



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM CONSTITUIÇÃO E GARANTIA DE DIREITOS**

KELLI CRISTINA LIRA DE FRANÇA

**DIREITOS DA PERSONALIDADE: uma análise acerca da
concretização da tutela constitucional.**

**NATAL
2012**

KELLI CRISTINA LIRA DE FRANÇA

DIREITOS DA PERSONALIDADE: uma análise acerca da concretização da tutela
constitucional.

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientadora: Prof^a. Doutora Maria dos Remédios Fontes Silva.

NATAL
2012



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM CONSTITUIÇÃO E GARANTIA DE DIREITOS**

Mestranda: KELLI CRISTINA LIRA DE FRANÇA

Título: DIREITOS DA PERSONALIDADE: uma análise acerca da concretização da tutela constitucional.

**Catálogo da Publicação na Fonte.
UFRN / Biblioteca Setorial do CCSA**

França, Kelli Cristina Lira de.

Direitos da personalidade: uma análise acerca da concretização da tutela constitucional/ Kelli Cristina Lira de França. - Natal, RN, 2012.

160 f.

Orientadora: Prof. Dr.ª. Maria dos Remédios Fontes Silva.

Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Centro de Ciências Sociais Aplicadas. Programa de Pós-graduação em Direito.

1. Personalidade (Direito) – Dissertação. 2. Tutela constitucional - Dissertação. 3. Dignidade humana - Dissertação. 4. Eficácia - Personalidade (Direito) - Dissertação. I. Silva, Maria dos Remédios Fontes. II. Universidade Federal do Rio Grande do Norte. III. Título.

RN/BS/CCSA

CDU 342.7

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito

Aprovado em: ___/___/___.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Doutora. Maria dos Remédios Fontes Silva
UFRN

Prof. Doutor. Erick Wilson Pereira
UFRN

Prof. Doutor. Paulo Lopo Saraiva
Externo

DEDICATÓRIA

A meus amados filhos Cauan e Luan, enviados de Deus, razão e inspiração da minha determinada e constante luta, na esperança de que lhes sorria um mundo melhor, onde a plena eficácia dos direitos da personalidade seja uma efetiva e permanente realidade.

AGRADECIMENTOS

A gradativa e persistente elaboração diária desta dissertação e, especialmente, o alcance do resultado final, levaram-me a conclusão de que não teria vencido as suas respectivas etapas, sem algumas valiosas e decisivas contribuições. Tenho, portanto, muito a agradecer.

Início, assim, com o registro de minha gratidão aos queridos professores do Curso de Mestrado em Direito da UFRN. Todos eles, exemplos de dedicação e verdadeiros incentivadores do estudo do direito, particularmente do Direito Constitucional.

Dentre esses professores, dirijo um agradecimento especial a coordenadora, mestra e orientadora Doutora Maria dos Remédios Fontes Silva, exemplo de entusiasmo e persistência, bem retratados na sua luta pelo crescimento e solidificação do Programa de Pós Graduação em Direito da UFRN. Por suas palavras, orientação e atos de efeito incentivador, serei eternamente grata.

Também não tenho como esquecer dos ex-alunos do estágio em docência, nem, igualmente, dos alunos da Estácio de Sá e da FACEX, os quais, com suas participações em salas de aula, me proporcionaram momentos de efetivo crescimento profissional.

À minha família, agradeço o apoio, o afeto, o reconhecimento e a compreensão. Aos meus pais Edilson e Ivone, pelo amor incondicional, incentivo e, particularmente, ao meu pai, a quem agradeço pelo exemplo de correção profissional e de fé na justiça. Também de modo especial, a Cauan e Luan, meus filhos, agradeço pelo recíproco afeto e bem querer.

Por fim, a gratidão maior a Deus. A Ele que me iluminou constantemente e colocou em meu caminho anjos da guarda e guias espirituais que estiveram ao meu lado nesta tão exaustiva quanto gratificante caminhada. Ao longo desses dois anos de dedicada busca pelo título de mestre, o grande criador nunca me deixou faltar saúde, entusiasmo e muita força de vontade para viver e concluir essa nova missão.

“É absolutamente certo, e assim o prova a história, que, neste mundo, não se consegue nunca o possível se não se tenta o impossível uma e outra vez”

Max Weber

RESUMO

Já se ousa assegurar que a Constituição da República de 1988 consolidou os direitos da personalidade. Não mais se cogita da negativa de amparo aos direitos imateriais, frente ao imperativo comando advindo do art. 5º da Carta Magna de 88, com relevância para os seus incisos V e X. Deles emergem sobranceiros, com invidiosa precisão, esses direitos da personalidade. Inócuas têm sido as isoladas tentativas de oposição a essa proteção constitucional. Negá-la, ou melhor, restringi-la, como tem feito inexpressiva parte da doutrina e isolados pronunciamentos julgadores, já não se revela cabível. Hoje, mais do que antes, resta pontificado que o ser humano possui direitos da personalidade adquiridos desde a concepção, agregando-se a esta prerrogativa outros elementos que permitem a projeção social de uma determinada personalidade. Tais direitos, ressalte-se, encontram suas bases no princípio da dignidade humana, considerada cláusula geral de proteção da personalidade. Partindo da demonstração dessa realidade, depois de incursionar pela teoria geral dos direitos da personalidade e demonstrar o progresso e o alcance da tutela jurídica que se tem presente em seu favor, o presente estudo tem como objetivo geral, evidenciar a efetividade dessa proteção constitucional. Para tanto, além do apoio doutrinário pertinente, demonstra-se, através de exemplos concretos, subsidiados por selecionada jurisprudência, os caminhos abertos pelo princípio do pleno acesso à justiça. Nesse ponto, reserva-se especial destaque para os instrumentos processuais que têm contribuído decisivamente para a efetivação e eficácia dos direitos da personalidade, realidade que deve se impor em proveito da dignidade da pessoa humana, aqui apresentada como fundamento básico do Estado Democrático de Direito. O ordenamento jurídico brasileiro dispõe da base normativa necessária para proporcionar uma proteção adequada à personalidade, a partir da cláusula geral de sua tutela. Para a plena concretização de sua efetividade, porém, é importante que ocorra uma atualização metodológica e cultural do Direito bem como uma efetiva participação da sociedade na implantação de políticas públicas e privadas, asseguratórias de uma melhor qualidade de vida ao cidadão.

Palavras-chave: direitos da personalidade; eficácia; tutela constitucional; dignidade humana.

ABSTRACT

It dares to ensure that the Constitution of the Republic strengthened the rights of personality. No longer considering the denial of protection to intangible rights, against the imperative command coming from the art. 5 ° of our highest law, relevant to items V and X. Overlooking these emerge with precision, those rights of personality. Innocuous have been isolated attempts of the opposition to this constitutional protection. Deny it, or rather to restrict it, as it has done insignificant part of the doctrine and isolated judgmental pronouncements, no longer prove appropriate. Today, more than before, there is pointed out that if the human being has personal rights acquired from the design, adding to this other identity elements that allow the projection of a particular social personality. Such rights, it is worth mentioning, there are bases on the principle of human dignity that is considered general provision for the protection of personality. Based on the demonstration of this fact, after climbing into the general theory of personal rights and demonstrate the legal protection that has been present in his favor, it is hoped will, general objective, to show the effectiveness of this constitutional protection. At that point, will be reserved for special to the procedural tools that it has made a decisive contribution to the realization and effectiveness of the rights of the personality, a reality that must be imposed for the benefit of the dignity of the human person, presented here as basic foundation of the Democratic State of Law. The brazilian legal system provides the normative basis needed to provide an adequate protection to personality, from the general clause of the protection of the personality. For the achievement of its effectiveness, however, is an important update methodological and cultural of the Right as well as an effective deployment of public policies and private ensuring a better quality of life for citizens.

Key Words: rights of personality; effectiveness; constitutional protection; human dignity.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	011
2 TEORIA GERAL DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE	016
2.1 ORIGEM E EVOLUÇÃO HISTÓRICA E LEGISLATIVA.....	016
2.2 NOÇÕES, CONTEÚDO E OBJETO	025
2.3 A IMPORTÂNCIA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE.....	032
2.4 CARACTERÍSTICAS ESSENCIAIS	037
2.5 CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA	043
3 TUTELA JURÍDICA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE	052
3.1 TUTELA NORMATIVA	052
3.2 A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL AOS DIREITOS DA PERSONALIDADE E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA	055
3.3 DIREITOS DA PERSONALIDADE E O NOVO CÓDIGO CIVIL	060
3.4 TUTELA ESPECÍFICA DAS PESSOAS JURÍDICAS	070
3.5 O PAPEL CRIADOR DA JURISPRUDÊNCIA	073
4 PROBLEMÁTICA DA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE	081
4.1 O DIREITO E SUA EFICÁCIA	081
4.1.1 distinção entre eficácia e efetividade	081
4.1.2 Eficácia e efetividade no âmbito dos direitos da personalidade	083
4.2 A GARANTIA DO ACESSO A JUSTIÇA COMO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL.....	091
4.3 INAFASTABILIDADE DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL	095

4.3.1 Direito de ação e direito ao processo	095
4.3.2 O direito político de petição	098
4.3.3 Proteção através da norma de direito material	102
4.4 INSTRUMENTOS PROCESSUAIS APTOS A ASSEGURAR A EFICÁCIA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE	107
4.4.1 Tutela jurídica múltipla	107
4.4.2 Proteção através da norma de direito processual	110
4.4.3 Uma nova feição da tutela protetiva	113
4.4.4 Outras iniciativas favoráveis a eficácia	116
5 O PAPEL DO JUDICIÁRIO NA PREVENÇÃO E REPRESSÃO DA VIOLAÇÃO AOS DIREITOS DA PERSONALIDADE	121
5.1 A INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO	121
5.2 PANORAMA JURISPRUDENCIAL POSITIVADOR DA CONCRETUDE DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE	123
5.3 PROPOSIÇÕES EM PROVEITO DE UMA MAIOR E PLENA EFICÁCIA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE	134
6 CONCLUSÃO	138
REFERÊNCIAS	146
ANEXOS	152

1 INTRODUÇÃO

O trabalho ora submetido à apreciação, corresponde à dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós Graduação da Universidade Federal do Rio Grande do Norte. A escolha do tema que norteou a presente pesquisa resultou da constatação de reiterados atos, ações e práticas discriminatórias que povoam nosso cotidiano em evidente afronta aos direitos da personalidade.

A idéia tomou corpo, a partir da constatação de que tais afrontas, ao contrario do que se possa pensar, não se encontram destituídas de sanções capazes de inibir a freqüência com que se repetem. Um possível pensamento negativo nesse sentido, ao que se conclui, somente pode tomar corpo, frente a um alheamento da tutela jurídica pertinente, inclusive no que tange a medida processual adequada ou, por outra, diante de injustificável descrédito do funcionamento da justiça. O fato é que, considerando o quadro presente, tornou-se prazerosa a idéia e a subsequente necessidade de se contribuir, com propostas e sugestões, para a credibilidade e efetiva preservação desses direitos da personalidade.

Esse é o propósito deste trabalho: demarcar os principais aspectos doutrinários dos direitos da personalidade, desde sua evolução histórica e até a nova conformação e alcance dispostos no Código Civil de 2002, graças ao monumental impulso proporcionado pela Constituição cidadã, cuja tutela é devidamente destacada.

Por outro lado, serão abordados aspectos de cunho sociológico, sobretudo ao ser desdobrado o fato de que, embora de construção relativamente recente, os direitos da personalidade têm acompanhado as mudanças impostas por uma sociedade que se sofisticou e evoluiu sob vários aspectos. Ou seja, buscar-se-á realçar que, em razão dessa evidência, o ordenamento jurídico passou a se orientar por valores e princípios maiores, sobretudo por

aqueles consagrados pela Constituição. Razão pela qual, o sujeito de direito, nos dias atuais, se vê impelido a manter e proteger uma nova realidade que se abre para a vida, mais do que nunca evidenciada no rol dos direitos da personalidade, conforme pretende-se demonstrar.

Pode parecer surpresa que o processo tenha procurado adequar-se a essa nova realidade da vida e, em consequência, às exigências necessárias à concretização dos direitos sociais. Mas isso vem ocorrendo. Aliás, é possível ir mais além e reconhecer que já predomina a consciência de que o meio realmente eficaz de proteção a esses direitos, e aquele que garanta a sua plenitude através da sua não violação, principalmente em se tratando de direitos da personalidade. Hoje, é possível demonstrar que se tem iniciado e encontra-se em pleno aprimoramento, um verdadeiro processo de aproximação da técnica protetiva, com o firme intuito de inibir a própria conduta (ilícita) desafiadora da proteção constitucional.

Não só a utilização de conhecidos instrumentos, a exemplo do Habeas Corpus e do Mandato de Segurança, assim como as alterações legislativas ocorridas, principalmente no âmbito processual, se oferecem como janelas abertas para a conexão entre o ordenamento processual civil e a Constituição. Com isso, evidentemente aprimora-se, o combate às condutas que desrespeitem os direitos da personalidade, já que presente, como se vê, essa intercessão que viabiliza a leitura do Código Civil e do estatuto processual respectivo, em natural harmonia com a Constituição Federal.

É certo que, o fantástico progresso tecnológico de nossos dias, vai tornando, cada vez mais necessária a proteção aos múltiplos interesses e valores inerentes à personalidade e ao poder criador do homem, igualmente ameaçados pelo incessante aperfeiçoamento e pela rápida difusão dos instrumentos violadores da intimidade física e mental. Também por isso, destaca-se aqui título próprio para a problemática da concretização dos direitos da personalidade.

Assim é que, através da demonstração de que certos instrumentos ou institutos processuais revelam-se adequados e úteis na prevenção e repressão de possíveis ofensas perpetradas em desfavor dos direitos da personalidade, buscar-se-á deixar patente o quanto e possível, dentro de uma natural razoabilidade, fazer valer, concretizar ou preservar esses mesmos direitos. Para tanto, além de trazer à baila pertinentes dispositivos do ordenamento jurídico e lições específicas da doutrina, será oferecido um atualizado quadro jurisprudencial, capaz de revelar o progresso nesse complexo e específico campo do direito constitucional.

Fixados os objetivos aqui esboçados, já se faz possível alcançar que, embora marcado pela busca de uma cientificidade compatível com a proposta pedagógica declinada, ao presente trabalho não foram imprimidas as características de um discurso político, prezo a questão dos direitos da personalidade. A preocupação que se nutre, conforme já sugerido, volta-se para a necessidade de se expor um pensamento, de provocar, de reforçar uma idéia, em proveito do que se tem como “verdade”.

A propósito, seguindo o conselho dos doutos, a preocupação maior que aqui se desenvolve é com a argumentação. Com a demonstração de que os direitos da personalidade encontram-se devidamente tutelados e aptos a produzir efeitos através dos instrumentos processuais declinados. Não se busca, verdade seja dita, persuadir os destinatários deste modesto esforço intelectual. Ao dizer o que se pensa, não se nega a problemática que envolve todo o tipo de procura. Sabe-se que não faltará quem repita e aponte perplexidades em torno da eficácia dos direitos da personalidade. Mesmo assim, evitar-se-á dúvidas em torno do claro e preciso propósito de se demonstrar a viabilidade e concretude desses direitos constitucionais.

Não se nega, com esse propósito, que o debate propiciado pela questão trazida à apreciação, seguramente, parte da convicção de que a Constituição de 1988 submete todos a

um verdadeiro vendaval de perplexidades. E o tema que gira em torno da concretude dos direitos da personalidade ainda não escapou totalmente dos seus efeitos. Até porque reaparece sempre carregado de novas nuances, na medida em que as questões que lhe são ínsitas emergem renovadas, não raramente, configurando temas inéditos, conforme revela a jurisprudência elencada ao final, tendente a demonstrar a realidade aqui esposada.

Por isso mesmo, visando alcançar o objetivo geral proposto, dividiu-se o presente trabalho em seis capítulos. Assim, após a introdução, no segundo capítulo é exposta a teoria dos direitos da personalidade, onde é desenvolvida uma inicial incursão sobre seu conteúdo, origem, evolução, importância, características essenciais e classificação doutrinária.

Numa terceira etapa, a atenção do trabalho se estende na direção da identificação desses mesmos direitos, realçando sua tutela judicial, com ênfase para a proteção constitucional e para nova configuração dada ao tema pelo Código Civil de 2002.

O quarto capítulo ocupa-se, mais precisamente, do problema da preservação legal e da respectiva repressão às violações ao sistema protetivo dos direitos da personalidade. Para tanto, através dos subtópicos que estruturam o corpo da matéria, se tem delineada a defendida eficácia de suas normas, bem como identificados os instrumentos processuais que viabilizam as ações assecuratórias desses direitos constitucionais, tendo presente a inquestionável característica procedimental ou processual da matéria.

No quinto capítulo busca-se demonstrar o papel do poder judiciário na preservação desses direitos, bem como apresentar um atual panorama jurisprudencial acerca das hipóteses que, recentemente, estão sendo submetidas à apreciação do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal. Nesse desfecho, serão acrescentadas, em anexo, no seu inteiro teor, os mais recentes acórdãos originários dessas egrégias cortes, tendo em vista o caráter inovador e

pedagógico que imprimem em favor da concretude dos direitos da personalidade, conforme aqui defendido.

Por fim, remarque-se que a pesquisa levada a efeito, como se pode perceber, tem caráter legislativo, jurisprudencial e bibliográfico, este último iniciado a partir do estudo de obras de Direito Constitucional, de Teoria do Direito, Teoria dos Direitos Fundamentais, Processo Constitucional, Direito e Processo civil.

É essa, portanto, a proposta que se pretende desenvolver, dentro da objetividade que a matéria e a natureza do presente trabalho permitem.

2 TEORIA GERAL DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

2.1 ORIGEM E EVOLUÇÃO HISTÓRICA E LEGISLATIVA

Os direitos da personalidade fazem parte e evoluem paralelamente à história da humanidade. Sem prejuízo para essa realidade, no campo jurídico contemporâneo, aflora indubitavelmente o fato de que a sociedade busca, mais do que nunca, a proteção e efetiva concretização dos seus direitos individuais e, mais do que antes, a prevalência dos direitos fundamentais. Oportuna assim uma breve incursão em torno da evolução desses direitos, através dos tempos.

De início, observa-se que a doutrina aponta certa dificuldade na fixação desse processo evolutivo, considerando que o conceito de personalidade, de fato, não se constituiu objeto das especulações filosóficas que pontuaram toda a trajetória da civilização, tanto grega como romana. Verifica-se que é recente a concepção de pessoa humana como valor universal. Essa constatação é corroborada por Gustavo Tepedino, ao defender a idéia de que se revela contemporâneo o reconhecimento formal da pessoa humana pelo ordenamento jurídico, apesar de ser possível identificar variados graus de proteção ao homem em ordenamentos anteriores, dentro de uma sistemática diversa¹.

Assim, embora moderna essa valorização universal, a proteção à pessoa sempre esteve presente em diversas amplitudes, no âmbito do ordenamento jurídico. Até porque, o direito da

1 - TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. E ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p.23-58.

personalidade, por ser um direito nato, teve facilitada sua positivação e tutela legal, conforme ocorrido ao longo dos anos. Sua tipificação, inclusive, é apontada por alguns autores como uma solução teórica necessária e perfeitamente viável². O fato é que, diante dessa realidade, pode-se afirmar que o direito da personalidade não nasce do direito positivo, mas sim, surge com a própria concepção de pessoa, sendo apenas reconhecido e sancionado pela lei escrita. Seu primeiro fundamento, portanto, encontra-se na pessoa.

FERRARA³ afirma que os direitos da personalidade são os que “asseguram ao indivíduo e sua pessoa, a proteção de sua integridade física e força espiritual” (tradução livre). Por seu turno, os irmãos MAZEAUD⁴ vão além e, embora também afirmem que “os direitos da personalidade são afirmações dos direitos humanos...”, fixaram, no tempo, sua concretude formal, assinalando que foram proclamados inicialmente na Declaração de 1789, no preâmbulo das Constituições Francesas de 1946 e 1958 e na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (tradução livre).

De fato, não existia no direito francês qualquer preceito expressivo acerca de uma possível garantia aos direitos personalidade. Ou seja, não havia uma inclinação expressiva em favor da defesa dos particulares quanto aos aspectos da consideração e respeito ao nome, imagem, ou à vida privada. Exceto, é verdade, algumas referências à violação do domicílio, ao segredo de correspondência e aos ilícitos contra a honra, previstos no Código Penal e na Lei de Imprensa.

2 – TEPEDINO, Gustavo. **A Tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional**, in: Temas de direito civil, 3 ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2004, p. 23-54.

3 – FERRARA, F. **Tratado di diritto civile italiano**. Roma: Athenaeum, 1921, n.82, p. 389. Texto original: “*assicurano al singolo la signoria dela sua persona, i’ attuazione dele proprie forze fisiche e spirituali*”.

4 – MAZEAUD, Henri, Léon e Jean. **Leçons de droit civil**. Paris: Montchrestien, 1972, p. 653. Texto original: “(...) *Les droits de la personnalité son afirmes de los droits de i’homme dans de La Declaration de 1789, Le préambule des Constituions de 1946 e 1958 et la Declaration universelle dès droits de i’homme de 1948.*”

No projeto do Código Civil Francês, ainda segundo informa a doutrina, foram inseridos

dez artigos ligados aos direitos da personalidade. Todos coroados por um preceito legal em vigor, segundo o qual todo e qualquer atentado (ilícito) à personalidade, geraria o direito de exigir sua cessação, sem prejuízo da responsabilidade em que o ofensor pudesse incorrer.

Por seu turno, Raymond Lindon⁵, escritor francês dentre voltado para o tema dos direitos da personalidade, acredita que esses direitos são relativamente novos, situados nos séculos XIX e XX. Afirma que nasceram de atividades ou técnicas relativamente recentes, que não tiveram início senão a partir do último século.

Ocorre que, conforme visto, não há como se limitar os direitos da personalidade a uma conjuntura puramente positivista. O direito não se reduz às normas positivadas, apesar da lei constituir sua maior expressão. Tanto é que os juízes franceses foram os que primeiro se pronunciaram acerca dos atentados a determinados bens pessoais, prerrogativas estas que, anteriormente, ficavam limitadas a proteção de natureza moral.

Ainda a propósito da jurisprudência francesa, oportuno assinalar que devido a forte influência de sua evolução, aos poucos, o reconhecimento de direitos relativos a determinados bens pessoais foi sendo imposto à consciência jurídica, sob a denominação de direitos da personalidade. Ainda que o Código de Napoleão fosse escasso na matéria uma vez que extremamente individualista.

Orlando Gomes⁶, por seu turno, refletindo sobre uma citação de LARENZ, revela que essa preocupação pretoriana, não limitou-se aos tribunais franceses. Diz ele:

5 – LINDON, Raymond. **Une créationprétorienne: les droits de la personnalité**. Paris: Dalloz, 1974, p. 06 e seg.

6 – GOMES, Orlando. **Direitos da personalidade e responsabilidade**. Revista de direito comparado luso-brasileiro, v. 2. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 10.

Na Alemanha, a sensibilidade, depois da guerra, em face de toda sorte de menosprezo à dignidade humana e despreço a personalidade por parte do Estado e a multiplicação dos atentados a esta por particulares em razão dos progressos da

técnica moderna, incentivaram os tribunais a reconhecer, com fundamento em artigos da constituição, o denominado direito geral da personalidade, isto é, o direito da pessoa humana a ser respeitada e protegida em todas as suas manifestações imediatas e dignas de tutela jurídica, assim como sua esfera privada e íntima.

Não obstante essa evolução pretoriana e a adoção de medidas isoladas de proteção, somente a partir do século passado, os direitos da personalidade lograram a ser tratados com a merecida importância e relevo. Objeto, inclusive, de uma sistematização disciplinar, capaz de motivar trabalhos como este que se submete a apreciação.

Retornando-se ao passado, e para que esta breve incursão histórica não fique limitada ao território franco-germânico, oportuno assinalar que o Código Civil Português, em 1867, já revelava uma sutil sistematização dos direitos da personalidade. Mencionado estatuto foi considerado o ponto de partida para a ordenação legislativa das medidas de proteção à pessoa humana no campo privado. Admitia-se, ali, o direito à existência, à liberdade, à associação, à apropriação e à defesa.

Ressalte-se que esse direito à existência englobava não somente o direito à vida e à integridade do homem, mas, também, o seu bom nome, a sua reputação e a sua dignidade moral. Mesmo assim, apesar de ocorrida a cerca de um século e meio de distância, a preocupação portuguesa logo foi qualificada como tímida. Até porque, setores importantes da sociedade, já naquele século dezenove, postulavam no sentido de que os direitos da personalidade fossem tratados com mais abrangência e explicitude.

Por outro lado, embora a doutrina alemã apontasse forte tendência para o reconhecimento de um direito geral da personalidade, o Código Civil alemão de 1900, limitou-se a fazer menção apenas a alguns direitos nesse campo. Em seu § 823, se fez referência a algumas tutelas, tais como o direito à vida, ao corpo, à saúde e à liberdade. Essa limitação deu margem a discussões doutrinárias que, no entanto, não conduziram a um mais

imediate progresso, conforme assinala Jaqueline Sarmiento⁷.

Somente com a promulgação da Lei Fundamental de Bonn (1949), veio o reconhecimento desse direito, em circunstâncias históricas bem conhecidas, uma vez que vinculadas aos graves atentados contra à dignidade humana, ocorridos durante a segunda guerra mundial. Referidos fatos mostram, inclusive, que a violência, a prepotência e a arrogância são de difícil convivência com os direitos da pessoa humana, ainda que se considere o fato de que, naquele momento, a Alemanha, indiferentemente a institutos e prerrogativas humanas, caminhava em direção da conquista da hegemonia mundial. O fator positivo que deflui dessa tragédia humana, cinge-se às respectivas reparações dos danos sofridos pelas vítimas do grande conflito armado, considerando que as iniciativas reparatórias transformaram uma inclinação doutrinária em realidade jurídica.

Resumindo a atual posição da doutrina alemã, Karl Larenz⁸, um dos grandes defensores da existência de um direito geral da personalidade, com propriedade, sustenta que:

O direito geral de personalidade, enquanto direito ao respeito a que se deve atribuir a todo indivíduo como pessoa, é o fundamento de todos os direitos especiais da personalidade, que podem considerar-se como ramificação daqueles que, do ponto de vista lógico-jurídico, tem preferência sobre os mesmos. Na aplicação da lei, têm preferência os direitos especiais da personalidade tão logo que exista a violação a esses direitos bem como a seus limites praticamente determináveis (Tradução Livre).

7 – DIAS, Jaqueline Sarmiento. **O direito à imagem**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 30.

8 - LARENZ, Karl. **Tratado de derecho civil aleman**. Revista de Derecho privado. Madrid, 1978, p.164. Texto original: *El derecho general de la personalidad, em cuanto derecho al respecto que se há de atribuir a todo o individuo como persona, es el fundamento de todos los derechos especiales de la personalidad, que pueden considerar-se como desdo plamiento de aquel, y tiene pó celo, desde el punto d vista lógico-jurídico preferéncia sobre los mismos. Em la aplicacion del derecho tienen preferéncia los derechos especiales de la personalidad em tanto em cuanto si ya existe una violacion de um derecho especial de la personalidad com sus limites difícilmente determinables.*

Ainda no âmbito europeu, impõe-se observar que, indo um pouco mais atrás, constata-se que, no Código espanhol de 1902, foram esboçadas algumas referências aos direitos da personalidade, como no caso da indenização pelos danos em face do atentado à

pessoa. Já no Código Civil italiano de 1942, grande impulso foi dado à sistematização dos direitos da personalidade, em seu livro I, Dell Persone e Della Famiglia, do 5º ao 10º artigo, ocorreu a esperada regulamentação desses direitos, conforme é lembrado por Jaqueline Sarmiento⁹. Segundo ressaltado pela mesma autora, o Código italiano representou grande avanço para o desenvolvimento dos direitos da personalidade. Até porque serviu de inspiração e continua servindo de modelo para vários ordenamentos jurídicos, considerando a forma quase exaustiva como distribuiu as matérias, desdobrando os direitos da personalidade em vários artigos.

De uma forma mais abrangente e fugindo dessa rápida passagem pelos ordenamentos jurídicos dos países mencionados, impõe-se acrescer que, de um modo geral, o estágio atual dos direitos da personalidade é resultado do recente acolhimento do instituto no âmbito privado. Não há dúvidas quanto ao fato de que a evolução desses direitos no âmbito público precedeu o seu acolhimento no âmbito privado. Basta lembrar que os privatistas, de maneira equivocada, chegaram a pensar que a questão dos direitos da personalidade dizia respeito, exclusivamente, aos direitos penal, administrativo e constitucional.

De certa forma, existiam razões para assim se pensar, considerando que a sociedade caracterizava-se por sua natureza nômade e pastoril. A proteção legal, como não poderia deixar de ser, visava a prática dos crimes contra o patrimônio e em desfavor da violência entre indivíduos.

9 – DIAS, Jaqueline Sarmiento. **O direito à imagem**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 35.

Com o desenvolvimento da atividade produtiva, os valores modificaram-se, sobretudo quando o homem passou a fixar-se mais à terra, às cidades, momento em que os bens móveis, dentre outros, passaram a ter maior importância. O fato é que o desenvolvimento, a

urbanização e a subsequente individualização dos interesses pessoais e econômicos, contribuíram para que os privatistas melhor e mais rapidamente acolhessem os direitos da personalidade. Daí, Jaqueline Sarmiento¹⁰ afirmar que, “Diante da impossibilidade de abrigar certos direitos no âmbito público, coube ao direito privado chamar para si esta proteção”.

Em que pese se reconheça a importância dos fenômenos retro mencionados, não se pode deixar de assinalar que os direitos da personalidade, de fato, passaram a ocupar o pensamento jurídico com mais efetividade e, quando da proclamação dos direitos do homem, por ocasião da revolução francesa. Na respectiva declaração, defendia-se o respeito ao indivíduo ante ao absolutismo do Estado. Pensamento este que resumia sua ampla tradição de declarações de direitos, que remonta à Carta Magna do “Rei João da Inglaterra, de 1215. Depois de importantes acontecimentos como o *Bill of Rights* de 1689, a Declaração de direitos da Virgínia e a Constituição dos Estados Unidos em 1787, aparece a proclamação da Carta das Nações Unidas, em 1948 como ápice da evolução desses direitos, uma vez que, a partir daí, os direitos do homem e as liberdades individuais expandiram-se por todo o mundo.

No Brasil, a influência das teorias tipificadoras (positivistas e negativistas) se fez notar ao longo do pensamento doutrinário, voltado para os estudos dos direitos da personalidade, incursões essas que ocorreram em momento bem posterior à preocupação doutrinária européia. Tanto é que a primeira sistematização da matéria somente veio ocorrer no anteprojeto do Código Civil, elaborado por Orlando Gomes, e apresentado em 1963.

10 – DIAS, Jaqueline Sarmiento. **O direito à imagem**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 35.

A partir desse projeto, os direitos da personalidade foram dispostos no livro das pessoas, basicamente em dois capítulos. O primeiro denominado “Dos direitos da personalidade” (art. 29 ao 37) e o outro que cuida somente “Do direito ao nome”(art. 38 ao 44), diferentemente do

que ocorre no atual Código.

Orlando Gomes¹¹ defendia a inclusão desses direitos, destacando a necessidade de expressa proteção à pessoa humana. Ressaltava ele que essa inclusão representava a contemplação de uma rede protetiva já consagrada pelas Constituições e Declarações internacionais.

Num rápido salto para o momento atual, facilmente observa-se que, hoje, a questão é tratada do ponto de vista civil-constitucional, já que as bases normativas da matéria não se restringem ao Código Civil. Decorrem mais do que nunca da Constituição Federal, reflexo de uma efetiva constitucionalização do direito privado, proporcionada pelo denominado neoconstitucionalismo. Fenômeno este que não deve levar ao pensamento de que a proteção da pessoa humana tenha sido fragmentada, já que a real possibilidade de se chegar a uma tutela específica, não se encontra prejudicada.

Até porque, de acordo com Gustavo Tepedino¹², alguns fatores marcam a presença, em nosso ordenamento, de uma “cláusula geral da personalidade”. O reconhecimento da cidadania e da dignidade da pessoa humana como fundamentos da República (CF, art. 1º, II e III), juntamente com as garantias de igualdade material (art. 3, III) e formal (art. 5), “condicionam o intérprete e o legislador ordinário, modelando todo o tecido normativo infraconstitucional com a tábua axiológica eleita pelo constituinte”.

11 – GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 168.

12 – TEPEDINO, Gustavo. **A Tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional**, in: Temas de direito civil, 3 ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2004, p. 47.

Na visão de Danilo Doneda, “tal cláusula geral representa o ponto de referência de todas as situações nas quais algum aspecto ou desdobramento da personalidade esteja em jogo”¹³.

Circunstância esta que estabelece a prioridade que deve ser dada à pessoa humana, “valor

fundamental do ordenamento, nas quais (situações) se traduz a sua incessante mutável exigência de tutela”¹⁴. Por isso mesmo é de se reconhecer que o legislador constitucional preocupou-se com os valores essenciais da pessoa humana, baseando-se na “raiz de longa evolução e com a crescente inserção de novos direitos em seu âmbito”¹⁵.

