

A tutela dos direitos da personalidade no direito brasileiro em perspectiva atual

The protection of personality rights in the Brazilian legal system

RESUMO

“O presente trabalho versa sobre o tema do direito da personalidade no ordenamento jurídico brasileiro, especificadamente acerca da possibilidade de sua proteção e reparação em face de infração à honra reputação e privacidade.

PALAVRAS CHAVE

“Direito da Personalidade. Tutela. Direito de privacidade. Dignidade e honra. Dano Moral. Medidas preventivas. Direito brasileiro.”

ABSTRACT

This paper focuses on the subject of personality rights in the Brazilian legal system, specifically about the possibility of protection of certain rights as honour, reputation and privacy and the compensation for moral damage in the face of their violation.

KEYWORDS

Personality Rights. Protection. Privacy. Dignity and honour. Damages. Preventive injunction. Brazilian Law.

* Professor titular de Direito Civil da Faculdade de Direito e do Programa de Pós-Graduação da PUC/RS – Brasil. Doutor em Direito pela Universidade de Regensburg – Alemanha. Advogado em Porto Alegre – RS. Contacto: fabio.andrade@camposea.adv.br

Fecha de recepción: 27 de enero 2013. Fecha de aceptación: 18 de marzo 2013.

INTRODUÇÃO

Os Direitos de Personalidade são um dos temas de maior interesse e desenvolvimento no Direito brasileiro desde a entrada em vigor do Código Civil de 2002¹.

O Código Civil de 1916 foi omissivo na sua disciplina. A razão encontrase, possivelmente, no fato de o seu anteprojeto ter sido redigido no final do século XIX, período em que a dogmática dos Direitos da personalidade ainda não havia alcançado sua integralidade.

Muito embora se possa debater se haveria uma espécie de tutela geral à pessoa na esfera jurídica romana, ou apenas proteções tópicas², e não obstante seja defendida a tese de que a teoria dos Direitos da Personalidade remonte a autores do século XVI, como DONELLUS³, o certo é que, ao final do século XIX, a doutrina ainda divergia sobre os seus contornos⁴, sendo, à época, minoria os autores que já afirmavam, expressamente, a existência e autonomia desta figura e os definiam como os direitos que tinham por objeto garantir o domínio sobre a própria esfera pessoal⁵.

Em relação à sua natureza jurídica, os Direitos da Personalidade eram qualificados como sendo direitos privados⁶, considerando-os como sendo direitos subjetivos –absolutos–, que deveriam ser por todos reconhecidos e observados. Além disso, afirmava-se o seu caráter não patrimonial, reconhecendo-se, porém, que eles poderiam ter um conteúdo patrimonial⁷.

1 Ver, por exemplo, os seguintes trabalhos recentes: JORGE MIRANDA/OTAVIO LUIZ RODRIGUES JUNIOR/GUSTAVO BONATO FRUET, *Direitos da personalidade*, Ed. Atlas, 2012; Anderson Schreiber, *Direitos da personalidade*, Ed. Atlas, 2012; Leonardo Brandelli, *Nome civil da pessoa natural*, Ed. Saraiva, 2011; Fábio Siebeneichler de Andrade, *O desenvolvimento da tutela dos direitos da personalidade nos dez anos da vigência do Código Civil de 2002*, in *Temas Relevantes do Direito Civil Contemporâneo*, Ed. Atlas, 2012, p. 51 e s.

2 Cf. TIZIANA CHIUSI, A dimensão abrangente do Direito Privado Romano – Observações sistemático-teóricas sobre uma ordem jurídica que não conhecia direitos fundamentais, in *Direitos Fundamentais e Direito Privado*, ed. Almedina, 2007, p. 11, 25.

3 Ver a respeito, FRANZ MUTZENBECHER, *Zur Lehre vom Persönlichkeitsrecht*, Hamburg, 1909, p. 15.

4 Nesse sentido, ver JAMES Q. WHITMAN, *The two Western Cultures of Privacy*, *The Yale Law Journal*, 2004, p. 1171 e s.; António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português*, I, t. III, p. 36 e s.; Hans Hattenhauer, *Grundbegriffe des Bürgerlichen Rechts*, Beck Verlag, 2.^a ed., 2000, p. 14; na doutrina nacional, ver ORLANDO GOMES, *Revista Forense*, 1966, v. 216, p. 5; GUSTAVO TEPEDINO, A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro, in *Temas de Direito Civil*, ed. Renovar, p. 23.

5 Cf. OTTO GIERKE, *Deutsches Privatrecht* (1905), Erster Band, 1936, p. 702.

6 No original: “Die Persönlichkeitsrechte sind Privatrechte”, in Gierke, *Deutsches Privatrecht*, cit., p. 705.

7 *Ibid.*, p. 706. No original: Die Persönlichkeitsrechte sind als solche keine Vermögensrechte. Sie können jedoch gleich den Rechten an anderer Persönlichkeit (den Familienrechten, den Körperschaftsrechten u.s.w.) einen vermögensrechtlichen Inhalt aus sich entfalten oder in sich aufgehen.

Ao mesmo tempo, declarava-se que, em princípio, os Direitos da Personalidade tinham como característica a intransmissibilidade⁸. Aceitava-se, no entanto, que em alguns casos tanto o exercício, quanto a substância dos Direitos da Personalidade poderiam ser objeto de transmissão⁹. Acrescentava-se ainda que os Direitos da Personalidade consistiriam em um direito fundamental subjetivo, sobre o qual estariam fundados todos os direitos subjetivos e que em si abrigava todos os direitos¹⁰.

Em síntese, pode-se reconhecer que, ao final do século XIX, a sua natureza jurídica havia sido delineada. Contudo, o debate em torno dos seus precisos contornos dogmáticos ainda não havia cessado: faltavam as condições necessárias para a sua devida inserção nas codificações oitocentistas, como foi o caso do BGB, de 1896, e o Código brasileiro de 1916. A matéria dos Direitos da Personalidade foi regulada apenas em codificações do século XX, como o Código italiano de 1942 e o Código Civil português de 1966¹¹.

Paralelamente a este lento desenvolvimento da teoria dos Direitos da Personalidade no Direito Civil, configurou-se a extraordinária evolução do Direito Público no século XX. Uma de suas facetas consistiu na disciplina pela Constituição sobre matérias originariamente vinculados ao Direito Privado¹². O tema dos Direitos da Personalidade serve como expressiva ilustração para esta interrelação, pois ao longo do século XX passou a ser ele objeto de tutela constitucional¹³. Emblemática neste sentido foi a Constituição alemã de 1949, que dispõe, no seu artigo 2, § 1, sobre o direito ao livre desenvolvimento da

8 Cf. *ibid.*, p. 707.

9 Cf. *ibid.*

10 Cf. *ibid.*, p. 703. No original: “Es ist das einheitliche subjektive Grundrecht, dass alle besonderen subjektive Rechte fundamentiert um in sie alle hineinreicht”.

11 Ver Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português*, cit., p. 49.

12 Em essência, o objetivo da Constituição deixa de ser, apenas, estabelecer a unidade política, o Estado de Direito – ao limitar o poder político –, para o de colmar a ordem jurídica de uma comunidade estatal por meio do estabelecimento de direitos fundamentais, que moldam um sistema normativo valorativo, passando a ter irradiação no Direito Civil, em face de cláusulas gerais (sobre este tema, ver, por exemplo, KONRAD HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschlands*, 20. ed., Heidelberg, Müller, p. 5; Dieter Schwab, *Einführung in das Zivilrecht*, 15.ª ed., Heidelberg, Müller, p. 37; na doutrina nacional, cf., por todos, Ingo W. Sarlet, *A eficácia dos direitos fundamentais*, 10ª ed., ed. Livraria dos Advogados, 2010). A Constituição se transformou, seja em centro de direção para a legislação, seja em lei fundamental do Direito privado – e dos demais ramos do Direito – e passou a estabelecer a moldura da atividade dos indivíduos. Emblematicamente, faz-se menção à problemática da constitucionalização do Direito Civil e de seu reverso, a civilização do Direito Constitucional (ver J.J. Gomes Canotilho, *Civilização do Direito Constitucional ou constitucionalização do Direito Civil*, in *Estudos em homenagem a Paulo Bonavides*, ed. Malheiros, 2001, p. 108, 113; Günter Hager, *Von der Konstitutionalisierung des Zivilrechts zur Zivilisierung der Konstitutionalisierung*, in *JuS*, 2006, p. 9).

13 Emblemática nesse sentido é a orientação de Pontes de Miranda: “Não é só direito de personalidade o que nasceu no direito privado. Salva uma outra imperfeição do sistema, o direito de personalidade é ubíquo”. Cf. *Tratado de Direito Privado*, ed. Borsari, 1955, p. 7, § 728.

personalidade (*freie Entfaltung der Persönlichkeit*)¹⁴ e, de forma igualmente significativa, expressamente positivou a dignidade humana (*Menschenwürde*) como direito fundamental no artigo 1º, § 1º¹⁵.

Na vigência do Código Civil de 1916, os Direitos da Personalidade haviam sido versados pela doutrina brasileira¹⁶, e sido objeto de tratamento pelo Anteprojeto de Código Civil de 1963, elaborado por Orlando Gomes. No entanto, a positivação dos Direitos da Personalidade no Direito brasileiro ocorrerá somente mediante a Constituição de 1988. Em seu artigo 5.º, inciso X, faz-se clara menção à inviolabilidade de determinados direitos da personalidade¹⁷. O artigo 1.º, inciso III, por sua vez, fixa a dignidade da pessoa humana entre os fundamentos da República.

Mesmo em face dessa referência pela Constituição de 1988, ainda faltava uma regulação específica quanto à matéria no Direito Civil, tendo em vista que os preceitos constitucionais não estabeleciam uma disciplina detalhada acerca do assunto. Após um intenso debate sobre a conveniência de sua aprovação¹⁸, o Código Civil de 2002¹⁹ introduziu no ordenamento brasileiro,

14 Cf. KONRAD HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20.ª ed., 1995, p. 183.

15 Segundo a jurisprudência alemã (BverfG 32, 98/108), a dignidade da pessoa humana constitui-se no mais alto valor da Constituição alemã (obersten Wert des Grundgesetzes). Ver a respeito, GERRIT MANSSEN, *Grundrechte*, Beck, 2000, p. 48.

16 Exemplificativamente, ver PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, vol. 7, ed. Borsoi, 1955; ORLANDO GOMES, *Direitos da personalidade*, in *Revista Forense*, v. 216, 1966, p. 5; Milton Fernandes, *Os direitos da personalidade*, in *Estudos jurídicos em homenagem ao Prof. Caio Mário da Silva Pereira*, Forense, 1984, p. 131.

17 Artigo 5.º, X – São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

18 Muitas foram as críticas ao Código Civil de 2002. Nesse sentido, ver, por exemplo, ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO, *O Direito pós-moderno e a codificação*, in *Estudos e Pareceres de Direito Privado*, ed. Saraiva, São Paulo, 2004, p. 55, 63; LUIZ EDSON FACHIN, *Sobre o Projeto do Código Civil Brasileiro: Crítica à racionalidade patrimonialista e conceitualista*, in *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, vol. 76 (2000), p. 129; Caio Mário da Silva Pereira, *Discurso proferido em Coimbra, por ocasião do recebimento do título de Doutor honoris causa*, in *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, vol. 75 (1999), p. 75. Para uma visão favorável à codificação, ver CLÓVIS DO COUTO E SILVA, *O Direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão do futuro*, in *Ajuris*, vol. 40, p. 149; FÁBIO SIEBENEICHLER DE ANDRADE, *Direito dos Contratos, Novo Código Civil Brasileiro – o que muda na vida do cidadão*, p. 84, seminário da Câmara dos Deputados, Brasília, 2003.

19 Em linhas gerais, a solução adotada pelo codificador brasileiro consistiu em reintegrar ao Código de 2002 matérias que, no decorrer do tempo, passaram a ser tratadas em Lei especial. Não houve, porém, a preocupação de legislar sobre todos os temas de Direito Privado. Adotou-se, portanto, em linhas gerais, uma nova função também para o Código Civil: servir como elemento de centralização do sistema de direito privado. Ao mesmo tempo, tendo em vista que o Código Civil de 2002 entrava em vigor sob o influxo da Constituição de 1988, cabe a ele concretizar, na esfera do Direito Civil, as normas constitucionais. (A respeito, ver FÁBIO SIEBENEICHLER DE ANDRADE, *Da Codificação – A crônica de um conceito*, Livraria do Advogado, ed. 1997, p. 153;

nos artigos 11 a 21, um capítulo específico sobre os Direitos da Personalidade na parte geral.

Nesse contexto, cumpre identificar qual o estado atual da tutela dos Direitos da Personalidade, a fim de saber a regulação oferecida pela Código Civil é, ao menos, adequada, e se atende convenientemente o objetivo de atuar como instrumento de (co)ordenação, tanto no plano do Direito Civil, quanto do Direito Constitucional. Há que se examinar, igualmente, qual a concretização ocorrida relativamente aos direitos da personalidade no plano jurisprudencial e apontar eventuais perspectivas de desenvolvimento para a matéria²⁰.

Em face da dimensão do assunto, não se pretende tratar de todos os pontos relativos aos Direito da Personalidade. Privilegia-se o exame de alguns tópicos: primeiramente, a análise do regime geral dos Direitos da Personalidade (I); em um segundo momento, faz-se o estudo da disciplina traçada pelo Código Civil para alguns dos direitos específicos da personalidade (II).

