

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO**

VALDEMIR JORGE DE SOUTO BATISTA

**A TUTELA PÓSTUMA DO DIREITO À IDENTIDADE PESSOAL DIANTE DOS
AVANÇOS TECNOLÓGICOS**

**Juiz de Fora
2023**

VALDEMIR JORGE DE SOUTO BATISTA

**A TUTELA PÓSTUMA DO DIREITO À IDENTIDADE PESSOAL DIANTE DOS
AVANÇOS TECNOLÓGICOS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito e Inovação, sob orientação do Prof. Dr. Sergio Marcos Carvalho de Ávila Negri.

**Juiz de Fora
2023**

VALDEMIR JORGE DE SOUTO BATISTA

CONSIDERAÇÕES SOBRE A TUTELA PÓSTUMA DO DIREITO À IDENTIDADE PESSOAL DIANTE DOS AVANÇOS TECNOLÓGICOS

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito. Área de concentração: Direito e Inovação

Aprovada em 20 de dezembro de 2023.

BANCA EXAMINADORA

Sérgio Marcos Carvalho de Ávila Negri - Orientador
Universidade Federal de Juiz de Fora

Wagner Silveira Rezende
Universidade Federal de Juiz de Fora

Daniel Bucar
Universidade Estadual do Rio de Janeiro

Juiz de Fora, 04/12/2023.



Documento assinado eletronicamente por **Wagner Silveira Rezende, Professor(a)**, em 08/02/2024, às 16:42, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no § 3º do art. 4º do [Decreto nº 10.543, de 13 de novembro de 2020](#).



Documento assinado eletronicamente por **Daniel, Usuário Externo**, em 24/02/2024, às 19:30, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no § 3º do art. 4º do [Decreto nº 10.543, de 13 de novembro de 2020](#).



Documento assinado eletronicamente por **Sergio Marcos Carvalho de Avila Negri, Professor(a)**, em 07/03/2024, às 13:45, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no § 3º do art. 4º do [Decreto nº 10.543, de 13 de novembro de 2020](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no Portal do SEI-Ufjf (www2.ufjf.br/SEI) através do ícone Conferência de Documentos, informando o código verificador **1608694** e o código CRC **2DEE6A9F**.

Está morto: podemos elogiá-lo à vontade.

(Machado de Assis, 1994)

RESUMO

O presente estudo objetivou responder a seguinte questão: *A legislação brasileira possui dispositivos aptos a tutelar de forma póstuma o direito à identidade pessoal ante a sua representação por ferramentas tecnológicas?* Para tanto, utilizou-se um método baseado em uma perspectiva exploratória da pesquisa científica, a partir das técnicas de revisão bibliográfica, análise documental e estudo de caso. Inicialmente, por meio de um viés dedutivo, buscou-se analisar a tutela dos direitos da personalidade no ordenamento jurídico brasileiro, para, em seguida, delimitar o recorte do direito à identidade pessoal e sua tutela póstuma. Por fim, realizou-se um estudo sobre a resposta legislativa em relação à campanha publicitária da Volkswagen em decorrência da comemoração do seu septuagésimo aniversário, a fim de propor uma leitura da tutela póstuma do direito à personalidade como encaminhamento do estudo.

PALAVRAS-CHAVE: Direito à identidade pessoal; Tutela póstuma dos direitos da personalidade; Tutela póstuma do direito à identidade pessoal.

ABSTRACT

The present study aimed to answer the following question: “Does Brazilian legislation have devices capable of posthumously protecting the right to personal identity in the face of its representation by technological tools?”. For that, a method based on an exploratory perspective of scientific research was used, based on the techniques of bibliographic review, document analysis and case study. Initially, through a deductive bias, we sought to analyze the protection of personality rights in the Brazilian legal system, to then delimit the cut of the right to personal identity and its posthumous protection. Finally, a study was carried out on the legislative response to the Volkswagen advertising campaign as a result of the celebration of its seventieth anniversary, in order to propose a reading of the posthumous guardianship of the right to personality as a guideline for the study.

KEYWORDS: Right to personal identity; Posthumous protection of personality rights; Posthumous protection of the right to personal identity.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 ESTRATÉGIA METODOLÓGICA	13
2.1 A PESQUISA EXPLORATÓRIA COMO ESTRATÉGIA METODOLÓGICA.....	13
2.2 PREMISSAS TEÓRICAS	15
3 OS DIREITOS DA PERSONALIDADE.....	18
3.1 DO TER AO SER.....	18
3.2 A TIPIIFICAÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE	26
3.3 SITUAÇÕES JURÍDICAS DÚPLICES.....	30
3.4 PERSONALIDADE COMO VALOR JURÍDICO	35
4 A TUTELA DA IDENTIDADE PESSOAL	41
4.1 A TUTELA DA IDENTIDADE.....	41
4.2 AS DIMENSÕES ESTÁTICA E DINÂMICA DA IDENTIDADE.....	45
4.3 O DIREITO À IDENTIDADE PESSOAL.....	49
4.4 CONSIDERAÇÕES SOBRE A TUTELA PÓSTUMA DA IDENTIDADE PESSOAL	56
5 A IDENTIDADE PESSOAL ENTRE A PESSOA E O PATRIMÔNIO.....	60
5.1 PANORAMA DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA SOBRE A TUTELA PÓSTUMA DO DIREITO À IDENTIDADE PESSOAL.....	60
5.2 A RESPOSTA LEGISLATIVA À CAMPANHA DA VOLKSWAGEN	66
5.3 PROPOSTA DE LEITURA DA TUTELA PÓSTUMA DA IDENTIDADE PESSOAL	70
6 CONCLUSÕES.....	75
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	77
ANEXO A.....	87
ANEXO B.....	90

1 INTRODUÇÃO

Be Right Back, o primeiro episódio da segunda temporada da série *Black Mirror*, narra a história de uma personagem que contrata um serviço cuja função é criar, a partir da utilização de ferramentas tecnológicas, um protótipo humanoide com base nas lembranças deixadas pelo marido falecido. Na ficção, a interação com a máquina se inicia por um contato virtual e evolui até a criação de um modelo que emula a pessoa como uma espécie de androide, desencadeando uma série de conflitos internos na personagem principal pela dificuldade em lidar com a complexidade da interação por meio da representação artificial do marido.

Apesar de parecer uma distopia hiper futurista, encerrada apenas na ficção, a narrativa acima não está somente no campo ficcional. Em 2020, o departamento de licenciamento de tecnologias da Microsoft recebeu permissão para registrar a propriedade intelectual de uma funcionalidade com contornos bastantes semelhantes ao serviço fictício mencionado¹. A patente, nomeada “Criando um *bot* de bate-papo conversacional de uma pessoa específica”, prevê a criação de um *chatbot* a partir de imagens, dados de voz, postagens em redes sociais e até cartas escritas, visando a determinação de um perfil que, a partir do aprendizado de máquina², seja capaz de reproduzir comportamentos e respostas das pessoas, inclusive se já falecidas.

O programa de TV sul-coreano *Competition of the Century: AI vs Human* utilizou um software para recriar a voz de Kim Kwang-seok, um cantor que cometera suicídio há mais de 25 anos³. A partir do processamento de dados como o timbre de voz do cantor e traços de emoção humana no canto e nas falas, o software *Singing Voice Synthesis* reproduziu no palco do programa uma canção nunca gravada pelo cantor e que sequer existia na ocasião de sua morte. O evento chocou todo o público e levantou um debate na comunidade jurídica internacional acerca dos limites da utilização de aspectos da personalidade de pessoas falecidas, incluindo, dentre outras, as questões relacionadas aos direitos autorais.

Mais recentemente, em julho deste ano, uma campanha publicitária acendeu um grande debate público no país sobre os limites da utilização da tecnologia para reprodução de pessoas falecidas. Trata-se da propaganda da Volkswagen para comemorar seu septuagésimo

¹ Ver *TecMundo*. Disponível em: <<https://www.tecmundo.com.br/software/208870-patente-microsoft-preve-criar-chatbot-morreu.htm>>.

² De acordo com Simon Phil (2013), o termo “aprendizagem de máquina” pode ser compreendido como “a habilidade de dispositivos computacionais de aprender sem que sejam explicitamente programados”.

³ Ver *TecMundo*. Disponível em <<https://www.tecmundo.com.br/software/211146-programa-tv-sul-coreano-recria-voz-cantor-morto-ha-25-anos.htm>>.

aniversário, na qual foram utilizadas técnicas de Inteligência Artificial⁴ para reproduzir atributos físicos e sonoros de Elis Regina, falecida em 1982⁵. No vídeo promocional, a cantora foi reproduzida artificialmente em um dueto com a filha Maria Rita para estrelar o relançamento do novo modelo do automóvel Kombi da companhia. Juntas, as cantoras interpretam a música *Como Nossos Pais*, escrita por Belchior.

Como consequência do lançamento da peça publicitária, o Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (CONAR) instaurou um processo com a finalidade foi investigar o fundamento ético do uso da Inteligência Artificial para reproduzir a imagem de pessoas falecidas, para entenderem se os herdeiros poderiam autorizar o uso da representação da cantora na peça veiculada, uma vez que a pessoa em questão aparecerá em cenas as quais ela não participou ou consentiu com sua participação em momento algum de sua vida e que são, na verdade, ficcionais.

A campanha da montadora, veiculada inicialmente em 03 de julho de 2023, ensejou, ainda, a apresentação de dois projetos de lei pelo Congresso Nacional, com o intuito de regulamentar o tema, como aponta a matéria “Elis Regina recriada por IA motiva projeto para uso de imagem de pessoas mortas”, realizada pela Agência Senado (2023) após o ocorrido. O Projeto de Lei n.º 3.592/2023, de 19 de julho de 2023, do senador Rodrigo Cunha (Podemos-AL), busca “estabelecer diretrizes para o uso de imagens e áudios de pessoas falecidas por meio de Inteligência Artificial, com o intuito de preservar a dignidade, a privacidade e os direitos dos indivíduos mesmo após sua morte” (Senado Federal, 2023). Já o objetivo do Projeto de Lei n.º 3608/2023, apresentado pelo deputado federal Jadyel Alencar (PV-PI), em 21 de julho de 2023, objetiva “estabelecer diretrizes para o uso de *Deepfakes* pós-morte” (Câmara dos Deputados, 2023). Nesse caso, a utilização deverá ser autorizada pelos herdeiros e a mídia deverá ser compatível com a identidade que a pessoa falecida construiu em vida, preservando sua memória e personalidade.

Esses casos evidenciam como a tecnologia impulsionou a discussão sobre o direito à identidade pessoal. Aos estudiosos do Direito Privado cabe, então, a tarefa de fazer uma releitura deste instituto com base nos avanços tecnológicos atuais⁶, haja vista a acelerada

⁴ Embora não se desconsidere a importância da definição de inteligência artificial e os contornos deste debate, o trabalho não adentra em seus meandros, por se debruçar não no estudo da inteligência artificial ou dos sistemas de inteligência artificial, mas no desenvolvimento tecnológico de modo amplo. Em recentíssimo estudo, Negri *et al.* (2023) apresentam um interesse compilado de definições acerca do conceito de inteligência comercial.

⁵ Ver *Canal Tech*. Disponível em <<https://canaltech.com.br/inteligencia-artificial/como-deepfake-de-elis-regina-foi-criado-para-o-comercial-da-volkswagen-254874/>>.

⁶ Nesse sentido, destaca-se o excerto do Enunciado 667 da IX Jornada Direito Civil, cuja redação assim diz: “O respeito à alteridade e às peculiaridades da relação entre o eu e o outro, exige, agora sob os contornos do

aparição das novas situações sociais que desafiam o estudo das ciências jurídicas. Justifica-se, assim, a realização deste trabalho, que analisa a identidade pessoal a partir do recorte da sua tutela póstuma em um contexto do desenvolvimento tecnológico de representação humana.

O presente trabalho objetiva, assim, responder o seguinte questionamento: *A legislação brasileira possui dispositivos aptos a tutelar de forma póstuma o direito à identidade pessoal ante a sua representação por ferramentas tecnológicas?* Em uma análise apriorística, acredita-se que a legislação brasileira, ou pelos menos o sentimento social que ela transmite sobre a matéria, é insipiente na disciplina do instituto, visto que o tema foi objeto de duas proposições de projetos de lei, nas duas casas legislativas federais, em um intervalo de tempo menor do que 20 dias a partir do lançamento da supracitada campanha publicitária.

A metodologia adotada no estudo possui uma natureza exploratória, a qual se justifica na medida em que os conceitos estudados estão em constante disputa, inclusive em razão do recorte tecnológico adotado, o que enseja, assim, diante de possíveis novos contornos que possam surgir dos avanços tecnológicos, a necessária revisitação da temática.

Assim, a partir da perspectiva exploratória da pesquisa científica, utilizou-se as técnicas de revisão bibliográfica, análise documental e estudo de caso na construção das inferências que resultarão na confirmação ou refutação da hipótese levantada. A revisão bibliográfica consistiu na análise da produção bibliográfica atual sobre tutela póstuma dos direitos da personalidade e do direito à identidade pessoal. Já a análise documental se consubstanciou no exame da Constituição Federal e do Código Civil em busca de elementos que se correlacionem à temática da tutela póstuma dos direitos da identidade pessoal.

O estudo é composto por seis capítulos, além das referências bibliográficas ao final. Este capítulo introdutório busca realizar a caracterização do problema, a exposição da justificativa do estudo, a definição da pergunta-problema e a síntese dos métodos de pesquisa adotados.

O capítulo seguinte exprime, de forma um pouco mais aprofundada, a estratégia metodológica escolhida, que consiste em uma abordagem exploratória do objeto estudado, de modo que permita a familiarização do tema, com o intuito de torná-lo mais explícito para o aprimoramento de ideias pré-concebidas ou a descoberta de novas intuições, para caracterização de hipóteses de estudo. São utilizados os métodos de revisão bibliográfica e análise documental, para alcançar os objetivos propostos. Assim, enquanto o primeiro

consiste na leitura de materiais sobre os direitos da personalidade e o direito à identidade pessoal, o segundo se consubstancia na análise, primordialmente, da Constituição Federal e do Código Civil.

O capítulo terceiro traz, em seu início, uma exposição do perfil histórico-dogmático dos direitos da personalidade, perpassando pela apresentação da dualidade monista e pluralista em relação à técnica de inserção desses direitos no ordenamento e das situações jurídicas que se localizam entre os aspectos patrimonial e existencial da personalidade. Enfim, identifica-se a síntese do levantamento bibliográfico sobre a tutela da personalidade, cujos resultados apontam para a sua leitura como valor jurídico em detrimento da visão tradicional de leitura dos institutos do direito privado, que tentam subsumi-los à categoria dos direitos subjetivos.

O quarto capítulo busca demonstrar o olhar da doutrina acerca da disciplina jurídica da identidade pessoal, com ênfase em sua tutela póstuma. Inicialmente, apresenta como ocorreu a construção teórica do direito à identidade pessoal pela atividade jurisprudencial italiana. Em seguida, realiza-se a distinção conceitual entre as dimensões estática e dinâmica do direito à identidade, para, então, delimitar o recorte desta pesquisa, escolhendo a dimensão dinâmica do direito à identidade como objeto de estudo, cuja definição adota o remete a um direito à verdade pessoal do indivíduo em relação à sua projeção social. Por fim, são tecidas algumas considerações doutrinárias sobre a tutela póstuma da identidade pessoal.

O quinto capítulo se dedica à síntese da leitura do ordenamento jurídico brasileiro com vistas à identificação da disciplina legal do direito à identidade pessoal, especialmente no que tange à proteção póstuma do direito. Nesse sentido, realiza-se a análise da Constituição Federal e do Código Civil, pois, no estudo doutrinário, identifica-se a necessidade de imprimir uma leitura constitucional do Direito Civil, a fim de estabelecer uma tutela plena da personalidade.

O capítulo sexto propõe um exercício hermenêutico sobre a resposta legislativa à campanha publicitária, tendo como base o material doutrinário encontrado, para se verificar sob qual perspectiva o legislador nacional tende a observar o fenômeno da tutela póstuma do direito à identidade pessoal. Nesse sentido, inicialmente, o capítulo dedica-se a apresentar o estudo dos projetos de lei n.º 3.592/2023 e 3.608/2023, em tramitação no Senado Federal e na Câmara dos Deputados, respectivamente, para, a seguir, apresentar uma proposta de hipótese para continuação do estudo, concatenando os resultados obtidos em uma breve síntese.

Por fim, conclui-se a apresentação do trabalho, a partir da exposição das considerações finais, que antecedem as referências bibliográficas das obras que subsidiaram esse estudo.

2 ESTRATÉGIA METODOLÓGICA

Este estudo deve ser compreendido como uma etapa inicial de um estudo mais amplo da tutela póstuma dos direitos da personalidade, a partir da perspectiva dos impactos do avanço tecnológico na dogmática do Direito Civil. A partir de uma análise preliminar, identificou-se que uma abordagem metodológica viável para a continuidade da pesquisa seria a investigação da tutela póstuma do direito à identidade pessoal, com o objetivo de aprofundar a compreensão dos impactos da tecnologia nos direitos da personalidade. Isso se baseou na constatação de que o direito à identidade pessoal é suscetível a influências significativas da evolução tecnológica.

2.1 A PESQUISA EXPLORATÓRIA COMO ESTRATÉGIA METODOLÓGICA

A tutela do direito à identidade pessoal é particularmente suscetível aos avanços tecnológicos⁷, demandando uma estrutura robusta para sua análise, especialmente no contexto da proteção póstuma dos direitos da personalidade. Essa sensibilidade justifica a abordagem exploratória adotada neste estudo, que visa aprimorar conceitos e hipóteses pertinentes à matéria.

Segundo Antônio Carlos Gil (2002), a pesquisa exploratória possibilita que o tema seja abordado de maneira ampla, haja vista a especificidade do objeto, possibilitando uma abordagem investigativa que permite a aproximação conceitual com o objeto, a partir do aprimoramento de ideias e da descoberta de intuições em torno do problema apresentado. Desse modo, é possível a observação dos vários aspectos que se relacionam a ele, visando torná-lo mais explícito e, com sua familiarização, construir as hipóteses. Nas palavras do autor em *Como elaborar projetos de pesquisa* (2002, p. 41):

[...] estas pesquisas têm como objetivo proporcionar maior familiaridade com o problema, com vistas a torná-lo mais explícito ou a constituir hipóteses. Pode-se dizer que estas pesquisas têm como objetivo principal o aprimoramento de idéias ou a descoberta de intuições. Seu planejamento é, portanto, bastante flexível, de modo que possibilite a consideração dos mais variados aspectos relativos ao fato estudado.

⁷ A tutela do corpo eletrônico do sujeito é objeto de constantes estudos, na medida em que se observam os impactos da tecnologia no modo de vivência da sociedade. Nesse sentido “deve-se, pois, buscar a permanente aplicação da principiologia proveniente da tábua axiológica constitucional, de forma a se promover a elaboração de normas voltadas para a proteção não apenas do corpo físico, mas também do ‘corpo eletrônico’, o qual é formado pelos dados e informações pessoais de cada indivíduo. As relações desenvolvidas na internet, assim como todas as demais, devem obediência estrita aos princípios constitucionais, em especial ao princípio fundador do Estado Democrático de Direito brasileiro, a dignidade da pessoa humana, e o intérprete, à luz da legalidade constitucional, diante do conflito ou do litígio, deverá colocar os interesses existenciais em posição de preeminência” (Teffé, 2017).

Neste estudo, assim como na maioria dos estudos da mesma natureza, como afirma Gil (2002), optou-se pela adoção de um levantamento bibliográfico sistemático como principal estratégia metodológica para se compreender o fenômeno jurídico da tutela póstuma dos direitos da personalidade, e em especial, do direito à identidade pessoal na ordem jurídica brasileira. As fontes bibliográficas abarcaram livros, publicações periódicas e impressos diversos, cujos acessos foram realizados preferencialmente por meio de bibliotecas virtuais, bem como portais de periódicos e outros meios digitais e impressos.

A pesquisa bibliográfica, como também aponta o autor (Gil, 2002, p. 45):

[...] é desenvolvida com base em material já elaborado, constituído principalmente de livros e artigos científicos. Embora em quase todos os estudos seja exigido algum tipo de trabalho dessa natureza, há pesquisas desenvolvidas exclusivamente a partir de fontes bibliográficas. Boa parte dos estudos exploratórios pode ser definida como pesquisas bibliográficas.

Como foi observado que estado da arte da literatura sobre o tema indica uma escassez de materiais específicos sobre o tema, buscou-se realizar, complementarmente, uma análise documental⁸ que consistiu na inspeção da Constituição Federal e do Código Civil para averiguar as interseções legislativas com a temática do direito à identidade pessoal, a partir do recorte adotado. A escolha dos dispositivos não foi aleatória, pois se baseou em uma leitura constitucional dos direitos da personalidade, a partir da inserção da dignidade da pessoa humana como fundamento da república dentro da perspectiva do Direito Civil, visto que o trabalho está inserido dentro deste campo do conhecimento.

Por fim, com o intuito de subsidiar a apresentação dos resultados, que consistem na sustentação de uma hipótese de abordagem da tutela póstuma da identidade pessoal, foi realizado um estudo de caso sobre a resposta legislativa a partir da veiculação da referida campanha, como forma de análise de um exemplo que estimule a compreensão do instituto, conforme proposto por Gil (2002, p.41). Sobre esta técnica da análise de caso, o autor explica que

[...] seus resultados, de modo geral, são apresentados em aberto, ou seja, na condição de hipóteses, não de conclusões. Nas ciências, durante muito tempo, o estudo de caso foi encarado como procedimento pouco rigoroso, que serviria apenas para estudos de natureza exploratória. Hoje, porém, é encarado como o delineamento

⁸ É importante ressaltar que a pesquisa documental e o levantamento bibliográfico assemelham-se muito, mas, como apontado por Gil (2002, p. 45), “[...] diferença essencial entre ambas está na natureza das fontes. Enquanto a pesquisa bibliográfica se utiliza fundamentalmente das contribuições dos diversos autores sobre determinado assunto, a pesquisa documental vale-se de materiais que não recebem ainda um tratamento analítico, ou que ainda podem ser reelaborados de acordo com os objetos da pesquisa”.

mais adequado para a investigação de um fenômeno contemporâneo dentro de seu contexto real, onde os limites entre o fenômeno e o contexto não são claramente percebidos (Yin, 2001). Ora, nas ciências sociais a distinção entre o fenômeno e seu contexto representa uma das grandes dificuldades com que se deparam os pesquisadores; o que, muitas vezes, chega a impedir o tratamento de determinados problemas mediante procedimentos caracterizados por alto nível de estruturação, como os experimentos e levantamentos (p.45).

Toda essa construção se destina a responder o problema que fundamenta este trabalho, ou seja, descobrir se *A legislação brasileira possui dispositivos aptos a tutelar de forma póstuma o direito à identidade pessoal ante a sua representação por ferramentas tecnológicas?* Para tanto, fez-se necessário dividir a pesquisa em três grandes blocos.

Como objetivos específicos, elenca-se (i) a delimitação da disciplina da tutela dos direitos da personalidade no ordenamento jurídico brasileiro; (ii) a definição do direito à identidade pessoal no Brasil; e (iii) a análise da tutela póstuma da identidade pessoal.

2.2 PREMISSAS TÉORICAS

O primeiro contato com a doutrina sobre o tema surgiu a partir da leitura da obra *Internet e Morte do Usuário: propostas para o tratamento post mortem do conteúdo inserido na rede*⁹, de Livia Teixeira Leal (2020), que provocou o interesse no estudo sobre a tutela póstuma dos direitos da personalidade, ao propor a reflexão sobre a aplicação do paradigma da herança digital ao conteúdo deixado pelo usuário na rede em detrimento de uma tutela que considere também os aspectos existenciais do indivíduo.

Este estudo se inicia, então, durante a graduação do autor, a partir da análise da dicotomia entre os paradigmas da herança digital e da tutela póstuma da personalidade, que originou o Trabalho de Conclusão de Curso (TCC) do autor, defendido no ano de 2021, sob orientação do Prof. Dr. Sergio Marcos Carvalho de Ávila Negri, e intitulado *Considerações sobre a tutela jurídica post mortem dos dados pessoais na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei 13.709/2018)*.

A partir dos resultados obtidos, o estudo indicou a possibilidade de se buscar a tutela do corpo eletrônico¹⁰ sob um viés do exame do direito à identidade pessoal em sentido póstumo, pois permitiu o dimensionamento do recorte para uma das expressões da personalidade: a identidade pessoal. Percebeu-se, assim, que a discussão sobre a identidade

⁹ A obra em questão é resultado da dissertação, de mesmo título, defendida pela autora no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro em 2018.

¹⁰ O corpo eletrônico pode ser definido como “uma espécie de reflexo da existência do indivíduo na rede, na qual estão presentes informações e dados diversos a seu respeito, e que deve ser objeto de tutela jurídica” Ver Leal, 2018, p.18.

peçoal possui um lastro doutrinário, jurisprudencial e legislativo que poderia, *a priori*, auxiliar na construção de premissas para o estudo da tutela póstuma dos direitos da personalidade ligados ao corpo digital¹¹.

No estudo da tutela póstuma da identidade pessoal, o material do qual derivou a análise sistemática da doutrina é o título *O direito à identidade na perspectiva civil-constitucional*, fruto da tese de titulação no grau de doutor de Raul Cleber da Silva Choeri, em 2010, no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

Em seu livro, o autor propõe “a valorização do direito à identidade a partir de sua conceituação jurídica, da fixação de seus limites no sistema jurídico, da demonstração de sua natureza como instrumento de garantia e de realização da dignidade humana” (Choeri, 2010, p.12-13). Como conclusão, o autor apresenta a necessidade contínua de reflexão a respeito da identidade humana sob a perspectiva civil-constitucional, para que se torne possível enfrentar todas as questões jurídicas sobre a matéria, de modo a respeitar a pessoa humana como valor absoluto em nosso ordenamento jurídico.

Neste estudo, merece destaque também os trabalhos do professor Carlos Nelson Konder, que contribuiu com este estudo, individualmente, no sentido de oferecer um rico substrato teórico sistematizado acerca da tutela da identidade pessoal no ordenamento jurídico brasileiro, e, coletivamente, junto com a professora Ana Carolina Brochado Teixeira, no sentido de apresentar um olhar em face da tutela póstuma dos direitos da personalidade a partir de uma perspectiva de dúplice proteção, indicando uma tutela tanto existencial quanto patrimonial em determinadas situações jurídicas.

A dissertação elaborada por Ligia Fabris Campos (2006) se tornou importante substrato teórico para testar a confiabilidade deste estudo, uma vez que adotou um encadeamento lógico estruturalmente alinhado com o adotado neste trabalho.

Como as obras possuem inclinação à corrente teórica que adota uma leitura constitucional dos institutos do direito privado, a tendência deste estudo, naturalmente, será no sentido de assimilar algumas concepções teóricas gerais, que servirão de baliza teórica, como premissas estabelecidas a partir de generalizações dos textos bases do trabalho.

¹¹ Tanto a proteção de dados quanto o direito à identidade pessoal se inserem no âmbito dos direitos da personalidade. O aspecto estático da identidade pessoal invariavelmente resultará em dados que merecem tutela. Nesses casos, acredita-se que a tutela do direito à identidade pessoal se confundirá com a tutela dos dados pessoais.

3 OS DIREITOS DA PERSONALIDADE

A evolução dos direitos da personalidade é um processo intrincado, influenciado por mudanças sociais, avanços tecnológicos e desenvolvimentos jurídicos. Este capítulo explora essa progressão, desde as bases clássicas do Direito Civil até as complexidades contemporâneas da proteção da personalidade.

A ideia clássica de Direito Civil remete àquela que se formulou no Código de Napoleão, a partir da sistematização operada por Jean Domat em sua obra *Lois civiles dans leur ordre naturel* (1689), na qual as leis civis foram separadas das leis públicas. Essa lógica não apenas fundamentou o código mencionado, mas também influenciou outras codificações do Século XIX.

Construiu-se, então, uma fronteira claramente demarcada entre o direito público e o direito privado, sendo o primeiro entendido como aquele emanado pelo Estado para tutela dos direitos gerais e coletivos e o segundo considerado como os direitos inatos e naturais dos indivíduos (Bodin de Moraes, 1991). Entretanto, alerta Stefano Rodotà (2008, p. 128) que “as tecnologias da informação e da comunicação contribuíram para tornar cada vez mais sutil a fronteira entre a esfera pública e a privada”.