Bem recentemente, em harmonia com esse mencionado neoconstitucionalismo, cuja apreciação dar-se-á mais adiante, o legislador ordinário incorporou fortemente os direitos da personalidade ao novo Código Civil. Coube, assim, ao direito civil moderno, impelido por uma avançada jurisprudência, voltar suas vistas para os direitos da personalidade. Resta, agora, melhor sistematizar a matéria, considerando que ainda encontra-se dispersa em vários dispositivos legais. Tarefa esta que, embora timidamente esboçada no Código Civil de 2002, está sendo ampliada pelo projeto de Lei n. 6460/02, responsável por substanciais alterações a serem introduzidas naquele diploma legal.

Diante dessa realidade, sem prejuízo para a proteção constitucional, dedicou-se um capítulo inteiro ao tratamento da matéria pelo Código Civil, mesmo tendo-se presente que a intenção do legislador ordinário, a toda evidência, não foi a de aprofundar-se nos preceitos concernentes à matéria, ou mesmo traçar novas definições e alcances, além daqueles constantes da nossa Carta Magna de 88, que assim procede com a “ousadia” que bem

13 – DONEDA, Danilo. **A parte geral do novo Código Civil / Estudos na perspectiva civil-constitucional**. 3 ed, Gustavo Tepedino (coordenador) Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 46.

14 – PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. Rio de Janeiro, Renovar. 1997. p. 155.

15 – BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da Personalidade**. Rio de Janeiro:Forense universitária, 1989, p. 54.

caracterizou o legislador constituinte. Entretanto, não se pode negar que o Código Civil especificou os direitos da personalidade em capítulo próprio, adaptando-os ao prioritário caráter constitucional de modo a permitir que o legislador especial e a jurisprudência,

pudessem absorver da Constituição sua cláusula geral e adaptá-la aos casos concretos. Daí o relevo que se dará à tutela civil e a consagração jurisprudencial da matéria.

2.2 NOÇÕES, CONTEÚDO E OBJETO

A personalidade se resume no conjunto de caracteres do próprio indivíduo. Compreende, assim, a parte intrínseca da pessoa humana. Trata-se de um bem, no sentido jurídico, sendo o primeiro bem pertencente à pessoa¹⁶.

Através da personalidade, a pessoa poderá adquirir e defender os demais bens, múltiplos, variáveis e tão diversos quanto permite a criatividade humana. Diante de uma concepção pedagógica e racional, trataremos, aqui, daqueles bens inerentes a pessoa humana, tais como a vida, a liberdade, a honra e a intimidade, entre outros.

Seguindo a definição adotada por Limongi França, pode-se assegurar que os direitos da personalidade são “as faculdades jurídicas cujo objeto são os diversos aspectos da própria pessoa do sujeito, bem assim as suas emanações e prolongamentos”¹⁷.

16 – TELLES JÚNIOR, Godofredo. **Direito Subjetivo**. Enciclopédia Saraiva de Direito, v.28. São Paulo: Saraiva, 1982. p.315.

17 – FRANÇA, Limongi. **Direitos da Personalidade**. Enciclopédia Saraiva de Direito, v.28. São Paulo: Saraiva, 1982. p.140.

Orlando Gomes, por seu turno, define os direitos da personalidade da seguinte forma:

Sob a denominação de direitos da personalidade, compreendem-se os direitos personalíssimos e os direitos essenciais ao desenvolvimento da pessoa humana que a doutrina moderna preconiza e disciplina no corpo do CC como direitos absolutos, desprovidos, porém, da faculdade de disposição. Destinam-se a resguardar a

eminente dignidade da pessoa humana, preservando-a dos atentados que pode sofrer por parte de outros indivíduos.¹⁸

Quanto à natureza jurídica dos direitos da personalidade, não há como negar a polêmica que a envolve. Os autores consultados são unânimes em atribuir as divergências doutrinárias, quanto à natureza dos direitos da personalidade, à diversidade terminológica desses direitos. Segundo estudiosos da matéria, esse fenômeno seria responsável pelos obstáculos que dificultam um entendimento uniforme em torno dessa questão.

No tocante à origem do termo (direitos da personalidade), Jaqueline Sarmiento Dias¹⁹, em exaustiva pesquisa sobre o direito à imagem como um dos direitos da personalidade, oferece subsídio que merece transcrição:

A expressão “direitos da personalidade” é de origem germânica. Antes da atual denominação, esses direitos foram conceituados das mais diversas formas. Os doutrinadores alemães, na segunda metade de século XIX, os definiram como “*individualrechte*” e “*personlichkeitsrechte*”.

A mesma autora esclarece, ainda, que o termo “direitos inatos” foi adotado pela Escola do Direito Natural, onde os naturalistas defendiam que esse grupo de direitos representava faculdades exercidas naturalmente pelo homem, encontrando-se, assim, tais direitos relacionados com os atributos inerentes a pessoa. A variação evolutiva do termo, de acordo com breve síntese oferecida pela referida autora, segue a seguinte ordem:

18 - GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 131.

19 - DIAS, Jaqueline Sarmiento. **O direito à imagem**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 25.

Tobenas preferiu a terminologia “direitos essenciais da pessoa” ou, então, “direitos subjetivos essenciais”. Para Pugliatti teríamos “direitos personalíssimos” e Campogrande “direitos sobre a própria pessoa”. Ferrara e Gierke acolheram o termo “direitos da personalidade”, sendo exatamente esta expressão utilizada pela doutrina moderna.²⁰

Duas oportunas observações merecem ser enfatizadas, em torno dessa questão. A primeira é concernente ao fato de que a Alemanha adotou um direito geral da personalidade enquanto os demais países adotaram um processo de especialização desses mesmos direitos. A segunda, refere-se a advertência formulada por DE CUPIS²¹, no sentido de que os termos “direitos personalíssimos” e “direitos pessoais” não se prestam para designar os direitos da personalidade, pois os primeiros servem para denominar o direito *intuitio personae*, enquanto o segundo existe para conceituar outros direitos, além dos direitos da personalidade.

Efetivamente, mencionadas expressões são utilizadas para designar diversos outros direitos intransmissíveis, com exclusão de qualquer direito patrimonial. Do mesmo modo, o termo “direitos inatos”, também não deve ser entendido como direitos da personalidade, uma vez que a modificação dos conceitos morais (considerada a forma como o ser humano é inserido na sociedade) tem efetiva influência no âmbito dos chamados direitos essenciais à personalidade. Em verdade, quando os direitos se revestem dessa mencionada essencialidade, não somente tomam lugar próprio no ordenamento jurídico, como também adquirem uma disciplina própria para garantir-lhes o adequado destaque, comum à todos os demais direitos da pessoa humana. Por este motivo os direitos da personalidade se vinculam ao direito positivo, tal como os outros direitos subjetivos, descabendo, assim, denominá-los como “direitos inatos”²².

20 - DIAS, Jaqueline Sarmiento. **O direito à imagem**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 25.

21 – DE CUPIS, Adriano. **Os direitos da Personalidade**. Lisboa: Moraes, 1971. p, 17.

22 – Ob Cit., p, 18.

Na sequência dessa abordagem específica, assinala-se que muitos autores preferem se referir aos direitos da personalidade como direitos relativos à propriedade imaterial, incluindo neste âmbito todos os direitos cujo objeto fosse incorpóreo. Outros, adotando certa variação para essa corrente, entendiam que toda lesão praticada contra um crédito ou contra a

propriedade, ao mesmo tempo, implicaria numa lesão à pessoa do seu titular, vindo daí a idéia de que os direitos da personalidade estão intimamente ligados a todo direito privado.

FERRARA²³, por seu turno, concebendo os direitos da personalidade como direitos absolutos, tal como os direitos reais, desenvolveu uma teoria segundo a qual o objeto dos direitos da personalidade não estaria na pessoa, repousaria fora dela, mais precisamente no dever da coletividade de respeitar esses direitos, constituindo-se uma obrigação geral negativa de acatar e de não violar os diversos direitos inerentes a qualquer pessoa.

Num ponto, entretanto, converge majoritária doutrina, firme ao reconhecer que os direitos da personalidade possuem a função de assegurar, ao sujeito, o domínio sobre uma parte da própria esfera da personalidade, envolvendo, assim, as suas mais importantes características.

Dentro desse panorama, e atentando para tudo que, até aqui, foi dito, pode-se assegurar que constituem-se direitos da personalidade, aqueles reconhecidos ao homem, visando a defesa de valores inatos, como a vida, a intimidade, a honra e a integridade física e mental. Com eles, é dada às pessoas a possibilidade de adquirir direitos e contrair deveres, acepção que leva a personalidade a ser considerada como a capacidade de as pessoas possuírem direitos e obrigações, objetivando, assim, pressuposto básico de todos os demais direitos.

23 – FERRARA, Francesco. **Tratado di Diritto Civile Italiano**. V.1, parte 1, Roma:Athenaeum, 1921. p, 397.

Não há como se deixar de realçar que, por outro lado, a conceituação de personalidade pode conduzir a um conjunto de atributos humanos que ultrapassam a idéia de personalidade jurídica, uma vez que se constitui algo natural à todos os serem humanos. A propósito, é o

próprio dicionário de política que define a personalidade como “o conjunto de características psicológicas e consistentes que determinam a individualidade pessoal e social de cada pessoa”²⁴. Por essa segunda acepção, como se vê, a personalidade constitui-se atributo genérico e comum a todo ser humano, na mais ampla acepção, desligada, assim, da noção jurídico-legal admitida pela primeira corrente.

Na hipótese, considerando a natureza do presente trabalho, e independentemente dos possíveis acertos encontrados nas duas acepções, preferimos abordar o tema a partir da orientação adotada pelo Código Civil, sem esquecer de que os direitos da personalidade são subjetivos e titulados por todas as pessoas. Concepção que resulta de uma evolução iniciada com dificuldades de caráter ideológico, considerando que determinados autores chegam a negar a existência desses direitos, sob a alegativa de que, havendo direito do homem sobre a própria pessoa, justificar-se-ia, até mesmo, o suicídio. Equívoco este que peca por excessiva primariedade, pois como se sabe, os direitos inerentes à pessoa são dotados de certas particularidades que limitam a própria ação do titular.

Quanto ao fim, no sentido de exaurimento desses direitos da personalidade, merece registro a advertência de BITTAR FILHO, ao assegurar que os direitos da personalidade, de modo geral, “terminam com a morte do titular, fato que ocorre quando se verifica parada irreversível da circulação e da respiração”²⁵.

24 – BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. [Dicionário de política](#). v.2. 8.ed. Brasília: UNB, 1995, p. 86.

25 – BITTAR FILHO, Carlos Alberto. BITTAR, Carlos Alberto. **Tutela dos direitos da personalidade e dos direitos autorais nas atividades empresariais**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 18.

Esse entendimento, contudo, comporta algumas exceções citadas pelo próprio BITTAR FILHO, que assinala, entre elas: “as representadas pelos direitos ao corpo, a parte deste a imagem, relativamente aos quais subsistem efeitos *post mortem*; no que se refere ao direito

moral do autor que produz efeitos *in aeternum*²⁶.

Ressalte-se, por outro lado, que ninguém nega o fato desses direitos da personalidade alcançarem, não só o nascimento com vida, mas também, salvaguardarem, desde a concepção, os direitos do nascituro. Do mesmo modo, também já não comporta oposição o reconhecimento que, às pessoas jurídicas, são assegurados direitos a marca, aos símbolos e a honorabilidade das respectivas empresas, individuais ou coletivas, desde que legalmente constituídas, tudo conforme será exposto mais adiante no tópico 3.4 do próximo capítulo.

Por fim, ainda à título de registro inicial, oportuno remarcar que os direitos da personalidade, inseridos no rol dos direitos individuais do cidadão, constituem-se direitos fundamentais e, como tal, são merecedores de ampla, profunda e constante proteção. Até porque, a personalidade, também alimentada pelo processo de “constitucionalização do direito civil”²⁷, hoje, se vê elevada à condição de verdadeiro valor fundamental, indubitavelmente consagrado por nosso ordenamento jurídico. Aliás, esse valor fundamental, devidamente tutelado pela Constituição de 88, volta-se, originariamente, para a finalidade de se criar limites para o próprio poder político, tendo em vista sua capacidade de também ofender a pessoa como indivíduo e cidadão.

26 – BITTAR FILHO, Carlos Alberto. BITTAR, Carlos Alberto. **Tutela dos direitos da personalidade e dos direitos autorais nas atividades empresariais**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 18.

27 – PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p, 155.

A propósito, Eduardo Pinto²⁸ refere-se à dignidade da pessoa humana como algo capaz de transpor as relações de poder, merecedora de respeito que, inclusive, deve independer de formalismos jurídicos. Diz ele:

a tutela jurídica funda-se na lei e depende dela. Os direitos da personalidade são um reconhecimento da dignidade da pessoa, apesar e além das relações de poder, e devem ser respeitados, independentemente de qualquer formalismo, positividade ou tipicidade.

Como se pode concluir, inexistente razão para se exigir uma hierarquia positiva de normas, com a Constituição no topo, para que, só assim, possamos confrontar regimes jurídicos e, em consequência, evitar a degradação da condição da pessoa humana e a subsequente defesa jurídica dos direitos da personalidade. O fato da defesa da pessoa haver sido exercida bem antes da idéia de Constituição, bem revela o acerto da afirmação retro transcrita.

Por fim, dentro dessa noção do seu conteúdo e objeto, importa assinalar, no plano da prevalência, importante conclusão a que se chega com antecedente apoio nas palavras de Eduardo Pinto²⁹. Diz ele que: “Os direitos da personalidade não se confundem com os direitos pessoais (os direitos da personalidade são direitos da pessoa, mas a maioria dos direitos pessoais não são direitos da personalidade)”. Não se confundem, e o que é mais importante, estes últimos, cedem passo aos primeiros.

Dentro desse raciocínio, justifica o mesmo autor, assegurando que os direitos pessoais encontram-se dentro de uma categoria vaga, ampla e de essência negativa, sem base moral

28 – PINTO, Eduardo Vera-Cruz. **Considerações Genéricas sobre os direitos da personalidade**. R. CEJ, Brasília, n. 25, p. 70-73, abr./jun. 2004. Disponível em: < <http://www.cjf.jus.br/revista/numero25/artigo09.pdf> >, acesso: 30/10/2011.

29 – Ob Cit.

necessária, embora sejam os que melhor se contrapõem aos direitos patrimoniais. Por isso mesmo, aqui também se conclui, no que tange aos direitos da personalidade, que sua prevalência quando em confronto com os direitos patrimoniais, revela-se indubitosa e pacificamente aceita pela jurisprudência, conforme se demonstrará no capítulo pertinente ao panorama jurisprudencial.

2.3 IMPORTÂNCIA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Sem prejuízo para tudo que aqui já se disse, remarque-se que o questionamento ou a discordância acerca da existência (ou não) dos direitos personalíssimos e, conseqüentemente, de um direito sobre eles, não tem mais razão de existir. É que os direitos da personalidade não só existem, como possuem indubitosa importância jurídica, social e econômica, cabendo aos ordenamentos, como se tenta fazer no Brasil, tão somente adequar e sistematizar, de maneira explícita e atual sua proteção legal.

Voltando a um distante passado, e procurando realçar a importância dos direitos da personalidade (no caso, o direito à própria imagem), sem maiores preocupações com possíveis resultados pedagógicos, Álvaro Barbosa³⁰ cita o caso do orador grego Hipérides que fez absolver a cortesã Frinéia, sem alegar, em sua defesa, qualquer palavra. Hipérides apresentou apenas a cortesã nua aos juízes que, diante da sua imagem, convenceram-se de uma suposta inocência. Com esse exemplo Álvaro Barbosa procura demonstrar como a imagem é capaz de proporcionar todo o tipo de comunicação que se revele necessária.

30 – BARBOSA, Álvaro A. C. Notaroberto. **Direito à própria imagem**. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 2.

Mas não se faz necessário recorrer á Frinéia para que se obtenha a verdadeira dimensão e importância dos direitos da personalidade, ainda que no plano específico da imagem. A atual grandiosidade do sistema globalizante, com conseqüências também no campo da comunicação, tem causado grande impacto na vida das pessoas. O homem-consumidor de hoje, sobretudo aqueles menos esclarecidos não raramente, tem ficado a mercê da própria sorte.

As relações humanas alargam-se e, por incrível que pareça, as violações aos direitos da personalidade, adotam nova feição mas, infelizmente, continuam a ocorrer. Enquanto isso o cidadão (seja qual for sua nacionalidade), busca proteção legal para seus direitos fundamentais. Iniciamos o século da busca incessante da proteção aos valores inerentes à personalidade. A dignidade da pessoa humana tornou-se uma necessidade imediata.

Embora essa eclosão da sua importância pontifique nos dias atuais, forçoso reconhecer que os direitos da personalidade constituem-se produto de um longo processo evolutivo que remonta a tempos imemoriais. Pode-se, inclusive, dizer que, conforme anota Walter Moraes³¹, teriam, de certa forma, passado pelo mesmo processo evolutivo pelo qual passou a noção de pessoa, uma vez que os direitos da personalidade tratam de valores relacionados àquela.

A propósito, não se pode deixar de considerar que a pessoa natural, como se tem visto, tornou-se verdadeiro código numérico, com acesso aos meios de informações eletrônicas, parte de um imenso rebanho consumerista. Idéia essa favorecida pela terrível ameaça que, segundo Orlando Gomes³², “ pesa sobre a individualidade intelectual e moral do

31 – MORAES, Walter. **Concepção tomista de pessoa; um contributo para a teoria do direito da personalidade**. Revista Forense, São Paulo, nº 590, dezembro de 1984, p 19.

32 – GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999. p. 149.

homem, em conseqüência de conquistas científicas e técnicas que permitem até a própria desintegração da personalidade”.

Em contraponto a essa “ameaça”, bem como em resposta a alguns abusos perpetrados por países democráticos – por contraditório que possa parecer -, despontam idôneos sinais de importância da tutela dos direitos fundamentais da pessoa humana. A própria Declaração Universal dos Direitos Humanos revela esse valor ao consagrar o entendimento de que a existência da pessoa natural perde o seu significado, caso não seja concedido aos seres humanos uma vida digna e respeitável. Daí a lição de Andreas von Thur, apontada por Rui Stoco³³, de que “o corpo e a vida, a liberdade, a honra, etc, são objetos cuja proteção constituem problema fundamental de todo o ordenamento jurídico” (tradução livre).

Lapidar lição nesse sentido, adverte que a sociedade foi construída pelo homem e existe em razão dele. Por isso mesmo, tantos países adotam essa tutela específica, sendo que alguns, como a Itália, chegam quase a perfeição sistemática segundo assinala Orlando Gomes³⁴. *Verbis*:

Se encontram em alguns Códigos do século XX, como o suíço, o japonês, o helênico e o egípcio, algumas disposições atinentes aos direitos da personalidade. É no Código Civil italiano que sua disciplina recebe ampla sistematização e seus novos aspectos se contemplam com laivos de originalidade em relação aos atos de disposição do próprio corpo (art. 5º) e à repressão aos abusos de exposição e publicação da imagem das pessoas (art. 10).

O estudo e o reconhecimento da importância dos direitos da personalidade, desdobra-se em duas razões principais. Conhecê-los para respeitá-los, tanto quanto para bem defini-los,

33 – THUR, Andreas Von apud STOCO, Rui, **Tratado de Responsabilidade Civil, Responsabilidade Civil e sua Interpretação Doutrinária e Jurisprudencial**. 5 ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p, 1320. Texto original: “*el cuerpo y la vida, la libertad, el honor etc., son objeto cuya protección constituye el problema fundamental de todo ordenamiento jurídico*”.

34 – GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999. p. 149.

a fim de evitar ou coibir seu mau uso. Entre outros exemplos marcantes dessa necessidade, emerge o episódio ocorrido em 11 de setembro de 2001, nos Estados Unidos. Atribuiu-se aquele ato terrorista ao uso criminoso das amplas liberdades existentes naquele país. Mesmo assim, em contraponto, não há como se justificar que, em decorrência daquele fato, os direitos fundamentais da pessoa, conquista memorável do ser humano na trajetória da história, sejam suprimidos ou restringidos, em detrimento de toda a sociedade, conforme revelou a revista veja em reportagem intitulada “Coisas que o terror mudou no mundo”³⁵.

Não há como esquecer que a inclinação para tutelar os valores fundamentais da pessoa, constitui-se característica do mundo civilizado. De povos que sabem que essa tutela constitui-se uma das mais valiosas conquistas da civilização. Por isso mesmo tem considerado que, quanto melhor for o sistema normativo de defesa dos valores da pessoa, maior será o grau de civilização do povo que os codificou. Ou seja, como lembra Rui Stoco³⁶:

a doutrina, a jurisprudência e mesmo a legislação dos povos cultos, como anota Fábio Maria de Mattia, evoluiu no sentido de reconhecer ações específicas, de natureza negatória e declaratória, destinada a negar e a afirmar a existência, *in casu*, dos diversos direitos da personalidade.

O Brasil, pelo menos em parte, parece ter assimilado a necessidade dessa evolução, uma vez que, após a Constituição de 1988, iniciou um processo de reconhecimento da importância dos direitos da personalidade. Basta ver que se tem dado seguimento, com maior ênfase, ao longo do processo de transformação do Estado patrimonial para o estado democrático, através de caminhos que se revelam bem presentes. Exemplo bem marcante,

35 – Na edição de nº 1972 de setembro de 2006, ano 39, nº35, p. 82/96, a revista veja revela o fim da privacidade nos EUA, após cinco anos dos ataques terroristas que derrubaram as torres do World Trade Center em Nova York.

36 - STOCO, Rui, **Tratado de Responsabilidade Civil, Responsabilidade Civil e sua Interpretação Doutrinária e Jurisprudencial**. 5 ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p, 1322.

é o oferecido pela Política de Transferência de Rendimentos (bolsa-família) para as classes menos favorecidas, iniciativa que, embora não se volta para a verdadeira causa da desigualdade social, representa um recomeço.

Como se pode concluir, mediante a implementação e efetiva concretização dos direitos da personalidade, o próprio Estado cresce junto com seu povo, mostrando-se digno de reconhecimento internacional. O que não pode ser esquecido é que o suporte fático de toda atividade no mundo gravita em torno da pessoa, seja ela natural ou jurídica, e o nosso universo normativo, social e econômico vive em razão da “personalidade” de que essas pessoas são detentoras. Em verdade, é difícil fazer a personalidade conviver com a miséria, com o abandono generalizado. É preciso dotá-la de “forças espirituais”, de valores morais aptos a propiciar meios de “crescimento” dessas pessoas na esfera axiológica, ou seja, no que pertine a esses mesmos valores morais³⁷.

Por isso mesmo, Rudolfo Eucken³⁸, adverte:

não podemos sair deste estado de coisas senão esforçando-nos por atingir uma vida superior a estas dificuldades, uma vida capaz de lutar contra a dispersão dos elementos e de discernir o justo e o injusto em toda organização isolada.

Reconhecedores desta real importância dos direitos inerentes à personalidade, os novos ordenamentos jurídicos estão sendo direcionados no sentido de oferecer à pessoa

37 - Segundo Paulo Luiz Netto Lôbo, em seu artigo “**Danos Morais e Direito da Personalidade**”, in *Grandes Temas da Atualidade – Dano Moral*, obra coordenada por Eduardo de Oliveira Leite, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002, p. 349: “uma das mais promissoras tendências nos estudos de direito civil aponta para a necessidade em ter a pessoa como fundamento das relações civis, perdendo o patrimônio a primazia que sempre desfrutou nas grandes codificações. Assim, o patrimônio, ou os bens econômicos, assumem o papel de elemento complementar dos suportes fáticos previstos nas normas jurídicas”.

38- EUCKEN, Rudolf. **O Sentido e o Valor da Vida**. Rio de Janeiro: Editora Delta, 1962, p 111.

humana, verdadeiros e efetivos suportes para o seu processo de crescimento, de maneira que possa canalizar toda sua atividade produtiva, em benefício de uma idéia pluralista. Esses novos paradigmas, ressalte-se, somente serão alcançados e de possível concretização, se valorizarmos corretamente a personalidade da qual as pessoas são detentoras.

Por esse motivo, centrado nessa perspectiva, Luiz Edson Fachin³⁹ assinala que:

O amadurecimento das interrogações é o caminho adequado para respondê-las ou afastá-las por impertinentes. O restaurar a primazia da pessoa é assim o dever número um de uma teoria do direito que se apresente como teoria do direito civil e é esta centralização do regime em torno do homem e dos seus imediatos interesses que faz do direito civil o foyer da pessoa, do cidadão mediano, do cidadão puro e simples.

Fácil constatar a efetiva importância da personalidade como fator de emancipação social. Seus respectivos direitos resultam do gradativo acompanhamento das transformações sociais, razão pela qual o princípio da dignidade humana representa construção que deve continuar se desenvolvendo ao longo da história. Não devemos nem podemos pensar em retrocesso, sobretudo quando essa construção valorativa encontra-se alicerçada em valores axiológicos e na firme disposição das pessoas de construir um mundo melhor⁴⁰, mais justo, mais solidário e mais equânime.

2.4 CARACTERÍSTICAS ESSENCIAIS

39 - FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2000, p. 218.

40 - EUCKEN, Rudolf. **O Sentido e o Valor da Vida**. Rio de Janeiro/RJ, Editora Delta, 1962, p. 111.

O artigo 11 do novo Código Civil exprime três características dos direitos da personalidade, sendo elas a intransmissibilidade, a irrenunciabilidade e a indisponibilidade. A doutrina, contudo, reconhece várias outras características, dentre elas são apontadas as que defendem que os direitos da personalidade são necessários, imprescritíveis, absolutos, inatos, impenhoráveis, inexpropriáveis e ilimitados. Esta última, uma característica marcante, uma vez que os direitos vinculados à personalidade não podem ser delimitados, estabelecidos e exaustivamente apontados, considerando que o progresso e a constante mutação social torna inócua essa tarefa.

Orlando Gomes⁴¹, em uma das inúmeras oportunidades em que se debruçou sobre a matéria, depois de se assegurar que os direitos da personalidade constituíam uma categoria a parte das formas tradicionais de Direito Privado (por não se enquadrarem entre os direitos pessoais ou reais), reconhece a existência de algumas características encontradas em todos os direitos da personalidade. Segundo o referido professor, os direitos da personalidade podem ser classificados como: absolutos, extrapatrimoniais, intransmissíveis, imprescindíveis, impenhoráveis, vitalícios e necessários. Os caracteres arrolados por Orlando Gomes, realmente, são comuns a todos os direitos de personalidade, já que a falta de algum deles, afastará a possibilidade de conceituação como tal, considerando que os caracteres apontados pelo mestre baiano integram a essência dessa categoria de direitos.

Passando ao exame dessas características, é de se reconhecer que, de fato, os direitos da personalidade são absolutos, pois são exercidos com exclusividade pelo seu titular. Enquanto em razão da sua própria natureza, *erga omnes*, sendo certo que todas as demais

41 - GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p132.

peças são sujeitos passivos de uma respectiva obrigação. Noutras palavras, são aponíveis a todos, têm efeito contra todos⁴².

São extrapatrimoniais porque, embora alguns direitos decorrentes da personalidade tenham valor econômico, como por exemplo, a imagem e a voz, estão eles fora do patrimônio, não respondendo pelas dívidas do titular do direito, uma vez que não se revela possível penhorar a imagem ou o nome de uma pessoa. Por não serem patrimoniais e constituírem direitos subjetivos são, em consequência, intransmissíveis. Pode-se até ceder o uso de alguns desses direitos, como as já citadas imagem e voz, todavia, não há como transmiti-los em definitivo, pois fazem parte da própria pessoa, de forma que não pode ela, por exemplo, vender ou transmitir esses bens naturais para outra pessoa.

Quanto à indisponibilidade dos direitos da personalidade, forçoso reconhecer que essa característica não pode ser reconhecida como absoluta, porquanto o próprio ordenamento jurídico se encarrega de autorizar a relativização desses direitos. Exemplo significativo dessa faceta é encontrado no fato de uma obra intelectual poder ser divulgada e comercializada por outrem, desde que observados os direitos do autor.

Oportuno acrescentar, quanto a essa indisponibilidade, que os direitos da personalidade não podem regredir à condição de uma ilimitada negativa, dentro da concepção de que é aponível a todos.

Ressalte-se a lição de Pietro Perligiere⁴³. Dentro desse contexto negatário, diz ele:

42 – O conteúdo da referida expressão, no sentido de serem os direitos da personalidade aponíveis a todos é definido por: DIOCLECIANO, Torrieri. **Dicionário Técnico Jurídico**. Rio de Janeiro: Rideel, 2009, p320.

Na enunciação do direito de procurar, para si, as coisas necessárias para viver, encontra-se uma perspectiva diversa: não só existência mas também necessidade de subsistência. Face humanitária essa, limitada a de tipo iluminista, que todavia exprime o conhecimento de que o discurso sobre a pessoa não se possa exaurir em uma simples liberdade negativa: Discorre-se sobre o direito de procurar, para si, as coisas necessárias para viver.

Sua imprescritibilidade decorre do fato de que, ainda que o titular se abstenha de exercer mencionados direitos e essa abstenção percorra longos anos, mesmo assim, poderá ele exercitar a prerrogativa de defender seus direitos, até porque uma eventual demanda judicial não será obstada por um período de transição entre o ato e a lesão aos direitos da personalidade. Ou seja, uma possível pretensão ressarcitória não se extinguirá em virtude da chamada convalescença da lesão aos direitos da personalidade.

Quanto a vitaliciedade, é importante ressaltar que personalidade jurídica termina com a morte da pessoa. O legislador aceita que o momento da morte seja fixado a partir de critérios definidos pela Ordem dos Médicos nos termos do disposto na norma do art. 12 da Lei n. 12, de 22 de abril de 1993⁴⁴, sobre colheita e transplante de órgãos e tecidos de origem humana. Quanto a esse ponto, há entendimento jurisprudencial posto no sentido de que alguns direitos relativos à personalidade subsistem *post mortem*, sendo possível, assim, sua transmissão por sucessão. Em consequência, o momento da morte, certificado por agente legalmente habilitado, determina a cessação da personalidade jurídica.

O nosso Tribunal Constitucional⁴⁵ já se posicionou no sentido de que não se pode reconhecer direitos de personalidade ao cadáver nem, muito menos, admitir a sua

43 – PERLINGIERI, Pietro. **La Responsabilità Umana Nell'ordinamento Giuridico**. 2 ed. Nápoles:ESI, 1982. P. 40.

44 – PERLINGIERI, Pietro. **La Responsabilità Nell'ordinamento Giuridico**. Nápoles:ESI, 1982. P. 40.

45 – BRASIL. **LEI n. 12, de 22 de abril de 1993**, disciplina a colheita e transplante de órgãos e tecidos de origem humana.

transmissibilidade. Sendo os direitos da personalidade reconhecidos unicamente à pessoa, não podem ser outorgados a quem perdeu essa qualidade. Posição essa que funciona como limite negativo à possibilidade de o poder judicial aceitar um pedido de condenação de alguém por atentar contra a dignidade pessoal de um cadáver. Esse direito supõe a pessoa e, por consequência, se faz intransmissível, observada, no entanto, a exceção jurisprudencial antes mencionada, vinculada ao momento do ajuizamento de determinada demanda.

Situação diferente é a de pessoa titular dos direitos da personalidade, que, em vida, opõe-se à utilização do seu cadáver e do seu nome para fins que considera ofensivos à sua pessoa. Na atual arquitetura normativa, o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana serve de âncora para a defesa desses direitos, hoje, dispostos em capítulo específico do Código Civil. A nova conformação legislativa para o exercício *post mortem* dos direitos da personalidade faz depender essa possibilidade, conforme já assinalado, das diligências que a pessoa faz em vida para que, assim, se possa avaliar se o conteúdo essencial daqueles direitos mantém-se depois da morte. Ressalte-se que, no plano internacional, nem sempre é assim. Diferentemente ocorre, por exemplo, no direito português, onde somente no caso da ofensa atingir a família do morto, é que se pode cogitar da respectiva legitimidade processual. É o que assinala Eduardo Pinto⁴⁶, conforme se vê assegurar:

no art. 71 do Código Civil português, a proteção aos direitos da personalidade do morto resulta da possibilidade de dano à sua família, que, nesse caso, tem legitimidade processual para atuar em sua defesa, protegendo-se. Logo, a proteção legal é dada não à pessoa que foi, mas à sua família

46 – PINTO, Eduardo Vera-Cruz. **Considerações Genéricas sobre os direitos da personalidade**. R. CEJ, Brasília, n. 25, p. 70-73, abr./jun. 2004. Disponível em: < <http://www.cjf.jus.br/revista/numero25/artigo09.pdf> >, acesso: 30/10/2011.