I) O REGIME GERAL DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

A) O reconhecimento de um direito geral de personalidade

Entre as questões debatidas, quanto à disciplina dos Direitos da Personalidade, no Direito brasileiro atual, a primeira delas consiste em saber se ele contempla uma tutela geral ou se adotou uma estrutura tipificada, no sentido de considerar passível de proteção apenas determinados direitos. O artigo 12 não contém preceito expresso acerca da existência de um Direito geral da Personalidade²¹, no sentido, portanto, de permitir uma proteção a interesses jurídicos da pessoa não determinados em lei. Essa orientação é percebida, por exemplo, no Código Civil português, em seu artigo 70²², que claramente faz menção à tutela geral da personalidade²³.

O Código Civil de 2002: influências e funções atuais, in *Manual de Teoria Geral do Direito Civil*, ed. Del Rey, 2011, p. 95.

20 É o caso do Projeto de Lei n. 699, de 2011, de autoria do Deputado Arnaldo Faria de Sá, que pretende alterar o Código Civil, bem como do Projeto de Lei n. 2126/2011, que visa a regular questões referentes à Internet (Marco Cível da Internet).

21 “Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei”.

22 “Artigo 70 – Tutela Geral da Personalidade.

1: A lei protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral”.

23 Para um exame dos benefícios da noção de um direito geral de personalidade, ver PAULO MOTA PINTO, O direito ao livre desenvolvimento da personalidade, in *Studia Iuridica*, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 40, 1999, p. 171; sobre o tema também CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra Editora, 3.ª ed., p. 207, 208.

Mesmo ao tempo do Código Civil de 1916, houve quem sustentasse a orientação generalista²⁴. Na doutrina brasileira contemporânea, prevalece o entendimento de reputar desnecessária esta solução, em face do reconhecimento no Direito brasileiro do princípio da dignidade humana no texto constitucional²⁵. Contudo, cumpre ponderar que a adoção de um preceito claro no Código Civil acerca da proteção ao Direito geral da personalidade serviria de elemento expresso de conexão relativamente ao princípio da dignidade humana, previsto no artigo 1.º da Constituição Federal. Além disso, tornaria ainda mais efetiva a proteção dos direitos da personalidade, na medida em que salientaria a existência de uma cláusula geral de tutela, coexistente com os eventuais direitos de personalidade específicos nominados²⁶.

Referida medida colaboraria para dissipar qualquer dúvida no sentido de que o sistema de tutela de direitos da personalidade no Direito brasileiro apresenta-se como *numerus apertus* e não *numerus clausus*, de sorte que teria a aptidão para resolver novas situações lesivas aos direitos da pessoa, sem necessariamente ter que recorrer a princípios constitucionais. Uma situação passível de configurar um exemplo nesse sentido consiste no direito ao conhecimento de sua origem, tema que tem despertado a atenção no direito brasileiro²⁷ e também no direito europeu²⁸. Também em relação a este assunto pode-se recorrer diretamente ao princípio da dignidade humana, mas a solução no sentido de resolver esta pretensão da pessoa mediante o direito geral de personalidade configura-se como um meio de enquadrar a matéria no âmbito do direito civil.

24 PONTES DE MIRANDA, Tratado de Direito Privado, vol. VII, p. 13, § 731: “Direitos de personalidade são todos os direitos necessários à realização da personalidade, à sua inserção nas relações jurídicas”.

25 Neste sentido, ver MARIA CELINA BODIN DE MORAES, Danos à pessoa humana, ed. Renovar, 2003, p. 117 e s. Mais recentemente, para uma visão geral do tema e na mesma linha de argumentação, cf. Fernanda Cantali, Direitos da personalidade, Livraria do Advogado ed., 2009, p. 83, 88; ELIMAR SZANIAWSKI, Direitos de personalidade e sua tutela, p. 93, 139.

26 No Direito alemão, em que o BGB não contém na parte geral capítulo expresso sobre os Direitos da Personalidade, a idéia de um direito geral de personalidade desenvolveu-se precisamente para cumprir esta função ampliativa de tutela dos direitos da personalidade. Ela repousa sobre dois fundamentos: de um lado, na própria Lei Fundamental de 1949, que nos artigos 1º e 2º dispõe sobre o direito à dignidade humana (Recht des Einzelnen auf Achtung seiner Menschenwürde) acerca do direito ao livre desenvolvimento da personalidade (Recht des Einzelnen auf Entfaltung seiner individuellen Persönlichkeit). De outro, a jurisprudência alemã reputa os direitos da personalidade como direito especial (sonstiges Recht), a fim de vinculá-los ao § 823 I do BGB – que considera ato ilícito a lesão a direito especial. Cf. Jauernig, BGB – Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar, Beck Verlag, 10.ª ed., 2003, p. 1031; D. Schwab, Einführung in das Zivilrecht, Müller Verlag, 2002, p. 130.

27 Ver, por exemplo, PAULO NETTO LOBO, Direito ao estado de filiação e direito à origem genética, in RCEJ, 27, 2004, p. 27 e s.

28 Ver, por exemplo, PHILIPPE MALAURIE, La Cour Européenne des droits de l’homme et le “droit” de connaître ses origines – L’affaire Odièvre, in JCP, 13, 2003, p. 545.

A existência de uma cláusula geral de Direitos da personalidade na esfera do Código Civil serviria também para resguardar o princípio da dignidade humana a situações efetivamente relevantes, evitando, de um lado, sua banalização e, de outro, o acúmulo de questões constitucionais com o risco de excessiva formalização dos procedimentos de acesso à Corte Suprema. No Direito alemão, muito embora já se tenha afirmado que o princípio da dignidade humana constitui-se em valor máximo do sistema, esta circunstância tem levado igualmente a considerar-se que a sua aplicação deva ser feita de forma restritiva²⁹.

Cumpra, aliás, ressaltar que nada impede que se vincule a noção de dignidade da pessoa humana ao Direito civil, como parece ser a solução do direito francês, que após reforma legislativa no ano de 1994, introduziu nova redação ao artigo 16, do Código Civil, a fim de assegurar a primazia da pessoa e vedar qualquer tentativa de lesão à dignidade desta³⁰.

No Direito brasileiro, tem sido sustentada a tese de que o princípio da dignidade gera o efeito, nas relações privadas, de que entre um conflito entre uma situação subjetiva existencial e uma situação jurídica patrimonial, prevalecerá a primeira³¹.

Neste quadro, a invocação exclusiva do princípio da dignidade humana pode conduzir ao risco de sua banalização, pois ele passa a ser aplicado em uma ampla gama de situações em que, por exemplo, não estaria presente, *prima facie*, a implicação do mínimo existencial. Ademais, passa-se a exigir para toda uma série de casos a interpretação do texto constitucional, com a consequência de que o Direito Constitucional adquire o papel de solucionador de todos os conflitos privados³².

A posição no sentido de reconhecer a existência de um Direito geral de personalidade no plano infraconstitucional –em especial no Código Civil–, portanto, não se apresenta como supérflua³³. Ela institui, na esfera do Direito Civil, um instrumentário apto a tutelar de forma efetiva a personalidade humana em todas as suas potencialidades e relativamente a todos os seus eventuais modos futuros de expressão³⁴.

29 Cf. MANSSEN, GRUNDRECHTE, cit., p. 49.

30 No original: “La loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l’être humain dès le commencement de sa vie”.

31 Cf. BODIN DE MORAES, Danos à pessoa humana, cit., p. 120.

32 Nesse sentido, cf. DE BARCELLOS, A Eficácia jurídica dos princípios constitucionais, cit., p. 306.

33 Veja-se que no Direito francês, apesar de o princípio da dignidade humana ter seu valor constitucional expressamente pela Corte Constitucional, em 27 de julho de 1994, o direito à dignidade humana encontra-se igualmente inserido no artigo 16 do Código Civil francês, sendo seu teor o seguinte: “La loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l’être humain dès le commencement de sa vie”.

34 Nesse sentido, ver PAULO MOTA PINTO, O direito ao livre desenvolvimento da personalidade, in *Studia Juridica*, vol. 40, p. 171 e s. Sobre o tema ver HORST EHMANN, *Das Allgemeine*

B) A natureza jurídica e as características dos direitos de personalidade

1. A Natureza Jurídica dos Direitos da Personalidade

Não obstante se aponte que a concepção jurídica atual privilegia a finalidade em detrimento da conceitualidade³⁵, é forçoso reconhecer que o tema da natureza jurídica dos direitos da personalidade constitui-se em ponto palpitante da dogmática jurídica nacional³⁶.

A razão parece residir na tentativa de refutação à qualificação dos direitos de personalidade como direitos subjetivos –orientação predominante na doutrina clássica³⁷–, sob o fundamento de que esta categoria estaria intrinsecamente vinculada ao instituto da propriedade, razão pela qual não se apresentaria como adequada para servir de base à tutela da pessoa, e, por conseguinte, aos direitos da personalidade³⁸. Em essência, a opção pela teoria do direito subjetivo para amparar os direitos da personalidade representaria uma escolha patrimonialista, em oposição à percepção que privilegia da noção de pessoa no ordenamento jurídico atual. Nesse contexto, elege-se a concepção de que os direitos da personalidade seriam um complexo de interesses, voltados ao desenvolvimento da personalidade.

É certo que tem sido apontada, em especial na doutrina italiana, a decadência ou até mesmo o desinteresse na utilização do conceito de direito subjetivo³⁹. De outro, reconhece-se a ênfase abstrata, a partir de uma noção fundada no direito de propriedade⁴⁰, e indicam-se as dificuldades para amparar a tutela da pessoa a partir da categoria de direito subjetivo, em face das especificidades

Persönlichkeitsrecht, in 50 Jahre Bundesgerichtshof – Festgabe aus der Wissenschaft, Beck, 2000, p. 613.

35 Sobre este ponto, ver NORBERTO BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione – Nuovi studi di teoria del diritto*, ed. Laterza, 2007, p. 71.

36 Ver, por exemplo, DANILO DONEDA, *Os direitos da personalidade no novo Código Civil*, in *A Parte Geral do Novo Código Civil*, ed. Renovar, 2002, p. 35, 44; ELIMAR SZANIAWSKI, *Direitos da personalidade e sua tutela*, cit., p. 86; Vellêda Bivar Soares Dias Neta, *Vida privada e intimidade: estrutura, conceito, função e limites na busca da tutela integral da pessoa humana*, in *Anais do XIX Encontro Nacional do Conpedi*, Fortaleza, 2010, p. 8136; ANA CAROLINA BROCHADO TEIXEIRA/RENATA DE LIMA RODRIGUES, *Aspectos gerais dos direitos da personalidade*, in *Manual de Teoria Geral do Direito Civil*, Del Rey editora, Belo Horizonte, 2011, p. 229.

37 Nesse sentido, PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, vol. VII, ed. Borsoi, 1955, § 731, p. 12: “O objeto do direito de personalidade como tal não é a personalidade: tal direito é o direito subjetivo a exercer os poderes que se contêm no conceito de personalidade”.

38 Nesse sentido, ver PIETRO PERLINGIERI, *Perfis do Direito Civil*, ed. Renovar, 2.^a ed., 2002, p. 120; GUSTAVO TEPEDINO, *A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro*, in *Temas de Direito Civil*, ed. Renovar, 4.^a ed., 2008, p. 51.

39 Ver por exemplo AURÉLIO GENTILI, *A propósito de “Il diritto soggettivo”*, in *Rivista di Diritto Civile*, 2004, p. 351: “L’ultima disavventura del diritto soggettivo era stata passare di moda”. Cf. também ENNIO RUSSO, *Il concetto di diritto soggettivo*, in *Rivista di Diritto Civile*, in *Supplemento Annuale di Studi e Ricerche*, 2008, Cedam, p. 1.

40 RUSSO, op. cit., p. 15.

da proteção à pessoa e das inúmeras exceções em relação ao conceito geral de direito subjetivo⁴¹. Sustenta-se, assim, que a categoria apta a enquadrar a tutela dos direitos de personalidade é a dos interesses da pessoa considerados merecedores de tutela (*interessi della persona ritenuti meritevoli di tutela*)⁴².

Ocorre, porém, que esta orientação não pode ser generalizada: primeiro, não é unânime no próprio direito italiano⁴³; prevalece tanto no direito francês⁴⁴, quanto no direito alemão. Este não somente continua a reputar relevante a categoria dos direitos subjetivos⁴⁵, como igualmente a utiliza para qualificar os direitos da personalidade⁴⁶. Considera os direitos subjetivos como instrumento para assegurar a autodeterminação de esferas de liberdade da pessoa (*Sicherung selbstbestimmter Freiheitssphären*), no qual se enquadram os direitos de personalidade⁴⁷.

Nesse contexto, configura-se que o debate no sentido do efetivo enquadramento dos direitos da personalidade, em especial para afastar a categoria dos direitos subjetivos –ainda predominante⁴⁸– contempla, em essência uma posição de princípio, no sentido de pretender romper com as construções pandectístas, buscando talvez atenuar a concepção individualista decorrente da categoria dos direitos subjetivos. Contudo, não se apresenta como impraticável a percepção de que os direitos da personalidade possam ser enquadrados, *cum granus salis*, sob o guarda chuva do conceito de direito subjetivo, desde que esta figura sofra a necessária integração a uma teoria geral do direito civil renovada e sob o influxo dos princípios jurídicos contemporâneos⁴⁹.

