



Ligia Fabris Campos

**O DIREITO DE SER SI MESMO:
A tutela da identidade pessoal
no ordenamento jurídico brasileiro**

Dissertação de Mestrado

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC-Rio.

Orientadora: Maria Celina Bodin de Moraes

Rio de Janeiro
Agosto de 2006.

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.



Ligia Fabris Campos

**O DIREITO DE SER SI MESMO:
A tutela da identidade pessoal
no ordenamento jurídico brasileiro**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC-Rio. Aprovada pela Comissão Examinadora abaixo assinada.

Maria Celina Bodin de Moraes

Orientadora

Departamento de Direito - PUC-Rio

Alejandro Bugallo Alvarez

Departamento de Direito - PUC-Rio

Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho

Faculdade de Direito – UERJ

Rio de Janeiro, 31 de julho de 2006.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial do trabalho sem autorização da universidade, da autora e do orientador.

Ligia Fabris Campos

Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

Ficha Catalográfica

Campos, Ligia Fabris

O direito de ser si mesmo: a tutela da identidade pessoal no ordenamento jurídico brasileiro / Ligia Fabris Campos; Orientador: Maria Celina Bodin de Moraes. – Rio de Janeiro: PUC, Departamento de Direito, 2006.

193 f. ; 40 cm

Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Direito.

Inclui referências bibliográficas.

1. Direito – Teses. 2. 1. Direito – Teses. 2. Direito à identidade pessoal. 3. Dignidade da pessoa humana. 4. Direitos da personalidade 5. Direito civil-constitucional. I. Bodin de Moraes, Maria Celina. II. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Departamento de Direito. III. Título.

CDD: 340

Agradecimentos

À minha orientadora, Profa. Dra. Maria Celina Bodin de Moraes, por ter ultrapassado o sentido do termo; pelas lições, pela parceria, por ter feito deste um ofício menos solitário, por ter feito tudo isso valer a pena. Além do agradecimento, ficam a gratidão, admiração e carinho imensuráveis.

Aos meus pais, Antonio Carlos e Isabel, e meus irmãos, Vitor, Antonio e João Pedro, pelo apoio constante e orgulhoso, pelo incentivo, solidariedade, amor e carinho sempre.

Ao Fabiano Catran, por sintetizar o companheirismo e a dedicação.

Aos amigos Ana Carolina Couri de Carvalho Kahn e Marcus Eduardo de Carvalho Dantas, pela amizade da qual não posso prescindir; por fazerem parte do que eu sou.

Ao professor e amigo Carlos Affonso Pereira de Souza, vulgo “CAF”, pelo empréstimo e doação de livros essenciais, por ter sido o interlocutor atento nas minhas questões de direito de imagem; pelo apoio efetivo, mas sobretudo pelo apoio moral .

À minha psicanalista, Tereza Nazar, por me acompanhar durante tantos anos na construção da minha identidade.

Aos meus amigos da turma “bi-campeã” do mestrado de 2004.1, sobretudo Priscila, Vinicius, Teresa e Mariana, por dividirem comigo as angústias e alegrias geradas em todo esse percurso e, em especial, nesta dissertação.

Aos professores Carlos Edison e Alejandro Bugallo, pela participação na Banca Examinadora.

Agradeço à PUC-Rio e ao CNPQ, pelos auxílios concedidos, sem os quais este trabalho não poderia ter sido realizado.

A todos que de forma direta ou indireta me auxiliaram, apoiaram e incentivaram.

Resumo

Campos, Ligia Fabris. **O direito de ser si mesmo: a tutela da identidade pessoal no ordenamento jurídico brasileiro** Rio de Janeiro, 2006. 193p. Dissertação de Mestrado - Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

O Código Civil de 2002 inovou em relação ao antecessor, incluindo em seu corpo um capítulo dedicado aos direitos da personalidade. Ocorre, porém, que a forma tipificada de tais artigos se apresenta como insuficiente para tutelar a personalidade, não só porque os dispositivos reproduzem a técnica utilizada para a normatização dos direitos patrimoniais, mas principalmente por desconsiderar a abrangência do instituto ante a crescente e inelutável necessidade de tutela da pessoa humana. Em tais condições, entende-se que o princípio da dignidade da pessoa humana tem uma função protetiva irradiadora, servindo então ao escopo constitucional de uma tutela integral, o que implica sua consideração de uma forma mais efetiva no que tange à personalidade. É nessa seara que se considera a reformulação italiana do direito da personalidade em termos de um “direito à identidade pessoal”, significando uma fórmula sintética para distinguir o sujeito do ponto de vista global, na multiplicidade de suas características específicas e manifestações. O desrespeito à identidade pessoal se perpetra com a atribuição – mediante qualquer forma de deturpação – de atos, pensamentos ou afirmações que a contrariem, manifestando, assim, o interesse da pessoa em ver reconhecido o próprio patrimônio ideológico-cultural, constituído pelos seus pensamentos, opiniões, crenças, comportamentos que projetam no mundo da intersubjetividade. É em torno desse direito, ainda pouco explorado e conhecido no Brasil, mas de suma importância, que versa o presente trabalho, abordando sua origem, características, objeto e limites, e a garantia de sua tutela no ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-chave

Direito à identidade pessoal; Dignidade da pessoa humana; Direitos da personalidade; Direito civil-constitucional.

Abstract

Campos, Ligia Fabris. **The right to be oneself: the protection for individual identity in the Brazilian judicial order.** Rio de Janeiro, 2006. 193p. MSc. Dissertation - Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

The Civil Code in 2002 has innovated in relation to its antecessor, inserting in its body a chapter dedicated to the right to be oneself. The point is that the typified form of such Articles is insufficient to protect one's personality not only because they reflect a technique used for the *normalization* of equity rights but mainly because it fails to consider the range of the institute as to the increasing and unceasing need to protect the human individual. On such conditions it is known that the principle of dignity has a protective irradiating function, in the service of a constitutional scope of integral guardianship, which implies (implicates) its consideration of individual's personality in a more effective manner. It is in this area of study, the Italian reformulation as to individual's right to personality is considered. It is approached in terms of a "right to personal identity", or otherwise, "the right to be oneself", which means the set of attributes and characteristics which allow for individualization of a person in society. The disrespect to personal identity perpetrates with the attribution – in face of many different forms of distortion – of acts, thoughts, statements which oppose to it, thus expressing the person's interest in verifying that their own cultural-ideological asset – constituted by their thoughts, beliefs, opinions, behaviour, which they project in the intersubjective world - is acknowledged. It is about this law, not yet sufficiently taken into consideration in Brazil, although of utmost importance, that this present study is dedicated to, with the focus on its origins, characteristics, object and limits, as well as the defense of its protection in the Brazilian judicial order.

Keywords

Personal identity Law; human individual's dignity; individual's personality Law; Civil-constitutional Law.

Sumário

1 Introdução	11
2 Os Princípios Constitucionais como informadores do Direito Civil	13
2.1 A consagração do liberalismo no Código Civil de 1916	13
2.2 Uma nova perspectiva trazida pela Constituição de 1988	15
2.3 A função irradiadora da Constituição	17
2.4 As perspectivas após o Código Civil de 2002	21
2.5 O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana	26
3 O direito à identidade pessoal como direito da personalidade	31
3.1 Relevância constitucional dos direitos da personalidade	32
3.2 Os direitos da personalidade no Brasil, para além do CC de 2002	37
3.3 Características dos direitos da personalidade	41
3.4 O direito à identidade pessoal como direito da personalidade	44
4 A Pessoa Humana como Sujeito de Direito: O Direito à Identidade Pessoal	47
4.1 Surgimento do Direito à Identidade Pessoal: o papel da jurisprudência italiana	50
4.1.1 A decisão do Tribunal de Roma, em 1974	52
4.1.2 A decisão do Tribunal de Turim, em 1979	54
4.2 O debate doutrinário	56
4.3 Conceituação, objeto e limites	61
4.4 O direito à identidade pessoal como produto da evolução dos direitos da personalidade: questionamentos. Direito subjetivo? Direito autônomo?	68
4.4.1 Direito subjetivo?	69
4.4.2 Direito autônomo?	73
4.5 A experiência de outros países	80
4.5.1 O direito à identidade pessoal na Alemanha	80
4.5.2 O direito à identidade pessoal na França	81
4.5.3 O direito à identidade pessoal nos Estados Unidos	82
4.5.4 O direito à identidade pessoal no ordenamento jurídico português	83
4.5.5 O direito à identidade pessoal na Espanha e no Peru	84
5 Aspectos Estático e Dinâmico do Direito à Identidade Pessoal	85
5.1 Aspecto estático	86

5.1.1 Nome	86
5.1.2 Identificação Física	95
5.1.2.1 Os dados pessoais	96
5.1.3 Imagem	106
5.2 Aspecto dinâmico: o estilo individual e social	113
5.2.1 A determinação do objeto do direito à identidade pessoal	119
5.2.2 O que o direito à identidade pessoal não é	124
6 O direito à identidade pessoal no ordenamento jurídico brasileiro	126
6.1 O reconhecimento de um direito à identidade pessoal a partir da Constituição de 1988	128
6.2 O direito à identidade pessoal brasileiro	131
6.2.1 O Conteúdo do direito ao nome no direito à identidade pessoal: o valor simbólico, à luz da psicanálise.	131
6.2.2 Aplicação do direito à identidade pessoal no ordenamento brasileiro	137
6.2.2.1 A relativização do princípio da imutabilidade do nome em razão do direito à identidade pessoal	138
6.2.2.2 O caso Doca Street: a tutela do direito de ser si mesmo	144
6.2.2.3 O caso Luma de Oliveira	145
6.3 Fundamento normativo do direito à identidade pessoal	148
7 Hipóteses e critérios de ponderação em face do direito à identidade pessoal	155
7.1 O problema da ponderação	155
7.2 Hipóteses e critérios de ponderação	157
7.2.1 Direito à identidade pessoal vs direito de informação	158
7.2.2 Identidade pessoal vs direito de crítica	170
7.2.3 Identidade pessoal vs direito de sátira	171
7.2.4 Identidade pessoal vs direito de (re)elaboração artística	172
8 Conclusão	176
9 Bibliografia	187

Sou eu

Sou eu, eu mesmo, tal qual resultei de tudo,
Espécie de acessório ou sobressalente próprio,
Arredores irregulares da minha emoção sincera,
Sou eu aqui em mim, sou eu.

Quanto fui, quanto não fui, tudo isso sou.
Quanto quis, quanto não quis, tudo isso me forma.
(...)

Álvaro de Campos

Mas é isso mesmo que nos faz senhores da terra, é esse poder de restaurar o passado, para tocar a instabilidade das nossas impressões e a vaidade dos nossos afetos. Deixa lá dizer Pascal que o homem é um caniço pensante. Não; é uma errata pensante, isso sim. Cada estação da vida é uma edição, que corrige a anterior, e que será corrigida também, até a edição definitiva, que o editor dá de graça aos vermes.

Machado de Assis, *Memórias Póstumas de Brás Cubas*.

1 Introdução

A presente dissertação de mestrado intitula-se “O direito de ser si mesmo: a tutela da identidade pessoal no ordenamento jurídico brasileiro” e tem por objetivo, assim, demonstrar a aplicação desse direito da personalidade, com origem na doutrina italiana, em nosso sistema. Para tanto, procura-se indicar suas especificidades e, ainda, os casos em que estão presentes os interesses existenciais abrangidos pelo direito à identidade pessoal.

No capítulo inicial, isto é, o segundo capítulo, parte-se do primeiro pressuposto da realização desse trabalho e da sustentação da teoria que se pretende defender: de fato, nele se propõe a adoção da metodologia do direito civil-constitucional, que nos parece fundamental para o desenvolvimento de todo o raciocínio que lhe segue. A partir dessa perspectiva – que, como se sabe, propõe a superação da dicotomia entre o direito público e o direito privado, possibilitando a eficácia direta das normas constitucionais nas relações jurídicas entre particulares – desempenha um papel central o princípio da dignidade da pessoa humana, valor fundante da República conforme disposto em seu art. 1º, III, e também eixo central do caminho de construção da tutela da identidade pessoal.

A partir da sedimentação dessa perspectiva busca-se realizar, então, no capítulo seguinte, uma análise sobre os chamados direitos da personalidade. Nele abordamos as principais teorias que ainda hoje se debatem sobre a sua origem, sua classificação e natureza, bem como o papel que a cláusula geral de promoção e tutela da dignidade da pessoa humana vem desempenhar nesse contexto.

No quarto capítulo entra-se especificamente no tema do direito à identidade pessoal, elaborando um panorama histórico do surgimento dessa situação jurídica subjetiva, criada pela atividade da jurisprudência italiana por meio do debate doutrinário naquele país, buscando examinar os aspectos principais acerca de sua limitação, bem como a determinação de seu objeto e os limites a que está sujeito. Em seguida, a título meramente ilustrativo, são apontadas algumas experiências de países que têm, em seu ordenamento jurídico, a previsão expressa da tutela do direito à identidade pessoal.

O quinto capítulo tem por finalidade aprofundar o conceito de identidade pessoal, adotado no desenvolvimento desse trabalho. São examinados os seus aspectos estático e dinâmico, buscando esmiuçar sua concepção, e em que medida se opera sua relação com os direitos ao nome, à imagem e à identificação física.

Por meio do sexto capítulo aponta-se a presença do direito à identidade pessoal no ordenamento jurídico brasileiro e, portanto, a oportunidade e necessidade de sua tutela. Juntamente com isso, faz-se um estudo em busca da determinação segura acerca de qual seriam os contornos dogmáticos do direito à identidade pessoal.

O sétimo capítulo, enfim, pretendeu trazer à baila algumas considerações quanto à ponderação de interesses, hipótese que pode surgir em decorrência do conflito entre o direito à identidade pessoal e outras figuras jurídicas relevantes, também objeto de tutela constitucional.

No oitavo capítulo foram trazidas as conclusões que se pode extrair a partir do desenvolvimento da hipótese defendida no presente trabalho.

2

Os Princípios Constitucionais como informadores do Direito Civil

Introdução

No presente capítulo será abordada a importância da Constituição Federal para a leitura das normas infraconstitucionais, a construção de um direito civil-constitucional, a flexibilização das barreiras entre direito público e privado, e a mudança de paradigma na exegese constitucional e civil. Tal perspectiva é pressuposto fundamental para que se desenvolva, posteriormente, o debate acerca dos direitos da personalidade e do direito à identidade pessoal na perspectiva defendida, sobretudo a sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro.

2.1

A consagração do liberalismo no Código Civil de 1916

Toda a disciplina do século XIX gravitou, fundamentalmente, em torno da concepção liberal de Estado, que se preocupava com duas realidades: a liberdade – e, nesse espaço de liberdade, o exercício da atividade econômica através dos contratos – e, paralelamente, a garantia do direito de propriedade. A burguesia, a quem interessava a garantia do direito de propriedade e a menor intervenção possível do Estado para que fossem livres as atividades comerciais, vencedora da Revolução Francesa, fez, com o *Code Napoléon*, sua a lei. Para assegurar seu cumprimento, era necessário que os conceitos jurídicos fossem fechados e que

reinasse absoluto o mandamento de que o contrato é lei entre as partes, como foi feito.

Direito Público e Direito Privado eram considerados áreas estanques e impermeáveis¹, e prevalecia o ideal de intervenção mínima do Estado, fazendo com que sua atuação ocorresse apenas para manter a paz social. Essa lógica privilegiava, sempre, a circulação de riquezas e a autonomia da vontade. O valor fundamental era o indivíduo, a sua vontade e seus bens. Os direitos fundamentais apenas serviam para que o indivíduo pudesse fazer frente a uma restrição que lhe impusesse o Estado, tornando claro que era apenas o Estado quem se subordinava aos comandos constitucionais.²

Nesse contexto, o Código Civil brasileiro de 1916 foi obra do seu tempo, sofrendo grande influência do Código Civil francês. Isso significa que é fruto do Estado Liberal de matriz kantiana e, solidificando a ideologia dominante do século XIX, era tido como “A Constituição do Direito Privado”³, uma vez que pretendia abranger e regular todas as situações jurídicas entre particulares. Portanto, esse Código retrata um modelo de estabilidade e segurança, bem em sintonia com o individualismo reinante, em que imperavam os postulados da liberdade absoluta, da igualdade formal, da não intervenção estatal.⁴

Por outro lado, com a emergência da Segunda Guerra Mundial e a concretização dos horrores do nazismo possibilitado pelo Estado de Direito guardião do positivismo iniciou-se um processo de relativização dessa concepção racional e passou-se, então, a caminhar em prol de outras menos seguras, porém mais atentas aos princípios da democracia, liberdade e solidariedade. Assim, ao se

¹ Michele GIORGIANNI, “O Direito Privado e suas atuais fronteiras”. In: *Revista dos Tribunais*, nº 747. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, pp. 35-55.

² *Danos à pessoa humana: uma leitura civil constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 70.

³ A esse respeito, esclarece Maria Celina: “Entende-se tradicionalmente por direito civil aquele que se formulou no Código Napoleão, em virtude da sistematização operada por Jean Domat – quem primeiro separou das leis civis as leis públicas – cuja obra serviu para a delimitação do conteúdo inserto no *Code* e que, em seguida, viria a ser adotado pelas codificações do Séc. XIX. O direito civil foi identificado, a partir daí, com o próprio Código Civil, que regulava as relações entre as pessoas privadas, seu estado, sua capacidade, sua família e, principalmente, sua propriedade, consagrando-se como o reino da liberdade individual. Concedia-se a tutela jurídica para que o indivíduo, isoladamente, pudesse desenvolver com plena liberdade a sua atividade econômica. As limitações eram as estritamente necessárias a permitir a convivência social.” (Maria Celina BODIN DE MORAES, *A Caminho de um Direito Civil Constitucional*. Disponível em: <http://www2.uerj.br/~direito/publicacoes/mais_artigos/a_caminho_de.html>. Acesso em: 07 fev. 2006, pp. 1-2).

⁴ Gustavo TEPEDINO, “Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil”. In: *Temas de Direito Civil*, 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, pp. 2-3.

tornarem valores do ordenamento, esses princípios passam a ocupar o lugar das normas jurídicas quando essas lhes são contrárias, apresentando-se arbitrárias e injustas. Dessa forma, é possível modificar normas que com eles conflitem a fim de que passem a refletir o valor que as funda.⁵

Portanto, a relativização desses paradigmas liberais (do individualismo político-econômico)⁶ se deu com uma retomada do papel estatal, capitaneada pelo *Welfare State*, este marcadamente intervencionista, comprometido com o ideal de justiça social e a promoção da igualdade substancial. Esse novo modelo político e econômico foi uma resposta àquela concepção anterior, uma vez que dentro daquele espaço de liberdade absoluta adotado, da primazia do direito privado sobre o direito público, se fortaleceu o já forte, e se enfraqueceu o já fraco. Somase a isso a eclosão das duas grandes guerras – e o fato de na segunda se ter, pelo positivismo, permitido a concretização holocausto –, a emergência de diversos acontecimentos históricos e de movimentos sociais ocasionaram o declínio dos dogmas do liberalismo estatal e, por conseguinte, a derrocada dos alicerces da civilística clássica, essencialmente individualista, neutra e abstencionista, em favor de uma revalorização do direito público, por meio da retomada do poder intervencionista do Estado.⁷

2.2

Uma nova perspectiva trazida pela Constituição de 1988

A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988, foi elaborada nesse novo panorama, consagrando não mais os ideais do liberalismo. Afirma-se, inclusive, que se procurou dar um fundamento ético à nova ordem constitucional, em oposição ao positivismo, “configurando como estrutura normativa que incorpora os valores de uma sociedade histórica

⁵ Maria Celina BODIN DE MORAES, “Constituição e Direito Civil: Tendências”, *mimeo*, pp. 6-7.

⁶ Teresa NEGREIROS, “A dicotomia público-privado frente ao problema da colisão de princípios”. In: Ricardo Lobo TORRES (org.) *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 344.

⁷ Eugênio Facchini NETO, “Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado”. In: Ingo Wolfgang SARLET (org.) *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, pp. 23-24.

concreta”, construindo-se um constitucionalismo profundamente influenciado pelos ideais comunitários.⁸

Nesse ponto, é expressivo o disposto no art. 3º, I, da Constituição, de que um dos objetivos da República Federativa do Brasil é a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, sendo esse um de seus princípios fundamentais, como expresso no Título I, que abrange aquele dispositivo mencionado. Há, como se viu, referência clara do legislador constituinte ao valor da solidariedade, o estabelecendo como princípio jurídico inovador no nosso ordenamento, fazendo com que se deva levá-lo em conta não só no momento da elaboração da legislação ordinária e na execução das políticas públicas, mas também na interpretação e aplicação do Direito.⁹

Seguindo uma tendência das Constituições democráticas surgidas no século XX, os princípios fundamentais dos diversos ramos do Direito foram levados aos textos constitucionais, sobretudo nos países de tradição romano-germânica, como o Brasil. Assim, os civilistas que não se encontravam presos à dicotomia entre direito público e direito privado foram instados a perceber a importância que a dignidade da pessoa humana havia adquirido e, em razão dessa centralidade, que os princípios do direito privado deveriam ser reconstruídos e redimensionados.¹⁰

Nesse panorama, assistiu-se, ainda, ao chamado processo de descodificação. Inicialmente, os Códigos representavam o eixo central de todo o ordenamento jurídico privado, e tinham por pretensão regular a totalidade de todas aquelas relações jurídicas, reinando absoluto o princípio da autonomia da vontade. Com o passar do tempo e a natural dificuldade de se dar conta de todas as novas situações que requeriam tutela, foram surgindo legislações extravagantes que, como tais, não integravam aquele texto anteriormente formado. As novas constituições que surgiram nessa época tinham também um caráter promocional, fixando objetivos a alcançar – como é o caso da brasileira, de 1988. É possível citar ainda, como exemplos representativos do processo de descodificação pela

⁸ Gisele CITTADINO, *Pluralismo, direito e justiça distributiva*, 3.ed. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2004, p. 4.

⁹ Maria Celina BODIN DE MORAES “O Princípio da Solidariedade”. In: Manoel Messias PEIXINHO, Isabella Franco GUERRA e Firly Nascimento FILHO (orgs.) *Os Princípios da Constituição de 1988*, Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2001, pp. 168-169.

¹⁰ Maria Celina BODIN DE MORAES, “O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo”. In: Ingo Wolfgang SARLET (org.) *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, pp. 108-109.

superveniência da legislação extravagante, os chamados “microssistemas”, que dispunham especificamente de determinadas matérias relativas a várias áreas do direito, continham um sistema todo próprios, e não integravam a legislação codificada. Exemplarmente se pode citar o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Código de Defesa do Consumidor, que disciplinam aspectos de direito privado, de direito penal, processual e administrativo.¹¹

Dessa forma, portanto, o Código Civil perde sua centralidade, da qual gozava até então, em virtude da edição dessas e de outras numerosas leis especiais. É importante ressaltar, no entanto, que a superveniência do processo de descodificação não significa que o ordenamento tenha perdido seu fundamento unitário. O papel centralizador e unificador do sistema, mas agora como um todo, passa, assim, a ser exercido pelo texto constitucional. Sua visão global, caso não esteja presente no plano legislativo, deve ser identificada no trabalho do intérprete, que deve se orientar para localizar os princípios constantes na legislação especial, extravagante. O respeito aos valores e princípios da República estabelece uma relação correta e rigorosa entre poder do Estado e poder dos grupos, entre maioria e minoria, entre o poder econômico e os direitos dos marginalizados.¹²

2.3

A função irradiadora da Constituição

Embora já mencionada a importância da Constituição em sua perspectiva solidarista e sua função unificadora do sistema e irradiadora dos seus princípios, cumpre esmiuçar a forma com que tais processos se operam.

Maria Celina Bodin de Moraes esclarece, quanto à perspectiva Civil-constitucional:

“A transposição das normas diretivas do sistema do Direito Civil do texto do Código Civil para o da Constituição acarretou relevantíssimas conseqüências jurídicas que se delineiam a partir da alteração da tutela, que era oferecida pelo Código ao “indivíduo”, para a proteção, garantida pela Constituição, à dignidade

¹¹ Maria Celina BODIN DE MORAES, *A Caminho de um Direito Civil Constitucional*, cit., p. 3; e, ainda, Eugênio Facchini NETO, “Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado” cit., p. 25.

¹² Pietro PERLINGIERI, *Perfis do Direito Civil*, cit., p. 6.

da pessoa humana, elevada à condição de fundamento da República Federativa do Brasil. O direito civil-constitucional visa garantir o respeito e a proteção da dignidade humana não apenas no sentido de assegurar um tratamento humano e não-degradante, e não conduz exclusivamente ao oferecimento de garantias à integridade física do ser-humano. Dado o caráter normativo dos princípios constitucionais, princípios que contêm os valores ético-jurídicos fornecidos pela democracia, isto vem a significar a completa transformação do Direito Civil, de um Direito que não mais encontra nos valores individuais codificados o seu fundamento axiológico.

(...)

Pretende-se hoje, ou melhor, exige-se, que nos ajudemos, mutuamente, a conservar a nossa humanidade.

(...)

Do ponto de vista da ordem civil em sentido estrito, os resultados são também extensos e relevantes: enquanto o Código dava precedência às situações patrimoniais, no sistema do Direito Civil fundado pela Constituição a prevalência foi atribuída às situações jurídicas extrapatrimoniais, porque à pessoa humana o ordenamento jurídico deve dar a garantia e a proteção prioritárias. Por isso, neste cenário, de um renovado humanismo, passaram a ser tuteladas, com prioridade, as pessoas das crianças, dos adolescentes, dos idosos, dos portadores de deficiências físicas e mentais (hoje chamados de portadores de necessidades especiais) dos consumidores, dos não proprietários, dos contratantes em situação de inferioridade, dos membros da família, das vítimas de acidentes anônimos etc.

É neste ambiente que se torna necessário explorar, cada vez mais, a dimensão atribuída pelo ordenamento jurídico vigente ao princípio da dignidade da pessoa humana. É este, com efeito, o princípio capaz de conferir unidade valorativa e sistemática ao Direito Civil, enunciado pelas Constituições contemporâneas.”¹³

É hoje cediço que na pessoa se funda toda a legitimidade do ordenamento jurídico. A consagração e conseqüente aplicação direta e imediata de princípios constitucionais como a dignidade humana (CF, art. 1º, III) e a solidariedade¹⁴ (CF, art. 3º, I), deram novo sentido à pessoa, não mais sob uma ótica individualista, mas, agora, solidarista.

O ordenamento jurídico tem como um de seus basilares de organização a hierarquia das normas. A Constituição, apontada por Kelsen como a norma fundamental, é superior a todas as demais. O ordenamento brasileiro é formado por uma série de leis, codificadas e não codificadas, que expressam uma ideologia e uma preocupação relacionadas com o momento histórico diverso do que se tem hodiernamente. Muitas delas, até, foram editadas em momentos distintos daquele consagrado na Constituição Federal, uma vez que foram promulgadas em momentos específicos e com o objetivo de atender a determinadas situações frente às quais o ordenamento deveria prestar tutela naquele momento.

¹³ Maria Celina BODIN DE MORAES, *Danos à pessoa humana*, cit., pp. 74-75.

¹⁴ Acerca desse princípio, v. Maria Celina BODIN DE MORAES “O Princípio da Solidariedade”. In: Manoel Messias PEIXINHO, Isabella Franco GUERRA e Firly Nascimento FILHO (orgs) *Os Princípios da Constituição de 1988*, Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2001, pp. 167-190.

A questão que problematiza a aplicabilidade concomitante de leis inspiradas em momentos e ideologias diversas é solucionada com a compreensão de que o ordenamento jurídico é unitário; a resolução de uma lide não pode levar em conta unicamente o dispositivo que dela trata, mas sim o ordenamento como um todo. Assim, ao se analisar um caso, uma hipótese, conclui-se que nele incidem não só as diversas normas pertinentes, mas também os princípios que lhes são fundamentais e que os caracterizam.¹⁵

É nesse pensamento – de se aplicar as normas e os princípios considerando-se o ordenamento como um todo – que se fundam as teorias que travam uma íntima conexão entre norma constitucional e norma ordinária.

No que tange a essa relação, alguns autores defendem que as normas ordinárias, quando não ofenderem um interesse constitucionalmente protegido, assumem, de forma autônoma, significado e fundamento, como expressões de um sistema completo e legítimo. Dessa forma, a norma constitucional só incidiria residual e excepcionalmente, e nunca sobre a interpretação das normas ordinárias. Em contraposição a esse entendimento, Pietro PERLINGIERI esclarece que há, sim, normas constitucionais que pretendem impor limites às normas ordinárias, mas não se pode afirmar, no entanto, que todas as normas constitucionais tenham essa função. Conclui, então, que caso o outro entendimento estivesse correto a norma constitucional não seria reconhecida como verdadeira norma por parte dos operadores do direito.¹⁶

Claro está, portanto, que as normas constitucionais, as quais integram os princípios, podem se opor de modo a limitar as regras legais, que lhes são hierarquicamente inferiores. Os princípios são tidos como normas jurídicas que contêm mandados de otimização aplicáveis em vários graus, como preconiza Alexy, ou possuindo dimensão de peso, pelo fato de conter apenas fundamentos que devem ser ponderados na hipótese de colisão, fazendo com que o de maior peso prevaleça sobre o outro, como defendido por Dworkin. Assim, integram o gênero “norma” como as regras, e se contrapõem a elas em alguns casos, devedo,

¹⁵ Pietro PERLINGIERI, *Perfis do direito civil*, Tradução Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 5.

¹⁶ Pietro PERLINGIERI, *Perfis do Direito Civil*, cit., p. 5.

o princípio constitucional prevalecer sobre a regra ordinária, sempre, fazendo com que se afirme a força normativa dos princípios.¹⁷

Um outro aspecto relevante atinente a essa questão merece ser discutido: a posição que defende unicamente a aplicabilidade indireta da Constituição, ou seja, que a norma constitucional só poderia incidir sobre uma relação de Direito Civil se, concomitantemente, fosse aplicada uma norma ordinária. Isso significa afirmar que, diante da ausência da norma ordinária aplicável ao caso concreto, a constitucional não poderia atuar sozinha. Para se contrapor a tal entendimento deve-se explicitar que as normas constitucionais, que ditam princípios de relevância geral, não são meramente interpretativas, mas também de direito substancial. Assim, é de suma relevância constatar que os princípios são normas¹⁸, o que faz Dworkin ao afirmar que as normas, em verdade, são compostas não só de regras, mas também de princípios.¹⁹

Portanto, não há óbices cabíveis à aplicação direta: a norma constitucional pode, também sozinha, ser a fonte da disciplina de uma relação de Direito Civil. Esse é o único caminho a trilhar ao se reconhecer a superioridade das normas constitucionais e dos valores nelas contidos em um ordenamento unitário, caracterizado por esses conteúdos.²⁰

O mais importante, no entanto, não é estabelecer se em um caso concreto se dá a incidência direta ou indireta, mas confirmar a eficácia da norma constitucional frente às relações pessoais e sócio-econômicas, existindo ou não norma ordinária. A norma constitucional torna-se a razão primária e justificadora da relevância jurídica dessas relações, constituindo parte integrante da normativa na qual elas, de um ponto de vista funcional, se concretizam. Assim, a normativa constitucional não pode ser considerada única e simplesmente uma regra de hermenêutica, mas também como norma de comportamento, idônea a incidir sobre as relações subjetivas, funcionalizando-as aos novos valores.²¹

¹⁷ Humberto ÁVILA, *Teoria dos Princípios*. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos, 4.ed. São Paulo: Malheiros, p. 85.

¹⁸ Pietro PERLINGIERI, *Perfis do Direito Civil*, cit., p. 11.

¹⁹ Ver, a esse respeito, Ronald DWORKIN, *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, *passim* e ainda Robert ALEXY, *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, *passim*.

²⁰ Pietro PERLINGIERI, *Perfis do Direito Civil*, cit., p. 11.

²¹ Pietro PERLINGIERI, *Perfis do Direito Civil*, cit., p. 12.

2.4 As perspectivas após o Código Civil de 2002

Para os juristas há grandes desafios a serem enfrentados: harmonizar o Direito Civil aos princípios fundamentais e às necessidades existenciais da pessoa, especialmente; redefinir o fundamento e a extensão dos institutos jurídicos, sobretudo dos civilísticos, evidenciando seus perfis funcionais, numa tentativa de revitalização de cada normativa à luz de um novo juízo de valor; verificar e adaptar as técnicas e as noções tradicionais em um esforço de modernização dos instrumentos e, em especial, da teoria de interpretação.²²

A importância desse pensamento se evidencia sobretudo na constatação de que o Código Civil de 2002 não é um projeto novo e, embora bastante posterior àquele de 1916, não reflete as preocupações e necessidades da época em que passa a vigor.

O projeto do atual Código data de 1972. Após quase trinta anos de tramitação, foi sancionada a Lei 10.406/2002, o “novo” Código Civil, que trouxe algumas inovações em relação ao anterior, colocando, por exemplo, um capítulo dedicado aos direitos da personalidade. Diz-se que, dessa forma, buscou proteger de maneira mais objetiva e eficaz a pessoa humana, e conferir maior efetividade ao dispositivo constitucional que dispõe acerca de sua tutela e proteção. Ocorre, no entanto, que a inserção de tais artigos é insuficiente a tutelar o que pretende, isto é, a pessoa humana em todos os seus aspectos.

Tal assertiva justifica-se em razão da técnica elaborada e consagrada para a proteção da pessoa humana, uma vez que tratar os direitos da personalidade da mesma forma erigida para o regulamento dos direitos patrimoniais – na sua detalhada classificação, na definição de poderes do titular e os mecanismos previamente definidos para sua proteção –, está em pleno desacordo com a natureza desses direitos – existencial –, e que, como já mencionado, deve tutelar a pessoa em todas as suas manifestações. As formas de tutela são imprevisíveis porque estão atreladas às necessidades da pessoa humana, que mudam de acordo com o tempo, com os avanços tecnológicos, com o momento histórico. Uma

²² Pietro PERLINGIERI, *Perfis do Direito Civil*, cit., p. 12.

previsão legal rígida, portanto, não se compatibiliza com situações mutantes por excelência, embora merecedoras e carecedoras de tutela jurídica.²³

Os últimos 30 anos marcaram profunda transformação do Direito Civil, simplesmente desconsiderada pelo projeto do Código de 2002: os institutos do direito privado, em especial a família, a propriedade, a empresa e o contrato passaram a observar uma função social que integra seu conteúdo. As relações patrimoniais são funcionalizadas à dignidade da pessoa humana e aos valores sociais consagrados na Constituição de 1988. Em razão disso, fala-se em uma despatrimonialização do direito privado, para demarcar a diferença existente entre o sistema atual e aquele de 1916, calcado na lógica patrimonialista e individualista.²⁴

A “despatrimonialização” do Direito Civil evidencia que no ordenamento foi feita uma opção, que aos poucos vai se concretizando, entre personalismo (isto é, a superação do individualismo) e patrimonialismo (superação da patrimonialidade como fim em si mesma). Com isso não se pretende expulsar ou extirpar quantitativamente o conteúdo patrimonial no sistema jurídico e no civil, especificamente, uma vez que o conteúdo econômico, como aspecto da sociedade civil organizada, não é eliminável. É imprescindível, assim, que se atribua uma justificativa institucional de suporte ao livre desenvolvimento da pessoa. Isso nos leva a repelir a afirmação muitas vezes feita de que não se pode alterar radicalmente os institutos do direito privado. Esses não são imutáveis; são sempre inclinados a adequar-se aos novos valores, na passagem de uma jurisprudência civil dos interesses patrimoniais a uma mais atenta aos valores existenciais.²⁵

Há, assim, que se buscar o fundamento na função informadora dos princípios da Constituição Federal, hábeis a tutelar valores não expressamente tratados no texto codificado ou restritamente dispostos. Veja-se, a respeito, a valiosa lição de Pietro PERLINGIERI:

“A hierarquia das fontes não responde apenas a uma expressão de certeza formal do ordenamento para resolver os conflitos entre as normas emanadas por diversas fontes; é inspirada, sobretudo, em uma lógica substancial, isto é, nos valores e na

²³ Gustavo TEPEDINO, “Direitos Humanos e Relações Jurídicas Privadas”. In: *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 59-78; p. 62.

²⁴ Gustavo TEPEDINO, “O velho projeto de um revelho Código Civil”. In: *Temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 499-501; p. 500.

²⁵ Pietro PERLINGIERI, *Perfis do Direito Civil*, cit., p. 33.

conformidade com a filosofia de vida presente no modelo constitucional. O respeito à Constituição, fonte suprema, implica não somente a observância de certos procedimentos para emanar a norma (infraconstitucional), mas, também, a necessidade de que o seu conteúdo atenda aos valores presentes (e organizados) na própria Constituição”.²⁶

Embora os direitos fundamentais tenham, em sua origem, a função de garantir as liberdades individuais frente ao Estado – o que se convencionou chamar de eficácia vertical dos direitos fundamentais –, com o decorrer do tempo a perspectiva sobre a incidência desses direitos foi modificada. Inicialmente, eles eram exercidos contra um ente que se colocava em posição de superioridade em relação aos seus titulares, que estavam a eles subordinados, mas que possuíam um espaço de liberdade intangível pelo Estado. Entre os indivíduos titulares desses direitos, no entanto, a relação predominante não seria de subordinação, mas de igualdade – notadamente, a igualdade formal.²⁷

O reconhecimento da possibilidade de os direitos fundamentais operarem sua eficácia nas relações jurídicas privadas é possivelmente o cerne da teoria da constitucionalização do Direito Civil. A Constituição deixa de ser puramente uma carta política para então assumir uma feição de elemento integrador de todo o ordenamento jurídico, incluindo-se nele, por óbvio, o direito privado. Sob essa ótica, os direitos fundamentais não seriam apenas liberdades negativas exercidas contra o Estado, mas sim normas de observância obrigatória por parte de todos aqueles que integram o ordenamento. Portanto, diante da superação das fronteiras entre público e privado, é imperativa a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas.²⁸

Assim, Gustavo TEPEDINO alerta que o jurista deve superar alguns preconceitos na atividade interpretativa que o afastam de uma perspectiva civil-constitucional. Para tanto, não se pode pensar, no âmbito privado, que os princípios constitucionais sejam princípios políticos, unicamente. Tende-se a reconhecer como destinatário do texto constitucional o legislador ordinário, fixando os limites da reserva legal, de tal maneira que não se sente diretamente

²⁶ Pietro PERLINGIERI, *Perfis do Direito Civil*, cit., pp. 9-10.

²⁷ Luiz Edson FACHIN e Carlos Eduardo Pianovski RUZYK, “Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica”. In: Ingo Wolfgang SARLET (org), *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, pp. 90-91.

²⁸ Luiz Edson FACHIN e Carlos Eduardo Pianovski RUZYK, “Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica”, cit., p. 100.

vinculado aos preceitos constitucionais, com os quais só se preocuparia nas hipóteses de controle de constitucionalidade. Esse pensamento o faz atrelado ao legislador ordinário, uma vez que sem sua atuação não poderia reinterpretar e revisitar os institutos de direito privado, mesmo quando expressamente mencionados, redimensionados e tutelados pela Constituição.²⁹

Deve-se atentar ainda para o fato de que os princípios constitucionais não podem ser utilizados como princípios gerais de direito. Os princípios gerais de direito são preceitos extraídos implicitamente da legislação, pelo método indutivo. Apenas mediante ausência de lei expressa e de impossibilidade de dirimir o conflito pelo uso da analogia e dos costumes é que o juiz está autorizado a decidir com base nos princípios gerais de direito, de acordo com o artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil. No que tange aos princípios constitucionais, tal lógica não poderia ser utilizada. Os princípios constitucionais podem ser aplicados em todas as situações a eles atinentes. Deve-se enfatizar, também, que o operador não pode ficar atrelado à necessidade de regulamentação casuística, já que o legislador vem alterando a forma de suas leis, preferindo cláusulas gerais, como ocorre na Constituição repetidas vezes. O raciocínio predominante, no entanto, é aquele segundo o qual na ausência previsão expressa e casuística de uma determinada situação não se reconheceria legislação aplicável, mesmo havendo cláusulas gerais. Essas seriam tidas, de acordo com o entendimento aqui refutado, como mero programa de ação legislativa, destinado ao legislador futuro. No entanto, há que se observar que, em verdade, as cláusulas gerais se aplicam direta e imediatamente nos casos concretos, não sendo apenas cláusula de intenção.³⁰

Os princípios gerais de direito, segundo Bobbio, seriam “normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais”.³¹ Desde Kelsen, no entanto, se sabe que essa tese é de difícil sustentação uma vez que, segundo a concepção por ele trazida, o sistema jurídico é dinâmico, não é possível deduzir de conteúdos, mais gerais, outros conteúdos normativos, mais particulares.³²

²⁹ Gustavo TEPEDINO, “Premissas metodológicas para a constitucionalização do Direito Civil”. In: *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 1-22; espec. p. 18.

³⁰ Gustavo TEPEDINO, “Premissas metodológicas para a constitucionalização do Direito Civil”, cit., p. 18.

³¹ Norberto BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, Torino: G. Giappichelli, 1993, p. 271.

³² Hans KELSEN, *Teoria pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1998, pp. 200-201.

Os princípios são identificados, segundo Robert Alexy, como “mandados de otimização”, que não se aplicam integralmente em qualquer situação. “Os princípios costumam ser relativamente gerais, porque não estão referidos às possibilidades do mundo real ou normativo”³³. Os diferencia das regras por serem normas jurídicas que dizem que algo deve ser realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Os princípios podem ser cumpridos em diferentes graus, sendo que a medida de seu cumprimento depende de possibilidades reais e jurídicas. Por outro lado, as regras são normas que só podem ser cumpridas ou não. Se uma regra é válida, então se deve fazer exatamente o que ela exige, nem mais nem menos. Assim, as regras possuem determinações no âmbito do fático e juridicamente possível.³⁴

Dworkin, por sua vez, entende que as regras são aplicadas na forma do “tudo ou nada”, isto é, ou são aplicadas ou não são. Portanto, defende que comportam exceções inumeráveis previamente à sua aplicação. Os princípios, a seu turno, comportam exceções à sua aplicação que não podem ser enumeradas previamente à hipótese concreta de sua incidência, porque qualquer princípio pode, abstratamente, representar uma exceção à aplicação de um princípio.³⁵

Por fim, o último aspecto a ser abandonado para que seja possível a tentativa de reunificação do Direito Civil à luz da Constituição relaciona-se com a dicotomia existente entre direito público e direito privado. Inicialmente, uma lide entre particulares deveria ser resolvida unicamente pelo direito privado e, no âmbito do direito privado, os direitos fundamentais não tinham qualquer importância. Os direitos fundamentais, até a Constituição de 88, só serviam para que o indivíduo se defendesse de uma eventual ingerência excessiva do Estado. Era o Estado que se subordinava aos comandos constitucionais, não o indivíduo. Os comandos não eram direcionados a eles, segundo essa visão.³⁶

Com a relativização dessa dicotomia entre direito público e direito privado, essa distinção passa a ser meramente quantitativa, deixando de ser qualitativa, muitas vezes havendo uma fronteira nebulosa, que não há como ser precisada. O dirigismo contratual, as instâncias de controle social instituídas em

³³ Robert ALEXY, *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1993, p. 103.

³⁴ Robert ALEXY, *Teoria de los derechos fundamentales*, cit., pp. 86-87.

³⁵ Ronald DWORKIN, *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, pp. 24-25.

³⁶ Maria Celina BODIN DE MORAES, *Danos à pessoa humana: uma leitura civil constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p.70.

uma sociedade cada vez mais participativa alteram o comportamento do Estado em relação ao cidadão, redefinindo os espaços do público e do privado.³⁷

Há algumas críticas feitas à teoria do direito civil-constitucional ao se enfocar que haveria, com sua aplicação, um grande prejuízo à precisão conceitual e à autonomia das suas disciplinas. No entanto, tal pensamento desconsidera por completo a visão de que o direito existe com vistas à consecução de um determinado fim, qual seja, o atendimento das demandas impostas para a concretização da dignidade humana, sendo, os modelos e conceitos jurídicos, apenas um instrumento, e não seu objeto.³⁸

Assim, o direito civil-constitucional é uma corrente de pensamento que busca, através de uma flexibilização da dicotomia entre direito público e direito privado, integrar os princípios constitucionais às normas infraconstitucionais, notadamente o Direito Civil. Por meio desse processo, os institutos de direito privado ganham novo significado, uma vez que, pela incidência de valores humanistas, se procede a uma despatrimonialização desse âmbito do direito, que deve primar pelas relações existenciais, preconizada pelo princípio constitucional de tutela da dignidade da pessoa humana.

O direito civil-constitucional, nos dizeres de Gustavo Tepedino:

“Trata-se, em uma palavra, de estabelecer novos parâmetros para a definição de ordem pública, relendo o direito civil à luz da Constituição, de maneira a privilegiar, insista-se ainda uma vez, os valores não-patrimoniais e, em particular, a dignidade da pessoa humana, o desenvolvimento da sua personalidade, os direitos sociais e a justiça distributiva, para cujo atendimento se deve voltar a iniciativa econômica privada e as situações jurídicas patrimoniais”.³⁹

2.5 O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

A gama de transformações ocorridas no interior da ordem civil, na aplicação da lei pelos juízes e na consciência moral da sociedade pode ser

³⁷ Gustavo TEPEDINO, “Premissas metodológicas para a constitucionalização do Direito Civil”, cit., pp. 19-20.

³⁸ Luiz Edson FACHIN e Carlos Eduardo Pianovski RUZYK, “Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica”. cit., p. 101.

³⁹ Gustavo TEPEDINO, “Premissas metodológicas para a constitucionalização do Direito Civil”, cit., p. 22.

demonstrada pela proteção da pessoa humana em substituição à tutela da liberdade individual, isto é, da autonomia privada. O grande esforço de efetivação dos novos valores não foi, no entanto, completado. A partir do momento que as transformações têm características estruturais, o sistema de direito privado está à espera da redefinição do fundamento e da extensão de seus principais institutos jurídicos, da reposição de seus conceitos estruturais. Para uma adequada reconstrução do sistema, o civilista deve restabelecer o primado da pessoa humana em cada elaboração dogmática, em cada interpretação e aplicação normativas.⁴⁰

A lição de Maria Celina BODIN DE MORAES é conclusiva no que tange a esse entendimento:

“A transposição das normas diretivas do sistema de direito civil do texto do Código Civil para o da Constituição acarreta relevantíssimas conseqüências jurídicas que se delineiam a partir da alteração da tutela que era oferecida, pelo Código, ao “indivíduo” para a proteção, garantida pela Constituição, à dignidade da pessoa humana e por ela elevada à condição de fundamento da República Federativa do Brasil. O princípio constitucional visa garantir o respeito e a proteção da dignidade humana não só no sentido de assegurar um tratamento humano e não degradante, e nem tampouco conduz exclusivamente ao oferecimento de garantias à integridade física do ser humano. Dado o caráter normativo dos princípios constitucionais, princípios que contêm os valores ético-jurídicos fornecidos pela democracia, isto vem a significar a completa transformação (*rectius*, transmutação) do direito civil, de um direito que deixou de encontrar nos valores individualistas codificados o seu fundamento axiológico”.⁴¹

A autora esclarece, em análise filosófica, que o princípio da dignidade da pessoa humana não só integra, como é também fundamento do imperativo categórico kantiano, constando na segunda das três máximas morais que o comportam.⁴² Nela, está presente a determinação de que o ser humano jamais seja tido como um meio para atingir outras finalidades – significando, dessa forma, que deve sempre ser considerado como um fim em si mesmo. Assim, conclui-se que todas as normas editadas precisam ter em foco e por finalidade a espécie

⁴⁰ Maria Celina BODIN DE MORAES, *Danos à pessoa humana*, cit., pp. 73-74.

⁴¹ Maria Celina BODIN DE MORAES, *Danos à pessoa humana*, cit., p. 74.

⁴² A autora traz a sentença que resume o imperativo categórico: “Age como se a máxima de tua vontade possa sempre valer simultaneamente como um princípio para uma legislação geral”, que, destaca, pode ser desmembrada em três máximas morais: (i) “Age como se a máxima de tua ação devesse ser erigida por tua vontade em lei universal da natureza”; (ii) “Age de tal maneira que sempre trates a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de outrem, como um fim e nunca como um meio”; (iii) “Age como se a máxima de tua ação devesse servir de lei universal para todos os seres racionais”. O a segunda máxima é central para a compreensão da dignidade da pessoa humana. (*Danos à pessoa humana*, cit., p. 80).

humana, orientando-se o imperativo categórico pelo valor “básico, absoluto, universal e incondicional da dignidade humana”, pois, dentre as duas categorias de valores existentes, às coisas se atribui um preço; às pessoas se reconhece o valor intrínseco da dignidade.⁴³

Os direitos e garantias fundamentais, como já ressaltado, são uma expressão, em nível constitucional, dos direitos da personalidade, presentes no âmbito civil.

Através da incidência dos princípios constitucionais nas relações privadas e, portanto, na órbita Civil, o princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento de todos os demais direitos existenciais e fundamentais do indivíduo, possui dupla dimensão, assim como todos os direitos fundamentais. Pela dimensão negativa, o Estado e a coletividade devem se abster de ofendê-la, visando a sua proteção; em virtude da prestacional há o dever de promover a dignidade da pessoa humana. Dessa forma, a tutela e a promoção da dignidade humana são fundamentos de toda ordem jurídica, englobando direito público e privado, e gera deveres a todos, Estado e particulares.⁴⁴

A Constituição Federal de 1988 teve o condão de transformar a dignidade humana em comando jurídico no Brasil. Sua proteção encontra-se expressa no art. 1º, III, da Carta Magna, que a coloca como um dos fundamentos da República, conformando-se em princípio fundamental e “alicerce da ordem jurídica democrática”, fazendo com que esta se apóie e se constitua com base nesse valor de caráter principiológico.⁴⁵

Para que o valor da dignidade humana seja tangível e juridicamente tutelável, há que lhe desdobrar em postulados⁴⁶, que tem por corolários o princípio jurídico da igualdade, da integridade física e moral (integridade psicofísica), da liberdade e da solidariedade. O seu desmembramento nesses princípios também atende à resolução de conflitos entre situações jurídicas subjetivas,

⁴³ Maria Celina BODIN DE MORAES, *Danos à pessoa humana*, cit., pp. 80-81.

⁴⁴ Luiz Edson FACHIN e Carlos Eduardo Pianovski RUZYK, “Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica”, cit., pp. 100-101.

⁴⁵ Maria Celina BODIN DE MORAES, “O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo”, cit., pp. 116-117.

⁴⁶ “O substrato material da dignidade desse modo entendida pode ser desdobrado em quatro postulados: i) o sujeito moral (ético) reconhece a existência dos outros como sujeitos iguais a ele, ii) merecedores do mesmo respeito à integridade psicofísica de que é titular; iii) é dotado de vontade livre, de autodeterminação; iv) é parte do grupo social, em relação ao qual tem a garantia de não vir a ser marginalizado”. (Maria Celina BODIN DE MORAES, *Danos à pessoa humana*, cit., p. 85).

preponderando, quando frente à dignidade humana, esta última, *a priori*, somente se admitindo a ponderação entre os subprincípios.⁴⁷

A violação do princípio da igualdade em regra se dá pela prática de tratamentos discriminatórios, produzindo diferenciação sem fundamentação jurídica cabível; com a integridade psicofísica se tutela o direito a não ser torturado ou de ser titular de determinadas garantias penais e, na esfera cível, a garantir diversos direitos da personalidade (vida, nome, imagem, honra, privacidade, corpo, identidade pessoal), abrangendo o direito à saúde que corresponderia ao completo bem-estar psicofísico e social; o princípio da liberdade individual vem, cada vez mais, se traduzindo numa perspectiva de privacidade, intimidade, exercício da vida privada, significando poder realizar, sem quaisquer interferências, as próprias escolhas individuais, da maneira que melhor as convier; a solidariedade social, por fim, resulta na consciência racional dos interesses em comum, que geram em cada membro de uma determinada coletividade a obrigação moral de não fazer com os demais aquilo que não desejaria que lhe fosse feito.⁴⁸

A partir desse desmembramento, claro está que há um aspecto da dignidade humana, abarcada por um de seus subprincípios, que engloba o direito à identidade pessoal: a tutela da identidade psicofísica, um dos seus postulados. Diante de tal constatação, é inicialmente reconhecido que o direito à identidade pessoal, objeto do presente trabalho, é interesse existencial atinente à pessoa humana e sua dignidade.

O valor da dignidade alcança todos os setores da ordem jurídica. A vulnerabilidade humana será tutelada onde quer que se manifeste. Assim, esse princípio parece ser o único capaz de conferir unidade axiológica e a lógica sistemática necessárias à recriação dos institutos jurídicos e das categorias de Direito Civil.⁴⁹

Por essa razão, e em virtude da presença na Constituição Federal, em seu art. 1º, III, da consagração da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República e trazendo tal artigo a característica de cláusula geral

⁴⁷ Maria Celina BODIN DE MORAES, *Danos à pessoa humana*, cit., p. 85.

⁴⁸ Maria Celina BODIN DE MORAES, *Danos à pessoa humana*, op.cit., pp. 90; 94; 107; 111-112.

⁴⁹ Maria Celina BODIN DE MORAES, “O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo”. In: Ingo Wolfgang SARLET (org.) *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 116.

de tutela e promoção da dignidade humana, claro está que o direito à identidade pessoal encontra respaldo no ordenamento jurídico brasileiro, encontrando, inclusive, assento constitucional.

3

O direito à identidade pessoal como direito da personalidade

Introdução

Feito um panorama da evolução do pensamento civilista, de um Direito Privado apartado do Direito Público para uma superação da tradicional dicotomia para se chegar a um Direito Civil constitucionalizado, atento aos valores constitucionais e orientado por eles, com especial atenção ao princípio da dignidade da pessoa humana, parte-se ao estudo dos direitos da personalidade.

Sobretudo o princípio da dignidade da pessoa humana exerce um papel de central importância, em se tratando de cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana, como destacado por Gustavo Tepedino.

Os direitos da personalidade, por sua vez, são a categoria na qual se enquadra o objeto desse estudo, o direito à identidade pessoal. Para que se proceda a um estudo detalhado do direito à identidade pessoal é necessário verificar seu enquadramento como um direito da personalidade e, para tanto, é mister esmiuçar suas características e elementos.

No presente capítulo será feito, assim, um detalhamento dos direitos da personalidade para então verificar o enquadramento do direito à identidade pessoal e delinear suas primeiras características.

3.1 Relevância constitucional dos direitos da personalidade

Como já dito, toda a disciplina do século XIX gravitou, fundamentalmente, em torno da concepção liberal de Estado. O *Code Napoléon* era sua maior expressão, uma vez que foi fruto da Revolução francesa, da qual saiu vitoriosa a burguesia. Assim, no âmbito privado não havia qualquer previsão acerca da proteção da pessoa humana vigorando, dessa forma, o princípio da autonomia da vontade. Mesmo o BGB, código civil alemão, que rompia com a tradição civilista francesa, também não previa os direitos da personalidade.¹

Direito Público e Direito Privado eram considerados áreas estanques e impermeáveis². Tinha-se como dominante o ideal de intervenção mínima do Estado, fazendo com que atuasse apenas para manter a paz social e privilegiando, assim, a circulação de riquezas e a autonomia da vontade. O indivíduo é o valor fundamental, imperando a sua vontade e a determinação sobre seus bens.

Somente a Constituição de Weimar foi marcar uma mudança nesse panorama tradicional, uma vez que nela foram tratados institutos tipicamente representantes do direito civil: família, propriedade e contrato, atentando, assim, para a força normativa da Lei Maior, e dispondo, ainda, que os direitos pessoais deveriam ser aplicados quando se tratasse de questão atinente à personalidade humana. Dessa forma, fala-se que se produziu uma suavização dos limites da fronteira entre direito público e privado.³

A Constituição alemã data de 1919 e já configura uma mudança de perspectiva, mas somente após a Segunda Grande Guerra os direitos da personalidade passaram a realmente conformar o que é sua configuração atual: direitos essenciais à tutela da pessoa humana, de sua dignidade e integridade. Vários questionamentos foram suscitados: a impossibilidade de um direito ter equivalência de titularidade e objeto, suscitada pelas teorias negativistas; se poderiam enquadrar-se nos moldes dos direitos subjetivos ou se eram situações

¹ Danilo DONEDA, “Os direitos da personalidade no Código Civil”. In: Gustavo TEPEDINO (org.), *A parte geral do Novo Código Civil*, 2 ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 40.

² Michele GIORGIANNI, “O Direito Privado e suas atuais fronteiras”. In: *Revista dos Tribunais*, nº 747. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, pp. 35-55.

³ Danilo DONEDA, “Os direitos da personalidade no Código Civil”. In: Gustavo TEPEDINO (org.), *Temas de Direito Civil*, 2.ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 40.

jurídicas subjetivas; se eram singularmente considerados em sua tipificação ou se havia uma cláusula geral para sua tutela.

Muito também se discute quanto às fontes dos direitos da personalidade. A maior parte dos doutrinadores entende que os direitos da personalidade têm sua origem no direito natural. Sua concepção é comumente relacionada, portanto, às teorias jusnaturalistas, e esses direitos teriam a finalidade de defender o indivíduo do arbítrio e autoritarismo do poder público ou mesmo dos particulares. Defendem, assim, que seriam direitos inatos, sendo apenas reconhecidos e sancionados pelo Estado, e não por ele criados.⁴

No entanto, há que se observar que qualquer concepção que confira a direitos e obrigações deve sempre derivar da lei, não havendo como se colocar como direitos preexistentes ao Estado, e somente reconhecidos por ele. Veja-se, a respeito, a elucidação de Adriano DE CUPIS:

“A personalidade, ou capacidade jurídica, é geralmente definida como sendo uma susceptibilidade de ser titular de direitos e obrigações jurídicas. Não se identifica nem com os direitos, nem com as obrigações, e nem é mais do que a essência de uma simples qualidade jurídica.

Uma tal qualidade jurídica é um produto do direito positivo, e não uma realidade que este encontre já constituída na natureza e que se limite a registrar tal como a encontra. A susceptibilidade de ser titular de direitos e obrigações não está, no entanto, menos vinculada ao ordenamento positivo do que estão os direitos e obrigações. Nem sempre o direito positivo atribuiu aos homens, enquanto tais, uma qualificação deste gênero; e, quando lha dê, pode ela ser tanto geral como circunscrita. Assim, pode acontecer que o ordenamento jurídico atribua a certos indivíduos a susceptibilidade de serem titulares de somente de obrigações e não de direitos. E, quando se estenda a estes, pode ser limitada a determinadas categorias, tendo por fundamento as razões que podem dizer respeito ao sexo, à religião, como à nacionalidade, à raça, à classe social, e a outras.

O ordenamento jurídico é, pois, árbitro na atribuição da personalidade. A confirmação histórica nos foi dada quando o princípio de que a personalidade diz respeito a todos igualmente, salvo as limitações sofridas em lei, sofreu uma ulterior limitação (sucessivamente eliminada) devida às preocupações de índole racial. Tal característica manifesta-se igualmente na atribuição da personalidade aos nascituros e a entes diversos dos homens”.⁵

Assim, claro está que a fonte dos direitos da personalidade, assim como todos os demais direitos, não parte de algo pré-concebido; são criações humanas,

⁴ É o que defende Carlos Alberto BITTAR. Assim: “Isso não importa, no entanto, em cingir os direitos da personalidade aos reconhecidos pelo ordenamento jurídico. Esses direitos (...) existem antes e independente do direito positivo, como inerentes ao próprio homem, considerado em si e em suas manifestações.” (*Os direitos da personalidade*, 7.ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006, pp. 7-8).

⁵ Adriano DE CUPIS, *Os Direitos da Personalidade*. Tradução Antonio Celso Furtado Rezende, Campinas: Romana, 2004, pp. 19-20.

a partir de determinados valores nos quais se inserem uma coletividade, sendo noções condicionadas ao momento histórico, portanto. Somente nele se pode conferir a um bem jurídico a qualidade de superior, uma vez que não há bem não sacrificado na história da humanidade, sob os mais variados argumentos: éticos, políticos, religiosos. Exatamente por essa razão o Estado de Direito se utiliza da ordem jurídica como instrumento capaz de impedir o cometimento de abusos por parte de quem, sob qualquer justificativa, pretendesse violar garantias individuais asseguradas pelo direito posto, em virtude da soberania popular.⁶

Dessa forma, prefere-se, na atribuição da qualidade de “inatos” aos direitos da personalidade, considerar sua aceção sendo a de direitos que nascem junto com seu titular, sendo certo que tal garantia é positivada no ordenamento. Estar-se-á, portanto, distante da concepção jusnaturalista. Frise-se que nem todos os direitos da personalidade são inatos, pelo simples fato de terem um requisito específico, como é o caso dos direitos morais do autor, cuja tutela requer uma criação intelectual.⁷

As teorias negativistas⁸, por sua vez, representavam os questionamentos da doutrina acerca da existência conceitual dos direitos da personalidade, sua natureza, conteúdo e disciplina. Defendiam os negativistas que seria uma contradição lógica se entender a personalidade como titular e objeto de direitos. Parte-se, portanto, de uma concepção de personalidade como o direito de alguém sobre si mesmo.⁹

A crítica a essa concepção e sua diferenciação da capacidade é precisamente formulada por San Tiago DANTAS, que assevera:

“A palavra personalidade está tomada, aí, em dois sentidos diferentes. Quando falamos em *direitos da personalidade*, não estamos identificando aí a personalidade como a capacidade de ter direitos e obrigações; estamos então considerando a personalidade como um fato natural, como um conjunto de atributos inerentes à condição humana; estamos pensando em um homem vivo e não nesse atributo especial do homem vivo, que é a capacidade jurídica em outras ocasiões identificada como personalidade.”¹⁰

⁶ Gustavo TEPEDINO, “A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-Constitucional Brasileiro”. In: *Temas de Direito Civil*, 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, pp. 41-42.

⁷ Ibid, p. 44.

⁸ São dela representantes: SAVIGNY, UNGER, THON, VON THUR, entre outros.

⁹ Gustavo TEPEDINO, loc cit., pp. 25-26.

¹⁰ Francisco Clementino de SAN TIAGO DANTAS, *Programa de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 192.

A personalidade, considerada como sujeito de direito, não pode ser também o objeto desse direito, o que denota claramente que não se exaure na categoria de direito subjetivo. Assim, os direitos da personalidade previstos no Código de 2002 são corolários de uma compreensão da pessoa como valor, que especialmente requer tutela ao conjunto de atributos inerentes e indispensáveis ao ser humano.¹¹

A concepção dos direitos da personalidade sempre foi bastante controversa, havendo grande discussão quanto à utilização de institutos de Direito Civil para a proteção da personalidade e seus bens, defendida por uma parte da doutrina. Outra parte, no entanto, entendia ser impossível a configuração de um direito cujo objeto de sua relação jurídica se confunde com o próprio sujeito, em uma relação de direito subjetivo.¹²

De um lado, alguns autores sustentam que os direitos da personalidade podem ser tipificados e enquadrados como direitos subjetivos, em razão das peculiaridades estruturais dos atributos da personalidade em relação a outros bens suscetíveis de apropriação jurídica. Fala-se, nessa hipótese, em “direitos da personalidade”, considerados singularmente, ao invés de se entender que haja um “direito geral da personalidade”.¹³

Por outro lado, alguns utilizam outra noção, que não a de direito subjetivo. Fala-se, por exemplo, em interesse jurídico relevante. Ao se utilizar o conceito de “interesse jurídico relevante” se pretende conferir relevância jurídica a determinados bens que dizem respeito à esfera da personalidade humana. Isso se dá independentemente da sua qualificação como pertencente ou não à categoria de direito subjetivo, e caracterizada por uma gradação de proteção de interesse diversa, reconhecendo a tutelabilidade de interesses de várias naturezas diretamente o indiretamente reconhecidos por uma norma legal. A dificuldade de se entender os bens da personalidade como direitos subjetivos se dá em razão da

¹¹ Rafael Garcia RODRIGUES, “A pessoa e o ser humano no novo Código Civil”. In: Gustavo TEPEDINO (org.), *A parte geral do Novo Código Civil*, 2 ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 3.

¹² A discussão foi superada, contudo, quando da adoção dos direitos da personalidade no sistema romano-germânico. (Danilo DONEDA, “Os direitos da personalidade no Código Civil”. In: Gustavo TEPEDINO (org.), *A parte geral do Novo Código Civil*, 2 ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pp .41-42).

¹³ Defendem essa tese: Adriano DE CUPIS, (*I diritti della personalità*, Milano: Giuffrè, 1982, p. 13); Massimo C. BIANCA, (*Diritto Civile I. La norma giuridica. I soggetti*, Milano: Giuffrè, 1990 (1978), p. 146); Massimo DOGLIOTTI (“Le persone fisiche”. In: *Trattato di diritto privato*, diretto da Pietro Rescigno, vol II, t. I, Torino: Utet, 1992, p.70) *apud* Giorgio PINO, *Il diritto all'identità personale*, cit., p. 136.

concepção do direito subjetivo como situação de vantagem ativa, como poder que tem por conteúdo uma faculdade de agir para a satisfação de um certo interesse. Nesse caso, falar-se-á genericamente de “bens da personalidade” ou de “atributos da personalidade” ou de diversos “interesses”: à identidade pessoal, à privacidade, etc. A diferença em relação à posição anterior é que para os defensores dessa tese, o “bem da vida” constitui objeto de uma “tutela objetiva” prestada pelo ordenamento, diferentemente da tutela dos direitos subjetivos, que dependem da existência de um válido título que o atribua. Nesse sentido, alguns representantes desse pensamento seriam F. SANTORO PASSARELLI, M. BESSONE, G. ALPA.¹⁴

Outra corrente, inicialmente semelhante a essa última, entende que não há como se enquadrar os direitos da personalidade na forma dos direitos subjetivos, relacionado com a apropriação de algo externo ao sujeito. Além disso, a sempre crescente e mutante necessidade de proteção da pessoa humana. Nesse caso, com vistas a atender a tais demandas, não há que se falar em direitos da personalidade ou de bens da personalidade, mas de uma “cláusula geral de tutela da personalidade”, ou de “valor jurídico da pessoa”, reconhecida na Constituição¹⁵. Aplicando-se ao ordenamento jurídico brasileiro, ao art. 1º, III, da Constituição Federal de 88 se apresenta como a cláusula geral de tutela da pessoa humana pela proteção da sua dignidade, trazendo, assim, como postulados, a defesa da igualdade, da integridade psicofísica, da liberdade e da solidariedade.¹⁶ Essa tese tem como principais defensores os juristas italianos P. PERLINGIERI¹⁷ e D.

¹⁴ Francesco SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, Jovene, 1989, p. 50; Mario BESSONE, e G. Ferrando, “Persona física (diritto privato)”. In: *Enciclopedia del Diritto*, vol XXXIII, Milano, Giuffrè, 1983, p. 204; Guido ALPA, Mario BESSONE e Vincenzo ZENOVICH, “Obbligazione e contratti”. In: *Trattato di diritto privato*, (org.) Pietro Rescigno, vol. XIV, t. VI, Torino, Utet, 1995, pp.136-162 *apud* Giorgio PINO, *Il diritto all'identità personale*, cit., pp. 136-137.

¹⁵ Giorgio PINO, *Il diritto all'identità personale*, cit., p.138.

¹⁶ Maria Celina BODIN DE MORAES, *Danos à Pessoa Humana*, cit., p. 127.

¹⁷ “O art. 2º Const. É uma norma diretamente aplicável e exprime uma cláusula geral de tutela da pessoa humana: o seu conteúdo não se limita a resumir os direitos tipicamente previstos por outros artigos da Constituição, mas permite estender a tutela a situações atípicas” (Pietro PERLINGIERI, *Perfis do Direito Civil*, cit., p. 155).

MESSINETTI,¹⁸ e, no Brasil, Maria Celina BODIN DE MORAES¹⁹ e Gustavo TEPEDINO.²⁰

Assim, diante de tal perspectiva, parece mais acertado este último posicionamento, segundo o qual o art. 1º, III da Constituição Federal se apresenta como uma cláusula geral de tutela da pessoa humana, de modo a protegê-la de todas as maneiras necessárias, fazendo, inclusive, com que se possa adotar, sem necessidade de positivação, a aplicação da tutela da identidade pessoa no ordenamento jurídico brasileiro. Isso é possível porque esse instituto se apresenta como expressão da citada norma constitucional, possibilitando a proteção da identidade pessoa humana, entendida como sua verdade histórica, que não se encontra propriamente tutelada por nenhuma figura jurídica existente hoje no país.

3.2

Os direitos da personalidade no Brasil, para além do CC de 2002

O Código Civil de 1916, fruto de Estado Liberal de matriz kantiana, solidificando a ideologia dominante do século XIX, e constituiu-se como “A Constituição do Direito Privado”. Assim, o Código retrata um modelo em que imperavam os postulados da liberdade absoluta, da igualdade formal, da não intervenção estatal; era o primado da autonomia da vontade.

Em 1988, com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, seguindo o modelo da Constituição alemã, não só tratou de institutos tipicamente civilistas, trazendo-o para a dita “esfera pública”.

A Constituição de 1988, assim, tratou da personalidade em diversos de seus dispositivos, como explicita Carlos Alberto BITTAR:

“Expurgadas, felizmente, do texto, as matérias estranhas, acabou sendo aprovada a longa Declaração de Direitos Individuais (Título II, Capítulo I, art. 5º), com a inserção de novas figuras e de novos mecanismos de garantia, ampliando-se, pois,

¹⁸ Pietro PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, Jovene, 1972, pp. 139, 174; Davide MESSINETTI, “Personalità (diritti della)”. In: *Enciclopedia del Diritto*, vol. XXXIII, Milano: Giuffrè, 1983, pp. 355-406 *apud* Giorgio PINO, *Il diritto all'identità personale*, cit., p.138.

¹⁹ Maria Celina BODIN DE MORAES, *Danos à Pessoa Humana. Uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais*, cit., esp. pp. 117 et. seq.

²⁰ Gustavo TEPEDINO, “A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-constitucional Brasileiro”, cit., esp. pp. 47 et. seq.

sensivelmente, o rol contemplativo na Constituição de 1967, centrado em “direitos à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade” (art.153), com a enumeração de outros em seu contexto (§§ 5º, 9º, 10, 14, 25).

Refere-se, o novo texto, ao lado das liberdades e do sigilo, especialmente a: intimidade; vida privada; honra; imagem das pessoas (assegurando-se o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação: inc. X); direitos autorais (inc. XXVII); participações individuais em obras coletivas; e reprodução da imagem e da voz humanas (inclusive nas atividades desportivas: inc. XXVIII)”.²¹

Alguns direitos da personalidade são previstos fora do capítulo destinado aos direitos individuais, como é o caso do art. 220 da Constituição brasileira, que garante a liberdade de manifestação de pensamento, de criação, de expressão e de informação²². Outros, ainda, encontram-se dispostos na legislação extravagante, como é o caso da Lei nº 9.434/97 que regula o transplante de órgãos previsto no art. 199, § 4º da Constituição; a Lei nº 9.610/98, que trata dos direitos morais do autor; e os arts. 54 e ss. da Lei nº 6.015/73, que tratam do direito ao nome.²³

A Carta Magna também estabeleceu, pelo art. 1º, III, que a dignidade da pessoa humana é fundamento da República. Foi consagrada, dessa forma, a cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana, condicionando “o intérprete e o legislador ordinário, modelando todo o tecido normativo infraconstitucional com a tábua axiológica eleita pelo constituinte”, sagrando-se como a cláusula geral da personalidade.²⁴

Assim, conforme destaca Maria Celina BODIN DE MORAES, está superada, considerando tal dispositivo, a discussão existente entre as teorias monista e pluralista. Assim:

“Não há mais, de fato, que se discutir sobre uma enumeração taxativa ou exemplificativa dos direitos da personalidade, porque se está em presença, a partir do dispositivo constitucional da dignidade, de uma cláusula geral de tutela da pessoa humana. Por outro lado, tampouco há que se falar apenas em ‘direitos’

²¹ Carlos Alberto BITTAR, *Os direitos da personalidade*, 7ª. Ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006, p. 61.

²² Art. 220. “A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 1º - Nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

§ 2º - É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.”

²³ Gustavo TEPEDINO, “A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-Constitucional Brasileiro”. In: *Temas de Direito Civil*, 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 35.

²⁴ Gustavo TEPEDINO, “A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-Constitucional Brasileiro”, cit., p. 47.

(subjetivos) da personalidade, mesmo se atípicos, porque a personalidade humana não se realiza somente através de direitos subjetivos, que podem se apresentar, como já referido, sob as mais diversas configurações: como poder jurídico, como direito potestativo, como interesse legítimo, pretensão, autoridade parental, faculdade, ônus, estado – enfim, como qualquer circunstância juridicamente relevante”.²⁵

Os direitos da personalidade não possuíam previsão no Código Civil de 1916, mas isso não significa que não existiam no Brasil até o Código de 2002. Eles existiram mesmo naquele período em virtude de construções doutrinárias que tiveram por base leis especiais e a Constituição da República. “A rigor, a lógica fundante dos direitos da personalidade é a tutela da dignidade da pessoa humana”.²⁶

O Código Civil de 2002 representou uma inovação em relação ao anterior ao incluir um capítulo que trata de alguns direitos da personalidade, do qual constam onze artigos, constando, desses, duas cláusulas gerais (os arts. 12 e 21). Dessa forma, poder-se-ia entender que buscou conferir maior proteção à pessoa humana, e maior efetividade ao dispositivo constitucional. Estão ali dispostos os direitos à integridade física, o direito ao nome, à honra, à imagem e à privacidade. No entanto, a técnica utilizada para a inserção de tais direitos expressamente na lei civil se deu utilizando a técnica dos direitos patrimoniais que, como já visto, não é adequada a tutelar as inúmeras e crescentes formas de tutela que demandam a pessoa humana.

Os arts. 13, 14 e 15 referem-se aos direitos à integridade física. O primeiro estabelece a vedação dos atos de disposição do próprio corpo na medida em que importem diminuição permanente da integridade física ou seja contrária aos bons costumes, excetuando-se em caso de exigência médica.²⁷ O art. 14 prevê a possibilidade de disposição do próprio corpo após a morte²⁸, e o art. 15 estabelece

²⁵ Maria Celina BODIN DE MORAES, *Danos à Pessoa Humana. Uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pp. 117-118.

²⁶ Gustavo TEPEDINO, “Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002”. In: Gustavo TEPEDINO (org.), *A parte geral do Novo Código Civil*, 2 ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pp. XXI e XXIX).

²⁷ “Art. 13. Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes. Parágrafo único. O ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial”.

²⁸ “Art. 14. É válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte. Parágrafo único. O ato de disposição pode ser livremente revogado a qualquer tempo”.

a autonomia do paciente para decidir quanto à sua submissão a tratamento médico ou cirurgia que importe em risco de vida.²⁹

Os arts. 16 a 19 tratam do direito ao nome e pseudônimo. Esse é um ponto central para o presente trabalho, uma vez que se parte, com isso, para uma interpretação extensiva, capaz de abrigar a tutela da identidade pessoal, como defendido por Maria Celina BODIN DE MORAES³⁰ e Gustavo TEPEDINO³¹, e tratado especificamente no Capítulo 6.³²

A tutela da imagem e da honra encontra-se disposta no art. 20, de redação confusa e técnica ultrapassada, pois coloca como critério hábil a conferir licitude a administração da justiça e a manutenção da ordem pública – parâmetros não respaldados no texto constitucional –, além de vincular a imagem à honra, desconsiderando que há muito já se entende que são direitos autônomos.³³

A inviolabilidade da vida privada está prevista no art. 21.³⁴ Esse dispositivo se apresenta como cláusula geral uma vez que prevê a possibilidade de o juiz adotar “todas as medidas necessárias” para que se impeça ou faça cessar quaisquer atos que a violem.

Da mesma maneira, o art. 12³⁵ é também uma cláusula geral. Tal característica está presente na medida em que se prevê a possibilidade da utilização de tutela inibitória para que se faça cessar lesão a direito da personalidade.

²⁹ “Art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.”

³⁰ Maria Celina BODIN DE MORAES, “A tutela da Identidade Pessoal no Código de 2002”, *mimeo, passim*.

³¹ Gustavo TEPEDINO, “A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-Constitucional Brasileiro”. In: *Temas de Direito Civil*, 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 36.

³² “Art. 16. Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome.

Art. 17. O nome da pessoa não pode ser empregado por outrem em publicações ou representações que a exponham ao desprezo público, ainda quando não haja intenção difamatória.

Art. 18. Sem autorização, não se pode usar o nome alheio em propaganda comercial.

Art. 19. O pseudônimo adotado para atividades lícitas goza da proteção que se dá ao nome”.

³³ “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.

Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes”.

³⁴ Art. 21. “A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma”.

³⁵ Art. 12. “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”.

Há, contudo, que se destacar a ausência de inovações nesse campo, uma vez que os dispositivos constitucionais já traziam tal previsão. Relacionando tais artigos do Código Civil com a cláusula geral de tutela da personalidade do art. 1º, III da Constituição da República, ter-se-á distanciado da noção tipificadora para ampliar a tutela da pessoa não só para abarcar novas hipóteses de ressarcimento, mas também para “promover a tutela da personalidade mesmo fora do rol dos direitos subjetivos previstos pelo legislador codificado”.³⁶ Somente dessa forma poder-se-á conferir à pessoa humana uma tutela integral, não exaustiva, de acordo com suas características, que ensejam demandas progressivas e imprevisíveis, porque sofrem alteração ao longo do tempo. Da mesma forma, a rígida dicotomia entre direito público e privado tornaria insuficiente a regulação de situações que reclamam a tutela dessas duas áreas – isto é, do Estado, da família, da empresa, do indivíduo – em questões em que está presente o interesse da pessoa humana, como é o caso da inseminação artificial, da reprodução assistida, dos transexuais, do tratamento dos dados pessoais, do desvirtuamento da identidade pessoal.³⁷

3.3 **Características dos direitos da personalidade**

Os direitos da personalidade são aqueles em que o bem tutelado não é externo à pessoa, mas intrínseco a ela, referindo-se aos seus atributos essenciais e às exigências de caráter existencial ligadas à pessoa humana enquanto tal.³⁸

Esses são direitos dotados de generalidade, isto é, são naturalmente concedidos a todos, pelo simples fato de estar vivo, ou pelo único fato de ser; extrapatrimoniais, uma vez que são insuscetíveis de avaliação econômica, embora sua lesão possa causar efeitos patrimoniais; absolutos, porque se impõe à coletividade o dever de respeitá-los; indisponíveis, pois seu titular não pode deles dispor, sendo, portanto, também irrenunciáveis e impenhoráveis; imprescritíveis uma vez que uma lesão a um direito da personalidade não enseja perecimento da

³⁶ Gustavo TEPEDINO, “A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-Constitucional Brasileiro”, cit., p. 37.

³⁷ Gustavo TEPEDINO, “A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-Constitucional Brasileiro”, cit., pp. 38.

³⁸ Maria Celina BODIN DE MORAES, “A tutela da identidade pessoal no Código de 2002”, *mimeo*, p. 2.

pretensão ressarcitória ou reparadora; por fim, são também intransmissíveis³⁹, extinguindo-se com a morte do seu titular, uma vez que têm caráter personalíssimo.⁴⁰

É importante mencionar, no entanto, que para a maior parte dos doutrinadores⁴¹, os direitos da personalidade dividem-se em dois grandes grupos: os direitos à integridade física (direito à vida, ao corpo e suas partes destacadas e ao cadáver) e os direitos à integridade moral (direito à honra, à liberdade, à intimidade, à imagem, ao nome e direito moral do autor).⁴²

Ressalte-se que as características dos direitos da personalidade são normalmente destacadas com o objetivo de traçar uma diferenciação com os outros direitos subjetivos. Em virtude de a tipificação dos direitos da personalidade nos moldes dos direitos subjetivos mostrar-se inadequada, pelo fato de se tratar de categoria criada para atender às características dos direitos patrimoniais – sendo, portanto, de natureza absolutamente diversa daqueles existenciais, ligados à proteção da pessoa humana – conclui-se que tal distinção estaria superada diante da presença, no ordenamento jurídico pátrio, da cláusula geral da personalidade, ou cláusula geral de tutela da pessoa humana. Estando por

³⁹ A característica da intransmissibilidade é controvertida. Há entendimento, muitas vezes adotado por doutrinadores e utilizado na jurisprudência, segundo o qual alguns interesses tutelados permanecem mesmo após a cessação da personalidade, com a morte. Seriam eles a imagem, o nome, a autoria, a sepultura e o cadáver do falecido. Tal posicionamento se baseia nos parágrafos únicos dos arts. 12 e 20 do CC/2002, que no entanto não se apresentam como exceção à intransmissibilidade, mas apenas estabelecem a legitimidade para requerer a tutela dos direitos da personalidade da pessoa falecida. *In verbis*:

“Art. 12. 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. Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até quarto grau”.

“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 e a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais. Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes”.

(Gustavo TEPEDINO, Heloisa Helena BARBOZA e Maria Celina BODIN DE MORAES (orgs.) *et alli*. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, pp. 34-35, 56-57).

⁴⁰ Gustavo TEPEDINO, “A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-Constitucional Brasileiro”. In: *Temas de Direito Civil*, 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, pp. 33-34.

⁴¹ V., por todos, Orlando GOMES, *Introdução ao Direito Civil*, Rio de Janeiro: Forense, 1999, 13ª Edição, pp. 153-154.

⁴² Gustavo TEPEDINO, “A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-Constitucional Brasileiro”, cit., pp. 35-36.

ela tutelados, os direitos da personalidade, por óbvio, não partilharia das características dos direitos patrimoniais.⁴³

A inserção dos artigos que tratam dos direitos da personalidade no Código Civil de 2002 é insuficiente a tutelar o que pretende, isto é, a pessoa humana e seus interesses existenciais, em razão técnica ali empregada para a proteção da pessoa humana.⁴⁴ A tipificação dos direitos da personalidade, seja de cunho monista ou pluralista, seguindo a trilha dos direitos patrimoniais – na sua detalhada classificação, na definição de poderes do titular e nos mecanismos previamente definidos para sua proteção –, está em franco desacordo com a natureza desse direito. As formas de tutela são imprevisíveis porque estão atreladas às necessidades da pessoa humana, que mudam de acordo com o tempo, com os avanços tecnológicos, com o momento histórico. Uma previsão normativa rígida, portanto, não se compatibiliza com situações mutantes por excelência, embora merecedoras e carecedoras de tutela jurídica.⁴⁵

Diante dessa dificuldade, há que se buscar o fundamento na função informadora dos princípios da Constituição Federal, hábeis a tutelar valores não expressamente tratados no texto legal ou restritamente dispostos.⁴⁶ Veja-se, a respeito, a valiosa lição de Pietro PERLINGIERI:

A hierarquia das fontes não responde apenas a uma expressão de certeza formal do ordenamento para resolver os conflitos entre as normas emanadas por diversas fontes; é inspirada, sobretudo, em uma lógica substancial, isto é, nos valores e na conformidade com a filosofia de vida presente no modelo constitucional. O respeito à Constituição, fonte suprema, implica não somente a observância de certos procedimentos para emanar a norma (infraconstitucional), mas, também, a necessidade de que

⁴³ Danilo DONEDA, “Os direitos da personalidade no Código Civil”, cit., p. 47.

⁴⁴ Veja-se, a respeito, a constatação de Gustavo TEPEDINO: “O novo Código nascerá velho principalmente por não levar em conta a história constitucional brasileira e a corajosa experiência jurisprudencial, que protegem a personalidade humana mais do que a propriedade, o ser mais do que o ter, os valores existenciais mais do que os patrimoniais. E é demagógico porque, engenheiro de obras feitas, pretende consagrar direitos que, na verdade, estão tutelados em nossa cultura jurídica pelo menos desde o pacto político de outubro de 1988.” (“O Novo Código Civil: duro golpe na recente experiência constitucional brasileira”, Editorial da *Revista Trimestral de Direito Civil*, n. 7. Rio de Janeiro: Padma, jul.-set. 2001, p. iv).

⁴⁵ Gustavo TEPEDINO, “Direitos Humanos e Relações Jurídicas Privadas”. In: *Temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 62.

⁴⁶ Cf. Maria Celina BODIN DE MORAES, “A Caminho de um Direito Civil Constitucional”. In: *Direito, Estado e Sociedade*: Revista do Departamento de Direito da PUC-Rio, n. 1, 2. ed. Rio de Janeiro: PUC-Rio, jul./dez. 1991, pp. 59-73; Gustavo TEPEDINO, “Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil”. In: *Temas de Direito Civil*, 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 1-22; Luiz Edson FACHIN, *Teoria Crítica do Direito Civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 2000, *passim*.

o seu conteúdo atenda aos valores presentes (e organizados) na própria Constituição.⁴⁷

Assim, a perspectiva de um Direito Civil orientado por valores constitucionais é também aqui imprescindível, a fim de possibilitar a plena proteção da pessoa humana, como mais detalhadamente explicitado no Capítulo 2.

3.4

O direito à identidade pessoal como direito da personalidade

Diante da cláusula geral dos direitos da personalidade no Código Civil, em seu art. 12, e da cláusula geral de tutela da personalidade na Constituição Federal, claro está que é possível a criação de um novo direito da personalidade a fim de tutelar com maior precisão as demandas da pessoa humana. Assim, o direito à identidade pessoal, interesse juridicamente relevante, pode ser tutelado no ordenamento brasileiro.

Tal direito integra a categoria dos bens da personalidade por se tratar de um direito essencial relacionado com a pessoa humana, é uma situação jurídica subjetiva. Portanto, dá ensejo à concessão de tutela inibitória para que cesse a lesão ou ameaça de lesão a esse direito da personalidade e, caso tenha sido lesionado, justifica pedido de indenização por danos morais, enquanto ofensa à dignidade da pessoa humana na sua dimensão psicofísica, além da previsão da lei civil.

Como tal, detém todas as características dos direitos da personalidade: é um direito dotado de generalidade, pois é concedido a todos, pelo simples fato de estar vivo, ou pelo único fato de ser; extrapatrimoniais, uma vez que é insuscetível de avaliação econômica, embora sua lesão possa causar efeitos patrimoniais; absoluto, porque se impõe à coletividade o dever de respeitá-lo (respeitar a identidade pessoal); indisponível, pois seu titular não pode dele dispor, sendo, portanto, também irrenunciável e impenhorável; imprescritível uma vez que uma lesão a um direito da personalidade não enseja perecimento da pretensão

⁴⁷ Pietro PERLINGIERI, *Perfis do Direito Civil*. Tradução Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, pp. 9-10.

ressarcitória ou reparadora; por fim, é também intransmissível⁴⁸, extinguindo-se com a morte do seu titular, uma vez que tem caráter personalíssimo.⁴⁹

A maior justificativa que se pode dar ao reconhecimento do direito à identidade pessoal no ordenamento brasileiro e sua perspectiva de integrar os direitos da personalidade reside, assim, no seu fundamento constitucional, isto é, na cláusula geral de tutela da pessoa humana.

O art. 1º, III da Constituição Federal é norma dotada de eficácia plena e imediata, e, na qualidade de cláusula geral para tutelar a pessoa humana, seu conteúdo não se limita congregando naquele dispositivo os demais direitos expressamente consagrados no texto constitucional. Ele se presta, sobretudo, a contemplar e tutelar situações atípicas.⁵⁰

Dessa forma, é imprescindível atentar para o que esclarece Pietro PERLINGIERI:

“Afirmada a natureza necessariamente aberta” da normativa, é da máxima importância constatar que a pessoa se realiza não através de um único esquema de situação subjetiva, mas com uma complexidade de situações que ora se apresentam como poder jurídico (*potestà*), ora como interesse legítimo, ora como direito subjetivo, faculdade, poderes. Devem ser superadas as discussões dogmáticas sobre a categoria do direito (ou dos direitos) da personalidade. Nestas discussões controvertia-se principalmente sobre a possibilidade de assimilar a personalidade à categoria (em aparência “geral” e, portanto, vista – sem razão – como “universal”) do direito subjetivo, como tinha sido elaborado pela tradição

⁴⁸ A característica da intransmissibilidade é controvertida. Há entendimento, muitas vezes adotado por doutrinadores e utilizado na jurisprudência, segundo o qual alguns interesses tutelados permanecem mesmo após a cessação da personalidade, com a morte. Seriam eles a imagem, o nome, a autoria, a sepultura e o cadáver do falecido. Tal posicionamento se baseia nos parágrafos únicos dos arts. 12 e 20 do CC/2002, que no entanto não se apresentam como exceção à intransmissibilidade, mas apenas estabelecem a legitimidade para requerer a tutela dos direitos da personalidade da pessoa falecida. *In verbis*:

“Art. 12. 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. Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até quarto grau”.

“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 e a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais. Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes”.

(Gustavo TEPEDINO, Heloisa Helena BARBOZA e Maria Celina BODIN DE MORAES (orgs.) *et alli*. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, pp. 34-35, 56-57).

⁴⁹ Gustavo TEPEDINO, “A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-Constitucional Brasileiro”. In: *Temas de Direito Civil*, 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, pp. 33-34.

⁵⁰ Pietro PERLINGIERI, *Perfis do Direito Civil*. Tradução Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 155.

patrimonialística. Não parece fundada, portanto, a opinião de quem nega uma tutela jurídica, ainda que na fase patológica, a tais situações porque não qualificáveis como direitos, ou no pressuposto de que elas não apresentariam interesses substanciais.

(...)

A personalidade é, portanto, não um direito, mas um *valor* (o valor fundamental do ordenamento) e está na base de uma série aberta de situações existenciais, nas quais se traduz a sua incessantemente mutável exigência de tutela. Tais situações subjetivas não assumem necessariamente a forma do direito subjetivo e não devem fazer perder de vista a unidade do valor envolvido. Não existe um número fechado de hipóteses tuteladas: tutelado é o valor da pessoa sem limites, salvo aqueles colocados no seu interesse e naqueles de outras pessoas. A elasticidade torna-se instrumento pra realizar formas de proteção também atípicas, fundadas no interesse à existência e no livre-exercício da vida de relações.

(...)

O fato de a personalidade ser considerada como valor unitário, tendencialmente sem limitações, não impede que o ordenamento preveja, autonomamente, algumas expressões mais qualificantes (...) O juiz não poderá negar tutela a quem peça garantias sobre um aspecto da sua existência que não tem previsão específica, porque aquele interesse já tem uma relevância ao nível de ordenamento e, portanto, uma tutela também em nível judicial.⁵¹

Assim, a relevância constitucional dos direitos da personalidade reside no princípio da dignidade da pessoa humana, que faz com que se deva protegê-la em sua totalidade, independentemente de previsão expressa e da forma de tutela que se venha a requerer. Importa, assim, a efetivação desse mandamento.

⁵¹ Pietro PERLINGIERI, *Perfis do Direito Civil*. Tradução Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, pp. 155-156.

4

A Pessoa Humana como Sujeito de Direito: O Direito à Identidade Pessoal

Introdução

O Direito existe para tutelar as relações entre as pessoas: são elas sua fonte legitimadora e seu destinatário. Como dito por Adriano DE CUPIS: “a pessoa é o centro do direito; e o direito civil é seu primeiro centro de irradiação”.¹ Uma eficaz defesa da pessoa só pode ocorrer, de acordo com o autor, com o rigoroso emprego dos instrumentos de interpretação jurídica.² A consagração desse pensamento encontra-se disposta no art. 1º, III, da Constituição Federal, que alçou a dignidade da pessoa humana à condição de fundamento de todo o ordenamento jurídico.³

O Código Civil de 2002 inovou em relação ao anterior, dedicando um capítulo aos direitos da personalidade. Dessa forma, buscou conferir maior proteção à pessoa humana, e maior efetividade ao dispositivo constitucional supracitado.

Os direitos da personalidade⁴ são aqueles em que o bem tutelado não é externo à pessoa, mas intrínseco a ela, referindo-se aos seus atributos essenciais e

¹ Tradução livre. No original, “*La persona è al centro del diritto; e il diritto civile è il suo primo centro d’irradiazione*” (“Tutela giuridica della persona”. In: *Teoria e pratica del diritto civile*, Milano: Giuffrè, 1955, p. 49).

² Adriano DE CUPIS, “Tutela giuridica della persona”. In: *Teoria e pratica del diritto civile*, Milano: Giuffrè, 1955, p. 49.

³ A esse respeito, cf. Maria Celina BODIN DE MORAES, *Danos à Pessoa Humana. Uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, *passim*.

⁴ Para uma análise mais detida dos direitos da personalidade, vide Capítulo 3, *supra*.

às exigências de caráter existencial ligadas à pessoa humana enquanto tal.⁵ Esses são direitos dotados de generalidade, isto é, são naturalmente concedidos a todos, pelo simples fato de estar vivo, ou pelo único fato de ser; extrapatrimoniais, uma vez que são insuscetíveis de avaliação econômica, embora sua lesão possa causar efeitos patrimoniais; absolutos, porque se impõe à coletividade o dever de respeitá-los; indisponíveis, pois seu titular não pode deles dispor, sendo, portanto, também irrenunciáveis e impenhoráveis; imprescritíveis uma vez que uma lesão a um direito da personalidade não enseja perecimento da pretensão ressarcitória ou reparadora; por fim, são também intransmissíveis⁶, extinguindo-se com a morte do seu titular, uma vez que têm caráter personalíssimo.⁷

É importante ressaltar, no entanto, que para a maior parte dos doutrinadores⁸, os direitos da personalidade dividem-se em dois grandes grupos: os direitos à integridade física (direito à vida, ao corpo e suas partes destacadas e ao cadáver) e os direitos à integridade moral (direito à honra, à liberdade, à intimidade, à imagem, ao nome e direito moral do autor).⁹

Como é sabido, o Código Civil de 2002 inseriu um capítulo, com dez artigos, que trata dos direitos da personalidade (direito à integridade psicofísica,

⁵ Maria Celina BODIN DE MORAES, “A Tutela da Identidade Pessoal no Código de 2002”, *mimeo.*, p. 2.

⁶ A característica da intransmissibilidade é controvertida. Há entendimento, muitas vezes adotado por doutrinadores e utilizado na jurisprudência, segundo o qual alguns interesses tutelados permanecem mesmo após a cessação da personalidade, com a morte. Seriam eles a imagem, o nome, a autoria, a sepultura e o cadáver do falecido. Tal posicionamento se baseia nos parágrafos únicos dos arts. 12 e 20 do CC/2002, que no entanto não se apresentam como exceção à intransmissibilidade, mas apenas estabelecem a legitimidade para requerer a tutela dos direitos da personalidade da pessoa falecida. *In verbis*:

“Art. 12. 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. Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até quarto grau”.

“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 e a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais. Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes”.

(Gustavo TEPEDINO, Heloisa Helena BARBOZA e Maria Celina BODIN DE MORAES (orgs.) *et alli*. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, pp. 34-35, 56-57).

⁷ Gustavo TEPEDINO, “A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-Constitucional Brasileiro”. In: *Temas de Direito Civil*, 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, pp. 33-34.

⁸ V., por todos, Orlando GOMES, *Introdução ao Direito Civil*, Rio de Janeiro: Forense, 1999, 13ª Edição, pp. 153-154.

⁹ Gustavo TEPEDINO, “A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-Constitucional Brasileiro”, *cit.*, pp. 35-36.

direito ao nome, proteção da honra, da imagem e da privacidade). Ocorre, no entanto, que a inserção de tais artigos, embora de iniciativa louvável, é insuficiente a tutelar o que pretende.¹⁰

Tal assertiva justifica-se em razão da técnica elaborada – e ali concretizada – para a proteção da pessoa humana. A tipificação dos direitos da personalidade, seja de cunho monista ou pluralista, seguindo a trilha dos direitos patrimoniais – na sua detalhada classificação, na definição de poderes do titular e nos mecanismos previamente definidos para sua proteção –, está em franco desacordo com a natureza desse direito, de progressivas demandas. As formas de tutela são imprevisíveis porque estão atreladas às necessidades da pessoa humana, que mudam de acordo com o tempo, com os avanços tecnológicos, com o momento histórico. Uma rígida previsão normativa, portanto, não se compatibiliza com situações mutantes por excelência, embora merecedoras e carecedoras de tutela jurídica.¹¹

Diante dessa dificuldade, há que se buscar o fundamento na função informadora dos princípios da Constituição Federal, hábeis a tutelar valores não expressamente tratados no texto legal ou restritamente dispostos.¹² Veja-se, a respeito, a valiosa lição de Pietro PERLINGIERI:

A hierarquia das fontes não responde apenas a uma expressão de certeza formal do ordenamento para resolver os conflitos entre as normas emanadas por diversas fontes; é inspirada, sobretudo, em uma lógica substancial, isto é, nos valores e na conformidade com a filosofia de vida presente no modelo constitucional. O respeito à Constituição, fonte suprema, implica não somente a observância de certos procedimentos para emanar a norma (infraconstitucional), mas, também, a

¹⁰ Veja-se, a respeito, a constatação de Gustavo TEPEDINO: “O novo Código nascerá velho principalmente por não levar em conta a história constitucional brasileira e a corajosa experiência jurisprudencial, que protegem a personalidade humana mais do que a propriedade, o ser mais do que o ter, os valores existenciais mais do que os patrimoniais. E é demagógico porque, engenheiro de obras feitas, pretende consagrar direitos que, na verdade, estão tutelados em nossa cultura jurídica pelo menos desde o pacto político de outubro de 1988.” (“O Novo Código Civil: duro golpe na recente experiência constitucional brasileira”, Editorial da *Revista Trimestral de Direito Civil*, n. 7. Rio de Janeiro: Padma, jul.-set. 2001, p. iv).

¹¹ Gustavo TEPEDINO, “Direitos Humanos e Relações Jurídicas Privadas”. In: *Temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 62.

¹² Cf. Maria Celina BODIN DE MORAES, “A Caminho de um Direito Civil Constitucional”. In: *Direito, Estado e Sociedade*: Revista do Departamento de Direito da PUC-Rio, n. 1, 2. ed. Rio de Janeiro: PUC-Rio, jul./dez. 1991, pp. 59-73; Gustavo TEPEDINO, “Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil”. In: *Temas de Direito Civil*, 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 1-22; Luiz Edson FACHIN, *Teoria Crítica do Direito Civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 2000, *passim*.

necessidade de que o seu conteúdo atenda aos valores presentes (e organizados) na própria Constituição.¹³

Assim, a perspectiva de um Direito Civil orientado por valores constitucionais é também aqui imprescindível, a fim de possibilitar a plena proteção da pessoa humana, como mais detalhadamente explicitado no Capítulo 2.

Diante da insuficiência do modelo tradicional de tutela da pessoa no Direito Civil, teve início na jurisprudência italiana, nos anos 70, a formulação de um novo direito da personalidade, denominado “direito à identidade pessoal”, que em sua expressão dinâmica¹⁴ não se encontra protegido por nenhuma norma específica.¹⁵

Esse instituto, delineado pela doutrina e jurisprudência ao longo dos últimos trinta anos, possui diversas denominações, que são utilizadas por determinados doutrinadores. É chamado de “interesse à individualidade pessoal”, ou à “verdade pessoal” por Adriano DE CUPIS; “direito à identidade moral”, ou “falsa luz nos olhos do público” ambos segundo Antonio GAMBARO, ou ainda “o direito de ser si mesmo”, para Piraino LETO.¹⁶ Independentemente de sua designação, significa o respeito à imagem da pessoa, com aquisição de idéias e experiências pessoais, com todas as convicções que a diferenciam e qualificam.¹⁷ É sobre esse direito, ainda pouco explorado e conhecido no Brasil, que versa o presente capítulo, que terá por referência principal autores italianos em razão do maior desenvolvimento da temática naquele país.

4.1 Surgimento do Direito à Identidade Pessoal: o papel da jurisprudência italiana

Somente no século XX o Direito começou a ocupar-se mais atentamente dos direitos da pessoa humana. Eles eram ignorados no nível formal-normativo, e

¹³ Pietro PERLINGIERI, *Perfis do Direito Civil*. Tradução Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, pp. 9-10.

¹⁴ A expressão dinâmica do direito à identidade pessoal é especificamente tratada no Capítulo 5, item 5.2, *infra*.

¹⁵ Carlos Fernández SESSAREGO, *Derecho a la identidad personal*, Buenos Aires: Astrea, 1992, p. 99.

¹⁶ Giorgio PINO, *Il diritto all'identità personale*, cit., pp. 9-10.

¹⁷ Maria Celina Bodin de MORAES, “A tutela da identidade pessoal no Código de 2002”, cit., p. 22.

não tiveram lugar nos ordenamentos jurídicos do século XIX, que privilegiaram os direitos patrimoniais. Somente após a Segunda Guerra Mundial o Direito passou a preocupar-se com a tutela normativa do ser humano, percebendo que o patrimônio é, na verdade, somente um instrumento a serviço do homem e que a pessoa é, por sua vez, um fim em si mesma.¹⁸

A atenção do ordenamento jurídico à identidade pessoal, a seu turno, só veio a ocorrer nos anos 70, e sua discussão é matéria de grande atualidade. Hodiernamente há alguns juristas, sobretudo na Itália, que debatem quanto à existência, noção e alcance, características e dificuldades inerentes ao direito à identidade pessoal. É especificamente nesse país o lugar onde ainda hoje esse direito tem recebido uma especial atenção. A doutrina italiana teve seus olhos voltados para essa nova situação jurídica subjetiva a partir de um pronunciamento judicial em 1974, que será detalhadamente exposto.¹⁹

É importante ressaltar que a expressão “identidade pessoal” não já não era uma novidade na linguagem jurídica italiana. É possível identificar o seu uso – ou de outras um pouco diferentes, mas utilizadas de maneira equivalente – em alguns trabalhos doutrinários²⁰ da primeira metade do século XX.²¹

A situação jurídica referente à identidade pessoal enquanto proteção social da “verdade pessoal” aparece como uma precursora resposta originária da jurisprudência ante um novo interesse humano que se apresenta como digno de tutela jurídica. A nova situação jurídica subjetiva surge em razão de um caso concreto submetido à apreciação do poder judiciário italiano. Os juristas italianos vivenciam, então, diante do conflito apresentado, uma situação fática que, segundo seu critério de valoração, reclama e merece uma tutela jurídica adequada. Enfrenta-se, assim, um interesse existencial que ainda não havia sido reconhecido como direito subjetivo normatizado. Quando pela primeira vez foi suscitado o problema da proteção do interesse existencial tutelado pela identidade pessoal, o correspondente direito que se começava a vislumbrar carecia de nome. Obviamente, não aparecia registrado no rol de direitos subjetivos que os juristas

¹⁸ Carlos Fernández SESSAREGO, *Derecho a la identidad personal*, cit., p. 27.

¹⁹ Carlos Fernández SESSAREGO, *Derecho a la identidad personal*, Buenos Aires: Astrea, 1992, pp. 27-28.

²⁰ É possível citar, por exemplo, o *Nuovo Digesto Italiano* (G. FALCO, “Identità Personale”. In: *Nuovo Digesto Italiano*, vol. VI, Torino, Utet, 1938, p. 649).

²¹ Giorgio PINO, *Il diritto all'identità personale. Interpretazione costituzionale e creatività giurisprudenziale*, Bolonha: Mulino, 2003, p. 32.

habitualmente utilizavam, nem figurava incorporado como tal nos ordenamentos jurídicos positivos. Era, por isso, totalmente atípico, uma vez que sua elaboração representa um momento crítico no tocante à evolução e ao enriquecimento da teoria dos direitos da pessoa humana.²²

4.1.1 A decisão do Tribunal de Roma, em 1974

A grande referência jurisprudencial sobre o direito à identidade pessoal é a sentença proferida em 6 de maio de 1974 pelo Tribunal de Roma. Antes disso, o entendimento jurisprudencial consolidado era no sentido de negar tutela a tal interesse, então denominado “direito à verdade histórica”, na medida em que não se encontrasse protegido pelo direito ao nome ou pelo direito à imagem.²³

Tal julgado teve como base uma ação proposta por um homem e uma mulher, em virtude da utilização de uma fotografia que os retratava como agricultores em um manifesto de um comitê de expressão nacional denominado CNRD (*Comitato nazionale referendum divorzio*)²⁴, acompanhada dos dizeres: “Para defender a família, os agricultores, em 12 de maio, votarão SIM contra o divórcio”.²⁵ Realizou-se o manifesto por ocasião do referendo promovido na Itália para a revogação ou manutenção da lei do divórcio, já vigente na época.²⁶

Na peça processual os autores esclareceram que a fotografia utilizada fora tirada 18 (dezoito) anos antes, para um concurso fotográfico promovido pela “*Confederazione coltivatori diretti*”, tendo sido utilizada sem que tivessem conhecimento. Esclareceram que não eram marido e mulher,²⁷ que eram convictos e notórios partidários do divórcio, uma vez que foram co-autores da lei²⁸ e que na imagem eram retratados como agricultores, o que também não estava de acordo com a realidade.²⁹

²² Carlos Fernández SESSAREGO, *Derecho a la identidad personal*, cit., pp. 36-37.

²³ Giorgio PINO, *Il diritto all'identità personale*, cit., p. 65.

²⁴ Em tradução livre, “Comitê nacional para o referendo sobre o divórcio”.

²⁵ Tradução livre. No original: “*Per difendere la famiglia i coltivatori il 12 maggio voteranno Sì contro il divorzio*”.

²⁶ Carlos Fernández SESSAREGO, *Derecho a la identidad personal*, cit., p. 56.

²⁷ Giorgio PINO, *Il diritto all'identità personale*, cit., p. 66, nota 24.

²⁸ Carlos Fernández SESSAREGO, *Derecho a la identidad personal*, cit., p. 57.

²⁹ Ricardo Luis LORENZETTI, *Fundamentos do Direito Privado*, trad. bras. de Vera Maria Jacob de Fradera, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 485.

Diante disso, o juiz determinou a proibição da publicação desses manifestos, e ordenou a divulgação na imprensa, a cargo dos sucumbentes, de um comunicado que explicitava que eles não refletiam a opinião dos sujeitos representados, e que a fotografia fora usada sem que fosse consentido.³⁰

A fundamentação da decisão foi no sentido de que: i) a utilização da fotografia sem o consentimento dos autores viola seus direitos à imagem; ii) que o “ordenamento jurídico tutela o direito de todos a ver reconhecida a paternidade dos próprios atos e, em sentido amplo, sobretudo a não se ver atribuída a paternidade de atos que não são próprios do titular, isto é, a não ver distorcida a própria personalidade individual”.³¹ Tal direito vem expressamente denominado “direito à identidade pessoal” e se destaca que não é regulado pelo ordenamento jurídico, mas se baseia em uma cláusula geral de fundamento constitucional³² e é passível de violação quando se atribui a uma pessoa uma posição social, uma orientação ideológica, uma característica pessoal não verdadeira. Explicitou-se, ainda, nessa decisão, que a deturpação da identidade pessoal é ainda mais grave se atingir as convicções políticas, éticas e sociais do indivíduo, uma vez que se entende tratar da esfera mais relevante e mais íntima da personalidade. A sentença vincula o conceito de identidade pessoal ao posicionamento ideológico da pessoa.³³ Este é o ponto central: o respeito à verdade da personalidade individual não é mais considerado um critério para a imposição de limites ao exercício da liberdade de manifestação do pensamento, circunscrito a hipóteses típicas, mas um direito dotado de conteúdo amplo.³⁴

Assim, se protegeu, naquela sentença, não só o direito à imagem, violado pela publicação indevida da foto, mas também, e independentemente desse direito, afirmou-se a ocorrência, na hipótese, da lesão a outro interesse existencial, que é o direito da pessoa à sua própria identidade. O magistrado entendeu que houve deturpação da identidade pessoal daqueles dois indivíduos em três oportunidades, naquele caso: i) pela exposição da imagem e associação ao movimento contrário ao divórcio, quando era público e notório que eles eram de

³⁰ Giorgio PINO, *Il diritto all'identità personale*, cit., p. 66, nota 24.

³¹ Tradução livre. No original: “l'ordinamento giuridico tutela il diritto di ciascuno a non vedersi disconosciuta la paternità delle proprie azioni, nel più ampio significato, e, soprattutto, a non sentirsi attribuire la paternità di azioni non proprie, a non vedersi, cioè, travisare la propria personalità individuale”. (Pretura Roma 7 maggio 1974 c. 3227)

³² Carlos Fernández Sessarego, *Derecho a la identidad personal*, cit., p. 57.

³³ Carlos Fernández Sessarego, *Derecho a la identidad personal*, cit., p. 59.

³⁴ Giorgio PINO, *Il diritto all'identità personale*, cit., pp. 66-67.

opinião diversa, notadamente em razão de terem participado da redação da lei; ii) pela imputação de vínculo que não possuíam, isto é, de que seriam cônjuges; iii) por se ter considerado que eram trabalhadores rurais, o que não eram.³⁵

A cessação da propaganda eleitoral e a determinação da publicação nos jornais de um comunicado explicativo se destinou ao restabelecimento da verdade pessoal que havia sido distorcida. Dessa forma, se protegeu os dois direitos lesados: à imagem³⁶ e à identidade pessoal. E esse foi outro aspecto de grande relevo da decisão: ela distinguiu o conceito de imagem daquele de identidade pessoal, apresentando, pela primeira vez, o direito à identidade pessoal de maneira relativamente autônoma em relação a qualquer outro direito da personalidade.³⁷

Essa sentença foi de suma importância porque estabeleceu não só a violação de um direito, mas também a sua definição. Tanto que Guido ALPA, anos mais tarde, em 1980, no Congresso de Gênova³⁸, declarou que nela se identificou esse novo direito da pessoa humana e seu objeto, que tutela o direito de todos a não ver desconhecida a paternidade de ações não próprias, e a não ver deturpada a própria personalidade individual.³⁹

4.1.2 A decisão do Tribunal de Turim, em 1979

Não obstante a decisão de 1974, a polêmica e o interesse dos juristas pelo novo direito aparecem com manifesta intensidade em razão de uma sentença proferida em 1979 por um juiz de Turim, que decidia o conflito entre um líder político, muito popular na Itália, e o Partido Comunista do país. Pode-se afirmar que esse foi, em relação à sentença anterior e cinco anos mais tarde, um esboço mais definido do que depois se chamou de “direito à identidade pessoal”.⁴⁰

Nessa decisão se abordou um delicado conflito público que se relacionava com o direito à identidade pessoal: o Partido Comunista italiano fez e distribuiu

³⁵ Carlos Fernández SESSAREGO, *Derecho a la identidad personal*, cit., pp. 58-59.

³⁶ Sobre o direito à imagem e sua distinção da identidade pessoal, v. item 5.1.3, *infra*.

³⁷ Carlos Fernández SESSAREGO, *Derecho a la identidad personal*, cit., pp. 61-62.

³⁸ Trata-se do Congresso intitulado “*Il diritto alla identità personale*”, o primeiro sobre o tema, promovido pelo Centro de Iniciativa Jurídica Piero Calamandrei, em Gênova, no ano de 1980.

³⁹ Guido ALPA, *Un questionario sul diritto alla identità personale*, disponível em <http://www.radicali.it/search_view.php?id=47039&lang=&cms=> Acesso em 10 de janeiro de 2006, p. 01.

⁴⁰ Carlos Fernández SESSAREGO, *Derecho a la identidad personal*, cit., pp. 28-29.

panfletos para propaganda eleitoral, nos quais afirmava que o conhecido político italiano, Marco Pannella, teria se inscrito na lista de candidatos a representante da Nova República, grupo político de inspiração ideológica diversa daquela defendida pelo Partido Radical italiano, o qual integrava. Em razão disso, Panella propôs uma ação em face do Partido Comunista. Com o processo judicial em curso, uma nota foi publicada no jornal comunista italiano *Unità*, na qual se reconhecia a inexatidão das fontes utilizadas para divulgar a notícia contida nos meios de propaganda e se asseverava a falsidade daquelas informações. Não obstante o esclarecimento, a nota acrescia que tal fato não alterava o que aquele jornal qualificava como uma atitude anticomunista visceral compartilhada por Marco Pannella e o grupo político Nova República.⁴¹

A decisão judicial foi no sentido de que a afirmação feita no panfleto de propaganda eleitoral não constituía, em si, uma ofensa à honra do político radical, mas sim uma desfiguração da sua identidade política. Tal assertiva se deve à lógica de que não se pode considerar desonroso o fato de se pertencer a um determinado partido político cuja ideologia seja compatível com o Estado Democrático de Direito e com o sistema constitucional. A sentença, então, entendeu que a afirmação lesionava, em verdade, a coerência política e a dignidade daquele indivíduo, e determinou a suspensão da distribuição desses panfletos.⁴²

A decisão afirmava que o interesse por ela tutelado poderia ser lesionado mesmo que por meio de uma atribuição em abstrato de fatos não desonrosos, bastando apenas que não correspondam à verdade.⁴³

O autor da ação ora mencionada destacou, em sua participação no Congresso intitulado “*Il diritto alla identità personale*” promovido pelo Centro de Iniciativa Jurídica Piero Calamandrei, em Gênova, no ano seguinte, que o problema trazido dizia respeito ao direito que todos têm de conhecer a verdadeira identidade dos outros e, em consequência, o direito da sociedade a não receber informações falsas atribuídas à identidade alheia.⁴⁴

⁴¹ Carlos Fernández SESSAREGO, *Derecho a la identidad personal*, cit., pp. 63-64.

⁴² Carlos Fernández SESSAREGO, *Derecho a la identidad personal*, cit., pp. 64-66.

⁴³ Giorgio PINO, *Il diritto all'identità personale. Interpretazione costituzionale e creatività giurisprudenziale*, Bolonha: Mulino, 2003, p. 69.

⁴⁴ Marco PANELLA, *Diritto, diritti, cronaca: Una riflessione sull'identità personale*, disponível em < http://www.radicali.it/search_view.php?id=47042&lang=&cms=>. Acesso em: 10 de janeiro de 2006, p. 01.