Voltando às características arroladas por Orlando Gomes, acresça-se mais uma, agora sugerida por Pontes de Miranda⁴⁷. Segundo ele, a irrenunciabilidade também constitui-se característica dos direitos da personalidade; considerando que estas se confundem com a própria pessoa e, como ninguém pode renunciar a si próprio, essa característica se torna imperiosa. Por isso mesmo, de forma bem objetiva, Adriano de Cupis⁴⁸ sentencia: “os direitos da personalidade não podem ser eliminados por vontade de seu titular”. Diante desse quadro e considerando que não se faz possível colher harmonia doutrinária quanto a essas características, oportuno identificar aquelas cuja menção se revela predominante. Os direitos da personalidade são, portanto:

- 1) **Irrenunciáveis**: O titular jamais poderá renunciar-lhe aos seus direitos, restando-lhe, tão somente, admitir restrições temporárias, não absolutas, incapazes de violar a dignidade humana. O artista poderá, portanto, ceder a sua imagem, desde que não seja para sempre;
- 2) **Indisponíveis relativamente**: O titular poderá dispor de algum dos seus direitos, desde que não seja de forma permanente e não viole direito da personalidade humana.
- 3) **Absolutos**: No sentido de que devem ser respeitados por todos, independentemente, portanto, de qualquer relação jurídica. São oponíveis *erga omnes*, contra todos, não estando fundados numa relação, o titular pode manejá-los em qualquer direção. Mesmo diante desse caráter absoluto, esses direitos são susceptíveis de limitações, uma vez que todo direito é necessariamente limitado.
- 4) **Impenhoráveis**: Em razão da própria não alienação, não são passíveis de penhora, conforme dispõe o art. 649, I, do Código Civil.

47 – MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. p7.
48 - DE CUPIS, Adriano. **Os direitos da Personalidade**. Lisboa: Moraes, 1971, p 52.

5) **Extrapatrimoniais:** O seu conteúdo não tem valor econômico, porém a sua violação gera direito a compensação financeira, resultante do chamado dano moral, lesão essa que sempre decorrerá do direito da personalidade.

6) **Vitalícios:** Os direitos da personalidade são inatos e permanentes, acompanhando a pessoa desde seu nascimento até sua morte.

7) **Imprescritíveis:** Não se extinguem em consequência da inação do titular, entretanto em relação a reparação patrimonial, incidirá o prazo prescricional de três anos, o que não fere o caráter imprescritível desses direitos personalíssimos, conforme dispõe o art. 206, inciso V, do Código Civil.

8) **Intransmissíveis:** Não podem ser objetos de alienação entre vivos (gratuita ou onerosa), exatamente em função de sua natureza personalíssima. Quanto a possibilidade de sua transmissão por sucessão, reitera-se o registro jurisprudencial ante formulado.

2.6 CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

Antes de sugerir uma efetiva e completa classificação dos direitos da personalidade, se faz necessária uma breve demonstração da divergência doutrinária existente no que pertine à tipificação desses direitos. É que, como já aventado, existem duas teorias acerca da tipificação dos direitos da personalidade: a teoria monista e a teoria pluralista.

Segundo os monistas só há um direito da personalidade, unidade esta que irradia diversos aspectos regulados por lei. Portanto existe apenas um direito geral da personalidade, já que cada uma das facetas que esse direito apresenta é intrínsecas à pessoa. Desta forma, o

ordenamento jurídico tutela, de forma genérica, à personalidade e suas diversas faces, devendo a denominação dada a essa categoria ser a de direito da personalidade e não direitos da personalidade.

Já para a teoria pluralista, os direitos da personalidade são constituídos por vários ramos ou segmentos, devendo cada um, especificamente, ser tutelado, já que se referem a necessidades diversas da pessoa. Dessa forma, cada um dos direitos deve receber tutela jurídica própria, descabendo cogitar-se de uma proteção genérica da personalidade, daí a denominação direitos da personalidade e não direito da personalidade.

Gustavo Tepedino⁴⁹ tece críticas a essas teorias que para ele estão arraigadas no modelo voluntarista. Tentam adequar a categoria dos direitos da personalidade a dogmática dos direitos subjetivos patrimoniais, ou seja, buscam garantir uma tutela de cunho patrimonial. Diz ele:

O que se verifica, a rigor, do debate antes enunciado em torno das diversas correntes que buscam explicar a conceituação, o objeto e o conteúdo dos direitos de personalidade, é que todas elas se baseiam no paradigma dos direitos patrimoniais: ora se entende que, como o direito de propriedade, o direito em tela deve compreender uma série de atributos que, como no caso do domínio, são postos à disposição do titular – sem que se possa fracionar o poder dominical em vários direitos; para, ao revés, entende-se que, tal qual o patrimônio, a universalidade de direitos não justifica a *reductio in uno*, sendo certo que uma única massa patrimonial comporta tantos direitos quantos distintas relações jurídicas possam se identificadas, à luz dos interesses em jogo – ainda que entre tais relações jurídicas haja um vínculo orgânico.

O legislador constituinte brasileiro, ainda segundo TEPEDINO⁵⁰, ao eleger o princípio da dignidade da pessoa humana e a cidadania como um dos fundamentos da

49 - TEPEDINO, Gustavo. **A Tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro**. In: TEPEDINO, Gustavo. Temas de Direito Civil. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 45.

50 – Ob Cit, mesma página.

República, indubitavelmente quis proteger a pessoa humana em todos os seus aspectos, não estando vinculado a um único direito subjetivo ou a vários direitos da personalidade. A proteção, portanto, deve ser ampla, quer com o direitos subjetivos, quer como inibidor de atos que violem os direitos da personalidade, ou como meio de promover os aspectos da personalidade.

Corroborando o pensamento de TEPEDINO, acresce César Fiuza⁵¹ que:

Os direitos da personalidade, mesmo considerados direitos subjetivos, não podem ser comparados aos modelos clássicos de direitos subjetivos pessoais ou reais. Tampouco se deve moldurá-los em situações tipo, reprimindo apenas sua violação. Também será inconsistente a técnica de agrupá-los em um único direito geral da personalidade, se o objetivo for o de superar o paradigma clássico, baseado no binômio lesão-sanção. Há de se estabelecer uma cláusula geral de tutela da personalidade, que eleja a dignidade e a promoção da pessoa humana como valores máximos do ordenamento, orientando toda a atividade hermenêutica.

Vê-se, portanto, que o modelo clássico é apontado como insuficiente para proteger, de forma ampla, os direitos da personalidade. Se forem considerados sob esse aspecto, estarão fadados a serem tutelados somente ao serem violados, quando, em verdade, a sua tutela deve ser mais ampla, ou seja, também exercitada de forma promocional. Nesse ponto, ao que se observa, sobram razões para FIUZA e TEPEDINO, quando defendem que os direitos da personalidade devem ser vistos como uma cláusula geral de tutela da personalidade, de modo a abarcar, tanto a proteção quanto a promoção desses direitos.

Diante dessa convincente posição doutrinária, pode-se concluir que o rigor de uma classificação relativa á tipificação dos direitos da personalidade, não se faz tão imperativa quanto possa parecer. Até porque, a promoção e tutela da pessoa humana devem ser amplas. E, nesse particular, qualquer classificação que se ofereça será incompleta.

51 - FIUZA, César. **Direito civil: Curso Completo**. 9. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p.177.

Em que pese essa constatação, mas também em seu apoio, remarque-se que foram várias as classificações doutrinárias verificadas durante esta pesquisa. Entretanto, a opinião prevalecente continua sendo a de TEPEDINO, valorizada pelo apoio de Carlos Alberto Bittar⁵², conveniente ao assegurar que essa categoria de direitos tem se ampliado com a evolução da sociedade. Já que, a doutrina e a jurisprudência vêm acrescentando novas facetas em seu contexto. Portanto, uma classificação só terá interesse como forma de facilitar o estudo desses direitos.

Superando a questão teórica da classificação quanto a tipificação, uma outra classificação, agora no tocante aos elementos dos direitos da personalidade, tem ocupado a doutrina. Quanto a essa preocupação, FIUZA⁵³ classifica os direitos da personalidade em direitos à integridade física, compreendendo o direito à vida, ao próprio corpo, ao cadáver; e em direitos à integridade moral que, por sua vez, abrange o direito à honra, à liberdade, ao recato, à imagem, ao nome e o direito moral do autor.

Já Adriano de Cupis⁵⁴ adotando certa variação, prefere dividir os direitos da personalidade em direito à vida e à integridade física, direito às partes separadas do corpo e ao cadáver, direito à liberdade, direito à honra e respeito ao resguardo, além dos direitos ao segredo, à identidade pessoal, ao título, ao sinal figurativo e, por fim, o direito moral do autor.

BITTAR⁵⁵, por seu turno, prefere classificação que enumera os direitos físicos, que compreende o corpo, os órgãos, os membros e a imagem; e os direitos psíquicos que

52 - BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da Personalidade**. 6 ed. Rio de Janeiro:Forense universitária, 2003. p. 62.

53 - FIUZA, César. **Direito civil: Curso Completo**. 9. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p.180.

54 - DE CUPIS, Adriano. **Os direitos da Personalidade**. Campinas: Romana Jurídica, 2004.

55 - BITTAR, Carlos A. **Os direitos da Personalidade**. 6 ed. Rio de Janeiro:Forense universitária, 2003. p. 62.

compreende a liberdade, a intimidade e o sigilo; além dos direitos morais que abarcam a identidade, a honra e as manifestações do intelecto. Indo bem mais além e buscando apoio na doutrina alemã, em especial em HUBMANN⁵⁶, BELTRÃO adota inovadora classificação. Segundo defende, a personalidade se desdobra em três elementos: a dignidade humana, a individualidade e a pessoalidade. A dignidade humana, visa à proteção de bens que garantem a integridade da pessoa e a inteireza de sua dignidade. Estão inclusos nessa categoria o direito à existência, à completude física, à locomoção, à saúde, bem como os direitos que servem para a conservação da vida, como, por exemplo, a legítima defesa,

São direitos que asseguram o acervo de bens atuais da personalidade de cada ser humano, com um caráter defensivo e conservador da pessoa e de sua dignidade. Assim, são tutelados nessa categoria o direito à existência (à vida), à integridade física, à locomoção, à saúde, e até mesmo os direitos complementares, que servem como meio de conservação da vida, tal qual a legítima defesa, enquanto instrumento do direito da personalidade⁵⁷.

Quanto ao elemento individualidade, HUBMANN⁵⁸ o divide em três esferas. Uma mais ampla (individual), outra que se denomina privada (menos ampla) e a esfera secreta (mais restrita). Na esfera individual, aquela em que o homem se distingue dos demais de sua sociedade, encontra-se os direitos à identificação pessoal, ao nome, à imagem, à honra e à palavra escrita e falada. No âmbito privado, repousa a esfera em que o indivíduo se expõe a certo grupo de pessoas com base na confiança (não sendo exposta ao público em geral), compreendendo, assim, os direitos à intimidade. Na esfera secreta, aquela em que o indivíduo protege suas convicções mais profundas, não querendo expô-las a ninguém, nem mesmo a um número bem limitado de pessoas, encontram-se os direitos ao silêncio, ao segredo.

56 – HUBMANN apud BELTRÃO, Silvio Romero. **Direitos da personalidade: de acordo com o novo Código Civil**. São Paulo: Atlas, 2005, p. 96.

57 - BELTRÃO, Silvio Romero. **Direitos da personalidade: de acordo com o novo Código Civil**. São Paulo: Atlas, 2005, p. 98.

58 – HUBMANN apud BELTRÃO, Silvio Romero. **Direitos da personalidade: de acordo com o novo Código Civil**. São Paulo: Atlas, 2005, p. 98.

No tocante a personalidade, ainda segundo o mesmo autor, estão protegidas a individualidade e autonomia da pessoa. A individualidade, nesse aspecto, é assegurada como liberdade na exata expressão da palavra. Desta feita, são tutelados o direito à liberdade de ação, à atividade de força de trabalho, a liberdade de associação, a liberdade cultural e a liberdade de expressão de pensamento, entre outros. Dentro desse contexto de aparente fragmentação divisória, desponta ainda a classificação oferecida por Francisco Amaral⁵⁹ que divide os direitos da personalidade, simplesmente em direito à integridade física, direito à integridade moral e direito à integridade intelectual.

Adotando essa linha simplificadora, Castan Tobeñas, citado por BITTAR⁶⁰, classifica os direitos da personalidade em duas grandes categorias. A primeira compreende os direitos à existência física ou inviolabilidade corporal (incluindo, nesse grupo, o direito à vida e a integridade física, direito à disposição do corpo, no todo, ou em partes e direito ao cadáver). Na segunda categoria, figuram os chamados direitos morais, dentre os quais, se encontram os direitos à liberdade pessoal, à honra, o direito ao segredo e o direito moral do autor.

Mesmo sem pretensão de exaustividade, traga-se aqui, por mérito do autor, a classificação de Orlando Gomes⁶¹, bem lembrada por BITTAR. Segundo o professor baiano, os direitos da personalidade devem ser divididos em duas categorias. A primeira diz respeito aos à integridade física (direito à vida, ao próprio corpo como todo ou em partes e ao cadáver) enquanto a segunda, vincula-se aos direitos à integridade moral (direito à honra, à liberdade, ao recato, ao segredo, à imagem, ao nome e o direito moral do autor).

59 - AMARAL, Francisco. **Direito Civil Introdução**. 6 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 59.

60 – TOBENÁS, Castan apud BITTAR, Carlos A. **Os direitos da Personalidade**. 6 ed. Rio de Janeiro:Forense universitária, 2003. p. 65.

61 – GOMES, Orlando apud BITTAR, Carlos A. **Os direitos da Personalidade**. 6 ed. Rio de Janeiro:Forense universitária, 2003. p. 67.

Dentro desse raciocínio, bem peculiar à concisão de Orlando Gomes⁶², pode-se reconhecer, Juntamente com BITTAR, a existência de um “duplo plano” dos direitos da personalidade. Eles podem ser tipicamente públicos; ou tipicamente privados. Quando tipicamente públicos, correspondem aos direitos fundamentais *stricto sensu*, às liberdades públicas. Quando tipicamente privados, correspondem aos direitos da personalidade propriamente ditos⁶³.

Assim, os direitos da personalidade constituem-se categoria *sui generis* de direitos, quebrando a distinção entre público e privado. Por isso mesmo, aparecem dotados de características que lhes são peculiares e classificam-se de forma singular, levando a doutrina a essa multiformidade classificatória. Também por isso, não se pretende, neste trabalho, sugerir mais uma nova classificação para os direitos da personalidade ou, por outra, elencar todas que já foram apresentadas pela doutrina. Buscar-se-á, sim, declinar aquela que melhor atende ao objeto do presente trabalho.

A classificação que se apresenta como a mais consentânea com a orientação aqui estabelecida, é aquela oferecida por Limongi França⁶⁴. Principalmente pelo fato de inserir o direito à educação e o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado no rol dos direitos da personalidade. Com isso, sem prejuízo para outras conquistas, é dado ao meio ambiente a importância que lhe é devida.

62 – Orlando Gomes, citado por Bittar, foi um dos autores do anteprojeto do Código de Obrigações (1965), merecendo inclusive, o título de Doutor *Honoris Causa* da Universidade de Coimbra. Embora seu anteprojeto tenha sido desmerecido, por questões meramente políticas, serviu de inspiração na elaboração definitiva do novo Código Civil.

63 - BITTAR, Carlos A. **Os direitos da Personalidade**. 6 ed. Rio de Janeiro:Forense universitária, 2003. p. 69.

64 – FRANÇA, Limongi. **Direitos da Personalidade – coordenadas fundamentais**. Revista dos Tribunais: São Paulo, a.72, v. 567, jan 1983, p. 9.

Desse modo, referido autor, destacando três aspectos da personalidade (o físico, o moral e o intelectual) estabelece um rol de direitos privados da personalidade incluindo, como já salientado, o direito à educação e o direito a um meio ambiente ecologicamente saudável, ambos no tópico relativo ao direito à vida, dentro da tríplice divisão que oferece, compreendendo o direito à integridade física, intelectual e moral. Destaque-se, por elucidativa, a proposta do referido autor:

a) **Direito a Integridade Física:**

1 – Direito à vida, compreendendo: a concepção e a descendência; ao nascimento; ao leite materno; ao planejamento familiar; a proteção do menor; a alimentação; a habitação; a educação; ao trabalho; ao transporte adequado; a segurança física; ao aspecto físico da estética humana; a proteção médica hospitalar; ao meio ambiente ecológico; ao sossego; ao lazer; ao desenvolvimento vocacional profissional; ao desenvolvimento vocacional; a liberdade física; a velhice digna; ao prolongamento artificial da vida; a reanimação;

1.1 - Direito ao corpo vivo, inclusive ao espermatozóide e ao óvulo; ao uso do útero para procriação alheia; ao exame médico; a transfusão de sangue; a alienação de sangue; ao transplante; relativos a experiência científica; ao transexualismo; relativos a mudança artificial do sexo; ao debito conjugal; a liberdade física; ao passe desportivo;

1.2 – Direito ao corpo morto: ao sepulcro; a cremação; a utilização científica; os relativos ao transplante e ao culto religioso.

b) **Direito à Integridade Intelectual:** a liberdade intelectual; a liberdade de pensamento; de autor; de inventor; de esportista; de esportista participante de espetáculo público.

- c) **Direito à Integridade Moral:** a integridade civil, política e religiosa; à segurança moral; à honra; à honorificência; ao recato; à intimidade; à imagem; ao aspecto moral da estética humana; ao segredo pessoal, doméstico, profissional, político e religioso; à identidade pessoal, familiar e social; à identidade sexual; ao nome; ao título; ao pseudônimo; a alcunha.

Conforme visto, a complexidade do tema e o considerável número de hipóteses agregadas às classificações revela que outras virão, uma vez que cada autor esboça critério didático próprio. O que não pode deixar de ser lembrado é que o tema, ainda que de forma genérica, foi tratado pelo novo Código Civil que, em sua parte geral, no Livro das Pessoas, dedica o capítulo II aos direitos da personalidade. Esse capítulo constitui-se novidade em relação ao Código Civil de 1916, que seguindo a orientação do Código de Napoleão não dedicou muita atenção a tais direitos.

O novo Código Civil, ao contrário do anterior, classifica os direitos da personalidade, abordando, ainda de forma genérica, o direito à integridade física, o direito ao nome e a proteção à imagem. Entretanto, necessário reconhecer que traz novidades. Uma das mais festejadas mudanças da parte geral do novo Código Civil Brasileiro, ressalte-se, consiste na inserção de um capítulo próprio, tratando dos direitos da personalidade (arts. 11 a 21). Na realidade, a novidade diz com o referido Estatuto Civil, tendo em vista que a Constituição Federal de 1988 trouxe uma proteção que pode ser compreendida até como mais abrangente, principalmente pelo teor do seu art. 5º, *caput*, que consagra alguns dos direitos fundamentais da pessoa natural.

A propósito, no próximo capítulo, examinar-se-á mais profundamente, o tratamento dado aos direitos da personalidade, tanto no Código Civil de 2002, como na Constituição de

1988, procurando-se, assim, demonstrar, mais detidamente, como tais direitos são enumerados e tutelados pelos referidos diplomas legais.

3 TUTELA JURÍDICA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

3.1 TUTELA NORMATIVA

Procurando oferecer aos direitos da personalidade um especial amparo, o ordenamento jurídico prevê diversos modos de reação. BITTAR FILHO⁶⁵ enumera, entre os objetivos e a importância da tutela aos direitos da personalidade os seguintes: “a) cessação de práticas lesivas; b) submissão do agente ao cumprimento da pena; c) reparação de danos materiais e morais; d) perseguição criminal do agente”.

Sem prejuízo para esses fatores realçados pelo nominado civilista, impõe-se assegurar, como principal norte, a preservação da dignidade humana, valor que, ao lado da cidadania, tem por objetivo fundamental a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. E é com o pensamento voltado para aqueles objetivos que se conduzirá a segunda parte desse trabalho. Mais precisamente em torno do tema relativo á problemática da concretização dos direitos da personalidade.

Voltando a questão da proteção legal, ressalte-se que alguns autores, a exemplo de BITTAR, CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, defendem que a tutela conferida aos direitos da personalidade divide-se em três esferas: a administrativa, a civil e a penal. As três, evidentemente, não teriam a força que demonstram não fosse a consagradora tutela constitucional, representada pelo art. 5, inciso X, da lei Constituição Federal de 88.

65 – BITTAR FILHO, Carlos Alberto. BITTAR, Carlos Alberto. **Tutela dos direitos da personalidade e dos direitos autorais nas atividades empresariais**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 18.

De início registre-se que o princípio básico que rege tais esferas é o da independência (CC. Art. 1.525), havendo a possibilidade de uso simultâneo, como não raramente ocorre nas instâncias civil e penal, na hipótese de crime contra a honra, entre outros. A tutela civil, que depende da “iniciativa do interessado”,⁶⁶ desdobra-se em muitas medidas de reações, tendentes, principalmente, à declaração ou negação de direitos, à cessação de práticas ilícitas, à cominação de pena diante do descumprimento de obrigação de fazer, ou de não fazer, e à reparação de danos, tudo conforme se demonstrará através da jurisprudência anexada.

Por seu turno, a tutela penal, passível de alcance através da ação penal (pública ou privada), consiste na persecução criminal do agente com vista à sujeição deste e/ou do seu patrimônio às sanções correspondentes. Como já se afirmou, são várias as hipóteses em que as violações à honra do indivíduo podem ensejar delitos como a injúria, a difamação ou calúnia, previstos nos arts. 138 a 140 do Código Penal brasileiro. Do mesmo modo, a inviolabilidade da integridade física, também é sancionada pela Lei Penal.

Quanto à tutela administrativa, levada a efeito por entidades públicas, oportuna a referência feita por Edilson Nobre Júnior⁶⁷, quando assinala que uma tutela constitucional, voltada para a dignidade humana, há de se estabelecer “em detrimento de violações não somente levadas a cabo pelo Estado, mas também pelos administradores”, ou seja, a administração, além de não se permitir qualquer atentado que possa praticar, assume do dever de impedir que qualquer particular o faça. Observa-se, a propósito, que a reação na esfera administrativa, não veda o acesso ao judiciário, em virtude do princípio da indeclinabilidade da jurisdição, consagrado pelo art. 5, XXXV da CF.

66 – Por força do princípio da inércia (CPC, art. 2 e 262).

67 – NOBRE JUNIOR, Edilson Pereira. **O direito brasileiro e o princípio da dignidade da pessoa humana**. Revista de Informação Legislativa, n. 145. Jan/Mar. 2000, p. 187.

Por fim, releva o fato de que a Constituição de 1988 tratou de proteger os direitos da personalidade, consagrando o “Princípio da Reparabilidade Plena”, traduzido pelo inciso X do artigo 5º, que assim dispõe: "São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação."

Como já ressaltado no capítulo relativo à evolução histórica e legislativa, a proteção dada aos direitos da personalidade é ampla e, a partir da Constituição de 1988, reveste-se da “garantia constitucional”. Hoje, pode-se assegurar, em harmonia com o propósito final desse trabalho, que havendo violação de quaisquer normas materiais, o ofendido poderá demandar em desfavor daquele que tenha violado seus direitos, buscando (e aí vem a circunstância da efetiva importância) a cessação da prática, a cominação de pena pecuniária, a retirada de circulação do material ofensivo, a reparação do dano e a persecução penal.

A partir de agora, como também será feito com maior ênfase no capítulo final, procurar-se-á respostas para os seguintes questionamentos: Tal proteção normativa, inclusive aquela de índole constitucional, é eficaz?; O acesso à justiça tem sido efetivo?; Há instrumentos processuais hábeis a assegurar a eficácia da proteção normativa?; Caso as respostas às questões anteriores sejam positivas, por que tais lesões ainda acontecem?

Diante dessa realidade, consubstanciada no fato de que, ao Estado, compete adotar medidas capazes de evitar práticas atentórias à dignidade humana e reagir contra elas, é que passamos a debulhar algumas questões que ainda envolvem a proteção devida a essa dignidade, pelo ordenamento jurídico. E assim se procede, buscando oferecer subsídios capazes de contribuir, ainda que modestamente, para a superação das perplexidades que

envolvem a imperiosa necessidade de se dar efetiva e real eficácia aos direitos da personalidade.

3.2 A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL AOS DIREITOS DA PERSONALIDADE E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA

A supremacia do Direito Constitucional não é questionada, assumindo a Constituição o cume hierárquico do ordenamento jurídico, pode, sim, ditar as regras para todos os outros ramos. Ademais, com o avanço da sociedade, regida por relações complexas e plurais, o eixo do sistema jurídico deslocou-se do Código Civil para a Constituição Federal. As cartas modernas, tal como a brasileira de 1988, disciplinam matérias antes exclusivas ao Direito Privado, além de conter princípios que iluminam todo o ordenamento.

Neste sentido, Cristiano Chaves de Farias⁶⁸ acrescenta:

Na medida em que se detectou a erosão do Código Civil, ocorreu uma verdadeira migração dos princípios gerais e regras atinentes às instituições privadas para o Texto Constitucional. Assumiu a Magna Charta verdadeiro papel reunificador do sistema, passando a demarcar os limites da autonomia privada, da propriedade, do controle de bens, da proteção dos núcleos familiares, etc.

Gustavo Tepedino⁶⁹, por sua vez, diz que o Código Civil perdeu o seu papel de Constituição do Direito Privado, já que o Texto Constitucional define princípios relacionados a temas antes reservados exclusivamente ao Código Civil e ao império da vontade: a função social da propriedade e os limites da atividade econômica, por exemplo, passaram a integrar uma nova ordem constitucional.

68 - FARIAS, Cristiano Chaves de. **Direito civil: parte geral**. 5.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris.2006. p. 48.

69 – TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 4 ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2008, p. 07.

Enfim, a constitucionalização do Direito Civil tem se caracterizado pelo fenômeno no qual as matérias até então relegadas à legislação civil ordinária, alargam os horizontes e, ganham previsão em sede constitucional. O legislador constituinte, com isso, redimensionou a norma privada, fixando os parâmetros fundamentais interpretativos. Dentro dessa nova orientação, a Constituição de 1988 alterou a base de separação entre Direito Público e Privado, passando assim a abordar questões que, antes, eram exclusivas do Direito Privado. Pode-se dizer que a Carta Magna de 88, promoveu verdadeira reconstrução da dogmática jurídica a partir da afirmação da cidadania como elemento propulsor.

A esse respeito, Pablo Stolze⁷⁰ assinala que:

Por tudo isso, a Constituição Federal, consagrando valores como a dignidade da pessoa humana, a valorização social do trabalho, a igualdade e proteção dos filhos, o exercício não abusivo da atividade econômica, deixa de ser um simples documento de boas intenções e passa a ser considerada um corpo normativo superior que deve ser diretamente aplicado às relações jurídicas em geral, subordinando toda a legislação ordinária (...).

No Brasil, esse “corpo normativo superior”, hoje, mais do que nunca, revela o que a doutrina aponta como verdadeira constitucionalização do direito privado, fato que levou os direitos e garantias fundamentais a possuírem direta eficácia no âmbito das relações de Direito Civil. Propiciou-se, assim, uma releitura de antigos institutos fundamentais do Direito Civil, agora com uma nova valoração determinada pela denominada Constituição-cidadã.

Acresça-se, em favor desse processo evolutivo, que, no caso, a constitucionalização do Direito Civil representou muito mais do que uma mera fixação de limites externos à atividade privada. Em verdade, nossa Constituição, sem sufocar a vida privada, “conferiu maior eficácia aos institutos fundamentais do Direito Civil”, revitalizando-os, à luz de valores

70 - STOLZE, Pablo. **Novo curso de direito civil, parte geral**. 11 ed. São Paulo: Saraiva. 2009. p.54. fundamentais aclamados como garantias e direitos fundamentais do cidadão⁷¹. Importa agregar ainda, que o que hoje se discute não é mais a influência da Constituição no Direito Civil. Busca-se avaliar, nesse momento, a amplitude e o modo como se dá essa incidência, especialmente dos princípios constitucionais e conceitos abertos.

Em proveito dessa incursão, impõe-se reconhecer que a constitucionalização pode ser compreendida como verdadeiro o processo de elevação, ao plano constitucional, dos princípios fundamentais do Direito Civil, princípios estes que passam a condicionar a observância pelos cidadãos e pela jurisprudência. Ainda a propósito dessa constitucionalização, acresça-se que o referido fenômeno migratório (do Código Civil para a Constituição) fez com que, segundo Francisco Amaral, ocorresse a hipótese de que um princípio básico de direito privado “passa a ocupar uma posição central no ordenamento jurídico”⁷².

Em apoio a essa constitucionalização, tem sido alertado que o direito constitucional deve ser aplicado a todos os ramos, devendo essa incidência recair nas relações entre Estado e indivíduo e entre relações interindividuais. Também por isso, o inevitável caminho a seguir, segundo Gustavo Tepedino, é o de empreender a releitura do Código Civil e outras leis especiais à luz da Constituição⁷³.

Acresça-se que a aplicação direta das normas constitucionais nas relações interprivadas tem sido atualmente adotada pela doutrina e pela jurisprudência, no que se refere a inúmeros institutos do direito civil, da propriedade ao direito de família, das

70 – FARIAS, Cristiano Chaves de. **Direito civil: parte geral**. 5.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris.2006. p. 51.

71 - AMARAL, Francisco. **Racionalidade e sistema no direito civil brasileiro**, in Revista de Direito Civil-63. Rio de Janeiro, v.1-2, 1994. p. 52.

72 – TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 4 ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2008, p. 54.

sucessões à responsabilidade civil. Os Tribunais, mais do que os juristas, têm procedido à ingente e imperiosa tarefa de reler o Código Civil e as leis especiais civis à luz da Constituição Federal.

Até mesmo no âmbito do direito de família, já desponta a convicção de que o princípio da ampla liberdade justifica a assinalação no sentido de que é chagado o momento de superar a patrimonialização que o caracteriza. BITTAR, forte na afirmação do "conteúdo patrimonializante" das relações reguladas pelo direito de família tradicional, sustenta a prevalência dos valores existenciais, depois de citar, como exemplo, o fato de que boa parte dos impedimentos matrimoniais não tem as pessoas, mas o patrimônio dos cônjuges como valor adotado⁷³. Diz ele:

Esses tipos de impedimento não devem persistir nas atuais relações de família, centrada no princípio de liberdade estabelecido na nova Constituição e nas forças vivas da instituição social. (...) Não deve a proteção do patrimônio suplantar a proteção das pessoas: O interesse a ser tutelado não é mais o do grupo organizado como esteio do Estado, e das relações de produção existentes, mas das condições que permitam à pessoa humana realizar-se íntima e afetivamente, nesse pequeno grupo social⁷⁴.

Também em matéria de propriedade, a doutrina vem sugerindo normativa constitucional para a reconstrução dos respectivos institutos, no âmbito das relações privadas. A atribuição constitucional da função social parece incompatível com a tradicional forma de tutela do proprietário, antes autorizado a usar e abusar do bem de sua propriedade. As profundas restrições que, pouco a pouco, foram sendo impostas às faculdades inerentes ao domínio, acarretaram a crise do conceito tradicional e perplexidade entre os operadores do

73 – BITTAR, Carlos Alberto. **O Direito de Família e a Constituição de 1988**. S. Paulo. Saraiva, 1989.p. 53.

74 – Op. Cit. p. 65.

direito civil com relação à determinação do conteúdo mínimo da propriedade, sem o qual se

desnaturaria o próprio direito. Nesse contexto consagrador da constitucionalização do direito civil, transfira-se a palavra, mais uma vez, a TEPEDINO. *Verbis*:

(...) qual a concreta disciplina a ser aplicada no conflito de interesses que envolva a questão da propriedade, vale dizer, se permanece o Código Civil, ou as leis especiais, como centro regulamentador do instituto, em relação ao qual a Constituição funcionaria como mero limite para o legislador ordinário ou se, ao contrário, a nova Constituição teria assumido em papel disciplinador ativo e ostensivo no tocante à propriedade privada⁷⁵.

Em razão da supremacia da Constituição, que passou a se constituir verdadeiro centro de integração do sistema jurídico de direito privado, até mesmo a lógica da propriedade privada sucumbiu à orientação constitucional, definidora de um novo regime jurídico para a matéria. Assim, conforme ensina José Afonso⁷⁶ "as normas de direito privado sobre a propriedade hão de ser compreendidas de conformidade com a disciplina que a Constituição lhe impõe".

A exaustão com que se expõe a matéria serve para demonstrar que as evoluções até aqui admitidas, aconteceram em favor de mudanças sociais de berço constitucional. Mais ainda, que estivessem os direitos da personalidade de acordo com o princípio da dignidade humana. Nada estranho, como se vê, para um ordenamento que reconhece esta dignidade como valor supremo que o direito positivo não pode ignorar. Dentro dessa ótica, impõe-se reconhecer que, mesmo quando o legislador ordinário permanece inerte, o Juiz e o Jurista devem alimentar o inadiável trabalho de adequação da legislação civil, através de interpretações que conduzam ao teor e ao espírito da Constituição. Sempre, repita-se, sob a sentença maior,

75 – TEPEDINO, Gustavo. **A Tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional**, in: Temas de direito civil, 3 ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2004, p. 315.

76 - SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 5 ed. São Paulo: RT. 1989. p. 108.

posto no sentido de que as questões que envolvem os direitos da personalidade, encontram

suas bases no princípio da dignidade da pessoa humana, cláusula geral de proteção da personalidade, oportunamente inserida no ordenamento jurídico brasileiro.