41 Cf. *ibid.*, p. 5, 41.

42 Cf. RUSSO, *op. cit.*, p. 44: “Nella sostanza, accanto alla figura del diritto soggettivo si è venuta delineando una diversa categoria di situazioni (attive) protette, costituita dagli interessi della persona ritenuti meritevoli di tutela. Come si è detto, il diritto soggettivo non detiene più l’esclusiva in ordine alla attivazione dei mezzi di tutela giurisdizionale, ma concorre con altre situazioni ritenute egualmente meritevoli di protezione giuridica, e tutte riconducibili alla esigenza di attribuire rilievo giuridico agli interessi della persona umana in quanto tale”.

43 Cf. GIOVANNI B. FERRI, *Oggetto del diritto della personalità e danno non patrimoniale*, in *Rivista del Diritto Commerciale*, 1984, p. 137, 139.

44 Cf. MARTRON, *Les droits de la personnalité des personnes morales de droit privé*, *cit.*, p. 24.

45 LARENZ/WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, p. 270, § 14, 8.ª ed., Beck.

46 Cf. *ibid.*, § 15, p. 284: “Der Begriff des subjektiven Rechts ist ein allgemeiner Begriff, der für alle individuellen Berechtigungen gilt”.

47 *Ibid.*, § 14, p. 271.

48 Nesse sentido, SZANIAWSKI, *Direitos da personalidade e sua tutela*, *cit.*, p. 80.

49 Cf., por exemplo, CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, p. 196, que aponta o seguinte: “os problemas de conceituação ou construção jurídica são problemas cuja solução e cujos resultados permitem uma exposição sucinta e resumida do conteúdo das normas jurídicas, mas não servem como fundamento de soluções práticas. Os conceitos jurídicos têm um mero valor de formulação e não um valor prático; não estão antes das soluções jurídicas como seu fundamento, mas inferem-se das soluções como resultados “a posteriori”.

A fim de verificar se esta discussão sobre o enquadramento jurídico dos direitos da personalidade alcançou repercussão na esfera jurisprudencial, cumpre verificar a questão da sua titularidade e de suas características.

2. As características dos direitos da personalidade

Consoante foi referido na introdução, um dos primeiros objetivos da doutrina oitocentista, ao tratar dos direitos da personalidade, foi o de precisar as suas características intrínsecas⁵⁰, tendo em vista a sua especificidade no campo dos direitos subjetivos.

Esta circunstância explica a preocupação do codificador brasileiro em inserir no primeiro artigo sobre a matéria, artigo 11, as características que podem ser qualificadas como clássicas do Direito da Personalidade: intransmissibilidade e irrenunciabilidade⁵¹.

Pode-se, porém, indagar acerca da conveniência e necessidade de fixar no texto legal as características dos direitos da personalidade, na medida em que esta matéria pode ser desenvolvida no âmbito jurisprudencial. Revela-se, aqui, o zelo excessivo no ordenamento brasileiro em assegurar qualidades aos direitos da personalidade, a fim de prevenir qualquer possibilidade de subtração de suas potencialidades. Além disso, para a indagação se o objetivo do legislador em cristalizar várias características para os direitos da personalidade não se constitui em um propósito quimérico, tendo em vista que seu exercício é moldado essencialmente pela concretização jurisprudencial.

Relativamente às características identificadas pela doutrina, cumpre, inicialmente, destacar a questão relativa à imprescritibilidade. Na doutrina, sustenta-se que esta característica dos direitos da personalidade deveria conduzir à imprescritibilidade da pretensão indenizatória dos danos morais em caso de sua lesão⁵², com o efeito de não aplicação do prazo de 3 anos previsto no art. 206, § 3.º, V, do Código Civil. Apesar de esta orientação pretender resguardar a tutela dos direitos da personalidade, há que se afastá-la na medida em que vai de encontro à segurança jurídica, que se concretiza mediante os prazos prescricionais.

Quanto à intransmissibilidade, trata-se de característica traçada para realçar o caráter exclusivo dos direitos da personalidade. Mas mesmo em

50 Nesse sentido, GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, cit., p. 707; Mutzemberger, *Zur Lehre vom Persönlichkeitsrecht*, cit., p. 63.

51 Esta orientação é intensificada no projeto de lei n. 699/2011, que contém descrição ainda mais detalhada acerca das características intrínsecas dos Direitos da Personalidade em nova redação ao art. 11. Incorporam-se novos atributos, tais como a imprescritibilidade, impenhorabilidade e inexpropriabilidade.

52 Cf., por exemplo, ANA CAROLINA BROCHADO TEIXEIRA/RENATA DE LIMA RODRIGUES, *Aspectos gerais dos direitos da personalidade*, in *Manual de Teoria Geral do Direito Civil*, cit., p. 229, 234.

relação a este ponto, há nuances a serem destacadas, pois debate-se acerca da transmissibilidade quando se trata da tutela da pessoa falecida – como será visto em ponto seguinte.

Em se tratando da irrenunciabilidade, cuida-se de característica que também enfrenta atualmente grande série de desafios, tendo em vista a possibilidade de a pessoa estabelecer, voluntariamente, por um consentimento, restrições ao exercício de seus direitos da personalidade. Nesse sentido, cumpre destacar a existência de orientação consolidada no Enunciado 139, do Centro de Estudos Jurídicos da Justiça Federal, no sentido da possibilidade de haver limitações aos direitos da personalidade⁵³.

Observe-se que a disposição do artigo 13, relativa à vedação para a pessoa dispor do próprio corpo, ressalvada a exigência médica, depende da violação da integridade e da cláusula dos bons costumes – o que não afasta, por exemplo, a possibilidade de cirurgias de transgenitalização⁵⁴. Relativamente a transplantes, porém, a matéria sofre regulação especial, exigindo-se autorização judicial, com base no artigo 9.º da Lei 9.347/97, alterado pela Lei 10.211/01⁵⁵.

No que concerne à doação de órgãos para depois da morte, a matéria obedece ao disposto no art. 4.º, da Lei de Transplantes, com a redação da Lei 10.211/01, que exige a autorização da família para que se implemente a doação. Não obstante a posição que sustenta a aplicação do artigo 14, do Código Civil⁵⁶, a fim de valorizar a expressão da vontade da pessoa falecida, cumpre registrar que a orientação prevalente é a de exigir a ratificação da família para que ocorra a doação⁵⁷.

Cumpre, apontar, ainda, os contornos decorrentes da regra do artigo 15, que estabelece “não ser possível constringer a pessoa, com risco de vida, a tratamento médico ou intervenção cirúrgica”. Decorre desta disciplina a posição de que possui a pessoa, em nosso sistema, plena autodeterminação, excetuando-se eventuais situações de emergência. Desta circunstância conclui-se que está autorizado o paciente a evitar tratamentos prolongamentos, mesmo que esta decisão acarrete a interrupção de sua vida⁵⁸.

53 “Os direitos da personalidade podem sofrer limitações, ainda que não especificamente previstas em lei, não podendo ser exercidos com abuso de direito de seu titular, contrariamente à boa fé objetiva e aos bons costumes.

54 Cf. Resolução 1652/2002, do Conselho Federal de Medicina.

55 Cf. a respeito o REsp 1.144.720-DF, Rel. Min. Humberto Martins, 2.ª Turma, j. 03.12.2009.

56 Nesse sentido, o Enunciado n. 277 (IV Jornada de Direito Civil): “O art. 14 do Código Civil, ao afirmar a validade da disposição gratuita do próprio corpo, com objetivo científico ou altruístico, para depois da morte, determinou que a manifestação expressa do doador de órgãos em vida prevalece sobre a vontade dos familiares, portanto, a aplicação do art. 4º da Lei n. 9.435/97 ficou restrita à hipótese de silêncio o do potencial doador”.

57 Há projeto de lei, PLS 408/05, em tramitação no Senado Federal, a fim de alterar essa regulação.

58 Cf. a Ap. Civ. n. 70042509562, Rel. Des. Armínio José Abreu Lima da Rosa, 21.ª C.

Ainda no que concerne ao tema da irrenunciabilidade dos direitos da personalidade, há que ponderar, porém, que o direito brasileiro, desde a promulgação do Código Civil, não conheceu a mesma intensidade de debates que em outros países, em que se discutiu os limites da renúncia aos direitos da personalidade em relação à cláusula geral dos *bons costumes*⁵⁹, e especialmente frente à dignidade da pessoa humana⁶⁰. Esta circunstância, porém, não deve servir para que se descure do tema, especialmente porque os direitos da personalidade não têm lugar apenas no âmbito do Direito Civil: possuem relevância, por exemplo, na esfera do Direito do Trabalho, setor em que se deve atentar para a conveniência de admitir integralmente renúncias pelo empregado ao exercício de seus direitos da personalidade.

C) Titularidade dos direitos da personalidade

1. Tutela ao nascituro

Relativamente à questão de quem são os detentores dos direitos da personalidade, uma primeira resposta consistiria em afirmar que são as pessoas naturais⁶¹. É para a proteção destas que se desenvolveu uma teoria dos direitos

Civ. TJRS, cuja ementa é a seguinte: “Há de se dar valor ao enunciado constitucional da dignidade humana, que, aliás, sobrepõe-se, até, aos textos normativos, seja qual for sua hierarquia. O desejo de ter “a morte no seu tempo certo”, evitados sofrimentos inúteis, não pode ser ignorado, notadamente em face de moeros interesses econômicos atrelados a eventual responsabilidade indenizatória. No casod os autos, a vontade da paciente em não se submeter à hemodiálise, de resultados altamente duvidosos, afora o sofrimento que impõe, traduzida na declaração do filho, há de ser respeitada, notadamente quando a ela não e contrapõe a já referia preocupação patrimonial da entidade hospitalar que, assim, se colocando, não dispõe nem de legitimação, muito menos de interesse de agir”.

59 Para um debate sobre o programa Big Brother no direito alemão e sua adequação aos princípios jurídicos, ver, por exemplo, Henning Hartwig, *Big Brother und die Folgen*, in *JZ*, 2000, p. 967.

60 Sobre o tema no direito francês, em especial para o exame da conhecida decisão do Conselho de Estado, que vedou a prática do lançamento de um anão em Morsang-sur-Orge, ver MARIE-LUCE PAVIA, *La dignité de la personne humaine*, in *Libertes et droit fondamentaux*, Dalloz, Paris, 2008, p. 149, 165; XAVIER BIOY, *Le concept de personne humaine en droit public*, Dalloz, 2003, p. 714. No plano europeu, merece relevância a análise do caso “K.A e A.D contra Bélgica”, julgado pela Corte Européia de Direitos Humanos, em 06.07.2005, em que se debateu se a prática de atos sado-masoquistas por pessoas maiores e capazes, em ambiente fechado, estava ao abrigo do artigo 8.º da Convenção – transcrito abaixo –, com o efeito excluir estas condutas da caracterização criminal determinada pelo Judiciário belga. A Corte considerou que, não obstante ser reconhecido que o direito à privacidade abrange o direito à autonomia pessoal, o que implica a possibilidade a disposição do corpo, teria havido delito penal dos envolvidos, na medida em que não respeitaram a vontade da participante do jogo sado-masoquista, ao não interromper a atividade quando ouviram o seu pedido de interrupção da prática sexual.

61 Esta afirmação, porém, não desconhece o debate acerca do status dos animais em nosso ordenamento. Transcorridos dez anos da vigência do Código Civil, cumpre refletir sobre o fato de a codificação não conter qualquer referência sobre a posição jurídica do animal e, ao menos,

da personalidade, sendo aqui oportuno recordar que esta formulação está sob o influxo do princípio da dignidade humana.

A primeira indagação que surge é a de saber se o nascituro também é titular de direitos da personalidade⁶². A leitura do Código Civil permite a orientação afirmativa, na medida em que o artigo 2.º refere, expressamente, que a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro. No âmbito jurisprudencial, o Superior Tribunal de Justiça havia afirmado o reconhecimento do direito do nascituro ao dano moral, quando, por exemplo, sofre a perda de seu pai em decorrência de homicídio, não obstante esta circunstância tenha ocorrido antes de seu nascimento⁶³.

Em relação a este ponto, poder-se-ia cogitar que a decisão do Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADI 3510, em maio de 2008, que apreciou a constitucionalidade da Lei de Biossegurança (Lei 11.105/2005), alterou este panorama. Examinando-se a decisão, verifica-se que nela consta, de um lado, que a Constituição Federal “não dispôs sobre o início da vida humana ou o preciso instante em que ela começa”. Refere, ainda, que sua base teórica seria a teoria natalista, na medida em que parte do pressuposto que o destinatário das garantias constitucionais seria o indivíduo-pessoa. De outro lado, afirma que “o direito infraconstitucional protege por modo variado cada etapa do desenvolvimento biológico do ser humano. Os momentos da vida humana anteriores ao nascimento devem ser objeto de proteção pelo direito comum”.

