

A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A TUTELA GERAL DA PERSONALIDADE: TUTELA PROMOCIONAL PARA ALÉM DA PROTETIVA E O DIREITO À PRIVACIDADE EM ÉPOCAS DE *REALITY SHOWS*

FERNANDA BORGHETTI CANTALI*

RESUMO: O presente artigo, delineado através do horizonte do Direito Civil-Constitucional e da atual dogmática do Direito Civil – conformado pelo fenômeno da repersonalização, haja vista a elevação da dignidade da pessoa humana como valor guia e princípio supremo da ordem jurídica –, busca demonstrar que os direitos da personalidade são concretamente protegidos pela cláusula geral de tutela protetiva e promoção da pessoa humana, a qual emerge da dignidade da pessoa humana. Isso porque tais direitos não merecem ser protegidos tão somente contra violações ou ameaças de violações; merecem também uma tutela promocional, por força do direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade, garantidor de uma autodeterminação pessoal para a conformação do próprio projeto espiritual. Essa dimensão de autodeterminação pessoal, calcada no livre desenvolvimento da personalidade, admite que o titular dos direitos da personalidade exerça um poder de disposição sobre bens da personalidade. Para ilustrar essa concepção de tutela promocional para além da protetiva, elegeu-se o direito a privacidade, sobre o qual são inequívocos os atos legítimos de disposição.

PALAVRAS-CHAVE: Dignidade da Pessoa Humana; Direitos da Personalidade; Autodeterminação Pessoal; Direito à Privacidade.

ABSTRACT: This article, which addresses both the horizon of the Constitutional Civil Right and the current Civil Law dogmatic - taken into effect by the phenomenon of repersonalization and considering human dignity as the guiding value and supreme principle of juridical order -, seeks to show that the personality rights are effectively protected under the general provision of promotion and protection of the human person, which emerges from human dignity. Such rights are not only to be protected against violations or violation threats; they also deserve promotional protection through the fundamental right to free personality development, guarantor of a personal self-determination in accordance with the spiritual project. This dimension of personal

Artigo recebido em 9.08.2010. Pareceres emitidos em 2.09.2010 e 22.09.2010.

Artigo aprovado para publicação em 29.09.2010.

* Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul-PUCRS. Professora Titular da Faculdade de Direito de Porto Alegre-IPA, integrante do Centro Universitário Metodista do Sul. Professora Substituta da Universidade Federal do Rio Grande do Sul-UFRGS (2008-2010). Membro pesquisador do GEDF-Grupo de Estudos em Direitos Fundamentais (CNPq), coordenado pelo Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet. Advogada da Araripe e Associados – Propriedade Intelectual.

self-determination, rooted on the free personality development, acknowledges the bearer of personality rights as having legal provision over the personality assets. To illustrate this concept of promotional protection is the right to privacy, over which the legal provision acts are unequivocal.

KEYWORDS: Human Dignity; Personality Right; Personal Self-determination; Right to Privacy.

SUMÁRIO: Introdução; 1. Direitos fundamentais e direitos da personalidade; 2. A tutela geral: o direito geral de personalidade e a cláusula de tutela geral; 3. As situações jurídicas existenciais e o direito de autodeterminação pessoal; 4. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade e o poder de disposição do titular sobre seus bens da personalidade; 5. Direito à privacidade: concepção atual; 6. *Reality Shows*: típico exemplo de ato de disposição sobre o direito à privacidade; Conclusão; Referências.

SUMMARY: Introduction; 1. Fundamental Rights and Personality Rights; 2. General Protection: general personality right and the general protection provision; 3. The existing juridical situations and the right of personal self-determination; 4. The right to free personality development and the bearer's power over personality assets; 5. Right to privacy: current concept; 6. *Reality Shows*: example of legal provision of the right to privacy; Conclusion; References.

INTRODUÇÃO

Os direitos da personalidade são os direitos atinentes à tutela da pessoa humana, direitos estes que são considerados essenciais à preservação da sua dignidade.

A partir dessa premissa, tem-se que nunca será demais qualquer estudo que se destine a tratar da relação entre a dignidade da pessoa humana e os direitos da personalidade, até porque foi em função da valorização da pessoa tão somente pelo que ela é – ser dotado de dignidade – que o interesse sobre os direitos da personalidade emergiu, revelado pela explícita preocupação atual doutrinária e jurisprudencial. Isso porque os direitos de personalidade são os direitos ligados à pessoa humana, e esta passou a ser o centro referencial do ordenamento jurídico, pelo menos, de forma inequívoca, desde a Constituição Federal de 1988, a qual trouxe como fundamento do Estado Democrático de Direito a dignidade da pessoa humana, dando privilégio aos valores existenciais em detrimento dos valores meramente patrimoniais.¹

Pode-se dizer que a dignidade da pessoa humana é o centro da personalidade e que os direitos da personalidade tutelam o núcleo essencial dessa dignidade. A ligação entre a personalidade e a dignidade é tal forma indissolúvel que muitos

¹ O reconhecimento da necessidade de privilegiar a tutela dos valores existenciais em detrimento dos valores meramente patrimoniais é resultado da transição por que passou o atual Estado de característica social e democrática, outrora de caráter liberal. Esta transformação, que instaurou uma nova ordem e determinou um repensar de todo o sistema jurídico, é objeto de inúmeros estudos que tratam, com pormenores, dos fenômenos da Publicização do Direito Privado, Constitucionalização do Direito Privado e Repersonalização do Direito. Sobre esta temática, para que não se fuja ao objetivo primordial do presente artigo, remete-se à leitura dos textos daqueles que foram os pioneiros na defesa dessa viragem metodológica no Brasil: TEPEDINO, Maria Celina Bodin de Moraes. *A caminho de um direito civil constitucional*. Revista de Direito Civil, n. 65, jul./set. 1993. pp. 21-32; FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003; TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

autores que se preocupam com a temática da proteção dos direitos da personalidade acabam se referindo diretamente à proteção da dignidade da pessoa humana.² Dessa ligação indissolúvel se afirma que a tutela geral da personalidade é extraída do princípio da dignidade da pessoa humana, o qual consiste em verdadeira cláusula de tutela geral de proteção e promoção da pessoa humana.

O objetivo primordial deste breve artigo é demonstrar que a dignidade da pessoa humana é fundamento não só para uma tutela negativa ou protetiva dos direitos da personalidade, mas também para uma tutela positiva ou promocional. A tutela geral da personalidade, extraída da dignidade da pessoa humana, possui duas dimensões: uma dimensão estática, ou seja, uma tutela negativa, a partir da qual se confere o dever de proteção e respeito a todos os bens ligados à personalidade que possam estar na base de situações jurídicas subjetivas, assim como se garante sua oponibilidade *erga omnes*³; e uma dimensão dinâmica, na qual emerge a tutela positiva ou promocional, aquela que permite o exercício cotidiano destes direitos como forma de garantir o pleno desenvolvimento da pessoa, tanto na sua esfera íntima como na sua vida de relações.

Essa tutela geral da personalidade abarca o direito geral de personalidade, bem como um direito geral de liberdade que está contido nesta dimensão dinâmica e que serve também para fundamentar o direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade. Essa tutela geral é extraída do princípio da dignidade da pessoa humana, que funciona como cláusula de tutela geral, protetiva e promocional, da pessoa e sua personalidade.

Assim, se pode afirmar, sem qualquer receio, que a dignidade, na qual subjaz a tutela da pessoa humana, é fundamento para impedir violações que possam ser direcionadas aos direitos da personalidade, não apenas na perspectiva abstencionista, mas também impondo o dever de respeito pelo Estado e demais partícipes sociais, determinando reparação se a violação se concretizar. É também fundamento para que a pessoa, no exercício de sua liberdade e autonomia, possa determinar o seu projeto de vida conforme suas convicções pessoais, o que autoriza inclusive a prática de atos restritivos a certos direitos fundamentais da personalidade. Daí afirmar-se a possibilidade de a pessoa, no exercício da autodeterminação pessoal, praticar atos de disposição sobre bens da personalidade, o que pode implicar na limitação voluntária

² CORTIANO JUNIOR, Eroulths. *Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade*. In: Luiz Edson Fachin (org.). *Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 42.

³ Este é o único significado possível que se pode empregar para a afirmação de que os direitos da personalidade são direitos absolutos: uma obrigação geral negativa ou um dever abstencionista, bem como um dever de respeito que se exige por parte do Estado, da comunidade e dos demais particulares. Com isso afasta-se possível compreensão equivocada de que seriam direitos de conteúdo absoluto, garantidos ilimitadamente, até porque não existe nenhum direito que seja absoluto em conteúdo, totalmente imune a qualquer restrição, eis que todos são relativizáveis. Não fosse assim, não teria sentido falar em colisão de direitos, preservação do núcleo essencial ou aplicação do princípio da proporcionalidade. Nesse sentido, vide: SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3.ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 118.

ao exercício de algum direito ligado à personalidade. Para ilustrar o tema teórico, um exemplo prático será tratado, o qual envolve o direito à privacidade.

1. DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITOS DA PERSONALIDADE

Muito embora se possa falar de uma preocupação do Direito com a pessoa humana desde a antiguidade, ainda que muito diferente da atual, não se pode efetivamente falar em proteção dos direitos da personalidade antes do século XX. Nesse longo período histórico, muitas foram as formulações importantes para a construção da tutela da pessoa, como por exemplo o pensamento cristão na Idade Média, o humanismo e a formulação da teoria do *ius in se ipsum*⁴ – direito sobre si mesmo – no Renascimento, além do pensamento jusnaturalista que, no curso do século XVII, afirmou a existência de direitos naturais, inalienáveis e inatos que são indissolúvelmente ligados à pessoa, o que formou a base para a consagração dos direitos fundamentais individuais no curso do século XIX.⁵

Há quem entenda que a rampa de lançamento para a formulação de um direito geral de personalidade tenha sido justamente a teoria do *ius in se ipsum*, do período renascentista⁶, mas mesmo se assim for considerado, não há dúvidas de que qualquer formulação para uma tutela geral dos direitos da personalidade ficou adormecida durante quase todo o século XIX. O adormecimento se deu por força do pensamento da Escola Histórica, que negava veementemente a existência de direitos da personalidade, bem como pelo paradigma do Positivismo Jurídico, que não negava a existência dos direitos da personalidade, embora, partindo do pressuposto de que a tutela jurídica apenas poderia ser conferida aos direitos legalmente tipificados, contestava qualquer posicionamento que advogasse pelo direito geral de personalidade, a partir do qual a tutela seria ampla, não fracionada.⁷

⁴ O *ius in se ipsum* teve defensores no século XVII, através do qual o homem teria direito de fazer de si o que melhor lhe conviesse, ressalvadas apenas as proibições expressas em lei, como suicídio, automutilação e sujeição voluntária à tortura. É de ser mencionado o trabalho de Baldassarre Gomes de Amescua na obra “*Tractatus de potestate in se ipsum*”, onde defendia a tese de que todo homem por lei da natureza e pelo direito civil, canônico ou real, tem uma *potestas in se ipsum*. AMESCUA, Baldassarre Gomes. *Tractatus de potestate in se ipsum*. Milano: 1619 *apud* DONEDA, Danilo. *Os direitos da personalidade no novo Código Civil*. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). *A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 82 e TOBENAS, José Castan. *Los Derechos de la Personalidad*. Madrid: Réus, 1952, p. 11.