Circunstância digna de registro repousa no fato de que a dignidade da pessoa humana, desde 1988, foi alçada pela Constituição Federal de 1988 ao status de fundamento do Estado Democrático de Direito. Não há portanto, diante dessa posição, como se estabelecer um número limitado de situações jurídicas subjetivas tuteladas, porque o que se pretende proteger é o valor da pessoa humana, sem limitações de qualquer gênero⁷⁷, sob pena de se transpassar esse Estado Democrático de Direito.

Por fim, revela-se imperativo que em um trabalho onde se busca defender a efetividade das normas de direito material, não seja esquecida a lição de BARROSO⁷⁸, posta no sentido de que “O direito existe para realizar-se. O direito Constitucional não foge a este designio”. Até porque, como adverte José Carlos Barbosa Moreira⁷⁹,

se a ordem jurídica reconhece como valiosa determinada posição subjetiva, deve ministrar a que nela encontre meios de proteção adequados e eficazes, que garantam, na prática, ao titular, as vantagens a ele inerentes na teoria.

3.3 DIREITOS DA PERSONALIDADE E O NOVO CÓDIGO CIVIL

77 - MORAES, Maria Celina Bodin. **A nova família: problemas e perspectivas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 145.

78 - BARROSO, Luiz Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira**. 5 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 87.

79 - MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Processo civil e direito à preservação da intimidade**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 4.

No Brasil, a influência de teorias tipificadoras como a de Adriano De Cupis se fez

sentir na doutrina que se ocupou do tema dos direitos da personalidade. A questão hoje, porém, deve ser tratada do ponto de vista civil-constitucional, uma vez que, conforme já salientado, a fonte normativa da matéria se encontra na Constituição Federal. A consideração da cidadania e da dignidade da pessoa humana como fundamentos da República (Constituição Federal, art. 1º, II e III), juntamente com as garantias de igualdade material (art. 3º, III) e formal (art. 5º), “condicionam o intérprete e o legislador ordinário, modelando todo o tecido normativo infraconstitucional com a tábua axiológica eleita pelo constituinte”⁸⁰.

Além disso, como assinala Gustavo Tepedino⁸¹, marcam a presença, em nosso ordenamento, de uma cláusula geral da personalidade. Cláusula geral esta que representa o ponto de referência de todas as situações nas quais algum aspecto ou desdobramento da personalidade esteja em jogo, o que leva à prioridade a ser dada à pessoa humana, que é “o valor fundamental do ordenamento, e está na base de uma série (aberta) de situações existenciais, nas quais se traduz a sua incessantemente mutável exigência de tutela”⁸².

Qualquer eventual consideração de hipóteses particulares de direitos da personalidade, conforme anteriormente aventado, não deve induzir ao pensamento de que a proteção da pessoa humana seja fragmentada. Pelo estudo apartado das especificidades de cada grupo de casos, é possível chegar a uma tutela individualizada e eficaz para cada situação específica – porém sempre dentro do paradigma cujas raízes são sempre a cláusula geral da personalidade.

80 - Podem-se citar Orlando Gomes, em seu anteprojeto de Código Civil, e também Limongi França, “Direitos da personalidade”, verb., Enciclopédia Saraiva de Direito, Saraiva, São Paulo, 1980, v. 28, pp. 140-ss.

81 - TEPEDINO, Gustavo. **A Tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional**, in: Temas de direito civil, 3 ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2004, p. 47.

82 – PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p.155.

Passando ao exame da sistemática adotada pelo legislador ao incorporar formalmente os direitos da personalidade ao Código Civil, a primeira observação que emerge é a de que o

legislador preferiu, assim, esposar o conteúdo das matérias pacificadas pelos tribunais, principalmente do STJ, trazendo-as para o ordenamento normativo. Assim o fez, procurando adaptá-las e ordená-las, sem afrontar a já definida jurisprudência, recebendo inclusive, algumas críticas em razão desse proceder.

Dentro dessa orientação, o atual Código Civil distribuiu, ao longo do capítulo II, do Livro I, toda a matéria relativa aos direitos da personalidade, assim fazendo da seguinte forma: dos artigos 11 e 12, trata da natureza e tutela desses direitos. Os artigos seguintes referem-se a específicos direitos da personalidade, tais como o direito ao nome e ao próprio corpo. Diante dessas disposições, se faz possível observar que o Código não tratou do tema, de forma exaustiva, uma vez que o legislador não procurou firmar uma disciplina completa, mas, sim, explorar aqueles pontos que teve como vinculados aos princípios fundamentais.

No artigo 11, atribuem-se aos direitos da personalidade as características da intransmissibilidade e da irrenunciabilidade, além da impossibilidade de limitação voluntária de seu exercício. Tais características, sucedem às disposições relativas a personalidade e a capacidade, constantes do capítulo anterior, características estas que, já vinham sendo elencadas pela doutrina, não raro sendo acompanhadas de outras, como a imprescritibilidade ou a natureza de direito absoluto dos direitos da personalidade.

Por uma questão de justiça, é de ser realçado que o projeto elaborado pelos juristas Orlando Gomes, Orozimbo Nonato e Caio Mário da Silva Pereira afirmava como fundamentais, “o direito à vida, à liberdade, à honra e outros reconhecidos à pessoa humana”. A estes direitos, atribuía o conceito de inalienáveis e intransmissíveis, não podendo seu exercício sofrer limitação voluntária. Estas características, geralmente ressaltadas como forma de diferenciar os direitos da personalidade dos demais direitos subjetivos, estão sendo agora reeditadas, através do projeto n. 6.960/02 que dá nova redação ao citado art. 11 do atual

Código Civil.

A rigor, a vedação que se pretende ampliar com a nova redação pode ser entendida como desnecessária, uma vez que encontrando-se tutelados pela respectiva cláusula geral, os direitos da personalidade não podem ser alienados ou transmitidos como ocorre com os direitos patrimoniais. E, em consequência, as suas características se revelariam óbvia consequência. Exatamente, pelo fato de serem, na realidade, situações subjetivas da personalidade, que devem se fazer valer, como adverte PERLINGIERI⁸³, em toda situação em que haja ofensa ao valor da pessoa humana.

A propósito da reserva presente no mencionado artigo 11, “Com exceção dos casos previstos em lei...”, deve ela ser devidamente ponderada, atendendo a valores constitucionalmente relevantes. De forma alguma há como se cogitar da possibilidade de limitar arbitrariamente a tutela por atos legislativos ordinários. Essa idéia, em verdade, não se conforma com o espírito dos dispositivos aqui examinados, considerando que voltada para cominações de juízos de ponderação e razoabilidade, ocorrentes em casos de colisão de direitos.

Ressalte-se, ainda, que tendo presente a integralidade da tutela dos direitos da personalidade, o artigo 12 responde à necessidade de ampliação dessa tutela, através de um mecanismo que já vinha sendo utilizado, com a finalidade de minimizar ou evitar danos à

83 - PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. Rio de Janeiro, Renovar. 1997, p.174. Texto Original: *“Allorché si qualificano le situazioni soggettive della personalità diritti soggettivi, potestà, interessi legittimi, doveri, utilizzando categorie che la dogmatica ha elaborato per classificare situazioni soggettivi patrimoniali, si elude il problema dei diritti della personalità”*.

personalidade, que é a tutela inibitória. Este amparo se faz acompanhar, no enunciado do referido artigo 12, de um meio que nos foi legado secularmente e que serve à tutela dos direitos da personalidade. Trata-se do instituto da responsabilidade civil ⁸⁴.

Importa acrescer que, sem prejuízo para a responsabilização, a Lei Civil, expressamente, ressalta a possibilidade de aplicação de outras sanções incidirem sobre o ofensor. Na verdade, a experiência estrangeira vem demonstrando a dificuldade de se oferecer à personalidade uma tutela eficaz limitada aos institutos tradicionais do direito civil. Pacificamente, a idéia vem sendo aceita por nossos tribunais, verdadeiras locomotivas desse processo evolutivo, tal como se demonstrará no capítulo próprio, voltado para a valiosa contribuição da jurisprudência.

O desenvolvimento tecnológico e a atual dinâmica social criam ou exigem novas demandas de proteção à pessoa humana que devem ser, cada vez mais, efetivadas com novos instrumentos e mediante uma ação integral do ordenamento⁸⁵, inclusive no âmbito processual. Atento a esse fenômeno, o parágrafo único do mencionado artigo procurou solucionar um velho problema de legitimidade, frequentemente ocorrido quando do falecimento da pessoa atingida por danos não patrimoniais, decorrentes de violação aos direitos da personalidade.

Em apoio ao que foi dito no início, observa-se que na jurisprudência já reconhecia a sucessão dos familiares no direito a ações pertinentes a matéria. Agora, resta positivado o rol dos possíveis legitimados, tanto na hipótese de lesão aos direitos da personalidade de um

84 - O enunciado número 5 da referida Jornada de Direito Civil ressalta, em seu item 1, a generalidade deste mecanismo.

85 - O desenvolvimento destes instrumentos aponta para o futuro da tutela dos direitos da personalidade. Como exemplo, cite-se o caso das autoridades garantes da privacidade, presentes em todos os países da União Européia, que realizam um trabalho integrado com a jurisdição ordinária para uma tutela adequada da privacidade dos cidadãos.

modo geral, quanto ao uso inadequado do nome ou pseudônimo. No primeiro caso, estão legitimados o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta ou colateral, até o quarto grau⁸⁶. Na segunda hipótese, são parentes legítimos o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes.

Na sequência normativa sob exame, observa-se que os artigos 13 a 15, tratam do direito à integridade psicofísica⁸⁷ sem procurar separar o direito à integridade física do direito à integridade psíquica. Também nesse ponto se houve com acerto o legislador civil. É que, atualmente, encontram-se superadas as concepções que apartem o corpo humano do espírito e estabeleçam regimes de tutela que não levem em conta a impossibilidade de fragmentar aspectos indissociáveis da própria condição humana.

Corroborando esse pensamento, pontifica a lição de PERLINGIERI⁸⁸ que, a respeito, destaca:

Seja o perfil físico, seja o perfil psíquico, ambos constituem componentes indivisíveis da estrutura humana. A tutela de um destes perfis traduz-se naquela da pessoa no seu todo, e a disciplina na qual consiste esta tutela é, de regra, utilizável também para cada um de seus aspectos.

Não se desconhece o fato do artigo 13 receber forte inspiração da lei italiana, especificamente do artigo 5º do Código Civil italiano (atos de disposição do próprio corpo)⁸⁹.

86 - Conforme se verifica na ementa do RESP 324886/PR do STJ: “Os pais estão legitimados, por terem interesse jurídico, para acionar o Estado na busca de indenização por danos morais, sofridos por seu filho, em razão de atos administrativos praticados por agentes públicos que deram publicidade ao fato de a vítima ser portadora do vírus HIV” (DJ 03.09.2001, p.00159).

87 - O Enunciado número 6, aprovado na mencionada Jornada de Direito Civil, reflete esta posição, ao mencionar que “A expressão ‘exigência médica’, contida no art.13, refere-se tanto ao bem-estar físico quanto ao bem-estar psíquico do disponente”.

88 - PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. Rio de Janeiro, Renovar. 1997, p. 158.

89 - Que dispõe o seguinte: “5. *Atti di disposizione del proprio corpo. — Gli atti di disposizione del proprio corpo sono vietati quando cagionino una diminuzione permanente della integrità fisica, o quando siano altrimenti contrari alla legge, all'ordine pubblico o al buon costume*”.

Referido dispositivo aplica-se aos atos de disposição de partes do corpo. E, em princípio, permanecem lícitos os atos de disposição de partes renováveis do corpo, de acordo com sua regulamentação (como no caso da doação de sangue). Essa orientação, convenhamos, em nada desabona a providência do nosso legislador. Até porque a inspiração legislativa raramente deixa de ultrapassar fronteiras geográficas.

A exceção aberta no parágrafo único do mesmo artigo 13, refere-se aos casos de doação de órgãos dúplices, tecidos ou partes do corpo, nos termos do artigo 9º da Lei 9.434/97. Em verdade, no que tange a disposição de órgãos próprios, o legislador deixou de avançar em um tema que vem sendo posto ao debate há alguns anos, que é o da possibilidade de mudança de sexo através da cirurgia transexual.

Essa cirurgia, que indubitavelmente implica em uma diminuição permanente da integridade física, segundo seus antagonistas, vem sendo objeto de controvérsias que deveriam ter motivado o legislador. Entretanto, pode-se concluir que, sendo seu objetivo final a adaptação da pessoa a uma situação existencial mais adequada para o desenvolvimento de sua personalidade⁹⁰, estaria, na verdade, tutelada pelo direito à integridade psicofísica.

Ainda no âmbito da discussão instaurada, merece ser lembrado que a referência ao conceito indeterminado de “bons costumes”, tal como ocorre no artigo 13, parágrafo único, do referido estatuto, pode despontar com uma conotação moral que não aproveita uma interpretação harmônica com a realidade exposta. As circunstâncias são efetivadas e, até mesmo, avaliadas (em casos experimentais) pelo Conselho Federal de Medicina, com base na Resolução nº 1.482/97.

90 - Sobre o tema, v. Ana Paula Barion Peres, *Transexualismo. O direito à uma nova identidade sexual*, Rio de Janeiro, Renovar, 2000; Elimar Szaniawski, *Limites e Possibilidades do Direito de Redesignação do Estado Sexual*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1999; T.R.VIEIRA, *Mudança de Sexo: aspectos médicos, psicológicos e jurídicos*, São Paulo, Ed. Santos, 1996.

Este é um dos casos em que se pode dar razão a Maria Helena Diniz⁹¹, ao sugerir que o legislador civil não exauriu a matéria, com a intenção de deixar seu desenvolvimento para a doutrina e, para a jurisprudência, seja em torno do ato cirúrgico, seja no que pertine aos seus efeitos civis, como a alteração do nome da pessoa submetida à cirurgia.

O artigo 14, por seu turno, disciplina o ato de disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para após a morte. É vedada a exploração econômica do mesmo e as finalidades da sua disposição são limitadas: científicas ou altruísticas. Como finalidades altruísticas devemos entender os casos de consentimento para a doação do corpo, ou de partes dele, para fins de transplante, após a morte. Este consentimento, após acirrados debates provocados depois do aparecimento da Lei 9.434/97, foi finalmente disciplinado Lei 10.211/01, que prevê que a doação dependerá de consentimento expresso do cônjuge ou de parente em linha reta ou colateral até o segundo grau⁹².

No artigo 15, o legislador deu significativo passo em território controverso, no momento em que positivou assunto habitualmente confiado à ética médica. Restou, portanto, vedada a submissão do paciente a tratamento médico ou intervenção cirúrgica contra sua vontade. Circunstância que tem sido amenizada pela doutrina ao entender que a revogação desse veto pessoal pode se dar a qualquer tempo, bem como na hipótese do tratamento ou cirurgia apresentarem risco de vida⁹³. Na sequência dessa breve análise, observa-se que os artigos 16 a 19, regulam e asseguram o direito ao nome, normas estas que apontam para o primeiro dos direitos da personalidade, objeto de preocupação específica dos juristas, bem antes de se cogitar dos direitos da personalidade como categoria específica.

91 – DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil. 1 vol. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 120.

92 - Lei 9.434/97, art. 4º, com redação alterada pela Lei 10.211/01.

93 - Alguns casos relativos à esta matéria tornaram-se paradigmáticos em nossa jurisprudência, como é exemplo a recusa à transfusão de sangue por seguidores do movimento religioso conhecido por “Testemunhas de Jeová”.

O artigo 16, mais precisamente, reconhece o direito universal ao nome, sendo este composto de prenome e sobrenome⁹⁴, o que é instrumentalizado pela Lei 6.015/73 em seus artigos 52 a 55. Como se sabe, referidos dispositivos obrigam todo nascimento a ser levado ao conhecimento do registro civil, onde será atribuído um nome à criança (Tradução Livre).

A proteção ao nome, ressalte-se, é estendida ao pseudônimo⁹⁵ pelo artigo 19, reconhecendo-se assim uma posição doutrinária já estabilizada e consagrada pelo direito eleitoral. O dispositivo deixa claro que, ao se tutelar o nome, vai-se além da simples afirmação de um direito a esse nome enquanto tal, já que a proteção alarga-se, alcançando verdadeiro aspecto do direito à identidade pessoal (Tradução Livre).

Nos artigos 17 e 18 é possível perceber a influência da doutrina que tutelava a honra e a imagem através do direito ao nome. Igualmente merecedor de registro, revela-se o fato de que o direito à informação e à liberdade de expressão foi levado em conta pelo legislador, que não vetou a pura e simples publicação do nome alheio, porém somente em casos que exponham a pessoa ao desprezo público, bem como nas situações em que há intenção de lucro.

Ainda dentro dessa linha de breves registros sobre a matéria codificada, oportuno assinar que embora o artigo 20 trate especificamente do direito à imagem, o legislador vai além desse direito para adentrar no campo do direito à informação. Ao estabelecer requisitos para que uma pessoa impeça a divulgação de aspectos de sua imagem, abre-se a reserva de que esta divulgação é lícita quando não macule a honra ou quando tenha finalidade lucrativa.

94 - Neste ponto também ecoa o Código Civil italiano, que dispõe em seu artigo 6: “*Diritto al nome. — Ogni persona ha diritto al nome che le è per legge attribuito. Nel nome si comprendono il prenome e il cognome.*”

95 - Outra vez observa-se o reflexo do Código Civil italiano, que assim prevê, no artigo 9. “*Tutela del pseudonimo. — Lo pseudonimo, usato da una persona in modo che abbia acquistato l'importanza del nome, può essere tutelato ai sensi dell'art. 7*”.

Optou-se, portanto, por um regime de natureza mais permissiva do que, por exemplo, o do Código Civil português, pelo qual a publicação “do retrato” de uma pessoa estaria a priori condicionada ao seu consentimento prévio, que somente não seria necessário por motivo de

notoriedade, do cargo que desempenhe, exigências de polícia ou de justiça, finalidades científicas, didáticas ou culturais, ou quando a reprodução da imagem vier enquadrada na de lugares públicos, ou na de fatos de interesse público ou que hajam decorrido publicamente⁹⁶.

Observe-se que, apesar do artigo fazer referência à divulgação de escritos e à transmissão da palavra, estes componentes devem ser entendidos somente em relação ao que representam para a construção da imagem de uma pessoa e não para outros aspectos de sua personalidade, como a sua privacidade, por exemplo. Por outro lado, deve ser remarcado o fato do referido art. 20 ter solucionado questão que dividia a jurisprudência. É que, no seu parágrafo único restou definido que na hipótese de morto ou ausente o ofendido, “são partes legítimas para requerer essa proteção o conjuque, os ascendentes ou os descendentes”.

O direito à privacidade é referido pelo artigo 21. Nele, é explícita a intenção do legislador de excluir do âmbito de atuação do artigo a pessoa jurídica, ao considerar somente a privacidade da pessoa natural como inviolável. A proteção da privacidade constitui-se um dos temas mais delicados no âmbito dos direitos da personalidade, não só pela ampliação das possibilidades de ofensas à privacidade, decorrentes do desenvolvimento tecnológico, mais também, em razão da dificuldade dos instrumentos processuais assegurem sua total e eficaz proteção. O Código Civil dá mostras de preocupação com esta dificuldade ao prever que o juiz “adotará as providências necessárias” (art. 21) para impedir a violação da privacidade.

96 - Código Civil português, artigo 79º, 3.

No tocante a proteção assegurada pelo Código Civil aos direitos da personalidade, dois pontos merecem especial registro. O primeiro diz com as importantes e pertinentes modificações sugeridas pelos Projetos de Lei nos.6.960/02 e 7.312/02, os quais, certamente darão maior amplitude e renovado valor e essa proteção, conforme se obtém do anexo II, onde são elencadas as inovadoras redações dadas a todos os artigos pertinentes á matéria aqui tratada.

Outro ponto importante refere-se à proteção desses direitos da personalidade e mais especificamente, á tutela da privacidade, através da via da responsabilidade civil. Embora se possa pensar que a utilização do referido instituto se revele dificultada em algumas circunstâncias, seja no campo processual, seja no que tange a irreversibilidade da ofensa, não deve ser esquecido que as ações reparatórias são dotadas de eficiente força inibitória ou pedagógica. Eficiência contributiva essa que será demonstrada ao longo do capítulo relativo aos instrumentos processuais aptos a assegurar a eficácia dos direitos da personalidade (4.2), bem como ao longo da jurisprudência encartada no anexo.

3.4 TUTELA ESPECÍFICA DAS PESSOAS JURÍDICAS

Não apenas as pessoas físicas, mas também as jurídicas são titulares de direitos da personalidade. É lógico que estas últimas não se equiparam integralmente às pessoas físicas, sendo-lhes aplicável tão somente os direitos da personalidade compatíveis com sua própria natureza e essência. Também por isso, não há como se atribuir razão aos que entendem ter ocorrido certa subversão do escalonamento hierárquico-axiológico esculpido no ordenamento legal.

BITTAR⁹⁷, por seu turno, afirma serem os direitos da personalidade plenamente compatíveis com a pessoa jurídica pois, como entes dotados de personalidade pelo ordenamento positivo, fazem jus ao reconhecimento de atributos intrínsecos à sua essencialidade, como por exemplo, os direitos ao nome, à marca, a símbolos e à honra.

As pessoas jurídicas, desta forma, são investidas de direitos análogos aos direitos da personalidade, sendo privadas somente daqueles direitos cuja existência esteja intrinsecamente ligada à personalidade humana, vez que nem todos os direitos da personalidade harmonizam-se com a feição e a natureza própria das pessoas jurídicas.

Walter Moraes⁹⁸, objetivando sanar dificuldades, em torno dessa limitação, propõe a construção de um direito da personalidade jurídica inteiramente distinto da natural, reduzindo a tutela para o direito à honra, à intimidade e à autoria em obra intelectual. Embora não desça a pormenores, Código Civil de 2002, por seu turno, afastou qualquer dúvida quanto à extensão protetiva, ainda que se observe, no seu art 52 que “aplica-se as pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade”.

Assim, diante dessa inovadora disposição legal, não mais há espaço para controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais acerca do tema, estando a pessoa jurídica e a pessoa física no mesmo patamar no tangente a titularidade aos direitos da personalidade e sua respectiva tutela, respeitada, é claro, a limitação retro mencionada. O direito ao nome, portanto, integra a personalidade da pessoa jurídica, constituindo-se um elemento de identificação que visa sua individualização perante a sociedade, sendo tutelado pela Constituição Federal em seu artigo 5, XXXIX e no artigo 33 da Lei 8934/94.

97 - BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p. 2.

98 - MORAES, Walter. *apud*. REZENDE, Márcio Leite de. **O dano moral e a pessoa jurídica** (2002). Disponível em <<http://www.apese.org.br/abrir.asp?id=32>>. Acesso em: 20/04/2003.

Ao proteger o nome da pessoa jurídica, a lei permite, em consequência, que esta não apenas utilize o nome, mas também que possa defendê-lo de quem injustamente o usar ou macular, sendo-lhe permitido pleitear respectiva reparação, mediante a supressão do uso impróprio do nome, além de compensação pecuniária e indenização pelos danos morais e materiais porventura sofridos.

Acresça-se que identidade da pessoa jurídica é composta, ainda, do título do estabelecimento. Ou seja do nome empregado pelo empresário para identificar o local onde a atividade é exercida, podendo ser um nome de fantasia, um termo relativo à atividade empresarial ou o próprio nome empresarial. Essa identidade é tutelada de forma indireta pela Lei 9279/96, em seu artigo 209 por exemplo, que também alcança através dos seus artigos 122 a 182 o símbolo figurativo da pessoa jurídica, constituído pela marca, sinal ou expressão destinados a sua individualização, a de seus produtos ou serviços..

Da mesma forma, o direito à imagem também é titulado pela pessoa jurídica, sendo este compreendido como conceito abstrato e não visual desta. Diz respeito à sua honra objetiva que deve ser resguardada, vez que a imagem da pessoa jurídica constitui-se fator de sucesso, por exemplo, de uma empresa perante seus consumidores.

BITTAR⁹⁹ reconhece incidir em favor da pessoa jurídica o direito à intimidade e ao segredo, afirmando que a violação a tais direitos oferece à reparação por dano material e moral daí resultantes. O direito ao segredo faz parte da tutela relativa à preservação da vida interna da pessoa jurídica, vedando-se a divulgação de informações de âmbito restrito. Por seu turno, o direito à intimidade abrange também a privacidade de local, englobando, por exemplo, conversas reservadas, escritos sigilosos, guardados e gavetas fechadas.

99 - BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p. 98.

Também é titular a pessoa jurídica de direito ao sigilo comercial e industrial, sendo considerados violação atos de intromissão, divulgação e uso indevido dos fatos ou atos considerados confidenciais. A importância desse direito revela-se significativa uma vez que recai sobre a reserva que deve ser mantida na atividade negocial, como corre, por exemplo, na hipótese de transferência de tecnologia. O direito moral do inventor encontra amparo na Magna Carta, artigo 5, XXIX e na Lei 9279/96, artigo 44. Observa-se que, ao contrário do direito moral do autor, cuja lei veda ser a pessoa jurídica titular de forma originária, a pessoa física pode ser titular de patente de invento, conforme dispõe os artigos 88 e 91 da Lei de Propriedade Industrial.

Por fim, BITTAR¹⁰⁰ considera a pessoa jurídica titular do direito à liberdade, afirmando tratar-se, no caso, de liberdade de associação e de exercício de sua atividade, respeitada a intervenção do Estado, quando necessária, dentro dos modelos do neoliberalismo. O bem jurídico protegido consiste, portanto, na liberdade, a prerrogativa de fazer ou deixar de fazer alguma coisa.

Em síntese, o reconhecimento jurisprudencial de que a pessoa jurídica pode ser titular de direitos da personalidade não mais pode ser afastado. Hoje, sobranceira, desponta a palavra firme e forte do diploma civil de 2002, não mais havendo espaço para discussões sobre o tema.

3.5 O PAPEL CRIADOR DA JURISPRUDÊNCIA

100 - BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p. 99.

A jurisprudência tem desempenhado um papel de extrema importância na

concretização dos direitos da personalidade, essa função é uma conquista dos tempos modernos e um postulado indestrutível do progresso jurídico. O juiz moderno não mais representa um modelo arcaico, mas sim um homem do povo, vive em contato íntimo com as realidades circunstantes da vida, atento às solicitações do meio em que vive e às circunstâncias nova época. Nesse contexto, tem realizado um importante papel na construção e reconhecimento dos direitos da personalidade.

Em consequência, a jurisprudência retomou a força de elemento renovador do direito, voltando a ser considerada a mais moderna fonte do direito ao lado da doutrina e, até mesmo, em determinadas circunstancias, merecendo preferência sobre esta. Muito embora não se possa deixar de reconhecer que a doutrina brasileira venha se antecipado à lei, como ocorreu ao suprir as lacunas do Código Civil de 1916, carente de sistematização no tocante aos direitos da personalidade.

A norma jurídica afigura-se como uma conquista histórica da humanidade, no entanto, o reconhecimento do direito não se esgota na norma. A lei, como uma conquista da humanidade, precisa ser cumprida e sua não aplicação deve corresponder a uma exceção. Por isso, o relevante papel desempenhado pela jurisprudência não tem o condão de mostrar desprezo a lei, conforme leciona Luiz Roberto Barroso¹⁰¹. Verbis:

Há mecanismos dentro desse quadro pós-positivista, que permitem interpretar o direito não somente pela literalidade dos textos normativos, mas também pelos valores e princípios que são apreendidos e compartilhados pela comunidade. Na verdade, o que se ganha em potencial de realização de justiça, perde-se, é certo, em segurança jurídica porque se está aumentando a discricionariedade do intérprete, do aplicador da lei. Por isso, a dogmática jurídica hoje está discutindo como limitar a discricionariedade judicial nesses casos e ter como parâmetros objetivos de ponderação de valores.

101 – BARROSO, Luiz Roberto. **Liberdade de expressão, direito à informação e banimento da publicidade de cigarro**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, abril/junho 2000, n. 224:31, p. 50.

Como se viu anteriormente, a Constituição de 1988 congregou um amplo leque de direitos sociais, sendo que a efetiva concretização de muitos deles requer uma atuação

positiva do Estado, acompanhada da realização de desembolsos. Tem-se observado um persistente movimento por parte de membros do Poder Judiciário, no sentido de que possam atuar como genuínos protagonistas na concretização dos direitos da personalidade.

Oportunas, a propósito, as palavras de Jean Cruet¹⁰²:

O juiz, esse ente inanimado, de que falava Montesquieu, tem sido na realidade a alma do progresso jurídico, o artífice laborioso do Direito novo contra as fórmulas caducas do Direito tradicional. Esta participação do juiz da renovação do Direito é, em certo grau, um fenômeno constante, podia-se dizer uma lei natural da evolução jurídica: nascido da jurisprudência, o Direito vive pela jurisprudência, e é pela jurisprudência que vemos muitas vezes o Direito evoluir sob uma legislação imóvel. É fácil dar a demonstração experimental deste acerto, por exemplos tirados das épocas mais diversas e dos países mais variados.

A louvável iniciativa encampada por muitos dos Juízes brasileiros, no entanto, não permaneceu imune a críticas. Há quem afirme que essa dinâmica atuação do Judiciário consubstancia usurpação do poder e das funções conferidas constitucionalmente ao Executivo e Legislativo, o que atentaria contra o princípio basilar da separação de poderes. O Judiciário estaria adentrando numa esfera de atuação nitidamente política, alheia às suas atribuições.

No que concerne à indevida atividade política do Judiciário, Ana Paula de Barcellos¹⁰³ lembra que a Constituição atribuiu o poder político, não só ao Legislativo e ao Executivo, mas também ao Judiciário. Isto significa que seria equivocada a leitura de que ao Judiciário não é dado juízo quanto às escolhas políticas atinentes à alocação de recursos, por exemplo.

102 – CRUET, Jean apud MAXIMINIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 39.

103 – BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 231.

Ana Paula Barcellos é forte defensora de que o ordenamento brasileiro contém um núcleo essencial (mínimo existencial), formado por um plexo de direitos subjetivos, que podem ser exigidos e aplicados pelo Judiciário sem se cogitar de qualquer transgressão à

tripartição de poderes. Estes direitos seriam indispensáveis à dignidade da pessoa humana e, num exercício de sopesamento de princípios, sobrepujariam outros preceitos, como aqueles de índole orçamentária¹⁰⁴.

José Afonso da Silva, ao seu turno, arrola três características fundamentais do poder político, a saber: a unidade, a indivisibilidade e a indelegabilidade. Aduz ser imprópria a "divisão" e "delegação" de poderes, pois para ele o poder político não se divide; o que se desdobram são as funções inerentes ao assestado poder político¹⁰⁵.

Afirma ainda que, hodiernamente, não se constata a rigidez de outrora em relação à separação dos poderes (justificável quando concebida), sendo mais apropriadas as noções de colaboração, harmonia e independência orgânica dos poderes. Ao se referir à tripartição desses poderes, ressalta que a Constituição não pretendeu fracionar o poder político, mas destinar a diferentes órgãos (chamados estes de poder) as funções estatais¹⁰⁶.

Com efeito, nesse campo é preciso reconhecer que não obstante se tratar de um dos pilares dos estados modernos e se encontrar positivado como alicerce das Constituições mais recentes, o princípio da separação de poderes contempla peculiaridades iminentes a cada país, de modo que não há um modelo global único, capaz de merecer uníssono apoio doutrinário.

104 – BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 258.

105 – SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 107.

106 – Ob Cit, p. 109.

Gustavo Amaral, a propósito, preceitua que o Brasil optou por filiar-se ao sistema norte-americano, mais conhecido como "freios e contrapesos" ou "*check and balances*", cuja tônica não é um rompimento rígido entre os "poderes" do Estado. Ao revés, o que se almeja é

uma harmonização e um controle (ou fiscalização) recíproco entre os atores estatais, Executivo, Legislativo e Judiciário ¹⁰⁷.

Por outro lado, o sistema francês de separação de poderes finca seus alicerces na severa distinção das funções públicas em referência. Essas variações no modelo de tripartição de poderes, verificadas nos diversos sistemas jurídicos, ao que se observa, tem como fio condutor o processo evolutivo histórico de cada ordenamento. O Brasil, como não poderia deixar de ser, sujeito às conseqüências do seu contexto histórico, terminou enveredando pelo regime norte-americano, conforme facilmente se constata.

Carlos Maximiniano pondera que muito embora a divisão dos poderes tenda a extinguir o papel criador do direito, atribuído à jurisprudência, o dever de decidir os litígios, adaptando-se e superando as deficiências da lei escrita, força a magistratura a reivindicar, em parte, a sua velha competência e assim tornar-se, de fato, uma dilatadora e aperfeiçoadora das normas de características rígidas ¹⁰⁸.

Robert Alexy, por seu turno, afirma que os direitos sociais mínimos têm inexoráveis efeitos financeiros, o que, por si só, não justifica o sepultamento desses direitos. Para ele, "A força do princípio da competência privativa do legislador não é ilimitada. Não é um princípio absoluto. Direitos individuais podem ter mais pesos que as razões da política financeira." ¹⁰⁹

107 - AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez & escolha: em busca de critérios Jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 218.

108 - MAXIMINIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 39.

109 - ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 1993. p. 495.