Neste mesmo seminário, Guido ALPA ressaltou, sobre essa sentença, que, tocando no tema da identidade pessoal, reconheceu tal direito a um homem público, político, para quem a imagem distorcida é lesiva ao interesse, protegido pelo ordenamento, à correta difusão de notícias capazes de alterar a identidade política, e, quando pessoal, do indivíduo.⁴⁵ Assim, tal julgado, reconhecendo a existência do direito à identidade pessoal, teve importante papel na ampliação e complementaridade do seu conceito e objeto.

4.2 O debate doutrinário

A identidade, enquanto fundamental interesse existencial, não pode ser ignorada ou renegada pelo direito; é necessário que ela seja protegida de modo prioritário, merecendo uma tutela jurídica privilegiada e efetiva. Esse interesse existencial revelado primeiramente por indagações filosóficas foi paulatinamente posto em evidência pela jurisprudência e doutrina italianas. Com isso, contemporaneamente muitos juristas aceitam, apesar de algumas dúvidas e temores, a possibilidade de se tutelar juridicamente o interesse existencial que se reflete na identidade pessoal. Quando, na década de 70, se produziram os julgados acima descritos⁴⁶, que acolhiam, com algumas limitações teóricas em razão de sua incipiência, o direito do sujeito de não ver alterada sua verdade pessoal, o pensamento jurídico se encontrava maduro e pronto para assumir essa nova faceta de personalidade humana relevante para o Direito.⁴⁷

O direito à identidade pessoal apresenta a peculiaridade de ter surgido como o produto da atividade criativa desenvolvida pelos juízes, tendo a intervenção legislativa na Itália⁴⁸ servido quase que para certificar uma criação jurisprudencial e doutrinária consolidada nas últimas duas décadas.⁴⁹

⁴⁵ Guido ALPA, *Un questionario sul diritto alla identità personale*, disponível em <http://www.radicali.it/search_view.php?id=47039&lang=&cms=>. Acesso em: 10 de janeiro de 2006, p. 01.

⁴⁶ Ver decisões judiciais de 1974 e 1979, nos itens 3.1.1 e 3.1.2, *supra*.

⁴⁷ Carlos Fernández SESSAREGO, *Derecho a la identidad personal*, cit., pp. 22-23.

⁴⁸ Em 1996 foi promulgada, na Itália, a Lei n. 675 que tem por objeto a tutela das pessoas com relação aos seus dados pessoais (*Tutela delle persone e di altri soggetti rispetto al trattamento dei dati personali*), que foi revogada com promulgação posterior do Decreto Legislativo 196, de 30 de junho de 2003, que dispõe sobre a mesma matéria, mas pretendeu codificá-la (*Codice in materia di protezione dei dati personali*). Em seu art. 2,1, o decreto legislativo em questão consagrou o

O interesse por tal direito foi motivado pelo embrionário resultado oferecido à doutrina pela criatividade jurisprudencial. As sentenças de 1974 e 1979 originaram várias e sucessivas reuniões de reflexão e estudo em torno da identidade pessoal, enquanto expressão existencial digna de tutela jurídica. Ante os pronunciamentos judiciais, a doutrina começou a enfrentar a questão. Os juristas, sensíveis à inédita temática proposta, dedicaram-se à análise do novo direito revelado pela jurisprudência. Nos Congressos de Gênova e Roma, em 1980, e Messina, em 1982, foi debatida a problemática atinente ao direito à identidade pessoal.⁵⁰

Nos seminários mencionados, se confrontaram opiniões, nem sempre coincidentes, e foram expostas numerosas interrogações, muitas dúvidas e alguma posição contrária quanto ao incipiente e questionado direito. Participaram dessas reuniões nomes como Adriano DE CUPIS, Angelo FALZEA, Pietro RESCIGNO, Tommaso AULETTA, Giovanni GIACOBBE, Massimo DOGLIOTTI, Paolo ZATTI, Guido ALPA, entre outros. Encontravam-se, assim, situados dentro de um processo, inicial e aberto, de construção dogmática de um direito tutelado por certo setor da jurisprudência em razão de se tratar de um interesse existencial⁵¹ digno da máxima proteção jurídica.⁵²

direito à identidade pessoal, não definindo, no entanto, o que entende por tal direito, mesmo estabelecendo, no art. 4º, definições para algumas expressões das quais trata. Está claro, assim, que o direito à identidade pessoal foi reconhecido, mas não se explicitou o conceito, objeto e alcance adotados. *In verbis*: “Art. 2.(Finalita). Il presente testo unico, di seguito denominato "codice", garantisce che il trattamento dei dati personali si svolga nel rispetto dei diritti e delle liberta' fondamentali, nonche' della dignita' dell'interessato, con particolare riferimento alla riservatezza, all'identita' personale e al diritto alla protezione dei dati personali”. (Disponível em: <<http://www.parlamento.it/leggi/deleghe/03196dl.htm>>. Acesso em 01.02.2006). O Decreto é, portanto, um código para o tratamento dos dados pessoais, mas não representou um avanço no que tange ao tratamento da identidade pessoal, se mantendo, nesse aspecto, a mesma indefinição da lei anterior que, em seu art. 1º,1, dispunha: “1. La presente legge garantisce che il trattamento dei dati personali si svolga nel rispetto dei diritti, delle liberta' fondamentali, nonche' della dignita' delle persone fisiche, con particolare riferimento alla riservatezza e all'identita' personale; garantisce altresì i diritti delle persone giuridiche e di ogni altro ente o associazione”. Disponível em: <<http://www.parlamento.it/parlam/leggi/966751.htm>>. Acesso em 01.02.2006. (Para maiores questionamentos quanto à Lei n. 675/1996, v. Giorgio Pino, *Il diritto all'identità personale*, cit., pp. 189 e ss; para o tratamento dos dados pessoais e o direito à identidade pessoal, cf. Capítulo 5, item 5.1.2).

⁴⁹ Giorgio PINO, *Il diritto all'identità personale*, cit., pp. 9-10.

⁵⁰ Carlos Fernández SESSAREGO, *Derecho a la identidad personal*, cit., p. 37.

⁵¹ É relevante mencionar a diferenciação feita por Pietro PERLINGIERI, entre interesse jurídico e direito subjetivo. Para o autor, que defende a visão do direito subjetivo como interesse protegido e não como poder da vontade, “o interesse é tutelado se, enquanto for conforme não apenas ao interesse do titular, mas também àquele da coletividade. Na maior parte das hipóteses, o interesse faz nascer uma situação subjetiva complexa, composta tanto de poderes quanto de deveres, obrigações, ônus. É nessa perspectiva que se coloca a crise do direito subjetivo. Este nasceu para exprimir um interesse individual e egoísta, enquanto que a noção de situação subjetiva complexa

A formação extralegislativa do direito à identidade pessoal não ocorreu silenciosamente, nem foi ocultada por meio de conceituações tendentes a criar para o novo direito disposições legislativas precisas e estanques. Ao contrário, tornou-se comum observar como nas últimas três décadas o já extenso rol de direitos da personalidade havia continuado a aumentar pela atuação jurisprudencial que trouxe novas figuras subjetivas de interesses já presentes no ordenamento (foram criados, por exemplo, o direito ao esquecimento e o direito à exploração econômica da própria notoriedade).⁵³

No Brasil, é relevante mencionar a relativização de institutos inicialmente tidos como absolutos por conformarem os pilares do pensamento liberal, e que acabaram por fazer emergir novos direitos. É o caso do Direito do Trabalho, que veio subverter a leitura do princípio da isonomia, conferindo maior proteção ao trabalhador perante a lei, seguido, posteriormente, pela Lei de Locações e o Código de Defesa do Consumidor.⁵⁴

Quanto aos direitos da personalidade em si, a atividade criativa dos juristas brasileiros, embora não tão profícua, também produziu o reconhecimento de novas figuras jurídicas. O direito à intimidade e o direito à própria imagem são os exemplos mais expressivos, em sede civil, da contribuição jurisprudencial na formação e reconhecimento de novos interesses existenciais.⁵⁵

Lentamente, mas não sem perplexidades e perturbações, os juristas foram aceitando a existência de novos interesses existenciais dignos de tutela. Entendia a melhor doutrina, atenta ao desenvolvimento da teoria dos direitos da pessoa humana, que identificar um sujeito significa a possibilidade de verificar os caracteres que permitem distinguir uma pessoa de todas as demais, isto é, de individualizar o sujeito com base em um conjunto de caracteres e de dados, muitos dos quais aparecem no registro civil. Mas também se entendeu que a identidade da pessoa não se esgotava com a informação referida somente aos aspectos da personalidade, mas que ela devia, também, incluir um conjunto de valores que definiam a personalidade de cada sujeito. Assim, paulatinamente foi-

configura a função de solidariedade prevista no âmbito constitucional". (*Perfis do Direito Civil*, cit., p. 121).

⁵² Carlos Fernández SESSAREGO, *Derecho a la identidad personal*, cit., p. 39.

⁵³ Giorgio PINO, *Il diritto all'identità personale*, cit., p. 11.

⁵⁴ Maria Celina BODIN DE MORAES, *Danos à Pessoa Humana*. Uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais, cit., pp. 118-119.

⁵⁵ Elimar SZANIAWISKI, "Direitos da Personalidade e sua Tutela". In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 77.

se chegando à conclusão de que a identidade da pessoa, de cada pessoa, não se limitava aos seus signos distintivos, mas compreendia também todos os atributos e qualidades, seus pensamentos, sempre que se traduzissem em comportamentos efetivos, em condutas intersubjetivas, isto é, sempre que se projetassem socialmente.⁵⁶

Após a entrada em vigor do Código Civil italiano, em 1942, houve uma importante contribuição de Francesco MESSINEO⁵⁷, influente civilista cuja formação cultural fora desenvolvida durante a vigência do código civil revogado, de 1865. Ele afirma que o problema da identidade é essencialmente “o problema da individualização dos objetos e dos sujeitos dos direitos subjetivos e dos *status* pessoais”.⁵⁸

Limitando o discurso ao tema da identidade das pessoas, o autor trata de diversas hipóteses que atestam sua relevância jurídica: sublinha, primeiramente, o interesse público que envolve a regulamentação da norma sobre o estado civil e, ainda, das sanções penais previstas para o crime de falsidade ideológica e de imputação de características ou falsos atos, previstos nos crimes de calúnia, difamação e injúria (arts. 138, 139 e 140, respectivamente, do Código Penal brasileiro). Em segundo lugar, no âmbito civil, a identidade (ou a correta identificação) das pessoas pode assumir relevância jurídica, por exemplo, nos contratos personalíssimos, no matrimônio ou na sucessão testamentária. Passando, portanto, da perspectiva do interesse de se conhecer a exata identidade de terceiros àquela do interesse de que a própria identidade e o próprio *status* não sejam confundidos com aqueles de terceiros. O conceito de “direito à identidade” de MESSINEO abrange a tutela os signos distintivos pessoais, isto é, a generalidade e os signos distintivos da pessoa.⁵⁹

Em resumo, na linguagem da doutrina civilista italiana o uso da expressão “identidade pessoal” remonta pelo menos aos anos trinta do século passado e denota, principalmente, a exigência de que uma certa pessoa seja individualizável, identificável, distinguível em relação às outras com as quais poderia ter interesse

⁵⁶ Carlos Fernández SESSAREGO, *Derecho a la identidad personal*, cit., p. 23.

⁵⁷ Francesco MESSINEO, “Problemi dell’identità delle cose e delle persone nel diritto privato”. In: *Annali del seminario giuridico dell’Università di Catania*, vol. IV, Napoli, Jovene, 1950, *apud* Giorgio PINO, *Il diritto all’identità personale*, cit., p. 33.

⁵⁸ Francesco MESSINEO, “Problemi dell’identità delle cose e delle persone nel diritto privato”. In: *Annali del seminario giuridico dell’Università di Catania*, vol. IV, Napoli, Jovene, 1950, p.66 *apud* Giorgio PINO, *Il diritto all’identità personale*, cit., p. 33.

⁵⁹ Giorgio PINO, *Il diritto all’identità personale*, cit., pp. 33-34.

em se confundir, ou que, ainda, outras pessoas possam querer confundir-se com ela. Tal exigência é juridicamente protegida por meio da regulamentação jurídica dos signos distintivos da pessoa e do *status*, seja na esfera pública (penal ou administrativa), seja, de maneira marginal, em sede civil. Essa concepção do direito à identidade pessoal, contudo, ficou marcada na linguagem da doutrina de direito público, razão pela qual se entende que é essencialmente publicista.⁶⁰

De fato, na cultura jurídica italiana, em meados dos anos cinqüenta e sessenta, começa a surgir uma tendência a superar a concepção restritiva da identidade pessoal, atrelada aos signos distintivos, ao registro civil, em favor de uma concepção mais ampla, que é o embrião de uma noção diversa, hoje amplamente aceita pela doutrina jurídica italiana. É sobre essa perspectiva que se colocam, por um lado, em alguns pontos, Adriano DE CUPIS, Tulio ASCARELLI e Mario ARE, e, por outro lado, algumas teorias fragmentárias e pontuais, doutrinárias e jurisprudenciais, sobre o direito ao nome e sobre o direito à imagem.⁶¹ Há, por óbvio, dissidências quanto ao reconhecimento e aceitação do direito à identidade pessoal, que serão explicitadas no item 4.4, *infra*, após o esboço das definições do direito em questão.

No Brasil a questão ainda é pouco debatida. Há obras precursoras que tratam do tema, algumas, contudo, sem adentrar no debate especificamente⁶². Maria Celina BODIN DE MORAES⁶³ escreveu mais detalhadamente, explicitando o conceito, tratamento e aplicação do direito à identidade pessoal no país⁶⁴. O posicionamento da autora será abordado no momento oportuno, quando do

⁶⁰ Giorgio PINO, *Il diritto all'identità personale*, cit., pp. 33-34. Tal perspectiva publicista é claramente expressa na visão de M. PLANIOL, para quem o nome era uma mera “etiqueta administrativa”. (*Traité élémentaire de droit civil*, I, 1, Paris, 1904, p. 154 *apud* Angelo SATURNO, “Il diritto all'identità personale: evoluzione dottrinale e modelli giurisprudenziali”. In: *Rassegna di diritto civile*, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1972, p. 717, nota 4).

⁶¹ Giorgio PINO, *Il diritto all'identità personale*, cit., p. 35.

⁶² “A tutela do nome e do pseudônimo, que deve ser entendida na acepção mais abrangente de um direito à identidade pessoal, é afirmada nos artigos 16 a 18”. (Gustavo TEPEDINO, “A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-constitucional Brasileiro”. In: *Temas de Direito Civil*, 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 36); “A proteção do nome é estendida ao pseudônimo pelo artigo 19, reconhecendo a posição doutrinária já estabilizada. O dispositivo deixa claro que, ao se tutelar o nome, vai-se além da simples afirmação de um direito ao nome e chega-se a um verdadeiro direito à identidade pessoal.” (Danilo DONEDA, “Os Direitos da Personalidade no Código Civil”. In: *A Parte Geral do Novo Código Civil*, 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 52).

⁶³ O posicionamento da autora é especificamente abordado no Capítulo 6, quanto à aplicabilidade dessa figura jurídica no ordenamento brasileiro.

⁶⁴ Maria Celina BODIN DE MORAES, “A tutela da Identidade pessoal no Código de 2002”, *mimeo passim*, espec. pp. 22-25.

questionamento quanto à aplicabilidade e tutela dessa figura jurídica no direito brasileiro.⁶⁵

A ausência de numerosos debates doutrinários e jurisprudenciais no direito pátrio não significa que essa figura jurídica não seja importante para nosso ordenamento. Isso porque, verificando novos interesses existenciais atinentes à pessoa humana, protegendo-os em uma expressão ainda não adequadamente tutelada, e considerando o princípio da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, claro está que não só é cabível sua aplicação no direito brasileiro como também está evidenciada a necessidade da sua presença. No entanto, esse direito não seria necessariamente aplicado como o é nos ordenamentos estrangeiros, em virtude essencialmente do tempo de amadurecimento dessa figura jurídica, sobretudo na Itália, o que possibilitou uma abordagem diferenciada.

Conforme mencionado anteriormente, o direito italiano já prevê de forma expressa em sua legislação a tutela da identidade pessoal.⁶⁶ Embora a lei não seja clara quanto ao seu significado, essa positivação é representativa no sentido de manifestar a relevância que essa figura jurídica adquiriu naquele país. Por conseguinte, o tratamento a ela dado no Brasil deve ser diferenciado, evidenciando que há peculiaridades que se referem a cada um dos ordenamentos. Embora não haja positivação, a tutela do direito à identidade pessoal pode ser efetivada em decorrência do caráter normativo dos princípios constitucionais, mas fazendo com que algumas características desse direito divirjam, como será melhor explicitado.⁶⁷

4.3 **Conceituação, objeto e limites**

O conceito do direito à identidade pessoal é bastante debatido, e não há uma delimitação e abrangência estabelecida pacificamente, o que acarreta variação do seu contorno de acordo tanto com o país em que se encontra reconhecido quanto com o momento histórico em que está inserido.

⁶⁵ V. Capítulo 6, *infra*.

⁶⁶ V. p. 50, nota 153, *supra*.

⁶⁷ Cf.. Capítulo 6, *infra*.

Giorgio PINO esclarece que o conceito inicial de direito à identidade pessoal, que data de 1938, compreendia aquilo que serve para distinguir um indivíduo do outro, o que o individualiza aos olhos da coletividade e da administração pública.⁶⁸ Tratava-se, portanto, de uma noção sintética para indicar tanto as conotações e signos distintivos pessoais quanto o nome. Naquela mesma época, o conceito foi aprofundado por Francesco DEGNI, em seu livro *Le persone fisiche e i diritti della personalità*⁶⁹, em que os direitos da personalidade eram divididos em várias classes e subclasses: direito à individualidade do próprio ser; direito à integridade física; direito à integridade moral; direito ao desenvolvimento da própria atividade; direito à propriedade intelectual. O direito à identidade pessoal, como interesse da pessoa à individualidade, se enquadrava na primeira subdivisão (direito à individualidade do próprio ser), que compreendia o direito ao nome civil, comercial, ao pseudônimo, aos títulos nobiliárquicos.⁷⁰

A existência, dentro dos ordenamentos positivos, de uma quantidade de direitos da pessoa se justifica pelo fato de que cada um deles protege um determinado interesse existencial. Isso, no entanto, não significa que todos os direitos da pessoa não sejam interdependentes, em virtude da incindível unidade ontológica em que consiste a pessoa humana. Os direitos existenciais apresentam-se essencialmente vinculados e têm na pessoa humana seu único fundamento, encontrando sua base normativa na cláusula geral de tutela da pessoa humana⁷¹ presente em alguns ordenamentos constitucionais.⁷² Deve-se ao criativo trabalho da jurisprudência italiana o surgimento do interesse existencial à identidade pessoal, enquanto proteção social da personalidade, como uma nova e autônoma situação jurídica subjetiva. Esse interesse existencial em sua expressão dinâmica⁷³ não se encontra protegido por nenhuma norma específica dentro do ordenamento jurídico.⁷⁴

⁶⁸ G. FALCO, "Identità personale". In: *Nuovo Digesto Italiano*, vol. VI, Torino, Utet, 1938, p. 649 *apud* Giorgio PINO, *Il diritto all'identità personale*, cit., p. 32.

⁶⁹ Francesco DEGNI, *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, Torino, Utet, 1939, pp. 160-223 *apud* Giorgio PINO, *Il diritto all'identità personale*, cit., p. 32.

⁷⁰ Giorgio PINO, *Il diritto all'identità personale*, cit., p. 32.

⁷¹ Para uma abordagem mais detalhada da discussão sobre a cláusula geral e o rol dos direitos da personalidade, v. Capítulo 3, *supra*, e, ainda, item 4.4.1, *infra*.

⁷² Carlos Fernández SESSAREGO, *Derecho a la identidad personal*, cit., pp. 238-239.

⁷³ Quanto à expressão dinâmica da identidade pessoal, v. item 5.2, *infra*.

⁷⁴ Carlos Fernández SESSAREGO, *Derecho a la identidad personal*, cit., pp. 99-100.

A idéia de relevância jurídica em geral – e da tutela, em particular, em sede civil –, de algumas formas de expressão da personalidade individual comparece ainda na obra de Tulio ASCARELLI, renomado estudioso do Direito Empresarial. Segundo ASCARELLI, cada pessoa é titular de um verdadeiro e próprio direito de “paternidade dos próprios atos”, que pode ser compreendida apenas pela legítima atividade de crítica, de pesquisa historiográfica ou de criações artísticas desenvolvidas por terceiros. Esse direito articula-se com a possibilidade de reivindicar a paternidade dos próprios atos, de refutar a paternidade de atos não praticados e de opor-se a que se revele a paternidade de atos que se deseja conservar anônimos.⁷⁵ Esse entendimento, embora distante do grau de detalhamento que o direito à identidade pessoal atingiu pela sucessiva elaboração jurisprudencial e doutrinária, se revela sugestivo por possivelmente ter influenciado, ainda que inconscientemente, inclusive na linguagem, aquele que é considerado o primeiro pronunciamento jurisprudencial⁷⁶ que afirmou a existência do direito à identidade pessoal no ordenamento italiano.⁷⁷

Adriano DE CUPIS, renomado doutrinador italiano, trabalhando com o conceito tradicional, entende que o direito à identidade pessoal é o interesse da pessoa, juridicamente tutelável, de aparecer, no âmbito social, como aquilo que ela realmente é. A tutela da identidade pessoal se dá mediante a atribuição à pessoa do direito ao uso exclusivo de certos signos (ou sinais) distintivos pessoais (nome, pseudônimo, títulos, direito moral do autor)⁷⁸, de modo a impedir possíveis confusões com outros semelhantes. Entretanto, segundo o autor, os signos distintivos não exaurem o âmbito da tutela da identidade pessoal, pois há numerosas hipóteses nas quais a ofensa à identidade pessoal prescinde de um uso ilegítimo desses signos, como, por exemplo, quando se faz a representação de

⁷⁵ É interessante notar a semelhança de tal conceito com o direito moral do autor, que tutela tais direitos atrelados à sua obra. Assim, a Lei de Direitos Autorais (Lei nº 9610/98), tratando dos direitos morais do autor, dispõe:

“Art. 24. São direitos morais do autor:

I - o de reivindicar, a qualquer tempo, a autoria da obra;

II - o de ter o seu nome, pseudônimo ou sinal convencional indicado ou enunciado, como sendo o do autor, na utilização de sua obra;

(...)

III - o de assegurar a integridade da obra, opondo-se a quaisquer modificações ou à prática de atos que, de qualquer forma, possam prejudicá-la ou atingi-lo como autor, em sua reputação e honra.”

⁷⁶ Julgado de Roma, em 6 de maio de 1974, *supra*.

⁷⁷ Giorgio PINO, *Il diritto all'identità personale*, cit., p. 37.

⁷⁸ Cf. Adriano DE CUPIS, *Os Direitos da Personalidade*, trad. bras. de Antonio Celso Furtado Rezende, Campinas: Romana, 2004, *passim*.

uma pessoa omitindo alguns elementos reais ou acrescentando elementos irreais. Considerando que, em tais casos, o bem lesionado é o mesmo bem tutelado pelas disposições sobre signos distintivos, DE CUPIS conclui, por analogia, que essas possíveis lesões à identidade pessoal merecem a tutela do ordenamento jurídico. Outro argumento utilizado a favor da relevância jurídica da proteção à identidade pessoal deriva do direito de retificação, que está presente caso tal direito seja ofendido. Esse panorama é completado por duas conclusões, que restaram como os pontos mais consolidados em todo o debate sobre o tema. Em primeiro lugar, a lesão à identidade pessoal prescinde da ofensa à honra, isto é, a lesão à identidade ocorre pela afirmação falsa, mas não necessariamente difamatória, lesiva à honra. Em segundo lugar, o interesse à identidade pessoal é apresentado como o outro lado do direito ao resguardo (ou à privacidade): no primeiro caso há tutela da correta difusão e representação da verdade pessoal; no segundo, uma tutela contra a difusão indesejada da verdade pessoal.⁷⁹

DE CUPIS defende, então, que o direito à identidade pessoal é um direito subjetivo da personalidade e, como tal, essencial, intransmissível, indisponível e irrenunciável⁸⁰. Ele encontra aplicações particulares na disciplina do nome, do pseudônimo, da imagem e do direito de retificação. Ressalta, ainda, que, entre os vários sinais distintivos o nome é o único em que a identidade pessoal se apresenta como direito essencial e, portanto, direito da personalidade. Os demais signos distintivos pessoais – alcunha, pseudônimo, título, brasão –, embora conformem o bem da identidade pessoal, não seriam direitos essenciais, razão pela qual somente o direito ao nome seria a expressão da identidade pessoal, o que por sua vez o coloca como um direito da personalidade.⁸¹

O interesse substancial atinente a essas normas, ressalta ainda DE CUPIS, não é apenas o da identificabilidade do sujeito em relação a todos, mas também aquele à correta *representação social* da personalidade, o interesse a que a proteção da personalidade não seja desvirtuada pela atribuição não verdadeira de determinados fatos ou qualidades – o que chamou de tutela da verdade pessoal.⁸²

⁷⁹ Adriano DE CUPIS, “La verità nel diritto”. In: *Teoria e pratica del diritto civile*, Milano: Giuffrè, 1955, pp. 133-134.

⁸⁰ Cf. Adriano DE CUPIS, *Os Direitos da Personalidade*, trad. bras. de Antonio Celso Furtado Rezende, Campinas: Romana, 2004, pp. 19-68.

⁸¹ Cf. Adriano DE CUPIS, *Os Direitos da Personalidade*, cit., p. 330.

⁸² Adriano DE CUPIS, “La verità nel diritto”. In: *Teoria e pratica del diritto civile*, Milano: Giuffrè, 1955, pp. 135-136.

Seguindo essa linha de pensamento, Angelo SATURNO define o direito em questão – que é o mais novo integrante das situações de proteção da pessoa humana – como a pretensão de que as representações da personalidade alheia e das ações de um certo indivíduo respeitem a sua verdade intrínseca.⁸³

É árdua a tarefa de precisar um único conceito que explicita com clareza e completude o que é o direito em questão. Carlo AFFINITO apresenta uma definição extensa, mas bastante clara e coesa, ao entender que o direito à identidade pessoal tem por objeto o interesse da pessoa à intangibilidade da própria proteção social e a ver reconhecido externamente o próprio patrimônio intelectual, cultural, ideológico, social, político, religioso. Esse direito, portanto, tutela o interesse a não se atribuir – mediante descontextualização, ofuscamento, alteração, desvio e em desprezo dos critérios da correção, da diligência e da boa-fé – atos, pensamentos e afirmações contrários à verdade, à veracidade, à verossimilhança, ainda que mediante excesso ou abuso de direitos, de poderes e de liberdades, mesmo que reconhecidos ou garantidos pelo ordenamento. Para o autor, o direito à identidade pessoal é, então, espécie de direito da personalidade. Este último engloba o primeiro por ser mais amplo. Sendo assim, o direito à identidade pessoal teria natureza jurídica de direito subjetivo absoluto, essencial, personalíssimo, originário, não patrimonial, indisponível, imprescritível, irrenunciável e intransmissível.⁸⁴

Quanto às características apresentadas por Adriano DE CUPIS, ambos convergem para sua classificação como integrante do rol dos direitos da personalidade. A maior divergência, no entanto, está quanto à maneira com que cada autor coloca o direito à identidade pessoal neste rol.

Segundo Carlo AFFINITO, no direito à identidade pessoal está incluído – juntamente com os direitos à integridade moral, à identidade sexual, à identidade informática e à privacidade –, o rol não taxativo dos direitos da personalidade, que compreende ainda os tradicionais direitos à integridade física, ao nome, ao pseudônimo, à imagem, ao direito moral do autor e ao direito de inédito.⁸⁵

Dessa forma, para o autor, o direito à identidade pessoal seria como um direito amplo, que comporta outros direitos da personalidade: os previstos

⁸³ Angelo SATURNO, “Il diritto all’identità personale”, cit., p. 716.

⁸⁴ Carlo AFFINITO, *Del diritto all’identità personale e della personalità*. Disponível em: <http://www.illaboratorio.net/law_04.html>. Acesso em: 07 jul. 2005, p. 1.

⁸⁵ Carlo AFFINITO, *Del diritto all’identità*, cit, p. 1.

expressamente e os não previstos. Como já mencionado anteriormente, essa perspectiva é controvertida, podendo-se ressaltar, a título ilustrativo, a concepção de Adriano DE CUPIS, para quem o direito à identidade pessoal decorre do direito ao nome – esse mais amplo, em virtude de sua função identificadora – e exclui dos demais signos distintivos a característica pertencente à categoria de direitos da personalidade.⁸⁶

R. CAPELO DE SOUSA afirma, a seu turno, quanto à perspectiva portuguesa, que o bem da identidade reside na própria ligação de correspondência ou identidade da pessoa consigo mesma, uma vez que cada indivíduo é portador de uma unidade diferenciada, original e irrepetível, oponível externamente na qual todos os seus múltiplos elementos e expressões se aglutinam, se complementam e se projetam e se identificam. Para o autor, essa dinâmica estruturante de aglutinação, de coesão e de unidade do ser humano o constitui em sua identidade, fazendo com que se rejeite como desintegração de si mesmo a manipulação, a descontextualização ou a utilização heterônoma dos seus elementos físicos ou morais. Tal fato está ligado, sob seu ponto de vista, a profundas necessidades humanas, a ponto de a convivência social depender da sua salvaguarda. Assim, o direito à identidade pessoal, no ordenamento jurídico português, decorre do n. 1 do art. 26 da Constituição Portuguesa⁸⁷ e da cláusula geral do art. 70 do Código Civil Português,⁸⁸ fazendo com que se veja cada ser humano como um centro autônomo de interesses, reconhecendo o seu particular modo de ser e impondo aos outros o reconhecimento da sua identidade, fazendo com que as referências feitas a cada pessoa respeitem a sua identidade ontológica. Conclui, então, que o interesse jurídico da identidade humana é atingido não só nos casos em que os elementos ou sinais da identidade sejam falsificados, deturpados ou desviados dos fins próprios do respectivo titular, mas também nos casos em que a representação

⁸⁶ Cf. Adriano. DE CUPIS, “O Direito à Identidade Pessoal”. In: *Os Direitos da Personalidade*, trad. bras. de Antonio Celso Furtado Rezende, Campinas: Romana, 2004, p. 180.

⁸⁷ Art. 26.º (*Outros direitos pessoais*) “1. A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à protecção legal contra quaisquer formas de discriminação”.

⁸⁸ Artigo 70.º (*Tutela geral da personalidade*) “1. A lei protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral.
2. Independentemente da responsabilidade civil a que haja lugar a pessoa ameaçada ou ofendida pode requerer as providências adequadas às circunstâncias do caso, com o fim de evitar a consumação da ameaça ou atenuar os efeitos da ofensa já cometida”.

da pessoa não seja exata por omissão ou insuficiência nos elementos ou sinais retratados.⁸⁹

Verifica-se que com o passar do tempo, a significação do direito à identidade pessoal foi sendo aprofundada, na Itália. O conceito doutrinário atual na doutrina italiana, de acordo com G. PINO, compreende a identidade pessoal como *individualidade* pessoal, ou seja, como imagem social que o indivíduo projeta de si em relação ao conjunto das idéias, das convicções, das posições políticas, dos movimentos culturais e de qualquer outro que constitua expressão externa do patrimônio moral de qualquer indivíduo. A tutela desse interesse é ligada de maneira apenas eventual, ocasional, à tutela dos signos distintivos, e, ainda, é um bem jurídico que tem relevância de maneira totalmente autônoma.⁹⁰

Para Carlos Fernández SESSAREGO, doutrinador peruano e grande expoente do tema, a identidade pessoal é o conjunto de atributos e características que permitem individualizar a pessoa em sociedade. É tudo aquilo que faz com que cada qual seja si mesmo e não outro. Essa identidade se desprende no tempo e se coloca no passado desde o instante da concepção, onde se encontram suas raízes e sua história. É fluida, se cria com o tempo, é mutante. Esse é o aspecto dinâmico da identidade.⁹¹ Há, ainda, um aspecto estático.⁹² Quando nos achamos de frente com uma pessoa nos deparamos com uma imagem e um nome: o sujeito é identificado primariamente. O patrimônio ideológico-cultural de uma pessoa é constituído pelos seus pensamentos, opiniões, crenças, comportamentos que projetam no mundo da intersubjetividade. É a bagagem de características e atributos que definem a verdade pessoal. Então, o direito à identidade supõe a exigência do direito à própria biografia, que é a situação jurídica pela qual o sujeito tem direito de ser fielmente retratado em sua projeção cultural.⁹³

Há, no entanto, correntes contrárias a esse entendimento. Segundo Ezio CAPIZZANO⁹⁴, o direito ao nome, e só ele, compreende o direito à identidade

⁸⁹ Rabindranath CAPELO DE SOUSA, *O Direito Geral de Personalidade*, Coimbra: Coimbra, 1995, pp. 244-245.

⁹⁰ Giorgio PINO, *Il diritto all'identità personale*, cit., pp. 32 e 43.

⁹¹ Sobre o aspecto dinâmico da identidade pessoal, vide item 5.2, *infra*.

⁹² O aspecto estático, por sua vez, é tratado no item 5.1, *infra*.

⁹³ Carlos Fernández SESSAREGO, *Derecho a la identidad personal*, cit., pp. 234 e 344.

⁹⁴ A obra em referência é “La tutela del diritto al nome civile”. In: *Rivista del diritto commerciale*, 1962, I, pp. 241-311.

peçoal. Uma outra corrente de pensamento, formada por DE CUPIS⁹⁵ e BIANCA⁹⁶, entende que o direito ao nome é um aspecto do direito à identidade pessoal, que comportaria, além desse, o direito à identidade sexual e moral. São, dessa forma, aplicáveis à proteção da identidade pessoal as ações que abragem a defesa do nome, enquanto compatíveis: de tutela, de usurpação, de proibição, responsabilidade aquiliana, de retificação e ainda a tutela inibitória do uso sempre que haja possibilidade de prejuízo.⁹⁷

Segundo tais autores, portanto, o direito à identidade pessoal não seria um direito autônomo, mas sim derivado do direito ao nome, e a ele seriam aplicados os institutos existentes à tutela do nome pessoal.

A jurisprudência italiana deu relevância a três aspectos característicos do direito à identidade pessoal: i) o caráter onicompreensivo da personalidade do sujeito, representando a totalidade do seu patrimônio cultural, qualquer que seja sua específica manifestação, o que cada um realmente é e significa em sua projeção existencial; ii) a objetividade, isto é, a identidade pessoal está calcada na verdade, está entendida não em sentido absoluto, mas como a realidade cognoscível segundo os critérios da normal diligência e da boa-fé subjetiva; iii) a exterioridade: se refere ao sujeito em sua interação, em sua projeção social.⁹⁸

4.4

O direito à identidade pessoal como produto da evolução dos direitos da personalidade: questionamentos. Direito subjetivo? Direito autônomo?

Há, como já mencionado, grande divergência quanto à classificação da identidade humana. Alguns o reconhecem como um autêntico direito subjetivo, outros defendem que tal categoria de direito, de matriz eminentemente patrimonialista, não é apta a englobar interesses existenciais juridicamente protegidos, sendo mais adequado se falar em situação jurídica subjetiva.

Quanto à sua autonomia, encontra defensores tanto o entendimento de que seria direito autônomo da personalidade, decorrente do direito essencial de toda

⁹⁵ Adriano DE CUPIS, O Direito à Identidade Pessoal. In: *Os Direitos da Personalidade*, trad. bras. de Antonio Celso Furtado Rezende, Campinas: Romana, 2004, pp. 179 ss.

⁹⁶ M. C. BIANCA, *Diritto civile. La norma giuridica. I sogetti*, Milano: Giuffrè, 1978, *apud* Carlo AFFINITO, “Del diritto all’identità personale e della personalità”, cit., p. 1.

⁹⁷ Carlo AFFINITO, “Del diritto all’identità”, cit., p. 1.

⁹⁸ Carlos Fernández SESSAREGO, *Derecho a la identidad personal*, cit., p. 34.

pessoa sobre sua integridade moral, como aquele que o compreende como decorrente do direito ao nome, em razão de sua função identificadora.

Dessa forma, entendendo que esmiuçar suas características seja essencial para sua compreensão, e compreendê-las permite uma tutela jurídica mais adequada, passa-se ao seu estudo.

4.4.1 Direito subjetivo?

Antes de se colocar a discussão do direito à identidade pessoal como pertencente ou não à categoria de direitos subjetivos, há que se destacar, como pressuposto, que o direito à identidade pessoal possui natureza personalista, e não patrimonialista. Dessa natureza deriva a indisponibilidade, que exprime um princípio ético e social de inseparabilidade entre a pessoa humana e os aspectos mais íntimos da sua individualidade, e o que justifica que para os quais a melhor destinação dos dados pessoais, quiçá a única possível, é aquela que remanesce na esfera do seu titular.⁹⁹

É polêmico o tema do reconhecimento da identidade pessoal como integrante da categoria geral do direito subjetivo, sendo, ainda, questionada a sua autonomia frente os outros direitos da personalidade, com os quais apresenta elementos afins, bem como a possibilidade de defini-lo como um direito específico ou mesmo como um aspecto de um direito geral da personalidade.¹⁰⁰

De um lado, alguns autores italianos sustentam que os direitos da personalidade podem ser enquadrados como direitos subjetivos, em razão das peculiaridades estruturais dos atributos da personalidade em relação a outros bens suscetíveis de apropriação jurídica. Em tal caso, há que se falar em “direitos da personalidade”, ao invés de se considerar que haja um “direito geral da personalidade”. Defendem essa tese DE CUPIS, C. M. BIANCA, M. DOGLIOTTI, dentre outros.¹⁰¹ De outro lado, defendem haver um direito geral da personalidade P. PERLINGIERI¹⁰² e D. MESSINETTI¹⁰³.

⁹⁹ Angelo SATURNO, “Il diritto all’identità personale”, cit., p. 718.

¹⁰⁰ Giorgio PINO, *Il diritto all’identità personale*, cit., p. 134.

¹⁰¹ A. DE CUPIS, *I diritti della personalità*, Milano, Giuffrè, 1982, p. 13; C. M. BIANCA, *Diritto Civile I. La norma giuridica. I soggetti*, Milano, Giuffrè, 1990 (1978), p. 146; M. DOGLIOTTI, “Le

Giorgio PINO defende haver, nessa questão, um uso ideológico do conceito de direito subjetivo, que muitas vezes deixa de lado a discussão dogmática. Para o autor, a concepção mais moderna de direito subjetivo abandona aquela em que há uma relação de poder sobre um ente externo ao qual corresponde uma sujeição, para comportar uma noção de “complexa posição de vantagem reconhecida pelo ordenamento a um certo sujeito em relação a um certo bem, material ou imaterial”. Assim, em razão de o ordenamento assegurar a certos interesses a proteção jurídica – por exemplo, na forma de um poder de reação ou de inibição reconhecido por via direta ao titular daquele interesse –, poder-se-ia considerar aqueles interesses como direitos subjetivos.¹⁰⁴

Por outro lado, alguns não utilizam a noção de direito subjetivo, mas uma diversa, como a de interesse jurídico relevante ou outra similar. Objetiva-se, com isso, conferir relevância jurídica a determinados bens atinentes à esfera da personalidade humana, independente da sua qualificação em termos de direito subjetivo e caracterizada por uma gradação de proteção de interesse diversa, reconhecendo a tutelabilidade de interesses de várias naturezas diretamente ou indiretamente reconhecidos por uma norma legal. A dificuldade de se entender os bens da personalidade como direitos subjetivos se dá em razão da concepção do direito subjetivo como situação de vantagem ativa, como poder cujo conteúdo é uma faculdade de agir para a satisfação de um certo interesse. Nesse caso, falar-se-á genericamente de “bens da personalidade” ou de “atributos da personalidade” ou de diversos “interesses”: à identidade pessoal, à privacidade, etc. A diferença em relação à posição anterior é que para os defensores dessa tese, o “bem da vida” constitui objeto de uma “tutela objetiva” prestada pelo ordenamento, diferentemente da tutela dos direitos subjetivos, que dependem da existência de

persone fisiche”. In: *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, vol II, t. I, Torino, Utet, 1992, p.70 *apud* Giorgio PINO, *Il diritto all'identità personale*, cit., p. 136.

¹⁰² “O art. 2 Const. É uma norma diretamente aplicável e exprime uma cláusula geral de tutela da pessoa humana: o seu conteúdo não se limita a resumir os direitos tipicamente previstos por outros artigos da Constituição, mas permite estender a tutela a situações atípicas” (Pietro PERLINGIERI, *Perfis do Direito Civil*, cit., p. 155).

¹⁰³ P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, Jovene, 1972, pp. 139, 174; D. MESSINETTI, “Personalità (diritti della)”. In: *Enciclopedia del Diritto*, vol XXXIII, Milano, Giuffrè, 1983, pp. 355-406 *apud* Giorgio PINO, *Il diritto all'identità personale*, cit., p.138.

¹⁰⁴ Giorgio PINO, *Il diritto all'identità personale*, cit., pp. 138-139.

um válido título que o atribua. Nesse sentido, alguns representantes desse pensamento seriam F. SANTORO PASSARELLI, M. BESSONE, G. ALPA.¹⁰⁵

Outra corrente, à primeira vista semelhante a essa última, entende que não há como se enquadrar os direitos da personalidade na forma dos direitos subjetivos, relacionado com a apropriação de algo externo ao sujeito. A forma essencial da tutela jurídica da personalidade residiria num dever de abstenção, cuja violação legitima os poderes de reação da parte do interessado. Nesse caso, não se fala de direitos da personalidade ou de bens da personalidade, mas de uma “cláusula geral de tutela da personalidade”, ou de “valor jurídico da pessoa”, que estaria reconhecida no art. 2º da Constituição italiana¹⁰⁶. Aplicando-se ao ordenamento jurídico brasileiro, ao art. 1º, III, da Constituição Federal de 88 se apresenta como a cláusula geral de tutela da pessoa humana pela proteção da sua dignidade, trazendo, assim, como postulados, a defesa da igualdade, da integridade psicofísica, da liberdade e da solidariedade.¹⁰⁷ Os defensores desse pensamento seriam P. PERLINGIERI¹⁰⁸ e D. MESSINETTI,¹⁰⁹ na Itália, e Maria Celina BODIN DE MORAES¹¹⁰ e Gustavo TEPEDINO,¹¹¹ no Brasil.

Pietro PERLINGIERI é peremptório e esclarecedor:

“A essa matéria [situações existenciais] não se pode aplicar o direito subjetivo elaborado sobre a categoria do “ter”. Na categoria do “ser” não existe dualidade entre sujeito e objeto, porque ambos representam o ser, e a titularidade é institucional, orgânica. Onde o objeto de tutela é a pessoa, a perspectiva deve mudar; torna-se necessidade lógica reconhecer, pela especial natureza do interesse protegido, que é justamente a pessoa a constituir ao mesmo tempo o sujeito titular do direito e o ponto de referência subjetivo da relação. A tutela da

¹⁰⁵ F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, Jovene, 1989, p. 50; M. BESSONE, e G. Ferrando, “Persona fisica (diritto privato)”. In: *Enciclopedia del Diritto*, vol XXXIII, Milano, Giuffrè, 1983, p. 204; G. ALPA, M. BESSONE e V. ZENO-ZENCOVICH, “Obbligazione e contratti”. In: *Trattato di diritto privato*, dirigido por Pietro Rescigno, vol. XIV, t. VI, Torino, Utet, 1995, pp.136-162 *apud* Giorgio PINO, *Il diritto all’identità personale*, cit., pp. 136-137.

¹⁰⁶ Giorgio PINO, *Il diritto all’identità personale*, cit., p.138.

¹⁰⁷ Maria Celina BODIN DE MORAES, *Danos à Pessoa Humana*, cit., p. 127.

¹⁰⁸ “O art. 2 Const. É uma norma diretamente aplicável e exprime uma cláusula geral de tutela da pessoa humana: o seu conteúdo não se limita a resumir os direitos tipicamente previstos por outros artigos da Constituição, mas permite estender a tutela a situações atípicas” (Pietro PERLINGIERI, *Perfis do Direito Civil*, cit., p. 155).

¹⁰⁹ P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell’ordinamento giuridico*, Napoli, Jovene, 1972, pp. 139, 174; D. MESSINETTI, “Personalità (diritti della)”. In: *Enciclopedia del Diritto*, vol XXXIII, Milano, Giuffrè, 1983, pp. 355-406 *apud* Giorgio PINO, *Il diritto all’identità personale*, cit., p.138.

¹¹⁰ Maria Celina BODIN DE MORAES, *Danos à Pessoa Humana*. Uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais, cit., esp. pp. 117 et. seq.

¹¹¹ Gustavo TEPEDINO, “A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-constitucional Brasileiro”, cit., esp. pp. 47 et. seq.

pessoa não pode ser fracionada em isoladas *fattispecie* concretas, em autônomas hipóteses não comunicáveis entre si, mas deve ser apresentada como problema unitário, dado o seu fundamento representado pela unidade do valor da pessoa. Este não pode ser dividido em tantos interesses, em tantos bens, em isoladas ocasiões, como nas teorias atomísticas.”¹¹²

Maria Celina BODIN, filiando-se ao pensamento de P. PERLINGIERI, entende que considerando a vulnerabilidade da pessoa humana, não há que se discutir quanto à tipicidade ou atipicidade dos direitos da personalidade uma vez que o princípio constitucional da dignidade se apresenta como uma cláusula geral de tutela da pessoa humana. Da mesma maneira, para a autora, a controvérsia quanto ao pertencimento dos direitos da personalidade à categoria dos direitos subjetivos também fica esvaziada em função de a personalidade humana não depender dessa forma para se realizar, podendo fazê-lo por meio de “uma complexidade de situações jurídicas subjetivas, que podem se apresentar (...) sob as mais diversas configurações: como poder jurídico, como direito potestativo, como interesse legítimo, pretensão, autoridade parental, faculdade ônus, estado – enfim, qualquer circunstância juridicamente relevante”.¹¹³

Gustavo TEPEDINO, no mesmo sentido, sublinha que, em razão da “cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana”¹¹⁴ prevista na Constituição da República brasileira, a tutela da personalidade é elástica, significando, com tal expressão, a sua abrangência, fazendo com que a proteção do legislador e da cláusula constitucional em todas as situações, típicas e atípicas, em que a personalidade esteja implicada.¹¹⁵

Em razão da cláusula geral, se tem a personalidade não como um direito, mas como um valor, fundamental do ordenamento, que implica em uma série de situações existenciais abertas, capazes de tutelar a pessoa humana em todos os seus aspectos. A isso se denomina “situações subjetivas”, que podem ou não assumir a forma de direito subjetivo, sem perder de vista a unidade do valor em

¹¹² Pietro PERLINGIERI, *Perfis do direito civil*, trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 155.

¹¹³ Maria Celina BODIN DE MORAES, *Danos à Pessoa Humana*, cit., pp. 117-118.

¹¹⁴ Gustavo TEPEDINO, “A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-constitucional Brasileiro”, cit., p. 50.

¹¹⁵ Gustavo TEPEDINO, “A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-constitucional Brasileiro”, cit., p. 51.

questão, pois não existe um número determinado de hipóteses tuteladas, sendo tutelado o valor da pessoa.¹¹⁶

Assim, diante de tal perspectiva, parece mais acertado o posicionamento segundo o qual o art. 1º, III da Constituição Federal se apresenta como uma cláusula geral de tutela da pessoa humana, de modo a protegê-la de todas as maneiras necessárias, fazendo, inclusive, com que se possa adotar, sem necessidade de positivação, a aplicação da tutela da identidade pessoa no ordenamento jurídico brasileiro. Isso é possível porque esse instituto se apresenta como expressão da citada norma constitucional, possibilitando a proteção da identidade pessoa humana, entendida como sua verdade histórica, que não se encontra propriamente tutelada por nenhuma figura jurídica existente hoje no país.

4.4.2 Direito autônomo?

Quanto à autonomia, alguns autores entendem que não é necessária nem oportuna a configuração de um direito à identidade pessoal autônomo, uma vez que o relativo interesse substancial já estaria tutelável de maneira plenamente adequada através de uma interpretação extensiva das disposições existentes sobre o direito ao nome.¹¹⁷

Os defensores da tese da inutilidade do direito à identidade pessoal afirmam que o interesse a que a jurisprudência afirma ter dado uma tutela jurídica adequada, isto é, o interesse a que a própria personalidade individual não seja distorcida, já era adequadamente reconhecido pelo ordenamento, fazendo com que a criação desse novo direito importasse em uma duplicidade. O direito ao nome e o direito à imagem, para os defensores dessa tese, cuidavam da tutela externa da personalidade individual no seu complexo, como símbolo e manifestação da individualidade pessoal. Assim, entendem que a diferença entre a tutela do nome e da imagem em relação a tal direito é nula e, ainda que se entenda que há diferenças, essas podem ser supridas pela interpretação extensiva desses dispositivos. Assim, seria inútil confundir o alargamento operado em sede jurisprudencial da tutela ressarcitória de um direito ou de um interesse já existente

¹¹⁶ Pietro PERLINGIERI, *Perfis do Direito Civil*, cit., pp. 155-156.

¹¹⁷ Giorgio PINO, *Il diritto all'identità personale*, cit., p. 40.

com a criação de um direito novo. E não é só: se entende, também, que a configuração de um direito autônomo não é só inútil, mas também danosa, uma vez que, desse modo, uma área importante de tutela da personalidade estaria subtraída da esfera da reputação, com um conseqüente enfraquecimento da tutela ressarcitória.¹¹⁸

Percebe-se, assim, que embora minoritárias, não faltam vozes dissidentes. Objeta-se e questiona-se a necessidade de formular um novo direito, uma vez que o que se teria como seu objeto – a identidade pessoal – já seria matéria de tutela de parte de outros direitos ou resultaria, em todo caso, em um novo limite interno aos direitos de informação e crônica. No início dos anos 80, no entanto, os juristas, convencidos da necessidade de tutelar o interesse existencial referente à identidade pessoal, buscavam delimitar conceitualmente o direito à identidade a fim de distingui-lo, o mais nitidamente possível, dos demais direitos da pessoa com os quais tem vinculação estreita e essencial. Alguns autores, como o jurista italiano Paolo AUTERI¹¹⁹, assimilavam o direito à identidade pessoal àquele correspondente ao nome, sustentando que o objeto do direito ao nome não é o nome em si mesmo, mas a pessoa que com ele se identifica, isto é, o bem da identidade pessoal. Assim, segundo tal critério, não deveria haver qualquer dificuldade para se configurar, como uma lesão ao direito ao nome, a atribuição que se faça à pessoa de atos que ela não tenha realizado.¹²⁰

O mesmo autor questiona a sentença de 6 de maio de 1974, sobre a campanha do referendo sobre o divórcio, que reconheceu o direito à paternidade dos próprios atos para que não se altere a personalidade individual. Para ele, a utilização da defesa da paternidade dos próprios atos é suficiente a tutelar o caso posto, sem necessidade de se recorrer à criação do direito à identidade pessoal. Para tanto, recorre a ASCARELLI, que, baseando-se na lei sobre os direitos do autor e na lei de patentes, tinha elaborado um “direito geral à paternidade dos próprios atos”, que poderia ser utilizado para proteger o interesse a não ver falsamente atribuído ou desconhecido um ato que seja relevante para a valoração social da pessoa. Cumpre esclarecer, no que tange a essa proposta, que a posição de AUTERI

¹¹⁸ Giorgio PINO, *Il diritto all'identità personale*, cit., pp. 154-155.

¹¹⁹ Paolo AUTERI, “Diritto alla paternità dei propri atti e identità personale”. In: AA.VV, *Il diritto alla identità personale*, Padova: Cedam, 1981 p. 100 *apud* Carlos Fernández SESSAREGO, *Derecho a la identidad personal*, cit., pp. 23-24.

¹²⁰ Carlos Fernández SESSAREGO, *Derecho a la identidad personal*, cit., pp. 24-25.

compreende apenas um aspecto da identidade pessoal, que é bastante mais rico hoje que a formulação embrionária contida no fato que deu origem ao julgado em questão.¹²¹

A inadequação da criação de um direito autônomo à identidade pessoal é defendida principalmente pelo argumento de que essa noção excessivamente indeterminada é envolta de riscos, uma vez que pressupõe a solução de questões filosóficas muitas vezes ignoradas pelos juízes, podendo assim resultar em uma indevida compressão de idéias que seria objeto de expressão do poder público, representado pelo juiz. Diferentemente do outro entendimento – que nega que o interesse à correta representação externa da própria personalidade possua autonomia conceitual em relação à honra e à reputação e não só em relação nome e à imagem –, se nega que tal autonomia tenha sempre e de qualquer modo uma relevância jurídica que possa dar ensejo a uma pretensão ressarcitória. Contudo, o único instrumento que o direito pode colocar à disposição que impeça que a própria imagem social seja distorcida – de maneira não difamatória – não podem ser outras que a retificação¹²², a tutela inibitória e, eventualmente, uma indenização pecuniária, de acordo com o caso, mesmo que para reparar um dano não patrimonial.¹²³

Giorgio PINO esclarece que a concepção atual acerca do direito à identidade pessoal representa um salto qualitativo em relação ao entendimento tradicional, uma vez que há uma progressiva tendência a desvinculá-la do direito ao nome e à imagem, configurando, assim, um bem autônomo juridicamente relevante. Por outro lado, se observa que o direito à identidade pessoal assim concebido inaugura uma nova concepção na tutela da personalidade, de sentido oposto àquele que caracterizou o desenvolvimento do direito ao resguardo, uma vez que da proteção à intimidade, da defesa nos confrontos com a curiosidade alheia, se passa à tutela da pessoa em uma dimensão ativa, à tutela da pessoa nas relações sociais.¹²⁴

A desvinculação do direito à identidade pessoal do direito ao nome e à imagem se deu no momento em que se definiu que tais direitos tutelam a mera confusão entre sujeitos. Relacionando os signos distintivos com a representação

¹²¹ Carlos Fernández SESSAREGO, *Derecho a la identidad personal*, cit., pp. 59-60.

¹²² Giorgio PINO, *Il diritto all'identità personale*, cit., pp. 155-156.

¹²³ Carlos Fernández SESSAREGO, *Derecho a la identidad personal*, cit., p. 81.

¹²⁴ Giorgio PINO, *Il diritto all'identità personale*, cit., p. 43.

da personalidade do indivíduo, no entanto, se poderia ter um uso ilegítimo a partir do momento que se relaciona o sujeito não mais com sinais, mas com características pessoais que não lhe são próprias. A partir de então, se discutia a dificuldade de se distinguir o bem protegido pela identidade pessoal daqueles da honra e da reputação. Esse debate foi aprofundado e resolvido com a individualização de precisas características diferenciadoras. Destacou-se como a honra tem um aspecto substancialmente subjetivo, cuja ofensa pode derivar da imputação de um fato verdadeiro, e como a lesão à reputação (honra objetiva) se projeta na atribuição de fatos desabonadores, hábeis a causar um juízo de desvalor no público.¹²⁵ A lesão à identidade pessoal, no entanto, pode não afetar a honra ou a reputação. Basta, para que ocorra, que se imputem características não verdadeiras, não condizentes com o sujeito em questão e com os seus atos, ou a sua verdade histórica.

Alguns autores negam autonomia ao direito à identidade pessoal enquanto que outros expressam certas perplexidades e dúvidas quanto ao instituto, como Angelo FALZEA, Corrado DE MARTINI, Vincenzo SCALISI, Alessandro PACE, Paolo AUTERI, Sergio FOIS, Michele MARCHESIELLO. Essa última é um das mais fortes opositores, afirmando, inclusive que, na sua opinião, não há nada mais obscuro, frágil e precário que a noção de identidade pessoal, sendo algo extremamente particular e indefinível.¹²⁶

FALZEA, por sua vez, expressa sua perplexidade em relação ao conceito de identidade pessoal sustentando que ao se entender a identidade pessoal pela metáfora da “imagem social da pessoa”, ela consiste, em verdade, na imagem que a sociedade tem daquele indivíduo e, se assim for, não existindo nunca duas pessoas que vejam um sujeito do mesmo modo, não há unidade em relação à imagem que os outros fazem dela, pois não há uma unidade de características. Dessa forma, não há nada, em verdade. Não há, objetivamente, imagem alguma a ser tutelada uma vez que o que se tem é somente uma multiplicidade de imagens

¹²⁵ Angelo SATURNO, “Il diritto all’identità personale”, cit., pp. 722-730.

¹²⁶ Michele MARCHESIELLO, *Persona, gruppi, comunità in cerca di un diritto alla identità personale*. In: AA.VV., *Il diritto alla identità personale*, Padova, Cedam, 1981, p. 09 *apud* Carlos Fernández SESSAREGO, *Derecho a la identidad personal*, cit., p. 117.

que formam cada pessoa e que não são passíveis de qualquer composição. Assim, para o autor, a imagem juridicamente protegida é aquela que o juiz apreende.¹²⁷

Para DE MARTINI, opositor já mencionado, o problema relativo à identidade pessoal é metajurídico. Considera, no entanto, que, como tema vinculado ao ser, a identidade pessoal é uma noção que pertence ao âmbito da filosofia ou da sociologia. O termo “identidade”, para ele, é semanticamente ambíguo, podendo designar a essência de um sujeito, o seu “ser” ou o modo pelo qual o próprio sujeito se percebe ou ainda como é percebido pela comunidade. Assim, para o autor não está claro onde termina a subjetividade e começa a objetividade.¹²⁸

FOIS defende, por sua vez, que o direito a não ser apresentado com uma “falsa luz” deveria ser considerado como integrante do direito à privacidade, não se justificando uma diferenciação, mas apontando que falta uma elaboração da doutrina do que seria a distinção entre privacidade e identidade. Além disso, o autor nega que haja um fundamento constitucional para o direito à identidade pessoal no ordenamento jurídico italiano, entendendo que, na melhor das hipóteses, esse direito seria uma consequência reflexa, indireta, do direito à inviolabilidade moral previsto no art. 13 da Constituição italiana.¹²⁹

PACE coloca suas dúvidas quanto à possibilidade de fazer novos direitos derivarem de uma cláusula geral constitucional, como no caso do art. 2º da Constituição italiana. Para ele, não existe uma “verdade pessoal”, sendo a proibição de se afirmar falsidades ou inexatidões apenas um limite à liberdade de expressão do pensamento, sem que signifique, por essa via, uma situação jurídica subjetiva distinta.¹³⁰

¹²⁷ Angelo FALZEA, “Il diritto alla identità personale”. In: AA.VV., *La lesione dell'identità personale e il danno non patrimoniale*, Milano, Giuffrè, 1985, p. 89 *apud* Carlos Fernández SESSAREGO, *Derecho a la identidad personal*, cit., p. 117.

¹²⁸ Corrado DE MARTINI, “Il diritto alla identità personale nella speriienza operativa”. In: AA.VV., *La lesione dell'identità personale e il danno non patrimoniale*, Milano, Giuffrè, 1985, p. 89 *apud* Carlos Fernández SESSAREGO, *Derecho a la identidad personal*, cit., p. 118.

¹²⁹ Sergio FOIS, “Il diritto alla identità personale nel quadro dei diritti del' uomo”. In: AA.VV., *Il diritto alla identità personale*, Padova, Cedam, 1981, p. 09; “Questioni sul fondamento costituzionale del diritto alla identità personale”. In: AA.VV., *L'informazione e i diritti della persona*, Napoli, Jovene, 1983 *apud* Carlos Fernández SESSAREGO, *Derecho a la identidad personal*, cit., p. 118.

¹³⁰ Alessandro PACE, “Il c.d. diritto alla identità personale egli artiolo 2 e 21 della Costituzione”. In: AA.VV., *Il diritto alla identità personale*, Padova, Cedam, 1981, p. 38 *apud* Carlos Fernández SESSAREGO, *Derecho a la identidad personal*, cit., p. 119.

AUTERI, a seu turno, apresenta dúvidas quanto à possibilidade de formular um direito à identidade pessoal tal como propõe a doutrina. Entretanto, ao manifestar sua opinião contrária à nova figura jurídica, ressalta que é um dos poucos que discordam da orientação favorável ao reconhecimento do direito à identidade pessoal.¹³¹

ALAGNA questiona o que se poderia considerar como a imagem “social” de um indivíduo, suscitando qual seria a imagem social “verdadeira” e “objetiva” de um homem político, por exemplo, que aparece de um modo diverso, às vezes contrastante e nem sempre conciliável quando se coloca com os diversos setores daquele seu contexto específico. Conclui, então, que parece excessivo se referir à existência de um verdadeiro e próprio direito à identidade pessoal, sendo mais apropriado colocar em questão o que viria a ser um “interesse”, sobre a base de sua relativa e limitada tutela individualizada tanto para jurisprudência quanto para a doutrina.¹³²

Quanto à objetividade dos conteúdos da identidade pessoal e à neutralidade axiológica do fato falsamente atribuído, a especificidade da figura do direito à identidade pessoal reside sobretudo no interesse à veracidade dos fatos sobre os quais se fundará o juízo do público.¹³³

A proteção da verdadeira projeção da personalidade faz com que se entenda violado o direito à identidade pessoal mesmo quando, paradoxalmente, as imputações não verdadeiras tornem a personalidade mais abonadora ao invés de piorá-la, ou ainda, como já dito, quando não é possível valorar se a representação deturpada é desabonadora ou ainda melhor que a representação verdadeira.¹³⁴

Como conceituado atualmente, todo interesse existencial digno de tutela jurídica assume a qualidade de um direito da pessoa, que deriva da sua própria dignidade, ainda que o ordenamento jurídico positivo não tenha ainda reconhecido esse “interesse existencial” como um verdadeiro e objetivo direito subjetivo. O aspecto decisivo é a existência de um real interesse humano a tutelar. Essa exigência existencial, que é a identidade pessoal, se apresenta como uma das

¹³¹ Paolo AUTERI, “Diritto alla paternità dei propri atti e identità personale”. In: AA. VV, *Il diritto alla identità personale*, Padova: Cedam, 1981, p. 98 *apud* Carlos Fernández SESSAREGO, *Derecho a la identidad personal*, cit., p. 119.

¹³² Sergio ALAGNA, “Diritto alla identità personale e rissarcibilità del danno non patrimoniale”. In: *Giustizia Civile*, 1983-II-162 *apud* Carlos Fernández SESSAREGO, *Derecho a la identidad personal*, cit., pp. 119-120.

¹³³ Angelo SATURNO, “Il diritto all’identità personale”, cit., p. 723.

¹³⁴ Carlos Fernández SESSAREGO, *Derecho a la identidad personal*, cit., p. 81.

dimensões da estrutura do ser humano e que, independentemente de previsão expressa pelo direito positivo, deve ser protegido e encontra fundamento para tanto.¹³⁵

A identidade pessoal está envolta entre a personalidade do indivíduo e os fatos, os comportamentos em que se manifesta, a verdadeira representação que se quer garantir. A primeira objeção da doutrina a essa figura remete à passagem da tutela dos meros signos distintivos para aquela do complexo de características do indivíduo, em que se dizia que, não se conseguindo delimitar a identidade do indivíduo, a certeza do direito não poderia ser garantida. Naquele momento, apoiando-se em considerações metajurídicas, se destacava como a personalidade humana é mutante e incerta para se poder realisticamente pretender a definição e a tutela dos juristas. A ocorrência de pronunciamentos jurisprudenciais que se sucediam sobre o tema demonstrou, no entanto, uma dimensão um tanto mais simples, segundo a qual a identidade pessoal se resolve no delineamento, com base em provas e contraprovas fornecidas pelas partes, da veracidade do fato que se assume como representativo da personalidade do sujeito.¹³⁶

É possível afirmar que o direito à identidade pessoal estaria presente mesmo na cultura italiana menos recente, abrigando-se na sombra de outros direitos da personalidade, como o direito ao nome e à imagem, para enfim encontrar uma consistência jurídica autônoma em um momento histórico preciso, a partir da metade dos anos setenta, no momento em que se maturaram as condições culturais, sociais e institucionais, favorecendo a sua emersão.¹³⁷

A Corte de Cassação italiana, manifestando-se em diversos julgados, entendeu que o direito à identidade pessoal, enquanto elemento de tutela da identidade do sujeito, com o seu complexo de experiências, de convicções, de ações a ele imputáveis, é um direito fundamental típico, e que encontra assento constitucional, mais precisamente no art. 2º da Constituição¹³⁸ daquele país.¹³⁹

¹³⁵ Carlos Fernández SESSAREGO, *Derecho a la identidad personal*, cit., p. 120.

¹³⁶ Angelo SATURNO, “Il diritto all’identità personale”, cit., p. 719.

¹³⁷ Giorgio PINO, *Il diritto all’identità personale*, cit., p. 44.

¹³⁸ Art. 2. *La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale.* Tradução: “A República reconhece e garante os direitos invioláveis do homem, quer como indivíduo, quer nas formações sociais onde desenvolve a sua personalidade e exige o cumprimento dos deveres inderrogáveis de solidariedade política, econômica e social”. (P. PERLINGIERI, *Perfis do Direito Civil*, cit., p. 321).

¹³⁹ Giorgio PINO, *Il diritto all’identità personale*, cit., p. 97.

No Brasil, embora não tenha havido qualquer decisão jurisprudencial que aborde tal questionamento explicitamente, seguindo o pensamento de Maria Celina BODIN DE MORAES¹⁴⁰ e Gustavo TEPEDINO¹⁴¹, o tema também pode ser assim entendido, em razão da existência da cláusula geral de tutela da pessoa humana prevista no art. 1º, III da Constituição da República, que tem por função principal proteger a pessoa humana em todas as suas manifestações.¹⁴² Dessa forma, o direito à identidade pessoal encontra assento constitucional, podendo ser aplicado no Direito brasileiro, mesmo que atípico, em razão do Princípio Constitucional em questão.

4.5 A experiência de outros países

Uma vez que foram trazidas as primeiras experiências italianas, serão resumidamente apresentados, a título meramente ilustrativo, países que prevêm a proteção do direito à identidade pessoal em seus ordenamentos jurídicos, ressaltando-se mais uma vez, por oportuno, que é na Itália o lugar de maior desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial desse direito. Não se pretende, com isso, fazer um estudo de direito comparado, mas apenas, como já dito, trazer um breve recorte do direito à identidade pessoal em outros países.

4.5.1 O direito à identidade pessoal na Alemanha

Na Alemanha há uma visão centrada no direito geral da personalidade que acolhe uma série de direitos não expressamente previstos. É possível identificar, naquele sistema jurídico, um interesse perfeitamente adequado ao direito à identidade pessoal, uma vez que os tribunais alemães tratam de um “*recht auf identität*”, que é violado quando se atribui a um sujeito opiniões que lhe atribuem uma imagem não correspondente à realidade. Sua tutela requer dois pressupostos:

¹⁴⁰ Maria Celina BODIN DE MORAES, *Danos à Pessoa Humana*, cit., pp. 117-118.

¹⁴¹ Gustavo TEPEDINO, “A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-Constitucional Brasileiro”, cit., pp. 50-51.

¹⁴² Vide item 4.3, *supra*.

primeiramente, que as opiniões ou fatos atribuídos ao interessado sejam falsos ou inexatos; e, ainda, que tais fatos ou opiniões não ofendam a sua honra, porque nesse caso estar-se-ia diante de um caso de violação do direito à honra. Trata-se de um direito de criação jurisprudencial sem qualquer previsão legislativa específica, decorrendo da cláusula geral do direito geral da personalidade, baseado na Constituição alemã. O direito à identidade pessoal é mais abrangente na Alemanha que na Itália, pois protege ainda o respeito à identidade cultural dos sujeitos pertencentes a minorias e à identidade de grupos. Há institutos como o “direito à correta representação da própria imagem existencial” e à “livre autodeterminação informativa”, pertencentes à identidade pessoal.¹⁴³

4.5.2 O direito à identidade pessoal na França

No direito francês, assim como no direito italiano, “*l’identité personnelle*” se refere, ao mesmo tempo, tanto aos signos distintivos pessoais e à imagem da pessoa, quanto à individualidade pessoal, assim como à dos pensamentos, dos sentimentos, opiniões e outros, atribuídos a uma determinada pessoa enquanto manifestadas por ela na vida de social. Assim, pode-se firmar que o direito francês inclui, no rol dos direitos da personalidade, um direito à identidade pessoal (*droit à l’identité personnelle*) também definido como *drot à l’authenticité*, amplamente tutelado por orientações jurisprudenciais inovadoras com relação à originária imposição do *Code Civil* e objeto de uma particular atenção da parte do legislador em razão da Lei 6 de Janeiro de 1978,¹⁴⁴ que assegura uma série de direitos (de acesso, de comunicação e de retificação) com o objetivo de evitar que o tratamento dos dados pessoais possa resultar em uma manipulação da identidade pessoal.¹⁴⁵

No ordenamento jurídico francês se entende, ainda, que o direito à identidade pessoal abrange o prenome, o sobrenome, a nacionalidade, data de

¹⁴³ Giorgio PINO, *Il diritto all’identità personale*, cit., pp. 45-46.

¹⁴⁴ “Loi n° 78-17 du 6 Janvier 1978 relative à l’informatique, aux fichiers et aux libertés. Article 1er. L’informatique doit être au service de chaque citoyen. Son développement doit s’opérer dans le cadre de la coopération internationale. Elle ne doit porter atteinte ni à l’identité humaine, ni aux droits de l’homme, ni à la vie privée, ni aux libertés individuelles ou publiques.”. Disponível em: <<http://www.cnil.fr/index.php?id=301>>. Acesso em 30 abr. 06.

¹⁴⁵ Giorgio PINO, *Il diritto all’identità personale*, cit., pp. 48-50.

nascimento (o que aqui denominados como aspecto estático da identidade pessoal) e tal entendimento se expressa sobretudo na interpretação dos artigos 7º e 8º da *Convention des droits de l'enfant*.¹⁴⁶

4.5.3

O direito à identidade pessoal nos Estados Unidos

Nos Estados Unidos também é reconhecido um interesse substancial equivalente ao direito à identidade pessoal, que é o instituto denominado *false light in the public eye*, considerado como um desdobramento da tutela da *privacy*. Tal direito tutela o interesse a não se ver culposamente difundida uma errônea representação de um outro sujeito aos olhos da coletividade, atribuindo-lhe fatos ou opiniões não próprias, e ocasionando no sujeito mal representado sentimentos de humilhação. Entende-se que a representação errada deve ser tal a gerar o dissabor de uma pessoa razoável com base nas circunstâncias do caso, o que pode causar um subjetivismo exacerbado na aplicação do instituto, por exemplo no caso de indivíduos hipersensíveis, devendo ocorrer a distorção sobre fatos essenciais que caracterizam a personalidade de um certo indivíduo.¹⁴⁷

Um caso que se tornou famoso sobre a violação da identidade pessoal nos Estados Unidos foi o do policial americano George Noonan. Não-fumante convicto, passou vinte e dois anos de sua carreira educando os cidadãos de Boston acerca dos riscos que o consumo de tabaco causa à saúde. Em 1992, uma propaganda de página inteira de uma marca de cigarros, a *Winston Cigarettes*, foi

¹⁴⁶ Article 7. “L'enfant est enregistré aussitôt sa naissance et a dès celle-ci droit à un nom, le droit d'acquérir une nationalité et, dans la mesure du possible, le droit de connaître ses parents et d'être élevé par eux.”

Article 8. “Les Etats s'engagent à respecter le droit de l'enfant de préserver son identité, y compris sa nationalité, son nom et ses relations familiales, tels qu'ils sont reconnus par la loi”. Disponível em: < <http://www.droitspartages.org> >. Acesso em: 30 abr. 06.

¹⁴⁷ “(i) The appellant has a ownership of an enforceable right of her identity or persona; (ii) the respondent has used some aspects of the appellant's identity in such a way that the appellant is identifiable for that use; (iii) without the consent of the appellant, the rights owner; and (iv) the unauthorized use is likely to cause damage to the commercial value of the appellant's persona. Therefore, the appellant here claims for her publicity right. False light in the public eye has been identified as protecting against false attribution of brief or utterance, such as a fictitious testimonial used in advertising to use a photo with which they have no connection. The distortion in a false way is a kind of false light. Both statute law and common law recognize a tort of distortion of someone's personality which is different from the subject's real personality. It provides a protection against an inaccurate portrayal, doctoring or distortion of someone's identity or personality”. Disponível em: <<http://users.ox.ac.uk/~ejip/Holborn%20Submission%201.doc>>. Acesso em: 28 abr. 06.

veiculada em uma série de revistas francesas, utilizando-se nela uma foto de Noonan montado a cavalo, com o uniforme da polícia de Boston. A imagem fora captada por um fotógrafo, sem seu consentimento, que a vendeu dois anos depois para uma agência de publicidade francesa. O uso desautorizado de sua imagem causou-lhe, em consequência, dano profissional e embaraço. Diante disso, George Noonan processou a agência de publicidade, do fotógrafo e a empresa de cigarros.¹⁴⁸

O pleito não teve como fundamento o direito à identidade pessoal, ou o instituto da *false light*. Contudo, parece clara a sua violação na hipótese. Houve uma usurpação da imagem, que foi obtida e utilizada sem o consentimento do autor. Não há que se falar em violação da honra porque fumar não é em si um ato desonroso; há, porém, um dano ainda maior: o dano à identidade pessoal.

4.5.4

O direito à identidade pessoal no ordenamento jurídico português

CAPELO DE SOUSA destaca que o direito à identidade pessoal, no ordenamento jurídico português, decorre do nº 1 do art. 26 da Constituição Portuguesa¹⁴⁹ e da cláusula geral do art. 70 do Código Civil Português¹⁵⁰, fazendo com que se veja cada homem como um centro autônomo de interesses. Assim, o interesse jurídico da identidade humana é atingido não só nos casos em que os elementos ou sinais da identidade sejam falsificados, deturpados ou desviados dos fins próprios do respectivo titular, mas também nos casos em que a representação da pessoa não seja exata por omissão ou insuficiência nos elementos ou sinais retratados.¹⁵¹

¹⁴⁸ Disponível em: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=search&case=/data2/circs/1st/971132.ht>>. Acesso em: 29 jul. 2006.

¹⁴⁹ Art. 26.º (Outros direitos pessoais) “1. A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à protecção legal contra quaisquer formas de discriminação.”

¹⁵⁰ Artigo 70.º (Tutela geral da personalidade) “1. A lei protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral.

2. Independentemente da responsabilidade civil a que haja lugar a pessoa ameaçada ou ofendida pode requerer as providências adequadas às circunstâncias do caso, com o fim de evitar a consumação da ameaça ou atenuar os efeitos da ofensa já cometida.”

¹⁵¹ Rabindranath CAPELO DE SOUSA, *O Direito Geral de Personalidade*, Coimbra: Coimbra, 1995, pp. 244-245.

No direito português, a tutela do direito à identidade pessoal abrange: (i) elementos psicossomáticos do indivíduo, que compreendem a sua imagem física, seus gestos, sua voz, escrita, seu “retrato moral”; (ii) a “inserção sócio-ambiental” de cada pessoa, como sua imagem de vida, sua história pessoal, seu decoro, reputação ou bom nome, seu crédito, sua identidade sexual, familiar, racial, lingüística, política, religiosa e cultural; e, por fim, (iii) os sinais sociais de identificação humana, como o nome e o pseudônimo, que são os principais, e também sobre os acessórios, como o reconhecimento da filiação, a naturalidade e o domicílio, que integram o “conteúdo do bem personalístico da identidade”.¹⁵²

4.5.5

O direito à identidade pessoal na Espanha e no Peru

Carlos Fernández SESSAREGO destaca que, a partir da estrutura unitária do ser humano, a pessoa merece um tratamento que esteja de acordo com a sua realidade, isto é, uma tutela unitária e integral, e que, para tanto, deve fundar-se em um princípio constitucional, geral e aberto, que contém as mais modernas constituições. É o caso, por exemplo, do art. 2º da Constituição italiana, do art. 10 da Constituição espanhola e do art. 4º da Constituição peruana. Tal princípio não faz com que se reconheça um único direito apenas, não impedindo, assim, que a doutrina e a jurisprudência reconheçam a existência de interesses existenciais dignos de tutela e, ao longo do tempo, firmem um reconhecimento normativo, se for o caso. Os direitos da pessoa não conformam um rol taxativo de direitos, independentes uns dos outros, que esgota, em um determinado momento histórico, uma tutela integral da pessoa humana. Cada um desses direitos, necessariamente vinculados uns com os outros, uma vez que possuem um único fundamento, tutela um aspecto do rico e complexo universo pessoal. Cada um dos direitos subjetivos protege uma das múltiplas facetas que articulam a personalidade, sem que se possa considerá-los como existencialmente autônomos, ainda que possam ser teoricamente sistematizados, tratados e definidos.¹⁵³

¹⁵² Rabindranath CAPELO DE SOUSA, *O Direito Geral de Personalidade*, cit., pp 246-252.

¹⁵³ Carlos Fernández SESSAREGO, *Derecho a la identidad personal*, cit., pp. 238-239.

5

Aspectos Estático e Dinâmico do Direito à Identidade Pessoal

Introdução

Quando se faz referência à tutela da “verdade pessoal”, manifestada através da projeção social da personalidade, não se está aludindo à identidade estática, física, mas à identidade denominada “dinâmica”¹, como um conjunto complexo de atributos e qualificações da pessoa. Esse é o interesse existencial que tende a ser incorporado nos ordenamentos jurídicos. A identidade dinâmica se diferencia da estática, mas uma e outra, complementarmente, conformam a identidade da pessoa, uma vez que esta pressupõe a conjunção das duas vertentes.

É importante frisar que a identidade pessoal comporta, especialmente na identidade estática, aspectos de alguns direitos autônomos, como a imagem e o nome. Isso ocorre, como se disse, em apenas alguns aspectos, bastante específicos e por vezes até não abrangido no direito em questão. O conjunto desses aspectos desses direitos conforma o que chamamos de identidade pessoal, que os contém mas não se confunde com eles. Por isso dir-se-á, em alguns momentos, que se relaciona, mas não se confunde.

Passa-se, assim, à análise desses dois elementos.

¹ Vide item 5.2, *infra*.

5.1 Aspecto estático

Muitas vezes, na utilização do conceito de “identidade pessoal” se faz referência à identidade estática, sendo esta também conhecida simplesmente como “identificação”. A identidade estática compreende os aspectos em regra imutáveis da pessoa, como o nome, (v. 5.1.1), a identificação física (5.1.2) e a imagem (5.1.3)² e, portanto, não esgota o conhecimento de um ser humano; somente proporciona os dados do seu “contorno”.³ Cada um dos seus aspectos é abordado especificamente a seguir.

5.1.1 Nome

O nome é o sinal verbal que identifica imediatamente e com clareza a pessoa a quem se refere. Através dele o indivíduo é designado na língua que é comum aos outros, e a sua identificação é possível mesmo na sua ausência. Não se pode esquecer, outrossim, que é o meio próprio para designar qualquer ente, mas adquire maior relevância social e jurídica quando utilizado para individualizar pessoas.⁴

Por conseguinte, o nome é aquilo que se utiliza primariamente para identificar e individualizar uma pessoa, seja na sociedade como um todo ou até mesmo em seu núcleo familiar. É tido, assim, como o sinal principal de identificação humana.⁵ Tal como o utilizamos hoje, o nome é composto, significando, desse modo, que é formado por pelo menos dois elementos: o *prenome*, que é a designação do indivíduo, e o *sobrenome*, ou *patronímico*, característico da família a qual pertence, transmissível hereditariamente pela continuação do nome paterno ou pela combinação do materno com o paterno.⁶

² Cf. Ricardo Luis LORENZETTI, *Fundamentos do Direito Privado*, trad. bras. de Vera Maria Jacob de Fradera, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 483.

³ Carlos Fernández SESSAREGO, *Derecho a la identidad personal*, cit., pp. 25-26.

⁴ Adriano DE CUPIS, *Os Direitos da Personalidade*, Campinas: Romana, 2004, p. 143.

⁵ Renan LOTUFO, *Código Civil Comentado: Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 943.

⁶ Caio Mario da Silva PEREIRA, *Instituições do Direito Civil*, vol I, Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 244.

Inicialmente, o nome era entendido, consoante doutrina francesa, como um direito de propriedade. Dizia-se, assim, que “o nome forma objeto da propriedade mais sagrada, primeira entre todas as propriedades”⁷. Entretanto, esse posicionamento está há muito ultrapassado, bastando, para refutar sua suposta característica dominial, que se observe que o nome não tem por objeto um bem patrimonial exterior ao sujeito⁸, e, ainda, que a propriedade, diferentemente do nome, é via de regra, alienável, prescritível tem valor econômico intrínseco e é exclusiva. O nome, por sua vez, é inalienável e imprescritível, não tem valor econômico próprio e não pode ser dotado de exclusividade, sendo repetido e usado por pessoas diferentes. Há que se ressaltar, contudo, que esse pensamento patrimonialista teve sua relevância, uma vez que afirmou o caráter absoluto e inviolável desse direito.⁹

O Código Civil de 1916 não previa a existência do direito ao nome ou de qualquer direito da personalidade uma vez que Clóvis Beviláqua o entendia como a designação da personalidade e, esta, um complexo de direitos, não apenas um direito. De acordo com tal pensamento, o jurista – e autor do anteprojeto daquele Código Civil – defendia que o nome não poderia ser um direito singularmente considerado, uma vez que designaria o núcleo de onde irradiam os direitos.¹⁰

Hoje é uníssono o entendimento de que o nome é direito da personalidade, pois toda e qualquer pessoa, natural ou jurídica, tem direito a ele. O Código Civil de 2002 tratou da proteção do nome no Capítulo referente aos direitos da personalidade, nos arts. 16 a 19.¹¹

A imutabilidade é uma das características essenciais do direito ao nome, pois há nele uma função identificadora primordial, seja no âmbito estatal, social ou privado. Dessa forma, uma vez que se encontra intimamente ligado à identidade pessoal, remetendo imediatamente ao seu portador e permitindo a sua

⁷ Adriano De Cupis, *Os Direitos da Personalidade*, Campinas: Romana, 2004, p. 184.

⁸ Adriano DE CUPIS, *Os Direitos da Personalidade*, cit., p. 184.

⁹ Caio Mario da Silva PEREIRA, *Instituições do Direito Civil*, vol I, Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 244.

¹⁰ Clóvis BEVILAQUA, *Comentários ao Código Civil*, vol. I, Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1944, 7ª ed., p. 213 *Apud* Maria Celina Bodin de MORAES, *A tutela da Identidade Pessoal no Código Civil de 2002*, p. 3.

¹¹ “Art. 16. Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome.

Art. 17. O nome da pessoa não pode ser empregado por outrem em publicações ou representações que a exponham ao desprezo público, ainda quando não haja intenção difamatória.

Art. 18. Sem autorização, não se pode usar o nome alheio em propaganda comercial.

Art. 19. O pseudônimo adotado para atividades lícitas goza da proteção que se dá ao nome”.

identificação no meio social, o nome civil somente pode ser alterado em circunstâncias excepcionais, com justa motivação e desde que não imponha prejuízo para terceiros. É o que preconiza o art. 58¹² da Lei de Registros Públicos.
13

O princípio da imutabilidade está sendo relativizado em virtude da previsão de algumas possibilidades de alteração¹⁴, como no caso do nome vexatório. Diante da importância da proteção da pessoa e da atribuição de um nome digno houve, inclusive, alteração na Lei de Registros Públicos, que passou a prever a hipótese de vedação do seu registro, nesse caso¹⁵. Nesse mesmo sentido, é imperativo destacar o que observa Maria Celina BODIN DE MORAES quanto à importância dessa alteração na Lei de Registros Públicos no que tange ao registro do nome que expõe a pessoa a ridículo e a relação existente entre o direito ao nome e o direito à identidade pessoal. Assim:

“(...) na atualidade, o valor supremo do nosso ordenamento jurídico é de ser atribuído à pessoa humana, que se individualiza através do direito de portar um nome que a dignifique. Emblemático, neste sentido, o julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que admitiu a mudança de prenome (de Cristalina para Catarina), sob o fundamento de que “o sofrimento real da pessoa em portar nome desagradável prejudica o desenvolvimento de sua personalidade e diminui-lhe psicológica e socialmente, o que pode ser medido pela reação na convivência. A moderna compreensão de atributo da personalidade cuida hoje da pessoa, superando a inflexibilidade da doutrina reacionariamente patrimonialista que impedia a troca.”^{16, 17}

¹² Art. 58, *caput*. “O prenome será definitivo, admitindo-se, todavia, a sua substituição por apelidos públicos notórios”.

¹³ Cristiano Chaves de FARIAS, *Direito Civil. Teoria Geral*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, cit., pp. 185 e 186.

¹⁴ Art. 57. “Qualquer alteração posterior de nome, *somente por exceção e motivadamente*, após a audiência do Ministério Público, será permitida por sentença do juiz a que estiver sujeito o registro, arquivando-se o mandado e publicando-se a alteração pela imprensa”. (destacou-se).

¹⁵ Lei de Registro Públicos, Art. 55, parágrafo único: “Os oficiais do registro civil não registrarão prenomes suscetíveis de expor ao ridículo os seus portadores. Quando os pais não se conformarem com a recusa do oficial, este submeterá por escrito o caso, independente da cobrança de quaisquer emolumentos, à decisão do juiz competente.”

Art. 56. O interessado, no primeiro ano após ter atingido a maioridade civil, poderá, pessoalmente ou a por procurador bastante, alterar o nome, desde que não prejudique os apelidos de família, averbando-se a alteração que será publicada pela imprensa.

Art. 57. Qualquer alteração posterior do nome, *por exceção e motivadamente*, após audiência do Ministério Público, será permitida por sentença do juiz a que estiver sujeito o registro, arquivando-se o mandado e publicando-se a alteração pela imprensa”. (destacou-se)

¹⁶ Faz-se referência a *RTJRGS 150/643*.

¹⁷ Maria Celina BODIN DE MORAES, “A Tutela da Identidade Pessoal no Código de 2002”, mimeo, *passim*.

As disposições atinentes ao nome, no Direito brasileiro, abrangem, ainda, a possibilidade de sua modificação pela inserção, com a superveniência do casamento, e retirada ou manutenção, com o divórcio, do sobrenome do cônjuge. Deve-se mencionar que há, ainda, controvérsia quanto à possibilidade de alteração do nome do transexual, ressaltando-se que a discussão é permeada pelo embate entre o princípio da imutabilidade do nome e os princípios da proteção da intimidade e da vida privada e da possibilidade de alteração do nome que exponha a pessoa a situação vexatória.¹⁸

O direito ao nome, para Francesco DEGNI,¹⁹ integrava o direito à identidade pessoal junto com o direito ao pseudônimo, a proteção ao nome civil e ao nome comercial, e aos títulos nobiliárquicos. O direito à identidade pessoal, por sua vez, integrava o rol de direitos da personalidade abarcado pelo direito à individualidade do próprio ser. O autor entendia que todas essas hipóteses estavam enquadradas na proteção do direito ao nome, que para ele é um direito da personalidade dotado também de interesse público e entendido de forma ampla, extensiva: o nome não é considerado como simples meio de distinção, como por exemplo, um mero número de matrícula, mas como uma “expressão da vida moral de uma pessoa em todas as suas relações familiares e sociais”.²⁰

Não se pode mencionar o direito ao nome sem citar Adriano DE CUPIS, para quem o nome é de suma importância no que se refere à identidade pessoal. Nesse sentido, destaca:

O indivíduo, como unidade da vida social e jurídica, tem necessidade de afirmar a própria individualidade, distinguindo-se dos outros indivíduos, e, por conseqüência, ser conhecido por quem é na realidade. O bem que satisfaz essa necessidade é o da identidade, o qual consiste, precisamente, no distinguir-se das outras pessoas nas relações sociais. Poderia ser colocada a questão de saber se tal bem deve preceder na hierarquia dos modos de ser morais da pessoa, os bens da honra e do resguardo, mas não sofre dúvida a sua grande importância, pois o homem atribui grande valor não somente ao afirmar-se como pessoa, mas como uma certa pessoa, evitando a confusão com os outros. Entre os meios através dos

¹⁸ Para um detalhado exame da disciplina do nome no ordenamento jurídico brasileiro, v. Maria Celina BODIN DE MORAES, “A Tutela da Identidade Pessoal no Código de 2002”, cit., *passim*.

¹⁹ Francesco DEGNI, *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, Torino: Utet, 1939, *apud* Giorgio PINO, *Il diritto all'identità personale*, cit., p. 32.

²⁰ Francesco DEGNI, *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, Torino: Utet, 1939, p.174. *apud* Giorgio PINO, *Il diritto all'identità personale*, cit., p. 33.

quais pode realizar-se o referido bem, tem lugar proeminente o nome, sinal verbal que identifica imediatamente, e com clareza, a pessoa a quem se refere.²¹

Portanto, DE CUPIS defende que o nome é expressão maior do direito à identidade, em que se exerce principalmente sua função identificadora, aliada ao direito à imagem, compreendendo o poder de gozar daquela identidade pessoal para realizar a sua função.²² Dessa forma, tal entendimento se coaduna com o de Francesco Degni, *supra* mencionado.

Nesse mesmo sentido, Maria Celina BODIN DE MORAES destaca o nome como o primeiro e mais imediato elemento caracterizador da identidade pessoal, uma vez que tem por função identificar e distinguir a pessoa na vida social, fazendo então surgir o direito a se ver representado como se é, em sua real identidade.²³

É imprescindível, a esse respeito, citar uma decisão jurisprudencial que se destaca nessa fase de delineamento do direito à identidade pessoal e que cuida da sua relação com o direito ao nome. Trata-se de uma sentença do Tribunal de Milão, em 19 de junho de 1980, determinante na solução de controvérsias e para o “desenvolvimento e enquadramento normativo do direito à identidade pessoal”,²⁴ cujo embasamento está, fundamentalmente, calcado na violação do direito ao nome. No caso em análise, um famoso oncologista, professor Umberto VERONESI, concede uma entrevista de caráter científico e divulgador na qual explica detalhadamente estatísticas que relacionam o fumo com o desenvolvimento de tumores malignos. Perguntado se todos os cigarros representam o mesmo risco para a saúde, o médico responde que determinados tipos de cigarros – os leves –, de determinadas marcas, são menos danosos, reduzindo esse risco à metade.²⁵

É importante destacar, para o deslinde da questão, que naquela entrevista o médico havia salientado, de maneira categórica e reiterada, o perigo que o uso do tabaco representa para a saúde das pessoas e, ainda, que o renomado pesquisador

²¹ Adriano DE CUPIS, O Direito à Identidade Pessoal. In: *Os Direitos da Personalidade*, trad. bras. de Antonio Celso Furtado Rezende, Campinas: Romana, 2004, pp. 179-180

²² Adriano DE CUPIS, “O Direito à Identidade Pessoal”. In: *Os Direitos da Personalidade*, trad. bras. de Antonio Celso Furtado Rezende, Campinas: Romana, 2004, pp. 180, 194 e 195.

²³ Maria Celina BODIN DE MORAES, “A Tutela da Identidade Pessoal no Código de 2002”, *mimeo, passim*.

²⁴ Tradução livre. No original: “*determinanti per lo sviluppo e l’inquadramento normativo del diritto all’identità personale*”. Giorgio PINO, *Il diritto all’identità personale*, cit., p. 70.

²⁵ Giorgio PINO, *Il diritto all’identità personale*, cit., p. 70, nota 31.

era amplamente conhecido por ser, há muito tempo, absolutamente contrário ao fumo, sendo esse um posicionamento público e notório.²⁶

Algum tempo depois, foi posta em uma revista uma propaganda de uma marca de cigarros na qual se remete à entrevista do médico, afirmando que “segundo o Prof. Umberto VERONESI – diretor do Instituto do Câncer de Milão –, esse tipo de cigarro reduz quase à metade o risco de câncer”.²⁷ O médico e o Instituto dirigido por ele intentam ação judicial contra o fabricante do cigarro e a agência de publicidade, argumentando que lhe foi lesado o próprio direito à intangibilidade moral e ao nome.²⁸

O Tribunal entendeu que a empresa em questão utilizou em seu proveito passagens das declarações em um contexto tal que poderia induzir ao leitor que o conhecido médico afirmava que a marca e o tipo de cigarros anunciados não causavam danos à saúde. Além disso, a divulgação nesse caso foi feita sem o conhecimento ou autorização do profissional, com a finalidade de se aproveitar do prestígio do qual gozava. A utilização parcial daquelas declarações, entendeu o Tribunal, lesionavam a identidade não só do pesquisador, mas também a do Instituto ao qual pertencia, significando uma distorção da sua personalidade, através da projeção de uma falsa imagem da sua personalidade profissional, e constituindo um atentado contra sua notória seriedade científica publicamente projetada no tempo.²⁹

Adriano DE CUPIS observa que quando o nome pessoal é usado por outros para designar a pessoa que o porta não se pode falar em uma usurpação do nome, uma vez que ela só ocorre quando se há uma utilização contrária à sua determinação jurídica, designando com ele uma pessoa ou um ente diverso do seu titular. Pode, no caso concreto, ter havido uma ofensa a um bem da pessoa, protegido pelo ordenamento, mas tal ofensa não se realiza por meio de uma usurpação do nome, no sentido mencionado.³⁰

No caso posto em análise, a lesão desse direito se deu não pela utilização do nome de uma pessoa para designar outra que não o seu titular – significação

²⁶ Carlos Fernández SESSAREGO, *Derecho a la identidad personal*, cit., pp. 72-73.

²⁷ Tradução livre. No original: “secondo il prof. Umberto Veronesi – direttore dell’Istituto dei tumori di Milano –, questo tipo de sigarrete riduce quasi della metà il rischio del cancro”. Giorgio PINO, *Il diritto all’identità personale*, cit., p. 70, nota 31.

²⁸ Giorgio PINO, *Il diritto all’identità personale*, cit., p. 70, nota 31.

²⁹ Carlos Fernández SESSAREGO, *Derecho a la identidad personal*, cit., pp. 73-74.

³⁰ Adriano DE CUPIS, “Tutela Giuridica della Persona”. In: *Teoria e Pratica del Diritto Civile*, Milano: Giuffrè, 1955, p. 51.

atribuída a esse direito, à época –, mas pelo envolvimento deste em situações que distorcem a representação externa da sua pessoa. Assim, segundo essa sentença, existe um interesse juridicamente relevante no ordenamento italiano hábil a impedir que a representação externa da própria personalidade não seja falseada, alterada, manipulada; tal interesse, no entanto, não se constituía como direito autônomo, mas coincidia com o direito ao nome. A norma aplicável, portanto, seria o art. 7º do Código Civil italiano – que tutela o direito ao nome – não por analogia, mas pela forma direta.³¹ Tal sentença foi inteiramente confirmada em grau de apelação, cuja motivação segue a linha da decisão de primeiro grau. Quanto ao pressuposto de que o nome seja considerado como o símbolo da identidade pessoal do indivíduo, se afirma que a disciplina do art. 7º do mencionado diploma deverá ter interpretação extensiva, sendo agora associada ao nome e à imagem externa do indivíduo.³²

Para alguns, essa fundamentação, teria confundido o conceito de identidade pessoal com aquele de direito ao nome, por se utilizar, no caso, o nome de um sujeito para atribuir situações que falseiam a representação externa da sua pessoa, tratando como se fosse caso de usurpação do nome a hipótese de desfiguração da identidade. Assim, a sentença não distinguiu claramente o que significa a tutela dos signos distintivos, geralmente estáticos e imutáveis, da proteção do conjunto de atributos da personalidade em sua projeção social, isto é, do que constitui a identidade dinâmica da pessoa humana.³³

É importante destacar que a regulamentação do direito à identidade pessoal deriva, por analogia, daquela que trata do direito ao nome, uma vez que o direito à identidade pessoal não se encontrava tipificado nos ordenamentos jurídicos – nem mesmo no italiano.³⁴

Assim, o surgimento do direito à identidade pessoal se deu, também, em razão de sua relevância tácita em algumas teorias inicialmente defendidas quanto ao direito ao nome e à imagem. No que tange ao direito ao nome, não raro se encontra a afirmação, especialmente nas teorias mais antigas, de que é como um símbolo da identidade pessoal do portador – o que seria, para muitos doutrinadores italianos, quase uma referência ao momento no qual o nome

³¹ Giorgio PINO, *Il diritto all'identità personale*, cit., pp. 70-71.

³² Giorgio PINO, *Il diritto all'identità personale*, cit., p. 71.

³³ Carlos Fernández SESSAREGO, *Derecho a la identidad personal*, cit., p. 73.

³⁴ Carlos Fernández SESSAREGO, *Derecho a la identidad personal*, cit., p. 75.

representava um seguro signo distintivo, que indicava com precisão o pertencimento de um sujeito a um grupo familiar, e, por conseguinte, a uma corporação, a um grupo social, etc. Segundo essa linha de pensamento, o nome enquadra socialmente o seu portador, exprimindo uma síntese simbólica que evoca todos os aspectos intelectuais, morais, sociais e a personalidade do seu titular.³⁵ O nome seria, portanto, “símbolo da inteira e complexa personalidade moral, intelectual e social que o indivíduo porta; distingue um de todos os outros que o cercam”.³⁶

Esse pensamento está sendo revalorizado recentemente, em duas direções absolutamente distintas. De um lado, alguns autores a utilizam para demonstrar que não é necessária nem oportuna a criação de um direito à identidade pessoal autônomo³⁷, uma vez que o interesse substancial já estaria tutelado de maneira adequada por meio de uma interpretação extensiva das disposições existentes sobre o direito ao nome. Nessa esteira, foi utilizada pela Corte Constitucional, de maneira não muito adequada, em alguns pronunciamentos, a partir dos anos 90, em que declarou a inconstitucionalidade de algumas disposições de lei que, instituindo uma determinada regulamentação da atribuição do nome (por exemplo, no caso de reconhecimento do filho natural), teriam determinado, segundo a Corte, a efetivação de uma indevida lesão à identidade pessoal do interessado.³⁸

O direito ao nome é considerado o primeiro e mais imediato elemento que caracteriza a identidade pessoal. A Corte de Cassação italiana distingue várias funções do nome, que comporta disciplinas jurídicas de natureza publicista e civilista. A visão publicista enfoca a tradicional função distintiva do nome, isto é, a exigência de distinguir sob o plano da existência material um sujeito dos outros, de remetê-lo a um determinado núcleo familiar, etc. Essa pode ser considerada a função direta do nome. A outra é a função indireta, metonímica, simbólica de evocar a personalidade do titular, com o complexo de experiências, convicções e ações por ele conduzidas. Nesse segundo sentido, segundo a Corte de Cassação

³⁵ Giorgio PINO, *Il diritto all'identità personale*, cit., pp. 39-40.

³⁶ M. ROTONDI, *Istituzioni di diritto privato*, Milano: Giuffrè, 1962, pp. 198-199 *apud* Giorgio PINO, *Il diritto all'identità personale*, cit., p. 40.

³⁷ Para a discussão acerca da autonomia do direito à identidade pessoal, vide Capítulo 4, item 4.4.2, *supra*.

³⁸ Giorgio PINO, *Il diritto all'identità personale*, cit., p. 40. Faz-se referência a *Corte Costituzionale*, *Sentenza* n. 13/94.

italiana, o objeto da tutela é propriamente a identidade pessoal do interessado, e o nome é invocado com a função de instrumento da tutela da identidade.³⁹

Desse modo, a Corte, em diversas decisões, entendeu serem inconstitucionais as disposições de leis impugnadas, na parte em que não previam que um sujeito pudesse manter o uso do próprio sobrenome quando esse configurasse autônomo signo distintivo da sua identidade pessoal. A Corte entende, assim, que o sobrenome é instrumento identificador da pessoa e, enquanto tal, é constitucionalmente tutelado porque é um elemento que caracteriza a identidade pessoal, sendo este um típico direito fundamental que encontra amparo no art. 2º da Constituição italiana. Assim, uma disposição legislativa que priva um sujeito do seu sobrenome, no qual reside sua identidade pessoal (entendida como identificabilidade no âmbito social) é, portanto, contrária à Constituição.⁴⁰

Esse entendimento, no entanto, é criticado uma vez que utiliza como noção de identidade pessoal o “direito de ser si mesmo” enquanto tais opositores defendem que não é esse o interesse tutelado, mas sim o de não ser representado de maneira deformada, distorcida. Segundo esse pensamento, portanto, o nome não poderia ser identificado como sinônimo de personalidade, do patrimônio moral, social ou cultural do indivíduo, uma vez que essa concepção estaria superada pelo reconhecimento da identidade pessoal como direito autônomo, cuja tutela não se encontra mais vinculada à do nome ou da imagem.⁴¹ No entanto, o nome enquanto direito da personalidade não se vincula à identidade pessoal; apenas o que aqui se explicitou e passou a se considerar nome em seu aspecto “dinâmico”.

O conceito aqui defendido é o do direito à identidade pessoal como o direito de ser si mesmo, que significa também o direito de ser retratado como se é; e isso se dá num dado momento, específico. Nessa concepção não se enquadra aquela de “verdade histórica”, que compreende a pessoa como um percurso, e o que ela fez no passado aponta objetivamente a sua identidade. O que se defende é o direito de ser como se é, no momento atual.

³⁹ Giorgio PINO, *Il diritto all'identità personale*, cit., p. 96.

⁴⁰ *Ibid.*, pp. 96-97.

⁴¹ *Ibid.*, pp. 97-98.

5.1.2 Identificação Física

A identidade estática, à qual muitas vezes se faz referência quando da utilização do conceito de “identidade pessoal”, é também conhecida simplesmente como “identificação”.

O corpo tem importância decisiva sobre a identificação e, conseqüentemente, para a identidade da pessoa uma vez que é condição de possibilidade da percepção, que é ato originário de consciência corporal.⁴²

A identificação estática ou física de um sujeito baseia-se em um procedimento de confrontação de critérios entre caracteres que se revelam através do exame das pessoas, e isso se dá de forma descritiva. Na identificação física (ou descritiva) de uma determinada pessoa se buscam os elementos menos variáveis e mais persistentes, anotando os eventuais sinais distintivos como cicatrizes, imperfeições, calosidades particulares. A descrição dessa identidade estática ou física segue uma ordem topográfica da parte alta à parte baixa do sujeito (de cima para baixo), e cada uma das características destacadas deve ser colocada no lugar em que se encontra: sua forma, sua dimensão, sua cor. Outras indicações, além das descritivas, são as de ordem antropométrica, fotográfica e datiloscópica. A ele se deve somar um exame estomatológico a fim de precisar os elementos distintivos, a morfologia dentária e as intervenções terapêuticas que possam ter significação. Também se consideram, para esse efeito, as impressões digitais e o timbre da voz⁴³, por exemplo.⁴⁴ Hoje se utiliza, ainda, o desenho da íris e, com os

⁴² Angiola FILIPPONIO, “Il corpo: principio d’identità. Un’introduzione”. In: F. D’AGOSTINO (coord.) *Il corpo de-formato. Nuovi percorsi dell’identità personale*, Milano: Giuffrè, 2002, pp. 95, 97.

⁴³ Alguns autores mencionam, como PONTES DE MIRANDA, a existência de um direito à voz. Sem dúvida, está presente também uma função identificadora, através de seu som. O chamado “direito à voz” nunca teve tratamento autônomo, sendo tido como reflexo do direito à imagem enquanto proteção da identificação da pessoa. (cf. Francisco Amaral PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, v. 7. Direito de Personalidade. Direito de Família., p. 53.) O ordenamento jurídico brasileiro previu, de alguma maneira, a proteção do direito à voz na Constituição da República, em seu art. 5º, XXVIII, *a*, em que se assegura a proteção à reprodução da voz humana, e, ainda, no Código Civil de 2002, que em seu art. 20 dispõe que poderá ser proibida a transmissão da palavra.

Art. 5º. “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
XXVIII - são assegurados, nos termos da lei:

últimos avanços científicos, o genoma, podendo-se falar, inclusive, em identidade genética, uma vez que é o signo distintivo que mais informações pode fornecer acerca do seu portador e, ainda, nesse caso, também de seus consangüíneos, isto é, pelo exame do DNA de um sujeito revelam-se os dados genéticos de todo um grupo de pessoas.⁴⁵

Dizia-se que a identidade física vinha perdendo importância em razão da larga utilização de ambientes virtuais, em que a identificação não era feita pelos caracteres físicos, mas por uma série de dados pessoais – como o uso de cartões de crédito, caixas eletrônicos e quaisquer outros meios que, para sua utilização, dependam de uma “chave” eletrônica, um código. Stefano RODOTÀ ressalta que com o passar do tempo verificou-se que há sempre, nessas hipóteses, o risco de furto de identidade em virtude unicamente da apropriação de um código numérico, de uma palavra-chave, de um algoritmo. Por essa razão, a identidade física vem retomando sua relevância, com o objetivo de fornecer dados biométricos para conferir uma maior segurança contra fraudes, fazendo com que o corpo se torne instrumento para fortalecer as medidas de segurança, mas que acabam, por outro lado, possibilitando um controle generalizado e exacerbado por parte do Estado em relação aos cidadãos.⁴⁶

5.1.2.1

Os dados pessoais

No ordenamento jurídico italiano há o Código em matéria de proteção dos dados pessoais, o Decreto Legislativo 196, de 30 de junho de 2003, que veio substituir as Leis n. 675 e 676, ambas de 31 de dezembro de 1996⁴⁷, e que trata

a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas;”.

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.” (destacou-se).

⁴⁴ Carlos Fernández SESSAREGO, *Derecho a la identidad personal*, cit., pp. 25-26.

⁴⁵ Stefano RODOTÀ. “Transformações do corpo”. In: *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 19, jul.-set. 2004, Rio de Janeiro: Padma, p. 94.

⁴⁶ Stefano RODOTÀ. “Transformações do corpo”, loc. cit., pp. 92-93.

⁴⁷ Cf. Capítulo 4. item 4.2, p. 50, nota 153, *supra*.

especificamente e de forma ampla da sua proteção, inclusive dos chamados dados sensíveis, assim denominada a categoria de dados que podem potencialmente gerar discriminação, que se referem à saúde, opiniões e orientações políticas, credo, hábitos sexuais e outros, referindo-se, assim, a aspectos físicos e psíquicos da pessoa.⁴⁸

O mencionado Código, ao dispor da proteção dos dados pessoais, determina, em seu art. 2º, que seu tratamento respeite em particular a privacidade e a identidade pessoal. Assim:

*“Art. 2. (Finalita) 1. Il presente testo unico, di seguito denominato "codice", garantisce che il trattamento dei dati personali si svolga nel rispetto dei diritti e delle liberta' fondamentali, nonche' della dignita' dell'interessato, con particolare riferimento alla riservatezza, all'identita' personale e al diritto alla protezione dei dati personali.”*⁴⁹ (Destacou-se).

A referida disposição, no entanto, não consagra o conceito de identidade pessoal, como já mencionado.

O direito brasileiro, no que se refere ao tratamento dos dados pessoais, não tem uma legislação específica como a Itália⁵⁰, mas Constituição Federal de 1988 prevê em seu art. 5º, LXXII, o remédio constitucional do *habeas data*.⁵¹ Isso significa que é este um instrumento que faculta e garante aos indivíduos a possibilidade de requerer a intervenção das autoridades competentes com a

⁴⁸ Danilo DONEDA, “Um código para a proteção de dados pessoais na Itália”. In: *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 16, out.-dez. 2003, Rio de Janeiro: Padma, p. 123.

⁴⁹ Dispõe, ainda, o Código italiano em matéria de proteção dos dados pessoais:

“Art. 1 (Diritto alla protezione dei dati personali) 1. Chiunque ha diritto alla protezione dei dati personali che lo riguardano.

Art. 2 (Finalita) 1. Il presente testo unico, di seguito denominato "codice", garantisce che il trattamento dei dati personali si svolga nel rispetto dei diritti e delle liberta' fondamentali, nonche' della dignita' dell'interessato, con particolare riferimento alla riservatezza, all'identita' personale e al diritto alla protezione dei dati personali.

2. Il trattamento dei dati personali e' disciplinato assicurando un elevato livello di tutela dei diritti e delle liberta' di cui al comma 1 nel rispetto dei principi di semplificazione, armonizzazione ed efficacia delle modalita' previste per il loro esercizio da parte degli interessati, nonche' per l'adempimento degli obblighi da parte dei titolari del trattamento”. Disponível em: <<http://www.parlamento.it/leggi/deleghe/03196dl.htm>>. Acesso em: 01.02.2006.

⁵⁰ Danilo DONEDA sustenta, nesse aspecto, que o *habeas data*, embora historicamente importante, por si só não é capaz de tutelar adequadamente a disciplina dos dados pessoais, que ganhou grande vulto desde a promulgação da Constituição e da lei que o regulamentou. (“Um código para a proteção de dados pessoais na Itália”. In: *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 16, out.-dez. 2003, Rio de Janeiro: Padma, p. 133).

⁵¹ Art. 5º, LXXII. “Conceder-se-á *habeas-data*:

a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público;
b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo.”

finalidade de visando sanar, corrigir, ilegalidade e abuso de poder em prejuízo de direitos e interesses individuais.⁵²

O *habeas data* tem por escopo proteger⁵³ a esfera íntima dos indivíduos contra: (a) uso abusivo de registros de dados pessoais coletados por meios fraudulentos, desleais ou ilícitos; (b) introdução nesses registros de dados sensíveis (assim chamados os de origem racial, opinião política, filosófica ou religiosa, filiação partidária e sindical, orientação sexual, etc.); (c) conservação de dados falsos ou com fins diversos dos autorizados em lei. Para tanto, assegura: (i) o direito de acesso e conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou banco de dados de entidades governamentais e de entidades de caráter público; (ii) o direito à retificação desses dados, importando isso em atualização, correção e até supressão, quando incorretos.⁵⁴

Hoje se tem uma nova concepção integral da pessoa nesse sentido, que reclama o direito de não deixar de ter controle sobre seu corpo que é, ao mesmo tempo, “físico” e “eletrônico”. A proteção dos dados pessoais é hoje um dos aspectos mais significativos da liberdade das pessoas, sendo imperativa a observância do fato de a conexão entre corpo, informações pessoais e controle social poder assumir graves contornos, ferindo inclusive a dignidade da pessoa humana. Nesse caso, o respeito à dignidade da pessoa humana “impõe interpretação rigorosa do princípio de estrita necessidade de coleta e no tratamento de informações, no sentido de que somente se deve recorrer a dados capazes de identificar um sujeito quando este recurso for a única forma de alcançar tal finalidade.”⁵⁵

O sexo biológico, que integra a identidade sexual, é também importante elemento da identidade física, e merece especial destaque em função dos questionamentos que são trazidos pela temática dos transexuais. O direito à identificação sexual surge da necessidade que toda pessoa tem de ser identificada como pertencente a um dos dois sexos – feminino ou masculino –, inclusive para

⁵² José Afonso da SILVA, *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 442.

⁵³ O *habeas data* só foi regulamentado em 1997, pela Lei nº 9.507.

⁵⁴ Classificação feita por José Afonso da SILVA, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, cit., pp. 453 e 455, respectivamente.

⁵⁵ Stefano RODOTÀ. “Transformações do corpo”, cit., pp. 92-93.

exercício dos seus direitos (direito de família, previdenciário, trabalhista, tributário e penal).⁵⁶

Por muito tempo o sexo dos indivíduos era, inequivocamente, o anatômico. Hoje, no entanto, a medicina o compreende de forma ampla, considerando não só o sexo anatômico, mas também o genético (ou cromossômico), o sexo hormonal e o psicológico (ou psicossocial).⁵⁷

Cumprе destacar que a identidade sexual também apresenta sua vertente dinâmica, que abrange a expressão psíquica acerca do sexo que se possui ou se deseja ter, delineando o comportamento social de cada indivíduo.⁵⁸ Dessa forma, a conjugação do aspecto físico, psíquico e comportamental da pessoa caracteriza o seu estado sexual.⁵⁹

O sexo biológico ou anatômico consiste no aspecto físico que lhe determina o fenótipo, decorrente do entrelaçamento do (i) sexo genético; (ii) endócrino e (iii) morfológico. (i) O sexo genético é aquele definido geneticamente pelos cromossomos: XX na mulher, XY nos homens. (ii) O sexo endócrino é formado pelas glândulas sexuais, testículos e ovários, destinados a produzir hormônio e por outras glândulas (tiróide e epífise). (iii) O sexo morfológico diz respeito à forma ou aparência de uma pessoa na conformação anatômica de seus órgãos genitais, da correspondência dos caracteres sexuais secundários (mamas, pilosidade, timbre de voz) com os primários (órgãos sexuais internos e externos).⁶⁰

O sexo civil é também denominado sexo jurídico ou sexo legal, e consiste na determinação do sexo em razão da vida civil, nas suas relações na sociedade, trazendo inúmeras conseqüências jurídicas. É aquele designado na certidão de nascimento da criança, com base em seu sexo morfológico externo. O registro do sexo é realizado quando da realização do registro de nascimento, somente

⁵⁶ Raul CHOERI. “Transexualismo e identidade pessoal: cirurgia de transgenerização”. In: Heloisa Helena BARBOZA e Vicente de Paulo BARRETO (orgs.) *et alli. Temas de Biodireito e Bioética*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 239.

⁵⁷ Heloisa Helena BARBOZA. “Bioética x Biodireito: Insuficiência dos conceitos jurídicos”. In: Heloisa Helena BARBOZA e Vicente de Paulo BARRETO (orgs.) *et alli. Temas de Biodireito e Bioética*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 22.

⁵⁸ Raul Cleber da Silva CHOERI, *O Conceito de Identidade e a Redesignação Sexual*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, pp.46; 51.

⁵⁹ Elimar SZANIAWISKI, *Limites e possibilidades do direito de redesignação do estado sexual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 34.