⁵ Sobre a evolução histórica da proteção da pessoa e sua personalidade, desde os Gregos até o século XX, vide: SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 23-62 e CAPELO DE SOUZA, Rabindranath Valentino Aleixo. *O Direito Geral de Personalidade*. Coimbra: Coimbra, 1995, p. 27/93.

⁶ CAPELO DE SOUZA, Rabindranath Valentino Aleixo. *O Direito Geral de Personalidade*, p. 61/62.

⁷ Em concludente síntese, constatou Elimar Szaniawski que “de um lado a Escola Histórica do Direito, negando a existência de uma categoria jurídica destinada à proteção da personalidade da pessoa, qualificada como um direito subjetivo e, de outra parte, o positivismo jurídico, que mediante o expurgo de tudo o que dizia respeito aos juízos de valor e de noções metafísicas da ciência jurídica e reconhecendo como fonte única do direito aquela dada pelo Estado, contribuíram decisivamente para a estagnação da evolução da tutela da personalidade humana e do declínio do *direito geral de personalidade*. A nova ordem constituída e a sistematização fechada do direito, conduziu o *direito geral de personalidade* a passar por um estado de dormência, até meados do século XX, havendo, neste curto período, a proteção do homem contra os atentados do poder público, através da atuação dos direitos fundamentais, contidos nas declarações internacionais,

Em razão disso, a construção teórica da categoria dos direitos da personalidade é, principalmente, proveniente da doutrina germânica e francesa da segunda metade do século XIX, mas a efetiva proteção somente aconteceu na segunda metade do século XX⁸, na transição do Estado Liberal para o Estado Social e Democrático, a qual ficou marcada pelos fenômenos da publicização, constitucionalização e repersonalização do Direito Privado.⁹

Se os direitos da personalidade são os direitos ligados à tutela da pessoa humana, não há como negar que são os correspondentes privatísticos dos direitos fundamentais¹⁰, os quais são reconhecidos desde a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, que data de 1789, e foram consagrados em diversas constituições dos Estados Liberais. Todavia, não é novidade que neste período apenas se reconhecia a eficácia dos direitos fundamentais nas relações travadas entre os particulares e o Estado, a considerar, ainda, que o Direito Privado estava totalmente voltado para a proteção do patrimônio do homem burguês, não destinando qualquer preocupação para os direitos relacionados à pessoa e à sua personalidade.¹¹

e positivados nas constituições. Sob o aspecto privado, a tutela se dava a partir de alguns poucos direitos de personalidade fracionados e tipificados em lei”. SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*, p. 44.

⁸ A doutrina alemã se mostrava vacilante sobre a temática, mas alguns doutrinadores, ainda no final do século XIX, foram determinantes para que a proteção da pessoa ganhasse força, como Puchta e Carl Neuner. Estes reconheciam através dos direitos da personalidade o “direito da pessoa a ser o seu próprio fim, afirmar-se e desenvolver-se com um fim em si mesma”, na esteira do *ius in se ipsum*. NEUNER, Carl. *Wesen and Arten der Privatrechtsverhältnisse*. Kiel: Schweser'sche Buchhandlung, 1866, p. 16 – ss *apud* LEITE DE CAMPOS, Diogo. *Lições de Direitos da Personalidade*, p. 165. Tal posicionamento foi desenvolvido posteriormente por Joseph Kohler com a teoria do *Individualrecht* e Otto von Gierke que foi fundamental para o reconhecimento da categoria pelo Direito Civil, o qual, distinguindo a personalidade dos direitos da personalidade, sustentou que a primeira seria um *status* e não um direito propriamente dito e que os direitos da personalidade são os “que garantem a seu sujeito o domínio sobre o setor da própria esfera da personalidade”. Além disso, Gierke anunciava a existência de um direito geral de personalidade, o qual, ao se diferenciar dos direitos especiais da personalidade, “consiste numa reivindicação geral, garantida pelo ordenamento jurídico, de contar como pessoa”. GIERKE, Otto von. *Deutsches Privatrecht*. v. I, 1895, p. 702 e ss. *apud* LUDWIG, Marcos de Campos. *O direito ao livre desenvolvimento da personalidade na Alemanha e possibilidades de sua aplicação no Direito Privado brasileiro*. In: MARTINS-COSTA, Judith. (org.). *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 278. Afirmando que Otto Von Gierke é o responsável pela construção das premissas doutrinárias para um direito geral de personalidade, considerado como um marco unitário na referência para a livre atuação da personalidade em todas as suas direções, *vide*: PEREZ LUÑO, Antônio Henrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 6. ed. Madrid: Tecnos, 1999, p. 319.

⁹ TEPEDINO, Gustavo. *A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-constitucional Brasileiro*. In: _____. *Temas de direito civil*, p. 24.

¹⁰ Os direitos da personalidade são direitos fundamentais reconhecidos no âmbito do Direito Privado. Quanto a isso não há dúvidas, mas merece ressalva o fato de que nem todos os direitos fundamentais são direitos de personalidade. Exemplo disso são os direitos fundamentais políticos, eis que não são atinentes ao ser simplesmente enquanto pessoa. Bem assim explica: CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 396.

¹¹ Muito embora os direitos fundamentais tenham sua marca de consagração no constitucionalismo moderno do Estado Liberal de Direito e mesmo que os direitos da personalidade sejam correspectivos privatísticos dos direitos fundamentais, não se pode dizer que aqueles receberam efetiva proteção no século XIX. Somente com a superação da forte dicotomia que existia entre o Direito Público e o Privado, bem como a

Com a perspectiva de proteção integral da pessoa humana, que emerge nas Constituições da segunda metade do século XX, bem como diante do ofuscamento das fronteiras entre o Direito Público e o Direito Privado e do conseqüente entendimento da ordem jurídica como um todo, conformada pelos valores e princípios constitucionais, tornou-se imperiosa a proteção dos direitos da personalidade, ainda que por meio do exame sistemático da dignidade da pessoa humana e dos correlatos direitos fundamentais.

Esta perspectiva, para além da certeza de uma eficácia dos direitos fundamentais no Direito Privado¹², ainda que de forma flexível e gradual, não absoluta¹³, não deixa dúvidas de que o enfrentamento da temática dos direitos de personalidade exige franca confluência entre o Direito Constitucional e o Direito Privado.¹⁴

No Brasil, como já se disse, o marco da efetiva proteção dos direitos da personalidade é a Constituição Federal de 1988, que consagrou a dignidade da pessoa

partir da identificação deste com o conteúdo dos Códigos Civis, caracteristicamente patrimonialistas, voluntaristas e individualistas, o que ocorreu apenas depois do término da 2ª Guerra Mundial, na transição para um Estado Social e Democrático de Direito, é que se pode efetivamente falar em proteção efetiva dos direitos de personalidade. Assim, mesmo que os direitos de personalidade contem com construções doutrinárias que remontam à segunda metade do século XIX, somente o século XX mostrou efetiva preocupação com a sua tutela.

¹² Sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, entre os brasileiros, *vide* principalmente: SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: _____. (org.). *A constituição concretizada – Construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000 e *A influência dos direitos fundamentais no Direito Privado*: o caso brasileiro. In: MONTEIRO, Antônio Pinto; NEUNER, Jörg; SARLET, Ingo Wolfgang. (orgs.). *Direitos fundamentais e Direito Privado*: uma perspectiva de direito comparado. Coimbra: Almedina, 2007; SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004; MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 2004 e BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2006.

¹³ Ingo Sarlet defende, pioneiramente, a formulação de uma eficácia direta *prima facie* sustentando que “em princípio, podem e devem ser extraídos efeitos jurídicos diretamente das normas de direitos fundamentais também em relação aos atores privados, não resultando obstaculizada pela falta ou insuficiência de regulação legal. Que somente as circunstâncias de cada caso concreto, as peculiaridades de cada direito fundamental e do seu âmbito de proteção, as disposições legais vigentes e a observância de métodos de interpretação e solução de conflitos entre direitos fundamentais (como é o caso da proporcionalidade e da concordância prática) podem assegurar uma solução constitucionalmente adequada, resulta evidente e não está em contradição com a concepção aqui sustentada e, ainda que com alguma variação, majoritariamente defendida e praticada no Brasil. Por outro lado, ao se afirmar uma eficácia direta *prima facie* não se está a sustentar uma eficácia necessariamente forte ou mesmo absoluta, mas uma eficácia e vinculação flexível e gradual. Neste contexto e ressaltados outros argumentos que poderiam ser colacionados, convém aduzir que o próprio dever de conferir máxima eficácia e efetividade às normas de direitos fundamentais há de ser compreendido no sentido de um mandado de otimização, uma vez que a eficácia e efetividade dos direitos fundamentais de um modo geral (e não apenas na esfera das relações entre particulares) não se encontra sujeita, em princípio, a uma lógica do tipo “tudo ou nada”. SARLET, Ingo Wolfgang. *A influência dos direitos fundamentais no Direito Privado*: o caso brasileiro, p. 133. A citação foi extraída do texto publicado em 2007, mas não se pode descurar que tal posição já vem sendo sustentada desde 2000 com o texto “Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais”.

¹⁴ Hesse desde há muito sustenta esta influência recíproca entre o Direito Constitucional e o Direito Privado, afirmando que os direitos da personalidade, como forma de assegurar o livre desenvolvimento humano, exigem uma proteção jurídica tal que só os direitos fundamentais podem lhes conferir. HESSE, Konrad. *Derecho constitucional e derecho privado*. Madrid: Civitas, 1995, p. 84.

humana como fundamento da República e, assim, todos os direitos que materialmente emergem da dignidade foram tomados como fundamentais e merecedores de proteção especial.

No que toca ao Direito Privado, os direitos da personalidade, seguindo esta tendência personalista, foram expressamente previstos no Código Civil de 2002, com as previsões dos artigos 11 a 21. Na medida em que o Código Civil de 1916 não continha qualquer previsão acerca dos direitos da personalidade, merece festejo a inserção do capítulo no Código atual, já que denota um avanço. No entanto, o que se pode afirmar é que tal previsão apresenta caráter mais pedagógico¹⁵ do que propriamente inovador, haja vista que diante da cláusula geral de tutela e promoção da personalidade extraída da dignidade da pessoa humana não se pode negar que a tutela dos direitos da personalidade faz parte da cultura jurídica no Brasil, pelo menos desde a Constituição Federal de 1988, ou ainda, mais efetivamente, desde a conformação da nova cultura interpretativa, sedimentada nos princípios constitucionais, mormente aqueles tributários da dignidade da pessoa humana, quando se ultrapassa o arquétipo da Constituição como mera recomendação programática.¹⁶

Aliás, muitas críticas podem ser disparadas ao Código Civil pelo fato de referido diploma legal conter uma regulação tímica e tipificadora, apresentando incongruências quando apresenta soluções pré-moldadas inadequadas diante da tutela geral que os direitos da personalidade merecem, além do que tal ordenamento ainda está permeado pela lógica patrimonialista da “era da codificação”, dispensando basicamente proteção no que toca ao binômio dano-reparação.¹⁷ Em verdade, o Código nasceu velho¹⁸, até porque o projeto que o originou é muito anterior à Constituição de 1988.