As ressalvas feitas pela doutrina sempre repousam no fato de que não cabe ao Juiz, propriamente, suprir a mora do Poder Público, mas tão somente controlar as escolhas efetuadas pelo Legislativo e Executivo. Incumbe ao magistrado, pois, perquirir a pretensão

individual levada a Juízo, cotejando-a com as opções oferecidas pelo Poder Público. Gustavo Amaral¹¹⁰ sustenta que devem ser averiguados o grau de essencialidade da medida, bem como seu nível de excepcionalidade. Para ele, não basta que o direito postulado seja de cunho essencial, mas que se trate de medida excepcional. Diz ele:

(...) a decisão judicial para o indivíduo deve ser sempre circunstancial, respeitando, assim, a pluralidade de opções alocativas existentes, a heterogeneidade da sociedade e seu reflexo necessário sobre as concepções que tem sobre suas necessidades e a deficiência na coleta de informações que é inerente ao procedimento judicial. Com decisões para o caso concreto e não para a generalidade dos casos, como se tem visto nas decisões relacionadas à saúde, mantém-se a flexibilidade para o futuro, o que é uma virtude notável no que diz respeito à saúde, onde a evolução dos tratamentos torna o quadro sempre mutante.

Gustavo Amaral fala muito em "controle das escolhas alocativas". Ele prega que o Judiciário não deve fazer o controle fato-norma, mas controlar as escolhas feitas pelos demais "poderes". Tratar-se-ia de um exame lógico entre variáveis, tais como escassez de recursos, essencialidade da medida reclamada (mínimo existencial), bem como sua excepcionalidade¹¹¹.

A teoria que desenvolve a respeito remete, na verdade, às idéias de proporcionalidade e razoabilidade. Dito de outra maneira, o Judiciário poderia controlar posturas ou escolhas do administrador, lançando mão dos postulados da proporcionalidade e razoabilidade. Sabe-se que, fora algumas amarras orçamentárias e legais, o administrador possui ampla discricionariedade política para o emprego dos recursos por ele geridos.

110 - AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez & escolha: em busca de critérios Jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 208-9.

111 – AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez & escolha: em busca de critérios Jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 228.

Assim sendo, como as "escolhas" por este (Administrador) realizadas embutem-se no chamado mérito administrativo. No que tange ao controle judicial dos atos administrativos, a Jurisprudência firmou o posicionamento no sentido de não ser facultado ao Judiciário reexaminar o mérito administrativo, exceto a partir do prisma da legalidade.

Felizmente, mais uma vez, vitoriosa a tese do controle principiológico, onde vem prevalecendo o entendimento de que os atos administrativos e legislativos podem ser controlados sob o ângulo da proporcionalidade e razoabilidade. Pode-se mesmo dizer que, atualmente, prepondera o entendimento de que o princípio da proporcionalidade pode servir de mecanismo para avaliação da constitucionalidade, tanto de atos administrativos quanto legislativos.

Há, todavia, abalizados nomes que demonstram preocupação no que tange a uma participação "criativa" por parte do Judiciário. Karl Larenz assinala que não raro o juiz vê-se na tentação de extrair sua resolução diretamente de seu "arbitrio" judicial, de seu sentimento de justiça no intuito de proferir uma decisão que entende justa e equitativa¹¹².

Pondera, o mesmo autor, que, apesar do louvável objetivo perseguido pelo magistrado, tal postura não se reputa legítima, "pois não toma a lei como bitola de achatamento da resolução e comporta o perigo de manipulação da lei"¹¹³. Para ele, o juiz deve, sim, buscar resoluções justas e equitativas, desde que mantendo uma fidelidade à lei.

Já TEDESCO¹¹⁴, citado por LARENZ, narra casos em que a lei privilegia a segurança jurídica, a conveniência e a praticabilidade em "detrimento" da justiça no caso

112 – LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 1997. p. 492.

113 – ob cit, mesma página.

114 – TEDESCO apud LARENZ, Karl. ob cit, p. 493.

concreto. A justiça não deve ser encarada como método de interpretação, mas apenas como auxílio das regras interpretativas postas. A propósito, fazendo remissão a Jorge Miranda, Ingo Sarlet¹¹⁵ reitera que os juízes e Tribunais estão obrigados, seja pela aplicação, interpretação ou integração, a outorgar às normas de direitos fundamentais a maior eficácia "possível" dentro do sistema jurídico (função positiva do Judiciário).

Por fim, assinale-se que, além dessa obrigação de outorgar a maior efetividade possível as normas relativas aos direitos fundamentais, o judiciário não deve minimizar as ferramentas processuais que lhes são oferecidas pela Lei. Assim, da ação de inconstitucionalidade por omissão, até a mais simples tutela que se antecipe deve prevalecer uma função hermenêutica que vá ao encontro dos princípios constitucionais que, como recomenda SARLET¹¹⁶, viabilizem “a máxima eficácia dos direitos sociais”.

À vista do quanto aqui foi deduzido, pode-se assentar que a melhor contribuição a ser dada pelo Poder Judiciário, no plano da concretização dos direitos fundamentais, prende-se à sua função interpretativa e integradora da Constituição à legislação que lhe é oferecida. Nos dias atuais, não basta que o magistrado seja honesto, ele precisa e deve aferir as pretensões deduzidas em juízo, ao som da essencialidade, da excepcionalidade, da eficácia e da efetividade que se espera, imbuído sempre da tarefa conjunta de “(...) instituir um Estado democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais (...)”, conforme proclama o preâmbulo¹¹⁷ da atual Constituição Republicana.

115 - SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 390.

116 – Ob Cit, mesma página.

117 – Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte, para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil.

4 PROBLEMÁTICA DA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

4.1 O DIREITO E SUA EFICÁCIA

4.1.1 Distinção entre eficácia e efetividade

Embora significativa parcela da doutrina não dispense qualquer diferenciação material entre as expressões eficácia e efetividade, usando-as de modo indistinto, há doutrinadores de peso que atribuem uma relevante discrepância semântica entre elas.

Antoine Jeammaud, *exempli gratia*, enaltece a utilidade da distinção entre efetividade e eficácia, aduzindo que a efetividade jurídica estaria situada no plano da aplicação real e efetiva de regras jurídicas vigentes, aos casos concretos, recomenda ele que: "É conveniente reservar o uso da palavra eficácia para apontar o êxito efetivo dos resultados buscados por quem as legislou"¹¹⁸.

JEAMMAUD estrutura suas idéias a partir de uma bifurcação que salienta existir no plano da validade normativa, onde haveria uma validade social e outra meramente jurídica ou formal. A validade social, segundo defende, tem uma feição sociológica e visa aferir se uma norma abstrata encontra aplicação no mundo fático, ao passo que a validade formal limita-se a perscrutar se uma norma foi adequada e validamente inserida no ordenamento e se é compatível materialmente com o sistema.

118 - JEAMMAUD, Antoine. *Em torno al problema de la efectividad del derecho*. In: *Contradogmáticas*, vol. I, nº2/3, Santa Cruz do Sul: FISCS/ALMED. 1983. p. 53.

Por seu turno, Marcelo Neves¹¹⁹ realça a distinção entre a eficácia em sentido técnico-jurídico e em sentido sociológico. Para ele o sentido técnico-jurídico atém-se às noções de aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade da norma, passando pelo exame do preenchimento das condições intra-sistêmicas aptas à produção de efeitos jurídicos específicos. Já o sentido sociológico, real ou empírico da eficácia, diz com a conformação das condutas às normas, vale dizer, o cumprimento dessas normas no âmbito do cotidiano social.

A efetividade, por sua vez, tem suas raízes assentadas no campo finalístico, proporcionando um "programa finalístico" e não condicional (eficácia). Ao invés de ser compreendida como mera conformidade dos comportamentos capitulados na norma (caso da eficácia), a efetividade prende-se aos fins buscados pelo legislador ou pela lei. Noutras palavras, será efetiva a norma que satisfizer o desiderato para o qual foi concebida, isto é, que concretizar o que o Prof. Neves chama de "vínculo meio-fim".

NEVES destaca ainda que, não raramente, uma norma pode ser dotada de eficácia, mas carente de efetividade e vice-versa. Quando o grau de ineficácia e/ou inefetividade for elevado, fala-se em carência de normatividade do texto legal, conduzindo à falta de vigência social¹²⁰. Nessa hipótese, o direito perde a própria razão do seu existir, pois como assinala José Carlos Barbosa Moreira¹²¹, "...se a ordem jurídica reconhece como valiosa determinada posição subjetiva, deve ministrar (...) meios de proteção adequados e eficazes, que garantam, na prática (...) as vantagens inerentes em teoria".

119 - NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. São Paulo: Acadêmica. 1994. p. 42.

120 – Ob. Cit. p. 46-7.

121 – MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de Direito Processual**. São Paulo: Saraiva. 1988. p.4.

A distinção ora esboçada como oportuna, desponta imperiosa, sobretudo ao se considerar que, para ser tido como ordenamento jurídico, o direito precisa ser dotado de certo grau de eficácia, de aplicação fática. Entendida esta, conforme já realçado, como a concretização, a realização do comando normativo no mundo dos fatos. Até porque, como assinala Luiz Roberto Baroso¹²², referindo-se à questão da eficácia “o direito existe para realizar-se. E o direito constitucional não foge a este designo”.

Não foge nem poderia fugir. Até porque é a crença na Constituição, como norma dotada de caráter imperativo, que viabiliza o acesso a justiça e a tutela, em juízo, dos seus preceitos. Não há como se conceber, que normas fundamentais invistam os cidadãos em tutelas subjetivas e o próprio ordenamento jurídico negue, em desfavor da realização prática desses direitos, mecanismos aptos a promover a sua realização. Como aqui se defende, em sintonia com a doutrina¹²³, impõe-se reconhecer que, em significativo grau, os órgãos governamentais têm se revelado capazes de fazer com que as normas jurídicas existentes deixem o campo da exigência abstrata e se transformem em algo concreto, efetivo e real.

4.1.2 Eficácia e efetividade no âmbito dos direitos da personalidade

Subsistam ou não as críticas que aludem à insubsistência dos traços distintivos entre os fenômenos da eficácia e da efetividade dos direitos da personalidade, é de se reconhecer que, qualquer análise inerente à concretização desses direitos passa por esses dois fenômenos.

122 – BARROSO, Luiz Roberto. **Temas de direito processual**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 81.

123 – BARROSO, Luiz Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira**. 5 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 123.

No campo da eficácia, por exemplo, ricas argumentos despontam ao lado daqueles oferecidos pelo professor Ingo Sarlet¹²³, em trabalho que, por seu reconhecido destaque, aqui será objeto de especial enfoque.

Inicialmente, impõe-se reconhecer que qualquer análise concernente à eficácia ou efetividade dos direitos da personalidade não tem como controlar o prévio exame do conteúdo do art. 5º, §1º, da Constituição de 1988. Como se sabe, o indigitado parágrafo prescreve que os direitos fundamentais são dotados de eficácia e aplicabilidade imediatas. Ao se debruçar sobre referida disposição, Ingo Sarlet sugere dois questionamentos que auxiliariam na tarefa de investigar a amplitude do referido comando constitucional. O primeiro busca responder se a eficácia a que alude o prefalado art. 5º, §1º estaria circunscrita ao catálogo de direitos elencados no referido artigo. Nesse passo, SARLET¹²⁴ conclui que basta uma interpretação meramente literal do aludido diploma para se afirmar que, indubitavelmente, dito dispositivo abarca todo o conjunto constitucional de direitos fundamentais e não só o artigo quinto. Portanto, qualquer direito fundamental presente no corpo da citada Carta Cidadã encontra-se dotado de eficácia plena, a teor do que dispõe o § 1º, do referido art. 5º.

A segunda indagação posta por SARLET cinge-se aos efeitos e alcance do referido mandamento constitucional. Nesse particular, há os que apregoam uma eficácia mais tímida, assinalando que dita norma, ainda que constitucional, não deva atentar contra a natureza das coisas, vez que encontrar-se-ia tolhida pelo delineamento em lei. Noutro extremo, despontam aqueles que advogam que até mesmo os direitos fundamentais de feição programática assumem roupagem de direitos subjetivos individuais¹²⁵, por força do já citado art. 5º, §1º¹.

123 - SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

124 – Ob. Cit., p. 273.

125 – Ob Cit., p. 274.

Não se pode perder de vista que, de fato, alguns direitos fundamentais, tal como positivados na Constituição, ressem de uma estruturação e normatividade hábil a gerar efeitos plenos e incontroversos *ab initio*. Bem o demonstra, na prática, o direito de greve no serviço público e a plena liberdade de informação. Em verdade o exercício pleno desses direitos, carentes de estruturação e regulamentação, dependem, indubiosamente, de um disciplinamento concretizador por parte do legislativo. Nestes casos, segundo o mencionado autor, a despeito da expressa previsão constitucional, deve-se admitir (ainda segundo SARLET) que tais normas não constituiriam direitos subjetivos ¹²⁶.

Não há como olvidar que o constituinte de 1988 introduziu na Carta Fundamental, propositalmente, um grupo de direitos com baixa densidade normativa, outorgando ao legislador derivado o papel de conformar os respectivos dispositivos. Tanto assim que teve o cuidado de munir os titulares daqueles direitos, oferecendo-lhes remédios processuais manejáveis na eventualidade de mora legislativa. É o que se ontem dos institutos do mandado de injunção e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Analisando essa questão, Celso Bastos¹²⁷ sustenta que, apesar de a plena eficácia e aplicabilidade dos direitos fundamentais ser a regra, há duas situações em que esta experimenta ressalvas, a saber: *a*) quando o próprio constituinte exige a prévia intervenção legisladora (direitos de eficácia limitada) ou, *b*) quando a lei efetivamente não dispuser de normatividade mínima para sua aplicação, caso no qual a atuação judicial pressuporia uma assunção da função legislativa.

126 - SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 275.

127 – BASTOS, Celso apud SARLET, Ingo Wolfgang. Ob cit, p. 275.

A par de toda controvérsia instaurada em torno do multicitado art. 5º, §1º, não há como se desprezar seu caráter vinculante e dirigente. Mencionado artigo, em verdade, ostenta uma relevante função, no papel de bússola, apontando no sentido de que o Estado, aí compreendidos todos os seus Poderes (legislativo, executivo e judiciário), procure maximizar a eficácia (e efetividade) dos direitos fundamentais.

SARLET aponta a existência de corrente doutrinária para a qual o mencionado caráter dirigente do art. 5º, §1º impõe a sua aplicação, inclusive pelo Judiciário, de modo a imprimir sempre a máxima eficácia e efetividade dos direitos fundamentais, ainda quando carentes de total concretização. Aliás, essa postura tem sido adotada pelo judiciário, com certa frequência, como se mostrará ao longo da abordagem jurisprudencial relativa aos direitos da personalidade.

Nesse ponto, conforme tem aconselhado a doutrina, a carência de concretização deve ser superada, inclusive, com fulcro no art. 4º da Lei de introdução ao Código Civil, uma vez que referido dispositivo fornece ao magistrado a alternativa de suprir a omissão, no caso concreto, com base na analogia, costumes e princípios gerais do direito¹²⁸.

Depois de expor vários pontos de vista, SARLET arremata se filiando a uma posição por ele denominada de intermediária, segundo a qual a melhor exegese a ser extraída do art. 5º, §1º, seria a de que referido dispositivo contém natureza principiológica, constituindo-se um verdadeiro mandado de otimização (ou maximização), fazendo com que os órgãos estatais possam buscar a maior eficácia possível dos direitos fundamentais. Tal teoria é encampada também por nomes como Canotilho e Flávia Piovesan¹²⁹.

128 - SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 280-1.

129 – Ob cit, p. 282

Na qualidade de princípio, o art. 5º, §1º comporta uma casuística que não se verificaria acaso fosse considerado como uma regra de conduta. Assim sendo, sua aplicação depende de uma análise do quadro fático *in concreto* e do(s) direito(s) fundamental(is) em jogo¹³⁰. Segundo afirma, sua eficácia depende, em grande medida, da função assumida, assim como do modo em que foi positivado¹³¹.

Ao revelar a pluralidade de funções dos direitos fundamentais - fenômeno da multifuncionalidade desses direitos, esclarece o mesmo autor que essas funções repercutem no plano da eficácia, circunstância que, efetivamente, não há como se negar. Basta que se traga, á gusa de ilustração, o art. 5º, XXXII (proteção do consumidor), chamado de norma-objetivo, caracterizada por definir objetivos e fins a serem perseguidos pelos destinatários da norma consumerista.

Ressalte-se, embora possa parecer desnecessário, que a norma-objetivo não se confunde com a norma de cunho programático, haja vista que esta última não encerra objetivos concretos, mas sim valores, princípios e programas. Como norma programática SARLET enquadra o direito à educação, insculpido no art. 205, *caput*, consignando que o fato desse artigo ser encaixado como norma programática não esvazia sua carga de eficácia¹³².

A propósito das normas programáticas, oportuno salientar que ostentam elas alguns traços distintivos entre si. Assim, com base nas indigitadas particularidades, pode-se classificá-las didaticamente em três grupos: a) as que dependem de intervenção legislativa;

130 – SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 282.

131 - Ob cit, p. 268.

132 - Ob cit. Mesma página.

b) as que apresentam baixa densidade normativa ou normatividade insuficiente para produzir eficácia plena; e c) aquelas que contêm programas, finalidades e tarefas a serem atendidos pelo Estado¹³³.

Por outro lado, há ainda as normas que equivalem a autênticas ordens concretas de legislar, tais como o art. 7º, XI da CF (distribuição de lucros das empresas para os funcionários) e aquelas que correspondem a garantias institucionais, como o art. 5º, XXXVIII (garantia ao Tribunal do Júri)¹³⁴. A depender da função desempenhada pelo direito fundamental, a doutrina recomenda a divisão em dois grandes grupos: os direitos de defesa (negativos) e os direitos a prestações (positivos).

No que concerne aos direitos de defesa, prepondera o consenso de que constituem eles direitos subjetivos dotados de plena eficácia. Desse modo, seriam eles plenamente exigíveis, independentemente de qualquer prestação anterior. O mesmo, porém, não se pode dizer com relação aos direitos prestacionais, cujas vicissitudes levam alguns doutrinadores a negar-lhes plena eficácia.

Não seria demais lembrar que o mesmo professor SARLET, assinala que inúmeros direitos prestacionais foram positivados, ora sob o rótulo de direitos programáticos, ora como normas-objetivo e ora como imposições legiferantes. Estes últimos, como se viu, careceriam de uma anterior conformação legislativa, antes de alcançarem uma eficácia e aplicabilidade total. Como bem se percebe, diante do que já foi assinalado, a análise acerca da eficácia do direito fundamental passa, necessariamente, pelo exame de sua função e forma de positivação no texto constitucional¹³⁵.

133– SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 306.

134 – Ob cit, p. 268.

135 – Ob. Cit. p. 270.

Independentemente da corrente à qual venha se filiar, o que se observa é que o art. 5º, §1º vincula os entes estatais, dentre eles o Judiciário, à expressa previsão de que se deve extrair o máximo de eficácia e efetividade do direito fundamental porventura reclamado. Inclusive recorrendo-se, caso juridicamente viável, a todos os remédios legítimos e disponíveis, inclusive ao art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil. Obviamente, com isso não é dado ao Judiciário se arvorar das funções nítida e tipicamente legislativas, como já ocorreu em algumas oportunidades.

É preciso que, embora insistentemente, se vá devagar com o andar. Note-se que, não raramente, a dificuldade encontrada no âmbito da eficácia dos direitos sociais prestacionais, repousa na indissociável necessidade de dispêndios públicos, para a concretização daqueles. E isso, ainda que não leve a negativa do seu caráter subjetivo, não deve ser subestimado por decisões temerárias ou destituídas de eficácia prática que, lamentavelmente levam a justiça ao descrédito.

Em suma, embora longe esteja de se assegurar que os direitos positivos a prestações seriam desprovidos de eficácia, o que seguramente iria ao encontro do que preconizado pelos preceitos norteadores da Carta Federal de 1988, há de se admitir que esses direitos estão sujeitos a limitações, tanto materiais quanto legislativas do Estado. E para que não se tenha mitigado o teor de efetividade daqueles direitos, impõe-se a adoção de providências legislativas e administrativas a serem reivindicadas com vigor pela sociedade.

Deixando-se de lado as apontadas dificuldades na plena materialização dos direitos da personalidade, cumpre asseverar a posição de relevo que estes assumem no campo principiológico e hermenêutico. Esta característica, se bem explorada, é de grande valia na busca pela efetividade e eficácia desses direitos personalíssimos.

Aliás, essa problemática, não há como negar, tem despertado grande interesse no seio da comunidade jurídica e em particular da magistratura nacional. Do mesmo modo, a criação de programas de ações governamentais, com a implementação de políticas públicas de combate a miséria, tem amenizado o antigo fosso social que vinha se agravando. Entretanto, forçoso reconhecer, há muito ainda a ser feito.

Basta ver o quanto estamos distanciados de uma verdadeira democracia participativa. A sociedade civil brasileira não está acostumada a participar efetivamente, através de organizações sociais que, integrados á comunidade, deliberem, por exemplo, onde poderão ser aplicados os recursos públicos e quais as políticas públicas prioritárias em cada área. Infelizmente, em algumas oportunidades se tem caído no campo da omissão administrativa ou da má gestão, sob o silêncio da sociedade, sem que o poder público estabeleça prioridades e implemente, efetivamente, os direitos sociais previstos na Constituição de 1988.

Ao que conclui-se, a ausência ou insuficiência de programas sociais específicos, bem como a existência de circunstâncias e arranjos políticos que dificultam o acesso a esses direitos e á vida digna, criam sérios obstáculos ao exercício de todos os outros direitos, inclusive os da personalidade. Não se deve esquecer que a relação entre políticas públicas e a realização de direitos sociais é direta e que, ainda que muito se tenha feito nesse campo, é preciso reconhecer que a Constituição traçou metas e objetivos fundamentais, visando a realização dos direitos da personalidade. E, nesse ponto, embora não se negue a força principiológica do art. 5º da Constituição, ainda é preciso melhor delinear o papel do Estado, através de seus poderes, órgãos e agente públicos, na definitiva e plena implementação desses direitos.

4.2 A GARANTIA DO ACESSO A JUSTIÇA COMO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL

É possível que o acesso a a justiça seja um dos temas mais debatidos na atualidade, especialmente no âmbito da moderna teoria do direito. As transformações hoje ocorrem de forma muito mais célere do que antes, sobretudo nos campos tecnológico, político, econômico e jurídico, levando a se reconhecer que o princípio constitucional do acesso á justiça não se reveste, apenas e tão somente, da condição de um direito social. Ele é, antes de tudo, uma questão de cidadania, uma vez que somente a efetiva participação na questão do bem comum, através do amplo acesso à justiça é que se pode cogitar de cidadania plena e responsável.

Hoje, não há dúvidas, existe uma crescente preocupação em se transpor ou evitar ou obstáculos negativos apontados como impeditivos da tutela dos direitos, sejam eles econômicos sociais ou políticos. Aliás, desde que o Estado proibiu ao indivíduo a autotutela, passando a compor seus conflitos de interesses, assumiu ele a função de manter o equilíbrio das relações sociais. Para tanto, coube-lhe, como ainda hoje cabe, não só elaborar e aplicar as leis como, igualmente, administrar a justiça, cuidando para que a lei que elabora não seja dirigida contra o cidadão, mas em favor deste, objetivando a concretização da cidadania.

Forçoso reconhecer que, no Brasil, a questão do acesso à justiça, se faz ampliada por diversos fatores. Seja de ordem territorial, econômica ou social, eles têm se multiplicado, tanto quanto se multiplicaram as garantias e direitos voltados para a efetivação da cidadania, dentro do patamar oferecido pela atual Carta Magna.

Dessa vez a questão relativa à representação gratuita dos indivíduos em juízo, buscando viabilizar o acesso à justiça, inclusive, dos desafortunados. Referida providência,

remonta às Ordenações Filipinas¹³⁶, em que pese sua importância social, somente foi mencionada na Constituição de 1934 e no Código de Processo Civil de 1939.

Em verdade, a partir de 1988, a garantia de gratuidade ao acesso à justiça se tornou constitucional, uma vez que o art. 5º, inciso LXXIV, da nova Carta Magna dispõe que: "O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos". A Defensoria Pública foi, assim, erigida a condição de instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do citado art. 5º, LXXIV. Como se vê, através dessas disposições, a garantia de acesso à justiça e a gratuidade da assistência jurídica assumiram o patamar de garantia constitucional, prevista entre os direitos individuais do cidadão.

Diante desses mencionados comandos legais, conuiu-se que referidas garantia e gratuidade asseguram um amplo acesso à justiça, uma vez que concede ao cidadão, não apenas o aconselhamento extrajurisdicional, mas também o apoio jurisdicional em todas as instâncias, já que se tem assegurada a assistência jurídica integral e não apenas assistência judiciária.

Encontra-se o cidadão, portanto, amparado tanto na fase pré-processual como nas demais fases da tutela de seus interesses, sejam eles individuais ou coletivos. Prerrogativa esta que se completa, como será visto no capítulo seguinte, com o que dispõe o art. 5º, XXXV, da Constituição, firme ao assegurar que: "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

136 – As Ordenações Filipinas, embora muito alteradas, constituíram a base do direito português até a promulgação dos sucessivos códigos do século XIX, sendo que muitas disposições tiveram vigência no Brasil até o advento do Código Civil de 1916. Entre elas, figurava aquela que instituiu o defensor gratuito.

A par deste valioso princípio, três aspectos merecem especial registro. Primeiro, a supressão da possibilidade prevista no art. 153, § 4º, da Constituição de 1969, com a alteração produzida pela Emenda nº 7/77, onde se tinha expresso o condicionamento do exaurimento da via administrativa. Segundo a aplicabilidade do princípio no âmbito do direito coletivo e, terceiro, o reconhecimento constitucional da garantia diante de possíveis ameaças ao direito.

Assim, exceto no caso da justiça desportiva, por força do disposto no art. 217, §§ 1º e 2º da Constituição, não há como mais se exigir, para o exercício do direito de ação, o exaurimento da via administrativa. Ressalte-se que, em algumas oportunidades, necessário se faz que fique caracterizada a resistência administrativa à pretensão, a fim de que não se negue ausência do interesse de agir conforme decidiu certa feita o STF¹³⁷.

Oportuno observar, diante da linha otimista do presente trabalho, que a abertura das portas dessa garantia constitucional do acesso à justiça, constitui-se realidade, ainda que remonte a uma complexa gama de fatores. Realidade essa que passa, principalmente, pela aplicação, interpretação e sistematização das normas procedimentais.

Em precioso trabalho a respeito dessa questão, intitulado de *Acess to justice: the worldwide movimen to make rights effective*, os professores Cappelletti e Garth¹³⁸ oferecem proveitosa síntese dos principais problemas e inovações concernentes a efetividade do acesso à justiça. Assim é que, após salientarem uma certa vocação hipotética do estudo do processo civil, oferecem conclusiva síntese que merece ser reproduzida. Verbis:

137 – BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo de Instrumento nº12.739**, AgR/RJ, 2ª turma, Rel. Min. Carlos Veloso, In DJ 18/12/1992, p. 24.380.

138 - CAPPELLETTI, Mauro, GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Ed. Sérgio Antonio Fabris, 1988, p. 12 e 13.

O processo, no entanto, não deveria ser colocado no vácuo. Os juristas precisam, agora, reconhecer que as técnicas processuais servem a função sociais; que as cortes não são a única forma de solução de conflitos a ser considerada e que qualquer regulamentação processual, inclusive a criação ou encorajamento de alternativas ao sistema judiciário formal tem um efeito importante sobre a forma como opera a lei substantiva – com que frequência ela é executada, em benefício de que e com que impacto social. Uma tarefa básica dos processualistas modernos é expor o impacto substantivo dos vários mecanismos de processamento de litígios. Eles precisam, conseqüentemente, ampliar sua pesquisa para mais além dos tribunais e utilizar os métodos de análise da sociologia, da política, da psicologia e da economia, e ademais, aprender através de outras culturas. O “acesso” não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ele é, também, necessariamente, o ponto central da moderna processualística. Seu estudo pressupõe um alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência do direito.

É verdade, hoje como nunca, que a preocupação não é apenas com o acesso á justiça, mas sim com a perspectiva de um pronunciamento jurisdicional eficaz e útil. Busca-se, mais do que tudo, alcançar um patamar de real eficácia, não só para os direitos que já encontram-se consagrados mas, também, para aqueles que se pretende conquistar. E, quanto a essa eficácia, não se pode negar que o sistema processual tem procurado, inclusive com o auxílio da tecnologia, oferecer respostas que se revelem harmônicas com as exigências que lhes são ínsitas: a) rapidez; b) utilidade e c) objetividade.

Ao se reconhecer a presença da multiplicidade de instrumentos processuais aptos a garantir, dentro de aceitáveis contornos, a defesa dos direitos da personalidade constitucionalmente assegurados, não se nega as conhecidas deficiências do judiciário. Em absoluto. Elas existem e sempre irão existir dentro de qualquer sociedade que adote os padrões econômicos e sociais a que nos submetemos.

Mesmo que mais adiante sejam destacados os instrumentos processuais voltados para a tutela dos direitos da personalidade, forçoso convir, nesse momento, que nem todas as afrontas a esses direitos encontram soluções judiciais. Até porque, não são todas as injustiças que podem ser solucionadas pela via judicial. Por isso mesmo, ao longo do presente trabalho quando do exame dos instrumentos processuais dotados de eficácia nesse campo, buscar-se-há identificar parâmetros que melhor delimitem as situações jurídicas próprias, dentro dos legítimos e esperados limites da atuação do poder judiciário.

4.3 INAFSTABILIDADE DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

4.3.1 Direito de ação e direito ao processo

O princípio da inafastabilidade da prestação jurisdicional, também denominado de princípio do direito de ação, princípio da justicialidade ou da judiciariedade, encontra-se previsto, conforme já assinalado, no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988: "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito". Significa que a Constituição Federal assegura a todos a possibilidade de acesso ao Judiciário e, em consequência, toda vez que, por algum motivo, o cidadão não conseguir obter, espontaneamente, a satisfação de um interesse, poderá socorrer-se do Poder Judiciário e deduzir a pretensão que lhe diz respeito.

O direito constitucional de ação implica, ainda, como corolário lógico, no direito ao processo, ou melhor, ao devido processo constitucional. Afinal, não teria sentido a ampla

garantia de acesso aos tribunais sem que fosse garantida, conjuntamente, a possibilidade de utilização do instrumento de atuação da atividade jurisdicional: o processo. Aquele que busca acesso ao Judiciário pretende, na realidade, a obtenção da prestação jurisdicional, a qual, por seu turno, atua por meio do processo, pelo que seria desarrazoado garantir-se o acesso à Justiça sem o correlato direito ao processo.

Nesse passo, importa destacar que o instrumento com que a jurisdição opera (processo) possui características e peculiaridades estabelecidas na Carta Magna de 88, estando, ademais, cercado de garantias, de modo a que possa propiciar "não apenas acesso à Justiça, mas à ordem jurídica justa"¹³⁹.

Em consonância com o que foi esboçado no tópico anterior pode-se destacar o posicionamento de Rogério Tucci¹⁴⁰ que se refere à garantia de acesso ao poder judiciário como uma efetivação:

da possibilidade, conferida à todos, de provocar a atividade jurisdicional do Estado e instaurar o devido processo constitucional, com as garantias a ele inerentes, como contraditório, ampla defesa, juiz natural, motivação das decisões, publicidade dos atos etc.

Vale dizer, o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, albergado pelo artigo 5º, XXXV, da Constituição da República, ratifica o direito de ação em sentido processual, entendido este como "o devido processo legal com procedimento adequado ao exame contraditório do litígio"¹⁴¹.

Embora sem a pretensão de exaurir a matéria, cumpre aqui diferenciar o direito de ação (direito de acesso aos tribunais) do exercício deste direito, que é a ação processual (direito de ação em sentido processual). Aquele (direito de acesso aos tribunais) constitui-se algo distinto da ação processual, já que esta é o exercício daquele.

139 – SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Comentários ao código de processo civil**. vol. 1. São Paulo: RT, 2000. p. 86.

140 – TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério Cruz e. **Constituição de 1988 e processo: regramentos e garantias constitucionais do processo**. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 13.

141 – BUZAID Apud TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério Cruz e. Ob cit., p. 14.

Dito isto, pode-se conceber o direito de ação sob dois prismas: o do direito constitucional, sob o qual o direito de ação é amplo, genérico e incondicionado, salvo as restrições da própria Constituição Federal; e o do direito processual, sob o qual o direito de ação pressupõe, necessariamente, a anterioridade do próprio direito. Ou seja, a ação será, em qualquer caso, o exercício de um direito preexistente, pelo que somente "tenho 'ação' processual porque, antes, deverei ter direito subjetivo público para exigir que o Estado me preste e tutela capaz de tornar efetivo o meu direito " ¹⁴².

A partir do momento em que o Estado monopoliza a jurisdição, ao proibir a autotutela originariamente exercida pelo titular do direito, se obriga a assegurar uma tutela equivalente, "outorgando-lhe (ao titular do direito) os meios para torná-lo efetivo através de seus órgãos estruturados e predispostos para o cumprimento desse dever fundamental de toda organização estatal"¹⁴³. E esses "meios" colocados à disposição do titular do direito para torná-lo efetivo consistem, justamente, no direito de ação em sentido processual, ou, simplesmente, ação.