Não obstante esta premissa, na esfera infraconstitucional, decidiu a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, que ocorrendo a morte do feto, por força do atropelamento da mulher grávida, com trinta e cinco semanas de gestação, surge para os pais o direito de receber a indenização por danos pessoais, prevista na legislação regulamentadora do seguro DPVAT, na condição de herdeiros. Cumpre referir que, não obstante o Relator do acórdão tenha sido vencido, reconhecia ele em seu voto que o nascituro é titular dos direitos da personalidade, para que venha, em condições dignas, nascer vivo. No

para diferenciá-lo das coisas, como o fez o BGB, que em seu § 90a expressamente refere que “os animais não são coisas (Tiere sind Keine Sachen)”. Trata-se de uma lacuna do aludido projeto 699/2011. Em um contexto de debate sobre o domínio da visão antropocêntrica no Direito, em que se reflete acerca da dignidade para os animais, a possibilidade de invocação de direitos da ‘personalidade’ aos animais é uma tema a ser estabelecido na incorporado na pauta do Direito Civil brasileiro. Sobre o tema, ver, por exemplo, CASS R. SUNSTEIN/MARTHA C. NUSSBAUM, *Animal Rights*, Oxford University Press, 2004; CARLOS ALBERTO MOLINARO *et al.* (org.), *A dignidade da vida e os direitos fundamentais para além dos humanos*, Belo Horizonte, Fórum, 2008.

62 Sobre o tema cf., por exemplo, SILMARA CHINELATO e ALMEIDA, *Bioética e direitos do nascituro*, in *Scientia Juris*, vol. 7/8, 2003, p. 87 e s.; JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, *O direito do nascituro à vida*, in *RDR*, 34, 2006, p. 49 e s.; SILMA MENDES BERTI, *Direitos da personalidade do nascituro*, in *Revista da Faculdade de Direito Milton Campos*, 15, 2007, p. 42 e s.; KARINA DENARI GOMES DE MATOS, *Os direitos do nascituro*, in *Revista Jurídica*, 366, 2008, p. 105 e s.

63 REsp 399.028-SP, Rel. Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, 4.ª Turma, j. 26.02.2002. Na ementa, consta o seguinte: “O nascituro também tem direito aos danos morais pela morte do pai, mas a circunstância de não tê-lo conhecido em vida tem influência na fixação do quantum”.

voto vencedor, faz-se menção, como fundamento, ao princípio da dignidade da pessoa humana⁶⁴. No entanto, há que se observar que a base efetiva para o reconhecimento do direito à indenização decorre da circunstância de o nascituro haver falecido na 35ª semana de vida, quando já se encontrava “plenamente hábil à vida pós-uterina” e aguardava, pois, “tão-só o parto para que desse seguimento ao desenvolvimento que se iniciara na concepção”.

Nesse contexto, verifica-se que a base de fundamentação do voto vencedor ampara-se nas teorias decorrentes do artigo 2.º, do Código Civil, e no reconhecimento de direitos de personalidade ao nascituro, tese a qual se filiaram integrantes da orientação predominante⁶⁵.

2. Tutela post mortem

Ainda no que concerne à titularidade dos Direitos da Personalidade, o Código Civil de 2002 reconhece, expressamente, a possibilidade de sua tutela para o caso de pessoa falecida, concedendo, no parágrafo único do artigo 12, legitimação ao cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau.

A matéria da tutela dos direitos da personalidade da pessoa falecida consiste em um dos problemas clássicos neste campo⁶⁶, tendo em vista que – como o próprio Código Civil expressamente estabelece no artigo 6.º -, a existência da personalidade termina com a morte. Em conseqüência, há uma dificuldade dogmática a superar, na medida em que não se pode conceder a tutela dos direitos da personalidade sem que haja um titular destes mesmos direitos⁶⁷.

64 Cf. REsp, n. 1.120.676-SC, Relator para o acórdão Min. Paulo de Tarso Sanseverino, relator vencido, Min. Massami Uyeda, j. 07.12.2010.

65 Expressivo neste sentido a manifestação do Min. Vasco Della Giustina: “Estou propenso a acompanhar os votos divergentes, com os fundamentos há pouco trazidos a público, apenas lembrando esses dois aspectos: o art. 2.º do Código Civil diz que a personalidade começa no nascimento com vida, mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro. A par disso, o moderno Direito, está emprestando tanta significação aos chamados direitos da personalidade, envolvendo a pessoa humana com todos os reflexos, mesmo no ventre uterino”.

66 Entre as primeiras decisões a respeito do temas encontra-se o caso de 1899 envolvendo o chanceler Bismarck, cujo corpo foi fotografado no leito de morte, sem autorização, tendo sido proibida pelo Tribunal do Império alemão a divulgação das fotografias feitas (RGZ 45 (1900), p. 170-174). Ainda no Direito alemão, tem-se como precedente o famoso caso Mephisto, de 1968, em que o filho adotivo do ator e diretor de teatro Gustav Gründler pleiteou a interdição do romance Mephisto, de KLAUS MANN. A pretensão residia no fato de que a obra lesava a reputação do artista, muito embora o livro tivesse como figura central um personagem fictício, o ator Hendrik Höfgen. A Corte Constitucional alemã considerou, porém, existente um direito de personalidade post-mortem, que prevalecia sobre o direito à manifestação cultural (BverfGE 50 (1969), 133-147).

67 Várias são as teorias que procuram superar esta dificuldade, como por exemplo a teoria do direito sem sujeito, a teoria do dever geral de conduta ou as negativas, que sustentam que o interesse tutelado é o dos vivos, em face da eventual crítica ao falecido. Para uma visão geral,

Na jurisprudência brasileira, a matéria já havia sido versada antes da promulgação do Código Civil de 2002, tendo o Superior Tribunal de Justiça expressamente reconhecido a possibilidade de tutela do direito da imagem após a morte de seu titular, a fim de obter o direito de indenização⁶⁸. Contudo, a decisão oscila entre duas tendências, pois de um lado reconhece a possibilidade de que o sucessor possa tutelar a imagem do parente falecido. De outro, afirma que pelo fato de a imagem da pessoa falecida “possuir efeitos econômicos para além de sua morte, seus sucessores passam a ter, por direito próprio, legitimidade para postularem indenização em juízo”. Evitando posicionar-se sobre uma teoria específica, o STJ opta por uma orientação finalística: o fato de a pessoa já haver falecido não retira de seus sucessores a possibilidade de resguardar a sua imagem, concedendo-lhe o direito à indenização. Nesse contexto, verifica-se que não está inviabilizada a caracterização dos direitos da personalidade como direito subjetivo.

Observe-se, porém, que o Código Civil, ao disciplinar o tema da tutela *post mortem*, no parágrafo único do artigo 12, contorna a característica intrínseca da intransmissibilidade, pois não somente reconhece aos sucessores elencados neste dispositivo o direito à indenização, como também concede a eles o direito de exigir que cesse a ameaça ou lesão. Além disso, prevê, no parágrafo único do artigo 20, em relação à divulgação de escritos, transmissão da palavra ou a publicação, exposição ou a utilização de imagens de uma pessoa falecida que serão partes legítimas para obter esta proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes. Sobressai, portanto, que em relação a estes casos a redação não é idêntica ao parágrafo único do artigo 12, estando excluída do elenco de pessoas legitimadas a pleitear a tutela do falecido os colaterais até o quarto grau.

A questão ainda não respondida, porém, concerne à extensão temporal deste tipo de proteção. No Direito alemão, por exemplo, tem sido reconhecido que a tutela da personalidade da pessoa falecida permanece, mesmo que

ver ANTÔNIO MENEZES CORDEIRO, Tratado de Direito Civil Português, t. III, ed. Almedina, 2004, p. 460.

68 Cf. REsp. 268660/RJ, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, 4ª Turma, j. 21.11.2000, in RT 789/201. O teor da ementa é o seguinte: “Os Direitos da personalidade, de que o direito à imagem é um deles, guardam como principal característica a sua intransmissibilidade. Nem por isso deixa de merecer proteção a imagem de quem falece, como se fosse coisa de ninguém, porque ela permanece perenemente lembrada nas memórias, como bem imortal que se prolonga para muito além da vida, estando até acima desta, como sentenciou Ariosto. Daí porque não se pode subtrair da mãe o direito de defender a imagem de sua falecida filha, pois são os pais aqueles que, em linha de normalidade, mais se desvanecem com a exaltação feita à memória e à imagem da falecida filha, como são os que mais se abatem e se deprimem por qualquer agressão que possa lhes trazer mácula. Ademais, a imagem de pessoa famosa projeta efeitos econômicos para além de sua morte, pelo que os seus sucessores passam a ter, por direito próprio, legitimidade para postularem indenização em juízo”.

tenha transcorrido muito tempo entre a data da morte e a alegada violação ao direito de personalidade⁶⁹.

A orientação tem sido, porém, de restringir a tutela *post mortem* dos Direitos da personalidade apenas aos parentes mais próximos, a fim de estabelecer uma espécie de limite temporal tácito⁷⁰. A mesma preocupação, porém, não teve o Codificador brasileiro, na medida em que, tanto no texto do parágrafo único do artigo 12, quanto no teor do parágrafo único do artigo 20, não se circunscreve a legitimidade ativa apenas aos parentes mais próximos. A redação dada em ambos os casos permite a interpretação de que mesmo descendentes distantes uma ou várias gerações da pessoa falecida poderão pleitear a indenização e a eventual inibição da violação de direitos da personalidade.

Esta solução, porém, pode configurar-se como excessiva em relação à tutela dos direitos da personalidade *post mortem*, em especial no que concerne à discussão sobre eventual dano à reputação ou à imagem, na medida em que mesmo que não sejam envolvidos os parentes próximos, poderá ocorrer o debate sobre uma eventual interdição de obra referente à pessoa falecida. Além disso, esta orientação favorece que um trabalho artístico ou informativo permaneça interditado praticamente por um período de tempo indefinido, impedindo em algumas vezes o debate público sobre o papel de determinada pessoa no plano histórico e mesmo a divulgação de manifestações artísticas⁷¹.

Uma solução que poderia servir melhor à adequação de eventuais conflitos neste campo seria a de recorrer ao princípio da proporcionalidade, a fim de ponderar os interesses existentes em cada caso, restringindo a defesa dos direitos da personalidade *post mortem* aos descendentes de primeiro grau ou segundo grau – uma geração, facultando a outros parentes esta tutela, com base em circunstâncias a serem apreciadas pelo juiz.

3. Tutela à pessoa jurídica

Um outro ponto a ser refletido, no que concerne à titularidade dos direitos da personalidade, envolve a pessoa jurídica⁷². A este respeito, é forçoso re-

69 Cf. OLG München, decisão de 26.01.1994, in NJW-RR 1994/925. No original: “Das Persönlichkeitschutz ist nicht auf einen bestimmten Zeitraum nach dem Tode beschränkt.

70 NJW-RR 1994/925.

71 Esta circunstância manifesta-se no Direito brasileiro com a interdição do documentário de Glauber Rocha sobre a morte do pintor DI CAVALCANTI. Realizado durante o enterro de DI CAVALCANTI, em outubro de 1976, no Rio de Janeiro, o filme recebeu o prêmio especial do júri no Festival de Cannes. Logo, em seguida, porém, ocorreu o processo de interdição pela família do pintor, que obteve o deferimento judicial. Desde então, o filme permanece sem exibição comercial no Brasil. A respeito, ver matéria no jornal de Estado de São Paulo, in www.estadao.com.br/print/2003/set/04/32.htm

72 Ver, por exemplo, JOÃO BATISTA AMORIM DE VILHENA NUNES, Direitos da personalidade – A pessoa jurídica e o dano moral, in *Revista Autônoma de Direito Privado*, 4, 2007, p. 95 e s.; Hélène Martron, *Les droits de la personnalité des personnes morales de droit privé*, LGDJ, 2011.

conhecer que se trata de matéria sumulada pelo Superior Tribunal de Justiça que a pessoa jurídica pode sofrer dano moral (Súmula 227). Além disso, encontra-se no artigo 52, do Código Civil, dispositivo expresso, permitindo aplicar os direitos da personalidade à pessoa jurídica, no que couber.

Não obstante esse o reconhecimento, há que se apontar a resistência doutrinária acerca da extensão dos direitos da personalidade à pessoa jurídica, na medida em que está se outorgando a um centro de imputação de interesses patrimoniais o reconhecimento de direitos concebido para tutelar os mais elevados interesses da pessoa natural⁷³. Em essência, poder-se-ia conceber esta orientação como uma contradição num sistema jurídico em que se propugna pela elevação da pessoa e seus interesses como centro do ordenamento⁷⁴. Contudo, deve-se referir aqui, uma vez mais, a prevalência de uma concepção funcionalizante, no sentido de garantir à pessoa jurídica a tutela de determinados interesses prevalentes, vinculados ao seu núcleo de atividades como expressão de uma visão jurídica finalista.

Esta foi a orientação do legislador, ao inserir no comando do artigo 52 um elemento de ponderação, contido na fórmula “no que couber”. Extrai-se desta linguagem a indicação que nem todos os direitos de personalidade são aplicáveis à pessoa jurídica. Ou seja, a pessoa jurídica não tem reconhecido um direito geral de personalidade⁷⁵.

Assim, se é certo que o Superior Tribunal de Justiça reconheceu que pode ser tutelada a honra objetiva do ente personalizado⁷⁶, se igualmente é possível vislumbrar a proteção ao nome da pessoa jurídica, bem como também o direito à identidade⁷⁷, cumpre indagar se a ela se estende a tutela da privacidade, consubstanciada por exemplo na especificidade da proteção de dados (pessoais)⁷⁸. Em princípio, a resposta predominante tem se desenvolvido, no

73 Cf. DONEDA, Os direitos da personalidade no novo Código Civil, cit., p. 35, 54. Para uma visão no Direito Europeu, cf. Martron, Les droits de la personnalité des personnes morales de droit privé, cit., p. 17.

