

**CENTRO UNIVE
RSITÁRIO ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO

**PRECEDENTES JUDICIAIS: A SEGURANÇA JURÍDICA CONFERIDA AO
SISTEMA DE JULGAMENTO BRASILEIRO E SEUS REFLEXOS NOS
DIREITOS DA PERSONALIDADE**

Daniel Oliveira de Barros

Presidente Prudente/SP

2019

**CENTRO UNIVERSITÁRIO “ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO” DE
PRESIDENTE PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO

**PRECEDENTES JUDICIAIS: A SEGURANÇA JURÍDICA CONFERIDA AO
SISTEMA DE JULGAMENTO BRASILEIRO E SEUS REFLEXOS NOS
DIREITOS DA PERSONALIDADE**

Daniel Oliveira de Barros

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do Grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. João Victor Mendes de Oliveira.

Presidente Prudente/SP

2019

**PRECEDENTES JUDICIAIS: A SEGURANÇA JURÍDICA CONFERIDA AO
SISTEMA DE JULGAMENTO BRASILEIRO E SEUS REFLEXOS NOS
DIREITOS DA PERSONALIDADE**

Monografia aprovada como requisito
parcial para obtenção do Grau de
Bacharel em Direito.

JOÃO VICTOR MENDES DE OLIVEIRA

Orientador

DANIEL GUSTAVO DE OLIVEIRA

COLNAGO RODRIGUES

LEONARDO MAZZILLI MARCONDES

Presidente Prudente/ SP, 27 de novembro de 2019

DEDICATÓRIA

Dedico esta conquista ao meu querido pai e à minha querida mãe que em nenhum momento mediram seus esforços para que não apenas eu, como todos os seus filhos pudessem usufruir da melhor educação possível.

“O sucesso nasce do querer, da determinação e persistência em se chegar a um objetivo. Mesmo não atingindo o alvo, quem busca e vence obstáculos, no mínimo fará coisas admiráveis”

José de Alencar

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar e antes de tudo, agradeço a Deus por todas as sortes de bênçãos lançadas sobre mim, por ter me concedido saúde e por ter me dado o discernimento necessário para a conclusão do curso e do presente trabalho.

Ademais, estendo meus agradecimentos a minha família, em especial as pessoas que sempre estiveram do meu lado, e independentemente das adversidades da vida, proporcionaram o melhor para mim. Na pessoa deles fizeram-se presente os exemplos fundamentais à pessoa que eu sou hoje.

À minha mãe Alessandra, meu pai André, meu irmão gêmeo Vinicius, bem como às minhas irmãs Maria Eduarda, Rebeca e Maria Clara, com muito amor e paixão, meus sinceros e profundos agradecimentos.

Agradeço à minha namorada Julia pelo companheirismo inigualável nestes 4 anos de curso, parceria não apenas de vida, mas também na academia jurídica. Sem a sua eterna vontade de ser melhor, os constantes debates jurídicos e o exemplo de pessoa que é, nada disso seria possível.

Agradeço ao advogado Filipe Bueno dos Santos pela minha introdução ao universo jurídico como seu estagiário, sua contribuição para o acadêmico que sou e profissional que serei foi ímpar.

Agradeço ao Dr. Leonardo Mazzilli Marcondes, Juiz de Direito titular da 4ª Vara Cível da Comarca de Presidente Prudente por proporcionar o mais alto nível de conhecimento na área jurídica, bem como no amplo desenvolvimento da minha capacidade frente aos constantes problemas propiciados pelo cotidiano forense.

Por outro lado, agradeço aos demais funcionários da 4ª Vara Cível de Presidente Prudente, os quais tornaram a rotina profissional mais agradável e proporcionaram a maior evolução possível a minha pessoa, sempre com muito respeito e confiança. Neste sentido, agradeço em especial ao Osvaldo pelo auxílio com o presente trabalho, fornecendo materiais relevantes para a sua conclusão, bem como à Sônia pelas correções feitas.

Agradeço ao Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo por me proporcionar inúmeras experiências acadêmicas, as quais muito me auxiliaram em meu crescimento pessoal profissional. Serei eternamente grato pelo tempo que aqui passei.

Agradeço, em especial, ao meu orientador João Victor de Oliveira

Mendes por ter me acompanhado durante a construção desse trabalho. Meus agradecimentos pelo apoio.

Agradeço aos meus examinadores Daniel Colnago e Leonardo Mazzilli Marcondes, os quais sempre me ajudaram na construção de minha carreira profissional. A vocês minha eterna gratidão.

Por fim, agradeço a todos aqueles que direta ou indiretamente contribuíram de alguma forma para a elaboração deste trabalho.

RESUMO

O presente trabalho objetiva propor métodos aptos a serem aplicados com o intuito de conferir maior segurança jurídica ao poder judiciário brasileiro no tocante ao sistema de julgamentos, sobretudo no tocante àqueles relacionados aos direitos da personalidade. Para tanto, primordialmente buscará a introdução do tema acerca dos direitos personalíssimos, destacando desde os seus aspectos iniciais até a atuação jurisprudencial encontrada em casos emblemáticos. Ademais, será realizada uma comparação com as demais legislações internacionais acerca dos precedentes judiciais e do tratamento dos direitos da personalidade para, finalmente, apresentar a problemática situacional, a qual seria o advento do tempo como mecanismo essencial a provocar a insegurança jurídica. Destarte, a solução que melhor se afeiçoa ao fim proposto pode ser verificada na estabilização dos precedentes judiciais, que pode ser alavancado por dois possíveis caminhos, tanto pela mudança no sistema de julgamentos, como pelo desenvolvimento efetivo das varas especializadas em razão do direito nelas discutido. Portanto, o trabalho partirá da análise introdutória sobre os direitos personalíssimos, permeará em seu desenvolvimento pelo direito comparado, bem como pela introdução à problemática, e encontrará seu desfecho em proposta capaz de solucioná-la.

Palavras-chave: Direitos da Personalidade. Jurisprudência. Direito Comparado. Decurso do Tempo. Precedentes Judiciais. Especialização de Varas.

ABSTRACT

The current work aims to propose suitable methods to be applied in order to provide greater legal certainty to the Brazilian judicial branch regarding the judgement system, especially in those related to personality rights. Nonetheless, it will primarily seek the introduction of the theme about the personal rights, highlighting from its initial aspects to the jurisprudential action found in emblematic cases. In addition, a comparison will be made with the auxiliary international legislation on judicial precedents and the treatment of personality rights, to finally present the current situation, which would be the advent of time as an essential mechanism to provoke legal uncertainty. Thus, the solution that best fits the proposed goal can be verified in the stabilization of judicial precedents, which can be shaped in two possible ways, by changing the current system of judgments, as well as the effective development of specialized courts due to the rights discussed in it. Therefore, the thesis will start from the introductory analysis of the personal rights, go through in its development by comparative law, as well as the introduction of the problematic, and will achieve its outcome with a proposal capable of solving it.

Key-Words: Personality Rights. Jurisprudence Comparative Law Advent of Time Judicial Precedents. Specialization of Courts.

LISTA DE SIGLAS

ADPF.....Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

STF Supremo Tribunal Federal

STJ..... Superior Tribunal de Justiça

TJRJ.....Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro

TJSP Tribunal de Justiça de São Paulo

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 CARACTERÍSTICAS BASILARES DO DIREITO DA PERSONALIDADE.....	13
2.1 Breve Introdução Histórica.....	14
2.2 Questões Preliminares a Serem Dirimidas Sobre o Tema.....	17
2.3 O Direito Da Personalidade No Ordenamento Jurídico Pátrio.....	20
2.3.1 Tutela Civil.....	22
2.4 Direitos da Personalidade em Espécie.....	27
2.4.1 Direito à Integridade Física e do Corpo	28
2.4.2 Direito à Imagem	29
2.4.3 Direito à Identidade e nome	30
2.4.4 Direito à Honra	30
2.4.5 Direito à Privacidade e Intimidade	31
2.4.6 Direito à Liberdade	32
2.5 Precedentes Judiciais no Ordenamento Jurídico Pátrio	34
2.5.1 Da Obtenção de Material Genético como Prova x Direitos da Personalidade... 34	
2.5.2 Os Arremessos de Anões x (In)Disponibilização ao Direito à Liberdade	37
3 DIREITO COMPARADO: A SISTEMÁTICA DA PERSONALIDADE E DOS PRECEDENTES	40
3.1 Segundo a Legislação Alemã.....	41
3.2 Segundo a Legislação Italiana	44
3.3 Segundo a Legislação Americana.....	46
3.3.1 Breve Explanação sobre a Common Law	48
3.3.2 Tutela Jurisdicional Propriamente Dita	49
3.3.2.1 Direito à Imagem	50
3.3.2.2 Direito à Liberdade de Expressão	51
3.3.2.3 Direito à Integridade Moral: Mudança de Nome e Sexo dos Transgêneros .	52
3.3.2.4 Direito à Integridade Física: Privacidade e Outros.	53
4 SEGURANÇA JURÍDICA: A RELEVÂNCIA DOS PRECEDENTES E DA JURISPRUDÊNCIA	54
4.1 As Implicações Da Inevitável Evolução Social - Tecnológica.....	54
4.2 Inserção Contextual da Evolução Social da Pessoa Humana.....	57
4.3 Inserção Contextual no Universo Jurídico Apresentado.....	60
4.4 A segurança Jurídica Necessária aos Julgados que Versem Sobre Direitos da Personalidade	63
4.5 Precedentes Judiciais: Um Instrumento Peculiar	70
4.5.1 Da Reclamação	70
4.5.2 Da Superação de Precedentes e suas técnicas.....	72
4.5.3 Do <i>Amicus Curiae</i>	73
5 CONCLUSÕES	75
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	77

1 INTRODUÇÃO

Preliminarmente, na pretensão de proporcionar o melhor entendimento do que se almeja propor com o presente trabalho, cumpre delimitar o objeto de estudo para, desta forma, angariar um melhor desenvolvimento dos aspectos analisados.

No afã de evitar eventual esgotamento, cumpre salientar que não pretende o texto adentrar de forma substancial no estudo dos direitos da personalidade, sobretudo no que tange à sua historicidade, seus aspectos fundamentais e desenvolvimento no ordenamento jurídico brasileiro.

O propósito aqui visado é não apenas aumentar o debate acerca do atual tratamento jurídico propiciado aos direitos ditos da personalidade, pois enfrentam determinados embaraços, mas também propor a eles deslinde, da melhor forma possível, sob a égide do Direito.

As análises iniciais buscam delinear de forma breve o caminho passado pelos direitos da personalidade, versando, em primeiro momento, sobre o seu aspecto histórico e sua conseqüente evolução dentro do ordenamento jurídico brasileiro, chegando à forma como os vemos atualmente.

Ainda em sede das considerações iniciais, cumpriu-se aprofundar nas características basilares do tema proposto, em seus caracteres fundamentais e originários desde seu primórdio, acompanhando sua evolução quanto ao seu tratamento.

Adiante, no âmbito do aspecto legal, ou seja, no modo como se encontra na legislação pátria vigente, demonstraram-se os meios eficazes para se resguardar, processualmente, a tutela civil dos direitos personalíssimos ora lesados.

De forma a encerrar a capitulação preliminar, buscou-se ainda trazer à baila o enfrentamento do poder judiciário destinado aos julgamentos de litígios de maior destaque e de manifesta lesão aos direitos da personalidade.

Para tanto, mostrou-se pertinente a utilização de julgados reais e suas conseqüentes análises, a fim de que se possa estabelecer o caminho pelo qual a jurisprudência tende a modelar os meios pelos quais esses direitos possam vir a ser juridicamente delineados.

De mais a mais, pesquisou-se, por intermédio das benesses do direito comparado, a introdução aos tratamentos jurídicos Italiano, Germânico e

Americano, conferidos aos direitos da personalidade, e acrescentando ainda a segunda faceta principal do trabalho, qual seja o sistema de precedentes judiciais.

Em seguida, o desenvolvimento do tema apontou seu foco para a forma sob a qual se deu a inevitável e constante mutação recaída sobre a sociedade com o advento do decurso temporal. Neste ínterim, tal análise subdivide-se no estudo acerca da evolução social amalhada à pessoa humana de forma mais generalizada, e nas consequências de referida modernização quanto aos seus aspectos jurídicos.

Nesse aspecto, faz-se bem-vinda a problemática do trabalho, pois o revés do decurso do tempo pode ocasionar a insegurança jurídica, caso não observada.

Por derradeiro, apresenta-se as possíveis soluções de enfrentamento, na qual se conclui que, no anseio de proporcionar maior segurança jurídica, faz-se necessária a maior estabilização dos precedentes judiciais no ordenamento jurídico pátrio, utilizando-se, para tanto, do sistema de especialização das varas de acordo com o direito material discutido, sendo esta a proposta final.

Para atingir uma conclusão, fora realizado o uso dos seguintes métodos da pesquisa científica: o método histórico, citando brevemente o contexto histórico do tema em debate; o método dedutivo, pois extraíram-se as conclusões lógicas; e o método exemplificativo, trazendo a prática – real – para o universo teórico, a fim de facilitar a compreensão do direito e de sua atuação no cotidiano.

Por fim, foram utilizados os seguintes recursos de pesquisa: livros históricos (de caráter científico ou não científico); doutrinas nacionais e internacionais; artigos científicos disponíveis na rede mundial de computadores; notícias veiculadas na rede mundial de computadores; e consulta à legislação.

2 CARACTERÍSTICAS BASILARES DO DIREITO DA PERSONALIDADE

Para que sejam atingidas futuramente as devidas conclusões, necessário se torna adentrar ao estudo das mais diversas que edificam o estudo sobre o direito da personalidade.

Como é notório, os direitos fundamentais são diretrizes gerais, garantias de todo o povo – como sociedade – em se ver livre do poder excessivo do Estado, enquanto os direitos da personalidade são fruto de captação desses valores fundamentais regulados no interior da disciplina civilista¹.

2.1 Breve Conceituação Histórica Acerca da Pessoa Natural

A noção que se tem atualmente sobre o que são os conhecidos direitos da personalidade é, em verdade, um conjunto de fatores externos e internos, constitucionais e infraconstitucionais que passam, desde a conceituação histórica e sua evolução, pelas modelações do ordenamento jurídico e sua aplicação, repousando até no conceito que nos cerca nos dias de hoje, tudo, por óbvio, amparado por incessantes estudos e análises, tendo em vista a manifesta grandiosidade do tema.

Ineficaz seria o estudo que trata sobre os direitos da personalidade, sem antes pincelar em sua gênese, afinal, é mais esclarecedora a análise do fim, quando possível se vislumbrar a diluição pelo meio. Baseado nesse conceito, faz-se pertinente dissertar sobre o exórdio do direito da personalidade, a saber, a pessoa natural.

Em que pese o esforço para se disciplinar acerca da pessoa natural, esta é, hoje, temática devidamente sedimentada, que outrora enfrentara, dificuldades para alinhar-se de maneira homogênea com a evolução histórica e social do ser humano, como por exemplo, no Código Civil de 1916.

O atual *Códex Civilis* brasileiro propõe logo na sua inauguração (art. 1º/Código Civil de 2002) breve conceito em relação à pessoa natural, sendo essa: toda pessoa capaz de direitos e deveres na ordem civil. Conceituação esta que, embora pareça efêmera, é recheada de complexidade.

¹ TARTUCE, Flávio. Direito Civil 1 – Lei de introdução e parte geral. Editora Método. 8ª ed. 2012, p.119.

De proêmio, é importante frisar que a nossa legislação civilista é, em verdade, conjunto de normas que visa regulamentar o direito privado, e por meio deste entendemos o direito que recai sobre a esfera de individualidade da pessoa humana.

É direito que garante a liberdade e autonomia do indivíduo, sendo contraposto ao direito público, caracterizado pela supremacia do Poder Público e sua indisponibilidade, de onde irradia, segundo a doutrina de Arthur Kaufmann², uma terceira vertente, chamada de direitos sociais, uma simbiose dos primeiros ditos, tratada como direito misto, público e privado, pois neles existem direitos subjetivos públicos e privados.

Há severas discussões sobre os aprofundamentos desses conceitos, existindo aqueles que advogam contra a divisão tripartite, pois não enxergam como o Poder Público pode colaborar com o direito privado; há os que defendem tratar-se não de direito social, mas sim de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos; e outros que explicam ser um totalmente dependente de outro, como defende Celso Antônio Bandeira de Mello, pois, “*do ponto de vista jurídico, será de interesse público a solução que haja sido adotada pela Constituição ou pelas leis quando editadas em consonância com as diretrizes da Lei Maior*”, sendo a proteção das diretrizes privadas igualmente uma faceta tutelada pelo interesse público³.

Sem esgotar o tema, salienta-se que o direito privado, disposto sobremaneira no Código Civil, sendo regulamentador da liberdade individual da pessoa humana, é fundamental ao estudo da pessoa natural. Não por menos que buscou atualizar-se frente à constante evolução social, como é possível visualizar pela modificação da palavra *homem* por *pessoa*, em consonância com o princípio da igualdade, garantia fundamental e constitucional do nosso ordenamento jurídico, no mesmo art. 1º anteriormente trazido.

Destarte, ante a simbiose necessária de ambos os temas, temos alguns outros atrelados a estes e de fundamental importância. A *personalidade* é um desses pilares, sendo atributo da pessoa natural, é tida como a soma dos caracteres corpóreos e incorpóreos da pessoa natural ou jurídica, ou seja, é reflexo do que a pessoa é, seja no plano corpóreo quanto no social, independentemente da

²KAUFMANN, Arthur. Filosofia do direito. Trad. António Ulisses Cortês. 4. ed. Lisboa: Fundação CalousteGulbenkian, 2010, p. 12.

³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. Editora Método, 2016, p. 69.

consciência ou vontade do indivíduo.

Há autores que ultrapassam esse entendimento, como Spaemann⁴, ao dizer que não basta ser pessoa natural para ter personalidade, mas sim ter a afirmação de consciência, porque “seria esta consciência que conferiria a uma pessoa sua dignidade”.

Neste diapasão, da extensão ou declínio da personalidade é que pode ser extraída a capacidade, seja para a obtenção de direitos, seja para a perfectibilização de seu exercício.

Mas nem sempre o direito privado se adequará de forma célere e coerente às evoluções sociais propostas com o decorrer do tempo. O debate concernente à concepção da personalidade jurídica, por exemplo, por si só, pode ser motivo suficiente para disseminar divergências, tendendo, inclusive, a virar polêmica.

Como podemos observar no art. 2º do Código Civil, onde começa a tratar sobre a personalidade, dispondo que esta “começa com o nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”. Aqui se encontra as problemáticas tanto no que tange ao nascimento com vida, como nos direitos da personalidade concedidos à figura do nascituro.

Em termos bem objetivos, a real concepção desses dogmas implica na resolução de embaraços pertinentes à liberdade individual, à dignidade humana, e conseqüentemente, no entendimento quanto à violação ou não dos direitos humanos inerentes à pessoa natural.

Logicamente, dizer que a personalidade começa com o nascimento com vida significa, em outras palavras, impedir a constantemente debatida legalização do aborto, tema este já sedimentado segundo julgamento da ADPF 54 pelo STF. Advogam contra essa ideia aqueles que visam prevalecer à liberdade do indivíduo (no caso, mãe) de escolher a melhor destinação de seu corpo, estabelecendo um conflito principiológico.

Atualmente, é, inclusive, permitido o aborto em casos excepcionais, como no estupro, ou no caso de feto anencéfalo. Mas nada comparado em relação a solidificar a liberdade da mulher como requisito único para promover a legalização do aborto.