⁶⁰ Classificação trazida por Raul Cleber da Silva CHOERI, *O Conceito de Identidade e a Redesignação Sexual*, *cit.*, pp. 239-240.

podendo haver retificação da mencionada certidão mediante sentença judicial que a determine, declarando a identidade sexual da pessoa. Assim, é imprescindível verificar qual é essa identidade sexual, para que se possa proceder à sua eventual modificação.⁶¹

O *transexualismo* é tido como uma “entidade clínica autônoma” e tem características próprias que se manifestam pela vontade compulsiva de modificação de sexo em indivíduos “biologicamente perfeitos”⁶². Ele se caracteriza por uma contradição entre o sexo físico aparente – determinado pelo genoma –, e o sexo psicológico⁶³. Nesse caso, o indivíduo se identifica como pertencente ao sexo oposto e sente grande frustração ao tentar se expressar por meio de seu sexo genético.

De acordo com a Resolução n. 1.652 de 2002 do Conselho Federal de Medicina, o transexualismo se caracteriza como “um desvio psicológico permanente de identidade sexual, com rejeição do fenótipo e tendência à automutilação e/ou auto-extermínio”. O transexual se diferencia do homossexual exatamente nesse aspecto, uma vez que esse último é aquele que se sente atraído sexualmente por pessoa do mesmo sexo, mas que não tem o desejo ou intenção de mudar sua anatomia⁶⁴. Também não se confunde com o intersexualismo, que se caracteriza pela presença de anomalias físicas, hormonais ou genéticas que conduzem a um sexo falso.

A cirurgia de transgenitalização, realizada por meio dos recursos técnicos e tratamentos hormonais avançados, possibilita a transformação plástico-reconstrutiva da genitália interna, externa e caracteres sexuais secundários.⁶⁵ Para a operação de transgenitalização, é necessário que o paciente seja maior de 21 anos e aceite ser acompanhado durante dois anos por uma equipe multidisciplinar.

66

⁶¹ Raul Cleber da Silva CHOERI, *O Conceito de Identidade e a Redesignação Sexual*, cit., pp. 240 e 46.

⁶² Ana Paula Ariston Barion PERES. *Transexualismo: O Direito a uma nova identidade sexual*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 158.

⁶³ Heloisa Helena BARBOZA, “Bioética x Biodireito: Insuficiência dos conceitos jurídicos”, cit., p. 22.

⁶⁴ Raul CHOERI, “Transexualismo e identidade pessoal: cirurgia de transgenerização”, cit., p. 241.

⁶⁵ Raul CHOERI, “Transexualismo e identidade pessoal: cirurgia de transgenerização”, cit., p. 241.

⁶⁶ Maria Celina BODIN DE MORAES, “A Tutela da Identidade Pessoal no Código de 2002”, cit., *mimeo*, p. 20.

No entanto, a motivação real da demanda é mais profunda, uma vez que as medidas adotadas em certos países – mudança de nome, modificação do número de assistência social, ausência de menção do sexo na carteira de identidade – não impedem os transexuais de quererem, ainda, obter novo estado civil: o transexual exige, além da mudança na aparência física, um reconhecimento de seu novo sexo que não passa apenas por sua aceitação social, mas pelo documento legal que vem atestá-lo.⁶⁷

Há entendimentos diversos quanto à intervenção cirúrgica. Ela é tida como uma prática terapêutica por aqueles que defendem que essa é a única maneira de o transexual adequar o sexo físico ao psíquico. Nesse caso, considera-se infrutífera a adoção de qualquer outra medida, seja tratamento hormonal ou psicanalítico. Essa posição é fortalecida pela existência de casos de transexuais que chegam a realizar autocastração ou, até mesmo, a cometer suicídio diante da recusa de alguns cirurgiões em realizar a operação de transgenitalização.⁶⁸ A importância do requerimento médico para realização da cirurgia é evidente no artigo 13 do Código Civil de 2002, que dispõe que “salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar em diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes”. No que tange às demais modificações, para alguns médicos, assistentes médico-sociais, juristas e magistrados a mudança de nome e estado civil é parte integrante da terapêutica.

Porém, muitos são contrários à realização da cirurgia por não ser ainda clara a conexão entre desvio psicológico e os fatores de ordem biológica. Defendem que a cirurgia não tem o condão de modificar o sexo do indivíduo, uma vez que não há transplante de órgãos sexuais internos e, assim, alegam que elas modificam apenas a aparência dos órgãos externos, fazendo com que eles se assemelhem ao do sexo desejado, cumprindo, no máximo, a função de satisfazer a libido do transexual. Dentro desse grupo, alguns consideram a cirurgia mutilante, pois ela implica em uma castração, uma vez que, não tendo mais seus órgãos reprodutores, o indivíduo se torna estéril, e, sendo assim, esse fato afastaria a legalidade da sua realização⁶⁹.

⁶⁷ Henry FRIGNET. *O transexualismo*. Tradução Procópio ABREU. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2002, p. 93.

⁶⁸ Ana Paula Ariston Barion PERES. *Transexualismo*. cit., pp. 162-164.

⁶⁹ Nesse sentido, Aracy Klabin destaca que, caso a cirurgia implicasse em mudança de sexo “(...) seria possível, talvez, defender a cirurgia de conversão e, desde logo, pugnar pela adoção de uma

A questão é séria pois há algum tempo, quando a controvérsia era ainda maior – no que tange à cirurgia –, no princípio dessa discussão, alguns médicos que realizavam o procedimento cirúrgico respondiam penalmente por crime de lesão corporal de natureza grave, isto é, que importa em deformidade permanente. A Igreja, por sua vez, argumenta que essa cirurgia impede a realização da função reprodutora do indivíduo⁷⁰ e, para ela, esse é um ponto fundamental.

Destaque-se que os atos do registro civil são cogentes e indisponíveis, em razão do interesse público que os circunda. Ao reconhecer, em alguns momentos, que é possível a modificação do registro civil (manifestação estática da identidade pessoal, na medida em que retrata o que se é, por um documento em regra imutável) realizou-se uma importante modificação nos princípios gerais de direito civil em direção à pessoa humana, reconhecendo-se que o interesse privado em questão é, também, digno de tutela.⁷¹

No caso específico dos transexuais, atualmente, embora as cirurgias de transgenitalização sejam normalmente autorizadas e admitidas em razão da Resolução do Conselho Federal de Medicina⁷², as decisões ainda não são uniformes, dependendo essencialmente da visão pessoal do juiz e do membro do Ministério Público.⁷³ Diz-se ainda que a falta de previsão legal expressa nesse sentido, no Direito pátrio, embora haja projetos de lei sobre o tema, há resistências quanto à admissão da intervenção cirúrgica.⁷⁴

Em regra, a alteração do sexo no registro civil – mais do que a alteração do prenome, que tem sido encampada pela possibilidade de alteração do nome vexatório⁷⁵ encontra ainda maior resistência.⁷⁶ Há uma significativa corrente jurisprudencial que entende não ser possível a mudança do nome, e admite menos ainda a alteração do sexo no registro, mesmo após a realização da cirurgia.⁷⁷

legislação que regulasse todos os fatos que envolvessem o transexual após sua submissão à cirurgia”. (Aracy Augusta Leme KLABIN. “Transexualismo”. In: *Revista de Direito Civil*, v. 17, São Paulo, 1981, p. 37).

⁷⁰ Ana Paula Ariston Barion PERES. *Transexualismo*. cit., pp. 163-164.

⁷¹ Maria Celina BODIN DE MORAES, *Danos à Pessoa Humana*, cit., p. 122.

⁷² Trata-se da Resolução n. 1.652 de 2002.

⁷³ Maria Celina BODIN DE MORAES, “A Tutela da Identidade Pessoal no Código de 2002”, cit., *mimeo*, p. 20.

⁷⁴ Gustavo TEPEDINO, “Direitos Humanos e Relações Jurídicas Privadas”. In: *Temas de Direito Civil*, cit., p. 65.

⁷⁵ Art. 55, da Lei de Registros Públicos (para a transcrição do artigo, v. nota 284).

⁷⁶ Maria Celina BODIN DE MORAES, *Danos à Pessoa Humana*, cit., p. 122.

⁷⁷ Gustavo TEPEDINO, “Direitos Humanos e Relações Jurídicas Privadas”. In: *Temas de Direito Civil*, cit., p. 66.

Observa-se, assim, que o entendimento de alguns dos juízes é no sentido de acolher o pedido de alteração do nome e do estado sexual daqueles que se submeteram à cirurgia, enquanto que nos tribunais superiores tem-se negado tais possibilidades nos casos de transexuais operados fora do país. Um caso recente constituiu um importante precedente: Luís Roberto Gambine Moreira, conhecida como Roberta Close, após muitos pleitos infrutíferos, obteve decisão favorável à mudança do nome e de sexo no registro civil, somente após se comprovar que ela era, na verdade, intersexual, e não transexual.⁷⁸

O Supremo Tribunal Federal, instado a se manifestar antes da Constituição Federal de 1988, entendeu pela impossibilidade de retificação da certidão de nascimento no que tange ao nome e ao sexo por tratar-se de “operação plástica”, prevalecendo o sexo biológico em relação ao psíquico.⁷⁹ No caso de Roberta Close, inicialmente o pedido foi acolhido em primeira instância, mas reformado pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, sob o argumento de ser, a cirurgia, mutilatória, e que, assim, não teria o condão de transformar o sexo, uma vez que não seria essa uma questão de escolha. Segundo esse julgado, o sexo biológico, determinado no nascimento, prevalece em relação ao psíquico.⁸⁰

A aposição do sexo da pessoa no registro do nascimento é, na medida em que implica descrição física e em princípio imutável da pessoa, parte da sua identidade estática da pessoa humana que, como já destacado, não é suficiente

⁷⁸ A esse respeito, v. notícia colhida na internet, no site da Universidade em que a advogada da transexual leciona: “A ex-modelo lutava por isso há anos. Um primeiro pedido foi negado em 1991. (...) ‘O Direito deve reconhecer a evolução da ciência médica, mudando também as normas, já que o objetivo a existência do Direito é o homem. Roberta provou com recentes exames periciais que é mulher’, destaca a professora Tereza, que se respaldou, para a defesa, no artigo 1º, inciso III da Constituição, que estabelece como premissa da República Federativa do Brasil o respeito ao indivíduo. (...) Roberta foi examinada por dez profissionais especialistas: três endocrinologistas, um psiquiatra, dois geneticistas, um cirurgião plástico, um neuropsiquiatra, um médico-legista e uma psicóloga, todos pertencentes aos mais renomados órgãos de saúde de São Paulo e do Rio de Janeiro (...) O representante do Ministério Público declarou que ‘se faz necessário eliminar as situações de constrangimento, com intensa dor moral, porque passa a requerente, ao ter que exibir no meio social identidade que não e a sua realidade’. A juíza Leise Rodrigues Espírito Santo esclareceu que ‘esta ação é diversa daquela promovida em 1991 por possuir nova causa de pedir e se fundamentar em diagnósticos resultantes de recentes descobertas médicas’. Segundo a juíza, ‘em face da unanimidade dos pareceres e laudos médicos, resta inequívoco que a parte requerente não possui tão somente perfil psicológico feminino, mas também possui caracteres biológicos próprios de uma mulher, sendo, portanto, indiscutível seu direito de pleitear a alteração de nome civil e sexo, por ser inaceitável que suporte os danos causados pelas complicadas transformações e diferenciações ocorridas em seu corpo no momento da gestação’. Disponível em <http://www.unipar.br/noticias_unipar/noticia_view.php?idd=1092>. Acesso em: 25 jul. 2005.

⁷⁹ STF, RE 93384/80, RE 93405/80.

⁸⁰ Raul CHOERI, “Transexualismo e identidade pessoal: cirurgia de transgenerização”, cit., pp. 253-254.

para conformar, por si só, a identidade pessoal. Essa, entendida como o que se é, só pode ser compreendida como a junção de aspectos psíquicos e físicos, que compõem a pessoa humana enquanto ente singular. É esse conjunto que diferencia e singulariza uma pessoa em relação às demais.

A alteração do sexo do transexual operado no registro atende à descrição física daquela pessoa, e retrata, de uma forma descritiva, o que aquele indivíduo é – nesse caso, em seu sexo. Tal descrição é feita no momento posterior ao nascimento pelo reconhecimento dos órgãos sexuais externos. A partir do momento que se fez uma cirurgia de transgenitalização em virtude da necessidade da adequação do sexo físico ao psíquico, não há razão ou princípio que possa fazer frente à alteração do registro.

O sexo psíquico, o físico e o nome, em regra perenes como o sexo registral, estão em harmonia no momento do pleito, e os dois últimos, em princípio – e por princípio – imutáveis, sofreram alteração para adequar-se à *psique* daquele indivíduo. Deve-se, então, afastar a imutabilidade do sexo registral para que se retrate nele a identidade física daquele sujeito, que passa a estar, naquele momento, em consonância com seu sexo psíquico que, a esse momento, parece ser o único e real aspecto imutável do indivíduo.

Como destaca Maria Celina BODIN DE MORAES:

“(…) já foi dito que a solução que menos prejuízos traz à pessoa humana é a que concebe o sexo não como um atributo instantaneamente adquirido na concepção, segundo a visão biomédica, mas, a partir do reconhecimento da imprescindibilidade da esfera psíquica, como um aspecto que vai aos poucos, basicamente até o início da vida adulta, se formando.”⁸¹

Assim, a fundamentação para a viabilidade da retificação do sexo no registro civil é a efetivação da identidade pessoal da pessoa em sua dimensão estática, porque atrelada à descrição do sexo – parte integrante da sua identidade física – revestida de uma maior rigidez que o torna, salvo hipóteses excepcionais, imutável.⁸²

⁸¹ Maria Celina BODIN DE MORAES, *Danos à Pessoa Humana*, cit., p. 123.

⁸² Maria Celina BODIN DE MORAES destaca, nesse sentido, o entendimento jurisprudencial francês: “Na jurisprudência francesa vem se consolidando o entendimento de que o portador de síndrome transexual, em seguida a tratamento médico-cirúrgico com finalidade terapêutica, se não mais possui todas as características de seu sexo de origem e apresenta aparência física que o aproxima do outro sexo (ao qual corresponde seu comportamento social), justificada estará – pelo princípio do “respeito à vida privada” – a alteração no registro civil, de modo que seu estado civil indique o

A importância dos questionamentos que trazem as situações atinentes aos transexuais é claramente demonstrada por um exemplo trazido por Gustavo TEPEDINO⁸³. Sua expressividade e a gravidade de suas conseqüências diante da ausência de previsão normativa e interpretação condizente com a tutela e proteção da pessoa humana faz com que se justifique aqui sua transcrição:

“Após dez anos de vida conjugal na Dinamarca, com um marido francês e um filho adotado segundo a legislação francesa, um brasileiro transexual, chamado Juracy, veio ao interior da Bahia visitar a família. Decidiu, então, com o marido, adotar uma criança abandonada, José, com seis anos de idade, ‘à moda brasileira’, ou seja, registrando-a como filha do casal. Juracy foi presa pela Polícia Federal no momento em que pretendia obter o passaporte para José, tendo-lhe sido imputada a prática dos crimes de uso de documento falso (art. 304, CP), promoção de ato destinado ao envio de criança para o exterior (art. 239 da Lei nº 8.069/90) e falsidade ideológica (art.299, CP), além de ter sido questionada pelo Ministério Público a adoção de uma criança por um casal de homossexuais.

A partir daí, a vida da família transformou-se em um verdadeiro pesadelo, no qual se produziram danos irreparáveis. Juracy foi recolhida ao pavilhão masculino do aterrorizante presídio de Água Santa, no Rio de Janeiro, onde foi submetida, certamente à mais vil degradação. Seus filhos, o maior deles um adolescente estudioso, responsável e poliglota, segundo consta nos autos, foram recolhidos a um asilo de menores. O pai, também denunciado, foi posto em liberdade mediante o pagamento de fiança, afirmando em juízo desconhecer inteiramente, assim como o filho adolescente, a transexualidade de Juracy.

Ambos os réus foram absolvidos no processo criminal, tendo a 1ª Turma do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, por maioria de votos, mantido a sentença, rejeitando o recurso interposto pelo Ministério Público (...).”⁸⁴

5.1.3 Imagem

sexo de sua aparência, não representando obstáculo a tanto o princípio da indisponibilidade do estado das pessoas” (“A Tutela da Identidade Pessoal no Código de 2002”, cit., *mimeo*, p. 22).

⁸³ Gustavo TEPEDINO. “Direitos Humanos e Relações Jurídicas Privadas”. In: *Temas de Direito Civil*, 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, pp. 66-67.

⁸⁴ A referida decisão foi proferida na Apelação Criminal nº 92.18299-0/RJ, julgada em 8 de março de 1993, tendo por relatora a Des. Tânia Heine, com a seguinte ementa:

“Criminal – Uso de Documento Falso – art. 304 do CP.

I – Utilização de certidão de nascimento falsa para obtenção de passaporte para o menor.

II – Constatação de que a mãe do menor, constante do registro, era transexual operado e que se casara no exterior com um francês, utilizando falsa certidão de nascimento.

III – A omissão da legislação brasileira quanto aos transexuais que se submetem a cirurgia para troca de sexo, impossibilitando-os de legalmente alterarem a certidão de nascimento, gera situações como a dos autos, por inexigibilidade de outra conduta.

IV – Se a jurisprudência tem entendido que inexiste o delito se a falsa identidade visa a esconder passado criminoso, também se aplica à hipótese de esconder o sexo original.

V – O artigo 304 do CPB exige, além do dolo, a intenção de obter vantagem ou causar prejuízo, o que inócorre no presente caso.

VI – Recurso improvido.”

Inicialmente, o nome assumia unicamente a função identificadora da pessoa. Posteriormente, no entanto, a imagem veio a completar essa perspectiva, uma vez que através dos traços fisionômicos geralmente se produzia a primeira caracterização do sujeito. O nome constituía o instrumento mais simples e direto de identificação antes de elaborado o direito à imagem, que veio a completar essa função.⁸⁵

A imagem é a representação física da pessoa, através de fotos, filmes, vídeos, pinturas e outros meios que reproduzam partes do seu rosto ou do seu corpo, ou ainda sinais físicos que possam servir à sua identificação e reconhecimento.⁸⁶

O que se protege com esse direito é a imagem reproduzida, que deve ser autorizada pelo seu titular. O direito à imagem pertence àquele que a tem reproduzida, e o direito de autor a quem a reproduz, seja imagem própria ou alheia quando se fala em desenho, pintura, escultura, fotografia – os “suportes artificiais da imagem”. O fundamento do direito à imagem é a própria imagem ou figura original da pessoa. Alguns doutrinadores também defendem que ela é expressão figurativa da personalidade a que se refere, o que comporta também, nos sistemas contemporâneos, o pensamento de que o direito à imagem abrange ainda a verdade pessoal ou o direito de a pessoa ser designada conforme a imagem que faz de si mesma, ou o direito de não ser qualificada sob uma perspectiva falsa.⁸⁷

O direito à imagem foi igualmente objeto de diversas operações dogmáticas, que acabaram por estender o seu âmbito de tutela. Pelo fato de originariamente se desenvolver o entendimento de que estava presente uma precípua função identificadora no direito à imagem, além de no nome, também se passou a defender, então, que era possível aplicar à proteção da imagem não só as normas especificamente previstas, mas também, por analogia, aquelas sobre direito ao nome. Consoante doutrina então largamente difundida, as disposições sobre o direito ao nome englobariam a tutela do direito à identidade pessoal – de

⁸⁵ Carlos Fernández SESSAREGO, *Derecho a la identidad personal*, cit., pp. 129-130.

⁸⁶ Roxana Cardoso Brasileiro BORGES, *Disponibilidade de direitos da personalidade e autonomia privada*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2005, p. 156.

⁸⁷ Regina SAHM, *Direito à Imagem no Direito Civil Contemporâneo*. São Paulo: Atlas, 2002, pp. 33-34.

acordo, em relação a esse último aspecto da vinculação do nome à identidade pessoal, com o que defendia DE CUPIS.⁸⁸

Dessa forma, sustenta-se, por exemplo, que uma fotografia em que aparecesse uma pessoa sendo retratada de forma diversa da que ela normalmente é, atribuindo-lhe características e fatos que ela não tem, constitui-se uma violação ao direito à identidade pessoal. Portanto, se afirma que a tutela jurídica do direito à imagem não pode estar limitada às reproduções das características e traços fisionômicos de uma pessoa; a imagem é, sobretudo, expressão, modo de ser da personalidade no seu complexo. Considerando a imagem como símbolo do patrimônio “ideal” da pessoa, a teoria “personalista” estende, então, a aplicabilidade das disposições sobre esse direito, bem como de outras hipóteses típicas da exploração econômica da imagem em caso de danos ocasionados ao sujeito retratado e de exposição abusiva do retrato. Essa ampliação se dá com o objetivo de abarcar todas aquelas hipóteses nas quais as formas concretas da sua divulgação resultam em uma indevida alteração da imagem social da pessoa.⁸⁹

Assim, de uma originária acepção de identidade pessoal como identificabilidade, a cultura jurídica italiana chega gradualmente a uma noção diversa, que pode ser considerada como transitória. O direito à identidade pessoal vem inicialmente vinculado ao uso exclusivo dos signos distintivos da pessoa, para depois alargar a perspectiva, a fim de considerar tal interesse em um sentido social. Essa compreensão ampliativa se deu a fim de visar não apenas a tutela da mera identificação e distinção física do indivíduo aos olhos da coletividade, mas também para abranger a imagem social da pessoa. Isso denota que a cultura jurídica não era insensível a uma possível relevância jurídica do interesse à identidade pessoal, mesmo que, por diversas razões ideológicas e dogmáticas, ele não pudesse ser alçado à condição de direito subjetivo autônomo.⁹⁰

O direito à imagem está disposto no art. 5º, V, X e XXVIII, *a*, da Constituição Federal de 1988⁹¹ e se desdobra na tutela de outros elementos ou

⁸⁸ Giorgio PINO, *Il diritto all'identità personale*, cit., p. 41.

⁸⁹ Giorgio PINO, *Il diritto all'identità personale*, cit., p. 41.

⁹⁰ Giorgio PINO, *Il diritto all'identità personale*, cit., p. 42.

⁹¹ “Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

perfis. O inciso V é a manifestação da *imagem-atributo*, o inciso X da *imagem-retrato* e o inciso XXVIII, *a*, da *imagem como direito autoral*.⁹²

A fisionomia e sua reprodução são protegidas pela denominada *imagem-retrato*, significando, assim, a concepção tradicional de imagem juridicamente tutelada. Dentro dessa tipificação, a fisionomia é chamada de “imagem estática”, e sua reprodução de “imagem dinâmica”, fazendo-se, com isso, uma distinção dos momentos em que incidiriam as tutelas – no primeiro caso, se tem em conta o fato de alguém possuir determinada fisionomia, e no segundo, a correta divulgação de seus aspectos fisionômicos.⁹³

A denominada *imagem-atributo*, segundo perfil do direito à imagem, surgiu do uso vulgar do termo, e não se atém às características fisionômicas do indivíduo, mas aos seus atributos identificáveis em suas relações sociais, compreendendo o conjunto de particularidades comportamentais que distinguem uma pessoa das outras, podendo, tais particularidades, abonar ou desprestigiar o respectivo indivíduo. Essa característica possibilita a distinção dessa tutela em relação àquela da honra.⁹⁴

Considerando-se a proximidade da concepção de *imagem-atributo* com aquele de direito à identidade pessoal, particularmente em sua expressão dinâmica, alguns estudiosos do direito à imagem fazem, assim, uma diferenciação dos dois conceitos. Regina SAHM defende:

“O direito à imagem não se resume no direito à identidade.

O direito à identidade é fórmula sintética que distingue o sujeito do ponto de vista global de suas características específicas e de suas manifestações.

A maior manifestação do direito à identidade é o próprio nome, tanto que, na obra de Adriano De Cupis, capítulo inteiro é dedicado ao seu estudo e outras manifestações (título, sinal significativo).

No plano da violação, fica fácil distinguir o direito à identidade do direito à imagem. O fato é que se tutela o direito exclusivo de permitir ou proibir a

(...)

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

(...)

XXVIII - são assegurados, nos termos da lei:

a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas.”

⁹² Luiz Alberto David de ARAÚJO, *A proteção constitucional da própria imagem*, Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 81.

⁹³ Cf. Carlos Affonso PEREIRA DE SOUZA. “Contornos atuais do direito à imagem”. In: *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 13, jan.-mar. 2003, p. 40.

⁹⁴ Carlos Affonso Pereira de SOUZA. “Contornos atuais do direito à imagem”. In: *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 13, jan.-mar. 2003, pp. 41-42.

propagação onerosa ou mesmo gratuita da figura, apesar de não implicar em ofensa à identidade pessoal.

É a imagem, que não mais se limita à aparência externa da pessoa, a forma mais relevante de individualizá-la. Anteriormente aos avanços da medicina, a imagem, dando forma concreta ao ser da pessoa, já se configurava como o primeiro dado da identidade de qualquer indivíduo. (...)

Por outro lado, o direito à identidade não pode ser destituído de importância. Basicamente restrito ao direito ao nome, pseudônimo, título, que comporta como conteúdo a atribuição do nome, sua utilização e mesmo modificação, a identidade pessoal abrange outros elementos. O mais polêmico é, sem dúvida, aquele relacionado com a mudança de sexo”.⁹⁵

A distinção perpetrada pela autora, no caso, efetivamente dissocia um direito do outro. Não se pode, contudo, aderir ao conceito dado ao direito à identidade pessoal, restrito ao direito ao nome, não identificando quais outros elementos – além da repercussão do caso dos transexuais – integram sua tutela.

Igualmente não se pode convergir com a idéia de que é a imagem o instrumento mais hábil a individualizar a pessoa, ou sequer o primeiro dado da identidade do indivíduo. Não há como afastar do nome o fator primeiro de individualização e formação da identidade da pessoa, visto que é um direito ao qual corresponde também um dever, o de se designar com um nome toda a pessoa que nasce, como já largamente exposto no item a ele dedicado.

Walter MORAES distingue individualização de identificação, ocorrendo a primeira através da imagem, e procedendo-se à identificação por via de consequência. Destaca, ainda, que a identificação pessoal surge do interesse público de se reconhecer o indivíduo, cabendo ao direito à imagem a sua individualização.⁹⁶

Carlos Affonso Pereira de SOUZA, analisando a definição do autor ora mencionado, observa que tal distinção possui forte traço teórico, confundindo-se na prática o direito à imagem com o direito à identidade pessoal. Ressalta, e trazendo o pensamento de Carlos Fernández SESSAREGO, que a imagem, em diversos momentos, serve de veículo, de instrumento da violação do direito à identidade. No entanto, destaca:

⁹⁵ Regina SAHM, *Direito à Imagem no Direito Civil Contemporâneo*. São Paulo: Atlas, 2002, pp. 189-190.

⁹⁶ Walter MORAES, “Direito à própria imagem – I”. In: *Revista dos Tribunais* nº 443 (set. 1972), p. 73.

“Vale lembrar que o âmbito de atuação do direito à imagem extravasa os limites do direito à identidade, pois é possível apontar casos em que a imagem de uma pessoa é lesionada sem que seja gerada qualquer violação à sua identidade. Trata-se, novamente, da hipótese de utilização de imagem alheia para fins que não aqueles previamente avençados. Nessa situação, a imagem da pessoa não sofre qualquer adulteração, permanecendo, assim, possível o reconhecimento do sujeito fotografado, por exemplo. Sendo o retrato autêntico, não há o que reclamar a título de dano à identidade – na medida em que não há usurpação da mesma – sendo apenas possível argüir violação do direito à imagem”.⁹⁷

Deve-se assim ressaltar que a imagem estática não se confunde com a identidade pessoal. Para se compreender a distinção dos dois interesses, basta conceber que a veiculação da imagem de uma pessoa sem sua autorização pode não lhe causar danos à identidade, porém há, necessariamente, nessa hipótese, uma lesão ao direito de imagem. Por outro lado, pode-se ter autorização para utilizar a imagem de alguém e, ao fazê-lo de maneira a deformá-la, distorcê-la, desvirtuá-la, estar-se-á, assim, diante de uma lesão à sua identidade – que, é relevante ressaltar, também não importa em lesão à honra⁹⁸.⁹⁹

Quanto à imagem-atributo, Carlos Fernández SESSAREGO destaca que a vinculação essencial existente entre ela e o direito à identidade pessoal em sua manifestação dinâmica faz com que sejam comuns hipóteses em que há uma aparente superposição das duas figuras jurídicas – isto é, fazendo com que imagem seja o veículo pelo qual se pode lesionar a identidade pessoal. Isso ocorre porque ela é suscetível de manipulação, que pode acontecer, por exemplo, quando a imagem captada é colocada fora de contexto. Pode-se verificar a ocorrência da manipulação quando fotos antigas são inseridas em situações atuais, em lugares diferentes, em diversas épocas, com personagens distintos, em outros contextos. Esse tipo de situação pode hoje ocorrer facilmente em virtude de ser cada vez mais comum a realização de fotomontagem com o auxílio de tecnologia largamente acessível. Em quaisquer desses casos há desfiguração da pessoa ou do contexto, e isso pode lesionar não só a honra e a reputação, afetar sua intimidade, mas

⁹⁷ Carlos Affonso Pereira de SOUZA. “Contornos atuais do direito à imagem”, cit., pp. 54-55.

⁹⁸ Isso fica clarividente na já mencionada decisão do processo do político italiano Marco Pannella, em que foi divulgado que era novo integrante de um outro partido, ao qual era contrário.⁹⁸ Tal fato não implica em lesão à honra, uma vez que não pode qualificar como desonra o fato de integrar um partido político; igualmente, não há que se falar em violação do direito à imagem, uma vez que seus traços fisionômicos não foram divulgados. Há, nesse caso, uma lesão à identidade pessoal, uma vez que foi desvirtuada a sua identidade no plano político.

⁹⁹ Ricardo Luis LORENZETTI, *Fundamentos do Direito Privado*, trad. bras. de Vera Maria Jacob de Fradera, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, pp. 484-485.

também representar a pessoa socialmente em uma projeção que não condiz com sua personalidade e não é, portanto, fiel a ela.¹⁰⁰ Desse modo, estar-se-á diante de uma lesão ao direito à identidade pessoal e não da imagem.

Pode-se entender que a diferença patente entre a imagem-atributo e a identidade pessoal é o fato de que, na primeira, há uma lesão a esse interesse de determinada pessoa sem que, para isso, tenha havido distorção, adulteração, descontextualização. A lesão ao direito à identidade pessoal, a seu turno, dependeria de uma falsa ou inadequada representação da realidade para se perpetrar, uma vez que tem por requisito que não corresponda à verdade – pelo menos não àquela que a pessoa é naquele momento, ou não inteiramente.

Essa distinção, entretanto, não é satisfatória. Isso porque a análise feita não deixa claro que integra o conceito de direito à identidade pessoal aquele aqui defendido, que é “o direito de ser si mesmo”. A partir dessa perspectiva, o direito à identidade pessoal tutela também o direito de a pessoa ser retratada como é no momento presente, e não apenas a vedação a se retratar de maneira deturpada. Assim, o conceito de direito à identidade pessoal abrange também aquele de imagem-atributo, que não integraria o conceito de direito à imagem uma vez que não há qualquer motivo para que o integre. Isso se justifica pelo fato de que juridicamente apenas surgiu para atender a um uso corrente e popular da palavra “imagem”. O direito, no entanto, não tem que atender aos usos correntes; há que ser técnico. Inclusive porque há casos de violação da identidade pessoal, isto é, em que a pessoa é retratada de forma diversa da que é naquele momento específico, que não se produz pela forma fisionômica. Portanto, o direito à imagem não pode tutelar algo que lhe é estranho, isto é, o que não é imagem. O que se tutela é a identidade pessoal.

Pode-se trazer como exemplo ilustrativo da aplicação do conceito de direito à identidade pessoal um caso levado à apreciação do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e citado como hipótese de violação da imagem-atributo em algumas obras específicas. Trata-se de medida cautelar interposta por parte da conhecida apresentadora de programa infantil, Maria das Graças Xuxa Meneghel, com o objetivo de proibir a comercialização de fitas de vídeo do filme por ela encenado em 1982, intitulado “Amor, estranho amor”, de caráter erótico.

¹⁰⁰ Carlos Fernández SESSAREGO, *Derecho a la identidad personal*, cit., pp. 142-143.

O pedido baseava-se em duas alegações: (i) que sua veiculação era restrita, pelo instrumento de contrato, às salas de cinema, na época, e não abrangia sua distribuição em fitas VHS; (ii) que o filme ia contra a imagem construída pela autora posteriormente, pelo desenvolvimento de sua carreira com o público infantil. Importa, aqui, essa segunda parte e, quanto a ela, o relator decidiu, numa questão qualificada com de imagem-atributo, da seguinte forma:

“Após o lançamento da fita [no cinema], ocorrido em 1982, a 2ª autora [Xuxa] se projetou, nacional e internacionalmente, com programas infantis na televisão, criando uma imagem que muito justamente não quer ver atingida, cuja divulgação atingiria não só ela própria como a das crianças que são seu público, ao qual se apresenta como símbolo da liberdade infantil, de bons hábitos e costumes, e da responsabilidade das pessoas.”¹⁰¹

Uma diferenciação entre direito à identidade pessoal e imagem-atributo parece possível na hipótese em que não há um desacordo com a projeção social da identidade do indivíduo naquele dado momento.

Carlos Affonso PEREIRA DE SOUZA traz, ainda, outra decisão na qual se entendeu que se estava violando a imagem-atributo, essa do Tribunal do Estado do Rio Grande do Sul, no caso de empresa que, ao demitir o empregado, o fez mediante aviso público, violando assim a imagem-atributo do funcionário¹⁰². Assim:

“Civil. Responsabilidade Civil. Despedida de Relações Públicas. Comunicação à praça. Ato sem motivo plausível e lesivo à imagem. Fixação do dano moral.

(...)

2. O comunicado à praça de que certo empregado foi demitido e que a empresa não se responsabiliza por seus atos, quando a despedida foi ato rotineiro e sem motivo extraordinário ou especial constitui ato ilícito porque causa dano à imagem profissional da relações públicas. O dano moral deve ser fixado considerando a necessidade de punir o ofensor e evitar que repita o seu comportamento”.¹⁰³

Com tais exemplos, portanto, fica bem clara a diferenciação existente entre direito à identidade pessoal e a tutela da imagem-atributo, uma vez que, para que a lesão à identidade ocorra, é necessário que se desconsidere o que a pessoa é naquele dado momento, ou, ainda, haver modificação, descontextualização

¹⁰¹ Ap. Cível nº 3819/91, rel. Des. Thiago Ribas Filho, julgada em 27.02.92.

¹⁰² Carlos Affonso Pereira de SOUZA. “Contornos atuais do direito à imagem”, cit., pp. 43-44.

¹⁰³ Ap. Cível nº 596100586, rel. Des. Araken de Assis, julgada em 14.11.1996.

deturpação de algo que, por esse ato, seja contrário ao estilo individual e social daquela pessoa, observando o contexto no qual o ato original se produziu. Na violação da imagem-atributo, ao contrário, não se requer descontextualização ou deturpação de algo que existiu: os fatos são íntegros; o que se observa, nesse caso, é as conseqüências que tal fato, embora correspondente à verdade, atento à veracidade, e em acordo com o que o indivíduo em questão seja, cause dano à imagem daquela pessoa.

Assim, a lesão da identidade pessoal pode se dar – e comumente isso ocorre – tendo por instrumento a veiculação da imagem da pessoa, deturpando-a ou distorcendo-a, ou levando em conta fatos pretéritos que não mais refletem o que a pessoa se tornou, ou o que é. Isso, no entanto, não se configura em ofensa à imagem atributo, mas sim à identidade pessoal, e a única diferença para os demais casos é a forma com que se deu essa violação: através da veiculação de imagem fisionômica da pessoa retratada.

Feita tal distinção, passa-se, assim, ao estudo da identidade pessoal em seu aspecto dinâmico.

5.2 Aspecto dinâmico: o estilo individual e social

Como já visto, a lesão ao direito à identidade pessoal ocorre quando se desfigura, desvirtua, deforma a identidade de uma pessoa perante as outras, colocando-se uma “falsa luz no olhar do público”.¹⁰⁴

A lesão à identidade pessoal pode se dar de modo autônomo, isto é, sem que se ofenda a honra, a reputação, o nome, a intimidade da vida privada ou a imagem física da pessoa. Esse é o entendimento da Corte de Cassação que ficou consagrado desde 1985.¹⁰⁵

¹⁰⁴ Angelo SATURNO esclarece que essa é expressão comumente empregada, que faz referência àquela do direito norte-americano, “*false light in public eye*”, em que se pune qualquer difusão de notícia falsa a respeito de uma pessoa capaz de gerar uma falsa luz no olhar do público. O autor adverte, no entanto, que essa figura do direito norte-americano é diversa da posição adotada pelo direito italiano (Il diritto all’identità personale: Evoluzione dottrinale e modelli giurisprudenziali. In: *Rassegna de diritto civile*, cit., p. 717). Ver, ainda, a esse respeito, a obra de Antonio GAMBARO, “Falsa luce agli occhi del pubblico (False light in the public eye)”. In: *Rivista di diritto civile*, 1981, pp. 84-135.

¹⁰⁵ Carlos Fernández SESSAREGO, *Derecho a la identidad personal*, cit., p. 124.

Enquanto os signos distintivos (nome, impressões digitais, voz, dados pessoais, genoma, sexo biológico, imagem) identificam o sujeito objetiva e imediatamente, a identidade dinâmica representa, por outro lado, uma fórmula sintética para distinguir um sujeito do ponto de vista global na multiplicidade das suas específicas características e manifestações (morais, sociais, políticas, intelectuais, profissionais)¹⁰⁶, caracterizando-se pela proteção da verdade biográfica e histórica, do estilo individual e social de cada um, que o diferencia e singulariza.¹⁰⁷

Assim, a identidade dinâmica deve ser agregada à estática, necessariamente, como complemento indispensável a se compreender plenamente uma pessoa, todos os aspectos que compõem a rica e complexa “identidade dinâmica”, que reúne todos os atributos e características psíquicas e sociais, sua verdade histórica, isto é, o patrimônio ideológico e cultural da pessoa, adquirido através de sua interação e desenvolvimento na vida social.¹⁰⁸

Dessa forma, os signos distintivos identificam, no ordenamento jurídico atual, o sujeito no plano de sua existência material e da condição civil e legal. A imagem evoca a mera aparência física da pessoa. A identidade apresenta, a seu turno, uma forma de distinguir o sujeito de um ponto de vista global, levando-se em conta suas específicas características e manifestações.

Deve-se à elaboração criativa da jurisprudência italiana que o interesse existencial referente à identidade pessoal, enquanto proteção social da personalidade, apareça como uma nova e autônoma situação jurídica subjetiva.¹⁰⁹

Esse interesse pessoal está presente no que se pode designar como o patrimônio cultural, religioso, ideológico, político, profissional, sentimental e social da pessoa. É o que se qualifica como “o estilo individual e social do sujeito”.¹¹⁰ Representa, assim, a complexidade do que uma pessoa é. Essa é a vertente da identidade pessoal que ainda não havia sido considerada pelo Direito, uma vez que abarca o que significa a personalidade de cada um e da sua projeção

¹⁰⁶ Corte di Cassazione, 22 giugno 1985, n. 3769. In: *Foro Italiano*, 1985, I, cc. 2211 ss. *apud* Giorgio PINO, *Il diritto all'identità personale*, cit., p. 81.

¹⁰⁷ Carlos Fernández SESSAREGO, *Derecho a la identidad personal*, cit., p. 114.

¹⁰⁸ A identidade dinâmica será dada especial atenção no curso deste trabalho, em função da sua complexidade e da ausência de um reconhecimento e tutela adequados no ordenamento jurídico brasileiro.

¹⁰⁹ Carlos Fernández SESSAREGO, *Derecho a la identidad personal*, cit., p. 100.

¹¹⁰ Francesco MACIOCE, *Tutela civile della persona e identità personale*, Padova: Cedam, 1984, p. 8 *apud* Carlos Fernández SESSAREGO, *Derecho a la identidad personal*, cit., p. 33.

social. Não se pode esquecer que essa faceta da identidade complementa aquela outra, a estática, que também é objeto de proteção jurídica, que protege os signos distintivos, do nome ao pseudônimo, da imagem à voz,¹¹¹ que também conformam a identidade da pessoa, porém em outro aspecto.

É importante ressaltar que, segundo a jurisprudência, a proteção jurídica da identidade pessoal se efetua dentro daqueles alcances mencionados, independentemente do fato de a agressão à identidade pessoal ter lesionado simultaneamente a honra, a imagem, o nome, a intimidade, a propriedade intelectual, entre outros interesses existenciais juridicamente tutelados. Pode ser, no entanto, que se prejudique ou que se lesione qualquer aspecto da intimidade e que também, ao mesmo tempo, se falseie ou desnaturalize a identidade no que tange à projeção social da pessoa. Dessa forma, imputar a uma pessoa atributos que não são próprios da sua personalidade, distorcê-los ou, simplesmente, omiti-los, quando sua expressividade puder caracterizá-lo de modo completo e cabal, são atos que produzem, em qualquer desses casos, um falseamento ou desfiguração da identidade pessoal, do que a pessoa socialmente representa, do que ela “é” na realidade.

Os direitos da personalidade, uma vez que tutelam, cada um, aspectos diferentes de um todo unitário a que chamamos pessoa, são essencialmente interdependentes reconhecem na pessoa o seu único fundamento. Essa é a razão pela qual os direitos da pessoa, sem exceção, tenham uma radical vinculação enquanto todos e cada um deles se referem ao único sujeito de direito que existe: o ser humano, que é um ser livre, unitário e de natureza psicossomática. A existência de uma pluralidade de direitos da pessoa nos ordenamentos jurídicos não contradiz sua unidade, uma vez que cada um dos direitos da pessoa desenvolve e regulamenta a tutela de um aspecto específico da personalidade. Essa situação não nega a unidade ontológica do ser humano e a conseqüente exigência de sua integral proteção jurídica. O direito, em sua dimensão formal-normativa, como ordenamento positivo, não pode contradizer essa qualidade essencial do ser humano. A normatividade não tem o condão de modificar a experiência existencial. Sua função, dentro da experiência jurídica, se limita a regular condutas humanas intersubjetivas, a prescrever permissões e proibições,

¹¹¹ Carlos Fernández SESSAREGO, *Derecho a la identidad personal*, cit., pp. 33-34.

segundo critérios valorativos socialmente aceitos em um dado momento histórico.¹¹²

O julgado de 6 de maio de 1974 e a sentença proferida em 30 de maio de 1979 pelo juiz de Turim¹¹³ constituem os precedentes judiciais que incentivaram a jurisprudência italiana a se utilizar da tutela da identidade pessoal na sua vertente dinâmica enquanto “verdade pessoal”, como personalidade socialmente projetada. Esses fatos precursores fizeram com que os juristas fossem convocados a debater esse inédito interesse existencial posto em evidência pelos Tribunais italianos na década de 70. É a partir de 1980 que se começa a produzir artigos e comentários de alguns juristas sobre esses casos, assim como a edição de alguns volumes dedicados à análise da identidade pessoal.¹¹⁴

A identidade, em seu aspecto dinâmico, foi inicialmente e muitas vezes confundida com outras situações jurídicas subjetivas, que são conceitualmente próximas, como o regime dos signos distintivos, a intimidade da vida privada, a honra, a reputação e o direito moral do autor¹¹⁵. Durante todo o processo, esse conceito foi sendo amadurecido e delineado pela ação da jurisprudência e a atividade crítica da doutrina. Nesse sentido é importantíssima a contribuição da Corte Suprema italiana em 22 de junho de 1985, que, no julgado mais importante sobre o tema, determinou que a lesão à identidade pessoal constitui uma outra forma de proteção do sujeito, sendo possível a lesão a esse direito de maneira autônoma, isto é, sem que seja necessária a ofensa à honra, à reputação, ao nome, à intimidade da vida privada ou à imagem física da pessoa.¹¹⁶

¹¹² Carlos Fernández SESSAREGO, *Derecho a la identidad personal*, cit., p. 125.

¹¹³ V. Capítulo 4, item 4.1.2, *supra*.

¹¹⁴ Carlos Fernández SESSAREGO, *Derecho a la identidad personal*, cit., pp. 35-36.

¹¹⁵ A confusão com o direito moral do autor se deve à interpretação restritiva da expressão que atribui ao direito à identidade pessoal a proteção do direito à paternidade dos próprios atos, assim entendido como o interesse a ser retratado como se é, e afastando a atribuição de atos não próprios. O direito moral do autor trata de aspecto semelhante, mas restrito à proteção do direito do autor sobre sua obra, não se confundindo, portanto, com o direito à identidade pessoal. Assim, por exemplo, dispõe, no direito brasileiro, a Lei de Direitos Autorais (Lei nº 9610/98), tratando dos direitos morais do autor:

“Art. 24. São direitos morais do autor:

I - o de reivindicar, a qualquer tempo, a autoria da obra;

II - o de ter o seu nome, pseudônimo ou sinal convencional indicado ou enunciado, como sendo o do autor, na utilização de sua obra;

(...)

III - o de assegurar a integridade da obra, opondo-se a quaisquer modificações ou à prática de atos que, de qualquer forma, possam prejudicá-la ou atingi-lo como autor, em sua reputação e honra.”

¹¹⁶ Carlos Fernández SESSAREGO, *Derecho a la identidad personal*, cit., pp. 123-124.

A valorização das características específicas da personalidade individual supera a proteção da honra e da reputação, uma vez que seus âmbitos de tutela são individualizados não tanto em relação ao indivíduo como tal, mas sobretudo à sua posição social. Assim, a jurisprudência, inicialmente, e a doutrina, depois, utilizaram a figura da identidade pessoal indicando a finalidade de evitar a confusão com outros sujeitos, que eram passíveis de individualização na tutela dos signos distintivos pessoais. Posteriormente essa finalidade, que era precipuamente de identificação administrativa, foi destacada e sucessivamente relacionada à tutela da personalidade humana.¹¹⁷

A Corte de Cassação italiana explicitou, no que tange à distinção entre a identidade pessoal e os signos distintivos, que enquanto os estes identificam o sujeito no plano da existência material e da sua condição civil e legal, e o semblante físico da pessoa, a identidade representa, por outro lado, uma forma sintética para distinguir o sujeito sob o ponto de vista global, compreendendo suas específicas características e manifestações.¹¹⁸

A decisão da Corte em junho de 1985 foi importantíssima para consolidar o conceito e a aplicação do direito à identidade pessoal. Nesse pronunciamento, a Corte de Cassação italiana distingue com clareza a noção estática – tratando dos signos distintivos como o nome, o pseudônimo, ou a imagem e a identidade física –, da outra que se refere à identidade pessoal propriamente dita, isto é, o aquilo que se projeta socialmente. Esta última, como já sabido, não é estática. Ao contrário; em se tratando da personalidade, é dinâmica. Constantemente se enriquece, se degrada, progride, involui, muda. Ela tem uma conotação cultural, entendida como tudo aquilo que o ser humano faz na sua vida. Isso significa, portanto, que é o fluido e cotidiano fazer, pensar, repensar, atuar, em que consiste a existência humana.¹¹⁹

O conceito de identidade pessoal dado pela Corte de Cassação é entendido como o patrimônio cultural do sujeito, compreendido em sua mais ampla acepção. Portanto, excluiu do seu pronunciamento o aspecto estático da identidade pessoal. Nesse sentido, a identidade representa uma forma sintética para distinguir o sujeito do ponto de vista global na multiplicidade das suas específicas

¹¹⁷ Angelo SATURNO, “Il diritto all’identità personale: evoluzione dottrinale e modelli giurisprudenziali”. In: *Rassegna de diritto civile*, pp. 716-717.

¹¹⁸ Carlos Fernández SESSAREGO, *Derecho a la identidad personal*, cit., p. 124.

¹¹⁹ Carlos Fernández SESSAREGO, *Derecho a la identidad personal*, cit., pp. 87-88.

características e manifestações (morais, políticas, intelectuais, profissionais, etc.), isto é, para expressar a concreta e efetiva personalidade individual do sujeito tal como ela vinha se solidificando.¹²⁰

SESSAREGO, considerando que o ser humano é uma unidade psicossomática, defende que a identidade pessoal deve integrar unitariamente o que constitui a plena realidade existencial. Assim, entende que ela não pode prescindir da identidade biológica ou física, que deve ser considerada ao lado da identidade dinâmica. É possível e conveniente, segundo o autor, distingui-las e tutelá-las juridicamente de modo independente, mas, ao se pretender formular uma noção completa de “identidade pessoal”, não se poderia omitir a sua faceta estática. O físico e o intelectual definem, em conjunto, a identidade pessoal, ainda que cada um desses aspectos possa ser teoricamente considerado e tutelado de forma independente.¹²¹

É esse o entendimento que nos parece mais acertado: a identidade, como um todo, comporta os aspectos estáticos, isto é fisionômicos e registrais (identidade física, nome, imagem, dados pessoais) em conjunto com seu patrimônio histórico e cultural. Nesse sentido, o “direito de ser si mesmo” como o entendemos não corresponde propriamente à concepção que dele fazem a doutrina e jurisprudência italianas, que, ao utilizarem essa expressão, designam a tutela dos aspectos dinâmicos mas essencialmente restritos, quanto à possibilidade de tutela, aos caracteres estáticos. O que se defende no curso do presente trabalho é que o que se é constitui exatamente o conjunto de todos esses aspectos, e o direito à identidade pessoal, enquanto manifestação do patrimônio histórico e cultural da pessoa humana, com seu conjunto de valores e crenças, está bastante relacionado, por exemplo, com as aplicações das normas de tutela do nome.

Inicialmente poder-se-ia entender que tal proposição se perfaz de forma diversa daquela proposta pelos juristas italianos quando do surgimento e desenvolvimento dessa nova situação jurídica subjetiva em que se constitui a identidade pessoal: isso porque, naquele momento, o direito à identidade pessoal estava analogicamente atrelado ao direito ao nome em razão de sua precípua função identificadora. O que se leva em conta, aqui, através dessa leitura para aplicação e defesa no ordenamento jurídico brasileiro, é o caráter eminentemente

¹²⁰ Carlos Fernández SESSAREGO, *Derecho a la identidad personal*, cit., p. 88.

¹²¹ Carlos Fernández SESSAREGO, *Derecho a la identidad personal*, cit., p. 89.

simbólico que possui o nome, já exposto e desenvolvido à luz da teoria psicanalítica, que tem por objeto de estudo o sujeito.¹²²

A partir dessa visão simbólica do direito ao nome, que esclarece não só seu papel distintivo e identificador, mas também pleno de significados quanto à inserção daquele indivíduo no seu núcleo familiar, quanto à sua própria constituição como pessoa e, conseqüentemente, na vida social. O valor simbólico que porta é a primeira determinação da identidade pessoal do sujeito, que se desenvolverá, no curso de sua vida, com base na interação social.

5.2.1

A determinação do objeto do direito à identidade pessoal

Um problema bastante suscitado entre os críticos do reconhecimento de um direito à identidade pessoal e que se relaciona diretamente com o seu aspecto dinâmico é a dificuldade da determinação do que seria propriamente a “verdade” pessoal.

Maria Celina BODIN DE MORAES, mencionando Hannah Arendt, escreve:

“Se não fossem iguais, os homens não seriam capazes de compreender-se entre si e aos seus ancestrais, nem de prever as necessidades das gerações futuras. Se não fossem diferentes, os homens dispensariam o discurso ou a ação para se fazerem entender, pois com simples sinais e sons poderiam comunicar suas necessidades imediatas e idênticas. A pluralidade humana, afirma Hannah Arendt, tem esse duplo aspecto: o da igualdade e o da diferença.”¹²³

Se por identidade pessoal entendermos o fato de que cada indivíduo humano permanece mesmo, isto é, permanece idêntico a si mesmo durante todo o curso da sua existência, podemos dizer que esse é um “fato” cuja evidência é garantida pela consciência que cada um tem de si. Mas não se poderia duvidar que uma pessoa não seja ela mesma desde que era criança ou adolescente só porque subitamente sofreu uma grave mutilação, ou por ter se convertido a uma outra religião ou mudado de partido político, a ponto de ter mudado a noção da própria

¹²² Esse tema é especificamente abordado e desenvolvido no capítulo 6, item 6.2.1, *infra*.

¹²³ Maria Celina BODIN DE MORAES, “O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo”. In: Ingo Wolfgang SARLET (org) *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 111. (Faz-se referência a Hannah ARENDT, *A condição humana* (1958). 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999, p. 188).

vida. Há algo na pessoa que faz com que a consideremos – e ela a si mesma – como um mesmo indivíduo, permanente, apesar das diversas transformações físicas, psicológicas, intelectuais que possa ter atravessado: o constatamos quando encontramos um velho amigo depois de muitos anos, quando se marca um encontro com alguém no dia seguinte ou depois de muito tempo, quando se processa alguém por um delito cometido em um momento pretérito e concordamos que agora, tempos depois, seja ele a responder por isso. Assim, toda a vida humana, seja individual ou coletiva, se relaciona com a evidência da identidade pessoal. Uma reflexão filosófica, portanto, deve se perguntar *como é possível aferi-la*.¹²⁴

SESSAREGO defende que, em matéria de identidade pessoal, podem existir duas “verdades”: a subjetiva e a objetiva, que podem coincidir ou diferir. Significam, assim, o que a própria pessoa pensa de si e da sua história, e o que a sociedade ou a coletividade pensa em relação àquela pessoa. No caso de diferirem, surge o problema de qual das “verdades” deve ser objeto de tutela jurídica. A “verdade subjetiva” pode ser aparente, simulada ou fictícia, isto é, a projeção social da personalidade que o sujeito pretende difundir não coincide com a “verdade histórica”. A “verdade objetiva”, que é a que juridicamente se tutela, é aquela que se extrai por meio de certos feitos, historicamente comprováveis, de opiniões realmente vertidas, de idéias efetivamente expressadas. É a verdade real, que surge da experiência e que não está baseada em simples desejos ou pensamentos não expressados.¹²⁵

Na hipótese de confronto entre a “verdade” subjetiva e a objetiva, apesar de algumas poucas opiniões contrárias, o entendimento dominante é no sentido de que a “verdade” tutelável é a objetiva, a histórica, a real, e não aquela de matriz subjetiva. DOGLIOTTI¹²⁶ defende esse pensamento quando afirma que se cada pessoa pode ter uma própria representação ou imagem da sua personalidade, que pode ser diferente da real, ou, ao menos, diversa da que aparece frente aos demais,

¹²⁴ Evandro AGAZZI, “Il significato dell’identità”. In: AA.VV., *Identità Personale: um dibattito aperto*. Napoli: Loffredo, 2001, pp.21-22.

¹²⁵ Carlos Fernández SESSAREGO, *Derecho a la identidad personal*, cit., p. 244.

¹²⁶ Massimo DOGLIOTTI, *Diritto alla identità e tutela della persona*, em AA.VV., *L’informazione e i diritti della persona*, Napoli, Jovene, 1983, p. 174, *apud* Carlos Fernández SESSAREGO, *Derecho a la identidad personal*, cit., p. 244.

a tutela deve se fundar sobre feitos objetivos, sobre comportamentos externos e explícitos.¹²⁷

Há, entretanto, opiniões divergentes. DE MARTINI entende que a tutela jurídica da identidade pessoal não pode se estender até abranger a tutela da verdade subjetiva. Então, a verdade de que se pode exigir respeito é a “medida das representações subjetivas, em uma dada sociedade, de uma determinada pessoa, resultante de feitos, situações e comportamentos a ela referidos”.¹²⁸

A maior questão relativa ao objeto da verdade pessoal é a da possibilidade – dir-se-ia até inevitabilidade – da sua variação ao longo do tempo. O problema não reside, na verdade, na modificação de certos aspectos da personalidade, mas sim na intensidade e radicalização do processo de mudança que experimente a pessoa. Não se pode ignorar a liberdade de repensar atos, de rechaçar idéias antigas, a possibilidade de renegar e ainda de voltar a pensar como antes. As modificações que, com o tempo, vão se produzindo na personalidade se explicam pela liberdade que possui cada ser humano para tanto. Essa liberdade pode levar ao arrependimento, a se desvincular de crenças ou ideologias do passado, a modificar sua própria visão de mundo e, com elas, suas idéias políticas, por exemplo. A liberdade e a capacidade de reflexão sobre seus próprios pensamentos e atos fazem do homem um ser imprevisível.¹²⁹

A verdade pessoal se constitui, se modifica e se perde no decorrer do tempo. O ser humano não é um ser feito de uma só vez e para sempre, acabado e finito, uma vez que sua vida é um fazer constante, permanente, cotidiano. A vida é dinâmica, flui e a pessoa se forma de acordo com suas experiências, com sua história.

O fato de existirem vários direitos da personalidade não se incompatibiliza com a afirmação da unidade psicossomática em que consiste a pessoa. Cada um dos direitos subjetivos só se ocupa da tutela de uma parcial e fragmentária faceta da rica e complexa personalidade.¹³⁰

A pessoa humana, enquanto ser ontologicamente livre, é uma realidade inacabada por se constituir como algo contínuo, fluido e ininterrupto processo de

¹²⁷ Carlos Fernández SESSAREGO, *Derecho a la identidad personal*, cit., p. 244.

¹²⁸ Corrado DE MARTINI, “Spunti e riflessioni sulla giurisprudenza in tema di diritto alla identità personale”. In: AA.VV. “Il diritto alla identità personale”, Napoli, Jovene, 1983, p. 193 *apud* Carlos Fernández SESSAREGO, *Derecho a la identidad personal*, cit., p. 245.

¹²⁹ Carlos Fernández SESSAREGO, *Derecho a la identidad personal*, cit., pp. 245-246.

¹³⁰ Carlos Fernández SESSAREGO, *Derecho a la identidad personal*, cit., p. 126.

autocriação. Por isso, enquanto é capaz de gerar novos e inéditos comportamentos, é imprevisível, pode mudar o que é. Assim, sua tutela não pode se esgotar pelo elenco de direitos subjetivos até então conhecidos e enumerados pelos diversos ordenamentos jurídicos existentes. A maior expressão da veracidade de tal afirmativa consiste no fato de que a história dos direitos da personalidade foram se desenvolvendo com o tempo, em razão do surgimento de novos interesses, inéditos aspectos ou facetas da personalidade anteriormente ignoradas, que reclamavam tutela.¹³¹

Conclui-se, portanto, que a identidade pessoal tem que ser determinada, caso a caso, pelo juiz. Ao julgador compete avaliar a projeção social de cada um, baseado em dados objetivos; e nessa comprovação da verdade pessoal se pode admitir uma mudança de personalidade.¹³²

Um exemplo prático, com objetivo ilustrativo do que se viu até o momento e que entendemos como violação da identidade pessoal deu-se com a atriz italiana Sofia Loren e noticiado pela imprensa internacional:

“A atriz italiana Sofia Loren, 70, exigiu que sejam recolhidos os cartazes com sua imagem utilizados por um partido de direita para denunciar a violência sexual cometida por imigrantes. O material foi afixado em locais públicos em diversas cidades italianas.

Os cartazes do partido *Alianza Nacional* (de direita) reproduzem uma famosa imagem em preto e branco do filme "Duas Mulheres" (1960), de Vittorio de Sica, que rendeu um Oscar à atriz. Nela, a personagem de Sofia e sua filha aparecem violentadas por soldados marroquinos que lutaram na campanha de libertação da Itália no fim da Segunda Guerra.

Por meio de seu advogado, Fabrizio Siggia, a atriz exigiu que os cartazes sejam retirados, ameaçando tomar medidas judiciais contra os responsáveis. ‘Sofia Loren condena todo delito sexual e considera que devem ser combatidos com os instrumentos previstos na lei. Ela não admite que sua imagem seja usada por um partido político, que sequer pediu autorização’, afirmou Siggia.

Recentemente, uma série de atos de violência sexual cometidos em Bolonha e Milão por imigrantes ilegais marroquinos e romenos deflagrou uma onda de xenofobia na Itália.¹³³

Assim, no caso em questão utilizou-se a imagem de uma famosa atriz italiana em um filme por ela protagonizado para fazer propaganda contra crimes sexuais de cunho xenófobo, por parte de um partido de direito italiano. Por esse ato, há a violação do direito à imagem fisionômica – uma vez que ela certamente

¹³¹ Carlos Fernández SESSAREGO, *Derecho a la identidad personal*, cit., pp. 126-127.

¹³² Carlos Fernández SESSAREGO, *Derecho a la identidad personal*, cit., p. 246.

¹³³ Notícia veiculada em 27.06.2005. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/ilustrada/ult90u51573.shtml>>. Acesso em: 10 jan. 2006.

obviamente cedeu sua imagem para a realização do filme, mas isso não implica em autorização de terceiros em utilizá-las para outros fins – e violação da identidade pessoal, em sua vertente dinâmica, que extravasa a imagem estática.

A violação da identidade dinâmica se deu por meio da utilização da imagem fisionômica, mas com ela se atingiu a identidade pessoal da atriz. Utilizaram-se de uma imagem sua em um filme e a colocaram em uma propaganda política contra crimes sexuais de inclinação à xenofobia. Isso significa que houve descontextualização, deturpação da identidade pessoal da atriz produzida através da descontextualização da sua imagem fisionômica.

Assim, através dessa propaganda partidária há uma identificação da figura da atriz com a mensagem que pretende difundir e, ainda, com o partido político que a patrocinou.

Está claro, portanto, que essa é uma hipótese genuína de lesão ao direito à identidade pessoal, isto é, ao direito de ser si mesmo, uma vez que a pessoa, no caso, a Sofia Loren, foi retratada de modo diverso da que é, transmitindo idéias e pensamentos dos quais ela não compartilha, como se o fizesse e sem o seu consentimento.

Fica evidente, ainda, a distinção entre imagem e identidade pessoal, uma vez que a imagem fisionômica é apenas o veículo pelo qual a lesão se perpetra, podendo ocorrer, tal violação, de modo autônomo, sem a utilização da fisionomia. Esta é apenas o instrumento pelo qual se operou a violação maior: às convicções, às idéias, ao que se é; ao direito à identidade pessoal.

5.2.2

O que o direito à identidade pessoal não é

No debate acerca do direito à identidade pessoal alguns objetos que lhe são estranhos por vezes são colocados como integrantes de seu conteúdo. Tratam-se de posicionamentos que se baseiam em uma noção demasiadamente ampla do que seria identidade pessoal.

Em primeiro lugar, deve-se observar que não integra o direito à identidade pessoal a questão da tutela das minorias étnicas e lingüísticas. É importante notar que uma questão é aquela que protege as opiniões de distorções ou a atribuição a

alguém de idéias jamais professadas; outra, contudo, é o direito de obter, nos mais variados âmbitos da vida social, o respeito à própria especificidade religiosa e cultural, por meio de tratamentos diferenciados, isenções, exceções em relação ao regime geral aplicável aos demais cidadãos. Um exemplo que se pode dar é o caso dos “sikh”, que obtiveram autorização, na Índia, para não usar capacete quando utilizam motocicleta para que pudessem continuar a usar turbantes mesmo nessa ocasião.¹³⁴

Um outro aspecto estranho à identidade pessoal, especificamente na sua construção italiana, essencialmente no que diz respeito à sua construção jurisprudencial, é a identidade sexual. Por identidade sexual se entende o direito de modificar cirurgicamente os próprios caracteres sexuais exteriores quando o sexo físico não corresponde ao sexo psíquico e se diagnostica, nesse caso, que a pessoa em questão é portadora da síndrome transexual. Na Itália, a questão é especialmente clara porque há uma lei específica que cuida da mudança de sexo (Legge n. 164/1981), e a Corte de Cassazione afirmou, a seu respeito, que o direito à identidade sexual é um direito constitucional inviolável, uma vez que representa uma modalidade essencial de desenvolvimento da pessoa humana.¹³⁵

O direito à identidade sexual, assim definido, é, por vezes, considerado um aspecto do direito à identidade pessoal. No entanto, trata-se de uma associação equivocada, uma vez que não há como compatibilizar o conceito de um inserido no outro. Assim, os partidários dessa tese defendem que se o direito à identidade pessoal é o direito a não se ver atribuídas opiniões não professadas que falseiam a imagem social do indivíduo, não há como inserir nessa delimitação o direito à modificação cirúrgica dos órgãos sexuais externos para que se adequem ao sexo psíquico e o conseqüente direito à retificação do sexo no registro civil.¹³⁶

Outro aspecto estranho ao direito à identidade pessoal e por vezes associado a ele é o denominado direito à identidade biológica ou genética, considerado com o direito do adotado de conhecer as próprias origens biológicas, ou ainda o “direito de ter um pai”, que é por vezes visto como um aspecto da identidade pessoal da criança gerada por fecundação heteróloga. Não se confunde com ele, ainda, o “direito a um genoma não manipulado”, muitas vezes incluído

¹³⁴ Giorgio PINO, *Il diritto all'identità personale*, cit., pp. 194-195, nota 27.

¹³⁵ Faz-se referência a Corte Costituzionale 6 maggio 1985, n. 161. In: “Giurisprudenza italiana”, 1987, I, c. 235 *apud* Giorgio PINO, *Il diritto all'identità personale*, cit., p. 195.

¹³⁶ Giorgio PINO, *Il diritto all'identità personale*, cit., p. 196.

porque o complexo do genoma é tal que corresponde a uma pessoa única, um ser humano irrepitível e diverso, uns dos outros.¹³⁷

¹³⁷ Giorgio PINO, *Il diritto all'identità personale*, cit., pp. 196.

Introdução

Até o momento muito já se discutiu sobre o objeto, limites, aplicabilidade e reconhecimento do direito à identidade pessoal. Cumpre, agora, iniciar o debate quanto ao cabimento do direito à identidade pessoal no ordenamento jurídico brasileiro.

Ao longo deste trabalho, muitas questões foram suscitadas e alguns posicionamentos foram tomados. É necessário, então, sistematizá-los para que se possa conformar um pensamento único a fim de se defender, após o estudo das estruturas desse interesse existencial e de seu funcionamento em diversos países, a aplicabilidade dessa figura jurídica no ordenamento pátrio, explicitando de que forma isso seria possível.

Como pressuposto, deve-se pensar no Direito Civil orientado por valores constitucionais.¹ Em virtude da força normativa dos princípios e da função irradiadora dos valores constitucionais, não se vê mais o direito privado como um conjunto de leis e conceitos estanques, relativos somente aos particulares, e o direito público como direcionado às pessoas de direito público. Relativizando essas fronteiras, com o fim do movimento codificador, o aumento da legislação extravagante e a convivência com leis que representam um pensamento pretérito, que não acompanham a velocidade dos acontecimentos e que não podem tutelar

¹ V. Capítulo 2, *supra*.

todas as situações futuras porque se pretendia esmiuçá-las, há que se buscar os valores constitucionais a fim de que orientem as relações privadas, fazendo com que essas leis infraconstitucionais respeitem os princípios determinados pelo constituinte originário.

A despatrimonialização do Direito Civil é também um grande marco, uma vez que se objetivou, com isso, conferir à pessoa humana função central buscando-se, dessa forma, sua promoção e proteção integral, ou seja, onde quer que se encontre, e abrangendo todas as suas manifestações. Sob esse prisma, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, consagrado no art. 1º, III da Constituição Federal como fundamento da República, exerce um papel central, caracterizando-se como uma verdadeira cláusula de promoção e tutela da pessoa humana, para que seja protegida em todas as suas manifestações, observando seus postulados de defesa da igualdade, liberdade, solidariedade e integridade psicofísica.

Os direitos da personalidade² são aqueles conferidos à pessoa humana pelo simples fato de existir e conformam uma expressão da tutela da pessoa em sede civil. O Código Civil de 2002, inovando ao dispor de um capítulo em que se trata dos direitos da personalidade, não proporciona, no entanto, uma tutela adequada do sujeito, uma vez que traz um rol restrito e apto a tutelar as necessidades da pessoa humana na época de sua redação, nos anos 70. Para que tal proteção seja ampla como preconiza a Constituição, deve-se entender essa disposição dos direitos da personalidade não como taxativa, mas exemplificativa, para que se possa proteger a pessoa em todas as suas manifestações, de acordo com as suas novas necessidades e novas formas de tutela, que mudam de acordo com o decorrer do tempo e das alterações sociais. Assim, utilizando-se da cláusula geral de tutela da pessoa humana, é possível atender às necessidades do ser humano em todas as situações, o protegendo juridicamente com figuras legais não expressamente previstas, mas suscetíveis de aplicação em decorrência da necessidade e do interesse protegido, amparado pela Carta Magna.

O que se tutela, com o direito à identidade pessoal, é o direito de a pessoa ser retratada como se é, sem qualquer atribuição de fatos não verdadeiros, atendendo à correta representação da realidade. A dificuldade reside na precisão

² Sobre os direitos da personalidade, v. Capítulo 3, *supra*.

do que seria a identidade de cada sujeito, para então se aferir se ela foi ou não violada. Diante disso, várias questões de ordem subjetivas são suscitadas, uma vez que tal bem não é objetivamente aferível, em virtude de não se poder falar em uma identidade perene e imutável. As questões da identidade em si só podem ser dirimidas, no entanto, no exame do caso concreto. A experiência de outros países tem mostrado que durante a dilação probatória processual é possível se demonstrar pelos meios legais existentes quando se feriu a “verdade pessoal” e se obter a condenação dos responsáveis ao pagamento de indenização, além da cessação do ato lesivo e da efetivação do direito de retificação para restabelecer a identidade pessoal.³

Em virtude da existência de uma cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana é que se pode, no ordenamento jurídico pátrio, aplicar o direito à identidade pessoal e promover a pessoa humana em sua manifestação dinâmica,⁴ expressão maior da sua identidade. Considerando-se assim o rol não taxativo dos direitos da personalidade, a sua cláusula geral dos direitos da personalidade na Constituição da República de 1988, o direito à identidade pessoal decorreria, em sua aplicação, dessa norma.

6.1

O reconhecimento de um direito à identidade pessoal a partir da Constituição de 1988

Para se elucidar a tese defendida – da possibilidade do reconhecimento e tutela do direito à identidade pessoal no ordenamento jurídico brasileiro a partir da cláusula geral de tutela e promoção da Dignidade da Pessoa Humana – passa-se à análise da tutela da imagem no direito pátrio.

O Superior Tribunal de Justiça reiteradamente não conhece de Recursos Especiais pois entende que não tem como apreciar questões relativas a indenização por violação de direito de imagem porque essa seria matéria de assento constitucional, e portanto, alheia à sua competência, que é de guarda da legislação federal. Conclui o STJ, assim, que deve ser instado o Supremo Tribunal

³ Cf. os casos abordados: pp. 135 et. seq.

⁴ As vertentes estática e dinâmica da identidade pessoal foram objeto do Capítulo 5, *supra*.

Federal, a quem compete o exame de matérias que tenham fundamento constitucional.

Nesse sentido, veja-se, ilustrativamente, o voto do Relator, Min. Antônio de Pádua Ribeiro, da Terceira Turma do STJ, ao concluir, diante dos fatos narrados no processo, que não se tratava de hipótese abarcada pela lei de imprensa, por não haver ali objetivo de informar, mas de dano à imagem, tutelado pela Constituição Federal.

“Consoante se verifica dos autos, a ação foi proposta pela ora recorrida com fundamento no inciso X do art. 5o. da Constituição Federal, com o objetivo de ser ressarcida dos danos morais experimentados em decorrência da publicação, não autorizada, de fotografia sua tirada em baile carnavalesco, na qual aparece beijando seu namorado, o que, segundo alegou, a submeteu a *"uma situação extremamente constrangedora e vexatória"* (fl. 07).

(...) O caso em exame não se amolda às premissas positivadas no apontado dispositivo federal, uma vez que pretende a ora recorrida a indenização por danos morais decorrentes do uso não autorizado de sua imagem (art. 5º, X, da Constituição Federal).

A imagem constitui objeto de direito da personalidade protegida pela Carta Magna. Assim, quem reproduzir imagem, sem autorização do titular, no intento de explorá-la a benefício de seu negócio, pratica lesão ao direito da personalidade e deve indenizar os danos causados quando a divulgação ocorra de forma abusiva e exponha a vítima de forma vexatória.

A respeito asseverou o Exmo. Sr. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, quando do julgamento do Recurso Especial n. 52.842/RJ, DJ de 27/10/1997:

"Na verdade, com essa disciplina clara, a Constituição de 1988 criou um sistema geral de indenização por dano moral decorrente da violação dos agasalhados direitos subjetivos privados. E, nessa medida, submeteu a indenização por dano moral ao direito civil comum e não a qualquer lei especial. Isso quer dizer, concretamente, que não se postula mais a reparação pela violação aos direitos da personalidade, enquanto direitos subjetivos privados, no cenário da lei especial, que regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informação. Não teria sentido pretender que a regra constitucional nascesse limitada pela lei especial anterior ou, pior ainda, que a regra constitucional autorizasse tratamento discriminatório."

No mesmo sentido registrem-se, ainda, os seguintes precedentes: REsp n. 315.908/SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, DJ de 04/02/2002; REsp n. 179.815/RJ, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ de 13/12/1999 e AGA n. 334.134, Rel. Min. Ari Pargendler, DJ de 18/03/2002, este último assim ementado:

"CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS.

A publicação, em jornal, de fotografia, sem a autorização exigida pelas circunstâncias, constitui ofensa ao direito de imagem, não se confundindo com o direito de informação."

Note-se, outrossim, que apesar da recorrente enfatizar em suas razões que a reportagem veiculada tinha como objetivo divulgar os bailes de carnaval, no âmbito de seu direito/dever de informar, e que não houve violação à intimidade, pois os jovens estavam se beijando em local público, o que ao meu ver afastaria, *in casu*, o dever de indenizar, tais alegações não foram objeto da irresignação apresentada.

Portanto, tendo em vista que o e. Tribunal *a quo* concluiu que a publicação da fotografia da recorrida foi ofensiva à sua honra, fato esse não impugnado no recurso que ora se analisa, e que esta c. Corte já firmou entendimento no sentido de que a ação de indenização pelo uso indevido da imagem não é regida pela Lei n. 5.250/67, uma vez que a ofensa ao direito de imagem não se confunde com o delito de imprensa, não se verifica a alegada violação a dispositivo federal. Forte em tais razões, acompanho o em. Min. Relator e NÃO CONHEÇO do Recurso Especial.”

E, ainda, fragmento do voto do Ministro Ari Pargendler:

“Salvo melhor juízo, essa é a solução adequada à espécie, seja qual for o viés que se adote para examiná-la. Se – como querem as razões do recurso especial – ‘*a interpretação conferida pelo Tribunal a quo ao art. 5º, inciso X, da Constituição Federal tornou letra morta o artigo 49, I, da Lei de Imprensa*’ (fl. 223), o tema tem natureza constitucional e só pode ser enfrentado pelo Supremo Tribunal Federal. Se sobra algum resíduo infraconstitucional, a respectiva questão deve ser resolvida tal qual preconizado pelos votos do Ministro Pádua Ribeiro e da Ministra Nancy Andrichi, como seja, o de que a Lei de Imprensa é inaplicável ao caso, em que houve lesão ao direito de imagem.”⁵

O Supremo Tribunal Federal, ao revés, e enquanto guardião da Lei Maior, decidindo quanto a questões de direito à imagem, fundado sobretudo no art. 5º, X da Constituição Federal – que estabelece como direito fundamental o direito à imagem – aplica a norma constitucional diretamente nas relações jurídicas privadas, como se verá mais detalhadamente no momento em que esse tema for especificamente abordado, mas adiante.⁶

Tal posicionamento é de central relevância no desenvolvimento da tese da possibilidade da tutela do direito à identidade pessoal, pois ilustra um posicionamento do STF – e também em alguns tribunais, em casos específicos –⁷ em reconhecer e aplicar um direito da personalidade pelo seu fundamento constitucional, e não pelo seu tratamento ou tipificação na lei civil. Isso denota uma verdadeira aplicação da teoria do direito civil-constitucional, pois importa na proteção da pessoa humana a partir de um direito fundamental de assento constitucional e que tem na Constituição, portanto, seu único fundamento.

Dessa forma, é possível o reconhecimento e a tutela de um direito à identidade pessoal no ordenamento jurídico brasileiro como nova situação jurídica subjetiva e autônoma, uma vez que, dotado de interesse existencial, atinente à pessoa humana e suas manifestações – no caso, sua identidade – encontra

⁵ STJ, 3ª T., REsp nº 207.165 / SP, julg. em 26.10.2004, publ. no D.J. de 17.12.2004.

⁶ Cf. item 6.3, esp. p.143 et. seq.

⁷ V. o caso Doca Street, julgado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, tratado no Capítulo 7, *infra*.

fundamento no art. 1º, III, da Constituição da República de 1988, e é forma específica de proteção da pessoa, que abrange aspectos específicos, não tuteláveis por outra figura jurídica subjetiva.

6.2

O direito à identidade pessoal brasileiro

O conteúdo do direito à identidade pessoal que se defende para o ordenamento jurídico brasileiro é, em grande parte, aquele que foi até o momento exposto: com duas vertentes: estática e dinâmica, comportando, a primeira, o nome, a identidade física e a imagem; e a segunda, o direito de ser si mesmo entendido como o direito a ser retratado como se é.

Com tal conteúdo, o direito de ser si mesmo abarca, então, aspectos do direito ao nome não meramente estático, registral, mas em sua acepção simbólica; da imagem dinâmica, isto é, não apenas dos aspectos fisionômicos; e da honra em sua vertente objetiva, isto é, apenas quanto à reputação. Apropria-se, assim, tais direitos dinamicamente considerados, incluindo-se, ainda, o direito ao esquecimento. Configura-se como direito autônomo porque a utilização desses aspectos dos direitos mencionados constitui direito diverso daqueles singularmente considerados; conforma uma terceira figura: justamente o direito à identidade pessoal.

6.2.1

O Conteúdo do direito ao nome no direito à identidade pessoal: o valor simbólico, à luz da psicanálise.

O nome, além de significar um sinal verbal distintivo do sujeito, previsto expressamente no Código Civil de 2002 em seu art. 16, comporta um caráter simbólico da sua identidade, produzindo a diferenciação e situando o sujeito dentro do seu núcleo familiar e da sociedade. O nome não é apenas um sinal verbal que produz diferenciação; filosófica e psicanaliticamente, transcende esse entendimento, significando muito mais que isso: é o primeiro aspecto da identidade.

Para melhor elucidação desse conceito simbólico e da sua importância para a formação da pessoa e sua identidade, se faz necessária uma análise do pensamento psicanalítico, que trata dessa questão com propriedade.

A questão do sujeito, sua formação, seu reconhecimento e a constituição da sua identidade são discutidos em vários âmbitos e possui grande relevância a qualquer estudo que o tenha – e às relações sociais – como contrapartida. Desse modo, partir-se-á ao estudo da construção do sujeito sob o enfoque daquele que foi o fundador da psicanálise, que mudou por completo a forma de se compreender e enxergar o indivíduo e, por isso, foi um divisor de águas: Sigmund FREUD.

Os pontos abordados quanto ao indivíduo remontam à filiação, que é o pilar da construção do sujeito e, ainda, ao papel e à importância que lhe confere o Direito. A filiação, portanto, parte do sujeito humano.

Sujeito: “termo corrente em psicologia, filosofia e lógica. É empregado para designar ora um indivíduo, como alguém que é simultaneamente observador dos outros e observado por eles, ora uma instância com a qual é relacionado um predicado ou um atributo. (...) Em psicanálise, Sigmund FREUD empregou o termo, mas somente Jacques LACAN, entre 1950 e 1965, conceituou a noção lógica e filosófica do sujeito no âmbito de sua teoria do significante, transformando o sujeito da consciência num sujeito do inconsciente, da ciência e do desejo.”⁸ (destacou-se)

A constituição de toda subjetividade depende da relação ao semelhante e da referência à alteridade do Outro como lugar de falta.⁹ O Direito inscreve o ser humano na ordem da filiação, segundo modalidades particulares e práticas de cada cultura.¹⁰

Antes de sermos filhos de nossos pais somos filhos da “referência”; isto é, cada criança é falada por antecedência, bem antes de seu nascimento, não somente no desejo e no discurso de seus pais e ascendentes, mas também pelas leis que determinam sua filiação e de sua nomeação. O nome constitui um sujeito no conjunto social ordenado segundo regras, “arranjos arbitrários muito trabalhados” ao longo dos séculos. “A criança não é produto da carne de seus progenitores,

⁸ Elisabeth ROUDINESCO e Michel PLON, *Dicionário de Psicanálise*, Rio de Janeiro, Jorge Zahar, 1997, p. 742.

⁹ Teresa Palazzo NAZAR, “Uma Experiência Inesquecível”. In: *Dizer*, nº 12, Rio de Janeiro, Escola Lacaniana de Psicanálise, 2000, p.88.

¹⁰ Cf. Patrick GUYOMARD, “A Ordem da Filiação”. In: Sonia Altoé (org.), *Sujeito do Direito, Sujeito do Desejo*. Rio de Janeiro, Reinventar, 1999, p. 65 et. seq.

nem mesmo de seu desejo de filhos, ou de avanços tecnológicos desenvolvidos nos procedimentos médicos de reprodução. O sujeito é instituído como criança, filho de alguém, pelo Direito”. O ser humano é submetido à ordem genealógica, à influência de sua família, da história desta, de seus ascendentes.¹¹

Todos esses aspectos permitem à criança se inscrever como ser vivo, o que significa ter a capacidade de reproduzir a vida instituída, ou seja, falada, codificada, simbolicamente organizada. Para se constituir como um ser desejante, que, para a psicanálise, é característica de quem é vivo, a criança tem antes de se referir a um nome e, portanto, a uma ordem genealógica, familiar, onde o objeto que racionalmente em questão é construído pelo ordenamento jurídico.¹²

Embora a Constituição da República, em seu art. 5º, I,¹³ tenha igualado homens e mulheres perante a lei, dentro da nossa sociedade, herdeira do Direito Romano, a relação de parentesco é traçada por linha essencialmente masculina, patrilinear. A questão simbólica perpassa o enfoque da reflexão sobre o que é um Pai para um filho a ser *humanizado* como sujeito inserido no ordenamento jurídico – isto é, alguém que recebe um nome registrado, um sobrenome que indica sua ascendência e pertencimento a determinada família e conforme a Lei de Registros Públicos – e, concomitantemente, como pessoa humana (pois é apenas a pessoa humana que registra o nome) e, portanto, ser desejante, na visão da psicanálise.¹⁴ O pai é, antes de tudo, o representante de uma função, cujo objetivo é representar as leis e o interdito maior que os fundamenta: a proibição do incesto, no ato primeiro da transmissão do seu nome (o patronímico, ou seja, o sobrenome derivado do nome do pai).¹⁵

O que sustentam a teoria jurídica e a teoria analítica é verificado cotidianamente: não é a ausência física de um pai que gera o desamparo, uma neurose, ou a loucura, uma psicose. Nem, ao contrário, é sua simples presença, ainda que afetuosa e atenta ao filho, que geraria para a criança a capacidade de desenvolver os requisitos freudianos da boa saúde psíquica: viver, amar, trabalhar. É o fracasso da função paterna, do ofício do pai, que impede o sujeito de se

¹¹ Régine Mougín-LEMERLE, “Sujeito do Direito”, *op. cit.*, p. 4

¹² Régine Mougín-LEMERLE, “Sujeito do Direito”, *op. cit.*, p. 4

¹³ “Art. 5º, I. Homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.”

¹⁴ Régine Mougín-LEMERLE, “Sujeito do Direito”, *op. cit.*, p. 4

¹⁵ Philippe JULIEN, *As Psicoses: Um estudo sobre a paranóia comum*. Rio de Janeiro, Companhia de Freud, 1999, p.26.

constituir como tal. Quando falha a junção do biológico, do social e do inconsciente, ocorre a “quebra” do sujeito.¹⁶

Isto ocorre porque o ser humano não se *auto-funda*, não se autoriza por si mesmo a se humanizar, ou seja, a falar e desejar em seu próprio nome. Pois seu nome advém de um outro – o pai – que o recebeu de um outro, e assim sucessivamente. Sustentar o desejo de viver necessita do apoio simbólico daquele pelo qual fomos chamados a viver na qualidade de “filho de...”¹⁷.

Do mesmo modo que não se escolhem os pais, não se escolhe o próprio nome. De imediato, estamos no mundo alienados pela sociedade – e suas leis de linhagem – e pelo desejo de nossos pais, expresso minimamente pela escolha do prenome, inscrito no patronímico. Essa dupla alienação é a condição da possibilidade de nossa inscrição social e de nossa fundação subjetiva.¹⁸

A humanidade é multicultural e hiper-inventiva: os grupos humanos não são organizados segundo regras de parentesco universais; mas são universais as linhagens (conjuntos de pais e mães entre os quais podemos traçar laços genealógicos matrilineares ou patrilineares) e a lei da interdição do incesto. Não por acaso, “nenhuma sociedade deixa à fantasia, ao livre arbítrio dos pais ou do filho, a escolha de sua linhagem, a autorização de subverter as regras da filiação, a escolha do nome. O nome é uma categoria histórica e normativa. Suas características de indisponibilidade e imutabilidade dão à pessoa humana, especialmente à criança, um espaço, uma moradia institucional, simbolizando um limite, e, portanto, uma referência”.¹⁹

Isso mostra o quanto a filiação não é tão evidente assim; não basta gerar. Nomear alguém não significa dizer de quem ele é filho, mas significa, antes, declarar que ele traz, de uma maneira social, juridicamente autorizada, o nome de seus pais. O nome confere à criança um lugar dentro de uma linhagem, o direito oferece a ela o espaço dentro do qual ele terá de construir sua estrutura psíquica e sem o qual ele não seria mais do que uma boneca de carne ou de pano. Assim, as funções do nome e das regras genealógicas são, também para a psicanálise: (i) produzir diferenciações e (ii) permitir a transmissão da vida.²⁰

¹⁶ Philippe JULIEN, *As Psicoses*, cit., pp. 35 e 36.

¹⁷ Régine Mougín-LEMERLE, “Sujeito do Direito”, cit., pp. 3 e 4.

¹⁸ Patrick GUYOMARD, “A Ordem”, cit., p. 66.

¹⁹ Régine Mougín-LEMERLE, “Sujeito do Direito”, cit., p. 6.

²⁰ Régine Mougín-LEMERLE, “Sujeito do Direito”, cit., p. 4.

(i) Quanto a produzir diferenciação deve-se observar que o nome de família não é redutível ao sobrenome do pai concreto, quer se trate do pai biológico da criança ou do pai que reconheceu e, portanto, lhe deu seu sobrenome. A árvore genealógica configura o que em psicanálise se chama de “Referência”, sendo esta que ordena, nos textos jurídicos constantemente comentados e remanejados, a instituição da vida. Ela dá sentido ao que, sem esse contexto, seria apenas produção da natureza. Nós somos, portanto, e antes de tudo, filhos da Referência. A lei nos diz filho ou filha daqueles que ela designa como nossos pais, em consideração à Referência (enunciada pelos textos fundadores: a Torah, a Bíblia, o Alcorão, as leis da cultura). Isso quer dizer que somos filhos da lei simbólica. Assim, ela contextualiza, referencia, dá história a algo que seria apenas um fenômeno natural.²¹

O sobrenome é assunto especificamente humano da palavra, e, portanto, também do Inconsciente, que é um sistema de representações estruturado como uma linguagem. É por isso que se nós “improvisarmos” muito apressadamente nosso sistema jurídico, que trata da representação do ser humano na sua linhagem, nos arriscaremos a desencadear crises de identidade, considerando-as como crises de humanização, que põem novamente em questão o princípio de humanidade, suscitando a ferocidade, a violência, a confusão. Nomear é humanizar e produzir a possibilidade, para um sujeito humano, de transmitir vida que possa ser vivida (*vivível*).²²

(ii) Além de produzir diferenciação, nomear é, para a psicanálise, um ato de transmissão de vida. O sobrenome torna presente a linhagem, para além dos ancestrais. O “outro”, Referência absoluta fundadora, é uma pura montagem institucional, uma ficção que se enuncia dentro da arbitrariedade das regras. É o ponto de apoio constitutivo do sujeito, que só se constitui como tal a partir do outro, vendo-se diferente, à parte do outro. As leis da filiação designam limites e conseqüentemente lugares, pois colocam em prática regras lógicas de continuidade (familiar) e diferenciação (um sujeito diferente do outro). Isto indica bem inclinação natural para ignorá-las ou transgredi-las.²³

²¹ Régine Mougín-LEMERLE, “Sujeito do Direito”, cit., p. 4.

²² Régine Mougín-LEMERLE, “Sujeito do Direito”, cit., p. 4.

²³ Régine Mougín-LEMERLE, “Sujeito do Direito”, cit., p. 5.

O sobrenome inscreve a pessoa dentro de uma ordem e a situa em relação à sua linhagem. Ele enuncia então um laço, mas produz também interdições de laços – os laços incestuosos.

Diante da criação de laços e também da sua interdição, considera-se, no âmbito psicanalítico, que não se pode ser sujeito desejante sem se submeter a essa inscrição ao mesmo tempo prescritiva e proibitiva. Dentro do sistema ocidental, o sobrenome, central ao mesmo tempo para a formação da identidade social e da identidade subjetiva, remete ao princípio de paternidade. Um pai, tanto para um jurista quanto para um psicanalista, não poderia ser confundido com um simples progenitor. Ser pai é, antes de tudo, um ofício, um intermediário entre a criança e sua linhagem, notificando as relações à ancestralidade e à separação da mãe.²⁴

Se uma criança representa para o pai a eternidade – a continuação de sua linhagem – o pai é um filho que, assumindo o ofício de pai que lhe é conferido, endereça uma demanda a seus próprios pais. O sobrenome que ele transmite exprime a continuidade da espécie, simbolizado pela morte sucessiva dos ancestrais. O ser humano, tanto para um jurista quanto para um psicanalista, é sempre falado de antemão.²⁵

O Pai, construção eminentemente simbólica, é um ofício frágil. É também difícil e incerta, para a construção subjetiva do indivíduo, ser capaz de ser desejante em seu próprio nome. A filiação é uma “mão institucional que o socorre”. Os mecanismos de alta precisão, que são as montagens jurídicas da ordem genealógica do Ocidente, não poderiam ser modificados em nome do interesse de alguns indivíduos, da ciência, ou de estados demissionários de seu papel.²⁶

As manipulações controladoras da ordem genealógica podem produzir efeitos devastadores para o sujeito. Manipular, sem tomar as devidas precauções, o quadro jurídico da nomeação, é ameaçar a construção da autonomia psíquica do sujeito.²⁷

²⁴ Philippe JULIEN, *As Psicoses*, cit., pp. 35 e 36.

²⁵ Régine Mougín-LEMERLE, “Sujeito do Direito”, cit., pp. 6 e 7.

²⁶ Philippe JULIEN, *Abandonarás teu pai e tua mãe*. Rio de Janeiro, Companhia de Freud, 2000, pp. 55 a 57.

²⁷ Régine Mougín-LEMERLE, “Sujeito do Direito, Sujeito do Desejo”, cit., pp. 6-7.

6.2.2

Aplicação do direito à identidade pessoal no ordenamento jurídico brasileiro

Como se viu, o direito ao nome comporta uma importante e inafastável função simbólica, que denota que o ato de nomear um filho é muito mais que um ato jurídico que se esgota na sua realização. Através da nomeação se diferencia e se transmite a vida. Conferir um nome é também se inscrever na vida daquele sujeito, e colocá-lo como parte de uma linhagem, uma família. É um ato de humanizar, que se relaciona intimamente com a formação da identidade – uma vez que ela se constitui pela alteridade, pelo reconhecimento da figura do outro, e, assim, da diferenciação – e o ato primeiro em que se transmitem algumas normas sociais.

Em virtude disso, grande parte dos autores que enfrenta, no Brasil, essa questão, entende que o direito ao nome deve ser compreendido numa expressão mais ampla, de um direito à identidade pessoal. Nesse sentido, destaca Gustavo TEPEDINO:

“A tutela do nome e do pseudônimo, que deve ser entendida na acepção mais abrangente de um direito à identidade pessoal, é afirmada nos artigos 16 a 18”.²⁸

Na mesma trilha, Danilo DONEDA, tratando dos direitos da personalidade e adentrando na tutela do nome, assevera:

“A proteção do nome é estendida ao pseudônimo pelo artigo 19, reconhecendo a posição doutrinária já estabilizada. O dispositivo deixa claro que, ao se tutelar o nome, vai-se além da simples afirmação de um direito ao nome e chega-se a um verdadeiro direito à identidade pessoal”.²⁹

Maria Celina BODIN DE MORAES, de forma clara e concisa, enfrenta a questão em sua complexidade, avaliando aspectos relevantes que a fundamenta. Assim:

²⁸ Gustavo TEPEDINO, “A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-constitucional Brasileiro”. In: *Temas de Direito Civil*, 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 36. (O autor faz menção à posição de Maria Celina BODIN DE MORAES, expressa imediatamente acima, de cujo entendimento, nesse ponto, partilha).

²⁹ Danilo DONEDA, “Os Direitos da Personalidade no Código Civil”. In: *A Parte Geral do Novo Código Civil*, 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 52.

“A relevância do nome, então, não se reduz, como outrora, à designação como pertencente a determinada família. O nome hoje, conforme a doutrina de CORNU, tende a se ‘integrar à pessoa até se tornar o sustentáculo dos outros elementos, o anteparo da identidade da pessoa, a sede do seu amor-próprio’. Neste sentido, uma nova luz foi trazida pela Psicanálise, ao estabelecer que o nome é suporte não só da identidade social mas também da identidade subjetiva, tendo a função de ‘humanizar’ o filho como sujeito do direito (e do desejo). O ofício primordial da paternidade, sob esta ótica, é representar as leis da cidade e o interdito maior que as fundamenta (a proibição do incesto), antes de tudo pela transmissão do seu nome (o patronímico).

(...)

Entre os diversos aspectos da identidade pessoal, o primeiro e mais imediato elemento que a caracteriza é o nome, o qual assume a condição de sinal distintivo e identificador da pessoa na vida em sociedade. Nesta medida, tem-se o direito de ser apresentado na vida social com a real identidade, tal como esta é, ou deveria ser, conhecida. Pode-se violar a identidade pessoal através do nome, fazendo-o designar coisas ou personagens de fantasia, aos quais são atribuídas qualidades não valiosas ou não verdadeiras, que lesionam a auto-estima, causando sofrimento e dor.”³⁰

Diante de tais posicionamentos, fica claro que esses autores estão atentos a uma leitura extensiva, capaz de dar uma visão mais abrangente do direito ao nome, entendendo que essa sua concepção simbólica não pode ser ignorada, devendo-se ter em conta, no entanto, que o direito à identidade pessoal comporta esse aspecto específico do nome, isto é, tem uma carga simbólica da qual partilham, não se confundindo, contudo, com ele. Trata-se, assim, dessa “visão abrangente” do direito ao nome, mencionada em todas essas passagens: no valor simbólico que porta, está a identidade pessoal. Esclarecidos esses pontos, passa-se à análise de um tema específico: a alteração do nome e a sua relação com o direito à identidade pessoal.³¹

6.2.2.1

A relativização do princípio da imutabilidade do nome em razão do direito à identidade pessoal

É sabido que no Direito brasileiro, segundo a Lei de Registros Públicos³², integra a disciplina do nome o princípio da imutabilidade, que se justifica em virtude de um interesse estatal de identificação e individualização dos indivíduos, e um interesse pessoal, que atende à dignidade humana: ser portador de um nome.

³⁰ Maria Celina BODIN DE MORAES, *A tutela da identidade pessoal no Código de 2002*, cit., pp. 4 e 24.

³¹ V. Maria Celina BODIN DE MORAES, *A tutela da identidade pessoal no Código de 2002*, cit., *passim*.

³² Art. 58, *caput*, LRP (para a transcrição integral do artigo, v. nota 283, *supra*)

No que tange à alteração do prenome vexatório, por exemplo, o princípio da imutabilidade é relativizado para se atender e efetivar do princípio da dignidade da pessoa humana. Se o nome, ao invés de dignificar, viola a pessoa e sua dignidade – isto é, o prenome ou o nome como um todo expõe a pessoa ao ridículo –, se autoriza sua mudança para que se atenda a esse objetivo que, nesse aspecto, preconiza que a pessoa deve portar um nome que a dignifique.

Diversas ações levadas à apreciação do judiciário, ou ainda casos levados ao conhecimento público, ou mesmo listas de nomes registrados³³ denotam que o desconforto que esse tipo de nome gera à pessoa, podendo impedir seu livre e completo desenvolvimento, causando grandes traumas que refletem na saúde psíquica e na identidade daquele indivíduo.³⁴

Recentemente foi veiculado na mídia o caso de um rapaz vietnamita que possuía um nome vexatório, que só foi mudado vinte anos depois, após o consentimento do pai, de acordo com as leis locais. Embora não se trate de um caso brasileiro, é de interesse sua análise, porque análoga a diversos casos existentes e foi objeto de grande repercussão. Veja-se:

³³ Alguns exemplos de nomes tidos vexatórios, já há muito divulgados: Antônio Morrendo das Dores; Armando Nascimento de Jesus; Barrigudinha Seleida; Cafiaspirina Cruz; Chevrolet da Silva Ford; Colapso Cardíaco da Silva; Comigo é Nove na Garrucha Trouxada; Éter Sulfúrico Amazonino Rios; João Sem Sobrenome; José Casou de Calças Curtas; Liberdade Igualdade Fraternidade Nova York Rocha; Maria Privada de Jesus; Maria-você-me-mata; Napoleão Sem Medo e Sem Mácula; Necrotério Pereira da Silva; Padre Filho do Espírito Santo Amém; Primavera Verão Outono Inverno; Simplício Simplório da Simplicidade Simples; Vicente Mais ou Menos de Souza; Zélia Tocafundo Pinto; e ainda, Ava Gina (em homenagem a Ava Gardner e Gina Lolobrigida); Letsgo (de *Let's go*); Óliude (jogador de futebol, que atuou no Portuguesa e no Vasco, com o apelido "Capitão") e seu filho, de mesmo nome; Tospericagerja (em homenagem à seleção do tri: Tostão, Pelé, Rivelino, Carlos Alberto, Gerson e Jairzinho); Usnavy (em homenagem à *U.S.Navy*, a Marinha Americana); e as irmãs Xerox, Autenticada e Fotocópia. (Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/legal/nomes.html>>. Acesso em: 12 jul. 2006. O sítio informa que “os nomes foram coletados a partir de listas públicas, como uma relação de segurados com nomes estranhos divulgada pelo extinto INPS na década de 80, e pesquisas em cartórios realizadas por autores de livros especializados”).

³⁴ Um caso bastante expressivo do comprometimento que um nome em desacordo com a dignidade da pessoa humana implica ao desenvolvimento do sujeito, pelo seu caráter simbólico que comporta é o caso do rapaz denominado “Restos Mortais de Maria Dolores”. O valor simbólico subliminar, além do evidente nome vexatório, é de tal gravidade que comprometeu a saúde psíquica e o desenvolvimento dessa pessoa. Maria Dolores é a mãe que faleceu ao dar-lhe à luz. O pai, consternado, registrou esse como o nome do filho. Este, assim, pelo nome que porta, não é uma pessoa: é apenas resto, o que sobrou; é os restos mortais de sua falecida genitora. Seu caso foi conhecido no ambulatório de psicologia de uma faculdade da cidade do Rio de Janeiro, e lhe foram gerados, em decorrência disso, sérios comprometimentos psíquicos, lá constatados. Parece relativamente fácil compreender as conseqüências: esse não pode ser considerado um nome, uma vez que não havia como sequer chamá-lo por ele; é o ícone da função desumanizadora, oposta à humanização que pretende exercer o nome.

“Jovem chamado ‘Multa de Seis Mil e Quinhentos’ troca de nome.

Depois de duas décadas de vergonha, o pai de um vietnamita concordou em mudar o nome do seu filho Mai Phat Sau Nghin Riou, que em português significa ‘Multa de Seis Mil e Quinhentos’. Mai Xuan Can, pai do jovem, deu o nome ao filho em função da multa de 6,5 mil *dong* para casais que têm mais que dois filhos.

Em 1999 o governo local tentou convencer Can a trocar o nome do menino, já que este era freqüente motivo de brincadeiras na escola, na província de Quang Nam.

O filho, agora com 19 anos, adotou o novo nome de Mai Hoang Long, que significa ‘Dragão Dourado’.³⁵

Assim, “se encontram, com facilidade, pessoas que portam prenomes que causam gozações, brincadeiras vexatórias e insinuações pejorativas, os quais configuram verdadeiras violações à cláusula geral de tutela da dignidade da pessoa humana”³⁶ e, como visto, também a uma identidade pessoal saudável, entendida em sua dimensão simbólica, ligada à *psique*.

Outro ponto relevante que aqui se pretende defender, quanto à concepção extensiva do nome entendendo-o, nesse aspecto, como integrante do direito à identidade pessoal, é que a possibilidade de supressão ou inserção de um sobrenome também está relacionada ao primado do simbólico e, assim, ao que a pessoa é, à identidade. Isso porque sob a letra fria da lei, não há motivo que justifique sua retirada, por exemplo, no caso de pai que não tem qualquer relacionamento com o filho.

O filho que pretende ver atendido tal pleito não o faz, em verdade, porque seu nome o exponha a ridículo. O pedido de supressão de um sobrenome paterno, no caso, diz respeito à identidade daquele indivíduo, daquele filho, que não teve um pai. É um tanto óbvio que ele teve, sim, um pai biológico. No entanto, isso não é suficiente para que se diga tenha sido desempenhado um papel paterno. O desinteresse, o abandono, consolidam uma personalidade, uma identidade no sujeito, assim como o bom desempenho dessa função.

Dessa forma, o pleito de retirada do sobrenome do pai que não se conhece ou não tem relação com o filho porque o abandonou é apenas justificado pelo fato de aquele pai não integrar a identidade pessoal do seu filho; não auxiliou a formar

³⁵ Notícia veiculada em 11 de julho de 2006. Disponível em: <<http://noticias.terra.com.br/popular/interna/0,,OI1067204-EI1141,00.html>>. Acesso em: 12 jul. 2006. A notícia foi alvo de destaque no noticiário internacional, como em: <<http://abcnews.go.com/Business/wireStory?id=2163810>> e <<http://www.topix.net/news/weird>>, acessos em 12 jul. 2006 (grifos no original).

³⁶ Maria Celina BODIN DE MORAES, *A tutela da identidade pessoal no Código de 2002*, cit., p. 8.

a identidade daquele sujeito; ou seja, o pai, ausente, não teve nenhuma influência para consolidar, pelo menos de forma ativa, comissiva – que é o que se espera de um pai vivo e em condições de fazê-lo –, o que aquele indivíduo é.

A esse respeito, o pensamento de Maria Celina BODIN DE MORAES deve ser aqui observado:

“Em virtude da imprescindibilidade (*rectius*, exigibilidade) de tutela por parte dos pais e da dependência e vulnerabilidade dos filhos, a solidariedade familiar alcança aqui o seu grau de intensidade máxima. Em caso de abandono moral ou material, são lesados os direitos implícitos na condição jurídica de filho e de menor, cujo respeito, por parte dos genitores, é pressuposto para o sadio e equilibrado crescimento da criança, além de condição para a sua adequada inserção na sociedade. Ou seja, os prejuízos causados são de grande monta.

(...)

De fato, a importância da figura paterna, especialmente depois das conclusões da psicologia moderna, não precisa de mais comprovações. É notória sua imprescindibilidade – assim como o é a da figura materna – para a adequada estruturação da personalidade da criança. Quanto aos pais, *tertius non datur*: ou se tem pais, ou se tem ausência de pais. Quando este último caso ocorrer, estará caracterizado um dano moral a ser ressarcido.”³⁷

A jurisprudência também já se manifestou nesse mesmo sentido, nas duas polêmicas decisões que assentiram quanto ao reconhecimento de dano moral sofrido pelo filho abandonado afetivamente pelo pai. Não se pretende, aqui, adentrar no mérito de tal discussão, embora de grande relevância e interesse, uma vez que esta extrapola os limites traçados para investigação no presente trabalho. Busca-se, somente, sublinhar a fundamentação, em função de fazer considerações pertinentes à identidade. Assim, considerou-se no acórdão do Tribunal de Alçada de Minas Gerais que:

“Até os seis anos de idade, Alexandre Batista Fortes, ora apelante, manteve contato com seu pai de maneira razoavelmente regular. Após o nascimento de sua irmã, a qual ainda não conhece, fruto de novo relacionamento conjugal de seu pai, este se afastou definitivamente. Em torno de quinze anos de afastamento, todas as tentativas de aproximação efetivadas pelo apelante restaram-se infrutíferas, não podendo desfrutar da companhia e dedicação de seu pai, já que este não compareceu até mesmo em datas importantes, como aniversários e formatura. **De acordo com o estudo psicológico realizado nos autos, constata-se que o afastamento entre pai e filho transformou-se em uma questão psíquica de difícil elaboração para Alexandre, interferindo nos fatores psicológicos que compõem sua própria identidade.**”³⁸

³⁷ Maria Celina BODIN DE MORAES, “Danos morais em família? Conjugalidade, parentalidade e responsabilidade civil”, *mimeo*, p. 18.

³⁸ TAMG, 7ª C.C., Ap. Civ. 408.550, Rel. Juiz Unias Silva, julg. em 01.04.2004, (*Revista Trimestral de Direito Civil*, n. 20, 2004, pp. 177-179, destacou-se).

Trazendo tais considerações para a questão do nome, a possibilidade específica de alteração do sobrenome, em caso de abandono, se fundamenta, em verdade, pelo respeito à identidade pessoal do postulante, uma vez que aquele ascendente apenas o gerou, mas não contribuiu ativamente para o que ele é, ou seja, para a formação da sua identidade. A fim de ilustrar a tese defendida, veja-se alguns exemplos de julgados do STJ em que se admitiu a retirada do sobrenome paterno sob tal fundamento:

“A discussão centra-se na possibilidade ou não de alteração do nome do recorrente, que pretende excluir a partícula referente ao nome do pai “Batelli”, uma vez que o pai nunca foi presente, tendo aliás, o abandonado juntamente com a mãe quando tinha sete meses de idade. Diz ainda que se sente exposto ao ridículo e que jamais foi conhecido como Paulo Bateili, mas sim como Paulo Vampré, nome da mãe.

A Lei de Registros Públicos, ao tratar da disciplina relativa ao nome civil, dispõe, no art. 57, que pode haver alteração do nome desde que ocorra motivo bastante para tanto e se faça pela via judicial. A propósito, Walter Ceneviva afirma que a “lei limitou a mutabilidade de modo não absoluto”(Lei *dos Registros Públicos Comentada*, 9ª ed, Saraiva, n. 150, p. 110).

Dessa forma, não fosse a mitigação do ordenamento positivo, condescendente com a mudança pela adoção, pelo casamento e pela legitimação posterior ao nascimento, a melhor doutrina tem-se adaptado às situações concretas de cada caso, sempre fiel à dinâmica do Direito e da própria vida, ‘arte de conduzir os homens’ na feliz expressão de Ripert, mais rica que as nossas teorias.” (STJ, 4ª T., REsp. 66643/SP - Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, julg. em 21.10.97, publ. no DJ de 09.12.97).³⁹

Ou ainda:

“Na espécie, a solução da controvérsia depende de saber, inicialmente, se é ou não possível a alteração do nome da recorrente, que pretende suprimir de seus assentamentos o patronímico paterno "Arrojado Lisboa", aduzindo para tanto o divórcio de seus pais quando tinha apenas nove anos, tendo sempre vivido sob a guarda e dependência econômica exclusiva da mãe, sem que o seu genitor lhe prestasse a devida assistência, quer moral quer material, do qual *‘traz apenas o patronímico, que além de ser motivo de grande constrangimento social, é causa de recordações’*, que prefere esquecer.

Como se vê, contrariamente ao que assentou o acórdão recorrido, tem esta Corte adotado posicionamento mais liberal sobre o tema, ao entender que o princípio da

³⁹ “Civil. Registro Público. Nome Civil. Prenome. Retificação. Possibilidade. Motivação Suficiente. Permissão Legal. Lei 6015/1973, art. 57. Hermenêutica. Evolução da Doutrina e da Jurisprudência. Recurso Provido. I – O nome pode ser modificado desde que motivadamente justificado. No caso, além do abandono do pai, o autor sempre foi conhecido por outro patronímico. II – A jurisprudência, como registrou Benedito Silvério Ribeiro, ao buscar a correta inteligência da lei, afinada com a ‘Lógica do Razoável’ tem sido sensível ao entendimento de que o que se pretende com o nome civil é a real individualização da pessoa perante a família e a sociedade.”(STJ, 4ª T., REsp. 66643/SP, julg. em 21.10.97, publ. no DJ de 09.12.97)

imutabilidade do nome de família não é absoluto, admitindo-se, excepcionalmente, após o decurso do primeiro ano da maioridade, sua alteração, com base no que dispõe o artigo 57 da Lei nº 6.015/73, desde que presentes a justa motivação e ouvido o Ministério Público.

Assim delimitada a questão, no caso dos autos, não poderia o juiz sentenciante se negar a deferir a produção de provas requerida, voltada para a demonstração da existência de justo motivo, com vistas à alteração do nome da autora, já que o pedido fora formulado com amparo na interpretação combinada do aludido artigo 57 – alteração excepcional - com o que prescreve o parágrafo 1º do artigo 109 da mencionada Lei de Registros Públicos. (...)

Desse modo, ao contrário do que consignou o aresto hostilizado, tenho por presentes, no caso vertente, os requisitos legais retro transcritos, suficientes para ensejar a produção de prova solicitada, vez que, contando a autora 22 (vinte e dois) anos de idade à época da propositura da ação, às fls. 13 dos autos, veio o órgão ministerial a impugnar o pedido.

Do quanto foi exposto e, na esteira do parecer ministerial, conheço do recurso e lhe dou provimento, para cassar o acórdão recorrido e a sentença, a fim de que, com vistas à demonstração dos fatos que embasam o pedido inicial, possam ser produzidas as provas requeridas”.⁴⁰(STJ, REsp 401.138/MG)

Pode acontecer, ainda, de se pleitear a inserção do sobrenome daquele que efetivamente fez o papel de pai e contribuiu de maneira concreta para a formação da identidade pessoal, como o padrasto:

“NOME. Alteração. Patronímico do padrasto.

O nome pode ser alterado mesmo depois de esgotado o prazo de um ano, contado da maioridade, desde que presente razão suficiente para excepcionar a regra temporal prevista no art. 56 da Lei 6.015/73, assim reconhecido em sentença (art. 57). Caracteriza essa hipótese o fato de a pessoa ter sido criada desde tenra idade pelo padrasto, querendo por isso se apresentar com o mesmo nome usado pela mãe e pelo marido dela.”⁴¹ (STJ, REsp 220.059 / SP)

Objetiva-se, dessa forma, o direito de ser retratado no registro civil como se é; ou seja, o pleito trata do direito de ser si mesmo, na medida em que reflete o pedido do direito a ser retratado (no registro civil, pela alteração do nome) como se é. Dessa forma, se está diante do direito à identidade pessoal.

6.2.2.2

Caso Doca Street: a tutela do direito de ser si mesmo

⁴⁰ STJ, 3ª T., REsp 401.138 / MG - Rel. Min. Castro Filho, julg. em 26/06/2003, public. no DJ de 12.08.2003.

⁴¹ STJ, 2ª T., REsp 220.059 / SP – Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, julg. em 22/11/2000, public. no DJ de 12.02.2001 p. 92.

Outra questão jurídica recente do direito brasileiro que envolve o direito à identidade pessoal é a da exibição, no programa da Rede Globo de Televisão, o *Linha Direta Justiça*, do caso do homicídio de Ângela Diniz por Raul Fernando do Amaral Street, conhecido como Doca Street. O caso aconteceu nos anos 70 e, levado a júri popular, o réu foi condenado e cumpriu pena, e hoje já está reintegrado à sociedade. Diante da gravação do programa pela emissora, Doca Street pediu judicialmente que o programa não fosse ao ar.⁴²

O conteúdo do direito à identidade pessoal presente no caso está no fato de o autor do crime tê-lo cometido há anos, ter sido julgado, condenado e cumprido pena, e ainda hoje ser publicamente retratado como o homicida da então namorada. O autor, anos depois do fato, sem ter cometido qualquer outro crime, teria, então, o direito a ser retratado como é atualmente, e não como um recorte de algo terrível que fez no passado – como um eterno criminoso.

Se o direito à identidade pessoal é o direito de ser retratado como se é na realidade, e essa “realidade” diz respeito ao momento e ao contexto atuais, não ao pretérito. Caso assim fosse, poder-se-ia incorrer em uma deturpação da representação social da pessoa, exatamente ao que a tutela da identidade pessoal se opõe. Há, portanto, no caso em questão, um conflito entre direito à identidade pessoal e direito de informação, que será mais detidamente trabalhado, quanto a esse aspecto, no ponto específico da ponderação de valores.⁴³

Nesse sentido, portanto, adotamos uma concepção de identidade pessoal que não se relaciona necessariamente com uma idéia de “verdade histórica”, mas sim com aquela defendida pela Corte de Cassação italiana, do *diritto ad essere se stesso*, isto é, o direito de ser si mesmo.

Considera-se, com isso, que uma pessoa é, certamente, fruto de suas experiências passadas; no entanto, o que se defende é que ela não se resume a elas – ou a uma delas. A identidade da pessoa é certamente muito mais complexa, e só pode ser determinada casuisticamente, de acordo com seu “retrato” atual.