É, portanto, através do exercício da ação processual que o titular do direito (autor ou réu) exige do Estado a prestação da atividade jurisdicional. A este poder de exigir do Estado a prestação da atividade jurisdicional, dá-se o nome de pretensão da tutela jurídica. Assim, quando o autor formula uma demanda, exige que o Estado exerça a atividade jurisdicional a

que se obrigou e preste a respectiva tutela, dando resposta adequada ao pedido. Por isso mesmo, oportuna a observação de COUTURE¹⁴⁴, ao lecionar que:

142 - TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério Cruz e. **Constituição de 1988 e processo: regramentos e garantias constitucionais do processo**. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 14.

143 – COUTURE, Eduardo J. **Estudios de derecho procesal civil**. 2 ed. Tomo I. Buenos Aires: Depalma, 1978. p. 34-37.

144 – Ob. cit. p. 37

a verdadeira essência da função jurisdicional não é, portanto, o ‘pronunciamento’ da sentença que compõe o litígio - que não passa de uma atividade-meio, apenas instrumental -, senão que corresponde à realização do direito material que o Estado impediu que se fizesse pela via privada da auto-realização.

Traçada essa resumida diferenciação entre direito de ação (acesso ao Judiciário) e ação processual (exercício do direito de ação), impende, nesse passo, apartar este último conceito da definição de processo (ordenação de atos, através de qualquer procedimento). O processo, no sentido aqui empreendido, constitui-se o meio pelo qual se exercita o direito à jurisdição, mas é a ação que dá origem à formação do processo. Conforme leciona Alfredo Buzaid¹⁴⁵:

a ação antecede ao processo e dá causa ao seu nascimento. O processo pode extinguir-se por nulidade ou por outro motivo, e a ação subsiste imprejudicada, podendo o interessado repropô-la. A ação preexiste e pode subsistir ao processo, ao passo que este só se inicia pelo direito de ação.

Em suma, tem-se que o exercício do direito de ação por parte do autor origina a ação judiciária, que se efetiva através do processo, único meio de aplicação do direito aos casos ocorrentes, por obra dos órgãos jurisdicionais. Constitui-se, portanto, complemento inarredável do preceito constitucional que o inspira, garantia concreta de sua realização.

4.3.2 O direito político de petição

Em favor da distinção entre o direito de ação e o direito de petição, impõe-se salientar que direito de ação (art. 5º, XXXV, CF) não se confunde com direito de petição (5º,

145 –BUZUID, Alfredo apud COUTURE, Eduardo J. **Estudios de derecho procesal civil**. 2 ed. Tomo I. Buenos Aires: Depalma, 1978. p. 37.

XXXIV, 'a', CF). Este último é um direito político, sujeito a iniciativa de qualquer pessoa, caracterizado pela informalidade, que consiste na faculdade outorgada ao cidadão de apresentar reclamação aos órgãos públicos em defesa de seus direitos, contra ilegalidade ou abuso de poder. Diferencia-se, já aqui do direito de ação, pois, enquanto este é dirigido ao Judiciário, o direito de petição é também formulado perante autoridades não-judiciárias, possuindo, nesse caso, caráter administrativo.

Para COUTURE¹⁴⁶, o direito de petição é o gênero, do qual o direito de ação é espécie e se caracteriza justamente pelo fato do pedido ser dirigido ao Judiciário. Esclarece mencionado processualista, que o direito de petição - que antigamente abarcava quase de maneira inseparável as pretensões deduzidas em face dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, mesmo porque, até o século XVIII, as diversas funções do Estado encontravam-se confundidas - passou por um processo de diversificação, o que explica o seu estado atual.

Nesse passo, ressalta que se o direito de petição perdeu boa parte de sua importância ante os Poderes Executivo e Legislativo, sua significação perante o Poder Judiciário se tornou bastante considerável, assumindo uma característica particular. Até porque, enquanto perante os outros poderes configura somente uma relação entre o particular e a autoridade, no âmbito do judiciário envolve um terceiro que se vê, assim, ainda que contra a sua vontade, envolvido na relação processual¹⁴⁷(Tradução Livre).

Ainda que sinteticamente, invoque-se o ensinamento de CANOTILHO, para quem o direito de petição distingue-se do direito de ação, na medida em que o primeiro também se

146 – COUTURE, Eduardo J. **Estudios de derecho procesal civil**. 2 ed. Tomo I. Buenos Aires: Depalma, 1978. p. 34-37.

147 – COUTURE, Eduardo Ob cit., p. 39. Texto Original: *tradicionalmente, aún muchísimo antes de que el derecho de acceso ante el tribunal fuera involucrado entre los derechos de petición, el debate forense haya sido reglamentado mediante la ley procesal y haya creado de parte del poder público un deber jurídico de expedirse respecto de la pretensión.*

alinha dentre os meios de defesa não jurisdicionais, consistindo, pois, na:

faculdade reconhecida a indivíduo ou grupo de indivíduos de se dirigir a quaisquer autoridades públicas apresentando petições, representações, reclamações ou queixas destinadas à defesa dos seus direitos, da constituição, das leis ou do interesse geral¹⁴⁸.

Mais precisamente no âmbito do judiciário e, particularmente na defesa dos direitos da personalidade, se faz oportuno lembrar que o exercício do direito de petição encerra contornos de extrema relevância do ponto de vista prático. Sobretudo quando se tem presente que a petição inicial se constitui ato de vontade do autor, através do qual se transforma o direito abstrato de acionar, no direito concreto de ação, objetivando segundo CHIOVENDA¹⁴⁹, se concretize a vontade da lei.

O direito de petição pode, assim, ser tido como o eixo da árvore do judiciário, uma vez que assim como tronco rege toda árvore a petição inicial direciona todo o processo, inclusive o juízo. Por isso mesmo esse direito de petição deve ser exercido sob a consciência da importância das suas inafastáveis três partes a tese, que representa disposição do direito (*narra mihi factum, dabo tibi jus*)¹⁵⁰, a hipótese que se constitui a aplicabilidade do direito ao fato e, por último a conclusão, com respectivo pedido do direito ao fato. Como se vê, um silogismo que não deve ser omitido sob pena de negativo e prematuro desfecho.

Ainda que o presente trabalho não sugira um aprofundado estudo em torno do direito de petição, forçoso assinalar que de pouco terá adiantado o avanço objetivado pelo legislador constituinte, ao assegurar a efetividade dos direitos da personalidade caso não sejam

148 - CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 512.

149 – CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. 2 vol, São Paulo: Saraiva, 1996. p 297.

150 – Mencionado brocardo latino expressa, com perfeição, a idéia de que oferecidos os fatos cumpre ao juiz dizer o direito aplicável àqueles fatos.

observados os requisitos ínsitos a esse direito de postulação. Sobretudo aqueles considerados essenciais, como é o caso da condição inerente ao mérito da causa, voltado para impositiva menção aos fatos e fundamentos jurídicos do pedido. Compreendido este, não como a indicação do dispositivo legal que ampara a pretensão do autor, mas como a exposição dos próprios fatos que se têm como tutelados pela ordem jurídica.

Noutras palavras, fundamento jurídico do pedido, é a declinação explicitada pelo autor da ação, quanto à natureza do direito reclamado em juízo. Os fatos¹⁵¹, portanto devem ser a causa do direito peticionado. Sem prejuízo, evidentemente, para os demais requisitos tais como elencados pelo artigo 282 do Código de Processo Civil.

Remarque-se, por fim, que no campo do direito de petição, o superior tribunal de justiça firmou entendimento que, de certa forma, quebra a rigidez desse requisito atinente a descrição fática. E o fez no âmbito de matéria relativa ao direito da personalidade. Trata-se de um daqueles casos em que os fatos, se revelados de logo, podem comprometer as partes (a família por envolver a honra e a boa fama...). Para tanto, tem sido admitido que uma possível vexatória exposição seja objeto de um aditamento da petição inicial, caso frustrada ou impossibilitada a conciliação¹⁵².

Em síntese, no âmbito judicial, a petição inicial constitui-se peça solene e formal, onde o autor manifestará sua intenção exercendo seu direito de exigir em juízo o que lhe é devido. Ou seja, o direito de petição constitui-se gênero do qual o direito de ação é espécie.

151 - No REsp n 2.403- RS, relatado pelo Min. Sílvio de Figueiredo restou assentado que “Segundo esmerada doutrina, *'causa retendi'* é o fato ou conjunto de fatos suscetível de produzir, por si, o efeito jurídico pretendido pelo autor” (in Código de Processo Civil e Legislação processual em vigor. NEGRÃO, Theotônio. São Paulo:Saraiva, 2009, p. 401)

152 – Revista Jurídica do Tribunal de Justiça de São Paulo, in NEGRÃO, Ob. Cit. p. 401.

4.3.3 Proteção através da norma de direito material

Como antes se observou, o dever de proteção dos direitos da personalidade no que pertine as normas infraconstitucionais, pode ser consignado na própria norma de direito material. Nesse caso, a regra processual atuará na hipótese de ameaça ou de efetivo descumprimento dessa norma material. Desto desse raciocínio, MARINONNI¹⁵³ adverte que esse dever de proteção do Estado é implementado, antes de tudo, “...por meio de normas de direito material, e apenas em um segundo plano, por meio de normas processuais”.

Desse modo, além da tutela administrativa, conforme anteriormente declinado, desponta a proteção jurisdicional, decorrente da busca pelo cidadão, de uma ação positiva de natureza fática ou normativa. No âmbito do direito a essa última proteção, distinguem-se as normas de direito material e as de direito processual, sendo que entre as primeiras, destacam-se os próprios direitos fundamentais, elencados no art. 5º da Constituição de 88. Ali, encontram-se protegidos bens como a vida, a saúde, a educação e o meio ambiente, dentre outros direitos igualmente assegurados.

Ao que se procura demonstrar, a proteção aos direitos da personalidade pode vir (e normalmente vem) expressa na própria norma de direito material, prestando, assim, a tutela primária. Essa, inclusive, constitui-se a mais básica forma de tutela dos direitos da personalidade, uma vez que não só dotadas de caráter protetivo, como também capazes de impedir um não fazer ou a adoção de determinada conduta, tanto aos particulares como ao poder público.

153 – MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p.157.

Como exemplo de normas de direito material que trazem íncitas a proteção aos direitos da personalidade, emergem alguns artigos constantes do capítulo II do atual Código Civil. Entre eles, desponta o já citado art. 11 que, expressamente, assegura a irrenunciabilidade dos direitos da personalidade. Outros existem ao longo do nosso ordenamento, como o art. 18 do decreto n. 88.381/83, que confere proteção ao meio ambiente, ou o art. 1 da Lei 10.744/2002, que dispõe sobre a assunção, pela União, de responsabilidade civil perante terceiros no caso de atentados terroristas, atos de guerra ou eventos correlatos nas hipóteses que menciona.

Enfim, algumas normas de direito material são, efetivamente, regras de proteção dos direitos fundamentais do cidadão. Fato que torna imperiosa a existência de uma ação voltada para a tutela da própria norma, ou seja, uma ação que vise efetivar a norma protetiva. No caso, oportuno lembrar, que a noção de tutela de um direito é bem mais ampla do que a simples referência legal de resguardo desse direito.

A tutela efetiva de um direito, supõe uma estruturação de meios e a definição de uma orientação, de uma direção. No caso dos direitos da personalidade, não há como negar que a vigente ordem constitucional adotou o modelo de acesso irrestrito ao provimento jurisdicional. Dentro desse quadro, o direito processual tem se mostrado atento aos princípios da efetividade e da instrumentalidade.

O primeiro vem de tal forma se destacando no sistema processual que, hoje, lhe é conferido o status de princípio autônomo, diverso da idéia de economia ou lógica, embora permaneça a convicção de que, quando se propõe uma demanda, busca-se uma contemplação de máxima efetividade do direito pleiteado.

Não há como negar que, no campo dos direitos da personalidade, revela-se de maior premência a necessidade dessa efetividade. Daí, autores como Jonatas de Paula, defenderem ponto de vista de que a jurisdição, modernamente, deve ser definida de modo crítico já que compreendida “como sendo a real e efetiva solução do litígio posto a conhecimento do poder judiciário...”¹⁵⁴.

Dentro desse binômio realidade / efetividade, adequado revela-se o uso da expressão “tutela vertical exauriente e plena”¹⁵⁵, como forma de atender a exigência dessa nova realidade. Referida proposição repousaria na questão de se saber qual o meio que possibilita probabilidade de “resolver” o litígio de forma mais completa. Esse meio, ainda segundo esse mesmo autor, repousa na teoria da individualização da causa de pedir que pode ser utilizada nas ações de qualquer natureza.

Desse modo, a solução para esse impasse (realidade/efetividade) estaria na abrangência do provimento jurisdicional e seus atributos, uma vez que, diante da teoria da individualização, o juiz preocupa-se em analisar somente a existência da relação jurídica. Por outro lado, sob a ótica da teoria da substanciação, adotada por nosso código de processo civil o juiz deve analisar os fatos e fundamentos, ampliando, assim, o objeto da demanda.

Mas voltando a tutela de direito material, já que a proteção através da norma de direito processual será desdobrada na sequência, remarque-se que o nosso ordenamento jurídico nunca esteve tão aparelhado para defesa dos direitos da personalidade. No âmbito do código civil, por exemplo, revela-se promissora a iniciativa de sepultar a desregrada liberdade de contratar, em detrimento do bem estar geral da coletividade.

154 – PAULA, Jonatas Luiz Moreira de. **A Jurisdição como elemento de inclusão social: revitalizando o jogo democrático**. Barueri: Nandle, 2002, p. 45.

155 – Na mesma obra e página o referido autor atribui a expressão “tutela vertical exauriente e plena” a Luiz Guilherme Marinoni.

Oportuna, nesse passo, a atitude do legislador ao fazer o princípio da socialidade alcançar os principais ângulos das relações contratuais, em proveito do interesse social. Assim, desde a gênese dos negócios jurídicos, passando pela execução dos mesmos e até às respectivas resoluções, observa-se presente essa preocupação com o interesse processual.

A referência que aqui é feita às restrições ao princípio da liberdade de contratar deve-se ao fato da mencionada mudança haver sido sentida, com bastante nitidez, no âmbito dos direitos da personalidade. Circunstância esta que decorre da sua característica de indisponibilidade, no caso, tão fortalecida, que leva a interpretação dos contratos envolvendo os direitos da personalidade, a serem interpretados restritivamente como no caso dos contratos que envolvem direitos autorais. Nesses contratos, se uma cláusula é posta no sentido de permitir, por exemplo, a utilização da imagem de um modelo ou de uma obra de um autor em certo evento ou determinada revista, não há como se interpretar essa disposição no sentido de ampliar a exposição como já decidiu o STJ no prolapado caso Maitê Proença¹⁵⁶.

Ainda no tocante a tutela de direito material, por fim, é de se chamar a atenção para o fenômeno da descodificação, representado pela normatização da matéria atinente aos direitos da personalidade em corpos legislativos autônomos, muitas vezes tratando diretamente de aspectos processuais e materiais, de forma isolada na ordem infraconstitucional. Esses microsistemas se relacionam com outras leis de igual hierarquia de forma independente, embora sua relação com a Constituição seja derivada e vinculada, já que tem como função dar letra a aspiração constitucional, fonte primária do ordenamento jurídico.

156 – Nesse caso, o STJ decidiu que o contrato celebrado com a revista Play Boy, cingia-se à exposição da atriz, somente naquela revista, condenando o veículo responsável pela segunda exposição à reparação material e moral.

Aliás, nunca a diferenciação entre ordem e ordenamento jurídico se fez tão presente, com a Constituição representando a própria ordem ou forma como se ordenam os valores jurídicos políticos e sociais do país. Nesse contexto, o direito civil tendo em vista sua ligação com o direito constitucional passou a ser denominado de direito civil constitucional.

Aceitos ou não essa adjetivação, qualquer análise que se faça do direito civil não pode independer da reflexão sobre as bases de sua estruturação constitucional, pois como constatou Gustavo Tepedino¹⁵⁷:

A doutrina debruça-se na tarefa de construção de novos modelos interpretativos (...) Afinal, o momento é de construção interpretativa e é preciso retirar o elemento normativo todas as suas potencialidades, compatibilizando-a a todo custo, a Constituição da República (...). As revéz, parece indispensável manter-se um comportamento atento e permanentemente crítico em face do Código Civil, para que, procurando conferir-lhe a máxima eficácia social, não se percam de vista os valores consagrados no ordenamento civil constitucional.

O fato é que, como já salientado no capítulo 3.3, o Código Civil brasileiro, principalmente na sua parte geral, reflete uma substancial mudança no direito civil, hoje, reconhecidamente, parte de um ordenamento cujo valor maior é voltado para a proteção da pessoa humana. Ainda que os direitos da personalidade possam ser associados a um conteúdo mínimo, a efetivação desses direitos conforme assinala Adriano de Cupis¹⁵⁸. Verbis:

Existem certos direitos sem os quais a personalidade restaria uma susceptibilidade completamente irrealizada, privada de todo o valor concreto: direitos sem os quais todos os outros direitos subjetivos perderiam todo o interesse para o indivíduo o que equivale a dizer que se eles não existissem a pessoa não existiria como tal. São esses os chamados direitos essenciais, com os quais se identificam precisamente os direitos da personalidade.

157 – TEPEDINO, Gustavo. **A Tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional**, in: Temas de direito civil, 3 ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2004.

158 – DE CUPIS, Adriano. **Direitos da personalidade**. Lisboa: Livraria Moraes, 1961, p. 17.

Nesse mesmo sentido, Carlos Alberto da Mota Pinto¹⁵⁹, bem mais recentemente, também refere-se a essa essencialidade, aludindo aos direitos da personalidade que integram “...um círculo de direitos necessário; um conteúdo mínimo imprescindível na esfera jurídica de cada pessoa”. Ressalte-se que o registro que agora se faz, impõe-se em razão do objetivo específico do presente trabalho. O esforço em se demonstrar a eficácia e efetividade dos direitos da personalidade, tais como aqui defendidas, por mais natural que sejam as oposições, restarão caracterizadas no mínimo, dentro desse círculo de essencialidade a que se referiu Adriano de Cupis.

4.4 INSTRUMENTOS PROCESSUAIS APTOS A ASSEGURAR A EFICÁCIA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

4.4.1 Tutela jurídica múltipla

Num primeiro passo, antes de qualquer incursão específica no campo dos instrumentos processuais aptos a assegurar a eficácia dos direitos da personalidade, oportuno observar que os titulares desses direitos têm, frente ao Estado, a prerrogativa da proteção legislativa infraconstitucional, tanto no campo material como no processual. A proteção a esses direitos, portanto, não circunscreve-se ao âmbito do direito constitucional e civil, uma vez que alarga-se por todos os ramos da ciência jurídica.

159 – PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria Geral do direito civil**. Coimbra: Coimbra, 1996, p. 87.

Como veremos adiante, em certos casos de violação de normas materiais, o ofendido poderá buscar proteção judicial objetivando, além da reparação de danos materiais e morais, a obrigação do ofensor, no sentido de cessar a conduta apontada como ilícita, nesse caso para tanto poderá ser cominada pena pecuniária, além da retirada de circulação de possíveis materiais dados como ofensivos e, ainda, a instauração de específica persecução penal.

A propósito desse alargamento protetivo, Carlos Alberto Bittar¹⁶⁰ acresce que medidas de ordem administrativa também podem figurar nesse quadro de providências lembrando que “o acionamento da esfera administrativa não obsta o ingresso no judiciário(...)”. Evidente o acerto da observação, considerando que o atual status da proteção dos direitos da personalidade não condiz com idéias limitativas. Pelo contrário, o quadro normativo vigente, representado pelos diplomas legais que passaram a cuidar dos direitos da personalidade (ou mesmo aqueles projetos que antecederam a Constituição de 1988) revela inquestionável convergência com a referida Carta Magna. O atual Código Civil bem exemplifica essa sintonia, conforme salienta o professor Miguel Reale¹⁶¹, ao destacar a adoção do princípio da socialidade pelo referido estatuto civil de 2002.

É sua afirmação de que “o sentido social é uma das características mais marcantes do então projeto, em contraste com sentido individualista que condiciona o Código Civil ainda em vigor”. Continuando, realça o sempre lembrado professor, referindo-se aos movimentos sociais que mudaram o mundo no decorrer do século XX: “Se não houve a vitória do socialismo houve o triunfo da socialidade, fazendo prevalecer os valores coletivos sobre os individuais, sem perda porém, do valor fundante da pessoa humana...”¹⁶².

160 – BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da Personalidade**. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense universitária, 2003.p. 48.

161 – REALE, Miguel. **Visão geral do projeto do Código Civil: tramitação do projeto**. Disponível em: <WWW.miguelreale.com.br>, acesso: 20/12/2011.

162 - REALE, Miguel. Ob cit.

O fato é que a sociedade tem se mobilizado nesse sentido, procurando fazer com que o Estado acolha, como dever, o exercício de ações positivas em favor dos titulares de direitos da personalidade. Até porque, convenha-se, o direito a ações positivas normativas constitui-se prerrogativa do cidadão, destinatário que é, da paz social tão almejada. Ou seja, o Estado além de não permitir qualquer atentado que, por seus agentes, venha a ser praticado contra a dignidade humana, tem o dever de impedir que particulares também o pratiquem.

Assim, quando se fala em tutela jurídica, impõe-se reconhecer que o respeito a dignidade humana é um direito e, ao mesmo tempo, um dever, cujo respeito deve alcançar toda e qualquer pessoa. Até porque o homem, por mais humilde que seja, além do direito de ser tratado como tal, tem o dever de não abdicar de sua dignidade, valor que não lhe é dado renunciar, já que integra sua própria natureza.

A título ilustrativo oportuno lembrar que a secretaria de segurança do Distrito Federal, pressionada pela imprensa, em novembro de 2011, resolveu recolher os drogados que se entregavam ao vício em plena via pública. Como trastes ou zumbis, alguns viciados abdicavam da própria vida, acorrendo-se pelos cantos de prédios, envoltos pela triste e fatídica fumaça do crack. Em razão dessa providência administrativa não faltaram protestos e quem defendesse, com entusiasmo, o “direito” daqueles fantasmas humanos exercitarem a nociva preferência.

Em situações como essa, revela-se evidente o dever do Estado de impedir que esses viciados se “suicidem” ou, por outra, padeçam as agruras impingidas pelas drogas. É do Estado, sim, diante da omissão da família, o dever de agir energicamente, ainda que dentro dos limites impostos pelo princípio da proporcionalidade, valendo-se dos meios que tem a seu dispor. Impedir que o homem realize atos que o degradem, constitui-se uma das portas pelas quais tem soprado os bons ventos da efetivação dos direitos da personalidade conforme ser.

4.4.2 Proteção através da norma de direito processual

Num primeiro passo, se faz oportuna a advertência doutrinária posta no sentido de que:

(...) as diversas situações jurídicas subjetivas criadas pela Constituição seriam de ínfima valia se não houvesse meios adequados para garantir a concretização de seus efeitos. É preciso que existam órgãos, instrumentos e procedimentos capazes de fazer com que as normas jurídicas se transformem, de exigências abstratas dirigidas a vontade humana, em ações concretas¹⁶³

Essa mesma efetividade exigida da tutela formal, é lembrada por Tereza Arruda Alvim Wambier¹⁶⁴, ao assinalar que a garantia fundamental de acesso à jurisdição representa direito à efetiva obtenção de provimento, capaz, assim, de promover alterações nos planos jurídico e empírico. Segundo a mesma autora, hoje, já não se admite a mera tutela formal dos direitos. É preciso que produza efeitos práticos tempestivos. Caso contrário será “tida como uma forma de desatenção ao preceito constitucional que garante o acesso à justiça”.

No plano dos direitos da personalidade, essa efetividade, com mais razão deve corresponder à necessidade da parte ofendida ou carente de específica provisão jurisdicional. Com a pertinência que lhe é comum Barbosa Moreira¹⁶⁵ denomina esse fenômeno de “postura da máxima coincidência possível”, noutras palavras, agora em sintonia com Kazuo Watanabe¹⁶⁶, impõe-se ao processo a necessidade de aderir “à realidade sócio jurídica a que se

163 – BAROSO, Luiz Roberto. **O direito Constitucional e a efetividade de suas normas: Limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. 5. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 87.

164 – WAMBIER, Luiz Rodrigues e ALVIM, Tereza Arruda. **Breves comentários a 2ª fase de reforma do Código de Processo Civil**. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 23.

165 – WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Central de Publicações Jurídicas, 1999, p. 21.

166 – MOREIRA, Barbosa. **Tendências na execução de sentença e ordens judiciais. Temas de direito Processual (quarta série)**. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 215.

destina, cumprindo sua primordial vocação que é a de servir de instrumento á efetiva realização dos direitos”.

Por isso mesmo, no âmbito da prevenção, no que diz respeito ás normas respectivas, voltadas para este fim, espera-se uma tutela jurisdicional que viabilize o desejo da norma protetiva, de modo a evitar sua violação. O processo civil é, portanto, convocado para dar, conforme salientado pela doutrina aqui referida, efetividade a norma material protetiva. Dentro desse contexto, a ação que visa efetivar uma norma de direito material que tenha cunho preventivo será, conseqüentemente, uma ação preventiva.

Com mérito de ser prestigiada pela idéia de que um dispositivo que protege determinado direito da personalidade não admite, em regra, que violações subsistam imunes. A tutela jurisdicional deve, portanto, atuar de forma a garantir a realização do conteúdo normativo objeto da esperada proteção.

Assim, no momento em que se passa a abordar a questão relativa a viabilidade dos instrumentos processuais, voltados para a garantia dos direitos da personalidade, oportuna se afigura essa breve incursão preliminar. Repita-se, posta no sentido de revelar como inconteste e contemporânea se mostra a idéia de que, no âmbito desses direitos, encontra-se o direito fundamental a efetividade da jurisdição. Efetividade esta que, pela força diferenciada do direito em questão, afasta totalmente o antigo caráter meramente programático da norma, hoje, convenhamos, alçada a um novo patamar, admitido pela doutrina como autêntico direito processual constitucional.

Apenas como registro positivo, elenque-se, a propósito, autores como Luiz Guilherme Marinoni, Eduardo Talamini, J. E. Carreira Alvin, Luiz Fux, Jorge de Oliveira Vargas, Humberto Theodoro Júnior e Adda Pelegrine Grinover, entre outros, citados por

Tereza Arruda Alvim Wambier¹⁶⁷. Todos eles, em consonância com Kazu Watanabi¹⁶⁸, realçam a necessidade do processo aderir “à realidade sócio jurídica a que se destina, cumprindo sua primordial vocação que é a de servir de instrumento á efetiva realização dos direitos”.

A preocupação doutrinária aqui evidenciada justifica-se sob todos os aspectos. Ressalte-se, ademais, que diante do monopólio da coação legítima, assegurada exclusivamente ao Estado (a não ser em circunstâncias excepcionais e previstas em lei), seria fácil frustrar-se os objetivos das normas de direito jus fundamental, se não houvesse mecanismos de tutela jurisdicional adequadas e eficazes. Bastaria qualquer um não cumpri-las e, comodamente, apostar na impotência do judiciário.

A idéia de que o processo se constitui instrumento por meio do qual o Estado deve exercer sua função de prestar esperada tutela jurisdicional, encontra leito adequado na teoria do processo constitucional. O Estado, além de parecer, deve ser, efetivamente, apto a implementar os efeitos que as normas de direito material devem produzir no mundo dos fatos. Essa é a verdadeira questão: saber como se dar a eficácia da tutela dos direitos materiais por meio do processo. Por isso, mais importante que a eficácia do processo é a eficácia do direito material através do processo. Oportuno lembrar que, como assinalam Mário Cappelletti e Briant Garth¹⁶⁹, “a efetividade do direito processual, portanto, não se confunde com a efetividade das normas processuais, e o direito processual distingue-se dos demais, em que a efetividade é vista justamente, como aspiração de consecução de suas normas particulares”.

167 – Tereza refere-se a esses autores que defendem a efetividade jurisdicional como direito fundamental. WAMBIER, Luiz Rodrigues e ALVIM, Tereza Arruda. **Breves comentários a 2ª fase de reforma do Código de Processo Civil**. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 22 a25.

168 – WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Central de Publicações Jurídicas, 1999, p. 22.

169 - CAPPELLETTI, Mauro, GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988. ps. 13 e 14.

4.4.3 Uma nova feição da tutela protetiva

Ao enunciar os princípios processuais entre os direitos e garantias fundamentais, a Constituição de 88 ofereceu valiosa contribuição para a ampliação dos procedimentos voltados para garantia da efetiva tutela de proteção dos direitos fundamentais, entre eles, os da personalidade. Pode-se mesmo assegurar que as alterações ocorridas no estatuto processual após 1988, decorreram dessa contribuição constitucional.

A título ilustrativo, aponte-se as alterações dos artigos 273 e 461 do Código de Processo Civil, responsáveis por substanciais mudanças no sistema do Código de processo Civil. A autorização no sentido de que o juiz poderá proferir decisão provisória satisfativa e, ao comando de técnica de cognição sumária, juízos de probabilidade e verossimilhança, serve como significativo exemplo.

De igual modo, a efetivação de tutela específica ou a obtenção de resultado prático equivalente, poderá ser determinada pelo juiz. Este, de ofício, poderá adotar as medidas que se afigurem necessárias visando, por exemplo, buscas e apreensões, possíveis remoções de pessoas ou coisas, desfazimento de obras, impedimento de atividade nociva, requisições e reintegrações, entre outras providências, como a imposição de multa diária com vista ao cumprimento de obrigação.

A verdade é que os atuais procedimentos buscam atender ao clamor geral de que os métodos de atuação do judiciário se tornem mais eficazes, mais produtivos. A propósito, oportuno destacar a diferenciação entre processo e procedimento, ressaltando que este último, expressa a própria atuação em juízo ou os atos que dão curso a uma demanda.

Com a precisão que o caracterizava, o sempre lembrado Pedro Nunes¹⁷⁰ definia procedimento como o “Conjunto dos atos pelos quais se ordenaram e exercitaram, mediante certas regras legais, os meios necessários para instruir a causa ou restabelecer uma relação jurídica controvertida”. Conceito esse que permaneceu íntegro ao longo dos anos e, até hoje, é repetido pelos dicionaristas modernos.

Em verdade, a definição jurídica de procedimento não diverge do sentido vernacular da palavra, pois exprime uma atuação em juízo ou curso de uma demanda. Atuação que tanto se refere ao autor como ao réu ou ao juiz, desde que exprima o movimento da ação. Neste sentido o procedimento judicial além de ordinário e executivo pode ser especial, nesse caso, quando age-se, de forma especial ou particular, diferentemente, do que ocorre no procedimento monitório, quando, ao contrário de um movimento da demanda, tem-se um convite ou uma advertência, um aviso ou uma reclamação, formulado em requerimento objetivando que outra pessoa dele se desincumba ou cumpra, quando for o caso.

Um dos autores que melhor leciona em prol dessa distinção (processo x procedimento) é Carlos Roberto Magalhães¹⁷¹, didático ao expor que:

O processo difere do procedimento. Aquele se conceitua como uma direção de movimento; como a soma dos atos que se realizam para a composição do litígio, e o procedimento a ordem e sucessão de suas realização. (...) A noção de processo é essencialmente teleológica; a de procedimento é de índole formal. Enquanto o primeiro se caracteriza pelo conjunto de normas de direito formal disciplinando o desenvolvimento dos litígios desde o seu início até a prolação da decisão final, o último, pela particularização dessas normas a cada etapa ou situação processual prevista no sistema do Código. Em suma, enquanto o processo engloba a sucessão completa das etapas de um litígio, o procedimento se refere, particularizadamente, a cada uma dessas etapas, formando cada qual uma unidade (...).

170 – NUNES, Pedro. **Dicionário de tecnologia jurídica**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1952. p. 661.

171 – MAGALHÃES, Carlos Roberto. **Repertório Processual**. 5. ed. Rio de Janeiro: Didática. p. 471.

É exatamente a nova dinâmica e revitalização dadas às diversas etapas do litígio, tal como define Roberto Magalhães, que tem provocado essa salutar feição da tutela protetiva dos direitos da personalidade. Conforme já demonstrado o princípio da efetividade é compreendido como instrumento capaz de fazer com que as normas jurídicas, dotadas de eficácia formal, sejam implementadas, integrando, assim, o campo fático. Não ocorrendo essa implementação, vazio se torna o mundo fenomênico. Daí a proposição de Giovanni Sartori¹⁷², no sentido de que se faz necessária, com vista a esta efetivação, uma “engenharia constitucional”.

Ao que antes se observou, essa engenharia imprimida pela ordem constitucional, já se faz presente. Basta ver o quanto tem evoluído a instrumentalidade do processo em decorrência de uma inspiração constitucional voltada para o atendimento de uma nova realidade sócio-jurídica. Ou seja, hoje mais do que nunca, os procedimentos legalmente adotados no curso de uma demanda, tem procurado cumprir a primordial vocação do processo que é a de servir de instrumento á efetiva realização do justo.