Por outro lado, como o caso do Projeto de Lei nº 10.774/18, alguns

⁴SPAEMANN, Robert. *Persons: the difference between ‘someone’ and ‘something’*. Trad. Oliver O’Donovan. Oxford: Oxford University Press, 2006. P. 120.

buscam dar azo a personalidade entendendo que esta recaia sobre a figura do embrião, antecedendo o nascimento com vida, garantindo dessa forma, todos os direitos civis a este.

Acerca do nascituro se questiona: como foi concebido, mas ainda não nasceu; se seria uma pessoa natural; e mais, se poderia dotar-se de personalidade, inclusive, como César Fiúza⁵ pondera “o legislador parece um tanto quanto pleonástico (...)”, pois esclarece depender do nascimento com vida, o acesso à personalidade, ressalvado, nesse ínterim, o direito do nascituro, não estabelecendo critério claro e evidente a respeito do último.

Enfim, são argumentos sólidos e contrapostos, de ampla discussão, que recaem sobre a questão do reconhecimento e concepção da personalidade à pessoa natural, tamanha a importância e relevância do estudo desse instituto. Não obstante, não ganharão posterior enfoque, uma vez não ser este o objetivo pretendido pelo trabalho.

Ademais, superada as explanações acerca da pessoa natural e da personalidade, outro alicerce importante a ser destacado é sobre a *capacidade*, definida por Maria Helena Diniz⁶ como “medida jurídica de personalidade”, sendo subdividida em: capacidade de fato e capacidade de direito.

A última sendo aquela inerente à personalidade, sendo perdida apenas com o advento da morte; e a primeira, dependente da consciência individual apta à prática dos atos de natureza privada. A somatória das duas produz a chamada capacidade civil plena, de modo que a ausência de uma destas, na equação, resulta na chamada incapacidade civil na qual “consiste na restrição legal ao exercício dos atos da vida civil, devendo ser sempre encarada estritamente, considerando-se o princípio de que a capacidade é regra e a incapacidade a exceção”⁷.

Da incapacidade civil acima descrita extraem-se institutos importantes do nosso ordenamento pátrio, como por exemplo, os efeitos irradiados da incapacidade absoluta ou relativa do indivíduo, assim como dos excepcionais e dos pródigos no âmbito do universo jurídico e social.

2.2 Questões Preliminares a Serem Dirimidas Sobre o Tema

⁵ FIUZA, César. Código Civil Anotado. Editora Juruá, 2ª ed., 2004, p. 24.

⁶ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. Ed. Saraiva, 2002, 19ª ed, p. 135.

⁷ DINIZ, Maria Helena. Código Civil Anotado. Ed. Saraiva, 2002, 3ª ed. p.12.

Carlos Alberto Bittar⁸, em obra datada de 1995, dedicada exaustivamente aos estudos dos direitos da personalidade, bem sintetiza o que foi visto no capítulo anterior ao dizer que “consideram-se como da personalidade os direitos reconhecidos à pessoa humana tomada em si mesma e em suas projeções na sociedade, previstos no ordenamento jurídico exatamente para a defesa de valores inatos no homem”.

Nada obstante, os estudos concernentes à personalidade humana como direito encontraram em sua trajetória turbulentas ponderações até chegar à disposição hoje compreendida, a qual vale destacar, ainda não encontra nenhuma base sólida para se estruturar.

Bittar busca em sua doutrina elencar uma série de dificuldades acerca dos ditos estudos desde aquela época, seja em divergências doutrinárias no tocante à própria existência, natureza, extensão e especificação; o caráter relativamente novo de sua construção teórica; a ausência de uma conceituação global definida; e de um enfoque sob ângulos diferentes, pelo direito positivo – público e privado – visando à sua distinção.

Levando em consideração que sua obra data de mais de duas décadas atrás, pode-se considerar que poucas mudanças, mesmo com o advento do Código Civil de 2002 e o aumento das jurisprudências e doutrinas a respeito, serão efetivamente arguidas a favor do instituto estudado.

Isso, logicamente, faz parte do núcleo do direito da personalidade, pois, como dito preliminarmente, é direito que constantemente modifica e é modificado, amplamente atrelado às evoluções sociais e tecnológicas, motivo pelo qual se faz necessário, em um tópico, dissertar acerca de questões um tanto quanto pertinentes ao seu desenvolvimento.

Ao pegar as dificuldades elencadas uma a uma, pode-se perceber que as divergências continuam existindo, vide a questão do aborto até hoje discutida; ao passo que sua construção teórica, em que pese ter avançado, ainda carece de desfecho definitivo.

Nesse passo, globalmente analisando, os direitos da personalidade variam de país a país, cultura a cultura, legislação a legislação, sendo irrazoável

⁸ BITTAR, Carlos Alberto. Os Direitos da Personalidade, Rio de Janeiro, Editora Forense universitária, 1995, p.1.

apontar uma conceituação global apta à tamanha função; talvez a maior dificuldade elaborada atualmente tenha sido a visão distinta, sob o enfoque do direito positivo, seja público ou privado, oportunizando as distintas feições do instituto.

Vislumbra-se, portanto, a questão em torno das liberdades públicas, ou seja, o mesmo direito da personalidade pode se modificar quando defronte uma relação privada, ou quando em frente a uma relação pública (pessoa x estado). Nada mais que os mesmos direitos, sob planos distintos. Isso quer dizer que na relação pública, ainda assim, devem ser observados determinados direitos.

No tocante à natureza, concluem-se os entendimentos homogêneos sob a perspectiva global, como verificado na Itália, França, Espanha, ou seja, “direitos ínsitos na pessoa, em função de sua própria estrutura física, mental e moral. Daí são dotados de certas particularidades que lhes conferem posição singular no cenário dos direitos privados.”⁹.

Os caracteres da personalidade merecem destaque. Com efeito, são considerados absolutos, tendo em vista que conferem ao seu titular, ora possuidor dos bens mais importantes ao ser humano, proteção eficaz. Não obstante, nossa legislação considera-os como sendo, em regra, intransmissíveis e indispensáveis, de tal sorte que deles seu titular não pode dispor.

As exceções oportunas aos caracteres residem no fato da existência de rol exemplificativo e imprevisível de direitos que, embora de suma importância ao seu titular, são mais interessantes quando disponíveis.

É o caso, por exemplo, dos direitos autorais, os quais, embora frutos exclusivos de seu titular, dos mesmos podem obter-se um acréscimo econômico. Há quase uma sobreposição de direitos, porque aqui se prepondera a liberdade individual frente à construção intelectual (também individual), de modo a não fazer as duas perderem sua essência intrínseca quanto direitos da personalidade.

Vale-se frisar que, se pensarmos em épocas antecedentes, não haveria o que se falar sobre direitos autorais, sobretudo, bibliografias de pessoa afamada; ou a imagem concedida em *reality shows* ou obtidas por intermédios de *drones*; a parcela do corpo para fins altruísticos e científicos, visando um transplante inédito no ramo medicinal, por exemplo.

Enfim, alguns exemplos do que poderia ser tido como um rol

⁹ BITTAR, Carlos Alberto. Os Direitos da personalidade. Rio de Janeiro, Editora Forense universitária, 1995, p.5.

exemplificativo, já sedimentado sobre tais direitos, e a inevitável e imprevisível inclusão de outros tantos. De modo que, tornando-se disponíveis, pela via correta e juridicamente aceita, podem ser mais bem utilizados por terceiros nos termos ajustados, conferindo benefícios para ambas as partes.

Por fim, objetivando concluir as questões preliminares, e complementar o raciocínio supra (e até contrapor o ideal de ineditismo), há que se falar dos direitos que já se encontram devidamente sedimentados, não apenas em âmbito nacional, reconhecidos não só no nosso próprio ordenamento jurídico, mas sim, mundialmente, de acordo com as mais variadas doutrinas e jurisprudências.

Adriano de Cupis¹⁰ especifica-os como: direito à vida, e à integridade física; às partes separadas do corpo e ao cadáver; à liberdade; à honra e respeito ao resguardo; ao segredo; à identidade pessoal; ao título; ao sinal figurativo; e o direito moral do autor.

E em que pese, diversos autores buscarem categorizá-los, Castan Tobeñas, Orlando Gomes, Limongi França, e outros, sob diversos aspectos, tais como os direitos relativos à existência física, os direitos do tipo moral, da integridade intelectual, da pessoa natural, etc., outrora, o que parece mais razoável é o trazido por Bittar¹¹, ao levar em consideração a imprevisibilidade do instituto, ponderando que referem-se, de um lado, à pessoa em si, e de outro, à sua posição frente a outros seres na sociedade, representando, respectivamente, o modo de ser da pessoa e suas projeções na coletividade. Ou seja, um posicionamento mais flexível frente à generalização e imprevisibilidade do campo estudado.

2.3 Os Direitos da Personalidade no Ordenamento Jurídico Brasileiro

Tendo em vista que a tutela da pessoa humana, e aqui inclusa a sua personalidade, seja algo objetivado desde os princípios dos tempos humanos, independentemente de qualquer positivação legislativa, o mesmo não pode ser aferido aos direitos que recaem sobre a pessoa e sua posição na sociedade, os direitos à personalidade, sobretudo, quanto a um corpo legal positivado e respaldado

¹⁰ CUPIS, Adriano de. Os direitos da personalidade. Trad. de Adriano Vera Jardim e Antonio Miguel Caeiro. Lisboa, Liv. Moraes Editora, 1961, p.19.

¹¹ BITTAR, Carlos Alberto. Os Direitos da Personalidade. Rio de Janeiro, Editora Forense universitária, 1995, p. 17.

por instituto jurídico nacional, é fato um tanto quanto mais recente.¹²

As primeiras pinceladas acerca de tal afirmação podem ser vislumbradas à época do Brasil Colônia, meados do século XVI, sob a presença das Ordenações Manuelinas, amparadas quase que totalmente na legislação portuguesa, pois como observado por Antonio Carlos Wolkmer¹³ em sua obra dedicada ao estudo da história do direito brasileiro, o Direito vigente no Brasil-Colônia foi transferência da legislação portuguesa contida nas compilações de leis e costumes conhecidos como Ordenações Reais, estas que englobavam as Ordenações Afonsinas (1446), as Ordenações Manuelinas (1521) e as Ordenações Filipinas (1603).

À época, a guarida sobre a personalidade era feita de forma genérica e assim persistiu na legislação conseguinte (Ordenações Filipinas) até a entrada em vigência do Código Civil brasileiro em 1916.

Referido Código não continha normas sobre matéria, seguia a estruturação geral proposta pelos diplomas de influência francesa, quando tutelou os direitos da personalidade; destarte, fazia-o de forma assistemática, sem qualquer distinção pormenorizada com os demais direitos ali previstos, como pode ser verificado no art. 666, X, o qual fazia referência ao direito de imagem (de retratos ou bustos), ou no art. 671, parágrafo único, acerca do sigilo de correspondência, e o direito moral ao autor, previsto nos artigos 649, 650, 651 e 658, como última tutela.

A proteção mais sólida viria apenas a ser destacada em leis apartadas ou na legislação penal, as quais eram utilizadas como fontes subsidiárias nos casos de lacuna normativa. Por via de diversas figuras, inseridas no Código, contam esses direitos com a tutela repressiva, no âmbito de sua preservação contra atentados advindos de outras pessoas, e em ações tipificadas como crimes.¹⁴ É o caso da Lei nº 4.117/1962, que dispunha sobre o Código Brasileiro das Telecomunicações, e a Lei nº 6.538/1978, a qual tratava dos crimes contra o serviço postal.

Em sede de lei apartada, a personalidade viria a ser destacada: (a) no Decreto 20.931/1932, o qual proibia a esterilização no exercício da medicina; (b) na

¹² DONEDA, Danilo. Os direitos da personalidade no código civil. Artigo científico da Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano VI, nº 6 – Junho 2005, p. 36. Disponível em: uniflu.edu.br/arquivos/Revistas/Revista06/Docente/03.pdf.

¹³ Cf. WOLKMER, Antonio Carlos. História do direito no Brasil. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 44.

¹⁴ BITTAR, Carlos Alberto. Os Direitos da Personalidade. Rio de Janeiro, Editora Forense universitária, 1995, p. 47.

Lei nº 4.280/1963, a qual versava sobre a extirpação de órgãos e transplantes, bem como da utilização de cadáveres para fins terapêuticos e científicos, sendo certo que a mencionada lei sofreu alterações pela Lei nº 5.479/1968 e Lei nº 8.489/1992; e (c) na Lei de nº 5.988/1973 que passou a dispor sobre a regulamentação dos direitos autorais.

Tal cenário viria a mudar com o advento de Orlando Gomes¹⁵ em 1960, dedicando 16 artigos de seu anteprojeto à tutela dos direitos da personalidade, sem, porém, fazê-lo de forma exclusiva em dois capítulos introduzidos no livro das Pessoas.

Justificava tal introdução com o objetivo de preservar o respeito à pessoa humana, e ainda frisar a distinção entre esse direito e os direitos do homem, visando resguardar a pessoa de outros homens (ou da relação privada), ou evitar o seu auto sacrifício¹⁶.

Tal premissa fora implementada com o advento da Constituição Federal de 1988, a qual buscava a inserção da tutela aos direitos da personalidade, como prerrogativa do princípio fundamental da proteção à dignidade da pessoa humana, não à toa, encontrado no inciso III do primeiro artigo da Magna Carta.

Por sua vez, o Código Civil Brasileiro de 2002 enunciara os direitos da personalidade na Parte Geral, Livro I (Das Pessoas), no Título I (Das Pessoas Naturais), no Capítulo II (de nomeação “dos direitos da personalidade”, arts. 11 a 20).

Ainda assim, o texto legal pouco apresentava sobre matéria, subsistia a ideia de que o tema era complexo e de significação ética essencial, como bem observa Bittar¹⁷, deixando seu desenvolvimento natural ser tocado pelo aperfeiçoamento tanto da doutrina, como da jurisprudência.

Nesse escopo, no mesmo ano em que a referida Codificação entrou em vigor, foram propostos dois Projetos de Lei sob os números 6.960/02 e 7.312/02. O primeiro, e atualmente arquivado, buscava a mudança da redação dos arts. 11 e 12 (que abre o Cap. II), de modo a ser ampliado o rol dos direitos da personalidade ali descrito e suas características.

¹⁵ SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 135.

¹⁶ BITTAR, Carlos Alberto. Os Direitos da Personalidade. Rio de Janeiro, Editora Forense universitária, 1995, p. 39.

¹⁷ BITTAR, Carlos Alberto. Os Direitos da Personalidade. Rio de Janeiro, Editora Forense universitária, 1995, p. 40.

Com efeito, tais artigos introduzem certas características sobre os direitos da personalidade, que salvo caso previsto em Lei, serão intransmissíveis ou irrenunciáveis (art. 11). O artigo seguinte permite que se exija a cessação da ameaça ou lesão a direito da personalidade, ressaltando a possibilidade do cônjuge ou parente o fizer no caso de morte do titular.

Por sua vez, os artigos 13, 14 e 15 vêm tratar sobre a disposição do próprio corpo:

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

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

Art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica¹⁸.

É fácil perceber que os dois primeiros artigos vieram solidificar entendimentos anteriormente considerados, como a disposição de parte do corpo para fins de transplante e do cadáver para fins altruísticos e científicos.

O artigo 15 vem dispor sobre o direito à vida, mas Szaniawski¹⁹, por meio de sua interpretação extensiva vem dar novo colorido a esse artigo, afirmando englobar-se nesse conceito o direito à liberdade e à autonomia de vontade do paciente, ressaltando o papel do interesse público nesse tocante, limitando tais direitos nos casos como, por exemplo, de vacinação obrigatória.

Os artigos 16 a 19, como dispostos:

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

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

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

Art. 19. O pseudônimo adotado para atividades lícitas goza da proteção que se dá ao nome²⁰.

¹⁸ BRASIL. Lei nº 10.406, de 2002 (Código Civil). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.html. Acesso em: 08, maio. 2019.

¹⁹ SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 187-188.

²⁰ BRASIL. Lei nº 10.406, de 2002 (Código Civil). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.html. Acesso em: 08, maio. 2019.

O primeiro, por mera leitura, visa tutelar o nome do indivíduo, sendo vedado seu emprego por outrem nas disposições elencadas pelos artigos seguintes (17 e 18), estendendo esta proteção ao pseudônimo adotado para atividades lícitas (art. 19).

Sobre o artigo 19 é o que o segundo Projeto de Lei, anteriormente visto, buscava tratar (7.312/02), buscando, destarte, dar conceito ampliado a este, pela introdução tanto do cognome, como do nome artístico.

Sem prejuízo, o aludido Capítulo II do Código Civil de 2002, encerra-se pelos artigos 20 e 21. A saber:

Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais. Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes.

Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma²¹.

O encerramento se faz por artigos de conteúdo de maior complexidade. O primeiro traz em seu escopo direitos da personalidade atinentes à privacidade, segredo, própria voz, própria imagem e honra, que podem ser violados isoladamente ou em conjunto²², que encontra propostas de mudanças no seu parágrafo único, também, pelo PL 7.312/02.

O último, por fim, alude à necessidade de uma requisição do interessado ao Estado-Juiz, para que este possa fazer valer o impedimento ou cessação de qualquer ato contrário à vida privada da pessoa natural. Para Szaniawski²³ causa estranheza a necessidade da requisição, para ele “haveria verdadeira proteção da personalidade se apenas fossem permitidas as citadas divulgações mediante autorização expressa do interessado, não necessitando de requerimento para proibi-las”.

²¹ BRASIL. Lei nº 10.406, de 2002 (Código Civil). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.html. Acesso em: 08, maio. 2019.

²² SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 190-191.

²³ SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 191.

2.3.1 Tutela civil

Como exposto até o presente, observa-se que os direitos da personalidade encontram guarida no ordenamento jurídico pátrio tanto no âmbito constitucional como no penal e, sobretudo, no civil.

Visando pormenorizar a “proteção por meio de instrumentos de preservação da pessoa no circuito privado, contra investidas de particulares e na salvaguarda de seus mais íntimos interesses, dentro da liberdade e da autonomia própria de cada ser”, como disposto por Bittar²⁴, no reconhecimento da tutela cível dos direitos da personalidade, é o que se pretende sustentar, mesmo que de forma breve, este capítulo.

A tutela, de modo geral, pode vir a compreender diversas formas de reação, seja objetivando a cessação de prática lesiva, a apreensão de materiais oriundos dessas práticas, a submissão do agente à cominação da pena, a reparação de danos no seu âmbito material e moral, a consequente perseguição criminal do agente, dentre outros.

O meio de reação a ser adotado vai depender da lesão desferida ao direito de personalidade do indivíduo, possibilitando a este, de interesse imediato, a melhor fórmula possível.

Destarte, vislumbram-se duas formas de proteção dos direitos personalíssimos a serem adotadas: a *preventiva*, quando feita por meio de tutela provisória em consonância com a redação do CPC/15, ou ordinária, com multa cominatória, buscando evitar a concretização da ameaça de lesão ao direito da personalidade, portanto, de caráter eminentemente inibitório; ou *repressiva*, quando o objetivo é impor uma sanção civil ou penal para os casos de já haver ocorrida referida lesão, por sua vez, de caráter eminentemente reparatório.

Na primeira, a título meramente exemplificativo, insurge especial relevo a ação de busca e apreensão, pois como alude Bittar²⁵, visa retirar de circulação eventual material lesivo, pondo fim à ação ilícita e permite a pronta detecção dos prejuízos havidos, sendo reclamáveis, a posteriori, por meio de ação de reparação de dano. Ação esta de maior alcance dentre as proposições possíveis, permitindo a

²⁴BITTAR, Carlos Alberto. Os Direitos da Personalidade, 1995, Rio de Janeiro, Editora Forense universitária, p. 47.

²⁵ BITTAR, Carlos Alberto. Os Direitos da Personalidade, 1995, Rio de Janeiro, Editora Forense universitária, p. 49.

satisfação pelos prejuízos causados.