Dessa forma, também se afasta a possibilidade de uma pessoa virar refém de seu passado, e por ele ser rotulada eternamente, mesmo que, como no caso

⁴² TJRJ, Apelação Cível nº 2005.001.54774 – Rel. Des. Milton Fernandes de Souza, 5ª Câmara Cível. Julgado em: 28/03/2006. Para uma mais detalhada abordagem do caso e transcrição de fragmentos de alguns votos, v. capítulo 7, item 7.2.1

⁴³ Vide Capítulo 7.

concreto em exame – o homicídio cometido por Doca Street – já tenha pago por ele perante a sociedade, mediante o cumprimento da pena imposta pelo juiz competente.

Com essa concepção de identidade pessoal, sem dúvida, se relaciona aquela de direito ao esquecimento, conhecido no Direito italiano como *diritto all'oblio*. O desenvolvimento desse aspecto dar-se-á, no entanto, no capítulo seguinte, quando do enfrentamento da ponderação dos interesses que claramente se chocam na hipótese: o direito à informação e o direito à identidade pessoal.

6.2.2.3

O caso Luma de Oliveira

Outra hipótese de grande repercussão nacional que envolve a identidade pessoal enquanto deturpação daquilo que se é por meio de descontextualização é o caso da utilização da foto da modelo Luma de Oliveira pelo jornal inglês *The Independent*. Em uma matéria veiculada em 2005, o jornal, em uma reportagem que tratava de um escândalo que envolvia homens públicos, a montadora Volkswagen e prostituição – foi utilizada a foto de Luma no carnaval carioca como ilustrativa da prostituição. Veja-se a repercussão nos meios de comunicação do país, e o detalhamento da matéria do jornal inglês:

“Jornal ilustra matéria de escândalo sexual com foto de Luma
(Mariana Timóteo da Costa, da BBC Brasil)

O jornal inglês "The Independent" traz na sua edição desta quinta-feira uma foto da modelo e empresária Luma de Oliveira para ilustrar uma reportagem sobre os escândalos envolvendo políticos, funcionários da montadora Volkswagen e prostitutas brasileiras.

Em nenhum momento a reportagem faz relação entre o caso e a modelo, cuja imagem foi usada unicamente para ilustrar a reportagem.

Procurado pela BBC Brasil, o editor responsável pela matéria ainda não se pronunciou. Mas uma fonte do "Independent" afirmou que a escolha da foto de Luma foi aleatória. "Fomos no banco de dados do computador e teclamos a palavra 'samba'. A imagem apareceu. Não se tinha idéia que ela era tão famosa", disse o repórter.

A reportagem de uma página é ilustrada com uma foto grande de Luma de Oliveira desfilando no Carnaval do Rio, com os tradicionais trajes sumários. O jornal não cita o nome da atriz, mas traz a seguinte legenda embaixo da foto: "A maior montadora de carros da Europa, a VW, é sacudida por um escândalo envolvendo sexo, suborno e sambistas".

De acordo com a reportagem, intitulada "A história do caso VW", diretores da montadora alemã mantêm casos com prostitutas brasileiras e pagam festas

"regadas a sexo para políticos alemães". Tudo com dinheiro da empresa. As acusações têm sido destaque na imprensa europeia há algumas semanas.

(...)

Na reportagem, o *Independent* afirma que Peter Hartz, diretor do Departamento Pessoal da VW, teve uma amante brasileira (citada como Joselia R) e usou dinheiro da empresa para financiar vários encontros com ela pela Europa e no Brasil.

Além de diretor da VW, Hartz é muito próximo do chanceler alemão Gerhard Schröder e, segundo o jornal, "contribuiu com várias idéias para reformas na leis trabalhistas alemãs".

Outro desdobramento do escândalo, que "quebrou a coluna da VW", segundo o jornal, é que cartões de crédito da empresa foram usados para levar diretores da companhia e políticos "a férias no Carnaval do Rio".

O jornal cita uma reportagem da revista Focus na qual se diz que empresa pagou festas sexuais "para comprar influência no governo".

Um outro diretor da empresa renunciou depois de ser acusado de comprar, com dinheiro da empresa, uma casa para uma de suas amantes brasileiras em São Paulo.

Para o jornal, os escândalos podem prejudicar a tentativa de Gerhard Schröder se reeleger em setembro.”⁴⁴

O caso é interessante porque a foto, em que aparece desfilando no carnaval, tem função de ilustrar a reportagem. Não há qualquer citação do seu nome ou relação explícita entre ela e o caso citado. A associação, no entanto, é inevitável.⁴⁵

⁴⁴ Reportagem veiculada em 27.07.2005. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/bbc/ult27u44726.shtml>>. Acesso em: 30.07.2006.

⁴⁵ “Advogado de Luma diz que vai processar jornal ‘Independent’
O advogado da modelo e empresária Luma de Oliveira, Michel Assef, afirmou nesta quinta-feira que vai processar o jornal inglês ‘The Independent’ por ter publicado uma foto da atriz para ilustrar uma reportagem sobre escândalos que envolvem corrupção e sexo na empresa alemã Volkswagen.

Luma de Oliveira, que em nenhum momento é citada na reportagem, ‘está arrasada e deprimida’, segundo Assef. De férias em Nova York, o advogado da modelo disse que recebeu logo cedo (quinta-feira) o telefonema ‘de uma Luma muito triste e revoltada’.

‘Não entendo como um jornal de respeito faz isso. É um absurdo’, disse.

Retornando sexta-feira ao Brasil, Assef diz que vai avaliar como vai processar o ‘Independent’.

‘Vou encontrar o jornal nos tribunais. Posso processar em uma corte brasileira ou inglesa. Vamos estudar o caso’, afirmou.

Procurado pela BBC Brasil, o editor responsável pela matéria ainda não se pronunciou. Mas uma fonte do ‘Independent’ afirmou que a escolha da foto de Luma foi aleatória. ‘Fomos no banco de dados do computador e teclamos a palavra 'samba'. A imagem apareceu. Não se tinha idéia que ela era tão famosa’.

A reportagem de uma página é ilustrada com uma foto grande da modelo desfilando no Carnaval do Rio, com os tradicionais trajes sumários. O jornal não cita o nome da atriz, mas traz a seguinte legenda embaixo da foto: "A maior montadora de carros da Europa, a VW, é sacudida por um escândalo envolvendo sexo, suborno e sambistas".

No fundo da foto, foi realizada uma montagem com carros da Volkswagen. De acordo com a reportagem, intitulada ‘A história do caso VW’, diretores da montadora alemã mantêm casos com prostitutas brasileiras e pagam festas ‘regadas a sexo para políticos alemães’.

Tudo com dinheiro da empresa. As acusações têm sido destaque na imprensa europeia há algumas semanas.” (Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/bbc/ult27u44732.shtml>>. Acesso em: 29.07.2006).

Assim, na hipótese, pode-se dizer que não há violação da imagem, uma vez que se trata de pessoa notória que estava em local público, fazendo com que a utilização de sua imagem fisionômica não dependa de autorização. Não há, da mesma forma, violação do nome, porque não há qualquer menção a ele. Há violação, assim, da sua honra e da sua identidade pessoal.

É forçoso destacar que seus traços fisionômicos, sua imagem, não foram violados; apenas serviram de veículo para que se concretizasse a lesão à honra e à identidade pessoal. Através da utilização sua fotografia para ilustrar a matéria sobre fatos com os quais não tinha, em verdade, a menor relação, se fez com que houvesse uma associação imediata entre a imagem e a notícia, causando-se, assim, uma deturpação da sua identidade pessoal, ou seja, a retratando como o que não é.

A lesão à sua honra deriva do fato de que essa figura deturpada que se criou, associando à modelo – de que seria uma prostituta envolvida no escândalo noticiado – é lesiva, sem sombra de dúvidas à sua honra. Cumpre observar que caso a deturpação tivesse ocorrido para identificá-la de forma diversa da que é, porém sem ensejar qualquer desonra, ou mesmo retratando-a de forma a atribuir-lhe outras características que não possui, ainda que benéficas, estar-se-á diante de uma lesão à identidade pessoal.

A repercussão do uso da foto foi grande também no noticiário internacional, o que fez com que o jornal fizesse um pedido público de desculpas dois dias depois.⁴⁶ Não obstante o fato, Luma decidiu processar o jornal. Não foi divulgado o fundamento do pedido, e ainda não foi prolatada a decisão. A última notícia a respeito narrava que, na primeira audiência relativa ao processo, em Londres, não houve acordo.⁴⁷

⁴⁶ “O jornal britânico ‘The Independent’ publica, na sua edição deste sábado, um pedido de desculpas por ter usado uma foto da modelo e empresária Luma de Oliveira para ilustrar uma reportagem sobre escândalos que envolvem corrupção e sexo na empresa alemã Volkswagen. Em uma nota na página 28, o jornal diz que ‘um artigo publicado na quinta-feira sobre o caso VW foi ilustrado com uma imagem de uma dançarina de samba. A imagem, na verdade, é da modelo e atriz brasileira Luma de Oliveira’.

‘Nós não tivemos a intenção de sugerir que a senhorita Oliveira está ligada de qualquer forma com o caso VW e sentimos muito por qualquer mal-entendido.’” (Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/bbc/ult272u44803.shtml>>. Acesso em: 29.07.2006).

Uma fonte do “Independent” já havia afirmado que o jornal desconhecia a fama de Luma de Oliveira e pegou a sua imagem em um banco de dados no computador, apenas para ilustrar a matéria.

⁴⁷ “Audiência em ação contra jornal inglês não tem acordo

por Ronaldo Herdy

Não houve acordo, na quinta-feira passada (9/3), na primeira audiência do processo que Luma de Oliveira move contra o jornal inglês *The Independent*. Em julho de 2005, o jornal publicou foto da

Pode-se afirmar, portanto, sob essa ótica, que há no Brasil casos em que são necessárias aplicações da proteção do direito à identidade pessoal. Nessas situações, apenas não se atentou, no direito pátrio, que a justificativa e fundamentação apontam explicitamente que é de tal direito que se trata.

6.3

Fundamento normativo do direito à identidade pessoal

No primeiro capítulo, em que se tratou do direito civil-constitucional, isto é, da incidência das normas constitucionais nas relações privadas, se procurou esclarecer um pressuposto para o que se pretende propor nesse momento.

A Constituição da República de 1988 instaurou uma ordem jurídica nova, consagrou valores e instituiu novos princípios, impondo que se repensasse o ordenamento jurídico como um todo. A partir disso, conclui-se que as normas constitucionais, isto é, seu conjunto de normas e princípios, passa a incidir de forma direta nas relações jurídicas subjetivas.⁴⁸ Tal entendimento é essencial para que se entenda o fundamento normativo do direito à identidade pessoal.

Partindo da concepção de um direito civil constitucionalizado e que a dicotomia entre direito público e direito privado está superada, a dignidade da

modelo no carnaval carioca para ilustrar uma reportagem sobre os escândalos envolvendo políticos, funcionários da Volkswagen e prostitutas brasileiras.

Na Vara de Crimes contra a Honra e de Imprensa, em Londres, os advogados do tradicional diário londrino quiseram encerrar o caso, argumentando que publicaram errata um dia após exibirem foto da brasileira na folia de momo do Rio, sob a legenda: “A maior montadora de carros da Europa, a VW, é sacudida por um escândalo envolvendo sexo, suborno e sambistas”. Explicaram que a imagem surgiu depois que clicaram a palavra samba num banco de dados do computador.

O advogado Michael Assef Filho, que defende Luma, insistiu no pagamento de uma indenização — a ser fixada pelo tribunal — destacando que a correção não apagou uma ofensa cometida contra a popular modelo carioca, mãe de dois filhos. Ato contínuo, deixou com o juiz que conduziu a audiência uma produção probatória volumosa, mostrando que Luma nunca se envolveu com prostituição na vida.

Apesar disso, o advogado admite que não será fácil vencer a batalha, já que a sentença será dada por um júri formado por 12 ingleses. “Queremos uma reparação pelo mal que causaram, mas é preciso admitir que uma corte londrina pode bem tender para um secular jornal local contra uma brasileira que vive a milhas de distância da Inglaterra.”

Segundo a reportagem que originou a ação, diretores da montadora alemã mantinham casos com garotas brasileiras de programa e pagavam festas regadas a sexo para políticos alemães. O dinheiro para as orgias saíria do caixa da VW. As acusações ganharam destaque na imprensa mundial no segundo semestre do ano passado.” (Notícia veiculada em 14 de março de 2006, pela Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <http://conjur.estadao.com.br/static/text/42672_1>. Acesso em: 31.06.2006).

⁴⁸ Rafael Garcia RODRIGUES, “A pessoa e o ser humano no novo Código Civil”. In: Gustavo TEPEDINO (org.), *A parte geral do Novo Código Civil*, 2 ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 3.

pessoa humana exerce papel central. Concebida como o novo vértice do ordenamento jurídico, que passa a preocupar-se primordialmente com as situações existenciais em detrimento das patrimoniais, é entendida como uma verdadeira cláusula geral de tutela e promoção da dignidade da pessoa humana, como já muito destacado.

A partir de tal função, é tida também como a cláusula geral dos direitos da personalidade, uma vez que, seguindo a concepção defendida por Pietro Perlingieri, a pessoa humana deve ser protegida onde quer que esteja, em qualquer manifestação.

Por essa razão, não há que se falar de teoria monista ou pluralista dos direitos da personalidade; sua proteção suplanta a previsão do Código Civil para alcançar a pessoa humana em qualquer manifestação. É nesse ponto que se pode falar na fundamentação jurídica do direito à identidade pessoal.

Esse direito da personalidade não goza de previsão normativa, e não precisa ter para existir e tutelar as relações que pretende. O direito à identidade pessoal existe no ordenamento jurídico brasileiro em decorrência direta do art. 1º, III da Constituição da República.

6.3.1 Crítica ao entendimento do STJ

O Superior Tribunal de Justiça, preocupado em guardar o cumprimento das leis federais, não admite tal aplicação, porque ainda se encontra preso, em alguns momentos, à dicotomia público-privado, como se demonstra a partir da seguinte notícia sobre um pleito que passou pelas duas Cortes:

“Supremo reconhece direito de Cássia Kiss a receber indenização por danos morais.

A Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal deferiu hoje (4/6), por unanimidade, um recurso (RE 215984) da atriz Cássia Kiss contra a editora Ediouro em razão da publicação de fotos da atriz sem sua autorização.

Cássia havia concedido uma entrevista à revista "Remédios Caseiros", de propriedade da Ediouro, sem, no entanto, autorizar a publicação de qualquer fotografia sua. A editora adquiriu, então, fotos da atriz do jornal "O Dia" e as publicou na capa do primeiro número da revista, em diversas páginas de

publicidade da revista, em pôsteres, além de capa da revista "Coquetel" de palavras cruzadas e em filmes publicitários.

Em recurso decidido pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), aquela corte decidiu serem indenizáveis apenas os danos materiais. Quanto aos danos morais, considerou-os inexistentes, pois a mera publicação de fotos não ofenderia a reputação de uma pessoa.

O relator do processo no Supremo, ministro Carlos Velloso, não concordou com a tese. Citando parecer da Procuradoria Geral da República, ele argumentou que a Constituição (artigo 5º, X) prevê a existência de direito a indenização em caso de danos advindos da violação da intimidade, da vida privada, da honra e imagem das pessoas.

O ministro também fez um histórico, enfatizando que a doutrina jurídica e a jurisprudência evoluíram no sentido de que os danos morais são cumulativos aos danos patrimoniais. Além disso, segundo ele, a publicação não-autorizada de fotos pode ser causa de desconforto, aborrecimento e constrangimento para a pessoa retratada.

Velloso concluiu pelo deferimento do recurso e a condenação da Ediouro ao pagamento à atriz de quantia igual a 21,5 salários-mínimos mais 10% em honorários advocatícios.

Os demais ministros seguiram o voto do relator e a decisão foi unânime.”⁴⁹

Ou ainda:

“Processual civil e civil. Ação de indenização. Danos morais. Campanha eleitoral. Publicação não autorizada de fotografia em "outdoor". Cerceamento de defesa. Inocorrência. Assistência judiciária gratuita. Alcance. Legitimidade passiva do candidato a cargo eletivo. Ocorrência do dano moral. Alegação de ofensa a dispositivo constitucional. Dissídio jurisprudencial não comprovado.

- O fato de a petição com o rol das testemunhas ter sido juntada apenas na data da audiência de instrução e julgamento não serve como justificativa para o recorrente ter deixado de efetuar a antecipação das despesas de locomoção e intimação, se ele foi intimado na audiência de conciliação a efetuar o preparo das diligências alusivas às intimações das testemunhas.

- A assistência judiciária gratuita alcança, tão-somente, a pessoa contemplada pelo benefício.

- O candidato a cargo eletivo e o partido político respondem solidariamente pelos excessos praticados na divulgação da propaganda eleitoral.

- *Hipótese em que a autora, inconformada com a associação de sua imagem de pessoa carente e doente renal à campanha de candidato a cargo eletivo, ajuizou ação de indenização por danos morais e materiais, decorrentes da utilização de sua fotografia em "outdoor" de campanha eleitoral, sem prévia autorização ou contraprestação, apenas em face dos candidatos.*

⁴⁹ STF, RE 215.984 / RJ, 2ª T; Rel. Min. Carlos Velloso. Notícia disponível em: <<http://72.14.209.104/search?q=cache:2k18FGPhaKMJ:www.sintese.com/newsletter/html451.htm+Supremo+reconhece+direito+de+C%C3%A1ssia+Kiss+a+receber+indeniza%C3%A7%C3%A3o+por+danos+morais&hl=pt-BR&gl=br&ct=clnk&cd=1>>. Acesso em: 30 jul. 2006.

- Alegações de ofensa à Constituição Federal escapam ao âmbito de competência atribuída ao Superior Tribunal de Justiça.

- A comprovação do dissídio jurisprudencial exige a juntada de cópia autenticada dos acórdãos ou a citação do repositório oficial em que se achem publicados e o confronto analítico a evidenciar a similitude fática entre o acórdão recorrido e o julgado paradigma.

Recurso especial não conhecido.”⁵⁰ (destacou-se)

É também bastante emblemático o caso da atriz Maitê Proença, levado à apreciação do STJ e do STF, em decorrência da publicação, por parte de um jornal de uma foto da atriz nua tirada para uma revista masculina. O Superior Tribunal de Justiça entendeu haver apenas dano material na hipótese, somente se reconhecendo o dano moral decorrente no Supremo Tribunal Federal⁵¹. Veja-se:

⁵⁰ STJ, REsp 663.887 / GO - 3ª T; Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 23/11/2005, publ. DJ 01.02.2006 p. 538.

⁵¹ “A Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça garantiu à atriz Maitê Proença o direito a receber R\$ 50 mil de indenização por dano moral do jornal carioca Tribuna da Imprensa, devido à publicação não autorizada de uma foto extraída de ensaio fotográfico feito para a revista Playboy, em julho de 1996.

As fotos foram publicadas no mês seguinte na edição comemorativa do 21º aniversário da revista. Para aceitar o trabalho, Maitê Proença estipulou em contrato escrito as condições para a cessão de sua imagem, fixando a remuneração e o tipo de fotos que seriam produzidas, demonstrando preocupação com a sua imagem e a qualidade do trabalho, de modo a restringir e controlar a forma de divulgação de sua imagem despida nas páginas da revista. No entanto, em 10 de agosto a Tribuna de Imprensa estampou uma das fotos, extraída do ensaio para a Playboy, em página inteira, sem qualquer autorização.

Para a atriz, tal publicação “feriu, de forma odiosa, a sua imagem”, tanto patrimonial – pois há que se analisar o flagrante dano ao direito dela à exploração de sua imagem – quanto moralmente. O advogado da artista ressalta que a artista jamais pretendeu estampar sua imagem em publicação de quilate inferior e que o jornal, ao publicar foto não consentida da atriz nua, com indisfarçável objetivo de lucro, violando suas intimidade e privacidade, feriu sua reputação, honra e dignidade pessoal, ou seja, sua moral. Para ele, a nudez de Maitê representa, no contexto da revista – e jamais fora dela – um trabalho artístico, que se esvai completamente quando transferido para as páginas de um jornal.

A Justiça carioca condenou a empresa jornalística a indenizar a atriz por danos materiais, mas não por danos morais. Maitê Proença recorreu, então, ao STJ.

Na Terceira Turma, composta de cinco ministros, a questão se encontrava empatada. Para o relator, ministro Carlos Alberto Menezes Direito, não cabe ao caso a indenização por dano moral, pois a publicação violenta o direito à imagem, mas não à imagem que possa advir do ato em si (a imagem futura). Para ele, por mais infelizes que tenham sido os termos usados durante o julgamento no tribunal de origem, a questão não se põe no campo da estética, esse aspecto não está em discussão. Entendimento acompanhado pelo ministro Antônio de Pádua Ribeiro.

A ministra Nancy Andrighi, no entanto, concluiu que o jornal carioca deve indenizar a atriz também por dano moral, porque, a seu ver, ela foi violentada em seu crédito como pessoa, pois deu o seu direito de imagem a um determinado nível de publicação e poderia não querer que outro grupo da população tivesse acesso a essa imagem. “Ela é uma pessoa pública, mas nem por isso tem que querer que sua imagem seja publicada em lugar que não autorizou, e deve ter sentido raiva, dor, desilusão, por ter visto sua foto em publicação que não foi de sua vontade”, afirmou. O ministro Waldemar Zveiter concordou com a ministra, pois a publicação não autorizada expôs a atriz fora do contexto que ela se prestou a fazer.

O presidente da Turma, ministro Ari Pargendler, desempatou a questão. Segundo ele, a publicação representou um grande sofrimento moral que deve sim ser indenizado. O valor estipulado para a reparação foi o mesmo definido para os danos materiais, de R\$ 50 mil.” Disponível em: <

“Recurso Especial. Direito Processual Civil e Direito Civil. Publicação não autorizada de foto integrante de ensaio fotográfico contratado com revista especializada. Dano moral. Configuração.

- É possível a concretização do dano moral independentemente da conotação média de moral, posto que a honra subjetiva tem termômetro próprio inerente a cada indivíduo. É o decoro, é o sentimento de auto-estima, de avaliação própria que possuem valoração individual, não se podendo negar esta dor de acordo com sentimentos alheios.

- Tem o condão de violar o decoro, a exibição de imagem nua em publicação diversa daquela com quem se contratou, acarretando alcance também diverso, quando a vontade da pessoa que teve sua imagem exposta era a de exibi-la em ensaio fotográfico publicado em revista especializada, destinada a público seletivo.

- A publicação desautorizada de imagem exclusivamente destinada a certa revista, em veículo diverso do pretendido, atinge a honorabilidade da pessoa exposta, na medida em que experimenta o vexame de descumprir contrato em que se obrigou à exclusividade das fotos.

- A publicação de imagem sem a exclusividade necessária ou em produto jornalístico que não é próprio para o contexto, acarreta a depreciação da imagem e, em razão de tal depreciação, a proprietária da imagem experimenta dor e sofrimento.”⁵²

Fica claro, assim, que o Superior Tribunal de Justiça, tendencialmente, não resolve questões que envolva normas constitucionais porque seu entendimento é de que se presta a julgar as aplicações e interpretações das leis federais, não se estendendo à Constituição.

6.3.2

A interpretação do STF como paradigma

O que se defende como fundamento normativo do direito à identidade pessoal é a aplicação direta do art. 1º, III da Constituição da República nas relações entre os particulares. Tal pensamento defendido se coaduna com o objetivo de se tutelar a pessoa humana em todos os seus aspectos, efetivando a função do dispositivo como cláusula geral, mas, como se viu, é contrária ao entendimento do STJ. O Tribunal entende que a Constituição não se aplica às relações entre particulares, apenas podendo dela tratar o STF.

No entanto, a aplicação direta das normas constitucionais nas relações privadas já foi alvo de discussão e é não só aceita por muitos doutrinadores como também aplicada pela jurisprudência em alguns casos específicos.

<http://www.liberdadeimprensa.org.br/files/Arquivos/memo01.pdf?PHPSESSID=0d41f5702f19259b6017f34db5eee744>>. Acesso em: 29 jul. 2006.

⁵² REsp 270730 / RJ – 3a T., Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, julg. em 19/12/2000, publ. DJ 07.05.2001 p. 139.

Cumpra citar, quanto a essa técnica, detidamente, o entendimento da Corte Constitucional do país, a mais alta Corte, no que tange ao direito à imagem. O Supremo Tribunal Federal, a partir de uma leitura constitucional do direito à imagem, permite sua aplicação, em determinados casos, com fundamento único e direto na Constituição. Assim:

“Dano moral - Ação indenizatória - Direito à imagem - Publicação de fotografia sem autorização - Estado de desconforto, aborrecimento ou constrangimento que, independentemente do seu tamanho e do intuito comercial, é causado pela publicação da fotografia de alguém - Desnecessidade de ofensa para que exista reparação de dano - Inteligência do art. 5º, X, da CF.

Ementa oficial: Para a reparação do dano moral não se exige a ocorrência de ofensa à reputação do indivíduo. O que acontece é que, de regra, a publicação da fotografia de alguém, com intuito comercial ou não, causa desconforto, aborrecimento ou constrangimento, não importando o tamanho desse desconforto, desse aborrecimento ou desse constrangimento. Desde que ele exista, há o dano moral, que deve ser reparado, manda a Constituição, art. 5º, X. DANO MORAL. Cobrança cumulada com danos materiais. Admissibilidade. Publicação não autorizada de fotografia. Violação do direito à imagem. Dever de reparar danos materiais e compensar os morais, independentemente de ter sido afetada ou não a reputação da vítima. É possível a cumulatividade da cobrança do dano material aos danos morais, na hipótese de publicação não autorizada de fotografia, uma vez que presente o dever de reparar os danos materiais e compensar os morais, já que violado o direito de imagem, independentemente de ser afetada ou não a reputação da vítima.”⁵³

O direito à identidade pessoal é aplicado diretamente da Constituição a partir do dispositivo que estabelece que a proteção integral da dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil.

A identidade pessoal, como decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana, integra o seu postulado da integridade psicofísica, uma vez que é, de certo modo, a identidade, a união dos aspectos físico e psíquico. Pode-se, analogamente, relacioná-los com o aspecto estático e dinâmico da identidade pessoal, os quais contêm a identidade física, a imagem e o nome (aspecto estático, porém não físico; sobretudo na ordem do simbólico) e o estilo individual e social como representação da identidade dinâmica, que bem retrata a integridade psíquica.

Portanto, não só é oportuno e possível, como também é necessário, no direito brasileiro, o desenvolvimento e aplicabilidade do direito à identidade pessoal, para se proteger a pessoa humana na expressão da sua identidade, e dessa

⁵³ STF, RE nº 215.984-1/RJ - 2ª T.; Rel. Min. Carlos Velloso; j. 4/6/2002; v.u. RT 802/145.

forma, conferindo efetividade ao ditame constitucional. Para tanto, se propõe a utilização da mesma lógica empreendida pelo STF ao enfrentar questões atinentes ao direito de imagem: havendo disposição constitucional expressa, e sendo esta na forma de direito fundamental de natureza existencial, deve ser eficaz imediatamente nas relações jurídicas privadas. Dessa forma, é possível tutelar situações fáticas entre particulares cujo único fundamento é a Constituição da República. Reconhecendo-se a efetividade dos princípios constitucionais e sua força normativa e, portanto, enquanto norma, o princípio da dignidade da pessoa humana é hábil a justificar a tutela e aplicação do direito à identidade pessoal nas relações entre particulares.

7

Hipóteses e critérios de ponderação em face do direito à identidade pessoal.

7.1

O problema da ponderação

Uma das questões que são postas com grande frequência no que tange à configuração de um direito à identidade pessoal, seja em sede jurisprudencial ou doutrinária, diz respeito ao problema do conflito entre esse e outros direitos, igualmente merecedores de tutela. Uma análise da jurisprudência italiana revela que nas violações ao direito à identidade pessoal, quase na totalidade das vezes, a lesão provém das atividades jornalísticas, da atividade de propaganda política e comercial, da reconstrução “criativa” de fatos verdadeiros, aos quais se imputa uma falsa representação da personalidade individual do sujeito lesado. Dessa forma, normalmente a fonte da lesão do direito à identidade pessoal consiste em uma atividade que é objeto de uma liberdade garantida constitucionalmente, como, por exemplo, a liberdade de manifestação de pensamento e a liberdade de expressão.¹

Os primeiros reconhecimentos do direito à identidade pessoal se deram na esfera judicante por ocasião de importantes apontamentos políticos ou eleitorais.

¹ Giorgio PINO, *Il diritto all'identità personale*, cit., pp. 99 e 100. (O autor refere-se, ao citar a liberdade constitucionalmente garantida, àquelas dipostas no artigo 21 da Constituição italiana).

Além disso, os casos de lesão à identidade pessoal eram provenientes dos meios de comunicação de massa, por meio da manipulação e alteração da imagem social que um indivíduo possui diante da coletividade. O direito à identidade pessoal se apresenta, portanto, como “uma delicada encruzilhada na qual convergem, em perigosa rota de colisão, duas ordens de direitos ou interesses dotados de relevância constitucional”.² Tem-se como resultado, assim, uma série de problemas nem sempre claramente percebidos ou abertamente discutidos, que podem suscitar análises de ordem constitucional, civilística e teórico-geral, como: a liberdade de manifestação do pensamento e seus limites; a tutela jurídica da identidade pessoal e seus limites; a influência da Constituição (de algumas normas constitucionais, de algumas de suas interpretações); institutos e conceitos de direito civil, como o direito subjetivo, responsabilidade civil, o dano ressarcível; o diálogo entre doutrina e jurisprudência no processo de configuração e positivação dos direitos fundamentais “não enumerados”.³

A ponderação de interesses⁴ surgiu em resposta às necessidades que se colocavam, uma vez que princípios igualmente merecedores de tutela colidiam em diversos casos concretos, pelo fato de tutelarem, cada um, direitos de partes que se contrapunham em determinada situação conflituosa. Essa era uma questão da qual o direito positivo não conseguia dar conta, uma vez que, desde a sua concepção, era fundado em um sistema de regras que regulavam situações específicas; e regras são imponderáveis: ou são aplicáveis ou não são.⁵

Diante da aplicabilidade dos princípios aos casos postos, vislumbrou-se a possibilidade de sua ponderação, em que se veria qual deve prevalecer em prejuízo do outro, levando-se em conta a relevância do bem jurídico tutelado. No

² A expressão é de Giorgio PINO, *Il diritto all'identità personale*, cit., p. 10.

³ Giorgio PINO, *Il diritto all'identità personale*, cit., pp. 10-11.

⁴ A esse respeito, veja-se: Ronald DWORKIN, *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002; Robert ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993; Jürgen HABERMAS. *Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy*. Cambridge: MIT Press, 1998, p. 255 et. seq.; Luís Roberto BARROSO. *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003; Daniel SARMENTO. *A ponderação de interesses na constituição federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002; Paulo BONAVIDES. *Curso de direito constitucional*, 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

⁵ Humberto ÁVILA discorda desse entendimento, segundo o qual as regras são imponderáveis. O autor destaca que, embora o legislador já tenha feito uma ponderação prévia na elaboração das regras, essas admitem, sim, ponderação, diante de hipóteses que a elas se sobreponham como excludentes, por exemplo. (Cf. *Teoria dos Princípios*, Rio de Janeiro: Malheiros, 2004, pp. 17; 28; 82 et. seq.).

entanto, tal mecanismo muitas vezes é de difícil aplicação, dada, muitas vezes, a paridade dos interesses em conflito.

7.2 Hipóteses e critérios de ponderação

Uma questão relevante, quando se trata de ponderação de princípios, diz respeito à sua hierarquia. Ao enfrentarmos o direito à identidade pessoal com outros direitos com fundamento constitucional, é necessário que se verifique a hierarquia dos princípios contrapostos.

Esse ponto, em relação à identidade pessoal, é bastante tranquilo na jurisprudência italiana. Na fundamentação do assento constitucional desse direito normalmente faz-se referência ao art. 2 e, mais raramente, ao art. 3, 2, ambos da Constituição. Assim, embora haja pequenas divergências quanto ao artigo que o fundamenta, não mais se questiona sua proteção constitucional. Assim, serão analisadas quatro situações de conflito, aos quais serão aplicados critérios de ponderação: (i) direito à identidade pessoal vs direito de informação e (ii) direito à identidade pessoal vs direito de crítica, (iii) direito à identidade pessoal vs direito de sátira; (iv) direito à identidade pessoal vs direito de (re)elaboração artística.

É imperativo salientar que é bastante variável a preponderância dos bens da identidade, o que deverá ser considerado em cada caso concreto para efeitos da respectiva ponderação com o peso dos interesses e valores jurídicos conflitantes. Isso porque, na vida em sociedade, verifica-se a pressão de outros direitos ou interesses jurídicos protegidos, como o direito à informação pública, o direito à liberdade de expressão do pensamento crítico, exigências de polícia ou de justiça e finalidades científicas, didáticas ou culturais que, quando de valor superior, excluirão em caso de conflito a ilicitude de certas lesões à identidade.⁶

⁶ Rabindranath CAPELO DE SOUSA, *O Direito Geral de Personalidade*, cit., pp. 253-254.

7.2.1

Direito à identidade pessoal vs direito de informação

O conflito entre identidade pessoal e o direito de informação ocorre freqüentemente. Por exemplo, pode se dar quando um serviço jornalístico, expondo determinados fatos, os distorce ou manipula de modo a determinar uma alteração da personalidade dos sujeitos envolvidos nos eventos reportados. A atividade jornalística é capaz a ocasionar um dano injusto, quando se resolve em uma objetiva alteração da verdadeira opinião ou dos fatos atribuídos a uma certa pessoa.⁷

Nesse caso, o critério para se fazer o balanceamento é o da veracidade. Ele implica que a tutela pode se referir somente à identidade que resulta de opiniões e comportamentos efetivamente exteriorizados, e não, por exemplo, à estima que cada um tem de si mesmo. O critério da veracidade é considerado violado não só na hipótese de direta atribuição a outrem da paternidade de um fato originariamente não verdadeiro, mas também, por exemplo, no caso de “meias verdades”, de abordagens sugestivas e de omissão de elementos relevantes na representação da personalidade alheia (desde que essa omissão acarrete uma completa distorção da personalidade). Igualmente, na representação de fatos em si verdadeiros, mas descontextualizados e “montados” de modo a induzir o destinatário da informação a atribuir a ele um significado diverso daquele originário. A ponderação se dá entre os critérios do interesse público ao conhecimento da notícia (em relação à sua atualidade e utilidade social), e do conteúdo formal (em relação à exposição civil da notícia).⁸

É importante ressaltar que a própria noção de “verdade dos fatos”, sobre a qual se sustenta a tutela da identidade pessoal, deve ser esclarecida. A descrição incompleta ou tendenciosa é falsa não necessariamente porque o fato narrado seja imaginário, mas porque ainda que verdadeiro, venha reportado junto a ele fatos posteriores que se julgam necessários para uma representação compreensiva da dimensão humana do sujeito.⁹

A Corte de Cassação italiana já estabeleceu critérios para a ponderação desses dois interesses. Assim:

⁷ Giorgio PINO, *Il diritto all'identità personale*, cit., p. 110.

⁸ Giorgio PINO, *Il diritto all'identità personale*, cit., pp. 110 e 111.

⁹ Angelo SATURNO, “Il diritto all'identità personale”, cit., p. 720.

“Un tale bilanciamento degli opposti valori costituzionali si risolve nel riconoscimento della libera esplicabilità del diritto di cronaca e nella sua rilevanza sul diritto all'identità personale ove ricorra la triplice condizione:

a) della utilità sociale della notizia;

b) della verità dei fatti divulgati;

c) della forma civile della esposizione dei fatti e della loro valutazione, non eccedente rispetto allo scopo informativo ed improntata a serena obiettività, con esclusione di ogni preconcetto intento denigratorio”.¹⁰

Assim, para a Corte Cassazione, a existência desses três critérios de forma concomitante para que prevaleça o direito de informação. Caso a informação não seja de interesse público, ou não seja verídica, ou ainda exceda o âmbito informativo para ingressar na subjetividade do sujeito, ou contenha algum tom preconceituoso ou degradante, em qualquer uma dessas hipóteses, prevalece o direito à identidade.

Nesse sentido, exemplarmente, citam-se duas decisões jurisprudenciais italianas, uma do Tribunal de Veneza, outra da Corte de Cassação, que utilizam no deslinde da questão o escalonamento:

“TRIBUNALE DI VENEZIA, 12 OTTOBRE 1999

G.Rizzo contro il quotidiano "Il Gazzettino" e la Finanziaria Editoriale San Marco spa.

La volontaria notorietà pregressa di un soggetto che abbia deciso in passato di rendere pubblica la sua vicenda personale, nella specie il cambiamento di sesso e le sue difficoltà economiche, non rende legittima la pubblicazione di qualsiasi notizia della sua sfera privata e soprattutto di quelle che lo stesso personaggio non ha spontaneamente rivelato. Devono infatti comunque essere rispettati i canoni della verità oggettiva, della continenza e dell'interesse pubblico della notizia, unici criteri che giustificano il sacrificio dei diritti della personalità di ciascuno, costituzionalmente garantiti al pari della libertà di manifestazione del pensiero.

Interessante applicazione della disciplina sulla responsabilità del direttore di testata giornalistica nel rapporto con le redazioni provinciali e nell'organizzazione del quotidiano.” (destacou-se)

“CASSAZIONE CIVILE, SEZ.III, 25 MAGGIO 2000, N. 6877

Invernizzi srl contro R.C.S. Editori spa.

Articolo apparso su "il Corriere Della Sera" il 16 dicembre 1987 dal titolo "Formaggi che uccidono: uno è fatto in Italia". La divulgazione di una notizia lesiva dell'altrui reputazione può essere considerata lecita, se ricorrono le condizioni di verità, continenza e interesse pubblico. Il giornalista può accompagnare l'esposizione dei fatti con altre informazioni che risultino funzionali a una migliore comprensione, ma non deve omettere circostanze che completino la notizia e che possano risultare favorevoli al soggetto in questione, nella specie la casa produttrice di formaggio. Si rende altrimenti colpevole di pubblicazione di

¹⁰ Cassazione, 1984, n. 5259, *apud* Giorgio PINO, *Il diritto all'identità personale*, cit., p. 112.

*notizie incomplete e non veritiere, ponendosi al di fuori del legittimo esercizio del diritto di cronaca. Sulle notizie deve inoltre essere compiuto un adeguato controllo, incisivo e puntuale.*¹¹ (destacou-se)

No Brasil, o direito de informar encontra proteção constitucional, inclusive na forma de cláusula pétrea porque integrante do rol dos direitos e garantias individuais, e encontra-se disposto no art. 5º, IX: “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”.

Por outro lado, o direito à identidade pessoal, decorrente da cláusula geral dos direitos da personalidade como promoção e defesa pessoa humana, disposta no art. 1º, III da Constituição, recebe, também, proteção prioritária, pois nele se fundamenta a República.

Um exemplo prático em que ocorreu o embate desses dois valores constitucionalmente tutelados é o já mencionado¹² processo movido por Raul Fernando do Amaral Street, vulgo Doca Street em face da Rede Globo de Televisão, que pretendia recontar o caso do homicídio por ele cometido contra sua namorada, Ângela Diniz¹³, no programa televisivo da emissora, o *Linha Direta Justiça*.¹⁴ Embora o caso possa também se enquadrar no direito de reelaboração

¹¹Disponíveis em: <http://www.dirittodellainformazione.it/materiale%20di%20ricerca/temi_giurispr.htm>. Acesso em: 10 jan. 2006.

¹² Cf. item 6.2.2, *supra*.

¹³ “Evandro Lins e Silva relatou a denúncia do Ministério Público que no dia 30 de dezembro de 1976, aproximadamente às 16 horas, na residência de Ângela Maria Fernandes Diniz, na Praia dos Ossos, em Cabo Frio, Estado do Rio de Janeiro, a vítima Ângela decidiu acabar definitivamente com a ligação amorosa com Raul Fernando do Amaral Street (Doca Street), mandando-o embora de forma irrevogável, ocasião em que discutiram acaloradamente.

Raul arrumou seus pertences, colou-os no carro e afastou-se da casa, para retornar em seguida, sem nenhuma explicação. Tentou a reconciliação e, vendo-a frustrada, discutiram novamente, momento em que Ângela se afastou para o banheiro. Nessa oportunidade, Raul armou-se de uma arma automática "Bereta" e seguiu sua amásia, encontrando-a no corredor, abordando-a, ocasião em que desferiu vários tiros contra a face e o crânio de Ângela, culminando por matá-la.

O Tribunal do Júri de Cabo Frio somente veio reunir-se em 1980, para julgar Doca Street, ocasião em que Evandro Lins e Silva pronunciou memorável defesa, divulgada por todo o país, através dos meios de comunicação de massa que cobriram intensamente aquele julgamento. (...)

O conselho de sentença aceitou a tese do excesso culposo no estado de legítima defesa [da honra] e o juiz fixou a pena de dois anos de detenção ao réu, concedendo-lhe o direito ao ‘sursis’. (...)

Posteriormente, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio anulou o julgamento, mandando Raul Fernando Street a novo Júri. Neste segundo julgamento, [em 1981] do qual não participou o advogado Evandro Lins e Silva, o réu foi condenado a cumprir pena de homicídio [por 15 anos].” (Disponível em: <<http://www.portaljuridicoempresarial.com.br/granjung/grancau27.html>>. Acesso em: 20 jun. 2006).

¹⁴ Sobre o caso, se esclarece: “O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro acolheu recurso da *TV Globo* contra o pedido de indenização por danos morais de Raul Fernando do Amaral Street, conhecido como Doca Street. A decisão foi tomada nesta terça-feira (7/2) pela 5ª Câmara do TJ fluminense.

artística, por se tratar, o programa, de uma encenação dos fatos, colocou-se no direito de informar uma vez que esse é expressamente tutelado pela Constituição, e que comporta o direito de reelaboração artística, na hipótese. Como a decisão fala em direito à informação, assim optamos por também classificá-lo.

O pedido do autor da ação, em primeira instância, foi julgado procedente, inclusive com cominação de multa à parte vencida.¹⁵ Dessa decisão a emissora recorreu, conseguindo modificar a sentença¹⁶ e, assim, o programa foi veiculado.

Doca Street, que cumpriu pena de 15 anos de prisão pelo assassinato da *socialite* mineira Ângela Diniz, pediu reparação por ter sua história veiculada no programa *Linha Direta*.

Os desembargadores reformaram a sentença que condenou a emissora a pagar R\$ 250 mil por danos morais a Doca. O relator da matéria, desembargador Milton Fernandes de Sousa, entendeu que a emissora deve ter sua liberdade de expressão garantida e que o programa se limitou a contar a história de acordo com as provas documentais da época. O Tribunal aceitou o recurso da emissora por maioria de votos. O revisor, que, teve voto vencido, tinha dado parcial provimento para o recurso ao reduzir o valor da indenização para R\$ 100 mil.

Doca Street alegou que já cumpria a pena a que foi condenado e que já estava reintegrado à sociedade e por isso, a veiculação do programa sobre a sua história teria causado danos à sua imagem. (...)

O juiz de primeira instância, Pedro Freire Raguene, havia entendido que existiu abuso na produção e divulgação do programa. Raguene ressaltou ainda que o caso foi divulgado em um programa e não em uma reportagem e, por isso, não há que se falar em liberdade de imprensa.

Em 2003, o juiz Pedro Freire Raguene concedeu liminar para impedir a exibição do programa. Mas o desembargador Ferdinando Nascimento, no Agravo de Instrumento interposto pela emissora, autorizou a sua veiculação.” (Revista Consultor Jurídico, 8 de fevereiro de 2006. Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/41707,1>>. Acesso em: 15 jun. 2006).

¹⁵ “A Justiça do Rio de Janeiro condenou a TV Globo a pagar indenização de R\$ 250 mil para Raul Fernando do Amaral Street, conhecido como Doca Street. Doca Street, que cumpriu pena de 15 anos de prisão pelo assassinato da *socialite* mineira Ângela Diniz, pediu reparação por danos morais por ter sua história veiculada no programa *Linha Direta*.

Para o juiz, houve abuso na produção e divulgação do programa, já que Doca já havia cumprido pena e sido reintegrado à sociedade. “Vejo o presente fato não como exercício do direito de informação, mas sim como a realização de um programa de televisão com intuito de lucro”, disse Raguene. Doca Street ficou preso por sete anos e foi solto em 1987.

Raguene ressaltou ainda que o caso foi divulgado em um programa e não em uma reportagem e, por isso, não há que se falar em liberdade de imprensa. “O programa em questão não é, em absoluto, o que se pode chamar de informação jornalística, razão pela qual se afasta aqui qualquer discussão a respeito da ponderação de interesses no embate entre a liberdade de informar, assegurada pela Constituição, e o direito à privacidade do indivíduo, também assegurado pela Constituição.

Em sua defesa, a TV Globo alegou que o *Linha Direta* trata de casos criminais de grande repercussão, exibindo fatos públicos e históricos. Para a emissora, a divulgação do crime seria “um direito de nossos filhos de ter acesso ao passado da sociedade da qual fazem parte, para que possam compreendê-la melhor”.

O juiz, no entanto, não aceitou os argumentos da Globo. Para ele, não é porque Doca Street cometeu um homicídio no passado, com pena já cumprida, que poderão marcar para sempre sua imagem. ‘Não se aceitará o argumento de que sua condição de ex-criminoso deverá ser assacada ao sabor dos interesses comerciais de quem quer que seja, pois o sistema legal desta terra, ao prever a reabilitação, pretende a inserção ou reinserção do indivíduo na sociedade.’ Para fixar o valor da indenização, ele considerou o fato de o programa ser exibido nacionalmente.

Em 2003, o juiz Pedro Freire Raguene concedeu liminar para impedir a exibição do programa. Mas o desembargador Ferdinando Nascimento, no agravo de instrumento interposto pela emissora, autorizou a sua veiculação.

A questão fundamental que envolve esse caso e que o relaciona com o tema da identidade pessoal já foi outrora mencionada, mas cumpre ser lembrado: há na hipótese, embora não suscitado expressamente, claro embate entre o direito à identidade pessoal do autor da ação e o direito à informação da rede de televisão, embora se fale de honra e imagem. Como já explicitado, o fato de Doca Street ter cometido homicídio, matando Ângela Diniz em 1976, certamente o torna, para si mesmo, uma pessoa diferente do que se não o tivesse feito. O fato, de alguma maneira, conforma o que ele é hoje. No entanto, isso não quer dizer que, atualmente, seja aquela mesma pessoa que cometeu tal ato. Submetido a júri popular que o condenou a 15 anos de reclusão pelo crime, e tendo cumprido a pena, já pagou socialmente pelo crime que cometeu.

Essas duas visões estão presentes no acórdão que julgou o recurso da emissora para reformar a sentença que tinha vedado sua veiculação, sobretudo na declaração de voto do vogal, Des. Antonio Saldanha Palheiro, e no voto do revisor, que foi vencido, Des. Antonio Cesar Siqueira, ficando claro o embate de dois preceitos constitucionais aplicados diretamente nessa relação jurídica privada. Por esse motivo, é relevante a transcrição de passagens dos votos de ambos.

A TV Globo ainda pode recorrer da sentença.” (Revista Consultor Jurídico, 12 de agosto de 2005. Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/37050,1>>. Acesso em: 25 jun. 2006).

¹⁶ “IMPrensa. INFORMAÇÃO JORNALÍSTICA. HONRA E IMAGEM. PONDERAÇÃO DOS INTERESSES. 1- O ordenamento constitucional, consideradas a importância e as consequências dessa atividade na preservação da democracia e no desenvolvimento da sociedade, garante o direito à plena liberdade de informação jornalística e a subordina ao também direito coletivo de ser corretamente informado. 2- Nesse âmbito, o ordenamento constitucional vincula a liberdade de informação jornalística ao dever de respeito ao direito individual à honra e imagem. 3- As normas constitucionais, com a finalidade de afastar as contradições e harmonizar o sistema, interpretam-se consoante os princípios da unidade e do efeito integrador. 4- A unidade do sistema constitucional exige a ponderação dos interesses relativos ao direito à liberdade de informação jornalística e ao direito individual à honra e imagem, de modo a impedir que os comandos de ambas as normas retirem a finalidade e eficácia de quaisquer delas. 5- Nesse aspecto, a informação jornalística que apresenta fatos ou idéias, independente da contemporaneidade, e resguarda os seus sentidos originais, sem truncá-los e deturpá-los, cumpre função inerente à sua natureza, corresponde ao direito coletivo de ser corretamente informado e expressa o puro exercício de atividade constitucionalmente assegurada. 6- Nessas circunstâncias e ponderados ambos os interesses protegidos pela ordem constitucional, o puro exercício dessa atividade revela-se essencial ao seu próprio funcionamento e afigura-se incapaz de afrontar a honra e imagem individuais. 7- Nesses termos, admitir que o puro exercício dessa atividade afronte o direito individual à honra e imagem, ainda na medida da sua importância para a democracia e desenvolvimento da sociedade, retira a finalidade e eficácia da norma que assegura a liberdade de informação. 8- Nesse contexto, 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.” (Ap. Cível nº 2005.001.54774 – Rel. Des. Milton Fernandes de Souza, 5ª Câmara Cível. Julgado em: 28/03/2006).

Inicia-se com o relatório:

“Recurso de apelação tempestivamente interposto contra sentença que julgou procedente o pedido de indenização por dano moral, experimentado em razão de matéria jornalística.

A sentença adota os seguintes fundamentos: (a) não se trata de exercício do direito de informação, mas sim, de um programa de televisão com intuito de lucro; (b) a condenação imposta ao apelado foi cumprida e veio este a se reintegrar na sociedade; (c) o programa não é o que se poderia chamar de informação jornalística; (d) fatos passados podem ser classificados de muitas coisas, mas nunca de informação nova propriamente dita; (e) a conduta do apelante foi abusiva; (f) o depoimento das testemunhas demonstram a repercussão negativa; (g) há dano moral.

O apelante alega, em resumo, que: (a) o programa se limita à abordagem de fatos já públicos e históricos; (b) não divulgou fatos relacionados à vida privada do apelado; (c) é um direito de nossos filhos terem acesso ao passado da sociedade; (d) todo o programa foi focado em fatos já divulgados pela imprensa; (e) o valor do dano moral deve ser reduzido; (f) a correção monetária deve incluir a partir da decisão que fixar o valor da indenização.

O apelado, em contra-razões, prestigia a sentença”.

Passa-se então à “Declaração de voto” do Des. Antonio Saldanha Palheiro, vogal, fazendo análises pontuais quanto a temas relevantes levantados.

“(…)De início, havemos de confrontar os direitos fundamentais, elencados em diferentes incisos do mesmo capítulo constitucional, contido integralmente em seu artigo 5º, que aparentemente estariam em colidência, transferindo ao intérprete a função de aplicá-los com justiça.

De um lado, temos a livre manifestação do pensamento e liberdade de manifestação através da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença, e de outro, a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, com garantia de indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Em tal circunstância, havemos de afirmar inicialmente a premissa de equivalência dos direitos fundamentais com os próprios princípios constitucionais, em face de sua incontestável relevância na estrutura da Carta Política.

Em ocorrendo a suposta contradição de direitos fundamentais, o caminho de solução aponta inexoravelmente para o chamado processo de ponderação de bens com sacrifício mínimo dos direitos questionados, já que devemos prestigiar, também como premissa, a chamada unidade da Constituição, pela qual a interpretação do texto constitucional deve ter em conta a existência de um texto uniforme e sistemático para a proteção equidistante de todos os direitos ali tutelados.”

Claro está que, no caso em análise, reconheceu-se um conflito de normas constitucionais que deveria ser resolvido. Diante dele, se vislumbra, independente do posicionamento adotado quanto à questão específica, que se aplica a norma prevista na Constituição de forma direta na relação jurídica privada.

Prossegue:

“(...)A responsabilidade dos órgãos de divulgação pelo conteúdo das notícias que veiculam é inescusável, em face da magnitude do impacto que pode provocar na esfera individual e coletiva.

Por outro lado, *consignamos que a limitação do direito de informar, em prestígio à honra e imagem dos indivíduos, sofre uma mitigação quando se trata de pessoa ou fatos públicos, já que esta condição traz para a coletividade o legítimo interesse de conhecimento.*

Na hipótese concreta, entendemos que o caso externa *interesse social* pela própria repercussão que tomou na época do acontecido, ensejando acalorados debates nos planos jurídico, sociológico, psicológico, histórico e antropológico em diversos seguimentos da sociedade, posto que trazia à baila a velha controvérsia da tolerância da punição extrema contra a mulher contra a mulher contra qualquer ato de infidelidade, ao argumento da chamada “legítima defesa da honra”.

A retumbância que tornou o episódio famoso e com indiscutíveis contornos de interesse histórico e social decorreu das próprias circunstâncias que rodearam a perpetração, levando à conclusão de que, se por um lado não se pode imputar a ninguém a responsabilidade por tal eclosão, de outro, não se pode cogitar de que perdeu o interesse do conhecimento coletivo porque seu principal personagem já cumpriu a penalidade que lhe foi imposta.

Impossível delimitar com precisão exaustiva as causas que acarretam repercussão a fatos ou pessoas, mas *a conclusão inafastável é de que, se por qualquer razão externou interesse social e acadêmico, a sociedade passa a deter o direito de discutir e avaliar suas causas e conseqüências independente do tempo decorrido, já que inserido nos anais históricos daquela coletividade.*

Não cogitamos, sequer remotamente, de mitigar a relevante e progressista vertente de relevo dos direitos da personalidade referente à privacidade e intimidade, que devem ser protegidas a qualquer custo, como indelével garantia do cidadão de não se ver devassado em sua prerrogativa de manter o anonimato, mas tal salvaguarda *dirige-se exatamente para os que se mantêm anônimos*, não podendo infelizmente alcançar aqueles que, embora não o desejem, são alçados à condição de protagonistas de fatos notórios e conseqüentemente de interesse público.

Esta circunstância faz emergir, na ponderação de interesses, o *direito ao conhecimento, que se traduz em verdadeiro patrimônio da democracia.*

Uma das principais trincheiras da luta da liberdade contra o autoritarismo é exatamente *a luta da informação contra o esquecimento.*

Não obstante o significativo alerta do I. Revisor de que deveríamos concentrar nossa análise no caso concreto, na busca exclusiva da justiça para a questão posta em exame, não se pode afastar a relevância da deliberação judicial em casos tais como precedente, a nortear a orientação dos órgãos de comunicação e da própria conduta social, na preservação da tão aviltada segurança jurídica, que, como conseqüência da previsibilidade das decisões judiciais, desponta como norteador do comportamento social, afastando a perplexidade das pessoas do povo pelas decisões contraditórias e reforçando o crédito na justiça.

Neste sentido, reflito assustado quanto ao regozijo de todos os criminosos, aí incluídos os tiranos de qualquer matiz, ante a possibilidade de assegurar que seus atos serão varridos do julgamento da história uma vez superado o técnico e acanhado julgamento judicial.

Não podemos esquecer todos os romances, peças, filmes e seriados que retratam episódios históricos, porque assim caracterizados pelo interesse e relevância social, apontando facetas de nenhuma nobreza de seus personagens, que devem

necessariamente ser identificados e nomeados exatamente para a precisão do registro histórico social e acadêmico, que marcam a identidade de um povo.

Destaco, em passado recente, seriado que narrou parte da vida de nosso querido e festejado diplomata e escritor Euclides da Cunha, que termina seus dias como vítima de homicídio cometido pelo amante de sua mulher, amigo de escola militar de seu filho, o qual foi absolvido pelo então Tribunal do Júri da Capital da República ao fundamento de legítima defesa.

Os descendentes próximos da mulher tentaram por todos os meios inibir a exibição, sem sucesso, pois não há como suprimir da sociedade, o direito ao conhecimento de tão significativo e dramático episódio, independente do tempo decorrido.

Como referência ainda de maior destaque temos o episódio do “Governador Collor”, marcado pela prepotência, desmando e corrupção, que culminou com a decretação de *impeachment* do presidente, afastado da chefia da nação através de julgamento político do legislativo, mas absolvido pelo Superior Tribunal Federal pelas razões de natureza técnico-jurídica que os magistrados não podem se furtar de observar.

Inconcebível cogitar-se subtrair da sociedade brasileira a possibilidade de rediscutir e esmiuçar este nefasto capítulo de nossa vida política para preservação da intimidade e privacidade do ex-presidente, o qual, frise-se, não foi sequer condenado com o adimplemento integral da sanção, mas sim absolvido pela mais elevada corte do país, o que, com muito mais razão, a prevalecer o argumento da sentença, lhe acarretaria o direito de não sofrer o reavivamento de momentos tão tormentosos à sua família.

É indiscutível que a tese não prevalece, eis que o aprendizado que dali se extrai como marcar da atuação popular sobreleva o direito a intimidade e privacidade de quem quer que seja.

Infundáveis os exemplos outros que se poderia colecionar.

O cumprimento integral da sanção penal restaura evidentemente a plenitude dos direitos do apenado, mas não tem, desafortunadamente, o condão de apagar os fatos da memória popular, porque esta pertence apenas ao próprio povo, com todas as vicissitudes que tal circunstância possa acarretar ao respectivo protagonista.

Destaque-se que o episódio objeto do questionamento está narrado com detalhes em várias obras literária, algumas referidas na peça de defesa e outras que lá não estão mas são do conhecimento deste julgador, todas livremente disponibilizadas nas livrarias e bibliotecas, sem considerarmos ainda que o caso serve de referência acadêmica em diversos cursos jurídicos de todo o país.

Se o respeito ao direito a privacidade, que reverenciamos como um dos fundamentais bastiões da democracia, servir de camuflagem para ocultar da memória do povo a identidade dos criminosos e prestar-se a enterrar o lixo da história, deve ser ponderadamente mitigado em benefício do sentido pedagógico e crítico que acarretam à revolução social.

Outro argumento que a nós não sensibiliza refere o longo prazo decorrido – 30 anos, período absolutamente inexpressivo no contexto histórico, destacando-se que fatos ocorridos há 30 anos são tecnicamente tratados como história contemporânea, não se prestando a justificar o suposto esquecimento.

De outro lado, não podemos deixar de consignar que, a narrativa de situações de ressonância social que contemplam situações desabonadoras a seus personagens, deve observar três fatores de limitação intransponíveis, sob pena de, em qualquer circunstância, afetar a honra subjetiva dos envolvidos e assim ensejar reparação imaterial: primeiro, *que a descrição seja verdadeira, limitando-se a fatos comprovados, com retratação fidedigna dos registros oficiais*; segundo, *que não exerça juízo de valor, isentando-se de adjetivações e subjetivismos para, assim,*

preservar o quanto possível sua natureza histórica-jornalística, legitimando o direito de manifestação; e, terceiro, que não decline sequer indícios da atual situação dos envolvidos, de forma a minimizar a possibilidade de investidas preconceituosas e aventureiras.

No caso em exame, entendemos que estes herméticos postulados foram rigorosamente observados, afastando qualquer caráter de ilicitude da exibição, isentando, conseqüentemente, o dever de reparar.

Desta forma, ressaltando as ilustradas e técnicas ponderações do I. Revisor, ousou dele divergir, acompanhando o nobre relator para julgar em procedente o pedido.”¹⁷(destacou-se)

Assim, pela ponderação feita pelo vogal, deve prevalecer o direito à informação, em respeito à democracia e em virtude de a retratação se operar de forma fidedigna, sem atribuir ao autor atos e características que não tenha praticado ou que não tinha na época do fato. Defende-se, dessa forma, que direito à informação da mesma forma que se operou para as retratações de Euclides da Cunha e Fernando Collor de Mello, em virtude do seu interesse público e do seu caráter histórico.

Passa-se, então à análise da fundamentação do voto vencido:

“Apelação Cível nº: 2005.001.54774 - Voto Vencido

Em que pese o brilhantismo dos autores dos votos vencedores, a quem rendo minhas homenagens, ousei divergir pelos motivos que se seguem.

Em primeiro lugar, é necessário que se faça uma descrição minuciosa dos fatos, que, aliás, são incontrovertidos.

Nos idos de 1976, o autor da ação cometeu um crime que teve grave repercussão social, gerando, na época, um vasto acompanhamento jornalístico, principalmente porque o apelado veio a ser absolvido no primeiro julgamento.

Posteriormente, levado a novo júri, veio a ser condenado a pesada pena privativa de liberdade que cumpriu integralmente, sendo extinta a sua punibilidade em 1997.

Durante esses quase 30 anos decorridos do fato, o autor, uma vez recobrada a liberdade, restabeleceu sua vida, tendo constituído família, sem que qualquer outro fato desabonador de sua conduta tenha sido registrado desde então.

Também é verdade que ao saber da produção do programa pela empresa ré, o autor demonstrou seu inconformismo, tanto que chegou obter liminar vedando a exibição do programa, que posteriormente, veio a ser reformada por decisão da maioria do colegiado.

Sendo esses os fatos, a pergunta crucial à solução da demanda parece ser a seguinte: É justo, e, portanto, legal, a exibição de um programa televisivo em horário nobre, relatando os acontecimentos de quase 30 anos atrás, em evidente prejuízo da imagem, da intimidade, da vida privada e da honra do autor?

A resposta como não podia deixar de ser, não é de fácil alcance, nem permite a formulação de um juízo que possa se firmar como referência para outros casos análogos, eis que coloca frente a frente à prevalência de direitos e garantias individuais protegidos pela Constituição da República Federativa do Brasil.

¹⁷ TJRJ, Apelação Cível nº: 2005.001.54774, 5ª Câmara Cível, Des. Antonio Saldanha Palheiro – vogal.

Assim, entendo a orientação dos votos condutores no sentido de que a proteção da liberdade de informação, em uma sociedade democrática, deve ser incentivada, porém, no caso em exame parece-me que essa liberdade deve respeitar a preservação da intimidade e dignidade da pessoa humana.

De início, para embasar essas conclusões, convém lembrar que *com o cumprimento da pena surge para o apenado após cinco anos o direito à reabilitação, conforme previsto nos artigos 93 do Código Penal e 202 da Lei de Execuções Penais, sendo que após a edição desta última regra, não mais necessário se torna aguardar este prazo.*

Como efeito da reabilitação, está o sigilo dos registros criminais do reabilitado, não sendo eles mais objeto de folha de antecedente ou certidões dos cartórios, e, como ensina Mirabete, no Código Penal Interpretado, Editora Atlas, São Paulo, 1999, página 493, 'em parte este sigilo é automático, a partir do cumprimento ou extinção da pena, salvo para instruir processo pela prática de nova infração penal ou outros casos expressos em lei'

Isso quer dizer que a própria administração pública, com o cumprimento da pena, *está proibida de fazer qualquer referência* aos fatos ou mesmo aos procedimentos que levaram a condenação.

Se assim o é pergunta-se: Estaria o particular excetuado dessa regra no puro interesse privado consistente na produção de um programa que relata fatos pretéritos?

Carlos Alberto Direito em brilhante artigo publicado nas folhas 29/37 da Revista Forense, volume 363, faz importante divisão, que parece-me pertinente para exame do caso concreto.

Diz o eminente Ministro do Superior Tribunal de Justiça que há que se fazer uma diferenciação entre divulgação de fato presente e de fato pretérito. A divulgação de fato atual com interesse jornalístico em face do inegável interesse público que revela, deve respeitar um só freio, qual seja, a veracidade da divulgação. Em contrapartida, a exposição de fato pretérito, pressupõe, além deste, outro balizamento que é o de não causar prejuízo a terceiros.

Fazendo a demonstração de que essa posição foi adotada em caso análogo pela Corte Constitucional Alemã, Direito ensina que o princípio geral de não causar prejuízos a terceiros nessa hipótese deve ser privilegiado em relação à manutenção da liberdade de manifestação, em face do enfraquecimento do interesse público.

A correta lição do professor cai como uma luva no presente caso, em que quase 30 anos depois, o caso estava completamente esquecido, *não havendo fato novo que pudesse justificar toda a produção feita para levar ao ar o programa.*

Caso absolutamente diverso, podemos constatar com a recente soltura do árabe que tentou matar o Papa João Paulo II, que levou as redes de notícias, aproveitando o fato novo, a traçar um paralelo do que tinha acontecido há anos atrás.

Este processo, não tem uma linha que possa justificar a retomada do interesse jornalístico em sua divulgação. Ao contrário, exala um inegável odor de oportunidade comercial, de interesse exclusivo da empresa de televisão.

Entre a proteção da liberdade intelectual e aos demais direitos e garantias individuais, deve-se optar por estes, sempre que o interesse em obtenção de lucro passe a alinhar risco à esfera de proteção jurídica do cidadão.

É inegável que os impressionantes fatos relatados na inicial, corroborados pela prova testemunhal trazida aos autos tinham enorme potencial ofensivo ao resguardo da intimidade, vida privada, honra e imagem do autor, já que pessoas que passaram a conviver com ele a menos de 30 anos, tais como seus filhos e netos não sabiam do caso.

Constitui evidente quebra de preservação do direito a privacidade, a divulgação, por terceiros, com nítidos interesses comerciais, de fatos pretéritos, que por

razões pessoais, que só ao autor diz respeito preferiu não relatar a seus entes queridos.

A própria Constituição Federal impõe limite à própria atividade intelectual e de imprensa, ao balizar seu exercício ao “respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família”. (art. 221, IV).

A vida privada abrange não só a intimidade, mas também o direito ao segredo, pelo qual fatos de interesse pessoal não podem ser divulgados, mesmo sem interesse comercial, sem a autorização do personagem.

Por todos os ângulos que se pretenda analisar, conclui-se que a *ninguém, desrespeitando proteção de um direito elevado à categoria de garantia individual pela Constituição Federal, é dado o direito de causar injusto prejuízo a outrem.*

Nos casos em que a divulgação de fato pretérito possa causar prejuízo a outrem, a sua publicidade dependerá de autorização do possível lesado, já que, como se disse linhas acima, nem mesmo a Administração Pública é dado revelar.

O princípio de não se causar prejuízos a terceiros ainda é mais forte do que o direito de se exercer uma atividade comercial por mais nobre que esta seja.

Assim, entendi que a recorrente tinha razão apenas em parte, no que respeita ao *quantum* fixado na sentença, que adaptando aos princípios da razoabilidade, entendi dever ser minorado ao patamar de 100.000,00 (cem mil reais), mantida no mais a condenação acessória.

Por esses motivos, ousando discordar da maioria, dava parcial provimento ao recurso”.¹⁸ (destacou-se)

Chama atenção, no pronunciamento do Desembargador vencido, a utilização, durante a ponderação de interesses, do conceito de justiça para revestir aquilo que é legal. Parece, com isso, que na ponderação, em que há maior margem discricionária ou efetiva de acordo com o caso específico, cabendo, então a busca pelo justo, que, sabemos, deveria nortear também o legislador, mas não raro o que é legal é justo. A ponderação é a possibilidade de, diante de um caso concreto, ser justo.

Uma importante diferenciação feita no voto vencido merece destaque: a de fato presente e fato pretérito, para a qual se invoca o estudo de Carlos Alberto Direito. Para ele, a divulgação de fato atual só tem como balizador a necessidade de se observar a verdade, a veracidade. No tratamento de fatos pretéritos, ao contrário, o norteador é a vedação a se causar prejuízo a outro.

Diante de tal constatação parece clara a conceituação ali presente do direito à identidade pessoal: deve-se respeitar o que se é no momento em que se vai retratar os fatos. No momento presente, o ato corresponde à identidade da pessoa, e por isso o único requisito exigível é o da verdade. No momento pretérito, ao contrário, a pessoa já se transmutou no tempo, fazendo com que não seja aquele um retrato que lhe pretenda ser fiel.

¹⁸ TJRJ, Apelação Cível nº: 2005.001.54774, 5ª Câmara Cível, Des. Antonio Cesar Siqueira – revisor, voto vencido.

Há, ainda, outra distinção que deve ser observada: a de se retratar ato praticado por pessoa viva e aquele praticado por pessoa morta. Enquanto a pessoa estiver viva, é importante que se observe sua identidade e que esta seja retratada da mais adequada e correspondente maneira possível com o que se é atualmente. Quando falece, no entanto, se faz surgir o direito à verdade histórica, que é concretizado através de um panorama da vida daquela pessoa como um todo, com todos os seus atos, contradições e coerências, erros e acertos.

O que está em questão, portanto, é se uma pessoa, em virtude do direito de informação, poderá ser eternamente rotulada, podendo sempre trazer à tona, e lembrando publicamente tal ato nefasto, não importando quanto tempo passe, as sanções que lhe foram impostas e o que a pessoa se tornou passado aquele tempo.

Parece-nos que uma pessoa não pode pagar toda a sua existência por um erro ou um crime que tenha cometido. O direito à identidade pessoal impõe que a pessoa deva ser retratada como é naquele dado momento, não justificando que se lhe rotule em virtude de atos pretéritos, mesmo que por ela cometidos. Assim, verifica-se que há, no conteúdo aqui defendido do direito à identidade pessoal, um direito ao esquecimento, denominado, no ordenamento jurídico italiano, como *diritto all'oblio*, citado, inclusive, no voto vencido do caso em questão.

O direito ao esquecimento visa proteger justamente esse aspecto da efetivação identidade pessoal; faz com que se imponha a retratação da pessoa como ela é naquele momento específico, pelo seu estilo individual social, não havendo que se falar em verdade histórica.

Há que se destacar, no entanto, que isso perdura enquanto a pessoa viver, justamente para que não lhe seja deturpada a identidade daquele momento em que é retratada, considerando que é algo fluido e mutante ao longo do tempo. No entanto, a partir do momento do falecimento, pode-se então retomar os atos da vida daquela pessoa, estabelecendo-se, com a superveniência da morte, uma identidade concebida como verdade histórica, em atenção à sua memória e, eventualmente, quando for o caso, à história.

Assim, parece-nos que, no caso especificamente apreciado, deve prevalecer o direito à identidade pessoal em detrimento do direito à informação. Nesse sentido, nossa argumentação está em consonância com o exposto no voto vencido, exceto pelo fato de que nele não se menciona explicitamente que o que se tutela é justamente o direito à identidade pessoal.

7.2.2

Identidade pessoal vs direito de crítica

A liberdade de crítica tem ampla proteção, encontrando somente o limite da degradação injuriosa, e se tem afirmado que não existe opinião falsa: uma valoração quanto à verdade ou falsidade pode ser aplicada somente a uma afirmação de fato e não ao juízo crítico. O problema maior se coloca quando o (des)valor dado sobre uma pessoa se baseia em uma atribuição de fato não verdadeiro, no qual, por exemplo, uma eventual crítica se faz dentro de uma obra de fantasia, atribuindo determinados fatos a um personagem parcialmente inventado. Na jurisprudência tem prevalecido a tendência a legitimar o direito de crítica, mesmo nessa hipótese, sob a condição de que a crítica não seja sorrateiramente introduzida, fazendo as vezes daquela que é apresentada como uma exposição neutra dos fatos: é necessário que haja uma suficiente distinção entre a apresentação da notícia e o comentário a ela feito, segundo um juízo razoável. Conseqüentemente, a polêmica política, ainda que áspera, é plenamente lícita enquanto o juízo político sobre o adversário seja expressa e destacadamente parcial, desde que não se resolva em uma voluntária, evidente e objetiva alteração dos fatos. O juiz pode verificar se determinado fato atribuído ao adversário político é verdadeiro ou falso, no caso em que a atribuição daquele fato se faça a base para a formulação de um juízo, mas não pode examinar a legitimidade em si de um juízo valorativo razoavelmente genérico referido ao pensamento político do outro. Assim, o juiz poderá sancionar os juízos políticos que são lesivos aos direitos das pessoas sobre as quais são expressos, mas somente na medida em que tais juízos sejam baseados em uma alteração e manipulação dos fatos e, portanto, sobre a atribuição, ainda que indireta, de fatos inverídicos.¹⁹

Um exemplo de lesão à identidade pessoal nessa hipótese remete à decisão italiana de 1979, do Tribunal de Turim, já mencionada,²⁰ em que a questão girava em torno de panfletos confeccionados pelo Partido Comunista italiano, destinados à propaganda eleitoral. Neles se afirmava que o líder do Partido Radical italiano estava inscrito na lista de candidatos a representantes da Nova República, grupo

¹⁹ Giorgio PINO, *Il diritto all'identità personale*, cit., p. 113-114.

²⁰ V. Capítulo 4, *supra*.

político de aspiração ideológica diversa daquela defendida pelos radicais italianos. Tal fato, inverídico, não consistia em crítica ou um juízo valorativo com relação àquele político, mas se procedeu, por meio da imputação de um fato não condizente com a realidade, a uma desconfiguração da sua identidade política, prevalecendo, assim, o direito à identidade pessoal.²¹

7.2.3 Identidade pessoal vs direito de sátira

A sátira representa uma ambivalência: por um lado remete à liberdade de manifestação do pensamento (art. 5º, IV, CF), por outro, em alguns aspectos integra a liberdade de criação artística (art. 5º, IX, CF). Essa ambigüidade é refletida na doutrina, em que há entendimentos que destacam que a liberdade de sátira frequentemente retrata o inverossímil e o exagero e, portanto, não seria fonte de informação para o público. Outros, no entanto, que o enfocam como a expressão satírica (especialmente no que diz respeito à sátira política de costumes) veicula uma mensagem preciosa a ela assimilada, e portanto dotada de uma importante função social de controle difuso da opinião pública sobre quem tem o poder. Na jurisprudência se entende, em linhas gerais, que no balanceamento entre direito de sátira e os direitos da personalidade não seriam aplicáveis aqueles critérios do jornalista quanto à ponderação com o direito de informação, em especial da veracidade dos fatos (a sátira é, por sua natureza, um a deformação grotesca da realidade) e a correção da exposição. Antes, se deve verificar: a) a efetiva notoriedade do personagem objeto de sátira, e b) a coerência entre a importância pública do personagem e os fatos objetos de elaboração satírica. Auxiliam nessa investigação as posteriores variações indicadoras de ilicitude, os quais causam alterações do nome ou da imagem, a realização de insólitas aproximações imorais ou repugnantes, a atribuição de fatos ofensivos mediante a representação irônica ou tendenciosa de fatos pessoais e assim por diante²².

No entanto, no caso de a sátira estar estreitamente ligada a uma atividade informativa - como no caso das charges postas em jornais, do qual retém os argumentos e os tons -, segundo a jurisprudência essa vem atraída no sistema dos

²¹ Carlos Fernandez SESSAREGO, *Derecho a la identidad personal*, cit., pp. 63-64

²² Giorgio PINO, *Il diritto all'identità personale*, cit., pp. 114-115.

limites do direito de crônica e de crítica. Assim, se percebe que as características da sátira rendem mais provavelmente um conflito com a reputação e/ou a privacidade da pessoa atingida que com o direito à identidade pessoal. A sátira é, por sua natureza, deformação grotesca da realidade, mas se tem como ponto de partida inevitavelmente fatos verdadeiros (ou presumidamente verdadeiros), enquanto que a identidade pessoal é lesada a partir da atribuição de fatos não verdadeiros. Vislumbrando uma eventual ponderação definitiva baseada no critério da veracidade, se terminaria por suprimir qualquer forma de sátira e a possibilidade de sua existência.²³

Assim, as variações dos fatos e dos pensamentos de outrem implicam critérios subjetivos de apreciação, muito variáveis. A sátira, a comédia, e a caricatura poderão acentuar e exagerar determinados traços individuais, explicáveis por razões inerentes à própria atividade artística, sendo lícitas desde que não insultuosas.²⁴ Veja-se, assim, um julgado da Corte de Cassazione sobre o direito de sátira em contraposição ao direito à identidade pessoal:

“CASSAZIONE CIVILE, SEZ.III, 29 MAGGIO 1996, N. 4993
Craxi contro società editoriale La Repubblica e Scalfari. Contenuto diffamatorio della dignità, onorabilità e rispettabilità di Craxi in una vignetta di Forattini abbinata a un articolo, sulle pagine de "La Repubblica" del 7 febbraio 1987, relativo a finanziamenti illeciti a favore del partito socialista. Pur essendo il diritto di satira garantito in Costituzione e pur non applicandosi ad esso i criteri del legittimo esercizio del diritto di cronaca, secondo la Cassazione non può comunque essere esercitato indiscriminatamente. Anzi è soggetto ai limiti della coerenza causale tra qualità della dimensione pubblica del personaggio fatto oggetto di satira e il contenuto artistico ed espressivo sottoposto ai lettori. E' pertanto illecita la satira meramente denigratoria.
Contrasti dottrinali su questo orientamento, non condiviso da chi ritiene la satira ben lontana dall'informazione e dai limiti imposti a questa.”²⁵

7.2.4 Identidade pessoal vs direito de (re)elaboração artística

Uma pessoa pública, célebre, deve suportar sacrifícios a sua privacidade que são impostos por um sério e justificado interesse da coletividade ao

²³ Giorgio PINO, *Il diritto all'identità personale*, cit., pp. 115-116.

²⁴ Rabindranath CAPELO DE SOUSA, *O Direito Geral de Personalidade*, cit., p. 253.

²⁵Disponível em: <http://www.dirittodellainformazione.it/materiale%20di%20ricerca/temi_giurispr.htm> . Acesso em: 10 jan. 2006.

conhecimento da sua vida e da sua obra. O reconhecimento público, que se manifesta de diversas formas – filmes, reportagens, fotos²⁶ - pode servir a uma melhor valoração das causas e dos elementos da sua notoriedade, do seu sucesso, e ainda da sua importância social, prevalecendo, nesse caso, a instância social sobre a individual. No entanto, caso sirva somente a alimentar o gosto pela indiscrição e pela curiosidade, com sacrifício dos sentimentos pessoais mais reservados, não sendo objeto de interesse sério e justificado, tal fato pode assumir relevância jurídica: conserva, então, pleno valor à necessidade ético-jurídica de tutelar a pessoa humana, na sua exigência fundamental de privacidade.²⁷

Essa é uma hipótese diversa daquelas até então tratadas, e diversos são os critérios de ponderação. É preciso primeiramente distinguir a hipótese da lesão resultante de uma obra declaradamente e inteiramente fictícia daquela causada por uma obra que teria um teor documentário, realístico ou de denúncia. Com algumas adaptações, essa mesma distinção, aplicável aos filmes, poderia incidir sobre as obras literárias. No primeiro caso, a jurisprudência tem entendido que a liberdade de criação do artista é absolutamente soberana, o que significa que dificilmente poder-se-á verificar lesão à esfera da personalidade (identidade pessoal ou mesmo honra, reputação, intimidade, imagem) por parte da obra. Diz-se que pretender o respeito à verdade histórica ou ao que se é, em uma obra declaradamente fictícia, é uma contradição em termos.²⁸

A segunda hipótese se coloca do lado oposto ao acima descrito e diz respeito aos filmes baseados em fatos reais, que fazem reconstrução, geralmente destinada aos programas televisivos, de fatos relativamente recentes que chamaram a atenção da opinião pública. Esses são dramatizados e muitas vezes colocam-se fatos puramente inventados para dar maior dramaticidade e coerência da narrativa. Frequentemente, nesses casos, se recorre à “máscara cênica”, isto é, à representação mais fiel possível da pessoa vivida pelo intérprete: o processo de incorporação da pessoa real pelo ator é feito atribuindo diretamente ao personagem o nome e a identidade da pessoa verdadeira, e/ou utilizando um ator

²⁶ Adriano DE CUPIS salienta que “o direito de imagem prevalece sobre o direito de autor daquele que fez o retrato. Uma vez que o sujeito é tutelado contra a publicidade da sua imagem, o direito do autor é despojado do seu conteúdo. É de notar a prevalência de um direito não-patrimonial sobre um direito patrimonial, - o que é compreensível tratando-se, como sabemos, de um direito essencial”. (*Os Direitos da Personalidade*, Campinas: Romana, 2004, p. 143).

²⁷ Adriano DE CUPIS, *Teoria e Prática del Diritto Civile*, Milano: Giuffrè, 1955, p. 58.

²⁸ Giorgio PINO, *Il diritto all'identità personale*, cit., pp. 116-117.

particularmente semelhante ao sujeito reproduzido. Esse gênero de criação artística pode evidentemente se traduzir em alteração da verdade ou mesmo da identidade pessoal da pessoa real retratada na narrativa, além de, em alguns casos, violar seu direito de imagem, à intimidade e à honra. O efeito produzido, em geral, é o de uma mistura mais ou menos equilibrada de verdade e verossimilhança, tanto que se discute em jurisprudência a equivalência dessa forma artística à crônica, enquanto crítica por imagem. Cumpre ressaltar, no entanto, que a potencialidade lesiva dessa forma de representação é bem superior à da crônica propriamente dita, pois a narrativa e a reconstrução por imagens tem efeitos evocatórios e sugestivos bem maiores que a palavra escrita ou mesmo a exposição oral de uma notícia em um jornal televisivo.²⁹

Desde 1960 a Corte de Cassação italiana fazia referência à falsa referência dos caracteres essenciais da personalidade, ao direito à verdade sobre as próprias opiniões, mas circunscrevendo o problema ao limitado âmbito da intimidade ou da verdade histórica.³⁰

O efeito da representação verossímil dos fatos retratados, verídicos e fictícios, é o de amplificar em medida exponencial em função do meio utilizado para transmitir aquela mensagem, provocando uma sobreposição na percepção do público entre identidade “real” do indivíduo e aquela forjada. Quanto a essa questão, está se consolidando na jurisprudência uma orientação rigorosa, que tende a reduzir o âmbito de operatividade lícita da funcionalização. A premissa é de que um filme documentário gera no espectador uma pretensão que não é a mesma de um filme que se disponha ao mero entretenimento. Com isso, a jurisprudência tem feito uma ponderação entre o direito à identidade pessoal e o direito de criação artística, utilizando cumulativamente o princípio da veracidade e da presença ao menos de um efeito depreciativo na reconstrução romantizada. Assim, segundo a jurisprudência, a representação artística pode ser feita contendo uma mensagem política, ou uma reflexão social, mas não pode fazer uma manipulação dos acontecimentos e fatos da pessoa retratada mediante atribuição de fatos ou características não correspondentes à verdade. A tudo, o entanto, deve

²⁹ Giorgio PINO, *Il diritto all'identità personale*, cit., pp. 117-118.

³⁰ Carlos Fernandez SESSAREGO, *Derecho a la identidad personal*, cit., p. 54.

se considerar o ulterior critério do interesse público, devendo o juiz, então, analisar casuisticamente, com base em tais apontamentos.³¹

Dá-se relevo jurídico às hipóteses nas quais são representados um autêntico e sério interesse público ao conhecimento da imagem pessoal.³²

³¹ Giorgio PINO, *Il diritto all'identità personale*, cit., pp. 117-118.

³² Adriano DE CUPIS, *Teoria e Pratica del Diritto Civile*, cit, p. 57.

8 Conclusão

O objetivo que se buscou alcançar através do presente trabalho é o esclarecimento do que seria o direito à identidade pessoal a partir do enfrentamento de questões que se entendeu relevantes a ele relacionadas. A partir disso, almejava-se defender a aplicação desse interesse existencial de criação jurisprudencial italiana no ordenamento jurídico brasileiro. Para buscar a concretização dessa meta foi necessário traçar um plano de estudo que o viabilizasse, e para que isso fosse possível era necessário estabelecer quais seriam as premissas, e então segui-las.

A primeira e mais relevante premissa – uma vez que se apresenta como ponto de partida sem o qual não seria possível perpetrar qualquer raciocínio tendente a esse sentido – foi abordada no capítulo inicial, em que se pretendeu partir da visão do direito-civil constitucional. A partir dessa perspectiva, que entende superada a dicotomia existente entre o direito público e o privado, possibilitando incidência das normas constitucionais de forma direta nas relações jurídicas entre particulares, se buscou demonstrar que tem papel central o princípio da dignidade da pessoa humana, valor fundante da República conforme disposto em seu art. 1º, III e vértice do ordenamento jurídico.

A partir do estabelecimento dessa perspectiva, era necessário então partir ao estudo da categoria da qual faz parte o direito à identidade pessoal. Chega-se assim, aos direitos da personalidade, que são objeto de discussão no segundo capítulo. Nele se pretendeu fazer um breve histórico e explicitar as principais teorias que divergem quanto à sua origem, classificação e natureza.

A partir do delineamento dessas divergências, foi defendido que, em verdade, não há que se discutir quanto à tipicidade ou atipicidade dos direitos da personalidade, ou mesmo se integram ou não a categoria dos direitos subjetivos. Considerando que o princípio constitucional da dignidade se apresenta como uma cláusula geral de tutela da pessoa humana, e constatando-se a sua vulnerabilidade, conclui-se que a personalidade humana não depende de uma forma específica para se realizar.

Enfatizou-se, assim, que, buscando a efetividade daquele dispositivo constitucional, é possível fazê-lo por meio de “uma complexidade de situações jurídicas subjetivas, que podem se apresentar (...) sob as mais diversas configurações: como poder jurídico, como direito potestativo, como interesse legítimo, pretensão, autoridade parental, faculdade ônus, estado – enfim, qualquer circunstância juridicamente relevante”.¹

Dessa forma, com fundamento a cláusula geral de tutela da personalidade, é necessário buscar a proteção da pessoa humana onde quer que ela se encontre, independentemente da maneira que se manifestar e reclamar tutela. Assim, concluiu-se que as discussões travadas entre as teorias pluralistas e monistas estariam superadas, uma vez que não há que se preocupar com números de direitos; o que se visa proteger, portanto, é a pessoa humana em sua complexidade e, a partir disso, fundamenta-se a criação de todo e qualquer direito que tenha por objetivo atender aos seus interesses existenciais e protegê-la de modo eficaz.

Estabelecidas as premissas fundamentais, o tema do direito à identidade pessoal foi abordado de forma específica no terceiro capítulo. Nele, se buscou elaborar um panorama do surgimento dessa nova situação jurídica subjetiva pela atividade da jurisprudência italiana para, em seguida, adentrar no debate doutrinário que se travou para sua delimitação, a estipulação do seu objeto e dos seus limites. Nesse ponto questões importantes foram discutidas quanto à sua autonomia e quanto à categoria de direito na qual se insere.

Partindo da sua evolução, desde os primeiros esboços, até sua concepção atual no direito italiano, defendeu-se que é direito autônomo, isto é, não depende, para se perpetrar, de qualquer vinculação a outro direito da personalidade. Sua violação e, portanto, sua tutela, pode se dar a despeito das demais situações

¹ Maria Celina BODIN DE MORAES, *Danos à Pessoa Humana*, cit., pp. 117-118.

existenciais que interessam à pessoa humana. Para tanto, foram citados exemplos de casos paradigmáticos que elucidam e confirmam esse posicionamento.

Foram dispostas, ainda – e apenas a título ilustrativo –, algumas experiências de outros países que têm em seu ordenamento jurídico a previsão da tutela do direito à identidade pessoal.

A partir da elucidação de conceitos básicos para o entendimento do que seria o direito à identidade pessoal, sua evolução e sua autonomia, se objetivou fazer, no quarto capítulo, uma maior sistematização do conceito de identidade pessoal adotado no desenvolvimento desse trabalho, abordando, nele, os aspectos estático e dinâmico que compõem a identidade pessoal.

Viu-se que integram o aspecto estático os caracteres em regra imutáveis da pessoa, como o nome, a identidade física e a imagem. Nesse ponto, é importante frisar que pontos específicos de cada um desses direitos integram a identidade estática, mas essa, no entanto, com eles não se confunde. É a junção de aspectos desses três elementos que produzem algo diverso: a identidade estática, e por isso, ao longo do capítulo, se buscou traçar os pontos em que convergem e aqueles em que divergem.

O aspecto dinâmico constitui-se como o respeito ao estilo individual e social manifestado pela pessoa em sua *vita di relazione*, compreendendo o seu complexo de experiências, crenças e manifestações. Representa o direito do indivíduo de ser si mesmo, em sua complexidade, e ser retratado como tal.

O problema da determinação do que se é foi também esmiuçado. Embora se reconheça a dificuldade de determiná-lo – uma vez que as pessoas modificam sua forma de ser, de pensar com o decorrer do tempo –, o que se abrange é justamente o que se é no momento *presente*, ou seja, no momento em que se retrata a pessoa. A partir dessa definição, pode-se então perceber que esse conceito tem estreita relação com o direito ao esquecimento.

Feitas, assim, as delimitações e os enfrentamentos teóricos pertinentes, buscou-se, no quinto capítulo, apontar a presença do direito à identidade pessoal no ordenamento jurídico brasileiro e, portanto, a oportunidade e necessidade de sua tutela. Além disso, se pretendeu determinar o conteúdo desse direito à identidade pessoal brasileiro, qual a sua justificação, e o debate existente sobre o tema no país.

Nessa trilha, defendeu-se que ele está intimamente ligado a um aspecto do direito ao nome, em relação estreita com seu valor simbólico. Para elucidá-lo, foi trabalhada a perspectiva da psicanálise, que trata com propriedade das questões implicadas no ato de nomear: as relações parentais, a produção de diferenciação e o estabelecimento da Referência fundadora – porque o sujeito de constitui através do reconhecimento do lugar do outro – a sua função humanizadora do sujeito e de introjeção da lei, a primeira, da vedação ao incesto.

Partindo desse conceito simbólico do nome como a primeira estrutura da identidade e, em alguma medida, o seu reflexo, partiu-se à análise de decisões jurisprudenciais dos tribunais do país para identificar a presença desse valor naqueles julgados. Fez-se, então, um estudo dos pleitos de mudança de nome: os considerados vexatórios; os dos transexuais; o caso da supressão de sobrenomes de família em razão do abandono, ainda que afetivo, de um dos genitores; ou mesmo do pedido de inserção de nomes de família de pessoas que exercem a função do genitor, ainda que biologicamente não sejam.

Revelou-se, assim, que os pedidos das partes e das decisões dos magistrados têm por fundamento o não só a efetivação da dignidade da pessoa humana, mas também o reconhecimento da identidade pessoal do indivíduo. Há, assim, uma preocupação que se mostrou latente quanto ao intuito de se atender ao pedido de que o nome reflita o que a pessoa é, a sua identidade pessoal.

Outro aspecto importante abordado no capítulo quinto foi a sustentação do fundamento normativo do direito à identidade pessoal. Defendeu-se que o reconhecimento e a aplicação dessa figura jurídica subjetiva se dão com fundamento no art. 1º, III da Constituição da República, com aplicação direta nas relações jurídicas privadas em razão da eficácia horizontal dos direitos fundamentais e das normas constitucionais.

A perspectiva em que tal dispositivo é percebido já foi esclarecida: é uma verdadeira cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana, que tem por objetivo protegê-la onde quer que se encontre e da maneira que se manifeste, constituindo-se como cláusula geral dos direitos da personalidade, dando a eles fundamento para que surjam e protejam a pessoa quando reclamar necessidade.

O direito à identidade pessoal encontra, dessa forma, nela o seu fundamento. Nessa medida, a aplicação direta dessa norma constitucional, a fim de se tutelar o direito à identidade pessoal nas situações jurídicas privadas é

sustentada através da análise da aplicação, pelo Supremo Tribunal Federal, do dispositivo constitucional que trata do direito à imagem.

Assim, são trazidos à baila diversos julgados em que fica evidenciada a aplicação direta da Constituição para tutelar direito individual, legitimando, assim, a defesa da defesa e aplicabilidade do direito à identidade pessoal no ordenamento jurídico brasileiro com fundamento única e exclusivamente na Constituição da República.

Reconhecidos, então, a existência e o fundamento constitucional do direito de ser si mesmo, se pretendeu, no sexto capítulo, fazer algumas considerações quanto a conflitos de interesses que podem surgir entre o direito à identidade pessoal e outras figuras jurídicas relevantes, também objeto de tutela constitucional. Para tanto, foram utilizados como parâmetros, em alguns momentos, critérios estabelecidos pela jurisprudência italiana, em razão de sua experiência, buscando-se adequá-los ao ordenamento brasileiro.

Nesse momento, foi sublinhada a diferença que se propõe entre a tutela da identidade pessoal quanto a fato presente e fato pretérito, e pessoa viva e pessoa falecida. Sublinhou-se que na tutela de fato atual, o critério balizador é a veracidade do que se é narrado ou informado. No que tange a fato pretérito, deve-se atentar primordialmente para a identidade pessoal presente daquela pessoa a quem esse ato de refere, para que seja representada como é no momento da representação, e não no momento do ato retratado. Isso pode fazer com que se prepondere a preservação da identidade pessoal.

No que diz respeito ao outro critério, quando se diz respeito à pessoa viva é imperioso atentar para o respeito à sua identidade pessoal, ao que ela é, podendo-se falar, concomitantemente de um direito ao esquecimento de atos pretéritos que não condizem mais com sua personalidade, a sua identidade naquele momento. No entanto, a partir da superveniência da sua morte, pode-se então fazer um retrospecto de todos os seus atos, com todas as suas contradições, em nome da restauração de uma “verdade histórica”.

O mais expressivo caso colhido da jurisprudência brasileira para ilustrar o presente trabalho parece ser o que comporta o conflito entre liberdade de informação e direito à identidade pessoal presente no caso Doca Street. Nele, muitos dos aspectos aqui trabalhados aparecem dispostos e discutidos, motivo

pelo qual parece imprescindível trazê-lo para ilustrar o que de todo o trabalho se concluiu.

O acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro vem decidir o litígio quanto à exibição, no programa *Linha Direta*, daquele que ficou conhecido como o “Caso Doca Street”: em 1976, Doca matou sua namorada, a *socialite* Ângela Diniz, no balneário de Búzios, após romperem o romance. O caso foi levado a célebre júri popular em 1979, tendo os jurados acolhido a tese do excesso da legítima defesa da honra, e condenando-o à pena de dois anos de reclusão, convertida em *sursis*. Levado a novo julgamento, em 1981, foi então condenado a 15 anos de reclusão, que cumpriu em regime fechado. A emissora de televisão pretendia, recentemente, recontar o caso em seu programa policial, o que foi judicialmente contraposto pelo autor do crime.

Em primeiro lugar, há, no caso, o reconhecimento do embate de dois valores constitucionais e da aplicabilidade dessas normas constitucionais em conflito diretamente naquela situação jurídica privada concreta, levada à apreciação do judiciário. Aquele ponto, e essa fundamental premissa para o desenvolvimento da tese, encontram-se explicitados na “Declaração de voto” do Des. Antonio Saldanha Palheiro, vogal, como se destacou:²

“(…)De início, havemos de confrontar os direitos fundamentais, elencados em diferentes incisos do mesmo capítulo constitucional, contido integralmente em seu artigo 5º, que aparentemente estariam em colidência, transferindo ao intérprete a função de aplicá-los com justiça.

De um lado, temos a livre manifestação do pensamento e liberdade de manifestação através da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença, e de outro, a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, com garantia de indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.”

Em tal circunstância, havemos de afirmar inicialmente a premissa de equivalência dos direitos fundamentais com os próprios princípios constitucionais, em face de sua incontestável relevância na estrutura da Carta Política.

Em ocorrendo a suposta contradição de direitos fundamentais, o caminho de solução aponta inexoravelmente para o chamado processo de ponderação de bens com sacrifício mínimo dos direitos questionados, já que devemos prestigiar, também como premissa, a chamada unidade da Constituição, pela qual q interpretação do texto constitucional deve ter em conta a existência de um texto uniforme e sistemático para a proteção equidistante de todos os direitos ali tutelados.”

Segue, fazendo a ponderação:

² Ap. Cível nº 2005.001.54774 – Rel. Des. Milton Fernandes de Souza, 5ª Câmara Cível. Julgado em: 28/03/2006.

“Por outro lado, *consignamos que a limitação do direito de informar, em prestígio à honra e imagem dos indivíduos, sofre uma mitigação quando se trata de pessoa ou fatos públicos, já que esta condição traz para a coletividade o legítimo interesse de conhecimento.*

Na hipótese concreta, entendemos que o caso externa *interesse social* pela própria repercussão que tomou na época do acontecido, ensejando acalorados debates nos planos jurídico, sociológico, psicológico, histórico e antropológico em diversos seguimentos da sociedade, posto que trazia à baila a velha controvérsia da tolerância da punição extrema contra a mulher contra a mulher contra qualquer ato de infidelidade, ao argumento da chamada “legítima defesa da honra”.

(...)

a conclusão inafastável é de que, se por qualquer razão externou interesse social e acadêmico, a sociedade passa a deter o direito de discutir e avaliar suas causas e conseqüências independente do tempo decorrido, já que inserido nos anais históricos daquela coletividade.

(...)

Esta circunstância faz emergir, na ponderação de interesses, o *direito ao conhecimento, que se traduz em verdadeiro patrimônio da democracia.*

Uma das principais trincheiras da luta da liberdade contra o autoritarismo é exatamente *a luta da informação contra o esquecimento.*”

Assim, conclui favoravelmente ao direito de informação:

“Inconcebível cogitar-se subtrair da sociedade brasileira a possibilidade de rediscutir e esmiuçar este nefasto capítulo de nossa vida política para preservação da intimidade e privacidade do ex-presidente, o qual, frise-se, não foi sequer condenado com o adimplemento integral da sanção, mas sim absolvido pela mais elevada corte do país, o que, com muito mais razão, a prevalecer o argumento da sentença, lhe acarretaria o direito de não sofrer o reavivamento de momentos tão tormentosos à sua família.

É indiscutível que a tese não prevalece, eis que o aprendizado que dali se extrai como marcar da atuação popular sobreleva o direito a intimidade e privacidade de quem quer que seja.

Infundáveis os exemplos outros que se poderia colecionar.

O cumprimento integral da sanção penal restaura evidentemente a plenitude dos direitos do apenado, mas não tem, desafortunadamente, o condão de apagar os fatos da memória popular, porque esta pertence apenas ao próprio povo, com todas as vicissitudes que tal circunstância possa acarretar ao respectivo protagonista.”

O revisor, Des. Antonio Cesar Siqueira, que ficou vencido, também iniciou com a ponderação dos dispositivos constitucionais aplicáveis, ressaltando a aplicabilidade direta das normas constitucionais, e trouxe, ainda, outros apontamentos, que merecem aqui ser revistos, iniciando-se com a ponderação de ordem pessoal que faz em relação ao autor:

“(...) Nos idos de 1976, o autor da ação cometeu um crime que teve grave repercussão social, gerando, na época, um vasto acompanhamento jornalístico, principalmente porque o apelado veio a ser absolvido no primeiro julgamento.

Posteriormente, levado a novo júri, veio a ser condenado a pesada pena privativa de liberdade que cumpriu integralmente, sendo extinta a sua punibilidade em 1997.

Durante esses quase 30 anos decorridos do fato, o autor, uma vez recobrada a liberdade, restabeleceu sua vida, tendo constituído família, sem que qualquer outro fato desabonador de sua conduta tenha sido registrado desde então.

Também é verdade que ao saber da produção do programa pela empresa ré, o autor demonstrou seu inconformismo, tanto que chegou obter liminar vedando a exibição do programa, que posteriormente, veio a ser reformada por decisão da maioria do colegiado.

Sendo esses os fatos, a pergunta crucial à solução da demanda parece ser a seguinte: É justo, e, portanto, legal, a exibição de um programa televisivo em horário nobre, relatando os acontecimentos de quase 30 anos atrás, em evidente prejuízo da imagem, da intimidade, da vida privada e da honra do autor?

A resposta como não podia deixar de ser, não é de fácil alcance, nem permite a formulação de um juízo que possa se firmar como referência para outros casos análogos, eis que coloca frente a frente a prevalência de direitos e garantias individuais protegidos pela Constituição da República Federativa do Brasil.”

Passa, então, ao deslinde da ponderação dos valores constitucionais contrapostos:

“Assim, entendo a orientação dos votos condutores no sentido de que a proteção da liberdade de informação, em uma sociedade democrática, deve ser incentivada, porém, no caso em exame parece-me que essa liberdade deve respeitar a preservação da intimidade e dignidade da pessoa humana.

De início, para embasar essas conclusões, convém lembrar que *com o cumprimento da pena surge para o apenado após cinco anos o direito à reabilitação, conforme previsto nos artigos 93 do Código Penal e 202 da Lei de Execuções Penais, sendo que após a edição desta última regra, não mais necessário se torna aguardar este prazo.*

Como efeito da reabilitação, está o sigilo dos registros criminais do reabilitado, não sendo eles mais objeto de folha de antecedente ou certidões dos cartórios, e, como ensina Mirabete, no Código Penal Interpretado, Editora Atlas, São Paulo, 1999, página 493, ‘em parte este sigilo é automático, a partir do cumprimento ou extinção da pena, salvo para instruir processo pela prática de nova infração penal ou outros casos expressos em lei’.”

Para reforçar seu pensamento, utiliza-se, então, de um conceito central quanto à tutela do direito à identidade pessoal aqui abordado:

“Carlos Alberto Direito em brilhante artigo publicado nas folhas 29/37 da Revista Forense, volume 363, faz importante divisão, que me parece pertinente para exame do caso concreto.

Diz o eminente Ministro do Superior Tribunal de Justiça que há que se fazer uma diferenciação entre divulgação de fato presente e de fato pretérito. A divulgação de fato atual com interesse jornalístico em face do inegável interesse público que revela, deve respeitar um só freio, qual seja, a veracidade da divulgação. Em contrapartida, a exposição de fato pretérito, pressupõe, além deste, outro balizamento que é o de não causar prejuízo a terceiros.

Fazendo a demonstração de que essa posição foi adotada em caso análogo pela Corte Constitucional Alemã, Direito ensina que o princípio geral de não causar

prejuízos a terceiros nessa hipótese deve ser privilegiado em relação à manutenção da liberdade de manifestação, em face do enfraquecimento do interesse público.

A correta lição do professor cai como uma luva no presente caso, em que quase 30 anos depois, o caso estava completamente esquecido, *não havendo fato novo que pudesse justificar toda a produção feita para levar ao ar o programa.*

Caso absolutamente diverso, podemos constatar com a recente soltura do árabe que tentou matar o Papa João Paulo II, que levou as redes de notícias, aproveitando o fato novo, a traçar um paralelo do que tinha acontecido há anos atrás.

Este processo, não tem uma linha que possa justificar a retomada do interesse jornalístico em sua divulgação. Ao contrário, exala um inegável odor de oportunidade comercial, de interesse exclusivo da empresa de televisão.

Entre a proteção da liberdade intelectual e aos demais direitos e garantias individuais, deve-se optar por estes, sempre que o interesse em obtenção de lucro passe a alinhar risco à esfera de proteção jurídica do cidadão.

(...)

A vida privada abrange não só a intimidade, mas também o direito ao segredo, pelo qual fatos de interesse pessoal não podem ser divulgados, mesmo sem interesse comercial, sem a autorização do personagem.

Por todos os ângulos que se pretenda analisar, conclui-se que a *ninguém, desrespeitando proteção de um direito elevado à categoria de garantia individual pela Constituição Federal, é dado o direito de causar injusto prejuízo a outrem.*”

Conclui, então, utilizando a distinção traçada, fazendo um verdadeiro delineamento do direito à identidade pessoal, relacionando-o, inclusive com o direito ao esquecimento.

“A vida privada abrange não só a intimidade, mas também o direito ao segredo, pelo qual fatos de interesse pessoal não podem ser divulgados, mesmo sem interesse comercial, sem a autorização do personagem.

Por todos os ângulos que se pretenda analisar, conclui-se que a *ninguém, desrespeitando proteção de um direito elevado à categoria de garantia individual pela Constituição Federal, é dado o direito de causar injusto prejuízo a outrem.*

Nos casos em que a divulgação de fato pretérito possa causar prejuízo a outrem, a sua publicidade dependerá de autorização do possível lesado, já que, como se disse linhas acima, nem mesmo a Administração Pública é dado revelar.

O princípio de não se causar prejuízos a terceiros ainda é mais forte do que o direito de se exercer uma atividade comercial por mais nobre que esta seja.”

O enfrentamento do direito ao esquecimento pelo Desembargador configura que se está diante da tutela do direito à identidade pessoal, pois é questionada a possibilidade de se suscitar fato pretérito sem motivo justo, que vem causar prejuízo a alguém, considerando que a sua identidade atual não corresponde mais àquela, daquele fato pretérito.

Além dessa, fazemos também a distinção, já mencionada, da informação atinente a pessoa falecida e pessoa viva. O direito à identidade pessoal,

configurado expresso como “o direito de ser si mesmo” sem que haja qualquer desvirtuamento de sua imagem, conduta, convicções e todos os demais aspectos que compõem da identidade do sujeito, constitui o novo direito da personalidade, assim entendido como aquele mais apto a tutelar a pessoa humana em seus inúmeros aspectos.

Entendemos que tal distinção é importante pois somente se pondera identidade presente de pessoa viva, como no caso do acórdão. Tratando-se de pessoa falecida, restaura-se o direito amplo à informação, tendo como restrição apenas o critério da veracidade, em favor da verdade histórica.

Tais diretrizes, no entanto, não são absolutas. Há que se verificar o real interesse, por exemplo, de se suscitar fato pretérito de pessoa viva. Caso se configure interesse público relevante, ele pode ser mitigado. A ponderação, no entanto, deve ser feita de acordo com o caso concreto, uma vez que o que se pretendeu, com isso, é apenas fixar critérios.

O direito à identidade pessoal, configurado expresso como “o direito de ser si mesmo” sem que haja qualquer desvirtuamento de sua imagem, conduta, convicções e todos os demais aspectos que compõem da identidade do sujeito, constitui o novo direito da personalidade, assim entendido como aquele mais apto a tutelar a pessoa humana em seus inúmeros aspectos.

Como direito a ser representado de acordo com sua verdadeira identidade, deve ser protegido e tutelado aplicando os critérios da diligência e da boa-fé. É, em outras palavras, um direito a ser reconhecido como se é, a não se ver retratado com alteração, distorção, modificação, a não ver contestado seu próprio patrimônio político, cultural, ideológico, religioso, profissional, ou o que fosse exteriorizado no ambiente social. É interesse jurídico subjetivo, integrante dos direitos da personalidade, não configurando, no entanto, exclusivamente as posições subjetivas típicas, expressamente previstas no código e nas leis especiais, mas também todos aqueles direitos ou interesses que conformam o patrimônio da pessoa humana.

Em caso de conflito entre direito à identidade pessoal e um outro, igualmente dotado de garantia constitucional, deverá ser feita, em sede jurisprudencial, uma cuidadosa ponderação, que deve levar em conta o princípio da verdade pessoal, além de outros critérios elaborados quanto à tutela da reputação. Consequentemente, a identidade pessoal pode ser juridicamente

tutelada frente a possíveis lesões provenientes do exercício da liberdade de expressão, limitadamente à luz da sua proteção externa; ou seja, aos fatos, às opiniões e às convicções que são concretamente expressas na realidade social, utilizando os critérios da ordinária diligência.³

Em apertada síntese, procurou-se, com este trabalho, demonstrar que o ordenamento jurídico civil-constitucional protege o direito à identidade pessoal, sendo, porém, necessário que a jurisprudência se dê conta disto.

³ Giorgio PINO, *Il diritto all'identità personale*, cit., pp. 123-125.

9

Bibliografia

AFFINITO, Carlo. **Del diritto all'identità personale e della personalità**. Disponível em: <http://www.illaboratorio.net/law_04.html>. Acesso em: 07 jul. 2005.

AGAZZI, Evandro. “Il significato dell'identità”. In: AA.VV., **Identità Personale: um dibattito aperto**. Napoli: Loffredo, 2001.

ALAGNA, Sergio. “Diritto alla identità personale e rissarcibilità del danno non patrimoniale”. In: **Giustizia Civile**, 1983-II-162.

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ALPA, Guido. **Un questionario sul diritto alla identità personale**. Disponível em: <http://www.radicali.it/search_view.php?id=47039&lang=&cms=>>. Acesso em: 10 jan. 2006.

ALPA, Guido; BESSONE, Mario e ZENO-ZENCOVICH, Vincenzo. “Obbligazione e contratti”. In: **Trattato di diritto privato**, Pietro RESCIGNO (org.), vol. XIV, t. VI, Torino: Utet, 1995.

ARAÚJO, Luiz Alberto David de. **A proteção constitucional da própria imagem**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. (1958). 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

AUTERI, Paolo. “Diritto alla paternità dei propri atti e identità personale”. In: AA.VV., **Il diritto alla identità personale**, Padova: Cedam, 1981.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. São Paulo: Malheiros.

BARBOZA, Heloisa Helena. “Bioética x Biodireito: Insuficiência dos conceitos jurídicos”. In: Heloisa Helena BARBOZA e Vicente de Paulo BARRETO (orgs.) *et alli*. **Temas de Biodireito e Bioética**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BARROSSO, Luís Roberto. **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BESSONE, Mario; Ferrando, G. “Persona física (diritto privato)”. In: **Enciclopedia del Diritto**. vol. XXXIII, Milano, Giuffrè, 1983.

BEVILAQUA, Clóvis. **Comentários ao Código Civil**. 7. ed. vol. I, Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1944.

BIANCA, Massimo C. **Diritto Civile I**. La norma giuridica. I soggeti. (1978). Milano: Giuffrè, 1990.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006.

BOBBIO, Norberto. **Teoria generale del diritto**. Torino: G. Giappichelli, 1993.

BODIN DE MORAES Maria Celina. “O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo”. In: Ingo Wolfgang SARLET (org.) **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. **A Caminho de um Direito Civil Constitucional**. Disponível em: http://www2.uerj.br/~direito/publicacoes/mais_artigos/a_caminho_de.html. Acesso em: 07 fev. 2006.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. “A Caminho de um Direito Civil Constitucional”. In: **Direito, Estado e Sociedade**: Revista do Departamento de Direito da PUC-Rio, n. 1. 2. ed. Rio de Janeiro: PUC-Rio, jul./dez. 1991.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. “O Princípio da Solidariedade”. In: Manoel Messias PEIXINHO, Isabella Franco GUERRA e Firly Nascimento FILHO (orgs.) **Os Princípios da Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2001.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. **A Tutela da Identidade Pessoal no Código de 2002**, *mimeo*.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Constituição e Direito Civil**: Tendências, *mimeo*.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Danos à Pessoa Humana**. Uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 8.ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade de direitos da personalidade e autonomia privada**. Rio de Janeiro: Saraiva, 2005.

CAPELO DE SOUSA, Rabindranath. **O Direito Geral de Personalidade**. Coimbra: Coimbra, 1995.

CAPIZZANO, Ezio. “La tutela del diritto al nome civile”. In: **Rivista del diritto commerciale**, I, 1962.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva** 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

Cristiano Chaves de FARIAS, **Direito Civil**. Teoria Geral. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CHOERI. Raul. “Transexualismo e identidade pessoal: cirurgia de transgenerização”. In: Heloisa Helena BARBOZA e Vicente de Paulo BARRETO (orgs.) *et alli*. **Temas de Biodireito e Bioética**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

CHOERI. Raul. **O Conceito de Identidade e a Redesignação Sexual**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

DE CUPIS, Adriano. “La verità nel diritto”. In: **Teoria e pratica del diritto civile**. Milano: Giuffrè, 1955.

DE CUPIS, Adriano. “Tutela Giuridica della Persona”. In: **Teoria e Pratica del Diritto Civile**, Milano: Giuffrè, 1955.

DE CUPIS, Adriano. **I diritti della personalità**. Milano: Giuffrè, 1982.

DE CUPIS, Adriano. **Os Direitos da Personalidade**. Tradução Antonio Celso Furtado Rezende, Campinas: Romana, 2004.

DE MARTINI, Corrado. “Il diritto alla identità personale nella sperienza operativa”. In: AA.VV., **La lesione dell’identità personale e il danno non patrimoniale**. Milano: Giuffrè, 1985.

DE MARTINI, Corrado. “Spunti e riflessioni sulla giurisprudenza in tema di diritto alla identità personale”. In: AA.VV., **Il diritto alla identità personale**. Napoli: Jovene, 1983.

DEGNI, Francesco. **Le persone fisiche e i diritti della personalità**. Torino: Utet, 1939.

DOGLIOTTI, Massimo. “Diritto alla identità e tutela della persona”. In: AA.VV., **L’informazione e i diritti della persona**. Napoli: Jovene, 1983.

DOGLIOTTI, Massimo. “Le persone fisiche”. In: **Trattato di diritto privato**, diretto da Pietro Rescigno, vol II, t. I, Torino: Utet, 1992.

DONEDA, Danilo. “Os direitos da personalidade no Código Civil”. In: Gustavo TEPEDINO (org.), **Temas de Direito Civil**, 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

DONEDA, Danilo. “Um código para a proteção de dados pessoais na Itália”. In: **Revista Trimestral de Direito Civil**, vol. 16, out.-dez. 2003, Rio de Janeiro: Padma.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FACHIN, Luiz Edson. e RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. “Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica”. In: Ingo Wolfgang SARLET (org.), **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

FALCO, G. “Identità personale”. In: **Nuovo Digesto Italiano**. vol. VI, Torino: Utet, 1938.

FALZEA, Angelo. “Il diritto alla identità personale”. In: AA.VV., **La lesione dell'identità personale e il danno non patrimoniale**. Milano, Giuffrè, 1985.

FILIPPONIO, Angiola. “Il corpo: principio d'identità. Un'introduzione”. In: F. D'AGOSTINO (coord.) **Il corpo de-formato. Nuovi percorsi dell'identità personale**. Milano: Giuffrè, 2002.

FOIS, Sergio. “Il diritto alla identità personale nel quadro dei diritti del' uomo”. In: AA.VV., **Il diritto alla identità personale**. Padova, Cedam, 1981.

FOIS, Sergio. “Questioni sul fondamento costituzionale del diritto alla identità personale”. In: AA.VV., **L' informazione e i diritti della persona**. Napoli: Jovene, 1983.

FRIGNET, Henry. **O transexualismo**. Tradução Procópio ABREU. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2002.

GAMBARO, Antonio. Falsa luce agli occhi del pubblico (False light in the public eye). In: **Rivista di diritto civile**, 1981.

GIORGIANNI, Michele. “O Direito Privado e suas atuais fronteiras”. In: **Revista dos Tribunais**, nº 747. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, 13ª Edição.

