

Introdução

Até o momento muito já se discutiu sobre o objeto, limites, aplicabilidade e reconhecimento do direito à identidade pessoal. Cumpre, agora, iniciar o debate quanto ao cabimento do direito à identidade pessoal no ordenamento jurídico brasileiro.

Ao longo deste trabalho, muitas questões foram suscitadas e alguns posicionamentos foram tomados. É necessário, então, sistematizá-los para que se possa conformar um pensamento único a fim de se defender, após o estudo das estruturas desse interesse existencial e de seu funcionamento em diversos países, a aplicabilidade dessa figura jurídica no ordenamento pátrio, explicitando de que forma isso seria possível.

Como pressuposto, deve-se pensar no Direito Civil orientado por valores constitucionais.¹ Em virtude da força normativa dos princípios e da função irradiadora dos valores constitucionais, não se vê mais o direito privado como um conjunto de leis e conceitos estanques, relativos somente aos particulares, e o direito público como direcionado às pessoas de direito público. Relativizando essas fronteiras, com o fim do movimento codificador, o aumento da legislação extravagante e a convivência com leis que representam um pensamento pretérito, que não acompanham a velocidade dos acontecimentos e que não podem tutelar

¹ V. Capítulo 2, *supra*.

todas as situações futuras porque se pretendia esmiuçá-las, há que se buscar os valores constitucionais a fim de que orientem as relações privadas, fazendo com que essas leis infraconstitucionais respeitem os princípios determinados pelo constituinte originário.

A despatrimonialização do Direito Civil é também um grande marco, uma vez que se objetivou, com isso, conferir à pessoa humana função central buscando-se, dessa forma, sua promoção e proteção integral, ou seja, onde quer que se encontre, e abrangendo todas as suas manifestações. Sob esse prisma, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, consagrado no art. 1º, III da Constituição Federal como fundamento da República, exerce um papel central, caracterizando-se como uma verdadeira cláusula de promoção e tutela da pessoa humana, para que seja protegida em todas as suas manifestações, observando seus postulados de defesa da igualdade, liberdade, solidariedade e integridade psicofísica.

Os direitos da personalidade² são aqueles conferidos à pessoa humana pelo simples fato de existir e conformam uma expressão da tutela da pessoa em sede civil. O Código Civil de 2002, inovando ao dispor de um capítulo em que se trata dos direitos da personalidade, não proporciona, no entanto, uma tutela adequada do sujeito, uma vez que traz um rol restrito e apto a tutelar as necessidades da pessoa humana na época de sua redação, nos anos 70. Para que tal proteção seja ampla como preconiza a Constituição, deve-se entender essa disposição dos direitos da personalidade não como taxativa, mas exemplificativa, para que se possa proteger a pessoa em todas as suas manifestações, de acordo com as suas novas necessidades e novas formas de tutela, que mudam de acordo com o decorrer do tempo e das alterações sociais. Assim, utilizando-se da cláusula geral de tutela da pessoa humana, é possível atender às necessidades do ser humano em todas as situações, o protegendo juridicamente com figuras legais não expressamente previstas, mas suscetíveis de aplicação em decorrência da necessidade e do interesse protegido, amparado pela Carta Magna.

O que se tutela, com o direito à identidade pessoal, é o direito de a pessoa ser retratada como se é, sem qualquer atribuição de fatos não verdadeiros, atendendo à correta representação da realidade. A dificuldade reside na precisão

² Sobre os direitos da personalidade, v. Capítulo 3, *supra*.

do que seria a identidade de cada sujeito, para então se aferir se ela foi ou não violada. Diante disso, várias questões de ordem subjetivas são suscitadas, uma vez que tal bem não é objetivamente aferível, em virtude de não se poder falar em uma identidade perene e imutável. As questões da identidade em si só podem ser dirimidas, no entanto, no exame do caso concreto. A experiência de outros países tem mostrado que durante a dilação probatória processual é possível se demonstrar pelos meios legais existentes quando se feriu a “verdade pessoal” e se obter a condenação dos responsáveis ao pagamento de indenização, além da cessação do ato lesivo e da efetivação do direito de retificação para restabelecer a identidade pessoal.³

Em virtude da existência de uma cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana é que se pode, no ordenamento jurídico pátrio, aplicar o direito à identidade pessoal e promover a pessoa humana em sua manifestação dinâmica,⁴ expressão maior da sua identidade. Considerando-se assim o rol não taxativo dos direitos da personalidade, a sua cláusula geral dos direitos da personalidade na Constituição da República de 1988, o direito à identidade pessoal decorreria, em sua aplicação, dessa norma.

6.1

O reconhecimento de um direito à identidade pessoal a partir da Constituição de 1988

Para se elucidar a tese defendida – da possibilidade do reconhecimento e tutela do direito à identidade pessoal no ordenamento jurídico brasileiro a partir da cláusula geral de tutela e promoção da Dignidade da Pessoa Humana – passa-se à análise da tutela da imagem no direito pátrio.

O Superior Tribunal de Justiça reiteradamente não conhece de Recursos Especiais pois entende que não tem como apreciar questões relativas a indenização por violação de direito de imagem porque essa seria matéria de assento constitucional, e portanto, alheia à sua competência, que é de guarda da legislação federal. Conclui o STJ, assim, que deve ser instado o Supremo Tribunal

³ Cf. os casos abordados: pp. 135 et. seq.

⁴ As vertentes estática e dinâmica da identidade pessoal foram objeto do Capítulo 5, *supra*.

Federal, a quem compete o exame de matérias que tenham fundamento constitucional.

Nesse sentido, veja-se, ilustrativamente, o voto do Relator, Min. Antônio de Pádua Ribeiro, da Terceira Turma do STJ, ao concluir, diante dos fatos narrados no processo, que não se tratava de hipótese abarcada pela lei de imprensa, por não haver ali objetivo de informar, mas de dano à imagem, tutelado pela Constituição Federal.

“Consoante se verifica dos autos, a ação foi proposta pela ora recorrida com fundamento no inciso X do art. 5o. da Constituição Federal, com o objetivo de ser ressarcida dos danos morais experimentados em decorrência da publicação, não autorizada, de fotografia sua tirada em baile carnavalesco, na qual aparece beijando seu namorado, o que, segundo alegou, a submeteu a *"uma situação extremamente constrangedora e vexatória"* (fl. 07).

(...) O caso em exame não se amolda às premissas positivadas no apontado dispositivo federal, uma vez que pretende a ora recorrida a indenização por danos morais decorrentes do uso não autorizado de sua imagem (art. 5º, X, da Constituição Federal).

A imagem constitui objeto de direito da personalidade protegida pela Carta Magna. Assim, quem reproduzir imagem, sem autorização do titular, no intento de explorá-la a benefício de seu negócio, pratica lesão ao direito da personalidade e deve indenizar os danos causados quando a divulgação ocorra de forma abusiva e exponha a vítima de forma vexatória.

A respeito asseverou o Exmo. Sr. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, quando do julgamento do Recurso Especial n. 52.842/RJ, DJ de 27/10/1997:

"Na verdade, com essa disciplina clara, a Constituição de 1988 criou um sistema geral de indenização por dano moral decorrente da violação dos agasalhados direitos subjetivos privados. E, nessa medida, submeteu a indenização por dano moral ao direito civil comum e não a qualquer lei especial. Isso quer dizer, concretamente, que não se postula mais a reparação pela violação aos direitos da personalidade, enquanto direitos subjetivos privados, no cenário da lei especial, que regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informação. Não teria sentido pretender que a regra constitucional nascesse limitada pela lei especial anterior ou, pior ainda, que a regra constitucional autorizasse tratamento discriminatório."

No mesmo sentido registrem-se, ainda, os seguintes precedentes: REsp n. 315.908/SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, DJ de 04/02/2002; REsp n. 179.815/RJ, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ de 13/12/1999 e AGA n. 334.134, Rel. Min. Ari Pargendler, DJ de 18/03/2002, este último assim ementado:

"CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS.

A publicação, em jornal, de fotografia, sem a autorização exigida pelas circunstâncias, constitui ofensa ao direito de imagem, não se confundindo com o direito de informação."

Note-se, outrossim, que apesar da recorrente enfatizar em suas razões que a reportagem veiculada tinha como objetivo divulgar os bailes de carnaval, no âmbito de seu direito/dever de informar, e que não houve violação à intimidade, pois os jovens estavam se beijando em local público, o que ao meu ver afastaria, *in casu*, o dever de indenizar, tais alegações não foram objeto da irresignação apresentada.

Portanto, tendo em vista que o e. Tribunal *a quo* concluiu que a publicação da fotografia da recorrida foi ofensiva à sua honra, fato esse não impugnado no recurso que ora se analisa, e que esta c. Corte já firmou entendimento no sentido de que a ação de indenização pelo uso indevido da imagem não é regida pela Lei n. 5.250/67, uma vez que a ofensa ao direito de imagem não se confunde com o delito de imprensa, não se verifica a alegada violação a dispositivo federal. Forte em tais razões, acompanho o em. Min. Relator e NÃO CONHEÇO do Recurso Especial.”