No que tange aos direitos autorais, por outra senda, se faz possível a utilização das ações possessórias, vislumbrando a defesa aos atos de agressão no âmbito do aspecto patrimonial destes direitos, podendo, por exemplo, buscar o autor a retirada de circulação de material que contenha uso indevido de imagem alheia em publicidade.

É cediço, portanto, que as violações aos direitos da personalidade acarretam graves consequências na esfera pessoal do indivíduo, de modo a se impor danos de origem extrapatrimoniais (moral), sendo reparável por tutela específica ou reparação de danos.

De tal sorte que, flagrante a lesão infringida aos direitos personalíssimos, torna-se dispensável a produção probatória dos fatos, por isso afirmar ser a prova do dano moral *in re ipsa*, isto é, ínsita ao próprio fato, caracterizada pela simples violação da personalidade e da dignidade do titular, sendo a exposição doutrinária de Nelson Rosenthal²⁶. Até mesmo porque a dor, a vergonha, o desgosto, a aflição, etc., é a eventual consequência do dano extrapatrimonial e não a sua essência, o seu conteúdo, como bem complementa Maria Celina Bodin²⁷.

Destarte, é possível vislumbrar a afirmativa de que todo dano moral é decorrente de violação a um ou alguns direitos da personalidade. E como não perfazem em rol taxativo, pelo contrário, é cláusula geral da proteção da dignidade da pessoa humana, é que devem ser individualizados conforme a violação ocorrida, razão esta pela qual, segundo os ensinamentos de Rosenthal²⁸, a reparação será autônoma e independente, e que a depender do dano causado, poderá incidir a cumulação entre estes (dano moral e estético, ou dano moral com dano moral, por ex.), de previsão solidificada pela Súmula 387 do Superior Tribunal Federal.

Há autores que defendem ser a solução de reparar patrimonialmente um dano extrapatrimonial, uma solução inócua, como bem salienta Anderson Schreiber²⁹, o qual propõe a despatrimonialização, não já do dano, e sim da

²⁶ ROSENTHAL, Cristiano Chaves de Farias Nelson. Curso de Direito Civil, parte Geral e LINDB, 2012, Bahia: Editora Juspodvim, p. 189.

²⁷ DE MORAES, Maria Celina Bodin. Danos à pessoa humana. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2016, p. 131.

²⁸ ROSENTHAL, Cristiano Chaves de Farias Nelson. Curso de Direito Civil, parte Geral e LINDB, 2012, Bahia: Editora Juspodvim, p. 190.

²⁹ SCHREIBER, Anderson. Novas tendências da responsabilidade civil brasileira. Revista Trimestral

reparação. Isto é, utilizar-se de meios não pecuniários, que sem substituir o importe financeiro, associem a ela objetivando efetivamente a reparação do prejuízo moral.

Salienta-se, por fim, que naturalmente, a tutela reparatória deve ser subsidiária da inibitória. Marinoni³⁰ esclarece esse desfecho ao dizer que “se o dano não é elemento constitutivo do ilícito, podendo este último existir independentemente do primeiro, não há razão para se admitir uma tutela que leve em consideração apenas o ilícito, deixando de lado o dano.”

O Ilustre doutrinador quis dizer que dano e ato ilícito são figuras distintas, de tal sorte que para cada um corresponde uma tutela apropriada. A tutela inibitória, como objetiva prevenir algo, não pressuporá dano em sua contextualização, e sim a iminência de um ato ilícito; o qual difere de reparatória, que prevê em seu arcabouço a ocorrência de um dano, para que seja possível exercer sua finalidade.

De mais a mais, ao passo que se modificam, expandem e evoluem os objetos passíveis de violação ao direito da personalidade - hoje pode-se utilizar a internet ou recursos tecnológicos (smartphones, ex.) sendo um dos maiores meios propagadores de violação aos direitos de personalidade, como a divulgação de música sem a correspondente autorização, nos canais virtuais – mais aumenta a gama de possibilidades de se buscar efetivar a tutela civil correspondente, levando-se sempre em consideração a individualização da lesão sofrida.

2.4 Direitos da Personalidade em Espécie

Mister saliente-se, como visto, que os direitos aqui estudados não se comportam em rol taxativo, adstrito ao que se pretendeu o legislador ao fazimento do Código Civil. Pelo contrário, é direito *latu sensu*, de interpretação extensiva, meramente exemplificativa, pois de outra forma não haveria como ser.

Em primeiro e oportuno momento, por se tratar de múltiplos bens jurídicos, protegidos juridicamente, que ingressam no cenário esculpido pelos direitos da personalidade, os quais distribuídos de forma mais correta, destacam-se como bem pondera Limongi França³¹: nos direitos físicos, psíquicos ou morais.

de Direito Civil. Rio de Janeiro: Padma, v. 22, 2005, p. 65.

³⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. A tutela Inibitória. São Paulo, Ed. RT, 2003. 3aEd. P. 37.

³¹ FRANÇA, Rubens Limongi. Manual de Direito Civil. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1972. T.

Sendo certo que o primeiro plano é destacado na pessoa como ser individual, destacando-se pelos seus dotes físicos, elementos extrínsecos à personalidade. Por sua vez, a esfera psíquica está volvida para os atributos de inteligência ou sentimento, comportando elemento íntimo da personalidade. Por último giro, os direitos morais, como já destacados anteriormente, são a qualidade da pessoa em razão de uma valoração da sociedade³².

Superada a questão referente aos bens jurídicos, que, por si só, sobreleva a gama de possibilidade acerca da personalidade, suas lesões e tutelas, deve-se levar em consideração os caracteres atinentes aos direitos da personalidade, no que tange à evolução social.

Isso porque é inviável a positivação e tutela de direitos que constantemente são renovados, seja por vontade da doutrina, jurisprudência, fenômenos fatídicos, casos emblemáticos, *leading cases*, e tantos outros, que trazem esse fator de imprevisibilidade nos casos concretos, fato que será mais bem explorado em momento oportuno.

Não obstante, o legislador positivou sim, com o advento do Código Civil em 2002, certos direitos considerados como da personalidade, elencando-os nos artigos 11 ao 21, os quais ganharão breve destaque, para não esgotar a pretensão do presente trabalho.

2.4.1 Direito à integridade física e do corpo

Esculpida no art. 13 do Códex³³: “Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes.” O corpo é de grande expressão para a pessoa, enquanto indivíduo, o qual acompanha este invariavelmente desde a concepção até a morte.

É a possibilidade da disposição do indivíduo quanto à sua integridade física, sob determinadas circunstâncias. Afinal, as responsabilidades sobre os atos de disposição do próprio corpo recairão sobre este, não havendo que se falar, em

1, v.2, p. 113.

³² BITTAR, Carlos Alberto. Os Direitos da Personalidade. Rio de Janeiro, Editora Forense universitária, 1995, p. 63.

³³ BRASIL. Lei nº 10.406, de 2002 (Código Civil). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.html. Acesso em: 08, maio. 2019.

regra, de interferências alheias, como a Estatal.

A tutela aqui é direcionada à incolumidade física e intelectual do indivíduo. Como ilustra de forma clara George Marmelstein³⁴:

[...] toda pessoa que esteja em pleno gozo de suas faculdades mentais e tenha condições concretas e autênticas de tomar por si só próprio as decisões que lhe dizem respeito tem o direito fundamental de dispor do próprio corpo da forma como bem entender, desde que não prejudique o direito de terceiros, não podendo o Estado, ressalvadas algumas situações bem peculiares, interferir no exercício desse direito.

Abre-se destaque para a disposição corporal, por exemplo, consoante as técnicas de inseminação artificial, procedimentos estéticos, situações de emergências e para fins de transplantes, ou seja, sob as mais diferentes formas, a destinação do corpo deve ter a finalidade do exercício da vida social normal.

2.4.2 Direito à imagem

Bittar³⁵ define este direito como aquele “que a pessoa tem sobre a sua forma plástica e respectivos componentes distintos que a individualizam no seio da sociedade”.

Sob mesmo vértice, amplia o conceito Hermano Durval³⁶ ao afirmar que “direito à imagem é a projeção da personalidade física (traços fisionômicos, corpo, atitude, gestos, sorrisos, indumentárias, etc.) ou moral (aura, fama, reputação, etc.) do indivíduo (homens, mulheres, crianças ou bebê) no mundo exterior”.

É direito que se reveste de todas as características comuns à personalidade, ao passo que ganha destaque frente à sua grande possibilidade de disposição, frente à prática humana publicitária.

É inerente a qualquer pessoa, independentemente de sua idade, sexo ou etnia, estando viva ou morta.

Capitulado no art. 20 do Código Civil, pode variar sua incidência a depender da pessoa tutelada, afinal, não é difícil perceber que o indivíduo de

³⁴ MARMELESTEIN, George. Existe um direito fundamental de dispor sobre o próprio corpo? Disponível em: <https://direitosfundamentais.net/2008/11/03/existe-um-direito-fundamental-de-dispor-sobre-o-proprio-corpo/>. Acesso em 14 de maio, 2019, p. 01.

³⁵ BITTAR, Carlos Alberto. Os Direitos da Personalidade. Rio de Janeiro, Editora Forense universitária, 1995, p. 87.

³⁶ DURVAL, Hermano. Direito à imagem. São Paulo: Editora Saraiva, 1988, p. 105.

ampliado reconhecimento, trabalhará com a sua imagem sobremaneira, e deverá tê-la sob os cuidados jurídicos, se comparado a uma pessoa que não possua tais características.

É justamente neste tocante que versam as mais emblemáticas jurisprudências, sobretudo, com o advento do desenvolvimento tecnológico e das mídias sociais, onde a divulgação da imagem se encontra cada vez mais facilitada.

A tutela aqui recai, como explicita Bittar³⁷, sobre uma tríplice esquematização protetiva, abrangendo as ordens administrativas, penal e civil da pessoa.

2.4.3 Direito à identidade e nome

Encontrado nos artigos 16 a 18 do Código Civil, o direito à identidade e ao nome são direitos fundamentais, individuais e inerentes a qualquer pessoa. É um dos poucos direitos de cunho moral, uma vez constituído pela ligação entre o indivíduo e a sociedade.

Possui duas principais características, quais sejam a individualização da pessoa e a de evitar confusão com outra.

Tutela-se aqui a identidade, atributo ínsito à personalidade humana. E como enfatiza Carlos Alberto³⁸, o direito essencial aqui é o nome, mas, nessa toada, merece guarida os seus acessórios, tais como o pseudônimo, a alcunha e o hipocorístico, ou até o nome da pessoa jurídica visando distingui-la no universo empresarial.

2.4.4 Direito à honra

De forma semelhante ao direito à identidade e ao nome, também pode ser encaixado no rol dos direitos da personalidade de cunho moral e inerente ao ser humano, desde o seu nascimento até após sua morte, fato curioso e controverso ao disposto no art. 6º do Código Civil, mas já sedimentado em sede de doutrina e

³⁷ BITTAR, Carlos Alberto. Os Direitos da Personalidade. Rio de Janeiro, Editora Forense universitária, 1995, p. 93.

³⁸ BITTAR, Carlos Alberto. Os Direitos da Personalidade. Rio de Janeiro, Editora Forense universitária, 1995, p. 121.

jurisprudência.

Claudio Godoy³⁹ vem a trazer esclarecimentos sobre esse direito, sendo:

Emanação direta da personalidade do homem, de sua condição humana mesmo, que supõe não só um elemento corpóreo, como também, ao que já visto, um componente espiritual, revelado pela dignidade que se lhe reconhece, a honra compreende, em seu significado, noções como a da autoestima, da consideração, mas também da boa fama, do bom nome, da reputação que ao indivíduo se atribui.

Tomando do conceito supra, podemos dizer que a funcionalidade do reconhecimento da honra como direito de personalidade está ligado de forma íntima à honra objetiva da pessoa, sendo certa a sua reputação, bom nome, fama, etc., ou a sua honra subjetiva quando almeja a consciência da própria dignidade, a profundidade sentimental do indivíduo, abarcando sua autoestima.

Protege-se nesse aspecto, como bem elucidado por Bittar⁴⁰, a reputação ou a consideração social da pessoa, a fim de permiti-la a estar em paz na sociedade e a própria preservação da dignidade humana.

É razoável perceber a íntima conexão da honra com a dignidade humana, por tal motivo, qualquer ato lesivo a esta, configurará lesão também ao princípio da dignidade da pessoa humana, uma máxima no nosso ordenamento jurídico, o que por sua vez, será devidamente tutelado.

2.4.5 Do direito à privacidade e intimidade

Há na doutrina discussões acerca das divergências conceituais entre ambos os direitos, sendo cediço que a privacidade atinge a psique individual da pessoa de forma mais abrangente, ao passo que a intimidade tem caráter mais personalíssimo, não por menos, caracterizado por Nunes Junior⁴¹ como “espécie de privacidade qualificada”.

Em que pese o esforço e a pertinência de tais debates, esse direito

³⁹ GODOY, Claudio Luiz Bueno. A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade. São Paulo: Editora Atlas, 2008, p. 28.

⁴⁰ BITTAR, Carlos Alberto. Os Direitos da Personalidade. Rio de Janeiro, Editora Forense universitária, 1995, p. 121.

⁴¹ NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. A proteção constitucional da informação e o direito à crítica jornalística. São Paulo: FTD, 1997, p. 179.

busca consubstanciar mecanismos de defesa contra injunções, indiscrições ou intromissões alheias. Quando há atentado a aspectos particulares ou íntimos da vida da pessoa, em sua consciência ou em seu circuito próprio, compreendendo-se o seu lar, a sua família e correspondência⁴².

É no ramo do direito à privacidade que se pretende estender parcela deste trabalho, sobretudo atrelado aos avanços tecnológicos. Não soa estranho aos ouvidos, atualmente, falarmos de *drones* que sobrevoam a propriedade privada, violando a privacidade de uma pessoa, ataques *hackers* que visam propagar dados alheios (inclusive, bancários), invasão virtual de *webcams* e diversos outros artifícios; pelo contrário, estão se fazendo cada vez mais presentes.

2.4.6 Do direito à liberdade

Este segmento do direito está inserido naqueles de cunho psíquico. Dentre os elencados até o presente, poderia ser destacado como um dos de maior relevância, encontrando, inclusive, ampla guarida internacional, como na Declaração Universal dos Direitos Humanos, Convenção Americana de Direitos Humanos, e outros.

O bem jurídico tutelado aqui é a liberdade, definida por Bittar como a faculdade de fazer ou deixar de fazer, aquilo que à ordem jurídica se coadune.⁴³ É prerrogativa fundamental ao desenvolvimento da pessoa humana, enquanto ser sociável, sendo, para tanto, bem indisponível (admitindo sua disponibilidade em casos ressalvados).

Em termos de aprofundamento, acerca da liberdade de *expressão e comunicação*, assim destaca Edilsom de Farias⁴⁴, ao dissertar sobre ambos os conceitos:

A liberdade de expressão e comunicação é atualmente entendida como um direito subjetivo fundamental assegurado a todo cidadão, consistindo na faculdade de manifestar livremente o próprio pensamento, ideias e opiniões

⁴² BITTAR, Carlos Alberto. Os Direitos da Personalidade. Rio de Janeiro, Editora Forense universitária 1995, p. 102.

⁴³ BITTAR, Carlos Alberto. Os Direitos da Personalidade. Rio de Janeiro, Editora Forense universitária 1995, p. 97.

⁴⁴ FARIAS, Edilsom Pereira de. Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. Sergio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre, 2008, p. 128 e ss.

através da palavra, escrito, imagem ou qualquer outro meio de difusão, bem como no direito de comunicar ou receber informação verdadeira, sem impedimentos nem discriminações.

É importante frisar que há distinção entre ambos, sendo distinto, por suposto, a proteção jurídica cabível na respectiva lesão. Já a expressão seria a capacidade da pessoa humana exprimir os seus pensamentos (*latu senso*), a comunicação seria a capacidade e forma de expressá-los.

Por outro giro, quando falamos de liberdade de *pensamento*, pertinente o ensinamento de Gilberto Jabur⁴⁵, vez que, para este, seria “atividade intelectual através da qual o homem exerce uma faculdade de espírito, que lhe permite conceber, raciocinar ou interferir com o objeto eventual, exteriorizando suas conclusões mediante uma ação”.

De mais a mais, pela *informação*, compreende-se o direito fundamental, positivado no quinto constitucional: “IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”, aquele que estabelece a prerrogativa tanto de informar, como de ser informado. Seria espécie coadunada com o direito ao pensamento supra estabelecido, o resultado da exteriorização efetiva deste.

Por fim, a liberdade de *imprensa* que, de forma semelhante acima vista, pode ser coadunada ou até extraída do direito à informação. A imprensa tem o papel de exteriorizar uma informação à coletividade.

E por mais simples que pareça, com as já debatidas evoluções tecnológicas, a imprensa tem recebido importante destaque recentemente. Para tanto, basta ver o crescimento exponencial do fenômeno das *Fake News*, que se utilizam da aparelhagem que a imprensa proporciona, objetivando a propagação e disseminação de informações de alçada inverídica.

O fenômeno, começado nos Estados Unidos, pode ser exemplo pertinente e recente, além de sintetizar a função e importância de não apenas se tutelar os direitos da personalidade abrangidos pela liberdade, como de aprofundar os estudos neste sentido, tendo em vista as lesões que podem vir a causar.

2.5 Precedentes Judiciais no Ordenamento Jurídico Pátrio

⁴⁵ JABUR, Gilberto Haddad. Liberdade de pensamento e direito à vida privada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 45.

O objetivo do exposto até o momento foi de justamente servir como alicerce para fazer possível, diluir os entendimentos dos Órgãos Superiores do Judiciário brasileiro, no tocante aos seus entendimentos, interpretações e julgamentos sobre os casos atinentes aos direitos da personalidade.

Para tanto, mister que se traga os precedentes que receberam considerável destaque midiático. Cumpre frisar, no entanto, que, ao falarmos de jurisprudência nesse sentido, será vislumbrada a presença dos chamados conflitos principiológicos, isso tendo em vista a natureza fundamental e ínsita à pessoa humana, considerada pelos direitos da personalidade.

O papel do Magistrado, neste tocante, é de suma importância, porque o seu julgamento será feito pelo que a doutrina colaciona de proporcionalidade, princípio este que prevê o conflito vislumbrado em um mesmo caso, de direitos e princípios fundamentais, por meio do qual, o Juiz de forma fundamentada escolherá o que melhor proverá frutos à pretensão jurídica.

2.5.1 Da obtenção de material genético como prova x direitos da personalidade

A questão acerca dos meios probatórios, aqui leia-se: a obtenção e produção de prova, é amplamente discutida há tempos. Isso porque, aqui, como um dos princípios concatenados com a produção probatória, temos o contraditório e a ampla defesa.

Sobre prova, Dinamarco⁴⁶ relata ser um conjunto de atividades de verificação e demonstração, mediante as quais se procura chegar à verdade quanto aos fatos relevantes para o julgamento. Pela breve conceituação, já é possível destacar a sua intimidade junto aos princípios outrora citados.

O princípio do contraditório e da ampla defesa, cediços no universo jurídico e ínsitos a qualquer pessoa, possuem forte conexão. O primeiro seria o direito da parte quando defronte uma pretensão resistida em âmbito judicial, informar-se e ser informada dos atos processuais, além de se defender de forma desfavorável às ambições da parte oposta. Como sintetizado por Canuto Mendes⁴⁷: a ciência bilateral dos atos e termos processuais e possibilidade de contrariá-los.

⁴⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito processual Civil. v. III. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 43.

⁴⁷ ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes. A Contrariedade da Instituição Criminal. Tese do concurso à Livre-Docência. São Paulo: USP, 1937, n 80, p.110.