74 Cf. DANILO DONEDA, *Os direitos da personalidade novo Código Civil*, cit., p. 55.

75 Esta é orientação no Direito alemão. Cf. Larenz/Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, cit., § 8, p. 161; PRÜTTING/WEGEN/WEINREICH, BGB Kommentar, 3.^a ed., Luchterhand, 2008, p. 23.

76 REsp 60.033-2, j. 27.11.1995.

77 Cf. a ementa do REsp 1.032.014-RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3.^a Turma, j. 26.05.2009: “Direito empresarial. Contrafação de marca. Produto falsificado cuja qualidade, em comparação com o original, não pôde ser aferida pelo Tribunal de Justiça. Violação da marca que atinge a identidade do fornecedor. Direito de personalidade das pessoas jurídicas. Danos morais reconhecidos. Certos direitos de personalidade são extensíveis às pessoas jurídicas, nos termos do art. 52 do CC/02, e entre eles, se encontra a identidade”.

78 Cf., por exemplo, REGINA LINDEN RUARO, *Responsabilidade civil do Estado por dano moral em caso de má utilização de dados pessoais*, in *Direitos Fundamentais e Justiça*, vol. 1, 2007, p. 231 e s.

direito comparado, de uma posição restritiva⁷⁹, para uma solução afirmativa⁸⁰, como serve de exemplo o direito italiano⁸¹. Nesse caso, há que se estabelecer um pressuposto limitativo: em princípio, a pessoa jurídica deve operar em favor da transparência de suas informações. Será apenas *cum granu salis* que se reconhecerá o direito à privacidade em relação à correspondência ou a dados pessoais de consumidores ou mesmo de alunos de uma universidade ou de pacientes de um hospital.

II) A TUTELA DE DIREITOS ESPECÍFICOS DE PERSONALIDADE

A) *Proteção ao nome*

No que concerne à matéria do nome, o Código atual supriu a lacuna do direito anterior, ao definir a sua composição entre prenome e sobrenome (art. 16), optando por esta denominação, que é mais corrente em relação ao termo “apelidos de família”, empregado pela Lei de Registros Públicos no artigo 56. Outorgou-se proteção nos casos em que o nome da pessoa for exposto ao desprezo público, independentemente de conduta difamatória (art. 17), tendo, ainda, sido tutelado o nome nos casos em que é usado, indevidamente, para fins de propaganda comercial (art. 18).

Contudo, um dos temas mais importantes para a pessoa e um dos que, aliás, mais concerne a sua dignidade, a possibilidade de alterar o nome, ou mesmo, em situações excepcionais, o prenome, permaneceu regulado pela Lei dos Registros Públicos, de 1973 (artigos 56, 57 e 58). As alterações legislativas ocorridas em relação à possibilidade de mudança do nome, como as que decorrem do programa de proteção de testemunhas (Lei n. 9.807/99), foram incorporadas a estes dispositivos, nucleares para a tratativa da matéria.

A regra da imutabilidade do nome não tem hoje caráter dogmático⁸². Em essência, porém, não se alterou a concepção estabelecida pela legislação, que preconiza a estabilidade do prenome: somente em casos determinados, em que se demonstra o constrangimento para a pessoa, é que a jurisprudência tem admitido a possibilidade de alteração do nome ou do prenome⁸³.

79 Cf. LARENZ/WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, cit., p. 161.

80 Cf. MARTRON, *Les droits de la personnalité des personnes morales de droit privé*, cit., p. 217.

81 Trata-se da lei 675, de 31.12.1996, intitulada “Tutela della persona e degli altri soggetti rispetto al trattamento dei dati personali”. A respeito, ver ANDREA ZOPPINI, *I diritti della personalità delle persone giuridiche (e dei gruppi organizzati)*, in *Rivista di Diritto Civile*, 2002, p. 851.

82 Nesse sentido, ver MARIA CELINA BODIN DE MORAES, *Ampliação da proteção ao nome da pessoa humana*, in *Manual de Teoria Geral do Direito Civil*, cit., 249, 253. LEONARDO BRANDELLI, *Nome civil da pessoa natural*, cit., p. 154.

83 Em julgamento proferido em 26.01.2012, a 8.^a Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul negou provimento à Ap. Civ. 70046926747, para indeferir o pedido de alteração do prenome Cipriano para Cristiano pelo fundamento de inexistência de excepcionalidade. A

Em relação à alteração dos demais dados pessoais em face da mudança de sexo, igualmente houve silêncio do Código Civil. Desse modo, ao contrário de outros países que trataram da matéria no âmbito da codificação, - como serve de exemplo o Código Civil do Quebec⁸⁴, sua disciplina decorreu da decisão dos tribunais superiores, que paulatinamente vem reconhecendo esta possibilidade⁸⁵.

Nesse quadro, um dos poucos pontos da matéria do nome regulado pelo Código Civil consiste no sobrenome adotado em decorrer do casamento e sua eventual alteração pelo divórcio. De um lado, por força do artigo 1.565, § 1.º, qualquer dos nubentes poderá acrescentar ao seu o sobrenome do outro, razão pela qual se extrai a orientação de igualdade entre os cônjuges e de erradicação da prática de substituição do sobrenome de solteiro pelo do outro cônjuge. De outro, o § 2.º do artigo 1.571 estabelece como regra geral a permanência do nome de casado se esta for a disposição do ex-cônjuge, ressaltando exceções previstas no artigo 1.578.

Pode-se questionar se outra não deveria ser a solução legislativa, no sentido de implementar de forma ainda mais afirmativa a igualdade entre os cônjuges, como, por exemplo, determinando a obrigatoriedade da preservação dos sobrenomes de solteiro dos cônjuges⁸⁶. Contudo, a disciplina adotada pelo Código Civil apresenta-se como mais apropriada, na medida em que, ao permitir que os nubentes elejam o nome a ser adotado, concede a eles

ementa foi a seguinte: “1. Embora compreensível a insatisfação do recorrente, diante da prova dos autos, seu pedido de alteração do prenome, não encontra abrigo no sistema jurídico vigente, que consagra a imutabilidade do prenome, somente relativizada em situações excepcioníssimas, não configuradas aqui. 2. A prova produzida nestes autos, no máximo evidência o desconforto do apelante com seu próprio nome, mas não aponta para nenhuma situação em que o nome o tenha exposto ao ridículo e a um efetivo constrangimento”.

84 A disciplina sobre a alteração do sexo encontra-se prevista na seção quarta do aludido título terceiro sobre o Estado das Pessoas. Sua redação em inglês é a seguinte:

“71. Every person who has successfully undergone medical treatments and surgical operations involving a structural modification of the sexual organs intended to change his secondary sexual characteristics may have the designation of sex which appears on his act of birth and, if necessary, his given names changed.

Only na unmarried person of full age who has been domiciled in Québec for at least one year and is a Canadian citizen may make na application under this article.

72. The application is made to the registrar of civil status; it is accompanied with, in addition to the other relevant documents, a certificate of the attending physician and na attestation by another physician practising in Québec to the effect that the treatments and operations were successful.

73. The application is subject to the same procedure as na application for a change of name and to the same publication requirements and the same duties. The rules relating to the effects of a change of name, adapted as required, apply to a change of designation of sex”.

85 Cf., por exemplo, a Ap. Civ. 70006828321, Rel. Dra. Catarina Rita Krieger Martins, 8a C. Civ. do TRGS, j. 11.12.2003 e o REsp n. 1.008.398-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3.ª Turma, j. 15.10.2009.

86 Esta solução é referida por BODIN DE MORAES, *Ampliação da proteção ao nome da pessoa humana*, in *Manual de Teoria Geral*, cit., p. 249, 262.

espaço para autodeterminação em matéria relativa ao modo como eles vão ser reconhecidos no meio social. Ademais, ao determinar o direito à conservação do sobrenome de casado ao ex-cônjuge reconhece a circunstância legítima de que este, em princípio, passou a ter um direito próprio ao nome adotado durante o período conjugal⁸⁷.

B) Tutela da honra e da imagem

Em relação à honra e à imagem das pessoas, o Código Civil os trata em um mesmo dispositivo (artigo 20, caput)⁸⁸. Do exame do texto, extrai-se, inicialmente, que a codificação diferencia os dois direitos da personalidade. Melhor teria sido, porém, um tratamento distinto entre o direito à honra, considerado como o bom nome e a reputação da pessoa, e o direito à imagem, considerado como aquele que disciplina toda a série de caracterizações físicas da pessoa.⁸⁹

Em face da leitura do artigo 20, observa-se que a utilização da imagem somente pode ocorrer se (a) houver o consentimento da pessoa interessada ou dos legitimados para o ato; (b) a exibição for necessária para a administração da justiça ou a manutenção da ordem pública.

Quanto ao consentimento, cumpre saber se ele deve ser necessariamente expresso ou pode ser tácito⁹⁰. Em se tratando de cessão de direito da imagem, há que se ponderar o caráter excepcional desta modalidade de negócio, razão pela qual a sua interpretação deve ser, em princípio, restritiva. Na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça esta tem sido a orientação, tendo sido objeto de decisão que não se deve ampliar o disposto em cláusulas

87 Nesse sentido, cf., por todos, BODIN DE MORAES, op. cit., p. 249, 263.

88 “Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais”.

89 Acerca do âmbito do Direito da imagem e de sua caracterização, ver decisão do TJRJ, Einf. 149/99, 9o Grupo C. Civ., Rel. Des. BERNARDO GARCEZ NETO, in *Revista de Direito*, vol. 42/155: “I – A proteção à imagem, consagrada no art. 5o, inciso X, última figura da Constituição Federal, se estende não só às reproduções corpóreas, através de fotografias ou filmagens, mas a todas as características pessoais do lesado, desde o seu nome até sua conduta ético-social. II – O resguardo à imagem, vedando sua utilização não autorizada para fins mercantis, nada tem a ver com a proteção à intimidade. São valores distintos, ainda que protegidos pelo mesmo dispositivo constitucional. III – A circunstância de o autor ser pessoa de conduta extrovertida, na qual se destacam as bravuras sexuais, não autoriza que, em revista destinada a voyeurs, se use sua imagem para aumentar, através do envolvimento não autorizado de seu nome, a vendagem da publicação”.

90 Quanto a este ponto, o Código Civil prevê, no art. 111, que o silêncio importa anuência quando as circunstâncias ou os usos o autorizarem, e não for necessária a declaração de vontade expressa (sobre o tema, cf. VERA FRADERA, *O valor do silêncio no novo Código Civil*, in *Aspectos controvertidos no novo Código Civil*, Ed. RT 2003, p. 569).

contratuais⁹¹. Por conseguinte, somente em situações muito claras deve ser aceito como válido o consentimento tácito em relação à cessão do Direito de imagem, o que corresponde à disposição do artigo 111⁹². Um exemplo neste sentido aparece em decisão que considerou presente a autorização para uso de fotos da pessoa em revista de cunho erótico, em decorrência do conjunto probatório, que continha – a par do contrato firmado pela parte – também entrevista que confirmava o consentimento do uso da imagem⁹³. Em outro caso, o STJ considerou presente o consentimento tácito ao decidir que se ocorre a exposição da imagem em cenário público – e na hipótese tratava-se de *topless* – não se poderia considerar como indevida a sua exposição pela imprensa, uma vez que a proteção à privacidade encontra limite na própria exposição realizada⁹⁴.

Inexistindo o consentimento acerca da utilização da imagem, ou seja, ocorrendo seu uso indevido, o Superior Tribunal de Justiça emanou a Súmula de número 403, no seguinte sentido: “independe de prova do prejuízo a indenização pela publicação não autorizada de imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais”.

Consoante anteriormente referido, o artigo 20 prevê a possibilidade de divulgação da imagem alheia, se necessária à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública. Se é certo que em algumas situações, como o da exibição de fotos de foragidos da justiça ou de criminosos, pode-se aceitar com facilidade o recurso à idéia de manutenção da ordem pública para permitir a divulgação de imagem sem a necessária a autorização, é forçoso reconhecer que esta previsão do Código Civil possui vários pontos problemáticos: em primeiro lugar, sua extrema indeterminação pode conduzir a uma tentativa de ampliação desmedida da possibilidade de uso de imagem sem a autorização da pessoa. A par disso, trata-se de terminologia que não encontra previsão constitucional, o que já foi observado de forma crítica na doutrina⁹⁵.

91 Cf. REsp 46420, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, 4.^a Turma, j. 12.09.1994, in RSTJ 68/358.

92 No Direito italiano, por exemplo, não se exclui igualmente a possibilidade de a cessão do direito de imagem ocorrer mediante consentimento tácito. A respeito, cf. Antonino Scalisi, *Il diritto alla riservatezza*, Giuffrè, 2002, p. 51.

93 Ver REsp. 230306/RJ, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 4.^a Turma, j. 18.05.2000, in LexSTJ vol. 135/203.

94 Cf. REsp 595600/SC, Rel. Min. CESAR ASFOR ROCHA, 4.^a Turma, j. 18.03.2004. A ementa é do seguinte teor: “Não se pode cometer o delírio de, em nome do direito de privacidade, estabelecer-se uma redoma protetora em torno de uma pessoa para torná-la imune de qualquer veiculação atinente a sua imagem. Se a demandante expõe sua imagem em cenário público, não é ilícita ou indevida sua reprodução pela imprensa, uma vez que a proteção à privacidade encontra limite na própria exposição realizada”.