E, ainda, fragmento do voto do Ministro Ari Pargendler:

“Salvo melhor juízo, essa é a solução adequada à espécie, seja qual for o viés que se adote para examiná-la. Se – como querem as razões do recurso especial – ‘a interpretação conferida pelo Tribunal a quo ao art. 5º, inciso X, da Constituição Federal tornou letra morta o artigo 49, I, da Lei de Imprensa’ (fl. 223), o tema tem natureza constitucional e só pode ser enfrentado pelo Supremo Tribunal Federal. Se sobra algum resíduo infraconstitucional, a respectiva questão deve ser resolvida tal qual preconizado pelos votos do Ministro Pádua Ribeiro e da Ministra Nancy Andrichi, como seja, o de que a Lei de Imprensa é inaplicável ao caso, em que houve lesão ao direito de imagem.”⁵

O Supremo Tribunal Federal, ao revés, e enquanto guardião da Lei Maior, decidindo quanto a questões de direito à imagem, fundado sobretudo no art. 5º, X da Constituição Federal – que estabelece como direito fundamental o direito à imagem – aplica a norma constitucional diretamente nas relações jurídicas privadas, como se verá mais detalhadamente no momento em que esse tema for especificamente abordado, mas adiante.⁶

Tal posicionamento é de central relevância no desenvolvimento da tese da possibilidade da tutela do direito à identidade pessoal, pois ilustra um posicionamento do STF – e também em alguns tribunais, em casos específicos –⁷ em reconhecer e aplicar um direito da personalidade pelo seu fundamento constitucional, e não pelo seu tratamento ou tipificação na lei civil. Isso denota uma verdadeira aplicação da teoria do direito civil-constitucional, pois importa na proteção da pessoa humana a partir de um direito fundamental de assento constitucional e que tem na Constituição, portanto, seu único fundamento.

Dessa forma, é possível o reconhecimento e a tutela de um direito à identidade pessoal no ordenamento jurídico brasileiro como nova situação jurídica subjetiva e autônoma, uma vez que, dotado de interesse existencial, atinente à pessoa humana e suas manifestações – no caso, sua identidade – encontra

⁵ STJ, 3ª T., REsp nº 207.165 / SP, julg. em 26.10.2004, publ. no D.J. de 17.12.2004.

⁶ Cf. item 6.3, esp. p.143 et. seq.

⁷ V. o caso Doca Street, julgado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, tratado no Capítulo 7, *infra*.

fundamento no art. 1º, III, da Constituição da República de 1988, e é forma específica de proteção da pessoa, que abrange aspectos específicos, não tuteláveis por outra figura jurídica subjetiva.

6.2

O direito à identidade pessoal brasileiro

O conteúdo do direito à identidade pessoal que se defende para o ordenamento jurídico brasileiro é, em grande parte, aquele que foi até o momento exposto: com duas vertentes: estática e dinâmica, comportando, a primeira, o nome, a identidade física e a imagem; e a segunda, o direito de ser si mesmo entendido como o direito a ser retratado como se é.

Com tal conteúdo, o direito de ser si mesmo abarca, então, aspectos do direito ao nome não meramente estático, registral, mas em sua acepção simbólica; da imagem dinâmica, isto é, não apenas dos aspectos fisionômicos; e da honra em sua vertente objetiva, isto é, apenas quanto à reputação. Apropria-se, assim, tais direitos dinamicamente considerados, incluindo-se, ainda, o direito ao esquecimento. Configura-se como direito autônomo porque a utilização desses aspectos dos direitos mencionados constitui direito diverso daqueles singularmente considerados; conforma uma terceira figura: justamente o direito à identidade pessoal.

6.2.1

O Conteúdo do direito ao nome no direito à identidade pessoal: o valor simbólico, à luz da psicanálise.

O nome, além de significar um sinal verbal distintivo do sujeito, previsto expressamente no Código Civil de 2002 em seu art. 16, comporta um caráter simbólico da sua identidade, produzindo a diferenciação e situando o sujeito dentro do seu núcleo familiar e da sociedade. O nome não é apenas um sinal verbal que produz diferenciação; filosófica e psicanaliticamente, transcende esse entendimento, significando muito mais que isso: é o primeiro aspecto da identidade.

Para melhor elucidação desse conceito simbólico e da sua importância para a formação da pessoa e sua identidade, se faz necessária uma análise do pensamento psicanalítico, que trata dessa questão com propriedade.

A questão do sujeito, sua formação, seu reconhecimento e a constituição da sua identidade são discutidos em vários âmbitos e possui grande relevância a qualquer estudo que o tenha – e às relações sociais – como contrapartida. Desse modo, partir-se-á ao estudo da construção do sujeito sob o enfoque daquele que foi o fundador da psicanálise, que mudou por completo a forma de se compreender e enxergar o indivíduo e, por isso, foi um divisor de águas: Sigmund FREUD.

Os pontos abordados quanto ao indivíduo remontam à filiação, que é o pilar da construção do sujeito e, ainda, ao papel e à importância que lhe confere o Direito. A filiação, portanto, parte do sujeito humano.

Sujeito: “termo corrente em psicologia, filosofia e lógica. É empregado para designar ora um indivíduo, como alguém que é simultaneamente observador dos outros e observado por eles, ora uma instância com a qual é relacionado um predicado ou um atributo. (...) Em psicanálise, Sigmund FREUD empregou o termo, mas somente Jacques LACAN, entre 1950 e 1965, conceituou a noção lógica e filosófica do sujeito no âmbito de sua teoria do significante, transformando o sujeito da consciência num sujeito do inconsciente, da ciência e do desejo.”⁸ (destacou-se)

A constituição de toda subjetividade depende da relação ao semelhante e da referência à alteridade do Outro como lugar de falta.⁹ O Direito inscreve o ser humano na ordem da filiação, segundo modalidades particulares e práticas de cada cultura.¹⁰

Antes de sermos filhos de nossos pais somos filhos da “referência”; isto é, cada criança é falada por antecedência, bem antes de seu nascimento, não somente no desejo e no discurso de seus pais e ascendentes, mas também pelas leis que determinam sua filiação e de sua nomeação. O nome constitui um sujeito no conjunto social ordenado segundo regras, “arranjos arbitrários muito trabalhados” ao longo dos séculos. “A criança não é produto da carne de seus progenitores,

⁸ Elisabeth ROUDINESCO e Michel PLON, *Dicionário de Psicanálise*, Rio de Janeiro, Jorge Zahar, 1997, p. 742.

⁹ Teresa Palazzo NAZAR, “Uma Experiência Inesquecível”. In: *Dizer*, nº 12, Rio de Janeiro, Escola Lacaniana de Psicanálise, 2000, p.88.

¹⁰ Cf. Patrick GUYOMARD, “A Ordem da Filiação”. In: Sonia Altoé (org.), *Sujeito do Direito, Sujeito do Desejo*. Rio de Janeiro, Reinventar, 1999, p. 65 et. seq.

nem mesmo de seu desejo de filhos, ou de avanços tecnológicos desenvolvidos nos procedimentos médicos de reprodução. O sujeito é instituído como criança, filho de alguém, pelo Direito”. O ser humano é submetido à ordem genealógica, à influência de sua família, da história desta, de seus ascendentes.¹¹

Todos esses aspectos permitem à criança se inscrever como ser vivo, o que significa ter a capacidade de reproduzir a vida instituída, ou seja, falada, codificada, simbolicamente organizada. Para se constituir como um ser desejante, que, para a psicanálise, é característica de quem é vivo, a criança tem antes de se referir a um nome e, portanto, a uma ordem genealógica, familiar, onde o objeto que racionalmente em questão é construído pelo ordenamento jurídico.¹²

Embora a Constituição da República, em seu art. 5º, I,¹³ tenha igualado homens e mulheres perante a lei, dentro da nossa sociedade, herdeira do Direito Romano, a relação de parentesco é traçada por linha essencialmente masculina, patrilinear. A questão simbólica perpassa o enfoque da reflexão sobre o que é um Pai para um filho a ser *humanizado* como sujeito inserido no ordenamento jurídico – isto é, alguém que recebe um nome registrado, um sobrenome que indica sua ascendência e pertencimento a determinada família e conforme a Lei de Registros Públicos – e, concomitantemente, como pessoa humana (pois é apenas a pessoa humana que registra o nome) e, portanto, ser desejante, na visão da psicanálise.¹⁴ O pai é, antes de tudo, o representante de uma função, cujo objetivo é representar as leis e o interdito maior que os fundamenta: a proibição do incesto, no ato primeiro da transmissão do seu nome (o patronímico, ou seja, o sobrenome derivado do nome do pai).¹⁵

O que sustentam a teoria jurídica e a teoria analítica é verificado cotidianamente: não é a ausência física de um pai que gera o desamparo, uma neurose, ou a loucura, uma psicose. Nem, ao contrário, é sua simples presença, ainda que afetuosa e atenta ao filho, que geraria para a criança a capacidade de desenvolver os requisitos freudianos da boa saúde psíquica: viver, amar, trabalhar. É o fracasso da função paterna, do ofício do pai, que impede o sujeito de se

¹¹ Régine Mougín-LEMERLE, “Sujeito do Direito”, *op. cit.*, p. 4

¹² Régine Mougín-LEMERLE, “Sujeito do Direito”, *op. cit.*, p. 4

¹³ “Art. 5º, I. Homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.”

¹⁴ Régine Mougín-LEMERLE, “Sujeito do Direito”, *op. cit.*, p. 4

¹⁵ Philippe JULIEN, *As Psicoses: Um estudo sobre a paranóia comum*. Rio de Janeiro, Companhia de Freud, 1999, p.26.

constituir como tal. Quando falha a junção do biológico, do social e do inconsciente, ocorre a “quebra” do sujeito.¹⁶

Isto ocorre porque o ser humano não se *auto-funda*, não se autoriza por si mesmo a se humanizar, ou seja, a falar e desejar em seu próprio nome. Pois seu nome advém de um outro – o pai – que o recebeu de um outro, e assim sucessivamente. Sustentar o desejo de viver necessita do apoio simbólico daquele pelo qual fomos chamados a viver na qualidade de “filho de...”¹⁷.