A ampla defesa, nas palavras cristalinas de Eugênio Pacelli de Oliveira⁴⁸, pode ser entendida como toda e qualquer alegação contrária a seu interesse, sem, todavia, maiores indagações acerca da concreta efetividade com que se exerce aludida impugnação, a qual será garantida tanto pela defesa técnica, como pela autodefesa.

Além disto, o princípio da proibição da prova obtida por meio ilícito também é oportuno, pois apregoa a impossibilidade, em regra, de se utilizar judicialmente, das provas obtidas por vias ilícitas.

Superado os princípios acima elencados, e tomando-os como fundamento, é importante lembrar-se que não se pretende discutir as questões probatórias no ramo do processo penal ou direito penal, mas sim, à luz do âmbito civil, nos casos pertinentes que a esse colaborem.

Destarte, solidificada a natureza civil do precedente, é imperioso trazer à baila o segmento do Direito de Família, pois dentre tantos, pela sua intimidade com a seara familiar, traz constantemente ao aspecto judicial questões ligadas ao direito à intimidade, à privacidade, à imagem e à honra da parte, sobretudo, na possível violação destas, em vista de obtenção probatória.

Não é difícil de enxergar o que acima fora falado, basta tomar como exemplo, as condições econômicas e a vida privada exposta, nas ações que versam sobre alimentos ou a violação ao dever conjugal de fidelidade nas ações de divórcio; ainda, a obtenção de material genético apto a atestar a positividade ou não, em ação de investigação parental. Ou seja, situações fáticas onde os direitos da personalidade das partes, quando provadas, podem significar a devida prestação da tutela ou não.

Não obstante, tal questão encontra barreiras, pois muitas vezes as formas utilizadas para se alcançar ditas provas podem vir a transcender os meios legalmente aceitos, tornando a prova, para todos os efeitos, ilícita.

Mas, mesmo que eivada de ilicitude, se for a única forma de se garantir a devida prestação jurisdicional, deveria, de fato, ser descartada? A violação ao direito material da parte, ou ao seu direito da personalidade pode sobrepor-se a outro, caso seja o único meio possível de se obter a correta tutela civil?

⁴⁸OLIVEIRA DE, EugênioPacelli. Curso de Processo Penal. 2013,17a Ed., São Paulo: Atlas. P. 44/45.

Szaniawski⁴⁹, mesmo que não resolvendo a problemática proposta, vem a falar sobre isso:

Muitas vezes, a prova pode ser obtida por meios ilícitos ou, até mesmo, criminosos. Tendo em vista o sistema de livre convencimento motivado vige atualmente, o juiz deverá verificar se os meios de obtenção da prova foram corretos e moralmente empregados, não constituindo crime ou violação de algum direito contra quem se pretende produzir a prova em juízo. Desde que o modo ou o meio empregado pela parte, ou pelo próprio Estado, por intermédio de seus órgãos, para a obtenção da prova que pretende produzir, viole o direito da parte contrária, não deve, o juiz, admitir a mesma, pois constituiu-se na prova vedada, isto é, na prova que foi obtida ilicitamente, ilegal ou ilegitimamente.

Desta forma, como fora observado na parte introdutória do capítulo, há na doutrina e jurisprudência, uma saída para a parte que pretende produzir referida prova. Trata-se da utilização do princípio da proporcionalidade, uma espécie de flexibilização da ilicitude da prova obtida por meios inadequados.

O nosso ordenamento pátrio deve sempre prover o devido e eficaz provimento jurisdicional, ou seja, efetivar o direito pretendido pelas partes. Portanto, quando versar a pretensão sobre conflito principiológico, o Juiz deverá aditar a proporcionalidade, isto é, de forma fundamentada, sopesar o conflito existente, e aplicar aquele que melhor pretende garantir a efetividade jurisdicional (desdobrando-se em três aspectos: sua aplicação deverá analisar se o meio escolhido é o mais adequado para alcançar o fim objetivado, se é o mais brando, assim como se é o mais vantajoso⁵⁰).

É como visto em caso verídico de ação de investigação de paternidade, no qual uma bituca de cigarro encontrada na lixeira fora utilizada como prova determinante para o desfecho. O investigado na fase instrutória do processo recusou-se a fornecer material genético para verificar o real parentesco, motivo pelo qual se colheu de forma inusitada, qual seja, por meio de uma bituca de cigarro descartada na lixeira.

Logo, é possível solucionar a problemática, fazendo-se possível a utilização da prova ilícita, respeitado o princípio da proporcionalidade. Neste mesmo sentido, inclusive, se posicionou a 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça em

⁴⁹ SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de Personalidade e sua tutela. 2.ed., rev., atual., ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 272.

⁵⁰ NUNES, Rizzatto. O Princípio Constitucional da Dignidade da pessoa humana. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 43.

julgado recente e semelhante (2018), reiterando a admissibilidade: “A produção de prova por meio de exame de DNA sem o consentimento do investigado é permitida se o material biológico já está fora de seu corpo e foi abandonado. Ou seja, o que não se permite é o recolhimento do material genético à força, mediante constrangimento moral ou físico.⁵¹”.

2.5.2 Os arremessos de anões x (in)disponibilização ao direito à liberdade

O caso dos arremessos de anões, ocorrido em Paris/França, em meados dos anos 90, ganhou popularidade no universo jurídico, sobretudo, acadêmico, pois tratava de discussão acerca do direito à liberdade do indivíduo, de seus direitos trabalhistas e, sobretudo, da dignidade da pessoa humana, fomentando as mais variadas interpretações sobre a polêmica abarcada pelo caso.

Berti⁵², em sua doutrina, detalha a situação narrada dizendo se tratar de uma empresa do ramo de entretenimento para juventude, a qual decidiu lançar discotecas em cidades da região metropolitana de Paris e do interior da França, de modo que uma das maneiras de entreter o público era através do arremesso de anões, devidamente protegidos, em grande distância, visando estabelecer uma competitividade.

Destaca-se, neste íterim, que a competição referida era de inscrição voluntária e seu respectivo vencedor recebia, a título de premiação, uma certa importância em dinheiro.

O Poder Executivo francês, em vista de resguardar a integridade da pessoa humana dos anões que se sujeitavam à competição, interditou o evento, paralisando seu funcionamento e proibindo a sua prática lesiva, ocasionada pelos autores da atração.

Superada as considerações iniciais, importa trazer à tona o fato de que o próprio anão, ora proibido de exercer seu ofício e por consequência seu importe econômico, em litisconsórcio com a casa noturna, recorreu da decisão proferida e o Tribunal Francês, ao julgar o caso, decidiu:

⁵¹http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Para-Quinta-Turma,-prova-com-material-gen%C3%A9tico-descartado-%C3%A9-legal-mesmo-sem-consentimento-do-investigado.

⁵² BERTI, Silma Mendes. Direitos da personalidade. P. 01. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, 39, 31/03/2007.[Internet].Disponívelem:http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1718. Acesso em 24 de maio de 2019.

A proibição baixada era ilegal, pois violava a sua liberdade de iniciativa. Por conta de sua baixa estatura, argumentou o anão, estava difícil conseguir um emprego na cidade. Dessa forma, ser lançado de um lado para outro na boate era o único emprego que ele havia obtido. E agora o Estado estava lhe retirando o seu próprio sustento⁵³.

O processo não encontrou seu deslinde neste momento, uma vez sendo a decisão submetida ao Conselho de Estado Francês, este anulou o entendimento buscado pelo Tribunal, estabelecendo que a dignidade humana do anão se encontrava em grau de superioridade quando comparado com seu direito à liberdade ou sua autonomia de vontade.

A importância do imbrólio acabou por ser solidificada na história jurídica francesa, como Carlos Affonso Souza⁵⁴ em sua doutrina, bem nos explica:

A decisão de 27.10.1995, o Conselho de Estado francês pela primeira vez reconheceu a dignidade da pessoa humana como elemento integrante da “ordem pública” e, conseqüentemente, declarou ser a prática do lançamento de anão uma atividade que atenta contra a dignidade da pessoa, não podendo, mesmo voluntariamente, ser exercida pela mesma.

Da referida decisão e a conseqüente popularização do caso, começaram as inúmeras discussões de âmbito jurídico acerca da pessoa humana, nos tangentes à sua dignidade, liberdade e autonomia, com pinceladas sobre os direitos trabalhistas e a segurança financeira.

Isso fomentado pela enorme insegurança causada pelo desfecho: os que defendiam os direitos pleiteados pelo anão argumentavam tratar-se de livre escolha de disposição da sua integridade física como meio a se alcançar determinado proveito econômico, ou seja, um meio profissional sujeito a periculosidade, situação comum a diversos outros ofícios não proibidos pela intervenção do Estado. E mais, mesmo que assim não fosse, poderia ser ao mínimo, comparado à prática esportiva, também remunerada e de igual risco se comparado a outros esportes.

Portanto, o conflito de princípios, direitos e garantias fundamentais, uma vez mais se fez presente. Sem prejuízo, como o presente trabalho não busca

⁵³SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. Direito das Pessoas e dos Bens. 3. ed. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2010. P. 08.

⁵⁴SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. Direito das Pessoas e dos Bens. 3. ed. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2010. P. 08.

analisar ou trazer à baila a problemática sob sua vertente jurídico-trabalhista, é importante salientar que a discussão é pertinente na perspectiva dos direitos da personalidade.

Como trazido em momento oportuno, vislumbra-se no presente imbróglio os enfrentamentos da dignidade da pessoa humana face a dois direitos da personalidade, quais sejam, o da integridade física e o da liberdade, assim como a disponibilidade destes.

Nesse aspecto, faz jus a lembrança do que fora dito nos capítulos 2.4.1 e 2.4.6, os quais dispunham que ambos os direitos são intrínsecos à pessoa humana, de amparo, inclusive, internacional, devido à sua importância. A intervenção Estatal, ou seja, a interpretação que o corpo jurídico dará a eventual conflito precisa comportar decisão à altura, e mais, que seja minuciosamente feita no caso em concreto.

É cediço que os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, assim como absolutos e extrapatrimoniais. Sobretudo, são indisponíveis, mas com a possibilidade da relativização dessa característica, vide o elucidado quanto aos direitos autorais, à imagem, ao pensamento, e outros.

Na situação fática, deverão os órgãos decisórios, ao interpretar o conflito instaurado, sopesar a relativização dos direitos lesados, de modo a buscar a melhor solução possível. Até onde vão os limites da disponibilidade da integridade humana ou até onde pode chegar o direito à liberdade quando defronte a situações que possam lesioná-lo? E por que a dignidade da pessoa humana pode vir a sobrelevar em relação a estes? São todos institutos guarnecidos juridicamente no nosso ordenamento jurídico e merecedores do melhor desfecho.

3 DIREITO COMPARADO: A SISTEMÁTICA DA PERSONALIDADE E DOS PRECEDENTES

Em tratativa de continuidade, interessa utilizar da metodologia jurídica do direito comparado a fim de verificar o funcionamento do ordenamento jurídico e, com isso, leiam-se legislações, doutrinas e jurisprudências atinentes aos direitos de personalidade e o sistema de precedentes no âmbito internacional.

Para tanto, foram analisados os institutos legais da Alemanha, de grande contribuição para o desenvolvimento da gama de direito aqui estudado, tendo estudos já apresentados no século XIX, sendo, inclusive, localidade onde os precedentes possuem enorme força para as decisões dos tribunais alemães.

Por outro lado, busca-se na legislação italiana, sendo conhecida pela primazia do direito, da doutrina processualista e das considerações acerca da personalidade inerente à pessoa humana no âmbito do direito civil. São os italianos os mais próximos do conhecido sistema da *Civil Law* e, portanto, encontram no seu vasto direito positivista e na sua grande porção de magistrados e julgamentos, precedentes que apesar de não terem força vinculativa, são relevantes.

Por fim, nos Estados Unidos é onde se vislumbra uma categoria amplamente diferente à vista no Brasil e nos países supramencionados, por conta da diferença já natural dos sistemas de direitos e julgamento.

Possibilita-se, desta forma, no cerne da comparação, verificar eventuais semelhanças, devidas diferenças e estipular conclusões acerca da melhor forma jurídica aplicada.

3.1 Segundo a Legislação Alemã

A Alemanha é país regido sob o sistema da *Civil Law* e possui grande contribuição para o estudo dos direitos da personalidade, como da metodologia utilizada acerca dos precedentes.

A primeira gama de direito trazida recebe destaque, sobretudo, sob a ótica histórica alemã e todos os seus reflexos quanto à pessoa humana propriamente dita. Tais direitos ditos da personalidade foram estipulados no § 823, I, do Código Civil alemão, os quais eram um tanto quanto limitados devido ao contexto sob o qual foram inseridos na legislação, datado do final do século XIX.

Com efeito, tal norma estipulava “com intenção ou por negligência lesione ilegalmente a vida, o corpo, a saúde, a liberdade, a propriedade ou um outro direito de outra pessoa, será obrigado a reparar os danos resultantes”⁵⁵. Ou seja, percebe-se que o legislador alemão preferiu conferir à norma protecionista dos direitos da personalidade um viés mais abstrato, limitado, trazendo pequena porção de direitos a serem tutelados, nada dizendo sobre os demais.

Por óbvio, não basta ao cidadão alemão se estribar unicamente sob a norma supra, necessitando de outros meios para fazer valer a proteção dos seus direitos. Para tanto, a ampliação deste direito é realizada pela suplementação da legislação especial e extravagante, acrescida do chamado direito geral da personalidade.

Este último, por exemplo, viu-se criado frente à enorme velocidade com que a evolução social-tecnológica alemã atingiu os interesses personalíssimos, tornando dificultosa a proteção destes, inclusive para aqueles que já encontravam na legislação amparo específico.

Neste diapasão, a técnica encontrada fora similar a muitos outros países quando defronte à problemática: enfrentar o problema com a utilização da doutrina e jurisprudência, o que foi permitido graças à interpretação extensiva dada à parte final do § 823, I, do Código Civil alemão “ou um outro direito”.

Sob esse contexto, o Tribunal Federal de Justiça alemão optou por criar um método de ampliação da proteção dos direitos da personalidade, desenvolvendo, para tanto, o chamado “direito geral da personalidade”, configurando o que sugere o próprio nome a ele conferido: um direito *latu sensu* derivado da própria dignidade da pessoa humana coadunada com o livre exercício do desenvolvimento da personalidade, sendo reconhecido constitucionalmente em 1954.

Tal criação alcançou, *a priori*, o propósito a ela designada, pois com o direito geral da personalidade aumentou-se a gama dos direitos personalíssimos e sua conseqüente tutela legal, não sendo, todavia, suficiente para suprir os problemas dos Tribunais para com os julgamentos envolvendo tais direitos, isso

⁵⁵ Tradução livre do original: § 823 Schadensersatzpflicht. (1) Wervorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt, ist dem anderen zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet, citado por ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE NA ALEMANHA. Revista Direitos Culturais. 2019, p. 137.

porque tal norma, por ter engendrado o desenvolvimento dos direitos, tornou dificultosa a sua limitação frente a cada vez mais rápida modernização e a consequente criação de novos valores pessoais a serem molestados.

A subjetividade do criado direito geral da personalidade torna-se, portanto, uma via de mão-dupla, pois ao mesmo tempo em que ajudou no desenvolvimento dos direitos da personalidade, tornou a sua proteção questionável.

Os Tribunais alemães, contudo, estipularam novo método a fim de superar esse novo revés, utilizando de técnica similar a alguns magistrados brasileiros, ou seja, utilizar uma espécie de princípio da proporcionalidade no caso fático para sopesar se o direito de personalidade atingido sobrepõe a eventual outro direito a que se contrapõe, verificando-se a existência ou não de um ilícito cometido.

Tal método deixa, cada vez mais, a cargo da doutrina e da jurisprudência a efetividade da tutela dos direitos da personalidade.

Nesse aspecto, o sistema de precedentes no sistema alemão não possui força vinculante, vigorando, sempre que puder a lei. Todavia, como bem dispõe Sidnei Beneti⁵⁶: “os precedentes possuem enorme força para as decisões dos tribunais alemães, à força do princípio organizacional típico da sociedade germânica em todos os tempos, geradora de naturais imperativos categóricos que reforçam a tendência ao cumprimento das normas, quaisquer que sejam.”

Ainda, os julgamentos respeitam dois outros importantes mecanismos de relevo operacional, como também elucida o brilhante doutrinador⁵⁷: “O princípio da especialização, que evita a repetição de julgamentos. Eventualmente em sentidos diversos, por unidades judiciárias diferentes, princípio que é típico da organização judiciária alemã, e a utilização da competência funcional para a admissibilidade ou não dos recursos pelos Tribunais”.

Portanto, por mais que indisposto de força vinculativa, os precedentes são de mais valia para futuros julgamentos a serem realizados pelos Tribunais Alemães, inclusive para aqueles atinentes à tutela dos direitos da personalidade, os quais, atrelados a espécie de princípio da proporcionalidade, visam e conseguem atualmente, garantir a proteção necessária a eventual afronta a esses direitos.

⁵⁶BENETI, Sidnei Agostinho. Doutrina de Precedentes e Organização Judiciária, Processo e Constituição.Revista EPM, ano 8, nº 1. 2007, p. 324.

⁵⁷BENETI, Sidnei Agostinho. Doutrina de Precedentes e Organização Judiciária, Processo e Constituição.Revista EPM, ano 8, nº 1. 2007, p. 325.

3.2 Segundo a Legislação Italiana

O corpo jurídico Italiano, como cediço, é importante fonte a ser utilizada pelo direito brasileiro. No que tange ao direito processualista do Brasil, não é difícil perceber a enorme influência de um sobre outro, podendo facilmente estabelecer uma conexão na elaboração das respectivas legislações processuais, e mais, notar o peso das doutrinas italianas até hoje utilizadas em sede de jurisprudências e doutrinas nacionais.

Diz-se que o direito italiano é maior expoente da *Civil Law*, pois para cada ramo da área jurídica, coaduna-se o respectivo código, sustentado por uma organização judiciária piramidal em que grande número de casos pode ascender à última instância judiciária⁵⁸.

Primeiramente, no que toca ao estudo dos precedentes na Itália, estes não vinculam, apesar de serem relevantes, e ainda, é vedada a citação de doutrina no corpo fundamentado dos julgamentos. Apenas os chamados *Massime*, como bem ilustra Sidnei Beneti⁵⁹, pois estes configuram espécie de extrato, de poucas linhas, das decisões proferidas pelos magistrados da Corte, os quais são publicados em revistas especializadas privadas, sendo aptas a incorporar uma citação.

Não obstante, similarmente ao caso brasileiro, o alto número de magistrados componentes dos tribunais de instâncias superiores dificultam a uniformização de julgados, o que acaba por gerar, como consequência, uma dispersão jurisprudencial, alavancada pela alta probabilidade dos julgamentos serem conflituosos entre si, mesmo que pertencentes à mesma instância julgadora.

Nesse escopo, pertinente à correlação italiana no presente tópico, possibilitando verificar se no tocante ao direito material, preponderam as respectivas correspondências já devidamente estabelecidas no âmbito processual.

O Código Civil Italiano elenca um total de 3 (três) direitos da personalidade, inclusos nos artigos 5 a 10, sendo estes: ao nome, ao corpo e à imagem. A definição jurídica atribuída pela doutrina não guarda diferenças com as encontradas em solos brasileiros. A título de exemplo, Gustavo Tepedino dispõe que “a personalidade consiste no conjunto de características e atributos da pessoa

⁵⁸ BENETI, Sidnei Agostinho. Doutrina de Precedentes e Organização Judiciária, Processo e Constituição. Revista EPM, ano 8, nº 1. 2007, p. 326.

