personalidade humanas) – das mais variadas formas. A riqueza desta cláusula geral – de “nacionalidade” portuguesa – também reside em abarcar as possibilidades dos três grandes tipos de cláusulas gerais (indicados por Menezes Cordeiro, com precisão), quais sejam: extensivo, restritivo e regulativo; essa versatilidade é devida provavelmente, à matéria relevante de que trata (*jusfundamental*), demandando a proteção mais ampla possível.

Dentre os entes públicos vinculados aos direitos fundamentais constitucionais, estão os Tribunais. Estes não estão apenas «ao serviço de defesa de direitos fundamentais»; como *órgãos do poder público*, eles próprios devem considerar-se vinculados pelos direitos fundamentais – vinculação esta que se efetiva: “(1) através do *processo* justo aplicado no exercício da função jurisdicional ou (2) através da *determinação e direcção das decisões jurisdicionais* pelos direitos fundamentais materiais” (como atuará na aplicação/concretização do Art. 70.º do CC/66).

Registramos mais que o Art. 70.º do Código Civil português é exemplo dado por doutrinadores de escol, de preceito *jusfundamental* constante de lei ordinária (cláusula geral também caracterizada pela atipicidade – de direitos de personalidade –, conforme a melhor doutrina). Vale dizer, o legislador ordinário lança mão de cláusulas gerais, conceitos indeterminados e princípios (além de regras) na conformação de direitos fundamentais materiais.

Destacamos ainda a lição de Paulo Ferreira da Cunha de que a maior parte dos direitos de personalidade são algo como uma versão privatística de direitos fundamentais *stricto sensu* – verdadeiros direitos fundamentais, porque “nos não devemos esquecer da constitucionalidade material”. Os direitos de personalidade podem considerar-se integrados nos “quaisquer outros constantes de leis”, nos termos do Artigo 16.º, n.º 1, da Constituição Portuguesa, acrescidos aos formalmente constitucionais.

As cláusulas gerais viabilizam a integração intersistemática, facilitando a migração de conceitos e valores entre o Código, a Constituição e as leis especiais. Em razão da potencial variabilidade do seu significado, permitem o “permanente e dialético fluir de princípios e conceitos entre esses corpos normativos”, evitando assim a danosa construção de paredes internas no sistema, considerado em sua globalidade, e a necessidade de a eficácia da Constituição no Direito Privado depender da decisão do legislador de plantão.

A riqueza e importância do Art. 70.º do CC/66 português pode ser aferida, também, quando combinado com o Art. 335.º do mesmo diploma (uma meta-norma ou norma sobre normas), haja vista que viabiliza ao juiz poder solucionar “casos difíceis” (porque não regulados especificamente pelo legislador) – como o da colisão de direitos.

Temos ainda que a cláusula geral do Art. 70.º do CC/66, em termos amplos, é operada nos moldes da eficácia mediata e/ou indireta, haja vista tratar-se de norma do ordenamento privado, interpretada, aplicada e integrada pelos valores constitucionais (para além das possibilidades jurídicas e fácticas). Parafrazeando metáfora de doutrinadora de escol, a indigitada cláusula aberta é a “ponte” mediante a qual são buscados tais valores intersistema.

Também, desta vez mais especificamente, por consubstanciar, ao fim e ao cabo, um direito a uma prestação (do Estado) de tutela (de direito *jusfundamental* – no âmbito da Constituição material), a cláusula geral do Art. 70.º do CC/66 coaduna-se, na sua operação/aplicação, pelo juiz, com a teoria dos “deveres de proteção”.

Temos, portanto, as várias possibilidades de preenchimento desta cláusula geral – para além de abarcar na sua configuração os três grandes tipos: extensivo, restritivo e regulativo (como sustentamos anteriormente); a obtenção de seu conteúdo normativo mediante a concretização de seus princípios nucleares (antes indicados); a viabilização de ser concretizada com a combinação de tópica e sistema (conforme a melhor doutrina) e sua efetivação com supedâneo em diferentes vias (ou combinações) de teorias de eficácia de direitos fundamentais nas relações privadas. Vale dizer, são vários os caminhos ofertados pelo indigitado Art. 70.º (tutela civil geral da personalidade) para a promoção da eficácia dos direitos fundamentais (pessoais) nas relações privadas.

## REFERÊNCIAS

### FONTES DOCUMENTAIS

CÓDIGO CIVIL E DIPLOMAS COMPLEMENTARES. 18.<sup>a</sup> Edição. Lisboa: Quid Juris. 2016.  
Decreto-lei n.º 47344/66. **Diário do Governo I Serie**. n.º 274, de 25 de Novembro de 1966.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA de acordo com a Revisão de 2005. 20.<sup>a</sup>  
Edição. Lisboa: Quid. Juris, 2016. - de acordo com a Lei Constitucional n.º 1/2005, de 12 de  
Agosto de 2005. **Diário da República** n.º 155.

MIRANDA, Jorge, anot.; MEDEIROS, Rui, anot. – **Constituição Portuguesa Anotada**.  
Volume I. 2.<sup>a</sup> ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2017. ISBN 978972540541.  
COMENTÁRIO ao Código civil: parte geral. [cood. De Luís de Carvalho Fernandes, José  
Brandão Proença]. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2014. ISBN 978-972-54-0423-2.

### FONTES BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva.  
5. ed. alemã. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. ISBN 978-85-7420-872-5.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa  
de 1976**. 4.<sup>a</sup> ed. Coimbra: Almedina, 2009. ISBN 978-972-40-3716-5.