95 Cf. LUÍS ROBERTO BARROSO, *Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa*, in *Revista de Direito Administrativo*, 2004, vol. 235, p. 1, 31.

A solução dada pelo artigo 20 para a cessão do direito de imagem tem recebido igualmente críticas, sob o argumento de ser restritiva quanto ao direito fundamental de informação. Ele não contemplaria regra específica para as inúmeras questões de colisão referentes à tutela da honra e da imagem relativamente à liberdade de informar, tendo sido debatido nos últimos dez anos, em especial, quais seriam os critérios de ponderação nestas hipóteses.

Em essência, sustenta-se a existência da presunção de interesse público relativamente à matéria jornalística, o que levaria a isentar os meios de comunicação da necessidade de obter o consentimento da pessoa quando estas tenham vinculação com o evento noticiado ou quando se pretende noticiar a ocorrência de um fato criminoso⁹⁶.

Com efeito, a previsão do artigo pode levar à interpretação de que os meios de comunicação tenham de, necessariamente, obter a autorização da pessoa, a fim de citá-la em eventuais reportagens. Contudo, esta orientação restringiria o âmbito da liberdade de expressão e informação dos órgãos de imprensa e, em linhas gerais, iria de encontro à linha até aqui acolhida pela jurisprudência de tribunais estaduais⁹⁷ e do STJ⁹⁸.

Contudo, a referida presunção de interesse público atribuída aos meios de comunicação não deve se sobrepor –*prima facie*– em relação aos direitos da personalidade. Cabe, na verdade, aos órgãos de imprensa demonstrar, ao menos em suas linhas gerais, a existência do interesse público, a ponto de exigir que em uma determinada matéria seja veiculado comentário excepcionalmente crítico sobre pessoa que não possua dimensão pública, ou em casos em que seja exibida sua imagem em circunstâncias desabonadoras, ou quando as pessoas não estiverem diretamente vinculadas a um evento de repercussão⁹⁹. Este critério de ponderação tem sido adotado pela jurisprudên-

96 Cf. *ibid.*, p. 32.

97 A respeito, cf. a Ap. Civ. 70003750361, Rel. Des. REJANE MARIA DIAS DE CASTRO BINS, 9a C. Civ., TJRS, j. 24.04.2002: “Dano à imagem. Quando as notícias veiculadas no jornal apenas retratam informações sobre fatos de interesse público, porque ocorridos em escola estadual e em projeto de amparo ao menor, não ultrapassa o órgão de imprensa o direito de liberdade de informação e manifestação de pensamento, nem viola direito de terceiros. O funcionário público, pelo exercício do cargo público, pode ter sua fotografia publicada na imprensa, desde que sem descontextualização ou ofensa. Diminuição do direito de tutelar a imagem, desde que se retrate a pessoa como ela é e na forma como desenvolve sua atividade usual. A ausência de nexo causal e conduta ilícita afastam a reparação”.

98 REsp 42844/SP, Rel. Min. DIAS TRINDADE, 4.ª Turma, j. 08/03/94: “Civil. Responsabilidade. Noticiário jornalístico. Não responde civilmente o órgão de divulgação que, sem ofender a vida privada dos figurantes de fatos, noticia crimes, apurados em inquérito policial, envolvendo o mercado de artes, dando a versão dos próprios autores da demanda, que os põem como vítimas”.

99 A este respeito, merece inicialmente registro decisão da Corte de Cassação francesa, de 20.02.2001, que se pronunciou no sentido de assegurar que “a liberdade de comunicação de informações autoriza a publicação de imagem das pessoas implicadas em um evento, sob a única reserva do respeito à dignidade humana” (*JCP - La Semaine Juridique*, 21-22, 2001, p. 1049).

cia, que se ocupa em distinguir situações em que a pessoa exerce atividade pública¹⁰⁰, – e pode, portanto, ser objeto de crítica, ter sua imagem relacionada à circunstância fática notória ou de interesse social e informativo a ela vinculada¹⁰¹ –, daquelas em que a pessoa é retratada em sua esfera privada¹⁰².

Tratava-se no caso do debate acerca da publicação de fotos retratando pessoas que foram vítimas de um atentado em Paris no ano de 2001. Cumpre acrescentar que esta decisão constituiu-se em uma mudança de posição da Corte de Cassação frente à decisão de 20-12-2000 – arrêt Érignac, relativo à publicação de fotos do corpo de um político da Córsega assassinado –, no qual havia sido decidido pela não publicação da imagem. Saliente-se, porém, que a Corte referiu, como fundamento para a decisão de 2001, que as fotografias eram desprovidas da ‘busca de sensacionalismo’ e de traço de indecência’ e que se salvaguardou a dignidade da pessoa. A respeito do tema e seu desenvolvimento no direito francês, ver, por exemplo, notas de Jacques Ravanais, in JCP, 2001, p. 1049; DAVID BAKOUCHE, *Licéité de la publication de l’image de personnes directement impliquées dans un événement*, in JCP - La Semaine Juridique, 2005, p. 1694; EMMANUEL DREYER, *La publication des photographies d’une personne peut être justifiée par le droit des lecteurs à une légitime information d’actualité dès lors qu’elles ne portent pas atteinte à sa dignité*, in JCP - La Semaine Juridique, 2006, p. 1288.

Na jurisprudência alemã, por sua vez, o Tribunal Constitucional segue a mesma orientação, considerando que a liberdade de expressão não prevalece quando houver lesão à dignidade humana, reiterando-se que esta é interpretada restritivamente. Em uma decisão do ano de 2000, foi permitida a publicação por órgão de imprensa de lista com o nome de integrantes da Stasi – polícia secreta da Alemanha oriental (cf. JZ 22/2000, p. 1106).

100 Ilustrativo neste sentido é a decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul na Ap. Civ. 596142562, Rel. Des. Araken de Assis, 5a C. Civ., j. 22.08.96: “Confronto entre liberdade de expressão e crítica e direito à tutela da imagem e da honra. Distinção entre atividade pública e privada da pessoa. Posição de preponderância da liberdade de crítica, no campo das atividades públicas no confronto com a imagem. 1. A honra e a imagem integram os direitos da personalidade, tutelados na Constituição (art-5, V e X), bem como a liberdade de expressão e de crítica (art. 5, IV). No eventual confronto entre tais valores, há de se distinguir, nas atividades da pessoa, a esfera pública e a esfera privada. Quando alguém exerce atividade pública, saindo da vida privada, se torna passível de crítica, agasalhada na preponderância da liberdade de expressão. Caso em que certo médico, investido nas funções de administrador de hospital, mereceu críticas do administrador anterior, defendendo outras diretrizes administrativas. Tutela da liberdade da expressão.

101 Discutiu-se no REsp n. 1021.688-RJ, R.P/Acórdão Min. Sidney Benetti, 3.ª Turma, j. 23.06.2009, se revista de circulação nacional poderia estampar, em sua capa, manchete com foto de conhecido jogador de futebol com a expressão ‘Animais no volante – Casos como o do jogador Edmundo mostram o que a justiça pode fazer contra a barbárie do trânsito’. Em sua ementa consta o seguinte: “A imagem exposta já havia resultado, evidentemente, em positivas vantagens, inclusive patrimoniais, no decorrer da carreira do atleta, com a contra-partida, contudo, da abertura de caminho para a negativa exposição, dado o caráter polissêmico da expressão (animal). Logo, no caso, não se tem acréscimo negativo à matéria, mas, sim, a simples transposição de qualificação já antes criada, consentida e usufruída, posta à receptividade e ao debate da opinião pública. Em verdade, a imagem estampada, subsumiu-se no geral caráter visivelmente informativo e educativo da matéria a respeito de acidentes de veículos, ainda que desagradando ao Autor e a quem mais negativamente lembrado”. Nos termos dos dispositivos legais invocados pelo Autor, responde por danos morais e à imagem quem cause dano. No entanto, não houve, no caso, dano causado ao autor, mas tecnicamente, simples incômodo ou desconforto pela exposição do lado negativo da figura pública. Portanto, não há o que indenizar ao autor”.

102 “Responsabilidade civil. Órgão de imprensa. Colisão de direitos constitucionais. Liberdade de expressão e informação. Direito de personalidade. Posto inquestionável o direito à

Relativamente à tutela da honra, ocupou-se a jurisprudência no sentido de delimitar a defesa da reputação e do bom nome da pessoa de circunstâncias em que se exerce o direito à manifestação do pensamento e à liberdade de expressão. Tem sido salvaguardado, por exemplo, o direito à charge, que conceitualmente contempla conteúdo satírico, especialmente quando ela tem por objeto a crítica social ou cultural a costumes¹⁰³, é um veículo para a crítica comportamental ou constitui o meio para externar oposição a uma determinada linha de pensamento¹⁰⁴, ou aborda assuntos de interesse social e não contemplam individualização¹⁰⁵.

liberdade de expressão consagrado no art. 5o, inc. IX da Constituição Federal, não é absoluto, submetendo-se também à mídia ao controle do judiciário quando, no exercício desse direito de livre expressão da atividade artística e de comunicação, infringe outro valor constitucionalmente assegurado. Limite da licitude. Critério do interesse preponderante. Preponderará a liberdade de expressão e informação quando confrontada com direitos de personalidade de sujeitos públicos, mas a relação se inverte quando estamos diante de uma pessoa privada, a qual beneficia a inversão do ônus da prova, nas hipóteses de invasão do marco traçado para a forma lícita da ação, seja por desprezo as funções sociais do direito, seja com intenção de constranger veiculação de matéria com sentido de cena inusitada, contendo, como imagem de dia, fotografia de jovem portador de esquizofrenia hebefrênica, deitado, sem camisa, sobre um automóvel. Direito à imagem. Violação. Dano moral configurado”. Ap. Civ. 70000258194, Rel. Des. MARA LARSEN CHECHI, 9a C. Civ. TJRS, j. 22.03.00).

103 Sobre este tema, cabe referir a decisão do STJ no RE 736015/RJ (Rel. Min. Nancy Andrighi, 3a Turma, j. 16.06.2005, in DJ de 01.07.2005), que versa tanto sobre a temática de conflito entre a tutela da honra e a liberdade de expressão, como também serve de exemplo para a invocação da tutela post-mortem dos direitos da pessoa: “Matéria satírica que teria maculado a honra de antepassado das recorrentes. Crítica social que transcende a memória do suposto ofendido para analisar, por meio da comparação jocosa, tendência cultural de grande repercussão no país. Dentro do que se entende por exercício da atividade humorística, a matéria por objetivo a crítica pessoal ao antepassado das recorrentes, mas a sátira de certos costumes modernos que ganharam relevância e que são veiculados, hodiernamente, por mais de uma publicação nacional de grande circulação. O mote supostamente lesivo, ademais, foi atribuído ao domínio público. A conduta praticada não carrega a necessária potencialidade lesiva, seja porque carecedora da menor seriedade a suposta ofensa praticada, seja porque nada houve para além de uma crítica genérica de tendências culturais, esta usando a suposta injúria como mera alegoria. Não cabe aos Tribunais dizer se o humor praticado é ‘popular’ ou ‘inteligente’, porquanto a crítica artística não se destina ao exercício de atividade jurisdicional”.

104 Cf. o REsp n. 744.537-RJ, R. P/Acórdão Min. Sidnei Benetti, 3.ª Turma, j. 26.6.2008, cuja ementa é a seguinte: “Dano Moral. Indenização. Ação movida por ONG – Entidade não governamental – contra outra ONG e seus dirigentes – Alegação de vem sendo difamada em diversas atividades e publicações inclusive mediante a distribuição no congresso nacional de apostila cuja capa ostentaria ‘charge’ ofensiva do símbolo da entidade autora – Liberdade de expressão reconhecida – Mero debate de comunicação entre entidades antagônicas – Existência de dano moral afastada – Recurso Especial não conhecido”.

105 “Responsabilidade civil. Dano moral. Charge publicada em jornais de grande circulação. Fato indissociável do contexto social ao tempo da publicação. Ausência de ilicitude. Charge que representa um membro da Brigada Militar sendo guiado pela coleira por um cão, em sátira a eventos de grande repercussão na mídia. Publicação impelida por acontecimentos recentes à época do fato. Ilícito não configurado. Apelo desprovido (Ap. Civ. N. 70019885250, Rel. Des. OSVALDO STEFANELLO, 6.ª C. Civ. TJRS, j. 18.10.2007).

Em relação às pessoas notórias, não obstante seja reconhecido que elas estão sujeitas à crítica¹⁰⁶, a divulgação de informações sobre processos judiciais relativos à sua conduta administrativa¹⁰⁷, e muito embora se sustente a tese que o âmbito de tutela dos direitos de personalidade em relação a elas seja menor¹⁰⁸, fixou-se a orientação que elas não podem ser submetidas a acusações falsas¹⁰⁹. Da mesma forma, tem sido assentado que o exercício da crítica não se confunde com ofensas pessoais, como nos casos em que se imputa ao particular conduta evidentemente reprovável¹¹⁰.

106 Expressiva a este respeito, a decisão proferida pelo Min. Celso de Mello, em 11.11.2009, ao julgar o Agravo de Instrumento n. 505.595-RJ.