GUYOMARD, Patrick “A Ordem da Filiação”. In: Sonia Altoé (org.), **Sujeito do Direito, Sujeito do Desejo**. Rio de Janeiro, Reinventer, 1999.

HABERMAS, Jürgen. **Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy**. Cambridge: MIT Press, 1998.

JULIEN, Philippe. **As Psicoses: Um estudo sobre a paranóia comum**. Rio de Janeiro, Companhia de Freud, 1999.

JULIEN, Philippe. **Abandonarás teu pai e tua mãe**. Rio de Janeiro, Companhia de Freud, 2000.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KLABIN, Aracy Augusta Leme. “Transexualismo”. In: **Revista de Direito Civil**, v. 17, São Paulo, 1981.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do Direito Privado**. Tradução Vera Maria Jacob de Fradera, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

LOTUFO, Renan. **Código Civil Comentado: Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 2003.

MACIOCE, Francesco. **Tutela civile della persona e identità personale**. Padova: Cedam, 1984.

MARCHESIELLO, Michele. “Persona, gruppi, comunità in cerca di um diritto alla identità personale”. In: AA.VV., **Il diritto alla identità personale**. Padova: Cedam, 1981.

MESSINEO, Francesco. “Problemi dell’identità delle cose e delle persone nel diritto privato”. In: **Annali del seminario giuridico dell’Università di Catania**. vol. IV, Napoli: Jovene, 1950.

MESSINETTI, Davide. “Personalità (diritti della)”. In: **Enciclopedia del Diritto**, vol XXXIII, Milano: Giuffrè, 1983.

MORAES, Walter. “Direito à própria imagem – I”. In: **Revista dos Tribunais** n° 443 (set. 1972).

NAZAR, Teresa Palazzo. “Uma Experiência Inesquecível”. In: **Dizer**, n° 12, Rio de Janeiro, Escola Lacaniana de Psicanálise, 2000.

NEGREIROS, Teresa. “A dicotomia público-privado frente ao problema da colisão de princípios”. In: Ricardo Lobo TORRES (org.). **Teoria dos Direitos Fundamentais**, 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

NETO, Eugênio Facchini. “Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado”. In: Ingo Wolfgang Sarlet (org.) **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**, 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

PACE, Alessandro. “Il c.d. diritto alla identità personale agli artícolo 2 e 21 della Costituzione”. In: AA.VV., **Il diritto alla identità personale**. Padova, Cedam, 1981.

PANELLA, Marco. “Diritto, diritti, cronaca: Una riflessione sull’identità personale”. Disponível em:

<[http://www.radicali.it/search_view.php?id=47042&lang=&cms=>](http://www.radicali.it/search_view.php?id=47042&lang=&cms=). Acesso em 10 de janeiro de 2006.

PEREIRA DE SOUZA, Carlos Affonso. “Contornos atuais do direito à imagem”. In: **Revista Trimestral de Direito Civil**, vol. 13, jan.-mar. 2003.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições do Direito Civil**, vol I, Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PERES, Ana Paula Ariston Barion. **Transexualismo: O Direito a uma nova identidade sexual**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

PERLINGIERI, Pietro. **La personalità umana nell’ordinamento giuridico**. Napoli: Jovene, 1972.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. Tradução Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PLANIOL, M. **Traité élémentaire de droit civil**. I, 1, Paris, 1904.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Amaral. **Tratado de Direito Privado**. v. 7. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955.

RODOTÀ, Stefano. “Transformações do corpo”. In: **Revista Trimestral de Direito Civil**. vol. 19, jul.-set. 2004, Rio de Janeiro: Padma.

RODRIGUES, Rafael Garcia. “A pessoa e o ser humano no novo Código Civil”. In: Gustavo TEPEDINO (org.), **A parte geral do Novo Código Civil**. 2.ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ROTONDI, M. **Istituzioni di diritto privato**. Milano: Giuffrè, 1962.

ROUDINESCO, Elisabeth e PLON, Michel. **Dicionário de Psicanálise**. Rio de Janeiro, Jorge Zahar, 1997.

SAHM, Regina. **Direito à Imagem no Direito Civil Contemporâneo**. São Paulo: Atlas, 2002.

SAN TIAGO DANTAS, Francisco Clementino de. **Programa de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

SANTORO PASSARELLI, Francesco. **Dottrine generali del diritto civile**. Napoli, Jovene, 1989.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na constituição federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SESSAREGO, Carlos Fernández. **Derecho a la identidad personal**. Buenos Aires: Astrea, 1992.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2000.

SZANIAWISKI, Elimar. “Direitos da Personalidade e sua tutela”. In: **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

SZANIAWISKI, Elimar. **Limites e possibilidades do direito de redesignação do estado sexual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

TEPEDINO, Gustavo. “A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-Constitucional Brasileiro”. In: **Temas de Direito Civil**, 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TEPEDINO, Gustavo. “Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002”. In: Gustavo TEPEDINO (org.), **A parte geral do Novo Código Civil**. 2 ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

TEPEDINO, Gustavo. “Direitos Humanos e Relações Jurídicas Privadas”. In: **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TEPEDINO, Gustavo. “O Novo Código Civil: duro golpe na recente experiência constitucional brasileira”. Editorial da **Revista Trimestral de Direito Civil**. n. 7. Rio de Janeiro: Padma, jul.-set. 2001.

TEPEDINO, Gustavo. “O velho projeto de um revelho Código Civil”. In: **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TEPEDINO, Gustavo. “Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil”. In: **Temas de Direito Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TEPEDINO, Gustavo. Heloisa Helena BARBOZA e Maria Celina BODIN DE MORAES (orgs.) *et alli*. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

1 Introdução

A presente dissertação de mestrado intitula-se “O direito de ser si mesmo: a tutela da identidade pessoal no ordenamento jurídico brasileiro” e tem por objetivo, assim, demonstrar a aplicação desse direito da personalidade, com origem na doutrina italiana, em nosso sistema. Para tanto, procura-se indicar suas especificidades e, ainda, os casos em que estão presentes os interesses existenciais abrangidos pelo direito à identidade pessoal.

No capítulo inicial, isto é, o segundo capítulo, parte-se do primeiro pressuposto da realização desse trabalho e da sustentação da teoria que se pretende defender: de fato, nele se propõe a adoção da metodologia do direito civil-constitucional, que nos parece fundamental para o desenvolvimento de todo o raciocínio que lhe segue. A partir dessa perspectiva – que, como se sabe, propõe a superação da dicotomia entre o direito público e o direito privado, possibilitando a eficácia direta das normas constitucionais nas relações jurídicas entre particulares – desempenha um papel central o princípio da dignidade da pessoa humana, valor fundante da República conforme disposto em seu art. 1º, III, e também eixo central do caminho de construção da tutela da identidade pessoal.

A partir da sedimentação dessa perspectiva busca-se realizar, então, no capítulo seguinte, uma análise sobre os chamados direitos da personalidade. Nele abordamos as principais teorias que ainda hoje se debatem sobre a sua origem, sua classificação e natureza, bem como o papel que a cláusula geral de promoção e tutela da dignidade da pessoa humana vem desempenhar nesse contexto.

No quarto capítulo entra-se especificamente no tema do direito à identidade pessoal, elaborando um panorama histórico do surgimento dessa situação jurídica subjetiva, criada pela atividade da jurisprudência italiana por meio do debate doutrinário naquele país, buscando examinar os aspectos principais acerca de sua limitação, bem como a determinação de seu objeto e os limites a que está sujeito. Em seguida, a título meramente ilustrativo, são apontadas algumas experiências de países que têm, em seu ordenamento jurídico, a previsão expressa da tutela do direito à identidade pessoal.

O quinto capítulo tem por finalidade aprofundar o conceito de identidade pessoal, adotado no desenvolvimento desse trabalho. São examinados os seus aspectos estático e dinâmico, buscando esmiuçar sua concepção, e em que medida se opera sua relação com os direitos ao nome, à imagem e à identificação física.

Por meio do sexto capítulo aponta-se a presença do direito à identidade pessoal no ordenamento jurídico brasileiro e, portanto, a oportunidade e necessidade de sua tutela. Juntamente com isso, faz-se um estudo em busca da determinação segura acerca de qual seriam os contornos dogmáticos do direito à identidade pessoal.

O sétimo capítulo, enfim, pretendeu trazer à baila algumas considerações quanto à ponderação de interesses, hipótese que pode surgir em decorrência do conflito entre o direito à identidade pessoal e outras figuras jurídicas relevantes, também objeto de tutela constitucional.

No oitavo capítulo foram trazidas as conclusões que se pode extrair a partir do desenvolvimento da hipótese defendida no presente trabalho.

2

Os Princípios Constitucionais como informadores do Direito Civil

Introdução

No presente capítulo será abordada a importância da Constituição Federal para a leitura das normas infraconstitucionais, a construção de um direito civil-constitucional, a flexibilização das barreiras entre direito público e privado, e a mudança de paradigma na exegese constitucional e civil. Tal perspectiva é pressuposto fundamental para que se desenvolva, posteriormente, o debate acerca dos direitos da personalidade e do direito à identidade pessoal na perspectiva defendida, sobretudo a sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro.

2.1

A consagração do liberalismo no Código Civil de 1916

Toda a disciplina do século XIX gravitou, fundamentalmente, em torno da concepção liberal de Estado, que se preocupava com duas realidades: a liberdade – e, nesse espaço de liberdade, o exercício da atividade econômica através dos contratos – e, paralelamente, a garantia do direito de propriedade. A burguesia, a quem interessava a garantia do direito de propriedade e a menor intervenção possível do Estado para que fossem livres as atividades comerciais, vencedora da Revolução Francesa, fez, com o *Code Napoléon*, sua a lei. Para assegurar seu cumprimento, era necessário que os conceitos jurídicos fossem fechados e que

reinasse absoluto o mandamento de que o contrato é lei entre as partes, como foi feito.

Direito Público e Direito Privado eram considerados áreas estanques e impermeáveis¹, e prevalecia o ideal de intervenção mínima do Estado, fazendo com que sua atuação ocorresse apenas para manter a paz social. Essa lógica privilegiava, sempre, a circulação de riquezas e a autonomia da vontade. O valor fundamental era o indivíduo, a sua vontade e seus bens. Os direitos fundamentais apenas serviam para que o indivíduo pudesse fazer frente a uma restrição que lhe impusesse o Estado, tornando claro que era apenas o Estado quem se subordinava aos comandos constitucionais.²

Nesse contexto, o Código Civil brasileiro de 1916 foi obra do seu tempo, sofrendo grande influência do Código Civil francês. Isso significa que é fruto do Estado Liberal de matriz kantiana e, solidificando a ideologia dominante do século XIX, era tido como “A Constituição do Direito Privado”³, uma vez que pretendia abranger e regular todas as situações jurídicas entre particulares. Portanto, esse Código retrata um modelo de estabilidade e segurança, bem em sintonia com o individualismo reinante, em que imperavam os postulados da liberdade absoluta, da igualdade formal, da não intervenção estatal.⁴

Por outro lado, com a emergência da Segunda Guerra Mundial e a concretização dos horrores do nazismo possibilitado pelo Estado de Direito guardião do positivismo iniciou-se um processo de relativização dessa concepção racional e passou-se, então, a caminhar em prol de outras menos seguras, porém mais atentas aos princípios da democracia, liberdade e solidariedade. Assim, ao se

¹ Michele GIORGIANNI, “O Direito Privado e suas atuais fronteiras”. In: *Revista dos Tribunais*, nº 747. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, pp. 35-55.

² *Danos à pessoa humana: uma leitura civil constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 70.

³ A esse respeito, esclarece Maria Celina: “Entende-se tradicionalmente por direito civil aquele que se formulou no Código Napoleão, em virtude da sistematização operada por Jean Domat – quem primeiro separou das leis civis as leis públicas – cuja obra serviu para a delimitação do conteúdo inserto no *Code* e que, em seguida, viria a ser adotado pelas codificações do Séc. XIX. O direito civil foi identificado, a partir daí, com o próprio Código Civil, que regulava as relações entre as pessoas privadas, seu estado, sua capacidade, sua família e, principalmente, sua propriedade, consagrando-se como o reino da liberdade individual. Concedia-se a tutela jurídica para que o indivíduo, isoladamente, pudesse desenvolver com plena liberdade a sua atividade econômica. As limitações eram as estritamente necessárias a permitir a convivência social.” (Maria Celina BODIN DE MORAES, *A Caminho de um Direito Civil Constitucional*. Disponível em: <http://www2.uerj.br/~direito/publicacoes/mais_artigos/a_caminho_de.html>. Acesso em: 07 fev. 2006, pp. 1-2).

⁴ Gustavo TEPEDINO, “Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil”. In: *Temas de Direito Civil*, 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, pp. 2-3.

tornarem valores do ordenamento, esses princípios passam a ocupar o lugar das normas jurídicas quando essas lhes são contrárias, apresentando-se arbitrárias e injustas. Dessa forma, é possível modificar normas que com eles conflitem a fim de que passem a refletir o valor que as funda.⁵

Portanto, a relativização desses paradigmas liberais (do individualismo político-econômico)⁶ se deu com uma retomada do papel estatal, capitaneada pelo *Welfare State*, este marcadamente intervencionista, comprometido com o ideal de justiça social e a promoção da igualdade substancial. Esse novo modelo político e econômico foi uma resposta àquela concepção anterior, uma vez que dentro daquele espaço de liberdade absoluta adotado, da primazia do direito privado sobre o direito público, se fortaleceu o já forte, e se enfraqueceu o já fraco. Somase a isso a eclosão das duas grandes guerras – e o fato de na segunda se ter, pelo positivismo, permitido a concretização holocausto –, a emergência de diversos acontecimentos históricos e de movimentos sociais ocasionaram o declínio dos dogmas do liberalismo estatal e, por conseguinte, a derrocada dos alicerces da civilística clássica, essencialmente individualista, neutra e abstencionista, em favor de uma revalorização do direito público, por meio da retomada do poder intervencionista do Estado.⁷

2.2

Uma nova perspectiva trazida pela Constituição de 1988

A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988, foi elaborada nesse novo panorama, consagrando não mais os ideais do liberalismo. Afirma-se, inclusive, que se procurou dar um fundamento ético à nova ordem constitucional, em oposição ao positivismo, “configurando como estrutura normativa que incorpora os valores de uma sociedade histórica

⁵ Maria Celina BODIN DE MORAES, “Constituição e Direito Civil: Tendências”, *mimeo*, pp. 6-7.

⁶ Teresa NEGREIROS, “A dicotomia público-privado frente ao problema da colisão de princípios”. In: Ricardo Lobo TORRES (org.) *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 344.

⁷ Eugênio Facchini NETO, “Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado”. In: Ingo Wolfgang SARLET (org.) *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, pp. 23-24.

concreta”, construindo-se um constitucionalismo profundamente influenciado pelos ideais comunitários.⁸

Nesse ponto, é expressivo o disposto no art. 3º, I, da Constituição, de que um dos objetivos da República Federativa do Brasil é a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, sendo esse um de seus princípios fundamentais, como expresso no Título I, que abrange aquele dispositivo mencionado. Há, como se viu, referência clara do legislador constituinte ao valor da solidariedade, o estabelecendo como princípio jurídico inovador no nosso ordenamento, fazendo com que se deva levá-lo em conta não só no momento da elaboração da legislação ordinária e na execução das políticas públicas, mas também na interpretação e aplicação do Direito.⁹

Seguindo uma tendência das Constituições democráticas surgidas no século XX, os princípios fundamentais dos diversos ramos do Direito foram levados aos textos constitucionais, sobretudo nos países de tradição romano-germânica, como o Brasil. Assim, os civilistas que não se encontravam presos à dicotomia entre direito público e direito privado foram instados a perceber a importância que a dignidade da pessoa humana havia adquirido e, em razão dessa centralidade, que os princípios do direito privado deveriam ser reconstruídos e redimensionados.¹⁰

Nesse panorama, assistiu-se, ainda, ao chamado processo de descodificação. Inicialmente, os Códigos representavam o eixo central de todo o ordenamento jurídico privado, e tinham por pretensão regular a totalidade de todas aquelas relações jurídicas, reinando absoluto o princípio da autonomia da vontade. Com o passar do tempo e a natural dificuldade de se dar conta de todas as novas situações que requeriam tutela, foram surgindo legislações extravagantes que, como tais, não integravam aquele texto anteriormente formado. As novas constituições que surgiram nessa época tinham também um caráter promocional, fixando objetivos a alcançar – como é o caso da brasileira, de 1988. É possível citar ainda, como exemplos representativos do processo de descodificação pela

⁸ Gisele CITTADINO, *Pluralismo, direito e justiça distributiva*, 3.ed. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2004, p. 4.

⁹ Maria Celina BODIN DE MORAES “O Princípio da Solidariedade”. In: Manoel Messias PEIXINHO, Isabella Franco GUERRA e Firly Nascimento FILHO (orgs.) *Os Princípios da Constituição de 1988*, Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2001, pp. 168-169.

¹⁰ Maria Celina BODIN DE MORAES, “O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo”. In: Ingo Wolfgang SARLET (org.) *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, pp. 108-109.

superveniência da legislação extravagante, os chamados “microssistemas”, que dispunham especificamente de determinadas matérias relativas a várias áreas do direito, continham um sistema todo próprios, e não integravam a legislação codificada. Exemplarmente se pode citar o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Código de Defesa do Consumidor, que disciplinam aspectos de direito privado, de direito penal, processual e administrativo.¹¹

Dessa forma, portanto, o Código Civil perde sua centralidade, da qual gozava até então, em virtude da edição dessas e de outras numerosas leis especiais. É importante ressaltar, no entanto, que a superveniência do processo de descodificação não significa que o ordenamento tenha perdido seu fundamento unitário. O papel centralizador e unificador do sistema, mas agora como um todo, passa, assim, a ser exercido pelo texto constitucional. Sua visão global, caso não esteja presente no plano legislativo, deve ser identificada no trabalho do intérprete, que deve se orientar para localizar os princípios constantes na legislação especial, extravagante. O respeito aos valores e princípios da República estabelece uma relação correta e rigorosa entre poder do Estado e poder dos grupos, entre maioria e minoria, entre o poder econômico e os direitos dos marginalizados.¹²

2.3

A função irradiadora da Constituição

Embora já mencionada a importância da Constituição em sua perspectiva solidarista e sua função unificadora do sistema e irradiadora dos seus princípios, cumpre esmiuçar a forma com que tais processos se operam.

Maria Celina Bodin de Moraes esclarece, quanto à perspectiva Civil-constitucional:

“A transposição das normas diretivas do sistema do Direito Civil do texto do Código Civil para o da Constituição acarretou relevantíssimas conseqüências jurídicas que se delineiam a partir da alteração da tutela, que era oferecida pelo Código ao “indivíduo”, para a proteção, garantida pela Constituição, à dignidade

¹¹ Maria Celina BODIN DE MORAES, *A Caminho de um Direito Civil Constitucional*, cit., p. 3; e, ainda, Eugênio Facchini NETO, “Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado” cit., p. 25.

¹² Pietro PERLINGIERI, *Perfis do Direito Civil*, cit., p. 6.

da pessoa humana, elevada à condição de fundamento da República Federativa do Brasil. O direito civil-constitucional visa garantir o respeito e a proteção da dignidade humana não apenas no sentido de assegurar um tratamento humano e não-degradante, e não conduz exclusivamente ao oferecimento de garantias à integridade física do ser-humano. Dado o caráter normativo dos princípios constitucionais, princípios que contêm os valores ético-jurídicos fornecidos pela democracia, isto vem a significar a completa transformação do Direito Civil, de um Direito que não mais encontra nos valores individuais codificados o seu fundamento axiológico.

(...)

Pretende-se hoje, ou melhor, exige-se, que nos ajudemos, mutuamente, a conservar a nossa humanidade.

(...)

Do ponto de vista da ordem civil em sentido estrito, os resultados são também extensos e relevantes: enquanto o Código dava precedência às situações patrimoniais, no sistema do Direito Civil fundado pela Constituição a prevalência foi atribuída às situações jurídicas extrapatrimoniais, porque à pessoa humana o ordenamento jurídico deve dar a garantia e a proteção prioritárias. Por isso, neste cenário, de um renovado humanismo, passaram a ser tuteladas, com prioridade, as pessoas das crianças, dos adolescentes, dos idosos, dos portadores de deficiências físicas e mentais (hoje chamados de portadores de necessidades especiais) dos consumidores, dos não proprietários, dos contratantes em situação de inferioridade, dos membros da família, das vítimas de acidentes anônimos etc.

É neste ambiente que se torna necessário explorar, cada vez mais, a dimensão atribuída pelo ordenamento jurídico vigente ao princípio da dignidade da pessoa humana. É este, com efeito, o princípio capaz de conferir unidade valorativa e sistemática ao Direito Civil, enunciado pelas Constituições contemporâneas.”¹³

É hoje cediço que na pessoa se funda toda a legitimidade do ordenamento jurídico. A consagração e conseqüente aplicação direta e imediata de princípios constitucionais como a dignidade humana (CF, art. 1º, III) e a solidariedade¹⁴ (CF, art. 3º, I), deram novo sentido à pessoa, não mais sob uma ótica individualista, mas, agora, solidarista.

O ordenamento jurídico tem como um de seus basilares de organização a hierarquia das normas. A Constituição, apontada por Kelsen como a norma fundamental, é superior a todas as demais. O ordenamento brasileiro é formado por uma série de leis, codificadas e não codificadas, que expressam uma ideologia e uma preocupação relacionadas com o momento histórico diverso do que se tem hodiernamente. Muitas delas, até, foram editadas em momentos distintos daquele consagrado na Constituição Federal, uma vez que foram promulgadas em momentos específicos e com o objetivo de atender a determinadas situações frente às quais o ordenamento deveria prestar tutela naquele momento.

¹³ Maria Celina BODIN DE MORAES, *Danos à pessoa humana*, cit., pp. 74-75.

¹⁴ Acerca desse princípio, v. Maria Celina BODIN DE MORAES “O Princípio da Solidariedade”. In: Manoel Messias PEIXINHO, Isabella Franco GUERRA e Firly Nascimento FILHO (orgs) *Os Princípios da Constituição de 1988*, Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2001, pp. 167-190.

A questão que problematiza a aplicabilidade concomitante de leis inspiradas em momentos e ideologias diversas é solucionada com a compreensão de que o ordenamento jurídico é unitário; a resolução de uma lide não pode levar em conta unicamente o dispositivo que dela trata, mas sim o ordenamento como um todo. Assim, ao se analisar um caso, uma hipótese, conclui-se que nele incidem não só as diversas normas pertinentes, mas também os princípios que lhes são fundamentais e que os caracterizam.¹⁵

É nesse pensamento – de se aplicar as normas e os princípios considerando-se o ordenamento como um todo – que se fundam as teorias que travam uma íntima conexão entre norma constitucional e norma ordinária.

No que tange a essa relação, alguns autores defendem que as normas ordinárias, quando não ofenderem um interesse constitucionalmente protegido, assumem, de forma autônoma, significado e fundamento, como expressões de um sistema completo e legítimo. Dessa forma, a norma constitucional só incidiria residual e excepcionalmente, e nunca sobre a interpretação das normas ordinárias. Em contraposição a esse entendimento, Pietro PERLINGIERI esclarece que há, sim, normas constitucionais que pretendem impor limites às normas ordinárias, mas não se pode afirmar, no entanto, que todas as normas constitucionais tenham essa função. Conclui, então, que caso o outro entendimento estivesse correto a norma constitucional não seria reconhecida como verdadeira norma por parte dos operadores do direito.¹⁶

Claro está, portanto, que as normas constitucionais, as quais integram os princípios, podem se opor de modo a limitar as regras legais, que lhes são hierarquicamente inferiores. Os princípios são tidos como normas jurídicas que contêm mandados de otimização aplicáveis em vários graus, como preconiza Alexy, ou possuindo dimensão de peso, pelo fato de conter apenas fundamentos que devem ser ponderados na hipótese de colisão, fazendo com que o de maior peso prevaleça sobre o outro, como defendido por Dworkin. Assim, integram o gênero “norma” como as regras, e se contrapõem a elas em alguns casos, devedo,

¹⁵ Pietro PERLINGIERI, *Perfis do direito civil*, Tradução Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 5.

¹⁶ Pietro PERLINGIERI, *Perfis do Direito Civil*, cit., p. 5.

o princípio constitucional prevalecer sobre a regra ordinária, sempre, fazendo com que se afirme a força normativa dos princípios.¹⁷

Um outro aspecto relevante atinente a essa questão merece ser discutido: a posição que defende unicamente a aplicabilidade indireta da Constituição, ou seja, que a norma constitucional só poderia incidir sobre uma relação de Direito Civil se, concomitantemente, fosse aplicada uma norma ordinária. Isso significa afirmar que, diante da ausência da norma ordinária aplicável ao caso concreto, a constitucional não poderia atuar sozinha. Para se contrapor a tal entendimento deve-se explicitar que as normas constitucionais, que ditam princípios de relevância geral, não são meramente interpretativas, mas também de direito substancial. Assim, é de suma relevância constatar que os princípios são normas¹⁸, o que faz Dworkin ao afirmar que as normas, em verdade, são compostas não só de regras, mas também de princípios.¹⁹

Portanto, não há óbices cabíveis à aplicação direta: a norma constitucional pode, também sozinha, ser a fonte da disciplina de uma relação de Direito Civil. Esse é o único caminho a trilhar ao se reconhecer a superioridade das normas constitucionais e dos valores nelas contidos em um ordenamento unitário, caracterizado por esses conteúdos.²⁰

O mais importante, no entanto, não é estabelecer se em um caso concreto se dá a incidência direta ou indireta, mas confirmar a eficácia da norma constitucional frente às relações pessoais e sócio-econômicas, existindo ou não norma ordinária. A norma constitucional torna-se a razão primária e justificadora da relevância jurídica dessas relações, constituindo parte integrante da normativa na qual elas, de um ponto de vista funcional, se concretizam. Assim, a normativa constitucional não pode ser considerada única e simplesmente uma regra de hermenêutica, mas também como norma de comportamento, idônea a incidir sobre as relações subjetivas, funcionalizando-as aos novos valores.²¹

¹⁷ Humberto ÁVILA, *Teoria dos Princípios*. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos, 4.ed. São Paulo: Malheiros, p. 85.

¹⁸ Pietro PERLINGIERI, *Perfis do Direito Civil*, cit., p. 11.

¹⁹ Ver, a esse respeito, Ronald DWORKIN, *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, *passim* e ainda Robert ALEXY, *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, *passim*.

²⁰ Pietro PERLINGIERI, *Perfis do Direito Civil*, cit., p. 11.

²¹ Pietro PERLINGIERI, *Perfis do Direito Civil*, cit., p. 12.

2.4 As perspectivas após o Código Civil de 2002

Para os juristas há grandes desafios a serem enfrentados: harmonizar o Direito Civil aos princípios fundamentais e às necessidades existenciais da pessoa, especialmente; redefinir o fundamento e a extensão dos institutos jurídicos, sobretudo dos civilísticos, evidenciando seus perfis funcionais, numa tentativa de revitalização de cada normativa à luz de um novo juízo de valor; verificar e adaptar as técnicas e as noções tradicionais em um esforço de modernização dos instrumentos e, em especial, da teoria de interpretação.²²

A importância desse pensamento se evidencia sobretudo na constatação de que o Código Civil de 2002 não é um projeto novo e, embora bastante posterior àquele de 1916, não reflete as preocupações e necessidades da época em que passa a vigor.

O projeto do atual Código data de 1972. Após quase trinta anos de tramitação, foi sancionada a Lei 10.406/2002, o “novo” Código Civil, que trouxe algumas inovações em relação ao anterior, colocando, por exemplo, um capítulo dedicado aos direitos da personalidade. Diz-se que, dessa forma, buscou proteger de maneira mais objetiva e eficaz a pessoa humana, e conferir maior efetividade ao dispositivo constitucional que dispõe acerca de sua tutela e proteção. Ocorre, no entanto, que a inserção de tais artigos é insuficiente a tutelar o que pretende, isto é, a pessoa humana em todos os seus aspectos.

Tal assertiva justifica-se em razão da técnica elaborada e consagrada para a proteção da pessoa humana, uma vez que tratar os direitos da personalidade da mesma forma erigida para o regulamento dos direitos patrimoniais – na sua detalhada classificação, na definição de poderes do titular e os mecanismos previamente definidos para sua proteção –, está em pleno desacordo com a natureza desses direitos – existencial –, e que, como já mencionado, deve tutelar a pessoa em todas as suas manifestações. As formas de tutela são imprevisíveis porque estão atreladas às necessidades da pessoa humana, que mudam de acordo com o tempo, com os avanços tecnológicos, com o momento histórico. Uma

²² Pietro PERLINGIERI, *Perfis do Direito Civil*, cit., p. 12.

previsão legal rígida, portanto, não se compatibiliza com situações mutantes por excelência, embora merecedoras e carecedoras de tutela jurídica.²³

Os últimos 30 anos marcaram profunda transformação do Direito Civil, simplesmente desconsiderada pelo projeto do Código de 2002: os institutos do direito privado, em especial a família, a propriedade, a empresa e o contrato passaram a observar uma função social que integra seu conteúdo. As relações patrimoniais são funcionalizadas à dignidade da pessoa humana e aos valores sociais consagrados na Constituição de 1988. Em razão disso, fala-se em uma despatrimonialização do direito privado, para demarcar a diferença existente entre o sistema atual e aquele de 1916, calcado na lógica patrimonialista e individualista.²⁴

A “despatrimonialização” do Direito Civil evidencia que no ordenamento foi feita uma opção, que aos poucos vai se concretizando, entre personalismo (isto é, a superação do individualismo) e patrimonialismo (superação da patrimonialidade como fim em si mesma). Com isso não se pretende expulsar ou extirpar quantitativamente o conteúdo patrimonial no sistema jurídico e no civil, especificamente, uma vez que o conteúdo econômico, como aspecto da sociedade civil organizada, não é eliminável. É imprescindível, assim, que se atribua uma justificativa institucional de suporte ao livre desenvolvimento da pessoa. Isso nos leva a repelir a afirmação muitas vezes feita de que não se pode alterar radicalmente os institutos do direito privado. Esses não são imutáveis; são sempre inclinados a adequar-se aos novos valores, na passagem de uma jurisprudência civil dos interesses patrimoniais a uma mais atenta aos valores existenciais.²⁵

Há, assim, que se buscar o fundamento na função informadora dos princípios da Constituição Federal, hábeis a tutelar valores não expressamente tratados no texto codificado ou restritamente dispostos. Veja-se, a respeito, a valiosa lição de Pietro PERLINGIERI:

“A hierarquia das fontes não responde apenas a uma expressão de certeza formal do ordenamento para resolver os conflitos entre as normas emanadas por diversas fontes; é inspirada, sobretudo, em uma lógica substancial, isto é, nos valores e na

²³ Gustavo TEPEDINO, “Direitos Humanos e Relações Jurídicas Privadas”. In: *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 59-78; p. 62.

²⁴ Gustavo TEPEDINO, “O velho projeto de um reuelho Código Civil”. In: *Temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 499-501; p. 500.

²⁵ Pietro PERLINGIERI, *Perfis do Direito Civil*, cit., p. 33.

conformidade com a filosofia de vida presente no modelo constitucional. O respeito à Constituição, fonte suprema, implica não somente a observância de certos procedimentos para emanar a norma (infraconstitucional), mas, também, a necessidade de que o seu conteúdo atenda aos valores presentes (e organizados) na própria Constituição”.²⁶

Embora os direitos fundamentais tenham, em sua origem, a função de garantir as liberdades individuais frente ao Estado – o que se convencionou chamar de eficácia vertical dos direitos fundamentais –, com o decorrer do tempo a perspectiva sobre a incidência desses direitos foi modificada. Inicialmente, eles eram exercidos contra um ente que se colocava em posição de superioridade em relação aos seus titulares, que estavam a eles subordinados, mas que possuíam um espaço de liberdade intangível pelo Estado. Entre os indivíduos titulares desses direitos, no entanto, a relação predominante não seria de subordinação, mas de igualdade – notadamente, a igualdade formal.²⁷

O reconhecimento da possibilidade de os direitos fundamentais operarem sua eficácia nas relações jurídicas privadas é possivelmente o cerne da teoria da constitucionalização do Direito Civil. A Constituição deixa de ser puramente uma carta política para então assumir uma feição de elemento integrador de todo o ordenamento jurídico, incluindo-se nele, por óbvio, o direito privado. Sob essa ótica, os direitos fundamentais não seriam apenas liberdades negativas exercidas contra o Estado, mas sim normas de observância obrigatória por parte de todos aqueles que integram o ordenamento. Portanto, diante da superação das fronteiras entre público e privado, é imperativa a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas.²⁸

Assim, Gustavo TEPEDINO alerta que o jurista deve superar alguns preconceitos na atividade interpretativa que o afastam de uma perspectiva civil-constitucional. Para tanto, não se pode pensar, no âmbito privado, que os princípios constitucionais sejam princípios políticos, unicamente. Tende-se a reconhecer como destinatário do texto constitucional o legislador ordinário, fixando os limites da reserva legal, de tal maneira que não se sente diretamente

²⁶ Pietro PERLINGIERI, *Perfis do Direito Civil*, cit., pp. 9-10.

²⁷ Luiz Edson FACHIN e Carlos Eduardo Pianovski RUZYK, “Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica”. In: Ingo Wolfgang SARLET (org), *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, pp. 90-91.

²⁸ Luiz Edson FACHIN e Carlos Eduardo Pianovski RUZYK, “Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica”, cit., p. 100.

vinculado aos preceitos constitucionais, com os quais só se preocuparia nas hipóteses de controle de constitucionalidade. Esse pensamento o faz atrelado ao legislador ordinário, uma vez que sem sua atuação não poderia reinterpretar e revisitar os institutos de direito privado, mesmo quando expressamente mencionados, redimensionados e tutelados pela Constituição.²⁹

Deve-se atentar ainda para o fato de que os princípios constitucionais não podem ser utilizados como princípios gerais de direito. Os princípios gerais de direito são preceitos extraídos implicitamente da legislação, pelo método indutivo. Apenas mediante ausência de lei expressa e de impossibilidade de dirimir o conflito pelo uso da analogia e dos costumes é que o juiz está autorizado a decidir com base nos princípios gerais de direito, de acordo com o artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil. No que tange aos princípios constitucionais, tal lógica não poderia ser utilizada. Os princípios constitucionais podem ser aplicados em todas as situações a eles atinentes. Deve-se enfatizar, também, que o operador não pode ficar atrelado à necessidade de regulamentação casuística, já que o legislador vem alterando a forma de suas leis, preferindo cláusulas gerais, como ocorre na Constituição repetidas vezes. O raciocínio predominante, no entanto, é aquele segundo o qual na ausência previsão expressa e casuística de uma determinada situação não se reconheceria legislação aplicável, mesmo havendo cláusulas gerais. Essas seriam tidas, de acordo com o entendimento aqui refutado, como mero programa de ação legislativa, destinado ao legislador futuro. No entanto, há que se observar que, em verdade, as cláusulas gerais se aplicam direta e imediatamente nos casos concretos, não sendo apenas cláusula de intenção.³⁰

Os princípios gerais de direito, segundo Bobbio, seriam “normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais”.³¹ Desde Kelsen, no entanto, se sabe que essa tese é de difícil sustentação uma vez que, segundo a concepção por ele trazida, o sistema jurídico é dinâmico, não é possível deduzir de conteúdos, mais gerais, outros conteúdos normativos, mais particulares.³²

²⁹ Gustavo TEPEDINO, “Premissas metodológicas para a constitucionalização do Direito Civil”. In: *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 1-22; espec. p. 18.

³⁰ Gustavo TEPEDINO, “Premissas metodológicas para a constitucionalização do Direito Civil”, cit., p. 18.

³¹ Norberto BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, Torino: G. Giappichelli, 1993, p. 271.

³² Hans KELSEN, *Teoria pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1998, pp. 200-201.

Os princípios são identificados, segundo Robert Alexy, como “mandados de otimização”, que não se aplicam integralmente em qualquer situação. “Os princípios costumam ser relativamente gerais, porque não estão referidos às possibilidades do mundo real ou normativo”³³. Os diferencia das regras por serem normas jurídicas que dizem que algo deve ser realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Os princípios podem ser cumpridos em diferentes graus, sendo que a medida de seu cumprimento depende de possibilidades reais e jurídicas. Por outro lado, as regras são normas que só podem ser cumpridas ou não. Se uma regra é válida, então se deve fazer exatamente o que ela exige, nem mais nem menos. Assim, as regras possuem determinações no âmbito do fático e juridicamente possível.³⁴

Dworkin, por sua vez, entende que as regras são aplicadas na forma do “tudo ou nada”, isto é, ou são aplicadas ou não são. Portanto, defende que comportam exceções inumeráveis previamente à sua aplicação. Os princípios, a seu turno, comportam exceções à sua aplicação que não podem ser enumeradas previamente à hipótese concreta de sua incidência, porque qualquer princípio pode, abstratamente, representar uma exceção à aplicação de um princípio.³⁵

Por fim, o último aspecto a ser abandonado para que seja possível a tentativa de reunificação do Direito Civil à luz da Constituição relaciona-se com a dicotomia existente entre direito público e direito privado. Inicialmente, uma lide entre particulares deveria ser resolvida unicamente pelo direito privado e, no âmbito do direito privado, os direitos fundamentais não tinham qualquer importância. Os direitos fundamentais, até a Constituição de 88, só serviam para que o indivíduo se defendesse de uma eventual ingerência excessiva do Estado. Era o Estado que se subordinava aos comandos constitucionais, não o indivíduo. Os comandos não eram direcionados a eles, segundo essa visão.³⁶

Com a relativização dessa dicotomia entre direito público e direito privado, essa distinção passa a ser meramente quantitativa, deixando de ser qualitativa, muitas vezes havendo uma fronteira nebulosa, que não há como ser precisada. O dirigismo contratual, as instâncias de controle social instituídas em

³³ Robert ALEXY, *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1993, p. 103.

³⁴ Robert ALEXY, *Teoria de los derechos fundamentales*, cit., pp. 86-87.

³⁵ Ronald DWORKIN, *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, pp. 24-25.

³⁶ Maria Celina BODIN DE MORAES, *Danos à pessoa humana: uma leitura civil constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p.70.

uma sociedade cada vez mais participativa alteram o comportamento do Estado em relação ao cidadão, redefinindo os espaços do público e do privado.³⁷

Há algumas críticas feitas à teoria do direito civil-constitucional ao se enfocar que haveria, com sua aplicação, um grande prejuízo à precisão conceitual e à autonomia das suas disciplinas. No entanto, tal pensamento desconsidera por completo a visão de que o direito existe com vistas à consecução de um determinado fim, qual seja, o atendimento das demandas impostas para a concretização da dignidade humana, sendo, os modelos e conceitos jurídicos, apenas um instrumento, e não seu objeto.³⁸

Assim, o direito civil-constitucional é uma corrente de pensamento que busca, através de uma flexibilização da dicotomia entre direito público e direito privado, integrar os princípios constitucionais às normas infraconstitucionais, notadamente o Direito Civil. Por meio desse processo, os institutos de direito privado ganham novo significado, uma vez que, pela incidência de valores humanistas, se procede a uma despatrimonialização desse âmbito do direito, que deve primar pelas relações existenciais, preconizada pelo princípio constitucional de tutela da dignidade da pessoa humana.

O direito civil-constitucional, nos dizeres de Gustavo Tepedino:

“Trata-se, em uma palavra, de estabelecer novos parâmetros para a definição de ordem pública, relendo o direito civil à luz da Constituição, de maneira a privilegiar, insista-se ainda uma vez, os valores não-patrimoniais e, em particular, a dignidade da pessoa humana, o desenvolvimento da sua personalidade, os direitos sociais e a justiça distributiva, para cujo atendimento se deve voltar a iniciativa econômica privada e as situações jurídicas patrimoniais”.³⁹

2.5 O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

A gama de transformações ocorridas no interior da ordem civil, na aplicação da lei pelos juízes e na consciência moral da sociedade pode ser

³⁷ Gustavo TEPEDINO, “Premissas metodológicas para a constitucionalização do Direito Civil”, cit., pp. 19-20.

³⁸ Luiz Edson FACHIN e Carlos Eduardo Pianovski RUZYK, “Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica”. cit., p. 101.

³⁹ Gustavo TEPEDINO, “Premissas metodológicas para a constitucionalização do Direito Civil”, cit., p. 22.

demonstrada pela proteção da pessoa humana em substituição à tutela da liberdade individual, isto é, da autonomia privada. O grande esforço de efetivação dos novos valores não foi, no entanto, completado. A partir do momento que as transformações têm características estruturais, o sistema de direito privado está à espera da redefinição do fundamento e da extensão de seus principais institutos jurídicos, da reposição de seus conceitos estruturais. Para uma adequada reconstrução do sistema, o civilista deve restabelecer o primado da pessoa humana em cada elaboração dogmática, em cada interpretação e aplicação normativas.⁴⁰

A lição de Maria Celina BODIN DE MORAES é conclusiva no que tange a esse entendimento:

“A transposição das normas diretivas do sistema de direito civil do texto do Código Civil para o da Constituição acarreta relevantíssimas conseqüências jurídicas que se delineiam a partir da alteração da tutela que era oferecida, pelo Código, ao “indivíduo” para a proteção, garantida pela Constituição, à dignidade da pessoa humana e por ela elevada à condição de fundamento da República Federativa do Brasil. O princípio constitucional visa garantir o respeito e a proteção da dignidade humana não só no sentido de assegurar um tratamento humano e não degradante, e nem tampouco conduz exclusivamente ao oferecimento de garantias à integridade física do ser humano. Dado o caráter normativo dos princípios constitucionais, princípios que contêm os valores ético-jurídicos fornecidos pela democracia, isto vem a significar a completa transformação (*rectius*, transmutação) do direito civil, de um direito que deixou de encontrar nos valores individualistas codificados o seu fundamento axiológico”.⁴¹

A autora esclarece, em análise filosófica, que o princípio da dignidade da pessoa humana não só integra, como é também fundamento do imperativo categórico kantiano, constando na segunda das três máximas morais que o comportam.⁴² Nela, está presente a determinação de que o ser humano jamais seja tido como um meio para atingir outras finalidades – significando, dessa forma, que deve sempre ser considerado como um fim em si mesmo. Assim, conclui-se que todas as normas editadas precisam ter em foco e por finalidade a espécie

⁴⁰ Maria Celina BODIN DE MORAES, *Danos à pessoa humana*, cit., pp. 73-74.

⁴¹ Maria Celina BODIN DE MORAES, *Danos à pessoa humana*, cit., p. 74.

⁴² A autora traz a sentença que resume o imperativo categórico: “Age como se a máxima de tua vontade possa sempre valer simultaneamente como um princípio para uma legislação geral”, que, destaca, pode ser desmembrada em três máximas morais: (i) “Age como se a máxima de tua ação devesse ser erigida por tua vontade em lei universal da natureza”; (ii) “Age de tal maneira que sempre trates a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de outrem, como um fim e nunca como um meio”; (iii) “Age como se a máxima de tua ação devesse servir de lei universal para todos os seres racionais”. O a segunda máxima é central para a compreensão da dignidade da pessoa humana. (*Danos à pessoa humana*, cit., p. 80).

humana, orientando-se o imperativo categórico pelo valor “básico, absoluto, universal e incondicional da dignidade humana”, pois, dentre as duas categorias de valores existentes, às coisas se atribui um preço; às pessoas se reconhece o valor intrínseco da dignidade.⁴³

Os direitos e garantias fundamentais, como já ressaltado, são uma expressão, em nível constitucional, dos direitos da personalidade, presentes no âmbito civil.

Através da incidência dos princípios constitucionais nas relações privadas e, portanto, na órbita Civil, o princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento de todos os demais direitos existenciais e fundamentais do indivíduo, possui dupla dimensão, assim como todos os direitos fundamentais. Pela dimensão negativa, o Estado e a coletividade devem se abster de ofendê-la, visando a sua proteção; em virtude da prestacional há o dever de promover a dignidade da pessoa humana. Dessa forma, a tutela e a promoção da dignidade humana são fundamentos de toda ordem jurídica, englobando direito público e privado, e gera deveres a todos, Estado e particulares.⁴⁴

A Constituição Federal de 1988 teve o condão de transformar a dignidade humana em comando jurídico no Brasil. Sua proteção encontra-se expressa no art. 1º, III, da Carta Magna, que a coloca como um dos fundamentos da República, conformando-se em princípio fundamental e “alicerce da ordem jurídica democrática”, fazendo com que esta se apóie e se constitua com base nesse valor de caráter principiológico.⁴⁵

Para que o valor da dignidade humana seja tangível e juridicamente tutelável, há que lhe desdobrar em postulados⁴⁶, que tem por corolários o princípio jurídico da igualdade, da integridade física e moral (integridade psicofísica), da liberdade e da solidariedade. O seu desmembramento nesses princípios também atende à resolução de conflitos entre situações jurídicas subjetivas,

⁴³ Maria Celina BODIN DE MORAES, *Danos à pessoa humana*, cit., pp. 80-81.

⁴⁴ Luiz Edson FACHIN e Carlos Eduardo Pianovski RUZYK, “Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica”, cit., pp. 100-101.

⁴⁵ Maria Celina BODIN DE MORAES, “O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo”, cit., pp. 116-117.

⁴⁶ “O substrato material da dignidade desse modo entendida pode ser desdobrado em quatro postulados: i) o sujeito moral (ético) reconhece a existência dos outros como sujeitos iguais a ele, ii) merecedores do mesmo respeito à integridade psicofísica de que é titular; iii) é dotado de vontade livre, de autodeterminação; iv) é parte do grupo social, em relação ao qual tem a garantia de não vir a ser marginalizado”. (Maria Celina BODIN DE MORAES, *Danos à pessoa humana*, cit., p. 85).

preponderando, quando frente à dignidade humana, esta última, *a priori*, somente se admitindo a ponderação entre os subprincípios.⁴⁷

A violação do princípio da igualdade em regra se dá pela prática de tratamentos discriminatórios, produzindo diferenciação sem fundamentação jurídica cabível; com a integridade psicofísica se tutela o direito a não ser torturado ou de ser titular de determinadas garantias penais e, na esfera cível, a garantir diversos direitos da personalidade (vida, nome, imagem, honra, privacidade, corpo, identidade pessoal), abrangendo o direito à saúde que corresponderia ao completo bem-estar psicofísico e social; o princípio da liberdade individual vem, cada vez mais, se traduzindo numa perspectiva de privacidade, intimidade, exercício da vida privada, significando poder realizar, sem quaisquer interferências, as próprias escolhas individuais, da maneira que melhor as convier; a solidariedade social, por fim, resulta na consciência racional dos interesses em comum, que geram em cada membro de uma determinada coletividade a obrigação moral de não fazer com os demais aquilo que não desejaria que lhe fosse feito.⁴⁸

A partir desse desmembramento, claro está que há um aspecto da dignidade humana, abarcada por um de seus subprincípios, que engloba o direito à identidade pessoal: a tutela da identidade psicofísica, um dos seus postulados. Diante de tal constatação, é inicialmente reconhecido que o direito à identidade pessoal, objeto do presente trabalho, é interesse existencial atinente à pessoa humana e sua dignidade.

O valor da dignidade alcança todos os setores da ordem jurídica. A vulnerabilidade humana será tutelada onde quer que se manifeste. Assim, esse princípio parece ser o único capaz de conferir unidade axiológica e a lógica sistemática necessárias à recriação dos institutos jurídicos e das categorias de Direito Civil.⁴⁹

Por essa razão, e em virtude da presença na Constituição Federal, em seu art. 1º, III, da consagração da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República e trazendo tal artigo a característica de cláusula geral

⁴⁷ Maria Celina BODIN DE MORAES, *Danos à pessoa humana*, cit., p. 85.

⁴⁸ Maria Celina BODIN DE MORAES, *Danos à pessoa humana*, op.cit., pp. 90; 94; 107; 111-112.

⁴⁹ Maria Celina BODIN DE MORAES, “O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo”. In: Ingo Wolfgang SARLET (org.) *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 116.

de tutela e promoção da dignidade humana, claro está que o direito à identidade pessoal encontra respaldo no ordenamento jurídico brasileiro, encontrando, inclusive, assento constitucional.

3

O direito à identidade pessoal como direito da personalidade

Introdução

Feito um panorama da evolução do pensamento civilista, de um Direito Privado apartado do Direito Público para uma superação da tradicional dicotomia para se chegar a um Direito Civil constitucionalizado, atento aos valores constitucionais e orientado por eles, com especial atenção ao princípio da dignidade da pessoa humana, parte-se ao estudo dos direitos da personalidade.

Sobretudo o princípio da dignidade da pessoa humana exerce um papel de central importância, em se tratando de cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana, como destacado por Gustavo Tepedino.

Os direitos da personalidade, por sua vez, são a categoria na qual se enquadra o objeto desse estudo, o direito à identidade pessoal. Para que se proceda a um estudo detalhado do direito à identidade pessoal é necessário verificar seu enquadramento como um direito da personalidade e, para tanto, é mister esmiuçar suas características e elementos.

No presente capítulo será feito, assim, um detalhamento dos direitos da personalidade para então verificar o enquadramento do direito à identidade pessoal e delinear suas primeiras características.

3.1 Relevância constitucional dos direitos da personalidade

Como já dito, toda a disciplina do século XIX gravitou, fundamentalmente, em torno da concepção liberal de Estado. O *Code Napoléon* era sua maior expressão, uma vez que foi fruto da Revolução francesa, da qual saiu vitoriosa a burguesia. Assim, no âmbito privado não havia qualquer previsão acerca da proteção da pessoa humana vigorando, dessa forma, o princípio da autonomia da vontade. Mesmo o BGB, código civil alemão, que rompia com a tradição civilista francesa, também não previa os direitos da personalidade.¹

Direito Público e Direito Privado eram considerados áreas estanques e impermeáveis². Tinha-se como dominante o ideal de intervenção mínima do Estado, fazendo com que atuasse apenas para manter a paz social e privilegiando, assim, a circulação de riquezas e a autonomia da vontade. O indivíduo é o valor fundamental, imperando a sua vontade e a determinação sobre seus bens.

Somente a Constituição de Weimar foi marcar uma mudança nesse panorama tradicional, uma vez que nela foram tratados institutos tipicamente representantes do direito civil: família, propriedade e contrato, atentando, assim, para a força normativa da Lei Maior, e dispondo, ainda, que os direitos pessoais deveriam ser aplicados quando se tratasse de questão atinente à personalidade humana. Dessa forma, fala-se que se produziu uma suavização dos limites da fronteira entre direito público e privado.³

A Constituição alemã data de 1919 e já configura uma mudança de perspectiva, mas somente após a Segunda Grande Guerra os direitos da personalidade passaram a realmente conformar o que é sua configuração atual: direitos essenciais à tutela da pessoa humana, de sua dignidade e integridade. Vários questionamentos foram suscitados: a impossibilidade de um direito ter equivalência de titularidade e objeto, suscitada pelas teorias negativistas; se poderiam enquadrar-se nos moldes dos direitos subjetivos ou se eram situações

¹ Danilo DONEDA, “Os direitos da personalidade no Código Civil”. In: Gustavo TEPEDINO (org.), *A parte geral do Novo Código Civil*, 2 ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 40.

² Michele GIORGIANNI, “O Direito Privado e suas atuais fronteiras”. In: *Revista dos Tribunais*, nº 747. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, pp. 35-55.

³ Danilo DONEDA, “Os direitos da personalidade no Código Civil”. In: Gustavo TEPEDINO (org.), *Temas de Direito Civil*, 2.ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 40.

jurídicas subjetivas; se eram singularmente considerados em sua tipificação ou se havia uma cláusula geral para sua tutela.

Muito também se discute quanto às fontes dos direitos da personalidade. A maior parte dos doutrinadores entende que os direitos da personalidade têm sua origem no direito natural. Sua concepção é comumente relacionada, portanto, às teorias jusnaturalistas, e esses direitos teriam a finalidade de defender o indivíduo do arbítrio e autoritarismo do poder público ou mesmo dos particulares. Defendem, assim, que seriam direitos inatos, sendo apenas reconhecidos e sancionados pelo Estado, e não por ele criados.⁴

No entanto, há que se observar que qualquer concepção que confira a direitos e obrigações deve sempre derivar da lei, não havendo como se colocar como direitos preexistentes ao Estado, e somente reconhecidos por ele. Veja-se, a respeito, a elucidação de Adriano DE CUPIS:

“A personalidade, ou capacidade jurídica, é geralmente definida como sendo uma susceptibilidade de ser titular de direitos e obrigações jurídicas. Não se identifica nem com os direitos, nem com as obrigações, e nem é mais do que a essência de uma simples qualidade jurídica.

Uma tal qualidade jurídica é um produto do direito positivo, e não uma realidade que este encontre já constituída na natureza e que se limite a registrar tal como a encontra. A susceptibilidade de ser titular de direitos e obrigações não está, no entanto, menos vinculada ao ordenamento positivo do que estão os direitos e obrigações. Nem sempre o direito positivo atribuiu aos homens, enquanto tais, uma qualificação deste gênero; e, quando lha dê, pode ela ser tanto geral como circunscrita. Assim, pode acontecer que o ordenamento jurídico atribua a certos indivíduos a susceptibilidade de serem titulares de somente de obrigações e não de direitos. E, quando se estenda a estes, pode ser limitada a determinadas categorias, tendo por fundamento as razões que podem dizer respeito ao sexo, à religião, como à nacionalidade, à raça, à classe social, e a outras.

O ordenamento jurídico é, pois, árbitro na atribuição da personalidade. A confirmação histórica nos foi dada quando o princípio de que a personalidade diz respeito a todos igualmente, salvo as limitações sofridas em lei, sofreu uma ulterior limitação (sucessivamente eliminada) devida às preocupações de índole racial. Tal característica manifesta-se igualmente na atribuição da personalidade aos nascituros e a entes diversos dos homens”.⁵

Assim, claro está que a fonte dos direitos da personalidade, assim como todos os demais direitos, não parte de algo pré-concebido; são criações humanas,

⁴ É o que defende Carlos Alberto BITTAR. Assim: “Isso não importa, no entanto, em cingir os direitos da personalidade aos reconhecidos pelo ordenamento jurídico. Esses direitos (...) existem antes e independente do direito positivo, como inerentes ao próprio homem, considerado em si e em suas manifestações.” (*Os direitos da personalidade*, 7.ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006, pp. 7-8).

⁵ Adriano DE CUPIS, *Os Direitos da Personalidade*. Tradução Antonio Celso Furtado Rezende, Campinas: Romana, 2004, pp. 19-20.

a partir de determinados valores nos quais se inserem uma coletividade, sendo noções condicionadas ao momento histórico, portanto. Somente nele se pode conferir a um bem jurídico a qualidade de superior, uma vez que não há bem não sacrificado na história da humanidade, sob os mais variados argumentos: éticos, políticos, religiosos. Exatamente por essa razão o Estado de Direito se utiliza da ordem jurídica como instrumento capaz de impedir o cometimento de abusos por parte de quem, sob qualquer justificativa, pretendesse violar garantias individuais asseguradas pelo direito posto, em virtude da soberania popular.⁶

Dessa forma, prefere-se, na atribuição da qualidade de “inatos” aos direitos da personalidade, considerar sua aceção sendo a de direitos que nascem junto com seu titular, sendo certo que tal garantia é positivada no ordenamento. Estar-se-á, portanto, distante da concepção jusnaturalista. Frise-se que nem todos os direitos da personalidade são inatos, pelo simples fato de terem um requisito específico, como é o caso dos direitos morais do autor, cuja tutela requer uma criação intelectual.⁷

As teorias negativistas⁸, por sua vez, representavam os questionamentos da doutrina acerca da existência conceitual dos direitos da personalidade, sua natureza, conteúdo e disciplina. Defendiam os negativistas que seria uma contradição lógica se entender a personalidade como titular e objeto de direitos. Parte-se, portanto, de uma concepção de personalidade como o direito de alguém sobre si mesmo.⁹

A crítica a essa concepção e sua diferenciação da capacidade é precisamente formulada por San Tiago DANTAS, que assevera:

“A palavra personalidade está tomada, aí, em dois sentidos diferentes. Quando falamos em *direitos da personalidade*, não estamos identificando aí a personalidade como a capacidade de ter direitos e obrigações; estamos então considerando a personalidade como um fato natural, como um conjunto de atributos inerentes à condição humana; estamos pensando em um homem vivo e não nesse atributo especial do homem vivo, que é a capacidade jurídica em outras ocasiões identificada como personalidade.”¹⁰

⁶ Gustavo TEPEDINO, “A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-Constitucional Brasileiro”. In: *Temas de Direito Civil*, 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, pp. 41-42.

⁷ Ibid, p. 44.

⁸ São dela representantes: SAVIGNY, UNGER, THON, VON THUR, entre outros.

⁹ Gustavo TEPEDINO, loc cit., pp. 25-26.

¹⁰ Francisco Clementino de SAN TIAGO DANTAS, *Programa de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 192.

A personalidade, considerada como sujeito de direito, não pode ser também o objeto desse direito, o que denota claramente que não se exaure na categoria de direito subjetivo. Assim, os direitos da personalidade previstos no Código de 2002 são corolários de uma compreensão da pessoa como valor, que especialmente requer tutela ao conjunto de atributos inerentes e indispensáveis ao ser humano.¹¹

A concepção dos direitos da personalidade sempre foi bastante controversa, havendo grande discussão quanto à utilização de institutos de Direito Civil para a proteção da personalidade e seus bens, defendida por uma parte da doutrina. Outra parte, no entanto, entendia ser impossível a configuração de um direito cujo objeto de sua relação jurídica se confunde com o próprio sujeito, em uma relação de direito subjetivo.¹²

De um lado, alguns autores sustentam que os direitos da personalidade podem ser tipificados e enquadrados como direitos subjetivos, em razão das peculiaridades estruturais dos atributos da personalidade em relação a outros bens suscetíveis de apropriação jurídica. Fala-se, nessa hipótese, em “direitos da personalidade”, considerados singularmente, ao invés de se entender que haja um “direito geral da personalidade”.¹³

Por outro lado, alguns utilizam outra noção, que não a de direito subjetivo. Fala-se, por exemplo, em interesse jurídico relevante. Ao se utilizar o conceito de “interesse jurídico relevante” se pretende conferir relevância jurídica a determinados bens que dizem respeito à esfera da personalidade humana. Isso se dá independentemente da sua qualificação como pertencente ou não à categoria de direito subjetivo, e caracterizada por uma gradação de proteção de interesse diversa, reconhecendo a tutelabilidade de interesses de várias naturezas diretamente o indiretamente reconhecidos por uma norma legal. A dificuldade de se entender os bens da personalidade como direitos subjetivos se dá em razão da

¹¹ Rafael Garcia RODRIGUES, “A pessoa e o ser humano no novo Código Civil”. In: Gustavo TEPEDINO (org.), *A parte geral do Novo Código Civil*, 2 ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 3.

¹² A discussão foi superada, contudo, quando da adoção dos direitos da personalidade no sistema romano-germânico. (Danilo DONEDA, “Os direitos da personalidade no Código Civil”. In: Gustavo TEPEDINO (org.), *A parte geral do Novo Código Civil*, 2 ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pp .41-42).

¹³ Defendem essa tese: Adriano DE CUPIS, (*I diritti della personalità*, Milano: Giuffrè, 1982, p. 13); Massimo C. BIANCA, (*Diritto Civile I. La norma giuridica. I soggetti*, Milano: Giuffrè, 1990 (1978), p. 146); Massimo DOGLIOTTI (“Le persone fisiche”. In: *Trattato di diritto privato*, diretto da Pietro Rescigno, vol II, t. I, Torino: Utet, 1992, p.70) *apud* Giorgio PINO, *Il diritto all'identità personale*, cit., p. 136.

concepção do direito subjetivo como situação de vantagem ativa, como poder que tem por conteúdo uma faculdade de agir para a satisfação de um certo interesse. Nesse caso, falar-se-á genericamente de “bens da personalidade” ou de “atributos da personalidade” ou de diversos “interesses”: à identidade pessoal, à privacidade, etc. A diferença em relação à posição anterior é que para os defensores dessa tese, o “bem da vida” constitui objeto de uma “tutela objetiva” prestada pelo ordenamento, diferentemente da tutela dos direitos subjetivos, que dependem da existência de um válido título que o atribua. Nesse sentido, alguns representantes desse pensamento seriam F. SANTORO PASSARELLI, M. BESSONE, G. ALPA.¹⁴

Outra corrente, inicialmente semelhante a essa última, entende que não há como se enquadrar os direitos da personalidade na forma dos direitos subjetivos, relacionado com a apropriação de algo externo ao sujeito. Além disso, a sempre crescente e mutante necessidade de proteção da pessoa humana. Nesse caso, com vistas a atender a tais demandas, não há que se falar em direitos da personalidade ou de bens da personalidade, mas de uma “cláusula geral de tutela da personalidade”, ou de “valor jurídico da pessoa”, reconhecida na Constituição¹⁵. Aplicando-se ao ordenamento jurídico brasileiro, ao art. 1º, III, da Constituição Federal de 88 se apresenta como a cláusula geral de tutela da pessoa humana pela proteção da sua dignidade, trazendo, assim, como postulados, a defesa da igualdade, da integridade psicofísica, da liberdade e da solidariedade.¹⁶ Essa tese tem como principais defensores os juristas italianos P. PERLINGIERI¹⁷ e D.

¹⁴ Francesco SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, Jovene, 1989, p. 50; Mario BESSONE, e G. Ferrando, “Persona física (diritto privato)”. In: *Enciclopedia del Diritto*, vol XXXIII, Milano, Giuffrè, 1983, p. 204; Guido ALPA, Mario BESSONE e Vincenzo ZENOVICH, “Obbligazione e contratti”. In: *Trattato di diritto privato*, (org.) Pietro Rescigno, vol. XIV, t. VI, Torino, Utet, 1995, pp.136-162 *apud* Giorgio PINO, *Il diritto all'identità personale*, cit., pp. 136-137.

¹⁵ Giorgio PINO, *Il diritto all'identità personale*, cit., p.138.

¹⁶ Maria Celina BODIN DE MORAES, *Danos à Pessoa Humana*, cit., p. 127.

¹⁷ “O art. 2º Const. É uma norma diretamente aplicável e exprime uma cláusula geral de tutela da pessoa humana: o seu conteúdo não se limita a resumir os direitos tipicamente previstos por outros artigos da Constituição, mas permite estender a tutela a situações atípicas” (Pietro PERLINGIERI, *Perfis do Direito Civil*, cit., p. 155).

MESSINETTI,¹⁸ e, no Brasil, Maria Celina BODIN DE MORAES¹⁹ e Gustavo TEPEDINO.²⁰

Assim, diante de tal perspectiva, parece mais acertado este último posicionamento, segundo o qual o art. 1º, III da Constituição Federal se apresenta como uma cláusula geral de tutela da pessoa humana, de modo a protegê-la de todas as maneiras necessárias, fazendo, inclusive, com que se possa adotar, sem necessidade de positivação, a aplicação da tutela da identidade pessoa no ordenamento jurídico brasileiro. Isso é possível porque esse instituto se apresenta como expressão da citada norma constitucional, possibilitando a proteção da identidade pessoa humana, entendida como sua verdade histórica, que não se encontra propriamente tutelada por nenhuma figura jurídica existente hoje no país.

3.2

Os direitos da personalidade no Brasil, para além do CC de 2002

O Código Civil de 1916, fruto de Estado Liberal de matriz kantiana, solidificando a ideologia dominante do século XIX, e constituiu-se como “A Constituição do Direito Privado”. Assim, o Código retrata um modelo em que imperavam os postulados da liberdade absoluta, da igualdade formal, da não intervenção estatal; era o primado da autonomia da vontade.

Em 1988, com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, seguindo o modelo da Constituição alemã, não só tratou de institutos tipicamente civilistas, trazendo-o para a dita “esfera pública”.

A Constituição de 1988, assim, tratou da personalidade em diversos de seus dispositivos, como explicita Carlos Alberto BITTAR:

“Expurgadas, felizmente, do texto, as matérias estranhas, acabou sendo aprovada a longa Declaração de Direitos Individuais (Título II, Capítulo I, art. 5º), com a inserção de novas figuras e de novos mecanismos de garantia, ampliando-se, pois,

¹⁸ Pietro PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, Jovene, 1972, pp. 139, 174; Davide MESSINETTI, “Personalità (diritti della)”. In: *Enciclopedia del Diritto*, vol. XXXIII, Milano: Giuffrè, 1983, pp. 355-406 *apud* Giorgio PINO, *Il diritto all'identità personale*, cit., p.138.

¹⁹ Maria Celina BODIN DE MORAES, *Danos à Pessoa Humana. Uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais*, cit., esp. pp. 117 et. seq.

²⁰ Gustavo TEPEDINO, “A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-constitucional Brasileiro”, cit., esp. pp. 47 et. seq.

sensivelmente, o rol contemplativo na Constituição de 1967, centrado em “direitos à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade” (art.153), com a enumeração de outros em seu contexto (§§ 5º, 9º, 10, 14, 25).

Refere-se, o novo texto, ao lado das liberdades e do sigilo, especialmente a: intimidade; vida privada; honra; imagem das pessoas (assegurando-se o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação: inc. X); direitos autorais (inc. XXVII); participações individuais em obras coletivas; e reprodução da imagem e da voz humanas (inclusive nas atividades desportivas: inc. XXVIII)”.²¹

Alguns direitos da personalidade são previstos fora do capítulo destinado aos direitos individuais, como é o caso do art. 220 da Constituição brasileira, que garante a liberdade de manifestação de pensamento, de criação, de expressão e de informação²². Outros, ainda, encontram-se dispostos na legislação extravagante, como é o caso da Lei nº 9.434/97 que regula o transplante de órgãos previsto no art. 199, § 4º da Constituição; a Lei nº 9.610/98, que trata dos direitos morais do autor; e os arts. 54 e ss. da Lei nº 6.015/73, que tratam do direito ao nome.²³

A Carta Magna também estabeleceu, pelo art. 1º, III, que a dignidade da pessoa humana é fundamento da República. Foi consagrada, dessa forma, a cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana, condicionando “o intérprete e o legislador ordinário, modelando todo o tecido normativo infraconstitucional com a tábua axiológica eleita pelo constituinte”, sagrando-se como a cláusula geral da personalidade.²⁴

Assim, conforme destaca Maria Celina BODIN DE MORAES, está superada, considerando tal dispositivo, a discussão existente entre as teorias monista e pluralista. Assim:

“Não há mais, de fato, que se discutir sobre uma enumeração taxativa ou exemplificativa dos direitos da personalidade, porque se está em presença, a partir do dispositivo constitucional da dignidade, de uma cláusula geral de tutela da pessoa humana. Por outro lado, tampouco há que se falar apenas em ‘direitos’

²¹ Carlos Alberto BITTAR, *Os direitos da personalidade*, 7ª. Ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006, p. 61.

²² Art. 220. “A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 1º - Nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

§ 2º - É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.”

²³ Gustavo TEPEDINO, “A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-Constitucional Brasileiro”. In: *Temas de Direito Civil*, 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 35.

²⁴ Gustavo TEPEDINO, “A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-Constitucional Brasileiro”, cit., p. 47.

(subjetivos) da personalidade, mesmo se atípicos, porque a personalidade humana não se realiza somente através de direitos subjetivos, que podem se apresentar, como já referido, sob as mais diversas configurações: como poder jurídico, como direito potestativo, como interesse legítimo, pretensão, autoridade parental, faculdade, ônus, estado – enfim, como qualquer circunstância juridicamente relevante”.²⁵

Os direitos da personalidade não possuíam previsão no Código Civil de 1916, mas isso não significa que não existiam no Brasil até o Código de 2002. Eles existiram mesmo naquele período em virtude de construções doutrinárias que tiveram por base leis especiais e a Constituição da República. “A rigor, a lógica fundante dos direitos da personalidade é a tutela da dignidade da pessoa humana”.²⁶

O Código Civil de 2002 representou uma inovação em relação ao anterior ao incluir um capítulo que trata de alguns direitos da personalidade, do qual constam onze artigos, constando, desses, duas cláusulas gerais (os arts. 12 e 21). Dessa forma, poder-se-ia entender que buscou conferir maior proteção à pessoa humana, e maior efetividade ao dispositivo constitucional. Estão ali dispostos os direitos à integridade física, o direito ao nome, à honra, à imagem e à privacidade. No entanto, a técnica utilizada para a inserção de tais direitos expressamente na lei civil se deu utilizando a técnica dos direitos patrimoniais que, como já visto, não é adequada a tutelar as inúmeras e crescentes formas de tutela que demandam a pessoa humana.

Os arts. 13, 14 e 15 referem-se aos direitos à integridade física. O primeiro estabelece a vedação dos atos de disposição do próprio corpo na medida em que importem diminuição permanente da integridade física ou seja contrária aos bons costumes, excetuando-se em caso de exigência médica.²⁷ O art. 14 prevê a possibilidade de disposição do próprio corpo após a morte²⁸, e o art. 15 estabelece

²⁵ Maria Celina BODIN DE MORAES, *Danos à Pessoa Humana*. Uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pp. 117-118.

²⁶ Gustavo TEPEDINO, “Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002”. In: Gustavo TEPEDINO (org.), *A parte geral do Novo Código Civil*, 2 ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pp. XXI e XXIX).

²⁷ “Art. 13. Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes. Parágrafo único. O ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial”.

²⁸ “Art. 14. É válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte. Parágrafo único. O ato de disposição pode ser livremente revogado a qualquer tempo”.

a autonomia do paciente para decidir quanto à sua submissão a tratamento médico ou cirurgia que importe em risco de vida.²⁹

Os arts. 16 a 19 tratam do direito ao nome e pseudônimo. Esse é um ponto central para o presente trabalho, uma vez que se parte, com isso, para uma interpretação extensiva, capaz de abrigar a tutela da identidade pessoal, como defendido por Maria Celina BODIN DE MORAES³⁰ e Gustavo TEPEDINO³¹, e tratado especificamente no Capítulo 6.³²

A tutela da imagem e da honra encontra-se disposta no art. 20, de redação confusa e técnica ultrapassada, pois coloca como critério hábil a conferir licitude a administração da justiça e a manutenção da ordem pública – parâmetros não respaldados no texto constitucional –, além de vincular a imagem à honra, desconsiderando que há muito já se entende que são direitos autônomos.³³

A inviolabilidade da vida privada está prevista no art. 21.³⁴ Esse dispositivo se apresenta como cláusula geral uma vez que prevê a possibilidade de o juiz adotar “todas as medidas necessárias” para que se impeça ou faça cessar quaisquer atos que a violem.

Da mesma maneira, o art. 12³⁵ é também uma cláusula geral. Tal característica está presente na medida em que se prevê a possibilidade da utilização de tutela inibitória para que se faça cessar lesão a direito da personalidade.

²⁹ “Art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.”

³⁰ Maria Celina BODIN DE MORAES, “A tutela da Identidade Pessoal no Código de 2002”, *mimeo, passim*.

³¹ Gustavo TEPEDINO, “A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-Constitucional Brasileiro”. In: *Temas de Direito Civil*, 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 36.

³² “Art. 16. Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome.

Art. 17. O nome da pessoa não pode ser empregado por outrem em publicações ou representações que a exponham ao desprezo público, ainda quando não haja intenção difamatória.

Art. 18. Sem autorização, não se pode usar o nome alheio em propaganda comercial.

Art. 19. O pseudônimo adotado para atividades lícitas goza da proteção que se dá ao nome”.

³³ “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.

Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes”.

³⁴ Art. 21. “A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma”.

³⁵ Art. 12. “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”.

Há, contudo, que se destacar a ausência de inovações nesse campo, uma vez que os dispositivos constitucionais já traziam tal previsão. Relacionando tais artigos do Código Civil com a cláusula geral de tutela da personalidade do art. 1º, III da Constituição da República, ter-se-á distanciado da noção tipificadora para ampliar a tutela da pessoa não só para abarcar novas hipóteses de ressarcimento, mas também para “promover a tutela da personalidade mesmo fora do rol dos direitos subjetivos previstos pelo legislador codificado”.³⁶ Somente dessa forma poder-se-á conferir à pessoa humana uma tutela integral, não exaustiva, de acordo com suas características, que ensejam demandas progressivas e imprevisíveis, porque sofrem alteração ao longo do tempo. Da mesma forma, a rígida dicotomia entre direito público e privado tornaria insuficiente a regulação de situações que reclamam a tutela dessas duas áreas – isto é, do Estado, da família, da empresa, do indivíduo – em questões em que está presente o interesse da pessoa humana, como é o caso da inseminação artificial, da reprodução assistida, dos transexuais, do tratamento dos dados pessoais, do desvirtuamento da identidade pessoal.³⁷

3.3 **Características dos direitos da personalidade**

Os direitos da personalidade são aqueles em que o bem tutelado não é externo à pessoa, mas intrínseco a ela, referindo-se aos seus atributos essenciais e às exigências de caráter existencial ligadas à pessoa humana enquanto tal.³⁸

Esses são direitos dotados de generalidade, isto é, são naturalmente concedidos a todos, pelo simples fato de estar vivo, ou pelo único fato de ser; extrapatrimoniais, uma vez que são insuscetíveis de avaliação econômica, embora sua lesão possa causar efeitos patrimoniais; absolutos, porque se impõe à coletividade o dever de respeitá-los; indisponíveis, pois seu titular não pode deles dispor, sendo, portanto, também irrenunciáveis e impenhoráveis; imprescritíveis uma vez que uma lesão a um direito da personalidade não enseja perecimento da

³⁶ Gustavo TEPEDINO, “A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-Constitucional Brasileiro”, cit., p. 37.

³⁷ Gustavo TEPEDINO, “A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-Constitucional Brasileiro”, cit., pp. 38.

³⁸ Maria Celina BODIN DE MORAES, “A tutela da identidade pessoal no Código de 2002”, *mimeo*, p. 2.

pretensão ressarcitória ou reparadora; por fim, são também intransmissíveis³⁹, extinguindo-se com a morte do seu titular, uma vez que têm caráter personalíssimo.⁴⁰

É importante mencionar, no entanto, que para a maior parte dos doutrinadores⁴¹, os direitos da personalidade dividem-se em dois grandes grupos: os direitos à integridade física (direito à vida, ao corpo e suas partes destacadas e ao cadáver) e os direitos à integridade moral (direito à honra, à liberdade, à intimidade, à imagem, ao nome e direito moral do autor).⁴²

Ressalte-se que as características dos direitos da personalidade são normalmente destacadas com o objetivo de traçar uma diferenciação com os outros direitos subjetivos. Em virtude de a tipificação dos direitos da personalidade nos moldes dos direitos subjetivos mostrar-se inadequada, pelo fato de se tratar de categoria criada para atender às características dos direitos patrimoniais – sendo, portanto, de natureza absolutamente diversa daqueles existenciais, ligados à proteção da pessoa humana – conclui-se que tal distinção estaria superada diante da presença, no ordenamento jurídico pátrio, da cláusula geral da personalidade, ou cláusula geral de tutela da pessoa humana. Estando por

³⁹ A característica da intransmissibilidade é controvertida. Há entendimento, muitas vezes adotado por doutrinadores e utilizado na jurisprudência, segundo o qual alguns interesses tutelados permanecem mesmo após a cessação da personalidade, com a morte. Seriam eles a imagem, o nome, a autoria, a sepultura e o cadáver do falecido. Tal posicionamento se baseia nos parágrafos únicos dos arts. 12 e 20 do CC/2002, que no entanto não se apresentam como exceção à intransmissibilidade, mas apenas estabelecem a legitimidade para requerer a tutela dos direitos da personalidade da pessoa falecida. *In verbis*:

“Art. 12. 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. Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até quarto grau”.

“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 e a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais. Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes”.

(Gustavo TEPEDINO, Heloisa Helena BARBOZA e Maria Celina BODIN DE MORAES (orgs.) *et alli*. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, pp. 34-35, 56-57).

⁴⁰ Gustavo TEPEDINO, “A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-Constitucional Brasileiro”. In: *Temas de Direito Civil*, 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, pp. 33-34.

⁴¹ V., por todos, Orlando GOMES, *Introdução ao Direito Civil*, Rio de Janeiro: Forense, 1999, 13ª Edição, pp. 153-154.

⁴² Gustavo TEPEDINO, “A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-Constitucional Brasileiro”, cit., pp. 35-36.

ela tutelados, os direitos da personalidade, por óbvio, não partilharia das características dos direitos patrimoniais.⁴³

A inserção dos artigos que tratam dos direitos da personalidade no Código Civil de 2002 é insuficiente a tutelar o que pretende, isto é, a pessoa humana e seus interesses existenciais, em razão técnica ali empregada para a proteção da pessoa humana.⁴⁴ A tipificação dos direitos da personalidade, seja de cunho monista ou pluralista, seguindo a trilha dos direitos patrimoniais – na sua detalhada classificação, na definição de poderes do titular e nos mecanismos previamente definidos para sua proteção –, está em franco desacordo com a natureza desse direito. As formas de tutela são imprevisíveis porque estão atreladas às necessidades da pessoa humana, que mudam de acordo com o tempo, com os avanços tecnológicos, com o momento histórico. Uma previsão normativa rígida, portanto, não se compatibiliza com situações mutantes por excelência, embora merecedoras e carecedoras de tutela jurídica.⁴⁵

Diante dessa dificuldade, há que se buscar o fundamento na função informadora dos princípios da Constituição Federal, hábeis a tutelar valores não expressamente tratados no texto legal ou restritamente dispostos.⁴⁶ Veja-se, a respeito, a valiosa lição de Pietro PERLINGIERI:

A hierarquia das fontes não responde apenas a uma expressão de certeza formal do ordenamento para resolver os conflitos entre as normas emanadas por diversas fontes; é inspirada, sobretudo, em uma lógica substancial, isto é, nos valores e na conformidade com a filosofia de vida presente no modelo constitucional. O respeito à Constituição, fonte suprema, implica não somente a observância de certos procedimentos para emanar a norma (infraconstitucional), mas, também, a necessidade de que

⁴³ Danilo DONEDA, “Os direitos da personalidade no Código Civil”, cit., p. 47.

⁴⁴ Veja-se, a respeito, a constatação de Gustavo TEPEDINO: “O novo Código nascerá velho principalmente por não levar em conta a história constitucional brasileira e a corajosa experiência jurisprudencial, que protegem a personalidade humana mais do que a propriedade, o ser mais do que o ter, os valores existenciais mais do que os patrimoniais. E é demagógico porque, engenheiro de obras feitas, pretende consagrar direitos que, na verdade, estão tutelados em nossa cultura jurídica pelo menos desde o pacto político de outubro de 1988.” (“O Novo Código Civil: duro golpe na recente experiência constitucional brasileira”, Editorial da *Revista Trimestral de Direito Civil*, n. 7. Rio de Janeiro: Padma, jul.-set. 2001, p. iv).

⁴⁵ Gustavo TEPEDINO, “Direitos Humanos e Relações Jurídicas Privadas”. In: *Temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 62.

⁴⁶ Cf. Maria Celina BODIN DE MORAES, “A Caminho de um Direito Civil Constitucional”. In: *Direito, Estado e Sociedade*: Revista do Departamento de Direito da PUC-Rio, n. 1, 2. ed. Rio de Janeiro: PUC-Rio, jul./dez. 1991, pp. 59-73; Gustavo TEPEDINO, “Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil”. In: *Temas de Direito Civil*, 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 1-22; Luiz Edson FACHIN, *Teoria Crítica do Direito Civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 2000, *passim*.

o seu conteúdo atenda aos valores presentes (e organizados) na própria Constituição.⁴⁷

Assim, a perspectiva de um Direito Civil orientado por valores constitucionais é também aqui imprescindível, a fim de possibilitar a plena proteção da pessoa humana, como mais detalhadamente explicitado no Capítulo 2.

3.4

O direito à identidade pessoal como direito da personalidade

Diante da cláusula geral dos direitos da personalidade no Código Civil, em seu art. 12, e da cláusula geral de tutela da personalidade na Constituição Federal, claro está que é possível a criação de um novo direito da personalidade a fim de tutelar com maior precisão as demandas da pessoa humana. Assim, o direito à identidade pessoal, interesse juridicamente relevante, pode ser tutelado no ordenamento brasileiro.

Tal direito integra a categoria dos bens da personalidade por se tratar de um direito essencial relacionado com a pessoa humana, é uma situação jurídica subjetiva. Portanto, dá ensejo à concessão de tutela inibitória para que cesse a lesão ou ameaça de lesão a esse direito da personalidade e, caso tenha sido lesionado, justifica pedido de indenização por danos morais, enquanto ofensa à dignidade da pessoa humana na sua dimensão psicofísica, além da previsão da lei civil.

Como tal, detém todas as características dos direitos da personalidade: é um direito dotado de generalidade, pois é concedido a todos, pelo simples fato de estar vivo, ou pelo único fato de ser; extrapatrimoniais, uma vez que é insuscetível de avaliação econômica, embora sua lesão possa causar efeitos patrimoniais; absoluto, porque se impõe à coletividade o dever de respeitá-lo (respeitar a identidade pessoal); indisponível, pois seu titular não pode dele dispor, sendo, portanto, também irrenunciável e impenhorável; imprescritível uma vez que uma lesão a um direito da personalidade não enseja perecimento da pretensão

⁴⁷ Pietro PERLINGIERI, *Perfis do Direito Civil*. Tradução Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, pp. 9-10.

ressarcitória ou reparadora; por fim, é também intransmissível⁴⁸, extinguindo-se com a morte do seu titular, uma vez que tem caráter personalíssimo.⁴⁹

A maior justificativa que se pode dar ao reconhecimento do direito à identidade pessoal no ordenamento brasileiro e sua perspectiva de integrar os direitos da personalidade reside, assim, no seu fundamento constitucional, isto é, na cláusula geral de tutela da pessoa humana.

O art. 1º, III da Constituição Federal é norma dotada de eficácia plena e imediata, e, na qualidade de cláusula geral para tutelar a pessoa humana, seu conteúdo não se limita congregando naquele dispositivo os demais direitos expressamente consagrados no texto constitucional. Ele se presta, sobretudo, a contemplar e tutelar situações atípicas.⁵⁰

Dessa forma, é imprescindível atentar para o que esclarece Pietro PERLINGIERI:

“Afirmada a natureza necessariamente aberta” da normativa, é da máxima importância constatar que a pessoa se realiza não através de um único esquema de situação subjetiva, mas com uma complexidade de situações que ora se apresentam como poder jurídico (*potestà*), ora como interesse legítimo, ora como direito subjetivo, faculdade, poderes. Devem ser superadas as discussões dogmáticas sobre a categoria do direito (ou dos direitos) da personalidade. Nestas discussões controvertia-se principalmente sobre a possibilidade de assimilar a personalidade à categoria (em aparência “geral” e, portanto, vista – sem razão – como “universal”) do direito subjetivo, como tinha sido elaborado pela tradição

⁴⁸ A característica da intransmissibilidade é controvertida. Há entendimento, muitas vezes adotado por doutrinadores e utilizado na jurisprudência, segundo o qual alguns interesses tutelados permanecem mesmo após a cessação da personalidade, com a morte. Seriam eles a imagem, o nome, a autoria, a sepultura e o cadáver do falecido. Tal posicionamento se baseia nos parágrafos únicos dos arts. 12 e 20 do CC/2002, que no entanto não se apresentam como exceção à intransmissibilidade, mas apenas estabelecem a legitimidade para requerer a tutela dos direitos da personalidade da pessoa falecida. *In verbis*:

“Art. 12. 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. Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até quarto grau”.

“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 e a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais. Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes”.

(Gustavo TEPEDINO, Heloisa Helena BARBOZA e Maria Celina BODIN DE MORAES (orgs.) *et alli*. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, pp. 34-35, 56-57).

⁴⁹ Gustavo TEPEDINO, “A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-Constitucional Brasileiro”. In: *Temas de Direito Civil*, 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, pp. 33-34.

⁵⁰ Pietro PERLINGIERI, *Perfis do Direito Civil*. Tradução Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 155.

patrimonialística. Não parece fundada, portanto, a opinião de quem nega uma tutela jurídica, ainda que na fase patológica, a tais situações porque não qualificáveis como direitos, ou no pressuposto de que elas não apresentariam interesses substanciais.

(...)

A personalidade é, portanto, não um direito, mas um *valor* (o valor fundamental do ordenamento) e está na base de uma série aberta de situações existenciais, nas quais se traduz a sua incessantemente mutável exigência de tutela. Tais situações subjetivas não assumem necessariamente a forma do direito subjetivo e não devem fazer perder de vista a unidade do valor envolvido. Não existe um número fechado de hipóteses tuteladas: tutelado é o valor da pessoa sem limites, salvo aqueles colocados no seu interesse e naqueles de outras pessoas. A elasticidade torna-se instrumento pra realizar formas de proteção também atípicas, fundadas no interesse à existência e no livre-exercício da vida de relações.

(...)

O fato de a personalidade ser considerada como valor unitário, tendencialmente sem limitações, não impede que o ordenamento preveja, autonomamente, algumas expressões mais qualificantes (...). O juiz não poderá negar tutela a quem peça garantias sobre um aspecto da sua existência que não tem previsão específica, porque aquele interesse já tem uma relevância ao nível de ordenamento e, portanto, uma tutela também em nível judicial.⁵¹

Assim, a relevância constitucional dos direitos da personalidade reside no princípio da dignidade da pessoa humana, que faz com que se deva protegê-la em sua totalidade, independentemente de previsão expressa e da forma de tutela que se venha a requerer. Importa, assim, a efetivação desse mandamento.

⁵¹ Pietro PERLINGIERI, *Perfis do Direito Civil*. Tradução Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, pp. 155-156.

4

A Pessoa Humana como Sujeito de Direito: O Direito à Identidade Pessoal

Introdução

O Direito existe para tutelar as relações entre as pessoas: são elas sua fonte legitimadora e seu destinatário. Como dito por Adriano DE CUPIS: “a pessoa é o centro do direito; e o direito civil é seu primeiro centro de irradiação”.¹ Uma eficaz defesa da pessoa só pode ocorrer, de acordo com o autor, com o rigoroso emprego dos instrumentos de interpretação jurídica.² A consagração desse pensamento encontra-se disposta no art. 1º, III, da Constituição Federal, que alçou a dignidade da pessoa humana à condição de fundamento de todo o ordenamento jurídico.³

O Código Civil de 2002 inovou em relação ao anterior, dedicando um capítulo aos direitos da personalidade. Dessa forma, buscou conferir maior proteção à pessoa humana, e maior efetividade ao dispositivo constitucional supracitado.

Os direitos da personalidade⁴ são aqueles em que o bem tutelado não é externo à pessoa, mas intrínseco a ela, referindo-se aos seus atributos essenciais e

¹ Tradução livre. No original, “*La persona è al centro del diritto; e il diritto civile è il suo primo centro d’irradiazione*” (“Tutela giuridica della persona”. In: *Teoria e pratica del diritto civile*, Milano: Giuffrè, 1955, p. 49).

² Adriano DE CUPIS, “Tutela giuridica della persona”. In: *Teoria e pratica del diritto civile*, Milano: Giuffrè, 1955, p. 49.

³ A esse respeito, cf. Maria Celina BODIN DE MORAES, *Danos à Pessoa Humana. Uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, *passim*.

⁴ Para uma análise mais detida dos direitos da personalidade, vide Capítulo 3, *supra*.

às exigências de caráter existencial ligadas à pessoa humana enquanto tal.⁵ Esses são direitos dotados de generalidade, isto é, são naturalmente concedidos a todos, pelo simples fato de estar vivo, ou pelo único fato de ser; extrapatrimoniais, uma vez que são insuscetíveis de avaliação econômica, embora sua lesão possa causar efeitos patrimoniais; absolutos, porque se impõe à coletividade o dever de respeitá-los; indisponíveis, pois seu titular não pode deles dispor, sendo, portanto, também irrenunciáveis e impenhoráveis; imprescritíveis uma vez que uma lesão a um direito da personalidade não enseja perecimento da pretensão ressarcitória ou reparadora; por fim, são também intransmissíveis⁶, extinguindo-se com a morte do seu titular, uma vez que têm caráter personalíssimo.⁷

É importante ressaltar, no entanto, que para a maior parte dos doutrinadores⁸, os direitos da personalidade dividem-se em dois grandes grupos: os direitos à integridade física (direito à vida, ao corpo e suas partes destacadas e ao cadáver) e os direitos à integridade moral (direito à honra, à liberdade, à intimidade, à imagem, ao nome e direito moral do autor).⁹

Como é sabido, o Código Civil de 2002 inseriu um capítulo, com dez artigos, que trata dos direitos da personalidade (direito à integridade psicofísica,

⁵ Maria Celina BODIN DE MORAES, “A Tutela da Identidade Pessoal no Código de 2002”, *mimeo.*, p. 2.

⁶ A característica da intransmissibilidade é controvertida. Há entendimento, muitas vezes adotado por doutrinadores e utilizado na jurisprudência, segundo o qual alguns interesses tutelados permanecem mesmo após a cessação da personalidade, com a morte. Seriam eles a imagem, o nome, a autoria, a sepultura e o cadáver do falecido. Tal posicionamento se baseia nos parágrafos únicos dos arts. 12 e 20 do CC/2002, que no entanto não se apresentam como exceção à intransmissibilidade, mas apenas estabelecem a legitimidade para requerer a tutela dos direitos da personalidade da pessoa falecida. *In verbis*:

“Art. 12. 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. Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até quarto grau”.

“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 e a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais. Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes”.

(Gustavo TEPEDINO, Heloisa Helena BARBOZA e Maria Celina BODIN DE MORAES (orgs.) *et alli*. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, pp. 34-35, 56-57).

⁷ Gustavo TEPEDINO, “A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-Constitucional Brasileiro”. In: *Temas de Direito Civil*, 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, pp. 33-34.

⁸ V., por todos, Orlando GOMES, *Introdução ao Direito Civil*, Rio de Janeiro: Forense, 1999, 13ª Edição, pp. 153-154.

⁹ Gustavo TEPEDINO, “A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-Constitucional Brasileiro”, *cit.*, pp. 35-36.

direito ao nome, proteção da honra, da imagem e da privacidade). Ocorre, no entanto, que a inserção de tais artigos, embora de iniciativa louvável, é insuficiente a tutelar o que pretende.¹⁰

Tal assertiva justifica-se em razão da técnica elaborada – e ali concretizada – para a proteção da pessoa humana. A tipificação dos direitos da personalidade, seja de cunho monista ou pluralista, seguindo a trilha dos direitos patrimoniais – na sua detalhada classificação, na definição de poderes do titular e nos mecanismos previamente definidos para sua proteção –, está em franco desacordo com a natureza desse direito, de progressivas demandas. As formas de tutela são imprevisíveis porque estão atreladas às necessidades da pessoa humana, que mudam de acordo com o tempo, com os avanços tecnológicos, com o momento histórico. Uma rígida previsão normativa, portanto, não se compatibiliza com situações mutantes por excelência, embora merecedoras e carecedoras de tutela jurídica.¹¹

Diante dessa dificuldade, há que se buscar o fundamento na função informadora dos princípios da Constituição Federal, hábeis a tutelar valores não expressamente tratados no texto legal ou restritamente dispostos.¹² Veja-se, a respeito, a valiosa lição de Pietro PERLINGIERI:

A hierarquia das fontes não responde apenas a uma expressão de certeza formal do ordenamento para resolver os conflitos entre as normas emanadas por diversas fontes; é inspirada, sobretudo, em uma lógica substancial, isto é, nos valores e na conformidade com a filosofia de vida presente no modelo constitucional. O respeito à Constituição, fonte suprema, implica não somente a observância de certos procedimentos para emanar a norma (infraconstitucional), mas, também, a

¹⁰ Veja-se, a respeito, a constatação de Gustavo TEPEDINO: “O novo Código nascerá velho principalmente por não levar em conta a história constitucional brasileira e a corajosa experiência jurisprudencial, que protegem a personalidade humana mais do que a propriedade, o ser mais do que o ter, os valores existenciais mais do que os patrimoniais. E é demagógico porque, engenheiro de obras feitas, pretende consagrar direitos que, na verdade, estão tutelados em nossa cultura jurídica pelo menos desde o pacto político de outubro de 1988.” (“O Novo Código Civil: duro golpe na recente experiência constitucional brasileira”, Editorial da *Revista Trimestral de Direito Civil*, n. 7. Rio de Janeiro: Padma, jul.-set. 2001, p. iv).

¹¹ Gustavo TEPEDINO, “Direitos Humanos e Relações Jurídicas Privadas”. In: *Temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 62.

¹² Cf. Maria Celina BODIN DE MORAES, “A Caminho de um Direito Civil Constitucional”. In: *Direito, Estado e Sociedade*: Revista do Departamento de Direito da PUC-Rio, n. 1, 2. ed. Rio de Janeiro: PUC-Rio, jul./dez. 1991, pp. 59-73; Gustavo TEPEDINO, “Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil”. In: *Temas de Direito Civil*, 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 1-22; Luiz Edson FACHIN, *Teoria Crítica do Direito Civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 2000, *passim*.

necessidade de que o seu conteúdo atenda aos valores presentes (e organizados) na própria Constituição.¹³

Assim, a perspectiva de um Direito Civil orientado por valores constitucionais é também aqui imprescindível, a fim de possibilitar a plena proteção da pessoa humana, como mais detalhadamente explicitado no Capítulo 2.

Diante da insuficiência do modelo tradicional de tutela da pessoa no Direito Civil, teve início na jurisprudência italiana, nos anos 70, a formulação de um novo direito da personalidade, denominado “direito à identidade pessoal”, que em sua expressão dinâmica¹⁴ não se encontra protegido por nenhuma norma específica.¹⁵

Esse instituto, delineado pela doutrina e jurisprudência ao longo dos últimos trinta anos, possui diversas denominações, que são utilizadas por determinados doutrinadores. É chamado de “interesse à individualidade pessoal”, ou à “verdade pessoal” por Adriano DE CUPIS; “direito à identidade moral”, ou “falsa luz nos olhos do público” ambos segundo Antonio GAMBARO, ou ainda “o direito de ser si mesmo”, para Piraino LETO.¹⁶ Independentemente de sua designação, significa o respeito à imagem da pessoa, com aquisição de idéias e experiências pessoais, com todas as convicções que a diferenciam e qualificam.¹⁷ É sobre esse direito, ainda pouco explorado e conhecido no Brasil, que versa o presente capítulo, que terá por referência principal autores italianos em razão do maior desenvolvimento da temática naquele país.

4.1 Surgimento do Direito à Identidade Pessoal: o papel da jurisprudência italiana

Somente no século XX o Direito começou a ocupar-se mais atentamente dos direitos da pessoa humana. Eles eram ignorados no nível formal-normativo, e

¹³ Pietro PERLINGIERI, *Perfis do Direito Civil*. Tradução Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, pp. 9-10.

¹⁴ A expressão dinâmica do direito à identidade pessoal é especificamente tratada no Capítulo 5, item 5.2, *infra*.

¹⁵ Carlos Fernández SESSAREGO, *Derecho a la identidad personal*, Buenos Aires: Astrea, 1992, p. 99.

¹⁶ Giorgio PINO, *Il diritto all'identità personale*, cit., pp. 9-10.

¹⁷ Maria Celina Bodin de MORAES, “A tutela da identidade pessoal no Código de 2002”, cit., p. 22.

não tiveram lugar nos ordenamentos jurídicos do século XIX, que privilegiaram os direitos patrimoniais. Somente após a Segunda Guerra Mundial o Direito passou a preocupar-se com a tutela normativa do ser humano, percebendo que o patrimônio é, na verdade, somente um instrumento a serviço do homem e que a pessoa é, por sua vez, um fim em si mesma.¹⁸

A atenção do ordenamento jurídico à identidade pessoal, a seu turno, só veio a ocorrer nos anos 70, e sua discussão é matéria de grande atualidade. Hodiernamente há alguns juristas, sobretudo na Itália, que debatem quanto à existência, noção e alcance, características e dificuldades inerentes ao direito à identidade pessoal. É especificamente nesse país o lugar onde ainda hoje esse direito tem recebido uma especial atenção. A doutrina italiana teve seus olhos voltados para essa nova situação jurídica subjetiva a partir de um pronunciamento judicial em 1974, que será detalhadamente exposto.¹⁹

É importante ressaltar que a expressão “identidade pessoal” não já não era uma novidade na linguagem jurídica italiana. É possível identificar o seu uso – ou de outras um pouco diferentes, mas utilizadas de maneira equivalente – em alguns trabalhos doutrinários²⁰ da primeira metade do século XX.²¹

A situação jurídica referente à identidade pessoal enquanto proteção social da “verdade pessoal” aparece como uma precursora resposta originária da jurisprudência ante um novo interesse humano que se apresenta como digno de tutela jurídica. A nova situação jurídica subjetiva surge em razão de um caso concreto submetido à apreciação do poder judiciário italiano. Os juristas italianos vivenciam, então, diante do conflito apresentado, uma situação fática que, segundo seu critério de valoração, reclama e merece uma tutela jurídica adequada. Enfrenta-se, assim, um interesse existencial que ainda não havia sido reconhecido como direito subjetivo normatizado. Quando pela primeira vez foi suscitado o problema da proteção do interesse existencial tutelado pela identidade pessoal, o correspondente direito que se começava a vislumbrar carecia de nome. Obviamente, não aparecia registrado no rol de direitos subjetivos que os juristas

¹⁸ Carlos Fernández SESSAREGO, *Derecho a la identidad personal*, cit., p. 27.

¹⁹ Carlos Fernández SESSAREGO, *Derecho a la identidad personal*, Buenos Aires: Astrea, 1992, pp. 27-28.

²⁰ É possível citar, por exemplo, o *Nuovo Digesto Italiano* (G. FALCO, “Identità Personale”. In: *Nuovo Digesto Italiano*, vol. VI, Torino, Utet, 1938, p. 649).

²¹ Giorgio PINO, *Il diritto all'identità personale. Interpretazione costituzionale e creatività giurisprudenziale*, Bolonha: Mulino, 2003, p. 32.

habitualmente utilizavam, nem figurava incorporado como tal nos ordenamentos jurídicos positivos. Era, por isso, totalmente atípico, uma vez que sua elaboração representa um momento crítico no tocante à evolução e ao enriquecimento da teoria dos direitos da pessoa humana.²²

4.1.1 A decisão do Tribunal de Roma, em 1974

A grande referência jurisprudencial sobre o direito à identidade pessoal é a sentença proferida em 6 de maio de 1974 pelo Tribunal de Roma. Antes disso, o entendimento jurisprudencial consolidado era no sentido de negar tutela a tal interesse, então denominado “direito à verdade histórica”, na medida em que não se encontrasse protegido pelo direito ao nome ou pelo direito à imagem.²³

Tal julgado teve como base uma ação proposta por um homem e uma mulher, em virtude da utilização de uma fotografia que os retratava como agricultores em um manifesto de um comitê de expressão nacional denominado CNRD (*Comitato nazionale referendum divorzio*)²⁴, acompanhada dos dizeres: “Para defender a família, os agricultores, em 12 de maio, votarão SIM contra o divórcio”.²⁵ Realizou-se o manifesto por ocasião do referendo promovido na Itália para a revogação ou manutenção da lei do divórcio, já vigente na época.²⁶

Na peça processual os autores esclareceram que a fotografia utilizada fora tirada 18 (dezoito) anos antes, para um concurso fotográfico promovido pela “*Confederazione coltivatori diretti*”, tendo sido utilizada sem que tivessem conhecimento. Esclareceram que não eram marido e mulher,²⁷ que eram convictos e notórios partidários do divórcio, uma vez que foram co-autores da lei²⁸ e que na imagem eram retratados como agricultores, o que também não estava de acordo com a realidade.²⁹

²² Carlos Fernández SESSAREGO, *Derecho a la identidad personal*, cit., pp. 36-37.

²³ Giorgio PINO, *Il diritto all'identità personale*, cit., p. 65.

²⁴ Em tradução livre, “Comitê nacional para o referendo sobre o divórcio”.

²⁵ Tradução livre. No original: “*Per difendere la famiglia i coltivatori il 12 maggio voteranno Sì contro il divorzio*”.

²⁶ Carlos Fernández SESSAREGO, *Derecho a la identidad personal*, cit., p. 56.

²⁷ Giorgio PINO, *Il diritto all'identità personale*, cit., p. 66, nota 24.

²⁸ Carlos Fernández SESSAREGO, *Derecho a la identidad personal*, cit., p. 57.

²⁹ Ricardo Luis LORENZETTI, *Fundamentos do Direito Privado*, trad. bras. de Vera Maria Jacob de Fradera, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 485.

Diante disso, o juiz determinou a proibição da publicação desses manifestos, e ordenou a divulgação na imprensa, a cargo dos sucumbentes, de um comunicado que explicitava que eles não refletiam a opinião dos sujeitos representados, e que a fotografia fora usada sem que fosse consentido.³⁰

A fundamentação da decisão foi no sentido de que: i) a utilização da fotografia sem o consentimento dos autores viola seus direitos à imagem; ii) que o “ordenamento jurídico tutela o direito de todos a ver reconhecida a paternidade dos próprios atos e, em sentido amplo, sobretudo a não se ver atribuída a paternidade de atos que não são próprios do titular, isto é, a não ver distorcida a própria personalidade individual”.³¹ Tal direito vem expressamente denominado “direito à identidade pessoal” e se destaca que não é regulado pelo ordenamento jurídico, mas se baseia em uma cláusula geral de fundamento constitucional³² e é passível de violação quando se atribui a uma pessoa uma posição social, uma orientação ideológica, uma característica pessoal não verdadeira. Explicitou-se, ainda, nessa decisão, que a deturpação da identidade pessoal é ainda mais grave se atingir as convicções políticas, éticas e sociais do indivíduo, uma vez que se entende tratar da esfera mais relevante e mais íntima da personalidade. A sentença vincula o conceito de identidade pessoal ao posicionamento ideológico da pessoa.³³ Este é o ponto central: o respeito à verdade da personalidade individual não é mais considerado um critério para a imposição de limites ao exercício da liberdade de manifestação do pensamento, circunscrito a hipóteses típicas, mas um direito dotado de conteúdo amplo.³⁴

Assim, se protegeu, naquela sentença, não só o direito à imagem, violado pela publicação indevida da foto, mas também, e independentemente desse direito, afirmou-se a ocorrência, na hipótese, da lesão a outro interesse existencial, que é o direito da pessoa à sua própria identidade. O magistrado entendeu que houve deturpação da identidade pessoal daqueles dois indivíduos em três oportunidades, naquele caso: i) pela exposição da imagem e associação ao movimento contrário ao divórcio, quando era público e notório que eles eram de

³⁰ Giorgio PINO, *Il diritto all'identità personale*, cit., p. 66, nota 24.

³¹ Tradução livre. No original: “l'ordinamento giuridico tutela il diritto di ciascuno a non vedersi disconosciuta la paternità delle proprie azioni, nel più ampio significato, e, soprattutto, a non sentirsi attribuire la paternità di azioni non proprie, a non vedersi, cioè, travisare la propria personalità individuale”. (Pretura Roma 7 maggio 1974 c. 3227)

³² Carlos Fernández SESSAREGO, *Derecho a la identidad personal*, cit., p. 57.

³³ Carlos Fernández SESSAREGO, *Derecho a la identidad personal*, cit., p. 59.

³⁴ Giorgio PINO, *Il diritto all'identità personale*, cit., pp. 66-67.

opinião diversa, notadamente em razão de terem participado da redação da lei; ii) pela imputação de vínculo que não possuíam, isto é, de que seriam cônjuges; iii) por se ter considerado que eram trabalhadores rurais, o que não eram.³⁵

A cessação da propaganda eleitoral e a determinação da publicação nos jornais de um comunicado explicativo se destinou ao restabelecimento da verdade pessoal que havia sido distorcida. Dessa forma, se protegeu os dois direitos lesados: à imagem³⁶ e à identidade pessoal. E esse foi outro aspecto de grande relevo da decisão: ela distinguiu o conceito de imagem daquele de identidade pessoal, apresentando, pela primeira vez, o direito à identidade pessoal de maneira relativamente autônoma em relação a qualquer outro direito da personalidade.³⁷

Essa sentença foi de suma importância porque estabeleceu não só a violação de um direito, mas também a sua definição. Tanto que Guido ALPA, anos mais tarde, em 1980, no Congresso de Gênova³⁸, declarou que nela se identificou esse novo direito da pessoa humana e seu objeto, que tutela o direito de todos a não ver desconhecida a paternidade de ações não próprias, e a não ver deturpada a própria personalidade individual.³⁹

4.1.2 A decisão do Tribunal de Turim, em 1979

Não obstante a decisão de 1974, a polêmica e o interesse dos juristas pelo novo direito aparecem com manifesta intensidade em razão de uma sentença proferida em 1979 por um juiz de Turim, que decidia o conflito entre um líder político, muito popular na Itália, e o Partido Comunista do país. Pode-se afirmar que esse foi, em relação à sentença anterior e cinco anos mais tarde, um esboço mais definido do que depois se chamou de “direito à identidade pessoal”.⁴⁰

Nessa decisão se abordou um delicado conflito público que se relacionava com o direito à identidade pessoal: o Partido Comunista italiano fez e distribuiu

³⁵ Carlos Fernández SESSAREGO, *Derecho a la identidad personal*, cit., pp. 58-59.

³⁶ Sobre o direito à imagem e sua distinção da identidade pessoal, v. item 5.1.3, *infra*.

³⁷ Carlos Fernández SESSAREGO, *Derecho a la identidad personal*, cit., pp. 61-62.

³⁸ Trata-se do Congresso intitulado “*Il diritto alla identità personale*”, o primeiro sobre o tema, promovido pelo Centro de Iniciativa Jurídica Piero Calamandrei, em Gênova, no ano de 1980.

³⁹ Guido ALPA, *Un questionario sul diritto alla identità personale*, disponível em <http://www.radicali.it/search_view.php?id=47039&lang=&cms=> Acesso em 10 de janeiro de 2006, p. 01.

⁴⁰ Carlos Fernández SESSAREGO, *Derecho a la identidad personal*, cit., pp. 28-29.

panfletos para propaganda eleitoral, nos quais afirmava que o conhecido político italiano, Marco Pannella, teria se inscrito na lista de candidatos a representante da Nova República, grupo político de inspiração ideológica diversa daquela defendida pelo Partido Radical italiano, o qual integrava. Em razão disso, Panella propôs uma ação em face do Partido Comunista. Com o processo judicial em curso, uma nota foi publicada no jornal comunista italiano *Unità*, na qual se reconhecia a inexatidão das fontes utilizadas para divulgar a notícia contida nos meios de propaganda e se asseverava a falsidade daquelas informações. Não obstante o esclarecimento, a nota acrescia que tal fato não alterava o que aquele jornal qualificava como uma atitude anticomunista visceral compartilhada por Marco Pannella e o grupo político Nova República.⁴¹

A decisão judicial foi no sentido de que a afirmação feita no panfleto de propaganda eleitoral não constituía, em si, uma ofensa à honra do político radical, mas sim uma desfiguração da sua identidade política. Tal assertiva se deve à lógica de que não se pode considerar desonroso o fato de se pertencer a um determinado partido político cuja ideologia seja compatível com o Estado Democrático de Direito e com o sistema constitucional. A sentença, então, entendeu que a afirmação lesionava, em verdade, a coerência política e a dignidade daquele indivíduo, e determinou a suspensão da distribuição desses panfletos.⁴²

A decisão afirmava que o interesse por ela tutelado poderia ser lesionado mesmo que por meio de uma atribuição em abstrato de fatos não desonrosos, bastando apenas que não correspondam à verdade.⁴³

O autor da ação ora mencionada destacou, em sua participação no Congresso intitulado “*Il diritto alla identità personale*” promovido pelo Centro de Iniciativa Jurídica Piero Calamandrei, em Gênova, no ano seguinte, que o problema trazido dizia respeito ao direito que todos têm de conhecer a verdadeira identidade dos outros e, em consequência, o direito da sociedade a não receber informações falsas atribuídas à identidade alheia.⁴⁴

⁴¹ Carlos Fernández SESSAREGO, *Derecho a la identidad personal*, cit., pp. 63-64.

⁴² Carlos Fernández SESSAREGO, *Derecho a la identidad personal*, cit., pp. 64-66.

⁴³ Giorgio PINO, *Il diritto all'identità personale. Interpretazione costituzionale e creatività giurisprudenziale*, Bolonha: Mulino, 2003, p. 69.

⁴⁴ Marco PANELLA, *Diritto, diritti, cronaca: Una riflessione sull'identità personale*, disponível em < http://www.radicali.it/search_view.php?id=47042&lang=&cms=>. Acesso em: 10 de janeiro de 2006, p. 01.

Neste mesmo seminário, Guido ALPA ressaltou, sobre essa sentença, que, tocando no tema da identidade pessoal, reconheceu tal direito a um homem público, político, para quem a imagem distorcida é lesiva ao interesse, protegido pelo ordenamento, à correta difusão de notícias capazes de alterar a identidade política, e, quando pessoal, do indivíduo.⁴⁵ Assim, tal julgado, reconhecendo a existência do direito à identidade pessoal, teve importante papel na ampliação e complementaridade do seu conceito e objeto.

4.2

O debate doutrinário

A identidade, enquanto fundamental interesse existencial, não pode ser ignorada ou renegada pelo direito; é necessário que ela seja protegida de modo prioritário, merecendo uma tutela jurídica privilegiada e efetiva. Esse interesse existencial revelado primeiramente por indagações filosóficas foi paulatinamente posto em evidência pela jurisprudência e doutrina italianas. Com isso, contemporaneamente muitos juristas aceitam, apesar de algumas dúvidas e temores, a possibilidade de se tutelar juridicamente o interesse existencial que se reflete na identidade pessoal. Quando, na década de 70, se produziram os julgados acima descritos⁴⁶, que acolhiam, com algumas limitações teóricas em razão de sua incipiência, o direito do sujeito de não ver alterada sua verdade pessoal, o pensamento jurídico se encontrava maduro e pronto para assumir essa nova faceta de personalidade humana relevante para o Direito.⁴⁷

O direito à identidade pessoal apresenta a peculiaridade de ter surgido como o produto da atividade criativa desenvolvida pelos juízes, tendo a intervenção legislativa na Itália⁴⁸ servido quase que para certificar uma criação jurisprudencial e doutrinária consolidada nas últimas duas décadas.⁴⁹

⁴⁵ Guido ALPA, *Un questionario sul diritto alla identità personale*, disponível em <http://www.radicali.it/search_view.php?id=47039&lang=&cms=>. Acesso em: 10 de janeiro de 2006, p. 01.

⁴⁶ Ver decisões judiciais de 1974 e 1979, nos itens 3.1.1 e 3.1.2, *supra*.

⁴⁷ Carlos Fernández SESSAREGO, *Derecho a la identidad personal*, cit., pp. 22-23.

⁴⁸ Em 1996 foi promulgada, na Itália, a Lei n. 675 que tem por objeto a tutela das pessoas com relação aos seus dados pessoais (*Tutela delle persone e di altri soggetti rispetto al trattamento dei dati personali*), que foi revogada com promulgação posterior do Decreto Legislativo 196, de 30 de junho de 2003, que dispõe sobre a mesma matéria, mas pretendeu codificá-la (*Codice in materia di protezione dei dati personali*). Em seu art. 2,1, o decreto legislativo em questão consagrou o

O interesse por tal direito foi motivado pelo embrionário resultado oferecido à doutrina pela criatividade jurisprudencial. As sentenças de 1974 e 1979 originaram várias e sucessivas reuniões de reflexão e estudo em torno da identidade pessoal, enquanto expressão existencial digna de tutela jurídica. Ante os pronunciamentos judiciais, a doutrina começou a enfrentar a questão. Os juristas, sensíveis à inédita temática proposta, dedicaram-se à análise do novo direito revelado pela jurisprudência. Nos Congressos de Gênova e Roma, em 1980, e Messina, em 1982, foi debatida a problemática atinente ao direito à identidade pessoal.⁵⁰

Nos seminários mencionados, se confrontaram opiniões, nem sempre coincidentes, e foram expostas numerosas interrogações, muitas dúvidas e alguma posição contrária quanto ao incipiente e questionado direito. Participaram dessas reuniões nomes como Adriano DE CUPIS, Angelo FALZEA, Pietro RESCIGNO, Tommaso AULETTA, Giovanni GIACOBBE, Massimo DOGLIOTTI, Paolo ZATTI, Guido ALPA, entre outros. Encontravam-se, assim, situados dentro de um processo, inicial e aberto, de construção dogmática de um direito tutelado por certo setor da jurisprudência em razão de se tratar de um interesse existencial⁵¹ digno da máxima proteção jurídica.⁵²

direito à identidade pessoal, não definindo, no entanto, o que entende por tal direito, mesmo estabelecendo, no art. 4º, definições para algumas expressões das quais trata. Está claro, assim, que o direito à identidade pessoal foi reconhecido, mas não se explicitou o conceito, objeto e alcance adotados. *In verbis*: “Art. 2.(Finalita). Il presente testo unico, di seguito denominato "codice", garantisce che il trattamento dei dati personali si svolga nel rispetto dei diritti e delle liberta' fondamentali, nonche' della dignita' dell'interessato, con particolare riferimento alla riservatezza, all'identita' personale e al diritto alla protezione dei dati personali”. (Disponível em: <<http://www.parlamento.it/leggi/deleghe/03196dl.htm>>. Acesso em 01.02.2006). O Decreto é, portanto, um código para o tratamento dos dados pessoais, mas não representou um avanço no que tange ao tratamento da identidade pessoal, se mantendo, nesse aspecto, a mesma indefinição da lei anterior que, em seu art. 1º,1, dispunha: “1. La presente legge garantisce che il trattamento dei dati personali si svolga nel rispetto dei diritti, delle liberta' fondamentali, nonche' della dignita' delle persone fisiche, con particolare riferimento alla riservatezza e all'identita' personale; garantisce altresì i diritti delle persone giuridiche e di ogni altro ente o associazione”. Disponível em: <<http://www.parlamento.it/parlam/leggi/966751.htm>>. Acesso em 01.02.2006. (Para maiores questionamentos quanto à Lei n. 675/1996, v. Giorgio Pino, *Il diritto all'identità personale*, cit., pp. 189 e ss; para o tratamento dos dados pessoais e o direito à identidade pessoal, cf. Capítulo 5, item 5.1.2).

⁴⁹ Giorgio PINO, *Il diritto all'identità personale*, cit., pp. 9-10.

⁵⁰ Carlos Fernández SESSAREGO, *Derecho a la identidad personal*, cit., p. 37.

⁵¹ É relevante mencionar a diferenciação feita por Pietro PERLINGIERI, entre interesse jurídico e direito subjetivo. Para o autor, que defende a visão do direito subjetivo como interesse protegido e não como poder da vontade, “o interesse é tutelado se, enquanto for conforme não apenas ao interesse do titular, mas também àquele da coletividade. Na maior parte das hipóteses, o interesse faz nascer uma situação subjetiva complexa, composta tanto de poderes quanto de deveres, obrigações, ônus. É nessa perspectiva que se coloca a crise do direito subjetivo. Este nasceu para exprimir um interesse individual e egoísta, enquanto que a noção de situação subjetiva complexa

A formação extralegislativa do direito à identidade pessoal não ocorreu silenciosamente, nem foi ocultada por meio de conceituações tendentes a criar para o novo direito disposições legislativas precisas e estanques. Ao contrário, tornou-se comum observar como nas últimas três décadas o já extenso rol de direitos da personalidade havia continuado a aumentar pela atuação jurisprudencial que trouxe novas figuras subjetivas de interesses já presentes no ordenamento (foram criados, por exemplo, o direito ao esquecimento e o direito à exploração econômica da própria notoriedade).⁵³

No Brasil, é relevante mencionar a relativização de institutos inicialmente tidos como absolutos por conformarem os pilares do pensamento liberal, e que acabaram por fazer emergir novos direitos. É o caso do Direito do Trabalho, que veio subverter a leitura do princípio da isonomia, conferindo maior proteção ao trabalhador perante a lei, seguido, posteriormente, pela Lei de Locações e o Código de Defesa do Consumidor.⁵⁴

Quanto aos direitos da personalidade em si, a atividade criativa dos juristas brasileiros, embora não tão profícua, também produziu o reconhecimento de novas figuras jurídicas. O direito à intimidade e o direito à própria imagem são os exemplos mais expressivos, em sede civil, da contribuição jurisprudencial na formação e reconhecimento de novos interesses existenciais.⁵⁵

Lentamente, mas não sem perplexidades e perturbações, os juristas foram aceitando a existência de novos interesses existenciais dignos de tutela. Entendia a melhor doutrina, atenta ao desenvolvimento da teoria dos direitos da pessoa humana, que identificar um sujeito significa a possibilidade de verificar os caracteres que permitem distinguir uma pessoa de todas as demais, isto é, de individualizar o sujeito com base em um conjunto de caracteres e de dados, muitos dos quais aparecem no registro civil. Mas também se entendeu que a identidade da pessoa não se esgotava com a informação referida somente aos aspectos da personalidade, mas que ela devia, também, incluir um conjunto de valores que definiam a personalidade de cada sujeito. Assim, paulatinamente foi-

configura a função de solidariedade prevista no âmbito constitucional”. (*Perfis do Direito Civil*, cit., p. 121).

⁵² Carlos Fernández SESSAREGO, *Derecho a la identidad personal*, cit., p. 39.

⁵³ Giorgio PINO, *Il diritto all'identità personale*, cit., p. 11.

⁵⁴ Maria Celina BODIN DE MORAES, *Danos à Pessoa Humana*. Uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais, cit., pp. 118-119.

⁵⁵ Elimar SZANIAWISKI, “Direitos da Personalidade e sua Tutela”. In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 77.

se chegando à conclusão de que a identidade da pessoa, de cada pessoa, não se limitava aos seus signos distintivos, mas compreendia também todos os atributos e qualidades, seus pensamentos, sempre que se traduzissem em comportamentos efetivos, em condutas intersubjetivas, isto é, sempre que se projetassem socialmente.⁵⁶

Após a entrada em vigor do Código Civil italiano, em 1942, houve uma importante contribuição de Francesco MESSINEO⁵⁷, influente civilista cuja formação cultural fora desenvolvida durante a vigência do código civil revogado, de 1865. Ele afirma que o problema da identidade é essencialmente “o problema da individualização dos objetos e dos sujeitos dos direitos subjetivos e dos *status* pessoais”.⁵⁸

Limitando o discurso ao tema da identidade das pessoas, o autor trata de diversas hipóteses que atestam sua relevância jurídica: sublinha, primeiramente, o interesse público que envolve a regulamentação da norma sobre o estado civil e, ainda, das sanções penais previstas para o crime de falsidade ideológica e de imputação de características ou falsos atos, previstos nos crimes de calúnia, difamação e injúria (arts. 138, 139 e 140, respectivamente, do Código Penal brasileiro). Em segundo lugar, no âmbito civil, a identidade (ou a correta identificação) das pessoas pode assumir relevância jurídica, por exemplo, nos contratos personalíssimos, no matrimônio ou na sucessão testamentária. Passando, portanto, da perspectiva do interesse de se conhecer a exata identidade de terceiros àquela do interesse de que a própria identidade e o próprio *status* não sejam confundidos com aqueles de terceiros. O conceito de “direito à identidade” de MESSINEO abrange a tutela os signos distintivos pessoais, isto é, a generalidade e os signos distintivos da pessoa.⁵⁹

Em resumo, na linguagem da doutrina civilista italiana o uso da expressão “identidade pessoal” remonta pelo menos aos anos trinta do século passado e denota, principalmente, a exigência de que uma certa pessoa seja individualizável, identificável, distinguível em relação às outras com as quais poderia ter interesse

⁵⁶ Carlos Fernández SESSAREGO, *Derecho a la identidad personal*, cit., p. 23.

⁵⁷ Francesco MESSINEO, “Problemi dell’identità delle cose e delle persone nel diritto privato”. In: *Annali del seminario giuridico dell’Università di Catania*, vol. IV, Napoli, Jovene, 1950, *apud* Giorgio PINO, *Il diritto all’identità personale*, cit., p. 33.

⁵⁸ Francesco MESSINEO, “Problemi dell’identità delle cose e delle persone nel diritto privato”. In: *Annali del seminario giuridico dell’Università di Catania*, vol. IV, Napoli, Jovene, 1950, p.66 *apud* Giorgio PINO, *Il diritto all’identità personale*, cit., p. 33.

⁵⁹ Giorgio PINO, *Il diritto all’identità personale*, cit., pp. 33-34.

em se confundir, ou que, ainda, outras pessoas possam querer confundir-se com ela. Tal exigência é juridicamente protegida por meio da regulamentação jurídica dos signos distintivos da pessoa e do *status*, seja na esfera pública (penal ou administrativa), seja, de maneira marginal, em sede civil. Essa concepção do direito à identidade pessoal, contudo, ficou marcada na linguagem da doutrina de direito público, razão pela qual se entende que é essencialmente publicista.⁶⁰

De fato, na cultura jurídica italiana, em meados dos anos cinqüenta e sessenta, começa a surgir uma tendência a superar a concepção restritiva da identidade pessoal, atrelada aos signos distintivos, ao registro civil, em favor de uma concepção mais ampla, que é o embrião de uma noção diversa, hoje amplamente aceita pela doutrina jurídica italiana. É sobre essa perspectiva que se colocam, por um lado, em alguns pontos, Adriano DE CUPIS, Tulio ASCARELLI e Mario ARE, e, por outro lado, algumas teorias fragmentárias e pontuais, doutrinárias e jurisprudenciais, sobre o direito ao nome e sobre o direito à imagem.⁶¹ Há, por óbvio, dissidências quanto ao reconhecimento e aceitação do direito à identidade pessoal, que serão explicitadas no item 4.4, *infra*, após o esboço das definições do direito em questão.

No Brasil a questão ainda é pouco debatida. Há obras precursoras que tratam do tema, algumas, contudo, sem adentrar no debate especificamente⁶². Maria Celina BODIN DE MORAES⁶³ escreveu mais detalhadamente, explicitando o conceito, tratamento e aplicação do direito à identidade pessoal no país⁶⁴. O posicionamento da autora será abordado no momento oportuno, quando do

⁶⁰ Giorgio PINO, *Il diritto all'identità personale*, cit., pp. 33-34. Tal perspectiva publicista é claramente expressa na visão de M. PLANIOL, para quem o nome era uma mera “etiqueta administrativa”. (*Traité élémentaire de droit civil*, I, 1, Paris, 1904, p. 154 *apud* Angelo SATURNO, “Il diritto all'identità personale: evoluzione dottrinale e modelli giurisprudenziali”. In: *Rassegna di diritto civile*, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1972, p. 717, nota 4).

⁶¹ Giorgio PINO, *Il diritto all'identità personale*, cit., p. 35.

⁶² “A tutela do nome e do pseudônimo, que deve ser entendida na acepção mais abrangente de um direito à identidade pessoal, é afirmada nos artigos 16 a 18”. (Gustavo TEPEDINO, “A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-constitucional Brasileiro”. In: *Temas de Direito Civil*, 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 36); “A proteção do nome é estendida ao pseudônimo pelo artigo 19, reconhecendo a posição doutrinária já estabilizada. O dispositivo deixa claro que, ao se tutelar o nome, vai-se além da simples afirmação de um direito ao nome e chega-se a um verdadeiro direito à identidade pessoal.” (Danilo DONEDA, “Os Direitos da Personalidade no Código Civil”. In: *A Parte Geral do Novo Código Civil*, 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 52).

⁶³ O posicionamento da autora é especificamente abordado no Capítulo 6, quanto à aplicabilidade dessa figura jurídica no ordenamento brasileiro.

⁶⁴ Maria Celina BODIN DE MORAES, “A tutela da Identidade pessoal no Código de 2002”, *mimeo passim*, espec. pp. 22-25.

questionamento quanto à aplicabilidade e tutela dessa figura jurídica no direito brasileiro.⁶⁵

A ausência de numerosos debates doutrinários e jurisprudenciais no direito pátrio não significa que essa figura jurídica não seja importante para nosso ordenamento. Isso porque, verificando novos interesses existenciais atinentes à pessoa humana, protegendo-os em uma expressão ainda não adequadamente tutelada, e considerando o princípio da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, claro está que não só é cabível sua aplicação no direito brasileiro como também está evidenciada a necessidade da sua presença. No entanto, esse direito não seria necessariamente aplicado como o é nos ordenamentos estrangeiros, em virtude essencialmente do tempo de amadurecimento dessa figura jurídica, sobretudo na Itália, o que possibilitou uma abordagem diferenciada.

Conforme mencionado anteriormente, o direito italiano já prevê de forma expressa em sua legislação a tutela da identidade pessoal.⁶⁶ Embora a lei não seja clara quanto ao seu significado, essa positivação é representativa no sentido de manifestar a relevância que essa figura jurídica adquiriu naquele país. Por conseguinte, o tratamento a ela dado no Brasil deve ser diferenciado, evidenciando que há peculiaridades que se referem a cada um dos ordenamentos. Embora não haja positivação, a tutela do direito à identidade pessoal pode ser efetivada em decorrência do caráter normativo dos princípios constitucionais, mas fazendo com que algumas características desse direito divirjam, como será melhor explicitado.⁶⁷

4.3 **Conceituação, objeto e limites**

O conceito do direito à identidade pessoal é bastante debatido, e não há uma delimitação e abrangência estabelecida pacificamente, o que acarreta variação do seu contorno de acordo tanto com o país em que se encontra reconhecido quanto com o momento histórico em que está inserido.

⁶⁵ V. Capítulo 6, *infra*.

⁶⁶ V. p. 50, nota 153, *supra*.

⁶⁷ Cf.. Capítulo 6, *infra*.

Giorgio PINO esclarece que o conceito inicial de direito à identidade pessoal, que data de 1938, compreendia aquilo que serve para distinguir um indivíduo do outro, o que o individualiza aos olhos da coletividade e da administração pública.⁶⁸ Tratava-se, portanto, de uma noção sintética para indicar tanto as conotações e signos distintivos pessoais quanto o nome. Naquela mesma época, o conceito foi aprofundado por Francesco DEGNI, em seu livro *Le persone fisiche e i diritti della personalità*⁶⁹, em que os direitos da personalidade eram divididos em várias classes e subclasses: direito à individualidade do próprio ser; direito à integridade física; direito à integridade moral; direito ao desenvolvimento da própria atividade; direito à propriedade intelectual. O direito à identidade pessoal, como interesse da pessoa à individualidade, se enquadrava na primeira subdivisão (direito à individualidade do próprio ser), que compreendia o direito ao nome civil, comercial, ao pseudônimo, aos títulos nobiliárquicos.⁷⁰

A existência, dentro dos ordenamentos positivos, de uma quantidade de direitos da pessoa se justifica pelo fato de que cada um deles protege um determinado interesse existencial. Isso, no entanto, não significa que todos os direitos da pessoa não sejam interdependentes, em virtude da incindível unidade ontológica em que consiste a pessoa humana. Os direitos existenciais apresentam-se essencialmente vinculados e têm na pessoa humana seu único fundamento, encontrando sua base normativa na cláusula geral de tutela da pessoa humana⁷¹ presente em alguns ordenamentos constitucionais.⁷² Deve-se ao criativo trabalho da jurisprudência italiana o surgimento do interesse existencial à identidade pessoal, enquanto proteção social da personalidade, como uma nova e autônoma situação jurídica subjetiva. Esse interesse existencial em sua expressão dinâmica⁷³ não se encontra protegido por nenhuma norma específica dentro do ordenamento jurídico.⁷⁴

⁶⁸ G. FALCO, "Identità personale". In: *Nuovo Digesto Italiano*, vol. VI, Torino, Utet, 1938, p. 649 *apud* Giorgio PINO, *Il diritto all'identità personale*, cit., p. 32.

⁶⁹ Francesco DEGNI, *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, Torino, Utet, 1939, pp. 160-223 *apud* Giorgio PINO, *Il diritto all'identità personale*, cit., p. 32.

⁷⁰ Giorgio PINO, *Il diritto all'identità personale*, cit., p. 32.

⁷¹ Para uma abordagem mais detalhada da discussão sobre a cláusula geral e o rol dos direitos da personalidade, v. Capítulo 3, *supra*, e, ainda, item 4.4.1, *infra*.

⁷² Carlos Fernández SESSAREGO, *Derecho a la identidad personal*, cit., pp. 238-239.

⁷³ Quanto à expressão dinâmica da identidade pessoal, v. item 5.2, *infra*.

⁷⁴ Carlos Fernández SESSAREGO, *Derecho a la identidad personal*, cit., pp. 99-100.

A idéia de relevância jurídica em geral – e da tutela, em particular, em sede civil –, de algumas formas de expressão da personalidade individual comparece ainda na obra de Tulio ASCARELLI, renomado estudioso do Direito Empresarial. Segundo ASCARELLI, cada pessoa é titular de um verdadeiro e próprio direito de “paternidade dos próprios atos”, que pode ser compreendida apenas pela legítima atividade de crítica, de pesquisa historiográfica ou de criações artísticas desenvolvidas por terceiros. Esse direito articula-se com a possibilidade de reivindicar a paternidade dos próprios atos, de refutar a paternidade de atos não praticados e de opor-se a que se revele a paternidade de atos que se deseja conservar anônimos.⁷⁵ Esse entendimento, embora distante do grau de detalhamento que o direito à identidade pessoal atingiu pela sucessiva elaboração jurisprudencial e doutrinária, se revela sugestivo por possivelmente ter influenciado, ainda que inconscientemente, inclusive na linguagem, aquele que é considerado o primeiro pronunciamento jurisprudencial⁷⁶ que afirmou a existência do direito à identidade pessoal no ordenamento italiano.⁷⁷

Adriano DE CUPIS, renomado doutrinador italiano, trabalhando com o conceito tradicional, entende que o direito à identidade pessoal é o interesse da pessoa, juridicamente tutelável, de aparecer, no âmbito social, como aquilo que ela realmente é. A tutela da identidade pessoal se dá mediante a atribuição à pessoa do direito ao uso exclusivo de certos signos (ou sinais) distintivos pessoais (nome, pseudônimo, títulos, direito moral do autor)⁷⁸, de modo a impedir possíveis confusões com outros semelhantes. Entretanto, segundo o autor, os signos distintivos não exaurem o âmbito da tutela da identidade pessoal, pois há numerosas hipóteses nas quais a ofensa à identidade pessoal prescinde de um uso ilegítimo desses signos, como, por exemplo, quando se faz a representação de

⁷⁵ É interessante notar a semelhança de tal conceito com o direito moral do autor, que tutela tais direitos atrelados à sua obra. Assim, a Lei de Direitos Autorais (Lei nº 9610/98), tratando dos direitos morais do autor, dispõe:

“Art. 24. São direitos morais do autor:

I - o de reivindicar, a qualquer tempo, a autoria da obra;

II - o de ter o seu nome, pseudônimo ou sinal convencional indicado ou enunciado, como sendo o do autor, na utilização de sua obra;

(...)

III - o de assegurar a integridade da obra, opondo-se a quaisquer modificações ou à prática de atos que, de qualquer forma, possam prejudicá-la ou atingi-lo como autor, em sua reputação e honra.”

⁷⁶ Julgado de Roma, em 6 de maio de 1974, *supra*.

⁷⁷ Giorgio PINO, *Il diritto all'identità personale*, cit., p. 37.

⁷⁸ Cf. Adriano DE CUPIS, *Os Direitos da Personalidade*, trad. bras. de Antonio Celso Furtado Rezende, Campinas: Romana, 2004, *passim*.

uma pessoa omitindo alguns elementos reais ou acrescentando elementos irreais. Considerando que, em tais casos, o bem lesionado é o mesmo bem tutelado pelas disposições sobre signos distintivos, DE CUPIS conclui, por analogia, que essas possíveis lesões à identidade pessoal merecem a tutela do ordenamento jurídico. Outro argumento utilizado a favor da relevância jurídica da proteção à identidade pessoal deriva do direito de retificação, que está presente caso tal direito seja ofendido. Esse panorama é completado por duas conclusões, que restaram como os pontos mais consolidados em todo o debate sobre o tema. Em primeiro lugar, a lesão à identidade pessoal prescinde da ofensa à honra, isto é, a lesão à identidade ocorre pela afirmação falsa, mas não necessariamente difamatória, lesiva à honra. Em segundo lugar, o interesse à identidade pessoal é apresentado como o outro lado do direito ao resguardo (ou à privacidade): no primeiro caso há tutela da correta difusão e representação da verdade pessoal; no segundo, uma tutela contra a difusão indesejada da verdade pessoal.⁷⁹

DE CUPIS defende, então, que o direito à identidade pessoal é um direito subjetivo da personalidade e, como tal, essencial, intransmissível, indisponível e irrenunciável⁸⁰. Ele encontra aplicações particulares na disciplina do nome, do pseudônimo, da imagem e do direito de retificação. Ressalta, ainda, que, entre os vários sinais distintivos o nome é o único em que a identidade pessoal se apresenta como direito essencial e, portanto, direito da personalidade. Os demais signos distintivos pessoais – alcunha, pseudônimo, título, brasão –, embora conformem o bem da identidade pessoal, não seriam direitos essenciais, razão pela qual somente o direito ao nome seria a expressão da identidade pessoal, o que por sua vez o coloca como um direito da personalidade.⁸¹

O interesse substancial atinente a essas normas, ressalta ainda DE CUPIS, não é apenas o da identificabilidade do sujeito em relação a todos, mas também aquele à correta *representação social* da personalidade, o interesse a que a proteção da personalidade não seja desvirtuada pela atribuição não verdadeira de determinados fatos ou qualidades – o que chamou de tutela da verdade pessoal.⁸²

⁷⁹ Adriano DE CUPIS, “La verità nel diritto”. In: *Teoria e pratica del diritto civile*, Milano: Giuffrè, 1955, pp. 133-134.

⁸⁰ Cf. Adriano DE CUPIS, *Os Direitos da Personalidade*, trad. bras. de Antonio Celso Furtado Rezende, Campinas: Romana, 2004, pp. 19-68.

⁸¹ Cf. Adriano DE CUPIS, *Os Direitos da Personalidade*, cit., p. 330.

⁸² Adriano DE CUPIS, “La verità nel diritto”. In: *Teoria e pratica del diritto civile*, Milano: Giuffrè, 1955, pp. 135-136.

Seguindo essa linha de pensamento, Angelo SATURNO define o direito em questão – que é o mais novo integrante das situações de proteção da pessoa humana – como a pretensão de que as representações da personalidade alheia e das ações de um certo indivíduo respeitem a sua verdade intrínseca.⁸³

É árdua a tarefa de precisar um único conceito que explicita com clareza e completude o que é o direito em questão. Carlo AFFINITO apresenta uma definição extensa, mas bastante clara e coesa, ao entender que o direito à identidade pessoal tem por objeto o interesse da pessoa à intangibilidade da própria proteção social e a ver reconhecido externamente o próprio patrimônio intelectual, cultural, ideológico, social, político, religioso. Esse direito, portanto, tutela o interesse a não se atribuir – mediante descontextualização, ofuscamento, alteração, desvio e em desprezo dos critérios da correção, da diligência e da boa-fé – atos, pensamentos e afirmações contrários à verdade, à veracidade, à verossimilhança, ainda que mediante excesso ou abuso de direitos, de poderes e de liberdades, mesmo que reconhecidos ou garantidos pelo ordenamento. Para o autor, o direito à identidade pessoal é, então, espécie de direito da personalidade. Este último engloba o primeiro por ser mais amplo. Sendo assim, o direito à identidade pessoal teria natureza jurídica de direito subjetivo absoluto, essencial, personalíssimo, originário, não patrimonial, indisponível, imprescritível, irrenunciável e intransmissível.⁸⁴

Quanto às características apresentadas por Adriano DE CUPIS, ambos convergem para sua classificação como integrante do rol dos direitos da personalidade. A maior divergência, no entanto, está quanto à maneira com que cada autor coloca o direito à identidade pessoal neste rol.

Segundo Carlo AFFINITO, no direito à identidade pessoal está incluído – juntamente com os direitos à integridade moral, à identidade sexual, à identidade informática e à privacidade –, o rol não taxativo dos direitos da personalidade, que compreende ainda os tradicionais direitos à integridade física, ao nome, ao pseudônimo, à imagem, ao direito moral do autor e ao direito de inédito.⁸⁵

Dessa forma, para o autor, o direito à identidade pessoal seria como um direito amplo, que comporta outros direitos da personalidade: os previstos

⁸³ Angelo SATURNO, “Il diritto all’identità personale”, cit., p. 716.

⁸⁴ Carlo AFFINITO, *Del diritto all’identità personale e della personalità*. Disponível em: <http://www.illaboratorio.net/law_04.html>. Acesso em: 07 jul. 2005, p. 1.

⁸⁵ Carlo AFFINITO, *Del diritto all’identità*, cit, p. 1.

expressamente e os não previstos. Como já mencionado anteriormente, essa perspectiva é controvertida, podendo-se ressaltar, a título ilustrativo, a concepção de Adriano DE CUPIS, para quem o direito à identidade pessoal decorre do direito ao nome – esse mais amplo, em virtude de sua função identificadora – e exclui dos demais signos distintivos a característica pertencente à categoria de direitos da personalidade.⁸⁶

R. CAPELO DE SOUSA afirma, a seu turno, quanto à perspectiva portuguesa, que o bem da identidade reside na própria ligação de correspondência ou identidade da pessoa consigo mesma, uma vez que cada indivíduo é portador de uma unidade diferenciada, original e irrepetível, oponível externamente na qual todos os seus múltiplos elementos e expressões se aglutinam, se complementam e se projetam e se identificam. Para o autor, essa dinâmica estruturante de aglutinação, de coesão e de unidade do ser humano o constitui em sua identidade, fazendo com que se rejeite como desintegração de si mesmo a manipulação, a descontextualização ou a utilização heterônoma dos seus elementos físicos ou morais. Tal fato está ligado, sob seu ponto de vista, a profundas necessidades humanas, a ponto de a convivência social depender da sua salvaguarda. Assim, o direito à identidade pessoal, no ordenamento jurídico português, decorre do n. 1 do art. 26 da Constituição Portuguesa⁸⁷ e da cláusula geral do art. 70 do Código Civil Português,⁸⁸ fazendo com que se veja cada ser humano como um centro autônomo de interesses, reconhecendo o seu particular modo de ser e impondo aos outros o reconhecimento da sua identidade, fazendo com que as referências feitas a cada pessoa respeitem a sua identidade ontológica. Conclui, então, que o interesse jurídico da identidade humana é atingido não só nos casos em que os elementos ou sinais da identidade sejam falsificados, deturpados ou desviados dos fins próprios do respectivo titular, mas também nos casos em que a representação

⁸⁶ Cf. Adriano. DE CUPIS, “O Direito à Identidade Pessoal”. In: *Os Direitos da Personalidade*, trad. bras. de Antonio Celso Furtado Rezende, Campinas: Romana, 2004, p. 180.

⁸⁷ Art. 26.º (*Outros direitos pessoais*) “1. A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à protecção legal contra quaisquer formas de discriminação”.

⁸⁸ Artigo 70.º (*Tutela geral da personalidade*) “1. A lei protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral.
2. Independentemente da responsabilidade civil a que haja lugar a pessoa ameaçada ou ofendida pode requerer as providências adequadas às circunstâncias do caso, com o fim de evitar a consumação da ameaça ou atenuar os efeitos da ofensa já cometida”.

da pessoa não seja exata por omissão ou insuficiência nos elementos ou sinais retratados.⁸⁹

Verifica-se que com o passar do tempo, a significação do direito à identidade pessoal foi sendo aprofundada, na Itália. O conceito doutrinário atual na doutrina italiana, de acordo com G. PINO, compreende a identidade pessoal como *individualidade* pessoal, ou seja, como imagem social que o indivíduo projeta de si em relação ao conjunto das idéias, das convicções, das posições políticas, dos movimentos culturais e de qualquer outro que constitua expressão externa do patrimônio moral de qualquer indivíduo. A tutela desse interesse é ligada de maneira apenas eventual, ocasional, à tutela dos signos distintivos, e, ainda, é um bem jurídico que tem relevância de maneira totalmente autônoma.⁹⁰

Para Carlos Fernández SESSAREGO, doutrinador peruano e grande expoente do tema, a identidade pessoal é o conjunto de atributos e características que permitem individualizar a pessoa em sociedade. É tudo aquilo que faz com que cada qual seja si mesmo e não outro. Essa identidade se desprende no tempo e se coloca no passado desde o instante da concepção, onde se encontram suas raízes e sua história. É fluida, se cria com o tempo, é mutante. Esse é o aspecto dinâmico da identidade.⁹¹ Há, ainda, um aspecto estático.⁹² Quando nos achamos de frente com uma pessoa nos deparamos com uma imagem e um nome: o sujeito é identificado primariamente. O patrimônio ideológico-cultural de uma pessoa é constituído pelos seus pensamentos, opiniões, crenças, comportamentos que projetam no mundo da intersubjetividade. É a bagagem de características e atributos que definem a verdade pessoal. Então, o direito à identidade supõe a exigência do direito à própria biografia, que é a situação jurídica pela qual o sujeito tem direito de ser fielmente retratado em sua projeção cultural.⁹³

Há, no entanto, correntes contrárias a esse entendimento. Segundo Ezio CAPIZZANO⁹⁴, o direito ao nome, e só ele, compreende o direito à identidade

⁸⁹ Rabindranath CAPELO DE SOUSA, *O Direito Geral de Personalidade*, Coimbra: Coimbra, 1995, pp. 244-245.

⁹⁰ Giorgio PINO, *Il diritto all'identità personale*, cit., pp. 32 e 43.

⁹¹ Sobre o aspecto dinâmico da identidade pessoal, vide item 5.2, *infra*.

⁹² O aspecto estático, por sua vez, é tratado no item 5.1, *infra*.

⁹³ Carlos Fernández SESSAREGO, *Derecho a la identidad personal*, cit., pp. 234 e 344.

⁹⁴ A obra em referência é “La tutela del diritto al nome civile”. In: *Rivista del diritto commerciale*, 1962, I, pp. 241-311.

peçoal. Uma outra corrente de pensamento, formada por DE CUPIS⁹⁵ e BIANCA⁹⁶, entende que o direito ao nome é um aspecto do direito à identidade pessoal, que comportaria, além desse, o direito à identidade sexual e moral. São, dessa forma, aplicáveis à proteção da identidade pessoal as ações que abragem a defesa do nome, enquanto compatíveis: de tutela, de usurpação, de proibição, responsabilidade aquiliana, de retificação e ainda a tutela inibitória do uso sempre que haja possibilidade de prejuízo.⁹⁷

Segundo tais autores, portanto, o direito à identidade pessoal não seria um direito autônomo, mas sim derivado do direito ao nome, e a ele seriam aplicados os institutos existentes à tutela do nome pessoal.

A jurisprudência italiana deu relevância a três aspectos característicos do direito à identidade pessoal: i) o caráter onicompreensivo da personalidade do sujeito, representando a totalidade do seu patrimônio cultural, qualquer que seja sua específica manifestação, o que cada um realmente é e significa em sua projeção existencial; ii) a objetividade, isto é, a identidade pessoal está calcada na verdade, está entendida não em sentido absoluto, mas como a realidade cognoscível segundo os critérios da normal diligência e da boa-fé subjetiva; iii) a exterioridade: se refere ao sujeito em sua interação, em sua projeção social.⁹⁸

4.4

O direito à identidade pessoal como produto da evolução dos direitos da personalidade: questionamentos. Direito subjetivo? Direito autônomo?

Há, como já mencionado, grande divergência quanto à classificação da identidade humana. Alguns o reconhecem como um autêntico direito subjetivo, outros defendem que tal categoria de direito, de matriz eminentemente patrimonialista, não é apta a englobar interesses existenciais juridicamente protegidos, sendo mais adequado se falar em situação jurídica subjetiva.

Quanto à sua autonomia, encontra defensores tanto o entendimento de que seria direito autônomo da personalidade, decorrente do direito essencial de toda

⁹⁵ Adriano DE CUPIS, O Direito à Identidade Pessoal. In: *Os Direitos da Personalidade*, trad. bras. de Antonio Celso Furtado Rezende, Campinas: Romana, 2004, pp. 179 ss.

⁹⁶ M. C. BIANCA, *Diritto civile. La norma giuridica. I sogetti*, Milano: Giuffrè, 1978, *apud* Carlo AFFINITO, “Del diritto all’identità personale e della personalità”, cit., p. 1.

⁹⁷ Carlo AFFINITO, “Del diritto all’identità”, cit., p. 1.

⁹⁸ Carlos Fernández SESSAREGO, *Derecho a la identidad personal*, cit., p. 34.

pessoa sobre sua integridade moral, como aquele que o compreende como decorrente do direito ao nome, em razão de sua função identificadora.

Dessa forma, entendendo que esmiuçar suas características seja essencial para sua compreensão, e compreendê-las permite uma tutela jurídica mais adequada, passa-se ao seu estudo.

4.4.1 Direito subjetivo?

Antes de se colocar a discussão do direito à identidade pessoal como pertencente ou não à categoria de direitos subjetivos, há que se destacar, como pressuposto, que o direito à identidade pessoal possui natureza personalista, e não patrimonialista. Dessa natureza deriva a indisponibilidade, que exprime um princípio ético e social de inseparabilidade entre a pessoa humana e os aspectos mais íntimos da sua individualidade, e o que justifica que para os quais a melhor destinação dos dados pessoais, quiçá a única possível, é aquela que remanesce na esfera do seu titular.⁹⁹

É polêmico o tema do reconhecimento da identidade pessoal como integrante da categoria geral do direito subjetivo, sendo, ainda, questionada a sua autonomia frente os outros direitos da personalidade, com os quais apresenta elementos afins, bem como a possibilidade de defini-lo como um direito específico ou mesmo como um aspecto de um direito geral da personalidade.¹⁰⁰

De um lado, alguns autores italianos sustentam que os direitos da personalidade podem ser enquadrados como direitos subjetivos, em razão das peculiaridades estruturais dos atributos da personalidade em relação a outros bens suscetíveis de apropriação jurídica. Em tal caso, há que se falar em “direitos da personalidade”, ao invés de se considerar que haja um “direito geral da personalidade”. Defendem essa tese DE CUPIS, C. M. BIANCA, M. DOGLIOTTI, dentre outros.¹⁰¹ De outro lado, defendem haver um direito geral da personalidade P. PERLINGIERI¹⁰² e D. MESSINETTI¹⁰³.

⁹⁹ Angelo SATURNO, “Il diritto all’identità personale”, cit., p. 718.

¹⁰⁰ Giorgio PINO, *Il diritto all’identità personale*, cit., p. 134.

¹⁰¹ A. DE CUPIS, *I diritti della personalità*, Milano, Giuffrè, 1982, p. 13; C. M. BIANCA, *Diritto Civile I. La norma giuridica. I soggetti*, Milano, Giuffrè, 1990 (1978), p. 146; M. DOGLIOTTI, “Le

Giorgio PINO defende haver, nessa questão, um uso ideológico do conceito de direito subjetivo, que muitas vezes deixa de lado a discussão dogmática. Para o autor, a concepção mais moderna de direito subjetivo abandona aquela em que há uma relação de poder sobre um ente externo ao qual corresponde uma sujeição, para comportar uma noção de “complexa posição de vantagem reconhecida pelo ordenamento a um certo sujeito em relação a um certo bem, material ou imaterial”. Assim, em razão de o ordenamento assegurar a certos interesses a proteção jurídica – por exemplo, na forma de um poder de reação ou de inibição reconhecido por via direta ao titular daquele interesse –, poder-se-ia considerar aqueles interesses como direitos subjetivos.¹⁰⁴

Por outro lado, alguns não utilizam a noção de direito subjetivo, mas uma diversa, como a de interesse jurídico relevante ou outra similar. Objetiva-se, com isso, conferir relevância jurídica a determinados bens atinentes à esfera da personalidade humana, independente da sua qualificação em termos de direito subjetivo e caracterizada por uma gradação de proteção de interesse diversa, reconhecendo a tutelabilidade de interesses de várias naturezas diretamente ou indiretamente reconhecidos por uma norma legal. A dificuldade de se entender os bens da personalidade como direitos subjetivos se dá em razão da concepção do direito subjetivo como situação de vantagem ativa, como poder cujo conteúdo é uma faculdade de agir para a satisfação de um certo interesse. Nesse caso, falar-se-á genericamente de “bens da personalidade” ou de “atributos da personalidade” ou de diversos “interesses”: à identidade pessoal, à privacidade, etc. A diferença em relação à posição anterior é que para os defensores dessa tese, o “bem da vida” constitui objeto de uma “tutela objetiva” prestada pelo ordenamento, diferentemente da tutela dos direitos subjetivos, que dependem da existência de

persone fisiche”. In: *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, vol II, t. I, Torino, Utet, 1992, p.70 *apud* Giorgio PINO, *Il diritto all'identità personale*, cit., p. 136.

¹⁰² “O art. 2 Const. É uma norma diretamente aplicável e exprime uma cláusula geral de tutela da pessoa humana: o seu conteúdo não se limita a resumir os direitos tipicamente previstos por outros artigos da Constituição, mas permite estender a tutela a situações atípicas” (Pietro PERLINGIERI, *Perfis do Direito Civil*, cit., p. 155).

¹⁰³ P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, Jovene, 1972, pp. 139, 174; D. MESSINETTI, “Personalità (diritti della)”. In: *Enciclopedia del Diritto*, vol XXXIII, Milano, Giuffrè, 1983, pp. 355-406 *apud* Giorgio PINO, *Il diritto all'identità personale*, cit., p.138.

¹⁰⁴ Giorgio PINO, *Il diritto all'identità personale*, cit., pp. 138-139.

um válido título que o atribua. Nesse sentido, alguns representantes desse pensamento seriam F. SANTORO PASSARELLI, M. BESSONE, G. ALPA.¹⁰⁵

Outra corrente, à primeira vista semelhante a essa última, entende que não há como se enquadrar os direitos da personalidade na forma dos direitos subjetivos, relacionado com a apropriação de algo externo ao sujeito. A forma essencial da tutela jurídica da personalidade residiria num dever de abstenção, cuja violação legitima os poderes de reação da parte do interessado. Nesse caso, não se fala de direitos da personalidade ou de bens da personalidade, mas de uma “cláusula geral de tutela da personalidade”, ou de “valor jurídico da pessoa”, que estaria reconhecida no art. 2º da Constituição italiana¹⁰⁶. Aplicando-se ao ordenamento jurídico brasileiro, ao art. 1º, III, da Constituição Federal de 88 se apresenta como a cláusula geral de tutela da pessoa humana pela proteção da sua dignidade, trazendo, assim, como postulados, a defesa da igualdade, da integridade psicofísica, da liberdade e da solidariedade.¹⁰⁷ Os defensores desse pensamento seriam P. PERLINGIERI¹⁰⁸ e D. MESSINETTI,¹⁰⁹ na Itália, e Maria Celina BODIN DE MORAES¹¹⁰ e Gustavo TEPEDINO,¹¹¹ no Brasil.

Pietro PERLINGIERI é peremptório e esclarecedor:

“A essa matéria [situações existenciais] não se pode aplicar o direito subjetivo elaborado sobre a categoria do “ter”. Na categoria do “ser” não existe dualidade entre sujeito e objeto, porque ambos representam o ser, e a titularidade é institucional, orgânica. Onde o objeto de tutela é a pessoa, a perspectiva deve mudar; torna-se necessidade lógica reconhecer, pela especial natureza do interesse protegido, que é justamente a pessoa a constituir ao mesmo tempo o sujeito titular do direito e o ponto de referência subjetivo da relação. A tutela da

¹⁰⁵ F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, Jovene, 1989, p. 50; M. BESSONE, e G. Ferrando, “Persona fisica (diritto privato)”. In: *Enciclopedia del Diritto*, vol XXXIII, Milano, Giuffrè, 1983, p. 204; G. ALPA, M. BESSONE e V. ZENO-ZENCOVICH, “Obbligazione e contratti”. In: *Trattato di diritto privato*, dirigido por Pietro Rescigno, vol. XIV, t. VI, Torino, Utet, 1995, pp.136-162 *apud* Giorgio PINO, *Il diritto all’identità personale*, cit., pp. 136-137.

¹⁰⁶ Giorgio PINO, *Il diritto all’identità personale*, cit., p.138.

¹⁰⁷ Maria Celina BODIN DE MORAES, *Danos à Pessoa Humana*, cit., p. 127.

¹⁰⁸ “O art. 2 Const. É uma norma diretamente aplicável e exprime uma cláusula geral de tutela da pessoa humana: o seu conteúdo não se limita a resumir os direitos tipicamente previstos por outros artigos da Constituição, mas permite estender a tutela a situações atípicas” (Pietro PERLINGIERI, *Perfis do Direito Civil*, cit., p. 155).

¹⁰⁹ P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell’ordinamento giuridico*, Napoli, Jovene, 1972, pp. 139, 174; D. MESSINETTI, “Personalità (diritti della)”. In: *Enciclopedia del Diritto*, vol XXXIII, Milano, Giuffrè, 1983, pp. 355-406 *apud* Giorgio PINO, *Il diritto all’identità personale*, cit., p.138.

¹¹⁰ Maria Celina BODIN DE MORAES, *Danos à Pessoa Humana*. Uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais, cit., esp. pp. 117 et. seq.

¹¹¹ Gustavo TEPEDINO, “A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-constitucional Brasileiro”, cit., esp. pp. 47 et. seq.

pessoa não pode ser fracionada em isoladas *fattispecie* concretas, em autônomas hipóteses não comunicáveis entre si, mas deve ser apresentada como problema unitário, dado o seu fundamento representado pela unidade do valor da pessoa. Este não pode ser dividido em tantos interesses, em tantos bens, em isoladas ocasiões, como nas teorias atomísticas.”¹¹²

Maria Celina BODIN, filiando-se ao pensamento de P. PERLINGIERI, entende que considerando a vulnerabilidade da pessoa humana, não há que se discutir quanto à tipicidade ou atipicidade dos direitos da personalidade uma vez que o princípio constitucional da dignidade se apresenta como uma cláusula geral de tutela da pessoa humana. Da mesma maneira, para a autora, a controvérsia quanto ao pertencimento dos direitos da personalidade à categoria dos direitos subjetivos também fica esvaziada em função de a personalidade humana não depender dessa forma para se realizar, podendo fazê-lo por meio de “uma complexidade de situações jurídicas subjetivas, que podem se apresentar (...) sob as mais diversas configurações: como poder jurídico, como direito potestativo, como interesse legítimo, pretensão, autoridade parental, faculdade ônus, estado – enfim, qualquer circunstância juridicamente relevante”.¹¹³

Gustavo TEPEDINO, no mesmo sentido, sublinha que, em razão da “cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana”¹¹⁴ prevista na Constituição da República brasileira, a tutela da personalidade é elástica, significando, com tal expressão, a sua abrangência, fazendo com que a proteção do legislador e da cláusula constitucional em todas as situações, típicas e atípicas, em que a personalidade esteja implicada.¹¹⁵

Em razão da cláusula geral, se tem a personalidade não como um direito, mas como um valor, fundamental do ordenamento, que implica em uma série de situações existenciais abertas, capazes de tutelar a pessoa humana em todos os seus aspectos. A isso se denomina “situações subjetivas”, que podem ou não assumir a forma de direito subjetivo, sem perder de vista a unidade do valor em

¹¹² Pietro PERLINGIERI, *Perfis do direito civil*, trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 155.

¹¹³ Maria Celina BODIN DE MORAES, *Danos à Pessoa Humana*, cit., pp. 117-118.

¹¹⁴ Gustavo TEPEDINO, “A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-constitucional Brasileiro”, cit., p. 50.

¹¹⁵ Gustavo TEPEDINO, “A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-constitucional Brasileiro”, cit., p. 51.

questão, pois não existe um número determinado de hipóteses tuteladas, sendo tutelado o valor da pessoa.¹¹⁶

Assim, diante de tal perspectiva, parece mais acertado o posicionamento segundo o qual o art. 1º, III da Constituição Federal se apresenta como uma cláusula geral de tutela da pessoa humana, de modo a protegê-la de todas as maneiras necessárias, fazendo, inclusive, com que se possa adotar, sem necessidade de positivação, a aplicação da tutela da identidade pessoa no ordenamento jurídico brasileiro. Isso é possível porque esse instituto se apresenta como expressão da citada norma constitucional, possibilitando a proteção da identidade pessoa humana, entendida como sua verdade histórica, que não se encontra propriamente tutelada por nenhuma figura jurídica existente hoje no país.

4.4.2 Direito autônomo?

Quanto à autonomia, alguns autores entendem que não é necessária nem oportuna a configuração de um direito à identidade pessoal autônomo, uma vez que o relativo interesse substancial já estaria tutelável de maneira plenamente adequada através de uma interpretação extensiva das disposições existentes sobre o direito ao nome.¹¹⁷

Os defensores da tese da inutilidade do direito à identidade pessoal afirmam que o interesse a que a jurisprudência afirma ter dado uma tutela jurídica adequada, isto é, o interesse a que a própria personalidade individual não seja distorcida, já era adequadamente reconhecido pelo ordenamento, fazendo com que a criação desse novo direito importasse em uma duplicidade. O direito ao nome e o direito à imagem, para os defensores dessa tese, cuidavam da tutela externa da personalidade individual no seu complexo, como símbolo e manifestação da individualidade pessoal. Assim, entendem que a diferença entre a tutela do nome e da imagem em relação a tal direito é nula e, ainda que se entenda que há diferenças, essas podem ser supridas pela interpretação extensiva desses dispositivos. Assim, seria inútil confundir o alargamento operado em sede jurisprudencial da tutela ressarcitória de um direito ou de um interesse já existente

¹¹⁶ Pietro PERLINGIERI, *Perfis do Direito Civil*, cit., pp. 155-156.

¹¹⁷ Giorgio PINO, *Il diritto all'identità personale*, cit., p. 40.

com a criação de um direito novo. E não é só: se entende, também, que a configuração de um direito autônomo não é só inútil, mas também danosa, uma vez que, desse modo, uma área importante de tutela da personalidade estaria subtraída da esfera da reputação, com um conseqüente enfraquecimento da tutela ressarcitória.¹¹⁸

Percebe-se, assim, que embora minoritárias, não faltam vozes dissidentes. Objeta-se e questiona-se a necessidade de formular um novo direito, uma vez que o que se teria como seu objeto – a identidade pessoal – já seria matéria de tutela de parte de outros direitos ou resultaria, em todo caso, em um novo limite interno aos direitos de informação e crônica. No início dos anos 80, no entanto, os juristas, convencidos da necessidade de tutelar o interesse existencial referente à identidade pessoal, buscavam delimitar conceitualmente o direito à identidade a fim de distingui-lo, o mais nitidamente possível, dos demais direitos da pessoa com os quais tem vinculação estreita e essencial. Alguns autores, como o jurista italiano Paolo AUTERI¹¹⁹, assimilavam o direito à identidade pessoal àquele correspondente ao nome, sustentando que o objeto do direito ao nome não é o nome em si mesmo, mas a pessoa que com ele se identifica, isto é, o bem da identidade pessoal. Assim, segundo tal critério, não deveria haver qualquer dificuldade para se configurar, como uma lesão ao direito ao nome, a atribuição que se faça à pessoa de atos que ela não tenha realizado.¹²⁰

O mesmo autor questiona a sentença de 6 de maio de 1974, sobre a campanha do referendo sobre o divórcio, que reconheceu o direito à paternidade dos próprios atos para que não se altere a personalidade individual. Para ele, a utilização da defesa da paternidade dos próprios atos é suficiente a tutelar o caso posto, sem necessidade de se recorrer à criação do direito à identidade pessoal. Para tanto, recorre a ASCARELLI, que, baseando-se na lei sobre os direitos do autor e na lei de patentes, tinha elaborado um “direito geral à paternidade dos próprios atos”, que poderia ser utilizado para proteger o interesse a não ver falsamente atribuído ou desconhecido um ato que seja relevante para a valoração social da pessoa. Cumpre esclarecer, no que tange a essa proposta, que a posição de AUTERI

¹¹⁸ Giorgio PINO, *Il diritto all'identità personale*, cit., pp. 154-155.

¹¹⁹ Paolo AUTERI, “Diritto alla paternità dei propri atti e identità personale”. In: AA.VV, *Il diritto alla identità personale*, Padova: Cedam, 1981 p. 100 *apud* Carlos Fernández SESSAREGO, *Derecho a la identidad personal*, cit., pp. 23-24.

¹²⁰ Carlos Fernández SESSAREGO, *Derecho a la identidad personal*, cit., pp. 24-25.

compreende apenas um aspecto da identidade pessoal, que é bastante mais rico hoje que a formulação embrionária contida no fato que deu origem ao julgado em questão.¹²¹

A inadequação da criação de um direito autônomo à identidade pessoal é defendida principalmente pelo argumento de que essa noção excessivamente indeterminada é envolta de riscos, uma vez que pressupõe a solução de questões filosóficas muitas vezes ignoradas pelos juízes, podendo assim resultar em uma indevida compressão de idéias que seria objeto de expressão do poder público, representado pelo juiz. Diferentemente do outro entendimento – que nega que o interesse à correta representação externa da própria personalidade possua autonomia conceitual em relação à honra e à reputação e não só em relação nome e à imagem –, se nega que tal autonomia tenha sempre e de qualquer modo uma relevância jurídica que possa dar ensejo a uma pretensão ressarcitória. Contudo, o único instrumento que o direito pode colocar à disposição que impeça que a própria imagem social seja distorcida – de maneira não difamatória – não podem ser outras que a retificação¹²², a tutela inibitória e, eventualmente, uma indenização pecuniária, de acordo com o caso, mesmo que para reparar um dano não patrimonial.¹²³

Giorgio PINO esclarece que a concepção atual acerca do direito à identidade pessoal representa um salto qualitativo em relação ao entendimento tradicional, uma vez que há uma progressiva tendência a desvinculá-la do direito ao nome e à imagem, configurando, assim, um bem autônomo juridicamente relevante. Por outro lado, se observa que o direito à identidade pessoal assim concebido inaugura uma nova concepção na tutela da personalidade, de sentido oposto àquele que caracterizou o desenvolvimento do direito ao resguardo, uma vez que da proteção à intimidade, da defesa nos confrontos com a curiosidade alheia, se passa à tutela da pessoa em uma dimensão ativa, à tutela da pessoa nas relações sociais.¹²⁴

A desvinculação do direito à identidade pessoal do direito ao nome e à imagem se deu no momento em que se definiu que tais direitos tutelam a mera confusão entre sujeitos. Relacionando os signos distintivos com a representação

¹²¹ Carlos Fernández SESSAREGO, *Derecho a la identidad personal*, cit., pp. 59-60.

¹²² Giorgio PINO, *Il diritto all'identità personale*, cit., pp. 155-156.

¹²³ Carlos Fernández SESSAREGO, *Derecho a la identidad personal*, cit., p. 81.

¹²⁴ Giorgio PINO, *Il diritto all'identità personale*, cit., p. 43.

da personalidade do indivíduo, no entanto, se poderia ter um uso ilegítimo a partir do momento que se relaciona o sujeito não mais com sinais, mas com características pessoais que não lhe são próprias. A partir de então, se discutia a dificuldade de se distinguir o bem protegido pela identidade pessoal daqueles da honra e da reputação. Esse debate foi aprofundado e resolvido com a individualização de precisas características diferenciadoras. Destacou-se como a honra tem um aspecto substancialmente subjetivo, cuja ofensa pode derivar da imputação de um fato verdadeiro, e como a lesão à reputação (honra objetiva) se projeta na atribuição de fatos desabonadores, hábeis a causar um juízo de desvalor no público.¹²⁵ A lesão à identidade pessoal, no entanto, pode não afetar a honra ou a reputação. Basta, para que ocorra, que se imputem características não verdadeiras, não condizentes com o sujeito em questão e com os seus atos, ou a sua verdade histórica.

Alguns autores negam autonomia ao direito à identidade pessoal enquanto que outros expressam certas perplexidades e dúvidas quanto ao instituto, como Angelo FALZEA, Corrado DE MARTINI, Vincenzo SCALISI, Alessandro PACE, Paolo AUTERI, Sergio FOIS, Michele MARCHESIELLO. Essa última é um das mais fortes opositores, afirmando, inclusive que, na sua opinião, não há nada mais obscuro, frágil e precário que a noção de identidade pessoal, sendo algo extremamente particular e indefinível.¹²⁶

FALZEA, por sua vez, expressa sua perplexidade em relação ao conceito de identidade pessoal sustentando que ao se entender a identidade pessoal pela metáfora da “imagem social da pessoa”, ela consiste, em verdade, na imagem que a sociedade tem daquele indivíduo e, se assim for, não existindo nunca duas pessoas que vejam um sujeito do mesmo modo, não há unidade em relação à imagem que os outros fazem dela, pois não há uma unidade de características. Dessa forma, não há nada, em verdade. Não há, objetivamente, imagem alguma a ser tutelada uma vez que o que se tem é somente uma multiplicidade de imagens

¹²⁵ Angelo SATURNO, “Il diritto all’identità personale”, cit., pp. 722-730.

¹²⁶ Michele MARCHESIELLO, *Persona, gruppi, comunità in cerca di un diritto alla identità personale*. In: AA.VV., *Il diritto alla identità personale*, Padova, Cedam, 1981, p. 09 *apud* Carlos Fernández SESSAREGO, *Derecho a la identidad personal*, cit., p. 117.

que formam cada pessoa e que não são passíveis de qualquer composição. Assim, para o autor, a imagem juridicamente protegida é aquela que o juiz apreende.¹²⁷

Para DE MARTINI, opositor já mencionado, o problema relativo à identidade pessoal é metajurídico. Considera, no entanto, que, como tema vinculado ao ser, a identidade pessoal é uma noção que pertence ao âmbito da filosofia ou da sociologia. O termo “identidade”, para ele, é semanticamente ambíguo, podendo designar a essência de um sujeito, o seu “ser” ou o modo pelo qual o próprio sujeito se percebe ou ainda como é percebido pela comunidade. Assim, para o autor não está claro onde termina a subjetividade e começa a objetividade.¹²⁸

FOIS defende, por sua vez, que o direito a não ser apresentado com uma “falsa luz” deveria ser considerado como integrante do direito à privacidade, não se justificando uma diferenciação, mas apontando que falta uma elaboração da doutrina do que seria a distinção entre privacidade e identidade. Além disso, o autor nega que haja um fundamento constitucional para o direito à identidade pessoal no ordenamento jurídico italiano, entendendo que, na melhor das hipóteses, esse direito seria uma consequência reflexa, indireta, do direito à inviolabilidade moral previsto no art. 13 da Constituição italiana.¹²⁹

PACE coloca suas dúvidas quanto à possibilidade de fazer novos direitos derivarem de uma cláusula geral constitucional, como no caso do art. 2º da Constituição italiana. Para ele, não existe uma “verdade pessoal”, sendo a proibição de se afirmar falsidades ou inexatidões apenas um limite à liberdade de expressão do pensamento, sem que signifique, por essa via, uma situação jurídica subjetiva distinta.¹³⁰

¹²⁷ Angelo FALZEA, “Il diritto alla identità personale”. In: AA.VV., *La lesione dell'identità personale e il danno non patrimoniale*, Milano, Giuffrè, 1985, p. 89 *apud* Carlos Fernández SESSAREGO, *Derecho a la identidad personal*, cit., p. 117.

¹²⁸ Corrado DE MARTINI, “Il diritto alla identità personale nella speriienza operativa”. In: AA.VV., *La lesione dell'identità personale e il danno non patrimoniale*, Milano, Giuffrè, 1985, p. 89 *apud* Carlos Fernández SESSAREGO, *Derecho a la identidad personal*, cit., p. 118.

¹²⁹ Sergio FOIS, “Il diritto alla identità personale nel quadro dei diritti del' uomo”. In: AA.VV., *Il diritto alla identità personale*, Padova, Cedam, 1981, p. 09; “Questioni sul fondamento costituzionale del diritto alla identità personale”. In: AA.VV., *L'informazione e i diritti della persona*, Napoli, Jovene, 1983 *apud* Carlos Fernández SESSAREGO, *Derecho a la identidad personal*, cit., p. 118.

¹³⁰ Alessandro PACE, “Il c.d. diritto alla identità personale egli artiolo 2 e 21 della Costituzione”. In: AA.VV., *Il diritto alla identità personale*, Padova, Cedam, 1981, p. 38 *apud* Carlos Fernández SESSAREGO, *Derecho a la identidad personal*, cit., p. 119.

AUTERI, a seu turno, apresenta dúvidas quanto à possibilidade de formular um direito à identidade pessoal tal como propõe a doutrina. Entretanto, ao manifestar sua opinião contrária à nova figura jurídica, ressalta que é um dos poucos que discordam da orientação favorável ao reconhecimento do direito à identidade pessoal.¹³¹

ALAGNA questiona o que se poderia considerar como a imagem “social” de um indivíduo, suscitando qual seria a imagem social “verdadeira” e “objetiva” de um homem político, por exemplo, que aparece de um modo diverso, às vezes contrastante e nem sempre conciliável quando se coloca com os diversos setores daquele seu contexto específico. Conclui, então, que parece excessivo se referir à existência de um verdadeiro e próprio direito à identidade pessoal, sendo mais apropriado colocar em questão o que viria a ser um “interesse”, sobre a base de sua relativa e limitada tutela individualizada tanto para jurisprudência quanto para a doutrina.¹³²

Quanto à objetividade dos conteúdos da identidade pessoal e à neutralidade axiológica do fato falsamente atribuído, a especificidade da figura do direito à identidade pessoal reside sobretudo no interesse à veracidade dos fatos sobre os quais se fundará o juízo do público.¹³³

A proteção da verdadeira projeção da personalidade faz com que se entenda violado o direito à identidade pessoal mesmo quando, paradoxalmente, as imputações não verdadeiras tornem a personalidade mais abonadora ao invés de piorá-la, ou ainda, como já dito, quando não é possível valorar se a representação deturpada é desabonadora ou ainda melhor que a representação verdadeira.¹³⁴

Como conceituado atualmente, todo interesse existencial digno de tutela jurídica assume a qualidade de um direito da pessoa, que deriva da sua própria dignidade, ainda que o ordenamento jurídico positivo não tenha ainda reconhecido esse “interesse existencial” como um verdadeiro e objetivo direito subjetivo. O aspecto decisivo é a existência de um real interesse humano a tutelar. Essa exigência existencial, que é a identidade pessoal, se apresenta como uma das

¹³¹ Paolo AUTERI, “Diritto alla paternità dei propri atti e identità personale”. In: AA. VV, *Il diritto alla identità personale*, Padova: Cedam, 1981, p. 98 *apud* Carlos Fernández SESSAREGO, *Derecho a la identidad personal*, cit., p. 119.

¹³² Sergio ALAGNA, “Diritto alla identità personale e rissarcibilità del danno non patrimoniale”. In: *Giustizia Civile*, 1983-II-162 *apud* Carlos Fernández SESSAREGO, *Derecho a la identidad personal*, cit., pp. 119-120.

¹³³ Angelo SATURNO, “Il diritto all’identità personale”, cit., p. 723.

¹³⁴ Carlos Fernández SESSAREGO, *Derecho a la identidad personal*, cit., p. 81.

dimensões da estrutura do ser humano e que, independentemente de previsão expressa pelo direito positivo, deve ser protegido e encontra fundamento para tanto.¹³⁵

A identidade pessoal está envolta entre a personalidade do indivíduo e os fatos, os comportamentos em que se manifesta, a verdadeira representação que se quer garantir. A primeira objeção da doutrina a essa figura remete à passagem da tutela dos meros signos distintivos para aquela do complexo de características do indivíduo, em que se dizia que, não se conseguindo delimitar a identidade do indivíduo, a certeza do direito não poderia ser garantida. Naquele momento, apoiando-se em considerações metajurídicas, se destacava como a personalidade humana é mutante e incerta para se poder realisticamente pretender a definição e a tutela dos juristas. A ocorrência de pronunciamentos jurisprudenciais que se sucediam sobre o tema demonstrou, no entanto, uma dimensão um tanto mais simples, segundo a qual a identidade pessoal se resolve no delineamento, com base em provas e contraprovas fornecidas pelas partes, da veracidade do fato que se assume como representativo da personalidade do sujeito.¹³⁶

É possível afirmar que o direito à identidade pessoal estaria presente mesmo na cultura italiana menos recente, abrigando-se na sombra de outros direitos da personalidade, como o direito ao nome e à imagem, para enfim encontrar uma consistência jurídica autônoma em um momento histórico preciso, a partir da metade dos anos setenta, no momento em que se maturaram as condições culturais, sociais e institucionais, favorecendo a sua emersão.¹³⁷

A Corte de Cassação italiana, manifestando-se em diversos julgados, entendeu que o direito à identidade pessoal, enquanto elemento de tutela da identidade do sujeito, com o seu complexo de experiências, de convicções, de ações a ele imputáveis, é um direito fundamental típico, e que encontra assento constitucional, mais precisamente no art. 2º da Constituição¹³⁸ daquele país.¹³⁹

¹³⁵ Carlos Fernández SESSAREGO, *Derecho a la identidad personal*, cit., p. 120.

¹³⁶ Angelo SATURNO, “Il diritto all’identità personale”, cit., p. 719.

¹³⁷ Giorgio PINO, *Il diritto all’identità personale*, cit., p. 44.

¹³⁸ Art. 2. *La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale.* Tradução: “A República reconhece e garante os direitos invioláveis do homem, quer como indivíduo, quer nas formações sociais onde desenvolve a sua personalidade e exige o cumprimento dos deveres inderogáveis de solidariedade política, econômica e social”. (P. PERLINGIERI, *Perfis do Direito Civil*, cit., p. 321).

¹³⁹ Giorgio PINO, *Il diritto all’identità personale*, cit., p. 97.

No Brasil, embora não tenha havido qualquer decisão jurisprudencial que aborde tal questionamento explicitamente, seguindo o pensamento de Maria Celina BODIN DE MORAES¹⁴⁰ e Gustavo TEPEDINO¹⁴¹, o tema também pode ser assim entendido, em razão da existência da cláusula geral de tutela da pessoa humana prevista no art. 1º, III da Constituição da República, que tem por função principal proteger a pessoa humana em todas as suas manifestações.¹⁴² Dessa forma, o direito à identidade pessoal encontra assento constitucional, podendo ser aplicado no Direito brasileiro, mesmo que atípico, em razão do Princípio Constitucional em questão.

4.5 A experiência de outros países

Uma vez que foram trazidas as primeiras experiências italianas, serão resumidamente apresentados, a título meramente ilustrativo, países que prevêm a proteção do direito à identidade pessoal em seus ordenamentos jurídicos, ressaltando-se mais uma vez, por oportuno, que é na Itália o lugar de maior desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial desse direito. Não se pretende, com isso, fazer um estudo de direito comparado, mas apenas, como já dito, trazer um breve recorte do direito à identidade pessoal em outros países.

4.5.1 O direito à identidade pessoal na Alemanha

Na Alemanha há uma visão centrada no direito geral da personalidade que acolhe uma série de direitos não expressamente previstos. É possível identificar, naquele sistema jurídico, um interesse perfeitamente adequado ao direito à identidade pessoal, uma vez que os tribunais alemães tratam de um “*recht auf identität*”, que é violado quando se atribui a um sujeito opiniões que lhe atribuem uma imagem não correspondente à realidade. Sua tutela requer dois pressupostos:

¹⁴⁰ Maria Celina BODIN DE MORAES, *Danos à Pessoa Humana*, cit., pp. 117-118.

¹⁴¹ Gustavo TEPEDINO, “A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-Constitucional Brasileiro”, cit., pp. 50-51.

¹⁴² Vide item 4.3, *supra*.

primeiramente, que as opiniões ou fatos atribuídos ao interessado sejam falsos ou inexatos; e, ainda, que tais fatos ou opiniões não ofendam a sua honra, porque nesse caso estar-se-ia diante de um caso de violação do direito à honra. Trata-se de um direito de criação jurisprudencial sem qualquer previsão legislativa específica, decorrendo da cláusula geral do direito geral da personalidade, baseado na Constituição alemã. O direito à identidade pessoal é mais abrangente na Alemanha que na Itália, pois protege ainda o respeito à identidade cultural dos sujeitos pertencentes a minorias e à identidade de grupos. Há institutos como o “direito à correta representação da própria imagem existencial” e à “livre autodeterminação informativa”, pertencentes à identidade pessoal.¹⁴³

4.5.2 O direito à identidade pessoal na França

No direito francês, assim como no direito italiano, “*l’identité personnelle*” se refere, ao mesmo tempo, tanto aos signos distintivos pessoais e à imagem da pessoa, quanto à individualidade pessoal, assim como à dos pensamentos, dos sentimentos, opiniões e outros, atribuídos a uma determinada pessoa enquanto manifestadas por ela na vida de social. Assim, pode-se firmar que o direito francês inclui, no rol dos direitos da personalidade, um direito à identidade pessoal (*droit à l’identité personnelle*) também definido como *drot à l’authenticité*, amplamente tutelado por orientações jurisprudenciais inovadoras com relação à originária imposição do *Code Civil* e objeto de uma particular atenção da parte do legislador em razão da Lei 6 de Janeiro de 1978,¹⁴⁴ que assegura uma série de direitos (de acesso, de comunicação e de retificação) com o objetivo de evitar que o tratamento dos dados pessoais possa resultar em uma manipulação da identidade pessoal.¹⁴⁵

No ordenamento jurídico francês se entende, ainda, que o direito à identidade pessoal abrange o prenome, o sobrenome, a nacionalidade, data de

¹⁴³ Giorgio PINO, *Il diritto all’identità personale*, cit., pp. 45-46.

¹⁴⁴ “Loi n° 78-17 du 6 Janvier 1978 relative à l’informatique, aux fichiers et aux libertés. Article 1er. L’informatique doit être au service de chaque citoyen. Son développement doit s’opérer dans le cadre de la coopération internationale. Elle ne doit porter atteinte ni à l’identité humaine, ni aux droits de l’homme, ni à la vie privée, ni aux libertés individuelles ou publiques.”. Disponível em: < <http://www.cnil.fr/index.php?id=301> >. Acesso em 30 abr. 06.

¹⁴⁵ Giorgio PINO, *Il diritto all’identità personale*, cit., pp. 48-50.

nascimento (o que aqui denominados como aspecto estático da identidade pessoal) e tal entendimento se expressa sobretudo na interpretação dos artigos 7º e 8º da *Convention des droits de l'enfant*.¹⁴⁶

4.5.3

O direito à identidade pessoal nos Estados Unidos

Nos Estados Unidos também é reconhecido um interesse substancial equivalente ao direito à identidade pessoal, que é o instituto denominado *false light in the public eye*, considerado como um desdobramento da tutela da *privacy*. Tal direito tutela o interesse a não se ver culposamente difundida uma errônea representação de um outro sujeito aos olhos da coletividade, atribuindo-lhe fatos ou opiniões não próprias, e ocasionando no sujeito mal representado sentimentos de humilhação. Entende-se que a representação errada deve ser tal a gerar o dissabor de uma pessoa razoável com base nas circunstâncias do caso, o que pode causar um subjetivismo exacerbado na aplicação do instituto, por exemplo no caso de indivíduos hipersensíveis, devendo ocorrer a distorção sobre fatos essenciais que caracterizam a personalidade de um certo indivíduo.¹⁴⁷

Um caso que se tornou famoso sobre a violação da identidade pessoal nos Estados Unidos foi o do policial americano George Noonan. Não-fumante convicto, passou vinte e dois anos de sua carreira educando os cidadãos de Boston acerca dos riscos que o consumo de tabaco causa à saúde. Em 1992, uma propaganda de página inteira de uma marca de cigarros, a *Winston Cigarettes*, foi

¹⁴⁶ Article 7. “L’enfant est enregistré aussitôt sa naissance et a dès celle-ci droit à un nom, le droit d’acquérir une nationalité et, dans la mesure du possible, le droit de connaître ses parents et d’être élevé par eux.”

Article 8. “Les Etats s’engagent à respecter le droit de l’enfant de préserver son identité, y compris sa nationalité, son nom et ses relations familiales, tels qu’ils sont reconnus par la loi”. Disponível em: < <http://www.droitspartages.org> >. Acesso em: 30 abr. 06.

¹⁴⁷ “(i) The appellant has a ownership of an enforceable right of her identity or persona; (ii) the respondent has used some aspects of the appellant’s identity in such a way that the appellant is identifiable for that use; (iii) without the consent of the appellant, the rights owner; and (iv) the unauthorized use is likely to cause damage to the commercial value of the appellant’s persona. Therefore, the appellant here claims for her publicity right. False light in the public eye has been identified as protecting against false attribution of brief or utterance, such as a fictitious testimonial used in advertising to use a photo with which they have no connection. The distortion in a false way is a kind of false light. Both statute law and common law recognize a tort of distortion of someone’s personality which is different from the subject’s real personality. It provides a protection against an inaccurate portrayal, doctoring or distortion of someone’s identity or personality”. Disponível em: <<http://users.ox.ac.uk/~ejip/Holborn%20Submission%201.doc>>. Acesso em: 28 abr. 06.

veiculada em uma série de revistas francesas, utilizando-se nela uma foto de Noonan montado a cavalo, com o uniforme da polícia de Boston. A imagem fora captada por um fotógrafo, sem seu consentimento, que a vendeu dois anos depois para uma agência de publicidade francesa. O uso desautorizado de sua imagem causou-lhe, em consequência, dano profissional e embaraço. Diante disso, George Noonan processou a agência de publicidade, do fotógrafo e a empresa de cigarros.¹⁴⁸

O pleito não teve como fundamento o direito à identidade pessoal, ou o instituto da *false light*. Contudo, parece clara a sua violação na hipótese. Houve uma usurpação da imagem, que foi obtida e utilizada sem o consentimento do autor. Não há que se falar em violação da honra porque fumar não é em si um ato desonroso; há, porém, um dano ainda maior: o dano à identidade pessoal.

4.5.4

O direito à identidade pessoal no ordenamento jurídico português

CAPELO DE SOUSA destaca que o direito à identidade pessoal, no ordenamento jurídico português, decorre do nº 1 do art. 26 da Constituição Portuguesa¹⁴⁹ e da cláusula geral do art. 70 do Código Civil Português¹⁵⁰, fazendo com que se veja cada homem como um centro autônomo de interesses. Assim, o interesse jurídico da identidade humana é atingido não só nos casos em que os elementos ou sinais da identidade sejam falsificados, deturpados ou desviados dos fins próprios do respectivo titular, mas também nos casos em que a representação da pessoa não seja exata por omissão ou insuficiência nos elementos ou sinais retratados.¹⁵¹

¹⁴⁸ Disponível em: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=search&case=/data2/circs/1st/971132.ht>>. Acesso em: 29 jul. 2006.

¹⁴⁹ Art. 26.º (Outros direitos pessoais) “1. A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à protecção legal contra quaisquer formas de discriminação.”

¹⁵⁰ Artigo 70.º (Tutela geral da personalidade) “1. A lei protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral.

2. Independentemente da responsabilidade civil a que haja lugar a pessoa ameaçada ou ofendida pode requerer as providências adequadas às circunstâncias do caso, com o fim de evitar a consumação da ameaça ou atenuar os efeitos da ofensa já cometida.”

¹⁵¹ Rabindranath CAPELO DE SOUSA, *O Direito Geral de Personalidade*, Coimbra: Coimbra, 1995, pp. 244-245.

No direito português, a tutela do direito à identidade pessoal abrange: (i) elementos psicossomáticos do indivíduo, que compreendem a sua imagem física, seus gestos, sua voz, escrita, seu “retrato moral”; (ii) a “inserção sócio-ambiental” de cada pessoa, como sua imagem de vida, sua história pessoal, seu decoro, reputação ou bom nome, seu crédito, sua identidade sexual, familiar, racial, lingüística, política, religiosa e cultural; e, por fim, (iii) os sinais sociais de identificação humana, como o nome e o pseudônimo, que são os principais, e também sobre os acessórios, como o reconhecimento da filiação, a naturalidade e o domicílio, que integram o “conteúdo do bem personalístico da identidade”.¹⁵²

4.5.5

O direito à identidade pessoal na Espanha e no Peru

Carlos Fernández SESSAREGO destaca que, a partir da estrutura unitária do ser humano, a pessoa merece um tratamento que esteja de acordo com a sua realidade, isto é, uma tutela unitária e integral, e que, para tanto, deve fundar-se em um princípio constitucional, geral e aberto, que contém as mais modernas constituições. É o caso, por exemplo, do art. 2º da Constituição italiana, do art. 10 da Constituição espanhola e do art. 4º da Constituição peruana. Tal princípio não faz com que se reconheça um único direito apenas, não impedindo, assim, que a doutrina e a jurisprudência reconheçam a existência de interesses existenciais dignos de tutela e, ao longo do tempo, firmem um reconhecimento normativo, se for o caso. Os direitos da pessoa não conformam um rol taxativo de direitos, independentes uns dos outros, que esgota, em um determinado momento histórico, uma tutela integral da pessoa humana. Cada um desses direitos, necessariamente vinculados uns com os outros, uma vez que possuem um único fundamento, tutela um aspecto do rico e complexo universo pessoal. Cada um dos direitos subjetivos protege uma das múltiplas facetas que articulam a personalidade, sem que se possa considerá-los como existencialmente autônomos, ainda que possam ser teoricamente sistematizados, tratados e definidos.¹⁵³

¹⁵² Rabindranath CAPELO DE SOUSA, *O Direito Geral de Personalidade*, cit., pp 246-252.

¹⁵³ Carlos Fernández SESSAREGO, *Derecho a la identidad personal*, cit., pp. 238-239.

5

Aspectos Estático e Dinâmico do Direito à Identidade Pessoal

Introdução

Quando se faz referência à tutela da “verdade pessoal”, manifestada através da projeção social da personalidade, não se está aludindo à identidade estática, física, mas à identidade denominada “dinâmica”¹, como um conjunto complexo de atributos e qualificações da pessoa. Esse é o interesse existencial que tende a ser incorporado nos ordenamentos jurídicos. A identidade dinâmica se diferencia da estática, mas uma e outra, complementarmente, conformam a identidade da pessoa, uma vez que esta pressupõe a conjunção das duas vertentes.

É importante frisar que a identidade pessoal comporta, especialmente na identidade estática, aspectos de alguns direitos autônomos, como a imagem e o nome. Isso ocorre, como se disse, em apenas alguns aspectos, bastante específicos e por vezes até não abrangido no direito em questão. O conjunto desses aspectos desses direitos conforma o que chamamos de identidade pessoal, que os contém mas não se confunde com eles. Por isso dir-se-á, em alguns momentos, que se relaciona, mas não se confunde.

Passa-se, assim, à análise desses dois elementos.

¹ Vide item 5.2, *infra*.

5.1 Aspecto estático

Muitas vezes, na utilização do conceito de “identidade pessoal” se faz referência à identidade estática, sendo esta também conhecida simplesmente como “identificação”. A identidade estática compreende os aspectos em regra imutáveis da pessoa, como o nome, (v. 5.1.1), a identificação física (5.1.2) e a imagem (5.1.3)² e, portanto, não esgota o conhecimento de um ser humano; somente proporciona os dados do seu “contorno”.³ Cada um dos seus aspectos é abordado especificamente a seguir.

5.1.1 Nome

O nome é o sinal verbal que identifica imediatamente e com clareza a pessoa a quem se refere. Através dele o indivíduo é designado na língua que é comum aos outros, e a sua identificação é possível mesmo na sua ausência. Não se pode esquecer, outrossim, que é o meio próprio para designar qualquer ente, mas adquire maior relevância social e jurídica quando utilizado para individualizar pessoas.⁴

Por conseguinte, o nome é aquilo que se utiliza primariamente para identificar e individualizar uma pessoa, seja na sociedade como um todo ou até mesmo em seu núcleo familiar. É tido, assim, como o sinal principal de identificação humana.⁵ Tal como o utilizamos hoje, o nome é composto, significando, desse modo, que é formado por pelo menos dois elementos: o *prenome*, que é a designação do indivíduo, e o *sobrenome*, ou *patronímico*, característico da família a qual pertence, transmissível hereditariamente pela continuação do nome paterno ou pela combinação do materno com o paterno.⁶

² Cf. Ricardo Luis LORENZETTI, *Fundamentos do Direito Privado*, trad. bras. de Vera Maria Jacob de Fradera, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 483.

³ Carlos Fernández SESSAREGO, *Derecho a la identidad personal*, cit., pp. 25-26.

⁴ Adriano DE CUPIS, *Os Direitos da Personalidade*, Campinas: Romana, 2004, p. 143.

⁵ Renan LOTUFO, *Código Civil Comentado: Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 943.

⁶ Caio Mario da Silva PEREIRA, *Instituições do Direito Civil*, vol I, Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 244.

Inicialmente, o nome era entendido, consoante doutrina francesa, como um direito de propriedade. Dizia-se, assim, que “o nome forma objeto da propriedade mais sagrada, primeira entre todas as propriedades”⁷. Entretanto, esse posicionamento está há muito ultrapassado, bastando, para refutar sua suposta característica dominial, que se observe que o nome não tem por objeto um bem patrimonial exterior ao sujeito⁸, e, ainda, que a propriedade, diferentemente do nome, é via de regra, alienável, prescritível tem valor econômico intrínseco e é exclusiva. O nome, por sua vez, é inalienável e imprescritível, não tem valor econômico próprio e não pode ser dotado de exclusividade, sendo repetido e usado por pessoas diferentes. Há que se ressaltar, contudo, que esse pensamento patrimonialista teve sua relevância, uma vez que afirmou o caráter absoluto e inviolável desse direito.⁹

O Código Civil de 1916 não previa a existência do direito ao nome ou de qualquer direito da personalidade uma vez que Clóvis Beviláqua o entendia como a designação da personalidade e, esta, um complexo de direitos, não apenas um direito. De acordo com tal pensamento, o jurista – e autor do anteprojeto daquele Código Civil – defendia que o nome não poderia ser um direito singularmente considerado, uma vez que designaria o núcleo de onde irradiam os direitos.¹⁰

Hoje é uníssono o entendimento de que o nome é direito da personalidade, pois toda e qualquer pessoa, natural ou jurídica, tem direito a ele. O Código Civil de 2002 tratou da proteção do nome no Capítulo referente aos direitos da personalidade, nos arts. 16 a 19.¹¹

A imutabilidade é uma das características essenciais do direito ao nome, pois há nele uma função identificadora primordial, seja no âmbito estatal, social ou privado. Dessa forma, uma vez que se encontra intimamente ligado à identidade pessoal, remetendo imediatamente ao seu portador e permitindo a sua

⁷ Adriano De Cupis, *Os Direitos da Personalidade*, Campinas: Romana, 2004, p. 184.

⁸ Adriano DE CUPIS, *Os Direitos da Personalidade*, cit., p. 184.

⁹ Caio Mario da Silva PEREIRA, *Instituições do Direito Civil*, vol I, Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 244.

¹⁰ Clóvis BEVILAQUA, *Comentários ao Código Civil*, vol. I, Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1944, 7ª ed., p. 213 *Apud* Maria Celina Bodin de MORAES, *A tutela da Identidade Pessoal no Código Civil de 2002*, p. 3.

¹¹ “Art. 16. Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome.

Art. 17. O nome da pessoa não pode ser empregado por outrem em publicações ou representações que a exponham ao desprezo público, ainda quando não haja intenção difamatória.

Art. 18. Sem autorização, não se pode usar o nome alheio em propaganda comercial.

Art. 19. O pseudônimo adotado para atividades lícitas goza da proteção que se dá ao nome”.

identificação no meio social, o nome civil somente pode ser alterado em circunstâncias excepcionais, com justa motivação e desde que não imponha prejuízo para terceiros. É o que preconiza o art. 58¹² da Lei de Registros Públicos.
13

O princípio da imutabilidade está sendo relativizado em virtude da previsão de algumas possibilidades de alteração¹⁴, como no caso do nome vexatório. Diante da importância da proteção da pessoa e da atribuição de um nome digno houve, inclusive, alteração na Lei de Registros Públicos, que passou a prever a hipótese de vedação do seu registro, nesse caso¹⁵. Nesse mesmo sentido, é imperativo destacar o que observa Maria Celina BODIN DE MORAES quanto à importância dessa alteração na Lei de Registros Públicos no que tange ao registro do nome que expõe a pessoa a ridículo e a relação existente entre o direito ao nome e o direito à identidade pessoal. Assim:

“(...) na atualidade, o valor supremo do nosso ordenamento jurídico é de ser atribuído à pessoa humana, que se individualiza através do direito de portar um nome que a dignifique. Emblemático, neste sentido, o julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que admitiu a mudança de prenome (de Cristalina para Catarina), sob o fundamento de que “o sofrimento real da pessoa em portar nome desagradável prejudica o desenvolvimento de sua personalidade e diminui-lhe psicológica e socialmente, o que pode ser medido pela reação na convivência. A moderna compreensão de atributo da personalidade cuida hoje da pessoa, superando a inflexibilidade da doutrina reacionariamente patrimonialista que impedia a troca.”^{16, 17}

¹² Art. 58, *caput*. “O prenome será definitivo, admitindo-se, todavia, a sua substituição por apelidos públicos notórios”.

¹³ Cristiano Chaves de FARIAS, *Direito Civil. Teoria Geral*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, cit., pp. 185 e 186.

¹⁴ Art. 57. “Qualquer alteração posterior de nome, *somente por exceção e motivadamente*, após audiência do Ministério Público, será permitida por sentença do juiz a que estiver sujeito o registro, arquivando-se o mandado e publicando-se a alteração pela imprensa”. (destacou-se).

¹⁵ Lei de Registro Públicos, Art. 55, parágrafo único: “Os oficiais do registro civil não registrarão prenomes suscetíveis de expor ao ridículo os seus portadores. Quando os pais não se conformarem com a recusa do oficial, este submeterá por escrito o caso, independente da cobrança de quaisquer emolumentos, à decisão do juiz competente.”

Art. 56. O interessado, no primeiro ano após ter atingido a maioridade civil, poderá, pessoalmente ou a por procurador bastante, alterar o nome, desde que não prejudique os apelidos de família, averbando-se a alteração que será publicada pela imprensa.

Art. 57. Qualquer alteração posterior do nome, *por exceção e motivadamente*, após audiência do Ministério Público, será permitida por sentença do juiz a que estiver sujeito o registro, arquivando-se o mandado e publicando-se a alteração pela imprensa”. (destacou-se)

¹⁶ Faz-se referência a *RTJRGS 150/643*.

¹⁷ Maria Celina BODIN DE MORAES, “A Tutela da Identidade Pessoal no Código de 2002”, mimeo, *passim*.

As disposições atinentes ao nome, no Direito brasileiro, abrangem, ainda, a possibilidade de sua modificação pela inserção, com a superveniência do casamento, e retirada ou manutenção, com o divórcio, do sobrenome do cônjuge. Deve-se mencionar que há, ainda, controvérsia quanto à possibilidade de alteração do nome do transexual, ressaltando-se que a discussão é permeada pelo embate entre o princípio da imutabilidade do nome e os princípios da proteção da intimidade e da vida privada e da possibilidade de alteração do nome que exponha a pessoa a situação vexatória.¹⁸

O direito ao nome, para Francesco DEGNI,¹⁹ integrava o direito à identidade pessoal junto com o direito ao pseudônimo, a proteção ao nome civil e ao nome comercial, e aos títulos nobiliárquicos. O direito à identidade pessoal, por sua vez, integrava o rol de direitos da personalidade abarcado pelo direito à individualidade do próprio ser. O autor entendia que todas essas hipóteses estavam enquadradas na proteção do direito ao nome, que para ele é um direito da personalidade dotado também de interesse público e entendido de forma ampla, extensiva: o nome não é considerado como simples meio de distinção, como por exemplo, um mero número de matrícula, mas como uma “expressão da vida moral de uma pessoa em todas as suas relações familiares e sociais”.²⁰

Não se pode mencionar o direito ao nome sem citar Adriano DE CUPIS, para quem o nome é de suma importância no que se refere à identidade pessoal. Nesse sentido, destaca:

O indivíduo, como unidade da vida social e jurídica, tem necessidade de afirmar a própria individualidade, distinguindo-se dos outros indivíduos, e, por conseqüência, ser conhecido por quem é na realidade. O bem que satisfaz essa necessidade é o da identidade, o qual consiste, precisamente, no distinguir-se das outras pessoas nas relações sociais. Poderia ser colocada a questão de saber se tal bem deve preceder na hierarquia dos modos de ser morais da pessoa, os bens da honra e do resguardo, mas não sofre dúvida a sua grande importância, pois o homem atribui grande valor não somente ao afirmar-se como pessoa, mas como uma certa pessoa, evitando a confusão com os outros. Entre os meios através dos

¹⁸ Para um detalhado exame da disciplina do nome no ordenamento jurídico brasileiro, v. Maria Celina BODIN DE MORAES, “A Tutela da Identidade Pessoal no Código de 2002”, cit., *passim*.

¹⁹ Francesco DEGNI, *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, Torino: Utet, 1939, *apud* Giorgio PINO, *Il diritto all'identità personale*, cit., p. 32.

²⁰ Francesco DEGNI, *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, Torino: Utet, 1939, p.174. *apud* Giorgio PINO, *Il diritto all'identità personale*, cit., p. 33.

quais pode realizar-se o referido bem, tem lugar proeminente o nome, sinal verbal que identifica imediatamente, e com clareza, a pessoa a quem se refere.²¹

Portanto, DE CUPIS defende que o nome é expressão maior do direito à identidade, em que se exerce principalmente sua função identificadora, aliada ao direito à imagem, compreendendo o poder de gozar daquela identidade pessoal para realizar a sua função.²² Dessa forma, tal entendimento se coaduna com o de Francesco Degni, *supra* mencionado.

Nesse mesmo sentido, Maria Celina BODIN DE MORAES destaca o nome como o primeiro e mais imediato elemento caracterizador da identidade pessoal, uma vez que tem por função identificar e distinguir a pessoa na vida social, fazendo então surgir o direito a se ver representado como se é, em sua real identidade.²³

É imprescindível, a esse respeito, citar uma decisão jurisprudencial que se destaca nessa fase de delineamento do direito à identidade pessoal e que cuida da sua relação com o direito ao nome. Trata-se de uma sentença do Tribunal de Milão, em 19 de junho de 1980, determinante na solução de controvérsias e para o “desenvolvimento e enquadramento normativo do direito à identidade pessoal”,²⁴ cujo embasamento está, fundamentalmente, calcado na violação do direito ao nome. No caso em análise, um famoso oncologista, professor Umberto VERONESI, concede uma entrevista de caráter científico e divulgador na qual explica detalhadamente estatísticas que relacionam o fumo com o desenvolvimento de tumores malignos. Perguntado se todos os cigarros representam o mesmo risco para a saúde, o médico responde que determinados tipos de cigarros – os leves –, de determinadas marcas, são menos danosos, reduzindo esse risco à metade.²⁵

É importante destacar, para o deslinde da questão, que naquela entrevista o médico havia salientado, de maneira categórica e reiterada, o perigo que o uso do tabaco representa para a saúde das pessoas e, ainda, que o renomado pesquisador

²¹ Adriano DE CUPIS, O Direito à Identidade Pessoal. In: *Os Direitos da Personalidade*, trad. bras. de Antonio Celso Furtado Rezende, Campinas: Romana, 2004, pp. 179-180

²² Adriano DE CUPIS, “O Direito à Identidade Pessoal”. In: *Os Direitos da Personalidade*, trad. bras. de Antonio Celso Furtado Rezende, Campinas: Romana, 2004, pp. 180, 194 e 195.

²³ Maria Celina BODIN DE MORAES, “A Tutela da Identidade Pessoal no Código de 2002”, *mimeo, passim*.

²⁴ Tradução livre. No original: “*determinanti per lo sviluppo e l’inquadramento normativo del diritto all’identità personale*”. Giorgio PINO, *Il diritto all’identità personale*, cit., p. 70.

²⁵ Giorgio PINO, *Il diritto all’identità personale*, cit., p. 70, nota 31.

era amplamente conhecido por ser, há muito tempo, absolutamente contrário ao fumo, sendo esse um posicionamento público e notório.²⁶

Algum tempo depois, foi posta em uma revista uma propaganda de uma marca de cigarros na qual se remete à entrevista do médico, afirmando que “segundo o Prof. Umberto VERONESI – diretor do Instituto do Câncer de Milão –, esse tipo de cigarro reduz quase à metade o risco de câncer”.²⁷ O médico e o Instituto dirigido por ele intentam ação judicial contra o fabricante do cigarro e a agência de publicidade, argumentando que lhe foi lesado o próprio direito à intangibilidade moral e ao nome.²⁸

O Tribunal entendeu que a empresa em questão utilizou em seu proveito passagens das declarações em um contexto tal que poderia induzir ao leitor que o conhecido médico afirmava que a marca e o tipo de cigarros anunciados não causavam danos à saúde. Além disso, a divulgação nesse caso foi feita sem o conhecimento ou autorização do profissional, com a finalidade de se aproveitar do prestígio do qual gozava. A utilização parcial daquelas declarações, entendeu o Tribunal, lesionavam a identidade não só do pesquisador, mas também a do Instituto ao qual pertencia, significando uma distorção da sua personalidade, através da projeção de uma falsa imagem da sua personalidade profissional, e constituindo um atentado contra sua notória seriedade científica publicamente projetada no tempo.²⁹

Adriano DE CUPIS observa que quando o nome pessoal é usado por outros para designar a pessoa que o porta não se pode falar em uma usurpação do nome, uma vez que ela só ocorre quando se há uma utilização contrária à sua determinação jurídica, designando com ele uma pessoa ou um ente diverso do seu titular. Pode, no caso concreto, ter havido uma ofensa a um bem da pessoa, protegido pelo ordenamento, mas tal ofensa não se realiza por meio de uma usurpação do nome, no sentido mencionado.³⁰

No caso posto em análise, a lesão esse direito se deu não pela utilização do nome de uma pessoa para designar outra que não o seu titular – significação

²⁶ Carlos Fernández SESSAREGO, *Derecho a la identidad personal*, cit., pp. 72-73.

²⁷ Tradução livre. No original: “secondo il prof. Umberto Veronesi – direttore dell’Istituto dei tumori di Milano –, questo tipo de sigarrete riduce quasi della metà il rischio del cancro”. Giorgio PINO, *Il diritto all’identità personale*, cit., p. 70, nota 31.

²⁸ Giorgio PINO, *Il diritto all’identità personale*, cit., p. 70, nota 31.

²⁹ Carlos Fernández SESSAREGO, *Derecho a la identidad personal*, cit., pp. 73-74.

³⁰ Adriano DE CUPIS, “Tutela Giuridica della Persona”. In: *Teoria e Pratica del Diritto Civile*, Milano: Giuffrè, 1955, p. 51.

atribuída a esse direito, à época –, mas pelo envolvimento deste em situações que distorcem a representação externa da sua pessoa. Assim, segundo essa sentença, existe um interesse juridicamente relevante no ordenamento italiano hábil a impedir que a representação externa da própria personalidade não seja falseada, alterada, manipulada; tal interesse, no entanto, não se constituía como direito autônomo, mas coincidia com o direito ao nome. A norma aplicável, portanto, seria o art. 7º do Código Civil italiano – que tutela o direito ao nome – não por analogia, mas pela forma direta.³¹ Tal sentença foi inteiramente confirmada em grau de apelação, cuja motivação segue a linha da decisão de primeiro grau. Quanto ao pressuposto de que o nome seja considerado como o símbolo da identidade pessoal do indivíduo, se afirma que a disciplina do art. 7º do mencionado diploma deverá ter interpretação extensiva, sendo agora associada ao nome e à imagem externa do indivíduo.³²

Para alguns, essa fundamentação, teria confundido o conceito de identidade pessoal com aquele de direito ao nome, por se utilizar, no caso, o nome de um sujeito para atribuir situações que falseiam a representação externa da sua pessoa, tratando como se fosse caso de usurpação do nome a hipótese de desfiguração da identidade. Assim, a sentença não distinguiu claramente o que significa a tutela dos signos distintivos, geralmente estáticos e imutáveis, da proteção do conjunto de atributos da personalidade em sua projeção social, isto é, do que constitui a identidade dinâmica da pessoa humana.³³

É importante destacar que a regulamentação do direito à identidade pessoal deriva, por analogia, daquela que trata do direito ao nome, uma vez que o direito à identidade pessoal não se encontrava tipificado nos ordenamentos jurídicos – nem mesmo no italiano.³⁴

Assim, o surgimento do direito à identidade pessoal se deu, também, em razão de sua relevância tácita em algumas teorias inicialmente defendidas quanto ao direito ao nome e à imagem. No que tange ao direito ao nome, não raro se encontra a afirmação, especialmente nas teorias mais antigas, de que é como um símbolo da identidade pessoal do portador – o que seria, para muitos doutrinadores italianos, quase uma referência ao momento no qual o nome

³¹ Giorgio PINO, *Il diritto all'identità personale*, cit., pp. 70-71.

³² Giorgio PINO, *Il diritto all'identità personale*, cit., p. 71.

³³ Carlos Fernández SESSAREGO, *Derecho a la identidad personal*, cit., p. 73.

³⁴ Carlos Fernández SESSAREGO, *Derecho a la identidad personal*, cit., p. 75.

representava um seguro signo distintivo, que indicava com precisão o pertencimento de um sujeito a um grupo familiar, e, por conseguinte, a uma corporação, a um grupo social, etc. Segundo essa linha de pensamento, o nome enquadra socialmente o seu portador, exprimindo uma síntese simbólica que evoca todos os aspectos intelectuais, morais, sociais e a personalidade do seu titular.³⁵ O nome seria, portanto, “símbolo da inteira e complexa personalidade moral, intelectual e social que o indivíduo porta; distingue um de todos os outros que o cercam”.³⁶

Esse pensamento está sendo revalorizado recentemente, em duas direções absolutamente distintas. De um lado, alguns autores a utilizam para demonstrar que não é necessária nem oportuna a criação de um direito à identidade pessoal autônomo³⁷, uma vez que o interesse substancial já estaria tutelado de maneira adequada por meio de uma interpretação extensiva das disposições existentes sobre o direito ao nome. Nessa esteira, foi utilizada pela Corte Constitucional, de maneira não muito adequada, em alguns pronunciamentos, a partir dos anos 90, em que declarou a inconstitucionalidade de algumas disposições de lei que, instituindo uma determinada regulamentação da atribuição do nome (por exemplo, no caso de reconhecimento do filho natural), teriam determinado, segundo a Corte, a efetivação de uma indevida lesão à identidade pessoal do interessado.³⁸

O direito ao nome é considerado o primeiro e mais imediato elemento que caracteriza a identidade pessoal. A Corte de Cassação italiana distingue várias funções do nome, que comporta disciplinas jurídicas de natureza publicista e civilista. A visão publicista enfoca a tradicional função distintiva do nome, isto é, a exigência de distinguir sob o plano da existência material um sujeito dos outros, de remetê-lo a um determinado núcleo familiar, etc. Essa pode ser considerada a função direta do nome. A outra é a função indireta, metonímica, simbólica de evocar a personalidade do titular, com o complexo de experiências, convicções e ações por ele conduzidas. Nesse segundo sentido, segundo a Corte de Cassação

³⁵ Giorgio PINO, *Il diritto all'identità personale*, cit., pp. 39-40.

³⁶ M. ROTONDI, *Istituzioni di diritto privato*, Milano: Giuffrè, 1962, pp. 198-199 *apud* Giorgio PINO, *Il diritto all'identità personale*, cit., p. 40.

³⁷ Para a discussão acerca da autonomia do direito à identidade pessoal, vide Capítulo 4, item 4.4.2, *supra*.

³⁸ Giorgio PINO, *Il diritto all'identità personale*, cit., p. 40. Faz-se referência a *Corte Costituzionale*, *Sentenza* n. 13/94.

italiana, o objeto da tutela é propriamente a identidade pessoal do interessado, e o nome é invocado com a função de instrumento da tutela da identidade.³⁹

Desse modo, a Corte, em diversas decisões, entendeu serem inconstitucionais as disposições de leis impugnadas, na parte em que não previam que um sujeito pudesse manter o uso do próprio sobrenome quando esse configurasse autônomo signo distintivo da sua identidade pessoal. A Corte entende, assim, que o sobrenome é instrumento identificador da pessoa e, enquanto tal, é constitucionalmente tutelado porque é um elemento que caracteriza a identidade pessoal, sendo este um típico direito fundamental que encontra amparo no art. 2º da Constituição italiana. Assim, uma disposição legislativa que priva um sujeito do seu sobrenome, no qual reside sua identidade pessoal (entendida como identificabilidade no âmbito social) é, portanto, contrária à Constituição.⁴⁰

Esse entendimento, no entanto, é criticado uma vez que utiliza como noção de identidade pessoal o “direito de ser si mesmo” enquanto tais opositores defendem que não é esse o interesse tutelado, mas sim o de não ser representado de maneira deformada, distorcida. Segundo esse pensamento, portanto, o nome não poderia ser identificado como sinônimo de personalidade, do patrimônio moral, social ou cultural do indivíduo, uma vez que essa concepção estaria superada pelo reconhecimento da identidade pessoal como direito autônomo, cuja tutela não se encontra mais vinculada à do nome ou da imagem.⁴¹ No entanto, o nome enquanto direito da personalidade não se vincula à identidade pessoal; apenas o que aqui se explicitou e passou a se considerar nome em seu aspecto “dinâmico”.

O conceito aqui defendido é o do direito à identidade pessoal como o direito de ser si mesmo, que significa também o direito de ser retratado como se é; e isso se dá num dado momento, específico. Nessa concepção não se enquadra aquela de “verdade histórica”, que compreende a pessoa como um percurso, e o que ela fez no passado aponta objetivamente a sua identidade. O que se defende é o direito de ser como se é, no momento atual.

³⁹ Giorgio PINO, *Il diritto all'identità personale*, cit., p. 96.

⁴⁰ *Ibid.*, pp. 96-97.

⁴¹ *Ibid.*, pp. 97-98.

5.1.2 Identificação Física

A identidade estática, à qual muitas vezes se faz referência quando da utilização do conceito de “identidade pessoal”, é também conhecida simplesmente como “identificação”.

O corpo tem importância decisiva sobre a identificação e, conseqüentemente, para a identidade da pessoa uma vez que é condição de possibilidade da percepção, que é ato originário de consciência corporal.⁴²

A identificação estática ou física de um sujeito baseia-se em um procedimento de confrontação de critérios entre caracteres que se revelam através do exame das pessoas, e isso se dá de forma descritiva. Na identificação física (ou descritiva) de uma determinada pessoa se buscam os elementos menos variáveis e mais persistentes, anotando os eventuais sinais distintivos como cicatrizes, imperfeições, calosidades particulares. A descrição dessa identidade estática ou física segue uma ordem topográfica da parte alta à parte baixa do sujeito (de cima para baixo), e cada uma das características destacadas deve ser colocada no lugar em que se encontra: sua forma, sua dimensão, sua cor. Outras indicações, além das descritivas, são as de ordem antropométrica, fotográfica e datiloscópica. A ele se deve somar um exame estomatológico a fim de precisar os elementos distintivos, a morfologia dentária e as intervenções terapêuticas que possam ter significação. Também se consideram, para esse efeito, as impressões digitais e o timbre da voz⁴³, por exemplo.⁴⁴ Hoje se utiliza, ainda, o desenho da íris e, com os

⁴² Angiola FILIPPONIO, “Il corpo: principio d’identità. Un’introduzione”. In: F. D’AGOSTINO (coord.) *Il corpo de-formato. Nuovi percorsi dell’identità personale*, Milano: Giuffrè, 2002, pp. 95, 97.

⁴³ Alguns autores mencionam, como PONTES DE MIRANDA, a existência de um direito à voz. Sem dúvida, está presente também uma função identificadora, através de seu som. O chamado “direito à voz” nunca teve tratamento autônomo, sendo tido como reflexo do direito à imagem enquanto proteção da identificação da pessoa. (cf. Francisco Amaral PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, v. 7. Direito de Personalidade. Direito de Família., p. 53.) O ordenamento jurídico brasileiro previu, de alguma maneira, a proteção do direito à voz na Constituição da República, em seu art. 5º, XXVIII, *a*, em que se assegura a proteção à reprodução da voz humana, e, ainda, no Código Civil de 2002, que em seu art. 20 dispõe que poderá ser proibida a transmissão da palavra.

Art. 5º. “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
XXVIII - são assegurados, nos termos da lei:

últimos avanços científicos, o genoma, podendo-se falar, inclusive, em identidade genética, uma vez que é o signo distintivo que mais informações pode fornecer acerca do seu portador e, ainda, nesse caso, também de seus consangüíneos, isto é, pelo exame do DNA de um sujeito revelam-se os dados genéticos de todo um grupo de pessoas.⁴⁵

Dizia-se que a identidade física vinha perdendo importância em razão da larga utilização de ambientes virtuais, em que a identificação não era feita pelos caracteres físicos, mas por uma série de dados pessoais – como o uso de cartões de crédito, caixas eletrônicos e quaisquer outros meios que, para sua utilização, dependam de uma “chave” eletrônica, um código. Stefano RODOTÀ ressalta que com o passar do tempo verificou-se que há sempre, nessas hipóteses, o risco de furto de identidade em virtude unicamente da apropriação de um código numérico, de uma palavra-chave, de um algoritmo. Por essa razão, a identidade física vem retomando sua relevância, com o objetivo de fornecer dados biométricos para conferir uma maior segurança contra fraudes, fazendo com que o corpo se torne instrumento para fortalecer as medidas de segurança, mas que acabam, por outro lado, possibilitando um controle generalizado e exacerbado por parte do Estado em relação aos cidadãos.⁴⁶

5.1.2.1

Os dados pessoais

No ordenamento jurídico italiano há o Código em matéria de proteção dos dados pessoais, o Decreto Legislativo 196, de 30 de junho de 2003, que veio substituir as Leis n. 675 e 676, ambas de 31 de dezembro de 1996⁴⁷, e que trata

a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas;”.

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.” (destacou-se).

⁴⁴ Carlos Fernández SESSAREGO, *Derecho a la identidad personal*, cit., pp. 25-26.

⁴⁵ Stefano RODOTÀ. “Transformações do corpo”. In: *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 19, jul.-set. 2004, Rio de Janeiro: Padma, p. 94.

⁴⁶ Stefano RODOTÀ. “Transformações do corpo”, loc. cit., pp. 92-93.

⁴⁷ Cf. Capítulo 4. item 4.2, p. 50, nota 153, *supra*.

especificamente e de forma ampla da sua proteção, inclusive dos chamados dados sensíveis, assim denominada a categoria de dados que podem potencialmente gerar discriminação, que se referem à saúde, opiniões e orientações políticas, credo, hábitos sexuais e outros, referindo-se, assim, a aspectos físicos e psíquicos da pessoa.⁴⁸

O mencionado Código, ao dispor da proteção dos dados pessoais, determina, em seu art. 2º, que seu tratamento respeite em particular a privacidade e a identidade pessoal. Assim:

*“Art. 2. (Finalita) 1. Il presente testo unico, di seguito denominato "codice", garantisce che il trattamento dei dati personali si svolga nel rispetto dei diritti e delle liberta' fondamentali, nonche' della dignita' dell'interessato, con particolare riferimento alla riservatezza, all'identita' personale e al diritto alla protezione dei dati personali.”*⁴⁹ (Destacou-se).

A referida disposição, no entanto, não consagra o conceito de identidade pessoal, como já mencionado.

O direito brasileiro, no que se refere ao tratamento dos dados pessoais, não tem uma legislação específica como a Itália⁵⁰, mas Constituição Federal de 1988 prevê em seu art. 5º, LXXII, o remédio constitucional do *habeas data*.⁵¹ Isso significa que é este um instrumento que faculta e garante aos indivíduos a possibilidade de requerer a intervenção das autoridades competentes com a

⁴⁸ Danilo DONEDA, “Um código para a proteção de dados pessoais na Itália”. In: *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 16, out.-dez. 2003, Rio de Janeiro: Padma, p. 123.

⁴⁹ Dispõe, ainda, o Código italiano em matéria de proteção dos dados pessoais:

“Art. 1 (Diritto alla protezione dei dati personali) 1. Chiunque ha diritto alla protezione dei dati personali che lo riguardano.

Art. 2 (Finalita) 1. Il presente testo unico, di seguito denominato "codice", garantisce che il trattamento dei dati personali si svolga nel rispetto dei diritti e delle liberta' fondamentali, nonche' della dignita' dell'interessato, con particolare riferimento alla riservatezza, all'identita' personale e al diritto alla protezione dei dati personali.

2. Il trattamento dei dati personali e' disciplinato assicurando un elevato livello di tutela dei diritti e delle liberta' di cui al comma 1 nel rispetto dei principi di semplificazione, armonizzazione ed efficacia delle modalita' previste per il loro esercizio da parte degli interessati, nonche' per l'adempimento degli obblighi da parte dei titolari del trattamento”. Disponível em: <<http://www.parlamento.it/leggi/deleghe/03196dl.htm>>. Acesso em: 01.02.2006.

⁵⁰ Danilo DONEDA sustenta, nesse aspecto, que o *habeas data*, embora historicamente importante, por si só não é capaz de tutelar adequadamente a disciplina dos dados pessoais, que ganhou grande vulto desde a promulgação da Constituição e da lei que o regulamentou. (“Um código para a proteção de dados pessoais na Itália”. In: *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 16, out.-dez. 2003, Rio de Janeiro: Padma, p. 133).

⁵¹ Art. 5º, LXXII. “Conceder-se-á *habeas-data*:

a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público;
b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo.”

finalidade de visando sanar, corrigir, ilegalidade e abuso de poder em prejuízo de direitos e interesses individuais.⁵²

O *habeas data* tem por escopo proteger⁵³ a esfera íntima dos indivíduos contra: (a) uso abusivo de registros de dados pessoais coletados por meios fraudulentos, desleais ou ilícitos; (b) introdução nesses registros de dados sensíveis (assim chamados os de origem racial, opinião política, filosófica ou religiosa, filiação partidária e sindical, orientação sexual, etc.); (c) conservação de dados falsos ou com fins diversos dos autorizados em lei. Para tanto, assegura: (i) o direito de acesso e conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou banco de dados de entidades governamentais e de entidades de caráter público; (ii) o direito à retificação desses dados, importando isso em atualização, correção e até supressão, quando incorretos.⁵⁴

Hoje se tem uma nova concepção integral da pessoa nesse sentido, que reclama o direito de não deixar de ter controle sobre seu corpo que é, ao mesmo tempo, “físico” e “eletrônico”. A proteção dos dados pessoais é hoje um dos aspectos mais significativos da liberdade das pessoas, sendo imperativa a observância do fato de a conexão entre corpo, informações pessoais e controle social poder assumir graves contornos, ferindo inclusive a dignidade da pessoa humana. Nesse caso, o respeito à dignidade da pessoa humana “impõe interpretação rigorosa do princípio de estrita necessidade de coleta e no tratamento de informações, no sentido de que somente se deve recorrer a dados capazes de identificar um sujeito quando este recurso for a única forma de alcançar tal finalidade.”⁵⁵

O sexo biológico, que integra a identidade sexual, é também importante elemento da identidade física, e merece especial destaque em função dos questionamentos que são trazidos pela temática dos transexuais. O direito à identificação sexual surge da necessidade que toda pessoa tem de ser identificada como pertencente a um dos dois sexos – feminino ou masculino –, inclusive para

⁵² José Afonso da SILVA, *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 442.

⁵³ O *habeas data* só foi regulamentado em 1997, pela Lei nº 9.507.

⁵⁴ Classificação feita por José Afonso da SILVA, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, cit., pp. 453 e 455, respectivamente.

⁵⁵ Stefano RODOTÀ. “Transformações do corpo”, cit., pp. 92-93.

exercício dos seus direitos (direito de família, previdenciário, trabalhista, tributário e penal).⁵⁶

Por muito tempo o sexo dos indivíduos era, inequivocamente, o anatômico. Hoje, no entanto, a medicina o compreende de forma ampla, considerando não só o sexo anatômico, mas também o genético (ou cromossômico), o sexo hormonal e o psicológico (ou psicossocial).⁵⁷

Cumprido destacar que a identidade sexual também apresenta sua vertente dinâmica, que abrange a expressão psíquica acerca do sexo que se possui ou se deseja ter, delineando o comportamento social de cada indivíduo.⁵⁸ Dessa forma, a conjugação do aspecto físico, psíquico e comportamental da pessoa caracteriza o seu estado sexual.⁵⁹

O sexo biológico ou anatômico consiste no aspecto físico que lhe determina o fenótipo, decorrente do entrelaçamento do (i) sexo genético; (ii) endócrino e (iii) morfológico. (i) O sexo genético é aquele definido geneticamente pelos cromossomos: XX na mulher, XY nos homens. (ii) O sexo endócrino é formado pelas glândulas sexuais, testículos e ovários, destinados a produzir hormônio e por outras glândulas (tiróide e epífise). (iii) O sexo morfológico diz respeito à forma ou aparência de uma pessoa na conformação anatômica de seus órgãos genitais, da correspondência dos caracteres sexuais secundários (mamas, pilosidade, timbre de voz) com os primários (órgãos sexuais internos e externos).⁶⁰

O sexo civil é também denominado sexo jurídico ou sexo legal, e consiste na determinação do sexo em razão da vida civil, nas suas relações na sociedade, trazendo inúmeras conseqüências jurídicas. É aquele designado na certidão de nascimento da criança, com base em seu sexo morfológico externo. O registro do sexo é realizado quando da realização do registro de nascimento, somente

⁵⁶ Raul CHOERI. “Transexualismo e identidade pessoal: cirurgia de transgenerização”. In: Heloisa Helena BARBOZA e Vicente de Paulo BARRETO (orgs.) *et alli. Temas de Biodireito e Bioética*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 239.

⁵⁷ Heloisa Helena BARBOZA. “Bioética x Biodireito: Insuficiência dos conceitos jurídicos”. In: Heloisa Helena BARBOZA e Vicente de Paulo BARRETO (orgs.) *et alli. Temas de Biodireito e Bioética*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 22.

⁵⁸ Raul Cleber da Silva CHOERI, *O Conceito de Identidade e a Redesignação Sexual*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, pp.46; 51.

⁵⁹ Elimar SZANIAWISKI, *Limites e possibilidades do direito de redesignação do estado sexual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 34.

⁶⁰ Classificação trazida por Raul Cleber da Silva CHOERI, *O Conceito de Identidade e a Redesignação Sexual, cit.*, pp. 239-240.

podendo haver retificação da mencionada certidão mediante sentença judicial que a determine, declarando a identidade sexual da pessoa. Assim, é imprescindível verificar qual é essa identidade sexual, para que se possa proceder à sua eventual modificação.⁶¹

O *transexualismo* é tido como uma “entidade clínica autônoma” e tem características próprias que se manifestam pela vontade compulsiva de modificação de sexo em indivíduos “biologicamente perfeitos”⁶². Ele se caracteriza por uma contradição entre o sexo físico aparente – determinado pelo genoma –, e o sexo psicológico⁶³. Nesse caso, o indivíduo se identifica como pertencente ao sexo oposto e sente grande frustração ao tentar se expressar por meio de seu sexo genético.

De acordo com a Resolução n. 1.652 de 2002 do Conselho Federal de Medicina, o transexualismo se caracteriza como “um desvio psicológico permanente de identidade sexual, com rejeição do fenótipo e tendência à automutilação e/ou auto-extermínio”. O transexual se diferencia do homossexual exatamente nesse aspecto, uma vez que esse último é aquele que se sente atraído sexualmente por pessoa do mesmo sexo, mas que não tem o desejo ou intenção de mudar sua anatomia⁶⁴. Também não se confunde com o intersexualismo, que se caracteriza pela presença de anomalias físicas, hormonais ou genéticas que conduzem a um sexo falso.

A cirurgia de transgenitalização, realizada por meio dos recursos técnicos e tratamentos hormonais avançados, possibilita a transformação plástico-reconstrutiva da genitália interna, externa e caracteres sexuais secundários.⁶⁵ Para a operação de transgenitalização, é necessário que o paciente seja maior de 21 anos e aceite ser acompanhado durante dois anos por uma equipe multidisciplinar.

66

⁶¹ Raul Cleber da Silva CHOERI, *O Conceito de Identidade e a Redesignação Sexual*, cit., pp. 240 e 46.

⁶² Ana Paula Ariston Barion PERES. *Transexualismo: O Direito a uma nova identidade sexual*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 158.

⁶³ Heloisa Helena BARBOZA, “Bioética x Biodireito: Insuficiência dos conceitos jurídicos”, cit., p. 22.

⁶⁴ Raul CHOERI, “Transexualismo e identidade pessoal: cirurgia de transgenerização”, cit., p. 241.

⁶⁵ Raul CHOERI, “Transexualismo e identidade pessoal: cirurgia de transgenerização”, cit., p. 241.

⁶⁶ Maria Celina BODIN DE MORAES, “A Tutela da Identidade Pessoal no Código de 2002”, cit., *mimeo*, p. 20.

No entanto, a motivação real da demanda é mais profunda, uma vez que as medidas adotadas em certos países – mudança de nome, modificação do número de assistência social, ausência de menção do sexo na carteira de identidade – não impedem os transexuais de quererem, ainda, obter novo estado civil: o transexual exige, além da mudança na aparência física, um reconhecimento de seu novo sexo que não passa apenas por sua aceitação social, mas pelo documento legal que vem atestá-lo.⁶⁷

Há entendimentos diversos quanto à intervenção cirúrgica. Ela é tida como uma prática terapêutica por aqueles que defendem que essa é a única maneira de o transexual adequar o sexo físico ao psíquico. Nesse caso, considera-se infrutífera a adoção de qualquer outra medida, seja tratamento hormonal ou psicanalítico. Essa posição é fortalecida pela existência de casos de transexuais que chegam a realizar autocastração ou, até mesmo, a cometer suicídio diante da recusa de alguns cirurgiões em realizar a operação de transgenitalização.⁶⁸ A importância do requerimento médico para realização da cirurgia é evidente no artigo 13 do Código Civil de 2002, que dispõe que “salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar em diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes”. No que tange às demais modificações, para alguns médicos, assistentes médico-sociais, juristas e magistrados a mudança de nome e estado civil é parte integrante da terapêutica.

Porém, muitos são contrários à realização da cirurgia por não ser ainda clara a conexão entre desvio psicológico e os fatores de ordem biológica. Defendem que a cirurgia não tem o condão de modificar o sexo do indivíduo, uma vez que não há transplante de órgãos sexuais internos e, assim, alegam que elas modificam apenas a aparência dos órgãos externos, fazendo com que eles se assemelhem ao do sexo desejado, cumprindo, no máximo, a função de satisfazer a libido do transexual. Dentro desse grupo, alguns consideram a cirurgia mutilante, pois ela implica em uma castração, uma vez que, não tendo mais seus órgãos reprodutores, o indivíduo se torna estéril, e, sendo assim, esse fato afastaria a legalidade da sua realização⁶⁹.

⁶⁷ Henry FRIGNET. *O transexualismo*. Tradução Procópio ABREU. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2002, p. 93.

⁶⁸ Ana Paula Ariston Barion PERES. *Transexualismo*. cit., pp. 162-164.

⁶⁹ Nesse sentido, Aracy Klabin destaca que, caso a cirurgia implicasse em mudança de sexo “(...) seria possível, talvez, defender a cirurgia de conversão e, desde logo, pugnar pela adoção de uma

A questão é séria pois há algum tempo, quando a controvérsia era ainda maior – no que tange à cirurgia –, no princípio dessa discussão, alguns médicos que realizavam o procedimento cirúrgico respondiam penalmente por crime de lesão corporal de natureza grave, isto é, que importa em deformidade permanente. A Igreja, por sua vez, argumenta que essa cirurgia impede a realização da função reprodutora do indivíduo⁷⁰ e, para ela, esse é um ponto fundamental.

Destaque-se que os atos do registro civil são cogentes e indisponíveis, em razão do interesse público que os circunda. Ao reconhecer, em alguns momentos, que é possível a modificação do registro civil (manifestação estática da identidade pessoal, na medida em que retrata o que se é, por um documento em regra imutável) realizou-se uma importante modificação nos princípios gerais de direito civil em direção à pessoa humana, reconhecendo-se que o interesse privado em questão é, também, digno de tutela.⁷¹

No caso específico dos transexuais, atualmente, embora as cirurgias de transgenitalização sejam normalmente autorizadas e admitidas em razão da Resolução do Conselho Federal de Medicina⁷², as decisões ainda não são uniformes, dependendo essencialmente da visão pessoal do juiz e do membro do Ministério Público.⁷³ Diz-se ainda que a falta de previsão legal expressa nesse sentido, no Direito pátrio, embora haja projetos de lei sobre o tema, há resistências quanto à admissão da intervenção cirúrgica.⁷⁴

Em regra, a alteração do sexo no registro civil – mais do que a alteração do prenome, que tem sido encampada pela possibilidade de alteração do nome vexatório⁷⁵ encontra ainda maior resistência.⁷⁶ Há uma significativa corrente jurisprudencial que entende não ser possível a mudança do nome, e admite menos ainda a alteração do sexo no registro, mesmo após a realização da cirurgia.⁷⁷

legislação que regulasse todos os fatos que envolvessem o transexual após sua submissão à cirurgia”. (Aracy Augusta Leme KLABIN. “Transexualismo”. In: *Revista de Direito Civil*, v. 17, São Paulo, 1981, p. 37).

⁷⁰ Ana Paula Ariston Barion PERES. *Transexualismo*. cit., pp. 163-164.

⁷¹ Maria Celina BODIN DE MORAES, *Danos à Pessoa Humana*, cit., p. 122.

⁷² Trata-se da Resolução n. 1.652 de 2002.

⁷³ Maria Celina BODIN DE MORAES, “A Tutela da Identidade Pessoal no Código de 2002”, cit., *mimeo*, p. 20.

⁷⁴ Gustavo TEPEDINO, “Direitos Humanos e Relações Jurídicas Privadas”. In: *Temas de Direito Civil*, cit., p. 65.

⁷⁵ Art. 55, da Lei de Registros Públicos (para a transcrição do artigo, v. nota 284).

⁷⁶ Maria Celina BODIN DE MORAES, *Danos à Pessoa Humana*, cit., p. 122.

⁷⁷ Gustavo TEPEDINO, “Direitos Humanos e Relações Jurídicas Privadas”. In: *Temas de Direito Civil*, cit., p. 66.

Observa-se, assim, que o entendimento de alguns dos juízes é no sentido de acolher o pedido de alteração do nome e do estado sexual daqueles que se submeteram à cirurgia, enquanto que nos tribunais superiores tem-se negado tais possibilidades nos casos de transexuais operados fora do país. Um caso recente constituiu um importante precedente: Luís Roberto Gambine Moreira, conhecida como Roberta Close, após muitos pleitos infrutíferos, obteve decisão favorável à mudança do nome e de sexo no registro civil, somente após se comprovar que ela era, na verdade, intersexual, e não transexual.⁷⁸

O Supremo Tribunal Federal, instado a se manifestar antes da Constituição Federal de 1988, entendeu pela impossibilidade de retificação da certidão de nascimento no que tange ao nome e ao sexo por tratar-se de “operação plástica”, prevalecendo o sexo biológico em relação ao psíquico.⁷⁹ No caso de Roberta Close, inicialmente o pedido foi acolhido em primeira instância, mas reformado pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, sob o argumento de ser, a cirurgia, mutilatória, e que, assim, não teria o condão de transformar o sexo, uma vez que não seria essa uma questão de escolha. Segundo esse julgado, o sexo biológico, determinado no nascimento, prevalece em relação ao psíquico.⁸⁰

A aposição do sexo da pessoa no registro do nascimento é, na medida em que implica descrição física e em princípio imutável da pessoa, parte da sua identidade estática da pessoa humana que, como já destacado, não é suficiente

⁷⁸ A esse respeito, v. notícia colhida na internet, no site da Universidade em que a advogada da transexual leciona: “A ex-modelo lutava por isso há anos. Um primeiro pedido foi negado em 1991. (...) ‘O Direito deve reconhecer a evolução da ciência médica, mudando também as normas, já que o objetivo a existência do Direito é o homem. Roberta provou com recentes exames periciais que é mulher’, destaca a professora Tereza, que se respaldou, para a defesa, no artigo 1º, inciso III da Constituição, que estabelece como premissa da República Federativa do Brasil o respeito ao indivíduo. (...) Roberta foi examinada por dez profissionais especialistas: três endocrinologistas, um psiquiatra, dois geneticistas, um cirurgião plástico, um neuropsiquiatra, um médico-legista e uma psicóloga, todos pertencentes aos mais renomados órgãos de saúde de São Paulo e do Rio de Janeiro (...) O representante do Ministério Público declarou que ‘se faz necessário eliminar as situações de constrangimento, com intensa dor moral, porque passa a requerente, ao ter que exibir no meio social identidade que não é a sua realidade’. A juíza Leise Rodrigues Espírito Santo esclareceu que ‘esta ação é diversa daquela promovida em 1991 por possuir nova causa de pedir e se fundamentar em diagnósticos resultantes de recentes descobertas médicas’. Segundo a juíza, ‘em face da unanimidade dos pareceres e laudos médicos, resta inequívoco que a parte requerente não possui tão somente perfil psicológico feminino, mas também possui caracteres biológicos próprios de uma mulher, sendo, portanto, indiscutível seu direito de pleitear a alteração de nome civil e sexo, por ser inaceitável que suporte os danos causados pelas complicadas transformações e diferenciações ocorridas em seu corpo no momento da gestação’. Disponível em <http://www.unipar.br/noticias_unipar/noticia_view.php?idd=1092>. Acesso em: 25 jul. 2005.

⁷⁹ STF, RE 93384/80, RE 93405/80.

⁸⁰ Raul CHOERI, “Transexualismo e identidade pessoal: cirurgia de transgenerização”, cit., pp. 253-254.

para conformar, por si só, a identidade pessoal. Essa, entendida como o que se é, só pode ser compreendida como a junção de aspectos psíquicos e físicos, que compõem a pessoa humana enquanto ente singular. É esse conjunto que diferencia e singulariza uma pessoa em relação às demais.

A alteração do sexo do transexual operado no registro atende à descrição física daquela pessoa, e retrata, de uma forma descritiva, o que aquele indivíduo é – nesse caso, em seu sexo. Tal descrição é feita no momento posterior ao nascimento pelo reconhecimento dos órgãos sexuais externos. A partir do momento que se fez uma cirurgia de transgenitalização em virtude da necessidade da adequação do sexo físico ao psíquico, não há razão ou princípio que possa fazer frente à alteração do registro.

O sexo psíquico, o físico e o nome, em regra perenes como o sexo registral, estão em harmonia no momento do pleito, e os dois últimos, em princípio – e por princípio – imutáveis, sofreram alteração para adequar-se à *psique* daquele indivíduo. Deve-se, então, afastar a imutabilidade do sexo registral para que se retrate nele a identidade física daquele sujeito, que passa a estar, naquele momento, em consonância com seu sexo psíquico que, a esse momento, parece ser o único e real aspecto imutável do indivíduo.

Como destaca Maria Celina BODIN DE MORAES:

“(…) já foi dito que a solução que menos prejuízos traz à pessoa humana é a que concebe o sexo não como um atributo instantaneamente adquirido na concepção, segundo a visão biomédica, mas, a partir do reconhecimento da imprescindibilidade da esfera psíquica, como um aspecto que vai aos poucos, basicamente até o início da vida adulta, se formando.”⁸¹

Assim, a fundamentação para a viabilidade da retificação do sexo no registro civil é a efetivação da identidade pessoal da pessoa em sua dimensão estática, porque atrelada à descrição do sexo – parte integrante da sua identidade física – revestida de uma maior rigidez que o torna, salvo hipóteses excepcionais, imutável.⁸²

⁸¹ Maria Celina BODIN DE MORAES, *Danos à Pessoa Humana*, cit., p. 123.

⁸² Maria Celina BODIN DE MORAES destaca, nesse sentido, o entendimento jurisprudencial francês: “Na jurisprudência francesa vem se consolidando o entendimento de que o portador de síndrome transexual, em seguida a tratamento médico-cirúrgico com finalidade terapêutica, se não mais possui todas as características de seu sexo de origem e apresenta aparência física que o aproxima do outro sexo (ao qual corresponde seu comportamento social), justificada estará – pelo princípio do “respeito à vida privada” – a alteração no registro civil, de modo que seu estado civil indique o

A importância dos questionamentos que trazem as situações atinentes aos transexuais é claramente demonstrada por um exemplo trazido por Gustavo TEPEDINO⁸³. Sua expressividade e a gravidade de suas conseqüências diante da ausência de previsão normativa e interpretação condizente com a tutela e proteção da pessoa humana faz com que se justifique aqui sua transcrição:

“Após dez anos de vida conjugal na Dinamarca, com um marido francês e um filho adotado segundo a legislação francesa, um brasileiro transexual, chamado Juracy, veio ao interior da Bahia visitar a família. Decidiu, então, com o marido, adotar uma criança abandonada, José, com seis anos de idade, ‘à moda brasileira’, ou seja, registrando-a como filha do casal. Juracy foi presa pela Polícia Federal no momento em que pretendia obter o passaporte para José, tendo-lhe sido imputada a prática dos crimes de uso de documento falso (art. 304, CP), promoção de ato destinado ao envio de criança para o exterior (art. 239 da Lei nº 8.069/90) e falsidade ideológica (art.299, CP), além de ter sido questionada pelo Ministério Público a adoção de uma criança por um casal de homossexuais.

A partir daí, a vida da família transformou-se em um verdadeiro pesadelo, no qual se produziram danos irreparáveis. Juracy foi recolhida ao pavilhão masculino do aterrorizante presídio de Água Santa, no Rio de Janeiro, onde foi submetida, certamente à mais vil degradação. Seus filhos, o maior deles um adolescente estudioso, responsável e poliglota, segundo consta nos autos, foram recolhidos a um asilo de menores. O pai, também denunciado, foi posto em liberdade mediante o pagamento de fiança, afirmando em juízo desconhecer inteiramente, assim como o filho adolescente, a transexualidade de Juracy.

Ambos os réus foram absolvidos no processo criminal, tendo a 1ª Turma do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, por maioria de votos, mantido a sentença, rejeitando o recurso interposto pelo Ministério Público (...).”⁸⁴

5.1.3 Imagem

sexo de sua aparência, não representando obstáculo a tanto o princípio da indisponibilidade do estado das pessoas” (“A Tutela da Identidade Pessoal no Código de 2002”, cit., *mimeo*, p. 22).

⁸³ Gustavo TEPEDINO. “Direitos Humanos e Relações Jurídicas Privadas”. In: *Temas de Direito Civil*, 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, pp. 66-67.

⁸⁴ A referida decisão foi proferida na Apelação Criminal nº 92.18299-0/RJ, julgada em 8 de março de 1993, tendo por relatora a Des. Tânia Heine, com a seguinte ementa:

“Criminal – Uso de Documento Falso – art. 304 do CP.

I – Utilização de certidão de nascimento falsa para obtenção de passaporte para o menor.

II – Constatação de que a mãe do menor, constante do registro, era transexual operado e que se casara no exterior com um francês, utilizando falsa certidão de nascimento.

III – A omissão da legislação brasileira quanto aos transexuais que se submeteram a cirurgia para troca de sexo, impossibilitando-os de legalmente alterarem a certidão de nascimento, gera situações como a dos autos, por inexigibilidade de outra conduta.

IV – Se a jurisprudência tem entendido que inexiste o delito se a falsa identidade visa a esconder passado criminoso, também se aplica à hipótese de esconder o sexo original.

V – O artigo 304 do CPB exige, além do dolo, a intenção de obter vantagem ou causar prejuízo, o que inócorre no presente caso.

VI – Recurso improvido.”

Inicialmente, o nome assumia unicamente a função identificadora da pessoa. Posteriormente, no entanto, a imagem veio a completar essa perspectiva, uma vez que através dos traços fisionômicos geralmente se produzia a primeira caracterização do sujeito. O nome constituía o instrumento mais simples e direto de identificação antes de elaborado o direito à imagem, que veio a completar essa função.⁸⁵

A imagem é a representação física da pessoa, através de fotos, filmes, vídeos, pinturas e outros meios que reproduzam partes do seu rosto ou do seu corpo, ou ainda sinais físicos que possam servir à sua identificação e reconhecimento.⁸⁶

O que se protege com esse direito é a imagem reproduzida, que deve ser autorizada pelo seu titular. O direito à imagem pertence àquele que a tem reproduzida, e o direito de autor a quem a reproduz, seja imagem própria ou alheia quando se fala em desenho, pintura, escultura, fotografia – os “suportes artificiais da imagem”. O fundamento do direito à imagem é a própria imagem ou figura original da pessoa. Alguns doutrinadores também defendem que ela é expressão figurativa da personalidade a que se refere, o que comporta também, nos sistemas contemporâneos, o pensamento de que o direito à imagem abrange ainda a verdade pessoal ou o direito de a pessoa ser designada conforme a imagem que faz de si mesma, ou o direito de não ser qualificada sob uma perspectiva falsa.⁸⁷

O direito à imagem foi igualmente objeto de diversas operações dogmáticas, que acabaram por estender o seu âmbito de tutela. Pelo fato de originariamente se desenvolver o entendimento de que estava presente uma precípua função identificadora no direito à imagem, além de no nome, também se passou a defender, então, que era possível aplicar à proteção da imagem não só as normas especificamente previstas, mas também, por analogia, aquelas sobre direito ao nome. Consoante doutrina então largamente difundida, as disposições sobre o direito ao nome englobariam a tutela do direito à identidade pessoal – de

⁸⁵ Carlos Fernández SESSAREGO, *Derecho a la identidad personal*, cit., pp. 129-130.

⁸⁶ Roxana Cardoso Brasileiro BORGES, *Disponibilidade de direitos da personalidade e autonomia privada*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2005, p. 156.

⁸⁷ Regina SAHM, *Direito à Imagem no Direito Civil Contemporâneo*. São Paulo: Atlas, 2002, pp. 33-34.

acordo, em relação a esse último aspecto da vinculação do nome à identidade pessoal, com o que defendia DE CUPIS.⁸⁸

Dessa forma, sustenta-se, por exemplo, que uma fotografia em que aparecesse uma pessoa sendo retratada de forma diversa da que ela normalmente é, atribuindo-lhe características e fatos que ela não tem, constitui-se uma violação ao direito à identidade pessoal. Portanto, se afirma que a tutela jurídica do direito à imagem não pode estar limitada às reproduções das características e traços fisionômicos de uma pessoa; a imagem é, sobretudo, expressão, modo de ser da personalidade no seu complexo. Considerando a imagem como símbolo do patrimônio “ideal” da pessoa, a teoria “personalista” estende, então, a aplicabilidade das disposições sobre esse direito, bem como de outras hipóteses típicas da exploração econômica da imagem em caso de danos ocasionados ao sujeito retratado e de exposição abusiva do retrato. Essa ampliação se dá com o objetivo de abarcar todas aquelas hipóteses nas quais as formas concretas da sua divulgação resultam em uma indevida alteração da imagem social da pessoa.⁸⁹

Assim, de uma originária acepção de identidade pessoal como identificabilidade, a cultura jurídica italiana chega gradualmente a uma noção diversa, que pode ser considerada como transitória. O direito à identidade pessoal vem inicialmente vinculado ao uso exclusivo dos signos distintivos da pessoa, para depois alargar a perspectiva, a fim de considerar tal interesse em um sentido social. Essa compreensão ampliativa se deu a fim de visar não apenas a tutela da mera identificação e distinção física do indivíduo aos olhos da coletividade, mas também para abranger a imagem social da pessoa. Isso denota que a cultura jurídica não era insensível a uma possível relevância jurídica do interesse à identidade pessoal, mesmo que, por diversas razões ideológicas e dogmáticas, ele não pudesse ser alçado à condição de direito subjetivo autônomo.⁹⁰

O direito à imagem está disposto no art. 5º, V, X e XXVIII, *a*, da Constituição Federal de 1988⁹¹ e se desdobra na tutela de outros elementos ou

⁸⁸ Giorgio PINO, *Il diritto all'identità personale*, cit., p. 41.

⁸⁹ Giorgio PINO, *Il diritto all'identità personale*, cit., p. 41.

⁹⁰ Giorgio PINO, *Il diritto all'identità personale*, cit., p. 42.

⁹¹ “Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

perfis. O inciso V é a manifestação da *imagem-atributo*, o inciso X da *imagem-retrato* e o inciso XXVIII, *a*, da *imagem como direito autoral*.⁹²

A fisionomia e sua reprodução são protegidas pela denominada *imagem-retrato*, significando, assim, a concepção tradicional de imagem juridicamente tutelada. Dentro dessa tipificação, a fisionomia é chamada de “imagem estática”, e sua reprodução de “imagem dinâmica”, fazendo-se, com isso, uma distinção dos momentos em que incidiriam as tutelas – no primeiro caso, se tem em conta o fato de alguém possuir determinada fisionomia, e no segundo, a correta divulgação de seus aspectos fisionômicos.⁹³

A denominada *imagem-atributo*, segundo perfil do direito à imagem, surgiu do uso vulgar do termo, e não se atém às características fisionômicas do indivíduo, mas aos seus atributos identificáveis em suas relações sociais, compreendendo o conjunto de particularidades comportamentais que distinguem uma pessoa das outras, podendo, tais particularidades, abonar ou desprestigiar o respectivo indivíduo. Essa característica possibilita a distinção dessa tutela em relação àquela da honra.⁹⁴

Considerando-se a proximidade da concepção de *imagem-atributo* com aquele de direito à identidade pessoal, particularmente em sua expressão dinâmica, alguns estudiosos do direito à imagem fazem, assim, uma diferenciação dos dois conceitos. Regina SAHM defende:

“O direito à imagem não se resume no direito à identidade.

O direito à identidade é fórmula sintética que distingue o sujeito do ponto de vista global de suas características específicas e de suas manifestações.

A maior manifestação do direito à identidade é o próprio nome, tanto que, na obra de Adriano De Cupis, capítulo inteiro é dedicado ao seu estudo e outras manifestações (título, sinal significativo).

No plano da violação, fica fácil distinguir o direito à identidade do direito à imagem. O fato é que se tutela o direito exclusivo de permitir ou proibir a

(...)

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

(...)

XXVIII - são assegurados, nos termos da lei:

a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas.”

⁹² Luiz Alberto David de ARAÚJO, *A proteção constitucional da própria imagem*, Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 81.

⁹³ Cf. Carlos Affonso PEREIRA DE SOUZA. “Contornos atuais do direito à imagem”. In: *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 13, jan.-mar. 2003, p. 40.

⁹⁴ Carlos Affonso Pereira de SOUZA. “Contornos atuais do direito à imagem”. In: *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 13, jan.-mar. 2003, pp. 41-42.

propagação onerosa ou mesmo gratuita da figura, apesar de não implicar em ofensa à identidade pessoal.

É a imagem, que não mais se limita à aparência externa da pessoa, a forma mais relevante de individualizá-la. Anteriormente aos avanços da medicina, a imagem, dando forma concreta ao ser da pessoa, já se configurava como o primeiro dado da identidade de qualquer indivíduo. (...)

Por outro lado, o direito à identidade não pode ser destituído de importância. Basicamente restrito ao direito ao nome, pseudônimo, título, que comporta como conteúdo a atribuição do nome, sua utilização e mesmo modificação, a identidade pessoal abrange outros elementos. O mais polêmico é, sem dúvida, aquele relacionado com a mudança de sexo”.⁹⁵

A distinção perpetrada pela autora, no caso, efetivamente dissocia um direito do outro. Não se pode, contudo, aderir ao conceito dado ao direito à identidade pessoal, restrito ao direito ao nome, não identificando quais outros elementos – além da repercussão do caso dos transexuais – integram sua tutela.

Igualmente não se pode convergir com a idéia de que é a imagem o instrumento mais hábil a individualizar a pessoa, ou sequer o primeiro dado da identidade do indivíduo. Não há como afastar do nome o fator primeiro de individualização e formação da identidade da pessoa, visto que é um direito ao qual corresponde também um dever, o de se designar com um nome toda a pessoa que nasce, como já largamente exposto no item a ele dedicado.

Walter MORAES distingue individualização de identificação, ocorrendo a primeira através da imagem, e procedendo-se à identificação por via de consequência. Destaca, ainda, que a identificação pessoal surge do interesse público de se reconhecer o indivíduo, cabendo ao direito à imagem a sua individualização.⁹⁶

Carlos Affonso Pereira de SOUZA, analisando a definição do autor ora mencionado, observa que tal distinção possui forte traço teórico, confundindo-se na prática o direito à imagem com o direito à identidade pessoal. Ressalta, e trazendo o pensamento de Carlos Fernández SESSAREGO, que a imagem, em diversos momentos, serve de veículo, de instrumento da violação do direito à identidade. No entanto, destaca:

⁹⁵ Regina SAHM, *Direito à Imagem no Direito Civil Contemporâneo*. São Paulo: Atlas, 2002, pp. 189-190.

⁹⁶ Walter MORAES, “Direito à própria imagem – I”. In: *Revista dos Tribunais* nº 443 (set. 1972), p. 73.

“Vale lembrar que o âmbito de atuação do direito à imagem extravasa os limites do direito à identidade, pois é possível apontar casos em que a imagem de uma pessoa é lesionada sem que seja gerada qualquer violação à sua identidade. Trata-se, novamente, da hipótese de utilização de imagem alheia para fins que não aqueles previamente avençados. Nessa situação, a imagem da pessoa não sofre qualquer adulteração, permanecendo, assim, possível o reconhecimento do sujeito fotografado, por exemplo. Sendo o retrato autêntico, não há o que reclamar a título de dano à identidade – na medida em que não há usurpação da mesma – sendo apenas possível argüir violação do direito à imagem”.⁹⁷

Deve-se assim ressaltar que a imagem estática não se confunde com a identidade pessoal. Para se compreender a distinção dos dois interesses, basta conceber que a veiculação da imagem de uma pessoa sem sua autorização pode não lhe causar danos à identidade, porém há, necessariamente, nessa hipótese, uma lesão ao direito de imagem. Por outro lado, pode-se ter autorização para utilizar a imagem de alguém e, ao fazê-lo de maneira a deformá-la, distorcê-la, desvirtuá-la, estar-se-á, assim, diante de uma lesão à sua identidade – que, é relevante ressaltar, também não importa em lesão à honra⁹⁸.⁹⁹

Quanto à imagem-atributo, Carlos Fernández SESSAREGO destaca que a vinculação essencial existente entre ela e o direito à identidade pessoal em sua manifestação dinâmica faz com que sejam comuns hipóteses em que há uma aparente superposição das duas figuras jurídicas – isto é, fazendo com que imagem seja o veículo pelo qual se pode lesionar a identidade pessoal. Isso ocorre porque ela é suscetível de manipulação, que pode acontecer, por exemplo, quando a imagem captada é colocada fora de contexto. Pode-se verificar a ocorrência da manipulação quando fotos antigas são inseridas em situações atuais, em lugares diferentes, em diversas épocas, com personagens distintos, em outros contextos. Esse tipo de situação pode hoje ocorrer facilmente em virtude de ser cada vez mais comum a realização de fotomontagem com o auxílio de tecnologia largamente acessível. Em quaisquer desses casos há desfiguração da pessoa ou do contexto, e isso pode lesionar não só a honra e a reputação, afetar sua intimidade, mas

⁹⁷ Carlos Affonso Pereira de SOUZA. “Contornos atuais do direito à imagem”, cit., pp. 54-55.

⁹⁸ Isso fica clarividente na já mencionada decisão do processo do político italiano Marco Pannella, em que foi divulgado que era novo integrante de um outro partido, ao qual era contrário.⁹⁸ Tal fato não implica em lesão à honra, uma vez que não pode qualificar como desonra o fato de integrar um partido político; igualmente, não há que se falar em violação do direito à imagem, uma vez que seus traços fisionômicos não foram divulgados. Há, nesse caso, uma lesão à identidade pessoal, uma vez que foi desvirtuada a sua identidade no plano político.

⁹⁹ Ricardo Luis LORENZETTI, *Fundamentos do Direito Privado*, trad. bras. de Vera Maria Jacob de Fradera, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, pp. 484-485.

também representar a pessoa socialmente em uma projeção que não condiz com sua personalidade e não é, portanto, fiel a ela.¹⁰⁰ Desse modo, estar-se-á diante de uma lesão ao direito à identidade pessoal e não da imagem.

Pode-se entender que a diferença patente entre a imagem-atributo e a identidade pessoal é o fato de que, na primeira, há uma lesão a esse interesse de determinada pessoa sem que, para isso, tenha havido distorção, adulteração, descontextualização. A lesão ao direito à identidade pessoal, a seu turno, dependeria de uma falsa ou inadequada representação da realidade para se perpetrar, uma vez que tem por requisito que não corresponda à verdade – pelo menos não àquela que a pessoa é naquele momento, ou não inteiramente.

Essa distinção, entretanto, não é satisfatória. Isso porque a análise feita não deixa claro que integra o conceito de direito à identidade pessoal aquele aqui defendido, que é “o direito de ser si mesmo”. A partir dessa perspectiva, o direito à identidade pessoal tutela também o direito de a pessoa ser retratada como é no momento presente, e não apenas a vedação a se retratar de maneira deturpada. Assim, o conceito de direito à identidade pessoal abrange também aquele de imagem-atributo, que não integraria o conceito de direito à imagem uma vez que não há qualquer motivo para que o integre. Isso se justifica pelo fato de que juridicamente apenas surgiu para atender a um uso corrente e popular da palavra “imagem”. O direito, no entanto, não tem que atender aos usos correntes; há que ser técnico. Inclusive porque há casos de violação da identidade pessoal, isto é, em que a pessoa é retratada de forma diversa da que é naquele momento específico, que não se produz pela forma fisionômica. Portanto, o direito à imagem não pode tutelar algo que lhe é estranho, isto é, o que não é imagem. O que se tutela é a identidade pessoal.

Pode-se trazer como exemplo ilustrativo da aplicação do conceito de direito à identidade pessoal um caso levado à apreciação do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e citado como hipótese de violação da imagem-atributo em algumas obras específicas. Trata-se de medida cautelar interposta por parte da conhecida apresentadora de programa infantil, Maria das Graças Xuxa Meneghel, com o objetivo de proibir a comercialização de fitas de vídeo do filme por ela encenado em 1982, intitulado “Amor, estranho amor”, de caráter erótico.

¹⁰⁰ Carlos Fernández SESSAREGO, *Derecho a la identidad personal*, cit., pp. 142-143.

O pedido baseava-se em duas alegações: (i) que sua veiculação era restrita, pelo instrumento de contrato, às salas de cinema, na época, e não abrangia sua distribuição em fitas VHS; (ii) que o filme ia contra a imagem construída pela autora posteriormente, pelo desenvolvimento de sua carreira com o público infantil. Importa, aqui, essa segunda parte e, quanto a ela, o relator decidiu, numa questão qualificada com de imagem-atributo, da seguinte forma:

“Após o lançamento da fita [no cinema], ocorrido em 1982, a 2ª autora [Xuxa] se projetou, nacional e internacionalmente, com programas infantis na televisão, criando uma imagem que muito justamente não quer ver atingida, cuja divulgação atingiria não só ela própria como a das crianças que são seu público, ao qual se apresenta como símbolo da liberdade infantil, de bons hábitos e costumes, e da responsabilidade das pessoas.”¹⁰¹

Uma diferenciação entre direito à identidade pessoal e imagem-atributo parece possível na hipótese em que não há um desacordo com a projeção social da identidade do indivíduo naquele dado momento.

Carlos Affonso PEREIRA DE SOUZA traz, ainda, outra decisão na qual se entendeu que se estava violando a imagem-atributo, essa do Tribunal do Estado do Rio Grande do Sul, no caso de empresa que, ao demitir o empregado, o fez mediante aviso público, violando assim a imagem-atributo do funcionário¹⁰². Assim:

“Civil. Responsabilidade Civil. Despedida de Relações Públicas. Comunicação à praça. Ato sem motivo plausível e lesivo à imagem. Fixação do dano moral.

(...)

2. O comunicado à praça de que certo empregado foi demitido e que a empresa não se responsabiliza por seus atos, quando a despedida foi ato rotineiro e sem motivo extraordinário ou especial constitui ato ilícito porque causa dano à imagem profissional da relações públicas. O dano moral deve ser fixado considerando a necessidade de punir o ofensor e evitar que repita o seu comportamento”.¹⁰³

Com tais exemplos, portanto, fica bem clara a diferenciação existente entre direito à identidade pessoal e a tutela da imagem-atributo, uma vez que, para que a lesão à identidade ocorra, é necessário que se desconsidere o que a pessoa é naquele dado momento, ou, ainda, haver modificação, descontextualização

¹⁰¹ Ap. Cível nº 3819/91, rel. Des. Thiago Ribas Filho, julgada em 27.02.92.

¹⁰² Carlos Affonso Pereira de SOUZA. “Contornos atuais do direito à imagem”, cit., pp. 43-44.

¹⁰³ Ap. Cível nº 596100586, rel. Des. Araken de Assis, julgada em 14.11.1996.

deturpação de algo que, por esse ato, seja contrário ao estilo individual e social daquela pessoa, observando o contexto no qual o ato original se produziu. Na violação da imagem-atributo, ao contrário, não se requer descontextualização ou deturpação de algo que existiu: os fatos são íntegros; o que se observa, nesse caso, é as conseqüências que tal fato, embora correspondente à verdade, atento à veracidade, e em acordo com o que o indivíduo em questão seja, cause dano à imagem daquela pessoa.

Assim, a lesão da identidade pessoal pode se dar – e comumente isso ocorre – tendo por instrumento a veiculação da imagem da pessoa, deturpando-a ou distorcendo-a, ou levando em conta fatos pretéritos que não mais refletem o que a pessoa se tornou, ou o que é. Isso, no entanto, não se configura em ofensa à imagem atributo, mas sim à identidade pessoal, e a única diferença para os demais casos é a forma com que se deu essa violação: através da veiculação de imagem fisionômica da pessoa retratada.

Feita tal distinção, passa-se, assim, ao estudo da identidade pessoal em seu aspecto dinâmico.

5.2 Aspecto dinâmico: o estilo individual e social

Como já visto, a lesão ao direito à identidade pessoal ocorre quando se desfigura, desvirtua, deforma a identidade de uma pessoa perante as outras, colocando-se uma “falsa luz no olhar do público”.¹⁰⁴

A lesão à identidade pessoal pode se dar de modo autônomo, isto é, sem que se ofenda a honra, a reputação, o nome, a intimidade da vida privada ou a imagem física da pessoa. Esse é o entendimento da Corte de Cassação que ficou consagrado desde 1985.¹⁰⁵

¹⁰⁴ Angelo SATURNO esclarece que essa é expressão comumente empregada, que faz referência àquela do direito norte-americano, “*false light in public eye*”, em que se pune qualquer difusão de notícia falsa a respeito de uma pessoa capaz de gerar uma falsa luz no olhar do público. O autor adverte, no entanto, que essa figura do direito norte-americano é diversa da posição adotada pelo direito italiano (Il diritto all’identità personale: Evoluzione dottrinale e modelli giurisprudenziali. In: *Rassegna de diritto civile*, cit., p. 717). Ver, ainda, a esse respeito, a obra de Antonio GAMBARO, “Falsa luce agli occhi del pubblico (False light in the public eye)”. In: *Rivista di diritto civile*, 1981, pp. 84-135.

¹⁰⁵ Carlos Fernández SESSAREGO, *Derecho a la identidad personal*, cit., p. 124.

Enquanto os signos distintivos (nome, impressões digitais, voz, dados pessoais, genoma, sexo biológico, imagem) identificam o sujeito objetiva e imediatamente, a identidade dinâmica representa, por outro lado, uma fórmula sintética para distinguir um sujeito do ponto de vista global na multiplicidade das suas específicas características e manifestações (morais, sociais, políticas, intelectuais, profissionais)¹⁰⁶, caracterizando-se pela proteção da verdade biográfica e histórica, do estilo individual e social de cada um, que o diferencia e singulariza.¹⁰⁷

Assim, a identidade dinâmica deve ser agregada à estática, necessariamente, como complemento indispensável a se compreender plenamente uma pessoa, todos os aspectos que compõem a rica e complexa “identidade dinâmica”, que reúne todos os atributos e características psíquicas e sociais, sua verdade histórica, isto é, o patrimônio ideológico e cultural da pessoa, adquirido através de sua interação e desenvolvimento na vida social.¹⁰⁸

Dessa forma, os signos distintivos identificam, no ordenamento jurídico atual, o sujeito no plano de sua existência material e da condição civil e legal. A imagem evoca a mera aparência física da pessoa. A identidade apresenta, a seu turno, uma forma de distinguir o sujeito de um ponto de vista global, levando-se em conta suas específicas características e manifestações.

Deve-se à elaboração criativa da jurisprudência italiana que o interesse existencial referente à identidade pessoal, enquanto proteção social da personalidade, apareça como uma nova e autônoma situação jurídica subjetiva.¹⁰⁹

Esse interesse pessoal está presente no que se pode designar como o patrimônio cultural, religioso, ideológico, político, profissional, sentimental e social da pessoa. É o que se qualifica como “o estilo individual e social do sujeito”.¹¹⁰ Representa, assim, a complexidade do que uma pessoa é. Essa é a vertente da identidade pessoal que ainda não havia sido considerada pelo Direito, uma vez que abarca o que significa a personalidade de cada um e da sua projeção

¹⁰⁶ Corte di Cassazione, 22 giugno 1985, n. 3769. In: *Foro Italiano*, 1985, I, cc. 2211 ss. *apud* Giorgio PINO, *Il diritto all'identità personale*, cit., p. 81.

¹⁰⁷ Carlos Fernández SESSAREGO, *Derecho a la identidad personal*, cit., p. 114.

¹⁰⁸ A identidade dinâmica será dada especial atenção no curso deste trabalho, em função da sua complexidade e da ausência de um reconhecimento e tutela adequados no ordenamento jurídico brasileiro.

¹⁰⁹ Carlos Fernández SESSAREGO, *Derecho a la identidad personal*, cit., p. 100.

¹¹⁰ Francesco MACIOCE, *Tutela civile della persona e identità personale*, Padova: Cedam, 1984, p. 8 *apud* Carlos Fernández SESSAREGO, *Derecho a la identidad personal*, cit., p. 33.

social. Não se pode esquecer que essa faceta da identidade complementa aquela outra, a estática, que também é objeto de proteção jurídica, que protege os signos distintivos, do nome ao pseudônimo, da imagem à voz,¹¹¹ que também conformam a identidade da pessoa, porém em outro aspecto.

É importante ressaltar que, segundo a jurisprudência, a proteção jurídica da identidade pessoal se efetua dentro daqueles alcances mencionados, independentemente do fato de a agressão à identidade pessoal ter lesionado simultaneamente a honra, a imagem, o nome, a intimidade, a propriedade intelectual, entre outros interesses existenciais juridicamente tutelados. Pode ser, no entanto, que se prejudique ou que se lesione qualquer aspecto da intimidade e que também, ao mesmo tempo, se falseie ou desnaturalize a identidade no que tange à projeção social da pessoa. Dessa forma, imputar a uma pessoa atributos que não são próprios da sua personalidade, distorcê-los ou, simplesmente, omiti-los, quando sua expressividade puder caracterizá-lo de modo completo e cabal, são atos que produzem, em qualquer desses casos, um falseamento ou desfiguração da identidade pessoal, do que a pessoa socialmente representa, do que ela “é” na realidade.

Os direitos da personalidade, uma vez que tutelam, cada um, aspectos diferentes de um todo unitário a que chamamos pessoa, são essencialmente interdependentes reconhecem na pessoa o seu único fundamento. Essa é a razão pela qual os direitos da pessoa, sem exceção, tenham uma radical vinculação enquanto todos e cada um deles se referem ao único sujeito de direito que existe: o ser humano, que é um ser livre, unitário e de natureza psicossomática. A existência de uma pluralidade de direitos da pessoa nos ordenamentos jurídicos não contradiz sua unidade, uma vez que cada um dos direitos da pessoa desenvolve e regulamenta a tutela de um aspecto específico da personalidade. Essa situação não nega a unidade ontológica do ser humano e a conseqüente exigência de sua integral proteção jurídica. O direito, em sua dimensão formal-normativa, como ordenamento positivo, não pode contradizer essa qualidade essencial do ser humano. A normatividade não tem o condão de modificar a experiência existencial. Sua função, dentro da experiência jurídica, se limita a regular condutas humanas intersubjetivas, a prescrever permissões e proibições,

¹¹¹ Carlos Fernández SESSAREGO, *Derecho a la identidad personal*, cit., pp. 33-34.

segundo critérios valorativos socialmente aceitos em um dado momento histórico.¹¹²

O julgado de 6 de maio de 1974 e a sentença proferida em 30 de maio de 1979 pelo juiz de Turim¹¹³ constituem os precedentes judiciais que incentivaram a jurisprudência italiana a se utilizar da tutela da identidade pessoal na sua vertente dinâmica enquanto “verdade pessoal”, como personalidade socialmente projetada. Esses fatos precursores fizeram com que os juristas fossem convocados a debater esse inédito interesse existencial posto em evidência pelos Tribunais italianos na década de 70. É a partir de 1980 que se começa a produzir artigos e comentários de alguns juristas sobre esses casos, assim como a edição de alguns volumes dedicados à análise da identidade pessoal.¹¹⁴

A identidade, em seu aspecto dinâmico, foi inicialmente e muitas vezes confundida com outras situações jurídicas subjetivas, que são conceitualmente próximas, como o regime dos signos distintivos, a intimidade da vida privada, a honra, a reputação e o direito moral do autor¹¹⁵. Durante todo o processo, esse conceito foi sendo amadurecido e delineado pela ação da jurisprudência e a atividade crítica da doutrina. Nesse sentido é importantíssima a contribuição da Corte Suprema italiana em 22 de junho de 1985, que, no julgado mais importante sobre o tema, determinou que a lesão à identidade pessoal constitui uma outra forma de proteção do sujeito, sendo possível a lesão a esse direito de maneira autônoma, isto é, sem que seja necessária a ofensa à honra, à reputação, ao nome, à intimidade da vida privada ou à imagem física da pessoa.¹¹⁶

¹¹² Carlos Fernández SESSAREGO, *Derecho a la identidad personal*, cit., p. 125.

¹¹³ V. Capítulo 4, item 4.1.2, *supra*.

¹¹⁴ Carlos Fernández SESSAREGO, *Derecho a la identidad personal*, cit., pp. 35-36.

¹¹⁵ A confusão com o direito moral do autor se deve à interpretação restritiva da expressão que atribui ao direito à identidade pessoal a proteção do direito à paternidade dos próprios atos, assim entendido como o interesse a ser retratado como se é, e afastando a atribuição de atos não próprios. O direito moral do autor trata de aspecto semelhante, mas restrito à proteção do direito do autor sobre sua obra, não se confundindo, portanto, com o direito à identidade pessoal. Assim, por exemplo, dispõe, no direito brasileiro, a Lei de Direitos Autorais (Lei nº 9610/98), tratando dos direitos morais do autor:

“Art. 24. São direitos morais do autor:

I - o de reivindicar, a qualquer tempo, a autoria da obra;

II - o de ter o seu nome, pseudônimo ou sinal convencional indicado ou enunciado, como sendo o do autor, na utilização de sua obra;

(...)

III - o de assegurar a integridade da obra, opondo-se a quaisquer modificações ou à prática de atos que, de qualquer forma, possam prejudicá-la ou atingi-lo como autor, em sua reputação e honra.”

¹¹⁶ Carlos Fernández SESSAREGO, *Derecho a la identidad personal*, cit., pp. 123-124.

A valorização das características específicas da personalidade individual supera a proteção da honra e da reputação, uma vez que seus âmbitos de tutela são individualizados não tanto em relação ao indivíduo como tal, mas sobretudo à sua posição social. Assim, a jurisprudência, inicialmente, e a doutrina, depois, utilizaram a figura da identidade pessoal indicando a finalidade de evitar a confusão com outros sujeitos, que eram passíveis de individualização na tutela dos signos distintivos pessoais. Posteriormente essa finalidade, que era precipuamente de identificação administrativa, foi destacada e sucessivamente relacionada à tutela da personalidade humana.¹¹⁷

A Corte de Cassação italiana explicitou, no que tange à distinção entre a identidade pessoal e os signos distintivos, que enquanto os estes identificam o sujeito no plano da existência material e da sua condição civil e legal, e o semblante físico da pessoa, a identidade representa, por outro lado, uma forma sintética para distinguir o sujeito sob o ponto de vista global, compreendendo suas específicas características e manifestações.¹¹⁸

A decisão da Corte em junho de 1985 foi importantíssima para consolidar o conceito e a aplicação do direito à identidade pessoal. Nesse pronunciamento, a Corte de Cassação italiana distingue com clareza a noção estática – tratando dos signos distintivos como o nome, o pseudônimo, ou a imagem e a identidade física –, da outra que se refere à identidade pessoal propriamente dita, isto é, o aquilo que se projeta socialmente. Esta última, como já sabido, não é estática. Ao contrário; em se tratando da personalidade, é dinâmica. Constantemente se enriquece, se degrada, progride, involui, muda. Ela tem uma conotação cultural, entendida como tudo aquilo que o ser humano faz na sua vida. Isso significa, portanto, que é o fluido e cotidiano fazer, pensar, repensar, atuar, em que consiste a existência humana.¹¹⁹

O conceito de identidade pessoal dado pela Corte de Cassação é entendido como o patrimônio cultural do sujeito, compreendido em sua mais ampla acepção. Portanto, excluiu do seu pronunciamento o aspecto estático da identidade pessoal. Nesse sentido, a identidade representa uma forma sintética para distinguir o sujeito do ponto de vista global na multiplicidade das suas específicas

¹¹⁷ Angelo SATURNO, “Il diritto all’identità personale: evoluzione dottrinale e modelli giurisprudenziali”. In: *Rassegna de diritto civile*, pp. 716-717.

¹¹⁸ Carlos Fernández SESSAREGO, *Derecho a la identidad personal*, cit., p. 124.

¹¹⁹ Carlos Fernández SESSAREGO, *Derecho a la identidad personal*, cit., pp. 87-88.

características e manifestações (morais, políticas, intelectuais, profissionais, etc.), isto é, para expressar a concreta e efetiva personalidade individual do sujeito tal como ela vinha se solidificando.¹²⁰

SESSAREGO, considerando que o ser humano é uma unidade psicossomática, defende que a identidade pessoal deve integrar unitariamente o que constitui a plena realidade existencial. Assim, entende que ela não pode prescindir da identidade biológica ou física, que deve ser considerada ao lado da identidade dinâmica. É possível e conveniente, segundo o autor, distingui-las e tutelá-las juridicamente de modo independente, mas, ao se pretender formular uma noção completa de “identidade pessoal”, não se poderia omitir a sua faceta estática. O físico e o intelectual definem, em conjunto, a identidade pessoal, ainda que cada um desses aspectos possa ser teoricamente considerado e tutelado de forma independente.¹²¹

É esse o entendimento que nos parece mais acertado: a identidade, como um todo, comporta os aspectos estáticos, isto é fisionômicos e registrais (identidade física, nome, imagem, dados pessoais) em conjunto com seu patrimônio histórico e cultural. Nesse sentido, o “direito de ser si mesmo” como o entendemos não corresponde propriamente à concepção que dele fazem a doutrina e jurisprudência italianas, que, ao utilizarem essa expressão, designam a tutela dos aspectos dinâmicos mas essencialmente restritos, quanto à possibilidade de tutela, aos caracteres estáticos. O que se defende no curso do presente trabalho é que o que se é constitui exatamente o conjunto de todos esses aspectos, e o direito à identidade pessoal, enquanto manifestação do patrimônio histórico e cultural da pessoa humana, com seu conjunto de valores e crenças, está bastante relacionado, por exemplo, com as aplicações das normas de tutela do nome.

Inicialmente poder-se-ia entender que tal proposição se perfaz de forma diversa daquela proposta pelos juristas italianos quando do surgimento e desenvolvimento dessa nova situação jurídica subjetiva em que se constitui a identidade pessoal: isso porque, naquele momento, o direito à identidade pessoal estava analogicamente atrelado ao direito ao nome em razão de sua precípua função identificadora. O que se leva em conta, aqui, através dessa leitura para aplicação e defesa no ordenamento jurídico brasileiro, é o caráter eminentemente

¹²⁰ Carlos Fernández SESSAREGO, *Derecho a la identidad personal*, cit., p. 88.

¹²¹ Carlos Fernández SESSAREGO, *Derecho a la identidad personal*, cit., p. 89.

simbólico que possui o nome, já exposto e desenvolvido à luz da teoria psicanalítica, que tem por objeto de estudo o sujeito.¹²²

A partir dessa visão simbólica do direito ao nome, que esclarece não só seu papel distintivo e identificador, mas também pleno de significados quanto à inserção daquele indivíduo no seu núcleo familiar, quanto à sua própria constituição como pessoa e, conseqüentemente, na vida social. O valor simbólico que porta é a primeira determinação da identidade pessoal do sujeito, que se desenvolverá, no curso de sua vida, com base na interação social.

5.2.1

A determinação do objeto do direito à identidade pessoal

Um problema bastante suscitado entre os críticos do reconhecimento de um direito à identidade pessoal e que se relaciona diretamente com o seu aspecto dinâmico é a dificuldade da determinação do que seria propriamente a “verdade” pessoal.

Maria Celina BODIN DE MORAES, mencionando Hannah Arendt, escreve:

“Se não fossem iguais, os homens não seriam capazes de compreender-se entre si e aos seus ancestrais, nem de prever as necessidades das gerações futuras. Se não fossem diferentes, os homens dispensariam o discurso ou a ação para se fazerem entender, pois com simples sinais e sons poderiam comunicar suas necessidades imediatas e idênticas. A pluralidade humana, afirma Hannah Arendt, tem esse duplo aspecto: o da igualdade e o da diferença.”¹²³

Se por identidade pessoal entendermos o fato de que cada indivíduo humano permanece mesmo, isto é, permanece idêntico a si mesmo durante todo o curso da sua existência, podemos dizer que esse é um “fato” cuja evidência é garantida pela consciência que cada um tem de si. Mas não se poderia duvidar que uma pessoa não seja ela mesma desde que era criança ou adolescente só porque subitamente sofreu uma grave mutilação, ou por ter se convertido a uma outra religião ou mudado de partido político, a ponto de ter mudado a noção da própria

¹²² Esse tema é especificamente abordado e desenvolvido no capítulo 6, item 6.2.1, *infra*.

¹²³ Maria Celina BODIN DE MORAES, “O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo”. In: Ingo Wolfgang SARLET (org) *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 111. (Faz-se referência a Hannah ARENDT, *A condição humana* (1958). 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999, p. 188).

vida. Há algo na pessoa que faz com que a consideremos – e ela a si mesma – como um mesmo indivíduo, permanente, apesar das diversas transformações físicas, psicológicas, intelectuais que possa ter atravessado: o constatamos quando encontramos um velho amigo depois de muitos anos, quando se marca um encontro com alguém no dia seguinte ou depois de muito tempo, quando se processa alguém por um delito cometido em um momento pretérito e concordamos que agora, tempos depois, seja ele a responder por isso. Assim, toda a vida humana, seja individual ou coletiva, se relaciona com a evidência da identidade pessoal. Uma reflexão filosófica, portanto, deve se perguntar *como é possível aferi-la*.¹²⁴

SESSAREGO defende que, em matéria de identidade pessoal, podem existir duas “verdades”: a subjetiva e a objetiva, que podem coincidir ou diferir. Significam, assim, o que a própria pessoa pensa de si e da sua história, e o que a sociedade ou a coletividade pensa em relação àquela pessoa. No caso de diferirem, surge o problema de qual das “verdades” deve ser objeto de tutela jurídica. A “verdade subjetiva” pode ser aparente, simulada ou fictícia, isto é, a projeção social da personalidade que o sujeito pretende difundir não coincide com a “verdade histórica”. A “verdade objetiva”, que é a que juridicamente se tutela, é aquela que se extrai por meio de certos feitos, historicamente comprováveis, de opiniões realmente vertidas, de idéias efetivamente expressadas. É a verdade real, que surge da experiência e que não está baseada em simples desejos ou pensamentos não expressados.¹²⁵

Na hipótese de confronto entre a “verdade” subjetiva e a objetiva, apesar de algumas poucas opiniões contrárias, o entendimento dominante é no sentido de que a “verdade” tutelável é a objetiva, a histórica, a real, e não aquela de matriz subjetiva. DOGLIOTTI¹²⁶ defende esse pensamento quando afirma que se cada pessoa pode ter uma própria representação ou imagem da sua personalidade, que pode ser diferente da real, ou, ao menos, diversa da que aparece frente aos demais,

¹²⁴ Evandro AGAZZI, “Il significato dell’identità”. In: AA.VV., *Identità Personale: um dibattito aperto*. Napoli: Loffredo, 2001, pp.21-22.

¹²⁵ Carlos Fernández SESSAREGO, *Derecho a la identidad personal*, cit., p. 244.

¹²⁶ Massimo DOGLIOTTI, *Diritto alla identità e tutela della persona*, em AA.VV., *L’informazione e i diritti della persona*, Napoli, Jovene, 1983, p. 174, *apud* Carlos Fernández SESSAREGO, *Derecho a la identidad personal*, cit., p. 244.

a tutela deve se fundar sobre feitos objetivos, sobre comportamentos externos e explícitos.¹²⁷

Há, entretanto, opiniões divergentes. DE MARTINI entende que a tutela jurídica da identidade pessoal não pode se estender até abranger a tutela da verdade subjetiva. Então, a verdade de que se pode exigir respeito é a “medida das representações subjetivas, em uma dada sociedade, de uma determinada pessoa, resultante de feitos, situações e comportamentos a ela referidos”.¹²⁸

A maior questão relativa ao objeto da verdade pessoal é a da possibilidade – dir-se-ia até inevitabilidade – da sua variação ao longo do tempo. O problema não reside, na verdade, na modificação de certos aspectos da personalidade, mas sim na intensidade e radicalização do processo de mudança que experimente a pessoa. Não se pode ignorar a liberdade de repensar atos, de rechaçar idéias antigas, a possibilidade de renegar e ainda de voltar a pensar como antes. As modificações que, com o tempo, vão se produzindo na personalidade se explicam pela liberdade que possui cada ser humano para tanto. Essa liberdade pode levar ao arrependimento, a se desvincular de crenças ou ideologias do passado, a modificar sua própria visão de mundo e, com elas, suas idéias políticas, por exemplo. A liberdade e a capacidade de reflexão sobre seus próprios pensamentos e atos fazem do homem um ser imprevisível.¹²⁹

A verdade pessoal se constitui, se modifica e se perde no decorrer do tempo. O ser humano não é um ser feito de uma só vez e para sempre, acabado e finito, uma vez que sua vida é um fazer constante, permanente, cotidiano. A vida é dinâmica, flui e a pessoa se forma de acordo com suas experiências, com sua história.

O fato de existirem vários direitos da personalidade não se incompatibiliza com a afirmação da unidade psicossomática em que consiste a pessoa. Cada um dos direitos subjetivos só se ocupa da tutela de uma parcial e fragmentária faceta da rica e complexa personalidade.¹³⁰

A pessoa humana, enquanto ser ontologicamente livre, é uma realidade inacabada por se constituir como algo contínuo, fluido e ininterrupto processo de

¹²⁷ Carlos Fernández SESSAREGO, *Derecho a la identidad personal*, cit., p. 244.

¹²⁸ Corrado DE MARTINI, “Spunti e riflessioni sulla giurisprudenza in tema di diritto alla identità personale”. In: AA.VV. “Il diritto alla identità personale”, Napoli, Jovene, 1983, p. 193 *apud* Carlos Fernández SESSAREGO, *Derecho a la identidad personal*, cit., p. 245.

¹²⁹ Carlos Fernández SESSAREGO, *Derecho a la identidad personal*, cit., pp. 245-246.

¹³⁰ Carlos Fernández SESSAREGO, *Derecho a la identidad personal*, cit., p. 126.

autocriação. Por isso, enquanto é capaz de gerar novos e inéditos comportamentos, é imprevisível, pode mudar o que é. Assim, sua tutela não pode se esgotar pelo elenco de direitos subjetivos até então conhecidos e enumerados pelos diversos ordenamentos jurídicos existentes. A maior expressão da veracidade de tal afirmativa consiste no fato de que a história dos direitos da personalidade foram se desenvolvendo com o tempo, em razão do surgimento de novos interesses, inéditos aspectos ou facetas da personalidade anteriormente ignoradas, que reclamavam tutela.¹³¹

Conclui-se, portanto, que a identidade pessoal tem que ser determinada, caso a caso, pelo juiz. Ao julgador compete avaliar a projeção social de cada um, baseado em dados objetivos; e nessa comprovação da verdade pessoal se pode admitir uma mudança de personalidade.¹³²

Um exemplo prático, com objetivo ilustrativo do que se viu até o momento e que entendemos como violação da identidade pessoal deu-se com a atriz italiana Sofia Loren e noticiado pela imprensa internacional:

“A atriz italiana Sofia Loren, 70, exigiu que sejam recolhidos os cartazes com sua imagem utilizados por um partido de direita para denunciar a violência sexual cometida por imigrantes. O material foi afixado em locais públicos em diversas cidades italianas.

Os cartazes do partido *Alianza Nacional* (de direita) reproduzem uma famosa imagem em preto e branco do filme "Duas Mulheres" (1960), de Vittorio de Sica, que rendeu um Oscar à atriz. Nela, a personagem de Sofia e sua filha aparecem violentadas por soldados marroquinos que lutaram na campanha de libertação da Itália no fim da Segunda Guerra.

Por meio de seu advogado, Fabrizio Siggia, a atriz exigiu que os cartazes sejam retirados, ameaçando tomar medidas judiciais contra os responsáveis. ‘Sofia Loren condena todo delito sexual e considera que devem ser combatidos com os instrumentos previstos na lei. Ela não admite que sua imagem seja usada por um partido político, que sequer pediu autorização’, afirmou Siggia.

Recentemente, uma série de atos de violência sexual cometidos em Bolonha e Milão por imigrantes ilegais marroquinos e romenos deflagrou uma onda de xenofobia na Itália.¹³³

Assim, no caso em questão utilizou-se a imagem de uma famosa atriz italiana em um filme por ela protagonizado para fazer propaganda contra crimes sexuais de cunho xenófobo, por parte de um partido de direito italiano. Por esse ato, há a violação do direito à imagem fisionômica – uma vez que ela certamente

¹³¹ Carlos Fernández SESSAREGO, *Derecho a la identidad personal*, cit., pp. 126-127.

¹³² Carlos Fernández SESSAREGO, *Derecho a la identidad personal*, cit., p. 246.

¹³³ Notícia veiculada em 27.06.2005. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/ilustrada/ult90u51573.shtml>>. Acesso em: 10 jan. 2006.

obviamente cedeu sua imagem para a realização do filme, mas isso não implica em autorização de terceiros em utilizá-las para outros fins – e violação da identidade pessoal, em sua vertente dinâmica, que extravasa a imagem estática.

A violação da identidade dinâmica se deu por meio da utilização da imagem fisionômica, mas com ela se atingiu a identidade pessoal da atriz. Utilizaram-se de uma imagem sua em um filme e a colocaram em uma propaganda política contra crimes sexuais de inclinação à xenofobia. Isso significa que houve descontextualização, deturpação da identidade pessoal da atriz produzida através da descontextualização da sua imagem fisionômica.

Assim, através dessa propaganda partidária há uma identificação da figura da atriz com a mensagem que pretende difundir e, ainda, com o partido político que a patrocinou.

Está claro, portanto, que essa é uma hipótese genuína de lesão ao direito à identidade pessoal, isto é, ao direito de ser si mesmo, uma vez que a pessoa, no caso, a Sofia Loren, foi retratada de modo diverso da que é, transmitindo idéias e pensamentos dos quais ela não compartilha, como se o fizesse e sem o seu consentimento.

Fica evidente, ainda, a distinção entre imagem e identidade pessoal, uma vez que a imagem fisionômica é apenas o veículo pelo qual a lesão se perpetra, podendo ocorrer, tal violação, de modo autônomo, sem a utilização da fisionomia. Esta é apenas o instrumento pelo qual se operou a violação maior: às convicções, às idéias, ao que se é; ao direito à identidade pessoal.

5.2.2

O que o direito à identidade pessoal não é

No debate acerca do direito à identidade pessoal alguns objetos que lhe são estranhos por vezes são colocados como integrantes de seu conteúdo. Tratam-se de posicionamentos que se baseiam em uma noção demasiadamente ampla do que seria identidade pessoal.

Em primeiro lugar, deve-se observar que não integra o direito à identidade pessoal a questão da tutela das minorias étnicas e lingüísticas. É importante notar que uma questão é aquela que protege as opiniões de distorções ou a atribuição a

alguém de idéias jamais professadas; outra, contudo, é o direito de obter, nos mais variados âmbitos da vida social, o respeito à própria especificidade religiosa e cultural, por meio de tratamentos diferenciados, isenções, exceções em relação ao regime geral aplicável aos demais cidadãos. Um exemplo que se pode dar é o caso dos “sikh”, que obtiveram autorização, na Índia, para não usar capacete quando utilizam motocicleta para que pudessem continuar a usar turbantes mesmo nessa ocasião.¹³⁴

Um outro aspecto estranho à identidade pessoal, especificamente na sua construção italiana, essencialmente no que diz respeito à sua construção jurisprudencial, é a identidade sexual. Por identidade sexual se entende o direito de modificar cirurgicamente os próprios caracteres sexuais exteriores quando o sexo físico não corresponde ao sexo psíquico e se diagnostica, nesse caso, que a pessoa em questão é portadora da síndrome transexual. Na Itália, a questão é especialmente clara porque há uma lei específica que cuida da mudança de sexo (Legge n. 164/1981), e a Corte de Cassazione afirmou, a seu respeito, que o direito à identidade sexual é um direito constitucional inviolável, uma vez que representa uma modalidade essencial de desenvolvimento da pessoa humana.¹³⁵

O direito à identidade sexual, assim definido, é, por vezes, considerado um aspecto do direito à identidade pessoal. No entanto, trata-se de uma associação equivocada, uma vez que não há como compatibilizar o conceito de um inserido no outro. Assim, os partidários dessa tese defendem que se o direito à identidade pessoal é o direito a não se ver atribuídas opiniões não professadas que falseiam a imagem social do indivíduo, não há como inserir nessa delimitação o direito à modificação cirúrgica dos órgãos sexuais externos para que se adequem ao sexo psíquico e o conseqüente direito à retificação do sexo no registro civil.¹³⁶

Outro aspecto estranho ao direito à identidade pessoal e por vezes associado a ele é o denominado direito à identidade biológica ou genética, considerado com o direito do adotado de conhecer as próprias origens biológicas, ou ainda o “direito de ter um pai”, que é por vezes visto como um aspecto da identidade pessoal da criança gerada por fecundação heteróloga. Não se confunde com ele, ainda, o “direito a um genoma não manipulado”, muitas vezes incluído

¹³⁴ Giorgio PINO, *Il diritto all'identità personale*, cit., pp. 194-195, nota 27.

¹³⁵ Faz-se referência a Corte Costituzionale 6 maggio 1985, n. 161. In: “Giurisprudenza italiana”, 1987, I, c. 235 *apud* Giorgio PINO, *Il diritto all'identità personale*, cit., p. 195.

¹³⁶ Giorgio PINO, *Il diritto all'identità personale*, cit., p. 196.

porque o complexo do genoma é tal que corresponde a uma pessoa única, um ser humano irrepitível e diverso, uns dos outros.¹³⁷

¹³⁷ Giorgio PINO, *Il diritto all'identità personale*, cit., pp. 196.

Introdução

Até o momento muito já se discutiu sobre o objeto, limites, aplicabilidade e reconhecimento do direito à identidade pessoal. Cumpre, agora, iniciar o debate quanto ao cabimento do direito à identidade pessoal no ordenamento jurídico brasileiro.

Ao longo deste trabalho, muitas questões foram suscitadas e alguns posicionamentos foram tomados. É necessário, então, sistematizá-los para que se possa conformar um pensamento único a fim de se defender, após o estudo das estruturas desse interesse existencial e de seu funcionamento em diversos países, a aplicabilidade dessa figura jurídica no ordenamento pátrio, explicitando de que forma isso seria possível.

Como pressuposto, deve-se pensar no Direito Civil orientado por valores constitucionais.¹ Em virtude da força normativa dos princípios e da função irradiadora dos valores constitucionais, não se vê mais o direito privado como um conjunto de leis e conceitos estanques, relativos somente aos particulares, e o direito público como direcionado às pessoas de direito público. Relativizando essas fronteiras, com o fim do movimento codificador, o aumento da legislação extravagante e a convivência com leis que representam um pensamento pretérito, que não acompanham a velocidade dos acontecimentos e que não podem tutelar

¹ V. Capítulo 2, *supra*.

todas as situações futuras porque se pretendia esmiuçá-las, há que se buscar os valores constitucionais a fim de que orientem as relações privadas, fazendo com que essas leis infraconstitucionais respeitem os princípios determinados pelo constituinte originário.

A despatrimonialização do Direito Civil é também um grande marco, uma vez que se objetivou, com isso, conferir à pessoa humana função central buscando-se, dessa forma, sua promoção e proteção integral, ou seja, onde quer que se encontre, e abrangendo todas as suas manifestações. Sob esse prisma, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, consagrado no art. 1º, III da Constituição Federal como fundamento da República, exerce um papel central, caracterizando-se como uma verdadeira cláusula de promoção e tutela da pessoa humana, para que seja protegida em todas as suas manifestações, observando seus postulados de defesa da igualdade, liberdade, solidariedade e integridade psicofísica.

Os direitos da personalidade² são aqueles conferidos à pessoa humana pelo simples fato de existir e conformam uma expressão da tutela da pessoa em sede civil. O Código Civil de 2002, inovando ao dispor de um capítulo em que se trata dos direitos da personalidade, não proporciona, no entanto, uma tutela adequada do sujeito, uma vez que traz um rol restrito e apto a tutelar as necessidades da pessoa humana na época de sua redação, nos anos 70. Para que tal proteção seja ampla como preconiza a Constituição, deve-se entender essa disposição dos direitos da personalidade não como taxativa, mas exemplificativa, para que se possa proteger a pessoa em todas as suas manifestações, de acordo com as suas novas necessidades e novas formas de tutela, que mudam de acordo com o decorrer do tempo e das alterações sociais. Assim, utilizando-se da cláusula geral de tutela da pessoa humana, é possível atender às necessidades do ser humano em todas as situações, o protegendo juridicamente com figuras legais não expressamente previstas, mas suscetíveis de aplicação em decorrência da necessidade e do interesse protegido, amparado pela Carta Magna.

O que se tutela, com o direito à identidade pessoal, é o direito de a pessoa ser retratada como se é, sem qualquer atribuição de fatos não verdadeiros, atendendo à correta representação da realidade. A dificuldade reside na precisão

² Sobre os direitos da personalidade, v. Capítulo 3, *supra*.

do que seria a identidade de cada sujeito, para então se aferir se ela foi ou não violada. Diante disso, várias questões de ordem subjetivas são suscitadas, uma vez que tal bem não é objetivamente aferível, em virtude de não se poder falar em uma identidade perene e imutável. As questões da identidade em si só podem ser dirimidas, no entanto, no exame do caso concreto. A experiência de outros países tem mostrado que durante a dilação probatória processual é possível se demonstrar pelos meios legais existentes quando se feriu a “verdade pessoal” e se obter a condenação dos responsáveis ao pagamento de indenização, além da cessação do ato lesivo e da efetivação do direito de retificação para restabelecer a identidade pessoal.³

Em virtude da existência de uma cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana é que se pode, no ordenamento jurídico pátrio, aplicar o direito à identidade pessoal e promover a pessoa humana em sua manifestação dinâmica,⁴ expressão maior da sua identidade. Considerando-se assim o rol não taxativo dos direitos da personalidade, a sua cláusula geral dos direitos da personalidade na Constituição da República de 1988, o direito à identidade pessoal decorreria, em sua aplicação, dessa norma.

6.1

O reconhecimento de um direito à identidade pessoal a partir da Constituição de 1988

Para se elucidar a tese defendida – da possibilidade do reconhecimento e tutela do direito à identidade pessoal no ordenamento jurídico brasileiro a partir da cláusula geral de tutela e promoção da Dignidade da Pessoa Humana – passa-se à análise da tutela da imagem no direito pátrio.

O Superior Tribunal de Justiça reiteradamente não conhece de Recursos Especiais pois entende que não tem como apreciar questões relativas a indenização por violação de direito de imagem porque essa seria matéria de assento constitucional, e portanto, alheia à sua competência, que é de guarda da legislação federal. Conclui o STJ, assim, que deve ser instado o Supremo Tribunal

³ Cf. os casos abordados: pp. 135 et. seq.

⁴ As vertentes estática e dinâmica da identidade pessoal foram objeto do Capítulo 5, *supra*.

Federal, a quem compete o exame de matérias que tenham fundamento constitucional.

Nesse sentido, veja-se, ilustrativamente, o voto do Relator, Min. Antônio de Pádua Ribeiro, da Terceira Turma do STJ, ao concluir, diante dos fatos narrados no processo, que não se tratava de hipótese abarcada pela lei de imprensa, por não haver ali objetivo de informar, mas de dano à imagem, tutelado pela Constituição Federal.

“Consoante se verifica dos autos, a ação foi proposta pela ora recorrida com fundamento no inciso X do art. 5º. da Constituição Federal, com o objetivo de ser ressarcida dos danos morais experimentados em decorrência da publicação, não autorizada, de fotografia sua tirada em baile carnavalesco, na qual aparece beijando seu namorado, o que, segundo alegou, a submeteu a *"uma situação extremamente constrangedora e vexatória"* (fl. 07).

(...) O caso em exame não se amolda às premissas positivadas no apontado dispositivo federal, uma vez que pretende a ora recorrida a indenização por danos morais decorrentes do uso não autorizado de sua imagem (art. 5º, X, da Constituição Federal).

A imagem constitui objeto de direito da personalidade protegida pela Carta Magna. Assim, quem reproduzir imagem, sem autorização do titular, no intento de explorá-la a benefício de seu negócio, pratica lesão ao direito da personalidade e deve indenizar os danos causados quando a divulgação ocorra de forma abusiva e exponha a vítima de forma vexatória.

A respeito asseverou o Exmo. Sr. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, quando do julgamento do Recurso Especial n. 52.842/RJ, DJ de 27/10/1997:

"Na verdade, com essa disciplina clara, a Constituição de 1988 criou um sistema geral de indenização por dano moral decorrente da violação dos agasalhados direitos subjetivos privados. E, nessa medida, submeteu a indenização por dano moral ao direito civil comum e não a qualquer lei especial. Isso quer dizer, concretamente, que não se postula mais a reparação pela violação aos direitos da personalidade, enquanto direitos subjetivos privados, no cenário da lei especial, que regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informação. Não teria sentido pretender que a regra constitucional nascesse limitada pela lei especial anterior ou, pior ainda, que a regra constitucional autorizasse tratamento discriminatório."

No mesmo sentido registrem-se, ainda, os seguintes precedentes: REsp n. 315.908/SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, DJ de 04/02/2002; REsp n. 179.815/RJ, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ de 13/12/1999 e AGA n. 334.134, Rel. Min. Ari Pargendler, DJ de 18/03/2002, este último assim ementado:

"CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS.

A publicação, em jornal, de fotografia, sem a autorização exigida pelas circunstâncias, constitui ofensa ao direito de imagem, não se confundindo com o direito de informação."

Note-se, outrossim, que apesar da recorrente enfatizar em suas razões que a reportagem veiculada tinha como objetivo divulgar os bailes de carnaval, no âmbito de seu direito/dever de informar, e que não houve violação à intimidade, pois os jovens estavam se beijando em local público, o que ao meu ver afastaria, *in casu*, o dever de indenizar, tais alegações não foram objeto da irresignação apresentada.

Portanto, tendo em vista que o e. Tribunal *a quo* concluiu que a publicação da fotografia da recorrida foi ofensiva à sua honra, fato esse não impugnado no recurso que ora se analisa, e que esta c. Corte já firmou entendimento no sentido de que a ação de indenização pelo uso indevido da imagem não é regida pela Lei n. 5.250/67, uma vez que a ofensa ao direito de imagem não se confunde com o delito de imprensa, não se verifica a alegada violação a dispositivo federal. Forte em tais razões, acompanho o em. Min. Relator e NÃO CONHEÇO do Recurso Especial.”

E, ainda, fragmento do voto do Ministro Ari Pargendler:

“Salvo melhor juízo, essa é a solução adequada à espécie, seja qual for o viés que se adote para examiná-la. Se – como querem as razões do recurso especial – ‘*a interpretação conferida pelo Tribunal a quo ao art. 5º, inciso X, da Constituição Federal tornou letra morta o artigo 49, I, da Lei de Imprensa*’ (fl. 223), o tema tem natureza constitucional e só pode ser enfrentado pelo Supremo Tribunal Federal. Se sobra algum resíduo infraconstitucional, a respectiva questão deve ser resolvida tal qual preconizado pelos votos do Ministro Pádua Ribeiro e da Ministra Nancy Andrichi, como seja, o de que a Lei de Imprensa é inaplicável ao caso, em que houve lesão ao direito de imagem.”⁵

O Supremo Tribunal Federal, ao revés, e enquanto guardião da Lei Maior, decidindo quanto a questões de direito à imagem, fundado sobretudo no art. 5º, X da Constituição Federal – que estabelece como direito fundamental o direito à imagem – aplica a norma constitucional diretamente nas relações jurídicas privadas, como se verá mais detalhadamente no momento em que esse tema for especificamente abordado, mas adiante.⁶

Tal posicionamento é de central relevância no desenvolvimento da tese da possibilidade da tutela do direito à identidade pessoal, pois ilustra um posicionamento do STF – e também em alguns tribunais, em casos específicos –⁷ em reconhecer e aplicar um direito da personalidade pelo seu fundamento constitucional, e não pelo seu tratamento ou tipificação na lei civil. Isso denota uma verdadeira aplicação da teoria do direito civil-constitucional, pois importa na proteção da pessoa humana a partir de um direito fundamental de assento constitucional e que tem na Constituição, portanto, seu único fundamento.

Dessa forma, é possível o reconhecimento e a tutela de um direito à identidade pessoal no ordenamento jurídico brasileiro como nova situação jurídica subjetiva e autônoma, uma vez que, dotado de interesse existencial, atinente à pessoa humana e suas manifestações – no caso, sua identidade – encontra

⁵ STJ, 3ª T., REsp nº 207.165 / SP, julg. em 26.10.2004, publ. no D.J. de 17.12.2004.

⁶ Cf. item 6.3, esp. p.143 et. seq.

⁷ V. o caso Doca Street, julgado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, tratado no Capítulo 7, *infra*.

fundamento no art. 1º, III, da Constituição da República de 1988, e é forma específica de proteção da pessoa, que abrange aspectos específicos, não tuteláveis por outra figura jurídica subjetiva.

6.2

O direito à identidade pessoal brasileiro

O conteúdo do direito à identidade pessoal que se defende para o ordenamento jurídico brasileiro é, em grande parte, aquele que foi até o momento exposto: com duas vertentes: estática e dinâmica, comportando, a primeira, o nome, a identidade física e a imagem; e a segunda, o direito de ser si mesmo entendido como o direito a ser retratado como se é.

Com tal conteúdo, o direito de ser si mesmo abarca, então, aspectos do direito ao nome não meramente estático, registral, mas em sua acepção simbólica; da imagem dinâmica, isto é, não apenas dos aspectos fisionômicos; e da honra em sua vertente objetiva, isto é, apenas quanto à reputação. Apropria-se, assim, tais direitos dinamicamente considerados, incluindo-se, ainda, o direito ao esquecimento. Configura-se como direito autônomo porque a utilização desses aspectos dos direitos mencionados constitui direito diverso daqueles singularmente considerados; conforma uma terceira figura: justamente o direito à identidade pessoal.

6.2.1

O Conteúdo do direito ao nome no direito à identidade pessoal: o valor simbólico, à luz da psicanálise.

O nome, além de significar um sinal verbal distintivo do sujeito, previsto expressamente no Código Civil de 2002 em seu art. 16, comporta um caráter simbólico da sua identidade, produzindo a diferenciação e situando o sujeito dentro do seu núcleo familiar e da sociedade. O nome não é apenas um sinal verbal que produz diferenciação; filosófica e psicanaliticamente, transcende esse entendimento, significando muito mais que isso: é o primeiro aspecto da identidade.

Para melhor elucidação desse conceito simbólico e da sua importância para a formação da pessoa e sua identidade, se faz necessária uma análise do pensamento psicanalítico, que trata dessa questão com propriedade.

A questão do sujeito, sua formação, seu reconhecimento e a constituição da sua identidade são discutidos em vários âmbitos e possui grande relevância a qualquer estudo que o tenha – e às relações sociais – como contrapartida. Desse modo, partir-se-á ao estudo da construção do sujeito sob o enfoque daquele que foi o fundador da psicanálise, que mudou por completo a forma de se compreender e enxergar o indivíduo e, por isso, foi um divisor de águas: Sigmund FREUD.

Os pontos abordados quanto ao indivíduo remontam à filiação, que é o pilar da construção do sujeito e, ainda, ao papel e à importância que lhe confere o Direito. A filiação, portanto, parte do sujeito humano.

Sujeito: “termo corrente em psicologia, filosofia e lógica. É empregado para designar ora um indivíduo, como alguém que é simultaneamente observador dos outros e observado por eles, ora uma instância com a qual é relacionado um predicado ou um atributo. (...) Em psicanálise, Sigmund FREUD empregou o termo, mas somente Jacques LACAN, entre 1950 e 1965, conceituou a noção lógica e filosófica do sujeito no âmbito de sua teoria do significante, transformando o sujeito da consciência num sujeito do inconsciente, da ciência e do desejo.”⁸ (destacou-se)

A constituição de toda subjetividade depende da relação ao semelhante e da referência à alteridade do Outro como lugar de falta.⁹ O Direito inscreve o ser humano na ordem da filiação, segundo modalidades particulares e práticas de cada cultura.¹⁰

Antes de sermos filhos de nossos pais somos filhos da “referência”; isto é, cada criança é falada por antecedência, bem antes de seu nascimento, não somente no desejo e no discurso de seus pais e ascendentes, mas também pelas leis que determinam sua filiação e de sua nomeação. O nome constitui um sujeito no conjunto social ordenado segundo regras, “arranjos arbitrários muito trabalhados” ao longo dos séculos. “A criança não é produto da carne de seus progenitores,

⁸ Elisabeth ROUDINESCO e Michel PLON, *Dicionário de Psicanálise*, Rio de Janeiro, Jorge Zahar, 1997, p. 742.

⁹ Teresa Palazzo NAZAR, “Uma Experiência Inesquecível”. In: *Dizer*, nº 12, Rio de Janeiro, Escola Lacaniana de Psicanálise, 2000, p.88.

¹⁰ Cf. Patrick GUYOMARD, “A Ordem da Filiação”. In: Sonia Altoé (org.), *Sujeito do Direito, Sujeito do Desejo*. Rio de Janeiro, Reinventar, 1999, p. 65 et. seq.

nem mesmo de seu desejo de filhos, ou de avanços tecnológicos desenvolvidos nos procedimentos médicos de reprodução. O sujeito é instituído como criança, filho de alguém, pelo Direito”. O ser humano é submetido à ordem genealógica, à influência de sua família, da história desta, de seus ascendentes.¹¹

Todos esses aspectos permitem à criança se inscrever como ser vivo, o que significa ter a capacidade de reproduzir a vida instituída, ou seja, falada, codificada, simbolicamente organizada. Para se constituir como um ser desejante, que, para a psicanálise, é característica de quem é vivo, a criança tem antes de se referir a um nome e, portanto, a uma ordem genealógica, familiar, onde o objeto que racionalmente em questão é construído pelo ordenamento jurídico.¹²

Embora a Constituição da República, em seu art. 5º, I,¹³ tenha igualado homens e mulheres perante a lei, dentro da nossa sociedade, herdeira do Direito Romano, a relação de parentesco é traçada por linha essencialmente masculina, patrilinear. A questão simbólica perpassa o enfoque da reflexão sobre o que é um Pai para um filho a ser *humanizado* como sujeito inserido no ordenamento jurídico – isto é, alguém que recebe um nome registrado, um sobrenome que indica sua ascendência e pertencimento a determinada família e conforme a Lei de Registros Públicos – e, concomitantemente, como pessoa humana (pois é apenas a pessoa humana que registra o nome) e, portanto, ser desejante, na visão da psicanálise.¹⁴ O pai é, antes de tudo, o representante de uma função, cujo objetivo é representar as leis e o interdito maior que os fundamenta: a proibição do incesto, no ato primeiro da transmissão do seu nome (o patronímico, ou seja, o sobrenome derivado do nome do pai).¹⁵

O que sustentam a teoria jurídica e a teoria analítica é verificado cotidianamente: não é a ausência física de um pai que gera o desamparo, uma neurose, ou a loucura, uma psicose. Nem, ao contrário, é sua simples presença, ainda que afetuosa e atenta ao filho, que geraria para a criança a capacidade de desenvolver os requisitos freudianos da boa saúde psíquica: viver, amar, trabalhar. É o fracasso da função paterna, do ofício do pai, que impede o sujeito de se

¹¹ Régine Mougín-LEMERLE, “Sujeito do Direito”, *op. cit.*, p. 4

¹² Régine Mougín-LEMERLE, “Sujeito do Direito”, *op. cit.*, p. 4

¹³ “Art. 5º, I. Homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.”

¹⁴ Régine Mougín-LEMERLE, “Sujeito do Direito”, *op. cit.*, p. 4

¹⁵ Philippe JULIEN, *As Psicoses: Um estudo sobre a paranóia comum*. Rio de Janeiro, Companhia de Freud, 1999, p.26.

constituir como tal. Quando falha a junção do biológico, do social e do inconsciente, ocorre a “quebra” do sujeito.¹⁶

Isto ocorre porque o ser humano não se *auto-funda*, não se autoriza por si mesmo a se humanizar, ou seja, a falar e desejar em seu próprio nome. Pois seu nome advém de um outro – o pai – que o recebeu de um outro, e assim sucessivamente. Sustentar o desejo de viver necessita do apoio simbólico daquele pelo qual fomos chamados a viver na qualidade de “filho de...”¹⁷.

Do mesmo modo que não se escolhem os pais, não se escolhe o próprio nome. De imediato, estamos no mundo alienados pela sociedade – e suas leis de linhagem – e pelo desejo de nossos pais, expresso minimamente pela escolha do prenome, inscrito no patronímico. Essa dupla alienação é a condição da possibilidade de nossa inscrição social e de nossa fundação subjetiva.¹⁸

A humanidade é multicultural e hiper-inventiva: os grupos humanos não são organizados segundo regras de parentesco universais; mas são universais as linhagens (conjuntos de pais e mães entre os quais podemos traçar laços genealógicos matrilineares ou patrilineares) e a lei da interdição do incesto. Não por acaso, “nenhuma sociedade deixa à fantasia, ao livre arbítrio dos pais ou do filho, a escolha de sua linhagem, a autorização de subverter as regras da filiação, a escolha do nome. O nome é uma categoria histórica e normativa. Suas características de indisponibilidade e imutabilidade dão à pessoa humana, especialmente à criança, um espaço, uma moradia institucional, simbolizando um limite, e, portanto, uma referência”.¹⁹

Isso mostra o quanto a filiação não é tão evidente assim; não basta gerar. Nomear alguém não significa dizer de quem ele é filho, mas significa, antes, declarar que ele traz, de uma maneira social, juridicamente autorizada, o nome de seus pais. O nome confere à criança um lugar dentro de uma linhagem, o direito oferece a ela o espaço dentro do qual ele terá de construir sua estrutura psíquica e sem o qual ele não seria mais do que uma boneca de carne ou de pano. Assim, as funções do nome e das regras genealógicas são, também para a psicanálise: (i) produzir diferenciações e (ii) permitir a transmissão da vida.²⁰

¹⁶ Philippe JULIEN, *As Psicoses*, cit., pp. 35 e 36.

¹⁷ Régine Mougín-LEMERLE, “Sujeito do Direito”, cit., pp. 3 e 4.

¹⁸ Patrick GUYOMARD, “A Ordem”, cit., p. 66.

¹⁹ Régine Mougín-LEMERLE, “Sujeito do Direito”, cit., p. 6.

²⁰ Régine Mougín-LEMERLE, “Sujeito do Direito”, cit., p. 4.

(i) Quanto a produzir diferenciação deve-se observar que o nome de família não é redutível ao sobrenome do pai concreto, quer se trate do pai biológico da criança ou do pai que reconheceu e, portanto, lhe deu seu sobrenome. A árvore genealógica configura o que em psicanálise se chama de “Referência”, sendo esta que ordena, nos textos jurídicos constantemente comentados e remanejados, a instituição da vida. Ela dá sentido ao que, sem esse contexto, seria apenas produção da natureza. Nós somos, portanto, e antes de tudo, filhos da Referência. A lei nos diz filho ou filha daqueles que ela designa como nossos pais, em consideração à Referência (enunciada pelos textos fundadores: a Torah, a Bíblia, o Alcorão, as leis da cultura). Isso quer dizer que somos filhos da lei simbólica. Assim, ela contextualiza, referencia, dá história a algo que seria apenas um fenômeno natural.²¹

O sobrenome é assunto especificamente humano da palavra, e, portanto, também do Inconsciente, que é um sistema de representações estruturado como uma linguagem. É por isso que se nós “improvisarmos” muito apressadamente nosso sistema jurídico, que trata da representação do ser humano na sua linhagem, nos arriscaremos a desencadear crises de identidade, considerando-as como crises de humanização, que põem novamente em questão o princípio de humanidade, suscitando a ferocidade, a violência, a confusão. Nomear é humanizar e produzir a possibilidade, para um sujeito humano, de transmitir vida que possa ser vivida (*vivível*).²²

(ii) Além de produzir diferenciação, nomear é, para a psicanálise, um ato de transmissão de vida. O sobrenome torna presente a linhagem, para além dos ancestrais. O “outro”, Referência absoluta fundadora, é uma pura montagem institucional, uma ficção que se enuncia dentro da arbitrariedade das regras. É o ponto de apoio constitutivo do sujeito, que só se constitui como tal a partir do outro, vendo-se diferente, à parte do outro. As leis da filiação designam limites e conseqüentemente lugares, pois colocam em prática regras lógicas de continuidade (familiar) e diferenciação (um sujeito diferente do outro). Isto indica bem inclinação natural para ignorá-las ou transgredi-las.²³

²¹ Régine Mougín-LEMERLE, “Sujeito do Direito”, cit., p. 4.

²² Régine Mougín-LEMERLE, “Sujeito do Direito”, cit., p. 4.

²³ Régine Mougín-LEMERLE, “Sujeito do Direito”, cit., p. 5.

O sobrenome inscreve a pessoa dentro de uma ordem e a situa em relação à sua linhagem. Ele enuncia então um laço, mas produz também interdições de laços – os laços incestuosos.

Diante da criação de laços e também da sua interdição, considera-se, no âmbito psicanalítico, que não se pode ser sujeito desejante sem se submeter a essa inscrição ao mesmo tempo prescritiva e proibitiva. Dentro do sistema ocidental, o sobrenome, central ao mesmo tempo para a formação da identidade social e da identidade subjetiva, remete ao princípio de paternidade. Um pai, tanto para um jurista quanto para um psicanalista, não poderia ser confundido com um simples progenitor. Ser pai é, antes de tudo, um ofício, um intermediário entre a criança e sua linhagem, notificando as relações à ancestralidade e à separação da mãe.²⁴

Se uma criança representa para o pai a eternidade – a continuação de sua linhagem – o pai é um filho que, assumindo o ofício de pai que lhe é conferido, endereça uma demanda a seus próprios pais. O sobrenome que ele transmite exprime a continuidade da espécie, simbolizado pela morte sucessiva dos ancestrais. O ser humano, tanto para um jurista quanto para um psicanalista, é sempre falado de antemão.²⁵

O Pai, construção eminentemente simbólica, é um ofício frágil. É também difícil e incerta, para a construção subjetiva do indivíduo, ser capaz de ser desejante em seu próprio nome. A filiação é uma “mão institucional que o socorre”. Os mecanismos de alta precisão, que são as montagens jurídicas da ordem genealógica do Ocidente, não poderiam ser modificados em nome do interesse de alguns indivíduos, da ciência, ou de estados demissionários de seu papel.²⁶

As manipulações controladoras da ordem genealógica podem produzir efeitos devastadores para o sujeito. Manipular, sem tomar as devidas precauções, o quadro jurídico da nomeação, é ameaçar a construção da autonomia psíquica do sujeito.²⁷

²⁴ Philippe JULIEN, *As Psicoses*, cit., pp. 35 e 36.

²⁵ Régine Mougín-LEMERLE, “Sujeito do Direito”, cit., pp. 6 e 7.

²⁶ Philippe JULIEN, *Abandonarás teu pai e tua mãe*. Rio de Janeiro, Companhia de Freud, 2000, pp. 55 a 57.

²⁷ Régine Mougín-LEMERLE, “Sujeito do Direito, Sujeito do Desejo”, cit., pp. 6-7.

6.2.2

Aplicação do direito à identidade pessoal no ordenamento jurídico brasileiro

Como se viu, o direito ao nome comporta uma importante e inafastável função simbólica, que denota que o ato de nomear um filho é muito mais que um ato jurídico que se esgota na sua realização. Através da nomeação se diferencia e se transmite a vida. Conferir um nome é também se inscrever na vida daquele sujeito, e colocá-lo como parte de uma linhagem, uma família. É um ato de humanizar, que se relaciona intimamente com a formação da identidade – uma vez que ela se constitui pela alteridade, pelo reconhecimento da figura do outro, e, assim, da diferenciação – e o ato primeiro em que se transmitem algumas normas sociais.

Em virtude disso, grande parte dos autores que enfrenta, no Brasil, essa questão, entende que o direito ao nome deve ser compreendido numa expressão mais ampla, de um direito à identidade pessoal. Nesse sentido, destaca Gustavo TEPEDINO:

“A tutela do nome e do pseudônimo, que deve ser entendida na acepção mais abrangente de um direito à identidade pessoal, é afirmada nos artigos 16 a 18”.²⁸

Na mesma trilha, Danilo DONEDA, tratando dos direitos da personalidade e adentrando na tutela do nome, assevera:

“A proteção do nome é estendida ao pseudônimo pelo artigo 19, reconhecendo a posição doutrinária já estabilizada. O dispositivo deixa claro que, ao se tutelar o nome, vai-se além da simples afirmação de um direito ao nome e chega-se a um verdadeiro direito à identidade pessoal”.²⁹

Maria Celina BODIN DE MORAES, de forma clara e concisa, enfrenta a questão em sua complexidade, avaliando aspectos relevantes que a fundamenta. Assim:

²⁸ Gustavo TEPEDINO, “A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-constitucional Brasileiro”. In: *Temas de Direito Civil*, 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 36. (O autor faz menção à posição de Maria Celina BODIN DE MORAES, expressa imediatamente acima, de cujo entendimento, nesse ponto, partilha).

²⁹ Danilo DONEDA, “Os Direitos da Personalidade no Código Civil”. In: *A Parte Geral do Novo Código Civil*, 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 52.

“A relevância do nome, então, não se reduz, como outrora, à designação como pertencente a determinada família. O nome hoje, conforme a doutrina de CORNU, tende a se ‘integrar à pessoa até se tornar o sustentáculo dos outros elementos, o anteparo da identidade da pessoa, a sede do seu amor-próprio’. Neste sentido, uma nova luz foi trazida pela Psicanálise, ao estabelecer que o nome é suporte não só da identidade social mas também da identidade subjetiva, tendo a função de ‘humanizar’ o filho como sujeito do direito (e do desejo). O ofício primordial da paternidade, sob esta ótica, é representar as leis da cidade e o interdito maior que as fundamenta (a proibição do incesto), antes de tudo pela transmissão do seu nome (o patronímico).

(...)

Entre os diversos aspectos da identidade pessoal, o primeiro e mais imediato elemento que a caracteriza é o nome, o qual assume a condição de sinal distintivo e identificador da pessoa na vida em sociedade. Nesta medida, tem-se o direito de ser apresentado na vida social com a real identidade, tal como esta é, ou deveria ser, conhecida. Pode-se violar a identidade pessoal através do nome, fazendo-o designar coisas ou personagens de fantasia, aos quais são atribuídas qualidades não valiosas ou não verdadeiras, que lesionam a auto-estima, causando sofrimento e dor.”³⁰

Diante de tais posicionamentos, fica claro que esses autores estão atentos a uma leitura extensiva, capaz de dar uma visão mais abrangente do direito ao nome, entendendo que essa sua concepção simbólica não pode ser ignorada, devendo-se ter em conta, no entanto, que o direito à identidade pessoal comporta esse aspecto específico do nome, isto é, tem uma carga simbólica da qual partilham, não se confundindo, contudo, com ele. Trata-se, assim, dessa “visão abrangente” do direito ao nome, mencionada em todas essas passagens: no valor simbólico que porta, está a identidade pessoal. Esclarecidos esses pontos, passa-se à análise de um tema específico: a alteração do nome e a sua relação com o direito à identidade pessoal.³¹

6.2.2.1

A relativização do princípio da imutabilidade do nome em razão do direito à identidade pessoal

É sabido que no Direito brasileiro, segundo a Lei de Registros Públicos³², integra a disciplina do nome o princípio da imutabilidade, que se justifica em virtude de um interesse estatal de identificação e individualização dos indivíduos, e um interesse pessoal, que atende à dignidade humana: ser portador de um nome.

³⁰ Maria Celina BODIN DE MORAES, *A tutela da identidade pessoal no Código de 2002*, cit., pp. 4 e 24.

³¹ V. Maria Celina BODIN DE MORAES, *A tutela da identidade pessoal no Código de 2002*, cit., *passim*.

³² Art. 58, *caput*, LRP (para a transcrição integral do artigo, v. nota 283, *supra*)

No que tange à alteração do prenome vexatório, por exemplo, o princípio da imutabilidade é relativizado para se atender e efetivar do princípio da dignidade da pessoa humana. Se o nome, ao invés de dignificar, viola a pessoa e sua dignidade – isto é, o prenome ou o nome como um todo expõe a pessoa ao ridículo –, se autoriza sua mudança para que se atenda a esse objetivo que, nesse aspecto, preconiza que a pessoa deve portar um nome que a dignifique.

Diversas ações levadas à apreciação do judiciário, ou ainda casos levados ao conhecimento público, ou mesmo listas de nomes registrados³³ denotam que o desconforto que esse tipo de nome gera à pessoa, podendo impedir seu livre e completo desenvolvimento, causando grandes traumas que refletem na saúde psíquica e na identidade daquele indivíduo.³⁴

Recentemente foi veiculado na mídia o caso de um rapaz vietnamita que possuía um nome vexatório, que só foi mudado vinte anos depois, após o consentimento do pai, de acordo com as leis locais. Embora não se trate de um caso brasileiro, é de interesse sua análise, porque análoga a diversos casos existentes e foi objeto de grande repercussão. Veja-se:

³³ Alguns exemplos de nomes tidos vexatórios, já há muito divulgados: Antônio Morrendo das Dores; Armando Nascimento de Jesus; Barrigudinha Seleida; Cafiaspirina Cruz; Chevrolet da Silva Ford; Colapso Cardíaco da Silva; Comigo é Nove na Garrucha Trouxada; Éter Sulfúrico Amazonino Rios; João Sem Sobrenome; José Casou de Calças Curtas; Liberdade Igualdade Fraternidade Nova York Rocha; Maria Privada de Jesus; Maria-você-me-mata; Napoleão Sem Medo e Sem Mácula; Necrotério Pereira da Silva; Padre Filho do Espírito Santo Amém; Primavera Verão Outono Inverno; Simplício Simplório da Simplicidade Simples; Vicente Mais ou Menos de Souza; Zélia Tocafundo Pinto; e ainda, Ava Gina (em homenagem a Ava Gardner e Gina Lolobrigida); Letsgo (de *Let's go*); Óliude (jogador de futebol, que atuou no Portuguesa e no Vasco, com o apelido "Capitão") e seu filho, de mesmo nome; Tospericagerja (em homenagem à seleção do tri: Tostão, Pelé, Rivelino, Carlos Alberto, Gerson e Jairzinho); Usnavy (em homenagem à *U.S.Navy*, a Marinha Americana); e as irmãs Xerox, Autenticada e Fotocópia. (Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/legal/nomes.html>>. Acesso em: 12 jul. 2006. O sítio informa que “os nomes foram coletados a partir de listas públicas, como uma relação de segurados com nomes estranhos divulgada pelo extinto INPS na década de 80, e pesquisas em cartórios realizadas por autores de livros especializados”).

³⁴ Um caso bastante expressivo do comprometimento que um nome em desacordo com a dignidade da pessoa humana implica ao desenvolvimento do sujeito, pelo seu caráter simbólico que comporta é o caso do rapaz denominado “Restos Mortais de Maria Dolores”. O valor simbólico subliminar, além do evidente nome vexatório, é de tal gravidade que comprometeu a saúde psíquica e o desenvolvimento dessa pessoa. Maria Dolores é a mãe que faleceu ao dar-lhe à luz. O pai, consternado, registrou esse como o nome do filho. Este, assim, pelo nome que porta, não é uma pessoa: é apenas resto, o que sobrou; é os restos mortais de sua falecida genitora. Seu caso foi conhecido no ambulatório de psicologia de uma faculdade da cidade do Rio de Janeiro, e lhe foram gerados, em decorrência disso, sérios comprometimentos psíquicos, lá constatados. Parece relativamente fácil compreender as conseqüências: esse não pode ser considerado um nome, uma vez que não havia como sequer chamá-lo por ele; é o ícone da função desumanizadora, oposta à humanização que pretende exercer o nome.

“Jovem chamado ‘Multa de Seis Mil e Quinhentos’ troca de nome.

Depois de duas décadas de vergonha, o pai de um vietnamita concordou em mudar o nome do seu filho Mai Phat Sau Nghin Riou, que em português significa ‘Multa de Seis Mil e Quinhentos’. Mai Xuan Can, pai do jovem, deu o nome ao filho em função da multa de 6,5 mil *dong* para casais que têm mais que dois filhos.

Em 1999 o governo local tentou convencer Can a trocar o nome do menino, já que este era freqüente motivo de brincadeiras na escola, na província de Quang Nam.

O filho, agora com 19 anos, adotou o novo nome de Mai Hoang Long, que significa ‘Dragão Dourado’.³⁵

Assim, “se encontram, com facilidade, pessoas que portam prenomes que causam gozações, brincadeiras vexatórias e insinuações pejorativas, os quais configuram verdadeiras violações à cláusula geral de tutela da dignidade da pessoa humana”³⁶ e, como visto, também a uma identidade pessoal saudável, entendida em sua dimensão simbólica, ligada à *psique*.

Outro ponto relevante que aqui se pretende defender, quanto à concepção extensiva do nome entendendo-o, nesse aspecto, como integrante do direito à identidade pessoal, é que a possibilidade de supressão ou inserção de um sobrenome também está relacionada ao primado do simbólico e, assim, ao que a pessoa é, à identidade. Isso porque sob a letra fria da lei, não há motivo que justifique sua retirada, por exemplo, no caso de pai que não tem qualquer relacionamento com o filho.

O filho que pretende ver atendido tal pleito não o faz, em verdade, porque seu nome o exponha a ridículo. O pedido de supressão de um sobrenome paterno, no caso, diz respeito à identidade daquele indivíduo, daquele filho, que não teve um pai. É um tanto óbvio que ele teve, sim, um pai biológico. No entanto, isso não é suficiente para que se diga tenha sido desempenhado um papel paterno. O desinteresse, o abandono, consolidam uma personalidade, uma identidade no sujeito, assim como o bom desempenho dessa função.

Dessa forma, o pleito de retirada do sobrenome do pai que não se conhece ou não tem relação com o filho porque o abandonou é apenas justificado pelo fato de aquele pai não integrar a identidade pessoal do seu filho; não auxiliou a formar

³⁵ Notícia veiculada em 11 de julho de 2006. Disponível em: <<http://noticias.terra.com.br/popular/interna/0,,OI1067204-EI1141,00.html>>. Acesso em: 12 jul. 2006. A notícia foi alvo de destaque no noticiário internacional, como em: <<http://abcnews.go.com/Business/wireStory?id=2163810>> e <<http://www.topix.net/news/weird>>, acessos em 12 jul. 2006 (grifos no original).

³⁶ Maria Celina BODIN DE MORAES, *A tutela da identidade pessoal no Código de 2002*, cit., p. 8.

a identidade daquele sujeito; ou seja, o pai, ausente, não teve nenhuma influência para consolidar, pelo menos de forma ativa, comissiva – que é o que se espera de um pai vivo e em condições de fazê-lo –, o que aquele indivíduo é.

A esse respeito, o pensamento de Maria Celina BODIN DE MORAES deve ser aqui observado:

“Em virtude da imprescindibilidade (*rectius*, exigibilidade) de tutela por parte dos pais e da dependência e vulnerabilidade dos filhos, a solidariedade familiar alcança aqui o seu grau de intensidade máxima. Em caso de abandono moral ou material, são lesados os direitos implícitos na condição jurídica de filho e de menor, cujo respeito, por parte dos genitores, é pressuposto para o sadio e equilibrado crescimento da criança, além de condição para a sua adequada inserção na sociedade. Ou seja, os prejuízos causados são de grande monta.

(...)

De fato, a importância da figura paterna, especialmente depois das conclusões da psicologia moderna, não precisa de mais comprovações. É notória sua imprescindibilidade – assim como o é a da figura materna – para a adequada estruturação da personalidade da criança. Quanto aos pais, *tertius non datur*: ou se tem pais, ou se tem ausência de pais. Quando este último caso ocorrer, estará caracterizado um dano moral a ser ressarcido.”³⁷

A jurisprudência também já se manifestou nesse mesmo sentido, nas duas polêmicas decisões que assentiram quanto ao reconhecimento de dano moral sofrido pelo filho abandonado afetivamente pelo pai. Não se pretende, aqui, adentrar no mérito de tal discussão, embora de grande relevância e interesse, uma vez que esta extrapola os limites traçados para investigação no presente trabalho. Busca-se, somente, sublinhar a fundamentação, em função de fazer considerações pertinentes à identidade. Assim, considerou-se no acórdão do Tribunal de Alçada de Minas Gerais que:

“Até os seis anos de idade, Alexandre Batista Fortes, ora apelante, manteve contato com seu pai de maneira razoavelmente regular. Após o nascimento de sua irmã, a qual ainda não conhece, fruto de novo relacionamento conjugal de seu pai, este se afastou definitivamente. Em torno de quinze anos de afastamento, todas as tentativas de aproximação efetivadas pelo apelante restaram-se infrutíferas, não podendo desfrutar da companhia e dedicação de seu pai, já que este não compareceu até mesmo em datas importantes, como aniversários e formatura. **De acordo com o estudo psicológico realizado nos autos, constata-se que o afastamento entre pai e filho transformou-se em uma questão psíquica de difícil elaboração para Alexandre, interferindo nos fatores psicológicos que compõem sua própria identidade.**”³⁸

³⁷ Maria Celina BODIN DE MORAES, “Danos morais em família? Conjugalidade, parentalidade e responsabilidade civil”, *mimeo*, p. 18.

³⁸ TAMG, 7ª C.C., Ap. Civ. 408.550, Rel. Juiz Unias Silva, julg. em 01.04.2004, (*Revista Trimestral de Direito Civil*, n. 20, 2004, pp. 177-179, destacou-se).

Trazendo tais considerações para a questão do nome, a possibilidade específica de alteração do sobrenome, em caso de abandono, se fundamenta, em verdade, pelo respeito à identidade pessoal do postulante, uma vez que aquele ascendente apenas o gerou, mas não contribuiu ativamente para o que ele é, ou seja, para a formação da sua identidade. A fim de ilustrar a tese defendida, veja-se alguns exemplos de julgados do STJ em que se admitiu a retirada do sobrenome paterno sob tal fundamento:

“A discussão centra-se na possibilidade ou não de alteração do nome do recorrente, que pretende excluir a partícula referente ao nome do pai “Batelli”, uma vez que o pai nunca foi presente, tendo aliás, o abandonado juntamente com a mãe quando tinha sete meses de idade. Diz ainda que se sente exposto ao ridículo e que jamais foi conhecido como Paulo Bateili, mas sim como Paulo Vampré, nome da mãe.

A Lei de Registros Públicos, ao tratar da disciplina relativa ao nome civil, dispõe, no art. 57, que pode haver alteração do nome desde que ocorra motivo bastante para tanto e se faça pela via judicial. A propósito, Walter Ceneviva afirma que a “lei limitou a mutabilidade de modo não absoluto”(Lei *dos Registros Públicos Comentada*, 9ª ed, Saraiva, n. 150, p. 110).

Dessa forma, não fosse a mitigação do ordenamento positivo, condescendente com a mudança pela adoção, pelo casamento e pela legitimação posterior ao nascimento, a melhor doutrina tem-se adaptado às situações concretas de cada caso, sempre fiel à dinâmica do Direito e da própria vida, ‘arte de conduzir os homens’ na feliz expressão de Ripert, mais rica que as nossas teorias.” (STJ, 4ª T., REsp. 66643/SP - Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, julg. em 21.10.97, publ. no DJ de 09.12.97).³⁹

Ou ainda:

“Na espécie, a solução da controvérsia depende de saber, inicialmente, se é ou não possível a alteração do nome da recorrente, que pretende suprimir de seus assentamentos o patronímico paterno "Arrojado Lisboa", aduzindo para tanto o divórcio de seus pais quando tinha apenas nove anos, tendo sempre vivido sob a guarda e dependência econômica exclusiva da mãe, sem que o seu genitor lhe prestasse a devida assistência, quer moral quer material, do qual *‘traz apenas o patronímico, que além de ser motivo de grande constrangimento social, é causa de recordações’*, que prefere esquecer.

Como se vê, contrariamente ao que assentou o acórdão recorrido, tem esta Corte adotado posicionamento mais liberal sobre o tema, ao entender que o princípio da

³⁹ “Civil. Registro Público. Nome Civil. Prenome. Retificação. Possibilidade. Motivação Suficiente. Permissão Legal. Lei 6015/1973, art. 57. Hermenêutica. Evolução da Doutrina e da Jurisprudência. Recurso Provido. I – O nome pode ser modificado desde que motivadamente justificado. No caso, além do abandono do pai, o autor sempre foi conhecido por outro patronímico. II – A jurisprudência, como registrou Benedito Silvério Ribeiro, ao buscar a correta inteligência da lei, afinada com a ‘Lógica do Razoável’ tem sido sensível ao entendimento de que o que se pretende com o nome civil é a real individualização da pessoa perante a família e a sociedade.”(STJ, 4ª T., REsp. 66643/SP, julg. em 21.10.97, publ. no DJ de 09.12.97)

imutabilidade do nome de família não é absoluto, admitindo-se, excepcionalmente, após o decurso do primeiro ano da maioridade, sua alteração, com base no que dispõe o artigo 57 da Lei nº 6.015/73, desde que presentes a justa motivação e ouvido o Ministério Público.

Assim delimitada a questão, no caso dos autos, não poderia o juiz sentenciante se negar a deferir a produção de provas requerida, voltada para a demonstração da existência de justo motivo, com vistas à alteração do nome da autora, já que o pedido fora formulado com amparo na interpretação combinada do aludido artigo 57 – alteração excepcional - com o que prescreve o parágrafo 1º do artigo 109 da mencionada Lei de Registros Públicos. (...)

Desse modo, ao contrário do que consignou o aresto hostilizado, tenho por presentes, no caso vertente, os requisitos legais retro transcritos, suficientes para ensejar a produção de prova solicitada, vez que, contando a autora 22 (vinte e dois) anos de idade à época da propositura da ação, às fls. 13 dos autos, veio o órgão ministerial a impugnar o pedido.

Do quanto foi exposto e, na esteira do parecer ministerial, conheço do recurso e lhe dou provimento, para cassar o acórdão recorrido e a sentença, a fim de que, com vistas à demonstração dos fatos que embasam o pedido inicial, possam ser produzidas as provas requeridas”.⁴⁰(STJ, REsp 401.138/MG)

Pode acontecer, ainda, de se pleitear a inserção do sobrenome daquele que efetivamente fez o papel de pai e contribuiu de maneira concreta para a formação da identidade pessoal, como o padrasto:

“NOME. Alteração. Patronímico do padrasto.

O nome pode ser alterado mesmo depois de esgotado o prazo de um ano, contado da maioridade, desde que presente razão suficiente para excepcionar a regra temporal prevista no art. 56 da Lei 6.015/73, assim reconhecido em sentença (art. 57). Caracteriza essa hipótese o fato de a pessoa ter sido criada desde tenra idade pelo padrasto, querendo por isso se apresentar com o mesmo nome usado pela mãe e pelo marido dela.”⁴¹ (STJ, REsp 220.059 / SP)

Objetiva-se, dessa forma, o direito de ser retratado no registro civil como se é; ou seja, o pleito trata do direito de ser si mesmo, na medida em que reflete o pedido do direito a ser retratado (no registro civil, pela alteração do nome) como se é. Dessa forma, se está diante do direito à identidade pessoal.

6.2.2.2

Caso Doca Street: a tutela do direito de ser si mesmo

⁴⁰ STJ, 3ª T., REsp 401.138 / MG - Rel. Min. Castro Filho, julg. em 26/06/2003, public. no DJ de 12.08.2003.

⁴¹ STJ, 2ª T., REsp 220.059 / SP – Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, julg. em 22/11/2000, public. no DJ de 12.02.2001 p. 92.

Outra questão jurídica recente do direito brasileiro que envolve o direito à identidade pessoal é a da exibição, no programa da Rede Globo de Televisão, o *Linha Direta Justiça*, do caso do homicídio de Ângela Diniz por Raul Fernando do Amaral Street, conhecido como Doca Street. O caso aconteceu nos anos 70 e, levado a júri popular, o réu foi condenado e cumpriu pena, e hoje já está reintegrado à sociedade. Diante da gravação do programa pela emissora, Doca Street pediu judicialmente que o programa não fosse ao ar.⁴²

O conteúdo do direito à identidade pessoal presente no caso está no fato de o autor do crime tê-lo cometido há anos, ter sido julgado, condenado e cumprido pena, e ainda hoje ser publicamente retratado como o homicida da então namorada. O autor, anos depois do fato, sem ter cometido qualquer outro crime, teria, então, o direito a ser retratado como é atualmente, e não como um recorte de algo terrível que fez no passado – como um eterno criminoso.

Se o direito à identidade pessoal é o direito de ser retratado como se é na realidade, e essa “realidade” diz respeito ao momento e ao contexto atuais, não ao pretérito. Caso assim fosse, poder-se-ia incorrer em uma deturpação da representação social da pessoa, exatamente ao que a tutela da identidade pessoal se opõe. Há, portanto, no caso em questão, um conflito entre direito à identidade pessoal e direito de informação, que será mais detidamente trabalhado, quanto a esse aspecto, no ponto específico da ponderação de valores.⁴³

Nesse sentido, portanto, adotamos uma concepção de identidade pessoal que não se relaciona necessariamente com uma idéia de “verdade histórica”, mas sim com aquela defendida pela Corte de Cassação italiana, do *diritto ad essere se stesso*, isto é, o direito de ser si mesmo.

Considera-se, com isso, que uma pessoa é, certamente, fruto de suas experiências passadas; no entanto, o que se defende é que ela não se resume a elas – ou a uma delas. A identidade da pessoa é certamente muito mais complexa, e só pode ser determinada casuisticamente, de acordo com seu “retrato” atual.

Dessa forma, também se afasta a possibilidade de uma pessoa virar refém de seu passado, e por ele ser rotulada eternamente, mesmo que, como no caso

⁴² TJRJ, Apelação Cível nº 2005.001.54774 – Rel. Des. Milton Fernandes de Souza, 5ª Câmara Cível. Julgado em: 28/03/2006. Para uma mais detalhada abordagem do caso e transcrição de fragmentos de alguns votos, v. capítulo 7, item 7.2.1

⁴³ Vide Capítulo 7.

concreto em exame – o homicídio cometido por Doca Street – já tenha pago por ele perante a sociedade, mediante o cumprimento da pena imposta pelo juiz competente.

Com essa concepção de identidade pessoal, sem dúvida, se relaciona aquela de direito ao esquecimento, conhecido no Direito italiano como *diritto all'oblio*. O desenvolvimento desse aspecto dar-se-á, no entanto, no capítulo seguinte, quando do enfrentamento da ponderação dos interesses que claramente se chocam na hipótese: o direito à informação e o direito à identidade pessoal.

6.2.2.3

O caso Luma de Oliveira

Outra hipótese de grande repercussão nacional que envolve a identidade pessoal enquanto deturpação daquilo que se é por meio de descontextualização é o caso da utilização da foto da modelo Luma de Oliveira pelo jornal inglês *The Independent*. Em uma matéria veiculada em 2005, o jornal, em uma reportagem que tratava de um escândalo que envolvia homens públicos, a montadora Volkswagen e prostituição – foi utilizada a foto de Luma no carnaval carioca como ilustrativa da prostituição. Veja-se a repercussão nos meios de comunicação do país, e o detalhamento da matéria do jornal inglês:

“Jornal ilustra matéria de escândalo sexual com foto de Luma
(Mariana Timóteo da Costa, da BBC Brasil)

O jornal inglês "The Independent" traz na sua edição desta quinta-feira uma foto da modelo e empresária Luma de Oliveira para ilustrar uma reportagem sobre os escândalos envolvendo políticos, funcionários da montadora Volkswagen e prostitutas brasileiras.

Em nenhum momento a reportagem faz relação entre o caso e a modelo, cuja imagem foi usada unicamente para ilustrar a reportagem.

Procurado pela BBC Brasil, o editor responsável pela matéria ainda não se pronunciou. Mas uma fonte do "Independent" afirmou que a escolha da foto de Luma foi aleatória. "Fomos no banco de dados do computador e teclamos a palavra 'samba'. A imagem apareceu. Não se tinha idéia que ela era tão famosa", disse o repórter.

A reportagem de uma página é ilustrada com uma foto grande de Luma de Oliveira desfilando no Carnaval do Rio, com os tradicionais trajes sumários. O jornal não cita o nome da atriz, mas traz a seguinte legenda embaixo da foto: "A maior montadora de carros da Europa, a VW, é sacudida por um escândalo envolvendo sexo, suborno e sambistas".

De acordo com a reportagem, intitulada "A história do caso VW", diretores da montadora alemã mantêm casos com prostitutas brasileiras e pagam festas

"regadas a sexo para políticos alemães". Tudo com dinheiro da empresa. As acusações têm sido destaque na imprensa europeia há algumas semanas.

(...)

Na reportagem, o *Independent* afirma que Peter Hartz, diretor do Departamento Pessoal da VW, teve uma amante brasileira (citada como Joselia R) e usou dinheiro da empresa para financiar vários encontros com ela pela Europa e no Brasil.

Além de diretor da VW, Hartz é muito próximo do chanceler alemão Gerhard Schröder e, segundo o jornal, "contribuiu com várias idéias para reformas na leis trabalhistas alemãs".

Outro desdobramento do escândalo, que "quebrou a coluna da VW", segundo o jornal, é que cartões de crédito da empresa foram usados para levar diretores da companhia e políticos "a férias no Carnaval do Rio".

O jornal cita uma reportagem da revista Focus na qual se diz que empresa pagou festas sexuais "para comprar influência no governo".

Um outro diretor da empresa renunciou depois de ser acusado de comprar, com dinheiro da empresa, uma casa para uma de suas amantes brasileiras em São Paulo.

Para o jornal, os escândalos podem prejudicar a tentativa de Gerhard Schröder se reeleger em setembro.”⁴⁴

O caso é interessante porque a foto, em que aparece desfilando no carnaval, tem função de ilustrar a reportagem. Não há qualquer citação do seu nome ou relação explícita entre ela e o caso citado. A associação, no entanto, é inevitável.⁴⁵

⁴⁴ Reportagem veiculada em 27.07.2005. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/bbc/ult272u44726.shtml>>. Acesso em: 30.07.2006.

⁴⁵ “Advogado de Luma diz que vai processar jornal ‘Independent’
O advogado da modelo e empresária Luma de Oliveira, Michel Assef, afirmou nesta quinta-feira que vai processar o jornal inglês ‘The Independent’ por ter publicado uma foto da atriz para ilustrar uma reportagem sobre escândalos que envolvem corrupção e sexo na empresa alemã Volkswagen.

Luma de Oliveira, que em nenhum momento é citada na reportagem, ‘está arrasada e deprimida’, segundo Assef. De férias em Nova York, o advogado da modelo disse que recebeu logo cedo (quinta-feira) o telefonema ‘de uma Luma muito triste e revoltada’.

‘Não entendo como um jornal de respeito faz isso. É um absurdo’, disse.

Retornando sexta-feira ao Brasil, Assef diz que vai avaliar como vai processar o ‘Independent’.

‘Vou encontrar o jornal nos tribunais. Posso processar em uma corte brasileira ou inglesa. Vamos estudar o caso’, afirmou.