⁵⁹BENETI, Sidnei Agostinho. Doutrina de Precedentes e Organização Judiciária, Processo e Constituição. Revista EPM, ano 8, nº 1. 2007, p. 327.

humana, considerada como objeto de proteção por parte do ordenamento jurídico”⁶⁰.

De igual modo, os problemas enfrentados pela legislação Italiana podem facilmente ser comparados com os vistos no tocante à Alemanha e ao próprio Brasil. Isso porque, se de um lado, os direitos elencados no *Codex Civilis* Italiano são limitados, o rol constituído não é taxativo e sim, exemplificativo.

A justificativa para tal é a enorme variedade de direitos da personalidade não apenas descobertos, mas como necessários de tutela, os quais advêm da veloz inovação e transformações sociais e tecnológicas submetidas à população italiana, tomando o legislador caminho peculiar e também utilizado pelos países acima citados.

Essa tutela funciona também (como em ambos os países até o momento apresentados) com a utilização de uma cláusula aberta, quando esgotada as previsões dos artigos 5 a 10 no caso fático. A letra do art. 2 da Constituição Italiana prevê o reconhecimento e proteção de todos os direitos e interesses essenciais à realização do indivíduo.

Nesse sentido, Stea Gaetano⁶¹ colaciona:

Além disso, a doutrina mais recente afirma a superação definitiva da teoria monista com a entrada em vigor da Constituição, cuja art. 2 “reconhece e garante os direitos invioláveis do homem”, esclarecendo que não se trata de proteger esta ou aquela lei individual entendida como uma situação legal que pode ser deduzida da norma, mas qualquer interesse relacionado à realização da personalidade do indivíduo.

Conclui-se, portanto, a estratégia utilizada como cerne da tutela aos direitos da personalidade, até o presente momento, identifica-se com a utilização de uma cláusula geral, garantidora de proteção a qualquer violação desses direitos, atreladas a um rol restrito, mas não taxativo, e sim meramente exemplificativo, tamanha a dificuldade de se prever as transformações sociais e suas respectivas tutelas.

⁶⁰ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 29, apud por HIBNER, Davi Amaral e SILVESTRE, Gilberto Fachetti. *A tutela dos direitos da personalidade no Brasil e na Itália: questões materiais e processuais*.

⁶¹ GAETANO, Stea. “La tutela civile dei diritti della personalità”, *Rivista Telematica Diritto & Diritti*. *Publicato anche su Rivista Giurisprudenziale*, 1, 2001, p. 18. Apud por HIBNER, Davi Amaral e SILVESTRE, Gilberto Fachetti. *A tutela dos direitos da personalidade no Brasil e na Itália: questões materiais e processuais*, Anais do II Congresso de Processo Civil Internacional, Vitória, 2017.

3.3 Segundo a Legislação Americana

3.3.1 Breve explanação sobre *Common Law*

Diferentemente dos países e as respectivas formas de tutela dos direitos aqui estudados, os Estados Unidos e a Inglaterra se destacam pela utilização do sistema jurídico da *Common Law*, o que torna a análise de seus métodos importantíssima.

A priori, é saudável tecer breves considerações acerca desse regime jurídico, eis que possuidor de características únicas, motivo pelo qual ganhará espaço no presente tópico.

A *Common Law*, em primeira análise, pode ser destacada como um direito baseado em sentenças judiciais utilizadas nas cortes inglesas à época em que eram constituídas por Reis. Referido sistema teve seu início em solos ingleses e foi se espalhando para os países colonizados pelos britânicos, sendo o mais relevantes destes, os Estados Unidos.

A premissa era a de que as decisões proferidas pela entidade maior suplantassem aquelas encontradas nos mais variados povos, como viriam a ficar conhecido pelo princípio da supremacia do Parlamento, o qual, diferente do Brasil, não possui atribuição meramente legislativa, como criador da lei, mas também a função de intérprete da lei.

Inclusive, mesmo com o decurso de relevante evolução temporal, observa-se que não foi perdida essa característica, como bem explicita Lívio Goron⁶²: “aos magistrados do Reino cabia não somente aplicar, mas sobretudo revelar o direito que devia ser aplicado, retirando-o das convicções da população”.

E complementado por Patrícia Mello⁶³:

Segundo entendimento convencional, o common law, modelo comum aos países de colonização inglesa, trataria as decisões judiciais como o principal elemento irradiador de normas, conferindo-lhes efeitos vinculantes e gerais e atribuindo à lei papel secundário. Neste sistema, a partir das soluções proferidas em cada caso, buscar-se-ia, por indução, formular as regras aplicáveis a situações análogas. O desenvolvimento do direito, por isso, ocorreria na medida em que associações e distinções entre casos

⁶² GORON, Lívio Goellner. A jurisprudência como fonte do direito: a experiência anglo-americana. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 47, abr. 2004, p. 286.

⁶³ MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 12.

ensejassem a aplicação de resultados idênticos ou provocassem a criação de novos precedentes.

Como resultado, deu-se início a formação fundamental dos conhecidos precedentes judiciais, tendo na Inglaterra seu berço.

Para o bom funcionamento desse sistema, seja no âmbito da consistência da interpretação da norma jurídica, como a coerência de aplicação aos casos concretos, o *modus operandi* da *Common Law* na Inglaterra leva em consideração duas vertentes: o número reduzido de magistrados em instâncias superiores; e o descarte de casos repetitivos que não apresentem relevância.

É através de ambos fatores acima elencados que se estabelece a funcionalidade do sistema, como detalha o ex-Ministro Sidnei Beneti⁶⁴:

(a) a Corte resulta historicamente coerente, pois todos se conhecem e o meio jurídico sabe suas posições, podendo avaliar riscos de ajuizamentos e de resistências; (b) o Presidente da Corte é realmente o presidente de um todo jurisdicionalmente orgânico, não apenas um administrador, de maneira que cada período da corte é conhecido pelo nome de seu Presidente sem que do fato de a Corte ter um “Chefe” signifique poder de mando jurisdicional sobre os demais magistrados, bem sabido, por exemplo, que durante as Cortes Warren e Burger predominou o posicionamento do *Justice* Walter Brennan Jr., que nem sempre era o dos presidentes; (c) fica coerente e fácil o descarte, sem nova motivação, de novos casos repetitivos, sem novos argumentos, pois já se sabe de antemão como serão julgados, visto que todos os integrantes da Corte conhecem muito bem as posições de cada um que sejam consistentes e, portanto, imutáveis; (d) nas Cortes intermediárias (p. ex., no Canadá, as provinciais e as cortes federais de apelação nas províncias) é possível o controle prévio da subida dos casos (*permission* mediante a decisão de admissibilidade ou recusa – sem recurso – em “rodízio” de integrantes da Corte para audiências de admissibilidade ante a apresentação escrita dos recursos, facultada a ouvida escrita ou oral da parte contrária.

De forma complementar, como dito, a *common law* pode ser vislumbrado como o *judge-made law*, ou seja, o Juiz como criador da lei. O que foi estabelecido pelo sistema jurídico Inglês tempos atrás, não perde totalmente sua utilização no regimento jurídico americano, obtendo, por motivos culturais e históricos, fortes influências na *Common Law* americana como é vista hoje.

A decisão proferida no âmbito de uma entidade que detenha poder, como fonte suplementar das situações consuetudinárias, mudou de figura, o que antes era delegado à figura do Rei, é utilizada hoje pelo Magistrado americano.

⁶⁴ BENETI, Sidnei Agostinho. Doutrina de Precedentes e Organização Judiciária, Processo e Constituição. Revista EPM, ano 8, nº 1. 2007, p. 322.

Em suma, o posicionamento deste Juiz é fonte imediata de direito, tendo, inclusive, força vinculante. A norma do direito é extraída a partir de um julgado concreto, ou seja, a existência dos precedentes judiciais é fundamental ao bom funcionamento desse sistema.

Com isso, percebe-se facilmente que os casos cotidianos que ganham relevância maior são peça-chave nesse sistema. Isso porque de um emaranhado de cases que versam sobre determinado assunto, o magistrado, ao julgar o mais relevante, cria sobre aquele, um preceito jurisprudencial a ser depositado sob os demais, o que é chamado de *leading case*, o qual servirá como alicerce, e até vinculante nos eventuais litígios similares a serem julgados.

Percebe-se, portanto, o caráter ambivalente das decisões no âmbito da *Common Law*, pois ao mesmo tempo em que buscam resolver o litígio, visam criar o precedente judicial apto a ter força vinculante para litígios semelhantes futuros.

Não obstante tais considerações, é importante frisar que no tocante à utilização do referido sistema em território americano, este ganha novos contornos, sendo a premissa similar, mas funcionando como fonte subsidiária à aplicação da Constituição, tendo em vista a preponderância desta como fundamento às decisões judiciais, além da utilização das leis ordinárias federais.

O sistema político do federalismo encontrado em solos americanos é outro fator relevante na análise da *Common Law* como sistema jurídico, uma vez que as regras atinentes a esta são aplicadas de forma particular em cada um dos Estados americanos.

Disso, obteve-se a necessidade da criação de leis comuns ao país como um todo, pois a utilização única das jurisprudências, por mais que de caráter vinculante, dependeriam de uma aproximação e correlação dos precedentes dos Estados, o que tornou dificultosa a aplicação integral do sistema, levando-o a ser executado como supramencionado.

Neste íterim, percebemos a estrutura geral utilizada pelo sistema no regime americano, ou seja, os litígios são regidos por 3(três) fontes de direito, sendo a Constituição, as leis ordinárias de âmbito federal e os precedentes judicial. Como visto, os precedentes derivam da aplicação judicial de ordem do Magistrado sobre determinado caso, o qual servirá como líder para litígios similares.

Por outro lado, verifica-se ser possível a adoção do chamado *overruling*, nada mais seria do que a decisão do aplicador da lei negar a aplicação

de um precedente judicial que versar sobre um caso fático semelhante e concreto, objetivando a elaboração de novo entendimento acerca do assunto ali tratado.

Na prática, portanto, há uma verdadeira flexibilização do sistema, de modo a evitar qualquer tipo de engessamento no judiciário americano, objetivando o estabelecimento de um equilíbrio. E mais, o sistema da vinculação de precedente não nega a existência do *overruling* ou vice-versa, eis que a aplicação deste último é limitada a situações excepcionais.

Pelo exposto, podemos afirmar que o direito americano proporcionou importantes acréscimos no sistema da *Common Law* como originalmente composto, seja desde a criação de uma Constituição escrita; até a separação dos Poderes, sendo destacado o poder judiciário, o qual ganha maior independência com os americanos; a instituição das Cortes Supremas de forma divergente de como fora estabelecido pelo sistema Inglês; o princípio da unidade e da supremacia do Judiciário; e a subsistência de duas legislações como fonte reserva de lei – Federal e Estadual.

3.3.2 Tutela jurisdicional propriamente dita

Sob a ótica do que foi exposto até o momento, cumpre estabelecer que a tutela jurisdicional no tocante aos direitos da personalidade nos Estados Unidos acontecem de forma amplamente diferente.

Em princípio, não há uma estipulação expressa e concreta a qual se preocupa com a proteção específica dos direitos inerentes à personalidade humana, como em todos os países vistos até o momento.

Pelo contrário, na ausência de lei federal, a regulamentação se restringe às leis estaduais diversas e de forma subsidiária, a utilização dos precedentes judiciais, possibilitados pelo sistema da *common law*. No Estado do Texas, por exemplo, sequer há legislação estadual, ficando a população à mercê dos precedentes, o que por si só, não é ruim.

Mais a fundo nesse aspecto, e de forma mais subjetiva, a tutela dos direitos inerentes à pessoa humana já é consolidada no território americano há muito tempo (1789). Pode-se falar que a primeira tutela desse ramo se encontra

estipulada na Declaração de Direitos dos Estados Unidos⁶⁵ (*Bill of Rights*), a qual continha um total de 10 emendas, obtendo um acréscimo de mais 17, suficiente para a criação da atual Constituição Americana.

Nas primeiras 10 iniciais propostas da referida carta de direitos é possível notar uma preocupação com a liberdade individual do cidadão americano, podendo ser destacadas:

EMENDA I O Congresso não legislará no sentido de estabelecer uma religião, ou proibindo o livre exercício dos cultos; ou cerceando a liberdade de palavra, ou de imprensa, ou o direito do povo de se reunir pacificamente, e de dirigir ao Governo petições para a reparação de seus agravos.

EMENDA IV O direito do povo à inviolabilidade de suas pessoas, casas, papéis e haveres contra busca e apreensão arbitrárias não poderá ser infringido; e nenhum mandado será expedido a não ser mediante indícios de culpabilidade confirmados por juramento ou declaração, e particularmente com a descrição do local da busca e a indicação das pessoas ou coisas a serem apreendidas.

EMENDA IX A enumeração de certos direitos na Constituição não poderá ser interpretada como negando ou coibindo outros direitos inerentes ao povo.

EMENDA XIII (1865) Seção 1 Não haverá, nos Estados Unidos ou em qualquer lugar sujeito a sua jurisdição, nem escravidão, nem trabalhos forçados, salvo como punição de um crime pelo qual o réu tenha sido devidamente condenado.

EMENDA XIV (1868) Seção 1 Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos e sujeitas a sua jurisdição são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado onde tiver residência, Nenhum Estado poderá fazer ou executar leis restringindo os privilégios ou as imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem poderá privar qualquer pessoa de sua vida, liberdade, ou bens sem processo legal, ou negar a qualquer pessoa sob sua jurisdição a igual proteção das leis.

3.3.2.1 Direito à imagem

No que tange aos direitos referentes à imagem, é visível que teve seus principais julgados visando à proteção do direito das vastas celebridades americanas e o giro econômico produzido pela utilização de suas imagens.

Com efeito, o caso *Zachhini v. Scripps-Howard Broadcasting* pode ser citado como um desses *leading cases*. Em 1967, Hugo Zachhini laborava no ramo das atuações de circo, sendo conhecido pelo papel desempenhado como “canhão humano” ao vivo para o público presente. Com a repercussão dos shows, um canal de televisão americano começou a transmitir as performances sem autorização, a

⁶⁵Disponível

<http://www.uel.br/pessoal/jneto/gradua/historia/recdida/ConstituicaoEUARecDidaPESSOALJNETO.pdf> em:

qual acarretou em um processo jurídico movido por Zachhini, justificando a reprodução televisiva estar diminuindo o número de espectadores no show, desvalorizando sua imagem.

A Suprema Corte Americana ao julgar o caso, firmou forte precedente acerca dos direitos de publicidade envolvendo a imagem, entendendo se tratar a conduta do canal televisivo como enriquecimento ilícito e lesão ao valor econômico dos direitos de personalidade. Sendo firmado que a mídia não poderia transmitir um show de performance sem que dedique a respectiva remuneração ao profissional.

3.3.2.2 Direito à liberdade de expressão

No tocante à tutela das liberdades de expressão, a Primeira Emenda americana deixou de prever determinados direitos, os quais foram trazidos à baila pelo intermédio dos precedentes, sendo estes: obscenidade (caso *Miller v. California*, 1973); Difamação (caso *Near v. State of Minnesota Ex Rel. Olson*, 1931); causar pânico (caso *Schenck v. United States*, 1919); palavras ofensivas (caso *Chaplinsky v. New Hampshire*, 1942); sedição (caso *Dennis v. United States*, 1951).

O primeiro se destacou por trazer aos precedentes judiciais americanos um novo padrão referente à obscenidade, visto que a legislação nesse tocante era limitada. Tomou-se conhecimento do chamado *Miller-test*⁶⁶, até hoje utilizado como parâmetro para julgamento de casos que envolvem obscenidade:

1. *Whether the average person would find that the work, taken as a whole, appeals to the prurient interest (apply contemporary community standards as opposed to national standard);*
2. *Whether the work depicts or describes, in a patently offensive way, sexual conduct specifically defined by the applicable state law; and*
3. *Whether the work, taken as a whole, lacks serious literary, artistic, political, or scientific value.*

O caso *Near v. Minnesota*, por sua vez, marcou história em relação à liberdade de imprensa, dentro do ramo da liberdade de expressão. A Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu que restrições anteriores à publicação violavam os

⁶⁶Disponível em: legaldictionary.net/miller-v-california. Acesso em: 12 de setembro de 2019. Tradução: 1. Se a pessoa comum descobriria que o trabalho, considerado como um todo, agrada ao interesse pruriente (aplique os padrões comunitários contemporâneos em oposição aos padrões nacionais); 2, se o trabalho descreve ou descreve, de maneira claramente ofensiva, conduta sexual definida especificamente pela lei estadual aplicável; e 3, Se o trabalho, considerado como um todo, não possui um valor literário, artístico, político ou científico sério.

princípios da liberdade de imprensa, sendo estendido posteriormente à liberdade de expressão tal julgado, ao entender que uma lei do Estado de Minnesota direcionada aos editores de jornais considerados maliciosos ou escandalosos, uma vez que tal lei iria de encontro ao que era previsto na Primeira Emenda.

A Corte estabeleceu que, salvo exceções, censuras nas publicações de veículos de imprensa são inconstitucionais.

Por último, como exemplo traz-se o caso *Dennis v. United States* que ao contrário do exposto acima, trouxe uma limitação à liberdade de expressão do cidadão americano. A Suprema Corte nesse caso entendeu que o líder do partido comunista à época, por disseminar conspirações para a derrubada e destruição do governo, pelo uso de violência e força, não tinha o direito de exercer sua liberdade de expressão, publicação e imprensa.

3.3.2.3 Direito à integridade moral: mudança de nome e sexo dos transgêneros

Ainda no ramo dos direitos atinentes à integridade moral da pessoa humana, vale chamar atenção para aqueles envolvendo os transgêneros, tendo em vista se tratar de discussão recentemente introduzida no âmbito legislativo mundial.

A priori, a legislação sobre o assunto segue o rito conforme explicado aprioristicamente, ou seja, cada Estado americano possui suas próprias regulamentações legais sobre o direito seja para mudança de nome ou sexo no geral.

Para os nomes, alguns Estados americanos permitem a troca desde que não importe em fraude ou visando algum tipo de conteúdo criminal. Em outros Estados é requisito fundamental uma ordem judicial da Corte, assim como outras requerem laudo médico ou psiquiátrico para atestar a necessidade da mudança de nome.

De igual forma, a mudança do sexo a constar no registro de documento é de suma importância para os transgêneros e alvo de constantes implicações, sejam nas certidões de nascimento, carteiras nacionais de habilitação, como passaportes, e outros. Sobre isso, o entendimento também recai na legislação específica Estadual, alguns de plano permitem a alteração diretamente no documento desejado, outros possuem a exigência de um meio comprobatório de realização de cirurgia apta a mudar o sexo e, ainda, há aqueles que sequer

permitem tais alterações.

Nesta senda, importa trazer à baila o primeiro julgado a considerar como legal mudança de gênero, datado de 1966, caso *Mtr. Of Anonymous v. Weiner*, no qual a Corte apenas considerou a possibilidade da mudança tanto de nome, como de sexo, no caso de erro material na hora de elaborar a documentação de nascença.

Decorridos 11 anos, o caso *Darnell v. Lloyd* deu nova configuração à situação, visto que a Corte decidiu que, para recusar a mudança de sexo documentalmente, precisaria uma justificativa fundamentada, demonstrando o forte interesse Estatal.

3.3.2.4 Direito à integridade física: privacidade e outros

Em tratativas de finalizar a gama de direito protegido segundo a legislação americana no que toca aos direitos personalíssimos, traz-se informações pertinentes ao direito à privacidade.

A priori, a Primeira Emenda americana prevê em seu texto de forma implícita uma proteção contra invasões governamentais, a qual mesmo que de forma implícita, teve poder suficiente para fundamentar os precedentes que dela decorreram.