Também por esta razão, afirma-se a importância da atualização metodológica das disposições de Direito Privado pautada nos princípios e valores constitucionais. Mais, é impossível, na contemporaneidade, que a análise dos direitos da personalidade se feche no campo do Direito Privado, ignorando a vinculação inexorável destes direitos à dignidade da pessoa humana e aos direitos fundamentais. Até porque somente através da compreensão da ordem jurídica no seu todo, baseada em uma hierarquia de valores, em que o primordial é a noção de pessoa dotada de inviolável dignidade, se pode garantir aos direitos de personalidade a amplitude que eles merecem.¹⁹

Uma visão puramente privatística, desvinculada dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana, que subjaz aos direitos da personalidade, não se sustenta.

¹⁵ Defendendo este caráter pedagógico da previsão legal: FACCHINI NETO, Eugênio. *Da responsabilidade civil no novo Código*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 152.

¹⁶ Sobre a nova cultura interpretativa, lastreada nos princípios constitucionais, *vide*, dentre muitos outros: BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2006.

¹⁷ TEPEDINO, Gustavo. *A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-constitucional Brasileiro*, p. 58.

¹⁸ FACHIN, Luiz Edson. A “reconstitucionalização” do direito civil brasileiro: lei nova e velhos problemas à luz de dez desafios. *Revista Jurídica*, a. 52, n. 324, p. 16-19, out., 2004, além da já citada obra *Teoria Crítica do Direito Civil*.

¹⁹ Esse posicionamento foi pioneiramente defendido em 1980 por: OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. *O Estado de Direito e os Direitos da Personalidade*. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 532, p. 12-23, fev. 1980, p. 228.

Daí o acerto da perspectiva de Direito Civil-constitucional, pautada na orientação de um direito repersonalizado e compreendido no seu todo, jamais setorizado, já que a pessoa exige proteção integrada em atendimento ao princípio da dignidade da pessoa humana.

2. A TUTELA GERAL: O DIREITO GERAL DE PERSONALIDADE E A CLÁUSULA DE TUTELA GERAL

O direito geral de personalidade é aquele que tem como objeto a personalidade humana em todas as suas manifestações, atuais e futuras, previsíveis e imprevisíveis. Trata-se de um direito único e esgotante, ordinário e geral, que se refere à personalidade no seu todo, englobando todos os direitos singulares que desenvolvem e concretizam a tutela geral da personalidade.

A pessoa humana dotada de dignidade e entendida como um valor unitário tem de ser protegida por um direito também unitário, o qual abrange todas as possíveis manifestações da personalidade. O ordenamento jurídico não tem como regular aprioristicamente todos os direitos existentes ou possíveis, que tenham ligação direta com a personalidade humana. Não há como traçar uma classificação legal que abarque todas as diferentes e possíveis manifestações da personalidade. É por esta razão que um direito geral se impõe, sob pena de as lacunas legislativas impedirem a plena tutela da personalidade, deixando inúmeras situações sem a devida proteção.

Hoje, praticamente, não há vozes discordantes no que toca à existência de um direito geral de personalidade, mas isso nem sempre foi assim, pois houve época em que as posições doutrinárias que concebiam os direitos de personalidade como uma pluralidade de direitos, taxativos ou não, geravam controvérsias acerca da existência do direito geral.²⁰ O que está em causa nos direitos de personalidade não é apenas a tutela de um conjunto de aspectos particulares da pessoa humana, mas sim uma tutela da personalidade humana globalmente considerada; uma tutela que seja capaz de abarcar todas as diferentes e futuras manifestações da personalidade, todas as possíveis formas de atividade ou expressão da personalidade.

Somente um direito geral de personalidade consegue dar conta da irreduzível e ilimitável complexidade humana, já que se trata de um direito aberto *sincrônica e diacronicamente*, que busca tutelar a pessoa-ser e a pessoa em devir, ou seja, em perspectiva estática e dinâmica, de realização e desenvolvimento, configurando a única forma capaz de tutelar novos bens diante das renovadas ameaças à pessoa humana, as quais somente tendem a aumentar diante dos instrumentos de alto potencial lesivo

²⁰ Apenas para esclarecer, a concepção pluralista dos direitos da personalidade apenas admite a existência de direitos especiais da personalidade. Esta concepção, também chamada de atomística, subdividia-se em duas teorias, a primeira que considerava apenas uma série fechada de direitos da personalidade, devidamente tipificados em lei; e a segunda que defendia a existência de uma série aberta de direitos, ou seja, ampliava um pouco a perspectiva, já que uma atipicidade de direitos da personalidade, ao menos, superava a taxatividade da primeira teoria. Em oposição, os civilistas mais atentos começaram um movimento de consagração de uma visão unitária dos direitos da personalidade, a partir da qual se sustentou a existência de um direito geral que se referia à personalidade no seu todo. Sobre as teorias monista e pluralistas, *vide*: PERLINGIERI, Pietro. *Perfil do Direito*. Traduzido por Maria Cristina de Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 153/154 e TEPEDINO, Gustavo. *A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-constitucional Brasileiro*, p. 44/46.

que a sociedade contemporânea tem à sua disposição, por força dos avanços tecnológicos.²¹ Isso não poderia ser diferente na medida em que os direitos da personalidade são posições jurídicas fundamentais do homem, as quais lhe são inerentes, já que os homens as têm pelo simples fato de existir, são “condições essenciais do seu ser e devir”²².

Ademais, o fato de a personalidade ser tutelada de forma geral não impede que sejam previstos na legislação alguns direitos mais importantes, mas isso não pode autorizar a ausência de tutela sobre algum aspecto da existência humana pelo simples fato de não contar com previsão específica.²³ O direito geral convive harmonicamente com alguns direitos que por sua importância recebem positividade típica. Estes, chamados de direitos especiais da personalidade²⁴, juntamente com o direito geral de personalidade, devem ser operacionalizados em conjunto, até porque estão abarcados pela cláusula de tutela geral da personalidade.

A tutela geral da personalidade tem como objetivo salvaguardar a pessoa humana em qualquer circunstância, tanto mediante os especiais direitos da personalidade consagrados pela legislação constitucional e infraconstitucional, como também diante de qualquer situação que não atenda à realização da personalidade, eis que o projeto constitucional em vigor, de valorização e proteção da dignidade da pessoa humana, não se coaduna com a tipificação de situações previamente determinadas pelo fato de que não há como exaurir as possibilidades oferecidas pela realidade no seu contexto social²⁵, além da importante e paradigmática mudança na teoria das fontes jurídicas (regras e princípios) e da teoria da interpretação, arraigada na concretização das normas constitucionais em sua plena e inacabada realização jurisdicional cotidiana.

A personalidade humana não poderia ser tutelada apenas através de direitos subjetivos típicos, eis que a personalidade é um valor, não só um valor, como o valor fundamental do ordenamento, devendo ser tutelada nas mais variadas situações em que o homem possa se encontrar.

Essa concepção de que a personalidade é também valor tem relação direta com a indissolúvel ligação entre a personalidade e a dignidade. A valorização da pessoa humana, imposta pela consagração do princípio da dignidade da pessoa humana, provocou um alargamento do conceito de personalidade, passando esta a ser entendida em uma dupla perspectiva: além de significar a possibilidade de ser sujeito de direito, idéia esta que está ligada ao conceito de capacidade²⁶, deve também ser compreendida

²¹ Os termos “sincrônica e diacronicamente” foram grifados porque a expressão é de: PINTO, Paulo Mota. *O direito ao livre desenvolvimento da personalidade*. In: Portugal-Brasil Ano 2000, Coimbra Editora, 1999, p. 68.

²² A expressão é de MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, t. IV., p. 55.

²³ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*, p. 156.

²⁴ SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*, p. 127/128.

²⁵ TEPEDINO, Gustavo. *A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-constitucional Brasileiro*, p. 48/49.

²⁶ Personalidade e capacidade são conceitos conexos e que se interpenetram, mas não podem ser concebidos como sinônimos, já que a capacidade é uma perspectiva de entendimento rigorosamente técnico-jurídica, é a medida jurídica da personalidade, atribuída pelo ordenamento para realização do valor personalidade. Sobre isso, dentre outros: CAPELO DE SOUZA, Rabindranath Valentino Aleixo. *O Direito Geral de Personalidade*,

como valor que emana da própria pessoa, valor inerente à condição humana, sendo que o vínculo que existe entre a personalidade e a pessoa é orgânico.²⁷ Assim, se a personalidade deve ser considerada como uma expressão da própria pessoa, está ela inexoravelmente ligada à dignidade e, portanto, é também valor.

Em formulação clássica sobre direitos da personalidade já se dizia que a personalidade geralmente é definida como sendo a suscetibilidade de ser titular de direitos; todavia, deve também ser compreendida como condição para esta suscetibilidade, ou seja, além de pressuposto é também fundamento, sem o qual tais direitos sequer subsistiriam.²⁸

Em síntese, pode-se dizer que a tutela da personalidade é dotada de uma elasticidade que significa abrangência não só das hipóteses previstas em lei, como também das não previstas, bem como significa intensidade ou vetor interpretativo a ponto de ressignificar concretamente as diretrizes constitucionais no tocante à aplicação judicial em que se chocam as normas jurídicas disciplinadoras de parciais ou totais situações atinentes à personalidade e à dignidade da pessoa humana, no sentido de preservação total e irrestrita da dignidade e da personalidade humana, eis que valores máximos do ordenamento.²⁹

Neste panorama de garantia dos valores essenciais do ser humano não se pode pensar que o ordenamento positivo possa, sem violar seu próprio fundamento, lesar a dignidade da pessoa humana.³⁰ Assim, reconhecendo-se a plena vinculação de todo o ordenamento jurídico ao valor máximo que é a própria pessoa, não há como negar a existência de um direito geral de personalidade, ainda que não seja explicitamente consagrado. Não se podem restringir os direitos da personalidade ao tímido elenco de direitos especiais consagrados expressamente na legislação civil, tampouco apenas aos direitos fundamentais consagrados expressamente, até porque a cláusula geral de proteção da personalidade, constante da Constituição, impõe a tutela de hipóteses ainda que não expressamente previstas.

É por esta razão que, no Brasil, a tutela geral da personalidade é extraída do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF/88), no entanto também se expressa através da cláusula de abertura material do sistema de direitos fundamentais (art. 5º, § 2º, CF/88), o que possibilita a fundamentação de diversos outros direitos de personalidade não expressamente previstos que venham a reclamar tutela, bem como através do reconhecimento inexorável da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. Esse entendimento, inclusive, faz-se necessário para a superação da exegese estrita do Código Civil que, além de trazer inúmeras incongruências³¹,

p. 106/107 e AMARAL, Francisco. *Direito Civil*: introdução. 6. ed. rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 218/219.

