

O objetivo que se buscou alcançar através do presente trabalho é o esclarecimento do que seria o direito à identidade pessoal a partir do enfrentamento de questões que se entendeu relevantes a ele relacionadas. A partir disso, almejava-se defender a aplicação desse interesse existencial de criação jurisprudencial italiana no ordenamento jurídico brasileiro. Para buscar a concretização dessa meta foi necessário traçar um plano de estudo que o viabilizasse, e para que isso fosse possível era necessário estabelecer quais seriam as premissas, e então segui-las.

A primeira e mais relevante premissa – uma vez que se apresenta como ponto de partida sem o qual não seria possível perpetrar qualquer raciocínio tendente a esse sentido – foi abordada no capítulo inicial, em que se pretendeu partir da visão do direito-civil constitucional. A partir dessa perspectiva, que entende superada a dicotomia existente entre o direito público e o privado, possibilitando incidência das normas constitucionais de forma direta nas relações jurídicas entre particulares, se buscou demonstrar que tem papel central o princípio da dignidade da pessoa humana, valor fundante da República conforme disposto em seu art. 1º, III e vértice do ordenamento jurídico.

A partir do estabelecimento dessa perspectiva, era necessário então partir ao estudo da categoria da qual faz parte o direito à identidade pessoal. Chega-se assim, aos direitos da personalidade, que são objeto de discussão no segundo capítulo. Nele se pretendeu fazer um breve histórico e explicitar as principais teorias que divergem quanto à sua origem, classificação e natureza.

A partir do delineamento dessas divergências, foi defendido que, em verdade, não há que se discutir quanto à tipicidade ou atipicidade dos direitos da personalidade, ou mesmo se integram ou não a categoria dos direitos subjetivos. Considerando que o princípio constitucional da dignidade se apresenta como uma cláusula geral de tutela da pessoa humana, e constatando-se a sua vulnerabilidade, conclui-se que a personalidade humana não depende de uma forma específica para se realizar.

Enfatizou-se, assim, que, buscando a efetividade daquele dispositivo constitucional, é possível fazê-lo por meio de “uma complexidade de situações jurídicas subjetivas, que podem se apresentar (...) sob as mais diversas configurações: como poder jurídico, como direito potestativo, como interesse legítimo, pretensão, autoridade parental, faculdade ônus, estado – enfim, qualquer circunstância juridicamente relevante”.¹

Dessa forma, com fundamento a cláusula geral de tutela da personalidade, é necessário buscar a proteção da pessoa humana onde quer que ela se encontre, independentemente da maneira que se manifestar e reclamar tutela. Assim, concluiu-se que as discussões travadas entre as teorias pluralistas e monistas estariam superadas, uma vez que não há que se preocupar com números de direitos; o que se visa proteger, portanto, é a pessoa humana em sua complexidade e, a partir disso, fundamenta-se a criação de todo e qualquer direito que tenha por objetivo atender aos seus interesses existenciais e protegê-la de modo eficaz.

Estabelecidas as premissas fundamentais, o tema do direito à identidade pessoal foi abordado de forma específica no terceiro capítulo. Nele, se buscou elaborar um panorama do surgimento dessa nova situação jurídica subjetiva pela atividade da jurisprudência italiana para, em seguida, adentrar no debate doutrinário que se travou para sua delimitação, a estipulação do seu objeto e dos seus limites. Nesse ponto questões importantes foram discutidas quanto à sua autonomia e quanto à categoria de direito na qual se insere.

Partindo da sua evolução, desde os primeiros esboços, até sua concepção atual no direito italiano, defendeu-se que é direito autônomo, isto é, não depende, para se perpetrar, de qualquer vinculação a outro direito da personalidade. Sua violação e, portanto, sua tutela, pode se dar a despeito das demais situações

¹ Maria Celina BODIN DE MORAES, *Danos à Pessoa Humana*, cit., pp. 117-118.

existenciais que interessam à pessoa humana. Para tanto, foram citados exemplos de casos paradigmáticos que elucidam e confirmam esse posicionamento.

Foram dispostas, ainda – e apenas a título ilustrativo –, algumas experiências de outros países que têm em seu ordenamento jurídico a previsão da tutela do direito à identidade pessoal.