Portanto, a construção da esfera privada de desenvolvimento da personalidade é fundamental para garantir a liberdade na esfera pública. (Leal, 2018). Sobre a privacidade, por exemplo, destaca-se a lição de Kelly Sampaio Baião e Kalline Carvalho Gonçalves (2014) na qual apresentam um paradoxo entre a diversificação da esfera privada possibilitada pela tecnologia e a vulnerabilidade decorrente da exposição do indivíduo que ela implica. Assim, surge a necessidade de fortalecer a proteção jurídica da personalidade para garantir a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana.

Ao longo da história do direito, a proteção dos direitos da personalidade tem sido um tema de crescente importância, refletindo a evolução das sociedades e das concepções sobre a dignidade humana. Desde marcos históricos como o Código Civil de 1916 até as discussões contemporâneas sobre a tutela póstuma da identidade pessoal, tem havido uma busca constante por adequar a legislação às demandas sociais e tecnológicas.

3.1 DO TER AO SER

Com as declarações de direitos¹², que surgiram para proteger o cidadão contra o arbítrio do Estado totalitário, a tutela conferida à pessoa humana pelo direito público limitava-se às garantias política e à integridade física. Nesse sistema, o indivíduo não encontrava limites nas relações jurídicas patrimoniais, reservando-se ao direito privado, basicamente, o papel de estipular garantias para que o domínio fosse exercitado sem ingerência externa e a transferência da propriedade pudesse ter livre curso (Tepedino, 2009).

O Direito Civil regulava as relações entre as pessoas, principalmente em torno do direito de propriedade, único elemento de unificação das diversas matérias que compunham o Direito Civil. Assim, a tutela jurídica servia para que o indivíduo, isoladamente, pudesse desenvolver com plena liberdade a sua atividade econômica (Bodin de Moraes, 2010). Nesse período, Stefano Rodotà (2012) leciona que havia uma tendência de neutralização dos conceitos e das categorias jurídicas para o ocultamento dos conflitos e, portanto, da realidade.

A necessidade de proteger a privacidade individual entre os particulares motivou, então, a busca de aprofundamento nas questões relacionadas ao indivíduo, não apenas como detentor de um patrimônio, mas como merecedor de tutela per si.

Começa-se, então, a perceber a necessidade de alguns direitos individuais relativos ao ser, como o direito à privacidade que nasce de uma demanda crescente da tutela do indivíduo, entendida inicialmente como o “direito a ser deixado só”¹³, surgido em um contexto de preocupação com a massificação de mídias e o abuso da imagem e de informações de cunho pessoal (Leonardi, 2011).

As profundas e numerosas mudanças sociais ocorridas no século XX acarretaram o desenvolvimento de uma sociedade mais complexa, na qual as relações privadas deixaram de se valer de um sistema no qual a propriedade era a medida de todas as coisas. O Direito, então, assumiu um papel de mediador de interesses entre os anseios coletivos e as vontades individuais.

Nesse contexto, embora o BGB alemão (1900) tenha rompido em muitos pontos com a tradição consolidada pelo *Code Napoléon* (1804), foi na Constituição de Weimar (1919) que encontramos o primeiro aceno ao que hoje conhecemos como direitos da personalidade. Seu texto constitucional propunha que os direitos pessoais deveriam ser efetivamente aplicados nas situações concretas em que está a personalidade em jogo, uma mudança metodológica que teria grande impacto na tutela da pessoa humana (Doneda, 2005).

¹² Nesse sentido, destacam-se a Declaração de Independência dos Estados Unidos (1776) e a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789).

¹³ Ver Warren e Brandeis, 1890, p. 193-220.

Foi necessário, então, que a doutrina especializada propusesse uma renovação conceitual, cujo resultado foi justamente a elaboração da categoria dos direitos da personalidade, vistos como um meio de tutela de um mínimo essencial e como a salvaguarda de uma esfera privada que propicie as condições mínimas para o pleno desenvolvimento do indivíduo (Doneda, 2005).

Ligia Campos (2006, p.23) sinaliza a grande contribuição do reconhecimento da possibilidade de os direitos fundamentais operarem sua eficácia nas relações jurídicas privadas para a consolidação da teoria da constitucionalização do Direito Civil, com a Constituição deixando de ser puramente uma carta política para se tornar o elemento integrador de todo o ordenamento jurídico.

Sob essa perspectiva, os direitos fundamentais começaram a ser vistos como normas de observância obrigatória e não apenas como liberdades negativas exercidas contra o Estado. Portanto, na medida em que a pessoa humana se tornou objeto de tutela também nas relações de direito privado, emergiu o desafio de se definir a sua configuração dogmática (Tepedino, 2009).

O estudo do Direito Civil começou, então, a se voltar para explicar fenômenos existenciais, com o grande desafio de buscar sua compreensão a partir de uma lógica sistemática que foi pensada e construída exclusivamente a partir de uma perspectiva patrimonialista das relações humanas.

O movimento de funcionalização das situações jurídicas patrimoniais às existenciais promoveu um processo de inclusão da pessoa humana no cerne da discussão jurídica, centralizando à realidade normativa os interesses coletivos, os direitos da personalidade e as renovadas situações jurídicas existenciais.

A autonomia privada foi se remodelando a partir de valores não patrimoniais, de cunho existencial, inseridos na noção de ordem pública. Assim, o indivíduo, enquanto elemento subjetivo neutro e basilar do Direito civil codificado, deu lugar à pessoa humana, objeto de promoção pela ordem jurídica (Tepedino, 2016).

Assim, os direitos que impliquem na proteção dos direitos existenciais da pessoa humana e do exercício dos direitos de cidadão dentro do Estado Democrático de Direito constituem interesses tão ou mais dignos de tutela quanto os patrimoniais (Bucar, Franzolin, Pires, 2020).

A doutrina aponta outros fatores sociais que promoveram paralelamente a relevância dos direitos da personalidade, dentre os quais, Maria Celina Bodin de Moraes (2010) destaca (i) a explosão qualitativa e quantitativa de meios de comunicação de massa, progressivamente

direcionados a desconsiderar as particularidades dos indivíduos, (ii) a crescente jurisdicionalização de numerosas situações jurídicas que antes eram entendidas como integrantes de sistema extrajurídicos e (iii) a luta, a partir do incremento das técnicas de engenharia genética pelo biopoder, engendrado de uma biopolítica.

Em síntese, a releitura do Direito Civil, a partir do prisma constitucional, pode ser explicada como decorrência de duas circunstâncias históricas que direcionaram o olhar da doutrina nas últimas décadas¹⁴. Conforme leciona Maria Celina Bodin de Moraes (2010, p.2),

dentre as garantias oferecidas ao sujeito, reconhece-se a prevalência, sobre o patrimônio, da proteção da personalidade humana, seja no que diz respeito à sua identidade e integridade, seja no que se refere à sua intimidade e vida privada. Tais bens, de fato, passaram a constituir os pontos cardeais de nosso sistema jurídico, o qual, porém, tem sido sistematicamente bombardeado e desafiado – assim como vem ocorrendo em todos os cantos do mundo – por inovações científicas e tecnológicas de grande magnitude e de consequências aparentemente imprevisíveis, incontroláveis e inevitáveis.

A primeira das circunstâncias é a dignidade da pessoa humana ter sido alçada a paradigma axiológico das relações privadas. Em aproximação do tema com o objeto deste trabalho, a identidade pessoal, Raul Choeri (2010, p. 161-162) destaca que

a CREB/88, com sua força normativa do ser calcada no eixo fundamental do princípio da dignidade da pessoa humana, rompendo os paradigmas liberais patrimonialistas, revela uma identidade civil-constitucional de textura aberta, congregando valores e direitos fundamentais que garantem esse processo de realização individual da identidade. Esses valores e direitos fundamentais, consagrados no texto constitucional, apresentando maior concentração no artigo 5º, refletem em diferentes matizes as vertentes da dignidade, traduzidas pelas gerações ou dimensões dos direitos Fundamentais: liberdade, igualdade, solidariedade (fraternidade) e pluralidade (identidade e diferença). Ao se afirmar o direito fundamental à identidade de quarta dimensão, celebra-se a unidade no múltiplo e a multiplicidade na unidade existencial humana, realizando o reconhecimento da pluralidade mediante uma política de inclusão social.

No mesmo sentido, Ligia Campos (2006, p.28-29) alerta que, “para que o valor da dignidade humana seja tangível e juridicamente tutelável, há que lhe desdobrar em postulados, que tem por corolários o princípio jurídico da igualdade, da integridade física e

¹⁴ Sobre o tema, Maria Celina Bodin de Moraes (2010, p.2), comenta que “dentre as garantias oferecidas ao sujeito, reconhece-se a prevalência, sobre o patrimônio, da proteção da personalidade humana, seja no que diz respeito à sua identidade e integridade, seja no que se refere à sua intimidade e vida privada. Tais bens, de fato, passaram a constituir os pontos cardeais de nosso sistema jurídico, o qual, porém, tem sido sistematicamente bombardeado e desafiado – assim como vem ocorrendo em todos os cantos do mundo – por inovações científicas e tecnológicas de grande magnitude e de consequências aparentemente imprevisíveis, incontroláveis e inevitáveis”.

moral (integridade psicofísica), da liberdade e da solidariedade”. Por sua vez, Maria Celina Bodin de Moraes (2017, p.85) destaca que:

O substrato material da dignidade desse modo entendida pode ser desdobrado em quatro postulados: i) o sujeito moral (ético) reconhece a existência dos outros como sujeitos iguais a ele, ii) merecedores do mesmo respeito à integridade psicofísica de que é titular; iii) é dotado de vontade livre, de autodeterminação; iv) é parte do grupo social, em relação ao qual tem a garantia de não vir a ser marginalizado.

Considerando a identidade pessoal como manifestação da dignidade humana, o objeto desse trabalho estaria, portanto, inserido no postulado que reconhece o respeito à integridade psicofísica do indivíduo. Nesse sentido, Maria Celina Bodin de Moraes (2003, p.116) destaca que o valor da dignidade alcança todos os setores da ordem jurídica e a vulnerabilidade humana deve ser tutelada onde quer que se manifeste. Para a autora, esse princípio, portanto, “parece ser o único capaz de conferir unidade axiológica e a lógica sistemática necessárias à recriação dos institutos jurídicos e das categorias de Direito Civil”.

A segunda das circunstâncias históricas que direcionaram o olhar da doutrina nas últimas décadas se relaciona ao avanço tecnológico contemporâneo. Esse processo reformulou e continua reformulando o conteúdo da autonomia privada do ponto de vista subjetivo, objetivo e formal (Tepedino, 2016). Nesse sentido, Manuel Castells (2002) propõe uma nova perspectiva para se observar o fenômeno da organização da sociedade contemporânea, assentando que vigora atualmente um modelo econômico-social cujo cerne se estabelece a partir de um modo de produção baseado na informação e as dinâmicas de poder que ela implica na sociedade.

Nessa perspectiva, podemos considerar a tecnologia como reflexo da própria sociedade, que, por sua vez, não pode ser entendida ou representada sem suas ferramentas tecnológicas. Nesse sentido também é a percepção de Stefano Rodotà (2003), para quem a existência digital do indivíduo já não pode ser considerada um mero aspecto da sua existência real, pois, paulatinamente, seu corpo eletrônico condiciona mais sua existência do que o próprio corpo físico.

Luciano Floridi (2020), por sua vez, propõe a leitura da sociedade a partir de uma realidade mesclada entre a materialidade física e a imaterialidade virtual, a qual denomina de infosfera. A partir deste conceito, o autor propõe o abandono da ideia de demarcação dos espaços separados entre o que tradicionalmente conhecemos como real, ou seja, o aspecto material da realidade, e o que entendemos por digital, como se este fosse um lugar inatural, no qual se entra ou sai como e quando quiser.

Dessa forma, conforme lição de Rodotà (2003), pessoa e corpo eletrônico já se encontram em um mesmo plano, uma dimensão global repleta de dados e informações produzidos pela navegação em rede, forjando a criação de um *direito global*¹⁵, cuja proteção deverá ser garantida a um indivíduo planetário com um corpo distribuído no espaço. Um grande problema, contudo, reside no fato de que o direito está sempre atrás dos avanços tecnológicos, cabendo ao intérprete o esforço para reverter o descompasso entre a previsão legal e as demandas da realidade (Leal, 2018).

Nesse sentido, os mecanismos jurídicos tradicionais de subsunção¹⁶ do fato à norma mostram-se insuficientes para responder as necessidades sociais atuais, diante das lacunas normativas e da velocidade com que os instrumentos tecnológicos se desenvolvem e na medida em que questões disruptivas sequer cogitadas pelo legislador surgem cotidianamente, desafiando as previsões abstratas pretensamente capazes de regular o comportamento social (Leal, 2018).

Ao intérprete, portanto, cabe a função de promover a integração do sistema jurídico¹⁷, ponderando os interesses envolvidos no caso concreto, de modo a compatibilizar os avanços tecnológicos com a tutela da pessoa humana. Para tanto, é necessário que essa tutela seja feita a partir de novos instrumentos e de uma ação que considere o ordenamento em sua integralidade (Leal, 2018). Sobre essa questão, preciosa é a lição de Gustavo Tepedino (2014, p. 95-96), na qual disserta que:

Na sociedade tecnológica, a liberdade há de ser estimulada, acompanhada por teoria da interpretação capaz de, mediante cuidadosa ponderação, compatibilizar os avanços extraordinários obtidos pela ciência com a tutela da pessoa humana; separando-se as relações patrimoniais das existenciais e funcionalizando-se, no plano interpretativo, a autonomia privada e a explosão dos novos direitos aos valores e princípios constitucionais.

¹⁵ Assim, “as tecnologias da informação e da comunicação contribuíram para tornar cada vez mais sutil a fronteira entre a esfera pública e a privada” (RODOTÁ, 2008, p. 128), dotando o desenvolvimento autônomo da personalidade, a partir da construção livre da esfera privada, como uma condição para determinar a liberdade na esfera pública (LEAL, 2018).

¹⁶ Sobre a insuficiência deste mecanismo, Tepedino (2014, p.84) destaca que “a lógica da subsunção e do mecanismo silogístico na aplicação do direito alimenta o sentimento de que a liberdade, cujas manifestações são desprovidas, evidentemente, de previsões normativas típicas, se encontra externa ao (enquadramento do) direito. Ser efetivamente livre seria agir sem controle legal, iniciando-se a liberdade quando se encerra o alcance do ordenamento. Assim, somente quando o fato social se encaixa perfeitamente na norma esta poderia incidir; nos demais casos prevaleceria a autonomia privada. Daqui decorre o equívoco dos chamados espaços de não direito, como espaços de liberdade individual fora do âmbito do direito, inalcançáveis pelo ordenamento, como se tal proposição representasse imperativo natural da pessoa humana”.

¹⁷ Nesse sentido, Tepedino (2007, p. 23) destaca que “de todo modo, cabe ao intérprete, não mais ao legislador, a obra de integração do sistema jurídico; e esta tarefa há de ser realizada em consonância com a legalidade constitucional. No que concerne à parte geral, algumas cláusulas gerais utilizadas pelo codificador merecem especial atenção, relativamente à proteção dos direitos da personalidade e à boa-fé objetiva como cânone interpretativo”.

É preciso, portanto, que se desenvolva técnicas de interpretação e fundamentação das decisões que, nos conflitos do mundo tecnológico, considere que a liberdade deve ser exercida dentro e conforme o direito, e não fora dele. A autonomia do sujeito, nesse contexto, deve ser exercida em consonância com a tábua axiológica do ordenamento jurídico (Leal, 2018).

Diante desses fenômenos, é preciso que se conceba a constitucionalização do Direito Civil como procedimento metodológico de compreensão do ordenamento em sua complexidade tanto valorativa quanto fática, de modo que os valores constitucionais se incorporem à própria racionalidade da legislação infraconstitucional (Tepedino, 2016).

Essa perspectiva do Direito Civil busca expandir o sistema jurídico na busca do conteúdo normativo dos preceitos codificados a partir do compromisso constitucional estabelecido pela sociedade por meio do constituinte originário (Tepedino, 2016). Assim, a leitura dos institutos de direito privado deve decorrer do entendimento da dignidade humana como o valor máximo do ordenamento jurídico, pois foi eleita como o epicentro axiológico do sistema jurídico nacional pelo constituinte.

Compreender a personalidade como valor contribui, fundamentalmente, para que o ser humano receba o tratamento jurídico adequado, que prestigie dois aspectos fundamentais para a tutela da dignidade da pessoa humana: sua autonomia individual e o seu sentimento de pertença ao grupo (Negri, 2016).

Sobre a dignidade, contudo, Maria Celina Bodin de Moraes (2010), alerta que, diante da infinidade de conotações do termo, emerge o risco de sua absoluta generalização, sendo indicada, assim, como a razão jurídica de todo e qualquer direito fundamental. Segundo a autora, “levada ao extremo, essa postura hermenêutica acaba por atribuir ao princípio um grau de abstração tão completo que torna impossível qualquer aplicação sua” (p.120).

Sendo assim, a reflexão jurídica sobre o termo deve ter como base outras ciências, como a filosofia, a política e a história, uma vez que ao ordenamento jurídico não compete determinar seu conteúdo, que se consubstancia como um substrato essencial para a sua aplicação (Negri, Korkmaz, Fernandes, 2021).

O primado da dignidade humana, desse modo, deve comportar o reconhecimento da pessoa a partir da realidade na qual se insere, evidenciando suas diferenças sempre que necessário para a sua tutela integral. Por outro lado, não se pode desconsiderar a importância do exercício de abstração do sujeito nas situações em que o caso concreto possa gerar restrições à dignidade, restringindo a liberdade e a igualdade da pessoa (Tepedino, 2002).

A coexistência dessas duas construções, sujeito e pessoa, desafia o intérprete de promover a compatibilidade entre o sujeito abstrato e o reconhecimento das diferenças (Tepedino, 2002), visto que o sujeito não se apresenta como algo compacto, unificado e explicado, mas exprime uma realidade fragmentada e móvel (Rodotà, 2012).

Dessa forma, faz-se necessário, portanto, dimensionar a aplicação dos princípios e cláusulas gerais, insculpidos no sistema pelo axioma constitucional da dignidade humana, de modo a aclarar as nuances dos direitos da personalidade e balizar a discussão em torno do direito à identidade pessoal, objeto deste estudo.

Para Gustavo Tepedino (2002), conforme será visto adiante de forma mais aprofundada, a personalidade humana deve ser considerada primordialmente como valor jurídico, insuscetível, assim, de redução a uma situação jurídico-típica ou a um elenco de direitos subjetivos típicos, de modo que se proteja eficaz e efetivamente as renovadas e múltiplas situações nas quais a pessoa venha a se encontrar, envolta em suas próprias e variadas circunstâncias. Como menciona Bodin de Moraes (2010),

para a tutela da personalidade ser eficaz, não pode ser fracionada em diversas *fattispecies* fechadas, como se fossem hipóteses autônomas não comunicáveis entre si. Tal tutela deve ser concebida de forma unitária, dado o seu fundamento, que é a unidade do valor da dignidade da pessoa. É facilmente constatável que a personalidade humana não se realiza através de um esquema fixo de situação jurídica subjetiva – o direito subjetivo –, mas sim por meio de uma complexidade de situações subjetivas que podem se apresentar ora como poder jurídico, ora como direito potestativo, ou ainda como autoridade parental, interesse legítimo, faculdade, estado – enfim, qualquer acontecimento ou circunstância (*rectius*, situação) juridicamente relevante.

Portanto, os direitos da personalidade devem ser localizados dentro do ordenamento jurídico pátrio, por meio de uma visão atenta à realidade social, com características fenomenológicas diversas da ciência jurídica anteriormente concebida em sua neutralidade conceitual (Tepedino, 2002).

Com relação à inserção dos direitos da personalidade nos ordenamentos jurídicos, inicialmente, houve um movimento negativista de parte da doutrina, cujos adeptos alegavam uma impossibilidade lógica de colocar como objeto da relação um bem que se confundia com o próprio sujeito. Este posicionamento foi, pragmaticamente, superado pelo amplo acolhimento desses direitos pelos ordenamentos romano-germânicos (Doneda, 2005).

Nesse contexto, a discussão sobre a técnica mais adequada à incorporação desses direitos aos ordenamentos ganhou destaque na produção acadêmica. De um lado, parte da doutrina entendia a tipificação dos direitos como solução bastante viável, enquanto outra parte

defendia uma espécie de regra geral que englobasse todos os casos nos quais estivessem em questão bens da personalidade (Doneda, 2005). Este debate, contudo, foi gradualmente esmorecendo, superado mais pela atividade jurisprudencial emanada da realidade fática social do que por um consenso convicto da comunidade de doutrinadores (Rodotà, 1992).

Em síntese, percebeu-se uma transição do âmbito de incidência das normas de Direito Civil, da tutela da liberdade econômica do indivíduo em suas relações privadas para a sua tutela plena, considerando, também, suas questões patrimoniais, mas em uma lógica existencial de proteção. A dignidade da pessoa humana, insculpida no ordenamento jurídico nacional como seu centro axiológico, passa a balizar todas as relações humanas, implicando na tutela dos direitos da personalidade como valor jurídico. Nesse sentido destaca-se o entendimento de Raul Choeri (2010, p.243-244):

Verifica-se, nos dias atuais, embora com resistências dogmáticas, um processo gradual de mutação no Direito, no sentido de abandonar os moldes liberais - patrimonialista, voluntarista e, nestes termos, contratualista - que plasmam para o indivíduo uma identidade estática (no máximo, estável), que se estabelece no seu nascimento e o acompanha em toda a sua existência; uma identidade que objetiva meramente atribuir-lhe o designativo de sujeito de direito nas relações jurídicas, por lhe ter sido atribuída personalidade civil. Essa mutação vem a significar a ampliação do conceito de identidade. Além dos aspectos estáveis, de mera identificação, procura-se conceber a identidade em outra dimensão, através de uma concepção psicossocial, dinâmica, que compreende a pessoa em sua totalidade existencial, com capacidade de se autoconstruir a partir de sua interação com a sociedade, como ente autônomo, apto para transformar-se e para decidir sobre seu próprio projeto de vida, em virtude do seu papel de partícipe no processo de transformação universal, evoluindo, celebrando em si o ser e o dever ser.

Desse modo, cabe à dogmática civilista o estudo dos institutos relacionados aos direitos da personalidade para que se compatibilize sua aplicação pelos intérpretes com a ordem constitucional vigente. Convém, nesse sentido, estudar a inserção desses direitos dentro do ordenamento jurídico pátrio, para que se entenda, no decorrer do estudo, se a forma adotada pelo legislador nacional atende plenamente aos interesses do indivíduo.

3.2 A TIPIIFICAÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

A partir dos estudos realizados, pode-se perceber uma tendência predominante no século XIX de leitura do Estado a partir de uma acepção liberal, que conduz ao reconhecimento do regime jurídico a partir de duas realidades: a liberdade, principalmente aquela relacionada ao exercício da atividade econômica por meio dos contratos, e a proteção da propriedade. O Estado nesse sentido deveria garantir apenas que o indivíduo pudesse ter

segurança nas suas operações econômicas e na defesa do seu patrimônio. Para tanto, foi necessária a adoção de conceitos jurídicos fechados, a partir de códigos que pretendiam regular a totalidade das relações jurídicas, cuja centralidade girava em torno da autonomia da vontade (Campos, 2006).

Nesta época na Europa, por exemplo, o *Code* de Napoleão (1814) seguiu essa tendência, bem como inspirou os demais códigos, haja vista o interesse da burguesia em garantir o direito à propriedade e a menor intervenção do Estado nas atividades comerciais. No Brasil, por influência do código francês, o Código brasileiro de 1916 pretendia abranger e regular todas as situações jurídicas entre particulares (Campos, 2006).

Devido à quantidade e complexidade das relações jurídicas, esse modelo positivista de matriz kantiana não obteve êxito, especialmente após os temores causados pelo nazismo durante a Segunda Guerra Mundial. O holocausto foi justificado pela ideia de que o Estado de Direito se baseava estritamente no positivismo.

Como resposta a esta concepção, portanto, emergiu a ideia de *Welfare State*, ou Estado do Bem-estar Social, que consiste em se adotar um modelo de Estado intervencionista pautado na reconstrução estatal e social no cenário pós-guerra. Assim, iniciou-se um processo de relativização da concepção racional, para adoção de parâmetros pautados nos princípios da democracia, liberdade e solidariedade (Neto, 2006). Nesse sentido, Caio Ribeiro Pires e Daniel Bucar (2022) dissertam que, neste período:

Constatou-se a obsolescência da noção de sujeitos abstratos, sempre impactados pelas leis de maneira idêntica e detentores de igual liberdade de celebrar negócios jurídicos, substrato lógico do imperativo de pleno resguardo à autonomia da vontade dos particulares, principal característica do liberalismo na seara jurídica. Outrossim, intentava-se a consolidação de um novo regime de direito privado, harmônico às proposições do Estado Social, conhecido por buscar promover a igualdade substancial.

O Direito, então, se voltou à tutela integral do indivíduo, que exigiu, como visto, tomar a dignidade da pessoa humana e seus corolários como elemento central da normativa jurídica, prescindindo da regulação integral das situações jurídicas para sua tutela. Os princípios¹⁸ jurídicos decorrentes da dignidade, por sua vez, tornaram-se valores centrais dos

¹⁸ Raul Choeri (2010, p.25) traz uma breve, mas valiosa, síntese sobre o tema, conforme se extrai do seguinte excerto: “Os princípios são identificados, segundo Robert Alexy, como ‘mandados de otimização’, que não se aplicam integralmente em qualquer situação. ‘Os princípios costumam ser relativamente gerais, porque não estão referidos às possibilidades do mundo real ou normativo’. Os diferencia das regras por serem normas jurídicas que dizem que algo deve ser realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Os princípios podem ser cumpridos em diferentes graus, sendo que a medida de seu cumprimento depende de possibilidades reais e jurídicas. Por outro lado, as regras são normas que só podem ser cumpridas ou

ordenamentos jurídicos, ocupando o lugar das normas jurídicas positivadas quando elas mostrarem contrárias, arbitrárias ou injustas (Campos, 2006).

Diante desse cenário, a técnica legislativa de tipificação integral das relações humanas tornou-se obsoleta. Os legisladores passaram a adotar cláusulas gerais para disciplinar de forma ampla as matérias afeitas ao direito civil, cabendo à doutrina e ao judiciário sua interpretação e aplicação ao caso concreto.

Contudo, considerando o acelerado ritmo de desenvolvimento tecnológico atual, os riscos inerentes à vida em comunidade tomam proporções imensas, e as consequências da materialização destes riscos seguem a mesma tônica. Ulrich Beck (2010), sociólogo alemão, identifica esse cenário como uma “sociedade mundial do risco”, fenômeno caracterizado pelas transformações do corpo social que atinge uma “modernidade reflexiva”, uma nova e atual configuração da ordem social, cujos riscos transpõem as fronteiras territoriais por meio do avanço tecnológico, científico, da exploração da natureza e da globalização (Batista, Nogueira, Silva, 2019).

Neste cenário, a sociedade tende a se sentir constantemente ameaçada, visto que sequer consegue dimensionar o risco ao qual está exposta, decorrente do sentimento de reflexão sobre este risco imensurável e nem sempre palpável. Como consequência deste constante estado de medo, a tendência é se buscar a regulação imediata daquilo que emerge como um novo risco ou o expoente de um risco já conhecido. A resposta legislativa à publicidade do septuagésimo aniversário da Volkswagen, cujos análise será apresentada neste trabalho, pode ser considerada uma manifestação deste fenômeno.

Atualmente, o legislador optou por tutelar os direitos da personalidade de forma genérica, por meio de cláusulas gerais. Neste sentido, discutir qual a melhor técnica de inserção dos direitos da personalidade no ordenamento jurídico pareceu razoável. Historicamente, podemos identificar as teorias pluralista e monista como as duas correntes mais relevantes sobre a temática.

Os defensores da teoria pluralista argumentam que a multiplicidade de bens e interesses ligados à personalidade da pessoa, são, individualmente, merecedores de tutela. A proteção da personalidade, desse modo, não seria exaurida em um só direito subjetivo, mas deveria corresponder a tantos direitos da personalidade quantos forem os aspectos pessoais

não. Se uma regra é válida, então se deve fazer exatamente o que ela exige, nem mais nem menos. Assim, as regras possuem determinações no âmbito do fático e juridicamente possível. Dworkin, por sua vez, entende que as regras são aplicadas na forma do ‘tudo ou nada’, isto é, ou são aplicadas ou não são. Portanto, defende que comportam exceções inúmeras previamente à sua aplicação. Os princípios, a seu turno, comportam exceções à sua aplicação que não podem ser enumeradas previamente à hipótese concreta de sua incidência, porque qualquer princípio pode, abstratamente, representar uma exceção à aplicação de um princípio”.

considerados socialmente relevantes (Mattieto, 2017). Seus adeptos defendem ainda que os argumentos contrários não se sustentam, pois, se assim fosse, deveria existir também a ideia de um único direito geral ao patrimônio, pois todos os direitos que o tutelam seriam apenas expressões desse direito geral.