²⁷ Formulação pioneira de que a personalidade não pode ser reduzida à mera capacidade, porque que significa mais: reflete um valor inerente ao ser é de PERLINGIERI, Pietro. *La Personalità Umana nell' Ordinamento Giuridico*. [s.l.]: Iovene, [s.d.], p. 137/142 e *Perfis de Direito Civil*, 2002, p. 109.

²⁸ CUPIS, Adriano de. *I diritti della personalità*. Milano: Giuffrè, 1950, p. 15/16.

²⁹ PERLINGIERI, Pietro. *La personalità umana nell' ordinamento giuridico*, p. 185/186.

³⁰ PERLINGIERI, Pietro. *La personalità umana nell' ordinamento giuridico*, p. 61.

³¹ Uma incongruência é a forma como o legislador consagrou o direito à privacidade, o que será objeto de análise neste artigo. Também traz algumas dificuldades a proibição genérica e abstrata que o Código trouxe

não faz menção à tutela geral da personalidade, referindo-se desde logo aos direitos de personalidade especialmente regulados (art. 11 a 21, CC/02).³²

O importante é, portanto, fixar a concepção de que os direitos de personalidade especiais consagrados expressamente na legislação civil, além dos direitos fundamentais individuais expressos na Constituição, bem como outros consagrados em leis esparsas, devem ser entendidos e operacionalizados em conjunto com o direito geral de personalidade, cuja expressão está na cláusula de tutela geral da pessoa humana extraída do princípio da dignidade humana. Isso porque não há dúvidas de que a personalidade “está na base de uma série aberta de situações existenciais, nas quais se traduz a sua incessante mutável exigência de tutela”.³³ Só o direito geral de personalidade e uma cláusula de tutela geral são capazes de dar conta das inúmeras situações jurídicas que podem se apresentar.

3. AS SITUAÇÕES JURÍDICAS EXISTENCIAIS E O DIREITO DE AUTODETERMINAÇÃO PESSOAL

A perspectiva ampliada da personalidade – entendida também enquanto valor -, aliada à releitura do instituto do direito subjetivo no sentido de ampliar sua aplicação para além dos direitos patrimoniais³⁴, permitiu o afastamento de qualquer objeção acerca da afirmação de que os direitos da personalidade são direitos subjetivos extrapatrimoniais que têm como objeto os bens e valores essenciais da pessoa, ou seja, são direitos vinculados à idéia de proteção da pessoa naquilo que lhe é mais íntimo, proteção da pessoa enquanto ser, simplesmente. Em outras palavras, os direitos subjetivos que não tenham objeto exclusivamente econômico, mas sim bens ligados essencialmente à pessoa, são direitos de personalidade.

Mas não é só isso. Justamente porque a personalidade constitui também um valor é que a tutela deve ser a mais ampla possível. Portanto, outras formas de proteção da

quanto às limitações voluntárias aos direitos da personalidade, determinando que somente as autorizadas por lei são legítimas o que, se assim entendido, nega a própria dignidade humana, ao suprimir da pessoa o direito de autodeterminar a condução de sua vida, violando a liberdade e a autonomia que são direitos fundamentais.

³² Veja-se, por exemplo, a diferença entre o Direito Civil Brasileiro e o Português. O Código Civil Português abre o regime dos direitos da personalidade através da previsão de uma tutela geral da personalidade: art. 70º (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.

³³ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*, p. 156.

³⁴ Os negativistas da Escola Histórica justamente negavam tutela aos direitos da personalidade fundamentando sua posição na inadequação dos institutos da civilística clássica. Para a afirmação da necessária tutela foi, inicialmente, necessária a releitura da categoria do direito subjetivo, para assim reconhecer os direitos da personalidade como tais, eis que tal categoria jurídica foi elaborada para a tutela do patrimônio. Foi imperioso deixar para trás a concepção de que o objeto do direito subjetivo deveria ser bem com expressão monetária e externo ao sujeito para permitir a compreensão de que o bem objeto do direito pode ser um bem da personalidade, ou seja, um bem extrapatrimonial ligado organicamente à pessoa, ou seja, não externo ao sujeito, como a vida, a honra, a privacidade, a liberdade, etc. Análise detalhada sobre as teorias negativistas, com síntese do pensamento dos autores, está condita em: SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*, p. 71/87. Mais sinteticamente, vide: TEPEDINO, Gustavo. *A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-constitucional Brasileiro*, p. 25/26.

pessoa também devem ser reconhecidas, já que não se trata necessariamente de uma tutela através de direitos subjetivos. Daí o reconhecimento de que os direitos de personalidade estão na base de uma infinidade de situações jurídicas existenciais.

As situações subjetivas, entendidas como a posição do indivíduo frente ao direito, com a conseqüente atribuição de capacidade de ação, podem se exprimir através de várias formas, sendo que uma dessas formas é o direito subjetivo. Assim, não se pode falar apenas em direitos subjetivos da personalidade, já que a personalidade humana se realiza através de uma complexidade de situações que podem se apresentar de diversas formas: como um poder jurídico, como direito potestativo, como interesse legítimo, como faculdade, como ônus, ou seja, em qualquer circunstância jurídica que se afigure relevante.³⁵

A personalidade não é um direito, é um valor, o valor fundamental do ordenamento que está na base de uma série aberta, porque mutável, de situações existenciais que reclamam tutela.³⁶ A realização da personalidade extrapola a noção de direito subjetivo, relevando-se também na pluralidade de situações jurídicas existenciais³⁷ merecedoras de tutela.

Assim, se os direitos da personalidade também se exprimem como poderes e faculdades, para além de uma tutela negativa dos direitos da personalidade, de ser também garantida a tutela positiva dos direitos, uma tutela do exercício cotidiano destes direitos.

Quando se afirmou que o direito geral de personalidade busca tutelar também a pessoa em devir, se estava falando da pessoa em desenvolvimento, o que implica necessariamente na garantia de que a pessoa possa se desenvolver livremente, autonomamente, tomando suas decisões e conformando seu projeto de vida. A tutela positiva garante o poder de autodeterminação pessoal, o qual nada mais é do que uma das dimensões da própria dignidade.

A construção científica acerca da dignidade da pessoa humana é de tal sofisticação que se fala hoje nas suas diferentes dimensões. Ingo Sarlet explicita estas múltiplas dimensões da dignidade afirmando a existência de uma dimensão ontológica, uma

³⁵ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de Direito Civil*, p. 155. Entre nós: MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 118.

³⁶ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de Direito Civil*, p. 157/158.

³⁷ Na modernidade, somente as situações subjetivas patrimoniais eram merecedoras de tutela, mas adquirindo relevância o interesse existencial, passando-se a caracterizar a situação subjetiva a partir da posição do indivíduo frente ao direito, tornou-se fundamental a proteção à personalidade humana. A partir da valorização dos interesses existenciais, pode-se concluir que o que caracteriza a situação subjetiva como existencial ou patrimonial é o interesse que constitui seu núcleo. Logo, reconhece-se que as situações subjetivas podem portar vinculação com a existência, exigindo especial proteção à personalidade do sujeito, ou constituírem-se em situação meramente patrimonial, quando o interesse que constitui seu núcleo tem apenas relevância econômica. Importa destacar que o interesse final de qualquer proteção do direito é o homem, fato que desautoriza qualquer vinculação extremada a determinada caracterização. Entretanto, ainda assim se podem identificar as situações subjetivas conforme mencionado, uma vez que cada situação concreta expressará maior relevância na proteção existencial ou patrimonial. Sobre as situações jurídicas, existenciais e patrimoniais, *vide*: PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de Direito Civil*, 89/242. Mais brevemente, *vide*: CORTIANO JUNIOR, Eroulth. *Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade*, p. 33/4.

dimensão comunitária, uma dimensão histórico-cultural³⁸, bem como uma dupla dimensão: negativa e prestacional.

Esta dupla dimensão implica na manifestação simultânea da dignidade como a expressão da autonomia da pessoa, ou seja, o direito de autodeterminação que cada um tem para tomar decisões que digam com a sua própria existência, bem como a necessidade de o Estado prestar assistência e protegê-la. Ou seja, trata-se da própria dignidade garantindo o exercício da autonomia privada e impondo dever de proteção e de assistência, principalmente quando a capacidade de autodeterminação encontra-se restringida, situação em que, mesmo assim, resta o direito de ser tratado com dignidade.³⁹

4. O DIREITO AO LIVRE DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE E O PODER DE DISPOSIÇÃO DO TITULAR SOBRE SEUS BENS DA PERSONALIDADE

Partindo das premissas de que a tutela da personalidade deve ser a mais ampla possível e de que a dignidade da pessoa humana, fundamento dessa tutela geral, se expressa numa dimensão protetiva, mas também em uma dimensão prestacional, que garante o trânsito da autonomia privada nas situações jurídicas existenciais, ou seja, garante à pessoa a tomada de decisões a respeito de sua própria existência, o que denota respeito à própria condição humana, não há como negar que os direitos de personalidade estão garantidos para além da tutela negativa, ligada à esfera ressarcitória em caso de lesão e à preventiva em caso de ameaça de lesão, já que, exprimidos através de poderes ou faculdades, devem ser tutelados positivamente. A tutela positiva é aquela que garante o exercício cotidiano destes direitos⁴⁰ e é nesse exercício que se verifica a possibilidade de o titular dispor dos seus direitos fundamentais da personalidade.

Portanto, a plena realização de um direito fundamental da personalidade inclui a possibilidade do titular dele dispor, mesmo que este ato importe em restrição do direito, já que tal restrição é a expressão do direito de autodeterminação pessoal, o qual, além de ser fundamental para o livre desenvolvimento da personalidade, é uma das dimensões da própria dignidade humana.

³⁸ A dimensão ontológica que, seguindo a doutrina clássica, entende a dignidade como algo inerente a qualquer pessoa, ligada à condição humana. A dimensão comunitária ou social leva em consideração a dignidade de cada uma e de todas as pessoas, já que todas as pessoas são iguais em dignidade e direitos. Tal dimensão atende à inerente intersubjetividade que marca todas as relações humanas. A dimensão histórico-cultural também é inequívoca, eis que um conceito aberto e vago como o de dignidade da pessoa humana está em permanente processo de construção e desenvolvimento, inclusive para atender às necessidades sociais. SARLET, Ingo Wolfgang. *As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível*. In: _____. (org.). *Dimensões da Dignidade: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 18/30.

³⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível*, p. 30/33.

⁴⁰ Jorge Miranda afirma que a atribuição de direitos fundamentais envolve a correspondente atribuição de capacidade para o exercício. Para o autor, não faz sentido separar a capacidade de gozo da de exercício, porque os direitos fundamentais são estabelecidos em face de certas qualidades prefixadas pelas normas constitucionais e, portanto, atribuídos a todos que as possuem. Conclui dizendo que nos direitos fundamentais o gozo dos direitos consiste na capacidade de exercício. MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, p. 195.

