



Maria Daniela Caetano Ferreira Pinto Coelho

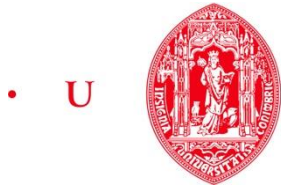
DENSIFICAÇÃO MATERIAL DO DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2º
Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na Área de Especialização em
Ciências Jurídico-Civilísticas/Menção: Direito Civil

Julho/2017



UNIVERSIDADE DE COIMBRA



• C •

FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

Maria Daniela Caetano Ferreira Pinto Coelho

Densificação Material do Direito à Liberdade de Expressão

Material Densification of the Right to Freedom of Expression

*Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade de Coimbra no âmbito do 2º Ciclo de Estudos
em Direito (conducente ao grau de Mestre), na Área de
Especialização em Ciências Jurídico-Civilísticas/Menção:
Direito Civil*

Orientadora: Senhora Professora Doutora Ana Mafalda
Castanheira Neves de Miranda Barbosa

Coimbra
2017

Agradecimentos

A Deus a quem devo todas as minhas conquistas.

Aos meus pais, pelo incentivo, apoio e amor incondicional.

Ao meu irmão pelo carinho e confiança que sempre depositou em mim.

Ao meu filho razão de eu sempre querer ser uma pessoa melhor.

Ao meu marido meu maior incentivador que sempre me apoiou me dando forças e coragem para superar as dificuldades e vibrando comigo as alegrias.

Aos meus avós (avó paterna *in memoriam*), tios e primos que estão sempre presentes em minha vida.

Aos meus sogros, minhas cunhadas e a Maria Carmem que torceram pela minha vitória.

Agradeço a minha orientadora Sra. Profa. Dra. Mafalda Miranda Barbosa, pela atenção e presteza com que me guiou durante a construção deste trabalho.

Aos Professores, Sr. Prof. Dr. Filipe Albuquerque Matos, Sr. Prof. Dr. Francisco Pereira Coelho e Sr. Prof. Dr. João Nogueira que abrilhantaram o curso com suas aulas na parte letiva do mestrado.

Agradeço a Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra pela oportunidade de ter estudado nesta instituição tão importante e de renome no ensino do Direito, foi à realização de um sonho.

Por fim agradeço a todos que fizeram parte da minha jornada Brasil Portugal e que direta ou indiretamente contribuíram para conclusão deste curso.

A todos minha eterna gratidão.

Resumo

O presente trabalho visa investigar o direito a liberdade de expressão e a sua conexão com outros direitos de personalidade. A relevância do assunto se traduz na manifesta consideração e reconhecimento do indivíduo como pessoa. A liberdade de expressão é consagrada como um direito fundamental na Constituição da República Portuguesa e também como direito de personalidade no Código Civil, contudo, este direito assegurado igualmente a todos não pode ser exercido de forma que venha atingir e ofender outros direitos igualmente protegidos, nomeadamente o direito à reserva sobre a intimidade da vida privada, à honra e à imagem. Com a evolução e a proliferação de novas tecnologias surge a emergência da proteção dos bens inerentes à pessoa. Assim, faremos a análise da proteção dos direitos de personalidade pelo direito civil e a eventual lesão desses direitos através do exercício da liberdade de expressão e informação, verificando as possíveis formas de colisão e as formas de responsabilização civil decorrente da sua violação.

Palavras-chaves: Direito Civil, Direitos de personalidade, liberdade de expressão, honra, imagem, intimidade, responsabilidade civil.

Abstract

The present dissertation aims to investigate the right to freedom of expression and its connection with other rights of personality. The relevance of the subject translates into the consideration and recognition of the individual as a person. Freedom of expression is enshrined as a fundamental right in the Constitution of the Portuguese Republic and also as a right of personality in the Civil Code, however, this right guaranteed equally to all can't be exercised in a way that will reach and offend other equally protected rights: right to reserve the privacy of life, honour and image. With the evolution and proliferation of new technology, emerges the need to protect all things inherent to the person. Thus, we will analyse the protection of personality rights by civil law and the possible damage of these rights through the exercise of freedom of expression and information, checking the possible forms of collision and civil liability on their violation.

Keywords: Civil law, personality rights, freedom of expression, honour, image, intimacy, civil responsibility.

Lista de abreviaturas

Al. – Alínea

Apud – citado por

Art. (s) – Artigo (s)

C.C. – Código Civil

CEDH – Convenção Europeia dos Direitos Humanos

Cfr. – Conferir

Cit. – autor e obra citados

Coord. – Coordenação

Ed. – Edição

Ex. – Exemplo

FDUC – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

N.º - Número

op. cit. – obra citada

p. – Páginas

Prof. – Professor

Rev. - Revista

Ss. – Seguintes

STJ – Superior Tribunal de Justiça

T – Tomo

V. – Volume

SUMÁRIO

Introdução	10
Capítulo I - DIREITOS DE PERSONALIDADE	12
1.1. Notas introdutórias ao tema	12
1.2. A Dignidade da pessoa humana e os direitos de personalidade.....	13
1.3. Reconhecimento dos direitos de personalidade	16
1.4. Proteção dos Direitos de Personalidade no Código Civil	17
1.5. O Bem jurídico da personalidade	21
1.6. Características dos Direitos de Personalidade.....	23
1.6.1. Direitos inatos ou adquiridos.....	24
1.6.2. Direitos Absolutos	25
1.6.3. Direitos não patrimoniais	28
1.6.4. Direitos intransmissíveis	29
1.6.5. Direitos Imprescritíveis	32
1.6.6. Direitos Irrenunciáveis e inalienáveis	32
1.6.7. Indisponibilidade com limitação	33
Capítulo II - LIBERDADE DE EXPRESSÃO E INFORMAÇÃO	37
2.1. Raízes do direito subjetivo	37
2.2. O bem da liberdade	40
2.3. Direito subjetivo.....	42
2.4. A tutela da liberdade em sentido amplo	45
2.5. Liberdade de Expressão	48
2.6. Natureza Jurídica.....	50
2.7. Liberdade de Expressão como um direito subjetivo	52
2.8. Liberdade de expressão e a liberdade de informação.....	54
2.8.1. O surgimento das novas tecnologias como crescimento do sistema social de comunicação	57
2.9. Limites à liberdade de expressão	58

Capítulo III - VIDA PRIVADA, HONRA E IMAGEM.....	62
3.1. Introdução	62
3.2. O direito a reserva sobre a intimidade da vida privada.....	63
3.2.1. Noção de privacidade e evolução	63
3.2.2. A proteção ao direito à reserva sobre a intimidade da vida privada.....	66
3.2.3. Limitação voluntária.....	70
3.2.4. Relação do Direito à reserva sobre a intimidade da vida privada e a liberdade de expressão e informação	72
3.3. O direito ao crédito ou ao bom nome.....	76
3.3.1. Honra	76
3.3.2. Direito ao Crédito ou ao bom nome	78
3.3.3. Aplicação do artigo 484º do Código Civil: Distinção bom nome e o crédito.	80
3.3.4. Relação entre o direito ao crédito ou ao bom nome e a liberdade de expressão	82
3.4. Direito à Imagem.....	83
3.4.1. Conteúdo do direito à imagem	83
3.4.2. Relação do Direito a imagem e a liberdade de expressão e informação	88
3.5. Colisão de Direitos	90
Capítulo IV - RESPONSABILIDADE CIVIL PELA VIOLAÇÃO DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE	93
4.1. Noção de Responsabilidade Civil	94
4.2. Finalidades da Responsabilidade Civil	96
4.2.1. Finalidade ressarcitória.....	97
4.2.2. Finalidade preventiva e sancionatória	98
4.2.3. A pessoa como um ser de liberdade	100
4.2.4. Função Punitiva	102
4.3. Responsabilidade por fatos ilícitos.....	105
4.3.1. O fato voluntário.....	106
4.3.2. Ilicitude.....	106
4.3.2.1. Violações não geradoras de Responsabilidade Civil ou Causas de justificação da ilicitude	109
4.3.3. Culpa.....	113
4.3.4. Nexo de causalidade entre o fato e o dano	115
4.3.5. O dano	116

4.3.5.1. Dano patrimonial e não patrimonial	117
4.3.5.2. Ressarcibilidade dos danos não patrimoniais	119
4.3.5.3. Dano não patrimonial no Código Civil	121
4.4. Formas de indenização do dano não patrimonial	123
4.4.1. Reconstituição <i>in natura</i> ou indenização em forma específica	124
4.4.2. Por equivalência ou compensação	126
4.5. Tutela do Crédito ou do bom nome.....	128
4.6. A tutela especial do artigo 70º nº 2 do Código Civil.....	130
Considerações Finais	134
Bibliografia consultada.....	137

Introdução

O presente trabalho visa investigar a liberdade de expressão enquanto direito pertencente a uma sociedade democrática. A relevância do assunto traduz-se na manifesta consideração e preocupação pela frequente discussão e evolução da matéria, principalmente quando da sua conexão com outros direitos de personalidade.

A liberdade de expressão assegura as condições para o funcionamento de um Estado Democrático de Direito, tendo como função social “o direito de informar, de se informar e de ser informado”¹, ou seja, uma função útil e relevante para sociedade. É um direito que deve ser realizado em sua completude respeitando a razão de sua existência ao princípio da dignidade da pessoa humana.

A liberdade de expressão é requisito primordial para assegurar o direito ao respeito à pessoa, tanto porque dá condições aos indivíduos na formação de um ponto de vista esclarecido a cerca dos problemas havidos na sociedade em que se insere, como também porque expõe com transparência os atos públicos, criando a possibilidade de interferência pela população nas deliberações sociais, assegurando assim a dignidade ética da pessoa humana.

É consagrado como um direito fundamental na Constituição da República Portuguesa e também como direito de personalidade no Código Civil, contudo, este direito assegurado igualmente a todos não pode ser exercido de forma que venha atingir e ofender outros direitos igualmente protegidos.

Com a inserção de novas tecnologias e com a pluralidade dos meios de comunicação verifica-se uma imperiosa mudança na compreensão do termo privacidade. Percebemos atualmente que a nossa sociedade prioriza os fins lucrativos mesmo que se sobreponham a valores éticos e morais.

É inegável o reconhecimento de que a liberdade de expressão e informação constituem prerrogativas para o funcionamento e desenvolvimento do Estado Democrático de Direito, os meios de difusão de informação, com suas mais variadas formas de intervenção, afetam os mais variados âmbitos da vida social². Apesar das vantagens

¹ Artigo 37º da Constituição da República Portuguesa.

² MATOS, Filipe Miguel Cruz de Albuquerque. *Responsabilidade Civil por Ofensa ao Crédito ou ao Bom Nome*, Almedina, 2011, p. 104.

decorrentes desta liberdade vê-se também maior incidência de ofensa aos direitos de personalidade.

A pertinência do estudo dessas figuras traduz-se na relevância de uma área da vida social onde se vislumbram permanentes e constantes mudanças, sugerindo uma reflexão quanto à proteção dos bens jurídicos da personalidade, particularmente quando pautado pelo exercício anormal da liberdade de expressão.

Assim, são assegurados e protegidos ambos os exercícios dos direitos em que de um lado temos a liberdade de expressão e informação e do outro o direito à honra, à imagem e a vida privada, ou seja, a proteção dos bens inerentes à pessoa humana.

Assim, a liberdade de expressão, considerado um direito basilar fundamental à dignidade humana, não dever ser visto como um direito absoluto, haja vista que seu exercício poderá conflitar com outros direitos. O estudo dessa matéria se faz primordial para que se possa encontrar a partir da utilização dos princípios da adequação, proporcionalidade e razoabilidade, harmonia no exercício desses direitos ou mesmo uma forma de imposição de limites.

Para tanto, faremos no primeiro capítulo o estudo da proteção dos direitos de personalidade; no segundo capítulo abordaremos a liberdade de expressão e informação, fundamentando-o como um direito subjetivo pautado na sua função social; no terceiro capítulo analisaremos alguns direitos de personalidade, em especial o direito a reserva sobre a intimidade da vida privada, o direito a honra e o direito a imagem; e no quarto e último capítulo abordaremos a questão da responsabilização civil perante a violação dos direitos de personalidade.

A explanação, apesar de abordar algum dos principais assuntos dos direitos de personalidade, não o esgotará tendo em vista sua vastidão.

Capítulo I - DIREITOS DE PERSONALIDADE

1.1. Notas introdutórias ao tema

É de grande valor jurídico o reconhecimento do ser humano como pessoa. Segundo PAULO MOTA PINTO³, “o postulado personalista de reconhecimento da dignidade de pessoa a todos os homens é sem dúvida um dado adquirido da nossa civilização”, podendo ser ajuizado como “progresso moral da espécie humana”.

Observamos atualmente a frequente invocação dos direitos do homem e o apelo constante à consagração da tutela de proteção desses direitos. Contudo, pode-se afirmar que essa reincidência de tais apelos e invocações ocorre devido à regularidade com que esses direitos são violados, negados e regularmente posto em causa⁴.

É evidente a demasiada contradição que ocorre entre a ordem de constatação dos direitos da pessoa humana e a preocupante desordem que há em relação à prática de agressão aos mesmos direitos.

O progresso tecnológico atrai em alguns meios uma rapidez e uma vitalidade inerente que em muitos casos falta-lhes critérios morais. Com o intuito de engrandecer a personalidade do homem e alargar-lhe a capacidade de domínio sobre a natureza, aprofundar o conhecimento, multiplicar e espalhar riqueza, a sociedade tecnológica tem, todavia, criado algumas graves distorções quanto ao respeito pelos direitos fundamentais⁵. Assim, o desenvolvimento técnico não tem equivalido a um avanço de ordem moral.

A evolução tecnológica alcançou em algumas áreas um crescimento consideravelmente abundante e que por muitas vezes vai contra princípios morais afetando a ética do desenvolvimento pessoal. Deste modo, o progresso tecnológico apesar de muito importante para nossa comunidade e para a evolução humana pode ser um entrave à ascensão da moralidade.

³ PINTO, Paulo Mota. “Direito a Reserva Sobre a Intimidade da Vida Privada”, Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, V. LXIX, 1993, nota 2, p. 479.

⁴ CABRAL, Rita Amaral. *O direito à intimidade da vida privada (breve reflexão acerca do artigo 80º. do Código Civil)*, Separata dos Estudos em memória do Prof. Dr. Paulo Cunha, Lisboa, 1988, p. 5.

⁵ CABRAL, Rita Amaral. *O direito*, op. cit., p. 6.

Neste sentido, a “personalidade do homem é para o Direito um *prius*”⁶, que deve ser reconhecido e tutelado pelo ordenamento jurídico⁷.

Os legisladores devem ter como preocupação principal a pessoa, e a invocação que a estes é dirigido para a sua proteção jurídica provém do mais profundo “substrato axiológico” que constitui o direito como tal⁸.

Assim, a tutela da pessoa humana pressupõe uma necessidade imperiosa para nossa sociedade atual e futura.

1.2. A Dignidade da pessoa humana e os direitos de personalidade

O mundo globalizado intensifica a sede por informações, caracterizando a velocidade com que fatos históricos ocorrem, de forma mais próxima e mais acelerada.

Temos a impressão de que não há distâncias, na medida em que as notícias são apresentadas ao mesmo tempo em que ocorrem no mundo todo, as pessoas sempre conectadas mudam o seu comportamento a cada “clique”, gerando assim uma aceleração do tempo.

Neste sentido, observamos o surgimento da discussão quanto à liberdade de expressão, em que nessa busca desenfreada por informação não seja burlada a proteção do indivíduo, ou seja, percebe-se a necessidade de preservar a dignidade da pessoa humana com a criação de leis em atenção à proteção destas.

A liberdade de expressão enquanto direito garantido, fundamentado na dignidade da pessoa humana, atua com frequência como contraposição aos direitos de personalidade, ao passo que não exercendo sua função social pode violar direitos alheios.

A dignidade reflete um modo de bem viver, sem danos, assegurando o direito à integridade física e psíquica, à saúde, à honra, à privacidade, à intimidade, à imagem, ao trabalho digno, à educação, ao lazer e etc.

Como bem delineado por JÓNATAS MACHADO⁹, a dignidade da pessoa humana simboliza um resumo, favorecido, de elevado grau de generalidade e abstração, “dos

⁶ CARVALHO, José Orlando de. *Os direitos do homem no direito civil português*, Coimbra, 1973. p. 17 e ss. apud PINTO, Paulo Mota. “*Direito a Reserva...*”, op. cit., p. 480.

⁷ Essa atribuição de personalidade jurídica resulta, segundo, o sentido de Hart transcrito por Mota Pinto, como resultado “da consideração de “conteúdo mínimo de direito natural”, ou integra uma “ideia de direito” constitutivo do universo jurídico”. PINTO, Paulo Mota. “*Direito a Reserva...*”, op. cit., p. 480.

⁸ PINTO, Paulo Mota. “*Direito a Reserva...*”, op. cit., p. 480.

principais desenvolvimentos teleológicos, filosóficos, ideológicos e teóricos-políticos”, provindos do pensamento “multi-secular” sobre o indivíduo e da aceção de que as aptidões, reclamações e finalidades espirituais, morais, racionais, intelectuais, emocionais, físicos e sociais, juntamente com as limitações e necessidades, devem assumir na conformação da comunidade política.

No entendimento de J.J. GOMES CANOTILHO¹⁰, a pessoa humana tem um valor próprio e uma dimensão normativa específica. A dignidade da pessoa humana ergue-se como esteio da identidade da pessoa e pressupõe relações de conhecimento recíproco “intersubjectivo”, ou seja, a dignidade de cada pessoa deve ser compreendida e respeitada em termos de reciprocidade uns com os outros.

A dignidade da pessoa humana é um pressuposto implícito e não uma criação do Estado. Assim, essa proteção encontra-se marcada de modo quase universal na categoria de direitos da personalidade, direitos do homem e direitos humanos¹¹.

As Declarações de Direitos vieram afirmar os direitos do homem. Segundo, o artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos do Homem “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direito. Dotados de razão e de consciência devem agir uns para com os outros em espírito e fraternidade”.

A Constituição da República Federativa do Brasil desde 1934 sofre influência da Constituição Alemã, incorporando em 1988 a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental do Estado Democrático de Direito¹².

A dignidade humana recebe o máximo de proteção no Direito brasileiro, no sentido de que toda lei que a viole é tida como inconstitucional. Sendo, também, a dignidade da pessoa humana protegida no âmbito infraconstitucional.

Por seu turno, a Constituição da República Portuguesa de 1976 declara a dignidade da pessoa humana como base do seu ordenamento jurídico, proclamando em seu

⁹ MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de Expressão: Dimensões Constitucionais da esfera pública no sistema social*, Coimbra Editora, 2002, p. 358-359.

¹⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos de homenagem ao Professor Doutor Jorge Miranda, Dignidade e constitucionalização da pessoa humana*, Coimbra: Coimbra Editora, 2012. V. II. p. 207.

¹¹ ASCENSÃO, José de Oliveira. “A reserva da intimidade da vida privada e familiar”. *Revista da Faculdade de Direito de Lisboa*, V. XLIII. Nº 1. 2002, Coimbra Editora, p. 9.

¹² A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 tem como fundamento a dignidade da pessoa humana de acordo com o Artigo 1º, inciso III. Tem como objetivo, na qualidade de base do ordenamento jurídico, garantir ao homem uma parcela de direitos que tem a necessidade de ser respeitado pela comunidade bem como pelo poder público, como meio de preservar a valorização do ser humano. O artigo 5º da Constituição Federal consagra os direitos e garantias fundamentais, o qual tem como base a dignidade da pessoa humana como meio de proteção e desenvolvimento da pessoa.

artigo 1º “Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária”.

Assim, a dignidade conferida à pessoa refere-se ao sujeito em si mesmo, não sendo algo criado pelo ordenamento jurídico, apenas exercido. Podemos concluir que a pessoa é a causa da existência do direito: “o direito não vive apenas pelas pessoas, vive para as pessoas”¹³.

Com efeito, o Código Civil Português, ao consagrar a proteção dos indivíduos¹⁴, contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa a sua personalidade física ou moral, faz referência aos indivíduos, ou seja, é a pessoa humana que está em causa¹⁵.

A densificação dessa proteção à dignidade do ser humano é a sua liberdade, que o assegura como um indivíduo pensante, crítico, em que é capaz de se relacionar e interagir com outros indivíduos. Dessa forma, o direito tem como finalidade assegurar a realização ética do homem em que sua dignidade é imposta como valor absoluto.

Como observa JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, o homem em sua dignidade necessita de um espaço para o desenvolvimento da sua personalidade:

“A dignidade da pessoa humana implica que a cada homem sejam atribuídos direitos, por ela justificados e impostos, que assegurem esta dignidade na vida social. Esses direitos devem representar um mínimo, que crie espaço no qual cada homem poderá desenvolver a sua personalidade. Mas devem representar também um máximo, pela intensidade da tutela que recebem”¹⁶.

Essa noção de dignidade adapta-se ao fundamento dos direitos de personalidade e dos direitos fundamentais do indivíduo, dando legitimidade e afirmando a proteção à integridade física e mental do homem, a proteção ao desenvolvimento da sua personalidade e a sua autonomia privada.

Dessa forma, denominam-se direitos de personalidade o conjunto especial de direitos subjetivos que, tendo como base a dignidade da pessoa humana, asseguram a satisfação e o respeito do seu próprio ser, em todas as suas manifestações espirituais ou físicas¹⁷.

¹³ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil – Teoria Geral, Introdução, As Pessoas, Os Bens*, V. I Coimbra, 1997, p. 38.

¹⁴ Artigo 70º, nº 1 do Código Civil Português.

¹⁵ ASCENSÃO, José de Oliveira, “A reserva da intimidade da vida privada e familiar”, op. cit., p. 9.

¹⁶ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil – Teoria Geral, Introdução, As Pessoas, Os Bens*, Vol. I, 2ª ed. Coimbra, 2000, p.72.

¹⁷ BELTRÃO, Silvio Romero. *Direitos da Personalidade*, Editora Atlas, 2ª ed., 2014, p. 12.

1.3. Reconhecimento dos direitos de personalidade

A pessoa é a protagonista do fundamento ético-ontológico do Direito, ao passo que o homem é o personagem principal do contexto jurídico, ou seja, sem a pessoa não haveria direito. Assim, pode-se dizer que a pessoa constitui o princípio e o fim do direito¹⁸.

A personalidade é a qualidade e o reconhecimento de ser pessoa: “O Direito não pode deixar de reconhecer às pessoas humanas a personalidade, assim como não lhes pode recusar a dignidade humana, ou condicionar, limitar ou excluir a personalidade”¹⁹.

Os direitos de personalidade manifestam-se como categorias históricas, “por serem sensíveis a variações no tempo e no espaço²⁰”. Esses direitos se moldam conforme o avanço histórico impulsionando as preocupações de defesa da personalidade.

Com o desenvolvimento e progressão do comportamento humano e seu modo de viver, a sociedade a todo o momento cria circunstâncias novas e aperfeiçoa-se, desafiando o ordenamento jurídico.

Os direitos de personalidade dizem respeito às características próprias da pessoa, referindo-se aos bens de sua personalidade física e moral. São direitos fundamentais e essenciais da pessoa decorrentes da sua dignidade²¹.

Segundo PAULO MOTA PINTO, os direitos de personalidade são direitos essenciais, visto que a própria personalidade humana estaria perdida se a proteção concedida não fosse reconhecida pela ordem jurídica. Sendo designados como um:

“Conjunto de direitos subjectivos que incidem sobre a própria pessoa ou sobre alguns fundamentais modos de ser, físicos ou morais, dessa personalidade, e que inerem, portanto, à pessoa humana – são direitos das pessoas que tutelam bens ou interesses da sua própria personalidade”²².

E como sublinha o autor, apesar de serem direitos que incidem sobre a própria pessoa, são caracterizados também como direitos gerais, ou seja, direitos que fazem parte do ser de todas as pessoas, não estando essa titularidade relativa a um grupo, classe ou categoria específica de homens²³.

¹⁸ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Direito de Personalidade*, Coimbra: Almedina, 2006, p. 6.

¹⁹ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Teoria Geral do Direito Civil*, 7ª ed., Coimbra, Almedina, 2012. p. 35.

²⁰ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil – Teoria Geral*, 2000, op. cit., p. 73.

²¹ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil – Teoria Geral*, 1997, op. cit., p. 63.

²² PINTO, Paulo Mota. “*Direito a Reserva...*”, op. cit., p. 482.

²³ PINTO, Paulo Mota. “*Direito a Reserva...*”, op. cit., p. 482.

Os direitos de personalidade mesmo tendo antecedentes significativos no direito romano²⁴, com a *actio injuriarum*²⁵, só vieram a ser firmados no direito privado como categoria autônoma no século XIX. O direito geral de personalidade pode ser visto inicialmente em alguns ordenamentos jurídicos, como na Alemanha, no pós-guerra, motivado pela experiência da ditadura e da evolução das ameaças à pessoa e influenciada pela consagração da dignidade da pessoa humana e do livre desenvolvimento da personalidade, vindo a ser reconhecido posteriormente em 1954 pelo Supremo Tribunal Federal. Na Suíça, também foi consagrado uma cláusula geral de proteção da personalidade. Na Itália, a posição inicialmente foi no entendimento de *numerus clausus* de direitos de personalidade incidindo sobre diversos bens ou modos de ser da pessoa²⁶.

Por sua vez, em Portugal o reconhecimento ao direito geral de personalidade foi dado pelo Código Civil de 1966, com aceitação quase total pela doutrina e pela jurisprudência.

Já no Brasil, o Código Civil de 2002 acompanha a ideia do Código Civil Italiano e Português com o reconhecimento da pessoa, admitindo a existência de direitos da pessoa humana que necessitam de proteção não só no direito público, mas, também, nas relações de direito privado.

1.4. Proteção dos Direitos de Personalidade no Código Civil

O direito geral de personalidade²⁷ encontra-se proclamado no artigo 70º do Código Civil Português de 1966²⁸. Segundo o n.º 1 desse artigo: “a lei protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral”. Este preceito visa proteger qualquer pessoa de quaisquer ameaças e agressões

²⁴ Admite-se que o cristianismo engendrou a tutela da personalidade moral e dos bens imateriais da pessoa humana, que cautelosamente se continuam a tutelar através da *actio iniuriarum*. Cfr. SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de. *O direito geral de personalidade*, 1ªed., Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 57.

²⁵ A proteção jurídica era dada a pessoa, no que diz respeito a pontos fundamentais de personalidade, o qual era concedido, as pessoas que sofriam lesões de *iniuria* (agressão física, difamação, injúria ou violação de domicílio).

²⁶ PINTO, Paulo Mota. “*Direito a Reserva...*”, op. cit., p. 492-494.

²⁷ O Código Civil Brasileiro de 2002 traz em seu Capítulo II, artigos 11º ao 21º, “Dos Direitos da Personalidade” em que expressa em seu artigo 12º que: “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”. O Código Civil de 2002 adota uma regulamentação bem simples quantos aos direitos de personalidade, regendo questões sobre o corpo, a proteção do nome e o direito a imagem.

²⁸ A tutela da personalidade está consagrada também no Direito Constitucional, no Direito Penal e em Leis Internacionais.

ilícitas a todo e qualquer direito de personalidade, sem a intenção de restringir aos singulares direitos de personalidade expressamente previstos.

Neste sentido, o direito geral de personalidade contido na regra do artigo 70º do Código Civil Português tem um sentido “aberto”, o qual permite a tutela de novos bens pela contínua evolução a situações de ameaça aos indivíduos, tendo sempre como fundamento o respeito pela personalidade, quer numa concepção estática quer no seu processo de transformação e desenvolvimento²⁹. Como dito por ORLANDO DE CARVALHO³⁰, “é, a um tempo, direito à pessoa-ser e à pessoa-devir, ou melhor, à pessoa-ser em devir, entidade não estática mas dinâmica e com *jus* à sua liberdade de desenvolvimento”.

Assim, pelo seu carácter amplo, o artigo 70º do Código Civil possibilita a tutela a bens pessoais não tipificados, nomeadamente protegendo aspectos da personalidade cuja violação ou ameaça de violação só com a evolução dos tempos assuma um significado importante³¹.

No entendimento de CAPELO DE SOUSA, a tutela geral de personalidade emana da:

“Longa e acidentada evolução das relações sociais, económicas e jurídicas entre os homens e entre estes e os ditames da sociedade no seu conjunto, particularmente no que respeita ao reconhecimento igualitário da personalidade e da capacidade jurídica de todos os homens, ao âmbito da personalidade jurídica das formas ou dos modos de expressão da personalidade humana individualizada e à adopção de mecanismos jurídicos-processuais garantidores dos direitos de personalidade”³².

Avanço esse que ainda não parou e que se encontra num estágio de amadurecimento e transformação, tendo como projeção o futuro.

As repercussões no ordenamento jurídico da utilização de dispositivos tecnológicos, que cada vez mais aproximam a sociedade ao nível quase de uma “aldeia global”³³, inserem novos compassos à vida humana, gerando muitas vezes violações diversas à personalidade da pessoa.

²⁹ PINTO, Paulo Mota. “*Direito a Reserva...*”, op. cit., p. 491.

³⁰ CARVALHO, José Orlando de. *A teoria geral do direito civil*. p. 180, apud PINTO, Paulo Mota. “*Direito a Reserva...*”, op. cit., p. 491.

³¹ Por Exemplo: identidade genética, auto-determinação informativa, ou o controle sobre os dados pessoais. Cfr. PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral do direito civil*, 4ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2012, p. 210.

³² SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de, *O direito geral de personalidade*, 1ª ed., Coimbra Editora, 1995, p. 27.

³³ SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de, *O direito geral de personalidade*, 1995, op. cit., p. 28.

Dessa forma, o estudo da evolução tecnológica frente à sociedade faz-se tão importante para entender a perspectiva da tutela geral da personalidade no nosso ordenamento jurídico atual e futuro.

O homem nesse processo de desenvolvimento não pode como ser reduzido a caracterizações gerais e abstratas. Idealmente, o homem enquanto ser social vai combatendo as inevitabilidades com que se vê confrontado, bem como os acasos futuros que vai realizando.

Conseqüentemente têm-se os direitos especiais de personalidade³⁴, previstos nos artigos 71º a 80º do Código Civil, que tutelam “descentralizadamente”³⁵ a personalidade, achando-se organizados conforme a razão de várias necessidades nos quais essa personalidade está em pauta³⁶.

Em particular: o artigo 71º afirma a possibilidade de proteção dos direitos de personalidade depois da morte do seu titular; o artigo 72º tutela o direito ao nome; nos artigos 75º a 78º tem-se a proteção sobre o conteúdo de cartas-missivas confidenciais, das memórias familiares e outros escritos, bem como das cartas-missivas não confidenciais; o artigo 79º protege o direito a imagem; e no artigo 80º o direito a reserva sobre a intimidade da vida privada³⁷.

PAULO MOTA PINTO³⁸ faz um questionamento interessante quanto à relação do direito geral de personalidade com os direitos especiais. Sendo admitidos direitos de personalidade, como se devem interpretar esses mesmos direitos? Como uma pluralidade taxativa de direitos, em que cada um refletiria sobre um especial aspecto da personalidade, ou será percebido numa visão única, admitindo um complexo direito de personalidade vislumbrado no seu todo?

Para o autor pode-se contemplar o direito geral de personalidade e os direitos especiais como um único e esgotante direito, que afastam autônomos e particulares direitos de personalidade, ou como “direito-matriz ou direito fundante” em que assentam

³⁴ Os artigos 71º a 80º do Código Civil Português tipificam os direitos especiais da personalidade.

³⁵ Pode-se dizer que alguns dos direitos especiais de personalidade referidos pelo Código Civil têm reconhecimento com certa autonomia pela lei, outros foram apenas inferidos e demarcados pela “experiência jurídica” com base na clausula geral do artigo 70º do Código Civil. cfr. SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de, *O direito geral de personalidade*, 1995, op. cit., p. 557.

³⁶ PINTO, Paulo Mota. “*Direito a Reserva...*”, op. cit., p. 500.

³⁷ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Teoria Geral*, 2012, op. cit., p. 36.

³⁸ PINTO, Paulo Mota, “*Direito a Reserva...*”, op. cit., p. 490.

direitos singulares da personalidade relativamente autônomos, subsistindo ao seu lado como desenvolvimentos e concretizações próprias do direito geral de personalidade.

A propósito, CAPELO DE SOUSA afirma que o direito geral de personalidade, na qualidade de “direito mãe (*Mutterrecht*) ou direito fonte (*Quellrecht*)”, da personalidade humana na sua totalidade, fundamenta, molda e serve de princípio geral bem como aos próprios direitos especiais de personalidade legais, que, embora beneficiados de relativa autonomia, têm por finalidade determinados fenômenos daquela personalidade³⁹.

Esses direitos especiais da personalidade reconhecidos pela doutrina e pela jurisprudência não são exaustivos⁴⁰, mas simplesmente exemplificativos. Assim, para além dos referidos expressamente, que revestem o caráter “*leges speciales*” – reconhecendo como direitos especiais de personalidade o nome, o pseudônimo, o segredo de cartas, memórias e certos outros escritos, a imagem e a reserva sobre a intimidade da vida privada⁴¹, – outros poderão surgir. Aquelas são formas específicas de garantia jurídica, sem prejuízo da aplicação do direito geral de personalidade contido na regra do artigo 70º do Código Civil.

Nesse sentido, o artigo 70º do Código Civil revela-se como um princípio geral norteador do direito da personalidade, isto é, “um direito-matriz ou fundante de todas essas emergências na lei, o que lhes dá o verdadeiro sentido e cuja luz todas devem ser interpretada”⁴².

Por outro lado, os direitos da personalidade podem ser taxados, “como paradigmas mais importantes da tutela da personalidade e como concretizações mais relevantes do princípio do respeito da personalidade, em direito à vida, à integridade física e psíquica, à inviolabilidade moral, à honra e à privacidade”⁴³. Sendo este um “círculo de direitos necessários; um conteúdo mínimo e imprescindível da esfera jurídica de cada pessoa”⁴⁴.

³⁹ SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de. *O direito geral de personalidade*, 1995, op. cit., p. 560.

⁴⁰ O direito de personalidade consagrado no Código Civil não tem caráter taxativo, por dois motivos “por tal enumeração se mostrar demasiado restrita, perante a própria ideia geral traçada pelo Código para o instituto e que resulta da *cláusula geral de tutela da personalidade* constante do seu art. 70º” e também “por outros diplomas legais e, desde logo, o texto constitucional, reconhecerem e regularem outros direitos que apresentam as características necessárias ao seu enquadramento na categoria dos direitos de personalidade”. Cfr. PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral do direito civil*, 2012, op. cit., p. 230-231.

⁴¹ SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de, *O direito geral de personalidade*, 2011, op. cit., p. 557.

⁴² CARVALHO, José Orlando de. *A teoria geral do direito civil*, 3ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2012, p. p. 263.

⁴³ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Teoria Geral*, 2012, op. cit., p. 44.

⁴⁴ PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Teoria geral do direito civil*, 2012, op. cit., p. 101.

O n.º 2 do artigo 70º do Código Civil, por sua vez, afirma que além da responsabilidade civil a que haja lugar “a pessoa ameaçada ou ofendida pode requerer as providências adequadas às circunstâncias do caso, com o fim de evitar a consumação da ameaça ou atenuar os efeitos da ofensa já cometida”⁴⁵.

Neste sentido, podemos entender que os meios de proteção da personalidade são: a responsabilidade civil, a tutela preventiva e a atenuação do possível⁴⁶. Os quais analisaremos mais oportunamente a seguir.

1.5. O Bem jurídico da personalidade

Diante todo o exposto, percebemos que o direito de personalidade se consagra na pessoa em si, configurada como objeto de direitos e que tem por finalidade a proteção da sua personalidade física ou moral.

Contudo, torna-se uma questão controversa a falta de definição do que seria essa “personalidade física ou moral” enunciada pelo artigo 70º, nº 1 do Código Civil Português.

Segundo CAPELO DE SOUSA⁴⁷, a definição exata do que seria o bem da personalidade humana de acordo com os princípios gerais do direito para efetivação da proteção pelo Direito civil, mesmo “inseridos num sistema axiológico-normativo religado a estruturas concretas de poderes, faculdades ou deveres humanos jurisdicionados, está *diretamente*, embora não redutivamente, conexionados com a Natureza humana”.

Na verdade, o autor afirma que para se compreender o sentido definido como bem da personalidade se faz necessário o estudo de outros ramos da antropologia, ou seja, deve-se explorar a origem que o constituiu. Assim, conforme o contributo bio-psicológico⁴⁸, a personalidade humana possui um carácter unitário, dinâmico, ilimitável em si mesmo e individualizado da personalidade e a sua adaptação ao mundo exterior. Já as investigações a um nível ético-filosófico⁴⁹ concluem o mesmo, complementando ao perceber que o homem, mesmo individualizado, não é um ser isolado, mas em constante relação com os outros homens, com o mundo e consigo mesmo. Destacando-se em especial o mundo de

⁴⁵ Entre as providências adequadas que o artigo menciona pode haver “apreensões dos meios de injúria ou difamação, supressão de passagem de um livro, publicação de sentença condenatória ou de um desmentido, etc”. cfr. PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral do direito civil*, 2012, op. cit., p. 211.

⁴⁶ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Teoria Geral*, 2012, op. cit., p. 44.

⁴⁷ SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de. *O direito geral de personalidade*, 1995, op. cit., p. 109-110.

⁴⁸ SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de, *O direito geral de personalidade*, 1995, op. cit., p. 110-111.

⁴⁹ SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de, *O direito geral de personalidade*, 1995, op. cit., p. 112-113.

valores a que o próprio aderiu, o qual tem um papel importante na sua estruturação, moldagem e quantificação da sua personalidade.

Contudo, esses contributos servem apenas como ponto de partida e parâmetros da noção e da estruturação essencial ao bem de personalidade consagrado pelo art. 70º Código Civil Português. Assim, importa efetivamente analisar sob a ótica do legislador qual o sentido dado a este artigo.

É importante iniciar o estudo analisando as circunstâncias em que foi elaborado o artigo. O artigo 70º do atual Código Civil foi elaborado a partir do artigo 2383º do Código Civil de Seabra, que não se confundia com os prejuízos que derivavam da “ofensa dos direitos primitivos” e da personalidade física e moral⁵⁰. Porém, em nível da aplicação do direito, este dualismo não possuía qualquer consideração, visto que a obrigação de indenizar surgia da ofensa dos direitos primitivos que eram regulamentados nos artigos 359º e seguintes do Código; e os conceitos de personalidade física ou moral não eram aprofundados pela jurisprudência e pela doutrina e, por isso, eram tidos apenas como “reenquadratórios”⁵¹.

O Código de Seabra reconhecia um grupo de direitos originários muito amplos que abarcava: o “direito de existência”; o “direito de liberdade”, o qual abrangia a inviolabilidade do pensamento, o direito de expressão, e o direito de ação; o “direito de associação”; o “direito de apropriação”; e o “direito de defesa”. Bens que o Código reenquadrava nas ideias de personalidade física e moral, cuja lesão acarretava a responsabilidade civil⁵².

O atual Código Civil Português revela de outro modo uma “sistematização alargada de bens juscivilisticamente tutelados”⁵³, inspirado no Código Civil de Seabra, trouxe novos desenvolvimentos a partir da cláusula geral dos direitos de personalidade, tanto na doutrina como na jurisprudência.

Segundo PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, o artigo 70º apresenta-se em termos genéricos e sucintos, porém, dessa referência pode-se extrair uma série de direitos: “à vida, a integridade física, à liberdade, à honra, ao bom nome, a saúde, até ao repouso essencial a existência física, etc.”⁵⁴.

⁵⁰ SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de, *O direito geral de personalidade*, 1995, op. cit., p. 113.

⁵¹ SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de, *O direito geral de personalidade*, 1995, op. cit., p. 113.

⁵² SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de, *O direito geral de personalidade*, 1995, op. cit., p. 138.

⁵³ SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de, *O direito geral de personalidade*, 1995, op. cit., p. 151.

⁵⁴ LIMA, Pires de / VARELA, Antunes. *Código Civil Anotado*, V. I, Coimbra, 4ª ed. 1987, p. 104.

Percebemos assim que, a partir das ideias inseridas pelo Código Civil de Seabra, o Código Civil de 1966 veio ratificar e assegurar a total proteção aos direitos inerentes à pessoa, quer da sua personalidade física quer da sua personalidade moral.

Nas palavras de CAPELO DE SOUSA:

“A nossa lei civil tutela em cada homem quer a sua *humanidade* ou repositório dos caracteres comum a todos os homens, quer a sua *individualidade* ou complexo dos caracteres próprios de cada homem, que lhe atribuem originalidade e irrepetibilidade, quer ainda a sua *pessoalidade* ou dimensão pessoalizada da sua existência em relação com os demais indivíduos humanos e até com certas coisas.

Assim, face ao caráter ilimitado, solidário e algo desconhecido dos bens integrantes da natureza humana, não parece que possa aprioristicamente fazer-se uma enumeração completa e indiscutível de tais bens”⁵⁵.

Analisando por essa ótica, vislumbramos que não foi a intenção do legislador criar um rol de bens protegidos, mas sim afastar qualquer taxatividade existente e apenas tutelar a personalidade física ou moral, *tout court*, da pessoa: todos os seus bens, forças ou potencialidades, presentes ou futuras, conhecidas ou desconhecidas, que fazem parte desta ideia⁵⁶.

Nesse sentido, a possível interpretação dos bens da personalidade humana, tutelada pelo artigo 70º do Código Civil, deve seguir o processo de evolução do indivíduo e do gênero humano e ajustar-se continuamente ao progresso destes.

1.6. Características dos Direitos de Personalidade

Os direitos de personalidade reconhecem as qualidades de pessoa e a sua própria essencialidade⁵⁷.

De acordo com ALBUQUERQUE MATOS:

“A tônica essencial para a caracterização dos direitos de personalidades tem o seu principal fundamento na necessidade de defender as manifestações essenciais da dignidade da pessoa humana, perante as agressões de terceiros, afirmando-se então aqueles direitos como importantes instrumentos de afirmação de tais exigências”⁵⁸.

⁵⁵ SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de. *O direito geral de personalidade*, 1995, op. cit., p. 152.

⁵⁶ SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de. *O direito geral de personalidade*, 1995, op. cit., p. 152.

⁵⁷ O Código Civil brasileiro consagra como característica dos direitos de personalidade a intrasmissibilidade e a irrenunciabilidade, conforme, art. 11º “Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intrasmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária”.

⁵⁸ MATOS, Filipe Miguel Cruz de Albuquerque. *Responsabilidade Civil por...*, op. cit., p. 96.

São caracterizados como direitos inatos ou adquiridos, absolutos, não patrimoniais, intransmissíveis, imprescritíveis, irrenunciáveis, inalienáveis e indisponíveis.

1.6.1. Direitos inatos ou adquiridos

Os direitos de personalidade, pela sua concepção de essencialidade da pessoa humana, têm um caráter originário ou inato, na medida em que são direitos que nascem com o seu titular, decorrendo diretamente da sua personalidade jurídica e não se tornando necessário para a sua existência qualquer pressuposto ulterior. Seriam os direitos à vida, ao corpo, à liberdade, à honra e à identidade⁵⁹.

Segundo ADRIANO DE CUPIS⁶⁰, não é admissível definir os direitos de personalidade como direitos inatos, no sentido de direitos respeitantes, por natureza, à pessoa. Para o autor, “todo meio social tem uma sensibilidade particular relativamente a essencialidade dos direitos”⁶¹. Nesse diapasão, “mudando a consciência moral, modificando-se o modo de encarar a posição do indivíduo no seio da sociedade, muda correlativamente o âmbito dos direitos tidos como essências a personalidade”⁶².