San Tiago Dantas (1979, p.193 *apud* Tepedino, 2009, p.20) sintetiza esse argumento a partir da seguinte constatação:

os bens, a propriedade, a posse, os contratos, todos os direitos que se distinguem dentro da esfera dos direitos patrimoniais, podem ser considerados de um modo unitário; sendo possível, então, dizer que só existe um direito patrimonial e que todos esses, que habitualmente se estudam, são dele simples face ou manifestações.

Os defensores da teoria monista, por sua vez, defendem a pessoa como um valor unitário com interesses relativos ao ser substancialmente interligados, mesmo que dotados de características conceituais próprias. Nesse sentido, as normas que tutelam as personalidades presentes na legislação infraconstitucional representariam a disciplina específica de alguns de seus aspectos particulares, sem que, contudo, constituam direitos autônomos. Nesta perspectiva¹⁹, o direito da personalidade seria um direito único, cujas múltiplas expressões são protegidas por normas particulares (Tepedino, 2009).

Em importante lição sobre as duas teorias, San Tiago Dantas (1979, p.193 *apud* Mattieto, 2017), defensor de uma visão pluralista, relativiza ambas as concepções ao afirmar a possibilidade de uma leitura dualística da personalidade, cuja tutela comporta tanto um tratamento unitário quanto categorizado²⁰.

Assim, considerar a personalidade como um valor unitário propenso a não sofrer limitações não pressupõe a impossibilidade de prever, autonomamente, algumas de suas expressões mais qualificantes no ordenamento (Perlingieri, 2002). O jurista, nesse sentido, não pode se concentrar apenas em encontrar mecanismos ressarcitórios que espelhem o que

¹⁹ Nesse sentido, também a partir de um paralelo com os direitos patrimoniais, no sentido de defender a unicidade dos direitos da personalidade, Tepedino (2009) apresenta os argumentos de Giampiccolo (1958) sobre a visão monista dos direitos da personalidade: “Do proprietário de um terreno não se pensa, de certo, que ele tenha um distinto direito à integridade do bem, a mantê-lo fechado, à sua desafetação e assim por diante; nem se postula do ordenamento uma específica norma para a proteção dessas qualidades individualizadas, que no seu conjunto fazem a coisa ser exatamente o que é e permitem que ela sirva à sua função. Por que então, com estranha contradição, dever-se-ia considerar diferentemente quanto à pessoa, se o homem é exatamente o valor fundamental sobre o qual incide todo o ordenamento? Porque o homem deveria ter proteção limitada somente aos aspectos expressamente regulados por uma norma, não se estendendo esta proteção indistintamente a todos os interesses da personalidade que possam parecer socialmente relevantes, e assim merecedores de tutela?” (Giampiccolo, 1958 *apud* Tepedino, 2009, p.21).

²⁰ Na verdade, os direitos da personalidade podem ter um tratamento unitário, porque a personalidade é uma, mas isto não quer dizer que, entre eles, não se possa fazer diferenciações capazes de apresentá-los como relações jurídicas, distinguindo-os tal qual o patrimônio. O patrimônio é único, mas, dentro do patrimônio, podem se distinguir várias espécies jurídicas (Dantas, 1979, p.193 *apud* Mattieto, 2017)

ocorre a partir do paradigma da propriedade, deve, entretanto, salvaguardar a pessoa humana em qualquer situação jurídica, orientado sempre pela máxima da dignidade humana (Mattieto, 2017).

A preocupação deve ser, no entanto, em não conceber a proteção da personalidade sob o paradigma do direito de propriedade, conforme leciona Gustavo Tepedino (2009, p.22):

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

Percebe-se que, assim como na época do surgimento do debate entre as teorias pluralista e monista²¹, a discussão sobre sua distinção vem gradualmente perdendo força, na medida em que se observa que o cerne da discussão não está em se verificar por qual meio os direitos da personalidade se inserem na discussão, mas sim sobre qual viés eles são lidos.

Assim, seja considerando os direitos da personalidade como decorrência de um único direito que se manifesta em diversas expressões, seja entendendo-os como interesses autônomos, sua interpretação deve priorizar os interesses do sujeito na dimensão existencial, em vez da abordagem automática consolidada pela dogmática tradicional, que se baseia na patrimonialidade.

Existem, contudo, situações em que as dimensões patrimonial e existencial se confundem, razão pela qual o direito deve se debruçar sobre a distinção desses aspectos, para que se proceda a melhor tutela possível do sujeito, a partir da máxima constitucional da dignidade humana.

3.3 SITUAÇÕES JURÍDICAS DÚPLICES

²¹ Para a maior parte da doutrina, ambas as teorias pecam em analisar a discussão a partir de um viés patrimonialista, encerrando a proteção da personalidade como uma relação jurídica-tipo. Criticando a recondução da personalidade humana a novel de direitos subjetivos típico, Pietro Perligieri defendia percebê-la como um valor jurídico a ser tutelado nas múltiplas e renovadas situações em que o homem possa se encontrar a cada dia (Choeri, 2010, p.238-239).

A leitura dos institutos do Direito Civil deve perpassar, necessariamente, pela interpretação do ordenamento a partir de uma hermenêutica alinhada com os preceitos constitucionais. Nesse sentido, verificou-se a necessidade de abandonar a tradicional lógica patrimonialista, em razão da sua necessária superação diante da estatura constitucional a que foram alçadas as questões existenciais, com a adoção da dignidade da pessoa humana como valor máximo do ordenamento pelo texto constitucional.

Todavia, há situações nas quais a patrimonialidade é questão intrínseca ao interesse do sujeito e cujo aspecto patrimonial deve também ser merecedor de tutela. Como afirmam Teixeira e Konder (2019, p. 139),

de acordo com a doutrina civil-constitucional, o princípio da dignidade humana impõe a proeminência das situações existenciais com relação às patrimoniais, de maneira a vedar a patrimonialização de situações jurídicas existenciais. Isso não significa, repise-se, a anulação ou a redução quantitativa do conteúdo patrimonial no sistema jurídico, principalmente no civilista, pois o momento econômico, tal qual aspecto da realidade social organizada, não é eliminável. Entretanto, muda seu tratamento pelo ordenamento em termos qualitativos, pois sua função passa a ser proporcionar suporte ao livre desenvolvimento da pessoa.

Nesses casos, contudo, o intérprete deve se atentar para não cair na armadilha de analisar a questão apenas pela ótica tradicional, visto que até as questões patrimoniais devem ser lidas a partir da ótica do ser em detrimento da lógica do ter.

Quanto à proteção dos direitos da personalidade, é fato que a partir da mudança de perspectiva constitucional, passando a estar o ordenamento a serviço da pessoa humana, conforme a determinação do art. 1º, III, da Constituição, consolidou-se definitivamente a prevalência das relações não patrimoniais (pessoais e familiares) face às relações patrimoniais (contratuais e proprietárias). Consequência desta opção constitucional foi o substancial aumento das restrições estruturais impostas à vontade individual pelo Código de 2002, através, por exemplo, das noções de abuso do direito, dos princípios da boa-fé, da confiança e da função social do contrato e da propriedade, solidificando a já existente compressão da autonomia privada patrimonial (Bodin de Moraes, 2010, p.3).

Daí, decorrem dois desafios ao intérprete: a distinção entre situações existenciais e patrimoniais, e a definição dos critérios para fazê-la²². Nesse sentido, a grande dificuldade

²² Para Teixeira e Konder (2019, p. 139-140), “A princípio, essa separação padece de certa obviedade, quando se pensa na contraposição propriedade, crédito, empresa versus direitos da personalidade e direitos de família, de modo que, nesses casos, o objeto/ou o interesse presente na situação jurídica - análise que se busca em um primeiro momento - satisfaz o intérprete. A decomposição permite ainda identificar hipóteses nas quais há nitida predominância de uma frente à outra, como situações existenciais com repercussões patrimoniais ou situações patrimoniais com repercussões existenciais”.

estará na caracterização daquilo que está em uma zona cinzenta entre as categorias²³, isto pois, na sociedade contemporânea, as questões patrimoniais são motores socioeconômicos e, conseqüentemente, serão instrumentos para a concretização de interesses existenciais²⁴.

Pela complexidade da tarefa de distinção das categorias, a literatura propõe uma abordagem funcional²⁵ na distinção das situações patrimoniais e personalíssimas. Nesse sentido, “funcionalizar um instituto é descobrir sob qual finalidade ele serve melhor para o cumprimento dos objetivos constitucionais, qual seja, a tutela da pessoa humana na perspectiva não apenas individual, mas também solidarista e relacional” (Teixeira; Konder, 2019, p.140).

Considerando a tendência imposta pela tradição patrimonialista do Direito Civil, percebe-se que, comumente, os aspectos relacionados à tutela póstuma dos direitos da personalidade (existencial) são associados à lógica sucessória (patrimonial). De fato, com o avanço da tecnologia, situações em que os aspectos estão intimidade imbricados são inúmeras²⁶.

Tais fatores sustentam a adoção, mesmo que pragmática, de uma visão funcional do direito à identidade pessoal. Antes, contudo, é importante destacar os ensinamentos de Carlos Konder (2018, p.9), sobre a suficiência da identidade pessoal como merecedora de tutela por si só, conforme o autor:

Partindo do pressuposto de que a identidade pessoal é um direito fundamental, por ser manifestação da dignidade da pessoa humana, do livre desenvolvimento da personalidade e da autonomia existencial, não é possível entender que ela, para ser tutelada, deva atender a alguma função, já que as situações jurídicas existenciais são,

²³ Teixeira e Konder (2019) também afirmam que “inúmeras hipóteses da vida concreta, a partir do diálogo fato e norma, estão em uma zona de obscuridade, de modo a dificultar a classificação em existenciais ou patrimoniais. Por isso, faz-se essencial a busca da funcionalidade concreta e casuística que exerce naquele recorte fático: se realiza direta e imediatamente a dignidade humana por meio do livre desenvolvimento da personalidade, trata-se de situação existencial; se a realização da dignidade humana é mediata, visando, em primeiro plano, a efetivação da livre iniciativa, trata-se de situação patrimonial”.

²⁴ Como bem ressaltado por Meirelles (2009, p.47-48), “nem sempre será possível afirmar que uma relação jurídica é existencial ou patrimonial, pois não é raro que ambos os interesses estejam nela envolvidos. As situações jurídicas podem refletir interesses existenciais e patrimoniais ao mesmo tempo. E isto não porque a relação patrimonial é funcionalizada a promoção de valores existenciais, como ocorre em todos os institutos jurídicos, mas sim porque é composta de situações existenciais e de situações patrimoniais”.

²⁵ A distinção entre situações jurídicas existenciais e patrimoniais conduz ao regime jurídico aplicável. Nesse sentido, adota-se o mesmo entendimento de Ana Carolina Brochado Teixeira e Carlos Nelson Konder, de que “tal classificação - que não chega a ser dicotômica, mas complementar, sob a análise sistêmica do ordenamento jurídico - faz-se sob o aspecto funcional, por ser esta a perspectiva que, metodologicamente, melhor atende aos ditames propostos pelo Direito Civil-Constitucional, embora as situações possam ser qualificadas a partir de perfis diversos, o que provoca o risco de, nem sempre, conduzir ao mesmo resultado. A análise que se propôs foi a de focar a problemática da função dessas situações, com o escopo de buscar a disciplina aplicável, a fim de implementar uma normativa coerente com a principiologia constitucional”.

²⁶ Sobre o assunto, Livia Leal e Gabriel Honorato, a partir do caso do Gugu Liberato, fazem um estudo sobre a exploração econômica de perfis de pessoas falecidas. Ver Honorato e Leal, 2020, p. 155-173.

em si mesmas, a própria função: a dignidade da pessoa humana preconiza, fundamentalmente, a não instrumentalização do sujeito ao atingimento de outros fins. Portanto, a tutela da identidade pessoal não está condicionada ao limite interno de atingir certo fim: qualquer limite a ele deve se originar diretamente da mesma dignidade da pessoa humana que lhe dá fundamento, em um processo de ponderação

A análise funcional propõe o exame da situação jurídica com o intuito de encontrar qual função melhor concretiza o texto constitucional²⁷. Embora admita-se que ambos os aspectos caminhem para a tutela última da pessoa humana²⁸, considera-se que a tutela de situações patrimoniais conduz ao interesse da coletividade a partir do reconhecimento da sua função social, enquanto a tutela das situações existenciais, por sua vez, implica em proteger o indivíduo em si, a partir de uma função de promoção pessoal.

Livia Leal (2018) alerta para a dificuldade de se enquadrar determinada situação jurídica nessa lógica de distinção, sobretudo quando o interesse envolve ambos os aspectos com graus similares de intensidade, pois não é incomum que ambos os interesses estejam presentes, o que demandará uma análise fática apurada do intérprete. Para realizar tal distinção a autora apresenta dois pontos de reflexão: o relativo ao interesse (o que é) e o funcional (para o que serve).

Nessa perspectiva, a análise dessas situações deve ser baseada na síntese dos efeitos essenciais da situação jurídica e realizada a partir do caso concreto, considerando-se sob qual finalidade ela serve melhor para o cumprimento dos objetivos constitucionais, qual seja, a tutela da pessoa humana na perspectiva solidarista e relacional em detrimento de uma visão exclusivamente individualista.

Segundo Ana Carolina Brochado Teixeira e Carlos Nelson Konder (2012), “se realiza direta e imediatamente a dignidade humana por meio do livre desenvolvimento da personalidade, trata-se de situação existencial; se a realização da dignidade humana é mediata, visando, em primeiro plano, a efetivação da livre iniciativa, trata-se de situação patrimonial”. Sobre a distinção, Livia Leal (2018, p. 41) propõe que:

²⁷ Segundo Teixeira e Konder (2019, p.139-140), “[...] não basta, apenas, averiguar o cumprimento da função social de toda e qualquer situação jurídica - como nos contratos, que hoje intrínseco a eles, principalmente, as de ordem patrimonial -, mas sim, qual a função que aquela situação jurídica realiza, que melhor concretiza os objetivos constitucionais. Para as situações existenciais, é necessária a realização de uma função de cunho pessoal, que tutele o livre desenvolvimento da personalidade não apenas da pessoa como núcleo isolado, mas inserida na sociedade, em determinado contexto”.

²⁸ A distinção se faz necessária, tendo em vista a instrumentalidade indireta das situações patrimoniais à concretização da dignidade, pois seu principal objetivo é a realização de uma função social; prioritariamente, elas estão a serviço da coletividade, tornando inevitável a conformação da autonomia privada ao imperativo da solidariedade. Situação diferente ocorre nas situações jurídicas existenciais, cujo objetivo é a realização direta da dignidade, conforme as próprias aspirações, valores e *modus vivendi*; enfim, têm como função imanente a livre realização da personalidade, segundo o próprio projeto de vida que a pessoa construiu para si. (Teixeira; Konder, 2019, 139-140).

As situações jurídicas patrimoniais devem desempenhar uma função social, diante de sua instrumentalidade indireta para a realização da dignidade da pessoa humana, podendo, nesses casos, a autonomia privada sofrer limitações em face de interesses coletivos. Já as situações jurídicas existenciais não podem ser instrumentalizadas a um interesse social ou coletivo, por constituírem manifestações diretas da personalidade do indivíduo. Assim, as situações existenciais incidem imediatamente sobre o desenvolvimento da personalidade, ao passo que as situações patrimoniais apenas mediadamente servem a este fim. A ideia de patrimonialidade encontra-se vinculada à suscetibilidade de avaliação pecuniária, possuindo referencial em um interesse apreciável economicamente, de acordo com o contexto jurídico-social e histórico.

Ao tratarmos da tutela póstuma dos direitos da personalidade, duas são as implicações conceituais para a tutela dos interesses do indivíduo²⁹, segundo apresentam Negri e Korkmaz (2021):

(i) as situações jurídicas patrimoniais constituem o objeto da sucessão *mortis causa*; e (ii) os direitos da personalidade são intransmissíveis, embora transmissíveis sejam os efeitos patrimoniais deles decorrentes, condicionada a utilização da expressão econômica destes direitos ao princípio da dignidade humana, como ocorre, por exemplo, com o direito à imagem e os direitos autorais

No primeiro caso, dada a vocação patrimonialista do Direito Civil, não há muita discussão sobre os legitimados para exercer a titularidade dos direitos de sucessão. O Código Civil reserva um capítulo composto por quase 250 artigos³⁰ totalmente dedicado à disciplina da sucessão.

Igual sorte não foi reservada à tutela póstuma dos direitos da personalidade, cuja disciplina está positivada nas cláusulas gerais dos parágrafos únicos dos artigos 12 e 20 do Código Civil, conforme será visto adiante.

Nesse sentido, cabe à atividade jurisprudencial e doutrinária o papel de definir a legitimidade para tutela desses direitos póstumos, o que este estudo buscará enfrentar, mesmo que de forma genérica. Antes, contudo, a pesquisa da natureza dos direitos da personalidade deve ser preconizada.

²⁹ Sérgio Negri e Maria Regina Korkmaz (2021, p. 665) propõem que “em se tratando de bens patrimoniais a integrar a herança digital, aplicar-se-ia a vocação hereditária com a restrição dos que têm capacidade para suceder. Para os bens existenciais, por outro lado, o paradigma da herança digital seria inaplicável, podendo-se mesmo superar uma leitura restrita daqueles que teriam legitimidade para promover a tutela *post mortem* da personalidade, a ser ampliada para terceiros juridicamente interessados, tendo em vista a insuficiência dos parágrafos únicos dos artigos 12 e 20, do Código Civil. Não raro, a proteção *post mortem* da personalidade pode se operar inclusive em face dos próprios familiares”.

³⁰ O direito sucessório está regulado nos arts. 1.784 a 2.027 do Código Civil, sendo o direito à herança assegurado pelo art. 5º, XXX, da Constituição Federal.

De todo modo, alerta-se que a “personalidade humana deve ser considerada antes de tudo como um valor jurídico, insuscetível, pois, de redução a uma situação jurídica-tipo ou a um elenco de direito subjetivos típicos” (Tepedino, 2007, p.23). A busca da tutela da pessoa humana deve ser buscada em qualquer caso, por meio dos específicos direitos subjetivos ou pelo afastamento de tutela jurídica de qualquer ato jurídico, patrimonial ou extrapatrimonial, que não atenda à realização da personalidade (Leal, 2018, p. 44).

3.4 PERSONALIDADE COMO VALOR JURÍDICO

No Brasil, por muito tempo, a influência de teorias tipificadoras foi evidente na discussão dos direitos da personalidade, embora hoje esse cenário tenha mudado para uma abordagem à luz do Direito Civil-constitucional, uma vez que a fonte normativa da matéria agora está na Constituição Federal (Doneda, 2005).

A visão clássica dos direitos fundamenta-se na concepção de direitos subjetivos³¹, os quais buscam adequação ao caso concreto por meio de uma norma geral já estabelecida, no modelo de situação-tipo³². Dessa forma, caberia ao sujeito a pretensão de ver aplicado ao seu caso um direito adequado a ele, já que a regra é estabelecida como uma categoria pré-estabelecida.

Para a efetiva tutela dos direitos da personalidade, não seria adequada a aplicação da técnica do direito subjetivo elaborado na categoria do ter³³, visto que o objeto de tutela é a

³¹ Sobre a matéria, Miguel Reale (1976) leciona que “direito subjetivo, no sentido específico e próprio deste termo, só existe, a meu ver, quando a situação subjetiva implica a possibilidade de pretender ou exigir como próprio uma prestação ou um ato de outrem. O núcleo do conceito de direito subjetivo é a pretensão (Anspruch), a qual pressupõe que sejam correspectivos aquilo que é pretendido por um sujeito e aquilo que é devido por outro (tal com o se dá nos contratos) ou que pelo menos, entre a pretensão do titular do direito subjetivo e o comportamento exigido de outrem haja certa proporcionalidade compatível com a regra de direito aplicável à espécie. Além disso, há no direito subjetivo a pertinência da exigibilidade, sendo a prestação exigida pelo titular com o algo que lhe é próprio. Desse modo, a pretensão se põe com o elemento conectivo entre o modelo normativo e a experiência concreta, mesmo porque a norma, exatamente por ser um modelo destinado à realidade social, não difere desta a não ser por um grau de abstração, na medida em que ela é instaurada à vista da realidade mesma, com a expressão objetiva do que nela deve ser declarado obrigatório”.

³² Sobre o tema, Choeri (2010, p.253) afirma que “A doutrina italiana observou que as violações ao direito à identidade, especialmente em seu aspecto dinâmico, decorriam, na maioria dos casos, do exercício da liberdade de manifestação de pensamento, direito consagrado constitucionalmente tanto na Itália como no Brasil. Nesse sentido, podem-se distinguir algumas situações-tipo de conflitos de direitos, tais como os ocorridos entre, de um lado, o direito de imprensa, o direito de crítica, o direito de sátira, o direito de criação artística, e, de outro lado, o direito à identidade”.

³³ “Parte da doutrina italiana tem se pronunciado no sentido da inutilidade de se recorrer à estrutura do direito subjetivo para a tutela da identidade. Esse esquema, ajustado ao âmbito patrimonial, parece inadequado no campo das relações existenciais, em que não existe dualidade entre sujeito e objeto, sobre a qual o direito subjetivo se estrutura. Diversas situações jurídicas relativas à personalidade têm relevância, independentemente da sua qualificação em termos de direito subjetivo. O modo de ser de uma pessoa não é passível de constituir objeto de poder dominial usufruído por ela própria. O ser não pode degradar-se à dimensão do ter, o ser humano pode dispor do que tem, mas não do que é” (Choeri, 2010, p.230-240).

pessoa, que constitui ao mesmo tempo o sujeito titular do direito e o ponto de referência objetivo de relação. A tutela da pessoa não deve ser fragmentada em hipóteses autônomas e isoladas, incomunicáveis entre si; ao contrário, deve ser tratada como um problema unitário, fundamentando-se na unidade do valor da pessoa (Choeri, 2010, p.239).

Em respeito ao texto e às técnicas constitucionais³⁴, a personalidade deve ser entendida como valor máximo do ordenamento, que, como tal, condiciona o legislador ordinário e o intérprete da norma, “modelando todo o tecido normativo infraconstitucional com a tábua axiológica eleita pelo constituinte” (Tepedino, 2009, p.24).

Ao legislador ordinário, é permitido limitar as garantias sociais ou individuais apenas se a norma encontrar amparo na própria dignidade da pessoa humana (Tepedino, 2009). Portanto, qualquer lei que viole o objetivo constitucional de realizar a personalidade como expressão da dignidade humana, padeceria de vício de inconstitucionalidade.

A disciplina constitucional da personalidade não só estabelece parâmetros legislativos para orientar a atuação estatal, mas também incide diretamente nas atividades privada. Não há negócio jurídico que não tenha tido seu conteúdo remodelado pelo texto constitucional, uma vez que a dignidade da pessoa humana definiu com novas bases até mesmo para as funções sociais da propriedade e da atividade econômica (Tepedino, 2009).

Nesse sentido, toda a disciplina do Direito Civil, assim como o restante do ordenamento jurídico, sofreu uma influência massiva da normativa constitucional. Seja pela atividade do próprio legislador ordinário, inclusive com a edição do atual código, seja em razão da atividade dos magistrados na apreciação das demandas, certo é que a tutela plena da dignidade humana exige um sem-fim de situações a serem remodeladas a partir desse novo paradigma.

Ao legislador, neste cenário, não cabe solucionar toda a matéria dos direitos da personalidade de forma abstrata e absoluta, mas sim orientar o exercício hermenêutico dos aplicadores do direito de modo que seu resultado considere a avaliação concreta dos eventuais interesses colidentes³⁵.

³⁴ Conforme Tepedino (2009, p.24), “[...] com efeito, a escolha da dignidade da pessoa humana como fundamento da República, associada ao objetivo fundamental de erradicação da pobreza e da marginalização, e de redução das desigualdades sociais, juntamente com a previsão do § 2º do art. 5º, no sentido da não exclusão de quaisquer direitos e garantias, mesmo que não expressos, desde que decorrentes dos princípios adotados pelo texto maior, configuram uma verdadeira cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana, tomada como valor máximo pelo ordenamento. Sublinhe-se a técnica legislativa - não por acaso - empregada pelo constituinte, fixando, no Título 1, princípios fundamentais que, ali situados, impõem específica função aos demais direitos constitucionais, permeando todo o sistema jurídico com os valores ali indicados, expressos nos fundamentos e objetivos da República”.

³⁵ Segundo Anderson Schreiber (2008, p.5), “metodologia oposta foi eleita pelo Código Civil de 2002, que, em vez de indicar parâmetros de ponderação para hipóteses frequentes de colisão, preferiu, com raríssimas exceções,

Diante da impossibilidade de regular todas as inúmeras situações nas quais a pessoa humana está inserida e que, justamente por esta razão, exigem sua eventual tutela, as Constituições e as legislações infraconstitucionais contemporâneas utilizam-se da instituição de cláusulas gerais.

Essas são normas que não prescrevem uma conduta específica, mas estabelecem valores e parâmetros para interpretação das demais normas. Devem ser consideradas como referência interpretativa para que o intérprete aplique os critérios axiológicos e limites na interpretação das demais disposições normativas (Tepedino, 2007).

A técnica utilizada pelo legislador, contudo, impõe ao intérprete a difícil tarefa de analisar o caso concreto sem imprimir uma visão patrimonialista característica há muito tempo presente na leitura do Direito Civil.

Não raras vezes a tutela da personalidade pode, inclusive, colidir com aspectos próprios da personalidade, expressando a autonomia do indivíduo ou, até mesmo, refletindo situações patrimoniais inerentes ao seu complexo conjunto de interesses. Um exemplo é o art. 14 do Código Civil, que afirma a validade da disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para fins científicos ou altruísticos após a morte (CC, art. 14, 2002)

Assim, não há dúvida de que a disposição legislativa, neste caso, autoriza a limitação voluntária do exercício do direito ao próprio corpo, permitindo que ele seja cedido para prática da ciência ou para transplantes de órgãos.

Não é difícil compreender tal disposição autorizativa para os casos em que há um reconhecimento social consolidado a tais práticas, as quais estão, aparentemente, imbricadas na tutela global da pessoa humana.

Analisemos, contudo, se não houvesse a imposição da gratuidade na disposição póstuma do corpo. Estar-se-ia, então, diante da possibilidade de mercantilização de cadáveres em uma lógica que subverteria a tutela do indivíduo, objetificando-o como mercadoria nessa relação. Neste cenário, não é difícil perceber a linha de separação entre os aspectos patrimoniais e existenciais da tutela do indivíduo em razão do ser e não do ter³⁶.

uma regulação isolada, típica e abstrata de cada um dos direitos da personalidade, estipulando soluções pré-moldadas e estáticas que procuram camuflar sob a curta roupagem normativa uma realidade grandiosa demais para ser ocultada, e que acaba por se revelar, diariamente, mesmo para os espectadores menos curiosos”.

³⁶ “Não há dúvida de que limitações voluntárias ao exercício dos direitos da personalidade são admitidas de forma pontual em casos contra os quais, por razões diferenciadas, o sentimento social não investe. O que o direito deve vedar é que tal limitação decorra não do exercício de outro aspecto da dignidade humana - a liberdade de autodeterminação pessoal -, mas de propósitos patrimoniais, lucrativos, comerciais, especialmente se cultivados no terreno da necessidade, da vulnerabilidade ou, pior ainda, da miséria” (Schreiber, 2008, p.25).

Contudo, na maioria das situações cotidianas, essa diferenciação não é algo evidente e simples³⁷. Existem diversos exemplos de situações³⁸ nas quais a necessidade de subsistência econômica do indivíduo o obriga a dispor de aspectos da sua personalidade. Assim, sob o manto da autonomia da vontade, seria possível imaginar a possibilidade de disposições sobre matéria de direitos da personalidade a partir do cotejo com outras dimensões da própria personalidade do sujeito.

A solução passa, então, pela ponderação e balanceamento dos múltiplos e particulares interesses envolvidos. Ao direito privado tem sido reservada a tarefa de atenuar os contornos absolutos conferidos pelo individualismo jurídico à vontade humana — enquanto único elemento legitimador das posições assumidas pela pessoa nas relações privadas. Ao intérprete cabe a tarefa de buscar os elementos escondidos pela vontade e aqueles interesses que a dominam; somente assim, será possível operar uma efetiva ponderação todos esses interesses envolvidos (Schreiber, 2008, p.25).

Com a mudança de paradigma interpretativo para a leitura do ordenamento jurídico, a evolução do papel da magistratura foi notável, especialmente após a promulgação da Constituição de 1988, que inaugurou um período de efetividade das normas constitucionais, principalmente nas relações privadas.