O poder de disposição é o pressuposto para a renúncia e para a limitação.⁴¹ Se é possível dispor, é possível limitar o exercício ou até renunciar ao direito em si;⁴² desde que a restrição seja voluntária, o que se externa através do consentimento livre e esclarecido do titular, e que a possibilidade se legitime diante das circunstâncias do caso concreto. A decisão voluntária é elemento essencial do ato dispositivo e, por isso, se pode afirmar que qualquer ato de disposição que recaia sobre um direito fundamental da personalidade tem como pressuposto o consentimento, livre e voluntário, do titular do direito.⁴³

Muito embora a legislação civil brasileira, acompanhada de boa parte da doutrina tradicional, afirme a indisponibilidade dos direitos da personalidade, afirmando a impossibilidade da renúncia, bem como da limitação voluntária ao exercício, salvo nos casos expressamente autorizados por lei, a dimensão de autodeterminação pessoal extraída da dignidade da pessoa humana, aliada aos inúmeros exemplos fáticos que importam em atos de disposição, como cessão de imagem para publicidade, atos de disposição sobre o próprio corpo, como cirurgias de transgenitalização, ou diários

⁴¹ O poder de disposição pode até ter sido concebido tradicionalmente como uma faculdade ligada às situações jurídicas patrimoniais. No entanto, o poder de disposição é fundamental para o exercício de qualquer situação jurídica, aí incluídas as situações jurídicas existenciais. Portanto, não é um poder exclusivo do proprietário, da categoria do ter, faz também parte da categoria do ser, onde a pessoa é o centro de interesse independentemente de seu patrimônio. O proprietário tem, conforme o artigo 1228 do Código Civil, a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa. Dentre estas faculdades, diz-se que o poder de disposição é a principal delas, já que na situação jurídica patrimonial, as quais são suscetíveis de avaliação econômica, é possível dispor, o que se traduz na possibilidade de alienação, transmissão e renúncia. Nessa lógica, as situações jurídicas existenciais, que envolvem interesses extrapatrimoniais, seriam, em regra, inalienáveis, intransmissíveis e irrenunciáveis e, portanto, o titular do direito careceria do poder de disposição. No entanto, nada pode ser tomado como absoluto, já que uma das feições essenciais do direito contemporâneo é a relatividade. Assim como há propriedade garantida com cláusula de inalienabilidade e obrigações *intuitu personae*, incindíveis de seu titular, não sendo possível a sua transmissibilidade, há situações jurídicas existenciais que admitem disponibilidade, como ocorre com os negócios jurídicos que envolvem a utilização da imagem ou da privacidade de alguém, as cirurgias de transgenitalização e os transplantes de órgãos. Trazendo esta oposição de regimes: MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *O Poder de Disposição nas Relações Familiares: a adoção e a separação ou o divórcio consensual*. In: FACHIN, Luiz; TEPEDINO, Gustavo (orgs.). *Diálogos sobre direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, v. 2, p. 519/520.

⁴² Não se vai aqui adentrar a questão da renunciabilidade aos direitos de personalidade, mas o fato é que não se pode negar esta possibilidade. Hoje já se fala em “direito a uma morte digna” nos casos de pacientes terminais que estão sendo sujeitados a tal sofrimento que fere cabalmente a sua dignidade. Neste caso, é a própria dignidade que legitima uma renúncia ao direito à vida. Justamente pelo fato de que não será abordado tal assunto de forma específica, não se pode deixar de mencionar estudo paradigmático que atesta a renunciabilidade dos direitos fundamentais em determinadas situações de autoria de NOVAIS, Jorge Reis. *Renúncia a direitos fundamentais*. In: MIRANDA, Jorge (org.). *Perspectivas Constitucionais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 263/335.

⁴³ Esclarece-se que o consentimento na sua acepção tradicional era um consentimento meramente negocial, tido como a expressão mais pura da autonomia privada ligada ao exercício de uma atividade econômica. A noção de consentimento sofreu uma releitura para se ajustar à tutela dos interesses existenciais, passando a ser considerado como um instrumento para o exercício dos interesses pessoais. Sobre esta mudança de perspectiva do consentimento, *vide*: KONDER, Carlos Nelson. *O consentimento no Biodireito: Os casos dos transexuais e dos wannabes*. Revista Trimestral de Direito Civil, Rio de Janeiro, n. 15, p. 41-71, jul.-set., 2003. Também: DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 371 e PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*, p. 276.

eletrônicos, como os blogs que se destinam a publicizar a vida privada das pessoas em detalhes, determinam que tal posicionamento não subsiste.

O que se pode, no intuito de temperar a regra existente na legislação e interpretá-la conforme os valores e princípios constitucionais, é admitir uma disponibilidade relativa dos direitos da personalidade, ou seja, tais direitos são essencialmente indisponíveis, mas isso não determina que, no caso concreto, os bens da personalidade não possam ser objeto de atos de disposição por parte de seus titulares. A característica da indisponibilidade deve admitir relativizações em função do respeito à dignidade da pessoa humana que não pode ser a sua autonomia suprimida justamente quando em questão os valores existenciais. Ora, quando a pessoa define a condução de seus interesses dispondo de bens ligados à personalidade, está consentindo voluntariamente com a restrição ao direito e isso é possível justamente porque a pessoa está no exercício de sua autonomia privada. Essa conformação dos interesses pessoais é o que permite o pleno desenvolvimento da personalidade.

Esse pleno desenvolvimento da personalidade é o objetivo da dimensão dinâmica da tutela geral da personalidade, já que a personalidade também é objeto de proteção enquanto centro autônomo de decisão. A tutela geral da personalidade impõe o direito geral de personalidade e o direito geral de liberdade, onde se encontra a possibilidade de livre desenvolvimento da personalidade.

O direito ao livre desenvolvimento da personalidade é direito fundamental ainda que não reconhecido expressamente pela Constituição brasileira, como o é em outros países.⁴⁴ Não obstante, na medida em que a Constituição reconhece a dignidade humana, que tem como substrato material o postulado da liberdade e da autodeterminação pessoal, não há como discordar que daí se pode, ou melhor, se deve, extrair tal direito, merecendo ser admitido e consagrado como princípio da ordem constitucional, ainda que implícito. Essa é a posição de Ingo Sarlet, o qual afirma categoricamente que é com fundamento do reconhecimento da dignidade da pessoa pela Constituição brasileira que se admite, ainda que de modo implícito, a consagração de um direito ao livre desenvolvimento da personalidade.⁴⁵ A consagração de um direito ao livre

⁴⁴ A Lei Fundamental Alemã de 1949 consagra expressamente, no primeiro artigo, a dignidade da pessoa humana e, no segundo, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, onde se afirma que “todos tem direito ao livre desenvolvimento da personalidade, desde que não violem os direitos de outrem e não atentem contra a ordem constitucional ou a lei moral”. A consagração pioneira do direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade na Constituição alemã serviu e serve de inspiração para os demais sistemas jurídicos. Sofrendo esta influência, a Constituição espanhola de 1978, quase trinta anos depois da alemã, consagrou expressamente o direito ao livre desenvolvimento da personalidade no artigo 10: “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la Ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”. Mais recentemente, na revisão constitucional de 1997, passou-se a consagrar na Constituição Portuguesa um direito fundamental ao desenvolvimento da personalidade, no artigo 26º, n. 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 proteção legal contra quaisquer formas de discriminação”.

⁴⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, p. 86. Também concluindo pela existência de um direito ao livre desenvolvimento da personalidade no Direito Brasileiro, ainda que não haja previsão normativa, o professor: PINTO, Paulo Mota.

desenvolvimento da personalidade, assim, constitui consectário natural e desdobramento de lícita expectativa e exigência daquelas Constituições que, como a nossa, relevam como topos conformador a dignidade da pessoa humana, independentemente de alguma omissão que se revele autorizadora, por implícito, daquele direito.

Para permitir o livre desenvolvimento da personalidade, não há como condenar, *a priori*, um ato de disposição que implique a renúncia ou a limitação de um bem ligado à personalidade, desde que ao menos resguardada a dignidade humana. Os direitos da personalidade são essencialmente indisponíveis, mas garante-se uma relativa disponibilidade justamente para o atendimento do direito ao livre desenvolvimento da personalidade. Se algum direito da personalidade for restringido voluntariamente pelo titular do direito, ocorrem mutações juridicamente tuteláveis, as quais são oriundas do poder de autodeterminação do ser humano. Daí o caráter ambivalente destes direitos, já que, admitir uma esfera de disponibilidade que se legitima no caso concreto e desde que respeitando certos limites⁴⁶, principalmente o limite dos limites⁴⁷ que é a preservação do núcleo mínimo da dignidade, não os descaracteriza como direitos essencialmente indisponíveis.⁴⁸

A defesa de que tais direitos são absolutamente indisponíveis vai de encontro à ordem constitucional brasileira, violando o direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade, violando os direitos fundamentais à autonomia privada e à liberdade, bem como contrariando à própria dignidade da pessoa humana, valor máximo do ordenamento. A defesa da indisponibilidade absoluta dos direitos da personalidade fundamenta-se no temor da mercantilização da pessoa humana, reduzindo-a a mero

O direito ao livre desenvolvimento da personalidade, p. 155, nota de rodapé 14. Entre nós, ainda: LUDWIG, Marcos de Campos. *O direito ao livre desenvolvimento da personalidade na Alemanha e possibilidades de sua aplicação no Direito Privado brasileiro*, p. 285/302.

⁴⁶ A dignidade da pessoa humana funciona como fundamento para os atos de disposição sobre bens ligados à personalidade, já que dela decorre o direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade. No entanto, a mesma dignidade que serve de fundamento serve de limite a estes atos. O poder de disposição sobre os bens ligados à personalidade sofre limitações diante dos interesses de terceiros, já que a dignidade possui uma dimensão intersubjetiva que percebe o homem na sua perspectiva relacional com os outros, sofrendo limitações em face da ordem pública, na qual se encontra a mesma dignidade em sua mais alta hierarquia, e sofre limitações no que toca à proteção do núcleo mínimo do direito que está sendo restringido, haja vista que neste núcleo encontra-se entronizado o valor da dignidade humana. Excelente e detalhada análise sobre os limites encontra-se em FREITAS, Luiz Fernando Calil de. *Direitos Fundamentais: limites e restrições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. Também, mas com maior brevidade: CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Dogmática dos direitos fundamentais e direito privado*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, 2006.

⁴⁷ Além dos limites ao poder de disposição, a dignidade funciona também como limite dos limites, haja vista que, embora sujeita a relativizações, o núcleo mínimo da dignidade humana deve ser preservado, já que este sim é intangível. Tanto é assim que a legitimação para a renúncia à titularidade do direito à vida encontra fundamento, no caso concreto, no direito a uma morte digna. O ato de disposição se legitima para proteger a própria dignidade. Conforme: SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, p. 118, 124, 137/138.