ASCENSÃO, J. Oliveira. **Pessoa, Direitos Fundamentais e Direito da Personalidade**. *In*  
Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Coimbra Editor, n.ºs 1 e 2, 2009.  
ISSN 0870-3116.

CACHAPUZ, Maria Cláudia. **Intimidade e vida privada no novo Código Civil Brasileiro:  
uma leitura orientada no discurso jurídico**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Ed., 2006.  
ISBN 85-7525-348-4.

CAMPOS, Diogo Leite de. **Lições de direitos da personalidade**. *In* Boletim da Faculdade de  
Direito. Universidade de Coimbra. Vol. LXVII. Composto e impresso na G. C. Julho de 1993.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Coimbra: Edições Almedina, 2003. ISBN 978-972-40-1982-6.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003. ISBN 978-972-40-2106-5.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Dogmática de direitos fundamentais e direito privado. *In* **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. ISBN 978-85-7348-661-2.

CARVALHO, Orlando de. **Teoria Geral do Direito Civil**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. ISBN 978-972-2017.

CUNHA, Paulo Ferreira da. Desafio Metodológico dos Direitos da Personalidade: conceitos e categorias. *In*: **Nos 20 anos do código das sociedades comerciais**. Volume III. Vária. Coimbra Editora, 2007. ISBN 978-972-32-1545-8.

CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil V**. Parte Geral. Coimbra: Edições Almedina, 2011. ISBN 978-972-40-4553-5.

CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil IV**. Parte Geral. Pessoas. Colaboração de A. Barreto Menezes Cordeiro. 4. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-6805-3.

CORDEIRO, António Menezes. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Edições Almedina, 2017. ISBN 978-972-40-7193-0.

DÜRIG, Günther. *Direitos Fundamentais e Jurisdição civil*. Tradução: Luís Afonso Heck. *In* **Direitos Fundamentais e Direito Privado: textos clássicos**. Luís Afonso Heck (organizador); Günter Dürig ... [*et al.*]. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2011. ISBN 978-85-7525-570-4.

FERNANDES, Luís Carvalho; PROENÇA, José Brandão (Coordenadores). **Comentário ao Código Civil**, 2014.

FERREIRA, Wallace. Abuso de direito – entre a teoria e a realidade. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3825, 21 dez. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/26208>. Acesso em: 18 nov. 2021.

GAGLIANO, Pablo Stolze. FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de direito civil**. V. 1. Parte geral. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. **Os direitos fundamentais atípicos**. Aequitas – Editorial Notícias. 1995. ISBN 972-46-0701-1.

HÖRSTER, Heinrich Ewald. **A Parte geral do código civil português: teoria geral do direito civil**. Coimbra: Almedina, 1992. ISBN 972-40-0710-3.

MARINONI, Luiz Guilherme. RENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil: processo de conhecimento**. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. ISBN 978-85-203-3633-5.

MARTINS-COSTA, Judith. Direito Privado como “sistema em construção”: as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, v. 1, n. 8, 1998.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**. 2. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018. ISBN 978-85472-2895-8.

MARTINS-COSTA, Judith. Modelos de direito privado. **A construção de um conceito de privacidade, as cláusulas gerais e a concreção de direitos fundamentais** 1. ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2014. ISBN 978-85-66722-16-1.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: plano da eficácia**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. ISBN 85-02-04703-5.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Tomo IV. **Direitos Fundamentais**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

NIPPERDEY, Hans Carl. Direitos Fundamentais e Direito Privado. *In: Direitos Fundamentais e Direito Privado: textos clássicos*. Luís Afonso Heck (organizador); Günter Dürig ... [et al.]. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2011. ISBN 978-85-7525-570-4.

NOVAIS, Jorge Reis. **Sistema português de fiscalização da constitucionalidade: avaliação crítica**. Lisboa: AAFDL, 2017. ISBN 978-972-629-100-8.

PINTO, Paulo Mota. Notas sobre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e os direitos de personalidade no direito português. *In: A Constituição concretizada: construindo pontes com público e o privado*. Org. Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. ISBN 85-7348-162-5.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria Geral do Direito Civil**. 4.<sup>a</sup> ed. Por MONTEIRO, António Pinto; e PINTO, Paulo Mota. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. ISBN 972-32-1325-7.

PINTO, Paulo Mota. **Direitos de Personalidade e Direitos Fundamentais: Estudos**. 1.<sup>a</sup> ed. Coimbra: GESTLEGAL, 2018. ISBN 978-989-54076-3-7.

REALE, Miguel. MARTINS-COSTA, Judith. Direito Privado como “sistema em construção”: as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, 1998.

RODRIGUES, Itiberê. **Lições policopiadas da disciplina: Jurisprudência de Diretos Fundamentais do STF**.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. ISBN 978-85-7348-789-3.

SARLET, Ingo Wofgan. Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. *In: Revista Fórum de Direito Civil*, v. 01, n. 1.

SOUSA, R. Capelo de. **O Direito geral de personalidade**. Pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra Editora, 1995. ISBN 972-32-0677-3.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. ISBN 978-85-7350-139-1.

VARELA, João de Matos Antunes. **A Reforma do Direito Civil**. «Projecto de Código Civil», Lisboa. Ministério da Justiça, 1966.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Direito de Personalidade**. Coimbra: Edições Almedina, 2014. ISBN 972-40-2994-8.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: parte geral.** 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2007. ISBN 978-85-224-4577-6.

TARTUCE, Flávio. STRECK, Lenio. **Técnica de Ponderação no Novo CPC:** posição favorável (Flávio Tartuce) e posição contrária (Lênio Luiz Streck). Fonte: Jornal Carta Forense. Matéria de Capa do Mês de Fevereiro de 2016.