Nesse contexto, o intérprete deve vincular-se à ordem jurídica de forma unitária, construindo a solução para os casos concretos a partir do conjunto de princípios constitucionais, veiculados, como dito, por meio das cláusulas gerais (Tepedino, 2016).

Essa técnica legislativa permite franquear um espaço mais amplo de atuação do intérprete, cuja atuação deve, no entanto, ser balizada pela promoção da axiologia constitucional (Tepedino, 2016).

³⁷ Nesse sentido, Anderson Schreiber (2008, p.25) disserta: “Certo que, ainda assim, casos controvertidos avultam, já que os interesses existenciais ou patrimoniais nem sempre aparecem de forma cristalina nas demandas judiciais, e a complexidade da vida não raro transborda os limites estreitos da qualificação jurídica”.

³⁸ Elucidativo o exemplo trazido por Schreiber (2008), do “Monsieur Wackenheim, que, na cidade francesa de Morsang-sur-Orge, protagonizava, mediante remuneração, a insólita modalidade de lazer intitulada *lancer de nain* (lançamento de anão). O Conselho de Estado manteve a proibição municipal emitida contra tal atividade com base na proteção à dignidade humana, embora o próprio Wackenheim alegasse que seu direito ao trabalho — parte também integrante da sua dignidade — não lhe vinha, na prática, assegurado pelo mesmo Estado que agora pretendia desempregá-lo com a proibição daquela atividade. Das diversas premissas da decisão se extrai a necessidade de proteção do indivíduo contra si mesmo, contra os efeitos da sua liberdade, e especialmente da sua liberdade de contratar”.

Assim, considerando o dever de julgar as controvérsias que lhe são submetidas³⁹, a atuação do magistrado deve pautar-se na leitura do ordenamento como um sistema unitário, complexo e sistemático.

Para isso, o intérprete deve recorrer aos princípios e valores que possam uniformizar o sentido das decisões⁴⁰, “reconduzindo-as da fragmentação da casuística à unidade axiológica indispensável à compreensão do ordenamento como sistema” (Tepedino, 2016, p. 26).

O magistrado deve, então, interpretar cada regra aplicada em conjunto com a totalidade do ordenamento⁴¹, refletindo a integralidade das normas em vigor, para, assim, possuir condições de definir a norma do caso concreto pelas circunstâncias fáticas nas quais incide⁴².

Diante da colisão de direitos fundamentais⁴³, contudo, parte da doutrina defende a aplicação da técnica da ponderação de princípios, que implica em autorizar o juiz a afastar uma regra expressa, mediante a caracterização de um *hard case*⁴⁴.

Para Gustavo Tepedino (2016), no entanto, esse argumento não se sustenta pois, para ele, todo caso deve ser considerado singular e difícil, demandando a aplicação integral do ordenamento, razão pela qual não faz sentido exigir coerência com as demais normas do direito em casos específicos, quando o ordenamento deve ser visto sempre como unitário, complexo e sistemático⁴⁵.

³⁹ O art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal “estabelece o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, ao dispor que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (CF, art. 5º, 1998).

⁴⁰ Nesse sentido, a atividade judiciária deve ser integralmente coerente com o ordenamento, pois “a ausência de balizas predefinidas para a atuação do magistrado pode gerar desequilíbrio na moldura institucional em que se assentam as democracias contemporâneas, com a separação do poder político entre as esferas administrativa, legislativa e judiciária” (Tepedino, 2016).

⁴¹ Para tanto, o intérprete “não pode levar em conta uma regra isoladamente considerada, ainda que esta disponha exatamente sobre a hipótese em questão, mas o conjunto das normas inserido no ordenamento” (Tepedino, 2016, p. 26).

⁴² O objeto da interpretação são as disposições infraconstitucionais integradas visceralmente às normas constitucionais, sendo certo que cada decisão abrange a totalidade do ordenamento, complexo e unitário. Cada decisão judicial, nessa perspectiva, é um ordenamento singular extraído da mesma tábua axiológica (Tepedino, 2016, p. 27).

⁴³ Entende-se “direitos da personalidade” como direitos fundamentais por decorrerem diretamente da dignidade da pessoa humana.

⁴⁴ Ronald Dworkin (2014), a partir de algumas decisões judiciais dos tribunais anglo-saxônicos, caracteriza os *hard cases* (casos difíceis, em tradução livre) como as situações nas quais (i) o sentido da norma não é claro, (ii) há um aparente conflito de normas ou (iii) aparenta não haver um direito a ser aplicado nos casos. Nestas situações, para Dworkin, os juízes não são livres para utilizar de uma prática criadora do direito, devem ater-se ao direito inscrito no ordenamento jurídico, descobrindo-o através de uma análise da prática institucional dos tribunais pátrios. Contudo, a partir da análise da integralidade do sistema jurídico, poderão afastar a aplicação de determinadas normas que não se adequem ao ordenamento.

⁴⁵ Segundo Tepedino (2016, p.28), “mesmo quando aparentemente o magistrado aplica somente uma regra, de linguagem clara e direta, vale-se, a rigor, de cada uma das normas que convivem unitariamente no ordenamento, reclamando coerência e inter-relação normativa; e especialmente dos princípios que lhe dão fundamento, respeitada a hierarquia constitucional. Por isso, não se pode considerar a ponderação como expediente

Ao falarmos em direitos da personalidade, qualquer caso ganha contornos ainda mais singulares e complexos, por mais banais que demonstrem ser em análises apriorísticas ou superficiais, visto que expressam o estabelecido em nosso ordenamento jurídico como mais precioso: a dignidade da pessoa.

4 A TUTELA DA IDENTIDADE PESSOAL

A concepção inicial de um direito a identidade pessoal é atribuída a Adriano De Cupis, cuja obra *Os direitos da personalidade*, datada originalmente de 1959, já trabalhava a ideia de se proteger esse direito, ainda que restrita a uma visão estática de identidade, como ressalta Konder (2018).

Em sua obra, o autor já dialogava com conceitos como o direito à verdade pessoal e o direito de ser conhecido por quem se é. Apesar disso, Carlos Konder (2018, p. 3) afirma que foram as decisões italianas que deram origem ao direito à identidade pessoal, destacando que os valiosos estudos doutrinários que as analisaram posteriormente “serviram mais a sistematizar tais decisões, discutindo a autonomia da identidade pessoal e colocando em xeque a organização tradicional dos direitos da personalidade”.

4.1 A TUTELA DA IDENTIDADE

Logo, embora a doutrina clássica já admitisse a ideia de um direito à identidade pessoal, foi a atividade jurisprudencial, especialmente a experiência italiana, que desenhou inicialmente a proteção desse direito.

Nesse sentido, ao lidar questões relacionadas ao direito à imagem, que tangenciam a identidade, a jurisprudência italiana preconizou a distinção entre imagem-atributo e imagem-retrato. A primeira se refere às características fisionômicas do indivíduo, enquanto a segunda se relaciona aos atributos identificáveis em suas relações sociais (Konder, 2018).

Os tribunais italianos perceberam que a noção de imagem-atributo⁴⁶ não deveria ficar contida apenas no âmbito do direito à imagem, uma vez que representava mais do que a simples “imagem”. Surge, então, o direito à identidade pessoal⁴⁷, um direito da personalidade independente em relação aos demais⁴⁸.

⁴⁶ Esse conceito é definido por Carlos Affonso Pereira de Souza (2003) como “o conjunto de particularidades comportamentais que distinguem uma pessoa das outras, podendo, tais particularidades, abonar ou desprestigiar o respectivo indivíduo”.

⁴⁷ Segundo Bodin de Moraes (2010), o novo direito foi definido como o “direito de ser si mesmo” (*diritto ad essere se stesso*, no original), considerando as ideias, experiências pessoais e convicções ideológicas, religiosas, morais e sociais que distinguem a pessoa e, ao mesmo tempo, a qualificam, dentro do contexto social. Nesse sentido, ver também Lorenzetti, 1998.

⁴⁸ Sobre o tema, Maria Celina Bodin de Moraes (2010) expõe a separação em relação aos demais direitos da personalidade ao afirmar que “enquanto o nome identifica o sujeito físico no plano da existência material e a imagem evoca os traços fisionômicos da pessoa, a identidade pessoal representa uma “fórmula sintética” para destacar a pessoa globalmente considerada, de seus elementos, características e manifestações, isto é, para expressar a concreta personalidade individual que veio se consolidando na vida social”.

Uma das primeiras decisões dignas de nota na jurisprudência italiana é a do Tribunal de Roma, cuja sentença foi proferida em 6 de maio de 1974, com base na ação proposta por dois indivíduos, um homem e uma mulher, em face do *Comitato Nazionale Referendum Divorzio*. A imagem de ambos foi utilizada pelo réu em um manifesto favorável à revogação da lei do divórcio italiana, fazendo referência aos indivíduos como um casal que apoiava essa posição.

No entanto, além de não formarem um casal, os dois foram coautores da lei e eram, publicamente e notoriamente, favoráveis à sua manutenção. O comitê foi proibido de circular o encarte e obrigado a divulgar na imprensa um comunicado que explicitava que a opinião dos representados não coadunava com aquela veiculada, e que, além disso, suas imagens foram utilizadas sem consentimento de ambos (Campos, 2006).

A referida decisão se baseou em dois fundamentos principais. O primeiro foi o uso indevido da imagem dos indivíduos sem consentimento, o que, por si só, justificaria a intervenção judicial. Entretanto, é do segundo ponto que podemos deduzir a consolidação do direito à identidade pessoal como um direito autônomo sujeito à proteção e com contornos bem definidos.

O juiz entendeu que “o ordenamento jurídico tutela o direito de todos de ver reconhecida a paternidade dos próprios atos e, em sentido amplo, sobretudo a não se ver atribuída a paternidade de atos que não são próprios do titular, isto é, a não ver distorcida a própria personalidade individual” (Campos, 2006, p. 53).

A sentença reconhece também “que a deturpação da identidade pessoal é ainda mais grave se atingir as convicções políticas, éticas e sociais do indivíduo, uma vez que se entende tratar da esfera mais relevante e mais íntima da personalidade” (Campos, 2006, p. 53).

Ao distinguir o direito de imagem do direito à identidade pessoal na fundamentação das lesões distintas, podemos entender que “se protegeu não só o direito à imagem, violado pela publicação indevida da foto, mas também, e independentemente desse direito, afirmou-se a ocorrência, na hipótese, da lesão a outro interesse existencial, que é o direito da pessoa à sua própria identidade” (Campos, 2006, p. 53).

A decisão ainda “vincula o conceito de identidade pessoal ao posicionamento ideológico da pessoa” (Campos, 2006, p. 53), destacando o direito à identidade pessoal não apenas como um critério para restringir o exercício da liberdade de expressão, limitado a casos específicos, mas também como um direito autônomo com um conteúdo amplo e próprio.

Já a decisão proferida em 1979 pelo Tribunal de Turim despertou o interesse dos juristas por esse novo direito, ao resolver o conflito entre um líder político, Marco Pannella, e o Partido Comunista do país. Na ocasião, o partido havia distribuído panfletos para propaganda eleitoral afirmando que o político se inscrevera como representante do partido Nova República, uma agremiação política com ideologia distinta daquela defendida pelo Partido Radical italiano, do qual Pannella fazia parte (Campos, 2006).

Essa decisão reforçou o conteúdo do direito à identidade pessoal, pois não havia lesão à honra do demandante pela afirmação de pertencer a um partido político cuja ideologia era compatível com o Estado Democrático de Direito. A lesão ocorreu devido à distorção de sua identidade política, “mesmo que por meio de uma atribuição em abstrato de fatos não desonrosos, bastando apenas que não correspondam à verdade” (Campos, 2006, p. 55).

Embora essa evolução jurídica tenha sido significativa para definir o direito à identidade pessoal, é essencial considerar os avanços científicos em diversos campos do conhecimento humano, como psicologia, antropologia e sociologia, para sua compreensão e delimitação (Konder, 2018, p. 5).

Naturalmente, com a contribuição de outras disciplinas para o entendimento da identidade, “o Direito, arquétipo vivo da liberdade, da igualdade, da solidariedade humanas, vê-se no mister de promover sua tutela e garantir sua promoção, visando à realização da dignidade da pessoa humana” (Choeri, 2010, p. 241).

Nesse contexto, Stuart Hall (2001) identifica uma evolução na compreensão da identidade do sujeito, desde os tempos do Iluminismo até a era do sujeito pós-moderno⁴⁹. Esse movimento pode ser percebido também no Direito⁵⁰, ao analisarmos o surgimento de Estatutos⁵¹, os quais possibilitam e compõem “a conquista de novos *status* e novas identidades para a pessoa, como unidade autônoma, dinâmica e espiritual, sem o tradicional apoio em estruturas fixas de instituições sociais e jurídicas, como o Estado, a Igreja e a família” (Choeri, 2010, p. 243).

⁴⁹ Para acessar o pensamento do autor, ver Hall, 2001.

⁵⁰ Choeri (2010, p. 242) afirma, “Hoje, fala-se em inúmeras identidades étnico-culturais, convivendo numa mesma sociedade, marcada pela pluralidade de ideologias, etnias, religiões, orientações sexuais. É um percurso histórico de dois séculos, iniciado por uma visão individualista e voluntarista, centralizadora, instituída a partir do Código Napoleão, que serviu de inspiração para diversos códigos civis daquela época, até a deflagração de um processo denominado descodificação do Direito Civil, com o deslocamento do centro de gravidade do Direito Privado do Código Civil para uma realidade fragmentada pela multiplicidade de estatutos autônomos. Esses estatutos, no contexto da globalização e da pós-modernidade, respondem pela tentativa do sistema jurídico de acompanhar a dinâmica social, sempre cambiante, com o reconhecimento de novas identidades nas relações privadas”.

⁵¹ Nesse sentido, cita-se o Estatuto da Terra, Lei n.º 4504/64 (Brasil, 1964), o Estatuto da Mulher Casada, Lei n.º 4121/62 (Brasil, 1962), o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei n.º 8046/1990 (Brasil, 1990), entre outros.

Portanto, cabe ao direito à identidade pessoal a responsabilidade de “dar guarida à construção coletiva e dialógica das identidades, protegendo o próprio processo pelo qual as identidades se constroem intersubjetivamente” (Konder, 2018, p.5). Para tanto, é necessário ter uma delimitação material do que se pretende proteger.

Destaca-se que o direito à identidade pessoal tem um papel fundamental na proteção da dignidade humana. Além de preservar a integridade individual, ele também fomenta a construção coletiva e dialógica das identidades em uma sociedade pluralista.

Para garantir a efetividade dessa proteção, é essencial estabelecer claramente os limites e as principais características da identidade jurídica, uma tarefa complexa devido às frequentes confusões entre a identidade pessoal e outros aspectos da personalidade. Nesse sentido, não se deve reduzir o dano à identidade pessoal à lesão de um direito da personalidade ou de situações extrapatrimoniais ancoradas na categoria de direito subjetivo. O dano resulta da violação da cláusula geral de proteção da pessoa humana, pois, ao impedir a expressão da verdade pessoal, impede também a realização da dignidade em sua plenitude. Portanto, não há que se cogitar da prova do prejuízo para demonstrar a sua violação (Choreri, 2010, 246)

O reconhecimento do direito à identidade pessoal não se limita apenas ao âmbito jurídico. Ele tem implicações profundas na esfera social e política. Quando indivíduos têm sua identidade pessoal distorcida ou deturpada, isso pode afetar não apenas a sua reputação, mas também a sua participação na vida pública. É fundamental lembrar que a identidade pessoal não é uma questão isolada; ela está intrinsecamente ligada à construção da cidadania e da democracia.

A utilização indevida da identidade de uma pessoa em contextos comerciais pode prejudicar sua carreira e, por extensão, seus meios de subsistência. Portanto, a proteção desse direito não beneficia apenas o indivíduo, mas também a sociedade como um todo. O direito à identidade pessoal está intimamente ligado à capacidade de uma pessoa ser quem realmente é, sem distorções ou manipulações externas. Isso se aplica não apenas à esfera pública, mas também às relações interpessoais e familiares. Nesse sentido, Carlos Konder (2008, p.5) aduz que:

Dessa forma, o aprofundamento na compreensão do que seja a construção da identidade implica também a ampliação de sua tutela: protege-se o sujeito não apenas contra a imputação de uma identidade que não seja compatível com a sua, mas igualmente contra a ausência ou insuficiência do reconhecimento de sua identidade. Na medida em que a identidade se molda pelo reconhecimento do outro, a falta dele ou o falso reconhecimento configura um verdadeiro dano, uma autêntica

lesão ao direito à identidade pessoal⁵². Isso importa, então, violação ao princípio da dignidade da pessoa humana também no aspecto da isonomia: “o não reconhecimento significa subordinação social no sentido de ser privado de participar como igual na vida”⁵³.

Embora este estudo não aborde diretamente a questão, as discussões sobre identidade de gênero e orientação sexual são pertinentes quando se trata de identidade pessoal. Nesse contexto, a proteção da identidade pessoal desempenha um papel fundamental na garantia dos direitos e na promoção da igualdade para todas as pessoas, independentemente de sua identidade de gênero ou orientação sexual. Nesse sentido, a lição de Iuri Bolesina e Tamiris Gervasoni (2018, p. 84), na qual destacam que:

Logo, tal qual os demais direitos da personalidade, mas, a seu modo, mais incisivamente, sua razão de ser é agir como mecanismo de concretização da diferença identitária, da singularidade da identidade, de modo condigno, como forma de emancipação pessoal. Não se trata de uma diferença pela diferença (ser diferente), mas uma diferença contextualizada e dialogal com a igualdade (ter uma condição diferente e não ser prejudicado por isso).

Podemos inferir, nesse sentido, que o direito à identidade pessoal continuará evoluindo à medida que a sociedade avança. É essencial que as leis e regulamentações acompanhem essa evolução para garantir que as pessoas tenham o direito de serem autênticas e fiéis a si mesmas em todas as esferas da vida. Isso inclui não apenas a proteção contra distorções da identidade, mas também o apoio à expressão genuína da identidade de cada indivíduo.

À luz do exposto, é evidente que a identidade pessoal não pode ser reduzida a uma fórmula simples, mas sim compreendida como um conceito dinâmico e multifacetado. Como evidenciado pela construção jurisprudencial italiana, a identidade pode se manifestar em dois aspectos distintos. O primeiro, de natureza estática, é normalmente relacionado aos signos de identificação, enquanto o segundo, de natureza dinâmica, se relaciona aos elementos de natureza mais subjetiva do sujeito, conforme será demonstrado a seguir.

4.2 AS DIMENSÕES ESTÁTICA E DINÂMICA DA IDENTIDADE

A tutela da identidade se iniciou a partir da divisão do direito à imagem em duas perspectivas distintas. Em virtude dos processos tecnológicos que generalizaram as formas requintadas de manipulação e divulgação de imagens, a tutela desse direito ainda poderá entremear a discussão acerca do direito à identidade.

⁵² Ver em Taylor (1997, p. 43)

⁵³ Ver em Fraser (2007, p. 107)

Nesse sentido, a distinção jurisprudencial italiana, no que tange ao direito de imagem, estabeleceu que, além da imagem-retrato, ou seja, o aspecto fisionômico do sujeito, também merece proteção a sua imagem-atributo, isto é, o conjunto de características decorrentes do comportamento do indivíduo, de modo a compor sua representação no meio social⁵⁴.

Com efeito, é possível observar um processo de ampliação do espectro de proteção dos bens jurídicos relacionados à personalidade. A preservação da imagem estaria, de algum modo, atribuída à proteção de outro direito: o direito à identidade pessoal. A imagem-retrato se consubstancia, então, na proteção da perspectiva estática da identidade pessoal do sujeito; a imagem-atributo, por sua vez, é protegida pela tutela da perspectiva dinâmica da identidade pessoal do indivíduo.

O direito à identidade pessoal, nesse sentido, é composto pelas dimensões estática e dinâmica⁵⁵. A identidade estática compreende, por exemplo, os direitos ao nome, à origem genética, à identificação biofísica e à imagem-retrato, enquanto a identidade dinâmica se refere à verdade biográfica, ao estilo individual e social, isto é, à imagem-atributo, àquilo que a diferencia e singulariza em sociedade⁵⁶.

Nessa perspectiva, as diversas expressões de ambas as dimensões compõem a identidade em toda sua complexidade⁵⁷. Sobre a separação das dimensões estática, ou estável como o autor denomina, e dinâmica da identidade pessoal, Choeri (2010, p. 163-165) disserta que

A primeira dimensão, estável, reúne os elementos que respondem pela materialidade da identidade, de visibilidade imediata e de vocação duradoura - embora passíveis, sob certas situações, de mudança, daí utilizar-se neste estudo a palavra “estável”, preferível ao termo “estática”, pois este traz a ideia de inércia, inexistência de movimento, enquanto aquela indica a possibilidade de transformação. A dimensão estável compreende o nome, todos os elementos de identificação física da pessoa - imagem, voz, impressões digitais, genoma, os gestos, sua escrita etc. - e os elementos informativos que integram o status jurídico - estado civil, estado familiar, estado político - e servem para individualizar a pessoa mediante registros civis e dados cadastrais privados e públicos (nacionalidade, sexo, filiação, etc.).

⁵⁴ Para mais sobre a distinção entre imagem-retrato e imagem-atributo, ver Souza, 2003, p. 33-71.

⁵⁵ Segundo Choeri (2010, p. 161), “A identidade da pessoa humana não se confunde com sua identificação pessoal nem com seu status jurídico, pois não se restringe aos dados e elementos de mera individualização física da pessoa - nome, nacionalidade, data de nascimento, filiação, sexo, etc. -, que constituem perfis estáveis, em geral não destinados a mudar. Abrange também um aspecto dinâmico, que reúne todos os atributos e características psicossociais, a historicidade individual, compreendida pelo perfil ideológico e pela herança cultural da pessoa, adquirida através da sua interação social”.

⁵⁶ No mesmo sentido, ver Bodin de Moraes, 2010, p.12-13.

⁵⁷ Pode-se, assim, conceber duas dimensões coexistentes na unidade e na complexidade da identidade: uma de característica estável e outra de natureza dinâmica. Dependendo do enfoque escolhido, expressões como identidade sexual, identidade biológica, identidade genética, identidade nacional, identidade racial, identidade étnica e identidade cultural são utilizadas para designar esses diferentes aspectos parciais que compõem a identidade em sua integralidade. Nessa perspectiva, ver Choeri, 2010, p.163.

A segunda dimensão, dinâmica, é constituída pela ideologia, pela espiritualidade, pela moralidade, pela forma de pensar, de julgar, de pertencer a um determinado grupo social, pela historicidade de cada pessoa, que a distinguem das demais e a tornam única e irrepitível. Toda pessoa é um tipo único identitário, diferente das demais: humanista, socialista, ecologista, simpatizante de algum clube futebolístico, advogado, engenheiro, médico, católico, umbandista, mulçumano etc. Todos esses pertencimentos podem ser modificados no exercício da autonomia de que cada pessoa goza como ser física, moral e espiritualmente livre. Enquanto expressão da vida vivente, a identidade é fluida, não se congela no tempo, renasce, renova-se com o interagir social, na busca da realização do projeto pessoal de vida.

Usando a distinção da lesão à imagem-retrato e à imagem-atributo, de forma exemplificativa⁵⁸ a diferença entre as duas categorias da identidade fica mais clara. Uma publicação de uma imagem fidedigna de alguém, sem sua autorização, lesa sua imagem-retrato, ou seja, há uma lesão à identidade em sua dimensão estática⁵⁹.

A publicação, sem autorização, da imagem social deformada de um indivíduo (como no exemplo italiano do deputado Panella que, comunista, foi exposto como fascista por uma publicação) lesaria a identidade sob o aspecto dinâmico⁶⁰.

Diferente seria se a publicação imputasse fatos desonrosos à reputação do indivíduo, situação em que a honra estaria sendo lesada, e não sua identidade. Para a lesão da dimensão dinâmica da identidade do indivíduo, portanto, não importa se os fatos que lhe foram imputados são negativos, basta que sejam incompatíveis com a representação construída pela própria pessoa em seu meio social. Raul Choeri (2010, p.257) destaca que:

A violação ao direito à identidade decorre exclusivamente de falsos fatos ou opiniões atribuídos à pessoa. Uma vez observada a verdade das opiniões ou dos fatos atribuídos, não há razão para se indagar sobre o conhecimento público desses fatos e a forma pela qual foram expostos, como sucede em relação ao direito à reputação, por exemplo. Em outras palavras, a difusão dos fatos ou opiniões não determina qualquer lesão ao direito à identidade, pois pode ocorrer que, para o interessado, seja indiferente mantê-los reservados ou não.

⁵⁸ Exemplo retirado de Bodin de Moraes, 2010, p. 11.

⁵⁹ Considerando estável e estática duas nomenclaturas para o mesmo conceito, a leitura de Raul Choeri (2010, p. 164) define conceitualmente a primeira dimensão: “A dimensão estável compreende o nome, todos os elementos de identificação física da pessoa - imagem, voz, impressões digitais, genoma, os gestos, sua escrita, etc. - e os elementos informativos que integram o status jurídico - estado civil, estado familiar, estado político - e servem para individualizar a pessoa mediante registros civis e dados cadastrais privados e públicos (nacionalidade, sexo, filiação, etc.)”.

⁶⁰ Ainda segundo o autor, “A segunda dimensão, dinâmica, é constituída pela ideologia, pela espiritualidade, pela moralidade, pela forma de pensar, de julgar, de pertencer a determinado grupo social, pela historicidade de cada pessoa, que a distinguem das demais e a tornam única e irrepitível. Toda pessoa é um tipo único identitário, diferente das demais: humanista, socialista, ecologista, simpatizante de algum clube futebolístico, advogado, engenheiro, médico, católico, umbandista, mulçumano, etc. Todos esses pertencimentos podem ser modificados no exercício da autonomia de que cada pessoa goza como ser física, moral e espiritualmente livre” (Choeri, 2010, p. 164-165).

Em uma sociedade marcada pela exposição digital da sociedade, em razão da multiplicação das redes sociais, a violação da imagem e da identidade pessoal pode se confundir. Nesse sentido, interessante citar o exemplo apresentado por Konder (2018, p. 3) da pretensão de indenização pela atriz Maitê Proença em face da farmacêutica Schering⁶¹, após a revelação da ineficácia de produto anticoncepcional por defeito de fabricação. Embora tenha tido sua imagem veiculada na campanha, a lesão alegada não é decorrente da veiculação em si, mas do prejuízo de credibilidade de sua apresentação social perante seu público.

Conforme construção da jurisprudência italiana, a identidade pessoal, então, merece tutela autônoma em relação aos demais direitos da personalidade, na medida em que o direito a ter sua individualidade preservada deve ser reconhecido por si só como merecedor de tutela⁶².

A utilização dos termos “estática” e “dinâmica” para a distinção entre as dimensões da identidade pessoal, por sua vez, pode causar alguns embargos conceituais. Aqui, destaca-se, por exemplo, a capacidade ou potencialidade de mudança da identidade no decorrer da evolução da pessoa⁶³.

A utilização do termo estático para a dimensão relacionada ao aspecto da imagem-retrato talvez não reflita tão bem a significação do signo retrato. Em uma visão semântica dos termos, a definição de “imagem-retrato” remete a algo com vocação para ser duradoura, na medida em que a representação fisionômica da pessoa, expressa por uma fotografia, se mantém atualizada apenas dentro do espaço-tempo em que foi tirada.

A partir da premissa de que o retrato é apenas um recorte, estar-se-ia diante da necessidade de utilização de um termo que indicasse a característica da modificabilidade também da dimensão relacionada à imagem-retrato⁶⁴.

Seja qual for o alinhamento doutrinário, ambas as posições parecem convergir, se não integralmente, ao menos em uma dimensão, no sentido de que a identidade é fluida, ou seja,

⁶¹ Ver BRASIL. STJ. 3ª T. REsp 578.777, Rel. Min. Castro Filho. Rel. p/ acórdão Min. Humberto Gomes de Barros, jul. 24.08.2004.

⁶² Nesse sentido, Maria Celina Bodin de Moraes (2010, p. 13) cita o entendimento firmado pela *Corte Costituzionale italiana*, *Sentenza* n. 13, de 1994.

⁶³ Bodin de Moraes (2010, p. 13) defende que “diferentemente do nome, da imagem ou da privacidade, a identidade pessoal pode mudar e frequentemente muda com a evolução da pessoa”. A autora parece definir conceitualmente a dimensão dinâmica como a própria identidade pessoal. Esta posição marca uma distinção entre “direito à identificação” e “direito à identidade pessoal”.