⁴⁸ Esse caráter ambivalente no sentido de considerar os direitos da personalidade como direitos essencialmente indisponíveis, mas que também admitem uma esfera de disponibilidade que se legitima no caso concreto e está fundamentada no poder de autodeterminação pessoal é posição desenvolvida pela autora deste artigo na obra: CANTALI, Fernanda Borghetti. *Direitos da Personalidade: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2009.

objeto de direito.⁴⁹ No entanto, tal temor não é suficiente para a negação do direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade. Os direitos da personalidade são essencialmente indisponíveis, mas esta característica não é absoluta, já que o titular do direito pode, em maior ou menor medida, dispor voluntariamente sobre os bens protegidos por tais direitos num exercício de liberdade e autonomia que constitui também expressão da própria personalidade e da dignidade.

Tal posição, portanto, não se sustenta. Ademais, as pessoas não são eventos acabados, revelam projetos com fins próprios, tendendo sempre ao aperfeiçoamento, o qual é um direito que deve ser assegurado. Nessa medida, os direitos de personalidade tomam caráter dinâmico que se evidencia na garantia do espaço de atuação de cada um e se concentra essencialmente na idéia de liberdade, nas várias liberdades que asseguram o exercício de autonomia necessário ao desenvolvimento humano. Só em liberdade o homem pode desenvolver a sua personalidade e preservar a sua dignidade.⁵⁰

5. DIREITO À PRIVACIDADE: CONCEPÇÃO ATUAL

A privacidade, na sua concepção tradicional, ligada ao pensamento norte-americano, implicava apenas um direito negativo, o direito de ser deixado em paz ou *right to be let alone*⁵¹. Atualmente, por impulso da doutrina européia, a privacidade passou a ser encarada de forma mais ampla, contemplando também o direito de gestão das próprias informações. Isso significa que a privacidade também é um direito ativo que determina a prerrogativa de as pessoas controlarem a circulação de suas informações pessoais.⁵²

Embora seja recente esta mudança de perspectiva, nunca é demais lembrar o posicionamento, para além de seu tempo, de Pontes de Miranda, para quem a privacidade,

⁴⁹ Ingo Sarlet afirma que a dignidade da pessoa humana implica um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa contra qualquer ato de cunho degradante ou desumano, isso porque “onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitação do poder, enfim, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade (em direitos e dignidade) e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana e esta (a pessoa), por sua vez, poderá não passar de mero objeto de arbítrio e injustiças. Tudo, portanto, converge no sentido de que também para a ordem jurídico-constitucional a concepção do homem-objeto (ou homem-instrumento), com todas as conseqüências que daí podem e devem ser extraídas, constitui justamente a antítese da noção de dignidade da pessoa, embora esta, à evidencia, não possa ser, por sua vez, exclusivamente formulada no sentido negativo (de exclusão de atos degradantes e desumanos), já que assim se estaria a restringir demasiadamente o âmbito de proteção da dignidade”. SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, p. 59.

⁵⁰ Concluindo nesse sentido: ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil teoria geral*: introdução, as pessoas, os bens. Coimbra: Coimbra, 1997. v.1. p. 98.

⁵¹ Em 1890, um advogado norte americano chamado Samuel Warren, inconformado com a divulgação pela imprensa de matérias sobre a sua esposa, decidiu, juntamente com seu colega Louis Brandeis, defender judicialmente o “direito a ser deixado em paz” ou o “*right to be alone*”. Esse foi o impulso para que eles escrevessem um artigo intitulado “*The right to privacy*” publicado na revista da faculdade de Harvard, o qual se tornou um clássico e marcou uma nova fase na defesa da privacidade e da intimidade. WARREN, Samuel; BRANDEIS, Louis D. *The right to privacy*. Disponível em www.louisville.edu/library/law/brandeis/privacy.html, acesso em 05.03.2007. Originalmente publicado em *Harvard Law Review*, n. 193, 1890.

⁵² Sobre essa mudança na concepção da privacidade: LEWICKI, Bruno. *Realidade refletida: privacidade e imagem na sociedade vigiada*. Revista Trimestral de Direito Civil, Rio de Janeiro, n. 27, p. 211-219, jul.-set., 2006, p. 217/218.

por ele denominada intimidade, consiste em um exercício da liberdade que se manifesta no fazer e no não fazer, revelar ou não revelar os assuntos de sua vida privada. O titular tem o direito de velar a intimidade ou o direito de expô-la ao público.⁵³

De ser dito também que na medida em que a privacidade passa a ser compreendida como um poder de controle sobre a circulação de informações pessoais, ofuscam-se as fronteiras entre o direito à privacidade e o direito à imagem.⁵⁴ Não há dúvidas que as fotografias veiculadas nas revistas mostrando a vida íntima das pessoas, mesmo os *reality shows* e os vídeos colocados na internet, são situações que envolvem tanto a privacidade como a imagem.

Essa ampliação de concepção acabou delineando um direito que assegura a cada pessoa a tomada de decisões sobre sua vida privada, gerando um controle sobre as informações pessoais, o que implica um direito de autodeterminação informativa, ao permitir que as pessoas compartilhem sua vida privada e, portanto, não há que se falar em violação à privacidade.⁵⁵ Pode-se dizer, nessa medida, que ao direito sobre a vida privada se agrega um componente de liberdade.⁵⁶ Todavia, se é verdade que a disposição da privacidade por parte do titular do direito abranda a tutela negativa, é sempre necessário avaliar, em concreto, se de tal uso não possa derivar uma ofensa à honra, depreciando sua reputação.⁵⁷

Isso demonstra o papel da vontade, da autonomia privada na seara dos direitos fundamentais da personalidade. A privacidade é essencialmente inviolável, mas aquele que possui o controle de suas informações pessoais pode, sim, dispor delas, consentindo com a sua divulgação, desde que isso não afete sua integridade moral e sua dignidade. Se o titular pode controlar as informações que dizem com sua vida privada, pode viver uma vida mais resguardada, reduzindo o nível de sua interação social, ou viver uma vida mais mundana, sem reservas sobre sua vida privada. Por esta razão que Paulo Mota Pinto sustenta que é o titular do direito que tem o poder de modelar o objeto de proteção de seu direito, ressaltando o fato de que neste momento apenas se está a delimitar o objeto desse direito⁵⁸, não se tratando ainda de uma limitação voluntária propriamente dita, já que esta importa divulgação pelo titular ou ainda autorização para terceiros para a divulgação das informações⁵⁹.

⁵³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. v. 7, t. II. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p. 126.

⁵⁴ LEWICKI, Bruno. *Realidade refletida: privacidade e imagem na sociedade vigiada*, p. 217.

⁵⁵ Considerando o direito à vida privada na extensão da noção de direito à autodeterminação informativa: PINTO, Paulo Mota. *A limitação voluntária do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada*. Revista Brasileira de Direito Comparado, n. 21, p. 19-62, 2000, p. 24.

⁵⁶ Nesse sentido, também: PINTO, Paulo Mota. *A limitação voluntária do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada*, p. 26.

⁵⁷ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de Direito Civil*, p. 184.

⁵⁸ “(...) a definição do alcance da sua “vida privada” é, em certo grau, *função do indivíduo*. Assim, o titular do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada pode desde logo modelar o *próprio objecto de protecção* do direito à reserva (...).” PINTO, Paulo Mota. *A limitação voluntária do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada*, p. 27.

⁵⁹ PINTO, Paulo Mota. *A limitação voluntária do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada*, p. 28.

Ainda no que toca à conformação da concepção que se deve emprestar à privacidade, é importante a ressalva ao texto constitucional, bem como ao Código Civil, que afirmam a inviolabilidade da vida privada e da intimidade.⁶⁰ A história da sociedade contemporânea pode ser tratada como a história da violação do direito à privacidade, cada vez mais se vivenciam violações à privacidade. Vive-se numa sociedade vigiada, com câmeras, revistas em aeroportos, bancos de informações virtuais que armazenam dados pessoais⁶¹ e mesmo a mídia, que a cada dia se torna mais agressiva, devassando a vida das pessoas, principalmente dos famosos, nas atitudes mais corriqueiras⁶².

A devassa à vida privada deve ser coibida, os direitos de personalidade impõem o dever de proteção por parte do Estado, bem como o respeito pelo mesmo e pelos outros partícipes da vida em sociedade. Motivos como necessidade de segurança, local público ou pessoa pública são temerosos quando utilizados para justificar a violação da privacidade. O fato de ser uma pessoa pública apenas justifica a exposição da pessoa quando ligado à atividade pública desenvolvida⁶³ ou a algum interesse

⁶⁰ É dever salientar que a privacidade ganhou maior status na ordem jurídica quando foi garantida pelo legislador constitucional através da proteção da vida privada e da intimidade. Mas não é somente a Constituição de 1988 que garante expressamente esse direito; a vida privada também é garantida pelo Código Civil de 2002. Há quem utilize estes termos como sinônimos, outros distinguem. Se é que se faz necessário uma distinção, a personalidade pode ser entendida em perspectiva mais ampla, como um gênero. Neste caso, a intimidade deve ser entendida a partir de um âmbito mais restritivo, seria aquilo que alguém reserva para si, os seus mais recônditos sentimentos e segredos. A intimidade não repercute socialmente, não faz parte da “vida de relações”, e, por isso, diz-se que é o mais exclusivo direito da personalidade. FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Sigilo de dados: direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado*. Revista da faculdade de Direito da USP, São Paulo, n. 88, p. 439-458, 1993, p. 440.

⁶¹ Como salienta Gustavo Tepedino a tutela da intimidade está na ordem do dia diante do “Computador Bisbilhoteiro”, artigo publicado na página de opinião do Jornal do Brasil, em 3 de outubro de 1989. O devassador progresso científico dá conta de um aspecto ainda inexplorado de violação da privacidade no que toca à administração dos bancos de dados, já que a memória eletrônica permite incontáveis associações de fatos, idéias e informações. O chamado cruzamento de dados ou de informações atribui de enorme poder ao detentor dos dados atinentes à intimidade alheia, já que permite um estoque formidável de informações e, assim, não constituiria obra de ficção conjecturar uma alarmante intromissão na vida alheia. Não tardará estaremos sendo vigiados pelo “Grande Irmão”, aquele que tudo sabe, tudo vê e escuta, em uma perfeita ditadura totalitária, anunciado por George Orwell, na obra 1984. ORWELL, George. 1984. 29. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2005. Para a análise detalhada sobre a privacidade e a proteção dos dados pessoais, a obra, já citada de Danilo Doneda, “*Da privacidade à proteção de dados pessoais*”.