Conforme lembra Ada Pellegrini Grinover¹⁷³, atualmente se tem assegurada uma verdadeira forma de acesso á justiça, já que o princípio da inafastabilidade do controle judicial compreende também uma proteção estatal tempestiva, efetiva e adequada “contra qualquer forma de denegação de tutela”.

Por oportuno, pode-se concluir, assegurando que assim como havia um direito antes de KELSEN¹⁷⁴ (que, através de sua teoria pura do direito foi o responsável pelo refinamento

172 – SARTORI, Giovanni. **A política**. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1980, passim.

173 – GRINOVER, Ada Pelegrini. **Ética, abuso do processo e resistência ás ordens judiciais**. Revista de Processo, vol 102, Mar-Jun. São Paulo: RT, 2001, p. 220.

174 - KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 3. Ed. Trad. Cretella Júnior e Agnes Cretella. São Paulo: revista dos Tribunais, 2003.

técnico do positivismo jurídico) e um outro posterior a ele, do mesmo modo pode-se afirmar que havia um direito (inclusive processual) da personalidade antes da Constituição de 88 e um outro, posterior a esta mesma Lei Fundamental.

4.4.4 Outras iniciativas favoráveis a eficácia

Ainda no plano de efetividade, encontra-se o dever negativo do Poder Público de impedir, dificultar ou obstacular, de qualquer modo, o exercício do direito constitucional de ação. Ao estado, portanto, não é dado derrogar normas que viabilizam o exercício desses direitos, ou mesmo (como aconteceu no Rio Grande do Norte, sob o olhar complacente da corregedoria judicial), elevar taxas e custas judiciais que exorbitem da esperada razoabilidade.

Até porque, é na dimensão de direito prestacional que melhor se enquadra o direito a tutela efetiva, circunstância que exige ações positivas do Estado. Tanto no campo das prestações normativas como naqueles de índole fática. Impõe-se, assim, que o Estado, tanto preordene procedimentos adequados a tutela dos direitos fundamentais, como ofereça assistência judiciária gratuita, organize a Defensoria Pública e aparelhe sua justiça, tornando-a confiável e célere.

Ao que se observa, portanto, as formas de proteção devidas pelo Estado podem e devem variar de forma. Elas não ficam adstritas ao campo normativo, uma vez que devem também alcançar o plano fático, tanto administrativo como judicial. As campanhas de esclarecimento, aquelas de combate a preconceito, as educativas, as inibitórias de comportamentos nocivos a saúde e a outros valores, assim como aquelas de apoio aos consumidores e portadores de deficiência serão sempre bem vindas.

Não há como esquecer que o titular de um direito fundamental é, em verdade, detentor de um direito subjetivo a proteção que, releve-se, não fica limitada à edição de normas de tutela material ou procedimental. A propósito, a doutrina dos direitos e garantias fundamentais tem entendido o conceito de direito à proteção, como a prerrogativa do titular desses direitos ante o Estado, protegê-lo da ação de particulares o que deve ocorrer de forma integral e eficaz.

Referindo-se a esse dever protetivo, MARINONNI¹⁷⁵, lembra que, no caso dos consumidores, por exemplo, o ônus recai sobre o legislador, sobre a administração e sobre o juiz. Acresce ele que as atividades relativas a produção, industrialização, distribuição e consumo de produtos e serviços, impõe uma atuação e fiscalização concretas. É preciso, segundo acresce, que “a Administração atue para dar concretude ao desejo de proteção (...) é necessário que tome providências concretas tendentes a eliminar ou corrigir os atos que as violarem, além de fiscalizar o seu cumprimento”.

Indo mais além, e trazendo como exemplo o direito ambiental, é de reconhecer que o dever estatal de proteção pode, inclusive, ir mais além do que ocorre na hipótese de atuação em defesa do bem jusfundamental ou de ameaças lesivas perpetradas por particulares. A hipótese propiciada pelo art. 252 da Constituição¹⁷⁶ revela-se bem significativa. É o que o

175 – MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p.335.

176 – O artigo 225 da Constituição dispõe que “ Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial á sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público a á coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”. Na sequência, seu parágrafo II, estabelece sete atribuições do poder público voltados para assegurar a efetividade desse direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Estado para dar fiel cumprimento ao referido dispositivo, não deve apenas abster-se de afetar o meio ambiente, deve também protegê-lo de condutas lesivas, assim como garantir á sociedade a participação na tomada de decisões relevantes ou necessárias ao meio ambiente, como nos casos de audiência pública. Sem falar que o próprio Estado deve agir faticamente em prol das melhorias ambientais.

O fato é que as esperadas atuações estatais que podem consistir num fazer ou não fazer fático ou normativo, tem berço na impositiva proteção aos direitos fundamentais. Dessa forma, a tutela processual ou administrativa de proteção pode, também, ter por objeto, conforme já salientado, a atuação (fazer ou não fazer) do particular, no sentido de impor que este cumpra a norma jusfundamental.

No campo do fazer ou não fazer (tanto do Estado como do particular), destaca-se a necessidade de se impor o princípio da prevenção, considerando que uma determinada ação humana, em alguns casos, poderá lesar de forma grave e irreversível, um bem tutelado pela Constituição, como ocorre com os direitos da personalidade. Esses direitos, como se sabe, tem nítido caráter não patrimonial, expressamente reconhecido pela constituição como invioláveis, subsistindo sua importância enquanto não violado, noutras palavras a pretensão protetiva somente é alcançada quando a intervenção lesiva é evitada.

Para que isso ocorra, oferecem-se oportunos os procedimentos jurisdicionais que, em harmonia com o princípio da prevenção inibem a violação dos direitos da personalidade. Não se deve perder de vista que a proteção aos bens jusfundamentais têm berço no próprio direito fundamental material, que traz íncita a prevenção. Por isso mesmo, o procedimento legalmente previsto em favor de sua proteção deve, em consequência, autorizar uma proteção preventiva, sob pena de não se alcançar o objetivo voltado para a efetiva realização do direito material.

Nesse contexto, destacam-se as ações inibitórias, cuja tutela, segundo MARINONI¹⁷⁷, “está contida na própria estrutura da norma que institui algumas espécies de direitos, pois não há como conceber a existência da norma que outorgue direito inviolável sem conferir direito a inibição do ilícito”. Referido autor, citado por Deilton Brasil¹⁷⁸, defende que “a tutela inibitória constitui uma tutela específica...”, tendo como base o artigo 461 do Código de Processo Civil, uma vez que “... permite ao juiz dar ordens, como também admite que o juiz, de ofício, imponha multa diária visando ao adimplemento”.

Ressalte-se, por fim, como reforço a tudo que aqui foi dito, que a tutela preventiva também pode encontrar fundamentação no próprio estado de direito, uma vez que este não se limita a proclamar a mera existência formal deste ou daquele direito fundamental. Mais que isso, se compromete a adotar medidas positivas, normativas e fáticas, voltadas para promoção e preservação dos direitos fundamentais. De outra forma, sem os procedimentos preventivos ou inibitórios que assegurem a concretização da aspiração normativa, os direitos e garantias fundamentais invioláveis, tal como proclamados pela Constituição, estariam desprovidos de efetividade, desempenhando uma função meramente retórica.

Mesmo sem pretensão de exaustividade, ressalte-se, em complemento, que essa tutela preventiva (em grande parte responsável pelos direitos da personalidade) encontra fundamento processual no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição, garantidor da prestação da tutela jurisdicional, frente a qualquer ameaça a direito. Uma das dimensões desse direito a efetividade, consiste na concessão dessa tutela jurisdicional preventiva, instrumento que, como já dito, revela-se necessário á satisfação de qualquer direito material ameaçado.

177 – MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p.182.

178 – BRASIL, Deilton ribeiro. **Tutela específica das obrigações de fazer ou não fazer**. 1 ed. Belo Horizonte: Delrey, 2001, p. 220.

Ao que se conclui, toda e qualquer situação vulneradora dos direitos da personalidade, ainda que não tipificadas expressamente, abrem oportunidade para o uso da tutela inibitória. Providência processual esta que não se encontra adstrita a uma categoria de direitos fundamentais, nem a direitos que apresentem uma especial natureza. Basta, assim, que se possa relacioná-la com a inadequação da tutela repressiva e com a necessidade de prevenção. Enfim, como assinala Barbosa Moreira¹⁷⁹, “Em tema de proteção jurisdicional de direitos, como alhures, mais vale prevenir que remediar”.

179 - MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Notas sobre o problema da efetividade do processo.** In: **Temas de direito processual.** São Paulo: Saraiva, 1984, p. 27.

5 O PAPEL DO JUDICIÁRIO NA PREVENÇÃO E REPRESSÃO DA VIOLAÇÃO AOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

5.1 A INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO

O Poder Judiciário desempenha fundamental função pública, influenciando decisivamente no âmbito de todos os segmentos da sociedade brasileira, considerando que intervém e participa das atividades sociais, econômicas, políticas, familiares e de consumo, dentre outras. O resultando dessa ampla influência natural, ricocheteam em forma de exigências e expectativa que, não raramente, ultrapassam a capacidade do Estado de exercer a atividade jurisdicional.

Por isso mesmo a concretização dos direitos da personalidade, como direitos fundamentais que são, através de uma ação criadora do Poder Judiciário, constitui-se tarefa extremamente complexa, conforme salienta Claudio Pereira de Souza Neto¹⁸⁰ ao advertir que, “A possibilidade do judiciário substituir, na produção da normatividade, o legislativo e o executivo, legitimados pelo voto popular, exige, efetivamente, uma justificação completa”.

Nesse mesmo sentido, a professora Carmem Lúcia¹⁸¹ lembra que o sistema normativo não constitui, ele próprio, a dignidade da pessoa humana. Mas pode reconhecê-la

180 – SOUZA NETO, Cláudio Pereira. **Teoria da Constituição, democracia e igualdade**. Rio de Janeiro:Lúmen Júris, 2003, p. 1.

181 – ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **O princípio da dignidade humana e a exclusão social**. Rio de Janeiro. Anais da XVII Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil. 2009, p. 72. como elemento imprescindível, capaz de ser oferecida as pessoas “(...) A fim de que possam garantir a sua eficácia e respeito a sua estatuição”.

Oportuno lembrar que esse entendimento não é passífico. Há quem entenda que a atuação do poder Judiciário na efetivação dos direitos da personalidade deve ser objeto de cuidados, como, aliás, notou Germana de Oliveira Moraes¹⁸²:

Grande, enorme, imensa, gigantesca é a responsabilidade do juiz constitucional – ao atribuir corpo e alma aos princípios, ao dar vida à Constituição: cabe a ele libertar os princípios de sua sina escorpiônica - de sua tendência autodestrutiva, que ameaça a prática de injustiça em nome da justiça que eles (os princípios) pretendem realizar. Cabe ao juiz constitucional estar atento para que, em nome dos princípios constitucionais, mais injustiças não sejam perpetradas. Cabe também a ele, o juiz constitucional, escapar da armadilha do escorpião e de ser ele o próprio também um. Relembrando a famosa fábula quando era transportado nas costas pelo sapo, na travessia de caudaloso rio, o lacraio pica o batráquio, provocando o naufrágio dos dois. É preciso cuidar para que não soçobrem juntos juiz e princípios constitucionais.

Por seu turno, Raimundo Alves Campos Júnior¹⁸³, sem condenar a atuação dos juízes na aplicação precisa dos direitos da personalidade, praticamente exorta a participação da sociedade na construção desses direitos: “só através da consciência de seus direitos personalíssimos e da participação decisiva dos cidadãos é que se exercitará escorreitamente o princípio da solidariedade social”.

Com efeito, apesar da seriedade desses pronunciamentos, prefere-se uma posição mais adequada ao presente trabalho, capaz de sugerir uma postura mais ativa do poder judiciário na consecução dos direitos personalíssimos. Daí, a merecida atenção ao que diz Eros Roberto Grau¹⁸⁴, ao sustentar que:

182 – MORAES, Germana de Oliveira. **O juiz constitucional no Brasil**. Revista latino-americana de estudos constitucionais, n. 2, p. 541.

183 – CAMPOS JÚNIOR, Raimundo Alves. **O conflito entre o direito a propriedade e o meio ambiente e a questão da indenização das áreas de preservação florestal**. Curitiba: Juruá, 2004, p. 49.

184 – GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988: interpretação e crítica**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 312.

O Poder Judiciário, em face do dever de respeito a aplicação imediata dos direitos fundamentais ao caso concreto, encontra-se investido do poder-dever de aplicar imediatamente estas normas, assegurando-lhe sua plena eficácia.

Ainda no tocante papel do judiciário, agregue-se que a jurisprudência dos nossos tribunais, embora não tenha desenvolvido uma sistemática forma interpretação das normas infraconstitucionais, tendo como vetor os princípios constitucionais, vem se utilizando dessa idéia. Basta ver o quanto se tem decidido de forma a desempenhar que a percepção dos valores encontrados na Constituição, efetivamente, têm norteado a atualização do judiciário.

O Supremo Tribunal Federal, que tem como função precípua a guarda da Constituição Federal, tem proferido, inúmeras decisões, inclusive no âmbito dos direitos da personalidade, que se fundamentam em interpretação de normas infraconstitucionais, tendo como parâmetros princípios constitucionais. Por sua vez, o Superior Tribunal Justiça, criado pela Constituição de 1988, com a missão principal de zelar pela integridade da Lei Federal, também tem se valido, quando da interpretação das normas inferiores, dos princípios constitucionais.

5.2 PANORAMA JURISPRUDENCIAL POSITIVADOR DA CONCRETUDE DOS DIREITOS PERSONALÍSSIMOS

Buscar-se-á, a partir de agora, demonstrar o quanto o panorama jurisprudencial que deflui do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, revela-se promissor, no tocante a efetividade e eficácia da proteção dos direitos da personalidade. Em proveito da autenticidade e dessa demonstração, ressalte-se que todos os julgados comentados neste capítulos encontram-se, na íntegra, e ao final, anexados ao presente trabalho.

O primeiro caso que se revela pertinente, por representar contundente demonstra uma contundente afronta aos direitos da personalidade, retrata o episódio em que uma jovem, maior e capaz, precisou impetrar *Habeas Corpus* para deixar uma clínica psiquiátrica onde fora internada por seus próprios pais. O ato dos genitores é considerado constrangimento ilegal por ferir os direitos da personalidade da impetrante, uma vez que ausente justificativa proporcional e razoável para a internação. Eis a ementa:

HABEAS CORPUS. INTERNAÇÃO INVOLUNTÁRIA EM CLÍNICA PSIQUIÁTRICA. ATO DE PARTICULAR. AUSÊNCIA DE PROVAS E/OU INDÍCIOS DE PERTURBAÇÃO MENTAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL DELINEADO. BINÔMIO PODER-DEVER FAMILIAR. DEVER DE CUIDADO E PROTEÇÃO. LIMITES. EXTINÇÃO DO PODER FAMILIAR. FILHA MAIOR E CIVILMENTE CAPAZ. DIREITOS DA PERSONALIDADE AFETADOS.

- É incabível a internação forçada de pessoa maior e capaz sem que haja justificativa proporcional e razoável para a constrição do paciente.

- Ainda que se reconheça o legítimo dever de cuidado e proteção dos pais em relação aos filhos, a internação compulsória de filha maior e capaz, em clínica para tratamento psiquiátrico, sem que haja efetivamente diagnóstico neste sentido, configura constrangimento ilegal.

Ordem Conhecida.¹⁸⁵

Em seu voto a ministra Nancy Andrighi, ao conceder o *Habeas Corpus*, ressaltou que os direitos da personalidade, que representam bem jurídico de máxima relevância, fundados na dignidade da pessoa humana, são irrenunciáveis, intransmissíveis e ilimitáveis, inclusive por ato do seu próprio titular. Razão pela qual não podem ser restringidos pelo ordenamento jurídico, sem que haja motivo autorizador, caracterizado por proporcionalidade e razoabilidade evidentes. Por tais motivos, mesmo tendo como justa a intenção dos pais da jovem ao determinar sua internação, no exercício de um papel social legítimo, mencionada ministra considerou que “a internação forçada da filha ultrapassa os limites do binômio poder-dever reconhecido pelo ordenamento jurídico”.

185 - BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 35.301** – RJ. DJe: 13/09/2004. Rel.: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: < WWW.stj.gov.br >. Acesso em: 10/11/2011. p. 4.

Outro pedido que marcou o *Habeas Corpus* como valioso instrumento judicial de defesa dos direitos da personalidade, foi deferido, após uma acirrada divergência de votos. Desta feita no Supremo Tribunal Federal onde se reconheceu a um possível pai, que se recusa a fazer o exame de investigação de paternidade, sobretudo por estar sofrendo forte coerção física para realizar o referido exame. No caso, restou entendido que se teve presente afronta a direitos personalíssimos do réu, tais como a intimidade e a integridade física, conforme se obtém da ementa em referência. Verbis:

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE – EXAME DE DNA – CONDUÇÃO DO RÉU “DEBAIXO DE VARA”.

Discrepa, a mais não poder, de garantias constitucionais implícitas e explícitas – preservação da dignidade humana, da intimidade, da intangibilidade do corpo humano, do império da lei e da inexecução específica e direta da obrigação de fazer – provimento judicial que, em ação cível de paternidade, implique determinação no sentido de o réu ser conduzido ao laboratório, “debaixo de vara”, para coleta do material indispensável à feitura do exame de DNA. A recusa resolve-se no plano jurídico-instrumental, consideradas a dogmática das questões ligadas à prova dos fatos¹⁸⁶.

No seu voto, o ministro Moreira Alves, favorável à concessão do *Habeas Corpus*, reconhece a existência de um conflito de valores. A disponibilidade confrontar-se-ia com outro, devidamente resguardado pela Constituição que é o da inviolabilidade da intimidade. Na oportunidade, o nominado Ministro, assegurou que em favor do reconhecimento da paternidade, não se pode violar o direito a intimidade do pretense pai.

Seguindo o mesmo entendimento, o ministro Marco Aurélio acresceu sua repulsa à determinação no sentido de que o paciente seja conduzido, “debaixo de vara”, para coleta do sangue viabilizador do exame. Vê-se, portanto, que há uma justa e providencial proteção

186 - BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 71.373-4** – RS. DJ: 22/11/1996. Rel.: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <WWW.stf.gov.br>. Acesso em: 13/08/2011.

ao direito assegurado pela vigente Carta Magna, em seu art. 5, inciso X, de modo a fazer valer, com a esperada efetividade, a intangibilidade do corpo humano e da dignidade da pessoa humana.

Mais um *Habeas Corpus* deferido, desta vez pelo Superior Tribunal de Justiça, revela que uma lesão a direitos personalíssimos, no caso relativo ao direito à privacidade.

Transcreva-se, por oportuno, breve resumo da respectiva ementa:

HABEAS CORPUS. QUEBRA DE SIGILO FISCAL. REALIZADA DIRETAMENTE PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. REQUISIÇÃO DE CÓPIAS DE DECLARAÇÕES DE IMPOSTO DE RENDA SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. ILICITUDE DA PROVA. DESENTRANHAMENTO DOS AUTOS. CONCESSÃO DA ORDEM.

(...)

4 – O sigilo fiscal se infere no direito à privacidade protegido constitucionalmente nos incisos X e XII do art. 5º da Carta Federal, cuja quebra configura restrição a uma liberdade pública, razão pela qual, para que se mostre legítima, se exige a demonstração ao Poder Judiciário da existência de fundados e excepcionais motivos que justifiquem a sua adoção.

5 – É evidente a ilicitude da requisição feita pelo órgão ministerial à Secretaria da Receita Federal, por meio da qual foram encaminhadas cópias das declarações dos rendimentos do paciente e dos demais investigados no feito.

(...)

7 – Ordem concedida para determinar o desentranhamento das provas decorrentes da quebra de sigilo fiscal realizada pelo Ministério Público sem autorização judicial, cabendo ao magistrado de origem verificar quais outros elementos de convicção e decisões proferidas na ação penal em tela e na medida cautelar de seqüestro estão contaminados pela ilicitude ora reconhecida¹⁸⁷.

Na oportunidade, do voto vencedor, restou consignado que, em razão da ilicitude da requisição formulada pelo órgão ministerial à Receita Federal, não só era concedida a ordem, mas, também, determinado o desentranhamento das provas decorrentes da irregular quebra do sigilo fiscal violador da privacidade do impetrante.

187 - BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 160.646** – SP. DJ: 19/09/2011. Rel. Ministro Jorge Mussi. Disponível em: < WWW.stj.gov.br>. Acesso em: 30/10/2011.

Não custa assinalar que o referido tribunal tem agido prudente, uma vez que, em caso parecido, mesmo ratificando seu entendimento no sentido de que a busca e apreensão feitas sem devida autorização judicial constitui lesão à privacidade e à intimidade, o relator Jorge Mussi, reconhece que, no caso específico, não houve descumprimento de princípios ou normas legais. Até porque o próprio art. 240 do CPC, apresenta um rol exemplificativo dos casos em que a medida pode ser determinada, dele figurando a hipótese de arrecadação de objetos necessários à prova da infração ou à defesa do réu, tudo conforme se obtém da elucidativa ementa adiante transcrita:

HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. LAVAGEM DE DINHEIRO E QUADRILHA. BUSCA E APREENSÃO DE AGENDA ENCONTRADA EM PODER DO PACIENTE. OFENSA AO DIREITO À PRIVACIDADE E A INTIMIDADE. NECESSIDADE DE DECISÃO JUDICIAL ESPECÍFICA AUTORIZANDO A MEDIDA. IMPROCEDÊNCIA. DECISÃO JUDICIAL FUNDAMENTADA. ATENDIMENTO AO REQUISITO DO ART. 240 E 243 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. ILICITUDE NÃO VERIFICADA. DENEGAÇÃO DA ORDEM¹⁸⁸.

Em mais uma clara intenção de efetividade e proteção aos direitos personalíssimos do cidadão, desta feita relacionada a sigilo telefônico, o Superior Tribunal de Justiça, em sede de Mandado de Segurança, deu provimento a recurso interposto, visando obstar à expedição de ofício a operadora telefônica (VIVO), através do qual se pretendia fosse fornecida relação de telefonemas realizados e recebidos pelo impetrante. Por elucidativo, segue trecho da respectiva ementa:

RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. SEPARAÇÃO E DIVÓRCIO. PROVA INÚTIL E QUE FERE O DIREITO À PRIVACIDADE PREVISTO NA CONSTITUIÇÃO. SEGURANÇA CONCEDIDA.
(...)

188 - BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 142.205** – RJ. DJ: 13/12/2010. Rel. Ministro Jorge Mussi. Disponível em: < WWW.stf.gov.br>. Acesso em: 30/10/2011.

2 – A culpa pela separação judicial influi na fixação dos alimentos em desfavor do culpado. Na hipótese de o cônjuge apontado como culpado ser o prestador de alimentos, desnecessária a realização de provas que fira seu direito à intimidade e culpabilidade (pensão não é pena), mas pela possibilidade que tem de prestar associada a necessidade de receber alimentos.

3 – Recurso ordinário provido¹⁸⁹.

Em seu voto¹⁹⁰, o ministro João Otávio de Noronha, relator do mencionado recurso, acolhe totalmente favorável o parecer emitido pelo Ministério Público (fls. 442/443 do respectivo processo) do qual se obtém que:

cuida-se de direitos eminentemente privados – separação judicial e alimentos – que possuem ritos e demandas próprias. A quebra do sigilo telefônico, configura um aviltamento da garantia constitucional da privacidade, do direito fundamental à liberdade e implica, necessariamente, ofensa ao princípio do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, e também à própria segurança do ordenamento jurídico, pois a medida somente pode ser autorizada em situações excepcionais, o que não se verifica, “in casu”.

Um importante marco jurisprudencial que, certamente, não poderia deixar de ser citado neste resumo apanhado demonstrativo corresponde ao Recurso interposto pela União, contra acórdão proferido pelo TRF da 4ª Região, que não reconheceu a prescrição dos direitos personalíssimos dos então recorridos. A ré sustentava que o direito dos autores nasceu com a promulgação da CF de 1988 e a ação somente foi ajuizada em 1996. O Superior Tribunal de Justiça, através de um dos seus mais prestigiados ministros, o potiguar José Augusto Delgado, pontificou no sentido de que os direitos personalíssimos são imprescritíveis. Imprescritibilidade esta que se constitui regra, inclusive quando se busca indenização por danos morais decorrentes da prática de tortura ou quaisquer afrontas à dignidade humana. A respectiva ementa¹⁹⁰ revela-se tão objetiva quanto valiosa. Confira-se:

189 - BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinário. nº 28.336** – SP. DJ: 06/04/2009. Rel. Ministro João Otávio de Noronha. Disponível em: < WWW.stj.gov.br>. Acesso em: 30/10/2011.

190 - BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinário. nº 28.336** – SP. DJ: 06/04/2009. Rel. Ministro João Otávio de Noronha. Disponível em: < WWW.stj.gov.br>. Acesso em: 30/10/2011.

ADMINISTRATIVO. ATIVIDADE POLÍTICA DURANTE A DITADURA MILITAR. PRISÃO E TORTURA. INDENIZAÇÃO. LEI Nº 9.140/1995. INOCORRÊNCIA DE PRESCRIÇÃO. REABERTURA DE PRAZO.

I – “Em casos que se postula direitos fundamentais, indenização por danos morais decorrentes de atos de tortura por motivo político ou de qualquer outra espécie, não há que prevalecer a imposição quinquenal prescritiva”. (REsp nº 379.414/PR, Rel. Ministro José Delgado, DJ de 17/02/2003., p. 225)

II – (...) reabriram-se os prazos prescricionais quanto às indenizações pleiteadas pelas pessoas ilegalmente presas e torturadas durante o período.

III – Recurso especial improvido.

A partir de então, levantou-se a bandeira da imprescritibilidade dos direitos da personalidade. Tese sustentada por diversos doutrinadores entre eles o constitucionalista José Afonso da Silva, sempre pedagógico ao assegurar, entre outros argumentos, que “ a prescrição é um instituto que não atende aos direitos personalíssimos”¹⁹¹.

Outro marco jurisprudencial é representado pela decisão concessiva do direito de mudança do nome a partir da realização da cirurgia de mudança de sexo. A parte recorrente pretendia modificar o sexo constante no registro civil, de masculino para feminino, além da mudança do pré-nome (de Romar para Bruna), após ter efetuado cirurgia de mudança de sexo, cientificamente nominada de transexualização do tipo neoculvovulvoplastia.

O Tribunal deu provimento ao pedido, tanto de mudança de pré-nome como de mudança de sexo. Ademais, deixando clara a posição bem retratada pelo voto do ministro João Otávio de Noronha, foi consignado que os direitos e garantias fundamentais expressos da Constituição de 1988, especialmente os princípios da personalidade e da dignidade da pessoa humana e, levando-se em consideração o disposto nos arts. 4º e 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, entende que deve ser deferida a mudança de sexo para que os documentos adequem-se à realidade e facilite-se a inserção social e profissional da nova cidadã.

191 – SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2006.

Invocou-se, para tanto, o disposto nos artigos 4º e 5 da Lei de Introdução ao Código Civil, considerando a omissão do estatuto próprio e do dever do juiz atender aos fins sociais a que a Lei se destina. Eis a ementa:

REGISTRO PÚBLICO. MUDANÇA DE SEXO. EXAME DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE DE EXAME NA VIA DO RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SUMULA N.211/STJ. REGISTRO CÍVIL. ALTERAÇÃO DO PRENOME E DO SEXO. DECISÃO JUDICIAL. AVERBAÇÃO. LIVRO CARTORÁRIO.

(...)

5 – Não entender juridicamente possível o pedido formulado na exordial significa postergar o exercício do direito à identidade pessoal e subtrair do indivíduo a prerrogativa de adequar o registro do sexo a sua nova condição física, impedindo, assim, a sua integração na sociedade.

6 – No livro cartorário, deve ficar averbado, à margem do registro de prenome e de sexo, que as modificações procedidas decorrem de decisão judicial.

7 – Recurso especial conhecido em parte e provido¹⁹².

Mais um caso digno de registro, por envolver a preservação da vida como bem personalíssimo maior, foi julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, prevalecendo, na oportunidade, o entendimento que seria impossível a interrupção do fornecimento de energia elétrica, diante da essencialidade do bem. Conclui-se que mesmo na hipótese de inadimplemento do devedor, descaberia tal medida, diante do fato da recorrente ser portadora do vírus HIV, e encontrar-se impossibilitada de manter os medicamentos refrigerados, em prejuízo para o seu tratamento com subsequente risco para seu bem maior, a vida. Elucidativa, nesse ponto, a ementa do julgado em referência:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. INVIAILIDADE DE SUSPENÇÃO DO ABASTECIMENTO NA HIPÓTESE DE DÉBITO DE ANTIGO PROPRIETÁRIO. PORTADORA DE VIRUS HIV. NECESSIDADE DE REFRIGERAÇÃO DOS MEDICAMENTOS. DIREITO À SAÚDE.

1 – A jurisdição do Superior Tribunal de Justiça é no sentido da impossibilidade de suspensão dos serviços essenciais, tais como o fornecimento de energia elétrica e água, em função de cobrança de débitos de antigo proprietário.

192 - BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 737.993 – MG. DJe: 14/09/2011. Rel.: Ministro João Otávio de Noronha. Disponível em: < WWW.stj.gov.br>. Acesso em: 10/11/2011.

2 – A interrupção da prestação, ainda que decorrente de inadimplemento, só é legítima se não afetar direito à saúde e à integridade física do usuário. Seria inversão da ordem constitucional conferir maior proteção ao direito de crédito da concessionária que aos direitos fundamentais a saúde e à integridade física do consumidor. Precedente do STJ.

3 – Recurso especial provido¹⁹³.

Como bem lembrou o ministro Herman Benjamin em seu voto, “a interrupção do fornecimento de água e energia elétrica é tema de ampla discussão no STJ”. Ocorre que, em se tratando de serviços essenciais, como o fornecimento de água e energia elétrica, a interrupção da prestação, ainda que decorrente de inadimplemento, somente se legitima se não afetar o direito a saúde e a integridade física do usuário. “Seria inversão da ordem constitucional conferir maior proteção ao direito de crédito da concessionária que aos direitos fundamentais à saúde e à integridade física do consumidor”¹⁹⁴, ressaltou o ministro.

Um caso que ganhou atenção especial da imprensa por, possivelmente garantir bastante audiência na época, refere-se ao fato do Supremo haver acatado o pedido da cantora Glória Trevino, no sentido de permitir a realização de exame de DNA, utilizando-se, para tanto, da placenta da cantora. Neste caso prezou-se pelo direito à honra e à imagem de policiais federais, indevidamente acusados de estupro pela extraditanda. Restou certificado, após o exame, que o filho seria, em verdade, do empresário da cantora. A ementa transcrita a seguir, bem resume a valorização adotada pelo Tribunal Superior. Verbis:

RECLAMAÇÃO. RECLAMANTE SUBMETIDA AO PROCESSO DE EXTRADIÇÃO N. 783, À DISPOSIÇÃO DO STF.

(...)

193 - BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.245.812** – RS. DJe: 01/09/2011. Rel.: Ministro Herman Benjamin. Disponível em: < WWW.stj.gov.br>. Acesso em: 10/11/2011.

194 - BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.245.812** – RS. DJe: 01/09/2011. Rel.: Ministro Herman Benjamin. Disponível em: < WWW.stj.gov.br>. Acesso em: 10/11/2011.

7 – Bens jurídicos constitucionais como “moralidade pública”, persecução penal pública” e “segurança pública” que se acrescem, como bens da comunidade, na expressão de Canotilho, - ao direito fundamental à honra (CF art. 5º, X), bem assim direito à honra e à imagem de policiais federais acusados de estupro da extraditanta, nas dependências da Polícia Federal, direito à imagem da própria inatituição, em confronto com o alegado direito da reclamante à intimidade e a preservar a identidade do pai de seu filho.
(...)¹⁹⁵

Outro caso que revela a supremacia com que a jurisprudência vem tratando a honra e a imagem, reporta-se ao entrevero ocorrido entre o ex-jogador Paulo Roberto Falcão e a gráfica que publicou certa entrevista de sua ex-companheira, em uma de suas revistas. A entrevista denegria sua imagem, invadia a intimidade e a vida privada do recorrido e, por isso mesmo foi negado provimento ao recurso, mantendo-se a condenação da gráfica. No caso, o Tribunal reconheceu que não havia interesse social na divulgação de fatos que dizem única e exclusivamente respeito a esfera íntima de Paulo Roberto Falcão, circunstância que configuraria a simples jogada de marketing da revista de fofocas.

Mencionada decisão abriu precedente para varias outras onde artistas tem, a cada dia, sua vida privada invadida por fotógrafos, repórteres e ate curiosos que esperam, num golpe de sorte, conseguir uma imagem ou uma foto que possa ser posteriormente vendida para tais “revistas de fofoca”. Note-se a importância que a decisão atribui ao fato de existir, na hipótese, qualquer interesse público, já que o fato circunscreve-se a esfera íntima e a vida privada do recorrido. Verbis:

RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL E DIREITO PROCESSUAL CIVIL. REPORTAGEM DE JORNAL REPRODUZINDO TRECHOS DE ENTREVISTA CONCEDIDA POR EX-COMPANHEIRA A REVISTA, EM QUE SÃO PROFERIDAS DECLARAÇÕES OFENSIVAS À HONRA DO RECORRIDO E IMPUTADA, FALSAMENTE, CONDUTA CRIMINOSA. ÔNUS DE UM MÍNIMO DE LILIGÊNCIA INVESTIGATIVA NÃO OSERVADO PELO ÓRGÃO DE IMPRENSA. AUSÊNCIA DE INTERESSE

195 - BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação nº 2.040-1** – DF. DJ: 27/06/2003. Rel.: Neri da Silveira. Disponível em: < WWW.stf.gov.br>. Acesso em: 13/08/2011.