107 REsp n. 253.058-MG, Rel. Min. FERNANDO GONÇALVES, 4.^a Turma, j. 04.02.2010, em cuja ementa consta o seguinte: “Não fere o segredo de justiça a notícia da existência de processo contra determinada pessoa, somente se configurando apontado vício se houver análise dos fatos, argumentos e provas contidos nos autos da demanda protegida. Precedente. No caso de pessoas públicas, o âmbito de proteção dos direitos da personalidade se vê diminuído, sendo admitidas, em tese, a divulgação de informações aptas a formar o juízo crítico dos eleitores sobre o caráter do candidato”.

108 Cf., por exemplo, CLÁUDIO LUIZ BUENO DE GODOY, *A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade*, ed. Atlas, 2001, p. 81.

109 REsp 1.025.047-SP, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, 3.^a Turma, j. 26.06.2008, sendo a ementa a seguinte: “Civil. Recurso especial. Compensação por danos morais. Ofensa à honra. Político de grande destaque nacional que, durante CPI relacionada a atos praticados durante sua administração, é acusado de manter relação extraconjugal com adolescente, da qual teria resultado uma gravidez. Posterior procedência de ação declaratória de inexistência de relação de parentesco, quando demonstrado, por exame de DNA, a falsidade da imputação. Acórdão que afasta a pretensão, sob entendimento de que pessoas públicas tem diminuída a sua esfera de proteção à honra. Inaplicabilidade de tal tese ao caso, pois comprovada a inverdade da acusação. – A imputação de um relacionamento extraconjugal com uma adolescente, que teria culminado na geração de uma criança – fato posteriormente desmentido pelo exame de DNA – foi realizada em ambiente público e no contexto de uma investigação relacionada à atividade política do autor. – A redução do âmbito de proteção aos direitos de personalidade, no caso dos políticos, pode em tese ser aceitável quando a informação, ainda que de caráter familiar, diga algo sobre o caráter do homem público, pois existe interesse relevante na divulgação de dados que permitam a formação de juízo crítico, por parte dos eleitores, sobre os atributos morais daquele que se candidata a cargo eletivo. – Porém, nesta hipótese, não se está a discutir eventuais danos morais decorrentes da suposta invasão de privacidade do político a partir da publicação de reportagens sobre aspectos íntimos verdadeiros de sua vida, quando, então, teria integral pertinência a discussão relativa ao suposto abrandamento do campo de proteção à intimidade daquele. O objeto da ação é, ao contrário, a pretensão de condenação por danos morais em vista de uma alegação comprovadamente falsa, ou seja, de uma mentira perpetrada pelo réu, consubstanciada na atribuição errônea de paternidade – erro esse comprovado em ação declaratória já transitada em julgado. – Nesse contexto, não é possível aceitar-se a aplicação da tese segundo a qual as figuras públicas devem suportar, como ônus de seu próprio sucesso, a divulgação de dados íntimos, já que o ponto central da controvérsia reside na falsidade das acusações e não na relação destas com o direito à intimidade do autor”.

110 REsp 801.249, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, 3.^a Turma, j. 19.07.2007, com a seguinte ementa: “1. A crítica entre políticos que desvia para ofensas pessoais, atribuindo a prática de mentir ao adversário, causa dano moral, porque mentir é conduta socialmente desabonadora. 2. A garantia constitucional de liberdade de manifestação do pensamento (art. 5.^o, IV) deve respeitar, entre outros direitos e garantias fundamentais protegidos, a honra das pessoas, sob pena de

Por fim, há que se referir que o debate acerca dos efeitos da tutela inibitória prevista no artigo 12, do Código Civil, em caso de violação dos direitos da imagem e da honra da pessoa permanece em aberto¹¹¹. Na jurisprudência, encontram-se decisões no sentido de determinar a prevenção de lesões a direitos de personalidade da parte, mediante a proibição de veículos de reportagens¹¹². Não obstante não se deva priorizar a orientação de cercear a livre veiculação de idéias, pensamentos e informações, há que se afastar, porém, a orientação que rejeite, automaticamente, a possibilidade de ocorrer a análise da conduta da mídia pelo Judiciário, na medida em que esta posição acarretaria, *ipso facto*, uma atrofia para os direitos da personalidade e, por via de consequência, para a tutela da dignidade da pessoa humana.

C) Direito à privacidade

Em seu artigo 21, dispõe o Código Civil sobre a inviolabilidade da vida privada da pessoa natural, afirmando que o juiz, a critério do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário ao preceito.

Cabe, ainda hoje, fazer a crítica no sentido de essa solução não contemplar suficientemente os diversos aspectos de um dos mais importantes temas relacionados aos direitos da personalidade e nem outorgar critérios de ponderação para a disciplina da matéria.

No Código civil português, por exemplo, encontra-se no artigo 80, inciso 2, regra no sentido de que a extensão da reserva sobre a intimidade da vida privada deve atender à natureza do caso e à condição das pessoas. Além disso, disciplina expressamente o tema das cartas confidenciais (artigo 75)¹¹³, e de

indenização pelo dano moral provocado, sob pena de indenização pelo dano moral provocado, como decorre dos termos do art. 5.º, V e X, da CF. Não se deve confundir, por consequência, liberdade de expressão com irresponsabilidade de afirmação”.

111 Cf., por exemplo, ROXANA CARDOSO BRASILEIRO BORGES, *Tutela jurídica da intimidade e da privacidade*, in *Manual de Teoria Geral do Direito Civil*, cit., p. 307, 326. No Direito comparado, cf. Gert Brüggemeier/Aurelia Colombi Ciacchi/Patrick O’Callaghan, *Personality Rights in European Tort Law*, Cambridge University Press, 2010; Pietro Sirena, *Il sequestro della stampa a tutela del diritto all’immagine*, in *NGCC* 2008, parte seconda, 135.

112 Cf. a decisão proferida no Agravo de Instrumento n. 70041860735, Rel. Des. Leonel Pires Ohlweiler, 9.ª C. Civ. TIRGS, j. 25.05.2011, em que se lê o seguinte: “Agravo de Instrumento. Responsabilidade Civil. Tutela antecipada. Proibição da utilização do nome e da imagem vinculados à reportagem intitulada a farra das diárias. Direito à honra e à imagem. Possibilidade de abuso de direito. Presença dos Requisitos para a antecipação”. Registre que a tutela antecipada deferida no citado recurso foi, posteriormente, revogada pelo mesmo relator, ao apreciar o Ag. Inst. 70045013893, j. 19.10.2011, sob o duplice fundamento de que a matéria objeto de interdição havia sido veículo por órgão de imprensa de caráter nacional e porque o próprio interessado na interdição da reportagem havia concedido entrevista ao jornal atingido pela restrição judicial.

113 Artigo 75, inciso 1 – “O destinatário de carta-missiva de natureza confidencial deve

sua publicação (artigo 76)¹¹⁴. Regula, também, a matéria referente a memórias familiares e a escritos confidenciais (artigo 77)¹¹⁵.

Da simples descrição destas soluções, observa-se que o codificador brasileiro poderia ter-se inspirado neste precedente para o aperfeiçoamento da tutela da privacidade no Direito Civil. Observa-se, ainda, que as reformas legislativas em curso não têm o objetivo precípuo de aprimorar a disciplina da privacidade¹¹⁶.

Não se pretende aqui esgotar a temática da privacidade, que abarca uma ampla gama de análises¹¹⁷, e que hoje se espraia tanto em relações além do Direito Civil¹¹⁸, como em pontos do Direito Civil em que a relação de paridade é atenuada, como no caso da relação de pais e filhos adolescentes¹¹⁹.

Privilegia-se tratar de alguns temas reputados relevantes, como, por exemplo, um primeiro ponto relativamente à questão de saber se uma pessoa, no direito

guardar reserva sobre o seu conteúdo, não lhe sendo lícito aproveitar os elementos de informação que ela tenha levado ao seu conhecimento”.

114 Artigo 76, inciso 1 – “As cartas missivas confidenciais só podem ser publicadas com o consentimento do seu autor ou com o suprimento judicial desse consentimento; mas não há lugar ao suprimento quando se trate de utilizar as cartas como documento literário, histórico ou biográfico”.

115 Artigo 77 – “O disposto no artigo anterior é aplicável, com as necessárias adaptações, às memórias familiares e pessoais e a outros escritos que tenham caráter confidencial ou se refiram a à intimidade da vida privada”.

116 O projeto de lei 2126/2011, concebido para disciplinar a Internet, contempla, no artigo 8º, a garantia do direito à privacidade, o que constitui uma reprodução da regra já existente no artigo 21 do Código Civil.

117 Cf., por exemplo, FERDINAND D. SCHOEMAN, *Philosophical dimensions of privacy: An Anthology*, Cambridge University Press, 1984; Gert Brüggeheimer/Aurelia Colombi Ciacchi/Patrick O’Callaghan, *Personality Rights in European Tort Law*, Cambridge University Press, 2010.

118 Exemplo marcante neste sentido consiste na aplicação do direito à privacidade nas relações de trabalho, em que a invocação do Código Civil de 2002 como norma subsidiária à Consolidação das Leis do Trabalho, de 1942, contribuiu para a proteção dos direitos da personalidade na esfera laboral. Ocorre que a inexistência de critérios de ponderação conduz que temas relevantes, como a questão da revista do empregado ou da possibilidade de controle das correspondências eletrônicas do empregado por parte do empregador tenham sido resolvidas sem qualquer contribuição legislativa (ver, por exemplo, Fábio Siebeneichler de Andrade, *Considerações sobre o desenvolvimento dos direitos da personalidade e sua aplicação às relações de trabalho*, in *Direitos fundamentais e justiça*, 2009, v. 6, p. 162). Inexistem no Código Civil normas concretizadoras que sirvam como fato impulsionador e agregador da proteção dos direitos do empregado ou mesmo que sejam capazes de atuar como elemento harmonizador dos conflitos existentes nesse setor, que por força da desigualdade estrutural das partes envolvidas no vínculo de trabalho, mereceria que os direitos da personalidade exercessem a função de deveres de proteção (ver REINHARD SINGER, *Direitos fundamentais no Direito do Trabalho*, in *Direitos fundamentais e Direito Privado*, cit., p. 327, 340).

119 Ver, por exemplo, MARIE-PHILOMÈNE GIL-ROSADO, *Les libertés de l’esprit dans les rapports familiaux*, Defrénois, 2006, p. 106. ALESSANDRO MANTELERO, *Adolescenti e privacy nella scuola ai tempi di youtube*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2011, p. 139 e s.

brasileiro, possui um direito ao esquecimento¹²⁰: isto é, pode pretender evitar que fatos ocorridos em seu passado sejam tornados públicos, em especial a fim de evitar que a mídia resgate escândalos ou casos passionais. É certo que somente este tema envolve uma série de indagações¹²¹, mas atualmente ainda são raras as decisões que enfrentaram o assunto¹²², razão pela qual ainda não se encontra uma orientação definitiva na jurisprudência.

Um outro tópico relevante diz respeito à privacidade de pessoas notórias, ponto sobre o qual o Código Civil igualmente não contempla critérios ponderativos. A partir da decisão proferida na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 130, de 30.04.2009, encontra-se na doutrina a orientação de que a liberdade de imprensa se sobrepõe ao direito de privacidade¹²³. Contudo, os pontos de vista contidos na referida decisão ainda não foram devidamente concretizados pelo próprio Supremo Tribunal Federal, como serve de exemplo o julgamento proferido na Reclamação 9.428, ajuizada pelo jornal Estado de São Paulo, pela qual o referido órgão de imprensa alegava haver sido desrespeitada a decisão do STF, ao se proibir que o referido jornal publicasse matéria relativa ao envolvimento de político em operação policial. A referida Reclamação, porém, foi rejeitada pelo STF, por questões processuais.

Na jurisprudência, consoante se referiu anteriormente, encontra-se a orientação de que, em comparação às pessoas comuns, as pessoas notórias podem receber proteção menor em relação a aspectos de seus direitos de personalidade. Esta premissa não significa, porém, que a notoriedade ou a dimensão pública da pessoa seja um atributo capaz de retirar-lhes de modo absoluto o

120 Cf., por exemplo, ROSELINE LETTERON, *Le droit à l'oubli*, in *Revue du Droit Public*, 1996, p. 385.

121 A este respeito, cf. BRUGGEMEIR/COLOMBI CIACCHI/O'CALLAGHAN, *Personality Rights in European Tort Law*, cit., p. 203.

122 Uma decisão acerca da matéria foi proferida pela 5.ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, na Ap. Civ. 2005.001.54774, em 07.03.2006, sendo relator o Des. Milton Fernandes de Souza, com voto vencido, tendo sido sustentado que “o relato de acontecimento relacionado a crime doloso contra a vida, fato verídico e público, não constitui abuso ou lhe retira o caráter puramente informativo, e descaracteriza a afronta ao direito à honra e imagem de pessoa que se obriga a conviver com o seu passado. Em outro caso, apreciado pela 4ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4.ª Região em 06.05.2009, Relatora Des. Federal Marga Inge Barth Tessler, Ap. Civ. N. 2003.70.00.058151-6, consta da ementa o seguinte: “Embora se possa cogitar em tese sobre um direito ao esquecimento, impeditivo de que longínquas máculas do passado possam ser resolvidas e trazidas a público, tal segredo da vida pregressa relaciona-se aos aspectos da vida íntima das pessoas, não podendo ser estendido ao servidor público, ou pessoas exercentes ou candidatos à vida pública, pois mais do que meros particulares, devem explicações ao público sobre a sua vida funcional pretérita ou presente. Note-se que a matriz constitucional de onde se pode extrair o direito ao esquecimento radica no artigo 5º, inciso X, e inicia dizendo que são invioláveis a intimidade, a vida privada, etc, claramente afastando a situação da vida funcional”.