⁶⁴ Raul Choeri (2010, p. 163) estabelece a definição de estável referindo-se ao que a doutrina comumente chama de dimensão estática da identidade, para ele “A primeira dimensão, estável, reúne os elementos que respondem pela materialidade da identidade, de visibilidade imediata e de vocação duradoura - embora passíveis, sob certas situações, de mudança -, daí utilizar-se neste estudo a palavra “estável”, preferível ao termo “estática”, pois este traz a ideia de inércia, inexistência de movimento, enquanto aquela indica a possibilidade de transformação”.

não se congela no tempo, renasce, renova-se com o interagir social, na busca pela realização do projeto pessoal de vida⁶⁵.

Portanto, cabe ao Direito o papel de analisar as nuances do direito à identidade pessoal na sua mais absoluta extensão, haja vista que a separação entre seus aspectos estático e dinâmico serve apenas para o fim de facilitar seu estudo. Dada a proteção da dignidade humana, todos os aspectos de sua personalidade deverão ser tutelados na máxima abrangência possível, sendo possível sua limitação apenas na ponderação com outros direitos da mesma natureza, conforme já visto.

Contudo, para este estudo, a identidade pessoal deve ser entendida como aquela expressa pelo que se convencionou chamar de “identidade dinâmica”. Ao se referir à identidade como um todo, incluindo seu aspecto estático, optou-se por denominar apenas “identidade”. Então, quando falamos “identidade pessoal”, estamos nos referindo ao que, em seguida, será demonstrado como “direito à verdade pessoal”.

4.3 O DIREITO À IDENTIDADE PESSOAL

O processo de construção da identidade pessoal está condicionado às relações que o indivíduo estabelece com os demais. Assim, cada qual determinará os valores, atributos, características e preferências que o caracterizam socialmente, a partir das interrelações em sociedade (Konder, 2018, p. 5).

A definição da identidade pessoal ocorre, então, por meio dos compromissos e identificações⁶⁶ que determinam, individualmente, como o sujeito se estabelece no mundo a partir de suas posições sociais.

A partir da leitura do texto constitucional, a identidade pessoal deve ser entendida como uma manifestação da dignidade da pessoa humana, do livre desenvolvimento da personalidade e da autonomia existencial (Konder, 2018). Por se tratar de uma manifestação de direitos fundamentais, devemos entendê-la, de igual modo, como um direito fundamental. Nesse sentido, leciona Choeri (2010, p.265):

Os direitos fundamentais atinentes ao ser como pessoa são também direitos da personalidade. Este é o caso do direito à identidade, que é um direito fundamental e está incluído, no campo do direito civil, na categoria de direito da personalidade, apresentando todas as características que o definem como tal - absoluto, indisponível, irrenunciável, extrapatrimonial, impenhorável, imprescritível.

⁶⁵ Ver Choeri, 2010, p.165.

⁶⁶ Ver Taylor, 1997.

A proteção desse direito fundamental decorre da cláusula geral contida no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal (Brasil, 1998). Entendê-lo assim permite que não fique restrito à categoria de direito subjetivo, concebido no contexto da leitura dos institutos privados sob uma lógica patrimonialista⁶⁷. Como ressaltado por Choeri (2010, p. 161-162), é necessário que a identidade seja concebida como

[...] direito fundamental da pessoa, e não somente enquadrada em categorias do Direito Privado, tal como um direito subjetivo – por exemplo, estruturado nos moldes patrimonialistas, sob o primado do ter, quando a diretriz básica da realização da dignidade humana é o ser. Ao limitar o direito à identidade à categoria de direito subjetivo da personalidade, estar-se-á restringindo o campo de sua tutela, abandonando, por via de consequência, a promoção da integralidade do ser na pessoa, da afirmação de sua dignidade.

A identidade pessoal merece ser tutelada independentemente de qualquer análise pragmática, haja vista que “as situações jurídicas existenciais são, em si mesmas, a própria função: a dignidade da pessoa humana preconiza, fundamentalmente, a não instrumentalização do sujeito ao atingimento de outros fins” (Konder, 2018, p. 8).

No passado, o nome servia como referência para a tutela da identidade, pela confusão conceitual entre a identidade pessoa e os signos de identificação material⁶⁸. A tutela da identidade não pode, contudo, se ater à categoria estática, como já discutido.

Nesse sentido, como visto, a jurisprudência italiana⁶⁹ vislumbrava a necessidade da promoção da autonomia conceitual ao instituto do direito à identidade pessoal, justamente para que existisse uma demarcação mais robusta entre ele e os conceitos dos outros direitos da personalidade (Choeri, 2010, p. 266).

O fato de outros direitos da personalidade serem reconhecidos só reforça a necessidade de se estabelecer uma tutela própria do direito à identidade pessoal, pois “muito embora os demais direitos da personalidade possam tutelar um número considerado de situações, suas

⁶⁷ Nesse sentido, destaca Choeri (2010, p. 240): “A natureza jurídica do direito à identidade no Brasil é a de direito fundamental, consagrado genuinamente a partir da cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana, podendo se manifestar funcionalmente em diferentes categorias jurídicas, que a dogmática elaborou para classificar situações subjetivas patrimoniais, especialmente a do direito subjetivo. A utilização de apenas um único esquema de situação subjetiva, entretanto, é considerada inadequada e limitada frente à necessidade de se promover a integral tutela da pessoa humana, valor absoluto do ordenamento, pois pode significar diminuição em sua situação existencial, na medida em que os instrumentos jurídicos destinados às situações patrimoniais são incapazes de abarcar a dimensão do ser”.

⁶⁸ “Se, no passado, o nome serviu para tutelar integralmente a identidade, pelo fato de ela ainda se confundir com a tutela dos signos de identificação material, hoje fica claro que existem outros signos que transcendem a esfera de identificação da pessoa, revelando a própria personalidade em sua moralidade e espiritualidade: as experiências sociais, culturais, étnicas, políticas, ideológicas, que devem estar compreendidas em um direito autônomo, que traduza a verdade pessoal, como o direito à identidade” (Choeri, 2010, p. 266-267).

⁶⁹ Ver Corte di Cassazione Civile, Itália, 1985.

previsões são sempre insuficientes diante da complexidade humana, portanto, em face da complexidade da identidade humana” (Bolesina e Gervasoni, 2018, p.74).

Podemos considerar o direito à identidade como o de expressar sua verdade pessoal⁷⁰, ou seja, de apresentar-se na sociedade a partir de suas realidades física, moral e intelectual. Sintetizando, o direito à verdade pessoal refere-se à “verdade demonstrável, objetiva, afirmada, existencial e coexistencial” do indivíduo inserido no seio social (Choeri, 2010, p. 244)⁷¹. Nesse sentido, Bolesina e Gervasoni (2018, p.74) alertam que:

Tal concepção de uma verdade pessoal deve ser lida sobre uma dupla perspectiva: uma de consideração ao passado e ao presente, na qual a pessoa deve ter sua biografia e a sua realidade tuteladas, a fim de que não seja considerada outra pessoa total ou parcialmente; e uma segunda noção voltada para o futuro, para o devir, onde tutela-se o livre desenvolvimento da sua personalidade

Neste ponto, é importante ressaltar que estamos tratando da verdade do indivíduo que é projetada no contexto social em que esse está inserido⁷². Caso a pessoa expresse uma verdade pessoal diferente da sua, não é razoável que se pretenda a tutela dessa identidade íntima ou encoberta, pois o que se busca é justamente a proteção da expressão entre a aparência e o ser do indivíduo⁷³.

Essa questão, inclusive, tangencia uma crítica histórica ao reconhecimento de uma identidade pessoal, que é a dificuldade de se estabelecer, em determinadas situações, qual a “identidade verdadeira” do indivíduo, pois ela pode se manifestar em versões distintas e até irreconciliáveis entre si, como no caso de políticos e outras figuras públicas. A essa crítica se

⁷⁰ Este estudo adota a definição encampada por Raul Choeri (2010, p. 244), para quem “O direito fundamental à identidade inclui o direito de toda pessoa expressar sua verdade pessoal, ‘quem de fato é’, em suas realidades física, moral e intelectual. A tutela da identidade impede que se falseie a “verdade” da pessoa, de forma a permanecerem intactos os elementos que revelam sua singularidade como unidade existencial no todo social”.

⁷¹ “Sob esse aspecto, é importante observar que a pessoa projeta na vida de relação determinado perfil de identidade, que deverá ser respeitado por todos, e não outro. Não é a verdade subjetiva - o que se gostaria de ser, as qualidades e características que o indivíduo atribua a si mesmo - que deve ser tutelada, mas o que se é realmente, aquilo que efetivamente é exteriorizado, ou seja, a verdade pessoal objetiva, que se constrói a partir da efetiva projeção do indivíduo em determinada sociedade. Portanto, a identidade pessoal, sob a égide do Direito, deve ser verificada e definida por meio de cotejos objetivos, em relação a posições acessíveis e emergentes do indivíduo na sociedade, com exclusão da tutela do patrimônio cultural e de ideias e convicções que permaneçam na esfera íntima do sujeito e não estejam manifestadas” (Choeri, 2010, p. 244).

⁷² Ao citar uma decisão do Tribunal de Roma, Raul Choeri (2010, p. 245) destaca que “a tutela que o direito à identidade pessoal devia garantir é exatamente aquela da correspondência entre o aparecer e o ser do indivíduo, entre a sua imagem e a sua verdadeira identidade”.

⁷³ Segundo Choeri (2010, p. 245-246), “Pode suceder, entretanto, que alguém venha a projetar a si mesmo no mundo externo de forma diversa da sua verdade pessoal. Nesse caso, a pessoa não pode pretender que terceiros venham a respeitar essa projeção fictícia ou aparentes de seu ser”. Sob essa ótica, ver também a citação do autor em Fusaro, 2002, p. 51-72.

somaram inúmeras outras⁷⁴, conforme evidencia o apanhado apresentado por Bolesina e Gervasoni (2018, p.75):

a) Marchesiello, não é possível cogitar um direito à identidade, pois não há nada mais obscuro e precários que a noção de identidade pessoal. Tratar-se-ia de algo indefinível; b) Falzea, o direito à identidade pessoal corresponderia à imagem que a sociedade possui da pessoa, o que se torna um problema para sua tutela jurídica na medida em que duas pessoas dificilmente terão a mesma percepção de uma pessoa (de sua identidade. Logo, a conclusão sobre qual seria a identidade pessoal de alguém acabaria na apreensão que o magistrado conseguisse realizar; c) Martini, a identidade pessoal é um não-problema para o direito, visto que tal elemento reserva-se à psicologia e à filosofia. Além disso, cogitar um direito à identidade seria problemático na exata medida em que não se poderia observar concretamente onde termina a subjetividade e onde começa a objetividade; d) Fois, o direito à identidade é apenas uma extensão do direito à privacidade, não sendo autônomo; e e) Pace, a ideia de direito à identidade, como se propõe, inexistente. Seria o mesmo que a proibição jurídica de se afirmar inverdades ou inexatidões sobre uma pessoa. Logo, estaria tal questão resguardada pelos limites das liberdades comunicativas (Bolesina; Gervasoni, 2018, p.78).

O direito à identidade pessoal corresponderá, conseqüentemente, ao direito ao reconhecimento dessa identidade, cuja proteção deve ser garantida para que não se caracterize uma lesão à dignidade da pessoa humana (Konder, 2018, p. 5).

A lesão à identidade pessoal decorre, portanto, da alteração de características ou qualidades, da representação com características inexistentes ou diversas das reais, ou, até mesmo, da omissão de aspectos que definem a identidade do sujeito (Choeri, 2010, p. 244). Podemos considerar, portanto, que o dano à identidade resulta da lesão às manifestações da dignidade da pessoa humana perante a sociedade⁷⁵.

Na legislação nacional, o tema identidade é muito pouco abordado. A Constituição Federal não faz qualquer referência expressa à identidade pessoal como um direito fundamental, e, no que se refere à aspectos de identificação individual, a legislação infraconstitucional trata apenas de sua dimensão estática (Choeri, 2010, p. 225). A dimensão dinâmica do direito à identidade ainda não foi objeto de legislação ordinária no Brasil, embora essa seja uma tendência observada mundialmente⁷⁶.

⁷⁴ Ver Sessarego, 1992, p.116-121.

⁷⁵ Conforme Choeri (2010, p. 246), o dano à identidade, em razão da extensão jurídica do próprio objeto tutelado, não se reduz à lesão a um direito da personalidade, nem tampouco às situações extrapatrimoniais ancoradas na categoria de direito subjetivo. Resulta da violação da cláusula geral de proteção da pessoa humana, quando impede a expressão da verdade pessoal - e, por conseguinte, a realização da dignidade em sua plenitude.

⁷⁶ Raul Choeri apresenta um estudo sobre as experiências jurídicas internacionais sobre o tema. Como não é o objetivo do estudo, optou-se por apresentá-la em detrimento a avançar sobre um novo estudo. Sobre o tema, o autor destaca que, no caso francês, concebe-se um direito à identidade à soma de signos distintivos da personalidade e da imagem da pessoa, quanto aos aspectos subjetivos da pessoa, como o pensamento, os sentimentos, as opiniões e a ideologia. Já no caso de Portugal, o direito à identidade não é fruto de construção jurisprudencial ou hermenêutica; ele detém status de direito fundamental e é expressamente mencionado na

Sobre a legislação incipiente no Brasil sobre o tema, Bolesina e Gervasoni (2018, p.77) ressaltam a importância da agenda a nível nacional, destacando que essa constatação

não deve ser encarada como uma desmotivação. Ao revés, deve ser vista como a oportunidade de transformar a realidade a partir dela mesma. No Brasil, percebe-se que existe a possibilidade de tutela do direito à identidade: juridicamente a partir da aplicação direta do aparato principiológico e fundamental da Constituição - notadamente a cláusula geral de tutela da personalidade e a cláusula de abertura a novos direitos - ou indireta - por reflexo da determinação de máxima concretização possível dos direitos da personalidade; politicamente, por reconhecer-se a identidade como um interesse e valor existencial à pessoa humana, o qual demanda concretização para o atendimento da dignidade humana. Neste âmbito, ademais, prescinde-se de uma configuração jurídica específica de tipo (em geral elaborada para fins patrimoniais), uma vez que não existe separação entre o objeto (identidade) e o sujeito (pessoa humana).

Em um contexto social mundial multifacetado, as situações que ensejam proteção seguem se multiplicando. No Brasil, por exemplo, com sua enorme diversidade populacional, relatos de pessoas que potencialmente tiveram suas identidades lesadas são comumente encontrados em nossa sociedade contemporânea.

Uma situação bastante ilustrativa dessa problemática ocorreu em Aracaju- SE, onde Alana Azevedo, mulher trans, foi sepultada de terno e gravata, além de utilizando bigode e cavanhaque, totalmente oposto à identidade de gênero a qual se identificava. O caso gerou revolta na comunidade LGBTQIAPN+ e motivou a vereadora Linda Brasil a protocolar um projeto na Câmara de Aracaju, buscando estabelecer a proteção à identidade de gênero durante as cerimônias de velório, sepultamento e cremação. Segundo apuração da reportagem do Portal Uol, o motivo do sepultamento de Alana ter ocorrido sob essas condições seria que a família não aceitava sua condição de mulher⁷⁷. Nesse sentido, Bolesina e Gervasoni (2018, p.77) reforçam que:

Destarte, a relação entre identidade e diferença pauta uma disputa de poder. Por serem constructos sociais, estão sujeitas às forças e às assimetrias do poder (materiais e simbólicos) que interagem de semelhante forma em outros contextos. Tais assimetrias aclaram que a identidade e a diferença são disputadas em sociedade, que elas não são simplesmente definidas, pois sua manifestação é muito mais uma imposição (de poder do que uma mera realidade neutra e operacional).

Constituição da República Portuguesa que estabelece a todos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, a capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, a imagem, a palavra e à proteção legal contra quaisquer formas de discriminação; a lei também estabelece garantias efetivas contra a obtenção e utilização abusivas ou contrárias à dignidade humana. Por fim, nos Estados Unidos, consagrou-se peculiar interesse pela proteção de situações que indicam indiretamente o reconhecimento do direito à identidade pessoal - embora não expressamente assim denominado, mas compreendido na tutela jurídica da *privacy*.

⁷⁷ Ver *Portal Uol*. Disponível em <https://www.uol.com.br/universa/noticias/redacao/2021/10/14/mulher-trans-e-enterrada-de-terno-e-cavanhaque-pela-familia-em-aracaju.htm>.

A proteção dos direitos da personalidade, no entanto, não pode se concentrar apenas na tutela individual, tendo em vista que abusos ocorrem também contra grupos de pessoas com base em interesses que não se alinham com a ordem normativa pautada na dignidade humana.

Em 2020, Joana Machado, Sergio Negri e Caroline Giovanini, em *Nem invisíveis, nem visados: inovação, direitos humanos e vulnerabilidade de grupos no contexto da COVID-19*, analisaram as práticas tecnológicas adotadas na pandemia com o pretexto de enfrentamento da crise do combate de Covid-19, no qual constataram abusos na esfera de grupos minoritários, no que tange a proteção de suas informações pessoais. Segundo os autores (2020),

com o detalhamento de tecnologias empregadas no combate à pandemia, combinado a análise de casos concretos, demonstrou-se a falta de proporcionalidade de medidas que vêm sendo naturalizadas no enfrentamento da crise, especialmente quanto a direitos de grupos politicamente vulneráveis, ora invisibilizados, ora excessivamente expostos e visados.

Se a pessoa humana constrói a sua personalidade dentro de contextos coletivos⁷⁸, como família e sociedade, para a proteção desse sujeito coletivo, o Direito deve analisar os impactos da vivência em coletividade com relação ao indivíduo, além de sua possibilidade de autodeterminação (Negri, 2016). Nesse sentido, Konder (2018, p.5) sustenta que,

Dessa forma, a tutela da identidade pessoal não pode restringir-se à leitura de sua construção de forma estritamente isolada, tomando o sujeito como átomo, sob pena de, novamente, restringir a tutela da dignidade da pessoa humana a aspectos limitados de manifestação da personalidade. O direito à identidade pessoal deve dar guarida à construção coletiva e dialógica das identidades, protegendo o próprio processo pelo qual as identidades se constroem intersubjetivamente

Daí, por exemplo, decorre a impossibilidade de adequação da tutela da identidade pessoal à categoria clássica dos direitos subjetivos, haja vista a necessidade de consideração dos diversos aspectos que tangenciam a tutela desse direito, cujo contexto em que está inserido se relaciona diretamente com a sua proteção. No mesmo sentido, Konder (2018, p.5) defende que,

⁷⁸ Para Bodin de Moraes (2010, p. 240), “O ser humano existe apenas enquanto integrante de uma espécie que precisa de outro(s) para existir (*rectius*, coexistir). A concepção outrora dominante teve, por longo tempo, o homem como um ser hermeticamente fechado ao mundo exterior, isolado, solitário em seu mundo interior, como se fosse uma ilha: era o chamado *homo clausus*. Esta concepção foi abandonada em prol da compreensão a ela oposta, isto é, aquela segundo a qual o indivíduo existe enquanto em relação com outros (o sentido da alteridade) e com o mundo a ele externo”.

Sob uma perspectiva mais dogmática, é possível identificar e delimitar as áreas de interseção entre essas categorias e as zonas exclusivas de cada uma, reconhecendo-lhes espaço próprio de atuação que lhe justifique a autonomia. Entretanto, parece que o mais importante no pioneirismo daquelas decisões italianas foi reconhecer uma manifestação da personalidade humana que era merecedora de tutela independente de recondução aos modelos típicos preexistentes.

Assim, na busca de parâmetros que auxiliem na construção dessa disciplina jurídica e que tutelem a personalidade em todos os seus níveis e expressões, algumas iniciativas se destacam pela promoção de ricos debates. As Jornadas de Direito Civil, promovidas pelo Conselho da Justiça Federal do Superior Tribunal Federal, são oportunidades em que o Poder Judiciário convida toda a comunidade jurídica a discutir temas caros para a sociedade.

Na última edição da Jornada de Direito Civil⁷⁹, dois enunciados podem ser considerados diretamente relacionados com a temática aqui estudada. Os Enunciados 677 e 687 foram aprovados na Comissão “Direito Digital e Novos Direitos”, sob a coordenação do ministro Villas Bôas Cueva, do Superior Tribunal de Justiça, e trouxeram importantes contribuições sob o tema.

O Enunciado 677⁸⁰ dispõe que a identidade pessoal é protegida também no ambiente digital. Sua justificativa movimenta conceitos importantes para balizar a discussão sobre a identidade pessoal, pois se fundamenta em um entendimento doutrinário sólido sobre o tema, cujo referencial teórico se alinha com o abordado neste estudo.

A proposição apresenta, inicialmente, seu recorte do direito à identidade dinâmica em detrimento da leitura tradicional, que confere ênfase no direito à identificação, visão que se alinha com as premissas estabelecidas para este estudo. A justificativa destaca a influência das

⁷⁹ A última edição foi a IX Jornada de Direito Civil, que ocorreu sob a coordenação-geral do ministro Jorge Mussi, Vice-Presidente do STJ e Diretor do CEJ, e comemorou os 20 anos da Lei n.º 10.406/2002 e da instituição da Jornada de Direito Civil.

⁸⁰ *In verbis*: “Enunciado 677 – A identidade pessoal também encontra proteção no ambiente digital. [...] Justificativa: O estudo do direito à identidade sob enfoque diverso das conceituações tradicionalmente apresentadas (que conferem ênfase na identificação) e da ressignificação contemporânea, baseada na identidade dinâmica, deve receber abordagem específica e aprofundada pela perspectiva da influência das novas tecnologias no Direito Privado e revela simbiose com a própria concepção da identidade pessoal. O Direito foi salvo pela tecnologia. Essa afirmação de Stefano Rodotà provoca reflexão a respeito da utilização da internet e do ciberespaço e as inevitáveis influências na livre formação da personalidade e demanda análise aprofundada, de forma mais detida, em relação ao direito fundamental à identidade pessoal e as possíveis influências nas relações no meio virtual. A generalidade e amplitude dessa resumida conceituação compreende os complexos e multifacetados componentes do valor da personalidade em sua dimensão plural e existencial, cuja prevalência de tutela decorre de proclamação constitucional. Reconhecida a tutela da pessoa humana em todos os espectros e o correspondente direito à diferença, e analisando o paralelismo com o conteúdo do direito à igualdade, exsurge, essencialmente, o direito de manifestar a singularidade inata em cada ser humano como valor inerente à personalidade, especialmente nas relações travadas em ambiente digital. O respeito à alteridade e às peculiaridades da relação entre o eu e o outro, exige, agora sob os contornos do componente tecnológico, tratamento conformado com os valores constitucionais” (Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2022, p.44).

novas tecnologias no Direito Privado, na livre formação da personalidade, considerando os valores constitucionais na leitura do fenômeno.

Já o Enunciado 687⁸¹ apresenta uma visão que distingue os elementos patrimoniais que integram a herança digital daqueles elementos personalíssimos que também integram o acervo digital deixado nas redes⁸².

Percebe-se, assim, que este estudo está alinhado com as mais recentes discussões sobre a matéria a nível nacional. A necessidade de distinção entre os aspectos patrimoniais e personalíssimos da experiência humana, a abordagem a partir das modificações tecnológicas da sociedade e a perspectiva da personalidade enquanto valor jurídico são pressupostos considerados nesta pesquisa.

Em síntese, portanto, o direito à identidade pessoal, por se tratar de uma expressão da dignidade humana, deve receber um tratamento de direito fundamental e pode ser reconhecido como o direito do indivíduo de ser identificado da forma que se projeta na sociedade, como si próprio. Desse modo, ao falecer, o ser, a priori, teria o direito de ter a sua individualidade, delineada quando em vida, respeitada pela sociedade, razão pela qual se buscará identificar as nuances da proteção desse direito.

4.4 CONSIDERAÇÕES SOBRE A TUTELA PÓSTUMA DA IDENTIDADE PESSOAL

Segundo estudo da *Oxford Internet Institute*, a quantidade de perfis de usuários falecidos ultrapassará a de perfis de usuários vivos no *Facebook*, em até 50 anos (Öhman; Watson, 2019). Questões relacionadas à tutela *post mortem* das informações inseridas nas redes pelos usuários estão sendo progressivamente levadas à apreciação pelo Poder

⁸¹ *In verbis*: “Enunciado 687 – O patrimônio digital pode integrar o espólio de bens na sucessão legítima do titular falecido, admitindo-se, ainda, sua disposição na forma testamentária ou por codicilo. [...] Justificativa: A Constituição Federal de 1988 garante o direito de herança como fundamental do cidadão brasileiro (art. 5º, XXX). De outra parte, a revolução tecnológica desenvolvida a partir da internet, das interações em plataformas digitais e redes sociais, além do tráfego de relações oriundo dessas operações conduziram à atribuição de valor econômico a essa nova espécie de patrimônio, denominado “digital”. São exemplos dessa novel categoria: direitos autorais sobre conteúdos digitais; perfis, publicações e interações em redes sociais e plataformas digitais com potencial valor econômico; arquivos em nuvem, contas de e-mail; sítios eletrônicos, bitcoins etc. Assim, o ordenamento jurídico brasileiro não pode recusar tutela jurídica a essa modalidade patrimonial que, ainda que não regulada especificamente por lei (há projeto em tramitação na Câmara dos Deputados: PL n.º 1.689/2021) – extrai força normativa da própria Constituição Federal, cabendo aos operadores do direito promover a adequada proteção jurídica dos bens e interesses dos titulares e dos respectivos sucessores, atribuindo-lhes sentido jurídico e econômico nas sucessões legítimas e testamentárias (e até mesmo por meio de codicilos, nos casos de pequena monta). Nestas últimas, em observância ao postulado da autonomia da vontade, devem ser respeitadas, inclusive, as disposições de última vontade de viés negativo, isto é, aquelas que determinem a eliminação total dos dados e informações titularizados pelo de cujus” (Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2022, p.48).

⁸² Nesse sentido, ver Honorato e Leal, 2020, p. 155-173.

Judiciário⁸³, sem que exista uma disciplina consolidada acerca do tratamento jurídico da matéria.

O art. 6º do Código Civil brasileiro, na Lei 10.406/2002, dispõe que “a existência da pessoa natural termina com a morte” (CC, art. 6º, 2002), razão pela qual podemos entender que o falecimento é o extremo da personalidade civil da pessoa humana (Leal, 2018). Contudo, ignorar a necessidade de proteção *post mortem* dos direitos da personalidade do indivíduo pode acarretar medidas incompatíveis com o paradigma constitucional de tutela da dignidade humana (Leal, 2018, p. 128).

A aquisição de um determinado direito pode ocorrer a partir da morte sem que haja sucessão, o que se aplica no caso das situações jurídicas extrapatrimoniais pertencentes ao *de cuius*. Segundo Ana Luiza Nevares (2009), nesses casos, o direito de agir é adquirido pelos sucessores ou por pessoas designadas pelo legislador, em virtude do falecimento de seu titular originário, sem que se possa dizer que o direito do falecido é adquirido pelos sucessores. O que há, nesses casos, portanto, é a aquisição de um direito novo e próprio (Leal, 2018, p. 40).

Muito embora consideremos que os direitos da personalidade não são transmitidos com a morte, enquanto situações jurídicas existenciais, não podemos desconsiderar a existência de “um centro de interesse juridicamente relevante que é tutelado pelo ordenamento, mesmo após a morte do sujeito” (Leal, 2018, p. 128).

Para Pietro Perlingieri (2002), o sujeito consistiria em um elemento acidental em relação ao seu centro de interesses, que compreenderia na perspectiva da teoria da situação jurídica subjetiva, o direito potestativo, o interesse legítimo, o ônus, a sujeição, o poder, a faculdade, o dever jurídico e o direito subjetivo. Assim, sob essa ótica, mesmo após a morte do titular, a personalidade, enquanto valor, ainda poderia perdurar como objeto de tutela do ordenamento jurídico⁸⁴.

⁸³ Em estudo acerca das possibilidades de tratamento jurídico *post mortem* do conteúdo inserido na rede, Livia Teixeira Leal traça uma linha histórica na qual aponta diversas situações que tribunais de várias partes do mundo foram demandados a apreciar. A primeira delas relata o caso retratado em matéria publicada pelo *The Washington Post*, em 2005, no qual o pai de um soldado norte-americano morto no Iraque buscava obter acesso à conta de e-mail do filho. A segunda trata-se do caso no qual, em 2013, a mãe requereu administrativamente ao *Facebook* que desativasse o perfil da filha falecida, por entender que a página havia se tornado um local de lamentações dos contatos da filha, que continuavam postando mensagens, músicas e fotos para a jovem. A terceira se refere ao caso, ocorrido em 2015, no qual a mãe de uma cidadã britânica continuou usando a conta da filha, mesmo depois de seu falecimento, ocasião na qual o *Facebook* bloqueou seu acesso, transformando a conta em um memorial. A mãe recorreu ao Poder Judiciário, pleiteando o direito de continuar acessando o perfil. Por fim, a autora ainda remonta a um caso semelhante ocorrido em 2010, no qual os pais de um estudante norte-americano ingressaram com ação judicial, buscando obter informações acerca dos motivos que o levaram a cometer suicídio. Todos os links das matérias podem ser acessados na obra da autora, para tanto, ver Leal, 2018, p. 29-31.

⁸⁴ Livia Leal (2018 p.55-56) apresenta um contraponto interessante da doutrina sobre a visão de Perlingieri, conforme se observa em “Ressalta-se, ainda, que Maria de Fátima e Bruno Torquato tecem algumas críticas à

Desse modo, admite-se a possibilidade de terceiros buscarem a tutela jurídica dos interesses e direitos da pessoa falecida, não devendo a legitimidade para tal proteção ser restrita aos herdeiros, considerando-se a personalidade como valor, protegido como interesse juridicamente relevante de modo geral (Leal, 2018).

Desde antes do Código Civil de 2002, o Superior Tribunal de Justiça já havia reconhecido a possibilidade de tutela do direito da imagem após a morte de seu titular, a fim de obter o direito de indenização⁸⁵. De um lado, a decisão reconhece a possibilidade de o sucessor tutelar a imagem do parente falecido; de outro, confere aos sucessores, por direito próprio, a legitimidade para postularem indenização em juízo, em razão de a imagem da pessoa falecida possuir efeitos econômicos para além de sua morte. A decisão, portanto, analisa a tutela dos direitos da personalidade ainda sob o viés de direito subjetivo (Andrade, 2013).

Diante desse cenário, percebe-se que, para analisar o panorama da tutela *post mortem* do direito à identidade pessoal na sociedade contemporânea, não basta procurar alternativas nos institutos tradicionais do Direito Civil, visto que “a doutrina parece buscar em paradigmas do passado as bases para as soluções das controvérsias que, geradas na sociedade contemporânea, não se ajustam aos modelos nos quais se pretende enquadrá-las” (Tepedino, 2009, p. 23-24).

Considerando a velocidade da sociedade digital moderna, evidencia-se a dificuldade de “que o legislador consiga acompanhar o surgimento de novos bens jurídicos” (Maia, 2020, p. 139). Diante dessa situação, o enfoque meramente enciclopédico não atende às

teoria de Perlingieri, observando que a concepção do interesse como a medida da utilidade de um bem seria temerário, ‘em razão de se deixar ao legislador ou à própria coletividade o poder de determinação sobre aquilo que se configura utilidade e, por consequência, interesse jurídico’. Na visão dos autores, a tutela *post mortem* dos direitos da personalidade estaria pautada na esfera de não-liberdade infringida por alguém, ou seja, se teria nesses casos o deferimento de uma legitimidade processual para a defesa de uma situação jurídica de dever, na qual se insere o morto, em razão do juízo de reprovabilidade objetivada normativamente.

Contudo, a própria noção de esfera de não-liberdade também pode se revelar como um conceito maleável, e, em última análise, o que se tem é a proteção de um valor juridicamente relevante, que atrai a tutela jurídica mesmo diante da ausência de seu titular e que pode ser efetivada, inclusive, em face dos legitimados para a tutela desses direitos. De todo modo, justificando-se a proteção dos direitos da personalidade após a morte do titular pelo interesse relevante existente ou pela violação de uma esfera de não-liberdade, afasta-se o tratamento sucessório nesses casos, de modo que não há uma transmissão de tais direitos da personalidade para os familiares”.

⁸⁵ Ver Resp. 268660/RJ, Rel. Min Cesar Asfor Rocha, 4.^a Turma, j. 21.11.2000, in RT 789/201. O teor da ementa é o seguinte: “Os Direitos da personalidade, de que o direito à imagem é um deles, guardam como principal característica a sua intransmissibilidade. Nem por isso deixa de merecer proteção a imagem de quem falece, como se fosse coisa de ninguém, porque ela permanece perenemente lembrada nas memórias, como bem imortal que se prolonga para muito além da vida, estando até acima desta, como sentenciou Ariosto. Daí porque não se pode subtrair da mãe o direito de defender a imagem de sua falecida filha, pois são os pais aqueles que, em linha de normalidade, mais se desvanecem com a exaltação feita à memória e à imagem da falecida filha, como são os que mais se abatem e se deprimem por qualquer agressão que possa lhes trazer mácula. Ademais, a imagem de pessoa famosa projeta efeitos econômicos para além de sua morte, pelo que os seus sucessores passam a ter, por direito próprio, legitimidade para postularem indenização em juízo”.

necessidades sociais contemporâneas, razão pela qual devemos buscar “oferecer propostas para problemas concretos, chamando atenção para a urgente necessidade de compreensão dos novos fenômenos, fugindo do lugar-comum que entende que nada há de novo sob o sol” (Leonardi, 2011, p. 40).

Conforme amplamente reiterado neste estudo, “os direitos da personalidade se estruturam na ideia de essencialidade e inerência à própria condição humana” (Fachin, 2014, p. 39). Portanto, são aqueles “atributos humanos que exigem especial proteção no campo das relações privadas, ou seja, na interação entre particulares, sem embargo de encontrarem também fundamento constitucional e proteção nos planos nacional e internacional” (Schreiber, 2013, p. 13).

Por amparar-se no preceito fundamental da dignidade humana, corolário máximo da ordem constitucional pátria, esses direitos carecem de especial relevância, mesmo que dependam de uma interpretação constitucional a *contrario sensu*, pois é papel da Constituição “proteger valores e direitos fundamentais, mesmo que contra a vontade circunstancial de quem tem mais votos” (Barroso, 2012, p. 28).

Nesse contexto, mesmo que o direito à identidade pessoal revele-se como um “grande exemplo da impossibilidade de tipificar ou delimitar as formas de manifestação da personalidade merecedoras de proteção” (Konder, 2018, p. 5), o Direito deve fornecer instrumentos aptos à sua tutela.

Na sequência, portanto, será apresentada de forma perfunctória a síntese do estudo do ordenamento jurídico brasileiro, mais especificamente em relação à Constituição Federal e ao Código Civil, para se verificar como a disciplina da tutela póstuma da identidade foi desenhada pelo legislador brasileiro.

5 A IDENTIDADE PESSOAL ENTRE A PESSOA E O PATRIMÔNIO

O presente trabalho objetiva desenhar os contornos da tutela póstuma da identidade pessoal para contribuir com a discussão de regulamentação da matéria em matéria legislativa e jurisprudencial. Nesse sentido, uma oportunidade interessante de contrapor o levantamento teórico com a atividade legislativa prática se apresentou quando a campanha veiculada pela Volkswagen para comemoração dos seus 70 anos provocou uma rápida reação legislativa, que culminou na apresentação dos Projetos de Lei n.º 3.592/2023 e n.º 3608/2023.

Para que se proponha uma de agenda de pesquisa para a leitura da póstuma da identidade pessoal como resultado da pesquisa, será realizada uma reflexão sobre a resposta legislativa em relação ao comercial da montadora⁸⁶, por acreditar-se que a utilização do caso⁸⁷ como exemplo, favorece a compreensão da proposta.

Considerando a evolução dos princípios constitucionais ao longo da história, torna-se evidente que a proteção dos direitos da personalidade tem sido uma preocupação constante desde os primórdios do Direito. No entanto, a complexidade das relações sociais e os avanços tecnológicos contemporâneos desafiam constantemente a interpretação e a aplicação desses princípios em contextos específicos.

Antes, contudo será apresentado o panorama da legislação brasileira sobre a matéria dos direitos da personalidade, a partir da análise dos principais diplomas legislativos nacionais e da sua interface com a tutela póstuma do direito à identidade pessoal.

5.1 O PANORAMA DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA SOBRE A TUTELA PÓSTUMA DO DIREITO À IDENTIDADE PESSOAL

O intuito deste tópico é realizar uma análise documental nos dispositivos legislativos nacionais sobre a matéria do direito à identidade pessoal com o intuito de avaliar a adequação do direito brasileiro à teoria sobre direito à identidade pessoal, construído, inicialmente, pela jurisprudência italiana, com reconhecimento a nível nacional pela doutrina e jurisprudência brasileiras.

⁸⁶ Os resultados do estudo de caso são geralmente apresentados como forma de hipóteses, não conclusões, o que coaduna com o objetivo do capítulo de apresentar uma hipótese de estudo como resultado da pesquisa (Gil, 2002, p. 45).

⁸⁷ Segundo Máira Rocha Machado (2001), “um caso é uma construção intelectual que busca oferecer uma representação de um fenômeno jurídico, em um contexto específico, a partir de um leque amplo de dados e informações. Concebido desta forma, um caso é revelador tanto do evento representado quanto da pessoa que o selecionou, construiu e narrou. Como uma estratégia de pesquisa particular, o estudo de caso distingue-se de outros métodos em função dos objetivos da investigação e do tipo de pergunta que permite responder”.

Não se pretende, portanto, realizar um exercício profícuo em matéria de direitos da personalidade, objetiva-se apenas e tão somente localizar a identidade dentro do espectro de proteção da legislação pátria.

Nesse sentido, a Constituição Federal, o Código Civil e algumas leis especiais constituem o arcabouço normativo brasileiro acerca do que se convencionou chamar de “direitos da personalidade positivados”. A pesquisa debruçará seus olhares sobre eles, sobretudo em relação à Constituição Federal e o Código Civil, por entender que ambos estabelecem a disciplina geral sobre esses direitos.

Esse conjunto de direitos costuma ser classificado pela doutrina⁸⁸ como direitos relacionados à integridade física e direitos relacionados à integridade moral, cujo primeiro grupo é composto pelos direitos à vida, ao próprio corpo e ao cadáver; e o segundo grupo é composto pelos direitos à honra, à liberdade, ao recato, à imagem, ao nome e moral do autor (Tepedino, 2009).

No texto constitucional, encontramos o direito à intimidade, o direito à honra e o direito à imagem, considerados invioláveis pelo art. 50⁸⁹, X, da Constituição Federal (CF, art. 50, 1998). Na sequência, encontramos a disciplina do art. 220⁹⁰ do texto maior que estabelece o direito à manifestação de pensamento, o direito à criação, o direito à expressão e o direito à informação (CF, art. 220, 1998). O direito moral do autor decorre da inteligência do art. 5º, XXVII e XVIII⁹¹, da Constituição, regulamentado pela Lei nº 9.610/98 (CF, art. 5º, 1998).

O Código Civil dedica um capítulo inteiro aos direitos da personalidade, composto por dez artigos, do 11 ao 21⁹². O direito à autonomia do paciente em caso de tratamento médico

⁸⁸ Ver Gomes, 1996, p. 153.

⁸⁹ Segundo o art. 50 (CF, art. 50, 1998), “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

⁹⁰ Cita-se, como registro digno de nota, a previsão do parágrafo primeiro do referido artigo, que exige do intérprete uma leitura conjunta com outros dispositivos constitucionais, a saber “§ 1º Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV” (Brasil, 1998).

⁹¹ Para fins de melhor observação, transcrevem-se, aqui, o que determina os referidos capítulos (CF, art. 5º, 1998): o Art. 5º, XXVII, da Constituição da República determina que “aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar”; o Art. 5º, XXVIII, da Constituição da República, por sua vez, disciplina que “são assegurados, nos termos da lei: a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas; b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas”.

⁹² Pela importância das disposições e para melhor compreensão da matéria, transcreve-se a seguir os artigos do Código Civil:

“Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.

Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

ou intervenção cirúrgica com risco de vida é previsto no art. 15. A tutela do direito ao nome e ao pseudônimo é afirmada nos artigos 16 a 18. Já o direito à imagem e o direito à honra estão previstos no art. 20⁹³.

Destacam-se as cláusulas gerais presentes nos artigos 12, 21 e 52 do Código Civil. O art. 12 prevê a possibilidade de cessão de ameaça ou da lesão ao direito da personalidade e o ressarcimento pelos danos causados (CC. art. 12, 2002). O art. 21, por sua vez, prevê a inviolabilidade da vida privada da pessoa natural e a possibilidade de o juiz adotar as providências necessárias para impedir ou cessar ato contrário a esta proteção (CC. art. 21, 2002). Por fim, o art. 52 prevê a aplicação da proteção dos direitos da personalidade, no que couber, às pessoas jurídicas (CC. art. 52, 2002)⁹⁴.

Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau.

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 cirúrgica.

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 nome.

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 (Vide ADIN 4815).

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 norma (Vide ADIN 4815)” (CC, art. 11 ao 21, 2002).

⁹³ Sobre o art. 20 do Código Civil, Gustavo Tepedino (2009) tece críticas pertinentes que interessam a este trabalho, para quem a redação confusa do artigo vai contra a tendência doutrinária e jurisprudencial de reconhecer autonomia ao direito à imagem. Além deste apontamento, o autor ainda destaca que o dispositivo é infeliz ao estabelecer a administração da justiça e a manutenção da ordem pública como os únicos casos em que se justifica a utilização da imagem de uma pessoa sem sua autorização, pois tais critérios não encontram amparo constitucional.

⁹⁴ Sobre o tema, Sergio Negri (2016, p.11) dispõe que “a despeito do silêncio constitucional sobre a questão, doutrina, jurisprudência e mesmo a legislação infraconstitucional brasileira convergem, sem muita hesitação, para a assertiva de que pessoas jurídicas são, sim, titulares de direitos fundamentais. O artigo 52, do Código Civil brasileiro, estende à pessoa jurídica, no que for possível, a proteção dos direitos da personalidade. Ao interpretar o dispositivo, a doutrina, em sua grande parte, chega à conclusão de que o Código Civil de 2002 teria esvaziado a discussão sobre a possibilidade de a pessoa jurídica titularizar direitos da personalidade. Com raras exceções, a única ressalva feita pelos manuais de Direito Civil diz respeito à impossibilidade de a pessoa jurídica reclamar a proteção de direitos que se mostrem ‘incompatíveis com a sua natureza’”. Para uma crítica mais robusta sobre o tema, ver Negri, 2016.

Juntamente à unificação do direito das obrigações, Gustavo Tepedino (2003) destaca que uma das principais mudanças pelo Código Civil foi “a adoção da técnica das cláusulas gerais, ao lado da técnica regulamentar, como resultado de um processo de socialização das relações patrimoniais”⁹⁵.

Diferentemente do modelo tradicional regulamentar, a enunciação de prescrições normativas genéricas tem o objetivo de oferecer ao intérprete os critérios axiológicos e os limites para aplicação das demais normas em detrimento do modelo de prescrição de conduta específica.

Esses princípios podem ser vistos como especificação da cláusula geral de tutela da personalidade prevista no art. 1º⁹⁶, III, do texto constitucional, que estabelece a dignidade humana como valor fundamental da República (CF, art. 1º, 1998).

As inúmeras possíveis manifestações da personalidade não foram, obviamente, disciplinadas e reguladas pelas referidas previsões normativas, visto que a evolução ativa e constante da dinâmica social torna impossível estabelecer disciplina legislativa para todas as possíveis situações jurídicas relativas à personalidade da pessoa (Tepedino, 2009).

Nesse sentido, para efetiva tutela dos direitos da personalidade, o intérprete deve se afastar dessa visão tipificadora seguida pelo Código Civil e ampliar a tutela da pessoa humana, no intuito de promover a tutela da personalidade mesmo fora do rol de direitos subjetivos previstos codificados pelo legislador (Tepedino, 2009).

Entre a edição do Código Civil de 1916 e o de 2002 há um período superior a 80 anos; dessa forma, muitas das inovações legislativas e jurisprudenciais ocorridas no decorrer desses anos foram consolidadas pelo atual código, o que naturalmente não traduz uma uniformidade política e ideológica, em razão da distância entre os contextos políticos do início e da conclusão de sua elaboração⁹⁷.

É necessária, portanto, a conexão axiológica entre o corpo de leis codificadas e a Constituição Federal, que define os valores e os princípios da ordem jurídica, para que se confira um sentido uniforme às cláusulas gerais, à luz da principiologia constitucional (Tepedino, 2007).

⁹⁵ Nesse sentido, Tepedino menciona a introdução da função social da propriedade privada e da atividade contratual culminou no estabelecimento desse instituto no quadro normativo nacional. Para mais, ver Tepedino, 2007.

⁹⁶ A redação do referido artigo estabelece que “a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] a dignidade da pessoa humana[...]” (CF, art. 1º, 1998).

⁹⁷ Nesse sentido, ver Tepedino, 2003.

No que se refere à tutela póstuma do direito à identidade pessoal, dois dispositivos legais ganham destaque por tratarem a temática dentro de duas cláusulas gerais: os parágrafos únicos dos arts. 12 e 20 do Código Civil.

O parágrafo único do art. 12 do Código Civil reconhece a possibilidade de tutela da pessoa falecida para cessar a ameaça ou lesão aos seus direitos de personalidade, bem como para reclamar perdas e danos, cuja legitimidade é conferida ao cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau (CC, art. 12, 2002).

Nestes termos, o referido parágrafo contorna a característica intrínseca da intransmissibilidade⁹⁸ dos direitos da personalidade, pois além de reconhecer aos sucessores elencados neste dispositivo o direito à indenização, também concede a eles o direito de exigir que cesse a ameaça ou lesão (Andrade, 2013).

O parágrafo único do art. 20, por sua vez, ao disciplinar tutela dos direitos relativos à divulgação de escritos, transmissão da palavra ou a publicação, exposição ou a utilização de imagens de uma pessoa falecida, define apenas os ascendentes e os descendentes como partes legitimadas (CC, art. 20, 2002).

Sobre os parágrafos, o Enunciado 400, da V Jornada de Direito Civil do CJE, reconhece que “os parágrafos únicos dos arts. 12 e 20 asseguram legitimidade, por direito próprio, aos parentes, cônjuge ou companheiro para a tutela contra lesão perpetrada *post mortem*”⁹⁹.

⁹⁸ Gustavo Tepedino (2009) conceitua que a intransmissibilidade “constitui característico controvertido, estando a significar que se extinguiria com a morte do titular, em decorrência do seu caráter personalíssimo, ainda que muitos interesses relacionados à personalidade mantenham-se tutelados mesmo após a morte do titular”. Nesse sentido, o autor cita três passagens da lição de Diogo Leite de Campos (1991, p. 43), o qual observa que, embora a morte cesse a personalidade, “a doutrina, as leis, os juízes, afirmam a permanência, depois da morte, de um certo número de interesses e dos direitos respectivos: o direito à sepultura e à sua proteção; o direito ao seu cadáver e de decidir o seu destino; o direito à imagem que ‘era’, e também o direito à imagem do cadáver; o direito ao nome; o direito moral do autor; etc”, complementando que “os parentes e herdeiros do falecido não defendem um interesse próprio (o que é evidente, por exemplo, tratando-se da defesa de um nome que não é usado pelo que o defende) mas sim um interesse do defunto”, e rematando que “assim a personalidade jurídica prolonga-se, é ‘empurrada’, para depois da morte”.

⁹⁹ Livia Leal (2018, p.53) destaca a tendência jurisprudencial de adesão a esse entendimento: “No mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça vem entendendo que o direito de ação para obter reparação por dano moral nesses casos possui natureza patrimonial, transmitindo-se aos herdeiros da vítima: ‘CIVIL. DANOS MORAIS E MATERIAIS. DIREITO À IMAGEM E À HONRA DE PAI FALECIDO. Os direitos da personalidade, de que o direito à imagem é um deles, guardam como principal característica a sua intransmissibilidade. Nem por isso, contudo, deixa de merecer proteção a imagem e a honra de quem falece, como se fossem coisas de ninguém, porque elas permanecem perenemente lembradas nas memórias, como bens imortais que se prolongam para muito além da vida, estando até acima desta, como sentenciou Ariosto. Daí porque não se pode subtrair dos filhos o direito de defender a imagem e a honra de seu falecido pai, pois eles, em linha de normalidade, são os que mais se desvanecem com a exaltação feita à sua memória, como são os que mais se abatem e se deprimem por qualquer agressão que lhe possa trazer mácula. Ademais, a imagem de pessoa famosa projeta efeitos econômicos para além de sua morte, pelo que os seus sucessores passam a ter, por direito próprio, legitimidade para postulare indenização em juízo, seja por dano moral, seja por dano material. Primeiro recurso especial das autoras parcialmente conhecido e, nessa parte, parcialmente provido. Segundo

O art. 943 do Código Civil, na mesma linha, disciplina que o “direito de exigir reparação e a obrigação de prestá-la transmitem-se com a herança”. Sobre a redação do referido artigo, o Enunciado 454, da supracitada jornada aponta que o “direito de exigir reparação a que se refere o art. 943 do Código Civil abrange inclusive os danos morais, ainda que a ação não tenha sido iniciada pela vítima”.

Ainda que a legislação remeta à ideia de representação, entende-se que não há transmissão sucessória dos direitos da personalidade. Como ressalta Leal (2018, p. 56) “[...] o próprio rol de legitimados para a tutela de tais direitos é alvo de críticas por parte da doutrina, na medida em que o legislador nomeia justamente os herdeiros para a defesa da personalidade da pessoa morta”. Assim, a legitimidade para pleitear a proteção dos direitos da pessoa falecida não deve se restringir aos herdeiros, e sim ser ampliada a terceiros juridicamente interessados. Destaca-se ainda que, conforme defende Leal (2018, p.56):

a própria previsão dos dispositivos é incompleta e defasada, na medida em não incluem os companheiros, já se tendo entendimento firmado no Enunciado nº 275 da IV Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários da Justiça Federal, que tais disposições devem ser estendidas àqueles que viviam em união estável com o falecido.

Contudo, embora seja considerado que não há a transmissão das situações jurídicas existenciais¹⁰⁰, reconhece-se a possibilidade de transferência das situações jurídicas patrimoniais, como a exploração econômica dos direitos da personalidade, incluindo, nessa lógica, as situações jurídicas dúplices, ou seja, aquelas onde coexistem interesses patrimoniais e extrapatrimoniais (Leal, 2018).

Sobre os efeitos jurídicos da morte¹⁰¹, preciosa é a leitura de Francisco Amaral (2018, p. 327), para quem:

A morte extingue as situações jurídicas intransmissíveis, como ocorre com as de personalidade e as de família, e algumas patrimoniais, por exemplo, o usufruto (CC, art. 1.410), o uso (CC, art. 1.413), a habitação (CC, art. 1.416), o mandato (CC, art. 682, II). As transmissíveis, como é a maioria das patrimoniais, passam aos herdeiros, por meio da sucessão legítima ou da testamentária. Neste caso, o falecido, por ato

recurso especial das autoras não conhecido. Recurso da ré conhecido pelo dissídio, mas improvido’. STJ, 4ª Turma, REsp 521697 / RJ, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. 16.02.2006, DJ 20.03.2006”.

¹⁰⁰ Na lição de Pontes de Miranda (2012), “se a transmissão se pudesse dar, o direito não seria de personalidade. Não há, portanto, qualquer sub-rogação pessoal; nem poderes contidos em cada direito de personalidade, ou seu exercício, são suscetíveis de ser transmitidos ou por outra maneira outorgados”.

¹⁰¹ Sobre os efeitos da morte, complementa Francisco Amaral (2018, p. 327) que “a morte não é só causa de extinção de situações ou de relações jurídicas. Também impede a formação das que estavam em vias de constituir-se, como ocorre com a proposta contratual que se extingue pela morte do proponente, quando tratar-se de obrigação personalíssima ou for revogável a proposta. Não é pacífica, porém, esta opinião. Outros efeitos da morte encontram-se previstos no Código Civil, expressa ou implicitamente para os casos de legado (art. 1.935), revogação de doação (art. 560), legado de usufruto (art. 1.921) e substituição fideicomissária (art. 1.951)”.

unilateral, revogável e conforme a lei, denominado testamento, dispõe de seu patrimônio para depois da morte (CC, art. 1.857).

Ainda segundo o autor, a personalidade existe desde antes do nascimento e projeta-se para além da morte¹⁰², cujos traços de permanência podem ser notados no testamento, no respeito ao cadáver e à sepultura, na autorização para autópsia e para transplantes, bem como a proteção da memória do falecido contra injúria e difamação¹⁰³ (Amaral, 2018).

Conforme visto neste trabalho, há uma tendência à leitura dos institutos do Direito Privado sob o prisma dos direitos patrimoniais, em razão da tradição jurídica clássica em entender as relações privadas sob uma perspectiva liberal econômica. A tutela póstuma do acervo digital¹⁰⁴ do indivíduo tem sido observada justamente por essa perspectiva¹⁰⁵.

Pela intrínseca relação entre seu acervo digital e a caracterização da identidade nos tempos de redes sociais, faz-se necessária a distinção entre os aspectos patrimoniais e existenciais do direito à identidade pessoal, principalmente no contexto *post mortem* do indivíduo, haja vista a tendência quase automática de se buscar a transmissão póstuma do complexo de direitos e deveres do indivíduo automática para os herdeiros, conforme a vocação hereditária apresentada pelo Código Civil.

5.2 A RESPOSTA LEGISLATIVA À CAMPANHA DA VOLKSWAGEN

A campanha publicitária de lançamento da kombi elétrica da montadora no Brasil, cujo slogan é “Volkswagen 70 anos. Sucesso que passa de geração em geração”, utilizou-se de ferramentas de computação gráfica para criar uma representação da cantora Elis Regina contracenando com sua filha, Maria Rita. A vinculação de Elis à montadora causou reações em parte do público no sentido de questionar a ética em torno dessa prática, principalmente porque a cantora era declaradamente contra, em razão da ligação da Volkswagen com a ditadura¹⁰⁶.

¹⁰² Este estudo limita-se ao estudo dos efeitos da tutela póstuma da identidade, razão pela qual não se abordará as hipóteses de morte presumida.

¹⁰³ Ver Leite de Campos, 1987.

¹⁰⁴ A definição de acervo digital deste estudo é a mesma adotada por Livia Leal (*op cit*, 2018, p.38), cuja obra se referenciou ao conceito de Marco Aurélio de Faria Costa Filho, para quem o acervo digital pode ser considerado como o “conjunto de bens de potencial valor econômico armazenados virtualmente”.

¹⁰⁵ Para Leal (2018, p. 38), “Pode-se verificar que a temática inegavelmente tem sido desenvolvida sob a ótica patrimonial, estando vinculada com frequência a expressões como ‘herança digital’, ‘legado digital’, ‘patrimônio digital’, ‘ativo digital’, que revelam, em última análise, um exame inicial estritamente patrimonial”.

¹⁰⁶ A Volkswagen celebrou um Termo de Ajuste de Conduta (TAC) com o Ministério Público Federal, no início de 2021, para reparar os efeitos de sua colaboração com o regime militar (1945-1964). Ver *Portal Uol*. Disponível em <<https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2021/03/31/em-relatorio-mpf-diz-que-volks-se-aliou-com-ditadura-por-vontade-propria.htm>>

Essa crítica não só se adequa perfeitamente ao recorte delimitado neste trabalho como também ajuda a explicá-lo, ao associar a imagem da cantora a uma empresa que apoiava um regime totalitário ao qual a artista fazia manifesta oposição reflete a lesão à sua identidade pessoal. Não é possível afirmar que a cantora, hoje, não estaria estrelando a campanha, caso estivesse viva, o que se projeta é a verdade pessoal expressa em vida, cuja tutela defende-se merecer do ordenamento pátrio. Sobre o tema, Raul Choeri, (2010, p.262) disserta que

A criação artística pode resultar em alteração da verdade pessoal, mediante atribuição de fatos, opiniões e condutas que não condizem com a real projeção social da pessoa, seja histórica ou atual. A distorção do perfil político, religioso, moral ou ideológico de uma pessoa mediante narrativa ou encenação artística pode redundar em lesão ao direito à identidade, porquanto lança falsa luz ao olhar público. No entanto, haverá sempre a necessária ponderação entre os direitos envolvidos - identidade e liberdade de criação artística - utilizando-se como fiel da balança os princípios da verdade, da proporcionalidade e da razoabilidade.

A resposta legislativa à campanha foi quase imediata. A matéria foi objeto de duas proposições de projetos de lei em ambas as casas do Congresso Nacional, em um intervalo de tempo menor do que 20 dias a partir do lançamento da supracitada campanha publicitária. Enquanto o Projeto de Lei n.º 3.592/2023 tramita pelas comissões do Senado Federal, o Projeto de Lei n.º 3608/2023 tramita pela Câmara dos Deputados, ambas com o intuito de disciplinar o mesmo tema.

Neste trabalho, não adentraremos nas técnicas legislativas na redação dos projetos, apenas se buscará realizar abstrações conceituais a partir da lei para cotejá-las com os conceitos teóricos encontrados na revisão de literatura sobre a matéria.

A primeira questão que chama a atenção são os conceitos mobilizados nas definições dos projetos. O primeiro projeto conceitua o termo “imagem da pessoa falecida” como “qualquer representação visual de uma pessoa que tenha falecido”, enquanto o segundo distingue a ideia da “imagem-retrato”, conceituada como a “apresentação física e visual de uma pessoa falecida”, e da “imagem-atributo”, como a “imagem pública e reputação de uma pessoa falecida, incluindo sua personalidade, caráter, crenças e posicionamentos, construídos ao longo da vida e manifestados publicamente”.

Nesse ponto, percebe-se que a segunda proposta está mais alinhada com a tendência doutrinária e jurisprudencial de distinguir os aspectos estático e dinâmico da imagem, que vai refletir na distinção de até onde se estende a proteção da imagem (imagem-retrato - estática) e onde se inicia a tutela da identidade pessoal (imagem-atributo - dinâmica).

Ambas as iniciativas se deram em decorrência da veiculação da supracitada campanha publicitária, mas nenhuma menciona o termo identidade nas suas justificativas, tampouco conceituam a identidade nas suas definições. O PL n.º 3.608/2023, que tramita na Câmara dos Deputados, acena com algum avanço ao estabelecer que a *deepfake*¹⁰⁷ de uma pessoa falecida por meio do uso de tecnologias requer a observância da “adesão à identidade original”, como princípio.

O art. 2^a, inciso II, do PL n.º 3.608/2023, então, define que o conteúdo do *deepfake* de pessoa falecida deve ser compatível com as dimensões de imagem previstas e a identidade que a pessoa construiu em vida, preservando sua memória e personalidade. Embora seja significativo que a iniciativa movimente o conceito de identidade, é importante que ela esteja suficientemente embasada nas discussões, já avançadas, em matéria doutrinária e jurisprudencial.

Nesse sentido, mesmo partindo da ideia da distinção entre imagem-retrato e imagem-atributo, o projeto perdeu a chance de conceituar o direito à identidade como decorrência do aspecto dinâmico da representação do indivíduo em sociedade. A conceituação seria, portanto, um significativo avanço na tutela do tema.

Estabelecida nos termos propostos, inviabiliza a identidade pessoal como expressão do próprio ser, para inseri-la dentro da clássica lógica dos direitos subjetivos, ou seja, a identidade não é entendida como reflexo do próprio indivíduo, mas algo a ser conferido às representações dele após seu falecimento.

Nesse sentido, ambos os projetos guardam relação com a ótica tradicional do direito, voltada à tutela das relações patrimoniais puras em nítido apagamento da posição existencialista contemporânea sobre a matéria. Independentemente da caracterização do direito da personalidade, seja considerando a tutela da imagem ou da identidade, ambos os projetos pecam na leitura patrimonialista equivocadamente empreendida na construção dos projetos, visto que os direitos da personalidade devem ter um tratamento a partir de uma lógica voltada às questões existenciais, como já visto.

O primeiro PL apresentado, Projeto de Lei n.º 3.592/2023, define que, em caso de ausência do indivíduo em vida, cabem aos familiares mais próximos conceder o consentimento para o uso da imagem de uma pessoa falecida¹⁰⁸. Proposital ou não, essa é uma

¹⁰⁷ Conforme definição do PL (2023), *deepfake* é a “técnica de manipulação digital de dados visuais ou auditivos, para criar conteúdo que simule a aparência ou a voz de uma pessoa, incluindo aquelas que já faleceram”.

¹⁰⁸ Essa construção é observada como tendência por Fábio Andrade (2013), que, ao comentar a necessidade de estabelecer um limite temporal para a tutela dos direitos da personalidade, ensina que “a orientação tem sido,

construção interessante, por não submeter a tutela desses bens jurídicos à lógica de sucessão hereditária, mas a uma lógica que considere o sujeito em suas particularidades.

Mesmo que se considere conflitante com a disposição do parágrafo único do art. 21, haja vista que nele já há uma delimitação do rol dos legitimados para exercer a titularidade do direito à imagem, a construção merece destaque pois permitiria que coubesse aos magistrados a definição de familiares mais próximos¹⁰⁹, de acordo com a avaliação casuística da situação em concreto e a partir dos valores constitucionais.

Ao limitar a tutela póstuma aos parentes próximos, contudo, o dispositivo deixa de reconhecer a possível legitimidade de terceiros interessados¹¹⁰. Nesse sentido, ambos os projetos insistem na ideia de aplicar a vocação sucessória na legitimação da tutela da identidade pessoal.

Ainda no PL n.º 3.592/2023, podemos verificar que ele outorga aos “herdeiros legais” as prerrogativas de “preservar a memória e a imagem do falecido, bem como o direito de controlar o uso dessa imagem” (art. 3º), de “recusar o uso da imagem ou áudio da pessoa falecida por meio de IA” (art. 3º, §único) e autorizar “o uso da imagem e áudio da pessoa falecida por meio de IA para fins comerciais” (art. 4º).

O PL n.º 3.608/2023, por sua vez, credencia os “herdeiros legais” a exercer o direito de preservar a memória e a imagem do falecido” (art. 3º) e autorizar o “uso de *deepfake* de pessoa falecida com a finalidade econômica”. Nesse projeto, ainda, há uma disposição curiosa no art. 4º que reconhece a família do falecido como titular de eventual reparação moral em caso de uso não autorizado de *deepfakes* pós-morte que viole os termos estabelecidos pela lei.

Percebe-se, não só pelo uso recorrente da expressão “herdeiros legais”, como também por toda a estrutura de conceituação e sistematização dos projetos, que a lógica patrimonial está bem-marcada na construção dos dispositivos legais, inclusive por ambas as casas legislativas federais. A doutrina aponta essa tendência legislativa, inclusive com fortes críticas

porém, de restringir a tutela *post mortem* dos direitos da personalidade apenas aos parentes mais próximos, a fim de estabelecer uma espécie de limite temporal tácito”.

¹⁰⁹ Sobre a crítica, ver Andrade, 2013. Para ele, “uma solução que poderia servir melhor à adequação de eventuais conflitos neste campo seria o de recorrer ao princípio da proporcionalidade, a fim de ponderar os interesses existentes em cada caso, restringindo a defesa dos direitos da personalidade *post mortem* aos descendentes de primeiro grau ou segundo grau - uma geração, facultando a outros parentes esta tutela, com base em circunstâncias a serem apreciadas pelo juiz”.

¹¹⁰ Nesse sentido, “para os bens existenciais, por outro lado, o paradigma da herança digital seria inaplicável, podendo-se mesmo superar uma leitura restrita daqueles que teriam legitimidade para promover a tutela *post mortem* da personalidade, a ser ampliada para terceiros juridicamente interessados, tendo em vista a insuficiência dos parágrafos únicos dos artigos 12 e 20, do Código Civil. Não raro, a proteção *post mortem* da personalidade pode se operar inclusive em face dos próprios familiares” (Negri, Korkmaz, 2021, p.665).

à adoção dos herdeiros para a tutela póstuma dos direitos da personalidade. Livia Leal (2018, p. 56, destaca que:

O próprio rol de legitimados para a tutela de tais direitos é alvo de críticas por parte da doutrina, na medida em que o legislador nomeia justamente os herdeiros para a defesa da personalidade da pessoa morta. Neste sentido, destaca Anderson Schreiber que o Código deveria ter evitado tal associação indevida, na medida em que tais direitos não seriam ‘coisas’ transmissíveis por herança. De acordo com o autor, ‘solução mais adequada seria ter deixado as portas abertas à iniciativa de qualquer pessoa que tivesse interesse legítimo em ver protegida, nas circunstâncias concretas, a personalidade do morto’¹¹¹.

Além das discussões sobre definições legais e conceituais, é fundamental uma reflexão filosófica mais profunda sobre a natureza da identidade pessoal e sua relação com os direitos da personalidade. Questões ontológicas e epistemológicas surgem quando nos deparamos com a complexidade da individualidade humana e sua representação no mundo digital e na sociedade contemporânea. Na sequência, esse trabalho pretende apresentar uma agenda de estudos que dê prosseguimento à pesquisa, visando auxiliar no estabelecimento de parâmetros para a disciplina da tutela póstuma da identidade pessoal. de

5.3 PROPOSTA DE LEITURA DA TUTELA PÓSTUMA DA IDENTIDADE PESSOAL

Considerando a superioridade normativa da Constituição e, conseqüentemente, a centralidade do princípio da dignidade da pessoa humana¹¹², impõe-se a releitura de todos os institutos de Direito Civil, reconhecendo que nosso ordenamento fez uma escolha no sentido de privilegiar o *ser* sobre o *ter* (Konder, 2015).

Assim, toda estrutura dogmática-normativa brasileira foi remodelada, de modo a promover a funcionalização dos institutos clássicos do Direito Civil aos objetivos supremos consagrados no texto constitucional¹¹³. Esse movimento pode ser exemplificado a partir de

¹¹¹ Para a crítica completa, ver Schreiber, 2014, p. 156.

¹¹² “A esse respeito, leciona José Afonso da Silva que a dignidade da pessoa humana é um valor supremo, que concentra o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, a começar pelo direito à vida. É referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais. Seu conceito determina uma densificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo-constitucional, e não qualquer idéia apriorística do homem. Por isso, não se pode reduzir o sentido da dignidade humana à defesa dos direitos pessoais tradicionais, esquecendo-a nos casos de direitos sociais, ou inová-la para construir uma ‘teoria do núcleo da personalidade’ individual, ignorando-a quando se trate de garantir as bases da existência humana” (Choeri, 2010, p.43).

¹¹³ “A análise da jurisprudência destas duas décadas, especialmente no âmbito do direito privado, serve a desfazer – com as exceções normais – o justificado receio de que a aplicação direta das normas constitucionais, especialmente por meio de cláusulas gerais carentes de preenchimento valorativo, viesse a ocasionar arbitrariedades, violando a esfera de autonomia individual por meio de um perigoso salto sobre o legislador ordinário. Daí também a importância fundamental da motivação das decisões – anteriormente acentuada –, revelando os princípios jurídicos envolvidos e as ponderações realizadas pelo magistrado ao julgar o caso concreto, de modo a permitir o debate em bases racionais e a determinação de critérios capazes de nortear novas decisões de maneira isonômica” (Bodin de Moraes, 2006).

dois exemplos didáticos: a instrumentalização da família ao livre desenvolvimento de seus membros e a subordinação da tutela do contrato e da propriedade à realização da função social (Bodin de Moraes, 2006)¹¹⁴.

Esse processo de despatrimonialização¹¹⁵ reflete um movimento de transposição dos valores fundados na ótica individualista e patrimonial do Direito Civil para uma composição do personalismo e do patrimonialismo. Nessa transição, portanto, o aspecto econômico não é eliminado ou reduzido pelo sistema jurídico, mas reconsiderado sob uma ótica que prestigie os dispositivos constitucionais, haja vista a primazia dos valores existenciais sobre os patrimoniais (Choeri, 2010, p. 125).

Um modelo estritamente patrimonialista, nesse sentido, não se adequa à lógica social imposta pelos avanços da tecnologia. Ao dissertar sobre a disposição do acervo digital do indivíduo após a morte, Livia Leal (2018, p.62) propõe que

o tratamento estritamente patrimonial e sucessório não é suficiente para regular todas as situações jurídicas constituídas na rede após a morte do indivíduo, na medida em que a tutela post mortem dos direitos da personalidade, ou seja, das situações jurídicas existenciais, sobretudo no que se refere à proteção da privacidade e dos dados pessoais, se revela como importante elemento a ser considerado

A identidade pessoal não se consubstancia por meio dos modelos identitários estáticos que visam à sua uniformização¹¹⁶, mas pelo seu interagir social, a partir das relações que estabelece e pelo qual é concebido diante da sociedade em que se insere¹¹⁷.

¹¹⁴ Sobre a discussão, Daniel Bucar e Daniela de Carvalho Mucilo (2015, p. 40) destacam que “Tepedino, quanto à propriedade, afirma que o atendimento à sua função social ocorre pela utilização dos bens privados e o consequente exercício do domínio, com respeito e promoção das situações jurídicas subjetivas existenciais e sociais por ela atingidas. E, na mesma linha, mas em sede contratual, Konder afirma que a referida função preserva interesses extracontratuais socialmente relevantes, preenchidos pelo princípio da dignidade, livre iniciativa, igualdade substancial e solidariedade social (consumidores, livre concorrência, meio ambiente e às relações de trabalho. Embora dispares entre si, as três correntes acima se destacam do liberalismo clássico, na medida em que, além de não reconhecer um espaço de liberdade contratual imune a controle externo, propõem uma leitura com uma prospecção de interesses externos ao ambiente individualista do contrato”.

¹¹⁵ A despatrimonialização do Direito Civil, em verdade, revela uma tendência normativo-cultural; evidencia-se que, no ordenamento, operou-se uma opção que, lentamente, vai se concretizando entre personalismo (superação do individualismo) e patrimonialismo (superação da patrimonialidade como fim em si mesma, do produtivíssimo, antes e do consumismo, depois, como valores). O aspecto econômico, inerente à realidade social organizada, não é eliminado do sistema jurídico, ou reduzido (Choeri, 2010, p. 125).

¹¹⁶ Segue-se, daí, a importância de evitar a contaminação dos novos valores e categorias que compõem a teoria da interpretação contemporânea por métodos e tendências extraídos da dogmática tradicional, que guarda constrangedora incompatibilidade com a legalidade constitucional. Não se mostra infrequente, por exemplo, a designação dos princípios constitucionais, situados no ápice da pirâmide normativa, como princípio geral de Direito, previsto no art. 4º da LINDB como instrumento residual de integração, formulado pelo intérprete pelo método indutivo, em nível infraconstitucional, na ausência de lei, analogia ou costume aplicáveis. Cuida-se de subversão hermenêutica que impede a preservação da unidade do ordenamento construída a partir (e com a incorporação plena) das normas constitucionais. Já evoluiu muito nas últimas décadas, na experiência brasileira, no campo da interpretação. E só fato de refletir, entre os diversos domínios do Direito Público e Privado, acerca

Nesse sentido, cabe à doutrina a definição de parâmetros constitucionais para a valoração e solução de controvérsias¹¹⁸, que inevitavelmente se multiplicam em razão do exercício da cidadania inerente à dinâmica da democracia e da sociedade da informação, e “agitam o Judiciário sem que o legislador possa se dar conta de sua específica e mutante regulamentação” (Tepedino, 2016, p. 34).

Ao analisar a evolução do Direito contemporâneo, Rodotà faz referência à evolução tecnológica como paradigma transformador da sociedade, implicando o “surgimento de problemas próprios da contemporaneidade que encontram no Direito Civil o domínio para solução de conflitos estranhos à dogmática clássica” (Tepedino, 2016, p. 35).

Na tutela do direito da personalidade, principalmente em relação à tutela póstuma do direito à identidade pessoal, a tecnologia possui um papel relevante por potencializar o aspecto extrapatrimonial nas complexas situações jurídicas que o direito vem sendo demandado a explicar e propor uma aplicação adequada¹¹⁹.

Como resultado deste estudo, inferimos que legislação brasileira possui ferramentas para tutelar, de forma póstuma, o direito à identidade pessoal, principalmente ao considerarmos as disposições constitucionais sobre a matéria, mas carece de uma definição específica, a qual tem sido buscada pelo legislativo a partir de uma perspectiva, *a priori*, equivocada.

Como demonstrado, a atividade legislativa apresentou uma tendência clara em aplicar o paradigma da herança à tutela da identidade pessoal das pessoas falecidas. Nesse sentido, a proposta deste trabalho é considerar como hipótese para o prosseguimento deste estudo a tutela póstuma do direito à identidade pessoal como uma situação jurídica dúplice, na qual estão presentes tanto aspectos patrimoniais quanto, e principalmente, existenciais, em um contexto de avanços tecnológicos.

do ativismo judicial, indica, provavelmente, o itinerário vicejante e auspicioso, posto nada linear, em direção a ordem jurídica mais justa, igualitária e democrática (Tepedino, 2016).

¹¹⁷ Longe de modelos identitários preconcebidos normativamente, que visam à uniformização e padronização de identidade, a pessoa conquista sua própria dignidade na medida em que constrói para si sua identidade civil-constitucional, no seu interagir social, nascendo, crescendo, realizando-se em cada situação jurídico-social na qual se insere e se desenvolve. Essa identidade civil-constitucional é um dos instrumentos que conferem eficácia e efetividade ao princípio da dignidade humana, tornando-o tangível e atribuindo-lhe coerência objetiva (Choeri, 2010, p.18).

¹¹⁸ “Renova-se em tal cenário a importância de se fazer convergir, no plano interpretativo, os instrumentos e categorias aptos a promover a pessoa, a partir da cláusula geral de tutela da personalidade. Nessa direção releva o papel da doutrina como compromisso metodológico em cuja agenda tenha destaque a incorporação dos valores constitucionais à dogmática do Direito Civil, compreendendo-se o Direito como sistema aberto, em contínua transformação, a traduzir a identidade cultural da sociedade” (Tepedino, 2016, p.35).

¹¹⁹ “Ainda nesta perspectiva, as técnicas do sujeito e da pessoa se complementam para a promoção das situações existenciais, na complexa realidade do mercado em que os valores da pessoa humana acabam desvanecendo, em detrimento quer da liberdade individual quer da solidariedade social” (Tepedino, 2016, p.35).

Nesse sentido, não se nega a possibilidade de que os herdeiros sejam legitimados para tutelar e até promover o exercício dos direitos inerentes. Contudo, defende-se a possibilidade de que os interesses do falecido sejam tutelados por terceiros interessados na proteção da sua identidade pessoal. Conforme Livia Leal (2018, p.57), esse entendimento é amparado pela doutrina que argumenta que o poder e o dever de tutela das situações jurídicas extrapatrimoniais conferidos aos familiares (herdeiros) do falecido não devem excluir a possibilidade de terceiros buscarem essa proteção

No caso apresentado, por exemplo, não seria irrazoado imaginar que, eventualmente, instituições de defesa dos interesses de artistas ou de proteção à memória dos perseguidos políticos se interessem pela tutela do aspecto existencial da proteção da identidade pessoal de Elis. Portanto, como destaca Livia Leal (2018, p.62), “a legitimidade para tal proteção não deve ser restrita aos herdeiros, considerando-se a personalidade como valor, a ser protegido como interesse juridicamente relevante de modo geral”.

Quanto à possibilidade de disposição dos atributos da personalidade do falecido após a sua morte pelos sucessores, Ana Luiza Nevares (2009) ressalta, inclusive, que essa não deveria ser a regra geral, sendo sempre excepcional e autorizada diante de justificativas que encontrem respaldo na normativa constitucional. Sobre essa questão, Livia Leal (2018, p.62) menciona que “os direitos da personalidade não são transmissíveis aos familiares após a morte, enquanto os efeitos patrimoniais decorrentes da repercussão econômica de tais direitos são transmissíveis aos herdeiros”.

Para um estudo mais conciso da tutela da identidade pessoal, portanto, devem ser “diferenciadas as situações jurídicas patrimoniais e existenciais, buscando, nas situações jurídicas dúplices, uma análise funcional, considerando-se sob qual finalidade a situação jurídica serve melhor para o cumprimento dos objetivos constitucionais” (Leal, 2018, p.62).

Para além das discussões atuais, é importante considerar as perspectivas futuras da tutela póstuma da identidade pessoal. Novos desafios surgirão à medida que a tecnologia continuar a avançar e as relações sociais se transformarem. Portanto, é essencial que a legislação e a jurisprudência permaneçam adaptáveis e sensíveis às necessidades e valores da sociedade em constante mudança.

Portanto, propõe-se a hipótese de que a leitura desse instituto pela doutrina a partir de uma lógica de proteção dúplice, tanto existencial quanto patrimonial, de modo que se consiga balizar tanto as discussões legislativas quanto as decisões judiciais sobre a matéria, principalmente no que tange aos aspectos póstumos da sua tutela.

Apesar dos esforços legislativos para abordar a tutela póstuma da identidade pessoal, uma análise crítica revela lacunas e desafios significativos. A complexidade das relações sociais e a rápida evolução tecnológica exigem uma abordagem mais holística e dinâmica para garantir a proteção eficaz dos direitos da personalidade em todas as suas dimensões.

6 CONCLUSÕES

O presente estudo objetivou responder a seguinte questão *A legislação brasileira possui dispositivos aptos a tutelar de forma póstuma o direito à identidade pessoal ante a sua representação por ferramentas tecnológicas?* Para tanto, utilizou-se um método baseado em uma perspectiva exploratória da pesquisa científica, a partir das técnicas de revisão bibliográfica, análise documental e estudo de caso.

Inicialmente, traçou-se um panorama da tutela dos direitos da personalidade, apresentando-se uma perspectiva constitucional da leitura dos institutos do direito privado, a partir de um movimento político-social de reconhecimento da dignidade da pessoa humana como corolário máximo do ordenamento jurídico. Nessa perspectiva, apresentou a distinção entre as teorias que buscavam explicar o fenômeno de inserção dos direitos da personalidade no ordenamento, cuja abordagem comum das teorias demonstrou que as perspectivas estavam voltadas para a tutela da personalidade a partir da lógica tradicional da categoria dos direitos subjetivos, pensada e sistematizada doravante um viés patrimonialista.

Por meio da constatação da emergência em delimitar a natureza da proteção conferida aos direitos da personalidade, observou-se que esses direitos, na maioria das vezes, podem estar inseridos em um contexto dúplice de proteção. Como todo o ordenamento, as situações existenciais devem ser consideradas com primazia em relação às situações existenciais, embora não se desconsidere casos em que ambas as categorias estão presentes, com reflexos patrimoniais. Para sua leitura correta, portanto, delimitou-se o âmbito de proteção desses direitos, reconhecendo a personalidade como um valor jurídico, insuscetível de redução.

Em seguida, foi apresentado um panorama da tutela da identidade pessoal, no qual se constatou sua origem a partir da atividade jurisdicional da justiça italiana, delimitando seus aspectos em estático e dinâmico. Neste estudo, o recorte se perfaz no aspecto dinâmico da identidade, oriundo da distinção italiana entre imagem-retrato e imagem-atributo. Assim, caracterizou-se o direito à identidade pessoal no estudo como o direito à expressão da verdade pessoal do indivíduo, cuja manifestação social de si, construída durante a vida, merece proteção. Por fim, apresentou-se algumas questões relacionadas à tutela póstuma dos direitos da personalidade, em especial em relação ao direito à identidade pessoal.

A partir desse estudo bibliográfico, foi possível analisar a legislação brasileira atinente à tutela do direito à identidade pessoal. Para tanto, optou-se por delimitar o estudo na Constituição Federal e no Código Civil, em razão da inexistência de legislação específica sobre o referido direito. Assim, foi possível perceber que sua tutela é caracterizada pela leitura

conjunta dos dispositivos constitucionais e das cláusulas gerais contidas nos parágrafos únicos dos artigos 12 e 21 do Código Civil.

Para finalizar, foi proposto um estudo de caso acerca da resposta legislativa acerca da campanha publicitária veiculada pela Volkswagen em decorrência da comemoração do seu septuagésimo aniversário, na qual foi possível perceber a tendência legislativa nacional e entender o tema sob um viés especificamente patrimonialista.

Nesse sentido, foi proposta uma hipótese de pesquisa para prosseguimento do presente estudo, baseada na leitura da tutela póstuma do direito à identidade pessoal como uma situação jurídica dúplice, na qual estão presentes tanto aspectos patrimoniais quanto existenciais, em um contexto de avanços tecnológicos.

Haja vista que a tutela póstuma do direito à identidade pessoal no Brasil é consubstanciada a partir da hermenêutica conjunta dos dispositivos constitucionais e das cláusulas gerais do Código Civil, a matéria parece carecer de complemento legislativo, haja vista a rápida resposta à utilização de ferramentas de inteligência artificial para representação da identidade de uma pessoa falecida com relevância nacional, como no caso da cantora Elis Regina.

Devido ao fato de a abordagem de ambas as iniciativas legislativas caminharem para o reconhecimento de uma vocação sucessória dessa tutela, faz-se precioso um estudo que parta do pressuposto de a identidade pessoal possui caráter dúplice: *prima facie*, existencial, mas apta a produzir reflexos patrimoniais, principalmente ao considerar o contexto tecnológico contemporâneo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert, **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1993.

ALMEIDA, Juliana Evangelista de. **Testamento Digital: como se dá a sucessão dos bens digitais**. Porto Alegre: Editora Fi, 2019.

AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 10^a ed. revista e modificada. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

ANDRADE, Fábio Siebeneichler. A tutela dos direitos da personalidade no direito brasileiro em perspectiva atual. **Revista Derecho Privado**, Bogotá, n. 24, p. 81-111, 2013.

BAIÃO, Kelly Sampaio; GONÇALVES, Kalline Carvalho. A garantia da privacidade na sociedade tecnológica: um imperativo à concretização do princípio da dignidade da pessoa humana. **Civillistica.com**, v. 3, n. 2, p. 1-24, 2014.

BATISTA, Valdemir Jorge de Souto; NOGUEIRA, Ana Clara Viana; SILVA, Leandro Oliveira. A responsabilidade penal das pessoas jurídicas no projeto do novo Código Penal Brasileiro. In: **Homa Publica -Revista Internacional de Direitos Humanos e Empresas**, v. 3, n. 1, e:044. Disponível em <https://periodicos.ufjf.br/index.php/HOMA/article/view/30577/20572>. Acesso em 19 set 2023.

BATISTA, Valdemir Jorge de Souto Batista. **Considerações sobre a tutela jurídica *post mortem* dos dados pessoais na lei geral de proteção de dados pessoais (Lei 13.709/2018)**. 2023. Orientador: Sergio Marcos Carvalho de Ávila Negri. Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) – Universidade Federal de Juiz de Fora, 2023.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. Tradução Sebastião Nascimento. São Paulo: Ed. 34, 2013.

BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. 2^a ed., Rio de Janeiro: Forense, 2018.

BRASIL. **Projeto de Lei n.º 7.742, de 30 de maio de 2017**. Acrescenta o art. 10-A à Lei n.º 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet), a fim de dispor sobre a destinação das contas de aplicações de internet após a morte de seu titular. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2017.

BRASIL. **Projeto de Lei n.º 4.099, 20 de junho de 2012**. Altera o art. 1.788 da Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2012.

BRASIL. **Projeto de Lei n.º 2712, de 4 de agosto de 2021**. Altera a Lei n.º 10.826, de 22 de dezembro de 2003 – Estatuto do Desarmamento, para dispor sobre o porte de arma dos empregados das empresas de segurança privada e de transporte de valores. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2021.

BRASIL. **Projeto de Lei n.º 1.331, de 29 de abril de 2015**. Altera a Lei n.º 12.965, de 23 de abril de 2014 - Marco Civil da Internet, dispondo sobre o armazenamento de dados de usuários inativos na rede mundial de computadores. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2015.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Estatuto da Terra. **Lei n.º 4.504, de 1964**. Dispõe sobre o Estatuto da Terra, e dá outras providências. Brasília, DF, 1964.

BRASIL. Estatuto da Mulher Casada. **Lei n.º 4.121, de 27 de agosto de 1962**. Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1962.

BRASIL. Estatuto da Mulher Casada. **Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1990.

BRASIL. **Projeto de Lei n.º 1676, de 26 de maio de 2015**. Dispõe sobre a promoção, a proteção, a defesa e o uso da Língua Portuguesa e dá outras providências. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2015.

BRASIL. **Projeto de Lei n.º 3.592/2023, de 19 de julho de 2023**. Estabelece diretrizes para o uso de imagens e áudios de pessoas falecidas por meio de inteligência artificial, com o intuito de preservar a dignidade, a privacidade e os direitos dos indivíduos mesmo após sua morte. Brasília, DF: Senado Federal, 2023.

BRASIL. **Projeto de Lei n.º 3608/2023, de 21 de julho de 2023**. Estabelece diretrizes para o uso de *Deepfakes* pós-morte. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2023.

BRASIL. **Projeto de Lei n.º 4.847, de 12 de dezembro de 2012**. Estabelece normas sobre herança digital. Acrescenta o Capítulo II-A e os arts. 1.797-A a 1.797-C à Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2012.

BRASIL. **Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Diário Oficial da União, seção 1, ano 139, n. 8, 2002.

BRASIL. **Lei n.º 12.965, de 23 de abril de 2014**. Marco Civil da Internet. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2014.

BRASIL. **Projeto de Lei n.º 7881, de 6 de agosto 2014**. Obriga a remoção de links dos mecanismos de busca da internet que façam referência a dados irrelevantes ou defasados sobre o envolvido. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2014.

BRASIL. **Decreto n.º 8.771, de 11 de maio de 2016**. Regulamenta a Lei n.º 12.965, de 23 de abril de 2014, para tratar das hipóteses admitidas de discriminação de pacotes de dados na internet e de degradação de tráfego, indicar procedimentos para guarda e proteção de dados por provedores de conexão e de aplicações, apontar medidas de transparência na requisição de dados cadastrais pela administração pública e estabelecer parâmetros para fiscalização e apuração de infrações. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2016.