O caso *Griswold v. Connecticut* merece certo destaque, pois em 1965 ainda era proibido em território americano a utilização de meios médicos ou instrumentais com o fim de evitar a concepção. A Corte ao julgar, entendeu que a Lei do Estado réu era inconstitucional, a qual objetivava:

Negar aos cidadãos desfavorecidos... acesso à assistência médica e informações atualizadas sobre os métodos adequados de nascimento ao controle." Por uma votação de 7–2, o Supremo Tribunal invalidou a lei com o argumento de que violava o "direito à privacidade conjugal", estabelecendo a base para o direito à privacidade em relação a práticas íntimas. Este e outros casos vêm o direito à privacidade como um direito de "proteger [íons] de intrusões governamentais."⁶⁷

A decisão foi tamanha que foi utilizada na fundamentação de outros 3 (três) julgamentos, os quais acabaram por estender os efeitos do caso *Griswold* no

⁶⁷ *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/381/479/>. Acesso em 12 de setembro de 2019.

reconhecimento do direito ao controle de natalidade para casais solteiros (*Eisenstadt v. Baird*, 1972); direito ao aborto para qualquer mulher (*Roe v. Wade*, 1973); e o direito à contracepção para menores de 17 anos (*Carey v. Population Services International*, 1977).

Não obstante, com a elevação do reconhecimento desses direitos, os Estados americanos no geral passaram a reconhecer pelo menos 4 (quatro) tipos de direito atinentes à privacidade, sendo eles:

Intrusão por reclusão ou solidão, ou em assuntos particulares; Divulgação pública de fatos privados embaraçosos; Publicidade que coloca uma pessoa sob uma luz falsa aos olhos do público; e Apropriação de nome ou semelhança.⁶⁸

Por outro lado, há julgados da Suprema Corte que buscam ou até permitem o sentido oposto, isso quer dizer, atribuir ao Estado a permissão para restringir ou infringir a integridade da pessoa humana. É o caso, por exemplo, dos Estados possuidores de leis contra uso de drogas, leis que proíbem a eutanásia, ou as que permitem o exame de sangue forçado.

Com isso, podemos chegar, afinal, à conclusão acerca de como funciona não somente os direitos da personalidade em âmbito internacional, mas entender como funciona a aplicação judicial de países como Itália, Alemanha, e por fim, Estados Unidos, de modo a elucidar mesmo que de forma breve o cenário histórico e atual.

Em relação ao último país estudado, foi dado maior enfoque, visto que a grandiosidade e diferenças analisadas dão margem para tanto, sendo elencado o sistema *common law* de direitos americanos, e findando com a juntada de julgados, precedentes e casos emblemáticos que permitem tal conclusão.

⁶⁸ Disponível em: https://en.wikipedia.org/wiki/Right_to_privacy#United_States. Acesso em 12 de setembro de 2019.

4 SEGURANÇA JURÍDICA: A RELEVÂNCIA DOS PRECEDENTES E DA JURISPRUDÊNCIA

O tempo é recurso relevantíssimo, independentemente em qual discussão possa ser inserido. A constante evolução, a qual se submete o ser humano, absolutamente sem precisar interferir dolosamente, ou seja, de forma natural, quase inerente, provocou inúmeras mudanças na sociedade.

Uma das principais mudanças, atualmente, é a modernização global. Tanto da pessoa humana, como da arquitetura, engenharia, geografia, cultura, tecnologia e tantas outras modificações que apenas a modernização se encontra habilitada para concretizar.

Já dizia Zygmunt Bauman⁶⁹, em sua doutrina datada dos anos 2000: “Seria imprudente negar, ou mesmo subestimar, a profunda mudança que o advento da ‘modernidade fluida’ produziu na condição humana”.

Nesta toada, o presente tópico visa demonstrar em primeiro momento aspectos acerca da incontrolável evolução humana, e posteriormente pontuar seus reflexos no contexto jurídico até então construído, pautados sob os vértices do ineditismo e da imprevisibilidade.

4.1 Inserção Contextual da Evolução Social da Pessoa Humana

É certo que eventual análise buscando compreender os mais profundos aspectos que levaram à evolução humana, e suas bastantes variadas consequências, seria impossível ser elaborado por um acadêmico, sequer por estudioso da área, tamanha a magnitude de tal segmento.

Não é muito, todavia, tecer explanação, de forma mais objetiva, sobre o contexto das evoluções sociais, a fim de facilitar maior compreensão do cenário que se busca trabalhar.

Neste aspecto, podemos nos utilizar de tema pertinente a segmento fundamental do estudo de todo profissional ou acadêmico de Direito, o qual seria a Teoria Geral dos Direitos Fundamentais, e as conhecidas gerações dos Direitos Fundamentais.

⁶⁹BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Rio de Janeiro: Editora Zahar, 2000. Primeira Orelha.

Referida teoria buscou elencar as atuais dimensões do direito e dividi-las conforme permitia a evolução humana. Sendo certo que a primeira dimensão do direito representa os direitos civis e políticos dos cidadãos, tendo como pilar o direito à liberdade do homem, com a conseqüente ausência do Estado, podendo ser verificado na Magna Carta, 1215, assinada pelo então Rei João Sem Terra.

De forma oposta, os direitos de segunda dimensão são aqueles que buscam representar a feição social, econômica e cultural do homem, sustentada pela igualdade, tal dimensão dependia do papel ativo do Estado para garantir sua existência, podendo ser destacada na Constituição de Weimar, 1919, por exemplo.

A terceira dimensão, por sua vez, abraça a cada vez maior e inerente globalização mundial, é representada pela fraternidade do homem, aqueles direitos ditos da titularidade da comunidade como um todo, como por exemplo a titularidade do meio ambiente, do ar e dos mares, os quais são fundamentais para a existência humana, e em sua maior porção, são impossíveis de serem individualmente apropriados ou reivindicados.

Pela breve análise das consideradas 3 (três) dimensões dos direitos fundamentais garantidos ao ser humano, podemos ter um panorama do contexto evolutivo como um todo.

Em primeiro lugar, e por óbvio, entendeu-se o homem ser o principal direito a ser garantido, aquele atinente à liberdade, para em momento posterior, advindo decurso temporal, e superada em parte o grande abismo de desigualdade social e econômica que recaía sobre as mais diversas sociedades do mundo, é que se garante o direito à igualdade. Por último, e já levantado os alicerces principais é que o homem não apenas busca ser livre e igual, mas também social, fraterno, comunitário, passa a entender a sua responsabilidade transindividual, sendo, inclusive, reflexo disso, a preocupação com os próprios recursos finitos e naturais do lugar que todos ocupam.

Tal cenário, não por menos, foi utilizado nos anos de 1789 a 1799 pelos franceses ao defenderem a revolução política e social de seu País frente às monarquias absolutistas da época.

Ademais, a sequência temporal das dimensões elucida ainda mais a premissa aqui estabelecida. Isso porque com a 4ª dimensão dos direitos fundamentais, concebida no século XX, a constante modernização da sociedade passa a ter papel fundamental como garantidora da tutela dos próprios direitos

fundamentais do homem, e assim predomina até a última dimensão conhecida e aceita atualmente.

Com efeito, dita dimensão compreende a globalização dos direitos humanos e políticos, ou seja, aquela gama de direitos ligados à democracia, à informação e jornalismo, pluralismo e até mesmo da bioética. Percebe-se a tutela de direitos relacionados à pessoa humana, porém, que só foram possíveis se introduzidas no contexto moderno social, pressupondo, portanto, a evolução humana. Basta ver o sistema democrático, com fulcro no ápice da liberdade humana política, ou o direito à bioética, este que pode ser incompreensível caso inserido na dimensão anterior.

Caminhando apressadamente nesse contexto, a quinta dimensão é aquela que prevê o direito à paz. Novamente, o contexto já ganha nova faceta, a necessidade do homem de dominar e expandir-se por anseios estratégicos, seja território, economia, diplomacia, passa a ser vista com temor e repúdio pela sociedade, já devidamente evoluída nesse aspecto, entende não necessitar mais o homem a sua aproximação com métodos violentos para objetivar conquistas pessoais, sendo o direito à paz fundamental.

A sexta e última dimensão poderia e deve ser destacada como o estopim evolutivo dos direitos fundamentais, pois seria aquele pautado nos direitos relacionados à bioética, sobretudo, o direito à água potável. Saliente-se que tal direito encontra dificuldades, inclusive, nos dias atuais, de ser considerado efetivamente como fundamental.

A água é substância primordial para a sobrevivência humana, e por mais que se encontre de forma abundante na esfera terrestre, passou a ser vista com certa precaução quando sua finitude colocou-se em cheque. Portanto, a classificação do direito à água potável como fundamental é de extrema pertinência frente aos graves problemas de escassez disseminados ao redor do mundo.

Não obstante, é graças ao advento da tecnologia que possuímos formas hoje de modificação das moléculas ou dessalinização das águas dos mares, objetivando a prevalência desse recurso.

Propositalmente ou não, a Teoria dos Direitos Fundamentais é suficiente para demonstrar de forma simples e gradativa a evolução social do ser humano, ao passo que elenca as respectivas tutelas fundamentais concomitantemente às mudanças oferecidas pelo decurso do tempo. Começando

pela liberdade humana, e findando com a cautela quanto ao esgotamento do principal recurso para a sua sobrevivência.

4.2 Inserção Contextual no Universo Jurídico Apresentado

Com efeito, o processo evolutivo e as subseqüentes modificações por ele ocasionadas, podem ser analisadas de mesmo modo, mas amoldurando-se sob a perspectiva jurídica.

Miguel Reale⁷⁰ ao tecer comentários sobre a ciência do Direito propriamente dita, chegou à seguinte definição: “O Direito é a concretização da ideia de justiça na pluridiversidade de seu dever-ser histórico, tendo a pessoa como fonte de todos os valores”.

O consagrado jurista brasileiro, em sua conhecida obra dedica às explanações da Teoria Tridimensional do Direito, traduz a ciência jurídica como as mais diversas formas de justiça, obtidas pela acumulação da experiência histórica, tendo na pessoa humana o objeto de todos os seus valores.

Dessa síntese, pode-se visualizar que Reale ao construir sua nova definição para o Direito, não esquece de observar a importância que o tempo, seja em relação ao dever-ser histórico ou na reprodução dos valores na pessoa humana, exerce sobre tal segmento.

A primeira Constituição brasileira, por exemplo, datada de 1824, sob a égide da proclamação da independência brasileira orquestrada por Dom Pedro I, sendo conhecida como a Constituição do Império, tratava elencar série de direitos e deveres peculiares à época, podendo ser citado a preocupação com o regime político hereditário, os poderes absolutos conferidos à pessoa do Imperador, o regime do padroado, a subordinação da Igreja ao Estado, como muitos outros, ilustram o cenário jurídico tratado.

Emulando o que se buscou no tópico anterior, podemos verificar que desde a criação da primeira Constituição brasileira até a última, de 1988, passaram-se 164 anos. Neste interregno temporal, sobrevieram outras 6 (seis) Constituições, cada qual elaboradas no seu devido tempo, sendo suficientes para apresentarem enormes diferenças entre si.

⁷⁰REALE, Miguel. Teoria Tridimensional do Direito. Situação atual. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 117/128.

A título de comparação, e visando demonstrar os efeitos que o decurso do tempo tem sobre a ciência jurídica, basta trazer a Constituição de 1988, a começar pela sua forma de criação, ou seja, decretada e promulgada pela Assembleia Nacional Constituinte, preocupando-se, sobretudo, com a política e os direitos políticos do cidadão brasileiro, bem como com a harmonia e independência dos poderes constituídos. Desta feita resultou-se, por exemplo, a instituição das eleições majoritárias em dois turnos, a criação de Leis de proteção ao meio ambiente, o fim da censura a emissoras de televisão e rádio, e uma enorme quantidade de direitos e garantias.

Em menos de 2 (dois) séculos, portanto, é fácil vislumbrar como o tempo afeta de forma direta e significativamente os interesses humanos no tocante aos seus direitos. Não por coincidência, percebe-se que as dimensões do direito no tópico anterior dissertadas, acompanham paralelamente e de forma gradativa o universo fático e real que se foi construindo juridicamente.

Nessa toada é que podemos atestar, com absoluta certeza, que não se trata o Direito de ciência exata, e sim humana, pois o homem nunca conseguirá fixar com exatidão os parâmetros jurídicos, pois sempre estarão concatenados ao fenômeno do tempo.

A evolução aplicada às legislações é muito mais lenta do que a modernização temporal. A sociedade se adapta com maior facilidade e velocidade às novas implementações trazidas pela tecnologia se comparada àquelas oferecidas no âmbito jurisdicional.

De mais a mais, uma das maiores problemáticas enfrentadas pelo legislador brasileiro e, subsidiariamente pelo jurista brasileiro como um todo, desde o estudante ao Ministro, é fazer a constante adequação das leis com as mudanças causadas pelo decorrer do tempo.

Os direitos personalíssimos exaustivamente colacionados no presente trabalho ilustram com primazia essa dificuldade. A priori, como visto, buscou-se o Código Civil brasileiro a tutela de direitos básicos tidos como da personalidade humana, tal como o nome, a imagem, a liberdade de expressão, intimidade e outros.

Todavia, em primeiro momento pensou o legislador em tais direitos frente à iminência de possíveis violações que poderiam vir a sofrer. O direito à intimidade, por exemplo, em seu âmago, visa proteger o indivíduo de intromissões indevidas alheias à sua vontade, como por exemplo, um servidor de obra exercendo

seu ofício e lançando olhares na mulher que busca se bronzear na casa da frente, violando, destarte, seu direito à intimidade.

Essa situação se torna normal se enquadrarmos no contexto social vivido, porém, se acrescentarmos a essa análise os fatores tempo e tecnologia, causaremos extremo desconforto para dar continuidade ao debate.

Utiliza-se, por exemplo, a já citada intervenção tecnológica humana na criação dos *Drones*, máquinas controladas remotamente, de pequeno porte e com capacidade para filmar e tirar fotos, as quais foram produzidas com objetivos científicos, e mudam drasticamente esse panorama.

Por mais que seu objetivo não fosse propriamente a violação da intimidade humana, um dos seus principais reflexos foi justamente esse. A facilidade com que o objeto tem para se infiltrar em locais sem ser visto, bem como sua capacidade para filmar e tirar fotos tornou-o instrumento perfeito apto a práticas delitivas.

Não por menos que, atualmente, o número de processos judiciais, nesse tocante, aumenta cada vez mais. Curioso é observar que há 5 (cinco) anos atrás, onde não se pensava na elaboração de tal objeto, pouco se preocupava o legislador em proteger a intimidade alheia em face de objetos voadores.

Desse raciocínio podemos extrair não só as benesses, mas também os malefícios ocasionados pela evolução humana no ramo jurídico, sem contar outros aspectos. Aqui importa a existência de duas principais características ocasionadas substancialmente com esse advento: o ineditismo e a imprevisibilidade.

Basta consulta ao dicionário para conceituarmos o primeiro, o qual seria a condição do que é ou está inédito, e a qualidade do que nunca foi visto, do que nunca aconteceu antes. De forma complementar, a imprevisibilidade é qualificada como a qualidade do que não se pode prever e avaliar antecipadamente.

Do produto de ambos os conceitos, extraímos uma das maiores dificuldades enfrentadas pelo jurista frente ao avanço social-tecnológico, qual seja, a produção da devida garantia legal frente às inúmeras mudanças inerentes à evolução que recai sobre a sociedade.

Tudo aquilo que é inédito e impossível de se prever se torna impossível de ser protegido. O exemplo do *Drone* foi um dos muitos exemplos que representa a eterna batalha vivida entre o direito e o tempo, mas como este, pode-se citar muitos outros que proporcionarão o mesmo cenário: a introdução dos *smartphones*,

webcams, micro câmeras, e aqueles dos quais não se duvida a invenção, como carros voadores, chips humanos, robôs, enfim, isto basta para mostrar a problemática.

Isso porque o trabalho encontra-se adstrito às violações, sobretudo, as que tocam os direitos da personalidade, mas tal raciocínio pode facilmente se alastrar quando defronte aos demais ramos previstos pelo universo jurídico.

Portanto, frente à impossibilidade de controlar uma situação eminentemente incontrolável, resta ao jurista elaborar as mais variadas estratégias atinentes a solucionar, ou ao menos contornar a situação. Ou seja, dentro da própria universalidade jurídica, buscar o melhor instrumento a ser qualificado como contentor da imprevisibilidade e ineditismo, e neste aspecto, apto a produzir a melhor segurança aos direitos por estes violados, mormente àqueles considerados da personalidade.

4.3 As Implicações da Inevitável Evolução Social-Tecnológica

A priori, observando o que dispõe o título do presente tópico, cumpre estabelecer que precedentes judiciais e jurisprudência, apesar de terem suas semelhanças, e por vezes serem confundidos, não constituem a mesma coisa.

Conforme trazido em momentos anteriores, os precedentes judiciais podem vir a ter utilização diferente, a depender do sistema jurídico em que se encontra inserido, podendo facilmente ser ilustrado nos dois sistemas jurídicos explanados no presente trabalho: *Civil Law* e *Common Law*.

Para a primeira, predominante, inclusive, no direito brasileiro, temos a lei como principal fonte de direito, cujo ideal foi fornecido primeiramente pelos Romanos. A prerrogativa de se ter uma lei geral que vinculasse o comportamento do cidadão, a fim de garantir segurança era ideia não apenas aceita, como muito bem-vinda à população.

Para tanto, buscou-se um instrumento apto a aglomerar tais leis e bases doutrinárias, sendo exercidas por uma entidade maior, o Estado, o qual recebe o nome de codificação, grande responsável por difundir os ideais da *Civil Law* pelo universo jurídico.

Não à toa, que quanto maior o fortalecimento e crescimento do Estado, maior a atração dos países em adotar esse sistema de codificação, a atividade

legislativa imposta pelo Estado soberano é a responsável pelo pleno estabelecimento da segurança social e jurídica no País.

Com efeito, esse sistema de positivação encontra barreiras na contínua evolução social, pois se depara com a constante lacuna normativa quando defronte a uma nova situação ainda não abarcada pelas suas codificações, sendo utilizadas diferentes ferramentas a depender da legislação local para combater esse revés (como é o caso do Brasil e a utilização da jurisprudência, costumes e doutrina como fonte subsidiária do direito).

A *Common Law* como visto, advinda da Inglaterra e estendida aos Estados Unidos, encontra nos precedentes judiciais função distinta.

Aqui a Corte Superior possui papel importante, pois suas decisões possuem força vinculante, obrigando o magistrado a se deparar com lide semelhante àquela já discutida, aplicá-la no caso em concreto em consonância com o juízo de valor previamente estabelecido.

Durante sua evolução histórica, a *Common Law* passou por 4 (quatro) importantes períodos, enumerados por Madruga Filho⁷¹ como:

- I) O período romano, que se estende da conquista romana à invasão bárbara;
- II) O período anglo-saxão, compreendido da invasão babará até a conquista normanda;
- III) O período normando, que vai da conquista normanda até o surgimento da equity;
- IV) O período da rivalidade com a equity que se estende do surgimento da corte do chanceler até o período moderno com a convivência das duas espécies de jurisdição

Atualmente, o sistema é preponderantemente sustentado pela utilização das jurisprudências como *ratio decidendi* dos pronunciamentos dos Tribunais Superiores supramencionados.