Procurado pela BBC Brasil, o editor responsável pela matéria ainda não se pronunciou. Mas uma fonte do ‘Independent’ afirmou que a escolha da foto de Luma foi aleatória. ‘Fomos no banco de dados do computador e teclamos a palavra 'samba'. A imagem apareceu. Não se tinha idéia que ela era tão famosa’.

A reportagem de uma página é ilustrada com uma foto grande da modelo desfilando no Carnaval do Rio, com os tradicionais trajes sumários. O jornal não cita o nome da atriz, mas traz a seguinte legenda embaixo da foto: "A maior montadora de carros da Europa, a VW, é sacudida por um escândalo envolvendo sexo, suborno e sambistas".

No fundo da foto, foi realizada uma montagem com carros da Volkswagen. De acordo com a reportagem, intitulada ‘A história do caso VW’, diretores da montadora alemã mantêm casos com prostitutas brasileiras e pagam festas ‘regadas a sexo para políticos alemães’.

Tudo com dinheiro da empresa. As acusações têm sido destaque na imprensa europeia há algumas semanas.” (Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/bbc/ult272u44732.shtml>>. Acesso em: 29.07.2006).

Assim, na hipótese, pode-se dizer que não há violação da imagem, uma vez que se trata de pessoa notória que estava em local público, fazendo com que a utilização de sua imagem fisionômica não dependa de autorização. Não há, da mesma forma, violação do nome, porque não há qualquer menção a ele. Há violação, assim, da sua honra e da sua identidade pessoal.

É forçoso destacar que seus traços fisionômicos, sua imagem, não foram violados; apenas serviram de veículo para que se concretizasse a lesão à honra e à identidade pessoal. Através da utilização sua fotografia para ilustrar a matéria sobre fatos com os quais não tinha, em verdade, a menor relação, se fez com que houvesse uma associação imediata entre a imagem e a notícia, causando-se, assim, uma deturpação da sua identidade pessoal, ou seja, a retratando como o que não é.

A lesão à sua honra deriva do fato de que essa figura deturpada que se criou, associando à modelo – de que seria uma prostituta envolvida no escândalo noticiado – é lesiva, sem sombra de dúvidas à sua honra. Cumpre observar que caso a deturpação tivesse ocorrido para identificá-la de forma diversa da que é, porém sem ensejar qualquer desonra, ou mesmo retratando-a de forma a atribuir-lhe outras características que não possui, ainda que benéficas, estar-se-á diante de uma lesão à identidade pessoal.

A repercussão do uso da foto foi grande também no noticiário internacional, o que fez com que o jornal fizesse um pedido público de desculpas dois dias depois.⁴⁶ Não obstante o fato, Luma decidiu processar o jornal. Não foi divulgado o fundamento do pedido, e ainda não foi prolatada a decisão. A última notícia a respeito narrava que, na primeira audiência relativa ao processo, em Londres, não houve acordo.⁴⁷

⁴⁶ “O jornal britânico ‘The Independent’ publica, na sua edição deste sábado, um pedido de desculpas por ter usado uma foto da modelo e empresária Luma de Oliveira para ilustrar uma reportagem sobre escândalos que envolvem corrupção e sexo na empresa alemã Volkswagen. Em uma nota na página 28, o jornal diz que ‘um artigo publicado na quinta-feira sobre o caso VW foi ilustrado com uma imagem de uma dançarina de samba. A imagem, na verdade, é da modelo e atriz brasileira Luma de Oliveira’.

‘Nós não tivemos a intenção de sugerir que a senhorita Oliveira está ligada de qualquer forma com o caso VW e sentimos muito por qualquer mal-entendido.’” (Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/bbc/ult272u44803.shtml>>. Acesso em: 29.07.2006).

Uma fonte do “Independent” já havia afirmado que o jornal desconhecia a fama de Luma de Oliveira e pegou a sua imagem em um banco de dados no computador, apenas para ilustrar a matéria.

⁴⁷ “Audiência em ação contra jornal inglês não tem acordo

por Ronaldo Herdy

Não houve acordo, na quinta-feira passada (9/3), na primeira audiência do processo que Luma de Oliveira move contra o jornal inglês *The Independent*. Em julho de 2005, o jornal publicou foto da

Pode-se afirmar, portanto, sob essa ótica, que há no Brasil casos em que são necessárias aplicações da proteção do direito à identidade pessoal. Nessas situações, apenas não se atentou, no direito pátrio, que a justificativa e fundamentação apontam explicitamente que é de tal direito que se trata.

6.3

Fundamento normativo do direito à identidade pessoal

No primeiro capítulo, em que se tratou do direito civil-constitucional, isto é, da incidência das normas constitucionais nas relações privadas, se procurou esclarecer um pressuposto para o que se pretende propor nesse momento.

A Constituição da República de 1988 instaurou uma ordem jurídica nova, consagrou valores e instituiu novos princípios, impondo que se repensasse o ordenamento jurídico como um todo. A partir disso, conclui-se que as normas constitucionais, isto é, seu conjunto de normas e princípios, passa a incidir de forma direta nas relações jurídicas subjetivas.⁴⁸ Tal entendimento é essencial para que se entenda o fundamento normativo do direito à identidade pessoal.

Partindo da concepção de um direito civil constitucionalizado e que a dicotomia entre direito público e direito privado está superada, a dignidade da

modelo no carnaval carioca para ilustrar uma reportagem sobre os escândalos envolvendo políticos, funcionários da Volkswagen e prostitutas brasileiras.

Na Vara de Crimes contra a Honra e de Imprensa, em Londres, os advogados do tradicional diário londrino quiseram encerrar o caso, argumentando que publicaram errata um dia após exibirem foto da brasileira na folia de momo do Rio, sob a legenda: “A maior montadora de carros da Europa, a VW, é sacudida por um escândalo envolvendo sexo, suborno e sambistas”. Explicaram que a imagem surgiu depois que clicaram a palavra samba num banco de dados do computador.

O advogado Michael Assef Filho, que defende Luma, insistiu no pagamento de uma indenização — a ser fixada pelo tribunal — destacando que a correção não apagou uma ofensa cometida contra a popular modelo carioca, mãe de dois filhos. Ato contínuo, deixou com o juiz que conduziu a audiência uma produção probatória volumosa, mostrando que Luma nunca se envolveu com prostituição na vida.

Apesar disso, o advogado admite que não será fácil vencer a batalha, já que a sentença será dada por um júri formado por 12 ingleses. “Queremos uma reparação pelo mal que causaram, mas é preciso admitir que uma corte londrina pode bem tender para um secular jornal local contra uma brasileira que vive a milhas de distância da Inglaterra.”

Segundo a reportagem que originou a ação, diretores da montadora alemã mantinham casos com garotas brasileiras de programa e pagavam festas regadas a sexo para políticos alemães. O dinheiro para as orgias saíria do caixa da VW. As acusações ganharam destaque na imprensa mundial no segundo semestre do ano passado.” (Notícia veiculada em 14 de março de 2006, pela Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <http://conjur.estadao.com.br/static/text/42672_1>. Acesso em: 31.06.2006).

⁴⁸ Rafael Garcia RODRIGUES, “A pessoa e o ser humano no novo Código Civil”. In: Gustavo TEPEDINO (org.), *A parte geral do Novo Código Civil*, 2 ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 3.

pessoa humana exerce papel central. Concebida como o novo vértice do ordenamento jurídico, que passa a preocupar-se primordialmente com as situações existenciais em detrimento das patrimoniais, é entendida como uma verdadeira cláusula geral de tutela e promoção da dignidade da pessoa humana, como já muito destacado.

A partir de tal função, é tida também como a cláusula geral dos direitos da personalidade, uma vez que, seguindo a concepção defendida por Pietro Perlingieri, a pessoa humana deve ser protegida onde quer que esteja, em qualquer manifestação.

Por essa razão, não há que se falar de teoria monista ou pluralista dos direitos da personalidade; sua proteção suplanta a previsão do Código Civil para alcançar a pessoa humana em qualquer manifestação. É nesse ponto que se pode falar na fundamentação jurídica do direito à identidade pessoal.

Esse direito da personalidade não goza de previsão normativa, e não precisa ter para existir e tutelar as relações que pretende. O direito à identidade pessoal existe no ordenamento jurídico brasileiro em decorrência direta do art. 1º, III da Constituição da República.

6.3.1

Crítica ao entendimento do STJ

O Superior Tribunal de Justiça, preocupado em guardar o cumprimento das leis federais, não admite tal aplicação, porque ainda se encontra preso, em alguns momentos, à dicotomia público-privado, como se demonstra a partir da seguinte notícia sobre um pleito que passou pelas duas Cortes:

“Supremo reconhece direito de Cássia Kiss a receber indenização por danos morais.

A Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal deferiu hoje (4/6), por unanimidade, um recurso (RE 215984) da atriz Cássia Kiss contra a editora Ediouro em razão da publicação de fotos da atriz sem sua autorização.

Cássia havia concedido uma entrevista à revista "Remédios Caseiros", de propriedade da Ediouro, sem, no entanto, autorizar a publicação de qualquer fotografia sua. A editora adquiriu, então, fotos da atriz do jornal "O Dia" e as publicou na capa do primeiro número da revista, em diversas páginas de

publicidade da revista, em pôsteres, além de capa da revista "Coquetel" de palavras cruzadas e em filmes publicitários.

Em recurso decidido pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), aquela corte decidiu serem indenizáveis apenas os danos materiais. Quanto aos danos morais, considerou-os inexistentes, pois a mera publicação de fotos não ofenderia a reputação de uma pessoa.

O relator do processo no Supremo, ministro Carlos Velloso, não concordou com a tese. Citando parecer da Procuradoria Geral da República, ele argumentou que a Constituição (artigo 5º, X) prevê a existência de direito a indenização em caso de danos advindos da violação da intimidade, da vida privada, da honra e imagem das pessoas.

O ministro também fez um histórico, enfatizando que a doutrina jurídica e a jurisprudência evoluíram no sentido de que os danos morais são cumulativos aos danos patrimoniais. Além disso, segundo ele, a publicação não-autorizada de fotos pode ser causa de desconforto, aborrecimento e constrangimento para a pessoa retratada.

Velloso concluiu pelo deferimento do recurso e a condenação da Ediouro ao pagamento à atriz de quantia igual a 21,5 salários-mínimos mais 10% em honorários advocatícios.

Os demais ministros seguiram o voto do relator e a decisão foi unânime.”⁴⁹

Ou ainda:

“Processual civil e civil. Ação de indenização. Danos morais. Campanha eleitoral. Publicação não autorizada de fotografia em "outdoor". Cerceamento de defesa. Inocorrência. Assistência judiciária gratuita. Alcance. Legitimidade passiva do candidato a cargo eletivo. Ocorrência do dano moral. Alegação de ofensa a dispositivo constitucional. Dissídio jurisprudencial não comprovado.

- O fato de a petição com o rol das testemunhas ter sido juntada apenas na data da audiência de instrução e julgamento não serve como justificativa para o recorrente ter deixado de efetuar a antecipação das despesas de locomoção e intimação, se ele foi intimado na audiência de conciliação a efetuar o preparo das diligências alusivas às intimações das testemunhas.

- A assistência judiciária gratuita alcança, tão-somente, a pessoa contemplada pelo benefício.

- O candidato a cargo eletivo e o partido político respondem solidariamente pelos excessos praticados na divulgação da propaganda eleitoral.

- *Hipótese em que a autora, inconformada com a associação de sua imagem de pessoa carente e doente renal à campanha de candidato a cargo eletivo, ajuizou ação de indenização por danos morais e materiais, decorrentes da utilização de sua fotografia em "outdoor" de campanha eleitoral, sem prévia autorização ou contraprestação, apenas em face dos candidatos.*

⁴⁹ STF, RE 215.984 / RJ, 2ª T; Rel. Min. Carlos Velloso. Notícia disponível em: <<http://72.14.209.104/search?q=cache:2k18FGPhaKMJ:www.sintese.com/newsletter/html451.htm+Supremo+reconhece+direito+de+C%C3%A1ssia+Kiss+a+receber+indeniza%C3%A7%C3%A3o+por+danos+morais&hl=pt-BR&gl=br&ct=clnk&cd=1>>. Acesso em: 30 jul. 2006.

- Alegações de ofensa à Constituição Federal escapam ao âmbito de competência atribuída ao Superior Tribunal de Justiça.

- A comprovação do dissídio jurisprudencial exige a juntada de cópia autenticada dos acórdãos ou a citação do repositório oficial em que se achem publicados e o confronto analítico a evidenciar a similitude fática entre o acórdão recorrido e o julgado paradigma.

Recurso especial não conhecido.”⁵⁰ (destacou-se)

É também bastante emblemático o caso da atriz Maitê Proença, levado à apreciação do STJ e do STF, em decorrência da publicação, por parte de um jornal de uma foto da atriz nua tirada para uma revista masculina. O Superior Tribunal de Justiça entendeu haver apenas dano material na hipótese, somente se reconhecendo o dano moral decorrente no Supremo Tribunal Federal⁵¹. Veja-se:

⁵⁰ STJ, REsp 663.887 / GO - 3ª T; Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 23/11/2005, publ. DJ 01.02.2006 p. 538.

⁵¹ “A Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça garantiu à atriz Maitê Proença o direito a receber R\$ 50 mil de indenização por dano moral do jornal carioca Tribuna da Imprensa, devido à publicação não autorizada de uma foto extraída de ensaio fotográfico feito para a revista Playboy, em julho de 1996.

As fotos foram publicadas no mês seguinte na edição comemorativa do 21º aniversário da revista. Para aceitar o trabalho, Maitê Proença estipulou em contrato escrito as condições para a cessão de sua imagem, fixando a remuneração e o tipo de fotos que seriam produzidas, demonstrando preocupação com a sua imagem e a qualidade do trabalho, de modo a restringir e controlar a forma de divulgação de sua imagem despida nas páginas da revista. No entanto, em 10 de agosto a Tribuna de Imprensa estampou uma das fotos, extraída do ensaio para a Playboy, em página inteira, sem qualquer autorização.

Para a atriz, tal publicação “feriu, de forma odiosa, a sua imagem”, tanto patrimonial – pois há que se analisar o flagrante dano ao direito dela à exploração de sua imagem – quanto moralmente. O advogado da artista ressalta que a artista jamais pretendeu estampar sua imagem em publicação de quilate inferior e que o jornal, ao publicar foto não consentida da atriz nua, com indisfarçável objetivo de lucro, violando suas intimidade e privacidade, feriu sua reputação, honra e dignidade pessoal, ou seja, sua moral. Para ele, a nudez de Maitê representa, no contexto da revista – e jamais fora dela – um trabalho artístico, que se esvai completamente quando transferido para as páginas de um jornal.

A Justiça carioca condenou a empresa jornalística a indenizar a atriz por danos materiais, mas não por danos morais. Maitê Proença recorreu, então, ao STJ.

Na Terceira Turma, composta de cinco ministros, a questão se encontrava empatada. Para o relator, ministro Carlos Alberto Menezes Direito, não cabe ao caso a indenização por dano moral, pois a publicação violenta o direito à imagem, mas não à imagem que possa advir do ato em si (a imagem futura). Para ele, por mais infelizes que tenham sido os termos usados durante o julgamento no tribunal de origem, a questão não se põe no campo da estética, esse aspecto não está em discussão. Entendimento acompanhado pelo ministro Antônio de Pádua Ribeiro.

A ministra Nancy Andrighi, no entanto, concluiu que o jornal carioca deve indenizar a atriz também por dano moral, porque, a seu ver, ela foi violentada em seu crédito como pessoa, pois deu o seu direito de imagem a um determinado nível de publicação e poderia não querer que outro grupo da população tivesse acesso a essa imagem. “Ela é uma pessoa pública, mas nem por isso tem que querer que sua imagem seja publicada em lugar que não autorizou, e deve ter sentido raiva, dor, desilusão, por ter visto sua foto em publicação que não foi de sua vontade”, afirmou. O ministro Waldemar Zveiter concordou com a ministra, pois a publicação não autorizada expôs a atriz fora do contexto que ela se prestou a fazer.

O presidente da Turma, ministro Ari Pargendler, desempatou a questão. Segundo ele, a publicação representou um grande sofrimento moral que deve sim ser indenizado. O valor estipulado para a reparação foi o mesmo definido para os danos materiais, de R\$ 50 mil.” Disponível em: <

“Recurso Especial. Direito Processual Civil e Direito Civil. Publicação não autorizada de foto integrante de ensaio fotográfico contratado com revista especializada. Dano moral. Configuração.

- É possível a concretização do dano moral independentemente da conotação média de moral, posto que a honra subjetiva tem termômetro próprio inerente a cada indivíduo. É o decoro, é o sentimento de auto-estima, de avaliação própria que possuem valoração individual, não se podendo negar esta dor de acordo com sentimentos alheios.

- Tem o condão de violar o decoro, a exibição de imagem nua em publicação diversa daquela com quem se contratou, acarretando alcance também diverso, quando a vontade da pessoa que teve sua imagem exposta era a de exibi-la em ensaio fotográfico publicado em revista especializada, destinada a público seletivo.

- A publicação desautorizada de imagem exclusivamente destinada a certa revista, em veículo diverso do pretendido, atinge a honorabilidade da pessoa exposta, na medida em que experimenta o vexame de descumprir contrato em que se obrigou à exclusividade das fotos.

- A publicação de imagem sem a exclusividade necessária ou em produto jornalístico que não é próprio para o contexto, acarreta a depreciação da imagem e, em razão de tal depreciação, a proprietária da imagem experimenta dor e sofrimento.”⁵²

Fica claro, assim, que o Superior Tribunal de Justiça, tendencialmente, não resolve questões que envolva normas constitucionais porque seu entendimento é de que se presta a julgar as aplicações e interpretações das leis federais, não se estendendo à Constituição.

6.3.2

A interpretação do STF como paradigma

O que se defende como fundamento normativo do direito à identidade pessoal é a aplicação direta do art. 1º, III da Constituição da República nas relações entre os particulares. Tal pensamento defendido se coaduna com o objetivo de se tutelar a pessoa humana em todos os seus aspectos, efetivando a função do dispositivo como cláusula geral, mas, como se viu, é contrária ao entendimento do STJ. O Tribunal entende que a Constituição não se aplica às relações entre particulares, apenas podendo dela tratar o STF.

No entanto, a aplicação direta das normas constitucionais nas relações privadas já foi alvo de discussão e é não só aceita por muitos doutrinadores como também aplicada pela jurisprudência em alguns casos específicos.

<http://www.liberdadeimprensa.org.br/files/Arquivos/memo01.pdf?PHPSESSID=0d41f5702f19259b6017f34db5eee744>>. Acesso em: 29 jul. 2006.

⁵² REsp 270730 / RJ – 3a T., Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, julg. em 19/12/2000, publ. DJ 07.05.2001 p. 139.

Cumpra citar, quanto a essa técnica, detidamente, o entendimento da Corte Constitucional do país, a mais alta Corte, no que tange ao direito à imagem. O Supremo Tribunal Federal, a partir de uma leitura constitucional do direito à imagem, permite sua aplicação, em determinados casos, com fundamento único e direto na Constituição. Assim:

“Dano moral - Ação indenizatória - Direito à imagem - Publicação de fotografia sem autorização - Estado de desconforto, aborrecimento ou constrangimento que, independentemente do seu tamanho e do intuito comercial, é causado pela publicação da fotografia de alguém - Desnecessidade de ofensa para que exista reparação de dano - Inteligência do art. 5º, X, da CF.

Ementa oficial: Para a reparação do dano moral não se exige a ocorrência de ofensa à reputação do indivíduo. O que acontece é que, de regra, a publicação da fotografia de alguém, com intuito comercial ou não, causa desconforto, aborrecimento ou constrangimento, não importando o tamanho desse desconforto, desse aborrecimento ou desse constrangimento. Desde que ele exista, há o dano moral, que deve ser reparado, manda a Constituição, art. 5º, X. DANO MORAL. Cobrança cumulada com danos materiais. Admissibilidade. Publicação não autorizada de fotografia. Violação do direito à imagem. Dever de reparar danos materiais e compensar os morais, independentemente de ter sido afetada ou não a reputação da vítima. É possível a cumulatividade da cobrança do dano material aos danos morais, na hipótese de publicação não autorizada de fotografia, uma vez que presente o dever de reparar os danos materiais e compensar os morais, já que violado o direito de imagem, independentemente de ser afetada ou não a reputação da vítima.”⁵³

O direito à identidade pessoal é aplicado diretamente da Constituição a partir do dispositivo que estabelece que a proteção integral da dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil.

A identidade pessoal, como decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana, integra o seu postulado da integridade psicofísica, uma vez que é, de certo modo, a identidade, a união dos aspectos físico e psíquico. Pode-se, analogamente, relacioná-los com o aspecto estático e dinâmico da identidade pessoal, os quais contêm a identidade física, a imagem e o nome (aspecto estático, porém não físico; sobretudo na ordem do simbólico) e o estilo individual e social como representação da identidade dinâmica, que bem retrata a integridade psíquica.

Portanto, não só é oportuno e possível, como também é necessário, no direito brasileiro, o desenvolvimento e aplicabilidade do direito à identidade pessoal, para se proteger a pessoa humana na expressão da sua identidade, e dessa

⁵³ STF, RE nº 215.984-1/RJ - 2ª T.; Rel. Min. Carlos Velloso; j. 4/6/2002; v.u. RT 802/145.

forma, conferindo efetividade ao ditame constitucional. Para tanto, se propõe a utilização da mesma lógica empreendida pelo STF ao enfrentar questões atinentes ao direito de imagem: havendo disposição constitucional expressa, e sendo esta na forma de direito fundamental de natureza existencial, deve ser eficaz imediatamente nas relações jurídicas privadas. Dessa forma, é possível tutelar situações fáticas entre particulares cujo único fundamento é a Constituição da República. Reconhecendo-se a efetividade dos princípios constitucionais e sua força normativa e, portanto, enquanto norma, o princípio da dignidade da pessoa humana é hábil a justificar a tutela e aplicação do direito à identidade pessoal nas relações entre particulares.

7

Hipóteses e critérios de ponderação em face do direito à identidade pessoal.

7.1

O problema da ponderação

Uma das questões que são postas com grande frequência no que tange à configuração de um direito à identidade pessoal, seja em sede jurisprudencial ou doutrinária, diz respeito ao problema do conflito entre esse e outros direitos, igualmente merecedores de tutela. Uma análise da jurisprudência italiana revela que nas violações ao direito à identidade pessoal, quase na totalidade das vezes, a lesão provém das atividades jornalísticas, da atividade de propaganda política e comercial, da reconstrução “criativa” de fatos verdadeiros, aos quais se imputa uma falsa representação da personalidade individual do sujeito lesado. Dessa forma, normalmente a fonte da lesão do direito à identidade pessoal consiste em uma atividade que é objeto de uma liberdade garantida constitucionalmente, como, por exemplo, a liberdade de manifestação de pensamento e a liberdade de expressão.¹

Os primeiros reconhecimentos do direito à identidade pessoal se deram na esfera judicante por ocasião de importantes apontamentos políticos ou eleitorais.

¹ Giorgio PINO, *Il diritto all'identità personale*, cit., pp. 99 e 100. (O autor refere-se, ao citar a liberdade constitucionalmente garantida, àquelas dipostas no artigo 21 da Constituição italiana).

Além disso, os casos de lesão à identidade pessoal eram provenientes dos meios de comunicação de massa, por meio da manipulação e alteração da imagem social que um indivíduo possui diante da coletividade. O direito à identidade pessoal se apresenta, portanto, como “uma delicada encruzilhada na qual convergem, em perigosa rota de colisão, duas ordens de direitos ou interesses dotados de relevância constitucional”.² Tem-se como resultado, assim, uma série de problemas nem sempre claramente percebidos ou abertamente discutidos, que podem suscitar análises de ordem constitucional, civilística e teórico-geral, como: a liberdade de manifestação do pensamento e seus limites; a tutela jurídica da identidade pessoal e seus limites; a influência da Constituição (de algumas normas constitucionais, de algumas de suas interpretações); institutos e conceitos de direito civil, como o direito subjetivo, responsabilidade civil, o dano ressarcível; o diálogo entre doutrina e jurisprudência no processo de configuração e positivação dos direitos fundamentais “não enumerados”.³

A ponderação de interesses⁴ surgiu em resposta às necessidades que se colocavam, uma vez que princípios igualmente mercedores de tutela colidiam em diversos casos concretos, pelo fato de tutelarem, cada um, direitos de partes que se contrapunham em determinada situação conflituosa. Essa era uma questão da qual o direito positivo não conseguia dar conta, uma vez que, desde a sua concepção, era fundado em um sistema de regras que regulavam situações específicas; e regras são imponderáveis: ou são aplicáveis ou não são.⁵

Diante da aplicabilidade dos princípios aos casos postos, vislumbrou-se a possibilidade de sua ponderação, em que se veria qual deve prevalecer em prejuízo do outro, levando-se em conta a relevância do bem jurídico tutelado. No

² A expressão é de Giorgio PINO, *Il diritto all'identità personale*, cit., p. 10.

³ Giorgio PINO, *Il diritto all'identità personale*, cit., pp. 10-11.

⁴ A esse respeito, veja-se: Ronald DWORKIN, *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002; Robert ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993; Jürgen HABERMAS. *Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy*. Cambridge: MIT Press, 1998, p. 255 et. seq.; Luís Roberto BARROSO. *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003; Daniel SARMENTO. *A ponderação de interesses na constituição federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002; Paulo BONAVIDES. *Curso de direito constitucional*, 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

⁵ Humberto ÁVILA discorda desse entendimento, segundo o qual as regras são imponderáveis. O autor destaca que, embora o legislador já tenha feito uma ponderação prévia na elaboração das regras, essas admite, sim, ponderação, diante de hipóteses que a elas se sobreponham como excludentes, por exemplo. (Cf. *Teoria dos Princípios*, Rio de Janeiro: Malheiros, 2004, pp. 17; 28; 82 et. seq.).

entanto, tal mecanismo muitas vezes é de difícil aplicação, dada, muitas vezes, a paridade dos interesses em conflito.

7.2 Hipóteses e critérios de ponderação

Uma questão relevante, quando se trata de ponderação de princípios, diz respeito à sua hierarquia. Ao enfrentarmos o direito à identidade pessoal com outros direitos com fundamento constitucional, é necessário que se verifique a hierarquia dos princípios contrapostos.

Esse ponto, em relação à identidade pessoal, é bastante tranquilo na jurisprudência italiana. Na fundamentação do assento constitucional desse direito normalmente faz-se referência ao art. 2 e, mais raramente, ao art. 3, 2, ambos da Constituição. Assim, embora haja pequenas divergências quanto ao artigo que o fundamenta, não mais se questiona sua proteção constitucional. Assim, serão analisadas quatro situações de conflito, aos quais serão aplicados critérios de ponderação: (i) direito à identidade pessoal vs direito de informação e (ii) direito à identidade pessoal vs direito de crítica, (iii) direito à identidade pessoal vs direito de sátira; (iv) direito à identidade pessoal vs direito de (re)elaboração artística.

É imperativo salientar que é bastante variável a preponderância dos bens da identidade, o que deverá ser considerado em cada caso concreto para efeitos da respectiva ponderação com o peso dos interesses e valores jurídicos conflitantes. Isso porque, na vida em sociedade, verifica-se a pressão de outros direitos ou interesses jurídicos protegidos, como o direito à informação pública, o direito à liberdade de expressão do pensamento crítico, exigências de polícia ou de justiça e finalidades científicas, didáticas ou culturais que, quando de valor superior, excluirão em caso de conflito a ilicitude de certas lesões à identidade.⁶

⁶ Rabindranath CAPELO DE SOUSA, *O Direito Geral de Personalidade*, cit., pp. 253-254.

7.2.1

Direito à identidade pessoal vs direito de informação

O conflito entre identidade pessoal e o direito de informação ocorre freqüentemente. Por exemplo, pode se dar quando um serviço jornalístico, expondo determinados fatos, os distorce ou manipula de modo a determinar uma alteração da personalidade dos sujeitos envolvidos nos eventos reportados. A atividade jornalística é capaz a ocasionar um dano injusto, quando se resolve em uma objetiva alteração da verdadeira opinião ou dos fatos atribuídos a uma certa pessoa.⁷

Nesse caso, o critério para se fazer o balanceamento é o da veracidade. Ele implica que a tutela pode se referir somente à identidade que resulta de opiniões e comportamentos efetivamente exteriorizados, e não, por exemplo, à estima que cada um tem de si mesmo. O critério da veracidade é considerado violado não só na hipótese de direta atribuição a outrem da paternidade de um fato originariamente não verdadeiro, mas também, por exemplo, no caso de “meias verdades”, de abordagens sugestivas e de omissão de elementos relevantes na representação da personalidade alheia (desde que essa omissão acarrete uma completa distorção da personalidade). Igualmente, na representação de fatos em si verdadeiros, mas descontextualizados e “montados” de modo a induzir o destinatário da informação a atribuir a ele um significado diverso daquele originário. A ponderação se dá entre os critérios do interesse público ao conhecimento da notícia (em relação à sua atualidade e utilidade social), e do conteúdo formal (em relação à exposição civil da notícia).⁸

É importante ressaltar que a própria noção de “verdade dos fatos”, sobre a qual se sustenta a tutela da identidade pessoal, deve ser esclarecida. A descrição incompleta ou tendenciosa é falsa não necessariamente porque o fato narrado seja imaginário, mas porque ainda que verdadeiro, venha reportado junto a ele fatos posteriores que se julgam necessários para uma representação compreensiva da dimensão humana do sujeito.⁹

A Corte de Cassação italiana já estabeleceu critérios para a ponderação desses dois interesses. Assim:

⁷ Giorgio PINO, *Il diritto all'identità personale*, cit., p. 110.

⁸ Giorgio PINO, *Il diritto all'identità personale*, cit., pp. 110 e 111.

⁹ Angelo SATURNO, “Il diritto all'identità personale”, cit., p. 720.

“Un tale bilanciamento degli opposti valori costituzionali si risolve nel riconoscimento della libera esplicabilità del diritto di cronaca e nella sua rilevanza sul diritto all'identità personale ove ricorra la triplice condizione:

a) della utilità sociale della notizia;

b) della verità dei fatti divulgati;

c) della forma civile della esposizione dei fatti e della loro valutazione, non eccedente rispetto allo scopo informativo ed improntata a serena obiettività, con esclusione di ogni preconcetto intento denigratorio”.¹⁰

Assim, para a Corte Cassazione, a existência desses três critérios de forma concomitante para que prevaleça o direito de informação. Caso a informação não seja de interesse público, ou não seja verídica, ou ainda exceda o âmbito informativo para ingressar na subjetividade do sujeito, ou contenha algum tom preconceituoso ou degradante, em qualquer uma dessas hipóteses, prevalece o direito à identidade.

Nesse sentido, exemplarmente, citam-se duas decisões jurisprudenciais italianas, uma do Tribunal de Venezia, outra da Corte de Cassação, que utilizam no deslinde da questão o escalonamento:

“TRIBUNALE DI VENEZIA, 12 OTTOBRE 1999

G.Rizzo contro il quotidiano "Il Gazzettino" e la Finanziaria Editoriale San Marco spa.

La volontaria notorietà pregressa di un soggetto che abbia deciso in passato di rendere pubblica la sua vicenda personale, nella specie il cambiamento di sesso e le sue difficoltà economiche, non rende legittima la pubblicazione di qualsiasi notizia della sua sfera privata e soprattutto di quelle che lo stesso personaggio non ha spontaneamente rivelato. Devono infatti comunque essere rispettati i canoni della verità oggettiva, della continenza e dell'interesse pubblico della notizia, unici criteri che giustificano il sacrificio dei diritti della personalità di ciascuno, costituzionalmente garantiti al pari della libertà di manifestazione del pensiero.

Interessante applicazione della disciplina sulla responsabilità del direttore di testata giornalistica nel rapporto con le redazioni provinciali e nell'organizzazione del quotidiano.” (destacou-se)

“CASSAZIONE CIVILE, SEZ.III, 25 MAGGIO 2000, N. 6877

Invernizzi srl contro R.C.S. Editori spa.

Articolo apparso su "il Corriere Della Sera" il 16 dicembre 1987 dal titolo "Formaggi che uccidono: uno è fatto in Italia". La divulgazione di una notizia lesiva dell'altrui reputazione può essere considerata lecita, se ricorrono le condizioni di verità, continenza e interesse pubblico. Il giornalista può accompagnare l'esposizione dei fatti con altre informazioni che risultino funzionali a una migliore comprensione, ma non deve omettere circostanze che completino la notizia e che possano risultare favorevoli al soggetto in questione, nella specie la casa produttrice di formaggio. Si rende altrimenti colpevole di pubblicazione di

¹⁰ Cassazione, 1984, n. 5259, *apud* Giorgio PINO, *Il diritto all'identità personale*, cit., p. 112.

notizie incomplete e non veritiere, ponendosi al di fuori del legittimo esercizio del diritto di cronaca. Sulle notizie deve inoltre essere compiuto un adeguato controllo, incisivo e puntuale."¹¹ (destacou-se)

No Brasil, o direito de informar encontra proteção constitucional, inclusive na forma de cláusula pétrea porque integrante do rol dos direitos e garantias individuais, e encontra-se disposto no art. 5º, IX: “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”.

Por outro lado, o direito à identidade pessoal, decorrente da cláusula geral dos direitos da personalidade como promoção e defesa pessoa humana, disposta no art. 1º, III da Constituição, recebe, também, proteção prioritária, pois nele se fundamenta a República.

Um exemplo prático em que ocorreu o embate desses dois valores constitucionalmente tutelados é o já mencionado¹² processo movido por Raul Fernando do Amaral Street, vulgo Doca Street em face da Rede Globo de Televisão, que pretendia recontar o caso do homicídio por ele cometido contra sua namorada, Ângela Diniz¹³, no programa televisivo da emissora, o *Linha Direta Justiça*.¹⁴ Embora o caso possa também se enquadrar no direito de reelaboração

¹¹Disponíveis em: <http://www.dirittodellainformazione.it/materiale%20di%20ricerca/temi_giurispr.htm>. Acesso em: 10 jan. 2006.

¹² Cf. item 6.2.2, *supra*.

¹³ “Evandro Lins e Silva relatou a denúncia do Ministério Público que no dia 30 de dezembro de 1976, aproximadamente às 16 horas, na residência de Ângela Maria Fernandes Diniz, na Praia dos Ossos, em Cabo Frio, Estado do Rio de Janeiro, a vítima Ângela decidiu acabar definitivamente com a ligação amorosa com Raul Fernando do Amaral Street (Doca Street), mandando-o embora de forma irrevogável, ocasião em que discutiram acaloradamente.

Raul arrumou seus pertences, colou-os no carro e afastou-se da casa, para retornar em seguida, sem nenhuma explicação. Tentou a reconciliação e, vendo-a frustrada, discutiram novamente, momento em que Ângela se afastou para o banheiro. Nessa oportunidade, Raul armou-se de uma arma automática "Bereta" e seguiu sua amásia, encontrando-a no corredor, abordando-a, ocasião em que desferiu vários tiros contra a face e o crânio de Ângela, culminando por matá-la.

O Tribunal do Júri de Cabo Frio somente veio reunir-se em 1980, para julgar Doca Street, ocasião em que Evandro Lins e Silva pronunciou memorável defesa, divulgada por todo o país, através dos meios de comunicação de massa que cobriram intensamente aquele julgamento. (...)

O conselho de sentença aceitou a tese do excesso culposo no estado de legítima defesa [da honra] e o juiz fixou a pena de dois anos de detenção ao réu, concedendo-lhe o direito ao ‘sursis’. (...)

Posteriormente, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio anulou o julgamento, mandando Raul Fernando Street a novo Júri. Neste segundo julgamento, [em 1981] do qual não participou o advogado Evandro Lins e Silva, o réu foi condenado a cumprir pena de homicídio [por 15 anos].” (Disponível em: <<http://www.portaljuridicoempresarial.com.br/granjung/grancau27.html>>. Acesso em: 20 jun. 2006).

¹⁴ Sobre o caso, se esclarece: “O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro acolheu recurso da *TV Globo* contra o pedido de indenização por danos morais de Raul Fernando do Amaral Street, conhecido como Doca Street. A decisão foi tomada nesta terça-feira (7/2) pela 5ª Câmara do TJ fluminense.

artística, por se tratar, o programa, de uma encenação dos fatos, colocou-se no direito de informar uma vez que esse é expressamente tutelado pela Constituição, e que comporta o direito de reelaboração artística, na hipótese. Como a decisão fala em direito à informação, assim optamos por também classificá-lo.

O pedido do autor da ação, em primeira instância, foi julgado procedente, inclusive com cominação de multa à parte vencida.¹⁵ Dessa decisão a emissora recorreu, conseguindo modificar a sentença¹⁶ e, assim, o programa foi veiculado.

Doca Street, que cumpriu pena de 15 anos de prisão pelo assassinato da *socialite* mineira Ângela Diniz, pediu reparação por ter sua história veiculada no programa *Linha Direta*.

Os desembargadores reformaram a sentença que condenou a emissora a pagar R\$ 250 mil por danos morais a Doca. O relator da matéria, desembargador Milton Fernandes de Sousa, entendeu que a emissora deve ter sua liberdade de expressão garantida e que o programa se limitou a contar a história de acordo com as provas documentais da época. O Tribunal aceitou o recurso da emissora por maioria de votos. O revisor, que, teve voto vencido, tinha dado parcial provimento para o recurso ao reduzir o valor da indenização para R\$ 100 mil.

Doca Street alegou que já cumpria a pena a que foi condenado e que já estava reintegrado à sociedade e por isso, a veiculação do programa sobre a sua história teria causado danos à sua imagem. (...)

O juiz de primeira instância, Pedro Freire Raguene, havia entendido que existiu abuso na produção e divulgação do programa. Raguene ressaltou ainda que o caso foi divulgado em um programa e não em uma reportagem e, por isso, não há que se falar em liberdade de imprensa.

Em 2003, o juiz Pedro Freire Raguene concedeu liminar para impedir a exibição do programa. Mas o desembargador Ferdinando Nascimento, no Agravo de Instrumento interposto pela emissora, autorizou a sua veiculação.” (Revista Consultor Jurídico, 8 de fevereiro de 2006. Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/41707,1>>. Acesso em: 15 jun. 2006).

¹⁵ “A Justiça do Rio de Janeiro condenou a TV Globo a pagar indenização de R\$ 250 mil para Raul Fernando do Amaral Street, conhecido como Doca Street. Doca Street, que cumpriu pena de 15 anos de prisão pelo assassinato da *socialite* mineira Ângela Diniz, pediu reparação por danos morais por ter sua história veiculada no programa *Linha Direta*.

Para o juiz, houve abuso na produção e divulgação do programa, já que Doca já havia cumprido pena e sido reintegrado à sociedade. “Vejo o presente fato não como exercício do direito de informação, mas sim como a realização de um programa de televisão com intuito de lucro”, disse Raguene. Doca Street ficou preso por sete anos e foi solto em 1987.

Raguene ressaltou ainda que o caso foi divulgado em um programa e não em uma reportagem e, por isso, não há que se falar em liberdade de imprensa. “O programa em questão não é, em absoluto, o que se pode chamar de informação jornalística, razão pela qual se afasta aqui qualquer discussão a respeito da ponderação de interesses no embate entre a liberdade de informar, assegurada pela Constituição, e o direito à privacidade do indivíduo, também assegurado pela Constituição.

Em sua defesa, a TV Globo alegou que o *Linha Direta* trata de casos criminais de grande repercussão, exibindo fatos públicos e históricos. Para a emissora, a divulgação do crime seria “um direito de nossos filhos de ter acesso ao passado da sociedade da qual fazem parte, para que possam compreendê-la melhor”.

O juiz, no entanto, não aceitou os argumentos da Globo. Para ele, não é porque Doca Street cometeu um homicídio no passado, com pena já cumprida, que poderão marcar para sempre sua imagem. ‘Não se aceitará o argumento de que sua condição de ex-criminoso deverá ser assacada ao sabor dos interesses comerciais de quem quer que seja, pois o sistema legal desta terra, ao prever a reabilitação, pretende a inserção ou reinserção do indivíduo na sociedade.’ Para fixar o valor da indenização, ele considerou o fato de o programa ser exibido nacionalmente.

Em 2003, o juiz Pedro Freire Raguene concedeu liminar para impedir a exibição do programa. Mas o desembargador Ferdinando Nascimento, no agravo de instrumento interposto pela emissora, autorizou a sua veiculação.

A questão fundamental que envolve esse caso e que o relaciona com o tema da identidade pessoal já foi outrora mencionada, mas cumpre ser lembrado: há na hipótese, embora não suscitado expressamente, claro embate entre o direito à identidade pessoal do autor da ação e o direito à informação da rede de televisão, embora se fale de honra e imagem. Como já explicitado, o fato de Doca Street ter cometido homicídio, matando Ângela Diniz em 1976, certamente o torna, para si mesmo, uma pessoa diferente do que se não o tivesse feito. O fato, de alguma maneira, conforma o que ele é hoje. No entanto, isso não quer dizer que, atualmente, seja aquela mesma pessoa que cometeu tal ato. Submetido a júri popular que o condenou a 15 anos de reclusão pelo crime, e tendo cumprido a pena, já pagou socialmente pelo crime que cometeu.

Essas duas visões estão presentes no acórdão que julgou o recurso da emissora para reformar a sentença que tinha vedado sua veiculação, sobretudo na declaração de voto do vogal, Des. Antonio Saldanha Palheiro, e no voto do revisor, que foi vencido, Des. Antonio Cesar Siqueira, ficando claro o embate de dois preceitos constitucionais aplicados diretamente nessa relação jurídica privada. Por esse motivo, é relevante a transcrição de passagens dos votos de ambos.

A TV Globo ainda pode recorrer da sentença.” (Revista Consultor Jurídico, 12 de agosto de 2005. Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/37050,1>>. Acesso em: 25 jun. 2006).

¹⁶ “IMPrensa. INFORMAÇÃO JORNALÍSTICA. HONRA E IMAGEM. PONDERAÇÃO DOS INTERESSES. 1- O ordenamento constitucional, consideradas a importância e as consequências dessa atividade na preservação da democracia e no desenvolvimento da sociedade, garante o direito à plena liberdade de informação jornalística e a subordina ao também direito coletivo de ser corretamente informado. 2- Nesse âmbito, o ordenamento constitucional vincula a liberdade de informação jornalística ao dever de respeito ao direito individual à honra e imagem. 3- As normas constitucionais, com a finalidade de afastar as contradições e harmonizar o sistema, interpretam-se consoante os princípios da unidade e do efeito integrador. 4- A unidade do sistema constitucional exige a ponderação dos interesses relativos ao direito à liberdade de informação jornalística e ao direito individual à honra e imagem, de modo a impedir que os comandos de ambas as normas retirem a finalidade e eficácia de quaisquer delas. 5- Nesse aspecto, a informação jornalística que apresenta fatos ou idéias, independente da contemporaneidade, e resguarda os seus sentidos originais, sem truncá-los e deturpá-los, cumpre função inerente à sua natureza, corresponde ao direito coletivo de ser corretamente informado e expressa o puro exercício de atividade constitucionalmente assegurada. 6- Nessas circunstâncias e ponderados ambos os interesses protegidos pela ordem constitucional, o puro exercício dessa atividade revela-se essencial ao seu próprio funcionamento e afigura-se incapaz de afrontar a honra e imagem individuais. 7- Nesses termos, admitir que o puro exercício dessa atividade afronte o direito individual à honra e imagem, ainda na medida da sua importância para a democracia e desenvolvimento da sociedade, retira a finalidade e eficácia da norma que assegura a liberdade de informação. 8- Nesse contexto, 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.” (Ap. Cível nº 2005.001.54774 – Rel. Des. Milton Fernandes de Souza, 5ª Câmara Cível. Julgado em: 28/03/2006).

Inicia-se com o relatório:

“Recurso de apelação tempestivamente interposto contra sentença que julgou procedente o pedido de indenização por dano moral, experimentado em razão de matéria jornalística.

A sentença adota os seguintes fundamentos: (a) não se trata de exercício do direito de informação, mas sim, de um programa de televisão com intuito de lucro; (b) a condenação imposta ao apelado foi cumprida e veio este a se reintegrar na sociedade; (c) o programa não é o que se poderia chamar de informação jornalística; (d) fatos passados podem ser classificados de muitas coisas, mas nunca de informação nova propriamente dita; (e) a conduta do apelante foi abusiva; (f) o depoimento das testemunhas demonstram a repercussão negativa; (g) há dano moral.

O apelante alega, em resumo, que: (a) o programa se limita à abordagem de fatos já públicos e históricos; (b) não divulgou fatos relacionados à vida privada do apelado; (c) é um direito de nossos filhos terem acesso ao passado da sociedade; (d) todo o programa foi focado em fatos já divulgados pela imprensa; (e) o valor do dano moral deve ser reduzido; (f) a correção monetária deve incluir a partir da decisão que fixar o valor da indenização.

O apelado, em contra-razões, prestigia a sentença”.

Passa-se então à “Declaração de voto” do Des. Antonio Saldanha Palheiro, vogal, fazendo análises pontuais quanto a temas relevantes levantados.

“(…)De início, havemos de confrontar os direitos fundamentais, elencados em diferentes incisos do mesmo capítulo constitucional, contido integralmente em seu artigo 5º, que aparentemente estariam em colidência, transferindo ao intérprete a função de aplicá-los com justiça.

De um lado, temos a livre manifestação do pensamento e liberdade de manifestação através da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença, e de outro, a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, com garantia de indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Em tal circunstância, havemos de afirmar inicialmente a premissa de equivalência dos direitos fundamentais com os próprios princípios constitucionais, em face de sua incontestável relevância na estrutura da Carta Política.

Em ocorrendo a suposta contradição de direitos fundamentais, o caminho de solução aponta inexoravelmente para o chamado processo de ponderação de bens com sacrifício mínimo dos direitos questionados, já que devemos prestigiar, também como premissa, a chamada unidade da Constituição, pela qual a interpretação do texto constitucional deve ter em conta a existência de um texto uniforme e sistemático para a proteção equidistante de todos os direitos ali tutelados.”

Claro está que, no caso em análise, reconheceu-se um conflito de normas constitucionais que deveria ser resolvido. Diante dele, se vislumbra, independente do posicionamento adotado quanto à questão específica, que se aplica a norma prevista na Constituição de forma direta na relação jurídica privada.

Prossegue:

“(...)A responsabilidade dos órgãos de divulgação pelo conteúdo das notícias que veiculam é inescusável, em face da magnitude do impacto que pode provocar na esfera individual e coletiva.

Por outro lado, *consignamos que a limitação do direito de informar, em prestígio à honra e imagem dos indivíduos, sofre uma mitigação quando se trata de pessoa ou fatos públicos, já que esta condição traz para a coletividade o legítimo interesse de conhecimento.*

Na hipótese concreta, entendemos que o caso externa *interesse social* pela própria repercussão que tomou na época do acontecido, ensejando acalorados debates nos planos jurídico, sociológico, psicológico, histórico e antropológico em diversos seguimentos da sociedade, posto que trazia à baila a velha controvérsia da tolerância da punição extrema contra a mulher contra a mulher contra qualquer ato de infidelidade, ao argumento da chamada “legítima defesa da honra”.

A retumbância que tornou o episódio famoso e com indiscutíveis contornos de interesse histórico e social decorreu das próprias circunstâncias que rodearam a perpetração, levando à conclusão de que, se por um lado não se pode imputar a ninguém a responsabilidade por tal eclosão, de outro, não se pode cogitar de que perdeu o interesse do conhecimento coletivo porque seu principal personagem já cumpriu a penalidade que lhe foi imposta.

Impossível delimitar com precisão exaustiva as causas que acarretam repercussão a fatos ou pessoas, mas *a conclusão inafastável é de que, se por qualquer razão externou interesse social e acadêmico, a sociedade passa a deter o direito de discutir e avaliar suas causas e conseqüências independente do tempo decorrido, já que inserido nos anais históricos daquela coletividade.*

Não cogitamos, sequer remotamente, de mitigar a relevante e progressista vertente de relevo dos direitos da personalidade referente à privacidade e intimidade, que devem ser protegidas a qualquer custo, como indelével garantia do cidadão de não se ver devassado em sua prerrogativa de manter o anonimato, mas tal salvaguarda *dirige-se exatamente para os que se mantêm anônimos*, não podendo infelizmente alcançar aqueles que, embora não o desejem, são alçados à condição de protagonistas de fatos notórios e conseqüentemente de interesse público.

Esta circunstância faz emergir, na ponderação de interesses, o *direito ao conhecimento, que se traduz em verdadeiro patrimônio da democracia.*

Uma das principais trincheiras da luta da liberdade contra o autoritarismo é exatamente *a luta da informação contra o esquecimento.*

Não obstante o significativo alerta do I. Revisor de que deveríamos concentrar nossa análise no caso concreto, na busca exclusiva da justiça para a questão posta em exame, não se pode afastar a relevância da deliberação judicial em casos tais como precedente, a nortear a orientação dos órgãos de comunicação e da própria conduta social, na preservação da tão aviltada segurança jurídica, que, como conseqüência da previsibilidade das decisões judiciais, desponta como norteador do comportamento social, afastando a perplexidade das pessoas do povo pelas decisões contraditórias e reforçando o crédito na justiça.

Neste sentido, reflito assustado quanto ao regozijo de todos os criminosos, aí incluídos os tiranos de qualquer matiz, ante a possibilidade de assegurar que seus atos serão varridos do julgamento da história uma vez superado o técnico e acanhado julgamento judicial.

Não podemos esquecer todos os romances, peças, filmes e seriados que retratam episódios históricos, porque assim caracterizados pelo interesse e relevância social, apontando facetas de nenhuma nobreza de seus personagens, que devem

necessariamente ser identificados e nomeados exatamente para a precisão do registro histórico social e acadêmico, que marcam a identidade de um povo.

Destaco, em passado recente, seriado que narrou parte da vida de nosso querido e festejado diplomata e escritor Euclides da Cunha, que termina seus dias como vítima de homicídio cometido pelo amante de sua mulher, amigo de escola militar de seu filho, o qual foi absolvido pelo então Tribunal do Júri da Capital da República ao fundamento de legítima defesa.

Os descendentes próximos da mulher tentaram por todos os meios inibir a exibição, sem sucesso, pois não há como suprimir da sociedade, o direito ao conhecimento de tão significativo e dramático episódio, independente do tempo decorrido.

Como referência ainda de maior destaque temos o episódio do “Governador Collor”, marcado pela prepotência, desmando e corrupção, que culminou com a decretação de *impeachment* do presidente, afastado da chefia da nação através de julgamento político do legislativo, mas absolvido pelo Superior Tribunal Federal pelas razões de natureza técnico-jurídica que os magistrados não podem se furtar de observar.

Inconcebível cogitar-se subtrair da sociedade brasileira a possibilidade de rediscutir e esmiuçar este nefasto capítulo de nossa vida política para preservação da intimidade e privacidade do ex-presidente, o qual, frise-se, não foi sequer condenado com o adimplemento integral da sanção, mas sim absolvido pela mais elevada corte do país, o que, com muito mais razão, a prevalecer o argumento da sentença, lhe acarretaria o direito de não sofrer o reavivamento de momentos tão tormentosos à sua família.

É indiscutível que a tese não prevalece, eis que o aprendizado que dali se extrai como marcar da atuação popular sobreleva o direito a intimidade e privacidade de quem quer que seja.

Infundáveis os exemplos outros que se poderia colecionar.

O cumprimento integral da sanção penal restaura evidentemente a plenitude dos direitos do apenado, mas não tem, desafortunadamente, o condão de apagar os fatos da memória popular, porque esta pertence apenas ao próprio povo, com todas as vicissitudes que tal circunstância possa acarretar ao respectivo protagonista.

Destaque-se que o episódio objeto do questionamento está narrado com detalhes em várias obras literária, algumas referidas na peça de defesa e outras que lá não estão mas são do conhecimento deste julgador, todas livremente disponibilizadas nas livrarias e bibliotecas, sem considerarmos ainda que o caso serve de referência acadêmica em diversos cursos jurídicos de todo o país.

Se o respeito ao direito a privacidade, que reverenciamos como um dos fundamentais bastiões da democracia, servir de camuflagem para ocultar da memória do povo a identidade dos criminosos e prestar-se a enterrar o lixo da história, deve ser ponderadamente mitigado em benefício do sentido pedagógico e crítico que acarretam à revolução social.

Outro argumento que a nós não sensibiliza refere o longo prazo decorrido – 30 anos, período absolutamente inexpressivo no contexto histórico, destacando-se que fatos ocorridos há 30 anos são tecnicamente tratados como história contemporânea, não se prestando a justificar o suposto esquecimento.

De outro lado, não podemos deixar de consignar que, a narrativa de situações de ressonância social que contemplam situações desabonadoras a seus personagens, deve observar três fatores de limitação intransponíveis, sob pena de, em qualquer circunstância, afetar a honra subjetiva dos envolvidos e assim ensejar reparação imaterial: primeiro, *que a descrição seja verdadeira, limitando-se a fatos comprovados, com retratação fidedigna dos registros oficiais*; segundo, *que não exerça juízo de valor, isentando-se de adjetivações e subjetivismos para, assim,*

preservar o quanto possível sua natureza histórica-jornalística, legitimando o direito de manifestação; e, terceiro, que não decline sequer indícios da atual situação dos envolvidos, de forma a minimizar a possibilidade de investidas preconceituosas e aventureiras.

No caso em exame, entendemos que estes herméticos postulados foram rigorosamente observados, afastando qualquer caráter de ilicitude da exibição, isentando, conseqüentemente, o dever de reparar.

Desta forma, ressaltando as ilustradas e técnicas ponderações do I. Revisor, ousou dele divergir, acompanhando o nobre relator para julgar em procedente o pedido.”¹⁷(destacou-se)

Assim, pela ponderação feita pelo vogal, deve prevalecer o direito à informação, em respeito à democracia e em virtude de a retratação se operar de forma fidedigna, sem atribuir ao autor atos e características que não tenha praticado ou que não tinha na época do fato. Defende-se, dessa forma, que direito à informação da mesma forma que se operou para as retratações de Euclides da Cunha e Fernando Collor de Mello, em virtude do seu interesse público e do seu caráter histórico.

Passa-se, então à análise da fundamentação do voto vencido:

“Apelação Cível nº: 2005.001.54774 - Voto Vencido

Em que pese o brilhantismo dos autores dos votos vencedores, a quem rendo minhas homenagens, ousei divergir pelos motivos que se seguem.

Em primeiro lugar, é necessário que se faça uma descrição minuciosa dos fatos, que, aliás, são incontrovertidos.

Nos idos de 1976, o autor da ação cometeu um crime que teve grave repercussão social, gerando, na época, um vasto acompanhamento jornalístico, principalmente porque o apelado veio a ser absolvido no primeiro julgamento.

Posteriormente, levado a novo júri, veio a ser condenado a pesada pena privativa de liberdade que cumpriu integralmente, sendo extinta a sua punibilidade em 1997.

Durante esses quase 30 anos decorridos do fato, o autor, uma vez recobrada a liberdade, restabeleceu sua vida, tendo constituído família, sem que qualquer outro fato desabonador de sua conduta tenha sido registrado desde então.

Também é verdade que ao saber da produção do programa pela empresa ré, o autor demonstrou seu inconformismo, tanto que chegou obter liminar vedando a exibição do programa, que posteriormente, veio a ser reformada por decisão da maioria do colegiado.

Sendo esses os fatos, a pergunta crucial à solução da demanda parece ser a seguinte: É justo, e, portanto, legal, a exibição de um programa televisivo em horário nobre, relatando os acontecimentos de quase 30 anos atrás, em evidente prejuízo da imagem, da intimidade, da vida privada e da honra do autor?

A resposta como não podia deixar de ser, não é de fácil alcance, nem permite a formulação de um juízo que possa se firmar como referência para outros casos análogos, eis que coloca frente a frente à prevalência de direitos e garantias individuais protegidos pela Constituição da República Federativa do Brasil.

¹⁷ TJRJ, Apelação Cível nº: 2005.001.54774, 5ª Câmara Cível, Des. Antonio Saldanha Palheiro – vogal.

Assim, entendo a orientação dos votos condutores no sentido de que a proteção da liberdade de informação, em uma sociedade democrática, deve ser incentivada, porém, no caso em exame parece-me que essa liberdade deve respeitar a preservação da intimidade e dignidade da pessoa humana.

De início, para embasar essas conclusões, convém lembrar que *com o cumprimento da pena surge para o apenado após cinco anos o direito à reabilitação, conforme previsto nos artigos 93 do Código Penal e 202 da Lei de Execuções Penais, sendo que após a edição desta última regra, não mais necessário se torna aguardar este prazo.*

Como efeito da reabilitação, está o sigilo dos registros criminais do reabilitado, não sendo eles mais objeto de folha de antecedente ou certidões dos cartórios, e, como ensina Mirabete, no Código Penal Interpretado, Editora Atlas, São Paulo, 1999, página 493, 'em parte este sigilo é automático, a partir do cumprimento ou extinção da pena, salvo para instruir processo pela prática de nova infração penal ou outros casos expressos em lei'

Isso quer dizer que a própria administração pública, com o cumprimento da pena, *está proibida de fazer qualquer referência* aos fatos ou mesmo aos procedimentos que levaram a condenação.

Se assim o é pergunta-se: Estaria o particular excetuado dessa regra no puro interesse privado consistente na produção de um programa que relata fatos pretéritos?

Carlos Alberto Direito em brilhante artigo publicado nas folhas 29/37 da Revista Forense, volume 363, faz importante divisão, que parece-me pertinente para exame do caso concreto.

Diz o eminente Ministro do Superior Tribunal de Justiça que há que se fazer uma diferenciação entre divulgação de fato presente e de fato pretérito. A divulgação de fato atual com interesse jornalístico em face do inegável interesse público que revela, deve respeitar um só freio, qual seja, a veracidade da divulgação. Em contrapartida, a exposição de fato pretérito, pressupõe, além deste, outro balizamento que é o de não causar prejuízo a terceiros.

Fazendo a demonstração de que essa posição foi adotada em caso análogo pela Corte Constitucional Alemã, Direito ensina que o princípio geral de não causar prejuízos a terceiros nessa hipótese deve ser privilegiado em relação à manutenção da liberdade de manifestação, em face do enfraquecimento do interesse público.

A correta lição do professor cai como uma luva no presente caso, em que quase 30 anos depois, o caso estava completamente esquecido, *não havendo fato novo que pudesse justificar toda a produção feita para levar ao ar o programa.*

Caso absolutamente diverso, podemos constatar com a recente soltura do árabe que tentou matar o Papa João Paulo II, que levou as redes de notícias, aproveitando o fato novo, a traçar um paralelo do que tinha acontecido há anos atrás.

Este processo, não tem uma linha que possa justificar a retomada do interesse jornalístico em sua divulgação. Ao contrário, exala um inegável odor de oportunidade comercial, de interesse exclusivo da empresa de televisão.

Entre a proteção da liberdade intelectual e aos demais direitos e garantias individuais, deve-se optar por estes, sempre que o interesse em obtenção de lucro passe a alinhar risco à esfera de proteção jurídica do cidadão.

É inegável que os impressionantes fatos relatados na inicial, corroborados pela prova testemunhal trazida aos autos tinham enorme potencial ofensivo ao resguardo da intimidade, vida privada, honra e imagem do autor, já que pessoas que passaram a conviver com ele a menos de 30 anos, tais como seus filhos e netos não sabiam do caso.

Constitui evidente quebra de preservação do direito a privacidade, a divulgação, por terceiros, com nítidos interesses comerciais, de fatos pretéritos, que por

razões pessoais, que só ao autor diz respeito preferiu não relatar a seus entes queridos.

A própria Constituição Federal impõe limite à própria atividade intelectual e de imprensa, ao balizar seu exercício ao “respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família”. (art. 221, IV).

A vida privada abrange não só a intimidade, mas também o direito ao segredo, pelo qual fatos de interesse pessoal não podem ser divulgados, mesmo sem interesse comercial, sem a autorização do personagem.

Por todos os ângulos que se pretenda analisar, conclui-se que a *ninguém, desrespeitando proteção de um direito elevado à categoria de garantia individual pela Constituição Federal, é dado o direito de causar injusto prejuízo a outrem.*

Nos casos em que a divulgação de fato pretérito possa causar prejuízo a outrem, a sua publicidade dependerá de autorização do possível lesado, já que, como se disse linhas acima, nem mesmo a Administração Pública é dado revelar.

O princípio de não se causar prejuízos a terceiros ainda é mais forte do que o direito de se exercer uma atividade comercial por mais nobre que esta seja.

Assim, entendi que a recorrente tinha razão apenas em parte, no que respeita ao *quantum* fixado na sentença, que adaptando aos princípios da razoabilidade, entendi dever ser minorado ao patamar de 100.000,00 (cem mil reais), mantida no mais a condenação acessória.

Por esses motivos, ousando discordar da maioria, dava parcial provimento ao recurso”.¹⁸ (destacou-se)

Chama atenção, no pronunciamento do Desembargador vencido, a utilização, durante a ponderação de interesses, do conceito de justiça para revestir aquilo que é legal. Parece, com isso, que na ponderação, em que há maior margem discricionária ou efetiva de acordo com o caso específico, cabendo, então a busca pelo justo, que, sabemos, deveria nortear também o legislador, mas não raro o que é legal é justo. A ponderação é a possibilidade de, diante de um caso concreto, ser justo.

Uma importante diferenciação feita no voto vencido merece destaque: a de fato presente e fato pretérito, para a qual se invoca o estudo de Carlos Alberto Direito. Para ele, a divulgação de fato atual só tem como balizador a necessidade de se observar a verdade, a veracidade. No tratamento de fatos pretéritos, ao contrário, o norteador é a vedação a se causar prejuízo a outro.

Diante de tal constatação parece clara a conceituação ali presente do direito à identidade pessoal: deve-se respeitar o que se é no momento em que se vai retratar os fatos. No momento presente, o ato corresponde à identidade da pessoa, e por isso o único requisito exigível é o da verdade. No momento pretérito, ao contrário, a pessoa já se transmutou no tempo, fazendo com que não seja aquele um retrato que lhe pretenda ser fiel.

¹⁸ TJRJ, Apelação Cível nº: 2005.001.54774, 5ª Câmara Cível, Des. Antonio Cesar Siqueira – revisor, voto vencido.

Há, ainda, outra distinção que deve ser observada: a de se retratar ato praticado por pessoa viva e aquele praticado por pessoa morta. Enquanto a pessoa estiver viva, é importante que se observe sua identidade e que esta seja retratada da mais adequada e correspondente maneira possível com o que se é atualmente. Quando falece, no entanto, se faz surgir o direito à verdade histórica, que é concretizado através de um panorama da vida daquela pessoa como um todo, com todos os seus atos, contradições e coerências, erros e acertos.

O que está em questão, portanto, é se uma pessoa, em virtude do direito de informação, poderá ser eternamente rotulada, podendo sempre trazer à tona, e lembrando publicamente tal ato nefasto, não importando quanto tempo passe, as sanções que lhe foram impostas e o que a pessoa se tornou passado aquele tempo.

Parece-nos que uma pessoa não pode pagar toda a sua existência por um erro ou um crime que tenha cometido. O direito à identidade pessoal impõe que a pessoa deva ser retratada como é naquele dado momento, não justificando que se lhe rotule em virtude de atos pretéritos, mesmo que por ela cometidos. Assim, verifica-se que há, no conteúdo aqui defendido do direito à identidade pessoal, um direito ao esquecimento, denominado, no ordenamento jurídico italiano, como *diritto all'oblio*, citado, inclusive, no voto vencido do caso em questão.

O direito ao esquecimento visa proteger justamente esse aspecto da efetivação identidade pessoal; faz com que se imponha a retratação da pessoa como ela é naquele momento específico, pelo seu estilo individual social, não havendo que se falar em verdade histórica.

Há que se destacar, no entanto, que isso perdura enquanto a pessoa viver, justamente para que não lhe seja deturpada a identidade daquele momento em que é retratada, considerando que é algo fluido e mutante ao longo do tempo. No entanto, a partir do momento do falecimento, pode-se então retomar os atos da vida daquela pessoa, estabelecendo-se, com a superveniência da morte, uma identidade concebida como verdade histórica, em atenção à sua memória e, eventualmente, quando for o caso, à história.

Assim, parece-nos que, no caso especificamente apreciado, deve prevalecer o direito à identidade pessoal em detrimento do direito à informação. Nesse sentido, nossa argumentação está em consonância com o exposto no voto vencido, exceto pelo fato de que nele não se menciona explicitamente que o que se tutela é justamente o direito à identidade pessoal.

7.2.2

Identidade pessoal vs direito de crítica

A liberdade de crítica tem ampla proteção, encontrando somente o limite da degradação injuriosa, e se tem afirmado que não existe opinião falsa: uma valoração quanto à verdade ou falsidade pode ser aplicada somente a uma afirmação de fato e não ao juízo crítico. O problema maior se coloca quando o (des)valor dado sobre uma pessoa se baseia em uma atribuição de fato não verdadeiro, no qual, por exemplo, uma eventual crítica se faz dentro de uma obra de fantasia, atribuindo determinados fatos a um personagem parcialmente inventado. Na jurisprudência tem prevalecido a tendência a legitimar o direito de crítica, mesmo nessa hipótese, sob a condição de que a crítica não seja sorrateiramente introduzida, fazendo as vezes daquela que é apresentada como uma exposição neutra dos fatos: é necessário que haja uma suficiente distinção entre a apresentação da notícia e o comentário a ela feito, segundo um juízo razoável. Conseqüentemente, a polêmica política, ainda que áspera, é plenamente lícita enquanto o juízo político sobre o adversário seja expressa e destacadamente parcial, desde que não se resolva em uma voluntária, evidente e objetiva alteração dos fatos. O juiz pode verificar se determinado fato atribuído ao adversário político é verdadeiro ou falso, no caso em que a atribuição daquele fato se faça a base para a formulação de um juízo, mas não pode examinar a legitimidade em si de um juízo valorativo razoavelmente genérico referido ao pensamento político do outro. Assim, o juiz poderá sancionar os juízos políticos que são lesivos aos direitos das pessoas sobre as quais são expressos, mas somente na medida em que tais juízos sejam baseados em uma alteração e manipulação dos fatos e, portanto, sobre a atribuição, ainda que indireta, de fatos inverídicos.¹⁹

Um exemplo de lesão à identidade pessoal nessa hipótese remete à decisão italiana de 1979, do Tribunal de Turim, já mencionada,²⁰ em que a questão girava em torno de panfletos confeccionados pelo Partido Comunista italiano, destinados à propaganda eleitoral. Neles se afirmava que o líder do Partido Radical italiano estava inscrito na lista de candidatos a representantes da Nova República, grupo

¹⁹ Giorgio PINO, *Il diritto all'identità personale*, cit., p. 113-114.

²⁰ V. Capítulo 4, *supra*.

político de aspiração ideológica diversa daquela defendida pelos radicais italianos. Tal fato, inverídico, não consistia em crítica ou um juízo valorativo com relação àquele político, mas se procedeu, por meio da imputação de um fato não condizente com a realidade, a uma desconfiguração da sua identidade política, prevalecendo, assim, o direito à identidade pessoal.²¹

7.2.3 Identidade pessoal vs direito de sátira

A sátira representa uma ambivalência: por um lado remete à liberdade de manifestação do pensamento (art. 5º, IV, CF), por outro, em alguns aspectos integra a liberdade de criação artística (art. 5º, IX, CF). Essa ambigüidade é refletida na doutrina, em que há entendimentos que destacam que a liberdade de sátira frequentemente retrata o inverossímil e o exagero e, portanto, não seria fonte de informação para o público. Outros, no entanto, que o enfocam como a expressão satírica (especialmente no que diz respeito à sátira política de costumes) veicula uma mensagem preciosa a ela assimilada, e portanto dotada de uma importante função social de controle difuso da opinião pública sobre quem tem o poder. Na jurisprudência se entende, em linhas gerais, que no balanceamento entre direito de sátira e os direitos da personalidade não seriam aplicáveis aqueles critérios do jornalista quanto à ponderação com o direito de informação, em especial da veracidade dos fatos (a sátira é, por sua natureza, um a deformação grotesca da realidade) e a correção da exposição. Antes, se deve verificar: a) a efetiva notoriedade do personagem objeto de sátira, e b) a coerência entre a importância pública do personagem e os fatos objetos de elaboração satírica. Auxiliam nessa investigação as posteriores variações indicadoras de ilicitude, os quais causam alterações do nome ou da imagem, a realização de insólitas aproximações imorais ou repugnantes, a atribuição de fatos ofensivos mediante a representação irônica ou tendenciosa de fatos pessoais e assim por diante²².

No entanto, no caso de a sátira estar estreitamente ligada a uma atividade informativa - como no caso das charges postas em jornais, do qual retém os argumentos e os tons -, segundo a jurisprudência essa vem atraída no sistema dos

²¹ Carlos Fernandez SESSAREGO, *Derecho a la identidad personal*, cit., pp. 63-64

²² Giorgio PINO, *Il diritto all'identità personale*, cit., pp. 114-115.

limites do direito de crônica e de crítica. Assim, se percebe que as características da sátira rendem mais provavelmente um conflito com a reputação e/ou a privacidade da pessoa atingida que com o direito à identidade pessoal. A sátira é, por sua natureza, deformação grotesca da realidade, mas se tem como ponto de partida inevitavelmente fatos verdadeiros (ou presumidamente verdadeiros), enquanto que a identidade pessoal é lesada a partir da atribuição de fatos não verdadeiros. Vislumbrando uma eventual ponderação definitiva baseada no critério da veracidade, se terminaria por suprimir qualquer forma de sátira e a possibilidade de sua existência.²³

Assim, as variações dos fatos e dos pensamentos de outrem implicam critérios subjetivos de apreciação, muito variáveis. A sátira, a comédia, e a caricatura poderão acentuar e exagerar determinados traços individuais, explicáveis por razões inerentes à própria atividade artística, sendo lícitas desde que não insultuosas.²⁴ Veja-se, assim, um julgado da Corte de Cassazione sobre o direito de sátira em contraposição ao direito à identidade pessoal:

“CASSAZIONE CIVILE, SEZ.III, 29 MAGGIO 1996, N. 4993
Craxi contro società editoriale La Repubblica e Scalfari. Contenuto diffamatorio della dignità, onorabilità e rispettabilità di Craxi in una vignetta di Forattini abbinata a un articolo, sulle pagine de "La Repubblica" del 7 febbraio 1987, relativo a finanziamenti illeciti a favore del partito socialista. Pur essendo il diritto di satira garantito in Costituzione e pur non applicandosi ad esso i criteri del legittimo esercizio del diritto di cronaca, secondo la Cassazione non può comunque essere esercitato indiscriminatamente. Anzi è soggetto ai limiti della coerenza causale tra qualità della dimensione pubblica del personaggio fatto oggetto di satira e il contenuto artistico ed espressivo sottoposto ai lettori. E' pertanto illecita la satira meramente denigratoria. Contrasti dottrinali su questo orientamento, non condiviso da chi ritiene la satira ben lontana dall'informazione e dai limiti imposti a questa.”²⁵

7.2.4 Identidade pessoal vs direito de (re)elaboração artística

Uma pessoa pública, célebre, deve suportar sacrifícios a sua privacidade que são impostos por um sério e justificado interesse da coletividade ao

²³ Giorgio PINO, *Il diritto all'identità personale*, cit., pp. 115-116.

²⁴ Rabindranath CAPELO DE SOUSA, *O Direito Geral de Personalidade*, cit., p. 253.

²⁵Disponível em: <http://www.dirittodellainformazione.it/materiale%20di%20ricerca/temi_giurispr.htm> . Acesso em: 10 jan. 2006.

conhecimento da sua vida e da sua obra. O reconhecimento público, que se manifesta de diversas formas – filmes, reportagens, fotos²⁶ - pode servir a uma melhor valoração das causas e dos elementos da sua notoriedade, do seu sucesso, e ainda da sua importância social, prevalecendo, nesse caso, a instância social sobre a individual. No entanto, caso sirva somente a alimentar o gosto pela indiscrição e pela curiosidade, com sacrifício dos sentimentos pessoais mais reservados, não sendo objeto de interesse sério e justificado, tal fato pode assumir relevância jurídica: conserva, então, pleno valor à necessidade ético-jurídica de tutelar a pessoa humana, na sua exigência fundamental de privacidade.²⁷

Essa é uma hipótese diversa daquelas até então tratadas, e diversos são os critérios de ponderação. É preciso primeiramente distinguir a hipótese da lesão resultante de uma obra declaradamente e inteiramente fictícia daquela causada por uma obra que teria um teor documentário, realístico ou de denúncia. Com algumas adaptações, essa mesma distinção, aplicável aos filmes, poderia incidir sobre as obras literárias. No primeiro caso, a jurisprudência tem entendido que a liberdade de criação do artista é absolutamente soberana, o que significa que dificilmente poder-se-á verificar lesão à esfera da personalidade (identidade pessoal ou mesmo honra, reputação, intimidade, imagem) por parte da obra. Diz-se que pretender o respeito à verdade histórica ou ao que se é, em uma obra declaradamente fictícia, é uma contradição em termos.²⁸

A segunda hipótese se coloca do lado oposto ao acima descrito e diz respeito aos filmes baseados em fatos reais, que fazem reconstrução, geralmente destinada aos programas televisivos, de fatos relativamente recentes que chamaram a atenção da opinião pública. Esses são dramatizados e muitas vezes colocam-se fatos puramente inventados para dar maior dramaticidade e coerência da narrativa. Frequentemente, nesses casos, se recorre à “máscara cênica”, isto é, à representação mais fiel possível da pessoa vivida pelo intérprete: o processo de incorporação da pessoa real pelo ator é feito atribuindo diretamente ao personagem o nome e a identidade da pessoa verdadeira, e/ou utilizando um ator

²⁶ Adriano DE CUPIS salienta que “o direito de imagem prevalece sobre o direito de autor daquele que fez o retrato. Uma vez que o sujeito é tutelado contra a publicidade da sua imagem, o direito do autor é despojado do seu conteúdo. É de notar a prevalência de um direito não-patrimonial sobre um direito patrimonial, - o que é compreensível tratando-se, como sabemos, de um direito essencial”. (*Os Direitos da Personalidade*, Campinas: Romana, 2004, p. 143).

²⁷ Adriano DE CUPIS, *Teoria e Prática del Diritto Civile*, Milano: Giuffrè, 1955, p. 58.

²⁸ Giorgio PINO, *Il diritto all'identità personale*, cit., pp. 116-117.

particularmente semelhante ao sujeito reproduzido. Esse gênero de criação artística pode evidentemente se traduzir em alteração da verdade ou mesmo da identidade pessoal da pessoa real retratada na narrativa, além de, em alguns casos, violar seu direito de imagem, à intimidade e à honra. O efeito produzido, em geral, é o de uma mistura mais ou menos equilibrada de verdade e verossimilhança, tanto que se discute em jurisprudência a equivalência dessa forma artística à crônica, enquanto crítica por imagem. Cumpre ressaltar, no entanto, que a potencialidade lesiva dessa forma de representação é bem superior à da crônica propriamente dita, pois a narrativa e a reconstrução por imagens tem efeitos evocatórios e sugestivos bem maiores que a palavra escrita ou mesmo a exposição oral de uma notícia em um jornal televisivo.²⁹

Desde 1960 a Corte de Cassação italiana fazia referência à falsa referência dos caracteres essenciais da personalidade, ao direito à verdade sobre as próprias opiniões, mas circunscrevendo o problema ao limitado âmbito da intimidade ou da verdade histórica.³⁰

O efeito da representação verossímil dos fatos retratados, verídicos e fictícios, é o de amplificar em medida exponencial em função do meio utilizado para transmitir aquela mensagem, provocando uma sobreposição na percepção do público entre identidade “real” do indivíduo e aquela forjada. Quanto a essa questão, está se consolidando na jurisprudência uma orientação rigorosa, que tende a reduzir o âmbito de operatividade lícita da funcionalização. A premissa é de que um filme documentário gera no espectador uma pretensão que não é a mesma de um filme que se disponha ao mero entretenimento. Com isso, a jurisprudência tem feito uma ponderação entre o direito à identidade pessoal e o direito de criação artística, utilizando cumulativamente o princípio da veracidade e da presença ao menos de um efeito depreciativo na reconstrução romantizada. Assim, segundo a jurisprudência, a representação artística pode ser feita contendo uma mensagem política, ou uma reflexão social, mas não pode fazer uma manipulação dos acontecimentos e fatos da pessoa retratada mediante atribuição de fatos ou características não correspondentes à verdade. A tudo, o entanto, deve

²⁹ Giorgio PINO, *Il diritto all'identità personale*, cit., pp. 117-118.

³⁰ Carlos Fernandez SESSAREGO, *Derecho a la identidad personal*, cit., p. 54.

se considerar o ulterior critério do interesse público, devendo o juiz, então, analisar casuisticamente, com base em tais apontamentos.³¹

Dá-se relevo jurídico às hipóteses nas quais são representados um autêntico e sério interesse público ao conhecimento da imagem pessoal.³²

³¹ Giorgio PINO, *Il diritto all'identità personale*, cit., pp. 117-118.

³² Adriano DE CUPIS, *Teoria e Pratica del Diritto Civile*, cit, p. 57.

8 Conclusão

O objetivo que se buscou alcançar através do presente trabalho é o esclarecimento do que seria o direito à identidade pessoal a partir do enfrentamento de questões que se entendeu relevantes a ele relacionadas. A partir disso, almejava-se defender a aplicação desse interesse existencial de criação jurisprudencial italiana no ordenamento jurídico brasileiro. Para buscar a concretização dessa meta foi necessário traçar um plano de estudo que o viabilizasse, e para que isso fosse possível era necessário estabelecer quais seriam as premissas, e então segui-las.

A primeira e mais relevante premissa – uma vez que se apresenta como ponto de partida sem o qual não seria possível perpetrar qualquer raciocínio tendente a esse sentido – foi abordada no capítulo inicial, em que se pretendeu partir da visão do direito-civil constitucional. A partir dessa perspectiva, que entende superada a dicotomia existente entre o direito público e o privado, possibilitando incidência das normas constitucionais de forma direta nas relações jurídicas entre particulares, se buscou demonstrar que tem papel central o princípio da dignidade da pessoa humana, valor fundante da República conforme disposto em seu art. 1º, III e vértice do ordenamento jurídico.

A partir do estabelecimento dessa perspectiva, era necessário então partir ao estudo da categoria da qual faz parte o direito à identidade pessoal. Chega-se assim, aos direitos da personalidade, que são objeto de discussão no segundo capítulo. Nele se pretendeu fazer um breve histórico e explicitar as principais teorias que divergem quanto à sua origem, classificação e natureza.

A partir do delineamento dessas divergências, foi defendido que, em verdade, não há que se discutir quanto à tipicidade ou atipicidade dos direitos da personalidade, ou mesmo se integram ou não a categoria dos direitos subjetivos. Considerando que o princípio constitucional da dignidade se apresenta como uma cláusula geral de tutela da pessoa humana, e constatando-se a sua vulnerabilidade, conclui-se que a personalidade humana não depende de uma forma específica para se realizar.

Enfatizou-se, assim, que, buscando a efetividade daquele dispositivo constitucional, é possível fazê-lo por meio de “uma complexidade de situações jurídicas subjetivas, que podem se apresentar (...) sob as mais diversas configurações: como poder jurídico, como direito potestativo, como interesse legítimo, pretensão, autoridade parental, faculdade ônus, estado – enfim, qualquer circunstância juridicamente relevante”.¹

Dessa forma, com fundamento a cláusula geral de tutela da personalidade, é necessário buscar a proteção da pessoa humana onde quer que ela se encontre, independentemente da maneira que se manifestar e reclamar tutela. Assim, concluiu-se que as discussões travadas entre as teorias pluralistas e monistas estariam superadas, uma vez que não há que se preocupar com números de direitos; o que se visa proteger, portanto, é a pessoa humana em sua complexidade e, a partir disso, fundamenta-se a criação de todo e qualquer direito que tenha por objetivo atender aos seus interesses existenciais e protegê-la de modo eficaz.

Estabelecidas as premissas fundamentais, o tema do direito à identidade pessoal foi abordado de forma específica no terceiro capítulo. Nele, se buscou elaborar um panorama do surgimento dessa nova situação jurídica subjetiva pela atividade da jurisprudência italiana para, em seguida, adentrar no debate doutrinário que se travou para sua delimitação, a estipulação do seu objeto e dos seus limites. Nesse ponto questões importantes foram discutidas quanto à sua autonomia e quanto à categoria de direito na qual se insere.

Partindo da sua evolução, desde os primeiros esboços, até sua concepção atual no direito italiano, defendeu-se que é direito autônomo, isto é, não depende, para se perpetrar, de qualquer vinculação a outro direito da personalidade. Sua violação e, portanto, sua tutela, pode se dar a despeito das demais situações

¹ Maria Celina BODIN DE MORAES, *Danos à Pessoa Humana*, cit., pp. 117-118.

existenciais que interessam à pessoa humana. Para tanto, foram citados exemplos de casos paradigmáticos que elucidam e confirmam esse posicionamento.

Foram dispostas, ainda – e apenas a título ilustrativo –, algumas experiências de outros países que têm em seu ordenamento jurídico a previsão da tutela do direito à identidade pessoal.

A partir da elucidação de conceitos básicos para o entendimento do que seria o direito à identidade pessoal, sua evolução e sua autonomia, se objetivou fazer, no quarto capítulo, uma maior sistematização do conceito de identidade pessoal adotado no desenvolvimento desse trabalho, abordando, nele, os aspectos estático e dinâmico que compõem a identidade pessoal.

Viu-se que integram o aspecto estático os caracteres em regra imutáveis da pessoa, como o nome, a identidade física e a imagem. Nesse ponto, é importante frisar que pontos específicos de cada um desses direitos integram a identidade estática, mas essa, no entanto, com eles não se confunde. É a junção de aspectos desses três elementos que produzem algo diverso: a identidade estática, e por isso, ao longo do capítulo, se buscou traçar os pontos em que convergem e aqueles em que divergem.

O aspecto dinâmico constitui-se como o respeito ao estilo individual e social manifestado pela pessoa em sua *vita di relazione*, compreendendo o seu complexo de experiências, crenças e manifestações. Representa o direito do indivíduo de ser si mesmo, em sua complexidade, e ser retratado como tal.

O problema da determinação do que se é foi também esmiuçado. Embora se reconheça a dificuldade de determiná-lo – uma vez que as pessoas modificam sua forma de ser, de pensar com o decorrer do tempo –, o que se abrange é justamente o que se é no momento *presente*, ou seja, no momento em que se retrata a pessoa. A partir dessa definição, pode-se então perceber que esse conceito tem estreita relação com o direito ao esquecimento.

Feitas, assim, as delimitações e os enfrentamentos teóricos pertinentes, buscou-se, no quinto capítulo, apontar a presença do direito à identidade pessoal no ordenamento jurídico brasileiro e, portanto, a oportunidade e necessidade de sua tutela. Além disso, se pretendeu determinar o conteúdo desse direito à identidade pessoal brasileiro, qual a sua justificação, e o debate existente sobre o tema no país.

Nessa trilha, defendeu-se que ele está intimamente ligado a um aspecto do direito ao nome, em relação estreita com seu valor simbólico. Para elucidá-lo, foi trabalhada a perspectiva da psicanálise, que trata com propriedade das questões implicadas no ato de nomear: as relações parentais, a produção de diferenciação e o estabelecimento da Referência fundadora – porque o sujeito de constitui através do reconhecimento do lugar do outro – a sua função humanizadora do sujeito e de introjeção da lei, a primeira, da vedação ao incesto.

Partindo desse conceito simbólico do nome como a primeira estrutura da identidade e, em alguma medida, o seu reflexo, partiu-se à análise de decisões jurisprudenciais dos tribunais do país para identificar a presença desse valor naqueles julgados. Fez-se, então, um estudo dos pleitos de mudança de nome: os considerados vexatórios; os dos transexuais; o caso da supressão de sobrenomes de família em razão do abandono, ainda que afetivo, de um dos genitores; ou mesmo do pedido de inserção de nomes de família de pessoas que exercem a função do genitor, ainda que biologicamente não sejam.

Revelou-se, assim, que os pedidos das partes e das decisões dos magistrados têm por fundamento o não só a efetivação da dignidade da pessoa humana, mas também o reconhecimento da identidade pessoal do indivíduo. Há, assim, uma preocupação que se mostrou latente quanto ao intuito de se atender ao pedido de que o nome reflita o que a pessoa é, a sua identidade pessoal.

Outro aspecto importante abordado no capítulo quinto foi a sustentação do fundamento normativo do direito à identidade pessoal. Defendeu-se que o reconhecimento e a aplicação dessa figura jurídica subjetiva se dão com fundamento no art. 1º, III da Constituição da República, com aplicação direta nas relações jurídicas privadas em razão da eficácia horizontal dos direitos fundamentais e das normas constitucionais.

A perspectiva em que tal dispositivo é percebido já foi esclarecida: é uma verdadeira cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana, que tem por objetivo protegê-la onde quer que se encontre e da maneira que se manifeste, constituindo-se como cláusula geral dos direitos da personalidade, dando a eles fundamento para que surjam e protejam a pessoa quando reclamar necessidade.

O direito à identidade pessoal encontra, dessa forma, nela o seu fundamento. Nessa medida, a aplicação direta dessa norma constitucional, a fim de se tutelar o direito à identidade pessoal nas situações jurídicas privadas é

sustentada através da análise da aplicação, pelo Supremo Tribunal Federal, do dispositivo constitucional que trata do direito à imagem.

Assim, são trazidos à baila diversos julgados em que fica evidenciada a aplicação direta da Constituição para tutelar direito individual, legitimando, assim, a defesa da defesa e aplicabilidade do direito à identidade pessoal no ordenamento jurídico brasileiro com fundamento única e exclusivamente na Constituição da República.

Reconhecidos, então, a existência e o fundamento constitucional do direito de ser si mesmo, se pretendeu, no sexto capítulo, fazer algumas considerações quanto a conflitos de interesses que podem surgir entre o direito à identidade pessoal e outras figuras jurídicas relevantes, também objeto de tutela constitucional. Para tanto, foram utilizados como parâmetros, em alguns momentos, critérios estabelecidos pela jurisprudência italiana, em razão de sua experiência, buscando-se adequá-los ao ordenamento brasileiro.

Nesse momento, foi sublinhada a diferença que se propõe entre a tutela da identidade pessoal quanto a fato presente e fato pretérito, e pessoa viva e pessoa falecida. Sublinhou-se que na tutela de fato atual, o critério balizador é a veracidade do que se é narrado ou informado. No que tange a fato pretérito, deve-se atentar primordialmente para a identidade pessoal presente daquela pessoa a quem esse ato de refere, para que seja representada como é no momento da representação, e não no momento do ato retratado. Isso pode fazer com que se prepondere a preservação da identidade pessoal.

No que diz respeito ao outro critério, quando se diz respeito à pessoa viva é imperioso atentar para o respeito à sua identidade pessoal, ao que ela é, podendo-se falar, concomitantemente de um direito ao esquecimento de atos pretéritos que não condizem mais com sua personalidade, a sua identidade naquele momento. No entanto, a partir da superveniência da sua morte, pode-se então fazer um retrospecto de todos os seus atos, com todas as suas contradições, em nome da restauração de uma “verdade histórica”.

O mais expressivo caso colhido da jurisprudência brasileira para ilustrar o presente trabalho parece ser o que comporta o conflito entre liberdade de informação e direito à identidade pessoal presente no caso Doca Street. Nele, muitos dos aspectos aqui trabalhados aparecem dispostos e discutidos, motivo

pelo qual parece imprescindível trazê-lo para ilustrar o que de todo o trabalho se concluiu.

O acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro vem decidir o litígio quanto à exibição, no programa *Linha Direta*, daquele que ficou conhecido como o “Caso Doca Street”: em 1976, Doca matou sua namorada, a *socialite* Ângela Diniz, no balneário de Búzios, após romperem o romance. O caso foi levado a célebre júri popular em 1979, tendo os jurados acolhido a tese do excesso da legítima defesa da honra, e condenando-o à pena de dois anos de reclusão, convertida em *sursis*. Levado a novo julgamento, em 1981, foi então condenado a 15 anos de reclusão, que cumpriu em regime fechado. A emissora de televisão pretendia, recentemente, recontar o caso em seu programa policial, o que foi judicialmente contraposto pelo autor do crime.

Em primeiro lugar, há, no caso, o reconhecimento do embate de dois valores constitucionais e da aplicabilidade dessas normas constitucionais em conflito diretamente naquela situação jurídica privada concreta, levada à apreciação do judiciário. Aquele ponto, e essa fundamental premissa para o desenvolvimento da tese, encontram-se explicitados na “Declaração de voto” do Des. Antonio Saldanha Palheiro, vogal, como se destacou:²

“(…)De início, havemos de confrontar os direitos fundamentais, elencados em diferentes incisos do mesmo capítulo constitucional, contido integralmente em seu artigo 5º, que aparentemente estariam em colidência, transferindo ao intérprete a função de aplicá-los com justiça.

De um lado, temos a livre manifestação do pensamento e liberdade de manifestação através da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença, e de outro, a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, com garantia de indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.”

Em tal circunstância, havemos de afirmar inicialmente a premissa de equivalência dos direitos fundamentais com os próprios princípios constitucionais, em face de sua incontestável relevância na estrutura da Carta Política.

Em ocorrendo a suposta contradição de direitos fundamentais, o caminho de solução aponta inexoravelmente para o chamado processo de ponderação de bens com sacrifício mínimo dos direitos questionados, já que devemos prestigiar, também como premissa, a chamada unidade da Constituição, pela qual q interpretação do texto constitucional deve ter em conta a existência de um texto uniforme e sistemático para a proteção equidistante de todos os direitos ali tutelados.”

Segue, fazendo a ponderação:

² Ap. Cível nº 2005.001.54774 – Rel. Des. Milton Fernandes de Souza, 5ª Câmara Cível. Julgado em: 28/03/2006.

“Por outro lado, *consignamos que a limitação do direito de informar, em prestígio à honra e imagem dos indivíduos, sofre uma mitigação quando se trata de pessoa ou fatos públicos, já que esta condição traz para a coletividade o legítimo interesse de conhecimento.*

Na hipótese concreta, entendemos que o caso externa *interesse social* pela própria repercussão que tomou na época do acontecido, ensejando acalorados debates nos planos jurídico, sociológico, psicológico, histórico e antropológico em diversos seguimentos da sociedade, posto que trazia à baila a velha controvérsia da tolerância da punição extrema contra a mulher contra a mulher contra qualquer ato de infidelidade, ao argumento da chamada “legítima defesa da honra”.

(...)

a conclusão inafastável é de que, se por qualquer razão externou interesse social e acadêmico, a sociedade passa a deter o direito de discutir e avaliar suas causas e conseqüências independente do tempo decorrido, já que inserido nos anais históricos daquela coletividade.

(...)

Esta circunstância faz emergir, na ponderação de interesses, o *direito ao conhecimento, que se traduz em verdadeiro patrimônio da democracia.*

Uma das principais trincheiras da luta da liberdade contra o autoritarismo é exatamente *a luta da informação contra o esquecimento.*”

Assim, conclui favoravelmente ao direito de informação:

“Inconcebível cogitar-se subtrair da sociedade brasileira a possibilidade de rediscutir e esmiuçar este nefasto capítulo de nossa vida política para preservação da intimidade e privacidade do ex-presidente, o qual, frise-se, não foi sequer condenado com o adimplemento integral da sanção, mas sim absolvido pela mais elevada corte do país, o que, com muito mais razão, a prevalecer o argumento da sentença, lhe acarretaria o direito de não sofrer o reavivamento de momentos tão tormentosos à sua família.

É indiscutível que a tese não prevalece, eis que o aprendizado que dali se extrai como marcar da atuação popular sobreleva o direito a intimidade e privacidade de quem quer que seja.

Infundáveis os exemplos outros que se poderia colecionar.

O cumprimento integral da sanção penal restaura evidentemente a plenitude dos direitos do apenado, mas não tem, desafortunadamente, o condão de apagar os fatos da memória popular, porque esta pertence apenas ao próprio povo, com todas as vicissitudes que tal circunstância possa acarretar ao respectivo protagonista.”

O revisor, Des. Antonio Cesar Siqueira, que ficou vencido, também iniciou com a ponderação dos dispositivos constitucionais aplicáveis, ressaltando a aplicabilidade direta das normas constitucionais, e trouxe, ainda, outros apontamentos, que merecem aqui ser revistos, iniciando-se com a ponderação de ordem pessoal que faz em relação ao autor:

“(...) Nos idos de 1976, o autor da ação cometeu um crime que teve grave repercussão social, gerando, na época, um vasto acompanhamento jornalístico, principalmente porque o apelado veio a ser absolvido no primeiro julgamento.

Posteriormente, levado a novo júri, veio a ser condenado a pesada pena privativa de liberdade que cumpriu integralmente, sendo extinta a sua punibilidade em 1997.

Durante esses quase 30 anos decorridos do fato, o autor, uma vez recobrada a liberdade, restabeleceu sua vida, tendo constituído família, sem que qualquer outro fato desabonador de sua conduta tenha sido registrado desde então.

Também é verdade que ao saber da produção do programa pela empresa ré, o autor demonstrou seu inconformismo, tanto que chegou obter liminar vedando a exibição do programa, que posteriormente, veio a ser reformada por decisão da maioria do colegiado.

Sendo esses os fatos, a pergunta crucial à solução da demanda parece ser a seguinte: É justo, e, portanto, legal, a exibição de um programa televisivo em horário nobre, relatando os acontecimentos de quase 30 anos atrás, em evidente prejuízo da imagem, da intimidade, da vida privada e da honra do autor?

A resposta como não podia deixar de ser, não é de fácil alcance, nem permite a formulação de um juízo que possa se firmar como referência para outros casos análogos, eis que coloca frente a frente a prevalência de direitos e garantias individuais protegidos pela Constituição da República Federativa do Brasil.”

Passa, então, ao deslinde da ponderação dos valores constitucionais contrapostos:

“Assim, entendo a orientação dos votos condutores no sentido de que a proteção da liberdade de informação, em uma sociedade democrática, deve ser incentivada, porém, no caso em exame parece-me que essa liberdade deve respeitar a preservação da intimidade e dignidade da pessoa humana.

De início, para embasar essas conclusões, convém lembrar que com o cumprimento da pena surge para o apenado após cinco anos o direito à reabilitação, conforme previsto nos artigos 93 do Código Penal e 202 da Lei de Execuções Penais, sendo que após a edição desta última regra, não mais necessário se torna aguardar este prazo.

Como efeito da reabilitação, está o sigilo dos registros criminais do reabilitado, não sendo eles mais objeto de folha de antecedente ou certidões dos cartórios, e, como ensina Mirabete, no Código Penal Interpretado, Editora Atlas, São Paulo, 1999, página 493, ‘em parte este sigilo é automático, a partir do cumprimento ou extinção da pena, salvo para instruir processo pela prática de nova infração penal ou outros casos expressos em lei’.”

Para reforçar seu pensamento, utiliza-se, então, de um conceito central quanto à tutela do direito à identidade pessoal aqui abordado:

“Carlos Alberto Direito em brilhante artigo publicado nas folhas 29/37 da Revista Forense, volume 363, faz importante divisão, que me parece pertinente para exame do caso concreto.

Diz o eminente Ministro do Superior Tribunal de Justiça que há que se fazer uma diferenciação entre divulgação de fato presente e de fato pretérito. A divulgação de fato atual com interesse jornalístico em face do inegável interesse público que revela, deve respeitar um só freio, qual seja, a veracidade da divulgação. Em contrapartida, a exposição de fato pretérito, pressupõe, além deste, outro balizamento que é o de não causar prejuízo a terceiros.

Fazendo a demonstração de que essa posição foi adotada em caso análogo pela Corte Constitucional Alemã, Direito ensina que o princípio geral de não causar

prejuízos a terceiros nessa hipótese deve ser privilegiado em relação à manutenção da liberdade de manifestação, em face do enfraquecimento do interesse público.

A correta lição do professor cai como uma luva no presente caso, em que quase 30 anos depois, o caso estava completamente esquecido, *não havendo fato novo que pudesse justificar toda a produção feita para levar ao ar o programa.*

Caso absolutamente diverso, podemos constatar com a recente soltura do árabe que tentou matar o Papa João Paulo II, que levou as redes de notícias, aproveitando o fato novo, a traçar um paralelo do que tinha acontecido há anos atrás.

Este processo, não tem uma linha que possa justificar a retomada do interesse jornalístico em sua divulgação. Ao contrário, exala um inegável odor de oportunidade comercial, de interesse exclusivo da empresa de televisão.

Entre a proteção da liberdade intelectual e aos demais direitos e garantias individuais, deve-se optar por estes, sempre que o interesse em obtenção de lucro passe a alinhar risco à esfera de proteção jurídica do cidadão.

(...)

A vida privada abrange não só a intimidade, mas também o direito ao segredo, pelo qual fatos de interesse pessoal não podem ser divulgados, mesmo sem interesse comercial, sem a autorização do personagem.

Por todos os ângulos que se pretenda analisar, conclui-se que a *ninguém, desrespeitando proteção de um direito elevado à categoria de garantia individual pela Constituição Federal, é dado o direito de causar injusto prejuízo a outrem.*”

Conclui, então, utilizando a distinção traçada, fazendo um verdadeiro delineamento do direito à identidade pessoal, relacionando-o, inclusive com o direito ao esquecimento.

“A vida privada abrange não só a intimidade, mas também o direito ao segredo, pelo qual fatos de interesse pessoal não podem ser divulgados, mesmo sem interesse comercial, sem a autorização do personagem.

Por todos os ângulos que se pretenda analisar, conclui-se que a *ninguém, desrespeitando proteção de um direito elevado à categoria de garantia individual pela Constituição Federal, é dado o direito de causar injusto prejuízo a outrem.*

Nos casos em que a divulgação de fato pretérito possa causar prejuízo a outrem, a sua publicidade dependerá de autorização do possível lesado, já que, como se disse linhas acima, nem mesmo a Administração Pública é dado revelar.

O princípio de não se causar prejuízos a terceiros ainda é mais forte do que o direito de se exercer uma atividade comercial por mais nobre que esta seja.”

O enfrentamento do direito ao esquecimento pelo Desembargador configura que se está diante da tutela do direito à identidade pessoal, pois é questionada a possibilidade de se suscitar fato pretérito sem motivo justo, que vem causar prejuízo a alguém, considerando que a sua identidade atual não corresponde mais àquela, daquele fato pretérito.

Além dessa, fazemos também a distinção, já mencionada, da informação atinente a pessoa falecida e pessoa viva. O direito à identidade pessoal,

configurado expresso como “o direito de ser si mesmo” sem que haja qualquer desvirtuamento de sua imagem, conduta, convicções e todos os demais aspectos que compõem da identidade do sujeito, constitui o novo direito da personalidade, assim entendido como aquele mais apto a tutelar a pessoa humana em seus inúmeros aspectos.

Entendemos que tal distinção é importante pois somente se pondera identidade presente de pessoa viva, como no caso do acórdão. Tratando-se de pessoa falecida, restaura-se o direito amplo à informação, tendo como restrição apenas o critério da veracidade, em favor da verdade histórica.

Tais diretrizes, no entanto, não são absolutas. Há que se verificar o real interesse, por exemplo, de se suscitar fato pretérito de pessoa viva. Caso se configure interesse público relevante, ele pode ser mitigado. A ponderação, no entanto, deve ser feita de acordo com o caso concreto, uma vez que o que se pretendeu, com isso, é apenas fixar critérios.

O direito à identidade pessoal, configurado expresso como “o direito de ser si mesmo” sem que haja qualquer desvirtuamento de sua imagem, conduta, convicções e todos os demais aspectos que compõem da identidade do sujeito, constitui o novo direito da personalidade, assim entendido como aquele mais apto a tutelar a pessoa humana em seus inúmeros aspectos.

Como direito a ser representado de acordo com sua verdadeira identidade, deve ser protegido e tutelado aplicando os critérios da diligência e da boa-fé. É, em outras palavras, um direito a ser reconhecido como se é, a não se ver retratado com alteração, distorção, modificação, a não ver contestado seu próprio patrimônio político, cultural, ideológico, religioso, profissional, ou o que fosse exteriorizado no ambiente social. É interesse jurídico subjetivo, integrante dos direitos da personalidade, não configurando, no entanto, exclusivamente as posições subjetivas típicas, expressamente previstas no código e nas leis especiais, mas também todos aqueles direitos ou interesses que conformam o patrimônio da pessoa humana.

Em caso de conflito entre direito à identidade pessoal e um outro, igualmente dotado de garantia constitucional, deverá ser feita, em sede jurisprudencial, uma cuidadosa ponderação, que deve levar em conta o princípio da verdade pessoal, além de outros critérios elaborados quanto à tutela da reputação. Consequentemente, a identidade pessoal pode ser juridicamente

tutelada frente a possíveis lesões provenientes do exercício da liberdade de expressão, limitadamente à luz da sua proteção externa; ou seja, aos fatos, às opiniões e às convicções que são concretamente expressas na realidade social, utilizando os critérios da ordinária diligência.³

Em apertada síntese, procurou-se, com este trabalho, demonstrar que o ordenamento jurídico civil-constitucional protege o direito à identidade pessoal, sendo, porém, necessário que a jurisprudência se dê conta disto.

³ Giorgio PINO, *Il diritto all'identità personale*, cit., pp. 123-125.

9

Bibliografia

AFFINITO, Carlo. **Del diritto all'identità personale e della personalità**. Disponível em: <http://www.illaboratorio.net/law_04.html>. Acesso em: 07 jul. 2005.

AGAZZI, Evandro. “Il significato dell'identità”. In: AA.VV., **Identità Personale: um dibattito aperto**. Napoli: Loffredo, 2001.

ALAGNA, Sergio. “Diritto alla identità personale e rissarcibilità del danno non patrimoniale”. In: **Giustizia Civile**, 1983-II-162.

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ALPA, Guido. **Un questionario sul diritto alla identità personale**. Disponível em: <http://www.radicali.it/search_view.php?id=47039&lang=&cms=>>. Acesso em: 10 jan. 2006.

ALPA, Guido; BESSONE, Mario e ZENO-ZENCOVICH, Vincenzo. “Obbligazione e contratti”. In: **Trattato di diritto privato**, Pietro RESCIGNO (org.), vol. XIV, t. VI, Torino: Utet, 1995.

ARAÚJO, Luiz Alberto David de. **A proteção constitucional da própria imagem**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. (1958). 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

AUTERI, Paolo. “Diritto alla paternità dei propri atti e identità personale”. In: AA.VV., **Il diritto alla identità personale**, Padova: Cedam, 1981.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. São Paulo: Malheiros.

BARBOZA, Heloisa Helena. “Bioética x Biodireito: Insuficiência dos conceitos jurídicos”. In: Heloisa Helena BARBOZA e Vicente de Paulo BARRETO (orgs.) *et alli*. **Temas de Biodireito e Bioética**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BARROSSO, Luís Roberto. **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BESSONE, Mario; Ferrando, G. “Persona física (diritto privato)”. In: **Enciclopedia del Diritto**. vol. XXXIII, Milano, Giuffrè, 1983.

BEVILAQUA, Clóvis. **Comentários ao Código Civil**. 7. ed. vol. I, Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1944.

BIANCA, Massimo C. **Diritto Civile I**. La norma giuridica. I soggeti. (1978). Milano: Giuffrè, 1990.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006.

BOBBIO, Norberto. **Teoria generale del diritto**. Torino: G. Giappichelli, 1993.

BODIN DE MORAES Maria Celina. “O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo”. In: Ingo Wolfgang SARLET (org.) **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. **A Caminho de um Direito Civil Constitucional**. Disponível em: http://www2.uerj.br/~direito/publicacoes/mais_artigos/a_caminho_de.html. Acesso em: 07 fev. 2006.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. “A Caminho de um Direito Civil Constitucional”. In: **Direito, Estado e Sociedade**: Revista do Departamento de Direito da PUC-Rio, n. 1. 2. ed. Rio de Janeiro: PUC-Rio, jul./dez. 1991.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. “O Princípio da Solidariedade”. In: Manoel Messias PEIXINHO, Isabella Franco GUERRA e Firly Nascimento FILHO (orgs.) **Os Princípios da Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2001.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. **A Tutela da Identidade Pessoal no Código de 2002**, *mimeo*.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Constituição e Direito Civil: Tendências**, *mimeo*.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Danos à Pessoa Humana**. Uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 8.ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade de direitos da personalidade e autonomia privada**. Rio de Janeiro: Saraiva, 2005.

CAPELO DE SOUSA, Rabindranath. **O Direito Geral de Personalidade**. Coimbra: Coimbra, 1995.

CAPIZZANO, Ezio. “La tutela del diritto al nome civile”. In: **Rivista del diritto commerciale**, I, 1962.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva** 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

Cristiano Chaves de FARIAS, **Direito Civil**. Teoria Geral. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CHOERI. Raul. “Transexualismo e identidade pessoal: cirurgia de transgenerização”. In: Heloisa Helena BARBOZA e Vicente de Paulo BARRETO (orgs.) *et alli*. **Temas de Biodireito e Bioética**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

CHOERI. Raul. **O Conceito de Identidade e a Redesignação Sexual**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

DE CUPIS, Adriano. “La verità nel diritto”. In: **Teoria e pratica del diritto civile**. Milano: Giuffrè, 1955.

DE CUPIS, Adriano. “Tutela Giuridica della Persona”. In: **Teoria e Pratica del Diritto Civile**, Milano: Giuffrè, 1955.

DE CUPIS, Adriano. **I diritti della personalità**. Milano: Giuffrè, 1982.

DE CUPIS, Adriano. **Os Direitos da Personalidade**. Tradução Antonio Celso Furtado Rezende, Campinas: Romana, 2004.

DE MARTINI, Corrado. “Il diritto alla identità personale nella sperienza operativa”. In: AA.VV., **La lesione dell’identità personale e il danno non patrimoniale**. Milano: Giuffrè, 1985.

DE MARTINI, Corrado. “Spunti e riflessioni sulla giurisprudenza in tema di diritto alla identità personale”. In: AA.VV., **Il diritto alla identità personale**. Napoli: Jovene, 1983.

DEGNI, Francesco. **Le persone fisiche e i diritti della personalità**. Torino: Utet, 1939.

DOGLIOTTI, Massimo. “Diritto alla identità e tutela della persona”. In: AA.VV., **L’informazione e i diritti della persona**. Napoli: Jovene, 1983.

DOGLIOTTI, Massimo. “Le persone fisiche”. In: **Trattato di diritto privato**, diretto da Pietro Rescigno, vol II, t. I, Torino: Utet, 1992.

DONEDA, Danilo. “Os direitos da personalidade no Código Civil”. In: Gustavo TEPEDINO (org.), **Temas de Direito Civil**, 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

DONEDA, Danilo. “Um código para a proteção de dados pessoais na Itália”. In: **Revista Trimestral de Direito Civil**, vol. 16, out.-dez. 2003, Rio de Janeiro: Padma.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FACHIN, Luiz Edson. e RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. “Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica”. In: Ingo Wolfgang SARLET (org.), **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

FALCO, G. “Identità personale”. In: **Nuovo Digesto Italiano**. vol. VI, Torino: Utet, 1938.

FALZEA, Angelo. “Il diritto alla identità personale”. In: AA.VV., **La lesione dell'identità personale e il danno non patrimoniale**. Milano, Giuffrè, 1985.

FILIPPONIO, Angiola. “Il corpo: principio d'identità. Un'introduzione”. In: F. D'AGOSTINO (coord.) **Il corpo de-formato. Nuovi percorsi dell'identità personale**. Milano: Giuffrè, 2002.

FOIS, Sergio. “Il diritto alla identità personale nel quadro dei diritti del' uomo”. In: AA.VV., **Il diritto alla identità personale**. Padova, Cedam, 1981.

FOIS, Sergio. “Questioni sul fondamento costituzionale del diritto alla identità personale”. In: AA.VV., **L' informazione e i diritti della persona**. Napoli: Jovene, 1983.

FRIGNET, Henry. **O transexualismo**. Tradução Procópio ABREU. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2002.

GAMBARO, Antonio. Falsa luce agli occhi del pubblico (False light in the public eye). In: **Rivista di diritto civile**, 1981.

GIORGIANNI, Michele. “O Direito Privado e suas atuais fronteiras”. In: **Revista dos Tribunais**, nº 747. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, 13ª Edição.

GUYOMARD, Patrick “A Ordem da Filiação”. In: Sonia Altoé (org.), **Sujeito do Direito, Sujeito do Desejo**. Rio de Janeiro, Reinventer, 1999.

HABERMAS, Jürgen. **Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy**. Cambridge: MIT Press, 1998.

JULIEN, Philippe. **As Psicoses: Um estudo sobre a paranóia comum**. Rio de Janeiro, Companhia de Freud, 1999.

JULIEN, Philippe. **Abandonarás teu pai e tua mãe**. Rio de Janeiro, Companhia de Freud, 2000.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KLABIN, Aracy Augusta Leme. “Transexualismo”. In: **Revista de Direito Civil**, v. 17, São Paulo, 1981.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do Direito Privado**. Tradução Vera Maria Jacob de Fradera, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

LOTUFO, Renan. **Código Civil Comentado: Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 2003.

MACIOCE, Francesco. **Tutela civile della persona e identità personale**. Padova: Cedam, 1984.

MARCHESIELLO, Michele. “Persona, gruppi, comunità in cerca di um diritto alla identità personale”. In: AA.VV., **Il diritto alla identità personale**. Padova: Cedam, 1981.

MESSINEO, Francesco. “Problemi dell’identità delle cose e delle persone nel diritto privato”. In: **Annali del seminario giuridico dell’Università di Catania**. vol. IV, Napoli: Jovene, 1950.

MESSINETTI, Davide. “Personalità (diritti della)”. In: **Enciclopedia del Diritto**, vol XXXIII, Milano: Giuffrè, 1983.

MORAES, Walter. “Direito à própria imagem – I”. In: **Revista dos Tribunais** n° 443 (set. 1972).

NAZAR, Teresa Palazzo. “Uma Experiência Inesquecível”. In: **Dizer**, n° 12, Rio de Janeiro, Escola Lacaniana de Psicanálise, 2000.

NEGREIROS, Teresa. “A dicotomia público-privado frente ao problema da colisão de princípios”. In: Ricardo Lobo TORRES (org.). **Teoria dos Direitos Fundamentais**, 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

NETO, Eugênio Facchini. “Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado”. In: Ingo Wolfgang Sarlet (org.) **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**, 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

PACE, Alessandro. “Il c.d. diritto alla identità personale agli artícolo 2 e 21 della Costituzione”. In: AA.VV., **Il diritto alla identità personale**. Padova, Cedam, 1981.

PANELLA, Marco. “Diritto, diritti, cronaca: Una riflessione sull’identità personale”. Disponível em:

<http://www.radicali.it/search_view.php?id=47042&lang=&cms=>. Acesso em 10 de janeiro de 2006.

PEREIRA DE SOUZA, Carlos Affonso. “Contornos atuais do direito à imagem”. In: **Revista Trimestral de Direito Civil**, vol. 13, jan.-mar. 2003.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições do Direito Civil**, vol I, Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PERES, Ana Paula Ariston Barion. **Transexualismo: O Direito a uma nova identidade sexual**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

PERLINGIERI, Pietro. **La personalità umana nell’ordinamento giuridico**. Napoli: Jovene, 1972.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. Tradução Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PLANIOL, M. **Traité élémentaire de droit civil**. I, 1, Paris, 1904.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Amaral. **Tratado de Direito Privado**. v. 7. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955.

RODOTÀ, Stefano. “Transformações do corpo”. In: **Revista Trimestral de Direito Civil**. vol. 19, jul.-set. 2004, Rio de Janeiro: Padma.

RODRIGUES, Rafael Garcia. “A pessoa e o ser humano no novo Código Civil”. In: Gustavo TEPEDINO (org.), **A parte geral do Novo Código Civil**. 2.ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ROTONDI, M. **Istituzioni di diritto privato**. Milano: Giuffrè, 1962.

ROUDINESCO, Elisabeth e PLON, Michel. **Dicionário de Psicanálise**. Rio de Janeiro, Jorge Zahar, 1997.

SAHM, Regina. **Direito à Imagem no Direito Civil Contemporâneo**. São Paulo: Atlas, 2002.

SAN TIAGO DANTAS, Francisco Clementino de. **Programa de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

SANTORO PASSARELLI, Francesco. **Dottrine generali del diritto civile**. Napoli, Jovene, 1989.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na constituição federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SESSAREGO, Carlos Fernández. **Derecho a la identidad personal**. Buenos Aires: Astrea, 1992.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2000.

SZANIAWISKI, Elimar. “Direitos da Personalidade e sua tutela”. In: **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

SZANIAWISKI, Elimar. **Limites e possibilidades do direito de redesignação do estado sexual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

TEPEDINO, Gustavo. “A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-Constitucional Brasileiro”. In: **Temas de Direito Civil**, 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TEPEDINO, Gustavo. “Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002”. In: Gustavo TEPEDINO (org.), **A parte geral do Novo Código Civil**. 2 ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

TEPEDINO, Gustavo. “Direitos Humanos e Relações Jurídicas Privadas”. In: **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TEPEDINO, Gustavo. “O Novo Código Civil: duro golpe na recente experiência constitucional brasileira”. Editorial da **Revista Trimestral de Direito Civil**. n. 7. Rio de Janeiro: Padma, jul.-set. 2001.

TEPEDINO, Gustavo. “O velho projeto de um revelho Código Civil”. In: **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TEPEDINO, Gustavo. “Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil”. In: **Temas de Direito Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TEPEDINO, Gustavo. Heloisa Helena BARBOZA e Maria Celina BODIN DE MORAES (orgs.) *et alli*. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)