A partir da elucidação de conceitos básicos para o entendimento do que seria o direito à identidade pessoal, sua evolução e sua autonomia, se objetivou fazer, no quarto capítulo, uma maior sistematização do conceito de identidade pessoal adotado no desenvolvimento desse trabalho, abordando, nele, os aspectos estático e dinâmico que compõem a identidade pessoal.

Viu-se que integram o aspecto estático os caracteres em regra imutáveis da pessoa, como o nome, a identidade física e a imagem. Nesse ponto, é importante frisar que pontos específicos de cada um desses direitos integram a identidade estática, mas essa, no entanto, com eles não se confunde. É a junção de aspectos desses três elementos que produzem algo diverso: a identidade estática, e por isso, ao longo do capítulo, se buscou traçar os pontos em que convergem e aqueles em que divergem.

O aspecto dinâmico constitui-se como o respeito ao estilo individual e social manifestado pela pessoa em sua *vita di relazione*, compreendendo o seu complexo de experiências, crenças e manifestações. Representa o direito do indivíduo de ser si mesmo, em sua complexidade, e ser retratado como tal.

O problema da determinação do que se é foi também esmiuçado. Embora se reconheça a dificuldade de determiná-lo – uma vez que as pessoas modificam sua forma de ser, de pensar com o decorrer do tempo –, o que se abrange é justamente o que se é no momento *presente*, ou seja, no momento em que se retrata a pessoa. A partir dessa definição, pode-se então perceber que esse conceito tem estreita relação com o direito ao esquecimento.

Feitas, assim, as delimitações e os enfrentamentos teóricos pertinentes, buscou-se, no quinto capítulo, apontar a presença do direito à identidade pessoal no ordenamento jurídico brasileiro e, portanto, a oportunidade e necessidade de sua tutela. Além disso, se pretendeu determinar o conteúdo desse direito à identidade pessoal brasileiro, qual a sua justificação, e o debate existente sobre o tema no país.

Nessa trilha, defendeu-se que ele está intimamente ligado a um aspecto do direito ao nome, em relação estreita com seu valor simbólico. Para elucidá-lo, foi trabalhada a perspectiva da psicanálise, que trata com propriedade das questões implicadas no ato de nomear: as relações parentais, a produção de diferenciação e o estabelecimento da Referência fundadora – porque o sujeito de constitui através do reconhecimento do lugar do outro – a sua função humanizadora do sujeito e de introjeção da lei, a primeira, da vedação ao incesto.

Partindo desse conceito simbólico do nome como a primeira estrutura da identidade e, em alguma medida, o seu reflexo, partiu-se à análise de decisões jurisprudenciais dos tribunais do país para identificar a presença desse valor naqueles julgados. Fez-se, então, um estudo dos pleitos de mudança de nome: os considerados vexatórios; os dos transexuais; o caso da supressão de sobrenomes de família em razão do abandono, ainda que afetivo, de um dos genitores; ou mesmo do pedido de inserção de nomes de família de pessoas que exercem a função do genitor, ainda que biologicamente não sejam.

Revelou-se, assim, que os pedidos das partes e das decisões dos magistrados têm por fundamento o não só a efetivação da dignidade da pessoa humana, mas também o reconhecimento da identidade pessoal do indivíduo. Há, assim, uma preocupação que se mostrou latente quanto ao intuito de se atender ao pedido de que o nome reflita o que a pessoa é, a sua identidade pessoal.

Outro aspecto importante abordado no capítulo quinto foi a sustentação do fundamento normativo do direito à identidade pessoal. Defendeu-se que o reconhecimento e a aplicação dessa figura jurídica subjetiva se dão com fundamento no art. 1º, III da Constituição da República, com aplicação direta nas relações jurídicas privadas em razão da eficácia horizontal dos direitos fundamentais e das normas constitucionais.

A perspectiva em que tal dispositivo é percebido já foi esclarecida: é uma verdadeira cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana, que tem por objetivo protegê-la onde quer que se encontre e da maneira que se manifeste, constituindo-se como cláusula geral dos direitos da personalidade, dando a eles fundamento para que surjam e protejam a pessoa quando reclamar necessidade.

O direito à identidade pessoal encontra, dessa forma, nela o seu fundamento. Nessa medida, a aplicação direta dessa norma constitucional, a fim de se tutelar o direito à identidade pessoal nas situações jurídicas privadas é

sustentada através da análise da aplicação, pelo Supremo Tribunal Federal, do dispositivo constitucional que trata do direito à imagem.

Assim, são trazidos à baila diversos julgados em que fica evidenciada a aplicação direta da Constituição para tutelar direito individual, legitimando, assim, a defesa da defesa e aplicabilidade do direito à identidade pessoal no ordenamento jurídico brasileiro com fundamento única e exclusivamente na Constituição da República.

Reconhecidos, então, a existência e o fundamento constitucional do direito de ser si mesmo, se pretendeu, no sexto capítulo, fazer algumas considerações quanto a conflitos de interesses que podem surgir entre o direito à identidade pessoal e outras figuras jurídicas relevantes, também objeto de tutela constitucional. Para tanto, foram utilizados como parâmetros, em alguns momentos, critérios estabelecidos pela jurisprudência italiana, em razão de sua experiência, buscando-se adequá-los ao ordenamento brasileiro.

Nesse momento, foi sublinhada a diferença que se propõe entre a tutela da identidade pessoal quanto a fato presente e fato pretérito, e pessoa viva e pessoa falecida. Sublinhou-se que na tutela de fato atual, o critério balizador é a veracidade do que se é narrado ou informado. No que tange a fato pretérito, deve-se atentar primordialmente para a identidade pessoal presente daquela pessoa a quem esse ato de refere, para que seja representada como é no momento da representação, e não no momento do ato retratado. Isso pode fazer com que se prepondere a preservação da identidade pessoal.

No que diz respeito ao outro critério, quando se diz respeito à pessoa viva é imperioso atentar para o respeito à sua identidade pessoal, ao que ela é, podendo-se falar, concomitantemente de um direito ao esquecimento de atos pretéritos que não condizem mais com sua personalidade, a sua identidade naquele momento. No entanto, a partir da superveniência da sua morte, pode-se então fazer um retrospecto de todos os seus atos, com todas as suas contradições, em nome da restauração de uma “verdade histórica”.

O mais expressivo caso colhido da jurisprudência brasileira para ilustrar o presente trabalho parece ser o que comporta o conflito entre liberdade de informação e direito à identidade pessoal presente no caso Doca Street. Nele, muitos dos aspectos aqui trabalhados aparecem dispostos e discutidos, motivo

pelo qual parece imprescindível trazê-lo para ilustrar o que de todo o trabalho se concluiu.

O acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro vem decidir o litígio quanto à exibição, no programa *Linha Direta*, daquele que ficou conhecido como o “Caso Doca Street”: em 1976, Doca matou sua namorada, a *socialite* Ângela Diniz, no balneário de Búzios, após romperem o romance. O caso foi levado a célebre júri popular em 1979, tendo os jurados acolhido a tese do excesso da legítima defesa da honra, e condenando-o à pena de dois anos de reclusão, convertida em *sursis*. Levado a novo julgamento, em 1981, foi então condenado a 15 anos de reclusão, que cumpriu em regime fechado. A emissora de televisão pretendia, recentemente, recontar o caso em seu programa policial, o que foi judicialmente contraposto pelo autor do crime.

Em primeiro lugar, há, no caso, o reconhecimento do embate de dois valores constitucionais e da aplicabilidade dessas normas constitucionais em conflito diretamente naquela situação jurídica privada concreta, levada à apreciação do judiciário. Aquele ponto, e essa fundamental premissa para o desenvolvimento da tese, encontram-se explicitados na “Declaração de voto” do Des. Antonio Saldanha Palheiro, vogal, como se destacou:²

“(...)De início, havemos de confrontar os direitos fundamentais, elencados em diferentes incisos do mesmo capítulo constitucional, contido integralmente em seu artigo 5º, que aparentemente estariam em colidência, transferindo ao intérprete a função de aplicá-los com justiça.

De um lado, temos a livre manifestação do pensamento e liberdade de manifestação através da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença, e de outro, a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, com garantia de indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.”

Em tal circunstância, havemos de afirmar inicialmente a premissa de equivalência dos direitos fundamentais com os próprios princípios constitucionais, em face de sua incontestável relevância na estrutura da Carta Política.

Em ocorrendo a suposta contradição de direitos fundamentais, o caminho de solução aponta inexoravelmente para o chamado processo de ponderação de bens com sacrifício mínimo dos direitos questionados, já que devemos prestigiar, também como premissa, a chamada unidade da Constituição, pela qual q interpretação do texto constitucional deve ter em conta a existência de um texto uniforme e sistemático para a proteção equidistante de todos os direitos ali tutelados.”

Segue, fazendo a ponderação:

² Ap. Cível nº 2005.001.54774 – Rel. Des. Milton Fernandes de Souza, 5ª Câmara Cível. Julgado em: 28/03/2006.

“Por outro lado, *consignamos que a limitação do direito de informar, em prestígio à honra e imagem dos indivíduos, sofre uma mitigação quando se trata de pessoa ou fatos públicos, já que esta condição traz para a coletividade o legítimo interesse de conhecimento.*

Na hipótese concreta, entendemos que o caso externa *interesse social* pela própria repercussão que tomou na época do acontecido, ensejando acalorados debates nos planos jurídico, sociológico, psicológico, histórico e antropológico em diversos seguimentos da sociedade, posto que trazia à baila a velha controvérsia da tolerância da punição extrema contra a mulher contra a mulher contra qualquer ato de infidelidade, ao argumento da chamada “legítima defesa da honra”.

(...)

a conclusão inafastável é de que, se por qualquer razão externou interesse social e acadêmico, a sociedade passa a deter o direito de discutir e avaliar suas causas e conseqüências independente do tempo decorrido, já que inserido nos anais históricos daquela coletividade.

(...)

Esta circunstância faz emergir, na ponderação de interesses, o *direito ao conhecimento, que se traduz em verdadeiro patrimônio da democracia.*

Uma das principais trincheiras da luta da liberdade contra o autoritarismo é exatamente *a luta da informação contra o esquecimento.*”

Assim, conclui favoravelmente ao direito de informação:

“Inconcebível cogitar-se subtrair da sociedade brasileira a possibilidade de rediscutir e esmiuçar este nefasto capítulo de nossa vida política para preservação da intimidade e privacidade do ex-presidente, o qual, frise-se, não foi sequer condenado com o adimplemento integral da sanção, mas sim absolvido pela mais elevada corte do país, o que, com muito mais razão, a prevalecer o argumento da sentença, lhe acarretaria o direito de não sofrer o reavivamento de momentos tão tormentosos à sua família.

É indiscutível que a tese não prevalece, eis que o aprendizado que dali se extrai como marcar da atuação popular sobreleva o direito a intimidade e privacidade de quem quer que seja.

Infundáveis os exemplos outros que se poderia colecionar.

O cumprimento integral da sanção penal restaura evidentemente a plenitude dos direitos do apenado, mas não tem, desafortunadamente, o condão de apagar os fatos da memória popular, porque esta pertence apenas ao próprio povo, com todas as vicissitudes que tal circunstância possa acarretar ao respectivo protagonista.”

O revisor, Des. Antonio Cesar Siqueira, que ficou vencido, também iniciou com a ponderação dos dispositivos constitucionais aplicáveis, ressaltando a aplicabilidade direta das normas constitucionais, e trouxe, ainda, outros apontamentos, que merecem aqui ser revistos, iniciando-se com a ponderação de ordem pessoal que faz em relação ao autor:

“(...) Nos idos de 1976, o autor da ação cometeu um crime que teve grave repercussão social, gerando, na época, um vasto acompanhamento jornalístico, principalmente porque o apelado veio a ser absolvido no primeiro julgamento.

Posteriormente, levado a novo júri, veio a ser condenado a pesada pena privativa de liberdade que cumpriu integralmente, sendo extinta a sua punibilidade em 1997.

Durante esses quase 30 anos decorridos do fato, o autor, uma vez recobrada a liberdade, restabeleceu sua vida, tendo constituído família, sem que qualquer outro fato desabonador de sua conduta tenha sido registrado desde então.

Também é verdade que ao saber da produção do programa pela empresa ré, o autor demonstrou seu inconformismo, tanto que chegou obter liminar vedando a exibição do programa, que posteriormente, veio a ser reformada por decisão da maioria do colegiado.

Sendo esses os fatos, a pergunta crucial à solução da demanda parece ser a seguinte: É justo, e, portanto, legal, a exibição de um programa televisivo em horário nobre, relatando os acontecimentos de quase 30 anos atrás, em evidente prejuízo da imagem, da intimidade, da vida privada e da honra do autor?

A resposta como não podia deixar de ser, não é de fácil alcance, nem permite a formulação de um juízo que possa se firmar como referência para outros casos análogos, eis que coloca frente a frente a prevalência de direitos e garantias individuais protegidos pela Constituição da República Federativa do Brasil.”

Passa, então, ao deslinde da ponderação dos valores constitucionais contrapostos:

“Assim, entendo a orientação dos votos condutores no sentido de que a proteção da liberdade de informação, em uma sociedade democrática, deve ser incentivada, porém, no caso em exame parece-me que essa liberdade deve respeitar a preservação da intimidade e dignidade da pessoa humana.

De início, para embasar essas conclusões, convém lembrar que com o cumprimento da pena surge para o apenado após cinco anos o direito à reabilitação, conforme previsto nos artigos 93 do Código Penal e 202 da Lei de Execuções Penais, sendo que após a edição desta última regra, não mais necessário se torna aguardar este prazo.

Como efeito da reabilitação, está o sigilo dos registros criminais do reabilitado, não sendo eles mais objeto de folha de antecedente ou certidões dos cartórios, e, como ensina Mirabete, no Código Penal Interpretado, Editora Atlas, São Paulo, 1999, página 493, ‘em parte este sigilo é automático, a partir do cumprimento ou extinção da pena, salvo para instruir processo pela prática de nova infração penal ou outros casos expressos em lei’.”

Para reforçar seu pensamento, utiliza-se, então, de um conceito central quanto à tutela do direito à identidade pessoal aqui abordado:

“Carlos Alberto Direito em brilhante artigo publicado nas folhas 29/37 da Revista Forense, volume 363, faz importante divisão, que me parece pertinente para exame do caso concreto.

Diz o eminente Ministro do Superior Tribunal de Justiça que há que se fazer uma diferenciação entre divulgação de fato presente e de fato pretérito. A divulgação de fato atual com interesse jornalístico em face do inegável interesse público que revela, deve respeitar um só freio, qual seja, a veracidade da divulgação. Em contrapartida, a exposição de fato pretérito, pressupõe, além deste, outro balizamento que é o de não causar prejuízo a terceiros.

Fazendo a demonstração de que essa posição foi adotada em caso análogo pela Corte Constitucional Alemã, Direito ensina que o princípio geral de não causar

prejuízos a terceiros nessa hipótese deve ser privilegiado em relação à manutenção da liberdade de manifestação, em face do enfraquecimento do interesse público.

A correta lição do professor cai como uma luva no presente caso, em que quase 30 anos depois, o caso estava completamente esquecido, *não havendo fato novo que pudesse justificar toda a produção feita para levar ao ar o programa.*

Caso absolutamente diverso, podemos constatar com a recente soltura do árabe que tentou matar o Papa João Paulo II, que levou as redes de notícias, aproveitando o fato novo, a traçar um paralelo do que tinha acontecido há anos atrás.

Este processo, não tem uma linha que possa justificar a retomada do interesse jornalístico em sua divulgação. Ao contrário, exala um inegável odor de oportunidade comercial, de interesse exclusivo da empresa de televisão.

Entre a proteção da liberdade intelectual e aos demais direitos e garantias individuais, deve-se optar por estes, sempre que o interesse em obtenção de lucro passe a alinhar risco à esfera de proteção jurídica do cidadão.

(...)

A vida privada abrange não só a intimidade, mas também o direito ao segredo, pelo qual fatos de interesse pessoal não podem ser divulgados, mesmo sem interesse comercial, sem a autorização do personagem.

Por todos os ângulos que se pretenda analisar, conclui-se que a *ninguém, desrespeitando proteção de um direito elevado à categoria de garantia individual pela Constituição Federal, é dado o direito de causar injusto prejuízo a outrem.*”

Conclui, então, utilizando a distinção traçada, fazendo um verdadeiro delineamento do direito à identidade pessoal, relacionando-o, inclusive com o direito ao esquecimento.

“A vida privada abrange não só a intimidade, mas também o direito ao segredo, pelo qual fatos de interesse pessoal não podem ser divulgados, mesmo sem interesse comercial, sem a autorização do personagem.

Por todos os ângulos que se pretenda analisar, conclui-se que a *ninguém, desrespeitando proteção de um direito elevado à categoria de garantia individual pela Constituição Federal, é dado o direito de causar injusto prejuízo a outrem.*

Nos casos em que a divulgação de fato pretérito possa causar prejuízo a outrem, a sua publicidade dependerá de autorização do possível lesado, já que, como se disse linhas acima, nem mesmo a Administração Pública é dado revelar.

O princípio de não se causar prejuízos a terceiros ainda é mais forte do que o direito de se exercer uma atividade comercial por mais nobre que esta seja.”

O enfrentamento do direito ao esquecimento pelo Desembargador configura que se está diante da tutela do direito à identidade pessoal, pois é questionada a possibilidade de se suscitar fato pretérito sem motivo justo, que vem causar prejuízo a alguém, considerando que a sua identidade atual não corresponde mais àquela, daquele fato pretérito.

Além dessa, fazemos também a distinção, já mencionada, da informação atinente a pessoa falecida e pessoa viva. O direito à identidade pessoal,

configurado expresso como “o direito de ser si mesmo” sem que haja qualquer desvirtuamento de sua imagem, conduta, convicções e todos os demais aspectos que compõem da identidade do sujeito, constitui o novo direito da personalidade, assim entendido como aquele mais apto a tutelar a pessoa humana em seus inúmeros aspectos.

Entendemos que tal distinção é importante pois somente se pondera identidade presente de pessoa viva, como no caso do acórdão. Tratando-se de pessoa falecida, restaura-se o direito amplo à informação, tendo como restrição apenas o critério da veracidade, em favor da verdade histórica.

Tais diretrizes, no entanto, não são absolutas. Há que se verificar o real interesse, por exemplo, de se suscitar fato pretérito de pessoa viva. Caso se configure interesse público relevante, ele pode ser mitigado. A ponderação, no entanto, deve ser feita de acordo com o caso concreto, uma vez que o que se pretendeu, com isso, é apenas fixar critérios.

O direito à identidade pessoal, configurado expresso como “o direito de ser si mesmo” sem que haja qualquer desvirtuamento de sua imagem, conduta, convicções e todos os demais aspectos que compõem da identidade do sujeito, constitui o novo direito da personalidade, assim entendido como aquele mais apto a tutelar a pessoa humana em seus inúmeros aspectos.

Como direito a ser representado de acordo com sua verdadeira identidade, deve ser protegido e tutelado aplicando os critérios da diligência e da boa-fé. É, em outras palavras, um direito a ser reconhecido como se é, a não se ver retratado com alteração, distorção, modificação, a não ver contestado seu próprio patrimônio político, cultural, ideológico, religioso, profissional, ou o que fosse exteriorizado no ambiente social. É interesse jurídico subjetivo, integrante dos direitos da personalidade, não configurando, no entanto, exclusivamente as posições subjetivas típicas, expressamente previstas no código e nas leis especiais, mas também todos aqueles direitos ou interesses que conformam o patrimônio da pessoa humana.

Em caso de conflito entre direito à identidade pessoal e um outro, igualmente dotado de garantia constitucional, deverá ser feita, em sede jurisprudencial, uma cuidadosa ponderação, que deve levar em conta o princípio da verdade pessoal, além de outros critérios elaborados quanto à tutela da reputação. Consequentemente, a identidade pessoal pode ser juridicamente

tutelada frente a possíveis lesões provenientes do exercício da liberdade de expressão, limitadamente à luz da sua proteção externa; ou seja, aos fatos, às opiniões e às convicções que são concretamente expressas na realidade social, utilizando os critérios da ordinária diligência.³

Em apertada síntese, procurou-se, com este trabalho, demonstrar que o ordenamento jurídico civil-constitucional protege o direito à identidade pessoal, sendo, porém, necessário que a jurisprudência se dê conta disto.

³ Giorgio PINO, *Il diritto all'identità personale*, cit., pp. 123-125.