123 Nesse sentido, ROXANA CARDOSO BRASILEIRO BORGES, *Tutela jurídica da intimidade e da privacidade*, in *Manual de Teoria Geral do Direito Civil*, cit., p. 307, 326.

direito ao resguardo da vida privada, especialmente no que disser respeito aos seus contornos mais íntimos¹²⁴.

Além disso, posicionou-se a jurisprudência no sentido de haver proteção à privacidade da pessoa, ainda que esteja em local público: paradigmático nesse sentido foi a decisão envolvendo Daniela Cicarelli, que teve reconhecido seu direito à privacidade, apontado como valor preponderante na espécie, não obstante a prática de ato sexual em uma praia¹²⁵. No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, encontra-se decisão que manteve a indenização em favor de um ator que foi fotografado, em local aberto, ao beijar mulher que não era sua cônjuge, sendo um dos fundamentos encontrados para a decisão o de que inexistiria propriamente um caráter informativo na matéria¹²⁶.

Nesse sentido, verifica-se que a orientação adotada no ordenamento nacional, ainda que de forma tópica, encontra-se em harmonia com a que se estabeleceu no âmbito europeu, a partir da decisão proferida pela Corte Européia de Direitos Humanos, no caso princesa Carolina de Mônaco)¹²⁷, pelo qual se reconheceu a ela direito à privacidade, frente ao assédio de fotógrafos, que colhiam imagens dela e de seus filhos em diversos momentos de lazer,

124 A este respeito, cf. a orientação traçada no REsp 713.202-RS, Rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, 4.^a Turma, em cuja ementa consta o seguinte: “1. Ante o desbordamento de seu dever de tão-somente informar, revela-se ilícita a conduta do Jornal, de propriedade da recorrente, ao replicar trechos da entrevista concedida pela ex-companheira do recorrido a outro órgão da imprensa, onde são proferidas declarações ofensivas à honra deste, caracterizando-se, desta forma, o dano moral e impondo-se, por conseguinte, sua reparação. 2. O jornal, ao reproduzir a reportagem, não se desincumbiu do ônus de um mínimo de diligência investigativa, mormente quando se verifica que o noticiado seqüestro do filho, pelo autor, foi, na realidade, o cumprimento de uma ordem judicial de guarda judicial de guarda conferida ao recorrido pela Justiça Brasileira e confirmada pela Justiça Americana. 3. Nesta seara de revelação pela imprensa de fatos da vida íntima das pessoas, o digladiar entre o direito de livre informar e os direitos de personalidade deve ser balizado pelo interesse público na informação veiculada, para que se possa inferir qual daqueles direitos deve ter uma maior prevalência sobre o outro no caso concreto. 4. A mera curiosidade movida pelo diletantismo de alguns, tanto na divulgação de notícias, quanto na busca de fatos que expõem indevidamente a vida íntima, notadamente, daquelas pessoas com alguma notoriedade no corpo social, não pode ser encarada como de interesse social, a justificar a atenção dos organismos de imprensa. 5. Na hipótese sob exame, ainda que se trate de pessoa notória, revela-se claro não haver um efetivo interesse social na divulgação de fatos que dizem respeito unicamente à esfera íntima de sua vida privada, o que denota tão-somente uma manobra para aumentar as vendas do jornal”.

125 Cf. o Agravo 472.738-4, da 4.^a Câmara Dir. Privado, do TJSP, Rel. Des. ÊNIO SANTARELLI ZULIANI, j. 29.09.2006, em que se concedeu a tutela antecipada para impedir a veiculação em sites dos vídeos relacionados à conduta da parte; o Agravo n. 488.184-4/3, do mesmo relator, 4.^a Câmara de Direito Privado, do TJSP, j. 28.06.2007, em que se debateu a execução da tutela antecipada, ratificando-se a orientação primitiva mesmo em face da prolação de sentença indeferindo a ação proposta pelos particulares, bem como o acórdão que reformou a aludida sentença, AP. Civ. N. 556.090, j. 12.06.2008, pelo mesmo relator e órgão julgador.

126 Cf. o REsp 1.082.878-RJ, Rel. Min. Nancy Andrigui, 3.^a Turma, j. 14.10.2008.

127 Cf. *Affaire Von Hannover c. Allemagne* (Requête no 59320/00), in <http://cmiskp.echr.coe.int/tpk197/viewhbk.asp> Decisão de 24.09.2004.

mesmo em local público, sendo as fotos publicadas em diversas revistas na Alemanha. O fundamento central para a proteção do direito à privacidade na espécie, previsto no artigo 8.º da Convenção Européia¹²⁸, decorreu da inexistência de uma contribuição para um debate geral de idéias com a divulgação das fotos na imprensa¹²⁹, tendo sido expressamente afirmado que, em face da relevância desse direito de personalidade, “toda pessoa, mesmo conhecida do grande público, deve poder beneficiar-se de uma esperança legítima de proteção e de respeito à sua vida privada”¹³⁰.

A questão de saber se a proteção à privacidade (de pessoas notórias) concede também a tutela inibitória, prevista no artigo 12, a fim de impedir que matérias ou artigos sejam veiculados e publicados, ainda não recebeu uma orientação definitiva. No caso DANIELA CICARELLI, o posicionamento foi no sentido de conceder a tutela inibitória¹³¹, limitando ou reduzindo o acesso ao vídeo realizado com ela, mediante a determinação de estabelecimento de filtros no site existente na internet. É certo que no processo envolvendo o cantor ROBERTO CARLOS – apesar de o litígio ter sido resolvido mediante transação entre a editora e o biografado com a retirada do livro de circulação – houve uma primeira orientação no sentido afirmativo¹³².

128 “1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.

2. Il ne peut y avoir ingérence d’une autorité publique dans l’exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu’elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l’ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d’autrui”.

129 “Dans les affaires relatives à la mise en balance de la protection de la vie privée et de la liberté d’expression dont la Cour a eu à connaître, elle a toujours mis l’accent sur la contribution que la publication de photos ou d’articles dans la presse apportait au débat d’intérêt général”.

130 No original do texto francês: “Or la Cour rappelle l’importance fondamentale que revêt la protection de la vie privée pour l’épanouissement de la personnalité de chacun, protection qui – comme elle l’a dit plus haut – va au-delà du cercle familial intime et comporte également une dimension sociale. Elle estime que toute personne, même connue du grand public, doit pouvoir bénéficier d’une ‘espérance légitime’ de protection et de respect de sa vie privée (paragraphe 51 ci-dessus, et, mutatis mutandis, Halford, précité, p. 1016, § 45).

131 Cf. a ementa do Agravo de Instrumento n. 488.184-4/3, acima indicado: “Execução de tutela antecipada – Internet- Questão relacionada com a exibição de vídeo do casal filmado fazendo sexo na praia, que justificou a emissão de tutela antecipada para impedir a veiculação em sites que hospedam essa e outras filmagens; sendo impossível a instalação de um filtro de acesso e não sendo razoável bloquear o site, determina-se que o provedor adotem medidas concretas de cumprimento da sentença, sob pena de pagar a multa diária de R\$ 250.000,00 – Provedor, em parte, determinando ao YOUTUBE a imediata instalação de um sistema de rastreamento e eliminação de vídeos, com exclusão de acesso aos usuários que forem identificados reinserindo o material em seus *links*, inclusive *lan houses*”.

132 Na decisão proferida pelo juízo de primeiro grau, em 22.02.2007, no processo movido pelo músico na 20.ª Vara Cível do Rio de Janeiro (processo n. 2007.001.006607-2) consta o seguinte: “Trata-se de ação através da qual o autor se insurge contra a publicação não autorizada da sua biografia, requerendo a antecipação dos efeitos da tutela para que sejam interrompidas a

Vê-se, portanto, que a privacidade mereceria um tratamento bem mais profundo do que o existente no Código de 2002. O tema permanece sendo versado pela jurisprudência sem que exista uma normal geral que o sistematize.

CONCLUSÃO

Na atualidade, há que saudar a circunstância de o ordenamento brasileiro contemplar uma disciplina mínima acerca dos Direitos da Personalidade. Contudo, viu-se aqui que, na sua disciplina, o Código Civil de 2002 não atendeu a alguns objetivos essenciais: não regulou a matéria de forma mais abrangente, incluindo temas já discutidos na doutrina e jurisprudência; tampouco estabeleceu elementos mínimos de ponderação, a fim de propiciar ao juiz critérios razoavelmente objetivos e seguros para a tutela da personalidade. Também não cumpriu o objetivo de coordenar os temas relativos aos Direitos da Personalidade, que ainda se encontram dispersos em leis especiais, para que pudesse exercer na sua plenitude a tarefa de servir como norma centralizadora da ampla gama de figuras ligadas à matéria.

Nesse quadro, a jurisprudência brasileira assumiu esta função, tendo garantido e ampliado a aplicação dos direitos da personalidade. Nos últimos dez anos, é forçoso reconhecer a preocupação das Cortes nacionais e estaduais no sentido de resguardar os direitos intrínsecos da pessoa no ordenamento

publicação, a distribuição e a comercialização do livro. Defiro a antecipação dos efeitos da tutela. A biografia de uma pessoa narra fatos pessoais, íntimos que se relacionam com o seu nome, imagem e intimidade e outros aspectos dos direitos da personalidade. Portanto, para que terceiro possa publicá-la, necessário é que obtenha a prévia autorização do biografado, interpretação que se extrai do art. 5.º, inciso x, da Constituição da República, o qual dispõe serem invioláveis a intimidade, a vida privada e a imagem das pessoas. No mesmo sentido e de maneira mais específica, o art. 20, caput, do Código Civil/02, é claro ao afirmar que a publicação de obra concernente a fatos da intimidade da pessoa deve ser precedida da autorização, podendo, na sua falta, ser proibida se tiver autorização para causar prejuízo à sua honra, boa fama ou respeitabilidade. Registre-se, nesse ponto, não se desconhecer a existência de princípio constitucional afirmando ser livre a expressão de atividade intelectual e artística, independentemente de censura ou licença (inciso IX do mesmo art. 5.º). Todavia, entrecruzados estes princípios, há de prevalecer o primeiro, isto é, aquele que tutela os direitos da personalidade, que garante à pessoa a sua inviolabilidade moral e de sua imagem. Além do mais, conforme mansa jurisprudência, não está compreendido dentro do direito de informar e da livre manifestação do pensamento a apropriação dos direitos de outrem para fins comerciais”. Assim, presente a publicação do direito alegado pelo autor da causa, ante a necessidade da sua prévia autorização para a publicação e para a exploração comercial da sua biografia. Presente, ainda, o requisito do dano irreparável ou difícil reparação (art. 273, I, do CPC), na medida em que, não concedida a medida ora pleiteada, permanecerá a comercialização da obra, fazendo com que novas pessoas tomem conhecimento de fatos cujo sigilo o autor quer e tem o direito de preservar. Ante o exposto, defiro a antecipação dos efeitos da tutela, para determinar aos réus a interrupção da publicação, da distribuição e da comercialização do livro “Roberto Carlos em Detalhes”, em todo o território nacional, no prazo de três dias, sob pena de pagamento de multa diária de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais). Citem-se. Intimem-se”.

brasileiro, em todas as suas particularidades e dimensões. Não se teve e nem sequer se vislumbra no horizonte, porém, a contribuição do legislador em estabelecer uma norma quadro no plano do Direito Civil, que não somente sirva como elemento impulsionador e agregador deste objetivo, mas também acolha as novas questões relativas à dinâmica da tutela da pessoa e dos outros seres – como os animais. Em consequência, a matéria dos Direitos da Personalidade ainda recebe uma disciplina tópica e pontual, sendo perceptível a ausência de uma regulação geral – atributo intrínseco da legislação. Esta carência tem sido preenchida pelas súmulas do Superior Tribunal de Justiça e por Enunciados doutrinários.

É certo que se poderá dizer que estes objetivos são alcançáveis a partir da interpretação e aplicação da Constituição, que atua no plano dos princípios e na esfera concreta. Esta possibilidade não retira, no entanto, o Código de seu lugar, como mecanismo precípua de regulação sistematizada, plena e estruturada das figuras jurídicas de Direito Civil.

Os Direitos da Personalidade constituem-se, por excelência, no instituto vinculado à pessoa, razão pela qual está no centro do Direito Civil e ocupa lugar essencial na pauta constitucional. A tarefa da codificação seria a de – reiterar-se – proporcionar uma adequada regulação da matéria, que seguisse a *ratio* e o *telos* da Constituição. Este objetivo ainda segue sem implementação plena no âmbito do Direito Civil brasileiro atual.

Por fim, verifica-se, em face do esforço jurisprudencial, um modelo de proteção dos Direitos da Personalidade no Brasil, que ainda oscila entre a imprescindível missão de tutela da dignidade humana e a necessária garantia e delimitação da liberdade pessoal, igualmente um direito fundamental, característica ímpar da relação entre os particulares.