A origem dos direitos inatos possui pressupostos históricos, sendo consequência da reação contra o superpoder de polícia do Estado. Assim, quando nenhuma esfera da vida individual podia-se ver imune da invasora e prepotente atividade dos órgãos do Estado, então se possibilitava a concepção de uma esfera de direitos que deveria gozar de imunidade segundo a sua própria natureza⁶³.

O positivismo foi muito crítico com os termos da distinção feita entre os direitos originários e os direitos adquiridos proposto pela escola clássica de direito natural. Os fundamentos seriam com base na ideia de que todos os direitos resultam da lei, donde surgiriam os direitos adquiridos, contrária à alegação jusnaturalista de que a natureza do homem determinaria os direitos originários⁶⁴.

⁵⁹ SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de. *O direito geral de personalidade*, 1995, op. cit., p. 415-416.

⁶⁰ CUPIS, Adriano. *Os direitos da Personalidade*. Coleção Doutrina, Livraria Morais Editora, Lisboa, 1961, p. 18.

⁶¹ CUPIS, Adriano. *Os direitos da Personalidade*, op. cit., p. 18.

⁶² CUPIS, Adriano. *Os direitos da Personalidade*, op. cit., p. 18.

⁶³ CUPIS, Adriano. *Os direitos da Personalidade*, op. cit., p. 18 – 19.

⁶⁴ SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de. *O direito geral de personalidade*, 1995, op. cit., p. 417.

Do mesmo modo, JOSÉ TAVARES⁶⁵ não concorda com os direitos de personalidade enquanto categoria de direitos originários: “hoje completamente abandonada pela ciência jurídica, porque a verdade é que não há direitos originários; todos são adquiridos, porque resultam de facto e vontade dos homens”. Assim, os nomeados direitos originários “não são uma simples resultante da natureza humana, mas sim do facto da constituição e vida da sociedade”. “E tanto assim, é que nem sempre foram reconhecidos e garantidos (*escravatura*)”.

Conforme leciona, ADRIANO DE CUPIS:

“Todos os direitos subjectivos derivam do ordenamento positivo; mas enquanto para a criação de alguns deles – os chamados direitos derivados ou adquiridos – se requer, além do pressuposto da personalidade jurídica, a verificação de determinados requisitos, relativamente a outros – e estes são os direitos inatos – é suficiente o pressuposto da personalidade.”

CAPELO DE SOUSA⁶⁶ converge com a ideia do doutrinador Adriano de Cupis e afirma que a noção de direitos de personalidade é mais abrangente, tendo em vista o próprio carácter dinâmico e renovador da personalidade humana enquanto bem jurídico, não se restringindo em sua dimensão como bens inatos. Assim, podem-se incluir nesta definição os direitos adquiridos, quer dizer, direitos que para a sua existência necessitam de outros, com posteriores requisitos, além da personalidade jurídica.

Desta forma, há direitos que apenas são incluídos na esfera jurídica da pessoa a partir da origem do fato jurídico típico⁶⁷, como o direito ao nome, o direito moral do autor, o direito ao sigilo de cartas-missivas, o direito a não divulgação de retratos e à reserva sobre fatos íntimos da vida familiar⁶⁸.

1.6.2. Direitos Absolutos

O legislador, ao regular o direito geral de personalidade, instituiu no artigo 70º do Código Civil que “a lei protege os indivíduos contra *qualquer* ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral”. A doutrina entende que decorre particularmente do termo “qualquer” deste artigo o carácter absoluto dos direitos de

⁶⁵ TAVARES, José. *Os princípios Fundamentais do Direito Civil, I*, Coimbra Editora, 1922, p. 257 e ss. apud por VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Direito de Personalidade*, 2006, op. cit., p. 21 - 22.

⁶⁶ SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de. *O direito geral de personalidade*, 1995, op. cit., p 416.

⁶⁷ BELTRÃO, Silvio Romero. *Direitos da Personalidade*, op. cit., p. 19.

⁶⁸ SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de. *O direito geral de personalidade*, 1995, op. cit., p. 417.

personalidade, em que o titular do bem jurídico lesionado poderá contestar o seu direito imediatamente ao seu ofensor⁶⁹, seja ele, outra pessoa ou o próprio Estado.

Dessa forma, o sujeito ativo dos direitos de personalidade tem poderes jurídicos para reclamar ativamente sobre qualquer ofensa que possa ocorrer aos bens jurídicos da sua personalidade, exprimindo assim uma presunção plena e exclusiva desses bens a favor do seu titular.

Esse poder jurídico gera nos sujeitos passivos uma obrigação frequentemente negativa, abstencionista, de respeito por tais bens jurídicos e em conformidade com o princípio *alterum non laedere*⁷⁰.

De acordo com ADRIANO DE CUPIS, como todos os direitos subjetivos, os direitos de personalidade portam-se como direitos na proporção em que se inserem numa relação jurídica com outros sujeitos e caracterizam-se pela identificação destes outros sujeitos com a generalidade. Assim, todos os titulares de direitos gerais de personalidade são destinatários de normas de direito objetivo das quais derivam os direitos da personalidade e todos, diante a presunção das mesmas normas, estão ligados à obrigação de não lesar os direitos de personalidade de que o outro seja titular⁷¹.

Para MENEZES CORDEIRO⁷², o direito absoluto numa primeira concepção pode ser visto como um direito oponível a todos ou *erga omnes*, diferente do direito relativo, oponível apenas *inter partes*. ‘Opor-se’ significa ao seu titular a possibilidade de exigir algo seja de toda e qualquer pessoa (*erga omnes*), ou seja, esta concepção concederia ao seu titular exigir a qualquer pessoa o cumprimento de condutas necessárias à sua efetivação.

O jurista afirma que por este sentido os direitos de personalidade não são sempre absolutos. Discorrendo que, em 1971, KAYSER propôs uma diferenciação aos direitos de personalidade: entre os comparáveis a direitos reais, como o direito ao corpo ou o direito ao nome; e os comparáveis aos direitos de crédito, como o direito ao respeito pela vida privada ou o direito de resposta. Afirmando assim que os direitos de personalidade se distinguem pela especificidade do seu objeto (direito de personalidade) e não pela forma como se efetiva, como é o caso do direito de propriedade ou do direito de crédito. Por

⁶⁹ SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de. *O direito geral de personalidade*, 2011, op. cit., p. 615 -619.

⁷⁰ SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de. *O direito geral de personalidade*, 2011, op. cit., p. 401-402.

⁷¹ CUPIS, Adriano. *Os direitos da Personalidade*, op. cit., p. 30.

⁷² CORDEIRO, Antônio Menezes. *Tratado de Direito Civil Português*, V. I, Parte Geral, T. III, Almedina, 2005, p. 97.

exemplo, o direito à confidencialidade de uma carta missiva confidencial é, além do mais, uma intenção remetida ao destinatário da mensagem. E se o próprio autor da carta a expor em meio à sociedade, não terá o direito de depois reclamar da quebra de confidencialidade. Posto isto, o autor entende que, nesse tipo de relação, este direito de confidencialidade seria somente alegada *inter partes*, pois o sujeito possuidor dos direitos de personalidade não poderia reclamar a todos o seu direito, mas somente a pessoas definidas, o que geraria a perda do carácter absoluto de tais direitos⁷³.

Numa segunda concepção, o autor afirma que indiferente do modo de execução ou da natureza que se apresentem os direitos de personalidade, devem sempre ser respeitados por todos. E esta afirmação decorre da ideia de que o titular desfruta de uma tutela aquiliana, consagrado pelo artigo 483º, nº 1 do Código Civil⁷⁴, o que se pode dizer que a este nível são direitos absolutos. Nesse diapasão, os direitos subjetivos, por o serem, devem ser respeitados por todos, sendo considerado como um verdadeiro direito absoluto⁷⁵.

No entendimento de CAPELO DE SOUSA, o titular do direito geral de personalidade tem poderes diretos e imediatos sobre o bem global da sua personalidade de “modo exclusivo ao seu uso, fruição, reivindicação e autodeterminação”⁷⁶. Dessa forma, o titular do direito geral de personalidade pode exigir indistintamente, de todo e qualquer sujeito (*erga omnes*), o respeito do seu direito, na medida do seu respectivo conteúdo. Do mesmo modo que todos os não titulares (sujeito passivo) têm um dever geral de abstenção ou de não ingerência.

Segundo JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, os direitos de personalidade são direitos absolutos, oponíveis *erga omnes*, contra todos, não estando fundados numa relação entre partes. Porém, afirma que apesar do carácter absoluto são suscetíveis de limitações em que: “não há direito absoluto, pois todo o direito é necessariamente limitado”. Incluindo-se a esta regra os direitos da personalidade⁷⁷.

Os limites aos direitos de personalidade podem ser, como em quaisquer outros direitos, intrínsecos, o qual é demarcado por lei ao determinar o conteúdo dos direitos, e

⁷³ CORDEIRO, Antônio Menezes. *Tratado de Direito Civil Português*, V. I, T. III, op. cit., p. 97-98.

⁷⁴ Art. 483, nº 1 C.C. 1966: “Aquele que, com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação”.

⁷⁵ CORDEIRO, Antônio Menezes, *Tratado de Direito Civil Português*, V. I, T. III, op. cit., p. 98.

⁷⁶ SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de. *O direito geral de personalidade*, 2011, op. cit., p. 616.

⁷⁷ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil – Teoria Geral*, 2000, op. cit., p. 91.

extrínsecos, decorrentes da necessidade de conciliar com outros direitos protegidos, pois os direitos de personalidade devem ser sempre conjugados com os direitos de personalidade alheios⁷⁸. Nesse caso, o caráter absoluto do direito de personalidade não pode significar uma arbitrariedade ao seu titular, pois, por mais relevante que seja, não pode invadir o direito do outro, que terá motivos igualmente relevantes para poder transitar. Isto é, os direitos de personalidade encontram-se num domínio em que a base ética é uma constante e a arbitrariedade deve se encontrar num caminho oposto a esse direito⁷⁹.

1.6.3. Direitos não patrimoniais

O direito geral de personalidade está situado na esfera pessoal do seu titular, ou seja, não tendo como causa um “patrimônio ou bens que o integram, coisas materiais ou corpóreas, prestações por parte de outrem, direitos subjetivos ou bens imateriais”⁸⁰. Nesse sentido, o direito geral de personalidade por se tratar de um direito pessoal é impassível a uma mera quantificação em pecúnia, possuindo uma natureza superior de valoração imaterial.

Os direitos de personalidade são tidos como direitos não patrimoniais, ou seja, não avaliáveis em dinheiro. Todavia, MENEZES CORDEIRO⁸¹ discorda de tal afirmação, pois lembra que a norma concede algumas formas de limitação, como em relação ao direito à imagem (artigo 79º, nº 1 C.C.) que admite que a mesma seja “lançada no mercado”, bem como o direito ao nome que pode ter componentes comerciais (nome comercial ou firma).

O autor faz algumas distinções entre os bens que podem ser permutados por dinheiro e outros que não podem. Os direitos não patrimoniais, os quais não podem ser avaliados economicamente, são “o direito à vida, o direito à saúde e à integridade corporal”. Os direitos que não podem ser abdicados por dinheiro, porém, dentro de certos limites, admita-se alguma obtenção patrimonial: o “direito à saúde ou à integridade física, desde que não sejam irreversivelmente atingidos, nos termos que regem a experimentação humana”. E, por fim, os direitos de personalidade que representam um valor econômico: o nome, a imagem e o fruto da atividade intelectual⁸².

⁷⁸ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil – Teoria Geral*, 2000, op. cit., p. 92.

⁷⁹ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil – Teoria Geral*, 2000, op. cit., p. 92.

⁸⁰ SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de, *O direito geral de personalidade*, 2011, op. cit., p. 615 - 619.

⁸¹ CORDEIRO, Antônio Menezes. *Tratado de Direito Civil Português*, V. I, T. III, op. cit., p. 99.

⁸² CORDEIRO, Antônio Menezes. *Tratado de Direito Civil Português*, V. I, T. III, op. cit., p. 99.

ADRIANO DE CUPIS examina em que ponto pode-se afirmar um cunho patrimonial aos direitos de personalidade. Segundo o autor, apenas se verificará quando existir uma lesão a um direito de personalidade e assim poderá nascer para o lesado um direito a ser ressarcido pelo dano sofrido. A correspondência entre o direito à indenização pelo dano e o direito violado da personalidade é uma correspondência de caráter indireto, sendo apenas uma resposta da equivalência entre os objetos⁸³.

Nesse sentido, os direitos de personalidade estão situados dentro da esfera jurídica global do sujeito, dizendo respeito à categoria do *ser* e não do *ter* da pessoa. Contudo, embora não faça parte, “*strictu sensu*”, dos bens de personalidade, o patrimônio do respectivo sujeito tem grande importância para a vida econômica das pessoas, além disso, da sua lesão pode resultar danos não patrimoniais, bem como danos patrimoniais⁸⁴.

Contudo, nem mesmo essa concessão de uso por terceiro para determinadas finalidades, nem o caráter patrimonial derivado da indenização pelo dano, excluem o caráter não patrimonial dos direitos de personalidade.

Concluimos que os direitos de personalidade não podem ser valorados financeiramente. São direitos extrapatrimoniais por serem bens que constituem a pessoa, ou seja, fazem parte da sua natureza e assim não podem ser restringidos a dinheiro.

1.6.4. Direitos intransmissíveis

Os direitos de personalidade são caracterizados pela sua intransmissibilidade. Por serem poderes jurídicos inseparáveis da personalidade física ou moral do seu titular são impossíveis de serem transmitidos. Isto é percebido devido à essência dos bens jurídicos que constitui o seu conteúdo. Nesse sentido, os bens respeitantes a personalidade física e moral “constituem o ser do seu titular, pelo que são inerentes, inseparáveis e necessários a pessoa do seu titular e circunscrevem os respectivos poderes jurídicos”⁸⁵.

Segundo o Código Civil Português, os direitos de personalidade são adquiridos, conforme disposto no artigo 66º, nº 1, no momento do nascimento completo e com vida, e só cessam com a morte do seu titular, segundo o artigo 68º, nº 1, do Código Civil⁸⁶.

⁸³ CUPIS, Adriano. *Os direitos da Personalidade*, op. cit., p. 30.

⁸⁴ SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de. *O direito geral de personalidade*, 2011, op. cit., p. 414 - 415.

⁸⁵ SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de. *O direito geral de personalidade*, 1995, op. cit., p. 402.

⁸⁶ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil – Teoria Geral*, 2000, op. cit., p. 49-55.

Não é possível alienar a favor de outrem um direito de personalidade, bem como não é possível vender a vida, a honra, a liberdade de pensamento ou a liberdade física⁸⁷. Ou seja, são poderes que não podem ser cedidos, alienados, onerados ou sub-rogados a favor de qualquer outra pessoa.

É considerado um direito intransmissível (*inter vivos* ou *mortis causa*), pois encontra-se ligado ao seu objeto, atingindo-o onde quer que se encontre, não sendo passível de herança, cessão e até mesmo de sucessão⁸⁸.

Em regra, os direitos de personalidade presumem que o seu titular esteja em vida, e isso decorre que alguns direitos como: o direito à vida, à integridade física e à liberdade, que só podem ser violados estando seu titular com vida⁸⁹.

Todavia, existem certos casos em que é possível ofender uma pessoa já falecida, como por exemplo: fatos desonrosos ou exposição de uma carta missiva que pode violar os direitos de personalidade tanto de um morto como de um vivo⁹⁰.

O artigo 71º, nº 1, do Código Civil, determina que os direitos de personalidade serão protegidos depois da morte do seu titular, tendo legitimidade para pedir a sua proteção, de acordo com nº 2 do artigo 71 do C.C., “o cônjuge sobrevivente ou qualquer descendente, ascendente, irmão, sobrinho ou herdeiro do falecido”.

O Código Civil brasileiro também possui como característica a intransmissibilidade dos direitos de personalidade, dispondo no seu artigo 12º, parágrafo único⁹¹, a possibilidade de reclamação de lesão aos direitos de personalidade, cometida em face da morte do seu titular.

Destes enunciados, surge uma divergência doutrinária em que se questiona se o legislador estaria criando a possibilidade de uma transmissão *mortis causa* dos direitos de personalidade.

Segundo entendimento de CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO⁹², o artigo 71º do Código Civil de 1966 não constitui exceção à característica da intransmissibilidade *mortis causa* dos direitos de personalidade. Afirma que tanto para o direito geral de personalidade, como para os direitos especiais de personalidade, com a respectiva morte do

⁸⁷ SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de. *O direito geral de*, 1ª ed., Coimbra Editora, 1995, p. 402 – 404.

⁸⁸ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil – Teoria Geral*, 2000, op. cit., p. 84.

⁸⁹ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil – Teoria Geral*, 2000, op. cit., p. 100.

⁹⁰ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil – Teoria Geral*, 2000, op. cit., p. 100.

⁹¹ “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”.

⁹² MOTA PINTO, Carlos Alberto da, *Teoria geral do direito civil*, op. cit., p. 225

titular os direitos de personalidade se extinguem. E mais defende que a tutela apontada pelo art. 71º do Código Civil Português trata de interesses das pessoas mencionadas no nº 2 do mesmo artigo e não sobre os direitos do falecido.

Divergem desse pensamento PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA⁹³, que sugerem que a proteção dos direitos de personalidade depois da morte constituem um desvio à regra do artigo 68º do Código Civil Português, ou seja, os direitos de personalidade não cessam com a morte.

Para JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO⁹⁴, o que está em causa não é uma violação ao familiar ou ao herdeiro, mas sim ao falecido. Assim, não se faz necessária a demonstração de qualquer violação do direito de personalidade do requerente, contudo, o que se exige é a demonstração de que é lesada a memória do morto. Nesse sentido, conclui o autor que o interesse tutelado é a personalidade do falecido, e que a legitimidade trazida pelo nº 2 do artigo 71º do Código Civil Português não confere ao requerente a titularidade dos interesses em causa, mas uma mera legitimação processual. Sendo assim, a personalidade cessa com a morte, porém, a proteção do valor pessoal prolonga-se depois da morte.

Por seu turno, segundo DIOGO LEITE DE CAMPOS⁹⁵ “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”. Nesse sentido, os parentes e herdeiros do falecido exercem estes direitos no interesse e em nome do falecido e não por um interesse próprio. Assim poderia-se considerar que a personalidade jurídica é uma “empurrada para depois da morte”.

CAPELO DE SOUSA⁹⁶ observa que quanto aos últimos direitos de personalidade da pessoa falecida, parece haver:

“uma sucessão ou uma aquisição derivada translativa *mortis-causa* de direitos pessoais, mas com um regime muito especial funcionalizando em razão dos presumíveis interesses pessoais do *de cuius* como se vivo fosse e fundamentalmente alicerçado em termos de assegurar a legitimidade processual para requerer as providencia do nº 2º do art. 70.º do Código Civil a *todos* aqueles a que se reconheceu um interesse moral para agir em nome do falecido em razão dos presuntivos laços que os ligavam ao defunto.”

⁹³ LIMA, Pires de / VARELA, Antunes. *Código Civil Anotado*, op. cit., p. 105.

⁹⁴ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil – Teoria Geral*, 2000, op. cit., p. 100.

⁹⁵ CAMPOS, Diogo Leite de. “Lições de direitos da personalidade”, 2ª ed., Separata do VOL. LXVI (1990) do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1995, p. 44-45.

⁹⁶ SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de. *O direito geral de personalidade*, 1995, op. cit., p. 404.

Dessa forma, o artigo 71º do Código Civil Português, bem como o artigo 12º do Código Civil Brasileiro, parecem querer distinguir os sujeitos que podem atuar nos direitos de personalidade do defunto, dos direitos de personalidade dos vivos que se ligam ao morto. Ou seja, faz-se uma distinção entre os direitos materiais, substantivos, da personalidade do defunto e as ações destinadas a fazer reconhecer tais direitos em juízo.

1.6.5. Direitos Imprescritíveis

Os direitos de personalidade são imprescritíveis, não se exaurindo pela falta de uso do seu titular⁹⁷. Mesmo que não se faça uso são bens que estão disponíveis na esfera pessoal do respectivo sujeito.

As situações que violam os direitos de personalidade não prescrevem enquanto houver a oportunidade de reparar o dano de forma a reconstituir naturalmente a situação original da personalidade⁹⁸.

São direitos permanentes na medida em que se encontram *ad vitam* no âmbito do seu titular, e também por imposição do artigo 71º do Código Civil Português, que os tornam eterno, pelo fato de gozarem de proteção mesmo depois da morte do seu titular, sem limitações de tempo⁹⁹.

1.6.6. Direitos Irrenunciáveis e inalienáveis

São considerados direitos irrenunciáveis e inalienáveis em razão da sua imprescindibilidade e pela natureza do seu respectivo instrumento. Ao titular não é possível declinar o seu direito, pois, são direitos que constituem o ser da pessoa, ou seja, são direitos que fazem parte da esfera íntima do sujeito não sendo passível de renúncia ou alienação.

Os direitos de personalidade não podem ser extintos por opção do seu titular. O direito subjetivo tem como característica própria a possibilidade para o sujeito de exigir uma sanção pela lesão do seu direito, mas não a possibilidade de extinguir o próprio direito, mesmo que não o use¹⁰⁰.

⁹⁷ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil, – Teoria Geral, Introdução*, 2000, op. cit., p. 92.

⁹⁸ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil, – Teoria Geral, Introdução*, 2000, op. cit., p. 99.

⁹⁹ SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de. *O direito geral de personalidade*, 1995, op. cit., p. 413.

¹⁰⁰ CUPIS, Adriano. *Os direitos da Personalidade*, op. cit., p. 52.

De acordo com CARLOS ALBERTO BITTAR:

“Com efeito, esses direitos são dotados de caracteres especiais, para uma proteção eficaz da pessoa humana, em função de possuírem, como objeto, os bens mais elevados do homem. Por isso é que o ordenamento jurídico não pode consentir que deles se despoje o titular, emprestando-lhes caráter essencial. Daí, são, de início, direitos intransmissíveis e indispensáveis, restringindo-se a pessoa do titular e manifestando-se desde o nascimento.”¹⁰¹

CAPELO DE SOUSA¹⁰² cita alguns exemplos que melhor nos faz compreender a irrenunciabilidade aos direitos de personalidade: não pode a personalidade humana se auto-restringir à escravidão, não pode renunciar ao direito à vida ou à honra e não é lícito o suicídio.

Apesar de em regra serem direitos indisponíveis por não serem alienáveis ou renunciáveis, o seu titular pode em certa medida consentir na sua limitação, podendo ser restritivamente concedido em parcela através de negociação jurídica¹⁰³. Contudo, esta possibilidade não se reflete na extinção dos direitos de personalidade.

1.6.7. Indisponibilidade com limitação

Os direitos de personalidade têm como característica essencial a sua natureza primordial e inseparável da generalidade dos bens jurídicos da personalidade, física e moral, do homem (a vida, o corpo, a liberdade e a honra)¹⁰⁴.

Os titulares dos direitos de personalidade em regra não possuem a faculdade jurídica de extingui-los, apesar de serem direitos subjetivos¹⁰⁵, isto é, apesar de poderem colocar ao serviço de outro a capacidade de gozo de tais poderes, ou de poderem submeter em face de outrem o exercício desses poderes. É isto porque são bens que se encontram “fora do comércio jurídico”¹⁰⁶.

Dessa forma, temos o direito de personalidade como um direito de valor indisponível, não havendo possibilidade sobre ele dispor, renunciar ou limitar. Todavia,

¹⁰¹ BITTAR, Carlos Alberto. Os direitos da personalidade, 4º ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000, p. 11, apud BELTRÃO, Silvio Romero, *Direitos da Personalidade*, op. cit., p. 15.

¹⁰² SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de. *O direito geral de personalidade*, 1995, op. cit., p. 405.

¹⁰³ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil – Teoria Geral, Introdução*, 2000, op. cit., p. 84.

¹⁰⁴ SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de. *O direito geral de personalidade*, 1995, op. cit., p. 404.

¹⁰⁵ Capelo De Sousa aponta a impossibilidade de se renunciar, abandonar ou destruir o bem jurídico dos direitos de personalidade. Cfr. *O direito geral de personalidade*, 1995, op. cit., p. 404-405.

¹⁰⁶ SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de. *O direito geral de personalidade*, 1995, op. cit., p. 404-405.

com certa cautela, o Código Civil permite aos titulares dos direitos de personalidade, por vontade própria, a disponibilidade parcial desses direitos.

Assim, a consagração de um direito geral de personalidade não implica que todo o seu conteúdo seja excluído da atividade negocial. Certos pontos estão na disponibilidade do seu titular que pode autorizar atos que o violem¹⁰⁷.

O Código Civil Português, recorreu a uma cláusula geral que delimita normativamente esses atos. Assim, o Código Civil, em seu artigo 81¹⁰⁸, permite a limitação negocial dos direitos de personalidade¹⁰⁹.

De acordo com CAPELO DE SOUSA:

“O ato lesivo dos direitos de personalidade é lícito quando o lesado tenha consentido na lesão, desde que o respectivo consentimento não seja contrário a uma proibição legal ou aos bons costumes. O consentimento do lesado é aqui um acto jurídico unilateral, meramente integrativo da exclusão da ilicitude, ou seja, não constitutivo, na medida em que não cria qualquer direito para o a gente da lesão”¹¹⁰.

Dessa forma, para que sejam lícitas essas limitações do exercício dos direitos de personalidade deve-se ter em conta dois aspectos: a limitação deve ser voluntária, tendo sido declarada, sem divergências, livremente esclarecida¹¹¹; e a limitação não deve ser contrária aos princípios de ordem pública¹¹², pois, caso seja contrária, será ilícita.

Além da proibição da disponibilidade pela contrariedade à ordem pública, a ilicitude também pode resultar da contrariedade à lei e aos bons costumes, que tornam

¹⁰⁷ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil – Teoria Geral*, 2000, op. cit., p. 93.

¹⁰⁸ Artigo 81º CC: 1- Toda a limitação voluntária ao exercício dos direitos de personalidade é nula, se for contrária aos princípios da ordem pública. 2- A limitação voluntária, quando legal, é sempre revogável, ainda que com obrigação de indemnizar os prejuízos causados às legítimas expectativas da outra parte.

¹⁰⁹ Já o Código Civil Brasileiro diferencia-se nesse ponto do Código Civil Português, ao dificultar a interpretação da lei quanto a esse ponto: “com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária” (art. 11º). Sendo assim, torna-se difícil compreender quais os atos propensos a sofrer ou não uma limitação voluntária. Silvio Romero Beltrão entende que a redação do artigo 11º do Código Civil Brasileiro no tocante a limitação voluntária, não teria eficácia jurídica, pois vai contra o artigo 5º, II da Constituição Federal do Brasil, que dispõe sobre o princípio geral de liberdade em que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Sendo assim, a melhor forma de interpretação seria aquela que pauta as limitações na preservação do conteúdo essencial do direito de personalidade. Cfr. BELTRÃO, Silvio Romero. *Direitos da Personalidade*, op. cit., p. 21.

¹¹⁰ SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de. *O direito geral de personalidade*, 1995, op. cit., p. 411-412.

¹¹¹ SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de. *O direito geral de personalidade*, 1995, op. cit., p. 407.

¹¹² É inadmissível o consentimento ser contra a ordem pública, devido aos prejuízos que poderiam causar para pessoa. Assim a mutilação, a eutanásia, o auxílio ao suicídio, são fatos ilícitos mesmo que a pessoa neles consinta. Cfr. PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral do direito civil*, op. cit., p. 101.

ilícitos os negócios jurídicos que tenham por fim os direitos de personalidade, conforme decorre da ligação com o artigo 280º do Código Civil¹¹³.

Segundo CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, a doutrina vislumbra ser admissível, em meio a certas margens, uma limitação voluntária do direito a integridade física como, por exemplo, no consentimento para intervenções médicas, para operações estéticas, para benefício da saúde de terceiros, no caso de transplantes de órgãos ou transfusões de sangue, participação de jogos esportivos em que haja violência e outras formas que não agrida o princípio da ordem pública¹¹⁴.

Já não sendo possível a limitação voluntária da liberdade física, na acepção de “*jus ambulandi*”, mas já podendo ser válida desde que de acordo com a ordem pública e especificamente se temporal ou espacialmente limitadas, bem como se reservadas ao livre desenvolvimento de atividades profissionais¹¹⁵, materiais ou jurídicas¹¹⁶.

Neste sentido, não se pode falar em disposição total dos direitos de personalidade, pois a sua limitação é sempre revogável, discricionária e unilateral pelo titular dos direitos de personalidade, conforme o nº 2 do artigo 81º do Código Civil Português, “ainda que com obrigação de indemnizar os prejuízos causados às legítimas expectativas da outra parte”.

Com efeito, a negociação dos direitos de personalidade tem um contrato específico que disponibiliza ao seu titular o direito de revogar a qualquer tempo a autorização concedida, contra o pagamento de indenização das expectativas que tenham sido frustradas¹¹⁷.

PEDRO PAIS DE VASCONCELOS afirma que “os negócios de personalidade têm uma eficácia mais legitimadora e reguladora do que vinculativa”¹¹⁸. Assim, o contrato seria vinculante apenas para uma das partes¹¹⁹.

Desse modo, não é possível uma execução própria para esse tipo de limitação convencional e também não é possível imprimir meios de coerção para a efetivação negocial, porque o consentimento não é vinculante e pode ser livremente revogado¹²⁰.

¹¹³ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Teoria Geral*, 2012, op. cit., p. 49.

¹¹⁴ PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral do direito civil*, op. cit., p. 216.

¹¹⁵ Por exemplo: no Brasil só pode exercer livremente a advocacia caso possua o registro na Ordem dos Advogados OAB.

¹¹⁶ PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral do direito civil*, op. cit., p. 216.

¹¹⁷ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Teoria Geral*, 2012, op. cit., p. 50.

¹¹⁸ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Teoria Geral*, 2012, op. cit., p. 50.

¹¹⁹ Pedro Pais de Vasconcelos faz uma crítica sobre a tripartição do consentimento - tolerante, autorizante e vinculante - seria ilícito, se o titular dos direitos de personalidade não pudesse revogar o seu consentimento.

Este contrato de revogabilidade é apenas unilateralmente vinculante, dispondo para apenas uma das partes o poder de revogação. Este regime se traduz numa brusca desigualdade entre as partes e encontra motivação no peculiar universo dos bens de personalidade. A desigualdade traduz-se na seguinte observação: não se deve nem se pode perder o controle da dignidade pessoal independentemente da negociação contratual, logo, o seu titular poderá a qualquer tempo revogar a sua vontade¹²¹.

Este regime do artigo 81º do Código Civil tem por intuito legitimar e regular os negócios jurídicos que envolvam a personalidade, mas nunca subordinar. O que independe de termo, podendo o seu titular revogar a qualquer tempo. Todavia, havendo revogação unilateral, o regime do nº 2 se refere à indenização nesses casos “dos prejuízos causados às legítimas expectativas da outra parte”. A outra parte não tem direitos sob o negócio jurídico, apenas expectativas jurídicas cuja frustração é suscetível de indenização. Não havendo lugar a recurso em juízo para forçar o cumprimento do contrato¹²².

Quanto à indenização a ser arbitrada, deve ser verificado que a revogabilidade é uma disponibilidade verificada aos direitos de personalidade e, assim, caso a indenização seja muito alta, impossibilitará o titular a exercer este direito, de forma que ficaria sem sentindo o regime da livre revogação.

¹²⁰ PINTO, Paulo Mota. “*Direito a Reserva...*”, op. cit., p. 502.

¹²¹ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Teoria Geral*, 2012, op. cit., p. 50.

¹²² VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Teoria Geral*, 2012, op. cit., p. 51.

Capítulo II - LIBERDADE DE EXPRESSÃO E INFORMAÇÃO

2.1. Raízes do direito subjetivo

O direito subjetivo tem em sua gênese uma natureza histórica, cultural e científica.

Durante o período pré-moderno, o direito subjetivo simplesmente não existia e com isso podia-se notar uma desproteção da pessoa¹²³.

O progresso cultural, científico, econômico e religioso conseguiu aos poucos modificar essa origem tradicional da sociedade¹²⁴. Podemos perceber o início dos direitos das pessoas (privados e públicos) no cristianismo, em que o homem deixa de ser objeto e passa a ser sujeito com valores¹²⁵.

É associada à religião cristã a busca da individualidade autônoma, dando origem à subjetividade juntamente com o poder de autoconsciência¹²⁶.

A ligação do direito subjetivo com a autonomia e com a liberdade mostra-se muito visível na forma como ele é percebido no ambiente jurídico-político da escolástica tardia, do jusracionalismo e do iluminismo¹²⁷.

Segundo PEDRO PAIS DE VASCONCELOS:

“Em Hobbes, os *right* opõem-se a *law* e traduzem-se fundamentalmente em liberdades. Em Suarez o direito subjetivo é entendido como “*actio seu moralis facultas*”. Em Grotius, o direito aparece também numa perspectiva subjetiva como uma qualidade moral pertencente à pessoa: “*qualitas moralis personae competens ad aliquid iuste habendum vel agendum*”¹²⁸.

Com o jusracionalismo afirma-se um quadro de direitos naturais, inalienáveis e imutáveis¹²⁹. Assim, o direito subjetivo é consagrado no campo dos direitos e liberdades (direitos naturais), com um conteúdo e uma conotação ideológica intensa.

No período pré-revolucionário e durante as revoluções americana e francesa, o direito subjetivo foi considerado um progresso dos cidadãos, exercendo-se por vezes contra

¹²³ BARBOSA, Mafalda Miranda. “Dignidade e autonomia a propósito do fim da vida”, *O Direito*, ano 148.º, II, Almedina, 2016, p. 257-258,

¹²⁴ BARBOSA, Mafalda Miranda. “Dignidade e autonomia...”, op. cit., p. 259.

¹²⁵ A partir do cristianismo, todos os seres humanos passaram a ser pessoa (homem, mulher, criança, nascituros, escravos, estrangeiros, inimigos e etc.), através do amor fraterno e da igualdade perante Deus. Cfr. CAMPOS, Diogo Leite de, “Lições de direitos da personalidade”, op. cit., p. 12.

¹²⁶ CAMPOS, Diogo Leite de, “Lições de direitos da personalidade”, op. cit., p. 12.

¹²⁷ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Teoria Geral do Direito Civil*, 8ª ed., Coimbra, Almedina, 2015, p. 227.

¹²⁸ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Teoria Geral*, 2015, op. cit., p. 227.

¹²⁹ BARBOSA, Mafalda Miranda, “Dignidade e autonomia...”, op. cit., p. 259.

o Estado¹³⁰. Nesse sentido, a liberdade do ser humano foi entendida segundo uma vertente negativa. Representando uma esfera pessoal “onde cada um, livre de qualquer constrição e de qualquer interferência, pode fazer aquilo que lhe aprouver”¹³¹.

Originariamente, os direitos subjetivos correspondem-se como liberdades negativas de exercício contra o Estado. Com a influência conservadora da pandectística alemã conseguiu-se a neutralização ideológica dos direitos subjetivos. Havendo a separação dos direitos privados, que passam a ser estudados apenas no Direito Civil, em relação aos direitos, liberdades e garantias, que são colocados no âmbito do Direito Constitucional¹³².

SAVIGNY e a sua escola conseguiram elaborar a primeira definição do direito subjetivo, em que se limita ao direito privado e anula-se do conteúdo político, ideológico e até revolucionário que até então tinha tido¹³³. SAVIGNY é influenciado pelo racionalismo idealista e tem por base a liberdade humana, de pendor jusnaturalista, considerado como um poder da vontade, originando a teoria voluntarista¹³⁴.

Já com WINDSCHEID, o direito é compreendido num duplo sentido: sentido objetivo e subjetivo. Para o sentido objetivo (direito objetivo), é a ordem jurídica; no sentido subjetivo (direito subjetivo) é “um poder ou senhorio da vontade reconhecida pela ordem jurídica”¹³⁵.

Por outro lado, é com IHERING que o direito subjetivo regressa ao objetivismo originário¹³⁶. IHERING modifica a forma de ver que situava o direito subjetivo na liberdade, na faculdade, no poder que o sujeito exerce ou pode exercer sobre um bem, e conceitua-o como “interesses juridicamente protegidos”¹³⁷.

¹³⁰ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Teoria Geral*, 2015, op. cit., p. 227.

¹³¹ BARBOSA, Mafalda Miranda. “Dignidade e autonomia...”, op. cit., p. 260.

¹³² VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Teoria Geral*, 2015, op. cit., p. 228.

¹³³ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Teoria Geral*, 2015, op. cit., p. 228.

¹³⁴ BARBOSA, Mafalda Miranda. “Dignidade e autonomia...”, op. cit., p. 262-263.

¹³⁵ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Teoria Geral*, 2015, op. cit., p. 228

¹³⁶ “A conceção do direito subjectivo centrado sobre a autonomia da pessoa, como exercício de liberdade e como poder de vontade, está claramente ligada à moral estóica que domina a reação contra o neo-aristotelismo tomista na idade moderna desde o renascimento, durante o iluminismo e o romantismo. Com o nominalismo de Ockham inicia-se uma modificação de referencial filosófica do objetivismo neo-aristotelico tomista para o subjetivismo personalista da *Stoa*. A construção do direito subjectivo da pandectística comunga ainda do referencial estóico, mas já com uma coloração kantiana”. Cfr. VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Teoria Geral*, 2015, op. cit., p. 228

¹³⁷ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Teoria Geral*, 2015, op. cit., p. 228.

Nesse sentido, o direito subjetivo deixa de ser algo que é inato e próprio da qualidade humana e passa a ser uma consequência da ordem jurídica objetiva¹³⁸.

Segundo IHERING o “direito no sentido objetivo é o conjunto de princípios jurídicos aplicados pelo Estado é a ordem legal da vida. O direito, no sentido subjetivo, é a transfusão da regra abstrata no direito concreto da pessoa interessada”¹³⁹.

Nesse diapasão, IHERING afirma que o direito subjetivo ou abstrato depende do direito objetivo, isto é, do direito material, porque este último só se cumpre devido à atuação dos particulares; da mesma forma que o direito objetivo constitui fundamento do direito subjetivo, porque este só pode se efetivar se cumprir os requisitos daquele.

O direito subjetivo deixa de ser baseado no poder para ser centrar no interesse, pois segundo o autor os direitos mudam de acordo com que mudam os interesses da vida.

A partir do século XX, surgem outros juristas que seguem o pensamento de IHERING, alguns com posições até mais drásticas, que recusam o direito subjetivo como concepção subjetiva do direito¹⁴⁰.

DUGUIT, KELSEN e LARENZ compartilham de um objetivismo fortíssimo que quase dissolve o direito subjetivo no direito objetivo. Assim, o direito subjetivo é suplementar ao direito objetivo, tendo por função permitir o cumprimento dos deveres provenientes do direito objetivo¹⁴¹.

Com a teoria de IHERING, os doutrinadores passaram a expor a alternativa entre a teoria da vontade, com base em SAVIGNY e WINDSCHEID, e a teoria do interesse, que se atribui a IHERING¹⁴².

Com a teoria da vontade, o direito subjetivo representaria a um poder que o sujeito poderia impor e exercer, ou não, com base no seu livre entendimento. A gênese deste poder não se localiza na condição e na dignidade humana do titular, como ocorre no jusracionalismo; é o direito objetivo que tutela está vontade e lhe confere o poder¹⁴³.

Já a teoria do interesse, instituída por IHERING, entende o direito subjetivo como “interesses juridicamente protegidos”¹⁴⁴.

¹³⁸ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Teoria Geral*, 2015, op. cit., p. 228.

¹³⁹ IHERING, Rudolf Von. *A Luta Pelo Direito*, Tradução João Vasconcelos, 17º ed., Editora Forense, 1999, p. 3.

¹⁴⁰ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Teoria Geral*, 2015, op. cit., p.229.

¹⁴¹ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Teoria Geral* 2015, op. cit., p.230-231.

¹⁴² VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Teoria Geral*, 2015, op. cit., p. 231.

¹⁴³ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Teoria Geral*, 2015, op. cit., p. 231.

¹⁴⁴ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Teoria Geral*, 2015, op. cit., p. 231-232.

Segundo esta teoria, as pessoas privadas do uso da vontade e da razão não deixam de possuir direitos subjetivos. Não importando se o “uso do direito seja feito pelos incapazes pessoalmente, basta que se faça para eles, no seu interesse”. Pois, mais válido do que o querer é o aproveitar: “a utilidade, não a vontade, é substância do direito”¹⁴⁵.

2.2. O bem da liberdade

A pessoa é caracterizada pela possibilidade de se impor no mundo, no seu poder de consciência e de dominação. O homem tem o instinto de ser livre, de determinar fins e prosseguir-los com responsabilidade, caracterizando-se como um ser ético e responsável pelo seu destino¹⁴⁶.

Apesar desse instinto de liberdade, o homem precisa da ordem social, pois só se realiza em comunidade¹⁴⁷. Ou seja, “o homem não acontece, não subsiste e muito menos se desenvolve isoladamente”¹⁴⁸. Por isso, a natureza lhe integrou num ambiente natural e social onde lhe é possível existir e desenvolver espiritualmente, “através do concurso de outros homens e da vivência de meios ambientais e coisificados”¹⁴⁹.

Segundo MAFALDA MIRANDA BARBOSA, “ao ser-em-si alia-se o ser-com-o-outro, que se reconhece no semelhante tributário da mesma dignidade, com quem se estabelece uma ponte comunicante”¹⁵⁰. Assim, “o homem é incapaz de se realizar plenamente no isolamento. Necessita do outro, da abertura dialogante”¹⁵¹.

O homem apenas se satisfaz em comunidade, e para se afirmar enquanto ser humano no meio em que vive necessita encontrar oportunidades de socialização e comunicação¹⁵².

Tal como dito por ALBUQUERQUE MATOS, a comunicação é condição indispensável ao desenvolvimento das relações pessoais, pressuposto necessário para afirmação do homem como pessoa. Pois é apenas em comunidade que o homem pode

¹⁴⁵ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Teoria Geral*, 2015, op. cit., p. 231-232.

¹⁴⁶ MATOS, Filipe Miguel Cruz De Albuquerque. *Responsabilidade Civil por...*, op. cit., p. 45.

¹⁴⁷ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil – Teoria Geral*, 2000, op. cit., p. 46-47.

¹⁴⁸ SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de Sousa, *O direito geral de personalidade*, 2011, op. cit., p. 184.

¹⁴⁹ SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de Sousa. *O direito geral de personalidade*, 2011, op. cit., p. 184.

¹⁵⁰ BARBOSA, Mafalda Miranda. *Litigiosidade Jurídico-Religiosa*, Possibilidade de tutela civilística do sentimento religioso, Principia Editora, 2015, p. 144.

¹⁵¹ BARBOSA, Mafalda Miranda. *Litigiosidade*, op. cit., p. 144.

¹⁵² MATOS, Filipe Miguel Cruz de Albuquerque. *Responsabilidade Civil por...*, op. cit., p. 10-13.

afirmar a sua liberdade em todos os campos de concretização e é através dessa convivência que o homem adquire consciência da sua igualdade perante os outros¹⁵³.

Perceber o nosso semelhante faz-nos capazes de reconhecimento próprio, e, por isso, “o olhar derramado sobre ele deverá estar maculado pela sua ineliminável dignidade ética com que a nós mesmos, dialeticamente, passamos a conceber”¹⁵⁴.

Apesar da singularidade e individualidade, é somente em sociedade que o homem se encontra unido aos seus semelhantes. Assim, a liberdade e a igualdade formam o núcleo da natureza humana, refletindo na sua autonomia individual¹⁵⁵.

Segundo MAFALDA MIRANDA BARBOSA, “não é o encontro do Eu com o Tu que permite fundar o deve ser. Mas já será o encontro do Eu que olha para o Tu no sentido do respeito, o encontro do Eu que, reconhecendo-se como pessoa, dotada de uma ineliminável dignidade ética, vê no Tu um semelhante igual a si”¹⁵⁶.

Reconhecer a liberdade do homem e igualmente a sua responsabilidade faz surgir um mínimo de sentido com base no qual o jurídico se solidifica e cumpre o seu papel no todo social¹⁵⁷. Já a ordem social tem por escopo servir a realização do homem. Portanto, é aí que notamos os valores sociais como complemento da pessoa.

O homem não consegue viver no isolamento do seu subjetivismo, sendo necessário o encontro do outro para sua plena realização. Nesse sentido, a liberdade deixar de ser vista de um ângulo negativo para necessitar de uma interpretação positiva, a qual se traduz na possibilidade de autodeterminação¹⁵⁸.

Nesse diapasão, “a liberdade só o é verdadeiramente, enquanto dimensão ontológica da pessoa, se ela não a descaracterizar, isto é, se for e enquanto for manifestação da pessoalidade de quem a reivindica”¹⁵⁹.

Isto é, a liberdade não se resume a uma escolha no escuro dentre duas possibilidades de ação. A decisão livre acarreta que a pessoa nunca possa restringir sua escolha pelo absoluto conhecimento das consequências de sua ação, não podendo escolher algo no vazio, sem critérios. Antes é necessário verificar uma referência de sentido. Dessa

¹⁵³ MATOS, Filipe Miguel Cruz de Albuquerque. *Responsabilidade Civil por...*, op. cit., p. 10-13.

¹⁵⁴ BARBOSA, Mafalda Miranda. *Litigiosidade*, op. cit., p. 145.

¹⁵⁵ MATOS, Filipe Miguel Cruz de Albuquerque. *Responsabilidade Civil por...*, op. cit., p. 10-13.

¹⁵⁶ BARBOSA, Mafalda Miranda. “Dignidade e autonomia...”, op. cit., p. 257.

¹⁵⁷ BARBOSA, Mafalda Miranda. “Dignidade e autonomia...”, op. cit., p. 255.

¹⁵⁸ BARBOSA, Mafalda Miranda. “Dignidade e autonomia...”, op. cit., p. 256.

¹⁵⁹ BARBOSA, Mafalda Miranda. “Dignidade e autonomia...”, op. cit., p. 244.

forma, uma decisão “qualquer que ela seja – pode ser explicada e fundamentada, havendo infundáveis – e quantas vezes insindicáveis – motivos para cumprir tal desiderato”¹⁶⁰.

Nesse sentido, o direito subjetivo enquanto fundamento da liberdade deixa de ter como alicerce a vontade determinante num “quero, posso e mando” e passa a ter como alicerce o reconhecimento da impossibilidade de supressão da dignidade ética do ser humano¹⁶¹.

Sendo o direito subjetivo uma forma de afirmação da autonomia pessoal, “implica que, na sua atuação livre, o sujeito não esqueça os laços que o unem ao tu, sob pena de cair num abuso de liberdade (...)”. Isto é, “o sujeito não pode atentar contra a sua própria dignidade, contra a sua personalidade”¹⁶².

2.3. Direito subjetivo

O Código Civil português não traz expressamente uma definição do que é o direito subjetivo. A doutrina se encarregou de alcançar esta conceituação. Particularmente, parecia não haver consenso de pontos de vista quanto aos direitos de personalidade como direitos subjetivos, devido não ser possível vislumbrar as características que inerem aos direitos especiais da personalidade, quais sejam, a integridade física, a saúde, a imagem e a vida. E também pela impossibilidade jurídica da pessoa figurar paralelamente como sujeito e objeto de direitos.

Os direitos de personalidade têm por objeto a pessoa em si, e todos os direitos que visam dar conteúdo à personalidade podem ser chamados direitos da personalidade. Esta conceituação é dada a aqueles direitos subjetivos cuja atribuição é a personalidade em especial, constituindo o “*minimum*” necessário e imprescindível ao seu conteúdo¹⁶³.

O objeto dos direitos da personalidade não é exterior ao sujeito, diferentemente dos outros bens que são possíveis objetos de direito. Esta “não exterioridade” não quer dizer “identidade”, visto que o “modo de ser da pessoa” não é o mesmo que dizer a “pessoa”. Para ADRIANO DE CUPIS a identidade de sujeito e de objeto pode manifestar-se considerando como objeto a própria pessoa. É a teoria segundo a qual os direitos de

¹⁶⁰ BARBOSA, Mafalda Miranda. “Dignidade e autonomia...”, op. cit., p. 244.

¹⁶¹ BARBOSA, Mafalda Miranda. “Dignidade e autonomia...”, op. cit., p. 279 – 280.

¹⁶² BARBOSA, Mafalda Miranda. “Dignidade e autonomia...”, op. cit., p. 279 – 280.

¹⁶³ CUPIS, Adriano. *Os direitos da Personalidade*, op. cit., p. 17.

personalidade se restringiram ao “*jus in se ipsum*”¹⁶⁴. Esta teoria vai contra as características dos direitos subjetivos¹⁶⁵.

O autor conclui que o que prejudicava a teoria do *jus in se ipsum* não era a sua inadmissão, mas o seu vício de construção.

Nesse diapasão, os direitos de personalidade surgem como uma nova perspectiva, se enquadrando na categoria do *ser* e não do *ter*. Assim, pode-se afirmar que os direitos de personalidade tutelam tudo que é particular ao ser da pessoa, podendo ser caracterizado como direito subjetivo, conforme sugere ADRIANO DE CUPIS¹⁶⁶:

“Os direitos da personalidade constituem uma categoria autônoma no sistema dos direitos subjectivos. Esta autonomia deriva tanto do carácter de essencialidade que lhes é próprio, como da configuração particular do objeto (de que deriva aquele mesmo carácter de essencialidade), como ainda daquele ulterior carácter especial da sua fisionomia.

Só nas mais vastas categorias dos direitos subjectivos (direitos privados, não patrimoniais, absolutos) podemos integrar os direitos da personalidade; em nenhuma das outras que naquelas se contém, podem ser incluídos. Por consequência, deve reconhecer-se a este plena dignidade de categoria autônoma.”

Também PEDRO PAIS DE VASCONCELOS¹⁶⁷ afirma que:

“A idade moderna construiu a teoria dos critérios subjectivos como defesa da pessoa – de cada pessoa – da sua liberdade e dignidade, contra a opressão do Estado e as agressões dos outros. O direito subjectivo vem a dar a defesa da personalidade e da dignidade humana um poderosíssimo instrumento.”

Isto é, o poder de cada um exigir o respeito da sua própria personalidade e da sua própria dignidade, para que não apenas se espere pelo Estado no cumprimento do seu dever de proteger a dignidade de cada pessoa. De fato, sabemos que cabe ao Estado objetivamente proteger a dignidade humana, contudo, não é possível suprimir ou limitar o direito subjetivo de cada um de proteger a sua personalidade e a sua dignidade, independentemente do Estado e mesmo contra o Estado¹⁶⁸.

Nesse sentido, o direito subjetivo se apresenta como o direito da pessoa em “defender a dignidade própria, a exigir o seu respeito e a lançar mão dos meios juridicamente lícitos que sejam necessários, adequados e razoáveis para que essa defesa

¹⁶⁴ Numa tradução livre: direito sobre a própria pessoa.

¹⁶⁵ CUPIS, Adriano. *Os direitos da Personalidade*, op. cit., p. 23.

¹⁶⁶ CUPIS, Adriano. *Os direitos da Personalidade*, op. cit., p. 31.

¹⁶⁷ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Teoria Geral*, 2012, op. cit., p. 37.

¹⁶⁸ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Teoria Geral*, 2012, op. cit., p. 37.

tenha êxito”¹⁶⁹. Esses poderes são representados em poderes jurídicos existente na esfera de cada pessoa, inerentes à qualidade humana e cujo exercício é livre e depende da autonomia de cada um.

Para ANTÔNIO MENEZES CORDEIRO¹⁷⁰, a concepção de direito subjetivo seria de “permissão normativa específica de aproveitamento de um bem”.

Nessa perspectiva, o jurista afirma que o direito de personalidade é um espaço de liberdade concedido ao sujeito, ou seja, não há permissões absolutas e totais. Por exemplo, o direito de personalidade a vida que para ser um verdadeiro direito se permitiria o suicídio, o que não pode ser. Assim, o direito à vida consagrado pelos direitos de personalidade dão ao sujeito a oportunidade de várias formas de aproveitamento¹⁷¹.

CAPELO DE SOUSA adota a definição de direito subjetivo de ORLANDO DE CARVALHO nos seguintes termos: “mecanismo de regulamentação, adoptado pelo direito, que consiste na concreta situação de poder que faculta a uma pessoa em sentido jurídico pretender ou exigir de outra um determinado comportamento positivo ou negativo”¹⁷². O qual pode ser aplicado à conceituação de direito geral de personalidade.

Também para LUÍS A. CARVALHO FERNANDES¹⁷³, os direitos de personalidade são caracterizados como direitos subjetivos. Ou seja, um poder jurídico conferido a certa pessoa, em vista da realização de um interesse próprio, assegurada por meios de tutela específica.

Já CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO define o direito subjetivo em sentido estrito como “o poder jurídico (reconhecido pela ordem jurídica de uma pessoa) de livremente exigir ou pretender de outrem um comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão)”. Só estamos diante de um direito subjetivo, quando o exercício do poder jurídico “está dependente da vontade do seu titular”¹⁷⁴.

Por sua vez, MAFALDA MIRANDA BARBOSA¹⁷⁵ ensina que:

¹⁶⁹ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Teoria Geral*, 2012, op. cit., p. 39.

¹⁷⁰ CORDEIRO, Antônio Menezes, *Tratado de Direito Civil Português*, V. I, T. III, Pessoas, 2ªed., Coimbra, Almedina, 2002, p. 83.

¹⁷¹ CORDEIRO, Antônio Menezes, *Tratado de Direito Civil Português*, V. I, T. III, 2002, op. cit., p. 83.

¹⁷² CARVALHO, de Orlando, *Teoria geral*, 1981, p. 85, apud SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de. *O direito geral de personalidade*, 1995, op. cit., p. 606.

¹⁷³ FERNANDES, Luís A. Carvalho. *Teoria Geral Do Direito Civil*, 5ª ed., Universidade Católica Editora, Lisboa 2009, p. 224.

¹⁷⁴ PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral do direito civil*, 4ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2005, p. 178-179.

¹⁷⁵ BARBOSA, Mafalda Miranda. “Dignidade e autonomia...”, op. cit., p. 278-281.

“O direito subjetivo (seja ou não um direito de personalidade) radica na pessoa e não no indivíduo, pelo que ele nunca encerrará o seu titular sobre si mesmo (antes o fazendo comunicar com os seus semelhantes). Na verdade, o direito subjetivo não é apenas fonte de poderes, exercidos de acordo com uma vontade arbitrária, mas é também fonte de deveres; (...), o direito subjetivo tem um determinado fundo ético-axiológico (tal como o direito objetivo)”.

Nesse sentido, como nos ensina a autora, o direito de personalidade deve ser visto com um direito firmado na pessoa e não no indivíduo. Assim, a pessoa possui direitos e deveres sendo responsáveis pelos seus atos, não podendo invocar um direito de personalidade para sustentar um comportamento que contraria a sua estrutura normativa. Pois, apesar de o direito subjetivo ser conceitualmente um poder de vontade, não pode ser uma vontade arbitrária e sem sentido, mas deve ser uma vontade valorativamente sustentada¹⁷⁶.

Legalmente, o artigo 70º do Código Civil concede à pessoa o poder de exigir de qualquer pessoa o respeito da sua personalidade, especificamente através das inúmeras garantias jurídicas (responsabilidade civil e as providências do n.º 2 do artigo 70º do Código Civil), bem como, se abster de atuações (*non facere*) que violem ou ameacem violar a sua personalidade¹⁷⁷.

Nesse sentido, temos que o direito geral de personalidade é indiscutivelmente um direito subjetivo privado, em que a vida, a integridade física, a honra, a liberdade, e assim por diante, atendem interesses e necessidades únicas da pessoa considerada em si mesmo; e ficam incluídos na esfera de *utilitas* privada¹⁷⁸.

Pode-se afirmar ainda que os direitos subjetivos, geral e especial da personalidade, possuem uma tutela mais forte do que os demais direitos subjetivos, conforme disposição do artigo 70º, n.º 2 do Código Civil Português¹⁷⁹.

2.4. A tutela da liberdade em sentido amplo

O direito ao bem da liberdade humana está consagrado no artigo 70.º do Código Civil Português em que é tutelado o direito geral da personalidade, bem como no artigo 27º, n.º1, da Constituição da República Portuguesa¹⁸⁰.

¹⁷⁶ BARBOSA, Mafalda Miranda. “Dignidade e autonomia...”, op. cit., p. 278-281.

¹⁷⁷ SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de. *O direito geral de personalidade*, 1995, op. cit., p. 609.

¹⁷⁸ CUPIS, Adriano. *Os direitos da Personalidade*, op. cit., p. 27.

¹⁷⁹ SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de. *O direito geral de personalidade*, 1995, op. cit., p. 615.

¹⁸⁰ A Constituição da República Federativa do Brasil garante a todos o direito à liberdade, em seu artigo 5º.

Emana da autonomia individual do homem, o qual é considerado como um direito geral da personalidade e como direito fundamental¹⁸¹: “Qualquer forma de liberdade se traduz num valor inerente a dignidade da pessoa humana, por quanto à autonomia individual supõe indefectivelmente os atributos da liberdade e da igualdade. Trata-se, com efeito, de um valor inerente à personalidade humana”¹⁸².

Segundo CAPELO DE SOUSA¹⁸³, a liberdade parece ser entendida como:

“todo o poder de autodeterminação do homem, ou seja, todo o poder que o homem exerce sobre si mesmo, auto-regulando o seu corpo, o seu pensamento, a sua inteligência, a sua vontade, os seus sentimentos e o seu comportamento, tanto na ação como na omissão, nomeadamente auto-apresentando-se como ser livre, criando, aspirando e aderindo aos valores que reputa válidos para si mesmo, escolhendo as suas finalidades, ativando suas forças e agindo ou não agindo por si mesmo.”¹⁸⁴

Nesse sentido, o homem constantemente vai-se aperfeiçoando à medida que tem o poder de se transformar internamente, segundo suas concepções, bem como externamente, na transformação em consonância com o mundo¹⁸⁵.

A liberdade civilmente tutelada não possui um rol normativo discriminativo, perante a consequência de recusar a sua respectiva liberdade, todavia, se trata de um bem legalmente protegido na sua essência, controle e significado próprio, particularmente tutelado na sua intrínseca e natural conexão ao correspondente titular¹⁸⁶.

Nesse diapasão, não é apenas uma liberdade interior, mas também uma liberdade exterior, a qual implica no princípio da igualdade em que deve haver um equilíbrio jurídico no relacionamento de cada homem com os demais¹⁸⁷.

De fato, o direito de personalidade de cada pessoa encontra limites na tutela de proteção das demais personalidades da nossa sociedade, frente a iguais bens ou iguais direitos sobre os mesmos bens. Dessa forma, a liberdade não se confunde nem se pauta no livre arbítrio, o homem é livre para exercer suas atividades desde que não esbarre na oportunidade do próximo também o fazer. A liberdade de cada um acaba onde começa a

¹⁸¹ Segundo Capelo de Sousa o direito a liberdade consagrado na Constituição da Republica Portuguesa tem um âmbito mais circunscrito do que o referido no Código Civil direitos de personalidade. Cfr. *O direito geral de personalidade*, 2011, op. cit., p. 256.

¹⁸² MATOS, Filipe Miguel Cruz de Albuquerque. *Responsabilidade Civil por...*, op. cit., p. 66.

¹⁸³ SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de Sousa. *O direito geral de personalidade*, 2011, op. cit., p. 258.

¹⁸⁴ SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de Sousa. *O direito geral de personalidade*, 2011, op. cit., p. 258.

¹⁸⁵ SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de Sousa. *O direito geral de personalidade*, 2011, op. cit., p. 258.

¹⁸⁶ SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de Sousa. *O direito geral de personalidade*, 1995, op. cit., p. 259.

¹⁸⁷ “A liberdade é a possibilidade de se fazer o que se quiser salvo se for proibido pelo direito”. Cfr. CORDEIRO. António Menezes. *Tratado de Direito Civil Português*, V. I, T III, 2002, op. cit., p. 21.

liberdade dos outros¹⁸⁸. A liberdade de cada um está desde logo “limitada por deveres que a pessoa tem para consigo mesma para obter essa mesma liberdade e por deveres para com as particulares liberdades e a liberdade geral de ação das outras pessoas”¹⁸⁹.

Na verdade, o direito civil português trata o poder de autodeterminação do homem sob dois prismas: a liberdade negativa, reprimindo que qualquer pessoa possa ser impelida por outrem a realizar ou a deixar de realizar fatos mesmo que seja para a concretização de um direito de terceiro; e a liberdade positiva, concordando que cada um execute ou deixe de executar qualquer fato “que não seja proibido ou prejudicado por superiores direitos ou interesses jurídicos de outrem, pela boa fé, pelos bons costumes, pelos princípios da ordem pública e pelo próprio fim social ou econômico do exercício da liberdade”¹⁹⁰.

O Direito Civil Português garante a liberdade em vários aspectos, com um conteúdo em larga medida definível, porém, não taxativo.

Dentro do direito geral de liberdade existem subdivisões de manifestações: “as liberdades físicas, as liberdades espirituais, as liberdades sócio-culturais, as liberdades sócio-económicas, e as liberdades sócio-políticas”¹⁹¹.

Nesse momento, nos interessa o estudo da liberdade de expressão e, como afirma ALBUQUERQUE MATOS, a liberdade de expressão constitui características sólidas da pessoa humana sendo formada pela sua faculdade comunicativa e pelo espaço comunitário onde pode se afirmar¹⁹².

Dessa forma, o convívio do homem em sociedade faz desenvolver sua capacidade interativa, ampliando sua percepção no mundo e tornando-o um ser ético, digno, livre e responsável.

¹⁸⁸ SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de Sousa. *O direito geral de personalidade*, 2011, op. cit., p. 259.

¹⁸⁹ SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de Sousa. *O direito geral de personalidade*, 2011, op. cit., p. 259.

¹⁹⁰ SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de Sousa. *O direito geral de personalidade*, 2011, op. cit., p. 259-260.

¹⁹¹ SOUSA Rabindranath V. A. Capelo de Sousa, *Conflitos entre a liberdade de imprensa e a vida privada*, Coimbra, Coimbra Editora, 1998. P. 77.

¹⁹² MATOS, Filipe Miguel Cruz de Albuquerque. *Responsabilidade Civil por...*, op. cit., p 13.

2.5. Liberdade de Expressão

A liberdade de expressão tem como princípio fundamental a dignidade da pessoa humana, considerado base de qualquer Estado Democrático de Direito. O ser humano está no centro de todo ordenamento jurídico¹⁹³.

A liberdade de expressão pode ser concebida como um mecanismo de autodefinição e autodeterminação individual, tendo como princípio norteador a dignidade da pessoa humana, enquanto relacionada a “sujeitos livres e responsáveis dotados de competências racionais e moral-práticas insusceptíveis de instrumentalização, objectivação ou comodificação”¹⁹⁴.

Contudo, na medida em que a dignidade da pessoa humana é base fundamental da liberdade de expressão, ela atua também como limite. Assim, é livre o seu exercício, mas deve atentar ao respeito pelos direitos dos outros¹⁹⁵.

Nesse sentido, a dignidade humana assume uma posição de controle, regulando as relações existenciais e os direitos de reconhecimento, consideração e respeito do indivíduo perante a comunidade. Como por exemplo, a limitação de conteúdo de alguns programas de televisão, nomeadamente quando esteja pautada na degradação do ser humano em termos não admitidos¹⁹⁶.

Segundo JONATAS MACHADO, a liberdade de expressão em sentido amplo teria algumas finalidades substantivas: como a procura da verdade, a garantia de um mercado livre de ideias, a participação no processo de autodeterminação democrática, a proteção da diversidade de opiniões, a estabilidade social e a transformação pacífica da sociedade e a expressão da personalidade individual¹⁹⁷.

Dessa forma, a liberdade de expressão poder ser vista como um pressuposto essencial de legitimidade do sujeito, onde cada um pode formar as suas crenças e convicções e comunicá-las aos outros da forma que entender mais apropriada¹⁹⁸.

Nesse sentido, a liberdade de expressão é percebida contextualmente na vida do indivíduo em comunidade, pois é necessário haver o equilíbrio entre as prerrogativas

¹⁹³ MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de Expressão*, op. cit., p. 357.

¹⁹⁴ MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de Expressão*, op. cit., p. 357.

¹⁹⁵ MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de Expressão*, op. cit., p. 360.

¹⁹⁶ MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de Expressão*, op. cit., p. 237.

¹⁹⁷ MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de Expressão*, op. cit., p. 237.

¹⁹⁸ MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de Expressão*, op. cit., p. 286.

individuais e a necessidade da vida coletiva. Presume-se que o indivíduo desenvolve e afirma a sua personalidade mediante a interação comunicativa que cria com os outros, isto é, “que ele desenvolve na comunicação e através da comunicação”, sendo um requisito importante do “seu sentimento de auto-estima e da sua capacidade de escolha racional”¹⁹⁹.

No entendimento de JOSÉ AFONSO DA SILVA, a liberdade de expressão garante a transmissão e a manifestação do livre pensamento, compreendendo, assim, os sentimentos e conhecimentos artísticos, intelectuais e científicos. Dessa forma, sucede da liberdade de pensar, ou de opinar, o poder de uma pessoa discorrer valores sobre os mais variados temas como ciência, religião, arte, política entre outros. Ou seja, é a possibilidade do homem externar o que pensa, fazendo parte da sua autonomia individual e da sua natureza comunitária²⁰⁰.

Segundo CAPELO DE SOUSA²⁰¹,

“Com a liberdade de expressão e de informação garante-se a liberdade de pensamento na sua vertente de inserção social, ou seja, a autodeterminação de cada um exprimir e a divulgar livremente o seu pensamento pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, bem como as autonomias complementares em matéria de cada um poder informar, informar-se ser informado e ainda de poder responder e retificar.”

A cada homem é protegido o direito de formar suas livres aceções sobre os mais variados aspectos do seu cotidiano. Ou seja, ao homem é protegido o poder de pensar e formar suas próprias convicções.

Na mesma direção entende ALBUQUERQUE MATOS²⁰²: a liberdade de expressão garante externar as ideias e opiniões que cada um possui internamente. Conseguimos compreender que há uma linha tênue entre a liberdade de pensamento e a liberdade de expressão, pois a segunda não existiria sem a primeira.

¹⁹⁹ MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de Expressão*, op. cit., p. 360.

²⁰⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, São Paulo: Malheiros Editores LTDA. 8º ed., 1992, p. 229.

²⁰¹ SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de Sousa. *O direito geral de personalidade*, 2011, op. cit., p. 272-274.

²⁰² MATOS, Filipe Miguel Cruz de Albuquerque. *Responsabilidade Civil por...*, op. cit., p. 15.

2.6. Natureza Jurídica

A liberdade de expressão constitui-se como um dos primeiros direitos consagrados pelos movimentos constitucionalistas iniciados no século XVII e XVIII, resultado da luta contra o poder absoluto²⁰³.

O reconhecimento desta liberdade, na qualidade de direito fundamental, evoluiu de tal modo que alcançou consagração nos mais importantes documentos internacionais, como, a 1ª emenda a Constituição Norte Americana²⁰⁴, a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, artigo 19²⁰⁵, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem de 1950, artigo 10²⁰⁶ e a Convenção Americana dos Direitos Humanos de 1969, artigo 13²⁰⁷.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 5º, inciso IV, dispõe “é livre a manifestação do pensamento” e, no inciso IX, “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação”²⁰⁸.

No direito Português, o artigo 37º, nº 1 da Constituição da República Portuguesa preceitua o direito fundamental da liberdade de expressão e informação em que “todos têm o direito de exprimir e divulgar livremente o seu pensamento pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, bem como o direito de informar, de se informar e de ser informados, sem impedimentos nem discriminações”.

²⁰³ MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de Expressão*, op. cit., p. 237.

²⁰⁴ “O congresso não deverá fazer qualquer lei (...) restringindo a liberdade de expressão, ou da imprensa; ou o direito das pessoas de se reunirem pacificamente, e de fazerem pedidos ao governo para que sejam feitas reparações de queixas”.

²⁰⁵ “Todo o indivíduo tem direito à liberdade de opinião e de expressão, o que implica o direito de não ser inquietado pelas suas opiniões e o de procurar, receber e difundir, sem consideração de fronteiras, informações e ideias por qualquer meio de expressão”.

²⁰⁶ “Qualquer pessoa tem direito à liberdade de expressão. Este direito compreende a liberdade de opinião e a liberdade de receber ou de transmitir informações ou ideias sem que possa haver ingerência de quaisquer autoridades públicas e sem considerações de fronteiras. O presente artigo não impede que os Estados submetam as empresas de radiodifusão, de cinematografia ou de televisão a um regime de autorização prévia”.

²⁰⁷ “Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha”.

²⁰⁸ Segundo o Jurista Brasileiro José Afonso da Silva: “A liberdade de comunicação consiste num conjunto de direitos, formas, processos e veículos, que possibilitam a coordenação desembaraçada da criação, expressão e difusão do pensamento e da informação. É o que se extrai dos incisos IV, V, IX, XII, e XIV do art. 5º combinados com os arts. 220 a 224 da Constituição. Compreende ela as formas de criação, expressão e manifestação do pensamento e de informação, e a organização dos meios de comunicação, esta sujeita a regime jurídico especial.” Cfr. SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade da norma constitucional*. 4ª.ed. São Paulo: Malheiros, 2000. P. 247.

A liberdade de expressão, numa concepção juscivilística, pode ser observada num contexto mais amplo, em que a autonomia individual se manifesta como elemento fundamental da personalidade. Assim, a proteção positiva da liberdade de expressão é tutelada no enfoque do artigo 70º do Código Civil Português, como direito geral de personalidade²⁰⁹.

No fundo, a liberdade de expressão deve ser interpretada normativamente na condição de proteger a pessoa em suas mais variadas condutas expressivas: ideias, opiniões, pensamentos, convicções, críticas, juízos de valor sobre quaisquer conteúdos (políticas, desportivas, económicas), independentemente da finalidade (eleitoral, comercial, etc.) e até mesmo padrão valorativo (verdade, justiça, beleza, critério de racionalidade). Em contrapartida, abarca também a forma utilizada para manifestar a expressão (palavra escrita ou falada, real ou virtual, imagem, gesto, caricatura sátira, ironia) o que assegura uma tutela abrangente dos novos meios de expressão, designadamente as redes sociais.²¹⁰

Visto num sentido amplo, o direito a liberdade expressão compreende atualmente um grupo de direitos fundamentais que a doutrina denomina como liberdades comunicativas ou liberdades da comunicação. Para JONATAS MACHADO o direito a liberdade de expressão num sentido amplo deve ser considerada como “*direito mãe, cluster right* ou *background right*” de todas as outras liberdades comunicativas²¹¹.

Definir a liberdade de expressão em sentido amplo, a princípio, é uma tarefa teoricamente impossível. A problemática que impede qualquer construção conceitual desta liberdade é a diversidade de bens e valores que englobam o seu domínio²¹².

Ainda assim, a doutrina aponta uma dimensão subjetiva e uma dimensão objetiva da liberdade de expressão, referindo um duplo caráter. A dimensão subjetiva abrange uma dimensão negativa, de defesa contra interferências estaduais; e uma dimensão positiva, em que é dever do Estado assegurar a proteção do direito a liberdade de expressão contra agressões de quem quer que seja. Mas também presumindo um dever de proteção e abstenção dos poderes públicos, em que se procura assegurar uma zona de liberdade e conforto ao titular do direito²¹³. A dimensão objetiva, por sua vez, apresenta-se com um

²⁰⁹ MATOS, Filipe Miguel Cruz de Albuquerque, *Responsabilidade Civil por...*, op. cit., p 24.

²¹⁰ BRITO, Iolanda A. S. Rodrigues de. *Liberdade de Expressão e Honra das Figuras Públicas*, 1ª ed. Coimbra Editora, 2010, p. 33.

²¹¹ MACHADO, Jónatas E. M., *Liberdade de Expressão*, op. cit., p. 371-372.

²¹² MACHADO, Jónatas E. M., *Liberdade de Expressão*, op. cit., p. 372-373.

²¹³ MACHADO, Jónatas E. M., *Liberdade de Expressão*, op. cit., p. 379.

sentido negativo de defesa perante o Estado e também com um sentido positivo em que atua na sua função democrática promocional da “formação de opinião pública e da vontade política, no dever de proteção de minorias e na garantia de uma esfera de discurso público aberta e pluralista”²¹⁴.

2.7. Liberdade de Expressão como um direito subjetivo

Há grande dificuldade em estabelecer direitos que versam sobre a personalidade como direitos subjetivos, conforme já estudamos.

No que diz respeito à liberdade de expressão, qualquer forma de liberdade se traduz num valor inerente à dignidade da pessoa humana, porquanto a autonomia individual supõe os atributos da igualdade e da liberdade²¹⁵.

A liberdade de expressão pode ser entendida como uma realidade inerente à pessoa, podendo ser vista como um bem para que a mesma possa alcançar os fins plenos da sua realização. Em síntese, o direito subjetivo representa um instrumento de afirmação da autonomia individual. Dessa forma, o direito subjetivo garante ao seu titular a decisão pelo exercício ou pelo não exercício das faculdades específicas do seu direito²¹⁶.

Decidir por divulgar ou não determinados juízos de valor ou informações, e antes disso orientar o pensamento de acordo com determinada perspectiva ou sentido valorativo, constituem clara manifestações de exercício do poder de autodeterminação de cada indivíduo²¹⁷.

Para JONATAS MACHADO o direito a liberdade de expressão está revestido de subjetividade e autonomia, pois “numa sociedade aberta e pluralista, em que se pretende a criação de uma esfera de discurso público *desinibida, robusta e amplamente aberta*, não há dúvida de que a liberdade de expressão deve ser interpretada nesse sentido”. Assim, torna-se insignificante as opiniões de “natureza racional, emocional, sensual ou ficcional dos conteúdos expressivos, bem como as motivações políticas, econômicas, culturais ou lúdicas, que lhes estejam subjacentes”²¹⁸.

²¹⁴ MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de Expressão*, op. cit., p. 382-384.

²¹⁵ MATOS, Filipe Miguel Cruz de Albuquerque *Responsabilidade Civil por...*, op. cit., p. 30.

²¹⁶ MATOS, Filipe Miguel Cruz de Albuquerque. *Responsabilidade Civil por...*, op. cit., p. 68.

²¹⁷ MATOS, Filipe Miguel Cruz de Albuquerque. *Responsabilidade Civil por...*, op. cit., p. 36.

²¹⁸ MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de Expressão*, op. cit., p. 418.

E conclui que o direito à liberdade de expressão deve garantir não só a circulação de ideias de interesse público ou ênfase política, mas deve assegurar toda a comunicação dos mais variados domínios e temas da vida social.

A liberdade de expressão se apresenta com um centro de natureza eclética, reconhecida pela variedade de faculdades e poderes em que se realiza.

Nesse sentido, ALBUQUERQUE MATOS²¹⁹ sugere uma “panóplia ilimitada” de poderes que integram o âmbito da dimensão positiva da liberdade de expressão. E questiona se, diante dessa natureza vasta que demonstra, a liberdade de expressão pode ser visualizada como um verdadeiro direito subjetivo ou se pode ser qualificada como um “Direito quadro” (*Rahmenrecht*).

Segundo o autor, o seu objeto é indeterminado e genérico, não apenas por ser configurado como uma concreta situação de poder, mas por ser visto como um direito-quadro, isto é, uma fonte de inúmeros poderes e faculdades jurídicas.

Nesse sentido, as principais manifestações essenciais da liberdade de expressão são de um modo geral delimitadas em razão do seu conteúdo, caracterizando-se mesmo como direitos subjetivos²²⁰. Contudo, o caráter indefinido e ilimitado desta liberdade impede a sua caracterização como direito subjetivo.

Para ALBUQUERQUE MATOS a liberdade de expressão configura-se como um “poder de poder”, proveniente da vasta panóplia de direitos subjetivos derivados do seu valor fundamental. E cita como exemplo o fato de não se poder negar a ninguém a liberdade de expressão artística, mesmo quando o seu titular nunca venha realizar qualquer criação desta natureza. Como também é livre o direito de divulgar informações, de livre investigação histórica e científica, de fundar meios de comunicação social e etc. Pois são direitos inerentes à pessoa e a ela é dado o “poder de poder” exercê-lo ou não²²¹.

A liberdade de expressão, caracterizada como um direito geral de personalidade tem natureza de direito indisponível, irrenunciável, *erga omnes* e de caráter extrapatrimonial. Pois trata-se de um valor específico da personalidade, tendo em vista não ser um atributo concebido pelo direito. Assim, “a liberdade de expressão pode ser

²¹⁹ MATOS, Filipe Miguel Cruz de Albuquerque. *Responsabilidade Civil por...*, op. cit., p. 75-78.

²²⁰ MATOS, Filipe Miguel Cruz de Albuquerque. *Responsabilidade Civil por...*, op. cit., p. 88.

²²¹ MATOS, Filipe Miguel Cruz de Albuquerque. *Responsabilidade Civil por...*, op. cit., p. 95.

entendida como uma realidade inerente ao homem, susceptível de ser perspectivada como um “bem” para este poder alcançar os fins plenos da sua realização”²²².

O ordenamento jurídico admite, aos titulares desses poderes, uma posição de supremacia no uso dos bens da personalidade. E impõe aos sujeitos passivos da relação comunitária a adoção de comportamentos negativos (*non facere*). Nesse sentido, em relação aos direitos de personalidade, vislumbra-se uma obrigação geral de abstenção e de respeito²²³.

Por se tratar de um direito de personalidade elevado à categoria de direito fundamental constitucionalmente protegido, o seu efeito é assegurado tanto nas relações privadas como entre os poderes públicos. E os sujeitos titulares das faculdades de exercício da liberdade de expressão são caracterizados pela sua generalidade, pois, qualquer pessoa pode se representar como núcleo de arguição destes poderes²²⁴.

Apesar da pluralidade da figura “liberdade”, a liberdade de expressão é caracterizada como direito subjetivo quando se posiciona na livre circulação de informações e de críticas de realidades fatuais, enquanto inseridas na generalidade dos direitos da personalidade. Contudo, mesmo que se perceba não estar diante de um direito subjetivo, mas de um direito-quadro, não se extingue a possibilidade de averiguação através do abuso do direito²²⁵.

2.8. Liberdade de expressão e a liberdade de informação

J.J. GOMES CANOTILHO²²⁶ distingue a liberdade de expressão da liberdade de informação: a primeira como a possibilidade de exprimir e divulgar livremente as suas ideias ou opiniões e a segunda como a transmissão de informações.

A liberdade de expressão engloba um âmbito normativo extenso e, além de incluir os meios de expressões (palavra, imagem ou qualquer outro meio), inclui também qualquer forma e estilo de expressão²²⁷.

²²² MATOS, Filipe Miguel Cruz de Albuquerque. *Responsabilidade Civil por...*, op. cit., p. 66.

²²³ MATOS, Filipe Miguel Cruz de Albuquerque. *Responsabilidade Civil por...*, op. cit., p. 50-59.

²²⁴ MATOS, Filipe Miguel Cruz de Albuquerque. *Responsabilidade Civil por...*, op. cit., p. 60-62.

²²⁵ MATOS, Filipe Miguel Cruz de Albuquerque. *Responsabilidade Civil por...*, op. cit., p. 60-62.

²²⁶ CANOTILHO J.J. Gomes / MOREIRA, Vital, *Constituição da Republica Portuguesa Anotada*, V. I, 4ª ed., Coimbra Editora, 2014, p. 571-572

²²⁷ CANOTILHO J.J. Gomes / MOREIRA, Vital, *Constituição...*, op. cit., p. 571-572

Já ALBUQUERQUE MATOS²²⁸ define a trilogia dita na parte final do artigo 37º da Constituição da República Portuguesa: “o direito de informar, de se informar e de ser informado”. O poder de informar abrange a liberdade de expressão, que se traduz nos emissores de notícias, os quais divulgam as informações ou juízos de valores, fazendo assim um papel ativo na circulação dessas mensagens. Em seguida temos o poder de se informar, fundamentado na liberdade de acesso aos meios de comunicação, o qual assegura o direito do ser humano de se manter informado, permitindo sua livre concepção a cerca da sociedade na qual está inserido. Por fim, o direito a ser informado que tem particular semelhança com o direito de se informar, pois também é instrumento importantíssimo na garantia da liberdade de pensamento²²⁹.

Percebemos assim que a liberdade de pensamento traduz-se na racionalidade do homem enquanto ser livre para discernir e formar opiniões sobre os aspectos sociais em que vive. A liberdade de expressão garante ao homem a proteção para que possa exprimir e divulgar livremente o seu pensamento.

Para JONATAS MACHADO²³⁰, o “direito de informar, de se informar e de ser informado” são direitos fundamentais na construção da opinião pública e juízos de valor.

O autor chama atenção ao direito de informar, que possui um valor destacado para as pessoas, numa fase em que há uma maior interatividade de comunicação, onde a ideia de “partilha da informação” propõe assumir uma importância cada vez maior. Com o crescimento do uso de dispositivos tecnológicos, com câmeras fotográficas e vídeos, tudo contribui para a proliferação das ocorrências em que os indivíduos são os primeiros expectadores de situações de interesse público, chamando à atenção a questão de sua proteção enquanto tais²³¹.

O direito de se informar, por sua vez, tem relação com a dignidade da pessoa humana, inspirada na Lei Alemã, que visa proteger:

“O acesso a um conjunto de informação geralmente acessíveis tão amplos quanto possível, do ponto de vista activo, enquanto procura da informação,

²²⁸ MATOS, Filipe Miguel Cruz de Albuquerque, *Responsabilidade Civil por...*, op. cit., p. 29-30.

²²⁹ Este princípio serve como base de justificação para a existência de um “serviço público de rádio e de televisão, ou, pelo menos, de uma criteriosa regulamentação das atividades jornalísticas, de radiofusão, e de radiotelevisão, no sentido de garantir um serviço informativo e formativo de qualidade”. Cfr. MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de Expressão*, op. cit., p. 476.

²³⁰ MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de Expressão*, op. cit., p. 472-486.

²³¹ MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de Expressão*, op. cit., p. 472-486.

e do ponto de vista passivo, enquanto possibilidade de recepção da informação, independentemente do tema que esteja em causa²³²”.

O seu principal objetivo é evitar qualquer limitação de acesso aos cidadãos de quaisquer fontes de informação²³³.

Já o direito de ser informado tem papel principal ante a democracia, pois o cidadão bem informado tem possibilidades de construir o seu próprio juízo de valor e de participar efetivamente do processo democrático.

Em suma, as liberdades de informação “constituem garantias indeclináveis para o funcionamento da democracia, os *mass media*, com seus múltiplos meios de intervenção, interferem nos mais variados domínios da vida social”²³⁴.

A liberdade de expressão e de informação tem como dever construir as bases que compõem uma sociedade democrática, como exigência para o seu progresso, bem como para a realização da autonomia individual. É um meio importante para desenvolvimento da democracia, compondo um dos mais significativos meios de gerência do exercício dos poderes políticos, econômicos e sociais. Contudo, não se limita apenas a possibilitar a participação da população na gerência da vida política, mas, da mesma forma, viabiliza o convívio social através da cultura, da religião da educação e etc.

ALBUQUERQUE MATOS²³⁵ realiza uma crítica quanto à possibilidade de manipulação da população através dos meios de comunicação. A liberdade de expressão e informação, enquanto princípio estruturante de um Estado de Direito democrático, converte-se num meio privilegiado de manipulação da opinião pública, concedido aos detentores do poder político e econômico. Assim:

“num universo cultural dominado por uma racionalidade científico-tecnológica, a ânsia desenfreada de acumulação quantitativa de dados tem determinado uma perda progressiva da dimensão reflexiva acerca do sentido da existência humana, e do espaço de apreciação críticas do sentido e referências culturais²³⁶”.

²³² MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de Expressão*, op. cit., p. 478.

²³³ Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, Liberdade de Expressão, artigo 10º: Qualquer pessoa tem direito à liberdade de expressão. Este direito compreende a liberdade de opinião e a liberdade de receber ou de transmitir informações ou ideais sem que possa haver ingerência de quaisquer autoridades públicas e sem considerações de fronteiras. O presente artigo não impede que os Estados submetam as empresas de radiodifusão, de cinematografia ou de televisão a um regime de autorização prévia.

²³⁴ MATOS, Filipe Miguel Cruz de Albuquerque. *Responsabilidade Civil por...*, op. cit., p. 104.

²³⁵ MATOS, Filipe Miguel Cruz de Albuquerque. *Responsabilidade Civil por...*, op. cit., p. 104-107.

²³⁶ MATOS, Filipe Miguel Cruz de Albuquerque. *Responsabilidade Civil por...*, op. cit., p. 105.

Os expectadores a quem são dirigidas as informações são atualmente “uma massa anônima, um público indiscriminado, comportando-se como sujeitos amputados de liberdade crítica que docilmente assimilam qualquer mensagem”²³⁷.

No campo das sociedades democráticas, onde é inegável o valor da opinião pública, o poder político visa e domina a manipulação desses meios de informações. Pois, quem dominar os meios de comunicação social detém uma forte ferramenta de controle das mensagens disseminadas a um público ilimitado, que pode ser primordial na formação da opinião pública²³⁸.

A manipulação pelos meios de comunicação é um fato real e está particularmente relacionado ao desejo de supremacia do poder. Quando os meios de comunicação ultrapassam a sua finalidade útil e social atingem prejudicialmente a sociedade, deturpando e influenciando convicções, opiniões e juízos de valor. Aceitamos o exercício da liberdade de expressão pelos meios de comunicação quando pautado nesse desejo de formação de opiniões livre de qualquer influência negativa apenas se atendo como ferramenta de divulgação de informação numa sociedade justa e democrática.

2.8.1. O surgimento das novas tecnologias como crescimento do sistema social de comunicação

A comunicação em massa teve seu início em meados do século XIX. A revolução industrial, com suas tecnologias mecânicas, linhas de produção e economias de escala, teve fundamental influência na forma como se produzia e distribuía a informação. Há quem se refira à revolução industrial como sendo uma revolução das comunicações²³⁹.

Nesse sentido, a imprensa foi-se consolidando, deixando de ser artesanal e passando a ser industrial. Com isso, observou-se um aumento considerável na facilidade de circulação de informações, o que gerou publicações com conteúdos mais variados, com outros formatos e com mais regularidade²⁴⁰.

A imprensa dessa época servia os desejos da burguesia em ascensão, porém, na realidade é que a mesma dava voz aos trabalhadores, contribuindo para o desenvolvimento

²³⁷ MATOS, Filipe Miguel Cruz de Albuquerque *Responsabilidade Civil por...*, op. cit., p. 106.

²³⁸ MATOS, Filipe Miguel Cruz de Albuquerque. *Responsabilidade Civil por...*, op. cit., p. 106.

²³⁹ MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de Expressão*, op. cit., p. 54.

²⁴⁰ MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de Expressão*, op. cit., p. 54.

da sua autoconsciência. Com isso, a “imprensa radical ou imprensa dos pobres” aumenta surpreendentemente, fato que levou a algumas restrições a liberdade de expressão²⁴¹.

Com os progressos técnicos nos transportes, nas comunicações, na energia e nas técnicas de gestão e comercialização, concederam uma maior possibilidade no acesso, na criação e na difusão de ideias e opiniões²⁴².

Estas tecnologias logo são aspiradas pela economia de mercado e transformadas em produtos comercializáveis em grande escala. Sendo este crescimento do mercado econômico responsável pelo desenvolvimento das sociedades de informações modernas. Nesta conjuntura, pode-se afirmar que houve um nexo entre “comercialização capitalista e democratização publicista”²⁴³.

2.9. Limites à liberdade de expressão

A Constituição da República Portuguesa²⁴⁴, em seu artigo 37º, nº 1, garante o acesso a informações “sem impedimentos nem discriminações”. Este não é, porém um direito absoluto, pois, apesar do caráter ilimitado dessa disposição, é necessário ter em conta alguns princípios de proteção à dignidade humana. Em havendo qualquer colisão com outros direitos protegidos poderá gerar uma responsabilização civil.

É inegável a grandeza do direito a liberdade de informação. Contudo, a questão que se levanta está relacionada com as situações em que essa liberdade pode violar outros direitos protegidos.

Nesse sentido, devem ser consideradas ilícitas quaisquer informações que sejam conseguidas através da “violação da privacidade, do domicílio, do direito de propriedade, do sigilo da correspondência e das telecomunicações, do acesso a documentos confidenciais, etc.”²⁴⁵.

²⁴¹ MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de Expressão*, op. cit., p. 54-55.

²⁴² MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de Expressão*, op. cit., p. 55.

²⁴³ MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de Expressão*, op. cit., p. 56.

²⁴⁴ A Constituição Federal Brasileira de 1988, em seu artigo 5º, IX: “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”.

²⁴⁵ MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de Expressão*, op. cit., p. 481.

Em regra não é possível haver barreiras ao exercício da liberdade de expressão, de modo que todos têm o direito de exercê-la igualmente²⁴⁶. O seu exercício deve apenas ser harmonizado e ponderado para que não haja conflito com outros direitos protegidos.

MAFALDA MIRANDA BARBOSA²⁴⁷ sublinha que alguns autores tratam desta questão do conflito existente entre a liberdade de expressão e outros direitos de duas formas.

O primeiro seria o modelo tradicional, conforme MARIA JOÃO MATOS, em que a decisão seria pautada na aplicação do artigo 18º, nº 2²⁴⁸ da Constituição da República Portuguesa e do artigo 335º do Código Civil. Assim, havendo colisão, utiliza-se dos critérios constitucionais: verificando se o agente ultrapassou ou não o fim dela com sua atuação, a relevância de outros bens jurídicos, a harmonia entre eles e a aplicação de uma ideia de proporcionalidade pelo ordenamento do Direito Civil. E seguindo os termos do artigo 335º do Código Civil Português, “sendo os direitos iguais o critério é o da conciliação; apresentando, os direitos natureza diversa, o critério é o da prevalência”²⁴⁹.

A autora informa ainda que é necessário ponderar a função pública da informação e se foi ou não usado o meio menos danoso para atingir o fim visado. Assim, nesse paradigma, prevalece a honra, que só pode ser restringida em nome de interesse público.

O outro modelo realizado, conforme o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem dá supremacia no seu modo de decisão à liberdade de expressão. E as únicas restrições são as observadas no artigo 10º, nº 2²⁵⁰, da CEDH. Essas restrições devem ser analisadas de forma restritiva, pois “qualquer ingerência do Estado na liberdade de expressão deve corresponder a uma necessidade social imperiosa e deve ser proporcional ao objetivo legítimo seguido”²⁵¹.

²⁴⁶ CANOTILHO J.J. Gomes / MOREIRA, Vital. *Constituição...*, op. cit., p. 573-574.

²⁴⁷ BARBOSA, Mafalda Miranda. *Litigiosidade*, op. cit., p. 110-111.

²⁴⁸ “A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”. Artigo 18º, nº 2 da Constituição da República Portuguesa.

²⁴⁹ BARBOSA, Mafalda Miranda. *Litigiosidade*, op. cit., p. 110-111.

²⁵⁰ “O exercício destas liberdades, porquanto implica deveres e responsabilidades, pode ser submetido a certas formalidades, condições, restrições ou sanções, previstas pela lei, que constituam providências necessárias, numa sociedade democrática, para a segurança nacional, a integridade territorial ou a segurança pública, a defesa da ordem e a prevenção do crime, a protecção da saúde ou da moral, a protecção de honra ou dos direitos de outrem, para impedir a divulgação de informações confidenciais, ou para garantir a autoridade e a imparcialidade do Poder Judicial”. Convenção Europeia dos Direitos do Homem artigo 10º, nº 2.

²⁵¹ BARBOSA, Mafalda Miranda. *Litigiosidade*, op. cit., p. 111.

De outro modo, ALBUQUERQUE MATOS apresenta três tipos de limitações aos direitos subjetivos correlatos à liberdade de expressão:

“limitações decorrentes da necessidade de tutela de outros bens jurídicos (que fazem emergir verdadeiros conflitos de direitos); limites no plano organizacional (ou seja, limitações que os poderes públicos estabelecem ao regularem um conjunto de elementos considerados relevantes para efetivação do direito, tratando-se, portanto, mais de verdadeiros condicionamentos do que reais restrições); limitações impostas por via contratual (de que são exemplos às cláusulas de exclusividade imposta a um artista)²⁵²”.

As limitações que nos interessam são as decorrentes da necessidade de tutela de outros bens jurídicos. Em caso de colisão ou conflito com outros direitos, principalmente os direitos diretamente ligados à dignidade da pessoa humana, haverá que limitar em termos de deixar que esses outros direitos encontrem também formas de realização²⁵³.

Apesar do impedimento de toda a forma de censura, de acordo com o artigo 37º, nº 2 da Constituição da República Portuguesa, é lícito reprimir os abusos da liberdade de expressão. O artigo 37.º da Constituição da República Portuguesa assegura o fim de não permitir limitações à liberdade de expressão para além das que forem necessárias à convivência com outros direitos, e o fim de impor sanções que não sejam requeridas pela necessidade de proteger bens jurídicos que, em geral, se acham a coberto da tutela penal²⁵⁴. Contudo, nada impede que o legislador organize a proteção desses bens jurídicos lançando mão de sanções de outra natureza.

Dessa forma, além dos limites externos e internos, qualquer direito subjetivo está sujeito aos limites do abuso do direito.

O abuso do direito não se trata da violação de um direito de outrem, ou da ofensa a uma norma protetora de um interesse alheio, mas é visto como o exercício anormal do direito próprio²⁵⁵. Segundo o artigo 334º do Código Civil, é “ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim econômico ou social desse direito”.

²⁵² BARBOSA, Mafalda Miranda. *Litigiosidade*, op. cit., p. 112.

²⁵³ BARBOSA, Mafalda Miranda. *Litigiosidade*, op. cit., p. 112.

²⁵⁴ BARBOSA, Mafalda Miranda. *Litigiosidade*, op. cit., p. 114.

²⁵⁵ VARELA, João Antunes. *Das obrigações em geral*, Vol. I, 10.ª edição, Almedina, 2000, p. 544.

Segundo MAFALDA MIRANDA BARBOSA²⁵⁶ o abuso se revelará sempre que o “direito – formalmente invocado – se mostre dissonante, no seu exercício concreto, com um princípio normativo do sistema, seja ele positivo, transpositivo ou suprapositivos”.

Para ANTUNES VARELA²⁵⁷ não é necessário à consciência do agente que a sua ação exceda os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes, ou pelo fim social ou econômico desse direito, basta que objetivamente se excedam tais limites. Mas também não basta apenas que o exercício do direito cause prejuízos a outrem, é preciso que “o titular, observando embora a estrutura formal do poder que a lei lhe confere, exceda manifestamente os limites que lhe cumpre observar, em função dos interesses que legitimam a concessão desse poder”. Ou seja, que o direito seja exercido “em termos clamorosamente ofensivo da justiça”.

Nesse sentido, sempre que o exercício da liberdade de expressão se traduzir numa ofensa injustificada, pelo interesse alheio, pela vida privada, pode-se afirmar que não há o pleno exercício de uma liberdade, mas um abuso de liberdade. Pois, para que se verifique um verdadeiro abuso de direito é preciso a existência de contradição entre o modo ou fim com que o titular exerce o direito e o interesse ou interesses a que o poder nele consubstanciados se encontra adstrito²⁵⁸.

²⁵⁶ BARBOSA, Mafalda Miranda. *Litigiosidade*, op. cit., p. 151.

²⁵⁷ VARELA, João Antunes. *Das obrigações em geral*, op. cit., p. 545.

²⁵⁸ VARELA, João Antunes, *Das obrigações em geral*, op. cit., p. 546.

Capítulo III - VIDA PRIVADA, HONRA E IMAGEM

3.1. Introdução

O direito a liberdade de expressão, protegido como um direito fundamental e como direito geral de personalidade, livre de qualquer forma de censura, configura-se atualmente como atributo de um Estado Democrático de Direito.

A liberdade de expressão e informação surge a partir da liberdade de manifestação do pensamento. Com efeito, as duas liberdades se entrelaçam em razão de que a liberdade de pensamento não teria sentido sem a possibilidade de se expressar ou difundir ideias²⁵⁹: “A liberdade de se manifestar sem peias o pensamento e a opinião tem sido um dos mais caros e estimados direitos do cidadão”²⁶⁰.

Porém, a liberdade de expressão na sua função social pode em alguns momentos colidir com os direitos de personalidade principalmente através da comunicação social²⁶¹.

O conflito ganha repercussão quando estão em causa a tutela de bens jurídicos como a honra, a privacidade, a imagem, etc. Que se configuram pela sua “vinculação social”²⁶². De forma que só se realizam e se afirmam na comunicação com os outros e através do contato social em que a pessoa almeja participar em liberdade e autonomia, ou seja, “à margem de manifestações intoleráveis de heteronomia e coerção”²⁶³.

Na verdade, são bens jurídicos cuja violação acontece normalmente na esfera do “contacto social e sob a forma de actos de comunicação”²⁶⁴.

Segundo MANUEL DA COSTA ANDRADE este conflito que ocorre entre a tutela da personalidade e a liberdade de comunicação social configura “a constelação problemática de maior relevo prático no desenvolvimento dos direitos de personalidade, em geral”²⁶⁵.

²⁵⁹ FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão De Direitos, Honra, Intimidade, A Vida Privada, Imagem Versus Liberdade de Expressão e Informação*. Sergio Antônio Fabris Editor. 1996, p. 128.

²⁶⁰ Segundo o autor a liberdade de expressão e informação é compreendida atualmente como “um direito subjetivo fundamental, assegurado a todo cidadão, consistindo na faculdade de manifestar livremente o próprio pensamento, ideias e opiniões através da palavra, escrito, imagem ou qualquer outro meio de difusão, bem como no direito de comunicar ou receber informação verdadeira, sem impedimentos nem discriminações”. Cfr. FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão De Direitos*, op. cit., p. 129.

²⁶¹ Como função social da liberdade de expressão, se espera do sujeito um dever de diligência ou atenção pela verdade no sentido de que os fatos divulgados pelos meios de comunicação social sejam idôneos.

²⁶² ANDRADE, Manuel Da Costa. *Liberdade De Imprensa e Inviolabilidade Pessoal - Uma Perspectiva Jurídico Penal*, Coimbra Editora, 1996, p. 32.

²⁶³ ANDRADE, Manuel Da Costa. *Liberdade De Imprensa*, op. cit., p. 32.

²⁶⁴ ANDRADE, Manuel Da Costa. *Liberdade De Imprensa*, op. cit., p. 32.

²⁶⁵ ANDRADE, Manuel Da Costa. *Liberdade De Imprensa*, op. cit., p. 34-35.

De fato, atualmente vemos uma necessidade incessante pela informação, em que a procura pela novidade acontece a todo o momento. Os meios de comunicação detêm um grande poder de domínio e controle das informações veiculadas e, por vezes, não há preocupação alguma quanto ao seu conteúdo, influenciando com notícias milhares de espectadores.

A liberdade de expressão e informação não se caracteriza como um direito absoluto, assim o exercício deste direito deve ser harmonizado com os direitos de personalidade, para que ambos possam ser exercidos livremente e sem barreiras.

Posto isto, a liberdade de expressão constitui uma das mais completas formas de atuação da pessoa, podendo ser exercida livremente, apenas tendo como atenção as formas de seu exercício, para que não esbarre na esfera jurídica de outrem e possa causar-lhe um prejuízo. Evidenciamos o direito à honra, à intimidade e à imagem.

Deste modo, considera-se legítima a concessão de tutela judicial contra o desrespeito dos direitos de personalidade, quando ofendidos pelo mau uso da liberdade de expressão e informação.

3.2. O direito a reserva sobre a intimidade da vida privada

3.2.1. Noção de privacidade e evolução

Para um bom andamento do trabalho iremos inicialmente definir o que se compreende por vida privada.

Segundo PAULO MOTA PINTO²⁶⁶ definir “privacidade” é uma tarefa difícil, “que, por tudo abranger, acaba por não ter conteúdo”. Porém, cumpre destacar que o problema da privacidade está ligado a ideia de *informação* num sentido *latu*²⁶⁷.

Desse modo, a proteção da privacidade tem por finalidade:

“evitar ou de controlar a tomada de conhecimento ou a revelação de informação pessoal, isto é, daqueles factos, comunicações ou opiniões que se relacionam com o individuo e que é razoável esperar que ele encare como íntimos ou pelo menos como confidenciais e que por isso queira excluir ou pelo menos restringir a sua circulação²⁶⁸”.

²⁶⁶ PINTO, Paulo Mota, “*Direito a Reserva...*”, op. cit., p. 504-505.

²⁶⁷ Excluindo os bens referentes à liberdade individual.

²⁶⁸ R. WACKS, *The Poverty Of “Privacy”*, L.Q.R., 1980, p. 22, apud PINTO, Paulo Mota, “*Direito a Reserva...*”, op. cit., p. 508.

Para o autor a tutela da privacidade é caracterizada por uma contraposição: em que de um lado o interesse é subtrair a atenção dos outros, em obstar o acesso, ou em impedir a tomada de conhecimento ou a divulgação de informação pessoal, ou seja, “evitar a intromissão dos outros na esfera privada e em impedir a revelação de informação pertencente a essa esfera”; e por outro lado o interesse em conhecer e divulgar a informação conhecida, interesse esse que ganhará mais peso se for também de interesse público²⁶⁹.

A privacidade tem como função fundamental as atividades essenciais do homem para o desenvolvimento da sua individualidade e de suas relações interpessoais. Ao indivíduo, permite criar espaço para sua autoanálise e promove a sua liberdade de ação e autonomia, permitindo criar comunicações limitadas e protegidas. A exigência da privacidade decorre dos aspectos da dignidade humana²⁷⁰.

Numa perspectiva global, a necessidade da tutela jurídica da privacidade ocorreu com a evolução técnica, com o agravar das possibilidades de intromissão da vida privada e, conseqüentemente, com a violação da intimidade das pessoas: desde a possibilidade de escutas, gravações não autorizadas, fotografias com teleobjetivas e assim por diante²⁷¹, como também pela evolução da imprensa escrita, a generalização da rádio e da televisão, ou seja, numa sociedade dominada pelos meios de comunicação, viu-se a necessidade de proteger as ofensas à privacidade e se adaptar as novas ameaças que porventura apareçam.

Assim, a ideia de privacidade desenvolveu-se decorrente de uma maior atenção e sensibilidade dos indivíduos às ofensas ao seu domínio privado.

Concretamente foi nos Estados Unidos da América, em 1890, onde o problema foi inicialmente sentido, dando o mérito de atribuição ao tema a SAMUEL WARREN e LOUIS BRANDEIS²⁷², que redigiram e publicaram um famoso artigo²⁷³ incluído na “Harvard Law Review”, a partir do qual surgiria a proclamada “*right to privacy*” como “direito a ser deixado só”, sendo próximo da tutela da personalidade²⁷⁴.

²⁶⁹ PINTO, Paulo Mota, “*Direito a Reserva...*”, op. cit., p. 508-509.

²⁷⁰ PINTO, Paulo Mota, “*Direito a Reserva...*”, op. cit., p. 509-510.

²⁷¹ ASCENSÃO, José de Oliveira, *Direito Civil – Teoria Geral*, op. cit., p. 65.

²⁷² Mais tarde se tornou Juiz do Supremo Tribunal Federal.

²⁷³ O artigo foi motivado pela publicação por um jornal de Boston de uma crônica social que divulgava a lista dos convidados e outras particularidades acerca da cerimônia do casamento da filha de Samuel Warren. Fato considerado como o principal fundamento da construção dogmática e jurisprudencial do direito a privacidade. Ver CABRAL, Rita Amaral, *O direito*, op. cit., p. 16.

²⁷⁴ PINTO, Paulo Mota. “*Direito a Reserva...*”, op. cit., p. 512-513.

No artigo WARREN e BRANDEIS defenderam que a *common law* teria evoluído da proteção da personalidade física para a tutela dos “pensamentos, emoções e sensações do indivíduo”²⁷⁵. Desde este episódio, o direito a privacidade tem recebido reconhecimento em jurisprudência e em leis.

Em 1965, o Supremo Tribunal, no caso *Griswold v. Connecticut*, reconheceu pela primeira vez numa decisão sobre a possibilidade de proibir o uso de contraceptivo, um “*right to privacy*”, baseado na Constituição. Aproximando a partir daí a tutela jurídica da liberdade individual, passando a ser invocado em vários casos para sustentar o afastamento pela *Supreme Court* de outras restrições legais. Em 1974, houve a publicação do *Privacy Act*, com a finalidade de proteger a nível federal a privacidade contra atos de instituições públicas²⁷⁶.

É um fato que a defesa autônoma da vida privada surgiu num passado recente, ligada a alguns aspectos específicos da civilização industrial. Com a evolução das técnicas de informação, a expansão e o crescimento populacional desmedido, ou seja, com o surgimento de circunstâncias de vida incompatível com qualquer forma de isolamento, o Estado moderno percebeu a necessidade de proteção legal a intimidade da vida privada²⁷⁷.

Consequentemente, o direito ao respeito da vida privada foi reconhecido por diversos ordenamentos jurídicos.

Este direito está consagrado em alguns instrumentos internacionais dirigidos à proteção dos direitos do homem: como a Declaração Universal dos Direitos do Homem no artigo 12º, como também na Convenção Europeia dos Direitos do Homem, em seu artigo 8º, nº 1. Preceito aplicado a nível internacional pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, como em países onde aquela Convenção vigora.

Especificamente em Portugal, a tutela é consagrada pela Constituição da Republica Portuguesa, no seu artigo 26º, nº 1, como um direito fundamental reconhecido como direito à “reserva da intimidade da vida privada e familiar²⁷⁸”, preceituando no nº 2: “a lei estabelecerá garantias efectivas contra a obtenção e utilização abusivas, ou contrárias à dignidade humana, de informações relativas às pessoas e famílias”. O Código Penal

²⁷⁵ CABRAL, Rita Amaral, *O direito*, op. cit., p. 16.

²⁷⁶ PINTO, Paulo Mota. “*Direito a Reserva...*”, op. cit., p. 513-516.

²⁷⁷ CABRAL, Rita Amaral. *O direito*, op. cit., p. 17.

²⁷⁸ A constituição menciona a “vida privada e familiar”, o demonstra a importância da vida em família para a tutela da privacidade ou intimidade. Expressão empregada também pela Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Cfr. PINTO, Paulo Mota. “*Direito a Reserva...*”, op. cit., p. 525, nota 123.

também se refere à privacidade nos artigos 176º a 185º, com um capítulo intitulado “Dos crimes contra a reserva da vida privada”. E, por fim, no Direito Civil, objeto do nosso estudo, consagrado no artigo 80.º do Código Civil, em que se vislumbra a proteção ao direito à reserva sobre a intimidade da vida privada²⁷⁹.

Por sua vez, no Código Civil Brasileiro, o artigo 21º trata do assunto: “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”.

Também a Constituição Federativa do Brasil de 1988 protege o direito à privacidade, *vida privada*, em seu artigo 5º, inciso X²⁸⁰.

3.2.2. A proteção ao direito à reserva sobre a intimidade da vida privada

O artigo 70º do Código Civil português é uma importante referência à proteção aos direitos de personalidade. Deste artigo emana o princípio fundamental de proteção da tutela geral da personalidade, física e moral.

A inviolabilidade moral deve ser compreendida pelo fato de que “as pessoas são seres morais, que vivem num ambiente povoado de valores éticos que são da maior importância, que integram a sua personalidade e que merecem tutela jurídica”²⁸¹.

Os direitos de personalidade correspondem a manifestações históricas que estão sempre a evoluir e a adaptar-se a novas realidades humanas.

A garantia fundamentada na dignidade da pessoa humana pressupõe que lhe seja reconhecida um espaço de privacidade em que possa permanecer à vontade, espaço esse protegido da curiosidade de alheios, sejam eles vizinhos, autoridades públicas, meios de comunicação social, ou quaisquer pessoas. Assim, o direito a privacidade tem por objetivo impedir a averiguação da vida privada de cada um²⁸². Quer dizer, o âmbito material dessa esfera da privacidade é o da vida doméstica familiar, sexual e afetiva, sendo essa uma delimitação positiva do âmbito material da privacidade²⁸³.

²⁷⁹ PINTO, Paulo Mota. “*Direito a Reserva...*”, op. cit., p. 520-523.

²⁸⁰ 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.

²⁸¹ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Teoria Geral*, 2012, op. cit., p. 55.

²⁸² VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Teoria Geral*, op. cit., p. 58.

²⁸³ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Teoria Geral*, op. cit., p. 58.

Por outro lado, é necessário se proceder à sua delimitação negativa. Assim, ao invés de delimitar quais zonas da vida estão protegidas da curiosidade alheia, deve-se antes acertar quais condições materiais devem ficar de fora dessa esfera de proteção²⁸⁴.

Como já referimos, o bem da reserva do ser particular e da vida privada de cada indivíduo é tutelado pelo artigo 70º do Código Civil. A tutela desta esfera tem um âmbito geral, ou seja, não se limita a proteger áreas circunscritas e típicas²⁸⁵, mas tem a finalidade de proteger os bens da personalidade de forma global²⁸⁶.

Já o direito à reserva sobre a intimidade da vida privada, área mais específica, é tutelado pelo artigo 80º do Código Civil Português, fazendo parte dos direitos especiais da personalidade. O artigo 80º do Código Civil preceitua: “Todos devem guardar reserva quanto à intimidade da vida privada de outrem”.

Nesse sentido, a reserva traduz-se em círculos de resguardo, nos quais se poderá tomar conhecimento de determinadas manifestações da pessoa, mas em que é ilícita a divulgação ou o aproveitamento das mesmas. E em círculos de sigilo, nos quais são terminantemente ilícitas a intromissão e a tomada de conhecimento das respectivas manifestações²⁸⁷.

Deste artigo, decorre o direito à intimidade, em que o bem jurídico protegido é a decisão de manter reservada ou secreta uma parcela da própria vida. A intimidade pressupõe o direito a não ser incomodado por desconhecidos na sua esfera da vida privada intocável.

De fato, o Código Civil emprega a expressão “vida privada” que, para PAULO MOTA PINTO²⁸⁸, inicialmente parece ser entendida como sendo o antônimo da vida pública. Porém, a designação “vida publica” não se refere especificamente ao lugar como um conceito espacial, no sentido daquela que decorre em público ou em lugares públicos, mas

²⁸⁴ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Teoria Geral*, op. cit., p. 60.

²⁸⁵ SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de, *O direito geral de personalidade*, op. cit., p. 317.

²⁸⁶ Segundo Capelo de Sousa, “a reserva juscivilisticamente tutelada abrange não só o respeito da intimidade da vida privada, em particular a intimidade da vida pessoal, familiar, doméstica sentimental e sexual e inclusivamente os respectivos acontecimentos e trajetórias, mas ainda o respeito de outras camadas intermédias e periféricas da vida privada, como as reservas do domicílio e de lugares adjacentes, da correspondência e de outros meios de comunicação privada, dos dados pessoais informatizáveis, dos lazeres, dos rendimentos patrimoniais e de demais elementos privados da atividade profissional e econômica, bem como também, last but not the least, a própria reserva sobre a individualidade privada do homem no seu ser para si mesmo, v.g., sobre o seu direito a estar só e sobre os caracteres de acesso privado do seu corpo, da sua saúde, da sua sensibilidade e da sua estrutura intelectual e volitiva”. Cfr. SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de. *O direito geral de personalidade*, op. cit., p. 318 – 326.

²⁸⁷ SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de. *O direito geral de personalidade*, op. cit., p. 327.

²⁸⁸ PINTO, Paulo Mota. “*Direito a Reserva...*”, op. cit., p. 525 – 529.

seria a “vida social mundana do indivíduo, na mesma proporção que a vida privada seria a vida particular e pessoal”. Porque fatos da vida privada podem vir a ocorrer em lugares públicos, do mesmo modo que fatos públicos poderão ocorrer em lugares privados.

Segundo o autor, os aspectos da “vida privada” de uma pessoa seriam: a sua identidade ou sinais de identidade, dados pessoais, o estado de saúde, a vida conjugal, amorosa e afetiva do indivíduo; e os fatos que decorrem da vida do lar, protegidas pela garantia da inviolabilidade do domicílio, como também as comunicações por carta e por telecomunicações, admitindo, porém prova em contrário. O passado de uma pessoa que nunca fez parte da sua vida pública, bem como alguns objetos da pessoa, como as suas recordações pessoais e também o patrimônio, a vida financeira do indivíduo devem ser incluídas no rol da vida privada, fazendo parte igualmente os passatempos e os atributos pessoais. A imagem e a voz só estarão incluídas quando o interesse da vida privada estiver em causa²⁸⁹.

Todavia, o nº 1 do artigo 80º do Código Civil não se restringe apenas à vida privada, mas à “intimidade da vida privada”. Dessa forma, percebe-se que a proteção se refere à intimidade, mas não à liberdade da vida privada. A tutela refere-se a fatos internos conexados a uma esfera mais particular da pessoa, esfera essa que deve ser excluída de toda compreensão de terceiros²⁹⁰.

Nesse sentido, o direito da reserva da vida privada pode ser visto sob dois parâmetros: o direito que a pessoa tem de não permitir o acesso de desconhecidos referente à sua vida privada e o direito a que nenhuma pessoa divulgue informações referentes à vida privada de qualquer pessoa²⁹¹.

A intimidade refere-se ao direito da pessoa sobre as atividades que desempenha em sua vida, no seu âmbito pessoal, que lhe concede a faculdade de preservar do conhecimento dos outros – não permitindo a sua divulgação e defendendo a sua violação²⁹².

A expressão intimidade privada pode ser vislumbrada como um aspecto negativo e positivo. Segundo o prisma negativo, espera-se um direito de excluir (*ius excluendi*), *erga omnes*, do conhecimento alheio de tudo aquilo que faz referência à própria pessoa. E

²⁸⁹ PINTO, Paulo Mota. “Direito a Reserva...”, op. cit., p. 525-529.

²⁹⁰ PINTO, Paulo Mota. “Direito a Reserva...”, op. cit., p. 530.

²⁹¹ PINTO, Paulo Mota. “Direito a Reserva...”, op. cit., p. 534.

²⁹² PINTO, Paulo Mota. “Direito a Reserva...”, op. cit., p. 534.

no aspecto positivo, como um direito activo de controlo, que possui cada titular, sobre os dados e informações relativos à sua própria pessoa”²⁹³.

Faz-se necessário esclarecer que no âmbito da violação da reserva sobre a intimidade da vida privada não se distinguem fatos falsos de fatos verdadeiros, sendo incabível a *exceptio veritatis*, uma vez que não se admite a prova da verdade dos fatos arguidos com a finalidade de eximir a culpa²⁹⁴.

O preceito do artigo 80º do Código Civil ao empregar o termo “reserva” deu a perceber a exclusão que se refere à intromissão na vida privada e a divulgação de fatos referentes à vida privada. A violação da reserva sobre intimidade da vida privada pode decorrer “tanto pela entrada dos outros no seu domínio particular, invadindo-o, como pela divulgação de informações”. Sendo proibida a tomada de conhecimento e a divulgação ou revelação de informação às quais corresponde a tutela “do interesse no segredo” e “do interesse na não difusão”. Nos casos em que a tomada de conhecimento for involuntária, accidental ou pelo desempenho de uma profissão, é lícita a sua convivência, mas a divulgação ou revelação do seu conteúdo já não o será²⁹⁵.

Assim, as formas de violação da reserva sobre a intimidade da vida privada decorrem da intrusão ou intromissão, isto é, de atuação destinada à conquista de informação da intimidade da vida privada de terceiros e da publicação, divulgação ou revelação, que poderá ser empregue através de “relatos verbais, de artigo de jornal ou revista, da difusão radiofônica ou televisiva, da comercialização de gravações ou fotografias, da publicação de um livro sobre a vida privada, etc.”²⁹⁶.

De notar que o n.º 2 do artigo 80º do Código Civil preceitua que a “extensão da reserva é definida conforme a natureza do caso e a condição das pessoas”. Com efeito, o legislador consagrou o direito à reserva sobre a intimidade da vida privada, não apenas visando a tutela de proteção desse direito, mas também para confiar ao prudente critério do julgador a análise das possíveis violações que ocorram.

As duas concepções referidas no número 2º “a natureza do caso” e a “condição das pessoas” são duas bases objetivas a que o julgador deve se nortear e atender na análise

²⁹³ REBELO, Maria Da Glória Carvalho. *A Responsabilidade Civil pela Informação Transmitida pela Televisão*, Lex, Lisboa, 1998, p. 75.

²⁹⁴ PINTO, Paulo Mota. “*Direito a Reserva...*”, op. cit., p. 533.

²⁹⁵ PINTO, Paulo Mota. “*Direito a Reserva...*”, op. cit., p. 533-536.

²⁹⁶ PINTO, Paulo Mota. “*Direito a Reserva...*”, op. cit., p. 538.

do caso concreto. Isto segundo ANTUNES VARELA E PIRES DE LIMA²⁹⁷, em virtude de a aplicação prática desse dispositivo permanecer, em grande parte, dependente do critério do julgador. No que respeita à expressão “natureza do caso”, refere-se que a divulgação pode ofender em maior ou menor grau, e quanto à “condição das pessoas”, pode variar bastante de acordo com as mesmas, ou seja, a reserva que as pessoas guardam ou exigem quanto à sua vida particular.

3.2.3. Limitação voluntária

O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada confere a cada indivíduo uma configuração da própria vida privada, a qual inclui a abrangência da esfera da intimidade tutelada. Essa configuração se traduz na possibilidade de cada indivíduo definir limites internos ou inerentes ao seu direito de reserva, consequência da popularidade da questão ou dos fatos em causa. Além dessa disponibilidade pessoal, as pessoas podem consentir voluntariamente na limitação do direito à reserva no regime das limitações voluntárias aos direitos de personalidade, conforme artigo 81º do Código Civil.

Como visto anteriormente, os direitos de personalidade são caracterizados como direitos indisponíveis, porém há a possibilidade de haver uma limitação em certa medida dessa disponibilidade.

De acordo com PAULO MOTA PINTO²⁹⁸, a concepção de “controle da informação, através da qual se satisfazem, tanto o interesse na não divulgação, como o interesse no segredo, implica que essa satisfação seja posta na dependência das valorações do interessado”. Assim, esse interesse pode ser realizado de acordo com o desejo do seu titular, que pode decorrer da preservação de um segredo pleno até à publicação ou divulgação administrada a um número de pessoas ou referente a fatos acontecidos.

Os motivos que levam a pessoa a gerenciar a limitação voluntária podem fundamentar-se quer na difusão de certa informação, quer na obtenção de certa fama, ou apenas pela conquista de uma vantagem econômica. É perfeitamente possível a disposição em certa medida, a título oneroso, da reserva sobre a intimidade da vida privada²⁹⁹.

²⁹⁷ LIMA, Pires de / VARELA, Antunes. *Código Civil Anotado*, op. cit., p. 110.

²⁹⁸ PINTO, Paulo Mota, “*Direito a Reserva...*”, op. cit., p. 562.

²⁹⁹ PINTO, Paulo Mota, “*Direito a Reserva...*”, op. cit., p. 562.

Para PEDRO PAIS DE VASCONCELOS³⁰⁰ este regime disposto no artigo 81º do Código Civil, referente à negociação jurídica de certos aspectos da personalidade ou certos direitos de personalidade, trata-se de uma prática bastante usual e considerada lícita. Tal acontece com a imagem e a voz de certas pessoas no âmbito da publicidade, bem como nos aspectos da vida privada em que por negociação e remuneração é revelada ao público nos meios de comunicação social. Esta prática é aceita quando pautada por este regime jurídico, não havendo normalmente motivo de reparação.

Por outro lado, o autor entende como reprovável e ilícita as práticas que se traduzem na depreciação pública da dignidade da pessoa em meios de comunicação social, como forma de obtenção de lucro e ganho econômico.

Quanto às formas de consentimento, o contrato em que é declarada a limitação convencional aos direitos à reserva pode ser expresso ou tácito, no termos do artigo 217.º, nº 1 do Código Civil. Poderá haver imprecisão quanto à validade do consentimento de forma tácita, contudo, deve-se prestar atenção à integridade do consentimento, pois, por ignorância ou ganância, pode-se levar o titular do direito a permitir formas ofensivas de atuação da sua intimidade por temerem consequências ou por objetivarem ganhos econômicos³⁰¹.

A limitação voluntária, expressa na norma, está preservada pelos limites da ordem pública. Neste contexto, é inadmissível admitir a disponibilidade total do direito, sendo por isso estritamente limitada, podendo apenas referir-se a certos fatos. De todo modo, a limitação voluntária é possivelmente revogável, não havendo vínculo contratual, ainda que tenha como consequência o dever de indenizar os danos causados às expectativas da contraparte³⁰². O efeito revogatório advém da ideia de que o interesse pessoal do titular do direito deve prevalecer sobre o interesse patrimonial da outra parte³⁰³.

³⁰⁰ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Teoria Geral*, op. cit., p. 48.

³⁰¹ PINTO, Paulo Mota. “*Direito a Reserva...*”, op. cit., p. 562-564.

³⁰² Artigo 81º nº 2 do Código Civil.

³⁰³ PINTO, Paulo Mota. “*Direito a Reserva...*”, op. cit., p. 564.

3.2.4. Relação do Direito à reserva sobre a intimidade da vida privada e a liberdade de expressão e informação

A limitação ao direito à reserva sobre a intimidade da vida privada por um interesse legítimo é reconhecido pela doutrina e pela lei. Esse interesse se concretiza como um “interesse geral ou num interesse público”³⁰⁴.

No exercício do direito da liberdade de expressão e informação pode haver conflito com o direito à reserva sobre a intimidade da vida privada.

A liberdade de expressão e de informação são direitos consagrados na Constituição da República Portuguesa no artigo 37º como direito fundamental e no artigo 70º do Código Civil como um direito geral de personalidade.

Do direito à liberdade de expressão decorre o “direito de exprimir e divulgar livremente o pensamento” enquanto a liberdade de informação “abrange tanto o direito a informar como o direito de se informar e de ser informado”³⁰⁵. Segundo OLIVEIRA ASCENSÃO³⁰⁶, o direito de informar, de se informar e de ser informado, são direitos essenciais que compõe nossa sociedade de informação. Contudo, são direito invasores, pelo que a demarcação de limites ganha um peso muito especial.

Conforme ASCENSÃO, estamos convivendo numa época em que há uma permissividade quase total aos meios de informação. Os meios captam ferozmente tudo o que for possível para atender à “concupiscência dos olhos” e à curiosidade alheia e que com isso entram em choque com o direito a reserva³⁰⁷.

A colisão entre esses direitos pode decorrer do acesso à informação reservada à privacidade ou pela divulgação dessa informação. Sendo este último aspeto o que vemos na maior incidência de casos³⁰⁸.

As violações à privacidade decorrentes dos meios de comunicação social são sempre de uma imperiosa gravidade. A credibilidade imposta aos meios de comunicação agrava a ofensa e a torna praticamente irreparável o dano, revelando assim um dever

³⁰⁴ PINTO, Paulo Mota. “*Direito a Reserva...*”, op. cit., p 565.

³⁰⁵ PINTO, Paulo Mota. “*Direito a Reserva...*”, op. cit., p 567.

³⁰⁶ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil – Teoria Geral*, op. cit., p. 112-113.

³⁰⁷ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil – Teoria Geral*, op. cit., p. 112-113.

³⁰⁸ PINTO, Paulo Mota. “*Direito a Reserva...*”, op. cit., p 567.

acentuado de rigor dos meios de comunicação na divulgação de fatos que possam ofender a privacidade alheia³⁰⁹.

Apenas a necessidade urgente de interesse público pode tornar lícita a ofensa. Portanto, o modo de regular em concreto a ponderação da licitude ou ilicitude da ofensa deverá ser realizado no quadro do abuso do direito. É totalmente ilícita a agressão à privacidade quando a finalidade que interessa seja eticamente irrelevante, como o simples “interesse de lucro, de tiragem ou de audiência, ou eticamente negativo, como o sensacionalismo, a inveja, o ódio, ou os intuitos de difamar ou de injuriar”³¹⁰.

É inadmissível a violação aos direitos de personalidade com finalidade meramente econômica ou pela conquista de conhecimento, fama ou poder, São causas injustificadas de violação, pois além de burlar o direito de outrem na invasão de sua privacidade fere sua dignidade pessoal na divulgação de informações.

Assim, vê-se a necessidade de questionar, para que se possa justificar a ofensa à privacidade, qual é o fundamento do valor público de certos fatos ou aspectos da vida íntima dos indivíduos? Para PAULO MOTA PINTO³¹¹ o único fundamento aceitável será “apenas quando e na medida em que a revelação possa ser justificada pelo interesse público”.

Por seu turno, de acordo com PEDRO PAIS DE VASCONCELOS³¹² a “reserva da privacidade deve ser considerada a regra e não a exceção”. Dessa forma, a finalidade concreta da proteção à reserva da privacidade emana da essencialidade que o direito a privacidade constitui para a pessoa como direito de personalidade e como um direito fundamental. O direito a privacidade só pode ser legalmente atingido quando houver um interesse público superior que o exija e que seja primordial para o bem estar da comunidade, ou seja, que esse seja o meio menos gravoso para sociedade.

A lei define que está em causa a intimidade da vida privada, não estando em pauta a vida pública. A vida privada se encerra onde começa a vida pública. Contudo, essa presunção não significa que pessoas de grande conhecimento público não possam ter vida privada³¹³.

³⁰⁹ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Teoria Geral*, op. cit., p. 60.

³¹⁰ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Teoria Geral*, op. cit., p. 60-61.

³¹¹ PINTO, Paulo Mota. “*Direito a Reserva...*”, op. cit., p 569.

³¹² VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Teoria Geral*, op. cit., p. 60.

³¹³ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil – Teoria Geral*, op. cit., p. 111.

Segundo decorre do n.º 2º do artigo 80º do Código Civil, existem certas pessoas que estão propensas a sofrer limitações à sua privacidade, particularmente quando se faz menção na norma do termo “condição das pessoas”. Essas pessoas seriam as consideradas figuras públicas ou as “*public figures*”³¹⁴, isto é, pessoas que por méritos próprios conseguiram notoriedade e atrair para si atenção pública³¹⁵.

Ser considerado uma figura pública impõe ao sujeito algumas repercussões em razão do seu direito à reserva sobre a intimidade da vida privada. Apesar da notoriedade e reconhecimento público, essas pessoas têm direito ao respeito da intimidade da sua vida privada, podendo paralelamente conciliar a sua esfera da vida privada com sua vida pública, porém com limites mais brandos. Assim, com intenção de legitimar essa desigualdade, diz-se que a “esfera privada dessas pessoas é menor, pois grande parte dos aspectos que a integram é notória e tornou-se de domínio público”³¹⁶.

Para PAULO MOTA PINTO³¹⁷ o conflito existente entre estas pessoas consideradas públicas e os bens de personalidade envolvidos, privacidade e liberdade de expressão e de informação, deve ser resolvido sem abnegação de qualquer desses bens. Assim, só poderá justificar uma limitação à privacidade quando for exercida uma finalidade social e relevante e não no contexto de outras finalidades como “recreativa ou publicitária”.

O autor conclui que, se após isto, o conflito ainda existir, será necessário o questionamento do concreto interesse na revelação dos fatos da vida privada, de qual a relação entre a figura pública e do interesse público e a natureza dos fatos privados revelados³¹⁸.

Conforme PEDRO PAIS DE VASCONCELOS³¹⁹ as designadas “pessoas públicas” têm o mesmo direito à privacidade que todas as outras pessoas. Permitir para elas um “estatuto pessoal degradado seria inconstitucional e colidiria com o princípio da igualdade”. Assim, a esfera de privacidade da pessoa, quanto à ofensa que poderá sofrer, só poderá sustentar-

³¹⁴ Segundo Paulo Mota Pinto, as figuras públicas, poderiam ser genericamente “artistas, atletas, inventores, cientistas, exploradores, heróis e outras celebridades, bem como pessoas que desempenhem cargos políticos ou públicos que sejam relevantes para o interesse geral e que tenham atingido uma certa notoriedade”. Cfr. PINTO, Paulo Mota. “*Direito a Reserva...*”, op. cit., 569 e ss.

³¹⁵ Há pessoas que também ganham notoriedade sem desejar: como os parentes das figuras públicas, os delinquentes, ou outras pessoas que sem querer se tornaram objeto de interesse geral. Cfr. PINTO, Paulo Mota. “*Direito a Reserva...*”, op. cit., p. 570 e ss.

³¹⁶ PINTO, Paulo Mota. “*Direito a Reserva...*”, op. cit., p. 571.

³¹⁷ PINTO, Paulo Mota. “*Direito a Reserva...*”, op. cit., p. 572.

³¹⁸ PINTO, Paulo Mota. “*Direito a Reserva...*”, op. cit., p. 573.

³¹⁹ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Teoria Geral*, op. cit., p. 61.

se na publicidade e relevância do interesse público e nunca poderá derivar apenas da fama da pessoa.

O direito à reserva não segue uma regra total e acabada. Conforme a forma de intromissão e a forma da difusão das informações alcançadas, será realizado, face ao caso concreto, um juízo de valor da conduta. Na verdade, pessoa de grande conhecimento ou quem ocupa um cargo público não pode querer a mesma reserva sobre fatos notórios que um indivíduo qualquer. O direito a reserva protege a vida normal, mesmo de personalidades públicas, se essas assim mantiverem sua esfera íntima longe da curiosidade popular³²⁰.

Neste sentido, percebemos que existem limites mesmo com relação às figuras públicas para a reserva sobre a intimidade da vida privada³²¹. Portanto, particularidades íntimas sem qualquer ligação relevante com o fundamento de interesse na notícia não podem ser objeto de divulgação. Ser uma pessoa pública não quer dizer que toda a sua vida precisa ser exposta, até os famosos tem momentos privados que não precisam fazer parte de conhecimento público.

³²⁰ ASCENSÃO, José de Oliveira, *Direito Civil – Teoria Geral*, op. cit., p. 113.

³²¹ Direito a reserva sobre a vida privada de figura publica. Limites à liberdade de imprensa. Direito a informação. I - O direito à imagem e direito à reserva sobre a intimidade da vida privada, enquanto direitos fundamentais de personalidade, são inatos, inalienáveis, irrenunciáveis e absolutos, no sentido de que se impõem, por definição, ao respeito de todas as pessoas. II - O que se passa no interior da residência de cada pessoa e na área, privada, que a circunda, integra o núcleo duro da reserva da intimidade da vida privada legalmente protegida. III - A publicação numa revista pertencente à ré de uma reportagem fotográfica legendada divulgando, sem consentimento do autor, uma visita por ele feita na companhia da mulher à residência familiar então em fase de construção na cidade de Madrid, integra a violação simultânea dos seus direitos à imagem e à reserva da intimidade da vida privada. IV - A ilicitude desta conduta não é afastada, nem pelo facto de o autor ser uma pessoa de grande notoriedade, adquirida graças à sua condição de futebolista profissional mundialmente reconhecido (figura pública), nem pela circunstância de as fotografias mostrarem apenas a entrada da casa e de esta se encontrar em fase de construção. V - O direito da liberdade de imprensa tem como limite intransponível, entre outros, a salvaguarda do direito à reserva da intimidade da vida privada e à imagem dos cidadãos. VI - De igual modo, também a invocação do direito de informar consagrado no art.º 37, n.º 1, da Constituição não legitima a conduta do lesante se não houver qualquer conexão entre as imagens ou factos divulgados pertencentes ao foro privado do lesado e a atividade profissional por ele desempenhada que originou a sua notoriedade pública. Acórdão do STJ de 14 de Junho de 2005 (processo n.º 05A945, in <http://www.dgsi.pt>) Revista n.º 945/05 - 6.ª Secção - Nuno Cameira (Relator), Sousa Leite e Salreta Pereira.

3.3. O direito ao crédito ou ao bom nome

3.3.1. Honra

A honra deriva do princípio da dignidade humana, sendo um “atributo inerente a qualquer pessoa independentemente de consideração de raça, religião, classe social, etc.”³²².

A tutela da Honra é realizada em diversos institutos: na Declaração Universal dos Direitos do Homem, artigo 12º³²³; no Código Civil artigo 70º e 484º; na Constituição da República Portuguesa, nos artigos 25º, nº 1 e 26º, nº 1; e no Código Penal 180º a 189º.

O Código Civil Português não se refere especificamente à honra e à sua tutela. O legislador no artigo 70º, nº 1, do Código Civil, ao consagrar a proteção do indivíduo a “qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade (...) moral”, incluiu o bem da honra no âmbito de proteção do direito geral da personalidade.

A Constituição da República Portuguesa, em seu artigo 26º, nº 1, reconhece a todos o direito ao bom nome e à reputação, consagrados como direitos fundamentais. A doutrina constitucionalista equipara a honra ao bom nome no âmbito de proteção do artigo 26º, por compreender a honra como gênero em que o bom nome é espécie, dando a honra uma tutela de proteção.

A honra enquanto bem constitucional tem uma dupla dimensão: subjetiva, implicando um dever (negativo) de abstenção do Estado contra qualquer interferência no exercício deste direito e um dever positivo do Estado de proteção em face de terceiros; e objetiva, em que as autoridades públicas têm um dever de incentivo e proteção contra quaisquer ameaça e, também, um dever de não interferência³²⁴.

Já no âmbito do direito civil, o direito à honra está figurado como um dos direitos mais preciosos da personalidade moral da pessoa. Segundo CAPELO DE SOUSA:

“A honra abrange desde logo a projecção do valor da dignidade humana, que é inata, ofertada pela Natureza igualmente a todos os seres humanos, insusceptível de ser perdida por qualquer homem em qualquer circunstância e

³²² FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão De Direitos*, op. cit., p. 109.

³²³ “Ninguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem ataques à sua honra e reputação. Contra tais intromissões ou ataques toda a pessoa tem direito a protecção da lei”.

³²⁴ BRITO, Iolanda A. S. Rodrigues de. *Liberdade de Expressão*, op. cit., p. 37.

atributiva a todo o homem, para além de expressões essenciais, de uma honorabilidade média em todos os outros domínios.

A honra, em sentido amplo, inclui também o bom nome e a reputação, enquanto sínteses do apreço social pelas qualidades determinantes da unicidade de cada indivíduo e pelos demais valores pessoais adquiridos pelo indivíduo no plano moral, intelectual, sexual, familiar, profissional ou político.

E envolve, o crédito pessoal, como projecção social das aptidões e capacidades económicas desenvolvidas por cada homem³²⁵”.

A proteção dispendida pelo Direito Civil abrange todas as ofensas à honra, independente de onde e como ocorram; podendo ocorrer em público ou em privado, de forma verbal, escrita, gestual ou por imagens, bem como imputações de fatos, juízo de valor ou meras especulações³²⁶.

A honra é um dos bens mais preciosos da personalidade, sendo um direito inerente à pessoa, decorrente da sua dignidade humana, constituindo um referencial onde o bom nome e a reputação se fundamentam. PEDRO PAIS DE VASCONCELOS³²⁷ afirma que a honra é a “dignidade pessoal pertencente à pessoa enquanto tal, e reconhecida na comunidade em que se insere e em que coabita e convive com as outras pessoas”.

A tutela da honra abrange o prestígio do valor da dignidade humana, que é inata e igual para todos, não havendo possibilidade de ser perdida por qualquer homem em qualquer circunstância.

A honra pode ser dividida em honra interna e honra externa. A primeira se traduz no sentimento da sua própria dignidade, sua autoestima, ou seja, o respeito moral que cada um faz de si mesmo; e a honra externa traduz-se nas qualidades necessárias a uma pessoa para ser respeitada no meio social³²⁸. A tutela geral do direito de personalidade protege “tanto os aspectos ligados ao nosso eu-pessoal, como aqueles conexionados com o eu-social de cada indivíduo”³²⁹.

O direito à honra não impõe um dever de ação dos demais, antes um dever geral de respeito e abstenção de ofensas ou mesmo de ameaças de ofensas, sob pena de cair na sanção prevista no artigo 70º, nº 2, bem como no artigo 483.º, ambos do Código Civil, em que o direito subjetivo encontra a sua fundamentação de tutela jurídica protegendo a

³²⁵ SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de. *O direito geral de personalidade*, op. cit., p. 303-305.

³²⁶ BRITO, Iolanda A. S. Rodrigues de. *Liberdade de Expressão*, op. cit., p. 38.

³²⁷ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Teoria Geral*, op. cit., p. 56.

³²⁸ SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de. *O direito geral de personalidade*, 2011, op. cit., p. 125.

³²⁹ MATOS, Filipe Miguel Cruz de Albuquerque, *Responsabilidade Civil por...*, op. cit., p. 128.

totalidade desse bem. Nesse sentido, a honra, em seu amplo conteúdo, deve ser caracterizada como um direito subjetivo absoluto³³⁰ merecedor de proteção³³¹.

Dessa forma, o bom nome fundamentado no direito à honra consagrado como direito da personalidade constitui um direito subjetivo com autênticos poderes e faculdades oponíveis a todos e a qualquer membro da comunidade jurídica, impondo o respeito dos particulares e do Estado³³².

Ofensas ao bom nome traduzem-se na violação do direito à honra em que o titular poderá ser lesionado em seu “eu particular”, ou seja, na consideração que tem em si e no seu “eu social” a consideração que cada um disfruta na sociedade³³³.

3.3.2. Direito ao Crédito ou ao bom nome

A defesa do bom nome ou da reputação está concretizada na esfera da inviolabilidade moral do indivíduo, sendo consagrado como uma ampliação da honra em que simboliza um sentido inquestionável da personalidade humana, reproduzindo o individual de cada pessoa em meio à comunidade.

Segundo ALBUQUERQUE MATOS “o bom nome ou a reputação constituem poderes ou faculdades integrados na honra enquanto direito matriz”³³⁴, “oponíveis a todo e qualquer membro da comunidade jurídica, impondo-se ao respeito não só dos particulares, como do próprio Estado”³³⁵, sendo caracterizado como um legítimo direito subjetivo.

Podemos entender por bom nome a importância, a consideração social e o bom conceito do sujeito junto a outros, no meio a comunidade que vive ou exerce a sua atividade³³⁶.

³³⁰ Para o direito brasileiro a honra, não é um direito absoluto. O Código Penal brasileiro admite a exceção da verdade (“que o agente prove a veracidade do fato que imputou”) em algumas hipóteses do crime contra honra. Na calúnia (art. 138 CP), ela é em regra admitida, salvo nos casos indicados no § 3º do artigo mencionado. Na difamação (artigo 139) a regra é a sua inadmissibilidade, sendo aceita somente quando a ofensa irrogada referir-se a funções públicas. Na injúria (art. 140), a exceção da verdade está vedada em qualquer hipótese. Cfr. FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão De Direitos*, op. cit., p. 109.

³³¹ SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de, *O direito geral de personalidade*, op. cit., p. 305.

³³² MATOS, Filipe Miguel Cruz de Albuquerque, *Responsabilidade Civil por...*, op. cit., p. 140.

³³³ MATOS, Filipe Miguel Cruz de Albuquerque, *Responsabilidade Civil por...*, op. cit., p. 140.

³³⁴ MATOS, Filipe Miguel Cruz de Albuquerque, *Responsabilidade Civil por...*, op. cit., p. 140.

³³⁵ MATOS, Filipe Miguel Cruz de Albuquerque, *Responsabilidade Civil por...*, op. cit., p. 140.

³³⁶ ANTUNES, Ana Filipa Moraes, *Comentário aos artigos 70.º a 81.º do Código Civil (Direitos da personalidade)*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2012, p. 30.

Para a construção deste conceito é indispensável analisar um conjunto de paradigmas sociais, tais como o *status* e o papel social³³⁷ que o indivíduo encarrega-se na comunidade em que está inserido.

A pessoa é observada na sociedade a partir de sinais característicos de sua personalidade. Para tanto, leva-se em consideração o modo como o indivíduo comporta-se em meio à sociedade a qual está inserido como, por exemplo: a atividade profissional que desempenha sua situação familiar, a maneira como se relaciona com os outros, como vive, seu passatempo e etc. Isto é, cada pessoa tem formas e características próprias de comportamento e a vivência em sociedade faz com essas diferenças sejam evidenciadas pela individualização da identidade pessoal.

No que diz respeito ao “bom nome”, está essencialmente em causa uma percepção formada a partir de padrões vigentes em determinada época, relativamente ao perfil ou posição social da pessoa³³⁸.

O “crédito”, por sua vez, caracterizado pelo artigo 484º do Código Civil, está agregado à confiança na capacidade e na vontade do sujeito para o cumprimento das suas obrigações, particularmente no meio profissional em que atua, ou seja, está relacionado com a respeitabilidade e honestidade negocial do sujeito³³⁹.

O Código Civil no seu artigo 484º traz a respeito da ofensa do bom nome e do crédito ao preceituar que “quem afirmar ou difundir um facto capaz de prejudicar o crédito ou o bom nome de qualquer pessoa singular ou colectiva, responde pelos danos causados”.

O direito ao crédito expresso no artigo 484º do Código Civil pode ser observado como uma proteção pela imagem ou perfil sócio-econômico da pessoa. Nesse sentido, o direito ao crédito está ligado à ideia de prestígio social das aptidões e capacidade econômica desenvolvida por cada indivíduo³⁴⁰.

A proteção da dimensão socioeconômica da pessoa, qual constitui, sobretudo, a concretização de certo *status* social, ou desenvolvimento de uma atividade profissional ou empresarial, constitui condição indispensável para a pessoa poder-se afirmar na comunidade como tal³⁴¹.

³³⁷ MATOS, Filipe Miguel Cruz de Albuquerque, *Responsabilidade Civil por...*, op. cit., p. 115.

³³⁸ MATOS, Filipe Miguel Cruz de Albuquerque, *Responsabilidade Civil por...*, op. cit., p. 116.

³³⁹ ANTUNES, Ana Filipa Moraes, *Comentário aos artigos 70.º a 81.º do Código Civil*, op. cit., p. 30.

³⁴⁰ SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de. *O direito geral de personalidade*, op. cit., p. 305.

³⁴¹ MATOS, Filipe Miguel Cruz de Albuquerque, *Responsabilidade civil por...*, op. cit., p. 142.

3.3.3. Aplicação do artigo 484º do Código Civil: Distinção bom nome e o crédito.

Inicialmente questiona-se qual à forma especial de ilicitude do bom nome e do crédito consagrado no artigo 484º do Código Civil, quando poderia ser tutelada pelo art. 483º, nº 1 do mesmo código³⁴².

O artigo 483º do Código Civil disciplina o princípio geral da responsabilidade civil preceituando, “aquele que, com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação”.

Assim, no que diz respeito ao bom nome, aparentemente não haveria necessidade desse dispositivo em especial, pois o mesmo poderia ser tutelado pelo artigo 483º e pelo nº 2 do artigo 70º do Código Civil.

O legislador ao mencionar “prejudicar o crédito ou o bom nome” teve a intenção de se referir a duas categorias distintas. Foi proposital esta distinção, no âmbito da ilicitude prevista no artigo 484º do Código Civil, no tocante à violação do bem jurídico do crédito ou do bom nome. Porque apesar de figuras distintas, em que o bom nome tem um caráter mais genérico do que a figura jurídica do crédito, interligam-se no que diz respeito à ideia de reputação e de prestígio social.

Segundo ALBUQUERQUE MATOS³⁴³ o bom nome pode ser entendido como prestígio, reputação ou bom conceito associado à pessoa no meio social onde vive ou exerce a sua atividade profissional, ao passo que o crédito enquanto bem jurídico tutelado, no âmbito do artigo 484º do Código Civil, liga-se à ideia de prestígio ao universo dos negócios e da atividade empresarial.

Nesse sentido, enquanto o bom nome constitui autênticos poderes e faculdades integradas à honra como um direito inerente a pessoa englobado no âmbito de proteção dos direitos da personalidade, qualificado como direito subjetivo, o crédito se reporta ao prestígio ligado a uma determinada atividade econômica-empresarial, ou seja, “é a reputação sócio-econômica ou sócio-profissional, apenas capaz de ser associada a quem seja titular de um determinado status”³⁴⁴, não podendo ser considerado um direito da

³⁴² MATOS, Filipe Miguel Cruz de Albuquerque. *Responsabilidade Civil por...*, op. cit., p. 156-190.

³⁴³ MATOS, Filipe Miguel Cruz de Albuquerque. *Responsabilidade Civil por...*, op. cit., p. 115.

³⁴⁴ MATOS, Filipe Miguel Cruz de Albuquerque. *Responsabilidade Civil por...*, op. cit., p. 706.

personalidade, pois, apesar de ser um bem pessoal ligado à imagem, a reputação e o prestígio social, não se pode ignorar a forte vertente patrimonial que possui.

GOUVEIA ANDRADE³⁴⁵ afirma que a lesão ao crédito traduz-se numa perda ou diminuição de expectativas negociais resultante da desconsideração que abate sobre o sujeito enquanto protagonista de uma atividade econômica pela conduta lesiva do agente³⁴⁶. Neste contexto, o direito ao crédito é visto como uma forma especial e autônoma de reputação. Assim, a intenção do legislador no artigo 484º do Código Civil foi assegurar a proteção da pessoa contra divulgações de fatos capazes de ofender ao seu status sócio-profissional.

Todavia, o conceito de proteção ao crédito, referente a questões de ordem econômica, é afastado³⁴⁷ do âmbito de aplicação do artigo 484º do Código Civil. O objetivo normativo do artigo 484º do Código Civil é a “ligação entre os factos divulgados e a atividade negocial, os métodos de trabalho, a situação financeira, a qualidade dos produtos, ou outros aspectos específicos do status sócio-profissional das pessoas visadas pelas afirmações”³⁴⁸. Ou seja, a situação fática trazida pelo artigo é a discrepância entre os modos de exercício da liberdade de expressão e a forma que deve ser vislumbrada a tutela do bom nome e do crédito.

Dessa forma, só poderá ser vislumbrada uma ofensa ao crédito quando a identificação da pessoa visada pelas declarações for claramente perceptível e que essas afirmações sejam dirigidas especificamente a uma determinada pessoa singular ou coletiva. Devendo ser consideradas como “ofensivas do crédito de outrem, todas aquelas afirmações factuais suscetíveis de colocarem em causa a iniciativa econômico-negocial dos visados”³⁴⁹.

Para serem ofensivas ao bom nome e ao crédito não se faz necessário que as afirmações proferidas se reportem à atual situação profissional do visado, podendo ser

³⁴⁵ ANDRADE, Maria Paula Gouveia. *Da ofensa do crédito e do bom nome, Contributo para o estudo do art. 484º do Código Civil*, Tempus Editores, 1996, p. 53.

³⁴⁶ Afirmações falsas feitas a um comerciante no exercício do comércio com intuito de desacreditar o seu estabelecimento – pode afetar a sua esfera patrimonial. Assim, desacreditado o comerciante na esfera da sua atividade econômica - a sua clientela poderá ser desviada e - o comerciante poderá com isso sofrer um dano patrimonial. Cfr. ANDRADE, Maria Paula Gouveia. *Da ofensa do crédito e do bom nome*, op. cit., p. 53.

³⁴⁷ Não deve entender como englobadas pelo âmbito de aplicabilidade do art. 484º do Código Civil afirmações fáticas reportadas genericamente a certo sector de atividade, sem se dirigirem especificamente a uma determinada pessoa singular ou coletiva.

³⁴⁸ MATOS, Filipe Miguel Cruz de Albuquerque. *Responsabilidade Civil por...*, op. cit., p. 159.

³⁴⁹ MATOS, Filipe Miguel Cruz de Albuquerque. *Responsabilidade Civil por...*, op. cit., p. 162.

consideradas ilícitas as divulgações de fatos pertencentes ao passado negocial dos indivíduos atingidos com as afirmações.

3.3.4. Relação entre o direito ao crédito ou ao bom nome e a liberdade de expressão

O direito ao crédito ou ao bom nome e o direito à liberdade de expressão e de informação são direitos constitucionalmente protegidos abarcados na tutela geral de proteção dos direitos de personalidade.

O direito à liberdade de expressão é garantido aos indivíduos não implicando que seu exercício resulte necessariamente em conflito com outros direitos. Todavia, apesar do caráter absoluto da liberdade de expressão, é possível verificar limites ao seu exercício.

Nesse contexto, o direito à honra e ao bom nome pode funcionar como limite ao exercício desta liberdade, podendo ocasionar possíveis conflitos: “A liberdade de expressão enquanto bem juscivilisticamente tutelado confronta-se desde logo, com outros bens e valores igualmente merecedores de proteção jurídica”³⁵⁰. Esses limites são advindos do interesse público por estarem em causa os direitos da personalidade.

Na percepção dos limites existentes entre a honra e a liberdade de expressão, nenhuma liberdade de comunicação pode veicular notícias falsas suscetíveis de vir ofender a honra do seu respectivo titular. Assim, deve-se reportar a liberdade de informação como algo “socialmente útil ou relevante”³⁵¹.

Ofensas à honra realizadas através da comunicação social são especialmente violadoras, pois o efeito que os meios de comunicação de massa (imprensa, rádio, televisão e internet) têm na comunidade agravam muito as lesões causadas e são dificilmente reparáveis³⁵².

A liberdade de comunicação não se sobrepõe ao direito à honra, ao bom nome e à reputação. Apesar da ampla proteção como direitos fundamentais e direitos de personalidade, a honra tem um peso maior enquanto consagrado como direito moral da

³⁵⁰ MATOS, Filipe Miguel Cruz de Albuquerque. *Responsabilidade Civil por...*, op. cit., p. 40.

³⁵¹ CORDEIRO, Antônio Menezes. *Tratado de Direito Civil Português*, op. cit., p. 199.

³⁵² VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Direito de Personalidade*. 2006. op. cit., p. 77-78.

personalidade, encontrando-se hierarquicamente superior à liberdade de expressão nos casos em que configuram a sua violação³⁵³.

Segundo MOREIRA DAS NEVES:

“A corrente jurisprudencial que é (ainda) maioritária atribui preponderância ao direito à honra (em sentido lato), considerando que este direito não tem limites constitucionalmente impostos, ao contrário do que sucederá com a liberdade de expressão (a qual encontrará limites traçados na própria Constituição e também na lei)^{354 355}”.

Já doutrina sustentada pelo TEDH, não exclui a responsabilização pela violação de direitos de personalidade nos casos em que no exercício da liberdade de expressão se ultrapassem manifestamente determinados limites³⁵⁶.

O dever de abstenção de ofensas ao bom nome e a reputação induz no respeito por parte de todos os outros com quem o sujeito se encontre em sociedade.

3.4. Direito à Imagem

3.4.1. Conteúdo do direito à imagem

A personalidade também pode ser violada a partir de representações da sua imagem.

A proteção ao direito à imagem é fundamentada na dignidade da pessoa humana que conquista sua realização no direito à autoexposição no convívio com os outros, com

³⁵³ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 4/3/2010, em que foi relator o CONS. CUSTÓDIO MONTES, – proc. 677/09.1YFLSB – considerou-se que a honra é um valor constitucionalmente protegido, bem assim como a liberdade de expressão, mas que aquele tem supremacia, uma vez que a Constituição não lhe impõe limite, ao contrário do que sucede com esta. Cfr. NEVES, J. F. Moreira das. Data Vênia. Revista Jurídica Digital. Janeiro 2016. Ano 4. Nº 5, www.datavenia.pt, p. 82

³⁵⁴ NEVES, J. F. Moreira das. Data Vênia. Revista Jurídica Digital, op. cit., p. 87.

³⁵⁵ Acórdão de 13/1/200526, pela pena do Cons. Moitinho De Almeida, O Supremo Tribunal De Justiça sublinhou que a liberdade de expressão constitui um dos pilares fundamentais de toda a sociedade democrática, uma das condições primordiais do seu progresso e da realização individual. Não tem como limite absoluto o bom nome e a reputação de terceiros quando se trata de questão de interesse geral. Daí que as exceções a que se encontra sujeita devam ser objeto de interpretação estrita e qualquer restrição estabelecida de modo convincente. Cfr. NEVES, J. F. Moreira das. Data Vênia. Revista Jurídica Digital, op. cit., p. 90.

³⁵⁶ NEVES, J. F. Moreira das. Data Vênia. Revista Jurídica Digital, op. cit., p. 90.

especial ênfase na exposição não autorizada do indivíduo nos espaços públicos (na imprensa, nos *media*, nos filmes, na publicidade e etc.)³⁵⁷.

Neste sentido:

“O Direito a imagem compreende o direito de definir a sua própria auto-exposição, ou seja, o direito de cada um a não ser fotografado, ou a não ver o seu retrato exposto em público sem o seu consentimento (...) o direito de não o ver apresentado em forma gráfica ou montagem ofensiva e malevolamente distorcida ou infiel (“falsificação da personalidade”). Já não goza do mesmo direito – pelo menos naqueles contornos - “quem ocupa cargo ou desempenhe função em que a publicidade (isto é, o conhecimento e a relação com o público) seja elemento essencial”. Trata-se de uma “espécie de <<acordo>> ou <<consentimento>> implícito”³⁵⁸.

Graças à facilidade de reprodução da imagem de forma rápida e barata surgiu a imperiosa necessidade de proteção desse direito nos diversos ordenamentos jurídicos³⁵⁹. Com a globalização e os atuais meios tecnológicos, captar e reproduzir uma imagem pessoal está ao alcance de qualquer pessoa.

Na verdade, liga-se a origem do direito a imagem ao direito a intimidade. Consequência de no artigo de WARREN e BRANDEIS fazerem referência à imagem como uma das manifestações do *right to privacy*³⁶⁰. Na Europa, a Alemanha é indicada como o país que inicialmente observou o direito à própria imagem, “*Recht am eigenen Bild*”, e logo depois com o estudo de Keissne, em 1896, “*Das Recht am eigenen Bilde*”³⁶¹.

Apesar dessa conexão inicial, o direito à imagem diferencia-se do direito à intimidade, sendo dois bens jurídicos protegidos distintamente. Contudo, pode haver certa ligação com o direito à intimidade quando a imagem deriva de momentos reservados, no ambiente familiar, em situações que não haja nenhum interesse público. Isto porque o direito à imagem não se trata exclusivamente da preservação física do corpo retratado, mas

³⁵⁷ MIMOSO, Maria João, MAGALHÃES, Barbara e RODRIGUES Ricardo. A proteção do Direito a imagem (Comentário ao Acórdão do STJ de 13-01-2011). Direitos de Personalidade e sua Tutela Coordenação Manuel da Costa Andrade. Universidade Portucalense, Rei dos livros. 2013, p. 177.

³⁵⁸ MIMOSO, Maria João, MAGALHÃES, Barbara e RODRIGUES Ricardo. A proteção do Direito a imagem, op. cit., p. 177.

³⁵⁹ FESTAS, David De Oliveira. - Do Conteúdo Patrimonial Do Direito A Imagem – contributo para um estudo do seu aproveitamento consentido e *inter vivos*. Coimbra editora. 2009, p. 28-29

³⁶⁰ Jorge Miranda e Rui Medeiros, não concordam com a abrangência que a jurisprudência americana dá a ao *right to privacy* como uma expressão exemplificadora de todos os direitos pessoais. Cfr. MIRANDA, Jorge / MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, (art. 1º a 79º), p. 290.

³⁶¹ FARIAS, Edilsom Pereira de. *Colisão De Direitos*, op. cit., p. 121.

antes: “o bem imagem consiste na reserva ou preservação da reprodução física da pessoa, em face da defesa da sua intimidade ou honra ali envolvidos”³⁶².

Segundo MENEZES CORDEIRO, com a proteção da imagem humana percebe-se a proteção do resguardo ou da intimidade privada. Assim, preservar a imagem a este grau, representa tutelar a intimidade e a tranquilidade de cada um. Isto é, entende-se que “as pessoas não queiram ou – possam não querer – ser reconhecidas na rua ou em qualquer local público, mercê da divulgação não autorizada da própria imagem”³⁶³.

O direito à imagem é protegido como direito de personalidade expressado no artigo 79º do Código Civil Português³⁶⁴. Do que podemos entender inicialmente deste artigo é que “o retrato de uma pessoa não pode ser exposto, reproduzido ou lançado no comércio sem o consentimento dela”.

Ainda assim, a autorização já não se faz necessária, de acordo com o n.º 2 do artigo 79º do Código Civil, nas seguintes situações:

“1º - na notoriedade da pessoa ou no cargo que desempenhe; 2º - nas finalidades da reprodução, se forem policiais, judiciais, científicas, didáticas ou culturais; 3º - no enquadramento da imagem em lugares públicos, ou factos de interesse público, ou que hajam decorrido publicamente”³⁶⁵.

Já o n.º 3 do mesmo artigo determina as hipóteses de restrição: “o retrato não pode, porém, ser reproduzido, exposto ou lançado no comércio, se do facto resultar prejuízo para a honra, reputação ou simples decoro da pessoa retratada”.

Segundo PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA a exata delimitação das circunstâncias expostas no artigo 79º, n.º 2 e 3, pode variar de caso a caso, e fica a critério do julgador determinar precisamente o seu conteúdo³⁶⁶.

O Código Civil Brasileiro³⁶⁷ tutela o direito à imagem em seu artigo 20º³⁶⁸ e tem por objeto “proteger a figura, a representação, o retrato ou a própria imagem da pessoa”³⁶⁹.

³⁶² BELTRÃO, Romero. *Direitos da Personalidade*, op. cit., p. 185.

³⁶³ CORDEIRO, Antônio Menezes. *Tratado de Direito Civil I. Parte Geral. Tomo III. Pessoas*. Almedina. 2004. P. 195.

³⁶⁴ O direito a imagem também regulado pela Constituição da República Portuguesa. Art. 26º, n.º 1. “A todos são reconhecidos os direitos (...) à imagem”. Segundo Jonas Machado “O âmbito normativo-constitucional deste direito deve ser entendido como incluindo todas as formas de representação visual dos traços físicos da pessoa sobre um suporte qualquer, seja por vídeo, fotografia, pintura, desenho, caricatura, silhueta, ou mesmo através da utilização de um sósia ou do recurso a uma montagem”. Cfr. MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de Expressão*. op. cit., p. 753.

³⁶⁵ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil – Teoria Geral*, 2000, op. cit., p. 117.

³⁶⁶ LIMA, Pires de / VARELA, Antunes. *Código Civil Anotado*, op. cit., p. 109.

³⁶⁷ A constituição Federal do Brasil em seu artigo 5º, inciso X, defende a integridade da imagem física das pessoas como um direito subjetivo autônomo da personalidade, todavia, a tutela constitucional não se

E havendo violação deste direito, além das medidas atenuantes, poderá ainda haver imposição de indenização “se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais”.

Segundo OLIVEIRA FESTAS³⁷⁰, importa deixar claro que a proteção dispendida pelo Código Civil tem por objeto a aparência exterior da pessoa e tutela toda a representação visual da sua imagem num determinado tempo e espaço que permita conhecê-la ou identificá-la. Esta representação visual pode ser fixada em qualquer tipo de suporte, porque o direito a imagem não reflete sobre o suporte em que a imagem é representada, mas sim sobre a imagem enquanto bem da personalidade.

A proteção engloba qualquer tipo de reprodução da imagem, que se pode dar pelos mais variados meios e instrumentos³⁷¹, abrangendo “além das formas estáticas de representação (fotografias, pintura, fotograma, escultura, holografia), também as dinâmicas (cinema, vídeo)”³⁷².

Assim, o direito à imagem, como um direito de personalidade, é compreendido como a representação gráfica da pessoa através de reprodução mecânica ou técnica. Cabe somente ao titular optar pela publicação ou difusão de sua própria imagem como também evitar a sua reprodução³⁷³.

Por vezes a “imagem retrato” da pessoa é confundida com a “imagem caracterização”, de bom nome ou prestígio que a pessoa desfruta na sociedade³⁷⁴. Contudo, esta confusão poderá não fazer sentido, pois o direito à imagem, protegido como um bem jurídico de personalidade, consubstancia-se na aparência exterior, não se relacionando com o “perfil ou imagem, social da pessoa”³⁷⁵.

restringe ao semblante ou ao rosto, mas estende a proteção a qualquer parte do corpo humano. Cfr. FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão De Direitos*, op. cit., P. 120.

³⁶⁸ Art. 20º: 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.

Deste artigo podem-se perceber duas exceções: “a primeira permitindo esse uso se necessário à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública; a segunda restringindo a proibição às hipóteses de a divulgação da palavra ou da imagem atingir a honra, a boa fama ou a respeitabilidade da pessoa, ou se destinar a fins comerciais.” Cfr. RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil Parte Geral*, São Paulo, Editora Saraiva, 2002, p. 74.

³⁶⁹ BELTRÃO, Silvio Romero. *Direitos Da Personalidade*, op. cit., p.183.

³⁷⁰ FESTAS, David de Oliveira. *Do Conteúdo Patrimonial*, op. cit., p.65.

³⁷¹ Imagens expostas na internet através de redes sociais.

³⁷² FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão De Direitos*, op. cit., p. 120.

³⁷³ BELTRÃO, Silvio Romero. *Direitos Da Personalidade*, op. cit., p. 184.

³⁷⁴ BELTRÃO, Silvio Romero. *Direitos Da Personalidade*, op. cit., p.183-184.

³⁷⁵ MATOS, Filipe Miguel Cruz de Albuquerque. *Responsabilidade Civil por...*, op. cit., p. 130.

De todo o modo, segundo ALBUQUERQUE MATOS esta dimensão social da honra constitui não raras vezes uma base inicial indispensável para perceber e valorar os danos ocasionados no direito à imagem. E não somente porque muito dos ataques voltados à aparência das pessoas abrange igualmente uma diminuição do prestígio em sociedade, em razão da tutela da imagem encontrar uma última base de fundamentação axiológica numa noção de dignidade social³⁷⁶.

Por outro lado, para MANUEL DA COSTA ANDRADE:

“À imagem configura um bem jurídico iminente pessoal, com a estrutura de uma liberdade fundamental, que reserva a pessoa uma posição de domínio. É à pessoa que assiste, em exclusivo, o direito de determinar quem pode gravar, registar, utilizar ou divulgar a sua imagem. O direito a imagem emerge nesta linha como expressão concretizada da autonomia pessoal³⁷⁷”.

Já segundo DIOGO LEITE DE CAMPOS “o direito à imagem, é o mais “exterior” e “público” dos direitos da pessoa (física)”³⁷⁸, isto é, o direito à imagem versa sobre “a imagem do próprio, imagem da pessoa singular. Imagem cognoscível e individual”³⁷⁹. Ou seja, o bem jurídico protegido é a imagem, que corresponde à aparência ou o exterior da pessoa, concretizando a sua autodeterminação.

Por isso, PEDRO PAIS DE VASCONCELOS entende que o direito à imagem permite a “defesa da pessoa contra exposição, reprodução ou comercialização do seu retrato, sem o seu consentimento”³⁸⁰.

O autor afirma que atualmente a imagem assumiu um novo carácter como bem económico, capaz de ser introduzido e explorado no comércio de modo lucrativo. Famosos como modelos, desportistas e outras pessoas notórias vendem a sua imagem por valores suntuosos. Dessa forma, há quem defenda o direito à imagem não como algo ligado à sua personalidade e à sua dignidade pessoal, mas como um bem patrimonial³⁸¹.

De fato, o bem imagem protegido como direito da personalidade pode ter formas de aproveitamento económico. O Código Civil em seu artigo 79º nº 1, reconhece a natureza

³⁷⁶ MATOS, Filipe Miguel Cruz de Albuquerque. *Responsabilidade Civil por...*, op. cit., p.130.

³⁷⁷ ANDRADE, Manuel Da Costa. *Liberdade De Imprensa*, op. cit., p. 131-132.

³⁷⁸ CAMPOS, Diogo Leite de. “Lições de direitos da personalidade” op. cit., p. 73.

³⁷⁹ CAMPOS, Diogo Leite de. “Lições de direitos da personalidade” op. cit., p. 73.

³⁸⁰ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Direito de Personalidade*, op. cit., p. 83.

³⁸¹ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Direito de Personalidade*, op. cit., p. 85.

patrimonial do direito a imagem, conferindo ao seu titular a possibilidade de aproveitamento econômico do seu retrato³⁸².

Apesar da tutela civil não definir taxativamente o conteúdo de aproveitamento econômico, podemos seguir a regra do artigo 81º, em que ao seu titular é possível dispor parcialmente do exercício dos direitos de personalidade.

Assim, de acordo com o poder de autodeterminação de cada pessoa, cabe particularmente ao titular definir as condições de uso de sua imagem, limitando-se a um conteúdo pessoal ou abrangendo um conteúdo patrimonial³⁸³.

Nesse sentido, OLIVEIRA FESTAS afirma que o direito à imagem, como direito de domínio, compreende uma dimensão negativa de exclusão e uma dimensão positiva de aproveitamento. De um lado, o titular pode obstar qualquer pessoa de retirar vantagem econômica da utilização da sua imagem, enquanto bem protegido. Por outro, o titular do direito à imagem pode-o aproveitar economicamente, diretamente ou autorizando que um terceiro o faça^{384 385}.

A imagem, enquanto bem de personalidade, é ligada intimamente à pessoa do titular. Contudo, são perceptíveis os valores pessoais e patrimoniais desse direito. Assim, cabe apenas ao titular o exclusivo aproveitamento econômico da sua imagem.³⁸⁶

3.4.2. Relação do Direito a imagem e a liberdade de expressão e informação

Atualmente o entendimento doutrinário é pacífico: o registro e a divulgação injustificada da imagem refletem danos à sociedade e violações à dignidade e autonomia pessoal dos indivíduos³⁸⁷.

De acordo com JÓNATAS MACHADO:

“O direito a imagem coloca actualmente complexos problemas, num tempo em que o mercado das ideias é também, cada vez mais, um mercado de imagens. Se “uma imagem vale mais que mil palavras”, então, a utilização de

³⁸² FESTAS, David de Oliveira. *Do Conteúdo Patrimonial*, op. cit., p.124-128.

³⁸³ FESTAS, David de Oliveira. *Do Conteúdo Patrimonial*, op. cit., p.130.

³⁸⁴ FESTAS, David de Oliveira. *Do Conteúdo Patrimonial*, op. cit., p.131-132.

³⁸⁵ É primordial lembrar que o direito de personalidade com aproveitamento econômico é diverso dos aspectos de aproveitamento econômico de bens imateriais. São de naturezas diversas.

³⁸⁶ FESTAS, David de Oliveira. *Do Conteúdo Patrimonial*, op. cit., p.135.

³⁸⁷ A tutela penal do direito a imagem é realizada no artigo 199, nº 2, do Código Penal Português.

imagens pelos meios de comunicação social constitui um elemento fundamental da liberdade de expressão e de informação, no actual contexto multimédia³⁸⁸.

Assim, a contribuição comunicativa que uma imagem pode proporcionar na esfera pública deve ser adequadamente ponderada com a necessidade de proteger o direito de personalidade em destaque³⁸⁹.

Os meios de comunicação, ao utilizar imagens pessoais, devem-se submeter a um conjunto de princípios, definidos na ponderação proporcional entre o interesse público da imagem, do ponto de vista expressivo, informativo ou formativo e a lesão que a sua utilização representa, realmente, para os direitos de personalidade da pessoa evidenciada³⁹⁰.

O artigo 79.º, nº 2, do Código Civil garante algumas exceções às restrições impostas quanto à exposição e à reprodução do retrato de uma pessoa. Assim, entende-se que em regra está autorizada a exposição de fotografias, sem necessidade de autorização, “de figuras da história contemporânea (*Personen der Zeitgeschichte*)”, especialmente quando essa particularidade assume um carácter absoluto, permanente ou temporário, possivelmente com a exceção das que tenham natureza consideravelmente privada, em que não há nenhum interesse público³⁹¹.

Todavia, as imagens pessoais que tenham porventura alguma natureza de interesse público, devem ter asseguradas uma ligação entre a imagem difundida e os eventos ou as circunstâncias que motivaram a sua difusão, e não apenas o mero interesse na sua divulgação³⁹².

MENEZES CORDEIRO, utilizando a teoria das esferas, tenta delimitar até que ponto pode ir a intromissão na imagem de uma pessoa, numa ideia aplicável ao resguardo da vida privada e à reserva da intimidade. Assim, haveria uma esfera pública, típica de pessoas notórias, em que sua popularidade implica a acessibilidade ao público, independente de autorização; uma esfera individual-social, que seria o relacionamento social cotidiano, em que a reprodução de imagens é permitida, salvo se proibidas e desde que circulem apenas nesse meio; uma esfera privada, isto é, a vida privada comum das pessoas, apenas acessível ao círculo íntimo da pessoa; uma esfera secreta, em que a pessoa tenha como sigiloso,

³⁸⁸ MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de Expressão*, op. cit., p. 754.

³⁸⁹ MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de Expressão*, op. cit., p. 754.

³⁹⁰ MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de Expressão*, op. cit., p. 754.

³⁹¹ MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de Expressão*, op. cit., p. 755.

³⁹² MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de Expressão*, op. cit., p. 755.

decidindo não a revelar a ninguém; e, por fim, uma esfera íntima, que versa sobre a vida sentimental ou familiar da pessoa no sentido mais estrito, tendo tutela absoluta contra qualquer violação³⁹³.

Assim, devem-se avaliar os limites de aproveitamento da imagem de uma pessoa pública, tendo atenção a que circunstâncias foram produzidas as imagens e os fins das mesmas, pois, mesmo havendo autorização legal de se captar imagens em locais públicos, de acontecimentos de interesse geral ou acontecidos publicamente, é necessário observar se a pessoa retratada está a atuar conforme sua esfera pública ou individual-social³⁹⁴.

3.5. Colisão de Direitos

Cada pessoa é titular exclusiva dos direitos sobre sua personalidade, não podendo haver direitos sobre a personalidade de outrem. Porém, é possível que no exercício do seu direito haja colisão com o direito do outro.

Entre os direitos de personalidade que frequentemente colidem com a liberdade de expressão e informação, evidencia-se o direito à honra, à intimidade e à imagem.

A colisão entre aqueles direitos e a liberdade de expressão e informação pode decorrer de opiniões e fatos divulgados indiscriminadamente ao público³⁹⁵.

Segundo CAPELO DE SOUSA³⁹⁶, haverá colisão de direitos sempre que “os exercícios e as tutelas de tais direitos se mostrem colidentes”.

Aliás, com a pluralidade das relações em sociedade:

“pode subsistir uma materialidade fácto-jurídica em que as modalidades possíveis de actividade material através dos quais se realiza o exercício do direito geral da personalidade ou dos direitos especiais de personalidade de uma certa pessoa sejam inconciliáveis ou incompatíveis com as modalidades igualmente possíveis da actividade material correspondentes ao exercício do direito geral de personalidade, dos direitos especiais de personalidade ou outro direito subjetivo por parte de outra pessoa³⁹⁷”.

Não há controvérsias quanto à existência e o reconhecimento de conflitos entre direitos de personalidade, o que existe é a preocupação dos tribunais em encontrar soluções para os conflitos em concreto.

³⁹³ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil*, V. I. T. III, 2004, op. cit., p. 200.

³⁹⁴ BELTRÃO, Silvio Romero. *Direitos Da Personalidade*, op. cit., p.190.

³⁹⁵ FARIAS, Edilsom Pereira de. *Colisão De Direitos*, op. cit. p. 137.

³⁹⁶ SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de, *O direito geral de personalidade*, op. cit., p. 533.

³⁹⁷ SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de, *O direito geral de personalidade*, op. cit., p. 533.

Para uma efetiva solução da colisão de direitos, necessário se faz a verificação da existência válida de ambos os direitos colidentes, ou seja, que o conflito realmente exista, pois não é possível uma situação de “colisão aparente”³⁹⁸.

MENEZES CORDEIRO³⁹⁹ afirma que existe colisão “quando dois ou mais direitos subjetivos assegurem, aos seus titulares, permissões incompatíveis em si”, pressupondo um “concurso real de normas”.

A regra legal que auxilia na resolução desses conflitos é a do artigo 335º do Código Civil Português, sendo necessária uma análise perante o caso concreto.

O Código Civil Brasileiro não possui um regulamento particular para resolução de colisão entre direitos, porém, os Tribunais brasileiros têm utilizado as regras de ponderação dos bens jurídicos, por meio do princípio da proporcionalidade, para julgar os casos concretos⁴⁰⁰.

A colisão deve ser resolvida considerando o peso ou a importância de cada um dos bens concorrentes, com o propósito de se definir no caso concreto qual bem prevalecerá ou cederá perante o outro⁴⁰¹.

Segundo o artigo 335º do Código Civil Português, para que haja colisão de direitos devem os direitos ser iguais ou da mesma espécie. Havendo, nesse sentido, um pedido de observância do preceito em que os titulares devem ceder na medida do necessário, “para que todos produzam igualmente o seu efeito”, “sem maior detrimento para qualquer das partes”.

Neste contexto, MENEZES CORDEIRO⁴⁰² aponta que o artigo sugere um pedido de “cedências mútuas, guiado por um princípio de igual tratamento: seja nas vantagens, seja nos prejuízos”. Por sua vez, a segunda parte do artigo delimita essa cedência mútua, afirmando que “se os direitos forem desiguais ou de espécies diferentes – prevalece o que deva se considerar superior”.

O ponto de partida para a resolução de um possível conflito de direitos é a análise da origem da colisão. O ordenamento jurídico não exige que as pessoas deixem de exercer

³⁹⁸ SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de. *O direito geral de personalidade*, op. cit., p. 533.