BRASIL. **Projeto de Lei n.º 8.562, de 12 de setembro de 2017**. Trata da herança digital. Acrescenta o Capítulo II-A e os arts. 1.797-A a 1.797-C à Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2017.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. **O conceito de dignidade humana**: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição, direitos fundamentais e direito privado. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 111-144.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. A caminho de um Direito Civil Constitucional. 32ª ed. **Revista Estado, Direito e Sociedade**, [S. l.], v. 1, 1991.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. A constitucionalização do Direito Civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, [S. l.], v.9, n. 29, p. 233 – 258, 2006.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. Ampliando os direitos da personalidade. In: BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Na medida da pessoa humana**: estudos de direito civil, p. 121-148. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. O princípio da solidariedade. In: BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Na medida da pessoa humana**: estudos de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

BOLESINA, Iuri; GERVASONI, Tamiris Alessandra. O direito à identidade pessoal no Brasil e seus fundamentos jurídicos na atualidade. **Saber Humano**, v. 8, n. 13, p. 65-87, 2018. Disponível em <https://saberhumano.emnuvens.com.br/sh/article/view/298/339>. Acesso em 19 set 2023.

BOURDIEU, Pierre; TEUBNER, Gunther. **La fuerza del derecho**. Estudo preliminar. Tradução: Carlos Morales de Setién Ravina. Bogotá: Siglo del Hombre Editores. Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Ediciones Uniandes, Instituto Pensar, 2000.

BUCAR, Daniel. Controle temporal de dados: o direito ao esquecimento. **Civilistica.com**, v. 3, n. 2, p. 1-24, 2014.

BUCAR, Daniel; MUCILO, Daniela de Carvalho. Situações jurídicas patrimoniais: funcionalização ou comunitarismo. **Revista Brasileira de Direito Civil**, [S. l.], v. 6, n. 04, 2017.

BUCAR, Daniel; PIRES, Caio. Ribeiro; FRANZOLIN, Cláudio. Dever de informação em tempos de pandemia sob a perspectiva da boa-fé objetiva: lições para uma cidade inteligente. In: **Liinc em Revista**, v. 16, p. 1, 2020.

CAMPOS, Ligia Fabris. **O direito de ser si mesmo:** a tutela da identidade pessoal no ordenamento jurídico brasileiro. Dissertação (Mestrado em Direito) – Departamento de Direito, PUC-Rio, Rio de Janeiro, 2006. Disponível em: <<https://goo.gl/XcR6y6>>.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional.** 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede.** Tradução: Roneide Venacio Majer. 6ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2002.

CHOERI, Raul Cleber da Silva. **O direito à identidade na perspectiva civil-constitucional.** Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

CJF. **IX Jornada Direito Civil:** comemoração dos 20 anos da Lei n. 10.406/2002 e da instituição da Jornada de Direito Civil - enunciados aprovados. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2022. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/enunciados-aprovados-2022-vf.pdf>

Como *deepfake* de Elis Regina foi criado para o comercial da Volkswagen. **CANAL TECH**, 4 de julho de 2023. Disponível em: <https://canaltech.com.br/inteligencia-artificial/como-deepfake-de-elis-regina-foi-criado-para-o-comercial-da-volkswagen-254874/>.

Conar abre processo ético contra Volks por imagem de Elis em comercial. **MIGALHAS**, 11 de julho de 2023. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/389733/conar-abre-processo-etico-contra-volks-por-imagem-de-elis-em-comercial>.

COSTA FILHO, Marco Aurélio de Faria. **Patrimônio Digital:** Reconhecimento e Herança. Recife: Nossa Livraria, 2016. p. 30.

DANTAS, Marcus Eduardo de Carvalho; NEGRI, Sergio Marcos Carvalho de Ávila. **Filósofos do Direito e Civilistas em Colaboração: a superação da visão agostiniana no estudo do Direito Civil-Constitucional.** In: RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski; SOUZA, Eduardo Nunes de; MENEZES, Joyceane Bezerra de; EHRHARDT JUNIOR, Marcos (org.). **Direito Civil Constitucional:** a ressignificação da função dos institutos fundamentais do Direito Civil contemporâneo e suas consequências. Florianópolis: Conceito Editorial, 2014.

DANTAS, San Tiago. **Programa de Direito Civil.** Aulas proferidas na Faculdade Nacional de Direito. [1942- 1945]. Parte geral.

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

DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais.** Fundamentos da Lei Geral de Proteção de Dados. 2ª ed., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. E-book [S. p.].

DONEDA, Danilo. Os direitos da personalidade no Código Civil. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Ano VI, n. 6, 2005.

DWORKIN Ronald. Levando os direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito.** 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

FACHIN, Luiz Edson; RUZYK Carlos Eduardo Pianovski. “Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica”. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006

FACHIN, Luiz Edson. O corpo do registro e o registro do corpo: mudança de nome e sexo sem cirurgia de redesignação. **Revista Brasileira de Direito Civil**, v. 1, 2014.

FLORIDI, Luciano. **Information: a very short introduction**. Oxford, 2010.

FLORIDI, Luciano. Entrevista por Gian Paolo Terravecchia em 18. Out 2020. Tradução: Moisés Sbardelotto. **La Ricerca**, 2020. Disponível em <<https://bityli.com/BUKEk>> Acesso em: 15 jul. 2021.

FRASER, Nancy. Reconhecimento sem ética? Trad. Ana C. F. Lima e Mariana P. Fraga Assis. In: **Lua Nova**. São Paulo, 2007, p. 101-138

FRAZÃO, Ana. Big Data, plataformas digitais e principais impactos sobre o direito da concorrência. In: FRAZÃO, Ana; CARVALHO, Ângelo Gamba Prata de (coord.). **Empresa, mercado e tecnologia**. Belo Horizonte: Fórum, 2019a.

FRAZÃO, Ana; CARVALHO, Ângelo Gamba Prata de (coord.). **Empresa, mercado e tecnologia**. Belo Horizonte: Fórum, 2019b.

FRAZÃO, Ana. Fundamentos da proteção dos dados pessoais – Noções introdutórias para a compreensão da importância da Lei Geral de Proteção de Dados. In: FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato (coord.). **Lei geral de proteção de dados pessoais e suas repercussões no direito brasileiro**. 2ª ed., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020a.

FRAZÃO, Ana. Objetivos e alcance da Lei Geral de Proteção de Dados. In: FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato (coord.). **Lei geral de proteção de dados pessoais e suas repercussões no direito brasileiro**. 2ª ed., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020b.

FRAZÃO, Ana; SANTOS, Luiza Mendonça da Silva. Plataformas digitais e o negócio de dados: necessário diálogo entre o direito da concorrência a regulação dos dados. **Revista de Direito Público**, n. 93, 2020c.

FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato (coord.). **Lei geral de proteção de dados pessoais e suas repercussões no direito brasileiro**. 2ª ed., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020d.

FULLER, Greice Patricia; PEDROSA, João Marcelo Braga Fernandes. Medidas cautelares e meios de prova nos crimes cibernéticos. **Revista dos Tribunais**, v. 1031, p. 207 – 224, 2021.

FUSARO, Arianna. **Nome e identità personale degli enti colletton Dal "diritto" all'identità uti singuli al "diritto" all'identità uti universi La Nova Giurisprudenza Civile Commentata**. Milano: CEDAM, fase 1-2, p. 51-72, 2002.

GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2002.

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

GUGLIELMETTI, Giovanni. **Sul diritto alla “identità personale” delle contrade di Siena. Rivista di Diritto Industriale**. Milano: Giuffrè, fasc. 1, pt. 2, p. 52-56, 1993.

GUTMANN, Daniel. **Le sentiment d'identité: etude de droit de personne et de la famille**. Paris: LGDJ, 2000.

HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós-nacional: ensaios políticos**. São Paulo: Litera Mundi, 2001.

HALL, Stuart. **A identidade cultural na pós-modernidade**. Tradução: Tomaz Tadeu da Silva e Guaracira Lopes Louro. 5ª ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2001.

HALL, Stuart. **Da diáspora: identidades e mediações culturais**. Tradução: Adelaine La Guardia Resende et al. Belo Horizonte: UFMG; Brasília: Representação da UNESCO no Brasil, 2003.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Introdução à História da Filosofia**. São Paulo: Rideel, 2005.

HONORATO, Gabriel; LEAL, Livia Teixeira. Exploração econômica de perfis de pessoas falecidas: reflexões jurídicas a partir do caso Gugu Liberato. **Revista Brasileira de Direito Civil**, [S. l.], v. 23, n. 01, p. 155, 2020.

Inteligência artificial recria voz de cantor morto há 25 anos. **TECMUNDO**, 17 de fevereiro de 2021. Disponível em: <https://www.tecmundo.com.br/software/211146-programa-tv-sul-coreano-recria-voz-cantor-morto-ha-25-anos.htm>

ITÁLIA. **Corte di Cassazione Civile, Sentenza del 22.06.1985**, 3.769, Pres. Falcone, Est. Tilocca, P. M. La Valva (concl. conf.).

KONDER, Carlos Nelson de Paula. O alcance do direito à identidade pessoal no Direito Civil brasileiro. **Revista de Ciências Jurídicas Pensar**, Fortaleza, v. 23, n. 1, p. 1-11, 2018.

KONDER, Carlos Nelson. Vulnerabilidade patrimonial e vulnerabilidade existencial; por um sistema diferenciador. **Revista de Direito do Consumidor**, [S. l.], v. 99, 2015.

LEAL, Livia Teixeira. **Internet e morte do usuário: propostas para o tratamento jurídico post mortem do conteúdo inserido na rede**. 1ª ed., Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2018.

LEITE DE CAMPOS, Diogo. **Lições de Direitos da Personalidade**. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Universidade de Coimbra, n. 67, p. 129–223, 1991.

LEITE DE CAMPOS, Diogo. A vida, a morte e sua indenização. **Revista de Direito Comparado Luso- Brasileiro**, n.7, Rio de Janeiro, Forense, 1988.

LEMOS, André. **Cibercultura: tecnologia e vida social na cultura contemporânea**. 7ª ed. Porto Alegre: Sulina, 2015.

LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. São Paulo: Editora 34, 2010.

LEONARDI, Marcel. **Tutela e Privacidade na Internet**. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

LORENZETTI, Riccardo L. **Fundamentos do Direito Privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

LUCAS, Douglas Cesar. Direito de resistência e desobediência civil: história e justificativas. **Revista Direito em Debate**, [S. l.], v. 8, n. 13, 2013.

MACHADO, Joana de Souza; NEGRI, Marcos Carvalho de Ávila.; GIOVANINI, Carolina Fiorini Ramos. Nem invisíveis, nem visados: inovação, direitos humanos e vulnerabilidade de grupos no contexto da COVID-19. **LIINC EM REVISTA**, [S. l.], v. 16, p. 1-21, 2020.

MACHADO, Joana de Souza; NEGRI, Sergio Marcos Carvalho de Ávila. Direito, dignidade humana e o lugar da justiça: uma análise da utopia realista de Habermas. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, v. 1, n. 103, p. 103-203, jul./ dez. 201.

MACHADO, Maira Rocha. O estudo de caso na pesquisa em direito. *In*: MACHADO, Maira Rocha (Org.). **Pesquisar empiricamente o Direito**. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017.

MATTIETO, Leonardo. Dos direitos da personalidade à cláusula geral de proteção da pessoa. **Revista de Direito da Procuradoria Geral**, Rio de Janeiro, 2017.

MEIRELES, Rose Melo Venceslau. **Autonomia privada e dignidade humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

NEGRI, Sérgio Marcos Carvalho de Ávila. As razões da pessoa jurídica e a expropriação da subjetividade. *In*: **Civilistica.com**, civilistica.com, ano 5, n. 2, 2016.

NEGRI, Sérgio Marcos Carvalho de Ávila; KORKMAZ, Maria Regina Detoni Cavalcanti Rigolon. Autonomia Privada, portabilidade de dados pessoais e planejamento sucessório. *In*: TEIXEIRA, Daniele Chaves (coord.). **Arquitetura do Planejamento Sucessório**. Belo Horizonte: Fórum, p. 659-674, 2021.

NEGRI, Sérgio Marcos Carvalho de Ávila; KORKMAZ, Maria Regina Detoni Cavalcanti Rigolon; FERNANDES, Elora. Portabilidade e proteção de dados pessoais: tensões entre pessoa e mercado. **Civilistica.com**, v. 10, n. 1, p. 1-39, 2021.

NEGRI, Sérgio Marcos Carvalho de Ávila *et al.* SISTEMAS DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E AVALIAÇÕES DE IMPACTO PARA DIREITOS HUMANOS. **Revista Culturas Jurídicas**, v. 10, Ahead of Print, 2023.

NETO, Eugênio Facchini. "Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. *In*: Ingo Wolfgang SARLET (org.) **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**, 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

NEVARES, Ana Luiza Maia. A função promocional do testamento: tendências do Direito Sucessório. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

ÖHMAN, Carl; WATSON, David. Are the dead taking over Facebook? A Big Data approach to the future of death online. **Big Data & Society**, [S. l.], p. 1–13, 2019.

Patente da Microsoft prevê criar *chatbot* até de quem já morreu. **TECMUNDO**, 4 de janeiro de 2021. Disponível em: <https://www.tecmundo.com.br/software/208870-patente-microsoft-preve-criar-chatbot-morreu.htm>.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: Introdução ao direito civil-constitucional**. 3ª ed., rev. e ampl., Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PINO, Giorgio. **Il diritto all'identità personale. Interpretazione costituzionale e creatività giurisprudenziale**. Bologna: Il Mulino, 2003.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PIRES, Caio Ribeiro; BUCAR, Daniel. Rumos para a proteção de vulneráveis no direito das sucessões: entre a inefetividade e a potencialidade do direito de saisine. In: **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**. Belo Horizonte, v. 31, n. 3, p. 243-254, 2022.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. Tratado de direito privado. Direito de personalidade. Direito de Família: Direito matrimonial. Atualizado por Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2012.

REALE, Miguel. Situações subjetivas e direito subjetivo. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, v. 71, p. 9-24, 1976.

RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância**. A privacidade hoje. Trad. Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RODOTÀ, Stefano. Dal Soggetto alla persona. **Il diritto di avere diritti**. Roma: Laterza, 2012.

RODOTÀ, Stefano. I diritti umani nella protezione civilistica. **Diritti umani e civiltà giuridica**. Perugia, Piriana, 1992.

RODOTÀ, Stefano. **Globalização e o Direito**. Palestra proferida em 2003, no Rio de Janeiro. Tradução: Myriam de Filippis. Disponível em: <<http://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/151613/DLFE4314.pdf/GlobalizacaoeoDireito.pdf>>. Acesso em: 19 set. 2023.

RODOTÀ, Stefano. Por que é necessária uma Carta de Direitos da Internet? Tradução: Bernardo Diniz Accioli de Vasconcellos e Chiara Spadaccini de Tefé. **Civilistica.com**, Rio de Janeiro, a. 4, n. 2, 2015.

REALE, Miguel. Situações subjetivas e direito subjetivo. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 71, p. 9-24, 1976.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SCHREIBER, Anderson. Os direitos da personalidade e o Código Civil de 2002. **Diálogos sobre Direito Civil**, v. 2, p. 1, 2008.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. In: *Jornal Carta Forense*, [S. l.], 2012. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/entrevistas/direitos-dapersonalidade/8362>>. Acesso em 03 mar. 2021.

SESSAREGO, Carlos Fernández. **Derecho a la identidad personal**. Buenos Aires: Astrea, 1992.

SIMON, Phil. **Too Big to Ignore: The Business Case for Big Data**. [S. l.]: Wiley, 2013.

SILVA, Tomaz Tadeu da (org.); HALL, Stuart; WOODWARD, Kathryn. **Identidade e diferença: a perspectiva dos estudos**. 15ª ed. Petrópolis, RJ: Editora Vozes, 2014.

SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. Contornos atuais do direito à imagem. **Revista trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 13, p. 33-71, 2003.

SOUZA, Carlos Affonso; LEMOS, Ronaldo. **Marco civil da internet: construção e aplicação**. Juiz de Fora, MG: Editar Editora Associada Ltda, 2016.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

TAVEIRA JÚNIOR, Fernando Tenório. **Proteção dos digital assets sob o enfoque dos direitos de personalidade**. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

TAYLOR, Charles. **As fontes do self: a construção da identidade moderna**. São Paulo: Loyola, 1997.

TEFFÉ, Chiara Spadaccini de; BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Redes sociais virtuais: privacidade e responsabilidade civil - Análise a partir do Marco Civil da Internet**. Fortaleza: Pensar, v. 22, n. 1, p. 108-146, 2017.

TEPEDINO, Gustavo. **A parte geral do novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

TEPEDINO, Gustavo. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). **A parte geral do novo Código Civil. Estudos na perspectiva civil-constitucional**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no Ordenamento Civil-Constitucional Brasileiro. In: **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TEPEDINO, Gustavo. **Liberdades, tecnologia e teoria da interpretação**. Revista Forense, vol. 419, ano 110, jan/jun 2014, Rio de Janeiro: Forense, 2014.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; KONDER, Carlos Nelson. Situações jurídicas dúplices: controvérsias na nebulosa fronteira entre patrimonialidade e extrapatrimonialidade. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. **Diálogos sobre direito civil**. Vol. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

TEPEDINO, Gustavo. O papel atual da doutrina do Direito Civil entre o sujeito e a pessoa. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (Coords.). **O Direito Civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao Professor Stefano Rodotà**. Belo Horizonte: Fórum, 2016

TEPEDINO, Gustavo. TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (Coords.) **O Direito Civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; KONDER, Carlos Nelson. Autonomia e solidariedade na disposição de órgãos para depois da morte. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, Rio de Janeiro, n. 18, 2010. Disponível em <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1357>>. Acesso em 12 fev. 2021.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; KONDER, Carlos Nelson. Situações Jurídicas Dúplices: continuando o debate controvérsias sobre a nebulosa fronteira entre patrimonialidade e extrapatrimonialidade. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima (Coord.). **Contratos, família e sucessões: diálogos complementares**. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2021.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA. **Manual de normalização para apresentação de trabalhos acadêmicos**. Juiz de Fora: UFJF, 2023.

UNIÃO EUROPEIA. **Regulamento (EU) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016**. Disponível em <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=PT>>. Acesso em 13 dez. 2020.

WARREN, Samuel; BRANDEIS Louis. The right to privacy. **Harvard Law Review**, [S. l.], v. 4, n. 5, p. 193-220, 1889.

ZAMPIER, Bruno. **Bens Digitais: cybercultura, redes sociais, e-mails, músicas, milhas aéreas, moedas virtuais**. 2ª ed. São Paulo: Editora Foco, 2021.

YIN, R. **Estudo de caso: planejamento e métodos**. Porto Alegre: Bookman, 2001.

ANEXO A

PROJETO DE LEI Nº3.592/2023, DE 2023

Estabelece diretrizes para o uso de imagens e áudios de pessoas falecidas por meio de inteligência artificial (IA), com o intuito de preservar a dignidade, a privacidade e os direitos dos indivíduos mesmo após sua morte.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º Para fins desta Lei, consideram-se as seguintes definições:

- I) Imagem de pessoa falecida: qualquer representação visual de uma pessoa que tenha falecido;
- II) áudio de pessoa falecida: qualquer representação sonora de uma pessoa que tenha falecido;
- III) Inteligência Artificial (IA): sistema tecnológico capaz de simular atividades inteligentes, incluindo o processamento, análise e geração de imagens e áudios.

Art. 2º O uso da imagem de uma pessoa falecida por meio de IA requer o consentimento prévio e expresso da pessoa em vida ou, na ausência deste, dos familiares mais próximos.

Parágrafo único. O consentimento deve ser obtido de forma clara, inequívoca e documentada, e deve especificar os fins para os quais a imagem ou áudio serão utilizados.

Art. 3º Os herdeiros legais da pessoa falecida têm o direito de preservar a memória e a imagem do falecido, bem como o direito de controlar o uso dessa imagem.

Parágrafo único. Os herdeiros têm o direito de recusar o uso da imagem ou áudio da pessoa falecida por meio de IA, mesmo que o consentimento tenha sido dado anteriormente.

Art. 4º O uso da imagem e áudio da pessoa falecida por meio de IA para fins comerciais precede de autorização expressa dos herdeiros legais ou da pessoa falecida em vida.

Art. 5º Caso o falecido tenha expressado, em vida, sua vontade de não permitir o uso de sua imagem após seu falecimento, essa vontade deverá ser respeitada.

Art. 6º Fica permitido o uso da imagem e áudio de pessoa falecida por meio de IA para fins legais, como investigações criminais ou processos judiciais, desde que devidamente autorizados pelas autoridades competentes.

Art. 7º Qualquer peça publicitária, pública ou privada, que utilize imagem ou áudio produzido por inteligência artificial deverá informar ao consumidor de forma ostensiva, sempre que a imagem estiver visível, a mensagem "publicidade com uso de inteligência artificial".

Art. 8º As entidades ou indivíduos que utilizarem a imagem ou áudio de pessoa falecida por meio de IA são responsáveis pela obtenção do consentimento prévio e pelo cumprimento dos termos desta Lei.

Parágrafo único. O não cumprimento desta Lei poderá acarretar em sanções civis, administrativas e penais, conforme previsto na legislação em vigor.

Art. 9º Esta Lei entra em vigor na data da sua publicação.

JUSTIFICAÇÃO

Recentemente, a Volkswagen realizou uma campanha publicitária para comemorar seu septuagésimo aniversário, onde utilizou a inteligência artificial (IA) para recriar a imagem da saudosa Elis Regina, falecida em 1982. No vídeo promocional, Elis Regina é "revivida" pela IA e aparece em um dueto com sua filha Maria Rita, para ilustrar o relançamento da Kombi. Juntas, elas interpretam a música *Como Nossos Pais*, escrita por Belchior.

O uso da IA tem se tornado cada vez mais comum em todo o mundo, porém, quando mal-empregada, pode entrar em conflito com os direitos de imagem e consentimento das pessoas. No entanto, há uma significativa lacuna na legislação referente ao direito de imagem de pessoas falecidas. Isso levanta questionamentos sobre a utilização não autorizada da imagem de indivíduos já falecidos. Até que ponto é permitido? A partir de quando a

imagem de uma pessoa falecida se torna domínio público? É necessária a autorização dos herdeiros para utilizar a imagem do falecido?

Após a ampla repercussão da campanha publicitária, em 10 de julho de 2023, o Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (Conar), uma entidade não governamental, recebeu várias reclamações de consumidores e decidiu abrir um processo ético. Essas queixas levantam questionamentos sobre a ética do uso da IA para "dar vida" a uma pessoa falecida e até que ponto essa tecnologia pode causar confusão na percepção da realidade por parte de crianças e adolescentes.

Dessa forma, a IA tem sido amplamente utilizada e é capaz, até mesmo, de simular a aparência de pessoas falecidas, criando debates em diversas áreas do cotidiano. No entanto, a ausência de regulamentação adequada pode resultar em violações de direitos alheios e uso indevido dessa tecnologia, acarretando danos significativos, inclusive permitindo golpes através da manipulação da imagem de pessoas, sejam elas famosas ou não.

Portanto, é fundamental promover discussões a respeito das lacunas presentes na legislação brasileira para proteger tanto os direitos de imagem das pessoas falecidas quanto o desenvolvimento da IA. O objetivo é adaptar a legislação a essa nova tecnologia e prevenir possíveis danos e situações que possam prejudicar a integridade das pessoas.

Sala das Sessões,

Senador RODRIGO CUNHA

ANEXO B

PROJETO DE LEI Nº 3608, DE 2023

(Do Sr. JADYEL ALENCAR)

Estabelece diretrizes para o uso de *Deepfakes* pós morte.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º Esta Lei estabelece diretrizes para o uso de *Deepfakes* pós morte.

Art. 2º Para fins desta Lei, consideram-se as seguintes definições:

- I) *Deepfake*: técnica de manipulação digital de dados visuais ou auditivos, para criar conteúdo que simule a aparência ou a voz de uma pessoa, incluindo aquelas que já faleceram;
- II) Imagem retrato: refere-se à apresentação física e visual de uma pessoa falecida;
- III) Imagem atributo: diz respeito à imagem pública e reputação de uma pessoa falecida, incluindo sua personalidade, caráter, crenças e posicionamentos construídos ao longo da vida e manifestados publicamente; e
- IV) Uso responsável de *deepfakes* pós morte: considera-se a reconstrução digital consentida de imagens, áudios e vídeos de pessoas falecidas, em respeito ao direito de personalidade dos indivíduos após a sua morte.

Art. 2º A *Deepfake* de uma pessoa falecida por meio do uso de tecnologias requer o consentimento prévio e expresso da pessoa em vida, bem como o atendimento aos seguintes princípios:

- I) Finalidade: a utilização adstrita à finalidade expressamente estipulada no contrato mencionado no caput, assegurando que a recriação respeite a vontade do indivíduo; e
- II) Adesão à identidade original: O conteúdo do *deepfake* de pessoa falecida deve ser compatível com as dimensões de imagem previstas e a identidade que a pessoa construiu em vida, preservando sua memória e personalidade.

Parágrafo único. O consentimento deve ser obtido de forma clara, inequívoca e documentada, e, sempre que possível, especificar os fins para os quais a imagem ou áudio serão utilizados.

Art. 3º Os herdeiros legais da pessoa falecida têm o direito de preservar a memória e a imagem do falecido.

Parágrafo único. O uso de *Deepfake* de pessoa falecida com finalidade de exploração econômica dependerá da autorização dos herdeiros legais, a quem competirá o aproveitamento econômico da exploração, salvo se houver outra disposição no ato de consentimento.

Art. 4º O uso não autorizado de *deepfakes* pós-morte, que viole os termos estabelecidos por esta Lei, sujeitará os infratores a sanções e indenizações por danos morais à família do falecido.

Art. 5º Qualquer peça publicitária, pública ou privada, que utilize *Deepfake* deverá informar ao consumidor de forma ostensiva, sempre que a imagem estiver visível, a mensagem "publicidade criada com uso de inteligência artificial".

Art. 6º As entidades ou indivíduos que utilizarem a imagem ou áudio de pessoa falecida criada por meio digital são responsáveis pela obtenção ou verificação do consentimento prévio e pelo cumprimento dos termos desta Lei.

Art. 7º O Poder Público, em conjunto com órgãos competentes, promoverá campanhas de conscientização sobre os riscos e impactos do uso indevido de *Deepfakes* pós-morte e oferecerá informações para a sociedade.

Art. 8º Esta Lei entra em vigor na data da sua publicação.

JUSTIFICAÇÃO

O presente Projeto de Lei tem por objetivo estabelecer regramento para o uso responsável de *Deepfakes* de pessoas falecidas, com o propósito de proteger o direito de personalidade dos indivíduos após o seu falecimento.

Se, por um lado, as tecnologias de *Deepfake* podem ter aplicações criativas e de entretenimento, também apresentam sérias preocupações éticas e legais, especialmente quando utilizadas sem o consentimento das pessoas envolvidas, como em casos de pornografia não consensual ou difamação. No entanto, uma área que exige particular atenção é o uso de *Deepfakes* pós- morte.

A morte de uma pessoa é um momento delicado e carrega consigo uma série de aspectos emocionais e legais. Infelizmente, temos observado um aumento alarmante no uso de *Deepfakes* para criar conteúdos falsos que envolvam indivíduos falecidos, seja para "ressuscitar" virtualmente celebridades, políticos ou familiares, ou para difamar suas memórias com informações manipuladas e descontextualizadas.

Diante dos desafios impostos pela evolução tecnológica, é imprescindível que o direito à imagem se adapte para enfrentar os avanços científicos que moldam o conteúdo desse direito ao longo do tempo.

Nesse sentido, a proposta destaca a necessidade de consentimento prévio e inequívoco concedido em vida pela pessoa falecida. Além disso, a autorização da família, será exigida para casos de exploração econômica, garantindo que o direito à imagem seja protegido mesmo após o falecimento.

Em suma, a aprovação deste projeto de lei é fundamental para preservar a integridade e a memória de pessoas falecidas, proteger suas famílias e preservar a veracidade histórica, enquanto ainda permitindo o uso ético e responsável da tecnologia de inteligência artificial. Ao fazê-lo, daremos um passo importante para mitigar os potenciais danos causados pela disseminação irresponsável de *Deepfakes* e salvaguardar os valores fundamentais de nossa sociedade.

Por essas razões, solicito o apoio dos eminentes pares para a aprovação da presente proposta.

Brasília, 21 de julho de 2023.

Deputado Jadyel Alencar

PV/PI