Do mesmo modo que não se escolhem os pais, não se escolhe o próprio nome. De imediato, estamos no mundo alienados pela sociedade – e suas leis de linhagem – e pelo desejo de nossos pais, expresso minimamente pela escolha do prenome, inscrito no patronímico. Essa dupla alienação é a condição da possibilidade de nossa inscrição social e de nossa fundação subjetiva.¹⁸

A humanidade é multicultural e hiper-inventiva: os grupos humanos não são organizados segundo regras de parentesco universais; mas são universais as linhagens (conjuntos de pais e mães entre os quais podemos traçar laços genealógicos matrilineares ou patrilineares) e a lei da interdição do incesto. Não por acaso, “nenhuma sociedade deixa à fantasia, ao livre arbítrio dos pais ou do filho, a escolha de sua linhagem, a autorização de subverter as regras da filiação, a escolha do nome. O nome é uma categoria histórica e normativa. Suas características de indisponibilidade e imutabilidade dão à pessoa humana, especialmente à criança, um espaço, uma moradia institucional, simbolizando um limite, e, portanto, uma referência”.¹⁹

Isso mostra o quanto a filiação não é tão evidente assim; não basta gerar. Nomear alguém não significa dizer de quem ele é filho, mas significa, antes, declarar que ele traz, de uma maneira social, juridicamente autorizada, o nome de seus pais. O nome confere à criança um lugar dentro de uma linhagem, o direito oferece a ela o espaço dentro do qual ele terá de construir sua estrutura psíquica e sem o qual ele não seria mais do que uma boneca de carne ou de pano. Assim, as funções do nome e das regras genealógicas são, também para a psicanálise: (i) produzir diferenciações e (ii) permitir a transmissão da vida.²⁰

¹⁶ Philippe JULIEN, *As Psicoses*, cit., pp. 35 e 36.

¹⁷ Régine Mougín-LEMERLE, “Sujeito do Direito”, cit., pp. 3 e 4.

¹⁸ Patrick GUYOMARD, “A Ordem”, cit., p. 66.

¹⁹ Régine Mougín-LEMERLE, “Sujeito do Direito”, cit., p. 6.

²⁰ Régine Mougín-LEMERLE, “Sujeito do Direito”, cit., p. 4.

(i) Quanto a produzir diferenciação deve-se observar que o nome de família não é redutível ao sobrenome do pai concreto, quer se trate do pai biológico da criança ou do pai que reconheceu e, portanto, lhe deu seu sobrenome. A árvore genealógica configura o que em psicanálise se chama de “Referência”, sendo esta que ordena, nos textos jurídicos constantemente comentados e remanejados, a instituição da vida. Ela dá sentido ao que, sem esse contexto, seria apenas produção da natureza. Nós somos, portanto, e antes de tudo, filhos da Referência. A lei nos diz filho ou filha daqueles que ela designa como nossos pais, em consideração à Referência (enunciada pelos textos fundadores: a Torah, a Bíblia, o Alcorão, as leis da cultura). Isso quer dizer que somos filhos da lei simbólica. Assim, ela contextualiza, referencia, dá história a algo que seria apenas um fenômeno natural.²¹

O sobrenome é assunto especificamente humano da palavra, e, portanto, também do Inconsciente, que é um sistema de representações estruturado como uma linguagem. É por isso que se nós “improvisarmos” muito apressadamente nosso sistema jurídico, que trata da representação do ser humano na sua linhagem, nos arriscaremos a desencadear crises de identidade, considerando-as como crises de humanização, que põem novamente em questão o princípio de humanidade, suscitando a ferocidade, a violência, a confusão. Nomear é humanizar e produzir a possibilidade, para um sujeito humano, de transmitir vida que possa ser vivida (*vivível*).²²

(ii) Além de produzir diferenciação, nomear é, para a psicanálise, um ato de transmissão de vida. O sobrenome torna presente a linhagem, para além dos ancestrais. O “outro”, Referência absoluta fundadora, é uma pura montagem institucional, uma ficção que se enuncia dentro da arbitrariedade das regras. É o ponto de apoio constitutivo do sujeito, que só se constitui como tal a partir do outro, vendo-se diferente, à parte do outro. As leis da filiação designam limites e conseqüentemente lugares, pois colocam em prática regras lógicas de continuidade (familiar) e diferenciação (um sujeito diferente do outro). Isto indica bem inclinação natural para ignorá-las ou transgredi-las.²³

²¹ Régine Mougín-LEMERLE, “Sujeito do Direito”, cit., p. 4.

²² Régine Mougín-LEMERLE, “Sujeito do Direito”, cit., p. 4.

²³ Régine Mougín-LEMERLE, “Sujeito do Direito”, cit., p. 5.

O sobrenome inscreve a pessoa dentro de uma ordem e a situa em relação à sua linhagem. Ele enuncia então um laço, mas produz também interdições de laços – os laços incestuosos.

Diante da criação de laços e também da sua interdição, considera-se, no âmbito psicanalítico, que não se pode ser sujeito desejante sem se submeter a essa inscrição ao mesmo tempo prescritiva e proibitiva. Dentro do sistema ocidental, o sobrenome, central ao mesmo tempo para a formação da identidade social e da identidade subjetiva, remete ao princípio de paternidade. Um pai, tanto para um jurista quanto para um psicanalista, não poderia ser confundido com um simples progenitor. Ser pai é, antes de tudo, um ofício, um intermediário entre a criança e sua linhagem, notificando as relações à ancestralidade e à separação da mãe.²⁴

Se uma criança representa para o pai a eternidade – a continuação de sua linhagem – o pai é um filho que, assumindo o ofício de pai que lhe é conferido, endereça uma demanda a seus próprios pais. O sobrenome que ele transmite exprime a continuidade da espécie, simbolizado pela morte sucessiva dos ancestrais. O ser humano, tanto para um jurista quanto para um psicanalista, é sempre falado de antemão.²⁵

O Pai, construção eminentemente simbólica, é um ofício frágil. É também difícil e incerta, para a construção subjetiva do indivíduo, ser capaz de ser desejante em seu próprio nome. A filiação é uma “mão institucional que o socorre”. Os mecanismos de alta precisão, que são as montagens jurídicas da ordem genealógica do Ocidente, não poderiam ser modificados em nome do interesse de alguns indivíduos, da ciência, ou de estados demissionários de seu papel.²⁶

As manipulações controladoras da ordem genealógica podem produzir efeitos devastadores para o sujeito. Manipular, sem tomar as devidas precauções, o quadro jurídico da nomeação, é ameaçar a construção da autonomia psíquica do sujeito.²⁷

²⁴ Philippe JULIEN, *As Psicoses*, cit., pp. 35 e 36.

²⁵ Régine Mougín-LEMERLE, “Sujeito do Direito”, cit., pp. 6 e 7.

²⁶ Philippe JULIEN, *Abandonarás teu pai e tua mãe*. Rio de Janeiro, Companhia de Freud, 2000, pp. 55 a 57.

²⁷ Régine Mougín-LEMERLE, “Sujeito do Direito, Sujeito do Desejo”, cit., pp. 6-7.

6.2.2

Aplicação do direito à identidade pessoal no ordenamento jurídico brasileiro

Como se viu, o direito ao nome comporta uma importante e inafastável função simbólica, que denota que o ato de nomear um filho é muito mais que um ato jurídico que se esgota na sua realização. Através da nomeação se diferencia e se transmite a vida. Conferir um nome é também se inscrever na vida daquele sujeito, e colocá-lo como parte de uma linhagem, uma família. É um ato de humanizar, que se relaciona intimamente com a formação da identidade – uma vez que ela se constitui pela alteridade, pelo reconhecimento da figura do outro, e, assim, da diferenciação – e o ato primeiro em que se transmitem algumas normas sociais.

Em virtude disso, grande parte dos autores que enfrenta, no Brasil, essa questão, entende que o direito ao nome deve ser compreendido numa expressão mais ampla, de um direito à identidade pessoal. Nesse sentido, destaca Gustavo TEPEDINO:

“A tutela do nome e do pseudônimo, que deve ser entendida na acepção mais abrangente de um direito à identidade pessoal, é afirmada nos artigos 16 a 18”.²⁸

Na mesma trilha, Danilo DONEDA, tratando dos direitos da personalidade e adentrando na tutela do nome, assevera:

“A proteção do nome é estendida ao pseudônimo pelo artigo 19, reconhecendo a posição doutrinária já estabilizada. O dispositivo deixa claro que, ao se tutelar o nome, vai-se além da simples afirmação de um direito ao nome e chega-se a um verdadeiro direito à identidade pessoal”.²⁹

Maria Celina BODIN DE MORAES, de forma clara e concisa, enfrenta a questão em sua complexidade, avaliando aspectos relevantes que a fundamenta. Assim:

²⁸ Gustavo TEPEDINO, “A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-constitucional Brasileiro”. In: *Temas de Direito Civil*, 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 36. (O autor faz menção à posição de Maria Celina BODIN DE MORAES, expressa imediatamente acima, de cujo entendimento, nesse ponto, partilha).

²⁹ Danilo DONEDA, “Os Direitos da Personalidade no Código Civil”. In: *A Parte Geral do Novo Código Civil*, 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 52.

“A relevância do nome, então, não se reduz, como outrora, à designação como pertencente a determinada família. O nome hoje, conforme a doutrina de CORNU, tende a se ‘integrar à pessoa até se tornar o sustentáculo dos outros elementos, o anteparo da identidade da pessoa, a sede do seu amor-próprio’. Neste sentido, uma nova luz foi trazida pela Psicanálise, ao estabelecer que o nome é suporte não só da identidade social mas também da identidade subjetiva, tendo a função de ‘humanizar’ o filho como sujeito do direito (e do desejo). O ofício primordial da paternidade, sob esta ótica, é representar as leis da cidade e o interdito maior que as fundamenta (a proibição do incesto), antes de tudo pela transmissão do seu nome (o patronímico).

(...)

Entre os diversos aspectos da identidade pessoal, o primeiro e mais imediato elemento que a caracteriza é o nome, o qual assume a condição de sinal distintivo e identificador da pessoa na vida em sociedade. Nesta medida, tem-se o direito de ser apresentado na vida social com a real identidade, tal como esta é, ou deveria ser, conhecida. Pode-se violar a identidade pessoal através do nome, fazendo-o designar coisas ou personagens de fantasia, aos quais são atribuídas qualidades não valiosas ou não verdadeiras, que lesionam a auto-estima, causando sofrimento e dor.”³⁰

Diante de tais posicionamentos, fica claro que esses autores estão atentos a uma leitura extensiva, capaz de dar uma visão mais abrangente do direito ao nome, entendendo que essa sua concepção simbólica não pode ser ignorada, devendo-se ter em conta, no entanto, que o direito à identidade pessoal comporta esse aspecto específico do nome, isto é, tem uma carga simbólica da qual partilham, não se confundindo, contudo, com ele. Trata-se, assim, dessa “visão abrangente” do direito ao nome, mencionada em todas essas passagens: no valor simbólico que porta, está a identidade pessoal. Esclarecidos esses pontos, passa-se à análise de um tema específico: a alteração do nome e a sua relação com o direito à identidade pessoal.³¹

6.2.2.1

A relativização do princípio da imutabilidade do nome em razão do direito à identidade pessoal

É sabido que no Direito brasileiro, segundo a Lei de Registros Públicos³², integra a disciplina do nome o princípio da imutabilidade, que se justifica em virtude de um interesse estatal de identificação e individualização dos indivíduos, e um interesse pessoal, que atende à dignidade humana: ser portador de um nome.

³⁰ Maria Celina BODIN DE MORAES, *A tutela da identidade pessoal no Código de 2002*, cit., pp. 4 e 24.

³¹ V. Maria Celina BODIN DE MORAES, *A tutela da identidade pessoal no Código de 2002*, cit., *passim*.

³² Art. 58, *caput*, LRP (para a transcrição integral do artigo, v. nota 283, *supra*)

No que tange à alteração do prenome vexatório, por exemplo, o princípio da imutabilidade é relativizado para se atender e efetivar do princípio da dignidade da pessoa humana. Se o nome, ao invés de dignificar, viola a pessoa e sua dignidade – isto é, o prenome ou o nome como um todo expõe a pessoa ao ridículo –, se autoriza sua mudança para que se atenda a esse objetivo que, nesse aspecto, preconiza que a pessoa deve portar um nome que a dignifique.

Diversas ações levadas à apreciação do judiciário, ou ainda casos levados ao conhecimento público, ou mesmo listas de nomes registrados³³ denotam que o desconforto que esse tipo de nome gera à pessoa, podendo impedir seu livre e completo desenvolvimento, causando grandes traumas que refletem na saúde psíquica e na identidade daquele indivíduo.³⁴

Recentemente foi veiculado na mídia o caso de um rapaz vietnamita que possuía um nome vexatório, que só foi mudado vinte anos depois, após o consentimento do pai, de acordo com as leis locais. Embora não se trate de um caso brasileiro, é de interesse sua análise, porque análoga a diversos casos existentes e foi objeto de grande repercussão. Veja-se:

³³ Alguns exemplos de nomes tidos vexatórios, já há muito divulgados: Antônio Morrendo das Dores; Armando Nascimento de Jesus; Barrigudinha Seleida; Cafiaspirina Cruz; Chevrolet da Silva Ford; Colapso Cardíaco da Silva; Comigo é Nove na Garrucha Trouxada; Éter Sulfúrico Amazonino Rios; João Sem Sobrenome; José Casou de Calças Curtas; Liberdade Igualdade Fraternidade Nova York Rocha; Maria Privada de Jesus; Maria-você-me-mata; Napoleão Sem Medo e Sem Mácula; Necrotério Pereira da Silva; Padre Filho do Espírito Santo Amém; Primavera Verão Outono Inverno; Simplício Simplório da Simplicidade Simples; Vicente Mais ou Menos de Souza; Zélia Tocafundo Pinto; e ainda, Ava Gina (em homenagem a Ava Gardner e Gina Lolobrigida); Letsgo (de *Let's go*); Óliude (jogador de futebol, que atuou no Portuguesa e no Vasco, com o apelido "Capitão") e seu filho, de mesmo nome; Tospericagerja (em homenagem à seleção do tri: Tostão, Pelé, Rivelino, Carlos Alberto, Gerson e Jairzinho); Usnavy (em homenagem à *U.S.Navy*, a Marinha Americana); e as irmãs Xerox, Autenticada e Fotocópia. (Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/legal/nomes.html>>. Acesso em: 12 jul. 2006. O sítio informa que “os nomes foram coletados a partir de listas públicas, como uma relação de segurados com nomes estranhos divulgada pelo extinto INPS na década de 80, e pesquisas em cartórios realizadas por autores de livros especializados”).

³⁴ Um caso bastante expressivo do comprometimento que um nome em desacordo com a dignidade da pessoa humana implica ao desenvolvimento do sujeito, pelo seu caráter simbólico que comporta é o caso do rapaz denominado “Restos Mortais de Maria Dolores”. O valor simbólico subliminar, além do evidente nome vexatório, é de tal gravidade que comprometeu a saúde psíquica e o desenvolvimento dessa pessoa. Maria Dolores é a mãe que faleceu ao dar-lhe à luz. O pai, consternado, registrou esse como o nome do filho. Este, assim, pelo nome que porta, não é uma pessoa: é apenas resto, o que sobrou; é os restos mortais de sua falecida genitora. Seu caso foi conhecido no ambulatório de psicologia de uma faculdade da cidade do Rio de Janeiro, e lhe foram gerados, em decorrência disso, sérios comprometimentos psíquicos, lá constatados. Parece relativamente fácil compreender as conseqüências: esse não pode ser considerado um nome, uma vez que não havia como sequer chamá-lo por ele; é o ícone da função desumanizadora, oposta à humanização que pretende exercer o nome.

“Jovem chamado ‘Multa de Seis Mil e Quinhentos’ troca de nome.

Depois de duas décadas de vergonha, o pai de um vietnamita concordou em mudar o nome do seu filho Mai Phat Sau Nghin Riou, que em português significa ‘Multa de Seis Mil e Quinhentos’. Mai Xuan Can, pai do jovem, deu o nome ao filho em função da multa de 6,5 mil *dong* para casais que têm mais que dois filhos.

Em 1999 o governo local tentou convencer Can a trocar o nome do menino, já que este era freqüente motivo de brincadeiras na escola, na província de Quang Nam.

O filho, agora com 19 anos, adotou o novo nome de Mai Hoang Long, que significa ‘Dragão Dourado’.³⁵

Assim, “se encontram, com facilidade, pessoas que portam prenomes que causam gozações, brincadeiras vexatórias e insinuações pejorativas, os quais configuram verdadeiras violações à cláusula geral de tutela da dignidade da pessoa humana”³⁶ e, como visto, também a uma identidade pessoal saudável, entendida em sua dimensão simbólica, ligada à *psique*.

Outro ponto relevante que aqui se pretende defender, quanto à concepção extensiva do nome entendendo-o, nesse aspecto, como integrante do direito à identidade pessoal, é que a possibilidade de supressão ou inserção de um sobrenome também está relacionada ao primado do simbólico e, assim, ao que a pessoa é, à identidade. Isso porque sob a letra fria da lei, não há motivo que justifique sua retirada, por exemplo, no caso de pai que não tem qualquer relacionamento com o filho.

O filho que pretende ver atendido tal pleito não o faz, em verdade, porque seu nome o exponha a ridículo. O pedido de supressão de um sobrenome paterno, no caso, diz respeito à identidade daquele indivíduo, daquele filho, que não teve um pai. É um tanto óbvio que ele teve, sim, um pai biológico. No entanto, isso não é suficiente para que se diga tenha sido desempenhado um papel paterno. O desinteresse, o abandono, consolidam uma personalidade, uma identidade no sujeito, assim como o bom desempenho dessa função.

Dessa forma, o pleito de retirada do sobrenome do pai que não se conhece ou não tem relação com o filho porque o abandonou é apenas justificado pelo fato de aquele pai não integrar a identidade pessoal do seu filho; não auxiliou a formar

³⁵ Notícia veiculada em 11 de julho de 2006. Disponível em: <<http://noticias.terra.com.br/popular/interna/0,,OI1067204-EI1141,00.html>>. Acesso em: 12 jul. 2006. A notícia foi alvo de destaque no noticiário internacional, como em: <<http://abcnews.go.com/Business/wireStory?id=2163810>> e <<http://www.topix.net/news/weird>>, acessos em 12 jul. 2006 (grifos no original).

³⁶ Maria Celina BODIN DE MORAES, *A tutela da identidade pessoal no Código de 2002*, cit., p. 8.

a identidade daquele sujeito; ou seja, o pai, ausente, não teve nenhuma influência para consolidar, pelo menos de forma ativa, comissiva – que é o que se espera de um pai vivo e em condições de fazê-lo –, o que aquele indivíduo é.

A esse respeito, o pensamento de Maria Celina BODIN DE MORAES deve ser aqui observado:

“Em virtude da imprescindibilidade (*rectius*, exigibilidade) de tutela por parte dos pais e da dependência e vulnerabilidade dos filhos, a solidariedade familiar alcança aqui o seu grau de intensidade máxima. Em caso de abandono moral ou material, são lesados os direitos implícitos na condição jurídica de filho e de menor, cujo respeito, por parte dos genitores, é pressuposto para o sadio e equilibrado crescimento da criança, além de condição para a sua adequada inserção na sociedade. Ou seja, os prejuízos causados são de grande monta.

(...)

De fato, a importância da figura paterna, especialmente depois das conclusões da psicologia moderna, não precisa de mais comprovações. É notória sua imprescindibilidade – assim como o é a da figura materna – para a adequada estruturação da personalidade da criança. Quanto aos pais, *tertius non datur*: ou se tem pais, ou se tem ausência de pais. Quando este último caso ocorrer, estará caracterizado um dano moral a ser ressarcido.”³⁷

A jurisprudência também já se manifestou nesse mesmo sentido, nas duas polêmicas decisões que assentiram quanto ao reconhecimento de dano moral sofrido pelo filho abandonado afetivamente pelo pai. Não se pretende, aqui, adentrar no mérito de tal discussão, embora de grande relevância e interesse, uma vez que esta extrapola os limites traçados para investigação no presente trabalho. Busca-se, somente, sublinhar a fundamentação, em função de fazer considerações pertinentes à identidade. Assim, considerou-se no acórdão do Tribunal de Alçada de Minas Gerais que:

“Até os seis anos de idade, Alexandre Batista Fortes, ora apelante, manteve contato com seu pai de maneira razoavelmente regular. Após o nascimento de sua irmã, a qual ainda não conhece, fruto de novo relacionamento conjugal de seu pai, este se afastou definitivamente. Em torno de quinze anos de afastamento, todas as tentativas de aproximação efetivadas pelo apelante restaram-se infrutíferas, não podendo desfrutar da companhia e dedicação de seu pai, já que este não compareceu até mesmo em datas importantes, como aniversários e formatura. **De acordo com o estudo psicológico realizado nos autos, constata-se que o afastamento entre pai e filho transformou-se em uma questão psíquica de difícil elaboração para Alexandre, interferindo nos fatores psicológicos que compõem sua própria identidade.**”³⁸

³⁷ Maria Celina BODIN DE MORAES, “Danos morais em família? Conjugalidade, parentalidade e responsabilidade civil”, *mimeo*, p. 18.

³⁸ TAMG, 7ª C.C., Ap. Civ. 408.550, Rel. Juiz Unias Silva, julg. em 01.04.2004, (*Revista Trimestral de Direito Civil*, n. 20, 2004, pp. 177-179, destacou-se).

Trazendo tais considerações para a questão do nome, a possibilidade específica de alteração do sobrenome, em caso de abandono, se fundamenta, em verdade, pelo respeito à identidade pessoal do postulante, uma vez que aquele ascendente apenas o gerou, mas não contribuiu ativamente para o que ele é, ou seja, para a formação da sua identidade. A fim de ilustrar a tese defendida, veja-se alguns exemplos de julgados do STJ em que se admitiu a retirada do sobrenome paterno sob tal fundamento:

“A discussão centra-se na possibilidade ou não de alteração do nome do recorrente, que pretende excluir a partícula referente ao nome do pai “Batelli”, uma vez que o pai nunca foi presente, tendo aliás, o abandonado juntamente com a mãe quando tinha sete meses de idade. Diz ainda que se sente exposto ao ridículo e que jamais foi conhecido como Paulo Bateili, mas sim como Paulo Vampré, nome da mãe.

A Lei de Registros Públicos, ao tratar da disciplina relativa ao nome civil, dispõe, no art. 57, que pode haver alteração do nome desde que ocorra motivo bastante para tanto e se faça pela via judicial. A propósito, Walter Ceneviva afirma que a “lei limitou a mutabilidade de modo não absoluto”(Lei *dos Registros Públicos Comentada*, 9ª ed, Saraiva, n. 150, p. 110).

Dessa forma, não fosse a mitigação do ordenamento positivo, condescendente com a mudança pela adoção, pelo casamento e pela legitimação posterior ao nascimento, a melhor doutrina tem-se adaptado às situações concretas de cada caso, sempre fiel à dinâmica do Direito e da própria vida, ‘arte de conduzir os homens’ na feliz expressão de Ripert, mais rica que as nossas teorias.” (STJ, 4ª T., REsp. 66643/SP - Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, julg. em 21.10.97, publ. no DJ de 09.12.97).³⁹

Ou ainda:

“Na espécie, a solução da controvérsia depende de saber, inicialmente, se é ou não possível a alteração do nome da recorrente, que pretende suprimir de seus assentamentos o patronímico paterno "Arrojado Lisboa", aduzindo para tanto o divórcio de seus pais quando tinha apenas nove anos, tendo sempre vivido sob a guarda e dependência econômica exclusiva da mãe, sem que o seu genitor lhe prestasse a devida assistência, quer moral quer material, do qual *‘traz apenas o patronímico, que além de ser motivo de grande constrangimento social, é causa de recordações’*, que prefere esquecer.

Como se vê, contrariamente ao que assentou o acórdão recorrido, tem esta Corte adotado posicionamento mais liberal sobre o tema, ao entender que o princípio da

³⁹ “Civil. Registro Público. Nome Civil. Prenome. Retificação. Possibilidade. Motivação Suficiente. Permissão Legal. Lei 6015/1973, art. 57. Hermenêutica. Evolução da Doutrina e da Jurisprudência. Recurso Provido. I – O nome pode ser modificado desde que motivadamente justificado. No caso, além do abandono do pai, o autor sempre foi conhecido por outro patronímico. II – A jurisprudência, como registrou Benedito Silvério Ribeiro, ao buscar a correta inteligência da lei, afinada com a ‘Lógica do Razoável’ tem sido sensível ao entendimento de que o que se pretende com o nome civil é a real individualização da pessoa perante a família e a sociedade.”(STJ, 4ª T., REsp. 66643/SP, julg. em 21.10.97, publ. no DJ de 09.12.97)

imutabilidade do nome de família não é absoluto, admitindo-se, excepcionalmente, após o decurso do primeiro ano da maioridade, sua alteração, com base no que dispõe o artigo 57 da Lei nº 6.015/73, desde que presentes a justa motivação e ouvido o Ministério Público.

Assim delimitada a questão, no caso dos autos, não poderia o juiz sentenciante se negar a deferir a produção de provas requerida, voltada para a demonstração da existência de justo motivo, com vistas à alteração do nome da autora, já que o pedido fora formulado com amparo na interpretação combinada do aludido artigo 57 – alteração excepcional - com o que prescreve o parágrafo 1º do artigo 109 da mencionada Lei de Registros Públicos. (...)

Desse modo, ao contrário do que consignou o aresto hostilizado, tenho por presentes, no caso vertente, os requisitos legais retro transcritos, suficientes para ensejar a produção de prova solicitada, vez que, contando a autora 22 (vinte e dois) anos de idade à época da propositura da ação, às fls. 13 dos autos, veio o órgão ministerial a impugnar o pedido.

Do quanto foi exposto e, na esteira do parecer ministerial, conheço do recurso e lhe dou provimento, para cassar o acórdão recorrido e a sentença, a fim de que, com vistas à demonstração dos fatos que embasam o pedido inicial, possam ser produzidas as provas requeridas”.⁴⁰(STJ, REsp 401.138/MG)

Pode acontecer, ainda, de se pleitear a inserção do sobrenome daquele que efetivamente fez o papel de pai e contribuiu de maneira concreta para a formação da identidade pessoal, como o padrasto:

“NOME. Alteração. Patronímico do padrasto.

O nome pode ser alterado mesmo depois de esgotado o prazo de um ano, contado da maioridade, desde que presente razão suficiente para excepcionar a regra temporal prevista no art. 56 da Lei 6.015/73, assim reconhecido em sentença (art. 57). Caracteriza essa hipótese o fato de a pessoa ter sido criada desde tenra idade pelo padrasto, querendo por isso se apresentar com o mesmo nome usado pela mãe e pelo marido dela.”⁴¹ (STJ, REsp 220.059 / SP)

Objetiva-se, dessa forma, o direito de ser retratado no registro civil como se é; ou seja, o pleito trata do direito de ser si mesmo, na medida em que reflete o pedido do direito a ser retratado (no registro civil, pela alteração do nome) como se é. Dessa forma, se está diante do direito à identidade pessoal.

6.2.2.2

Caso Doca Street: a tutela do direito de ser si mesmo

⁴⁰ STJ, 3ª T., REsp 401.138 / MG - Rel. Min. Castro Filho, julg. em 26/06/2003, public. no DJ de 12.08.2003.

⁴¹ STJ, 2ª T., REsp 220.059 / SP – Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, julg. em 22/11/2000, public. no DJ de 12.02.2001 p. 92.

Outra questão jurídica recente do direito brasileiro que envolve o direito à identidade pessoal é a da exibição, no programa da Rede Globo de Televisão, o *Linha Direta Justiça*, do caso do homicídio de Ângela Diniz por Raul Fernando do Amaral Street, conhecido como Doca Street. O caso aconteceu nos anos 70 e, levado a júri popular, o réu foi condenado e cumpriu pena, e hoje já está reintegrado à sociedade. Diante da gravação do programa pela emissora, Doca Street pediu judicialmente que o programa não fosse ao ar.⁴²

O conteúdo do direito à identidade pessoal presente no caso está no fato de o autor do crime tê-lo cometido há anos, ter sido julgado, condenado e cumprido pena, e ainda hoje ser publicamente retratado como o homicida da então namorada. O autor, anos depois do fato, sem ter cometido qualquer outro crime, teria, então, o direito a ser retratado como é atualmente, e não como um recorte de algo terrível que fez no passado – como um eterno criminoso.

Se o direito à identidade pessoal é o direito de ser retratado como se é na realidade, e essa “realidade” diz respeito ao momento e ao contexto atuais, não ao pretérito. Caso assim fosse, poder-se-ia incorrer em uma deturpação da representação social da pessoa, exatamente ao que a tutela da identidade pessoal se opõe. Há, portanto, no caso em questão, um conflito entre direito à identidade pessoal e direito de informação, que será mais detidamente trabalhado, quanto a esse aspecto, no ponto específico da ponderação de valores.⁴³

Nesse sentido, portanto, adotamos uma concepção de identidade pessoal que não se relaciona necessariamente com uma idéia de “verdade histórica”, mas sim com aquela defendida pela Corte de Cassação italiana, do *diritto ad essere se stesso*, isto é, o direito de ser si mesmo.

Considera-se, com isso, que uma pessoa é, certamente, fruto de suas experiências passadas; no entanto, o que se defende é que ela não se resume a elas – ou a uma delas. A identidade da pessoa é certamente muito mais complexa, e só pode ser determinada casuisticamente, de acordo com seu “retrato” atual.

Dessa forma, também se afasta a possibilidade de uma pessoa virar refém de seu passado, e por ele ser rotulada eternamente, mesmo que, como no caso

⁴² TJRJ, Apelação Cível nº 2005.001.54774 – Rel. Des. Milton Fernandes de Souza, 5ª Câmara Cível. Julgado em: 28/03/2006. Para uma mais detalhada abordagem do caso e transcrição de fragmentos de alguns votos, v. capítulo 7, item 7.2.1

⁴³ Vide Capítulo 7.

concreto em exame – o homicídio cometido por Doca Street – já tenha pago por ele perante a sociedade, mediante o cumprimento da pena imposta pelo juiz competente.

Com essa concepção de identidade pessoal, sem dúvida, se relaciona aquela de direito ao esquecimento, conhecido no Direito italiano como *diritto all'oblio*. O desenvolvimento desse aspecto dar-se-á, no entanto, no capítulo seguinte, quando do enfrentamento da ponderação dos interesses que claramente se chocam na hipótese: o direito à informação e o direito à identidade pessoal.

6.2.2.3

O caso Luma de Oliveira

Outra hipótese de grande repercussão nacional que envolve a identidade pessoal enquanto deturpação daquilo que se é por meio de descontextualização é o caso da utilização da foto da modelo Luma de Oliveira pelo jornal inglês *The Independent*. Em uma matéria veiculada em 2005, o jornal, em uma reportagem que tratava de um escândalo que envolvia homens públicos, a montadora Volkswagen e prostituição – foi utilizada a foto de Luma no carnaval carioca como ilustrativa da prostituição. Veja-se a repercussão nos meios de comunicação do país, e o detalhamento da matéria do jornal inglês:

“Jornal ilustra matéria de escândalo sexual com foto de Luma
(Mariana Timóteo da Costa, da BBC Brasil)

O jornal inglês "The Independent" traz na sua edição desta quinta-feira uma foto da modelo e empresária Luma de Oliveira para ilustrar uma reportagem sobre os escândalos envolvendo políticos, funcionários da montadora Volkswagen e prostitutas brasileiras.

Em nenhum momento a reportagem faz relação entre o caso e a modelo, cuja imagem foi usada unicamente para ilustrar a reportagem.

Procurado pela BBC Brasil, o editor responsável pela matéria ainda não se pronunciou. Mas uma fonte do "Independent" afirmou que a escolha da foto de Luma foi aleatória. "Fomos no banco de dados do computador e teclamos a palavra 'samba'. A imagem apareceu. Não se tinha idéia que ela era tão famosa", disse o repórter.

A reportagem de uma página é ilustrada com uma foto grande de Luma de Oliveira desfilando no Carnaval do Rio, com os tradicionais trajes sumários. O jornal não cita o nome da atriz, mas traz a seguinte legenda embaixo da foto: "A maior montadora de carros da Europa, a VW, é sacudida por um escândalo envolvendo sexo, suborno e sambistas".

De acordo com a reportagem, intitulada "A história do caso VW", diretores da montadora alemã mantêm casos com prostitutas brasileiras e pagam festas

"regadas a sexo para políticos alemães". Tudo com dinheiro da empresa. As acusações têm sido destaque na imprensa europeia há algumas semanas.

(...)

Na reportagem, o *Independent* afirma que Peter Hartz, diretor do Departamento Pessoal da VW, teve uma amante brasileira (citada como Joselia R) e usou dinheiro da empresa para financiar vários encontros com ela pela Europa e no Brasil.

Além de diretor da VW, Hartz é muito próximo do chanceler alemão Gerhard Schröder e, segundo o jornal, "contribuiu com várias idéias para reformas na leis trabalhistas alemãs".

Outro desdobramento do escândalo, que "quebrou a coluna da VW", segundo o jornal, é que cartões de crédito da empresa foram usados para levar diretores da companhia e políticos "a férias no Carnaval do Rio".

O jornal cita uma reportagem da revista Focus na qual se diz que empresa pagou festas sexuais "para comprar influência no governo".

Um outro diretor da empresa renunciou depois de ser acusado de comprar, com dinheiro da empresa, uma casa para uma de suas amantes brasileiras em São Paulo.

Para o jornal, os escândalos podem prejudicar a tentativa de Gerhard Schröder se reeleger em setembro.”⁴⁴

O caso é interessante porque a foto, em que aparece desfilando no carnaval, tem função de ilustrar a reportagem. Não há qualquer citação do seu nome ou relação explícita entre ela e o caso citado. A associação, no entanto, é inevitável.⁴⁵

⁴⁴ Reportagem veiculada em 27.07.2005. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/bbc/ult272u44726.shtml>>. Acesso em: 30.07.2006.

⁴⁵ “Advogado de Luma diz que vai processar jornal ‘Independent’
O advogado da modelo e empresária Luma de Oliveira, Michel Assef, afirmou nesta quinta-feira que vai processar o jornal inglês ‘The Independent’ por ter publicado uma foto da atriz para ilustrar uma reportagem sobre escândalos que envolvem corrupção e sexo na empresa alemã Volkswagen.

Luma de Oliveira, que em nenhum momento é citada na reportagem, ‘está arrasada e deprimida’, segundo Assef. De férias em Nova York, o advogado da modelo disse que recebeu logo cedo (quinta-feira) o telefonema ‘de uma Luma muito triste e revoltada’.

‘Não entendo como um jornal de respeito faz isso. É um absurdo’, disse.

Retornando sexta-feira ao Brasil, Assef diz que vai avaliar como vai processar o ‘Independent’.

‘Vou encontrar o jornal nos tribunais. Posso processar em uma corte brasileira ou inglesa. Vamos estudar o caso’, afirmou.

Procurado pela BBC Brasil, o editor responsável pela matéria ainda não se pronunciou. Mas uma fonte do ‘Independent’ afirmou que a escolha da foto de Luma foi aleatória. ‘Fomos no banco de dados do computador e teclamos a palavra 'samba'. A imagem apareceu. Não se tinha idéia que ela era tão famosa’.

A reportagem de uma página é ilustrada com uma foto grande da modelo desfilando no Carnaval do Rio, com os tradicionais trajes sumários. O jornal não cita o nome da atriz, mas traz a seguinte legenda embaixo da foto: "A maior montadora de carros da Europa, a VW, é sacudida por um escândalo envolvendo sexo, suborno e sambistas".

No fundo da foto, foi realizada uma montagem com carros da Volkswagen. De acordo com a reportagem, intitulada ‘A história do caso VW’, diretores da montadora alemã mantêm casos com prostitutas brasileiras e pagam festas ‘regadas a sexo para políticos alemães’.

Tudo com dinheiro da empresa. As acusações têm sido destaque na imprensa europeia há algumas semanas.” (Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/bbc/ult272u44732.shtml>>. Acesso em: 29.07.2006).

Assim, na hipótese, pode-se dizer que não há violação da imagem, uma vez que se trata de pessoa notória que estava em local público, fazendo com que a utilização de sua imagem fisionômica não dependa de autorização. Não há, da mesma forma, violação do nome, porque não há qualquer menção a ele. Há violação, assim, da sua honra e da sua identidade pessoal.

É forçoso destacar que seus traços fisionômicos, sua imagem, não foram violados; apenas serviram de veículo para que se concretizasse a lesão à honra e à identidade pessoal. Através da utilização sua fotografia para ilustrar a matéria sobre fatos com os quais não tinha, em verdade, a menor relação, se fez com que houvesse uma associação imediata entre a imagem e a notícia, causando-se, assim, uma deturpação da sua identidade pessoal, ou seja, a retratando como o que não é.

A lesão à sua honra deriva do fato de que essa figura deturpada que se criou, associando à modelo – de que seria uma prostituta envolvida no escândalo noticiado – é lesiva, sem sombra de dúvidas à sua honra. Cumpre observar que caso a deturpação tivesse ocorrido para identificá-la de forma diversa da que é, porém sem ensejar qualquer desonra, ou mesmo retratando-a de forma a atribuir-lhe outras características que não possui, ainda que benéficas, estar-se-á diante de uma lesão à identidade pessoal.

A repercussão do uso da foto foi grande também no noticiário internacional, o que fez com que o jornal fizesse um pedido público de desculpas dois dias depois.⁴⁶ Não obstante o fato, Luma decidiu processar o jornal. Não foi divulgado o fundamento do pedido, e ainda não foi prolatada a decisão. A última notícia a respeito narrava que, na primeira audiência relativa ao processo, em Londres, não houve acordo.⁴⁷

⁴⁶ “O jornal britânico ‘The Independent’ publica, na sua edição deste sábado, um pedido de desculpas por ter usado uma foto da modelo e empresária Luma de Oliveira para ilustrar uma reportagem sobre escândalos que envolvem corrupção e sexo na empresa alemã Volkswagen. Em uma nota na página 28, o jornal diz que ‘um artigo publicado na quinta-feira sobre o caso VW foi ilustrado com uma imagem de uma dançarina de samba. A imagem, na verdade, é da modelo e atriz brasileira Luma de Oliveira’.

‘Nós não tivemos a intenção de sugerir que a senhorita Oliveira está ligada de qualquer forma com o caso VW e sentimos muito por qualquer mal-entendido.’” (Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/bbc/ult272u44803.shtml>>. Acesso em: 29.07.2006).

Uma fonte do “Independent” já havia afirmado que o jornal desconhecia a fama de Luma de Oliveira e pegou a sua imagem em um banco de dados no computador, apenas para ilustrar a matéria.

⁴⁷ “Audiência em ação contra jornal inglês não tem acordo

por *Ronaldo Herdy*

Não houve acordo, na quinta-feira passada (9/3), na primeira audiência do processo que Luma de Oliveira move contra o jornal inglês *The Independent*. Em julho de 2005, o jornal publicou foto da

Pode-se afirmar, portanto, sob essa ótica, que há no Brasil casos em que são necessárias aplicações da proteção do direito à identidade pessoal. Nessas situações, apenas não se atentou, no direito pátrio, que a justificativa e fundamentação apontam explicitamente que é de tal direito que se trata.

6.3

Fundamento normativo do direito à identidade pessoal

No primeiro capítulo, em que se tratou do direito civil-constitucional, isto é, da incidência das normas constitucionais nas relações privadas, se procurou esclarecer um pressuposto para o que se pretende propor nesse momento.

A Constituição da República de 1988 instaurou uma ordem jurídica nova, consagrou valores e instituiu novos princípios, impondo que se repensasse o ordenamento jurídico como um todo. A partir disso, conclui-se que as normas constitucionais, isto é, seu conjunto de normas e princípios, passa a incidir de forma direta nas relações jurídicas subjetivas.⁴⁸ Tal entendimento é essencial para que se entenda o fundamento normativo do direito à identidade pessoal.

Partindo da concepção de um direito civil constitucionalizado e que a dicotomia entre direito público e direito privado está superada, a dignidade da

modelo no carnaval carioca para ilustrar uma reportagem sobre os escândalos envolvendo políticos, funcionários da Volkswagen e prostitutas brasileiras.

Na Vara de Crimes contra a Honra e de Imprensa, em Londres, os advogados do tradicional diário londrino quiseram encerrar o caso, argumentando que publicaram errata um dia após exibirem foto da brasileira na folia de momo do Rio, sob a legenda: “A maior montadora de carros da Europa, a VW, é sacudida por um escândalo envolvendo sexo, suborno e sambistas”. Explicaram que a imagem surgiu depois que clicaram a palavra samba num banco de dados do computador.

O advogado Michael Assef Filho, que defende Luma, insistiu no pagamento de uma indenização — a ser fixada pelo tribunal — destacando que a correção não apagou uma ofensa cometida contra a popular modelo carioca, mãe de dois filhos. Ato contínuo, deixou com o juiz que conduziu a audiência uma produção probatória volumosa, mostrando que Luma nunca se envolveu com prostituição na vida.

Apesar disso, o advogado admite que não será fácil vencer a batalha, já que a sentença será dada por um júri formado por 12 ingleses. “Queremos uma reparação pelo mal que causaram, mas é preciso admitir que uma corte londrina pode bem tender para um secular jornal local contra uma brasileira que vive a milhas de distância da Inglaterra.”

Segundo a reportagem que originou a ação, diretores da montadora alemã mantinham casos com garotas brasileiras de programa e pagavam festas regadas a sexo para políticos alemães. O dinheiro para as orgias saíria do caixa da VW. As acusações ganharam destaque na imprensa mundial no segundo semestre do ano passado.” (Notícia veiculada em 14 de março de 2006, pela Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <http://conjur.estadao.com.br/static/text/42672_1>. Acesso em: 31.06.2006).

⁴⁸ Rafael Garcia RODRIGUES, “A pessoa e o ser humano no novo Código Civil”. In: Gustavo TEPEDINO (org.), *A parte geral do Novo Código Civil*, 2 ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 3.

pessoa humana exerce papel central. Concebida como o novo vértice do ordenamento jurídico, que passa a preocupar-se primordialmente com as situações existenciais em detrimento das patrimoniais, é entendida como uma verdadeira cláusula geral de tutela e promoção da dignidade da pessoa humana, como já muito destacado.

A partir de tal função, é tida também como a cláusula geral dos direitos da personalidade, uma vez que, seguindo a concepção defendida por Pietro Perlingieri, a pessoa humana deve ser protegida onde quer que esteja, em qualquer manifestação.

Por essa razão, não há que se falar de teoria monista ou pluralista dos direitos da personalidade; sua proteção suplanta a previsão do Código Civil para alcançar a pessoa humana em qualquer manifestação. É nesse ponto que se pode falar na fundamentação jurídica do direito à identidade pessoal.

Esse direito da personalidade não goza de previsão normativa, e não precisa ter para existir e tutelar as relações que pretende. O direito à identidade pessoal existe no ordenamento jurídico brasileiro em decorrência direta do art. 1º, III da Constituição da República.

6.3.1

Crítica ao entendimento do STJ

O Superior Tribunal de Justiça, preocupado em guardar o cumprimento das leis federais, não admite tal aplicação, porque ainda se encontra preso, em alguns momentos, à dicotomia público-privado, como se demonstra a partir da seguinte notícia sobre um pleito que passou pelas duas Cortes:

“Supremo reconhece direito de Cássia Kiss a receber indenização por danos morais.

A Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal deferiu hoje (4/6), por unanimidade, um recurso (RE 215984) da atriz Cássia Kiss contra a editora Ediouro em razão da publicação de fotos da atriz sem sua autorização.

Cássia havia concedido uma entrevista à revista "Remédios Caseiros", de propriedade da Ediouro, sem, no entanto, autorizar a publicação de qualquer fotografia sua. A editora adquiriu, então, fotos da atriz do jornal "O Dia" e as publicou na capa do primeiro número da revista, em diversas páginas de

publicidade da revista, em pôsteres, além de capa da revista "Coquetel" de palavras cruzadas e em filmes publicitários.

Em recurso decidido pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), aquela corte decidiu serem indenizáveis apenas os danos materiais. Quanto aos danos morais, considerou-os inexistentes, pois a mera publicação de fotos não ofenderia a reputação de uma pessoa.

O relator do processo no Supremo, ministro Carlos Velloso, não concordou com a tese. Citando parecer da Procuradoria Geral da República, ele argumentou que a Constituição (artigo 5º, X) prevê a existência de direito a indenização em caso de danos advindos da violação da intimidade, da vida privada, da honra e imagem das pessoas.

O ministro também fez um histórico, enfatizando que a doutrina jurídica e a jurisprudência evoluíram no sentido de que os danos morais são cumulativos aos danos patrimoniais. Além disso, segundo ele, a publicação não-autorizada de fotos pode ser causa de desconforto, aborrecimento e constrangimento para a pessoa retratada.

Velloso concluiu pelo deferimento do recurso e a condenação da Ediouro ao pagamento à atriz de quantia igual a 21,5 salários-mínimos mais 10% em honorários advocatícios.

Os demais ministros seguiram o voto do relator e a decisão foi unânime.”⁴⁹

Ou ainda:

“Processual civil e civil. Ação de indenização. Danos morais. Campanha eleitoral. Publicação não autorizada de fotografia em "outdoor". Cerceamento de defesa. Inocorrência. Assistência judiciária gratuita. Alcance. Legitimidade passiva do candidato a cargo eletivo. Ocorrência do dano moral. Alegação de ofensa a dispositivo constitucional. Dissídio jurisprudencial não comprovado.

- O fato de a petição com o rol das testemunhas ter sido juntada apenas na data da audiência de instrução e julgamento não serve como justificativa para o recorrente ter deixado de efetuar a antecipação das despesas de locomoção e intimação, se ele foi intimado na audiência de conciliação a efetuar o preparo das diligências alusivas às intimações das testemunhas.

- A assistência judiciária gratuita alcança, tão-somente, a pessoa contemplada pelo benefício.

- O candidato a cargo eletivo e o partido político respondem solidariamente pelos excessos praticados na divulgação da propaganda eleitoral.

- *Hipótese em que a autora, inconformada com a associação de sua imagem de pessoa carente e doente renal à campanha de candidato a cargo eletivo, ajuizou ação de indenização por danos morais e materiais, decorrentes da utilização de sua fotografia em "outdoor" de campanha eleitoral, sem prévia autorização ou contraprestação, apenas em face dos candidatos.*

⁴⁹ STF, RE 215.984 / RJ, 2ª T; Rel. Min. Carlos Velloso. Notícia disponível em: <<http://72.14.209.104/search?q=cache:2k18FGPhaKMJ:www.sintese.com/newsletter/html451.htm+Supremo+reconhece+direito+de+C%C3%A1ssia+Kiss+a+receber+indeniza%C3%A7%C3%A3o+por+danos+morais&hl=pt-BR&gl=br&ct=clnk&cd=1>>. Acesso em: 30 jul. 2006.

- Alegações de ofensa à Constituição Federal escapam ao âmbito de competência atribuída ao Superior Tribunal de Justiça.

- A comprovação do dissídio jurisprudencial exige a juntada de cópia autenticada dos acórdãos ou a citação do repositório oficial em que se achem publicados e o confronto analítico a evidenciar a similitude fática entre o acórdão recorrido e o julgado paradigma.

Recurso especial não conhecido.”⁵⁰ (destacou-se)

É também bastante emblemático o caso da atriz Maitê Proença, levado à apreciação do STJ e do STF, em decorrência da publicação, por parte de um jornal de uma foto da atriz nua tirada para uma revista masculina. O Superior Tribunal de Justiça entendeu haver apenas dano material na hipótese, somente se reconhecendo o dano moral decorrente no Supremo Tribunal Federal⁵¹. Veja-se:

⁵⁰ STJ, REsp 663.887 / GO - 3ª T; Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 23/11/2005, publ. DJ 01.02.2006 p. 538.

⁵¹ “A Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça garantiu à atriz Maitê Proença o direito a receber R\$ 50 mil de indenização por dano moral do jornal carioca Tribuna da Imprensa, devido à publicação não autorizada de uma foto extraída de ensaio fotográfico feito para a revista Playboy, em julho de 1996.

As fotos foram publicadas no mês seguinte na edição comemorativa do 21º aniversário da revista. Para aceitar o trabalho, Maitê Proença estipulou em contrato escrito as condições para a cessão de sua imagem, fixando a remuneração e o tipo de fotos que seriam produzidas, demonstrando preocupação com a sua imagem e a qualidade do trabalho, de modo a restringir e controlar a forma de divulgação de sua imagem despida nas páginas da revista. No entanto, em 10 de agosto a Tribuna de Imprensa estampou uma das fotos, extraída do ensaio para a Playboy, em página inteira, sem qualquer autorização.

Para a atriz, tal publicação “feriu, de forma odiosa, a sua imagem”, tanto patrimonial – pois há que se analisar o flagrante dano ao direito dela à exploração de sua imagem – quanto moralmente. O advogado da artista ressalta que a artista jamais pretendeu estampar sua imagem em publicação de quilate inferior e que o jornal, ao publicar foto não consentida da atriz nua, com indisfarçável objetivo de lucro, violando suas intimidade e privacidade, feriu sua reputação, honra e dignidade pessoal, ou seja, sua moral. Para ele, a nudez de Maitê representa, no contexto da revista – e jamais fora dela – um trabalho artístico, que se esvai completamente quando transferido para as páginas de um jornal.

A Justiça carioca condenou a empresa jornalística a indenizar a atriz por danos materiais, mas não por danos morais. Maitê Proença recorreu, então, ao STJ.

Na Terceira Turma, composta de cinco ministros, a questão se encontrava empatada. Para o relator, ministro Carlos Alberto Menezes Direito, não cabe ao caso a indenização por dano moral, pois a publicação violenta o direito à imagem, mas não à imagem que possa advir do ato em si (a imagem futura). Para ele, por mais infelizes que tenham sido os termos usados durante o julgamento no tribunal de origem, a questão não se põe no campo da estética, esse aspecto não está em discussão. Entendimento acompanhado pelo ministro Antônio de Pádua Ribeiro.

A ministra Nancy Andrighi, no entanto, concluiu que o jornal carioca deve indenizar a atriz também por dano moral, porque, a seu ver, ela foi violentada em seu crédito como pessoa, pois deu o seu direito de imagem a um determinado nível de publicação e poderia não querer que outro grupo da população tivesse acesso a essa imagem. “Ela é uma pessoa pública, mas nem por isso tem que querer que sua imagem seja publicada em lugar que não autorizou, e deve ter sentido raiva, dor, desilusão, por ter visto sua foto em publicação que não foi de sua vontade”, afirmou. O ministro Waldemar Zveiter concordou com a ministra, pois a publicação não autorizada expôs a atriz fora do contexto que ela se prestou a fazer.

O presidente da Turma, ministro Ari Pargendler, desempatou a questão. Segundo ele, a publicação representou um grande sofrimento moral que deve sim ser indenizado. O valor estipulado para a reparação foi o mesmo definido para os danos materiais, de R\$ 50 mil.” Disponível em: <

“Recurso Especial. Direito Processual Civil e Direito Civil. Publicação não autorizada de foto integrante de ensaio fotográfico contratado com revista especializada. Dano moral. Configuração.

- É possível a concretização do dano moral independentemente da conotação média de moral, posto que a honra subjetiva tem termômetro próprio inerente a cada indivíduo. É o decoro, é o sentimento de auto-estima, de avaliação própria que possuem valoração individual, não se podendo negar esta dor de acordo com sentimentos alheios.

- Tem o condão de violar o decoro, a exibição de imagem nua em publicação diversa daquela com quem se contratou, acarretando alcance também diverso, quando a vontade da pessoa que teve sua imagem exposta era a de exibi-la em ensaio fotográfico publicado em revista especializada, destinada a público seletivo.

- A publicação desautorizada de imagem exclusivamente destinada a certa revista, em veículo diverso do pretendido, atinge a honorabilidade da pessoa exposta, na medida em que experimenta o vexame de descumprir contrato em que se obrigou à exclusividade das fotos.

- A publicação de imagem sem a exclusividade necessária ou em produto jornalístico que não é próprio para o contexto, acarreta a depreciação da imagem e, em razão de tal depreciação, a proprietária da imagem experimenta dor e sofrimento.”⁵²

Fica claro, assim, que o Superior Tribunal de Justiça, tendencialmente, não resolve questões que envolva normas constitucionais porque seu entendimento é de que se presta a julgar as aplicações e interpretações das leis federais, não se estendendo à Constituição.

6.3.2

A interpretação do STF como paradigma

O que se defende como fundamento normativo do direito à identidade pessoal é a aplicação direta do art. 1º, III da Constituição da República nas relações entre os particulares. Tal pensamento defendido se coaduna com o objetivo de se tutelar a pessoa humana em todos os seus aspectos, efetivando a função do dispositivo como cláusula geral, mas, como se viu, é contrária ao entendimento do STJ. O Tribunal entende que a Constituição não se aplica às relações entre particulares, apenas podendo dela tratar o STF.

No entanto, a aplicação direta das normas constitucionais nas relações privadas já foi alvo de discussão e é não só aceita por muitos doutrinadores como também aplicada pela jurisprudência em alguns casos específicos.

<http://www.liberdadeimprensa.org.br/files/Arquivos/memo01.pdf?PHPSESSID=0d41f5702f19259b6017f34db5eee744>>. Acesso em: 29 jul. 2006.

⁵² REsp 270730 / RJ – 3a T., Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, julg. em 19/12/2000, publ. DJ 07.05.2001 p. 139.

Cumpra citar, quanto a essa técnica, detidamente, o entendimento da Corte Constitucional do país, a mais alta Corte, no que tange ao direito à imagem. O Supremo Tribunal Federal, a partir de uma leitura constitucional do direito à imagem, permite sua aplicação, em determinados casos, com fundamento único e direto na Constituição. Assim:

“Dano moral - Ação indenizatória - Direito à imagem - Publicação de fotografia sem autorização - Estado de desconforto, aborrecimento ou constrangimento que, independentemente do seu tamanho e do intuito comercial, é causado pela publicação da fotografia de alguém - Desnecessidade de ofensa para que exista reparação de dano - Inteligência do art. 5º, X, da CF.

Ementa oficial: Para a reparação do dano moral não se exige a ocorrência de ofensa à reputação do indivíduo. O que acontece é que, de regra, a publicação da fotografia de alguém, com intuito comercial ou não, causa desconforto, aborrecimento ou constrangimento, não importando o tamanho desse desconforto, desse aborrecimento ou desse constrangimento. Desde que ele exista, há o dano moral, que deve ser reparado, manda a Constituição, art. 5º, X. DANO MORAL. Cobrança cumulada com danos materiais. Admissibilidade. Publicação não autorizada de fotografia. Violação do direito à imagem. Dever de reparar danos materiais e compensar os morais, independentemente de ter sido afetada ou não a reputação da vítima. É possível a cumulatividade da cobrança do dano material aos danos morais, na hipótese de publicação não autorizada de fotografia, uma vez que presente o dever de reparar os danos materiais e compensar os morais, já que violado o direito de imagem, independentemente de ser afetada ou não a reputação da vítima.”⁵³

O direito à identidade pessoal é aplicado diretamente da Constituição a partir do dispositivo que estabelece que a proteção integral da dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil.

A identidade pessoal, como decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana, integra o seu postulado da integridade psicofísica, uma vez que é, de certo modo, a identidade, a união dos aspectos físico e psíquico. Pode-se, analogamente, relacioná-los com o aspecto estático e dinâmico da identidade pessoal, os quais contêm a identidade física, a imagem e o nome (aspecto estático, porém não físico; sobretudo na ordem do simbólico) e o estilo individual e social como representação da identidade dinâmica, que bem retrata a integridade psíquica.

Portanto, não só é oportuno e possível, como também é necessário, no direito brasileiro, o desenvolvimento e aplicabilidade do direito à identidade pessoal, para se proteger a pessoa humana na expressão da sua identidade, e dessa

⁵³ STF, RE nº 215.984-1/RJ - 2ª T.; Rel. Min. Carlos Velloso; j. 4/6/2002; v.u. RT 802/145.

forma, conferindo efetividade ao ditame constitucional. Para tanto, se propõe a utilização da mesma lógica empreendida pelo STF ao enfrentar questões atinentes ao direito de imagem: havendo disposição constitucional expressa, e sendo esta na forma de direito fundamental de natureza existencial, deve ser eficaz imediatamente nas relações jurídicas privadas. Dessa forma, é possível tutelar situações fáticas entre particulares cujo único fundamento é a Constituição da República. Reconhecendo-se a efetividade dos princípios constitucionais e sua força normativa e, portanto, enquanto norma, o princípio da dignidade da pessoa humana é hábil a justificar a tutela e aplicação do direito à identidade pessoal nas relações entre particulares.