SOCIAL EM FATOS ÍNTIMOS DA VIDA PRIVADA DA PESSOA, AINDA QUE GOZE DE NOTORIEDADE. CREDIBILIDADE DO JORNAL QUE PERMITIU A AMPLIAÇÃO E PERPETUAÇÃO DA HONORABILIDADE DO AUTOR. DESDOBRAMENTO DO DIREITO DEVER DE INFORMAR. CONDUTA ILÍCITA. DANO MORAL CONFIGURADO. RECURSO ESPECIAL NÃO RECONHECIDO.

(...)

3 – Nesta seara de revelação pela imprensa de fatos da vida íntima das pessoas, o digladiar entre o direito de livre informar e os direitos de personalidade deve ser balizado pelo interesse público na informação veiculada, para que se possa inferir qual daqueles direitos deve ter maior prevalência sobre o outro no caso concreto.

(...)

5 – Na hipótese sob exame, ainda que se trate de pessoa notória, revela-se claro não haver nenhum efetivo interesse social na divulgação de fatos que dizem respeito unicamente à esfera íntima de sua vida privada, o que denota tão somente uma manobra para aumentar as vendas do jornal.

(...)¹⁹⁶

Por ultimo, se faz necessária uma rápido comentário sobre um dos casos mais relevantes, envolvendo liberdade de imprensa e analisado pelo Supremo Tribunal Federal. Como muitos ainda se recordam, a Suprema Corte, por maioria, referendou a liminar, concedendo a ABERT – Associação Brasileira de Emissoras de Radio e Televisão, direito de veiculação de programa humorístico de televisão que, conforme alegado, estaria denegrindo a imagem do Presidente da República, Luiz Inácio Lula da Silva, na época já afastado do cargo e em campanha para sua reeleição.

MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. INCISOS II E III DO ART. 45 DA LEI 9.504/1997.

(...)

2 – Não cabe ao Estado, por qualquer dos seus órgãos, definir previamente o que pode e o que não pode ser dito por indivíduos e jornalistas. (...) Vale dizer: **não há liberdade de imprensa pela metade ou sob as tenazes da censura prévia, pouco importando o Poder estatal de que ela provenha**. Isso porque a liberdade de imprensa não é uma bolha normativa ou uma fórmula prescritiva oca. Tem conteúdo, e esse conteúdo é formado -pelo rol de liberdades que se lê a partir da cabeça do art. 220 da Constituição Federal: “manifestação do pensamento”, liberdade de “criação”, liberdade de “expressão”, liberdade de “informação”. Liberdades constitutivas de verdadeiros **bens de personalidade**, porquanto correspondentes aos seguintes direitos que o art. 5º da nossa Constituição intitula de “Fundamentais”: a) “livre manifestação de pensamento” (inciso IV); b) “livre (...) expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação” (inciso IX); c) “acesso a informação” inciso (XIV)¹⁹⁷.

196 - BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 713.22** - RS - DJe: 03/08/2010. Rel.: Ministro Luiz Felipe Salomão. Disponível em: < WWW.stj.gov.br>. Acesso em: 10/11/2011.

197 - BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.451** – DF. 02/09/2010. Rel.: Ayres Brito. Disponível em: < WWW.stf.gov.br>. Acesso em: 02/10/2011.

Por unanimidade, entendeu-se que seria inviável a proibição de sátiras em programas de humor, considerando que a liberdade de criação, a liberdade de expressão e a liberdade de informação, constituem-se verdadeiros bens da personalidade. Para tanto, foram arrolados os direitos ali consignados como fundamentais, todos apontados como corolário do rol de liberdades consignados no art. 220 da Constituição.

Enfim, no confronto entre os direitos de imagem e o de informação, ambos de natureza fundamental, prevaleceu o segundo, em razão dos argumentos sintetizados na ementa retro transcrita. Pontifica-se, assim, a preocupação da nossa Suprema Corte de Justiça com a eficácia e efetividade dos direitos da personalidade. Pouco importa, essa ou aquela insatisfação individual. Uma justiça razoável não pode, nem tem como, materializar-se na satisfação igual dos desejos e aspirações de todos.

No tocante aos direitos da personalidade, pode-se concluir que a nossa jurisprudência está no caminho certo. Desvios, perplexidades e surpresas poderão ocorrer, é verdade. No entanto, diante do que se vê, é possível se pensar num provimento jurisdicional harmônico com aqueles pontos anteriormente mencionados: a) rapidez, b) utilidade e c) efetividade.

5.3 PROPOSIÇÕES EM PROVEITO DE UMA MAIOR E PLENA EFICÁCIA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Não há como negar que, nos últimos anos, o Estado brasileiro tem imprimido uma maior assistência aos desafortunados, aos mais necessitados, sobretudo no campo financeiro, conforme se obtém dos programas de bolsas. Entretanto, também não se pode ocultar que muito mais precisa ser feito em favor do desenvolvimento e aprimoramento das políticas públicas de um modo geral. São tímidas e contaminadas por interesses políticos partidários ou pela corrupção, as iniciativas que tem adotado nesse sentido. É preciso ser lembrado que o Estado também pode ser transformado pela ação política. E a Constituição já indicou a direção, cabe, agora, á população, as instituições e toda a sociedade lutar para que essas mudanças ocorram com maior presteza.

Por outro lado, necessário se faz mudar a tendência que se revela presente, no sentido de tentar transformar a Constituição num canteiro de obras, com emendas desnecessárias ou propostas que representam mero desvario reformador para pior. A Constituição não pode ser tida como uma espécie de rascunho permanente, sujeito a ser apagada e reescrita conforme a conveniência de particulares, políticos, grupos econômicos ou poderosos do dia.

Ainda dentro desse campo minado por emendas constitucionais, sugere-se o alargamento da pressão popular, por todos os meios possíveis, no sentido de revelar que a praga das emendas constitucionais não só desnaturam o sentimento constitucional como levam o povo ao descrédito nas suas instituições e na própria Lei Maior do País, como símbolo de segurança, justiça e democracia. É preciso que fique claro que, sem segurança jurídica, uma sociedade não pode gozar de saúde democrática.

A plena e eficaz defesa da tutela dos direitos fundamentais, dentre eles os da personalidade, precisa de mais um esforço administrativo do judiciário. Juizados e varas especializadas nas justiças estadual e federal precisam ser criadas, com vista aos julgamentos das ações envolvendo os direitos fundamentais. Uma reparação moral, por exemplo, não pode nem deve servir apenas aos herdeiros do ofendido. É preciso repensar o sistema, diante do estágio social em que vivemos.

No campo da arbitragem pode se encontrar um grande aliado na defesa dos direitos da personalidade. É preciso adequá-lo ao vórtice das ofensas atuais. Funcionando com maior aproveitamento, ampla divulgação e melhor aparelhado, o juízo arbitral representará proveitoso escoadouro para significativa parte dos milhares de processos que chegam ao judiciário todos os meses.

Quando se cogita em levar o ensino preambular do direito às escolas, muitos se opõem por imaginar que as lições de direito penal, empresarial ou processual não dizem respeito à cidadania ou à democracia. Exatamente em função desse grave equívoco é que se revela necessário sugerir que patriotismo, dignidade humana, respeito, garantias e princípios fundamentais retornem aos bancos das escolas. Tinha razão, também nesse ponto, o saudoso professor Luiz Soares ao alertar, em frase transcrita em salas de várias instituições de ensino, que educar é formar cidadãos aptos para uma vida digna em todos os sentidos.

A cidadania não pode ser compreendida como uma expressão abstrata, como mera referência ideológica, como ocorre quando negado o pressuposto de vida compatível com a dignidade humana. Como já se disse alhures, o primeiro direito do qual derivam os demais, é o direito de ter direitos, e esse só pode ser exercido através do total acesso à ordem jurídica. É preciso, portanto, que se derrube as últimas barreiras que dificultam ou inibem o total acesso à essa ordem jurídica. Custas exorbitantes, falhas nas defensorias públicas, polícia impotente e deficitária, juízes assoberbados de processos, enfim, tudo que negue a concretização plena da cidadania precisa ser repensado em proveito de soluções que têm sido postergadas ou, simplesmente, contornadas com medidas meramente paliativas.

Do mesmo modo como ocorre no âmbito eleitoral, comissões, grupos, associações e entidades privadas ou públicas, precisam ser mobilizadas pela OAB – Ordem dos Advogados do Brasil e outras instituições democráticas, no sentido de apresentar ao parlamento, iniciativas populares de leis, voltadas para a efetividade dos direitos fundamentais. É preciso que se alerte o cidadão para o fato de que a cidadania também deve ser compreendida como participação política do indivíduo no Estado, onde encontra-se incluído o gozo de direitos políticos, civis, econômicos, sociais e culturais.

Mais de cem artigos do atual Código Civil se constituem objeto de alteração através de projetos que “dormem” na Câmara do Senado. Todos eles, inclusive os que aprimoram o capítulo relativo aos direitos da personalidade, esboçam efetivos e promissores avanços, alguns deles resultantes das críticas às redações dadas a alguns artigos do novo Código Civil. É preciso que ocorra mobilização acadêmica e popular em torno da aprovação desses projetos que, em verdade, já deveriam ter constado do diploma civil entregue à população em 2002.

Em síntese, como se vê, embora seja efetiva a real a constitucionalização dos direitos da personalidade, muito ainda pode ser feito. As sugestões aqui esboçadas revelam que a plena e total fruição desses direitos constitui-se difícil desafio. Aliás, enfrentado com êxito por poucas nações do planeta. No caso do Brasil, a desejada plenitude desses direitos precisa da feliz companhia de medidas, ações, iniciativas e vontade popular, como vem acontecendo ao longo do gradativo processo de depuração política, iniciado com a campanha das “diretas já”.

6 CONCLUSÃO

A idéia que norteou o propósito de discorrer sobre a eficácia e efetividade dos direitos da personalidade, de início, teve como norte a contribuição dada pelo comando normativo que, de forma clara e indubitosa, impõe o dever constitucional de reparar os danos decorrentes das violações a esses direitos. Via-se a assunção da responsabilidade civil (alçada a patamar nunca antes experimentado e capaz de ocupar um dos mais importantes papéis nas atuais atividades jurídicas) como responsável direta e imediata pelo controle e represamento das águas da subsistência e da efetividade dos direitos da personalidade pareciam controladas pela represa da responsabilização civil.

Ocorre que, ao longo da pesquisa, embora comprovada a importância da responsabilização, foi restando evidenciado que o fato do transgressor da norma tuteladora dos direitos da personalidade ser condenado a uma reparação ou compensação financeira, de certa forma, limitava a discussão em torno da eficácia e efetividade desse direito jusnaturalista. Até porque, como se sabe, o fato gerador da reparação civil prende-se à relação de direito substantivo anterior à ação, circunstância que reduz a força dessa reparação ao plano meramente compensatório ou, a longo prazo, de natureza pedagógica e inibitória.

Desse modo, o que se pode denominar de “forças paralelas”, sejam processuais, materiais, principiológicas ou jurisprudenciais, revelam-se decisivas no estudo da trajetória da efetividade e eficácia desses direitos da personalidade. Por isso mesmo sem prejuízo da abordagem, em capítulo próprio, do papel do judiciário no campo da repressão às violações aos direitos da personalidade, deu-se especial relevo às perplexidades e caminhos adotados pelo processo civil contemporâneo, nesse mesmo sentido, sem prejuízo para a efetiva contribuição do direito material.

De igual modo, para se chegar às conclusões aqui elencadas, se fez oportuno incursionar no campo do direito constitucional à jurisdição e meditar sobre as conclusões e fundamentos desenvolvidos pelos que defendem a supremacia dos princípios, ante as garantias processuais do cidadão, reconhecidas logo após o advento da constituição de 1988. No âmbito Estatal, não foram esquecidos comentários concernentes à atuação administrativa, frente a evolução do atual ordenamento jurídico brasileiro. Sem esquecer, é claro, os novos paradigmas do direito civil, hoje, mais do que nunca, capazes de autorizar a afirmação de que a lei civil é a própria Constituição do homem comum, já que regula toda existência humana desde a concepção até a morte, passando pelos demais direitos da personalidade. Assim, resumindo o essencial da matéria, pode-se enumerar as seguintes conclusões:

01 – Embora se possa fazer referência a alguns conceitos atribuídos aos direitos da personalidade, ao discorrer sobre as noções, conteúdo, e objeto desses direitos, preferiu-se o apoio da majoritária doutrina e reconhecer que os direitos da personalidade, de fato, possuem a função de assegurar aos sujeitos o domínio sobre uma parte da própria esfera da personalidade, envolvendo suas mais importantes características, seus valores inatos, tais como a vida, a intimidade a honra e a integridade física e mental;

02 – Nesse contexto, alimentada pelo processo de constitucionalização do direito civil, a personalidade passou a ser reconhecida como verdadeiro valor fundamental, a ser preservado e protegido, conforme bem revela a torrencial jurisprudência aqui oferecida como exemplo;

03 – Quanto a teoria geral dos direitos da personalidade, pode-se assegurar que referidos direitos constituem-se faculdades jurídicas destinadas a resguardar a dignidade da pessoa humana, sobre os diversos aspectos que lhes são próprios, objetivando, assim, preservá-la dos atentados que possam ser perpetrados contra sua inteireza normativa;

04 – No tocante a natureza jurídica desses direitos, embora repouse certa divergência doutrinária a esse respeito, não se faz dificultosa concluir que os direitos da personalidade, por encontrarem-se inseridos do rol constitucional dos direitos individuais do cidadão, constituem-se verdadeiro valor fundamental, consagrado por todo o ordenamento jurídico;

05 – Revela-se recente a concepção de pessoa humana, como valor universal. Embora se reconheça que o direito da personalidade não nasceu do direito positivo, uma vez que surgiu, com a própria concepção humana de pessoa. O fato é que os direitos da personalidade, apontados como afirmações dos direitos humanos, tiveram sua concretude final fixada em etapas que vão desde a Declaração de 1789, passando pelas Constituições francesas de 1946 a 1958, além do Código Civil português de 1867, até a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948;

06 – Embora a doutrina não seja unânime a respeito, predomina o entendimento de que os termos eficácia e efetividade congregam certa distinção. Diferença esta que, nem sempre, é delineada de maneira uniforme. Basta ver que a principal característica da eficácia é apontada, em algumas oportunidades, como sendo êxito efetivo dos resultados efetivados pelo legislador, enquanto a efetividade estaria situada no plano da aplicação real e efetiva da norma;

07 – Por outro lado, segundo doutrina identificada no capítulo próprio, também vem sendo entendido que, no âmbito da eficácia, necessária se faz uma divisão, separando-se a eficácia no sentido técnico jurídico, da eficácia no sentido sociológico. Esta última vertente encontra-se voltada para o cumprimento das normas no âmbito do cotidiano social, enquanto no sentido técnico-jurídico devem ser observadas as noções de aplicabilidade, exigibilidade e executoriedade dessa mesma norma. Para os que assim pensam, a efetividade estaria vinculada aos fins almejados pelo legislador e pela lei, de forma a torná-la efetiva e apta ao alcançar o objetivo para o qual foi concebida;

08 – No caso dos direitos da personalidade, independentemente da concepção doutrinária adotada, forçoso convir que o grau de ineficácia e/ou de falta de efetividade afigura-se mínimo. Não há, assim, de regra, como se falar em carência normativa ou falta de vigência social da norma. Daí, quanto ao uso das mencionadas expressões, não se poder adotar rígido individualismo vernacular, uma vez que ambos os termos (eficácia e efetividade), de regra, podem ser aplicados aos direitos da personalidade;

09 – Assinalada a distinção cogitada, impõe-se reconhecer, tal como realçado, que os direitos da personalidade encontram-se definitivamente consagrados pela exegese que se obtém do art. 5º, §1º da Constituição de 1988. Referido comando principiológico, convenhamos, representa verdadeiro mandado de otimização, viabilizando a atuação dos órgãos estatais e da própria sociedade civil, na busca pela definitiva implementação da maior eficácia possível desses direitos da personalidade;

10 – Enfim, sobreleva reconhecer que embora as confrontadas eficácia e efetividade dependam do quadro fático submetido a apreciação, da função e do modo como positivado o direito em questão, não há como se reduzir a sua carga de eficácia a uma mera natureza programática. A aplicabilidade dos direitos da personalidade, como ocorre com todas as garantias fundamentais, constitui-se a regra. As ressalvas ficam por conta da necessidade de intervenção legislativa, tal como previsto pela constituição ou, por outra, em razão de possível falta da mínima normatividade viabilizadora de sua aplicação imediata;

11 – Não há como deixar de reconhecer que o nosso regramento processual tem procurado adequar-se a nova realidade constitucional, abrindo caminhos que tendem a imprimir uma maior efetividade e eficácia dos direitos da personalidade. É também em razão dessa realidade constitucional, que se tem aprimorado o processo de aproximação da técnica processual protetora à consciência coletiva de repúdio às condutas violadoras dos direitos da personalidade;

12 – A partir do plano normativo, nota-se uma evidente inclinação do Estado em favor da tutela dos valores fundamentais. São diversos os modos e formas de reação do ordenamento, buscando alcançar os objetivos da tutela jurídica respectiva. Razão pela qual pode-se assegurar que a proteção legislativa, oferecida aos direitos da personalidade, tem sido ampla e, a partir da Constituição de 1988, consolidou-se como garantia constitucional.

13 - Referida Carta Magna, entre outras conquistas, promoveu uma verdadeira construção da dogmática jurídica, a partir da afirmação da cidadania como elemento norteador de um Estado democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos e garantias fundamentais;

14 – A denominada constitucionalização do direito civil, no que tange aos direitos da personalidade, desmerece as críticas que lhes são dirigidas. Nesse ponto, não há como esquecer que essa constitucionalização levou os direitos e garantias fundamentais a merecerem uma direta eficácia no âmbito dos demais ramos do direito, como bem mostra o próprio direito civil;

15 – Ao longo do presente trabalho, deixa-se assente que já não mais se deve questionar a influência da constituição nos direitos da personalidade e no próprio direito civil. O que deve se avaliar nesse momento, como vem fazendo a jurisprudência, é a amplitude e o modo como deve incorrer essa incidência, principalmente quando se trate de princípios constitucionais e de conceitos abertos;

16 – Embora classificados de diversas formas, os direitos da personalidade possuem características peculiares, voltadas e atentas para a evolução social. Duas de suas categorias, no entanto, permanecem imunes às críticas. A primeira refere-se a integridade física, enquanto a segunda corresponde a integridade moral, sem que se despreze um terceiro aspecto que, conforme demonstrado, tem sido denominado de direito a integridade intelectual;

17 – Em razão do fato da pessoa humana englobar a necessidade de respeito e de proteção à integridade física do indivíduo, incidem sobre os direitos respectivos a proibição da pena de morte, de tortura, de penas de cunho corporal e da utilização da pessoa humana em experiências científicas, entre outras igualmente ofensivas a inteireza de sua dignidade;

18 – Em uma perspectiva de eficácia e efetividade, o fenômeno processual constitui-se fator de indiscutível importância contemporânea. Até porque a eficácia, como visto, representa garantia constitucional, prevista no art. 5º, § 35, da nossa Lei Maior. Ademais, ao consagrar princípios de direito constitucional processual, a Carta Política de 1988, de certo modo, vincula o magistrado ao dever de, no exercício da função jurisdicional, atender ao mandamento constitucional e, conseqüentemente, repudiar as normas infraconstitucionais que não estejam em conformidade com essa ordem;

19 – A antecipação da tutela age em perfeita sincronia com o princípio da efetividade processual. Sendo assim, deve ser estimulada e aceita como instrumento voltado para a concretização do direito material submetido á apreciação do judiciário, de forma a atender os reais objetivos e natureza dos direitos da personalidade;

20 – Para que isso ocorra, ou seja, para que se obtenha a efetividade da tutela antecipada, em consonância com o artigo 273, §3º, do Código de Processo Civil, deve ser observado, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos artigos 588, 461 e 461^a, do estatuto processual. Nesses dispositivos encontra-se outorgado ao magistrado, todo o poder do qual precisa para que efetive a tutela jurisdicional;

21 – Atentando-se para as recentes decisões do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, pode-se concluir que a jurisprudência tende a ser considerada a mais moderna fonte do direito, ao lado da doutrina, chegando mesmo, em determinadas circunstâncias, a suplantá-la;

22 – A vista do que restou positivado, pode-se concluir que a melhor contribuição a ser dada pelo poder judiciário, no plano da concretização dos direitos da personalidade, prende-se a sua função interpretativa e integradora da legislação pertinente. Basta que continue a extrair um maior grau de eficácia e efetividade dos direitos sociais para que, em consequência, continue participe da promoção da almejada justiça social;

23 – Embora remonte a uma complexa gama de fatores dificultadores, o acesso a justiça constitui-se direito e realidade constitucional, hoje, como nunca, a preocupação maior transferiu-se para a perspectiva de um pronunciamento jurisdicional eficaz e útil. Até porque, diante de um sistema processual aperfeiçoado afigura-se natural que se clame por respostas compatíveis com as exigências sociais modernas;

24 – Nos dias atuais, já não se duvida da importância dos direitos inerentes a pessoa humana, apontados como necessidade impositiva e imediata. O avanço tecnológico, a dispersão dos valores morais, a globalização, a rapidez e multiplicidade dos meios de comunicação, e a expansão da violência, entre outros fenômenos sociais e econômicos tem causado grandes impactos na vida das pessoas. O homem moderno, em alguns casos, se sente entregue à própria sorte, desprotegido e vulnerável. Tudo isso, segundo demonstrado, revela o quanto se faz necessária e efetiva busca pela proteção da personalidade, de modo a evitar que as pessoas, definitivamente, se tornem meros códigos numéricos, vítimas ou algozes da insensibilidade e indiferença que se alarga ao lado do crescente egoísmo humano;

25 – Ao que se observa, em última análise, é que onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitação do poder, enfim, onde a liberdade e autonomia, a igualdade e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana que, por isso mesmo, não passará de mero objeto de arbítrio e injustiça.

REFERÊNCIAS

Livros:

ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 1993.

AMARAL, Francisco. **Racionalidade e sistema no direito civil brasileiro**, in Revista de Direito Civil-63. Rio de Janeiro, v.1-2, 1994.

_____. **Direito Civil Introdução**. 6 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez & escolha: em busca de critérios Jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARBOSA, Álvaro Antônio do Cabo Notaroberto. **Direito à própria imagem**. São Paulo: Saraiva, 1989.

BARROSO, Luiz Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira**. 5 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. **Temas de direito processual**. Rio de Janeiro: Renovar. 2001.

BELTRÃO, Silvio Romero. **Direitos da personalidade: de acordo com o novo Código Civil**. São Paulo: Atlas, 2005.

BITTAR, Carlos Alberto. **O Direito de Família e a Constituição de 1988**. São Paulo. Saraiva, 1989.

_____. **Os direitos da Personalidade**. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense universitária, 2003.

BITTAR FILHO, Carlos Alberto. BITTAR, Carlos Alberto. **Tutela dos direitos da personalidade e dos direitos autorais nas atividades empresariais**. 2.ed. São Paulo:

Revista dos Tribunais, 2002.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. [Dicionário de política](#). v.2. 8.ed. Brasília: UNB, 1995.

BONIFÁCIO, Artur Cortez. **O direito constitucional internacional e a proteção dos direitos fundamentais**. São Paulo: Método, 2008.

BRASIL, Deilton ribeiro. **Tutela específica das obrigações de fazer ou não fazer**. 1 ed. Belo Horizonte: Delrey, 2001.

CAMPOS JÚNIOR, Raimundo Alves. **O conflito entre o direito a propriedade e o meio ambiente e a questão da indenização das áreas de preservação florestal**. Curitiba: Juruá, 2004.

CAPPELLETTI, Mauro, GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Malheiros, 2005.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. 2 vol, São Paulo: Saraiva, 1996.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de Direito Constitucional**. Bahia: Editora Jus Podivm. Bahia.2008.

DE CUPIS, Adriano. **Os direitos da Personalidade**. Campinas: Romana Jurídica, 2004.

_____. **Direitos da personalidade**. Lisboa: Livraria Moraes, 1961.

DIAS, Jaqueline Sarmiento. **O direito à imagem**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DIOCLECIANO, Torrieri. **Dicionário Técnico Jurídico**. Rio de Janeiro: Rideel, 2009.

DONEDA, Danilo. **A parte geral do novo Código Civil / Estudos na perspectiva civil-constitucional**. 3 ed, Gustavo Tepedino (coordenador) Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

EUCKEN, Rudolf. **O Sentido e o Valor da Vida**. Rio de Janeiro: Editora Delta, 1962.

FACHIM, Luis Edson. **Transformações do direito civil brasileiro contemporâneo. Diálogos sobre Direito Civil – Construindo a Racionalidade Contemporânea**. Organ.: RAMOS, Carmem Lúcia Silveira et al. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. **Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2001.

_____. **Teoria Crítica do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2000.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **Direito civil: parte geral**. 5.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris.2006.

FERRARA, Francesco. *Tratado di Diritto Civile Italiano*. V.1, parte 1, Roma: Athenaeum, 1921.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Aurélio**. 3 ed. São Paulo: Nova Fronteira S/A, 2009.

FIUZA, César. **Direito civil: Curso Completo**. 9. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

FRANÇA, Limongi. **Direitos da Personalidade**. Enciclopédia Saraiva de Direito, v.28. São Paulo: Saraiva, 1982.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

_____. **Direitos da personalidade e responsabilidade**. Revista de direito comparado luso-brasileiro, v. 2. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

GUERRA, Marcelo Lima. **Direitos Fundamentais e a Proteção do Credor na Execução Civil**. São Paulo: RT, 2003.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988: interpretação e crítica**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

JEAMMAUD, Antoine. *Em torno al problema de la efectividad del derecho*. In: *Contradogmáticas*, vol. I, nº2/3, Santa Cruz do Sul: FISCS/ALMED. 1983.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 3. Ed. Trad. Cretella Júnior e Agnes Cretella. São Paulo: revista dos Tribunais, 2003.

LARENZ, Karl. **Tratado de derecho civil aleman**. Madrid : Revista de Derecho privado, 1978.

_____. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 1997.

LASSALLE, Ferdinand. **A essência da constituição**. 5.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2000.

LINDON, Raymond. *Une créationprétorienne: lês droits de La personnalité*. Paris: Dalloz, 1974.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica e a Unidade Axiológica da Constituição**. 2. ed. Belo Hirizonte: Mandamentos, 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MAZEAUD, Henri, Léon e Jean. *Leçons de droit civil*. Paris: Montchestien, 1972.

MAXIMINIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

MORAES, Germana de Oliveira. **O juiz constitucional no Brasil**. Revista latino-americana de estudos constitucionais, n. 2.

MORAES, Maria Celina Bodin. **A nova família: problemas perspectivas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

MORAES, Walter. **Concepção tomista de pessoa; um contributo para a teoria do direito da personalidade**. Revista Forense: São Paulo, nº 590, dezembro de 1984.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Processo civil e direito á preservação da intimidade**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

_____. **Tendências na execução de sentença e ordens judiciais. Temas de direito Processual (quarta série)**. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. **Notas sobre o problema da efetividade do processo. In: Temas de direito processual**. São Paulo: Saraiva, 1984.

NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. São Paulo: Acadêmica. 1994.

NUNES, Pedro. **Dicionário de tecnologia jurídica**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1952.

PAULA, Jonatas Luiz Moreira de. **A Jurisdição como elemento de inclusão social: revitalizando o jogo democrático**. Barueri: Nandle, 2002.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. Rio de Janeiro, Renovar. 1997.

_____. **La Responsabilità Umana Nell'ordinamento Giurídico**. 2 ed. Nápoles: ESI, 1982.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria Geral do direito civil**. Coimbra: Coimbra, 1996.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARTORI, Giovanni. **A política**. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1980.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Comentários ao código de processo civil**. vol. 1. São Paulo: RT, 2000.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira. **Teoria da Constituição, democracia e igualdade**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

STOCO, Rui, **Tratado de Responsabilidade Civil, Responsabilidade Civil e sua Interpretação Doutrinária e Jurisprudencial**. 5 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

STOLZE, Pablo. **Novo curso de direito civil, parte geral**. 11 ed. São Paulo: Saraiva. 2009.

TELLES JÚNIOR, Godofredo. **Direito Subjetivo**. Enciclopédia Saraiva de Direito, v.28. São Paulo: Saraiva, 1982.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 4 ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2008.

_____. **A Tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional**, in: Temas de direito civil, 3 ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2004.

_____. **Problemas de direito civil constitucional. Novo curso de direito civil, parte geral**. Rio de Janeiro: Renovar. 2008.

TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério Cruz e. **Constituição de 1988 e processo: regramentos e garantias constitucionais do processo**. São Paulo: Saraiva, 1989.

WAMBIER, Luiz Rodrigues e ALVIM, Tereza Arruda. **Breves comentários a 2ª fase de reforma do Código de Processo Civil**. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Central de Publicações Jurídicas, 1999.

Artigos, Monografias e Dissertações:

ALVES, José Carlos Moreira. **A parte geral do projeto do Código Civil**. disponível em: <<http://www.cjf.gov.br/revista/numero9/artigo1.htm>> , acesso em: 15/07/2011.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)**. Revista Opinião Jurídica. Ano III, nº 6 (2005.2). Fortaleza: Faculdade Christus, 2005.

_____. **Liberdade de expressão, direito à informação e banimento da publicidade de cigarro**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, abril/junho 2000, n. 224:31.

COSTA, Judith Martins. **Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza da sua reparação.** Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 789, p. 21-47, jul./2001.

FRANÇA, Limongi. **Direitos da Personalidade – coordenadas fundamentais.** Revista dos Tribunais: São Paulo, a.72, v. 567, jan 1983, p. 9.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ética, abuso do processo e resistência às ordens judiciais.** Revista de Processo, vol 102, Mar-Jun. São Paulo: RT, 2001.

NOBRE, Edilson Pereira. **O direito brasileiro e o princípio da dignidade da pessoa humana.** Revista de Informação Legislativa, n. 145. Jan/Mar. 2000.

PINTO, Eduardo Vera-Cruz. **Considerações Genéricas sobre os direitos da personalidade.** R. CEJ, Brasília, n. 25, p. 70-73, abr./jun. 2004. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/revista/numero25/artigo09.pdf>>, acesso: 30/10/2011.

REALE, Miguel. **Visão geral do projeto do Código Civil: tramitação do projeto.** Disponível em: <WWW.miguelreale.com.br>, acesso: 20/12/2011

REZENDE, Márcio Leite de. **O dano moral e a pessoa jurídica** (2002). Disponível em <<http://www.apese.org.br/abrir.asp?id=32>>. Acesso em: 20/04/2003.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **O princípio da dignidade humana e a exclusão social. Rio de Janeiro.** Anais da XVII Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil. 2009.

Jurisprudência:

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 71.373-4** – RS. DJ: 22/11/1996. Rel.: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <WWW.stf.gov.br>. Acesso em: 13/08/2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação nº 2.040-1** – DF. DJ: 27/06/2003. Rel.: Neri da Silveira. Disponível em: <WWW.stf.gov.br>. Acesso em: 13/08/2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.451** – DF. 02/09/2010. Rel.: Ayres Brito. Disponível em: <WWW.stf.gov.br>. Acesso em: 02/10/2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 35.301** – RJ. DJe: 13/09/2004. Rel.: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <WWW.stj.gov.br>. Acesso em: 10/11/2011. p. 4.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 160.646** – SP. DJ: 19/09/2011. Rel. Ministro Jorge Mussi. Disponível em: <WWW.stj.gov.br>. Acesso em: 30/10/2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 142.205** – RJ. DJ: 13/12/2010.

Rel. Ministro Jorge Mussi. Disponível em: < WWW.stf.gov.br>. Acesso em: 30/10/2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinário. nº 28.336** – SP. DJ: 06/04/2009. Rel. Ministro João Otávio de Noronha. Disponível em: < WWW.stj.gov.br>. Acesso em: 30/10/2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.128.646** – PR. DJe: 24/05/2004. Rel.: Ministro Francisco Falcão em: < WWW.stj.gov.br>. Acesso em: 10/11/2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 737.993** – MG. DJe: 14/09/2011. Rel.: Ministro João Otávio de Noronha. Disponível em: < WWW.stj.gov.br>. Acesso em: 10/11/2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.245.812** – RS. DJe: 01/09/2011. Rel.: Ministro Herman Benjamin. Disponível em: < WWW.stj.gov.br>. Acesso em: 10/11/2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 713.22** - RS - DJe: 03/08/2010. Rel.: Ministro Luiz Felipe Salomão. Disponível em: < WWW.stj.gov.br>. Acesso em: 10/11/2011.