Daqui, destaca-se nova utilização dos precedentes, pois a individualização do julgado é de alta relevância com vistas a criar uma segurança jurídica. Afinal, os *leading cases* nada mais são que o próprio precedente, sendo este o primeiro a tratar de nova temática ainda não discutida, a qual, ao ser julgada

⁷¹ Madruga Filho (FILHO, Antonio Pereira Madruga.(1999) A noção de contrato no direito inglês – perspectiva histórica. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/bitstream/id/518/4/r143-19.PDF>, acessado em 25 de fevereiro de 2014) divide a evolução histórica/jurídica da *Cammow Law* do período romano ao período normando. Por sua vez, Renné David (DAVID, Renné. (2002) **Os** grandes sistemas de direito contemporâneo. São Paulo: Martins Fontes) inicia o estudo da *Cammow Law* já no período anglo-saxão apresentando sua evolução até o modelo utilizado na modernidade de convivência entre a Equity e a *Cammow Law*.

pelos Tribunais Superiores e interagir com casos similares, torna-se jurisprudência, configurando, portanto, força vinculativa às demais instâncias jurídicas.

De mais a mais, temos que os precedentes podem ser aludidos tanto em sentido amplo como estrito, sendo o primeiro atinente à decisão judicial tomada à luz do caso concreto, servindo como base para julgamento de casos semelhantes no futuro. Ou, em sentido estrito, a própria razão decisória, o próprio fundamento em que sustenta a decisão.

Para Larenz⁷² seriam as “resoluções em que a mesma questão jurídica, sobre a qual há que se decidir novamente, já foi resolvida uma vez por um tribunal noutra caso”. É, portanto, fonte de direito onde, a partir dos precedentes e das decisões estabelecidas pelos magistrados futuramente, dar-se-á uma norma geral.

No direito brasileiro, para falarmos de precedentes, é fundamental destacar que o sistema que aqui predomina é o da *Civil Law*, onde compete ao poder judiciário aplicar a lei conforme estabelecida no direito já devidamente positivado.

Entretanto, como visto, o desenvolvimento da sociedade brasileira constituiu óbice à aplicação incondicional desse sistema, obrigando o ordenamento jurídico brasileiro a adotar novas estratégias a fim de aprimorar-se, utilizando-se, por mais que superficialmente da *Common Law*.

Isso porque a demanda jurídica no Brasil é muito elevada, a sua alta demografia acarreta em um imenso número de pessoas buscando no judiciário a solução de conflitos. Atrelado a isto, verificamos um número baixo de serventuários e de Juizes, podendo até ser citada a incapacidade do Estado de gerar remuneração, limitando os cargos de servidores públicos na área, piorando ainda mais a situação.

De tal situação resulta uma grande morosidade aplicada ao processo judicial, e o conseqüente acúmulo de processos pela demora da resolução, situação esta que se agrava, tendo em vista a grande divergência dentre os julgamentos sobre o mesmo litígio, como já observado anteriormente.

Foi desse cenário que começou a surgir o sistema de Súmulas aqui no Brasil, delas destacando-se as vinculantes. Sendo necessário agora, não apenas o

⁷² LARENZ, Karl. Metodologia da ciência do direito. 5. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2009, p. 611.

precedente, mas a consolidação de uma jurisprudência, através de decisões reiteradas sobre determinado assunto pela mesma Corte, para que encontre aptidão para influenciar, de forma vinculante ou não, novo julgamento.

Neste íterim, pode-se destacar a importância da jurisprudência no ordenamento jurídico brasileiro, pois o conjunto de precedente que versa sobre o mesmo caso, e possui similar decisão pelo Tribunal, acaba por virar jurisprudência, a qual acaba por se responsabilizar pela renovação do ordenamento, mesmo que de forma mitigada.

Foi, inclusive, neste sentido que caminhou o legislador na estipulação do Código de Processo Civil de 2015. Ou seja, frente à fatídica impossibilidade dos magistrados em prever as lides que a eles chegam, e visando atenuar as problemáticas até então vivenciadas, que possuem nova capacidade de se utilizarem da doutrina, costumes e jurisprudência como fonte de direito.

Por óbvio, a última recebe maior destaque, não apenas por ilustrar a fragilidade da *Civil Law*, como também mitigar esse sistema no ordenamento jurídico brasileiro, utilizando-se cada vez mais da jurisprudência, através das Súmulas, como fonte apta a estabelecer celeridade e segurança jurídica, dentro do que lhe é cabível.

4.4 A Segurança Jurídica Necessária aos Julgados que Versem Sobre Direitos da Personalidade

Os sistemas estudados apresentam dentro de seu escopo, diferentes abordagens quanto à utilização dos precedentes e conseqüentemente jurisprudência, como fonte geradora de segurança jurídica, tendo, inclusive, aqueles ordenamentos que visam mesclá-los, ou caminham neste sentido.

Neste sentido, utilizo-me uma vez mais da sabedoria de Sidnei Beneti⁷³ ao concluir sobre a segurança jurídica garantida pelos sistemas, elencando os principais pontos:

(...) (b) a segurança jurídica pressupõe sistema normativo estável, que produza normas duráveis, para serem trabalhadas, em seguida, pelo Judiciário, sem que se alterem significativamente durante o andamento dos

⁷³ BENETI, Sidnei Agostinho. Doutrina de Precedentes e Organização Judiciária, Processo e Constituição. Revista EPM, ano 8, nº 1. 2007, p. 329/330.

processos até a instância final; (c) não há estabilidade jurídica sem estabilidade normativa, principalmente constitucional; (d) os países de *common law* chegam com mais rapidez à segurança dos precedentes e os mantêm de maneira mais durável; (e) para produção de precedentes qualificados e duráveis, é necessário tenham sido resultado de exame profundo dos detalhes do caso, inclusive circunstâncias concretas aparentemente individuais, durante o processo de julgamento; (f) os sistemas mais estáveis não produzem ementas e súmulas nos próprios atos jurisdicionais, pois o precedente é todo o corpo da decisão e não seu resumo – sobrando sumulas e ementas como questão de dicionário editoriais para a localização de precedentes; (g) não se citam súmulas e ementas na argumentação judicial nos países de jurisprudência mais estável, mas, sim, todo o caso. (l) para viabilização aos tribunais e estabilidade de jurisprudência é necessária a utilização de mecanismo eficaz de prévio descarte de questões repetitivas ou de reduzida relevância.

Do emaranhado de conclusões às quais chega o ex-Ministro, não é preciso muito para se verificar que o ordenamento jurídico brasileiro carece de muitos desses sistemas, ou por mais que não seja ausente, ainda não se encontra totalmente difundido ou orquestrado aqui, como por exemplo o que pode se ver nas letras b, d, f e g.

Nesse aspecto, o Brasil enfrenta uma série de dificuldades que tendem a proporcionar uma maior dispersão no que se refere à jurisprudência.

A começar pelo grande número de produção do judiciário nacional, podendo ser considerado como uma das maiores do mundo, facilitado pela extensão do território brasileiro, a população como um todo e a facilidade do acesso à Justiça. A equação é simples, quanto maior a população, maior a probabilidade de acontecimento de litígio, e na ausência de um meio eficaz de solução de conflito no âmbito extrajudicial, resta ao povo clamar por socorro ao Estado, através do judiciário.

Esse cenário proporciona o surgimento contínuo de jurisprudências e sua conseqüente dispersão e, como visto, agrava-se caso levemos em conta que as decisões proferidas pelo judiciário em muitas vezes são conflituosas entre si, mesmo que atinentes à mesma situação fática, as quais por sua vez, podem acabar se consolidando quando chegam aos Tribunais Superiores.

Por esse motivo é que alguns defendem a importância cada vez menor do Juízo de primeiro grau e dos tribunais recursais, pois seriam estes apenas instrumentos de passagem para os tribunais superiores, entendendo ser a sentença de primeiro grau mero requisito de admissibilidade para ensejar a apelação, e por via reflexa, os tribunais recursais, sendo permitida a interposição dos recursos especiais

e extraordinários objetivando o acesso aos Tribunais Superiores⁷⁴.

Com efeito, tal cenário acaba por gerar enorme engessamento, visto que o processo de conhecimento no judiciário brasileiro, por si, ressalvados os casos dos Juizados Especiais Cíveis, são naturalmente demorados, sendo que o tempo médio para findar-se um processo de conhecimento é grande.

Atrela-se a isso o fato de que tal processo é utilizado meramente como passagem para se buscar os Tribunais Superiores, arrastando-se e alongando-se ainda mais um processo que já é demorado. Como consequência disto, não apenas a falta de celeridade preocupa e a consequente prestação jurisdicional, mas a falta de segurança jurídica também.

Não obstante, temos o fato de que o nosso legislativo produz anualmente número gradativo de leis, acabando por promover a mudança de muitas outras. Este fenômeno não deve ser visto com maus olhos em sua completude, a própria utilização da *Civil Law* proporciona isto, a mudança sempre será necessária frente às mudanças sociais.

Ocorre que, dentre outras implicações, as constantes emendas à constituição, projetos de leis, novos códigos, e outros dispositivos legais acabam por dificultar a concretização dos precedentes judiciais, haja vista que até o precedente se estabilizar, já haverão tantas outras mudanças legislativas, que a eficácia deste precedente, após anos de tramitação, pode ser reduzida, ou até anulada.

O resultado disso é o oposto ao verificado no sistema americano, outrora analisado, pois a desorganização judiciária, a facilidade de modificação legislativa e a falta de uma uniformização jurisprudencial acabam por estimular o litigante a recorrer por todas as vias legalmente cabíveis, porque sabe que sua pretensão sempre terá o risco de ser procedente, a depender do Tribunal julgador, e que, pela falta de estabilidade (legislativa ou jurisprudencial), no decorrer do processo, pode, inclusive, haver nova interpretação dada pelo Tribunal sobre determinada matéria, tornando vitoriosa uma demanda praticamente perdida.

Sob o ponto de vista de Beneti, ainda pode ser destacado outra diferença no tocante à funcionalidade americana, a qual seria a formação da Corte e a sua consequência para a consolidação dos precedentes judiciais.

Nos Estados Unidos, a Suprema Corte é unitária, de modo que 9

⁷⁴ BENETI, Sidnei Agostinho. Doutrina de Precedentes e Organização Judiciária, Processo e Constituição. Revista EPM, ano 8, nº 1. 2007, p. 331.

(nove) Juízes participam do julgamento, independentemente do ramo do direito ali discutido. “Somente se designando o relator, que escreverá pela maioria, depois de decidido o caso, e formam as correntes de pensamento que o determinaram”.⁷⁵

No sistema brasileiro, vigora o sistema dos Tribunais complexos, há uma separação no tocante ao processo, ou ao direito material discutido, sendo remetido ao respectivo Tribunal competente, criando a dispersão jurisprudencial.

Como cediço, uma mesma lide, que verse sobre a mesma matéria, ou mesmo procedimento, pode ser remetida a diferentes Tribunais, e por mais que concorram quanto ao conteúdo, podem divergir quanto ao resultado. O que resulta em insegurança jurídica na uniformização dos julgados.

Ora, se pegarmos o Estado de São Paulo, por exemplo, a atuação judiciária é muito curiosa, o número de desembargadores é altíssimo, soma-se a isto o que fora dito até então, e chegaremos à conclusão de que as chances para se estabilizar ou uniformizar um entendimento são baixíssimas. As divergências já podem vir desde o Juiz de primeiro grau, com o devido recurso, pode tornar a divergir no âmbito dos Desembargadores. A mudança social é constante, bem como a mudança legislativa, o sistema de precedentes é carente e pouco funcional. Tudo isso colabora para estimular o ingresso ao judiciário, com a consequente recorribilidade, sendo gerados pelo sistema complexo dos Tribunais brasileiros, julgados diferentes sobre demandas idênticas, tornando dificultosa a segurança jurídica e evidenciando a dispersão jurisprudencial.

Beneti⁷⁶ defende que, para evitar tal desfecho, deve ser adotado o sistema unitário dos Tribunais ou a criação da Justiça especializada em razão da matéria, sistema este já implementado pela Alemanha e pela Suíça, e introduzido aos poucos pelo Brasil, através das três Câmaras especializadas em direito empresarial utilizadas hoje no TJSP, ou as sete em funcionamento no TJRJ.

Com efeito, a primeira proposta parece pouco galgar procedência na logística atual do judiciário brasileiro: mudar a sistemática dos Tribunais, inclusive, dos Superiores, seria mudar drasticamente o funcionalismo da máquina judicial atuante no Brasil. A adoção deste caminho poder-se-ia mostrar problemática,

⁷⁵ BENETI, Sidnei Agostinho. Doutrina de Precedentes e Organização Judiciária, Processo e Constituição. Revista EPM, ano 8, nº 1. 2007, p. 333.

⁷⁶ BENETI, Sidnei Agostinho. Doutrina de Precedentes e Organização Judiciária, Processo e Constituição. Revista EPM, ano 8, nº 1. 2007, p. 334.

sobretudo se pensarmos a curto e/ou médio prazo.

Os malefícios poderiam ser tamanhos, não apenas em sede de atuação dos Magistrados, Desembargadores e Ministros, mas na estrutura como um todo; dado o alto grau de eventual mudança, seria estratégia que, a longo prazo, poderia não se justificar.

Por outro lado, a segunda medida parece ser mais palpável. A especialização dos tribunais não demanda alto investimento, tampouco uma brusca mudança na sistemática atual. Por óbvio, requer aplicação pecuniária para instalação das ditas varas especializadas ou Tribunais especializados, além de exigir estudo acerca da viabilidade ou não para a sua inserção.

Não obstante, dentre as propostas, é a que mais ilumina a presente situação e a que mais merece ser destacada.

Como dito, mesmo que brevemente, o que se busca é a especialização temática dos Tribunais, dentre outras palavras, separar os Tribunais pelo direito material debatido na lide a ser julgada, de tal forma que apenas uma Câmara ou Órgão seja competente para o julgamento desta matéria.

O que se torna imprescindível aqui é que todos os julgadores, por fazerem parte do mesmo órgão jurisdicional, possam decidir juntos e tão somente sobre determinada matéria que verse sobre a lide.

Como observado, o amálgama dos julgadores difundirá, quase que por obrigação, a estabilização dos precedentes judiciais, por mais que versarem de um único tema. No que concordar o Órgão sobre determinado aspecto litigioso, já se encaminha para criar um precedente, e na eventualidade de ocorrer divergências, a própria Turma, no âmbito do trabalho conjunto, deve ensejar a composição, de modo a estancar a controvérsia, e acertar seus entendimentos.

Em território nacional, tal estratégia foi muito bem observada no tocante à criação das Varas especializadas de direito empresarial. O cenário que se amoldava à época era de alto congestionamento das Varas Cíveis, o que acarretava uma demora altíssima para findar-se um litígio.

Arelado a isto, destacam-se os processos de recuperação judicial e falência, visto por muitos, como um dos processos mais complexos e duradouros do sistema jurídico brasileiro, seja pelo grande número de emaranhados que surgem no curso do processo, bem como pela necessidade da intimação de série de partes e terceiros atinentes ao processo.

Observou-se, portanto, que, como se tratava de matéria bastante específica, mister se fazia a especialização, ou seja, a formação no sentido de ter um conhecimento específico sobre a temática jurídica falimentar, material e processualmente falando, tamanha as inovações trazidas por este direito.

No afã de dar mais celeridade e desafogar as tantas outras varas cíveis espalhadas pelo território nacional é que o sistema de especialização de varas se mostrou importantíssimo, concluindo com sucesso a medida a que se propôs.

Todavia, é importante lembrar-se que, com exceção da Câmara supramencionada, são poucas as especializações adotadas pelo judiciário brasileiro em razão da matéria e que seja apta a mudar a estrutura dos Tribunais. A título de exemplo, podemos citar hoje no Brasil as varas especializadas da infância e da juventude, varas especializadas em crimes contra o sistema financeiro nacional e de lavagem de dinheiro, varas especializadas em direito ambiental e agrário, etc.

Mas é óbvia a conclusão de que não seria demais pensar em estender esse protocolo, não apenas em número, mas também em instância, replicar a especialização de Varas no âmbito do Superior Tribunal de Justiça e assim por diante, medida esta que corroboraria ainda mais para as benesses até então defendidas, sendo também pontuadas por Sidnei Beneti⁷⁷: “E deixe-se muito claro que a especialização nos tribunais é muito mais importante do que a especialização de Varas em primeiro grau, conquanto, sem dúvida, também este seja útil na construção de uma doutrina adequada de precedentes estáveis, que constitui a verdadeira jurisprudência”.

Portanto, o que se exaustivamente alicerça no presente trabalho é justamente demonstrar como o uma nova e melhor funcionalidade para o sistema de julgamento brasileiro, por meio da utilização precedentes judiciais podendo gerar a segurança jurídica necessária aos julgados atinentes aos direitos da personalidade, tendo em vista suas características ínsitas de ineditismo e imprevisibilidade.

Com efeito, os direitos personalíssimos, assim como outros tantos, modificam-se muito com o advento das mudanças sociais, culturais e tecnológicas a que se submete de forma natural a pessoa humana.

De mais a mais, ditas mudanças ocasionam o fenômeno dos litígios sazonais, ou seja, aqueles que se modificam concomitantemente às alterações

⁷⁷ BENETI, Sidnei Agostinho. Doutrina de Precedentes e Organização Judiciária, Processo e Constituição. Revista EPM, ano 8, nº 1. 2007, p. 336.

legais, ou modificações jurisprudenciais, os quais por sua vez acabam por gerar um maior engessamento do judiciário, uma maior demora para a solução dos litígios, e por consequência, a ineficácia do sistema judiciário brasileiro atual para enfrentar este problema.

Para tanto, propõe-se a utilização de novas sistemáticas a serem adotadas, não apenas para os julgados relacionados ao longo do trabalho, mas para os tantos outros que possuem características similares.

Com isso, a adoção da especialização das Varas é medida que se impõe. A separação das lides baseadas no direito material ali discutido, de modo a pertencer a somente uma Turma ou Órgão se mostra imprescindível a fim de provocar a concretude do fenômeno da estabilização dos precedentes.

Como visto, o sistema atual falha nesse sentido, por ser complexo, um litígio que verse sobre o mesmo tema, e aqui, podemos facilmente elencar aqueles pertinentes aos direitos da personalidade, encontram nas suas pretensões, por mais que similares, diferentes desfechos.

Para tanto, a utilização do sistema de especialização é fundamental, inclusive a ideia se reforça quando se analisa sob a ótica internacional, diz Francisco de Paula⁷⁸ que “a especialização dos Tribunais, relembre-se, foi caminho essencial ao equilíbrio da jurisprudência em outros países”.

O Brasil timidamente, conquanto busca a mescla pelos sistemas da *Civil Law* e *Common Law*, envereda-se no sentido de implementar as especializações dos julgados, tal como os feitos atualmente pelas Câmaras de direito empresarial, o que, aliás, já demonstrou ser de *mais valia* para os prejuízos que vinham ocorrendo.

Portanto, a extensão ou o desenvolvimento dessa sistemática, por mais que requeira mudanças - estruturais, financeiras e administrativas – e possivelmente represente *a priori* um atraso, pode se justificar quanto à celeridade dos julgados brasileiros aumentar, e a segurança jurídica tanto para os litigantes e advogados, como para o Estado-Juiz, estabelecer-se. Tal conclusão é valiosa, sobretudo, para os litígios sazonais e suas consequentes mudanças, a exemplo daqueles envolvendo os direitos da personalidade.

⁷⁸ FRANCISCO DE PAULA XAVIER NET. Notas sobre a justiça na Alemanha. Coleção Ajuris. Porto Alegre, 1982, p. 18.

4.5 Precedentes Judiciais: Um Instrumento Peculiar

Em face da visível dificuldade enfrentada pelo sistema judicante brasileiro, no que toca a celeridade processual, ao elevado número de magistrados, dispersão jurisprudencial, e outros tantos que foram abordados no trabalho é que foram criados alguns mecanismos processuais pelo ordenamento jurídico brasileiro, dentre eles, destacando-se o sistema dos precedentes.