⁶² Na sessão da revista “Quem Acontece” intitulada “Eles são como nós”, a qual se destina a mostrar cenas da vida real e comum das celebridades, na edição 372 de 26 de outubro de 2007, afirmou que se eles são como nós “Mostram o “cofrinho” sem querer”. A atriz Jennifer Garner, mulher do ator Ben Affleck, deixou a calcinha e outras coisas de fora enquanto brincava com Violet, a filha de um ano e dez meses, no *Central Park* em Nova York. O mesmo acontece com a princesa de Mônaco, Caroline, que dentre uma infinidade de fotos suas publicadas na imprensa alemã, há uma em que ela está “simplesmente tropeçando”. No Brasil, o escândalo que foi a divulgação, na rede mundial de computadores, do vídeo que retratou Daniela Cicarelli e seu namorado mantendo relação sexual em uma praia Espanhola, uma legítima violação da vida privada, já que a notoriedade da pessoa não tem o condão de se sobrepor a esta proteção. Sobre os dois últimos casos e suas repercussões jurídicas, além de muitos outros: LEWICKI, Bruno. *Realidade refletida: privacidade e imagem na sociedade vigiada*.

⁶³ “Para além da manipulação do argumento do local público, é de se rejeitar, em segundo lugar, a qualificação de qualquer pessoa como pública, a sugerir que nenhum aspecto de sua vida privada permanece a salvo de lentes indiscretas. A taxação de atrizes, atletas, políticos, como “pessoas públicas”, a autorizar

social relevante como, por exemplo, a gravação de conversa telefônica por um dos interlocutores, sem ciência do outro, quando há investida criminosa deste último⁶⁴.

Caso muito famoso foi o do vídeo divulgado na rede mundial de computadores que retratou Daniela Cicarelli e seu namorado mantendo relação sexual em uma praia espanhola. Trata-se de uma legítima violação da vida privada, já que a notoriedade da pessoa não tem o condão de se sobrepor a esta proteção. Certamente, não sendo pessoa famosa, a câmera indiscreta não teria se interessado tanto. O mesmo aconteceu com Juliana Paes que, durante a divulgação de um produto de beleza, foi fotografada, mas o vestido esvoaçante permitiu que a imagem captasse que a atriz estava sem calcinha. A foto foi parar na internet sob o *slogan* “flagrada sem calcinha”⁶⁵. Trata-se de uma evidente violação de um direito de personalidade, não só da imagem, como também da privacidade.⁶⁶

A informação no mundo informatizado é potencializada quase ao infinito. Assim, a divulgação de certa informação pode ser irreversível, o que piora quando o titular do direito violado busca a cessação da violação através do Poder Judiciário, cujas decisões, em vez de estancar a violação ao direito à privacidade, acabam instigando a curiosidade e a malícia dos usuários do mundo virtual, que difundem mais ainda as informações lesivas. O que resta evidente é que nem a legislação, tampouco os tribunais, conseguem dar respostas adequadas à proteção da privacidade. Portanto, a sensação que fica é de enorme impotência, mas isso não pode gerar um sentimento de acomodação. Não se pode permitir que as pessoas se acostumem com as insistentes violações à sua privacidade; a cultura da privacidade deve ser restabelecida. Isso somente será alcançado quando o esforço for conjunto: do direito e da sociedade.

6. REALITY SHOWS: TÍPICO EXEMPLO DE ATO DE DISPOSIÇÃO SOBRE O DIREITO À PRIVACIDADE

Não restam dúvidas de que quando a privacidade de alguém é exposta por outrem sem o seu devido consentimento se está diante de uma violação do direito à privacidade, o qual merece tutela estatal. Diferentemente, quando a exposição da vida privada e da intimidade ocorre por livre e espontânea vontade do titular do direito à privacidade, não se pode concluir que há uma violação a tal direito.

uma espécie de presunção de autorização à divulgação de suas imagens, ou a suscitar, ainda, o perverso argumento de que a veiculação na mídia mais beneficia do que prejudica aqueles que dependem da exposição ao público, representa a ingerência alheia em seara atinente apenas ao próprio retratado.” SCHREIBER, Anderson. *Os Direitos da Personalidade e o Código Civil de 2002*. In: FACHIN, Luiz; TEPEDINO, Gustavo (orgs.). *Diálogos sobre direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. v. 2, p. 248.

⁶⁴ Tal posição é refletida na decisão do STF, no HC 75338-RJ, que considerou lícita uma gravação telefônica nestas condições, afirmando que não há violação do direito à privacidade quando se “grava diálogo com seqüestradores, estelionatários ou qualquer tipo de chantagista”.

⁶⁵ Reportagem pode ser acessada no *site*: <http://exclusivo.terra.com.br/interna/0,,OI1124243-EI1118,00.html>, acesso em 22 de novembro de 2007.

⁶⁶ Concluindo que o direito à imagem e à privacidade são direitos cujos limites são cada vez mais difíceis de traçar, justamente pelo fato de que a privacidade está deixando de lado o caráter exclusivamente negativo ligado à origem norte americana: LEWICKI, Bruno. *Realidade refletida: privacidade e imagem na sociedade vigiada*, p. 217.

Quando uma pessoa decide tornar público alguns aspectos de sua vida privada, não está, em razão disso, renunciando ao direito à privacidade. Ao contrário, está justamente no exercício de tal direito em razão da autodeterminação autônoma sobre a forma de aproveitamento do referido direito. O conceito de privacidade é compatível com diferentes concepções, e o adotar de uma ou outra concepção pelo titular do direito é algo que não pode ser condenado, já que não se pode impor uma determinada concepção fixista sobre algo quando a sociedade é composta de milhões de pessoas com diferentes visões de mundo.⁶⁷ O direito é à privacidade e isso não pode ser transformado em um dever de privacidade. Os direitos da personalidade devem, como já dito, ser constituídos também em um espaço de livre desenvolvimento e isso não se coaduna com uma ordem de valores dada e pré-fixada.⁶⁸

A difusão atual dos meios de comunicação, amplificada com a revolução da informática e da chamada sociedade da informação, no final do século XX e começo do século XXI, colocou à disposição da sociedade muitos instrumentos de alto potencial lesivo, levando ao extremo as potencialidades de invasão da privacidade das pessoas.⁶⁹ No entanto, muitos destes meios são utilizados para a exposição da vida privada, levada a efeito pela própria pessoa, o que está gerando comportamentos sociais amplamente aceitos e corriqueiramente praticados. Isso é visível principalmente em função da *internet* e o seu fluxo de trocas de informações. Em legítimo ato de disposição da privacidade, as pessoas, por vontade própria, relatam suas vidas em diários eletrônicos, os *Blogs*, disponibilizam vídeos, inclusive de cenas mais íntimas, em *sites* como o *Youtube*, descrevem seu perfil em *sites* de relacionamentos como o *Orkut* e permitem a filmagem de sua vida íntima em tempo real através de *webcams*.

Para além destes exemplos, qualquer texto que se destine a tratar sobre atos de disposição sobre o bem da privacidade não poderia se furtar de mencionar o fenômeno mundial de audiência televisiva: o *Big Brother*⁷⁰, situação em que os indivíduos têm

⁶⁷ A título de esclarecimento o termo privacidade engloba o de intimidade e vida privada. O direito à intimidade diz respeito a fatos, situações e acontecimentos que a pessoa deseja ver sob seu domínio exclusivo, sem compartilhar com qualquer outra, ou seja, aqueles dados que o titular quem manter sob reserva. Já o direito à vida privada é aquele que diz respeito ao ambiente familiar, como preferências literárias, gastronômicas, sexuais, os remédios que usa, as doenças porventura existentes, etc. São as questões que interessam a cada indivíduo e não podem ser objeto de interferência de quem quer que seja, ainda que, neste caso, o direito se torne mais suscetível, já que a lesão pode vir dos outros membros do grupo familiar. Todavia, ainda que se faça um esclarecimento a respeito destes diferentes conceitos, os entendimentos sobre privacidade, intimidade e vida privada variam de pessoa para pessoa. Além disso, variam conforme o ambiente e conforme a perspectiva histórico-cultural. São conceitos definidos conforme a cultura de onde emergiram suas formações, diversos em cada época e cada local onde a pessoa desenvolva seu projeto existencial.

⁶⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes; MACHADO, Jonatas. *“Reality Shows” e liberdade de programação*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 56/57.

⁶⁹ Os novos recursos tecnológicos abriram um leque de possibilidades, mas as revistas que se destinam a mostrar a vida privada de pessoas famosas e as biografias autorizadas são exemplos de práticas completamente incorporadas na sociedade.

⁷⁰ O *Big Brother* é apenas uma das modalidades de *reality shows*, o qual tem o intuito de revelar o dia a dia de um grupo de pessoas confinadas em uma casa, deixando ao público que assiste ao programa o poder de semanalmente eliminar um participante até que o último saia vencedor. Esse formato de produto televisivo é uma das formas mais lucrativas que envolve a venda de direitos de reprodução. Empresa que provocou a grande revolução de produção televisiva nos últimos anos é a Endemol, uma produtora de televisão holandesa,

a sua privacidade completamente suprimida por vontade própria, sendo transmitido ao vivo o cotidiano de um grupo de pessoas confinadas em uma casa por determinado tempo.

A licitude da emissão dos *reality shows* já gerou controvérsias em alguns países como, por exemplo, na Alemanha, onde há vozes no sentido de que tais programas são contrários à dignidade da pessoa humana. Ulrike Hinrichs é autora alemã que se opõe severamente aos programas como o *Big Brother*. Afirma que a dignidade é por natureza irrenunciável e insuscetível de restrição, que não se esgota no valor da autonomia, bem como que dela se extrai a proibição para tratamentos que “coisificam” as pessoas e que tais premissas fundamentais foram preteridas quando da veiculação de programas desta espécie.⁷¹

Canotilho e Jonatas Machado, analisando a questão dos *reality shows*, criticam duramente a posição da autora alemã. Os autores afirmam, na esteira de um direito geral de liberdade, de um direito de livre desenvolvimento da personalidade, de um poder de autodeterminação das diretrizes que conduzem a vida dos particulares, aliado à impossibilidade de fixação de concepções homogêneas sobre os direitos da personalidade, que não há razões constitucionais relevantes que possam pôr em causa o modelo dos *reality shows* em si mesmos.⁷²

Sustentam ainda que em uma sociedade pautada na liberdade de comunicação e expressão, deve ser garantida a liberdade de programação, ou seja, o poder público não pode impedir ou condicionar a difusão de quaisquer programas⁷³, mas isso não quer dizer que tais programas possam colocar em risco outros direitos fundamentais. Portanto, quando afirmam que o modelo dos *reality shows* não pode ser posto em causa em si mesmo, significa dizer que tais programas são absolutamente viáveis, desde que não coloquem as pessoas em risco, ou seja, não importe em perigo contra a vida ou a integridade física das pessoas. Exemplo deste atentado reside, por exemplo, em um programa que imponha que os participantes façam Roleta Russa ou fiquem sem comer até as suas últimas resistências.⁷⁴

Respeitados certos limites, não há razão plausível para a vedação do Big Brother, o qual, para além de não gerar uma degradação ao desenvolvimento individual e social dos participantes, muitas vezes acaba gerando muitas oportunidades aos confinados, de ordem profissional, cultural e social. Assim sendo, não fosse o programa, muito provavelmente tais pessoas jamais viessem a obter ditas repercussões.

Os autores ainda afirmam que não se pode permitir uma interpretação paternalista da dignidade da pessoa humana, uma “tirania da dignidade”⁷⁵, já que, no cerne dos direitos, liberdades e garantias constitucionais encontra-se também a autonomia

especializada em *reality shows*, a qual criou mais de 300 programas nesse formato, transformando-os em febre mundial.

⁷¹ HINRICHS, Ulrike. “*Big Brother*” und die Menschenwürde..., apud CANOTILHO, J. J. Gomes; MACHADO, Jonatas. “*Reality Shows*” e liberdade de programação, p. 68/72.

⁷² CANOTILHO, J. J. Gomes; MACHADO, Jonatas. “*Reality Shows*” e liberdade de programação, p. 83.

⁷³ CANOTILHO, J. J. Gomes; MACHADO, Jonatas. “*Reality Shows*” e liberdade de programação, p. 07/40.

⁷⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes; MACHADO, Jonatas. “*Reality Shows*” e liberdade de programação, p. 41/65.

⁷⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes; MACHADO, Jonatas. “*Reality Shows*” e liberdade de programação, p. 73.

privada, no sentido de que cabe ao titular do direito tomar as decisões fundamentais acerca da sua existência.

A divulgação das informações pessoais da vida privada pelo próprio titular do direito, ou seja, contando com o seu consentimento, representa legítimo ato de disposição sobre a privacidade e a vida privada, que se traduz, justamente, em uma forma de exercício desses direitos, na expressão da liberdade, da autonomia e do livre desenvolvimento da personalidade.⁷⁶ Há quem sustente, inclusive, que a vida privada é um princípio de autonomia do indivíduo na sociedade, ou seja, não somente o direito de resguardo de sua intimidade, mas também o seu livre arbítrio.⁷⁷

O direito à privacidade consiste em tutela indispensável ao exercício da cidadania, seja a tutela negativa, seja a positiva, ou seja, protegendo contra atentados indevidos e garantindo uma esfera de gestão das próprias informações. Diante destas duas direções resulta a impossibilidade de definir contornos específicos sobre a privacidade; esta é um direito aberto, de calibração e repercussão concretas, nada obstante algum padrão objetivo *prima facie* ornamentado pela jurisprudência, o que suscita uma proteção dúctil.⁷⁸ Embora os contornos sejam maleáveis e diversas podem ser as peculiaridades dos casos concretos, a análise de cada situação fática deve ter como norte os valores constitucionais primordiais e unificadores de todo o sistema: a dignidade da pessoa humana e o respeito à personalidade de cada um.

CONCLUSÃO

Como se poderia afirmar que a pessoa não pode dispor dos bens que lhe são mais caros e intrinsecamente ligados ao ser?

Se as pessoas são seres dotados de autonomia, esta autonomia incide sobre os direitos da personalidade, para além da concepção clássica de que a autonomia privada apenas possuía trânsito quando em questão interesses patrimoniais. Isso é inegável quando se compreende a autonomia como a competência que os distintos sujeitos do direito privado têm de configurar as situações jurídicas que os afetam conforme sua vontade. Uma vontade, é claro, de certa forma limitada, já que só é legítima a tomada de atitude autônoma e voluntária quando afete apenas a própria pessoa e não viole a ordem pública, entendida tão somente enquanto ordem calcada na proteção e promoção dos direitos fundamentais e estruturada a partir do princípio da dignidade da pessoa humana.

Ademais, os sujeitos privados não podem determinar a vida alheia, somente a própria pessoa tem o poder de determinar a condução de sua vida, fazendo suas escolhas. Nessa medida, o direito não pode retirar das pessoas este poder de escolha. Assim, imperiosa é a preservação da inviolabilidade das escolhas individuais, que torna a indisponibilidade dos direitos da personalidade posição que não se sustenta.

⁷⁶ Nesse sentido, também: PINTO, Paulo Mota. *A limitação voluntária do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada*, p. 32.

⁷⁷ SOUZA, Maria Isabel de Azevedo. *O princípio da exclusividade como nota distintiva do direito privado*. In: MARTINS-COSTA, Judith (org.). *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 314.

⁷⁸ TEPEDINO, Gustavo. *Informação e Privacidade*. In: _____. *Temas de direito civil*, p. 535.

A autonomia privada, ou o direito de autodeterminação pessoal, que nada mais é do que uma das dimensões da dignidade da pessoa humana, incide também sobre bens e interesses extrapatrimoniais.

Utilizando as palavras de Ingo Sarlet, “o sentido de uma República lastreada na dignidade da pessoa humana acolhe a idéia de um indivíduo conformador de si próprio e de sua vida segundo o seu próprio projeto espiritual”⁷⁹.

Esse direito que as pessoas possuem de autodeterminar a conformação de sua vida, calcado no projeto constitucional, impõe que a doutrina e a jurisprudência temperem a regra da indisponibilidade dos direitos da personalidade consagrada pela legislação civil. Esse temperar se traduz na ambivalência dos direitos de personalidade que se defende neste artigo, qual seja: os direitos da personalidade são essencialmente indisponíveis, mas há uma esfera de disponibilidade, uma disponibilidade relativa que autoriza o titular do direito a dispor dos bens da personalidade em determinadas situações concretas, desde que respeitados certos limites e principalmente o limite dos limites que está na preservação do núcleo essencial em dignidade que todos os direitos fundamentais da personalidade apresentam. Ademais, o direito geral de personalidade, engloba a proteção de qualquer manifestação da personalidade humana, bem como a proteção da pessoa enquanto ser irradiador e autônomo de tomada de decisões.

Não se pode defender, em absoluto, o contrário. Primeiro porque o conflito entre bens da personalidade é um problema que envolve a ponderação entre a tutela substancial mínima de certos bens e a proteção da liberdade, a qual deve ser garantida principalmente como forma de evitar um paternalismo jurídico que, levado ao extremo, é também aviltador da personalidade humana e de sua dignidade. Segundo, porque exemplo como os *reality shows*, assim como outras situações que evidenciam a disposição da imagem, do próprio corpo, e de outras emanções do ser humano, dão conta da necessidade do temperamento interpretativo, sob pena de o distanciamento do direito dos fatos gerar novamente a revolta destes contra aquele.

REFERÊNCIAS

- AMARAL, Francisco. *Direito Civil*: introdução. 6. ed. rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil teoria geral*: introdução, as pessoas, os bens. v.1. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.
- BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- CANOTILHO, J. J. Gomes; MACHADO, Jonas. “*Reality Shows*” e liberdade de programação. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.
- _____. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- _____. *Dogmática dos Direitos Fundamentais e Direito Privado*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, 2006.
- CANTALI, Fernanda Borghetti. *Direitos da Personalidade*: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

⁷⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*, p. 71.

- CAPELO DE SOUZA, Rabindranath Valentino Aleixo. *O Direito Geral de Personalidade*. Coimbra: Coimbra, 1995.
- CORTIANO JUNIOR, Eroulths. *Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade*. In: Luiz Edson Fachin (org.). *Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- CUPIS, Adriano de. *I diritti della personalità*. Milano: Giuffrè, 1950.
- DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- _____. *Os direitos da personalidade no novo Código Civil*. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). *A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- FACCHINI NETO, Eugênio. *Da responsabilidade civil no novo Código*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- _____. *A “reconstitucionalização” do Direito Civil brasileiro: lei nova e velhos problemas à luz de dez desafios*. Revista Jurídica, a. 52, n. 324, out., 2004, p. 16-19.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Sigilo de dados: direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado*. Revista da faculdade de Direito da USP, São Paulo, n. 88, 1993, p. 439-458.
- FREITAS, Luiz Fernando Calil de. *Direitos Fundamentais: limites e restrições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- HESSE, Konrad. *Derecho Constitucional e Derecho Privado*. Madrid: Civitas, 1995.
- KONDER, Carlos Nelson. *O consentimento no Biodireito: Os casos dos transexuais e dos wannabes*. Revista Trimestral de Direito Civil, Rio de Janeiro, n. 15, jul.-set., 2003. p. 41-71.
- LEWICKI, Bruno. *Realidade refletida: privacidade e imagem na sociedade vigiada*. Revista Trimestral de Direito Civil, Rio de Janeiro, n. 27, p. 211-219, jul.-set., 2006.
- LUDWIG, Marcos de Campos. *O direito ao livre desenvolvimento da personalidade na Alemanha e possibilidades de sua aplicação no Direito Privado brasileiro*. In: MARTINS-COSTA, Judith. (org.). *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *O Poder de Disposição nas Relações Familiares: a adoção e a separação ou o divórcio consensual*. In: FACHIN, Luiz; TEPEDINO, Gustavo (orgs.). *Diálogos sobre Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 2. ed. t. IV. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à Pessoa Humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- NOVAIS, Jorge Reis. *Renúncia a Direitos Fundamentais*. In: MIRANDA, Jorge (org.). *Perspectivas Constitucionais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.
- OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. *O Estado de Direito e os Direitos da Personalidade*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 532, fev., 1980, p. 12-23.

- ORWELL, George. 1984. 29. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2005.
- PEREZ LUÑO, Antônio Henrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 6. ed. Madrid: Tecnos, 1999.
- PERLINGIERI, Pietro. *La Personalità Umana nell Ordinamento Giurídico*. [s.l.]: Iovene, [s.d.].
- _____. *Perfis do Direito*. Traduzido por Maria Crstina de Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- PINTO, Paulo Mota. *A limitação voluntária do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada*. Revista Brasileira de Direito Comparado, n. 21, 2000, p. 19-62.
- _____. *O direito ao livre desenvolvimento da personalidade*. In: Portugal-Brasil Ano 2000, Coimbra Editora, 1999.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. v. 7, t. II. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- _____. (org.). *A Constituição concretizada – Construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- _____. *A influência dos Direitos Fundamentais no Direito Privado: o caso brasileiro*. In: MONTEIRO, Antônio Pinto; NEUNER, Jörg; SARLET, Ingo Wolfgang. (orgs.). *Direitos Fundamentais e Direito Privado: uma perspectiva de direito comparado*. Coimbra: Almedina, 2007.
- _____. *As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível*. In: _____. (org.). *Dimensões da Dignidade: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004.
- SCHREIBER, Anderson. *Os Direitos da Personalidade e o Código Civil de 2002*. In: FACHIN, Luiz; TEPEDINO, Gustavo (orgs.). *Diálogos sobre Direito Civil*. v. 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- SOUZA, Maria Isabel de Azevedo. *O princípio da exclusividade como nota distintiva do Direito Privado*. In: MARTINS-COSTA, Judith (org.). *A reconstrução do Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de Personalidade e sua Tutela*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.
- TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- TEPEDINO, Maria Celina Bodin de Moraes. *A Caminho de um Direito Civil Constitucional*. Revista de Direito Civil, n. 65, jul./set. 1993. pp. 21-32; FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- TOBEÑAS, José Castan. *Los Derechos de la Personalidad*. Madrid: Réus, 1952.
- WARREN, Samuel; BRANDEIS, Louis D. *The right to privacy*. *Harvard Law Review*, n. 193, 1890.