³⁹⁹ CORDEIRO, Antônio Menezes. “Da Colisão de Direitos”, Revista *O Direito*, Almedina, Ano 137º, nº 1, 2005, p. 44.

⁴⁰⁰ BELTRÃO, Silvio Romero. *Direitos da personalidade*, op. cit. p. 29.

⁴⁰¹ FARIAS, Edilson Pereira De. *Colisão De Direitos*, op. cit. p. 137.

⁴⁰² CORDEIRO, Antônio Menezes. “Da Colisão de Direitos”, op. cit., p. 46.

os seus direitos só para evitar colisões, contudo, irá censurar aquele que o faça “violando regras de conduta; ignorando princípios que ao caso caibam”⁴⁰³.

Posto isto, não se verificando essa cedência, para que todos os direitos possam ser exercidos, haverá o preenchimento do pressuposto de ilicitude para efeitos da responsabilidade civil, ficando assim o que desrespeitou o dever de cedência sujeito a responder pelos prejuízos causados⁴⁰⁴.

Verificando um conflito real de direitos, em que a liberdade de expressão, através da divulgação de um fato, atingiu a honra, a imagem ou a vida privada de alguém, será utilizado o princípio da proporcionalidade para analisar, em concreto, o impacto do comportamento do agente e se foi devido ou não.

Nesse sentido, só numa situação concreta é possível ponderar com “vista a compatibilizar, à luz da proporcionalidade”, os direitos contrastantes⁴⁰⁵, quer dizer, a partir de situações concretas de colisão de direitos de personalidade haverá a interpretação jurídica bem como a aplicação aos fatos.

⁴⁰³ CORDEIRO, António Menezes, “Da Colisão de Direitos”, op. cit., p. 47.

⁴⁰⁴ LEITÃO, Luís Manuel Menezes, *Direito das Obrigações*. Introdução da Constituição das Obrigações. V I. 6ª ed. Almedina. 2007. p. 300.

⁴⁰⁵ CORDEIRO, António Menezes, “Da Colisão de Direitos”, op. cit., p. 54.

Capítulo IV - RESPONSABILIDADE CIVIL PELA VIOLAÇÃO DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE

Os direitos de personalidade devem ser considerados, nas palavras de VAZ SERRA, como “*direitos ao respeito e a não-lesão da pessoa, na sua existência imediata ou nos seus modos concretos de revelação. Eles são expressão, não do poder de vontade, mas da inviolabilidade fundamental da pessoa ou da sua dignidade*”⁴⁰⁶.

Nas relações jurídicas provenientes da tutela geral de personalidade, a pessoa detém o domínio sobre os bens de sua personalidade e poderes jurídicos de exigência *erga omnes* de comportamento não prejudicial a tais bens. Gerando nos sujeitos passivos uma obrigação negativa de abstenção e de respeito por tais bens jurídicos⁴⁰⁷.

Assim, aos sujeitos é empregado um dever de abstenção, de praticar atos que possam ofender ou ameacem ofender a personalidade física ou moral de outrem, à medida que são bens juridicamente tutelados.

Nesse sentido, o sujeito passivo, não considerando esse dever de cuidado e praticando ações prejudiciais à personalidade alheia, lança-se a sanções jurídicas, quando não existam causas que justifiquem a ilicitude.

O artigo 70º, nº 1, do Código Civil Português garante a proteção de todos os indivíduos contra “qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa” à personalidade física ou moral. Isto quer dizer que são sancionáveis todos os fatos voluntários ilícitos.

Infringindo o seu dever de abstenção em face da personalidade de outrem, o lesante pratica um fato positivo ou uma ação ilícita⁴⁰⁸.

No direito civil, no âmbito de proteção dos direitos de personalidade, o dever jurídico nasce “quer da necessidade de respeitar um contraposto direito de personalidade alheio como da obrigatoriedade de cumprimento de lei que proteja interesses alheios de personalidade, embora não outorgue direitos subjetivos a tais interessados”⁴⁰⁹.

De fato, os direitos de personalidade dispõem no ordenamento jurídico de uma tutela acrescida. Se for lesado algum direito de personalidade, a violação dará origem a uma obrigação de indenização a cargo do lesante por danos patrimoniais e não

⁴⁰⁶ SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz. Requisitos da Responsabilidade Civil. Boletim Ministério da Justiça. Nº 92. Janeiro de 1960 P.50

⁴⁰⁷ SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de, *O direito geral de personalidade*, op. cit., p. 419.

⁴⁰⁸ SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de, *O direito geral de personalidade*, op. cit., p. 435.

⁴⁰⁹ SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de, *O direito geral de personalidade*, op. cit., p. 435.

patrimoniais, conforme o disposto nos artigos 70º, nº 1, e 483º, nº 1, ambos do Código Civil. O juiz poderá ainda valer-se dos meios previstos no nº 2 do artigo 70º do Código Civil: “as providências adequadas às circunstâncias do caso com o fim de evitar a consumação da ameaça ou atenuar os efeitos da ofensa já cometida”.

O ordenamento jurídico confiou no prudente arbítrio do juiz, a quem caberá especificar quais os direitos de personalidade disposto à reparação no caso de violação, tendo como regra a ideia de desrespeito pela personalidade física e moral e, quanto à indenização dos danos não patrimoniais, o motivo que decorre da exigência de prejuízos que possam estimar-se graves⁴¹⁰.

O Código Civil Brasileiro, em seu artigo 12º, garante proteção aos direitos de personalidade afirmando que: “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”⁴¹¹.

Os direitos de personalidade, como bens jurídicos, exigem uma proteção legal como afirmação da própria existência da pessoa em seu desenvolvimento social⁴¹².

Assim, tanto no ordenamento jurídico português como no brasileiro há a proteção dos direitos de personalidade, apresentando diversas modalidades de garantias como a tutela privada, tutela indenizatória, tutela preventiva e atenuante.

4.1. Noção de Responsabilidade Civil

A responsabilidade civil tem sua gênese na sociedade. Na vida em comunidade ocorre com regularidade – e quanto maior o grau de densidade populacional e do desenvolvimento econômico maior a frequência – a atuação de alguns sujeitos que dá origem a danos causados a terceiros, os quais podem ser das mais diversas naturezas:

⁴¹⁰ CABRAL, Rita Amaral, *O direito*, op. cit., p. 11.

⁴¹¹ O Código Civil brasileiro abrange a proteção a todos os direitos de personalidade, mesmo os que não estejam expressos na lei. Os tipificados no Código Civil não restringem a aplicação dos instrumentos de defesa dos direitos de personalidade, mencionados tanto no Código Civil brasileiro, na Constituição Federal do Brasil, no Código Penal brasileiro, nas Declarações de Direitos do Homem, entre outros documentos. Cfr. BELTRÃO, Silvio Romero. *Direitos da Personalidade*, op. cit., p. 65.

⁴¹² BELTRÃO, Silvio Romero. *Direitos da Personalidade*, op. cit., p. 64.

“pode ser atingida a personalidade dos indivíduos, a sua saúde o seu corpo, os bens que se possuem ou a própria vida”⁴¹³. É esta a consequência de entrelaçar as atividades vizinhas.

Nesse diapasão, questiona-se quem deve suportar estes danos em definitivo: se aquele que inicialmente os sofreu ou, de maneira oposta, aquele que lhes deu origem⁴¹⁴.

Apesar da evolução cotidiana do direito, em tese, o princípio fundamental mantém-se o mesmo, sendo o dano inicialmente suportado por aquele que o sofre e só reclamável ao agente lesante um ressarcimento quando para tal exista um fundamento jurídico⁴¹⁵. Posto isto, SINDE MONTEIRO ensina que a função da responsabilidade civil é:

“em consonância com as concepções de justiça e de equidade dominantes na sociedade, assinalar de entre o número incontável de eventos danosos que se verificam todos os dias aqueles em ao lesado há-de ser permitido repercutir o dano (*die Abwälzung des Schadens*) sobre o lesante⁴¹⁶”.

Assim, pode-se dizer que a responsabilidade civil tem por escopo julgar em que casos e sob que condições deve ser imposta a obrigação de reparar os danos causados a outrem⁴¹⁷.

O dano causado por uma atuação ilícita rompe o equilíbrio jurídico-econômico anteriormente existente entre o sujeito e a vítima. Portanto, verifica-se uma necessidade primorosa de se restabelecer esse equilíbrio, e isso se realiza através de uma indenização auferida em proporção ao dano⁴¹⁸.

A responsabilidade civil pode ser classificada em responsabilidade por culpa, pelo risco ou pelo sacrifício, de acordo com a forma de imputação que se utilize para deslocar o dano da esfera do lesado para outrem⁴¹⁹.

A responsabilização civil pode decorrer ainda da “falta de cumprimento das obrigações” provenientes dos contratos, de negócios unilaterais ou da lei (responsabilidade

⁴¹³ MONTEIRO Jorge F. Sinde Monteiro, “Responsabilidade Civil”, *Revista de Direito e Economia*, Separata do nº 2 de Julho/Dezembro, 1978. p. 319

⁴¹⁴ MONTEIRO Jorge F. Sinde Monteiro, “Responsabilidade Civil”, op. cit., p. 319.

⁴¹⁵ MONTEIRO Jorge F. Sinde Monteiro, “Responsabilidade Civil”, op. cit., p. 319.

⁴¹⁶ MONTEIRO Jorge F. Sinde Monteiro, “Responsabilidade Civil”, op. cit., p. 319-320.

⁴¹⁷ “Responder, ser (civilmente) responsável, tem o sentido de impor a uma pessoa a obrigação de reparar um dano causado a outrem”. MONTEIRO Jorge F. Sinde Monteiro, “Responsabilidade Civil”, op. cit., p. 314.

⁴¹⁸ FILHO, Sergio Cavalieri. *Programa de Responsabilidade Civil*. 10ª edição. Editora Atlas. São Paulo. 2012. P. 14

⁴¹⁹ Na responsabilidade por culpa que é a regra geral (art. 483º, nº 1), a responsabilização do agente pressupõe um juízo moral da sua conduta, que leve a efectuar uma censura ao seu comportamento. Na responsabilidade civil pelo risco, só é admitida nos casos previstos na lei (art. 483º, nº 2 e 499º e ss.). Na responsabilidade pelo sacrifício, se prescinde de um juízo de desvalor da conduta do agente, sendo a imputação do dano baseada numa compensação ao lesado, justificada pelo sacrifício suportado. Cfr. LEITÃO, Luís Manuel Menezes. *Direito das Obrigações*, op. cit., p. 283.

contratual, artigo 798º e segs. do CC), ou como consequência da “violação de direitos absolutos ou da prática de certos atos que, embora lícitos, causam prejuízos a outrem” (responsabilidade extracontratual artigo 483º e segs. do CC)^{420 421}.

A distinção entre a responsabilidade extracontratual (delitual) e contratual (obrigacional) é que a primeira “surge como consequência da violação de direitos absolutos, que aparecem assim desligados de qualquer relação inter-subjectiva previamente existente entre lesante e lesado”, mas já a segunda presume-se da “existência de um relação inter-subjectiva, que primariamente atribuía ao lesado um direito a prestação, surgindo como consequência da violação de um dever emergente dessa relação específica”⁴²².

A responsabilidade civil extracontratual, que é aquela na qual geralmente se encaixam as violações dos direitos de personalidade, funda-se na discussão “entre liberdade e responsabilidade, actualizada por uma ideia de solidariedade, sustentada num plano de comunicação global, é erigida em nome da tutela de bens jurídicos essenciais ao livre desenvolvimento da personalidade de cada um”⁴²³.

Quanto ao seu fundamento, pode ser vista com uma responsabilidade subjetiva ou objetiva. A subjetiva se faz imprescindível à verificação da culpa e a objetiva, por sua vez, não se faz necessário à comprovação da culpa. Conforme o Código Civil Português “só existe obrigação de indemnizar independentemente de culpa nos casos especificados na lei”⁴²⁴. Ou seja, a responsabilidade objetiva tem um carácter mais específico.

4.2. Finalidades da Responsabilidade Civil

A responsabilidade civil definida tradicionalmente tem como princípio a consequente noção de que o homem é um ser livre e, pautado na sua liberdade, deve

⁴²⁰ VARELA, João Antunes, *Das obrigações em geral*, op. cit., p. 519-520.

⁴²¹ “Se CAIUS agredir e ferir TITUS, responderá naturalmente, por ilícito *extracontratual* (ofensa da integridade física da vítima), pelos danos causados. Se, em seguida, fixada por sentença a indemnização devida ao agredido, CAIUS tardar ou se recusar a paga-la, haverá já ilícito *contratual* (violação de uma verdadeira obrigação, fixada por decisão judicial)”. Cfr. TRABUCCHI. *Instituzioni di diritto civile*, 28.ª ed., 1986, n.º 89, p.207, apud, VARELA, João Antunes, *Das obrigações em geral*, op. cit., p. 522.

⁴²² LEITÃO, Luís Manuel Menezes. *Direito das Obrigações*, op. cit., p. 286.

⁴²³ BARBOSA, Mafalda Miranda. “Reflexões em torno da Responsabilidade Civil: Teleologia e Teleonomologia em debate”. Sep. de: Boletim da faculdade de Direito, n.º. 81, 2005, nota 1, p. 512.

⁴²⁴ Artigo 483º n.º 2 do Código Civil Português.

responder pelos seus atos. Como decorrência, a responsabilidade civil pressupõe essencialmente a culpa, culpa que pode ser intencional ou meramente negligente⁴²⁵.

Todavia, na nossa atual sociedade a tecnologia e indústria imperam, fazendo aumentar assim as possibilidades de atuação do homem, conseqüentemente resultando na proliferação de riscos. Com esta evolução, a frequente mutabilidade social tem resultado mudanças no ordenamento jurídico, alterando as percepções da responsabilidade civil, essencialmente quanto à sua natureza: além do prisma clássico como função reparadora ou reintegradora, passa a ser vista com a possibilidade de desempenhar uma função preventiva e repressiva de danos. Ainda assim, a responsabilidade civil através de uma ideia preventiva passaria a ter papel fundamental para desestimular a prática do ato ilícito.

Portanto, pode-se dizer que a responsabilidade civil está posicionada entre “a reparação do dano, a prevenção de ocorrência de novos prejuízos ou/e a sanção pelo comportamento lesivo levado a cabo”⁴²⁶.

4.2.1. Finalidade ressarcitória

Primordialmente, a finalidade da responsabilidade civil é pautada na ideia de reparação ou indenização.

Para MAFALDA MIRANDA BARBOSA, a responsabilidade civil é um “mecanismo que visa tornar *indemne* aquele que, por uma acção ilícita e culposa de outrem, sofreu um dano”⁴²⁷.

Assim, a responsabilidade civil seria definida como “a situação em que se encontra alguém que, tendo praticado um acto ilícito, é obrigado a indemnizar o lesado dos prejuízos que lhe causou”⁴²⁸. Ou seja, tendo como obrigação fundamental recolocar o lesado no *status* que estaria se não tivesse ocorrido a lesão.

Ao lado desta ideia há vários institutos do direito que corroboram com esta posição de reparação ou indenização como principal função da responsabilidade civil⁴²⁹.

⁴²⁵ GUIMARÃES, Patrícia Carla Monteiro. “Os danos punitivos e a função punitiva da responsabilidade civil. Revista, Direito e Justiça, V. XV, T I. 2001. p.163.

⁴²⁶ BARBOSA, Mafalda Miranda. *Lições de Responsabilidade Civil*, 1ª ed. 2017, Principia, p. 41.

⁴²⁷ BARBOSA, Mafalda Miranda. “Reflexões...”, op. cit., nota 1, p. 514

⁴²⁸ JORGE, Fernando de Sandy Lopes Pessoa. *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, Coimbra, Livraria Almedina, 1999, p. 36.

⁴²⁹ Segundo Mafalda Miranda Barbosa, os sistemas que decorrem nesse sentido: “o não-recurso ao instituto em caso de tentativa de lesão ou lesão frustrada, o carácter não oficioso da respetiva acção, a transmissibilidade

Todavia, ao seu lado surgem outros princípios do ordenamento jurídico que parecem ir contra essa aceção: “a indenização dos danos morais e a possibilidade de limitação da indemnização”⁴³⁰, conforme o disposto no artigo 494º do Código Civil.

Não há dúvidas quanto à finalidade ressarcitória da responsabilidade civil, contudo deve-se ter em mente até que ponto pode haver ligação com outras finalidades.

4.2.2. Finalidade preventiva e sancionatória

A finalidade preventiva terá como objetivo desestimular a prática de novos atos ilícitos causadores de danos, quer pelo próprio agente (prevenção individual ou especial), quer pelas outras pessoas (prevenção geral)⁴³¹.

A partir da obrigação de uma indenização, o sujeito dedicar-se-ia a observar alguns deveres de cuidados como forma de evitar lesões na esfera jurídica alheia.

Contudo, funcionando como forma a desencorajar futuros delitos, fica compreendida que o recurso preventivo dependerá do recurso reparador na qual a primeira só existirá mediante a imposição da segunda. Ou seja, a partir da existência de um dano poderá ser arbitrada uma indenização como forma reparadora e preventiva⁴³².

Segundo esta finalidade, a responsabilidade civil seria constituída como sanção ao ilícito civil⁴³³. Porém, a finalidade sancionatória alude ainda outras questões.

Conforme exposto por MAFALDA MIRANDA BARBOSA, não se pode desconsiderar o fato de se permitir “a redução da indemnização por juízos de equidade, em função da negligência, e de se exigir a culpa, em regra, como requisitos da obrigação ressarcitória”⁴³⁴.

E esta discricionariedade não pode ser vista como uma função punitiva⁴³⁵ em que poderia ser possível a fixação de uma indenização em montante superior ao prejuízo de

por via sucessória da obrigação de indemnização, a centralidade da noção de dano, a patentear-se como limite e medida da indenização”. *Lições*, op. cit., p. 44-45.

⁴³⁰ BARBOSA, Mafalda Miranda. *Lições*, op. cit., p.46.

⁴³¹ JORGE, Fernando de Sandy Lopes Pessoa. *Ensaio*, op. cit., p.48.

⁴³² Contudo, funcionando como forma a desencorajar futuros delitos, fica compreendida que o recurso preventivo dependerá do recurso reparador na qual a primeira só existira mediante a imposição da segunda. Ou seja, a partir da existência de um dano poderá ser arbitrada uma indenização como forma reparadora e preventiva. Cfr. BARBOSA, Mafalda Miranda. *Lições*, op. cit., p. 46.

⁴³³ JORGE, Fernando de Sandy Lopes Pessoa. *Ensaio*, op. cit., p. 48.

⁴³⁴ BARBOSA, Mafalda Miranda. *Lições*, op. cit., p. 46-47.

⁴³⁵ São os chamados danos punitivos, possibilidade de se fixar uma indenização superior ao prejuízo sofrido pelo lesado como forma de punição pela sua conduta ilícita.

fato sofrido pelo lesado, como forma de sanção pela conduta ilícita do agente. Configuraria a imposição de uma multa privada, imposta para advertir pelo comportamento lesivo e prevenir a existência de eventuais casos futuros, prendendo-se a uma ideia de *policy argument*⁴³⁶.

Nesse sentido, alguns autores pendem para essa ideia sancionatória da responsabilidade civil, principalmente quando a obrigação suscita danos morais ou extrapatrimoniais.

Segundo ANTUNES VARELA, apesar da responsabilidade civil ter uma função substancialmente reparatória ou indenizatória, não deixa de exercer, subsidiariamente, uma função de caráter preventivo, sancionatório ou repressivo, como se vê através dos aspectos do seu regulamento⁴³⁷.

Em primeiro lugar, a obrigação de reparar o dano incide sobre o autor do fato, independente de qualquer enriquecimento que ele tenha alcançado. E, em segundo lugar, apenas o caráter sancionatório, punitivo ou repressivo da responsabilidade civil possibilita esclarecer que: a indenização possa variar conforme o grau de culpabilidade do agente (art. 494º do C.C.); a repartição da indenização entre os vários sujeitos responsáveis se faça na medida da conseqüente culpa (art. 497º, nº 2 do C.C.); a valoração da reparação, quando haja culpa do lesado, se realize com fundamento na gravidade das culpas de ambas as partes envolvidas (art. 570 do C.C), e pela irrelevância da causa virtual na responsabilidade civil^{438 439}. E conclui que a ilicitude se confirma na reprovação da conduta do sujeito, embora o plano geral e abstrato em que a lei se posiciona, numa primeira aproximação de realidade⁴⁴⁰.

CASTANHEIRA NEVES acentua o impacto sofrido pela responsabilidade civil em razão das formas de socialização dos danos que ocorrem atualmente⁴⁴¹.

Não obstante, realiza críticas aos que, com base nessa socialização, admitem o fim da responsabilidade civil, aduzindo que o problema só poderá ser resolvido pela

⁴³⁶ BARBOSA, Mafalda Miranda. *Lições*, op. cit., p. 47.

⁴³⁷ VARELA, João Antunes. *Das obrigações em geral*, op. cit., p. 542.

⁴³⁸ VARELA, João Antunes. *Das obrigações em geral*, op. cit., p. 542-543.

⁴³⁹ Menezes Leitão segue o mesmo pensamento afirmando que no caso da responsabilidade por culpa, além da função principal de reparação do dano, existe também uma clara função preventiva e punitiva. Cfr. *Direito das Obrigações*, op. cit., p. 284.

⁴⁴⁰ VARELA, João Antunes. *Das obrigações em geral*, op. cit., p. 543.

⁴⁴¹ NEVES, Castanheira, Nótula a propósito do estudo sobre a responsabilidade civil de Guilherme Moreira, *Digesta – Ensaio a cerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*, V. I, p. 477, apud BARBOSA, Mafalda Miranda. *Lições*, op. cit., p. 48.

suplantação dialética que esse novo raciocínio prescreve ao sistema clássico⁴⁴². Porém, não se pode desprezar “o reconhecimento do homem como sujeito de direitos (*i.e.*, sujeito de direitos e por isso também de deveres e responsabilidades) e não como simples objeto de programação ou de benefícios planificáveis”⁴⁴³.

Nesse diapasão, “à responsabilidade civil há de continuar a ser reconhecido um papel primordial no sistema jurídico, sob pena de se anular a própria dignidade humana, alicerçada na dialética liberdade/responsabilidade”⁴⁴⁴. Por esse motivo segue defendendo “a imperiosa necessidade de reconhecer o já anunciado sentido ético ao instituto, fazendo designadamente, apelo a culpa do lesante para efeitos de imputação da obrigação ressarcitória”⁴⁴⁵.

Já MAFALDA MIRANDA BARBOSA afirma que, ao analisar se a responsabilidade delitual tem ou não uma finalidade sancionatória, implica ao jurista perceber as várias interpretações que a palavra “sanção” pode permitir. Num conceito amplo, a sanção equivalerá a uma reação do ordenamento jurídico perante uma atuação considerada censurável. Assim, sob esse prisma, uma obrigação indenizatória pode ser vista como uma sanção. Já conforme um conceito restrito, a sanção se direciona ou para uma compensação do mal que se provocou, “na justa medida do prejuízo ocasionado, e atendendo ao elemento subjetivo do comportamento do agente lesivo, ou tão simplesmente para a perspectivação ética da responsabilidade civil ou, derradeira hipótese, para as duas em simultâneo”⁴⁴⁶.

4.2.3. A pessoa como um ser de liberdade

A noção tradicional da responsabilidade civil tem fundamento na pessoa como um ser de liberdade, ou seja, é a possibilidade de sendo um ser livre ser capaz de assumir e arcar com os atos de sua conduta. É a partir da ideia de liberdade que torna o homem um ser digno, capaz de escolher sem qualquer imposição o caminho que quer seguir.

⁴⁴² NEVES, Castanheira, p. 477, apud BARBOSA, Mafalda Miranda. *Lições*, op. cit., p. 48.

⁴⁴³ NEVES, Castanheira, p. 479, apud BARBOSA, Mafalda Miranda. *Lições*, op. cit., p. 48-49.

⁴⁴⁴ NEVES, Castanheira, p. 480, apud BARBOSA, Mafalda Miranda. *Lições*, op. cit., p.49.

⁴⁴⁵ NEVES, Castanheira, p. 480, apud BARBOSA, Mafalda Miranda. *Lições*, op. cit., p.49

⁴⁴⁶ BARBOSA, Mafalda Miranda. *Lições*, op. cit., p. 49.

Nos dizeres de ORLANDO DE CARVALHO:

“O ser humano vivo que, pela sua estrutura físico-psíquica e pela sua capacidade de conhecimento e de amor, é o único verdadeiro centro de decisão e de imputação, de liberdade e de responsabilidade, na natureza e na história, assumindo-se como um projeto autônomo e transformante de si mesmo e do mundo⁴⁴⁷”.

Quando se impõe a responsabilização civil do sujeito percebemos que a pessoa está no centro da imputação, sendo visto como um ser de direitos e deveres, não havendo qualquer tratamento do ser como objeto. Assim, a finalidade essencial da responsabilidade civil se pauta na “reafirmação da personalidade de cada um”⁴⁴⁸.

Para MAFALDA MIRANDA BARBOSA “o ser humano deixa de ser visto como indivíduo para a se afirmar como pessoa”, isto é, “como um ser de responsabilidade”, o que provoca não só a demarcação de áreas de liberdade que, a serem quebradas, acarretarão uma presunção indenizatória, bem como a análise do direito perante a ótica dos deveres que, conseqüentemente, fundamentarão a responsabilidade⁴⁴⁹.

Nesse diapasão, percebe-se a feliz conexão que resulta do raciocínio entre liberdade e responsabilidade, onde a noção de personalidade é a gênese que estabelece o sentido do direito⁴⁵⁰.

Assim, a responsabilidade civil é reconhecida a partir do princípio fundamental do direito enquanto direito, encontrando o seu “fundamento num princípio normativo de responsabilidade, lido a luz da dialética entretecida entre liberdade e responsabilidade que caracteriza, afinal, o modo de ser pessoa”⁴⁵¹. Conseqüentemente gerando a “imprescindibilidade de um juízo de culpabilidade no desenho concreto da regra delitual”⁴⁵².

A liberdade está conectada a responsabilidade de forma que só existe um ser livre se houver um ser responsável. Pois a liberdade indiscriminada pautada no livre arbítrio não institui uma razão de ser, dado que, a responsabilidade implica numa determinação ajuizada, logica, imaginável ao homem médio. E a partir dessa ideia de liberdade e

⁴⁴⁷ CARVALHO, José Orlando de. *A teoria geral do direito civil*, op. cit., p. 255.

⁴⁴⁸ BARBOSA, Mafalda Miranda. *Lições*, op. cit., p. 50.

⁴⁴⁹ BARBOSA, Mafalda Miranda. *Lições*, op. cit., p. 53.

⁴⁵⁰ BARBOSA, Mafalda Miranda. *Lições*, op. cit., p. 53.

⁴⁵¹ BARBOSA, Mafalda Miranda. *Lições*, op. cit., p. 53.

⁴⁵² BARBOSA, Mafalda Miranda. *Lições*, op. cit., p. 53.

responsabilidade percebemos o individuo como pessoa e concretamente como um ser autônomo.

4.2.4. Função Punitiva

A ideia do dano punitivo tem como sentido auferir uma indenização ao lesado que exceda o valor do dano sofrido. A figura danos punitivos é a tradução realizada para *punitives damages*, que significa a possibilidade de um tribunal, em uma ação de indenização civil, condenar ao pagamento de uma quantia superior ao dano sofrido em razão da conduta ilícita⁴⁵³.

Pode-se se afirmar que os ingleses foram os precursores dos *punitives damages* na *common law*, surgindo a partir de casos em que os juízes não se pronunciavam quanto a valoração dos danos realizados pelo júri. Tendo também como objetivo a compensação do lesado quando os tribunais não identificavam danos morais⁴⁵⁴.

Os Estados Unidos ao ser colonizado pelo Reino Unido herdou a figura dos *punitives damages*. A sua imposição era observada nos casos em que o lesante agia a partir de uma conduta censurável, intencionava-se além da punição, a repressão com o fim de evitar a repetição da conduta. Logo depois a aplicação dos danos punitivos passou a ter uma abrangência maior englobando as situações de condutas dolosas que a atuação se dava pela negligência grosseira⁴⁵⁵.

Em Portugal não se vislumbra a figura dos danos punitivos. No Direito Civil Português, a responsabilidade civil tem a seguinte regra: para que haja o dever de indenizar tem que necessariamente haver dano. Esta ideia de responsabilização do agente a partir do dano mostra-se como uma inadmissão de uma finalidade punitiva ou sequer de uma finalidade preventiva pela doutrina portuguesa⁴⁵⁶.

Para PESSOA JORGE a existência de dano é pressuposto da responsabilidade civil, de acordo com os artigos 483º, 798º, 562º e segs. do Código Civil, porém, se tivesse natureza sancionatória, deveria em regra surgir imediatamente da prática do ato ilícito,

⁴⁵³ GUIMARÃES, Patrícia Carla Monteiro. “Os danos punitivos e a função punitiva da responsabilidade civil”. *Revista Direito e Justiça*, V. XV, T. I, 2001, p. 159-160.

⁴⁵⁴ GUIMARÃES, Patrícia Carla Monteiro. “Os danos punitivos...”, op. cit., p. 168..

⁴⁵⁵ LOURENÇO, Paula Meira. “Os danos punitivos”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, V. XLIII, nº 2, Coimbra Editora, 2002, p. 1030-1031.

⁴⁵⁶ GUIMARÃES, Patrícia Carla Monteiro. “Os danos punitivos...”, op. cit., p. 161.

havendo ou não dano. Ou se por outro norte funcionasse como punitiva-preventiva, poderia se admitir a sua aplicação em caso de tentativa de lesão ou de lesão frustrada, analogicamente ao direito criminal⁴⁵⁷.

Contudo, o autor afirma que a posição da maioria dos doutrinadores é que a responsabilidade civil possui uma função meramente reparadora, tendo por finalidade a restauração do lesado ao estado em que estaria se não houvesse lesão e sua razão de ser se condiciona ao dano: “se a lei condiciona, em princípio, a obrigação de indemnizar à prática do acto ilícito, é por entender ser justo que essa obrigação impenda apenas sobre quem tiver voluntariamente provocado o prejuízo”⁴⁵⁸.

Porém, ainda segundo seu ponto de vista, a análise do problema deve ser realizada de outro modo. Deve haver em separado um estudo entre a responsabilidade civil conexa com a criminal e a responsabilidade meramente civil. De acordo com a primeira formulação, o autor alega que apesar do fato da responsabilidade civil ser diferente da criminal não proíbe que possam existir cumulativamente; “assim sucede quando o acto ilícito, além de integrar um tipo criminal, causa a vítima danos indemnizáveis”. Assim, a responsabilidade civil conexas a criminal exerce as duas funções punitiva-preventiva com perfeição⁴⁵⁹.

Já de acordo com a responsabilidade meramente civil, em razão da lei, a função é essencialmente reparadora. A necessidade de danos é um requisito indiscutível e, mesmo quando se trata de casos em que a graduação da indenização atende a gravidade do ilícito, “nunca tal graduação vai ao ponto de determinar indemnização superior aos prejuízos sofridos” e também como forma de evitar que a indenização cause um enriquecimento a vítima⁴⁶⁰.

Por fim, o autor conclui que o simples fato da obrigação de indenizar se basear, em princípio, na culpa do lesante, não pode deixar de levar ao reconhecimento de que a responsabilidade meramente civil exerce, ainda que subsidiariamente ou indiretamente, uma função punitiva preventiva⁴⁶¹.

Por outro lado, há alguns princípios do ordenamento jurídico português que nos levam a entender a admissão de uma função punitiva para responsabilidade civil. Qual

⁴⁵⁷ JORGE, Fernando de Sandy Lopes Pessoa. *Ensaio*, op. cit. p. 48.

⁴⁵⁸ JORGE, Fernando de Sandy Lopes Pessoa. *Ensaio*, op. cit. p. 49-50.

⁴⁵⁹ JORGE, Fernando de Sandy Lopes Pessoa. *Ensaio*, op. cit., p. 50-51.

⁴⁶⁰ JORGE, Fernando de Sandy Lopes Pessoa. *Ensaio*, op. cit., p. 52.

⁴⁶¹ JORGE, Fernando de Sandy Lopes Pessoa. *Ensaio*, op. cit., p. 52.

seja, o disposto no artigo 494º do Código Civil, no âmbito da limitação da indemnização no caso de mera culpa, e o artigo 496º do Código Civil, relativo aos danos não patrimoniais.

Segundo MAFALDA MIRANDA BARBOSA, o artigo 494º do Código Civil deve ser compreendido naquelas “situações em que o grau de culpa não é mensurado acima da negligência, se pode diminuir a indemnização, tendo em conta os restantes dos critérios”⁴⁶². Não afastando a ideia do dano como limite de ressarcimento. Consequentemente, percebe-se que o exposto no artigo 494º do Código Civil Português dirige-se “para uma função sancionatória da responsabilidade civil, mas no sentido da desvelação do sentido ético do instituto, que não se confunde com a punição/retribuição”⁴⁶³.

Em relação aos danos patrimoniais, a noção do direito pauta-se no diálogo entre liberdade e responsabilidade, cumprido através de um mecanismo reparador.

Já os danos não patrimoniais se traduzem na “reafirmação da personalidade”, isto é, a responsabilização no seu sentido mais puro só pode ser imaginada se e quando o lesado se encontrar totalmente apaziguado. E isto só poderá acontecer segundo uma ideia estrita de punição, ainda que intimamente ligada à ideia de reparação⁴⁶⁴.

Os danos não patrimoniais, principalmente os ligados aos bens de personalidade, não podem ser quantificados através de um valor pecuniário, aparentando a impossibilidade prática da reparação. Assim, a responsabilização do lesante apenas pode operar por via da pacificação do lesado. E para isto ocorrer vê-se uma ideia de punição em sentido estrito⁴⁶⁵.

Todavia, admitir a ideia de uma finalidade punitiva aos danos morais, quando os bens afetados sejam direitos de personalidade, não quer dizer a aceitação da condenação do agente em *punitive damages*. Não se pode sugerir que implícito à tutela ressarcitória há

⁴⁶² “O principio funciona num sentido unidirecional. Tendo em conta a gravidade da conduta do lesante, o dano provocado e a situação económica das partes, há que fazer um juízo de proporcionalidade. Se esta existir, a indemnização será igual ao montante do dano provocado e apurado; se ela não existir, a desproporção só poderá funcionar para limitar a indemnização e nunca para elevar acima daquele montante. Dito de outra forma, o principio da proporcionalidade encara-se, aqui, como um principio da proibição do excesso”. Cfr. BARBOSA, Mafalda Miranda. *Lições*, op. cit., p. 69.

⁴⁶³ BARBOSA, Mafalda Miranda. *Lições*. op. cit., p 59.

⁴⁶⁴ BARBOSA, Mafalda Miranda. *Lições*, op. cit., p.62.

⁴⁶⁵ BARBOSA, Mafalda Miranda. *Lições*, op. cit., p.62.

uma intenção punitiva: “Fazê-lo era esquecer que os danos não patrimoniais podem, *mutatis mutandi*, resultar da preterição de direitos de caráter patrimonial”⁴⁶⁶.

Nesse sentido, conclui a autora que o artigo 496º do Código Civil não pode ser definido como meio para admissão dos danos punitivos no ordenamento jurídico português, já que prescindem da análise de acordo com o caso concreto dos efeitos que o comportamento do agente teve na esfera jurídica do lesado⁴⁶⁷.

4.3. Responsabilidade por fatos ilícitos

Segundo SINDE MONTEIRO, na responsabilidade por fatos ilícitos o fundamento é a culpa ou “o juízo de reprovação que a conduta do agente suscita, verificando-se uma aproximação entre os juízos de censura moral e do direito”⁴⁶⁸.

A violação aos direitos de personalidade é um fato em que se admite a imposição da primeira modalidade de ilicitude, prenunciada no nº 1 do artigo 483º do Código Civil Português⁴⁶⁹: “aquele que, com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação”.

Da análise do artigo verifica-se que o dever de reparação resultante da responsabilidade civil por fatos ilícitos subordina-se à percepção de vários elementos constitutivos: o fato, a ilicitude, a culpa, o dano e o nexo de causalidade entre o fato e o dano⁴⁷⁰.

⁴⁶⁶ BARBOSA, Mafalda Miranda. *Lições*, op. cit., p.63.

⁴⁶⁷ BARBOSA, Mafalda Miranda. *Lições*, op. cit., p.64.

⁴⁶⁸ MONTEIRO, Jorge F. Sinde. “Responsabilidade Civil”, op. cit., p. 317.

⁴⁶⁹ O Código Civil Brasileiro admite a responsabilidade civil por perdas e danos causados aos direitos de personalidade, no sentido estrito da obrigação de indenizar, derivado da responsabilidade extracontratual, de acordo com o artigo 186º e segs. “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

⁴⁷⁰ “A existência de um facto voluntário do agente e não de um mero facto natural causador de danos; a ilicitude desse facto; que se verifique um nexo de imputação do facto ao lesante; que da violação do direito subjectivo ou da lei derive um dano, pois sem isso não se põe qualquer problema de responsabilidade civil; e, também, que haja um nexo de causalidade entre o facto praticado pelo agente e o dano sofrido pela vítima, de modo a poder concluir-se que este resulta daquele”. Crf. COSTA, Mario Júlio De Almeida. *Direito Das Obrigações*. 11ª ed.. Almedina, 2008, p. 557.

4.3.1. O fato voluntário

O princípio elementar da responsabilidade civil é o fato do agente: “um facto dominável ou controlável pela vontade, um comportamento ou uma forma de conduta humana”⁴⁷¹. Contudo, não se faz necessário que o comportamento do agente seja intencional ou nem mesmo que consista numa atuação, basta apenas que exista uma conduta que lhe possa ser imputada pelo fato de estar sob o controle da sua vontade⁴⁷².

Normalmente, a atuação do agente estabelece um fato ou ação positiva, que viola um dever jurídico de não interferência na esfera de outra pessoa titular do correspondente direito absoluto⁴⁷³. Todavia, o dano também pode decorrer de um fato negativo, numa abstenção ou numa omissão, de acordo com o artigo 486º do Código Civil⁴⁷⁴.

Para que a responsabilidade derive da omissão, há que verificar, além dos outros pressupostos da responsabilidade civil, um dever específico, que torne um sujeito protetor da não ocorrência desses danos⁴⁷⁵.

Os fatos voluntários ilícitos violadores da personalidade de outrem são a base das relações jurídicas que retratam a voluntariedade e a ilicitude destes fatos. Ensina CAPELO DE SOUSA que a voluntariedade e a ilicitude constituem os primeiros pressupostos da responsabilidade civil por fatos ilícitos culposos, não ignorando o nexo de imputação do fato ao lesante, o dano e o nexo de causalidade entre o fato e o dano⁴⁷⁶.

4.3.2. Ilicitude

Para que haja o dever de reparar uma lesão decorrente de um fato voluntário é essencial que esse fato seja ilícito, ou seja, que haja a violação de um dever jurídico⁴⁷⁷.

⁴⁷¹ VARELA, João de Matos Antunes. *Das Obrigações em Geral*, op. cit., p.527.

⁴⁷² LEITÃO, Luís Manuel Menezes. *Direito das Obrigações*, op. cit., p. 287.

⁴⁷³ COSTA, Mario Júlio De Almeida. *Direito Das Obrigações*, op. cit., p. 558.

⁴⁷⁴ “A omissão, como pura atitude negativa, não pode gerar física ou materialmente o dano sofrido pelo lesado; mas entende-se que a omissão é causa do dano, sempre que haja o dever jurídico especial de praticar um acto que, seguramente ou muito provavelmente, teria impedido a consumação desse dano”. Cfr. VARELA, João de Matos Antunes, *Das Obrigações em Geral*, op. cit., p. 528.

⁴⁷⁵ O dever específico pode ser criado por contrato ou pode ser imposto por lei (como ocorre nos casos dos artigos 491º, 492º e 493º do Código Civil Português). Cfr. LEITÃO, Luís Manuel Menezes. *Direito das Obrigações*, op. cit., p. 288.

⁴⁷⁶ SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de. *O direito geral de personalidade*, op. cit., p. 456.

⁴⁷⁷ COSTA, Mario Júlio De Almeida. *Direito Das Obrigações*, op. cit., p. 561.

Mas não basta que alguém pratique um fato prejudicial aos interesses alheios para que seja obrigado a indenizar⁴⁷⁸.

Conforme o disposto no artigo 483º do Código Civil, as modalidades de ilicitude são: a violação de um direito de outrem, ou a violação da lei que protege interesses alheios, havendo ainda outras causas de condutas antijurídicas que acarretam na responsabilização civil⁴⁷⁹. Independente da modalidade, a ilicitude se mostra caracterizada como um juízo de desvalor atribuído pelo ordenamento jurídico. Contudo, questiona-se se esse juízo de desvalor se refere em razão do comportamento do agente (teoria do desvalor do fato) ou se de outra forma incide sobre o próprio resultado (teoria do desvalor do resultado)⁴⁸⁰.

Segundo MENEZES LEITÃO, a teoria do desvalor do resultado foi por muito tempo defendido, em razão da ação causal. Segundo esta teoria, o desvalor do resultado causado pela ação, preencheria logo o pressuposto da ilicitude, sendo o agente responsabilizado se tivesse agido com culpa. Porém, está teoria foi perdendo valor tendo em vista que qualificaria como ilícitos comportamentos adequados ao tráfego, simplesmente porque são causalmente pertinentes a produzir o resultado⁴⁸¹.

Com isso, passou-se a proteção de uma concepção de ilicitude pautada num desvalor do fato, que segundo o jurista é a posição defendida hoje majoritariamente pela doutrina. Esta teoria defende que a ilicitude não se realiza como causa do resultado, mas indica antes uma avaliação do comportamento do agente. Conforme, a doutrina da “ação final, a ilicitude é avaliada através da prossecução de um fim não permitido pelo direito (intenção de praticar a lesão no ilícito doloso, ou violação do dever objetivo de cuidado no ilícito negligente)”⁴⁸².

A ilicitude por violação de direitos subjetivos tem como aspecto o fato de, ao se exigir uma violação de um direito subjetivo específico, se limitar a indenização à decepção das utilidades propiciadas por esse direito, não se admitindo assim nesta seara a tutela dos danos puramente patrimoniais⁴⁸³. Desse modo, a função dessa ilicitude não se reflete à

⁴⁷⁸ VARELA, João de Matos Antunes. *Das Obrigações em Geral*, op. cit., p. 530.

⁴⁷⁹ Confirma art. 334º, 335º, 484º e 485º do Código Civil Português.

⁴⁸⁰ LEITÃO, Luís Manuel Teles De Menezes. *Direito das obrigações*, op. cit., p. 291.

⁴⁸¹ LEITÃO, Luís Manuel Teles De Menezes. *Direito das obrigações*, op. cit., p. 291.

⁴⁸² LEITÃO, Luís Manuel Teles De Menezes. *Direito das obrigações*, op. cit., p. 292.

⁴⁸³ LEITÃO, Luís Manuel Teles De Menezes. *Direito das obrigações*, op. cit., p. 284.

tutela genérica do patrimônio do sujeito, mas antes à “tutela das utilidades que lhe proporcionava o direito subjectivo objecto da violação”⁴⁸⁴.

A ofensa aos direitos de personalidade enquadra-se na primeira forma de ilicitude. Pois, da sua violação, poderá surgir a obrigação de indenizar. Como por exemplo, nos casos de uso indevido de imagem, publicação de cartas confidenciais, violação da vida privada, entre outros⁴⁸⁵.

Já a violação de disposições legais destinadas a proteger interesses alheios⁴⁸⁶, refere-se à ofensa de deveres impostos por lei que visem a defesa de interesses particulares, sem que compreenda, nesta ordem, quaisquer direitos subjetivos⁴⁸⁷. Neste âmbito de ilicitude, diferentemente da primeira hipótese, cabe uma indenização pelos danos puramente patrimoniais.

Além da previsão geral da responsabilidade civil do artigo 483º do Código Civil, há outros tipos de atuação ilícita capaz de gerar responsabilidade Civil.

O *abuso do direito* é uma conduta antijurídica suscetível de gerar responsabilidade civil, em consonância com o previsto no artigo 334º do Código Civil. Assim, sempre que o titular do direito exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes, ou pelo fim social e econômico do direito, incorrerá na obrigação de reparar os danos causados a outrem⁴⁸⁸.

Na esfera da responsabilidade civil, o *abuso de direito* tem duas finalidades: a primeira é limitar as formas de exclusão de ilicitude por parte de quem exerce um direito subjetivo próprio; e a segunda é a de concretizar a natureza ilícita das condutas que se apresentem como contrárias às normas expostas no artigo 334º do C.C.

⁴⁸⁴ LEITÃO, Luís Manuel Teles De Menezes. *Direito das obrigações*, op. cit., p. 284.

⁴⁸⁵ São abrangidos por esta modalidade de ilicitude “os direitos sobre bens jurídicos pessoais como a vida, corpo, saúde e liberdade”. Também, os outros direitos absolutos como “direitos reais, os direitos de propriedade industrial e os direitos do autor”. Podendo abranger ainda os direitos pessoais de gozo que atribuem ao seu titular à proteção possessória (como o arrendamento, o comodato e a parceria pecuária). Sendo possível incluir os direitos familiares de natureza patrimonial, como o direito dos cônjuges a meação dos bens comuns, e os direitos de administração sobre os bens dos menores. Já quanto aos direitos familiares de natureza pessoal, não parece ser admitido a sua tutela através da responsabilidade civil delitual, em razão da lei estabelecer sanções de outra ordem para sua violação. Cfr. LEITÃO, Luís Manuel Teles De Menezes. *Direito das obrigações*, op. cit., p. 293.

⁴⁸⁶ Segundo informa Antunes Varela, para que seja devida indenização ao lesado, conforme a violação de disposições legais destinadas a proteger interesses alheios, três requisitos devem ser observados: “1º Que a lesão dos interesses do particular corresponda a violação de uma norma legal”; “2º Que a tutela dos interesses particulares figure, de facto, entre os fins da norma violada”; “3º Que o dano se tenha registado no círculo de interesses privados que a lei visa tutelar”.

⁴⁸⁷ COSTA, Mario Júlio De Almeida. *Direito Das Obrigações*, op. cit., p. 563.

⁴⁸⁸ COSTA, Mario Júlio De Almeida. *Direito Das Obrigações*, op. cit., p. 564.

O artigo 484⁴⁸⁹ do Código Civil também determina alguns pressupostos capazes de gerar a responsabilização civil do agente, reputando-se como antijurídica a conduta que indique a violação do direito ao crédito a ao bom nome das pessoas singulares ou coletivas, a partir de afirmações ou divulgações de fatos. São casos especiais de ilicitude que não se adequam a precisão genérica do art. 483^o do Código Civil⁴⁹⁰.

4.3.2.1. Violações não geradoras de Responsabilidade Civil ou Causas de justificação da ilicitude

O artigo 483^o do Código Civil⁴⁹¹ presume a possibilidade de violação lícita de direitos de outrem. Dessa forma, algumas ações ou omissões violadoras de deveres jurídicos podem ser isentadas por causas justificativas do fato, removendo a ilicitude das mesmas⁴⁹².

Assim, situações que o lesante pratique no exercício de um direito, no cumprimento de um dever, em ação direta, em legítima defesa, estado de necessidade ou com o consentimento do lesado, podem afastar a ilicitude da ação⁴⁹³.

Segundo ANTUNES VARELA⁴⁹⁴, “essencial é que o *dever* aparentemente infringido pelo agente seja afastado ou neutralizado, definitiva ou temporariamente, por um outro *dever* ou que a violação (real ou aparente) tenha sido cometida no exercício de um direito”.

Sendo assim, em primeiro lugar, um fato praticado no exercício legítimo de um direito não é considerado ilícito. Como afirma CAPELO DE SOUSA⁴⁹⁵, a ilicitude não tem escopo “quando se exercitarem poderes derivados da prevalência, ordenada pela lei na regulação dos interesses da vida real, de certo interesse, através da atribuição de um direito

⁴⁸⁹ “Quem afirmar ou difundir um facto capaz de prejudicar o crédito ou o bom nome de qualquer pessoa, singular ou colectiva, responde pelos danos causados”.

⁴⁹⁰ COSTA, Mario Júlio De Almeida. *Direito Das Obrigações*, op. cit., p. 564.

⁴⁹¹ Segundo Menezes Cordeiro o artigo 483^o do CC, postula uma dupla dimensão: positiva, a ilicitude acontece quando se viole um direito subjetivo ou uma norma de proteção; e negativa, não se verifica ilicitude quando o agente se prevalece de uma causa de justificação. Tratado de Direito Civil Português v. II. Das Obrigações. Tomo III. Gestão de negócios, enriquecimento sem causa, responsabilidade civil. 2010. P. 484.

⁴⁹² COSTA, Mario Júlio De Almeida. *Direito Das Obrigações*, op. cit., p. 567.

⁴⁹³ Segundo o artigo 339 do Código Civil o estado de necessidade só é admitido a lesões de coisa alheia. Porém, Capelo de Sousa informa que já é admissível o recurso ao estado de necessidade em direitos da personalidade, “v.g., para salvar uma vida ou outro bem da personalidade relevante, com destruição ou deterioração de uma coisa”. Cfr. SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de. *O direito geral de personalidade*, op. cit., p. 435.

⁴⁹⁴ VARELA, João Antunes. *Das obrigações em geral*, op. cit., p. 552.

⁴⁹⁵ SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de. *O direito geral de personalidade*, op. cit., p. 436.

subjectivo, com denegação de relevo jurídico ao interesse conflitante”. Por outras palavras: o titular de um direito não responde civilmente pelos prejuízos causados na esfera da personalidade de outrem, apesar de causados pelo exercício do direito, se traduzir uma frustração de interesses que a lei postergou ao conceder aquele direito⁴⁹⁶. Portanto, a pessoa que viola um direito de outrem no exercício de um direito próprio não age, em princípio, ilicitamente. Contudo, é necessário respeitar a doutrina do artigo 335º do Código Civil (colisão de direitos) e os limites colocados pelo instituto do abuso de direito, artigo 334º do Código Civil⁴⁹⁷.

Dessa forma, o sujeito apenas se eximirá da responsabilidade se se limitar a desfrutar das utilidades que correspondem ao exercício legítimo do seu direito, não se livrando de responder, verificados os demais requisitos da responsabilidade, por outros danos que vier a ocorrer com a sua atuação⁴⁹⁸.

Em segundo lugar, também não é considerado ilícito o fato realizado no exercício do cumprimento de um dever imposto por lei ou por ordem vinculante da autoridade⁴⁹⁹.

No cumprimento de um dever, existe para o sujeito a imposição de assumir determinada conduta, podendo ver-se forçado a cumpri-la ainda que para isso tenha que desrespeitar outros deveres relacionados com posições jurídicas alheias, e cuja violação geralmente ocasionaria a ilicitude do fato. Segundo MENEZES LEITÃO há uma situação de “conflitos de deveres” que deve ser resolvido dando prevalência ao dever considerado de natureza superior⁵⁰⁰. Assim, para haver justificação da ilicitude é necessário que o dever seja completamente cumprido, não bastando a simples colisão⁵⁰¹. Do mesmo modo, se o agente, em caso de colisão de deveres, escolhe não cumprir nenhuma das duas formas, será responsabilizado pelo incumprimento dos de ambos os deveres.

⁴⁹⁶ SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de. *O direito geral de personalidade*, op. cit., p. 436 -437.

⁴⁹⁷ COSTA, Mario Júlio De Almeida. *Direito Das Obrigações*, op. cit., p. 568.

⁴⁹⁸ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações*. V I. 14ª ed., Introdução, da Constituição das Obrigações. Almedina. 2017, P. 298.

⁴⁹⁹ “O banheiro responsável pela vigilância da praia, que pode salvar apenas uma de duas pessoas em risco de vida, salvará qualquer delas indiferentemente e ficará justificado quanto à morte da outra”. Cfr. SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de. *O direito geral de personalidade*, op. cit., p. 437.

⁵⁰⁰ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das Obrigações*. 2017, op. cit., p. 299.

⁵⁰¹ Exemplo, o médico que tem apenas um número restrito de unidades para realizar transfusões de sangue pode, em caso de excesso de doentes, decidir por privilegiar os doentes em maior risco, sem que atue ilicitamente. Cfr. LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das Obrigações*. 2017, op. cit., p. 298.

Em terceiro lugar, a ação direta⁵⁰² é uma forma de tutela privada dos direitos de personalidade, é o recurso à força para realizar ou assegurar o próprio direito⁵⁰³. Só é lícito utilizar desse recurso se se existirem alguns pressupostos:

“existir um direito próprio de personalidade ou de outra ordem que vise realizar ou assegurar, haver impossibilidade de recorrer em tempo útil aos meios coercivos normais, verificar-se a indispensabilidade de ação direta para evitar a inutilização prática do direito, não exceder o agente o necessário para evitar o seu prejuízo e não importar a ação direta o sacrifício de interesse da personalidade superiores aos que o agente visa realizar ou assegurar⁵⁰⁴”.

Somente a partir da verificação desses pressupostos é que pode ser utilizada a ação direta como causa de justificação da ilicitude.

Em quarto lugar, o estado de necessidade⁵⁰⁵ “apenas justifica o sacrifício de bens patrimoniais”⁵⁰⁶, sendo admitido quando o sujeito queira evitar um perigo de dano claramente superior que ocorre na sua própria esfera ou de terceiro, ainda que em certos casos haja um obrigação de indenizar os danos sofridos pelo lesado⁵⁰⁷. Dessa forma, só se verifica o estado de necessidade quando o sacrifício de bens patrimoniais for realizado num domínio jurídico diferente daquela ameaçada por um perigo evidentemente superior⁵⁰⁸.

Segundo CAPELO DE SOUSA, o estado de necessidade não é causa justificativa de uma lesão da personalidade humana, pois, nos termos do artigo 339º, só é admitido relativamente a lesões de coisa alheia. Porém, pode funcionar como forma de tutela privada de direitos de personalidade, quando para a defesa destes se tenha de destruir ou danificar coisa alheia⁵⁰⁹.

Em quinto lugar, a legítima defesa⁵¹⁰, definida no artigo 337º do Código Civil, também é causa excludente da ilicitude. Consiste essencialmente numa atitude de defesa

⁵⁰² Artigo 336º Código Civil Português.

⁵⁰³ VARELA, João Antunes. *Das obrigações em geral*, op. cit., p. 553.

⁵⁰⁴ SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de. *O direito geral de personalidade*, op. cit., p. 438 -439.

⁵⁰⁵ O estado de necessidade tem por definição que é “lícita a ação daquele que destruir ou danificar coisa alheia com o fim de remover o perigo actual de um dano manifestamente superior, quer do agente, quer de terceiro”. Art. 339º do Código Civil.

⁵⁰⁶ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das Obrigações*. 2017, op. cit., p. 303.

⁵⁰⁷ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das Obrigações*. 2017, op. cit., p. 303.

⁵⁰⁸ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das Obrigações*. 2017, op. cit., p. 303.

⁵⁰⁹ SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de. *O direito geral de personalidade*, op. cit., p.453.

⁵¹⁰ O Código Civil brasileiro não trata da legítima defesa, porém utiliza o conceito do Código Penal, artigo 25, “Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem”.

do sujeito que, encontrando-se a ser vítima de um agressor, põe fim a essa agressão pelos seus próprios meios⁵¹¹. Isto é, o fato reativo praticado pelo defendente que lese bens da personalidade do agressor é lícito quando haja os designados pressupostos:

“existência de uma agressão actual e contrária a lei contra a pessoa ou o património do defendente ou de terceiro, impossibilidade do defendente de recorrer aos meios coercivos normais para afastar a agressão e inexistência de prejuízos nos bens de personalidade do agressor causado pelo acto reactivo manifestamente superiores aos prejuízos nos bens pessoais ou patrimoniais do defendente ou de terceiro que podem resultar da agressão⁵¹²”.

Requer, ainda, que “haja proporcionalidade entre o dano que se cause e aquele que se quer evitar, bem como que não seja possível afastar a agressão pelos meios normais”⁵¹³. O exercício da legítima defesa de forma desmoderada torna o ato ilícito. Todavia, o excesso poderá ser justificado se decorrer da perturbação ou do medo não culposos do agente⁵¹⁴.

Finalmente, o consentimento do lesado⁵¹⁵ também constitui causa justificativa do fato: “o consentimento do lesado consiste na aquiescência do titular do direito a prática do acto que, sem ela, constituiria uma violação desse direito ou uma ofensa da norma tuteladora do respectivo interesse”⁵¹⁶. Contudo, o consentimento não pode ser genérico, devendo ser direcionado para cada ato em especial⁵¹⁷.

O consentimento tolerante⁵¹⁸, na forma do artigo 340º do Código Civil, pode excluir a ilicitude de ofensas aos bens jurídicos da personalidade humana. Por sua vez, o consentimento autorizante⁵¹⁹, de acordo com o artigo 81º do Código Civil, pode determinar mesmo a inexistência das ofensas.

⁵¹¹ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das Obrigações*. 2017, op. cit., p. 299.

⁵¹² SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de. *O direito geral de personalidade*, op. cit., p. 440.

⁵¹³ BARBOSA, Mafalda Miranda. *Lições*, op. cit., p. 211.

⁵¹⁴ BARBOSA, Mafalda Miranda. *Lições*, op. cit., p. 211.

⁵¹⁵ Artigo 340º do Código Civil Português.

⁵¹⁶ João Antunes Varela. *Das obrigações em geral*, op. cit., p. 560.

⁵¹⁷ BARBOSA, Mafalda Miranda. *Lições*, op. cit., p. 212.

⁵¹⁸ “O consentimento tolerante do lesado é meramente integrativo, não criando ou constituindo qualquer direito para o agente, é unilateral, anterior à lesão.”. Cfr. SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de, *O direito geral de personalidade*, op. cit., p.442.

⁵¹⁹ “O consentimento autorizante só é válido se não for contrario aos princípios da ordem publica e insere-se num negócio ou acto jurídico de estrutura bilateral e tem carácter constitutivo, pois envolve a celebração de um compromisso sui generis, pelo qual o titular de direitos de personalidade limita voluntariamente o exercício de tais direitos, mas dispõe sempre da faculdade de revogar tal consentimento, ainda que com a obrigação de indenizar os prejuízos causados às legítimas expectativas da outra parte”. Cfr. SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de, *O direito geral de personalidade*, op. cit., p. 441 - 442.

O direito tem por escopo proteger a esfera jurídica dos particulares através da ilicitude, resultado da interferência em bens ou interesses alheios. Contudo, se o titular do direito autoriza a atuação de outrem, a lesão é considerada lícita, desaparecendo o motivo da indenização ou reparação em que se fundamenta a responsabilidade civil⁵²⁰.

Da mesma forma se entende a limitação decorrente de circunstâncias em que os atos consentidos colidem com algum princípio de ordem pública, ou contrariem uma proibição legal ou os bons costumes: não ocorrerá à exclusão da ilicitude, ocasionando a responsabilização do ofensor.

4.3.3. Culpa

O nexu de imputação do fato ao lesante envolve a imputabilidade e a culpa. De um lado, é necessário verificar que o fato ofensivo decorra de uma pessoa imputável, com capacidade para entender e para querer e, por outro lado, que haja um nexu entre o fato violador da personalidade de outrem e a vontade do lesante, isto é, que este tenha agido com dolo ou mera culpa⁵²¹.

Nesse sentido “Agir com culpa significa actuar em termos de a conduta do agente merecer a *reprovação* ou *censura* do direito”⁵²². Assim, a conduta do agente lesante é “reprovável, quando pela sua capacidade e em face das circunstancias concretas da situação, se concluir que ela *podia e devia ter agido de outro modo*”⁵²³.

A imputabilidade é o primeiro requisito da culpa, podendo ser definida como a possibilidade de conferir à pessoa a responsabilidade por algum fato. É a pessoa com capacidade para presumir os efeitos e calcular a extensão dos atos que pratica, determinados com o juízo que se faça a partir dos mesmos⁵²⁴.

Para que a pessoa seja imputável ela precisa possuir “discernimento (capacidade intelectual e emocional) e de certa liberdade de determinação (capacidade volitiva)”⁵²⁵. Em

⁵²⁰ COSTA, Mario Júlio de Almeida. *Direito Das Obrigações*, op. cit., p. 576.

⁵²¹ SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de. *O direito geral de personalidade*, op. cit., p. 456.

⁵²² VARELA, João Antunes. *Das obrigações em geral*, op. cit., p. 562.

⁵²³ VARELA, João Antunes. *Das obrigações em geral*, op. cit., p. 562.

⁵²⁴ VARELA, João Antunes. *Das obrigações em geral*, op. cit., p. 563.

⁵²⁵ VARELA, João Antunes. *Das obrigações em geral*, op. cit., p. 563.

regra, não podendo responsabilizar civilmente a pessoa que no momento em que o fato ocorreu não era capaz de entender ou querer aquela situação⁵²⁶.

Além da imputabilidade, é necessário verificar a existência de culpa. De outro modo, deverá ser analisada a conduta do agente como sendo ou não reprovável e em que medida⁵²⁷.

A culpa pode ser valorada em duas modalidades: mera culpa (culpa em sentido estrito ou negligência) e dolo.

A culpa em sentido estrito deve-se somente à falta de cuidado, imprevidência ou imperícia. A negligência pode ser caracterizada como a violação de um dever objetivo de cuidado. A negligência divide-se em negligência consciente e negligência inconsciente. A primeira ocorrerá quando “o agente previu o resultado lesivo e, confiando na não-produção dele, não conformou a sua conduta de acordo com um padrão exigível de cuidado”; a segunda ocorrerá quando “o agente nem sequer previu o resultado, sendo, no entanto, censurado porque o homem médio, naquelas circunstâncias, tê-lo-ia previsto”⁵²⁸.

O dolo, por sua vez, ocorrerá:

“quer nos casos em que o agente quis diretamente realizar o facto ilícito violador da personalidade alheia (dolo directo), quer quando realizou tal facto ilícito prevendo-o como uma consequência reflexa mas necessária da sua conduta (dolo necessário) quer ainda quando praticou esse facto ilícito prevendo-o como um efeito apenas possível ou eventual mas teria persistido na sua conduta se previsse o facto ilícito como efeito necessário da sua conduta (dolo eventual)”⁵²⁹.

Em síntese, para que haja a responsabilização civil tanto faz agir com dolo ou mera culpa pois, em regra, há responsabilização. Contudo, sabendo-se que o dolo e a culpa são fundamentos da responsabilidade civil, a distinção entre ambos no âmbito dos direitos da personalidade possuem determinados efeitos quanto à indenização, pois no caso da mera culpa é admissível a possibilidade equitativa da indenização nos termos do artigo

⁵²⁶ Contudo, há uma responsabilidade especial das pessoas inimputáveis. Assim admite-se que a pessoa inimputável seja condenada a indenizar total ou parcialmente o lesado (“desde que não seja possível obter a devida reparação das pessoas a quem incumbe a sua vigilância”), quando razões de equidade assim o imponham: “porque o agente tenha bens bastantes por onde responder, porque o lesado tenha ficado em difícil situação econômica, porque seja acentuada a diferença de condição econômica entre um e outro, porque seja avultado o montante do prejuízo, porque seja particularmente grave a conduta do agente, porque seja bastante séria a violação cometida, etc.”. Cfr. VARELA, João Antunes. *Das obrigações em geral*, op. cit., p. 564-565.

⁵²⁷ COSTA, Mario Júlio de Almeida. *Direito Das Obrigações*, op. cit., p. 582.

⁵²⁸ BARBOSA, Mafalda Miranda. *Lições*, op. cit., p. 237.

⁵²⁹ SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de. *O direito geral de personalidade*, op. cit., p. 456.

494º do Código Civil, enquanto em caso de dolo o juiz deve fazer valer a indenização sempre corresponder ao valor dos danos⁵³⁰.

Em princípio, a prova de culpa do autor da lesão é atribuída ao lesado, salvo se houver presunção legal de culpabilidade, altura em que esta será apreciada de acordo com a fórmula geral do artigo 487º do Código Civil Português⁵³¹. Por outras palavras: por via de regra fica por conta do lesado o ônus de provar a culpa do lesante, só conseguindo ganhar a causa se conseguir provar o carácter objetivamente censurável da conduta deste. Contudo, esta é uma prova difícil, visto que esse modelo de prova reduz as chances do lesado auferir indenização, ao mesmo passo que assegura a função sancionatória da responsabilidade civil, só responsabilizando o lesante perante a demonstração de sua culpa⁵³².

Já a presunção de culpa do responsável implica numa inversão do ônus da prova⁵³³. Contudo, as presunções podem ser refutadas mediante prova em contrário. Assim, presume-se a existência de culpa por parte das pessoas que em virtude de lei ou negócio jurídico estavam obrigadas à sua vigilância. Como por exemplo, nos casos de danos causados por incapazes e danos causados por coisas ou animais⁵³⁴.

4.3.4. Nexo de causalidade entre o fato e o dano

Para que haja a responsabilidade civil por fatos ilícitos, há requisitos como o fato e o dano. Porém, nesse momento é necessário a percepção do nexos de causalidade entre o fato e o dano, ou seja, que o fato constitua a causa do dano⁵³⁵.

Segundo ANTUNES VARELA “nem todos os danos sobrevindos ao facto ilícito são incluídos na responsabilidade do agente, mas apenas os resultantes do facto (art. 483º) os causados por ele”⁵³⁶.

Só são indenizáveis os danos que resultem da violação, isto porque não são indenizáveis todos os danos que ocorram do fato violador da personalidade alheia, mas

⁵³⁰ SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de. *O direito geral de personalidade*, op. cit., p. 457.

⁵³¹ COSTA, Mario Júlio De Almeida. *Direito Das Obrigações*, op. cit., p. 584 – 586.

⁵³² LEITÃO, Luís Manuel Menezes. *Direito das Obrigações*. 2007, op. cit., p. 332.

⁵³³ Artigo 350º do Código Civil Português.

⁵³⁴ COSTA, Mario Júlio de Almeida. *Direito Das Obrigações*, op. cit., p. 584-586.

⁵³⁵ COSTA, Mario Júlio de Almeida. *Direito Das Obrigações*, op. cit., p. 605.

⁵³⁶ VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*, 2000, op. cit., p. 617.

unicamente aqueles que, de acordo com o artigo 563º do Código Civil, “o lesado provavelmente não teria sofrido se não fosse a lesão”⁵³⁷.

O nexo de causalidade entre o fato e o dano exerce, segundo MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA, “a dupla função de *pressupostos* da responsabilidade civil e de *medida* da obrigação de indenizar”⁵³⁸.

O Código Civil Brasileiro traz o pressuposto do nexo de causalidade em seu artigo 927º ao responsabilizar aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Dessa forma, é indispensável que o fato violador da personalidade de outrem tenha atuado como “condição concreta” do dano e que tal fato seja uma causa adequada desse mesmo dano⁵³⁹. Isto é, o sujeito da violação da personalidade de outrem só está obrigado a reparar os danos que não se teria verificado se não houvesse violação.

4.3.5. O dano

O dano é o requisito fundamental de existência da obrigação de indenizar, atuando “se não como medida, pelo menos como limite do *quantum* indenizatório em que aquela se projeta”⁵⁴⁰.

Em particular, o dano é a perda *in natura* de capacidade ou atribuições do bem geral ou especial da personalidade juridicamente tutelada⁵⁴¹.

O Código Civil Brasileiro tem como pressuposto a concepção de que a função da responsabilidade civil se pauta na reparação do dano: “a indenização mede-se pela extensão do dano. (...) Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização”⁵⁴².

⁵³⁷ SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de. *O direito geral de personalidade*, op. cit., p. 460.

⁵³⁸ COSTA, Mario Júlio De Almeida. *Direito Das Obrigações*, op. cit., p. 605.

⁵³⁹ SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de, *O direito geral de personalidade*, op. cit., p. 460.

⁵⁴⁰ BARBOSA, Mafalda Miranda. *Lições*, op. cit., p. 80.

⁵⁴¹ Todavia, há outras formas de garantias à personalidade em que não se verifica em principio o dano, as do nº 2 do artigo 70 do Código Civil, o que não pode existir é a obrigação de indenização. As meras ofensas previstas no nº 1 do art. 70 do Código Civil pode também resultar danos, quer não patrimoniais quer até patrimoniais, como os derivados de medo, perturbações, insegurança originados pela ameaça em si mesma. Cfr. SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de. *O direito geral de personalidade*, op. cit., p. 458.

⁵⁴² Artigo 944º e paragrafo único do C.C brasileiro.

São indenizáveis pela ofensa ilícita e culposa dos direitos e interesses legítimos de personalidade, os danos presentes, os danos futuros e igualmente os danos emergentes e os lucros cessantes⁵⁴³.

O dano emergente representa uma situação em que alguém, em resultado de uma lesão, vê frustrada uma utilidade que já tinha adquirido⁵⁴⁴. O lucro cessante, por sua vez, traduz-se nas vantagens que deixaram de entrar no patrimônio do lesado em consequência da lesão, de acordo com o disposto no artigo 564º, nº 1 do Código Civil Português⁵⁴⁵.

Em relação aos danos presentes e aos danos futuros, serão verificados no momento da data da fixação da indemnização. Os danos futuros são indenizáveis desde que previsíveis, conforme artigo 564º, nº 2 do Código Civil Português⁵⁴⁶.

4.3.5.1. Dano patrimonial e não patrimonial

O dano é a condição primordial para que haja a obrigação de indenizar, ou seja, é essencial que o fato ilícito culposamente tenha causado um prejuízo a alguém⁵⁴⁷.

Segundo MENEZES CORDEIRO, o dano é a “supressão ou diminuição de uma situação favorável, reconhecida ou protegida pelo direito”⁵⁴⁸.

Por seu turno, para GALVÃO TELLES, “o prejuízo ou dano consiste em se sofrer um sacrifício, tenha ou não conteúdo económico”⁵⁴⁹.

Nesse sentido, o dano pode ser classificado em patrimonial e não patrimonial: “os prejuízos patrimoniais são aqueles que se verificam em relação a interesses avaliáveis em

⁵⁴³ SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de. *O direito geral de personalidade*, op. cit., p. 460.

⁵⁴⁴ LEITÃO, Luís Manuel Menezes. *Direito das Obrigações*, 2007, op. cit., p.335.

⁵⁴⁵ PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral do direito civil*, 2012, op. cit., p. 129.

⁵⁴⁶ Incapacidade parcial permanente - Danos patrimoniais - Danos não patrimoniais - Danos futuros - Perda de ano escolar I - A incapacidade parcial permanente constitui fonte de um dano futuro de natureza patrimonial, traduzido na potencial e muito previsível frustração de ganhos, na mesma proporção do handicap físico ou psíquico. II - Provando-se que o A., em consequência do acidente ficou impossibilitado de estudar durante dois semestres, perdendo a época de exames de Inverno e a frequência do semestre de Verão, só tendo retomado as aulas em Outubro de 1992, motivo pelo qual entrará na vida profissional com um ano de atraso, só se justificaria a atribuição de uma verba indemnizatória a título de dano patrimonial futuro, caso o lesado tivesse programado para o ano seguinte ao do período normal da conclusão do curso a realização de actividades ou a aquisição de bens que só nesse ano e com o dinheiro então ganho seria possível realizar ou adquirir. III - De outro modo, o atraso é compensável no futuro, e apenas é compatibilizável como dano emergente, por causa das maiores despesas implicadas na repetição de um ano lectivo. 13-11-2003 - Revista n.º 3511/03 - 7.ª Secção - Quirino Soares (Relator)

⁵⁴⁷ VARELA, João Antunes. *Das obrigações em geral*, op. cit., p. 597.

⁵⁴⁸ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil Português*, Direito das Obrigações, Gestão de negócios, enriquecimento sem causa, responsabilidade civil, V. II, T. III, Coimbra, Almedina, 2010 p. 511.

⁵⁴⁹ TELLES, Inocêncio Galvão. *Direito das obrigações*, 7º ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1997. P. 374

dinheiro; os prejuízos não patrimoniais ou morais são os que se verificam em relação a interesses insusceptíveis de avaliação pecuniária”⁵⁵⁰.

Além dos danos avaliáveis em dinheiro, existem outros prejuízos “como as dores físicas, os desgosto, morais, os vexames, a perda de prestígio ou de reputação, os complexos de ordem estética” que não são passíveis de avaliação pecuniária por atingirem bens “como a saúde, o bem estar, a liberdade, a beleza, a perfeição física, a honra ou o bom nome” e, por não fazer parte do patrimônio do lesado, “apenas podem ser compensados com a obrigação imposta ao agente, sendo está mais uma satisfação (*Genugtuung*) do que uma indenização”⁵⁵¹.

A violação objetiva a esses bens tem, em geral, um reflexo subjetivo na vítima, traduzido na dor ou sofrimento, de caráter físico ou moral⁵⁵². O dano moral se refere a vantagens que o Direito não admita que possam ser substituídas por dinheiro: apesar de serem compensáveis, seguramente, em sede de responsabilidade civil⁵⁵³.

Nesse caso, a personalidade humana não é avaliável em dinheiro⁵⁵⁴, quer dizer, os bens de personalidade não integram o patrimônio e, assim, quando ocorre uma violação da personalidade surgem diretamente danos não patrimoniais ou morais, ou seja, “prejuízos de interesse de ordem biológica, espiritual, ideal ou moral, não patrimonial, que, sendo insusceptíveis de avaliação pecuniária, apenas podem ser compensados, que não exatamente indenizados, com a obrigação imposta ao agente”⁵⁵⁵.

Contudo, do fato ilícito poderá resultar, simultaneamente, danos patrimoniais ou prejuízos avaliáveis em dinheiro, que podem ser estritamente reparados ou indenizados⁵⁵⁶, bem como danos não patrimoniais⁵⁵⁷.

⁵⁵⁰ Segundo Pessoa Jorge, o dano não patrimonial ou moral representa uma lesão de interesse de ordem espiritual. Cfr. *Ensaio sobre*, op. cit., p. 373.

⁵⁵¹ VARELA, João Antunes. *Das obrigações em geral*, op. cit., p. 601.

⁵⁵² TELLES, Inocêncio Galvão. *Direito das obrigações*, op. cit., p. 378.

⁵⁵³ CORDEIRO, Antônio Menezes. *Tratado de Direito Civil Português*, V. II, T. III, op. cit., p. 513.

⁵⁵⁴ O dano causado pela violação aos direitos de personalidade é quase sempre irreversível, pois, como observa Paulo Mota Pinto⁵⁵⁴ com a ocorrência da intromissão ou da difusão da informação privada já não é possível repor as coisas no “*status quo ante*”, apagando os efeitos da consumação da ofensa. Cfr. PINTO, Paulo Mota, “*Direito a Reserva...*”, op. cit., p. 580.

⁵⁵⁵ SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de. *O direito geral de personalidade*, op. cit., p. 458-460.

⁵⁵⁶ SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de. *O direito geral de personalidade*, op. cit., p. 459.

⁵⁵⁷ “A ofensa a bens de personalidade pode provocar também danos patrimoniais e, por isso, não é possível distinguir entre estes e os danos morais apenas em função dos direitos ofendidos”. Cfr. JORGE, Fernando De Sandy Lopes Pessoa. *Ensaio*, op. cit., p. 374.

Da infração dos direitos patrimoniais podem advir danos morais, sendo possível, da mesma maneira, a ocorrência de danos patrimoniais decorrentes de atentados aos direitos de personalidade^{558 559}.

A diferença entre danos patrimoniais e danos não patrimoniais não tem a ver com a natureza do bem afetado, mas com o tipo de utilidades que esse bem proporcionava e que veio a se prejudicar com a lesão⁵⁶⁰.

4.3.5.2. Ressarcibilidade dos danos não patrimoniais

O dano não patrimonial sofre grande divergência quanto à sua definição, tendo sido bastante questionada pela doutrina a questão da sua ressarcibilidade⁵⁶¹.

Os favoráveis à teoria negativista argumentam que esses danos têm uma natureza irreparável. Assim, as dores físicas ou morais são “grandezas complexas” que não são possíveis de apagar (indenizar) com dinheiro⁵⁶². Nessa área, calcular um valor para este dano não tem sentido⁵⁶³.

Para os negativistas, mesmo que o objetivo fosse compensar e não indenizar estes danos não patrimoniais, seria sempre muito difícil, ou praticamente impossível, estipular, sem uma margem, a compensação devida a cada caso concreto. Inclusive sendo afirmado, que apenas numa definição materialista da vida se poderia conceber a ideia de recompensar com dinheiro os danos de cunho não patrimonial⁵⁶⁴. Além de que a hipotética reparação

⁵⁵⁸ CORDEIRO, Antônio Menezes. *Tratado de Direito Civil Português*, V. II, T. III, op. cit., p. 513.

⁵⁵⁹ Pode ocorrer que os danos patrimoniais se apresentem indiretamente como reflexo dos danos não patrimoniais. Ferem-se direitos ou interesses materiais, quando se pratica uma lesão corporal ou um atentado à honra; num primeiro momento percebem-se os danos não patrimoniais, os ferimentos ou a diminuição da reputação, em seguida podem ocorrer os danos patrimoniais, as despesas de tratamento ou a perda do emprego. Cfr. TELLES, Inocêncio Galvão. *Direito das obrigações*, op. cit., p. 379.

Mario Júlio de Almeida Costa chama essas situações de danos patrimoniais indiretos, pois a reparação abarcará um duplo aspecto: à compensação do puro dano não patrimonial acrescentando a indenização dos seus reflexos materiais. Cfr. *Direito Das Obrigações*, op. cit., p. 594.

⁵⁶⁰ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das Obrigações*. 2017, op. cit., p. 328.

⁵⁶¹ Segundo Adriano Vaz Serra, a dificuldade só existe no que concerne à indenização em dinheiro: “a reparação de um dano patrimonial, mediante, por exemplo, a publicação da sentença de condenação do caluniador, a restituição de uma coisa, o restabelecimento ou a supressão de uma situação, a proibição de continuar a praticar certos actos, não encontra obstáculos”. Cfr. SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz. *Reparação do Dano Não Patrimonial*. Boletim Ministério da Justiça. Nº 83. Fevereiro de 1959, p. 70.

⁵⁶² “É imoral pretender reparar com uma prestação pecuniária a frustração de bens de personalidade que nada pode pagar; assim, repugna permitir ao pai exigir dinheiro pela morte do filho”. Cfr. JORGE, Fernando De Sandy Lopes Pessoa. *Ensaio*, op. cit., p. 374.

⁵⁶³ VARELA, João Antunes. *Das obrigações em geral*, op. cit., p. 603

⁵⁶⁴ VARELA, João Antunes. *Das obrigações em geral*, op. cit., p. 603

dos danos morais, admitida, nunca poderia incorporar-se na função da responsabilidade civil, pois refletiria numa forma de pena privada⁵⁶⁵.

Outros doutrinadores são contra esta concepção⁵⁶⁶, defendendo que embora o dinheiro e as dores morais ou físicas sejam, realmente, “grandezas complexas”, a prestação pecuniária a cargo do lesante além de tornar uma sanção devida pode ajudar a “*atenuar, minorar e de algum modo compensar*” os danos sofridos pelo lesado⁵⁶⁷.

Para o FERNANDO PESSOA JORGE a reparação dos danos não patrimoniais, “escapa, em larga medida, as coordenadas legais do sistema da responsabilidade civil. A total arbitrariedade do julgador na fixação da *compesatio doloris*” e também na delimitação das pessoas que a ela têm direito, fora do caso do nº 2 do artigo 496º do Código Civil, e também porque “foge quase inteiramente aos princípios que regem a responsabilidade civil”⁵⁶⁸.

Nesse contexto o jurista faz questionamentos:

“Para quê, na verdade, procurar determinar com rigor quais os prejuízos indemnizáveis, se o juiz pode, depois de atribuir a título de reparação, alias indiferenciada, dos danos morais?

Para quê procurar definir à luz do artigo 483º, quais sejam os interesses juridicamente protegidos, cuja lesão dá lugar a indemnização, se neles vierem a incluir-se “os danos não patrimoniais que, pela sua gravidade, mereçam a tutela do direito”, de que fala o nº I do artigo 496º?”⁵⁶⁹

E conclui que o bom senso “*manda separar os dois institutos*, tanto na construção teórica, como na aplicação prática: a fusão de ambos prejudica o bom entendimento de cada um”⁵⁷⁰. O mesmo autor considera ainda censurável a condenação composta em danos patrimoniais e morais sem diferenciar as partes da indenização que se referem a uns e a outros⁵⁷¹.

De acordo com ANTUNES VARELA, entre a solução de não haver indenização, com a desculpa de que o dinheiro não consegue apagar o dano, e a de se lhe conceder uma

⁵⁶⁵ JORGE, Fernando De Sandy Lopes Pessoa. *Ensaio*, op. cit., p. 374.

⁵⁶⁶ “Com efeito, o objetivo da reparação dos danos morais não é, *summo rigore*, tornar *indemne* o lesado, nem constitui pena civil, porque não se trata de infligir um castigo ao agente. O que se pretende é proporcionar aquele uma *compensação* ou *beneficio* de ordem material (a única possível), que lhe permite obter prazeres ou distrações – porventura de ordem puramente espiritual – que, de algum modo, atenuem a sua dor: não consistiria num *pretium doloris*, mas antes numa *compensatio doloris*”. Cfr. JORGE, Fernando De Sandy Lopes Pessoa. *Ensaio*, op. cit., p. 375.

⁵⁶⁷ VARELA, João Antunes. *Das obrigações em geral*, op. cit., p. 603-604.

⁵⁶⁸ JORGE, Fernando De Sandy Lopes Pessoa. *Ensaio*, op. cit., p. 376.

⁵⁶⁹ JORGE, Fernando De Sandy Lopes Pessoa. *Ensaio*, op. cit., p. 377.

⁵⁷⁰ JORGE, Fernando De Sandy Lopes Pessoa. *Ensaio*, op. cit., p. 377.

⁵⁷¹ JORGE, Fernando De Sandy Lopes Pessoa. *Ensaio*, op. cit., p. 377.

“compensação, reparação ou satisfação” apropriada, mesmo que não haja precisão na sua delimitação, é sem nenhuma sombra de dúvidas mais justa a segunda⁵⁷².

E essa ideia não se traduz numa concepção materialista ou utilitarista da vida. Não existe, na verdade, o propósito de apagar ou indenizar o dano, muito menos a ideia de “facultar o comércio com valores de ordem moral”; o que existe é a vontade de atenuar um mal consumado, pois a compensação pecuniária pode ajudar para o contentamento das mais diversas necessidades, “desde as mais grosseiras e elementares às de mais elevada espiritualidade”, considerando as formas de utilização que dela se faça⁵⁷³.

E conclui que a tese negativista é injusta, por negar qualquer compensação a quem sofreu o dano (que ocasionalmente pode ser até mais grave do que muitos danos patrimoniais), deixando inabalado o patrimônio do lesante, com a desculpa da dificuldade de fixar o valor exato da violação por ele causado⁵⁷⁴.

Segundo CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, os danos não patrimoniais, geralmente chamados de danos morais, “não são prejuízos avaliáveis em dinheiro, a atribuição de uma soma pecuniária correspondente legitima-se, não pela ideia de indenização ou de reconstituição, mas pela de compensação”⁵⁷⁵. E continua: os bens cuja violação provoca um dano não patrimonial são infungíveis e não podem ser reintegrados mesmo por equivalente. Contudo é possível, “em certa medida, contrabalancear o dano, compensá-lo mediante satisfações derivadas da utilização do dinheiro”. Não se objetivando, atribuir ao lesado um “preço de dor” ou um “preço do sangue”, porém, proporcionar uma satisfação, em virtude da inclinação do dinheiro para proporcionar a realização de vários interesses do lesado⁵⁷⁶.

4.3.5.3. Dano não patrimonial no Código Civil

O Código Civil Português de 1966 admitiu a possibilidade da reparação dos danos não patrimoniais, porém, apenas no campo da responsabilidade extracontratual.

A indenização dos danos morais ou não patrimoniais preceituada no artigo 496º, nº 1 do Código Civil é pacífica na jurisprudência e na doutrina. Só que este preceito limita

⁵⁷² VARELA, João Antunes. *Das obrigações em geral*, op. cit., p. 604.

⁵⁷³ VARELA, João Antunes. *Das obrigações em geral*, op. cit., p. 604.

⁵⁷⁴ VARELA, João Antunes. *Das obrigações em geral*, op. cit., p. 604

⁵⁷⁵ PINTO, Carlos Alberto Da Mota. *Teoria geral do direito civil*, 2012, op. cit., p. 129.

⁵⁷⁶ PINTO, Carlos Alberto Da Mota. *Teoria geral do direito civil*, 2012, op. cit., p. 130

a indenização dos danos não patrimoniais que devem ser atendidos “que, pela sua gravidade, mereçam a tutela do direito”. A qual deverá pautar-se por padrões objetivos em face da situação do caso concreto⁵⁷⁷.

Por outro lado, o Código Civil Brasileiro admite o caráter indenizatório dos danos morais, persistindo, ainda assim, dúvidas quanto aos requisitos de compensação desses danos e quanto à sua prova⁵⁷⁸.

Segundo ANTUNES VARELA a gravidade do dano deve ser medida por um padrão objetivo (a apreciação se dará considerando cada caso concreto), e não a partir de fatores subjetivos. A gravidade será apreciada “em função da tutela do direito: o dano deve ser de tal modo grave que justifique a concessão de uma satisfação de ordem pecuniária ao lesado”⁵⁷⁹. Sendo irrelevantes os pequenos incômodos ou contrariedades, bem como os sofrimentos ou desgostos que derivam de uma sensibilidade anormal⁵⁸⁰.

O preceito do artigo 496º do Código Civil, ao que se refere aos danos morais, não foi tão bem colocado na disciplina por deixar espaço para dúvidas. Ter colocado o princípio no seguimento de um conjunto de regras relativas à indenização por lesão corporal, especialmente quando resulta a morte da vítima, foi um tanto quanto impreciso⁵⁸¹.

De seguida, a lei prescreve no nº 2 do artigo 496º do Código Civil “por morte da vítima”. Contudo, não significa dizer que os danos morais não possam surgir de outros casos⁵⁸², enaltecendo o rigor com que devem ser escolhidos os danos não patrimoniais indenizáveis⁵⁸³.

A compensação deverá ser pautada ainda por juízos de equidade, considerando as situações concretas de cada caso. O preceito do nº 3 do artigo 496º do Código Civil institui que “o montante da indemnização será fixado equitativamente pelo tribunal, tendo em atenção, em qualquer caso, as circunstâncias referidas no artigo 494º do Código Civil”, isto é, “o grau de culpabilidade do responsável, a situação econômica do lesante e do lesado e as demais circunstâncias do caso”⁵⁸⁴.

⁵⁷⁷ SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de. *O direito geral de personalidade*, op. cit., p. 459.

⁵⁷⁸ BELTRÃO, Silvio Romero. *Direitos da Personalidade*, op. cit., p. 83.

⁵⁷⁹ VARELA, João Antunes. *Das obrigações em geral*, op. cit. p. 606.

⁵⁸⁰ COSTA, Mario Júlio De Almeida. *Direito Das Obrigações*, op. cit., p. 601.

⁵⁸¹ COSTA, Mario Júlio De Almeida. *Direito Das Obrigações*, op. cit., p. 601.

⁵⁸² Como por exemplo, violação aos direitos de personalidade.

⁵⁸³ VARELA, João Antunes. *Das obrigações em geral*. op. cit., p. 606.

⁵⁸⁴ SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de. *O direito geral de personalidade*, op. cit., p. 459.

Para ANTUNES VARELA a remissão feita no artigo 496º, nº 3 para a conjuntura do artigo 494º, mandando atender, na fixação da indenização, quer à culpa, quer à situação econômica do lesante, retrata que não concebeu, exatamente, a teoria que a indenização possibilita ao lesado, de acordo com o seu padrão de vida, “os meios econômicos necessários para satisfazer ou compensar com os prazeres da vida os desgostos, os sofrimentos ou as inibições que sofrerá por virtude da lesão”⁵⁸⁵.

A situação de mandar respeitar a condição econômica do lesado, ao lado da do lesante, indica que a indenização não confere, aos olhos da lei, um puro caráter sancionatório. Conferindo, no caso dos danos não patrimoniais, um âmbito evidentemente misto: em que, de um lado, propõe-se reparar de algum modo, mais do que indenizar, os danos sofridos pela pessoa lesada; e, por outro lado, não é contestável a ideia de reprová-lo ou castigá-lo no direito civil, com ferramentas próprias do direito privado, a conduta do lesante⁵⁸⁶.

Segundo o jurista brasileiro CAIO MÁRIO PEREIRA, a reparação do dano moral está conjugada por dois motivos ou duas concausas:

“I – punição ao infrator pelo fato de haver ofendido um bem jurídico da vítima, posto que imaterial; II – pôr nas mãos do ofendido uma soma que não é *pretium doloris*, porém o meio de lhe oferecer oportunidade de conseguir uma satisfação de qualquer espécie, seja de ordem intelectual ou moral, seja mesmo de cunho material, o que pode ser obtido ‘no fato’ de saber que esta soma em dinheiro pode amenizar a amargura da ofensa e de qualquer maneira o desejo de vingança”⁵⁸⁷.

Assim, “esse arbitramento deve ser moderado e equitativo, para que se não converta o sofrimento em móvel de captação de lucro (o lucro *capiendo*)”⁵⁸⁸.

4.4. Formas de indenização do dano não patrimonial

O Código Civil Português trata a matéria da obrigação de indenizar nos artigos 562º e seguintes. Desta obrigação derivam duas formas possíveis de indenização: a reconstituição *in natura* ou específica e a indenização em dinheiro⁵⁸⁹.

⁵⁸⁵ VARELA, João Antunes. *Das obrigações em geral*, op. cit., p. 606-607.

⁵⁸⁶ VARELA João Antunes. *Das obrigações em geral*, op. cit., p. 608

⁵⁸⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*, p. 315-316, apud FILHO, Sergio Cavalieri. *Programa de Responsabilidade Civil*, op. cit., p. 106.

⁵⁸⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva.. *Responsabilidade Civil*, p. 315-316, apud FILHO, Sergio Cavalieri. *Programa de Responsabilidade Civil*, op. cit., p. 106.

4.4.1. Reconstituição *in natura* ou indenização em forma específica

De acordo com os artigos 562º e 564º, nº 1, do Código Civil Português, a obrigação da indenização deve ser, inicialmente, fundamentada pela forma da reconstituição natural ou indenização em espécie, por ser esta a maneira mais primorosa de reparação dos danos concretos ou reais e que melhor assegurar a integridade das pessoas e dos bens⁵⁹⁰.

O objetivo da norma nesta matéria é, conseqüentemente, o de promover a direta remoção do *dano real* à custa do lesante, considerando que esse é o meio mais eficiente para garantir o interesse essencial da integridade das pessoas, dos bens ou dos direitos sobre estes⁵⁹¹.

Nesse sentido, quem estiver obrigado a reparar um dano de personalidade, de caráter patrimonial ou não patrimonial, deve, em regra, aderir ao modelo indispensável a “reconstituir a situação que existiria se não se tivesse verificado o evento que obriga à reparação”⁵⁹².

Existindo violação da integridade física de outrem, causadora de ferimentos, lesões ou doença, o agente lesante deve socorrer o sujeito lesado, assegurar a sua assistência e tratamento e subsidiar os transportes, internamentos e todas as despesas fundamentais a recuperação do lesado. Havendo furto ou detenção ilícita de escritos confidenciais deve devolvê-los. Em caso de gravação de conversa, ou voz ou realizada cópias de correspondência violada deve proceder à destruição dos registros ilícitos. Quem realizou ofensas através de escritos ou imagens ou divulgou retratos não autorizados, deverá também destruir toda forma de ofensa empregada. Se alguém praticou injúria deve desdizer-se e se afetou terceiro na sua identidade e reputação através de falsas ou inexatas notícias deve corrigir tais imputações. Quando uma pessoa produzir barulhos, fumos e cheiros insuportáveis para os vizinhos deve parar imediatamente ou alterar a forma de exercício da atividade causadora, para que não cause mais prejuízos⁵⁹³.

⁵⁸⁹ “É específica quando a respectiva prestação implique a entrega ao lesado, de um bem igual ao prejudicado: é pecuniária quando haja, apenas, lugar a restituição do valor correspondente ao da lesão, normalmente através de uma entrega em dinheiro”. Cfr. CORDEIRO, António Menezes, *Tratado de Direito Civil Português*, V. II, T. III, op. cit., p. 724.

⁵⁹⁰ SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de. *O direito geral de personalidade*, op. cit., p. 463.

⁵⁹¹ VARELA, João Antunes. *Direito das Obrigações*, op. cit., p. 904.

⁵⁹² Artigo 562º do Código Civil Português.

⁵⁹³ SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de. *O direito geral de personalidade* op. cit., p. 463-464.

Todavia, a indenização por reconstituição *in natura* sofre fortes restrições que tornam, quase sempre, primordial o recurso, total ou complementar, à indenização em dinheiro⁵⁹⁴. Tal como defende ANTUNES VARELA, há situações em que a reconstituição natural não é sequer possível, a par de outros em que ela não é o meio bastante para alcançar o fim da reparação ou não é o meio idôneo para tal⁵⁹⁵.

Repara igualmente CAPELO DE SOUSA, em primeiro lugar, nas restrições que podem interferir na reconstituição natural por não ser possível ou ter-se tornado impossível reconstituir, quer material quer juridicamente. Deriva, por exemplo, da violação da personalidade que tem como resultado a morte imediata da vítima, que não se lhe pode restituir a vida; ou um manuscrito alheio destruído indevidamente que também não poderá ser reconstituído; ou uma agressão que resulte corte num dedo, que não seja reimplantado por desleixo do lesante, em exemplos dados pelo mesmo autor⁵⁹⁶.

Em segundo lugar, dá conta que as formas possíveis de reconstituição natural podem não reparar integralmente os danos, pelo que devem ser complementadas por indenização em dinheiro. Por exemplo, o tratamento e a assistência médica de um sujeito lesado na sua integridade física, não restituem as perdas de salário, as dores físicas, os incômodos e porventura as incapacidades de que se torne portador. Como também as retratações das injúrias cometidas não neutralizam o injuriado de vexames, desgostos, desprestígio e perdas econômicas efetivamente sofridas⁵⁹⁷.

Segundo ANTUNES VARELA, a *insuficiência* ocorre sempre que a reconstituição não cobre *todos os* danos ou quando não abrange *todos* os aspectos em que o dano se desdobra. E também quando a reconstituição torna-se insuficiente pela sua natureza, não sendo passível de reparação mediante reconstituição natural, nem sequer de indenização, mas apenas de compensação⁵⁹⁸.

E, por fim, a reconstituição pode não ser exigível quando for excessivamente onerosa⁵⁹⁹ para o devedor. De outro modo, “quando houver manifesta desproporção entre o

⁵⁹⁴ Artigo 566º, n.º 1 do Código Civil Português. A indemnização é fixada em dinheiro, sempre que a reconstituição natural não seja possível, não repare integralmente os danos, ou seja, excessivamente onerosa para o devedor.

⁵⁹⁵ VARELA, João Antunes. *Direito das Obrigações*, op. cit., p. 905.

⁵⁹⁶ SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de. *O direito geral de personalidade*, op. cit., p. 464.

⁵⁹⁷ SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de. *O direito geral de personalidade*, op. cit., p. 464.

⁵⁹⁸ VARELA, João Antunes. *Direito das Obrigações*, op. cit., p. 905.

⁵⁹⁹ Menezes Cordeiro chama atenção para o Código Civil Português que não define qualquer requisito para entender o que seria essa “excessiva onerosidade para o devedor”. Informa que se deve recorrer aos princípios gerais, isto é, uma “indenização específica é excessivamente onerosa quando a sua exigência

interesse do lesado, que importa recompor, e o custo que a reparação natural envolve para o responsável”⁶⁰⁰. Como por exemplo, a reprodução e divulgação de um retrato que não se sabe o seu alcance, sendo impossível a sua destruição, tendo como única forma de restituição uma indenização em dinheiro. O objetivo de qualquer das duas formas é satisfazer o interesse do lesado.

Como medidas de reconstituição natural podemos elencar: a retratação do ofensor pela ofensa cometida; o direito à publicação de sentença condenatória do lesante, visto que a publicação desempenha uma “função retributiva”, tendo por finalidade levar ao conhecimento de todos a injúria que foi feita ao lesado e a sanção aplicada, e de prevenção nos casos em que a divulgação se reporte a fatos verdadeiros; e, por fim, há o direito a retratação pública que tem como intuito diminuir os prejuízos causados pela divulgação de fatos ofensivos, para que surta um efeito é necessário que a retratação seja sentida pelo público como um ato de contrição do lesante⁶⁰¹.

Note-se que o direito à indenização por reconstituição *in natura* não está submetido à matéria de prescrição extintiva⁶⁰², conforme dispõe o artigo 298º, nº 1 do Código Civil⁶⁰³.

4.4.2. Por equivalência ou compensação

Não havendo a possibilidade de reconstituir naturalmente o dano, a obrigação de indenização pode ocorrer em dinheiro ou por equivalente.

A indenização por equivalência ou por compensação se traduz na entrega de uma quantia em dinheiro equivalente ao valor dos danos. Por esta via de reparação já não se apaga ou remove o dano real, mas “indeniza-se tão-só o dano de cálculo ou o dano abstracto” que representa o valor em pecúnia dos prejuízos causados ao ofendido⁶⁰⁴.

Restringindo, conforme os termos expostos da reconstituição *in natura*, aos danos ligados ao fato por uma relação de condicionalidade e também de adequação, verificam-se

atente gravemente contra princípios da boa fé”. Cfr. CORDEIRO, Antônio Menezes. *Tratado de Direito Civil Português*, V. II, T III, op. cit., p. 725.

⁶⁰⁰ VARELA, João Antunes. *Direito das Obrigações*, op. cit., p. 906.

⁶⁰¹ ANDRADE, Maria Paula Gouveia. *Da ofensa do crédito e do bom nome*, op. cit., p. 80.

⁶⁰² Artigo 298º, nº 1 do Código Civil Português: “Estão sujeitos a prescrição, pelo seu não exercício durante o lapso de tempo estabelecido na lei, os direitos que não sejam indisponíveis ou que a lei não declare isentos de prescrição”.

⁶⁰³ Artigo 498º do Código Civil Português.

⁶⁰⁴ COSTA, Mario Júlio de Almeida. *Direito das Obrigações*, op. cit., p. 771.

desde agora que o fator essencial a considerar nestes casos não é a situação abstrata, mas a situação concreta do lesado⁶⁰⁵.

O fato ilícito pode dar razão a indenizações muito diferentes, por serem muito diversos os danos que o fato pode causar em cada caso concreto⁶⁰⁶.

ANTUNES VARELA levanta um questionamento em relação a como se determinar o valor destes danos em cada situação real ou concreta, essencialmente por saber que entre o momento da prática do fato e da sua apreciação em juízo pode haver um período mais ou menos longo, e também por saber que o dano (real) se não pode facilmente isolar, por vezes, na situação patrimonial total do lesado⁶⁰⁷.

Segundo CAPELO DE SOUSA, a quantificação da obrigação de indenização no caso da violação dos direitos de personalidade deve ser realizada primeiramente com a distinção da indenização dos danos patrimoniais da dos danos não patrimoniais⁶⁰⁸.

Quanto à indenização em dinheiro dos danos patrimoniais da personalidade, rege a regra do n.º 2⁶⁰⁹ do artigo 566.º do Código Civil Português, tendo a indenização como parâmetro “a diferença entre a situação patrimonial do lesado, na data mais recente que puder ser atendida pelo Tribunal (situação real actual) e a que teria nessa data se não existissem danos (situação hipotética actual)”^{610 611}.

Contudo, a indenização em dinheiro por danos patrimoniais da personalidade decorrente de fato ilícito meramente culposos, de acordo com o artigo 494.º do Código Civil Português, “*poderá... ser fixada, equitativamente, em montante inferior ao que corresponderia aos danos causados, desde que o grau de culpabilidade do agente, a situação económica deste e do lesado e as demais circunstanciais do caso a justifiquem*”⁶¹².

A indenização em dinheiro dos danos não patrimoniais da personalidade é amparada na exceção da 1.ª parte do n.º 2 do artigo 566.º do Código Civil Português, na qual

⁶⁰⁵ VARELA, João Antunes Varela. *Direito das Obrigações*, op. cit., p. 906.

⁶⁰⁶ VARELA, João Antunes Varela. *Direito das Obrigações*, op. cit., p. 907.

⁶⁰⁷ VARELA, João Antunes Varela. *Direito das Obrigações*, op. cit., p. 907.

⁶⁰⁸ SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de. *O direito geral de personalidade*, op. cit., p. 465.

⁶⁰⁹ “Sem prejuízo do preceituado noutras disposições, a indemnização em dinheiro tem como medida a diferença entre a situação patrimonial do lesado, na data mais recente que puder ser atendida pelo tribunal, e a que teria nessa data se não existissem danos”.

⁶¹⁰ SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de. *O direito geral de personalidade*, op. cit., p. 465-466.

⁶¹¹ Uma agressão corporal voluntária causa a outrem cinco dias de incapacidade para o trabalho, o lesado tem direito a receber o seu salário ou retribuição correspondente aos dias de incapacidade, com eventual dedução, despesas de transporte para o local de trabalho a seu cargo, quaisquer que sejam as possibilidades económicas do lesante. Cfr. SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de. *O direito geral de personalidade*, op. cit., p. 466.

⁶¹² SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de. *O direito geral de personalidade* op. cit., p. 466.

se insere o nº 3⁶¹³ do artigo 496º do Código Civil Português, considerando o grau de culpabilidade do agente, a situação econômica deste e do lesado e as demais circunstâncias do caso⁶¹⁴.

4.5. Tutela do Crédito ou do bom nome

A responsabilidade civil tem como objetivo o ressarcimento dos danos, sendo definido como o “conjunto de factos que dão origem a obrigação de indenizar os danos sofridos por outrem”⁶¹⁵.

Ao consagrar o direito ao bom nome e reputação como direitos fundamentais constitucionalmente protegidos, conforme o art. 26º, nº 1 da Constituição da República Portuguesa, foi pretendido o reconhecimento da dignidade da pessoa por parte dos outros, ou seja, “direito do indivíduo a não ser depreciado ou vilipendiado no seu valor aos olhos da sociedade”⁶¹⁶.

Neste contexto, o artigo 484º do Código Civil tem o sentido de responsabilizar civilmente o sujeito que lesionar o direito ao bom nome e ao crédito de outrem: “quem afirmar ou difundir um facto capaz de prejudicar o crédito ou o bom nome de qualquer pessoa, singular ou colectiva, responde pelos danos causados”.

Inicialmente o fato pode ser observado como uma afirmação ou uma insinuação, exercida pela palavra (escrita ou oral), pela imagem ou pelo som, que impliquem ou possam implicar descortesia para o visado. O que poderá resultar na diminuição da consideração social ou naquela que ele tenha em si mesmo. Assim, o homem médio normal poderá sentir-se lesado no seu crédito ou bom nome em caso de afirmações ou insinuações sobre a sua pessoa⁶¹⁷.

Dessa forma, existindo ou não um direito subjetivo ao crédito e ao bom nome, considera-se antijurídica a conduta que ameace violá-los, não importando se o fato

⁶¹³ “O montante da indemnização será fixado equitativamente pelo tribunal, tendo em atenção, em qualquer caso, as circunstâncias referidas no artigo 494º;”

⁶¹⁴ Como exemplo, “Se A mata ou injuria B, o tribunal fixará equitativamente em dinheiro a compensação pelo dano da perda de vida ou da honra e reputação de B, tomando em linha de conta, a intensidade do dolo ou da mera culpa de A, a sua situação económica e a de B, a idade e a saúde de B, particularmente no caso de morte, a reputação social de B, a gravidade e a publicidade da ofensa no caso de injuria e outras circunstancias que se mostrem relevantes no caso concreto”. Cfr. SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de. *O direito geral de personalidade*, op. cit., p. 466.

⁶¹⁵ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das Obrigações*, 2007, op. cit., p. 284.

⁶¹⁶ ANDRADE, Maria Paula Gouveia. *Da ofensa do crédito e do bom nome*, op. cit., p. 31.

⁶¹⁷ CORDEIRO, Antônio Menezes. *Tratado de Direito Civil Português*, V. II, T. III, op. cit., p. 553.

afirmado ou divulgado seja ou não verdadeiro⁶¹⁸, contanto que seja suscetível de diminuir a confiança “na capacidade e na vontade da pessoa para cumprir suas obrigações (prejuízo do crédito) ou de abalar o prestígio de que a pessoa goze ou o bom conceito em que seja tida (prejuízo do bom nome) no meio social em que vive ou exerce a sua atividade”⁶¹⁹.

Do mesmo modo que as afirmações falsas, tendenciosas ou incompletas podem atentar contra a honra das pessoas, as afirmações totalmente verdadeiras também poderão fazê-lo. Nem tudo o que acontece tem de ser revelado. A vida pregressa ou atual da pessoa não deve ser divulgada⁶²⁰.

Partiremos a análise do artigo 484º do Código Civil, verificando os pressupostos de aplicabilidade em caso de condutas ilícitas cometidas pelo agente.

Percebemos que a “afirmação ou difusão de fatos” deverá ser realizada perante terceiros, sendo indiferente o meio e a forma de divulgação, “o que se revela importante para efeitos de responsabilização do agente nos termos do art. 484º é a susceptibilidade, de acordo com as exigências legais, ou as regras normais da experiência e da vida, das declarações chegarem ao conhecimento de um auditório mais ou menos amplo”⁶²¹.

A afirmação ou a difusão de fatos é o pressuposto fundamental para aplicabilidade do art. 484º do Código Civil⁶²², devendo ser feita na presença de outras pessoas. Assim, quem na sua liberdade divulga fatos suscetíveis de atingir o bom nome e o crédito de outrem pratica um fato ilícito regulado na lei.

O autor de determinadas declarações em que haja publicidade deve atentar à relevância das suas afirmações ponderando o seu conteúdo para não incorrer no ilícito do art. 484º do Código Civil.

Para a honra, como já vimos, sendo um destaque social de certos valores pessoais de cada indivíduo, é primordial que “não haja ofensa da mesma quando se afirmem ou divulguem factos verdadeiros e notórios, desde que tais manifestações não representem pela sua forma ou suas circunstâncias um autônomo desrespeito a honra alheia”⁶²³.

⁶¹⁸ A Jurisprudência acolheu a posição de que não precisa verificar a natureza não verídica dos fatos imputados. Assim não é exigível a falsidade de quaisquer afirmações; “limita-se a remeter, ainda que implicitamente, para os direitos de personalidade”. Cfr. CORDEIRO, Antônio Menezes. *Tratado de Direito Civil Português*, V. II, T. III, op. cit., p. 555.

⁶¹⁹ LIMA, Pires de / VARELA, Antunes. *Código Civil Anotado*, op. cit., p. 486.

⁶²⁰ CORDEIRO, Antônio Menezes. *Tratado de Direito Civil Português*, V. II, T. III, op. cit., p. 556-557.

⁶²¹ MATOS, Filipe Miguel Cruz de Albuquerque. *Responsabilidade Civil por...*, op. cit., p. 317.

⁶²² O artigo 484º do C.C. não protege as declarações ofensivas que se reportarem particularmente ao lesado. Nessas situações o lesado estará protegido na esfera do artigo 70, nº 2 e 483 do Código Civil.

⁶²³ SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de. *O direito geral de personalidade*, op. cit., p. 309.

Contudo, fato capaz de provocar a violação do bom nome e do crédito, se encontra no plano jurídico legitimado da liberdade de expressão.

Dessa forma, se faz necessário realizar uma interpretação “das declarações proferidas para determinar o respectivo grau de ofensividade”⁶²⁴. Excluídos do âmbito de proteção do artigo 484º do Código Civil estão todas as possibilidades de declarações em que se faz jus a juízos valorativos ou opiniões, pois apenas os fatos concretos podem fazer incorrer em responsabilidade quem proceda à sua transmissão.

A responsabilização do agente em casos em que ocorra a violação aos direitos de personalidade não englobada na esfera de proteção do 484º do Código Civil poderá ser realizada pelo nº 2 do artigo 70º, bem como pelo art. 483º do Código Civil.

O legislador não teve como objetivo regular o embate entre a liberdade de expressão e o direito ao bom nome e ao crédito, apenas visou garantir uma proteção jurídica aos lesados quando o bom nome e o crédito dos mesmos tenham sido atingidos.

Incumbe ao lesado provar a sua boa reputação perante a falsidade das informações por se tratar de um elemento constitutivo da sua pretensão e também invocar o quanto lhe foi prejudicial. Assim, a atividade probatória recai sobre a gravidade das declarações proferidas e a exoneração do agente supõe a prova do contrário, ou seja, do cumprimento das exigências implicadas no princípio da proporcionalidade.

O ilícito ao bom nome e ao crédito possui uma forma de responsabilidade civil *aquiliana* e, como consequência, a ofensa ao artigo 562º do Código Civil determina: “quem estiver obrigado a reparar um dano deve reconstituir a situação que existiria, se não se tivesse verificado o evento que obriga à reparação”.

Assim, o ressarcimento dos danos decorrentes da violação do bom nome e do crédito é realizado de acordo com o artigo 566º, nº 1 do Código Civil, conforme já mencionamos.

4.6. A tutela especial do artigo 70º nº 2 do Código Civil

O nº 2 do artigo 70º do Código Civil afirma que além da responsabilidade civil a que haja lugar, “a pessoa ameaçada ou ofendida pode requerer as providências adequadas

⁶²⁴ MATOS, Filipe Miguel Cruz de Albuquerque. *Responsabilidade Civil por...*, op. cit., p. 72.

às circunstâncias do caso, com o fim de evitar a consumação da ameaça ou atenuar os efeitos da ofensa já cometida”.

Do que retiramos do artigo 70º, nº 1 do Código Civil “qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa” deve-se proceder de um “fato jurídico humano *voluntário e ilícito*, mas concretamente, de um fato dominável ou controlável pela vontade do violador e contrário aos seus deveres legais de abstenção e, em certos casos, de ação, face à personalidade de outrem”⁶²⁵.

Podemos perceber que os meios de proteção garantidos aos direitos de personalidade são: a responsabilidade civil, a tutela preventiva e a atenuação do possível⁶²⁶. Mas esses meios não são analisados num mesmo patamar. Num lado temos a responsabilidade civil que tem por objetivo ressarcir os danos materiais e morais sofridos pelo ofendido e, do outro, os remédios diretos.

Os remédios diretos se traduzem em mecanismos preventivos e atenuantes. De acordo com o meio preventivos, pretende-se evitar que as ameaças se concretizem em ofensas, ao passo que os *atenuantes* são destinados a atuar após a consumação ou no início da consumação da ofensa e que, na impossibilidade de preveni-la, se destinam a reduzir, dentro do possível, os efeitos da ofensa. Pode haver cumulação entre os remédios preventivos e atenuantes, uns com os outros ou com a indenização⁶²⁷.

O preceito diz que as providências serão adequadas às circunstâncias do caso⁶²⁸. Assim, abre-se uma vasta margem de liberdade para o juiz que julgar o caso em análise. Contudo, esta liberdade não é total e sem critérios, pois, como decorre da lei, as providências devem ser adequadas, excluindo assim os excessos. O juiz ao analisar a situação em concreto deve atuar com moderação, não excedendo limites e perturbando o mínimo possível terceiros⁶²⁹.

Dessa forma, poderá ser determinada a apreensão de publicações ilícitas sobre a vida privada ou de outros meios de ofensa do direito à reserva, bem como a decretação de supressão de certas passagens, fotografias, ou de quaisquer meios e formas que estejam violando o direito de outrem. Pode ocorrer também uma condenação inibitória com a finalidade de cessar a agressão e a imposição de uma obrigação de abstenção de certos

⁶²⁵ SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de. *O direito geral de personalidade*, op. cit., p. 472.

⁶²⁶ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Teoria Geral*, op. cit., p. 44.

⁶²⁷ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Teoria Geral*, op. cit., p. 44.

⁶²⁸ Artigo 70º, nº 2 do Código Civil.

⁶²⁹ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Teoria Geral*, op. cit., p. 44.

atos, para prevenir a violação do direito a reserva sobre a intimidade da vida privada, podendo atingir paralelamente, caso haja requerimento do lesando, uma sanção pecuniária compulsória no termos do artigo 829º-A de Código Civil (Prestação de facto negativo) ⁶³⁰.

Para que haja a determinação destas providências, é necessário apenas que haja uma ameaça de ofensa ou diante de uma ofensa ilícita aos direitos de personalidade, não havendo necessidade de que a lesão ou ameaça sejam culposas. O objetivo da prevenção do ilícito faz com que não seja necessária a culpa do lesante para que possa ser decretada, nem que da ameaça ou da ofensa da personalidade alheia resulte danos para este ⁶³¹.

As disposições do nº 2 do artigo 70º do Código Civil tem fundamento em todas as situações de “anti-juridicidade objectiva, independentemente da culpa e dos danos, dado o carácter absoluto e de exclusão dos direitos de personalidade e a necessidade jurídica de assegurar o gozo dos mesmos”⁶³².

O Código Civil Brasileiro, apesar de prever a possibilidade jurídica de providências preventivas e atenuantes, não dispõe de um procedimento especial como acontece em Portugal⁶³³.

Em Portugal, a lei dispõe de um processo judicial de jurisdição voluntária, para a determinação das providências, nos artigos 1474º e 1475º do Código de Processo Civil. Trata-se de um processo simples, que reside num requerimento dirigido ao juiz, em que o sujeito ameaçado ou lesado formula e fundamenta a sua pretensão e indica os meios de prova; a parte demandada, logo após citação, oferece contestação e sua prova; e havendo prova, o magistrado se pronuncia de acordo com os critérios que não são de legalidade estrita, mas de adequação e conveniência⁶³⁴.

As providências preventivas partem do princípio que, para a defesa e o desenvolvimento da personalidade humana sejam seguramente protegidos, é essencial tutelar as ameaças de ofensas à personalidade⁶³⁵.

Dessa forma, a pessoa que sofre ameaça na sua personalidade física ou moral, pode requerer as providências adequadas às circunstâncias do caso, com o fim de evitar que a ameaça se concretize. Assim, as ameaças da ofensa devem ser ilícitas e o mal

⁶³⁰ PINTO, Paulo Mota Pinto. “*Direito a Reserva...*”, op. cit., p 583 – 584.

⁶³¹ SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de. *O direito geral de personalidade*, op. cit., p. p. 473.

⁶³² SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de. *O direito geral de personalidade*, op. cit., p. 473.

⁶³³ BELTRÃO, Silvio Romero. *Direitos da Personalidade*, op. cit. p. 78.

⁶³⁴ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Teoria Geral do Direito Civil*, 7ª ed., Coimbra, Almedina, 2012, p. 44.

⁶³⁵ SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de. *O direito geral de personalidade*, op. cit., p. 474.

imputado deve ser relevante e ponderável, com um efetivo medo ou perturbação pela sua concretização⁶³⁶.

O artigo 70º nº 2 tem um âmbito geral de aplicação, podendo ser empregado sempre que haja situações relevantes de ameaças ilícitas aos direitos de personalidade, quer na sua totalidade ou nos diversos bens especiais que a integram⁶³⁷.

O objetivo das providências atenuantes é tutelar as ofensas aos direitos de personalidade já consumadas. A finalidade desta providência é “surpreender e agir diretamente sobre fenômenos existenciais em curso, ou seja, sobre a ação ofensiva em si mesma ou os seus efeitos, enquanto alterações ontológicas ou existenciais”⁶³⁸.

Esta norma presume que existe certa durabilidade no tempo da atuação ofensiva em si mesma ou dos seus efeitos para a pessoa. Segundo CAPELO DE SOUSA, apesar do artigo 70º, nº 2 do Código Civil falar apenas em “atenuar os efeitos da ofensa já cometida”, parece claro que a expressão abrange também a cessação imediata da ação ofensiva duradoura em curso e, como consequência, a atenuação dos efeitos desta última⁶³⁹.

⁶³⁶ SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de. *O direito geral de personalidade*, op. cit., p. 475.

⁶³⁷ SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de. *O direito geral de personalidade*, op. cit., p. 476.

⁶³⁸ SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de. *O direito geral de personalidade*, op. cit., p. 476.

⁶³⁹ SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de. *O direito geral de personalidade*, op. cit., p. 477.

Considerações Finais

Por todo o exposto, podemos realizar algumas considerações.

Verificámos que os direitos de personalidade se consagram a partir de uma contínua evolução histórica, tendo fundamento na dignidade da pessoa humana e no reconhecimento do indivíduo como pessoa.

Nesse sentido, o Código Civil de 1966 reconheceu os direitos de personalidade assegurando a proteção à pessoa contra qualquer ameaça física ou moral.

Os direitos de personalidade podem ser caracterizados como direitos absolutos, oponíveis a todos, *erga omnes*, em que seu titular pode exigir seu respeito por parte de qualquer um; são direitos não patrimoniais, fazendo parte da esfera pessoal do seu titular, não sendo avaliáveis em dinheiro; são intransmissíveis por serem poderes jurídicos inseparáveis da personalidade física ou moral; são imprescritíveis, não se extinguindo por omissão de exercício; são também irrenunciáveis e inalienáveis, ou seja, a pessoa não tem o poder de renunciar ou alienar o seu direito em si, dado a sua essencialidade. Contudo, em relação a alguns direitos o seu titular poderá dispor voluntariamente de uma parcela desses bens, conforme o Código Civil, desde que não seja contrária a ordem pública, à lei ou aos bons costumes.

Os direitos de personalidade são direitos subjetivos que têm por finalidade assegurar o poder de cada um de exigir o respeito da sua própria dignidade, ou seja, vem dar à pessoa a afirmação da sua autonomia individual.

Os direitos de personalidade são um tema de grande importância, sendo sempre objeto de estudo quanto ao conflito existente da sua violação pelo exercício irregular da liberdade de expressão e informação.

De fato, a liberdade de expressão é um direito constitucionalmente e juscivilisticamente protegido, sendo o seu exercício assegurado igualmente a todos, contudo, não pode ser exercido de forma que venha a atingir e ofender direitos alheios.

A liberdade de expressão tem por escopo constituir um Estado de Direito Democrático pautado na ética e com uma finalidade social colaboradora para o desenvolvimento e progresso social.

A liberdade de expressão é assim uma espécie de liberdade que tem como princípio fundamental a dignidade da pessoa humana, sendo o seu exercício uma forma de

afirmar o poder de autodeterminação das pessoas. Como direito subjetivo, não pode ser objeto de restrições, constituindo uma das mais completas formas de atuação da pessoa, podendo ser exercida livremente, apenas tendo como atenção as formas de seu exercício para que não esbarre na esfera jurídica de outrem e possa causar-lhe prejuízo.

Quando a liberdade de expressão exclui a sua função social pode-se tornar um direito potencialmente conflitante com os outros direitos de personalidade, designadamente o direito à reserva da vida privada, o direito à honra e o direito à imagem.

Vislumbrando um conflito entre esses direitos, não podemos necessariamente falar em uma prevalência de um dos direitos, mas perante a análise do caso concreto e segundo os princípios de adequação e proporcionalidade poderemos chegar ao agente que extrapolou o limite do seu exercício.

A análise da colisão de direitos é realizada de acordo com a regra do artigo 335º do Código Civil, o qual fornece diretriz capaz de solucionar tais conflitos. A aplicação prática desse artigo fica em grande parte dependente do critério do julgador.

Em regra, havendo uma simples colisão de direito iguais, o problema poderá ser resolvido a partir da cedência mútua para que todos os direitos se realizem, sem maior prejuízo para qualquer uma das partes. Havendo direitos desiguais ou de espécie diferente deverá prevalecer o direito que for considerado superior. Contudo, a partir de casos em que o exercício do direito tenha sido realizado de forma anormal, ou seja, sendo verificado um abuso de direito, o agente causador da lesão poderá ser responsabilizado.

Os danos causados a partir das ofensas aos direitos de personalidade têm na tutela civil do artigo 483º o direito de exigir do lesante a reparação pautada na responsabilidade civil, como também, por força do artigo 70º, nº 2, a possibilidade de requerer as providências adequadas face o caso concreto, a fim de evitar a consumação da ameaça ou de atenuar os efeitos da ofensa já cometida.

Já os danos causados ao direito ao crédito e ao bom nome tem na tutela civil do artigo 484º o direito de exigir do lesante a reparação de acordo com a responsabilidade civil. O legislador ao proclamar o artigo 484º do Código Civil trouxe como consequência lógica o conflito de interesses entre a liberdade de expressão e de informação e o direito ao bom nome e ao crédito.

Para que se verifique o dever de reparar o lesado decorrente da responsabilidade civil é necessário o preenchimento de alguns pressupostos, designadamente: o fato, a ilicitude, a culpa, o dano e o nexo de causalidade entre o fato e o dano.

A responsabilidade civil tem como finalidade a reparação do dano e como obrigação recolocar o lesado na situação em que estaria se não tivesse ocorrido a lesão.

Assim, da violação dos direitos de personalidade poderá surgir, em regra, um dano não patrimonial, por serem bens que não podem ser avaliados em dinheiro. Contudo, do fato ilícito poderá surgir também danos patrimoniais.

A ressarcibilidade dos danos não patrimoniais foi por muito tempo discutida, porém, hoje o Código Civil consagra essa possibilidade de reparação, sendo pacífica sua admissibilidade pela doutrina e pela jurisprudência. Sua valoração deverá ser realizada a partir de juízos de equidade e de acordo com cada caso concreto.

Havendo obrigação de reparar, a indenização pode ser realizada através da reconstituição *in natura*, enquanto forma primordial de reparação, tendo por finalidade reconstituir a situação que existiria se não tivesse ocorrido a lesão, considerando que essa forma pode ser por vezes difícil de realizar. Não havendo a possibilidade de reconstituir naturalmente o dano, a obrigação de indenização pode ocorrer em dinheiro, que consiste na reparação através de uma quantia de dinheiro equivalente ao dano.

Além da responsabilidade civil, os direitos de personalidade dispõem ainda de “remédios diretos”, quais sejam a tutela preventiva e a atenuação do possível. Para que haja a determinação destas providências, necessário apenas que haja uma ameaça de ofensa ou diante de uma ofensa ilícita aos direitos de personalidade. O objetivo dos “remédios diretos” é o de evitar a consumação da ameaça ou de atenuar os efeitos da ofensa já cometida.

Por fim, concluímos que os direitos de personalidade possuem instrumentos eficazes para a proteção de seus próprios bens. Contudo, entendemos que não pode haver uma conformação com base nesses instrumentos, sendo importante uma busca constante de novas formas de proteção pelos juristas acompanhando a evolução da tecnologia e as mudanças contínuas da vida em sociedade.

Bibliografia consultada

ANDRADE, Manuel Da Costa, *Liberdade De Imprensa e Inviolabilidade Pessoal - Uma Perspectiva Jurídico Penal*, Coimbra Editora, 1996.

ANDRADE, Maria Paula Gouveia, *Da ofensa do crédito e do bom nome, Contributo para o estudo do art. 484º do Código Civil*, Tempus Editores, 1996.

ANTUNES, Ana Filipa Moraes, *Comentário aos artigos 70.º a 81.º do Código Civil (Direitos da personalidade)*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2012.

ASCENÇÃO, José de Oliveira. “A reserva da intimidade da vida privada e familiar”, *Revista da Faculdade de Direito de Lisboa*. V. XLIII. Nº 1. 2002. Coimbra Editora.

_____, *Direito Civil – Teoria Geral, Introdução, As Pessoas, Os Bens*, V. I, Coimbra, 1997.

_____, *Direito Civil – Teoria Geral, Introdução, As Pessoas, Os Bens*, V. I, 2.^a ed., Coimbra, 2000.

BARBOSA, Mafalda Miranda, “Dignidade e autonomia a propósito do fim da vida”, *O Direito*, ano 148.º, II, Almedina, 2016.

_____, *Lições de Responsabilidade Civil*. 1^a ed. 2017. Principia.

_____, *Litigiosidade Jurídico-Religiosa*, Possibilidade de tutela civilística do sentimento religioso, Principia Editora, 2015.

_____, “Reflexões em torno da Responsabilidade Civil: Teleologia e Teleonomologia em debate”. Sep.de: Boletim da faculdade de Direito, nº. 81, 2005.

BELTRÃO, Silvio Romero. *Direitos da Personalidade*. Editora Atlas. 2^a ed. 2014

BRITO, Iolanda A. S. Rodrigues de. *Liberdade de Expressão e Honra das Figuras Públicas*. Coimbra Editora. 1^a Ed. 2010.

BRITO, Iolanda A. S. Rodrigues de. *Liberdade de Expressão e Honra das Figuras Públicas*, 1^a ed. Coimbra Editora, 2010.

CABRAL, Rita Amaral. *O direito à intimidade da vida privada (breve reflexão acerca do artigo 80º. do Código Civil)*, Separata dos Estudos em memória do Prof. Doutor Paulo Cunha, Lisboa 1988.

CAMPOS, Diogo Leite de, “Lições de direitos da personalidade”, 2ª ed., Separata do VOL. LXVI (1990) do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1995.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos de homenagem ao Professor Doutor Jorge Miranda, Dignidade e constitucionalização da pessoa humana*, Coimbra: Coimbra Editora, 2012. Vol. II. p. 207.

CANOTILHO J.J. Gomes / MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, v. I, 4ª ed., Coimbra Editora, 2014.

CARVALHO, José Orlando de, *A teoria geral do direito civil*, 3ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2012.

CORDEIRO, Antônio Menezes. “Da Colisão de Direitos”, Revista *O Direito*, Almedina, Ano 137º, nº 1, 2005.

_____, *Tratado de Direito Civil Português*, V. I, Parte Geral, T. III, 2º ed., Coimbra, Almedina, 2002.

_____, *Tratado de Direito Civil Português*, V. I, Parte Geral, T. III, Coimbra, Almedina, 2005.

_____, *Tratado de Direito Civil Português*, Direito das obrigações, - Gestão de negócios, enriquecimento sem causa, responsabilidade civil, Vol. II, Tomo III Coimbra, Almedina, 2010.

COSTA, Mario Júlio De Almeida. *Direito Das Obrigações*. 11ª ED. 2008. ALMEDINA.

CUPIS, Adriano. *Os direitos da Personalidade*. Coleção Doutrina, Livraria Morais Editora, Lisboa, 1961.

FARIAS, Edilsom Pereira de, *Colisão De Direitos - Honra, Intimidade, A Vida Privada, Imagem Versus Liberdade de Expressão e Informação*. Sergio Antônio Fabris Editor. 1996.

FERNANDES, Luís A. Carvalho. *Teoria Geral Do Direito Civil*. 5ª ed. Universidade Católica Editora, Lisboa, 2009.

FESTAS, David de Oliveira, *Do Conteúdo Patrimonial do Direito à Imagem – Contributo para um estudo do seu aproveitamento consentido e inter vivos*. Coimbra Editora. 2009.

FILHO, Sergio Cavaliere, *Programa de Responsabilidade Civil*. 10ª edição. Editora Atlas. São Paulo. 2012.

GUIMARÃES, Patrícia Carla Monteiro Guimarães. “Os danos punitivos e a função punitiva da responsabilidade civil”. Revista, Direito e Justiça, V. XV, T. I. 2001.

JORGE, Fernando de Sandy Lopes Pessoa, *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, Coimbra, Livraria Almedina, 1999.

LEITÃO, Luís Manuel Menezes, *Direito das Obrigações*. Introdução da Constituição das Obrigações. V I. 6ª ed. Almedina. 2007.

_____, *Direito das Obrigações*. Introdução da Constituição das Obrigações. V I. 14ª ed., Almedina. 2017.

LIMA, Pires de / VARELA, Antunes. *Código Civil Anotado*, I, 4.ª ed., Coimbra Editora, 1987.

LOURENÇO, Paula Meira. “Os danos punitivos”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, V. XLIII, nº 2, Coimbra Editora, 2002.

MACHADO, Jonatas E. M. *Liberdade de Expressão: Dimensões Constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra Editora, 2002.

MATOS, Filipe Miguel Cruz de Albuquerque. *Responsabilidade Civil por Ofensa ao Crédito ou ao Bom Nome*, Almedina. 2011.

MIMOSO, Maria João, MAGALHÃES, Barbara e RODRIGUES Ricardo, *A proteção do Direito a imagem* (Comentário ao Acórdão do STJ de 13-01-2011). Direitos de Personalidade e sua Tutela Coordenação Manuel da Costa Andrade. Universidade Portucalense, Rei dos livros. 2013.

MIRANDA, Jorge / MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, (art. 1º a 79º), 2005.

MONTEIRO Jorge F. Sinde Monteiro, “Responsabilidade Civil”, *Revista de Direito e Economia*, Separata do nº 2 de Julho/Dezembro, 1978.

NEVES, J. F. Moreira das, Data Venia. Revista Jurídica Digital, Janeiro 2016. Ano 4. Nº 5.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral do direito civil*, Coimbra Editora, 2005.

_____, *Teoria geral do direito civil*, 4ª. ed., Coimbra Editora, 2012.

PINTO, Paulo Mota. “Direito a Reserva Sobre a Intimidade da Vida Privada”, Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, V. LXIX, 1993.

REBELO, Maria Da Glória Carvalho, *A Responsabilidade Civil pela Informação Transmitida pela Televisão*, Lex, Lisboa, 1998.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil Parte Geral*, São Paulo, Editora Saraiva, 2002.

SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz. Reparação do Dano Não Patrimonial. Boletim Ministério da Justiça. Nº 83. Fevereiro de 1959.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade da norma constitucional*. 4ª. ed., São Paulo: Malheiros, 2000.

_____, *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros Editores. 8ª. ed., 1992.

SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de, *O direito geral de personalidade*, 1ªed., Coimbra, Coimbra Editora, 1995.

TELLES, Inocêncio Galvão, *Direito das obrigações*, 7º ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1997. P. 374.

VARELA, João Antunes, *Das obrigações em geral*, Vol. I, 10.ª ed., Almedina, 2000.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Direito de Personalidade*. Coimbra: Almedina, 2006.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Teoria Geral do Direito Civil*, 7ª ed., Coimbra, Almedina, 2012.

_____, *Teoria Geral do Direito Civil*, 8ª ed., Coimbra, Almedina, 2015.