Não obstante, houve a cautela de se criar outros métodos aptos a enfrentar este dilema, como o caso dos instrumentos ademais pormenorizados, como a reclamação, a superação de precedentes pela utilização do *overruling*, e o *amicus curiae*.

4.5.1 Da Reclamação

O instrumento conhecido como reclamação foi reconhecido constitucionalmente, com o advento da Emenda Constitucional de nº 45/2004.

Possui natureza jurídica de ação, sendo de competência originária dos tribunais superiores. Além disso, objetiva assegurar, nas hipóteses previstas em lei, a autoridade das decisões judiciais proferidas em sede de recurso ou em incidentes com força vinculativa, bem como fazer assegurar a competência dos tribunais – usurpação de competência.

As hipóteses de cabimento podem ser verificadas no rol (exemplificativo) do art. 988, sendo certa a possibilidade de incidirem em determinadas outras circunstâncias, jurisprudencialmente estabelecidas.

A sua pertinência temática importa, pois ao longo do capítulo defendeu-se a ideia de que deve ser realizado o desenvolvimento das varas especializadas, a fim de encontrar nos precedentes judiciais, instrumento apto a prover segurança jurídica ao sistema de julgamento brasileiro.

Destarte, na eventualidade de se verificar um conflito entre a decisão proferida e o precedente devidamente formado pela vara especializada é que deve-se ter um meio jurídico capaz de sanar, oportunamente, este imbróglio.

Nesta lógica, mostra-se fundamental o instrumento da reclamação a fim de garantir a autoridade das decisões proferidas pelos tribunais superiores, de acordo com o inciso II, do art. 988 do Código de Processo Civil.

Além disso, a Lei 13.256/15 prevê a possibilidade de ajuizamento de reclamação contra decisão que contrarie decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de recursos repetitivos e, nas hipóteses dos recursos extraordinários com repercussão geral reconhecida.

Com efeito, deve ser defendido a inclusão da possibilidade de se utilizar a reclamação em desfavor de decisão que vá de encontro à um precedente formulado por intermédio de uma vara especializada, assegurando o seu prevailecimento.

4.5.2 Da Superação de Precedentes e suas Técnicas

Com o advento do Código de Processo Civil de 2015, as técnicas de superação de precedentes foi mecanismo que recebeu grande destaque, e que de forma semelhante à reclamação, importa ser ressaltada no presente tópico.

O CPC, como cediço, acabou por causar satisfatório estímulo à utilização dos precedentes e jurisprudências, porquanto trazendo-os nos artigos 926, 927 e 928 do Código supra. No mais, visando controlar estes, e consequentemente prover segurança jurídica é que trouxe as técnicas de superação.

Estas podem ser divididas em 3, sendo: o *overruling*, o *distinguishing* e o *overriding*.

Brilhante em suas obras, Didier conceitua *overruling* como “a técnica através da qual um precedente perde a sua força vinculante e é substituído (*overruled*) por outro precedente”⁷⁹.

Trata-se de técnica que permite retirar o efeito vinculante acoplado a um precedente substituindo-o por outro sobre o mesmo objeto em julgamento. Com efeito, é um dos principais métodos utilizados pelo direito americano em sua *Common Law*.

Ressalta-se que não se trata de uma revogação, mas sim do transito em julgado de uma decisão judicial, sendo certo que os efeitos por ela irradiados permanecem ativos às demandas já julgadas em definitivo, e serão superados no

⁷⁹ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula S.; OLIVEIRA, Rafael A. Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 10ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2015. v.2, p. 494.

tocante as novas.

Muito se fala ainda, sobre a competência para invocar o *overruling*, ou a sua utilização de caráter explícito ou implícito; difuso ou concentrado; e até antecipado, não sendo este o foco do trabalho.

De mais a mais, tem-se o *distinguishing*, que se consubstancia na comparação o caso em concreto e àquele paradigma (referência), que permite ao magistrado deixar de aplicar este, em face de fundamentada distinção para com aquele.

Desta forma, caso haja a suscitação de um precedente no caso em concreto por uma das partes do processo, caberá à parte oposta provocar o Juiz no sentido da sua não aplicação, cabendo a este fazer a correta distinção, permitindo o afastamento do precedente ou a justificativa da sua não aplicação em virtude da superação deste.

Não obstante, o *overriding* é destacado por Daniel Assunção⁸⁰ como “o nome dado à adequação de um precedente a uma nova realidade jurídica, a qual pode ter sido modificada pela superveniência de uma regra ou um princípio legal”.

Resguardada a semelhança imediata para com o *overruling*, ambos não se confundem, porquanto o primeiro trata de adequação, ao passo que o segundo de uma superação. A diferença importa, pois por adequação, entende-se uma superação de modo parcial de determinado precedente.

Neste caso, não há a substituição da *ratio decidendi* contida no precedente, e sim uma restrição quanto a sua utilização pela adequação ao novo posicionamento.

Fred Didier⁸¹ busca, finalmente, diferenciar as técnicas:

Há aproximação, porém não identidade; trata-se de técnicas distintas. Verifica-se que, ao passo que no *distinguishing*, uma questão de fato impede a incidência da norma, no *overriding* é uma questão de direito (no caso, um novo posicionamento) que restringe o suporte fático. Ou seja, no primeiro são os fatos materialmente relevantes do novo caso concreto que afastam o precedente, por não terem sido considerados quando da sua formação, enquanto que, no segundo, o afastamento é decorrente de um novo entendimento; portanto, de um elemento externo à relação jurídica discutida.

⁸⁰ NEVES, Daniel A. A. Manual de Direito Processual Civil – Volume Único. 8ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 1820.

⁸¹ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula S.; OLIVEIRA, Rafael A. Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 10ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2015. v.2, p. 507.

Portanto, trazendo ditos métodos para a discussão do presente trabalho é que se percebe sua importância. Na perspectiva de se utilizar das varas especializadas, com a utilização dos precedentes, é imperioso permitir aos sujeitos processuais utilizarem das técnicas de superação de precedente, fazendo possível aperfeiçoar o sistema de precedente, permitindo a evolução do Direito, adequando o entendimento das Cortes às mudanças sociais-tecnológicas e legislativas do país, promovendo, como objetivo máximo, a segurança jurídica dos jurisdicionados e demais operadores do direito.

4.5.3 Do *Amicus Curiae*

Por fim, traz-se a figura do *amicus curiae*, a qual pode ser encontrada atualmente no art. 138 do CPC/15 e pertinência impar ao tema no trabalho debatido.

Isso se manifesta claro ao levarmos em consideração tratar-se de terceira pessoa interessada no processo visando o fornecimento de subsidio instrutórios para o deslinde da causa, não se caracterizando, entretanto, como parte na relação processual.

Neste interim, tampouco possui interesse na condição vitoriosa ou não da demanda, diferenciando-se, portanto, da figura do assistente. Assim sendo, sua função é contribuir para uma melhor resolução das decisões judiciais, e um aumento de sua qualidade.

Como pressuposto objetivo deve ser levada em consideração a especialidade da matéria, bem como a importância da causa. Sendo requisitos alternativos, uma vez constatados, podem ser invocados por qualquer das partes, inclusive de terceiros.

Pelo arquitetado, percebe-se o quanto a sua utilização pode vir a ser pertinente no âmbito dos julgamentos brasileiros, no tocante as matérias legisladas que vivem sob constante mudança, bem como com a criação das varas especializadas.

Neste sentido, o Professor Pedro Brambilla⁸², de forma cristalina e objetiva disserta em sua obra dedicada ao estudo do amigo da corte, como este

⁸² BRAMBILLA, Pedro Augusto de Souza. O *Amicus Curiae* como instrumento de efetivação de direitos da personalidade. Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2018. P. 176.

pode vir a ser um instrumento de efetivação de direitos da personalidade.

É exatamente nesse cenário de processos compostos por pelo menos duas partes subjetivadas que se vislumbra a possibilidade de atuação do *amicus curiae* como verdadeiro instrumento participativo de proteção e tutela dos direitos da personalidade que (pode) desempenha (r) o papel de fornecer aos julgadores mais e melhores elementos para evolução da jurisprudência nesse sentido. Tal dinâmica se revela tangível especialmente a partir de sua nova regulamentação.

Percebe-se, portanto, que em tratativas de fortalecer os ideais arcabouçados no trabalho, é imperioso trazer à luz a figura do *amicus curiae*, por se tratar de instrumento apto a perfectibilizar o processo como um todo, possibilitando a evolução das jurisprudências, e por via reflexa o melhor uso das varas especializadas.

5 CONCLUSÕES

Ao passo do desenvolvimento desse trabalho, foram analisados os direitos da personalidade, a influência que o fenômeno do tempo acarreta na análise do Direito, sobretudo, em relação à dificuldade em se obter a segurança jurídica necessária, findando com possíveis soluções para esta problemática apresentada.

Na pretensão de visualizar o cenário ora exposto, é mister compreender os princípios da formação dos direitos personalíssimos, compreendendo desde suas características mais intrínsecas, tal como o estudo da pessoa natural até a forma como foi se modulando no decorrer dos tempos.

Com efeito, buscou-se estabelecer o melhor arquétipo possível a fim de se facilitar o rumo do trabalho, de tal modo que a parte introdutória gasta seu espaço dissertando sobre a pessoa natural, pincelando sobre as questões atinentes ao direito privado e como este possui fortes influências sobre o tema, não por menos que o próprio legislador encarrega o Código Civil de ser instrumento apto a regulamentar esse direito.

Por outro lado, falou-se da personalidade propriamente dita e as questões, por mais que sensíveis, que advém com o aprofundamento desse estudo, como por exemplo, o momento que se considera nascido o direito da personalidade comum a todos os indivíduos.

Sobre a gênese temática, findou-se apresentando uma última característica fundamental, a qual seria a capacidade, outra ramificação advinda da pessoa natural e que importa na melhor concepção dos direitos da personalidade.

Compulsando o desenvolvimento, fora frisado a visão universal no tocante às espécies de direito da personalidade que são, em sua grande maioria, aceitas no universo jurídico como um todo; assim, como foram também expostas as formas jurídicas, pelas quais pode um indivíduo lesado do seu direito da personalidade buscar sua devida tutela.

De mais a mais, sob os fundamentos do direito comparado é que se buscou ilustrar duas temáticas fundamentais para a continuação do trabalho, as quais seriam, não apenas o tratamento jurídico conferido aos direitos da personalidade em 3 (três) países distintos do Brasil, mas também o funcionamento dos precedentes judiciais nos respectivos sistemas, sob a égide da análise comparativa.

Estabelecidos os alicerces pretendidos, em termos de desenvolvimento, adentrou-se ao estudo do fenômeno temporal. Como o decurso do tempo afetou e afetará a sociedade, sobretudo, no que se refere ao universo jurídico.

Não obstante, oferece-se a inevitável problemática proposta, ou seja, quais os métodos jurídicos aptos a enfrentar esse embaraço, em outras palavras, como criar a segurança jurídica necessária, frente ao advento do ineditismo e imprevisibilidade proporcionada pelas mudanças evolutivas e sociais ocasionadas inevitavelmente pelo tempo.

Como é cediço, no bojo do direito comparado, utilizando o sistema Americano de direitos é que se vislumbra um possível desfecho. A introdução tanto pela mudança do sistema de julgamento atuante no judiciário brasileiro, de modo a ser implementando o sistema unitário, o qual encontraria severas dificuldades para que pudesse surgir, como pelo investimento no desenvolvimento das varas especializadas.

Este sistema que, não apenas pode ser introduzido de forma menos gravosa, como já se encontra em seus primeiros passos em território brasileiro, a se verificar, por exemplo, pelas Câmaras de Direito Empresarial no julgamento das ações pertinentes à recuperação judicial e ao processo de falência, método, inclusive, respaldado no âmbito internacional, pois os países que utilizam deste sistema encontraram nele o efeito esperado.

Conclui-se, portanto, que, por mais que o Brasil esteja engatinhando nesse aspecto, em termos de proporcionar maior segurança jurídica e celeridade processual, a estabilização dos precedentes judiciais é medida de rigor que se impõe, sendo certo que a especialização das varas pelo direito material discutido é caminho apto a produzir tais efeitos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes. **A CONTRARIEDADE DA INSTITUIÇÃO CRIMINAL**. Tese do concurso à Livre-Docência. São Paulo: USP, 1937, n 80.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **CURSO DE DIREITO ADMINISTRATIVO**. Editora Método, 2016.

BAUMAN, Zygmunt. **MODERNIDADE LÍQUIDA**. Rio de Janeiro: Editora Zahar, 2000.

BENETI, Sidnei Agostinho. **DOCTRINA DE PRECEDENTES E ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA, PROCESSO E CONSTITUIÇÃO**. Revista EPM, ano 8, nº 1. 2007.

BERTI, Silma Mendes. **DIREITOS DA PERSONALIDADE**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, 39, 31/03/2007. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1718. Acesso em 24 de maio de 2019.

BITTAR, Carlos Alberto. **OS DIREITOS DA PERSONALIDADE**. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 1995.

BRAMBILLA, Pedro Augusto de Souza. **O AMICUS CURIAE COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DE DIREITOS DA PERSONALIDADE**. Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2018.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 2002 (**CÓDIGO CIVIL**). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.html. Acesso em: 08, maio. 2019.

CUPIS, Adriano de. **OS DIREITOS DA PERSONALIDADE**. Trad. de Adriano Vera Jardim e Antonio Miguel Caeiro. Lisboa, Liv. Moraes Editora, 1961.

DECLARAÇÃO DE DIREITOS DOS ESTADOS UNIDOS.

Disponível em: <http://www.uel.br/pessoal/jneto/gradua/historia/recdida/ConstituicaoEUARecDidaPESSOALJNETO.pdf>

DE MORAES, Maria Celina Bodin. **DANOS À PESSOA HUMANA**. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2016,

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula S.; OLIVEIRA, Rafael A. **CURSO DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL: TEORIA DA PROVA, DIREITO PROBATÓRIO, AÇÕES PROBATÓRIAS, DECISÃO, PRECEDENTE, COISA JULGADA E ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA**. 10ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2015. v.2.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **INSTITUIÇÕES DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL**. v. III. São Paulo: Malheiros, 2001.

DINIZ, Maria Helena. **CURSO DE DIREITO CIVIL BRASILEIRO**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2002, 19ª ed.

DINIZ, Maria Helena. **CÓDIGO CIVIL ANOTADO**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2002, 3ª ed.

DIREITOS DA PRIVACIDADE DOS ESTADOS AMERICANOS. Disponível em: https://en.wikipedia.org/wiki/Right_to_privacy#United_States. Acesso em 12 de setembro de 2019.

DONEDA, Danilo. **OS DIREITOS DA PERSONALIDADE NO CÓDIGO CIVIL**. Artigo científico da Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano VI, nº 6 – Junho 2005. Disponível em: uniflu.edu.br/arquivos/Revistas/Revista06/Docente/03.pdf.

DURVAL, Hermano. **DIREITO À IMAGEM**. São Paulo: Editora Saraiva, 1988.

FARIAS, Edilsom Pereira de. **COLISÃO DE DIREITOS: A HONRA, A INTIMIDADE, A VIDA PRIVADA E A IMAGEM VERSUS A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E INFORMAÇÃO**. Sergio Antonio Fabris Editora. Porto Alegre, 2008.

FIÚZA, César. **CÓDIGO CIVIL ANOTADO**. Curitiba: Editora Juruá, 2ª ed., 2004.

XAVIER, FRANCISCO DE PAULA. **NOTAS SOBRE A JUSTIÇA NA ALEMANHA**. Coleção Ajuris. Porto Alegre, 1982.

FRANÇA, Rubens Limongi. **MANUAL DE DIREITO CIVIL**. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1972. T. 1, v.2.

GODOY, Claudio Luiz Bueno. **A LIBERDADE DE IMPRENSA E OS DIREITOS DA PERSONALIDADE**. São Paulo: Editora Atlas, 2008.

GORON, Lívio Goellner. **A JURISPRUDÊNCIA COMO FONTE DO DIREITO: A EXPERIÊNCIA ANGLO-AMERICANA**. Revista de Direito Constitucional e Internacional, v. 47, abr. 2004.

GRISWOLD V. CONNECTICUT. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/381/479/>. Acesso em 12 de setembro de 2019.

HIBNER, Davi Amaral e SILVESTRE, Gilberto Fachetti. **A TUTELA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE NO BRASIL E NA ITÁLIA: QUESTÕES MATERIAIS E PROCESSUAIS**. Anais do II Congresso de Processo Civil Internacional, Vitória, 2017.

JABUR, Gilberto Haddad. **LIBERDADE DE PENSAMENTO E DIREITO À VIDA PRIVADA**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

KAUFMANN, Arthur. **FILOSOFIA DO DIREITO**. Trad. António Ulisses Cortês. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A TUTELA INIBITÓRIA**. São Paulo, Ed. RT, 2003. 3ª Ed.

MARMELSTEIN, George. **EXISTE UM DIREITO FUNDAMENTAL DE DISPOR SOBRE O PRÓPRIO CORPO?** Disponível em: <https://direitosfundamentais.net/2008/11/03/existe-um-direito-fundamental-de-dispor-sobre-o-proprio-corpo/>. Acesso em 14 de maio, 2019.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. **PRECEDENTES: O DESENVOLVIMENTO JUDICIAL DO DIREITO NO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MILLER TEST. Disponível em: legaldictionary.net/miller-v-california. Acesso em 12 de setembro de 2019.

NEVES, Daniel A. A. **MANUAL DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL – VOLUME ÚNICO**. 8ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA INFORMAÇÃO E O DIREITO À CRÍTICA JORNALÍSTICA**. São Paulo: FTD, 1997.

NUNES, Rizzatto. **O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**. São Paulo: Saraiva, 2002.

OLIVEIRA DE, Eugênio Pacelli. **CURSO DE PROCESSO PENAL**. 2013, 17ª Ed., São Paulo: Atlas.

REALE, Miguel. **TEORIA TRIDIMENSIONAL DO DIREITO**. Situação atual. São Paulo: Saraiva, 1994.

ROSENVALD, Cristiano Chaves de Farias Nelson. **CURSO DE DIREITO CIVIL, PARTE GERAL E LINDB**. 2012, Bahia: Editora Juspodvim.

SCHREIBER, Anderson. **NOVAS TENDÊNCIAS DA RESPONSABILIDADE CIVIL BRASILEIRA**. Revista Trimestral de Direito Civil. Rio de Janeiro: Padma, v. 22, 2005.

SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. **DIREITO DAS PESSOAS E DOS BENS**. 3. ed. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2010.

SPAEMANN, Robert. Persons: **THE DIFFERENCE BETWEEN ‘SOMEONE’ AND ‘SOMETHING’**. Trad. Oliver O’Donovan. Oxford: Oxford University Press, 2006.

SZANIAWSKI, Elimar. **DIREITOS DE PERSONALIDADE E SUA TUTELA**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

SZANIAWSKI, Elimar. **DIREITOS DE PERSONALIDADE E SUA TUTELA**. 2.ed., rev., atual., ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TARTUCE, Flávio. **DIREITO CIVIL 1 – LEI DE INTRODUÇÃO E PARTE GERAL**. Editora Método. 8ª ed. 2012.

TEPEDINO, Gustavo. **TEMAS DE DIREITO CIVIL**. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar,

2008, Apud por HIBNER, Davi Amaral e SILVESTRE, Gilberto Fachetti. A tutela dos direitos da personalidade no Brasil e na Itália: questões materiais e processuais.

WOLKMER, Antonio Carlos. **HISTÓRIA DO DIREITO NO BRASIL**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. **A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE NA ALEMANHA**. Revista Direitos Culturais. 2019. Apud a Tradução livre do original: § 823 Schadensersatzpflicht. (1)
Wervorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt, ist dem anderen zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet.