

**ULTRAPASSANDO-SE A TEORIA ALEMÃ DO NÚCLEO DA PERSONALIDADE:
a concretização do direito geral da personalidade**

Luciana Helena Gonçalves

RESUMO

O presente trabalho objetiva analisar a teoria do núcleo da personalidade do Direito alemão, segundo a qual existiriam camadas ou esferas da personalidade que merecem uma proteção diferenciada. Verifica-se que o direito da personalidade é de essência constitucional no Direito alemão, oriundo de sua Lei Fundamental. Isto pode ser constatado, quando se verifica que a concretização do direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade alemão deve ser empreendido de acordo com a referência à dignidade da pessoa humana, nos termos do artigo 1, I da Lei Fundamental alemã. Após ter sido feita esta constatação, o presente trabalho debruça-se na revisão da teoria do núcleo da personalidade por meio de uma breve análise de uma decisão judicial brasileira, contrastando-se com uma decisão judicial alemã a respeito e também mediante uma análise da proteção da tríade das autonomias do indivíduo, ou seja, a sua auto-conservação, autodeterminação e autoexposição, a ser concretizada por meio do direito geral da personalidade, sendo este um desdobramento do direito ao livre desenvolvimento da personalidade no Direito alemão.

Palavras-chave: Teoria do núcleo da personalidade; Direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade; Dignidade humana; Lei Fundamental alemã; Direito geral da personalidade.

**SURPASSING THE THEORY OF THE PERSONALITY NUCLEUS:
the realization of the general right of personality**

ABSTRACT

The paper aims at analyzing the theory of the personality nucleus in the German Law, according to which it would exist layers or spheres of the personality which deserve a differentiated protection. It can be verified that the right to the free development of the personality is essentially constitutional in the German Law, coming from its Basic Law. That can be ascertained when it will be verify that the development of a personality right should be undertaken according to the reference to the human dignity, which is foreseen by the article 1 I of the German Basic Law. After being made this verification, this paper expound on the revision of the nucleus of the personality theory through a brief analysis of a Brazilian judicial decision, in contrast with a German judicial decision in that regard, and also by means of an analysis of the protection of the individuals' set of three of autonomies, in other words, his or her self-determination, self-conservation and self-exposure, to be realized through the general right of personality, which is a ramification of the right to free development of the personality in the German Law.

Keywords: Theory of the personality nucleus; Fundamental right to the free development of the personality; Human dignity; German Basic Law; General right of personality.

1 INTRODUÇÃO

A teoria do núcleo da personalidade apresentada pelo autor Hans Peters em a sua obra *Das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit in der hochstrichterlichen Rechtsprechung* – O direito ao livre desenvolvimento da personalidade na jurisprudência da mais alta Corte, (1961) é o referencial do presente trabalho. A teoria do núcleo da personalidade visa a explicar o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, previsto no artigo 2, I da Lei Fundamental Alemã (1949) e que dispõe que: “[...] todos têm o direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade, desde que não violem direitos de outrem e não se choquem contra a ordem constitucional ou a lei moral¹.” (ALEMANHA, 1949).

Desta forma, como o direito ao livre desenvolvimento da personalidade é vislumbrado contemporaneamente como constituinte de dois desdobramentos, o direito geral da personalidade e a liberdade geral de ação, a teoria do núcleo da personalidade também pode vir a incidir nesses dois desdobramentos.

Portanto, salienta-se que a teoria do núcleo da personalidade pode restar aplicada sobre o primeiro desdobramento do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, o direito geral da personalidade, referindo-se a distintas camadas que envolvem uma proteção diferenciada no que tange aos processos da vida do indivíduo: a esfera íntima, a privada e a pública, sendo este o objeto do presente trabalho. Em contrapartida, no que tange à aplicação da teoria do núcleo da personalidade junto ao segundo desdobramento do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, a liberdade geral de ação, esta teria como consequência a aferição de constituir ou não o comportamento do indivíduo como essencial para o desenvolvimento da sua personalidade.

O presente trabalho insere-se na necessidade de uma revisão de uma teoria alemã citada pelos Tribunais Brasileiros a fim de sopesarem-se tanto o direito à privacidade, como também o direito à intimidade em sede de colisão entre os mesmos e outros direitos fundamentais, como é o caso do direito à liberdade de expressão.

Salienta-se que a teoria do núcleo da personalidade pode vir a ser remetida à teoria das esferas concêntricas, ou denominada como teoria das esferas, atribuída a Heinrich Hubmann² (1957), autor também citado pela doutrina e jurisprudência brasileiras, sendo que

¹Art. 2 (1) Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt (ALEMANHA, 1949).

² Tem-se como exemplo a análise da teoria das esferas concêntricas da vida privada por Bruno Henrique de Fiore (2013), sendo que, segundo este autor, a teoria passou a assumir relevância jurídica na doutrina alemã no ano de 1953.

esta teoria também empreende a divisão dos âmbitos protetivos da personalidade em esfera íntima, privada e pública. Contudo, este não é o referencial do presente trabalho, cujo estudo basear-se-á na concepção construída por Peters (1961).

Por conseguinte, o objetivo do presente estudo é o de analisar a obra de Peters e compará-la com a recente jurisprudência alemã, a fim de averiguar se a mesma teoria criada por este autor em 1961 resta ainda aplicada da mesma forma nos tempos atuais, na Alemanha. Assim, ao constatar-se uma necessidade de atualização da teoria do núcleo da personalidade, propõe-se uma crítica às decisões judiciais que mencionam esta teoria em seu viés originário (1961), mas que pouco sabem a respeito da sua recente e crescente revisão.

Ademais, almeja-se consubstanciar uma crítica ao exercício jurisdicional dos Tribunais Brasileiros, sendo recorrentemente citadas decisões judiciais estrangeiras, mas que, na realidade, são pouco compreendidas de forma profunda. Além disso, ao sugerir-se a respeito da superação da teoria do núcleo da personalidade, estar-se-á também empreendendo uma crítica à necessidade da concretização de um direito da personalidade não por meio de menções teóricas, ornamentos que compõem a decisão judicial, e que pouco são conhecidas pelos titulares do direito geral da personalidade. Propõe-se, desta forma, que o exercício jurisdicional deve espelhar o titular do direito geral da personalidade, sendo que este procura o Poder Judiciário para vislumbrar-se reconhecido na demanda, e não deparar-se escondido diante de uma discussão balizada em uma teoria ou respaldo estrangeiro que vem de longe e o esconde.

Assim, na segunda seção deste artigo será exposto a respeito da atuação conjunta da dignidade humana e do direito ao livre desenvolvimento da personalidade no Direito alemão, tendo em vista tal relação constituir-se em uma concessão recíproca de proteção e de atribuição de significado.

Em sua terceira seção, será exposto a respeito da análise da concretização do direito ao livre desenvolvimento da personalidade por meio de um de seus desdobramentos, o direito geral da personalidade. Desta forma, será elucidado a respeito da sua significação, tanto por meio da sua previsão alemã civil como constitucional, e também será abordado a respeito da interpretação do direito geral da personalidade como manifestação da tríade das autonomias do indivíduo (autodeterminação, auto-conservação e autoexposição), em detrimento da concepção da sua leitura por meio da incidência da teoria do núcleo da personalidade.

Além disso, na seção quatro do presente artigo, será discorrido a respeito do contraste entre duas decisões judiciais, uma alemã e uma brasileira, cujo objeto é a pretensão de reconhecimento de um direito geral da personalidade. Em ambas as decisões fala-se a respeito

da incidência da teoria do núcleo da personalidade (ou teoria das esferas). Contudo, como poder ser evidenciado, a aplicação dessa teoria se dará de formas distintas em cada uma das decisões, e tal forma contribuirá junto ao próprio enfoque conferido ao titular do direito geral da personalidade e o reconhecimento do seu atributo inerente.

Por fim, concluir-se-á o presente trabalho após toda a análise comparativa feita entre a aplicação da teoria alemã do núcleo da personalidade no Brasil e a sua recém abordagem no Direito alemão, por meio de uma releitura da mesma, sendo esta conjugada à tríade das autonomias do indivíduo (auto-conservação, autodeterminação e autoexposição) como exercício do seu livre desenvolvimento da personalidade.

2 A NECESSIDADE DA EXPOSIÇÃO DA PROTEÇÃO DO DIREITO AO LIVRE DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE POR MEIO DE UMA CONJUGAÇÃO PRÉVIA COM A DIGNIDADE HUMANA NO DIREITO ALEMÃO

Primeiramente, verifica-se que a dignidade humana apresenta-se prevista na Lei Fundamental alemã (1949), em seu artigo 1,I como inviolável. E, nas decisões judiciais a respeito da concretização do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade humana aparece em conjugação com (“*in Verbindung mit*”) o direito citado.

Repara-se, assim, a concretização do direito ao desenvolvimento da personalidade como um escudo à violação da dignidade humana. Isso ocorre, já que, como ensina Ana Barbosa Fohrmann, a liberdade geral de ação e o direito geral de personalidade, desdobramentos do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, podem se submeter a restrições, o que não significa que a dignidade humana também o possa (FOHRMANN, 2012, p. 38), já que a fórmula da inviolabilidade da garantia da dignidade humana proíbe qualquer forma de limitação.

Sendo assim, para entender a relação conjugada entre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e a dignidade humana no Direito alemão, necessário lembrar também a respeito do discorrido pelos professores Lothar e Morlok (2012) acerca da fórmula da relação de fundamentação (*Fundierungsverhältnis*³) da dignidade humana a outros direitos fundamentais, que não pode conduzir à sua mistura (amálgama) prática. Segundo estes professores, a construção do direito geral da personalidade conjuntamente com a dignidade humana forma, neste ponto, uma exceção, que não deve se tornar a regra. Assim, a

³De acordo com Dreier, esta denominação formulada pelo professor Morlok é um princípio diretivo, máxima interpretativa, por isso: relação de fundição, princípio condutor da compreensão para os direitos fundamentais. (DREIER, 2004, p. 36).

proteção absoluta da dignidade humana é para ser mantida com a determinação do seu âmbito protetivo.⁴ (LOTHAR;MORLOK, 2012, p. 101) (tradução nossa).

Brevemente, a respeito da construção da proteção da dignidade humana no Direito alemão, em 1949, em consequência da Segunda Guerra Mundial e do Nacional-Socialismo, “[...] a mesma passou a se localizar no ápice do catálogo dos direitos fundamentais (artigo 1, I da Lei Fundamental) e foi elevada ao patamar de princípio constitucional.” (FORHMANN, 2012, p. 10).

Desta forma, Dreier arremata que “[...] a dignidade humana resta no ápice da Constituição, como um protesto contra o tratamento degradante conferido ao homem durante o poder totalitário do século 20” e ainda discorre que “[...] a Lei Fundamental formula um contra-programa ao desprezo totalitário do indivíduo.”⁵ (DREIER, 2004, p. 161) (tradução nossa).

Apesar de a dignidade humana não apresentar um conceito estanque, vislumbra-se, literalmente, uma atuação conjunta da mesma com o direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade no Direito alemão. Atuação esta já aceita, amplamente adotada, e empreendida de forma prévia, e não como fundamento a *posteriori* da proteção do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, mas como pressuposto para a sua eficaz proteção. Portanto, essa atuação conjunta será recíproca, ou seja, ao mesmo tempo em que o direito ao livre desenvolvimento da personalidade aparece como um escudo, corroborando a inviolabilidade da dignidade humana, a dignidade humana amplia o âmbito protetivo do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, e, referindo-se ambos a atributos inerentes ao ser humano, os dois acabam por delimitar-se reciprocamente.

3 A ANÁLISE DA TEORIA DO NÚCLEO DA PERSONALIDADE JUNTO AO DESDOBRAMENTO DO DIREITO GERAL DA PERSONALIDADE NO DIREITO ALEMÃO

Hans Peters (1961) explana acerca de uma proteção diferenciada da esfera íntima do indivíduo, sendo mencionada em sua obra uma decisão do Tribunal Federal alemão (BGH,

⁴Formel vom Fundierungsverhältnis der Menschenwürde zu den anderen Grundrechten sollte nicht zu deren praktischer Vermehrung führen. Die Konstruktion des allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 bildet insoweit eine Ausnahme, die nicht zuer Regel werden sollte. Die Absolutheit des Schutzes der Menschenwürde ist bei der Bestimmung ihres Schutzbereichs im Blick zu halten (LOTHAR;MORLOK, 2012, p. 101).

⁵Durch die Plazierung des Menschenwüresatzes an der Spitze des Grundgesetzes sollte die Absage an das nationalsozialistische Regime im besonderen wie der Protest gegen die unsäglichen Entwürdigung der Menschen durch die totalitären Gewalten des 20 Jahrhunderts [...] Das Grundgesetz formuliert das Gegenprogramm zur totalitären Mißachtung des Individuums (DREIER, 2004, p. 161)

1957) que reconhecera a conservação da esfera íntima por meio da manutenção secreta do atestado médico sobre o estado de saúde, restando reconhecido o direito ao livre desenvolvimento da personalidade.⁶ (PETERS, 1971, p. 36, tradução nossa).

Peters (1961, p. 37) menciona que o Tribunal Federal alemão (BGH) desenvolvera o direito geral da personalidade também com um caráter privado do direito ao livre desenvolvimento da personalidade.

Desta forma, necessário trazer à baila os comentários de Schwabe (2005) a respeito da teoria do núcleo da personalidade, remetendo-se a uma substituição a essa teoria, por meio da tríade da proteção das autonomias do indivíduo: a proteção da sua autodeterminação, auto-conservação e autoexposição:

O Tribunal Constitucional Federal (TCF), não descartou totalmente a teoria do núcleo da personalidade [...] mas vai muito mais além, entendendo que a outorga encerra, na verdade, dois ramos fundamentais: o direito geral da personalidade, que por sua vez tem diversas concretizações, e a liberdade geral da ação. Quando o TCF, juntamente com a literatura especializada, trabalha com o direito geral da personalidade, ele não vislumbra diversas configurações desse direito geral em vários âmbitos da vida, como sugere a teoria do núcleo da personalidade, mas diferentes modos de desenvolvimento do titular do direito, sobretudo a auto-determinação, a auto-conservação e a auto-exposição, dependendo do aspecto respectivamente relevante em determinado momento na vida do titular do direito que pretende fazer valer. Assim, ele poderá querer determinar autonomamente o seu próprio destino (auto-determinação), como por exemplo: casar-se ou não [...] ou se apartar do mundo externo (auto-conservação), por exemplo pelo caráter confidencial de uma consulta médica e seus documentos [...] ou preferirá, finalmente, escolher a forma como se apresentará em público (auto-exposição), o que se dará pelo exercício de acepções do direito como direito à própria imagem, à própria voz, à honra pessoal, e etc. (SCHWABE, 2005, p. 188 e 189).

No que concerne à concretização do direito ao livre desenvolvimento da personalidade previsto no artigo 2, I da Lei Fundamental Alemã (1949), este aparece conjugado com o § 823, I do Código Civil Alemão (BGB, ALEMANHA, 1896), já que o dispositivo envolve o pedido de indenização em virtude da violação de um direito geral da personalidade, concretizado a partir do direito ao livre desenvolvimento da personalidade. Desta forma, ser empreendida tal conexão entre a proteção civil e a constitucional do direito ao livre desenvolvimento da personalidade no presente momento auxiliará a elucidar o seu desdobramento, o direito geral da personalidade.

Assim, o artigo 823, I o qual prevê que: “[...] obrigação de indenizar: (1) quem violar culposa- ou dolosamente ilegalmente a vida, o corpo, a saúde, a liberdade, a propriedade ou

⁶Eine andere, die Wahrung der persönlichen Geheimnissphäre durch Geheimhaltung ärztlicher über den Gesundheitszustand betreffende Entscheidung geht ebenfalls davon aus, dass Art. 2 Abs. 1 das Recht eines jeden auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit anerkenne (PETERS, 1961, p. 36).

outros direitos de uma outra pessoa, deve indenizá-la”⁷ (ALEMANHA, 1896) (tradução nossa), resta abarcado pela concepção do “Direito-quadro”. Para se entender esta expressão é necessário aferir que:

De acordo com o Direito-quadro retrata-se no direito civil em sentido ao artigo 823 direitos em pormenores que são abrangidos em uma fileira, como é o caso do direito geral da personalidade. São para serem apurados especificamente, na moldura na abrangência de uma ponderação de bens jurídicos. Assim, a violação de um direito quadro da pretensão do § 823, 1 faz com que a prova da ilegalidade não tenha como indício a violação de um bem jurídico, mas sim a ponderação de bens jurídicos.⁸ (RECHTSLEXICON, 2013) (tradução nossa).

No que tange ao direito geral da personalidade, salienta-se que:

O direito geral da personalidade protege a própria pessoa no sentido estrito à sua personalidade no âmbito de sua vida privada, ou seja, circunstâncias que são o motivo da existência humana, que como especial situação moral e do intelecto do homem e a proteção de sua vida privada, ultrapassam o direito à vida, à saúde e à integridade corporal. De forma diferente dos citados direitos delineados, as intervenções no direito geral da personalidade restam determinadas por meio de normas de comportamento concretas que são desenvolvidas pela jurisprudência. Cada comportamento que infringir e conduzir a um dano ao direito da personalidade é adequado a uma tipificação. Em caso da atividade midiática, não importa se uma parte considerável dos leitores ou público consegue identificar a pessoa cujo direito a personalidade restara violado. O que é suficiente é um comportamento que apresenta um dano ao direito geral da personalidade como resultado.⁹ (BAMBERGER, 2012, p. 36) (tradução nossa).

Segundo Maunz e Dürig, o direito geral da personalidade ganhou uma estatura de direito fundamental. Ademais, o que conduziu à sua construção fora que “[...] o ensino e prática jurídica desenvolveram, em contato com as decisões do Tribunal Federal alemão, sob

³§ 823 Schadensersatzpflicht (1) Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt, ist dem anderen zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet (ALEMANHA, 1896).

⁸Mit Rahmenrecht bezeichnet man im Zivilrecht sonstige Rechte i.S.v. § 823 BGB die eine ganze Reihe von Einzelrechten umfassen, wie z.B. das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb oder das allgemeine Persönlichkeitsrecht. Bei der Verletzung von Rahmenrechten ist bei Prüfung eines Anspruch § 823 Abs. 1 BGB die Rechtswidrigkeit nicht durch die Rechtsgutsverletzung indiziert. Sie ist gesondert im Rahmen einer umfassenden Rechtsgüterabwägung festzustellen (RECHTSLEXICON, 2013).

⁹Das allgemeine Persönlichkeitsrecht schützt die Person selbst mit dem engeren persönlichen und privaten Lebensbereich der Person, also Grundbedingungen der menschlichen Existenz, die, wie insbes die geistig-seelische Befindlichkeit des Menschen und die Abschirmung des privaten Bereichs, über das Recht auf Leben, Gesundheit und körperliche Unversehrtheit hinausgehen. Anders als bei diesen in ihrem Schutzbereich fest umrissenen Rechten und Rechtsgütern werden die Eingriffe in die durch das allgemeine Persönlichkeitsrecht geschützten Positionen weitestgehend durch konkrete Verhaltensnormen, die die Rspr entwickelt hat, bestimmt. Jedes Verhalten, das gegen diese Normen verstößt und zu einer Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechts führt, ist tatbestandsmäßig. Bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen durch die Massenmedien ist nicht entscheidend, ob alle oder ein erheblicher Teil der Leser oder Zuschauer oder gar die Durchschnittsleser oder Durchschnittszuschauer die gemeinte Person identifizieren können (BAMBERGER, 2012, p. 36)

ancoramento do artigo 2, I da Lei Fundamental, uma proteção complementativa na forma do direito geral da personalidade.”¹⁰ (DÜRIG;MAUNZ, 2012, p. 3) (tradução nossa).

Além disso, é-se explicado que em plena sociedade da informação, a abertura do direito geral da personalidade permite que novas proteções sejam constantemente engendradas, sendo que “[...] o BVerfG (Tribunal Constitucional Federal alemão) sublinha um significado à efetividade de uma proteção dinâmica do direito fundamental, que exatamente será relevante onde a personalidade humana será provavelmente exposta a novos perigos devido a motivos de evolução técnica ou prováveis perigos.”¹¹ (DÜRIG;MAUNZ, 2012, p. 3) (tradução nossa).

Fala-se, portanto, que o direito geral de personalidade deve “conservar distância da sociedade organizada e a vontade própria de cada um”. Nesta senda, “[...] a diferença entre a privacidade e a publicidade é neste ponto constitutiva para a ideia moderna de liberdade. O privado que resta projetado na esfera social não é mais puramente privado.”¹² (DÜRIG; MAUNZ, 2012, p. 4-5) (tradução nossa).

Por conseguinte, como concluem Dürig e Maunz (2012, p. 4): “[...] conceitos e cunhagens do direito geral da personalidade são criações da jurisprudência. No catálogo dos direitos fundamentais tal direito não resta expressamente previsto, apesar de se parecer que o artigo 2, I da Lei Fundamental indica a essa direção.”¹³(tradução nossa).

Desta forma, ao prever uma cláusula de indenização, no artigo 823, I do Código Civil alemão, o Direito alemão prevê que, independente da intensidade da intervenção, a violação ao direito fundamental do livre desenvolvimento da personalidade e ao princípio da dignidade humana dá direito a uma pretensão indenizatória, prevista em seu Código Civil (1896) e também existirá a incidência concreta do direito geral da personalidade.

¹⁰Rechtslehre und Rechtspraxis haben im Anschluss an wegbereitende Entscheidungen des Bundesgerichtshofs[2] unter Verankerung in Art. 2 Abs. 1 GG einen ergänzenden Persönlichkeitsschutz zunächst punktuell,[3] sodann in Form des allgemeinen Persönlichkeitsrechts entwickelt (DÜRIG;MAUNZ, 2012, p.3).

¹¹Das Bundesverfassungsgericht hebt dabei die Bedeutung für die Effektivität eines dynamisch anzupassenden Grundrechtsschutzes hervor, der gerade dort relevant wird, wo die menschliche Persönlichkeit auf Grund gesellschaftlicher oder technischer Entwicklung tatsächlich oder mutmaßlich neuen Gefährdungen ausgesetzt wird (DÜRIG;MAUNZ, 2012, p.3).

¹²Die Differenz zwischen Privatheit und Öffentlichkeit ist insofern konstitutiv für die moderne Freiheitsidee. Sie darf allerdings nicht formalistisch fehlinterpretiert werden. Privates, das in die Sozialsphäre hineinragt, ist nicht mehr rein privat (DÜRIG;MAUNZ, 2012, p. 4-5).

¹³Begriff und dogmatische Prägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts sind Schöpfungen der Rechtsprechung. Im Grundrechtskatalog des Grundgesetzes ist ein solches Recht nicht ausdrücklich erwähnt, obwohl gerade der Wortlaut des Art. 2 Abs. 1 GG in diese Richtung zu weisen scheint (DÜRIG;MAUNZ, 2012, p. 4).

Fala-se, portanto, na criação pela jurisprudência alemã de um direito civil, o direito geral da personalidade, por meio de um desdobramento de um direito fundamental, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade.

Nesta esteira, de acordo com o professor da Ludwig-Maximilians-Universität München, Mario Martini, e já se referindo à superação da teoria do núcleo da personalidade, o direito geral da personalidade remete-se a dimensões protetivas que se subdividem em:

Auto-conservação, tendo como exemplo o caso da investigação de um suspeito de assassinato, no qual as autoridades confiscaram o seu diário. Pergunta-se: tal utilização das informações é compatível com a Constituição? Tal proteção conclui que o elemento central do direito da personalidade é o resguardo e retirada, principalmente no que tange à confiança em fatos pessoais, como os de doença e as notas de um diário. Ademais, a auto-conservação incorpora-se no fato de poder ser deixado sozinho, reconhecido no direito inglês como direito à privacidade¹⁴. (MARTINI, 2009, p. 840) (tradução nossa).

Segundo Martini, certamente a camada de efeito mais abrangente é a da auto-exposição, cuja proteção resguarda o indivíduo contra falsas e deformadas representações, protegendo-se também o direito à própria imagem, à própria palavra, existindo até mesmo o direito da contraexposição (*Recht auf Gegendarstellung*) contra a mídia¹⁵ (MARTINI, 2009, p. 840) (tradução nossa).

Enquanto isso, a dimensão protetiva da autodeterminação abrange a proteção contra a interferência na identidade, o direito de saber a sua origem e o direito de determinação sexual. Tal âmbito abarca também o direito às informações pessoais, o direito e saber a respeito dos limites de suas informações pessoais permanecerem públicas¹⁶ (MARTINI, 2009, p. 840) (tradução nossa).

O artigo do professor Mario Martini empreende uma interessante crítica à teoria das esferas. Segundo o mesmo, ao mesmo tempo em que deve ser reconhecido que a teoria das esferas fornece pontos de referência para a intensidade da intervenção no direito geral da personalidade e o peso exigido dos motivos da justificação, revela-se que a divisão em

¹⁴Zentraler Baustein des Persönlichkeitsschutzes ist das Recht auf Abschirmung und Rückzug, insbesondere der Schutz der Vertraulichkeit persönlicher Sachverhalte, etwa von Krankenakten und von Aufzeichnungen eines Tagebuchs (Fall 1). Die Selbstbewahrung verkörpert in besonderer Weise das Recht, alleine gelassen zu werden, wie es dem angelsächsischen Rechtskreis mit dem »right of privacy« bekannt ist (MARTINI, 2009, p. 840).

¹⁵Die wohl umgreifendste Wirkungsschicht, die dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht zugeordnet ist, ist das Recht der Selbstdarstellung, also der Schutz vor verfälschender, entstellender oder unerbetener Darstellung durch andere (MARTINI, 2009, p. 840).

¹⁶Das Recht der Selbstbestimmung verbürgt die Identitätsbildung und -behauptung und das Recht, seine Identität nicht offenbaren zu müssen. Das umschließt namentlich das Recht des Kindes auf Kenntnis der eigenen Abstammung,²⁷ das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung, insbesondere das Recht, seinen Personenstand, seine Geschlechtsrolle, die sexuelle Ausrichtung und die eigene Fortpflanzung selbst zu bestimmen. (MARTINI, 2009, p. 840).

camadas é difícil na prática. Tratam-se, assim, de camadas de escala sem níveis dotados de passagens de fluidez. Ressalva-se também que os homens atribuem a cada esfera significações diferentes (relativização da esfera social)¹⁷ (MARTINI, 2009, p. 844) (tradução nossa).

Um exemplo de tal constatação é a decisão a respeito da utilização de informações privadas oriundas de um diário (*Tagesbuch*), decidida pelo Tribunal Constitucional Federal alemão (BVerfG), que fornece um exemplo da complexidade, no que concerne ao fato de que quatro juízes do BVerfG vislumbraram na utilização do diário em um processo de homicídio (com olhar na específica intimidade e de um escrito de diário como uma conversa fictícia) uma intervenção não permitida no âmbito nuclear da personalidade (MARTINI, 2009, p. 844).

Em contrapartida, outros quatro juízes do citado Tribunal vislumbraram a utilização do diário como permitida, pois o atingido escrevera os seus pensamentos e com isso libertou o seu âmbito interior dominável, e além do mais, a interferência em seu direito geral da personalidade toca o conteúdo de interesses da coletividade de forma duradoura.

Ou seja, sendo visualizada tal dificuldade em aplicar a teoria do núcleo da personalidade na prática, salienta-se a respeito da dificuldade de estabelecer-se uma diferenciação estanque entre as camadas a serem protegidas (esfera íntima, privada e social), tendo como exemplo a relação sexual entre irmãos, que não é apenas um assunto de família, mas também social, também em virtude de possíveis crianças advindas dessa relação (MARTINI, 2009, p. 845).

Ademais, no que tange à existência de um “núcleo íntimo intangível da vida do ser humano”, Bamberger discorre que, se fosse para assim ser concebido, teria que se pressupor que [...] até mesmo os mais complicados interesses da coletividade não podem justificar as intervenções em tal âmbito: uma ponderação na medida do princípio da proporcionalidade

¹⁷Die Abschichtung ihrer Sphären gestaltet sich allerdings in praxi als schwierig. Es handelt sich um Schichten einer stufenlosen Skala mit fließenden Übergängen. Die Menschen schreiben den einzelnen Sphären auch individuell unterschiedliche Bedeutung zu (Relativität der Sozialsphäre). Die Tagebuch-Entscheidung (Fall 1)⁶⁵ liefert für diese Zuordnungsschwierigkeiten ein anschauliches Beispiel: Vier Verfassungsrichter sahen in der Verwertung der Tagebücher im Mordprozess (mit Blick auf die besondere Intimität und Sensibilität einer Tagebuch-Niederschrift als eines fiktiven Selbstgesprächs) einen unzulässigen Eingriff in den Kernbereich der Persönlichkeit,⁶⁶ die anderen vier Verfassungsrichter sahen die Verwertung der Tagebuch-Aufzeichnungen im Strafprozess als zulässig an, weil der Betroffene seine Gedanken schriftlich niedergelegt und damit aus dem von ihm beherrschbaren Innenbereich entlassen hat, ferner ihr Inhalt Belange der Allgemeinheit nachhaltig berührt (MARTINI, 2009, p. 844).

não apresenta lugar (BVerfGE, 34, 238, 245)¹⁸. (BAMBERGER, 2012, p. 20) (tradução nossa).

Portanto, diante de todo o exposto, revela-se que a abertura do direito fundamental alemão ao livre desenvolvimento da personalidade faz com que possa ser assimilada a proteção do indivíduo por meio do parâmetro argumentativo referente à proteção da sua autoexposição, auto-conservação e autodeterminação no que tange às suas manifestações intrínsecas (atributos da sua personalidade) e extrínsecas (comportamentos humanos) durante a sua vida.

Isso porque, tais modos de desenvolvimento do indivíduo envolvem uma forma de externalização, tanto de um atributo inerente à sua personalidade, como de um comportamento humano. Essa externalização não resta prevista de forma sistemática como “absoluta”, “intangível”, “nuclear”. A tríade das autonomias do indivíduo (auto-conservação, autodeterminação e autoexposição) contém a flexibilidade de que necessita o direito geral da personalidade. Assim, por meio da utilização de tais parâmetros argumentativos no que tange à proteção do geral direito da personalidade, pode-se rumar aos desdobramentos concretos e específicos abrangendo a personalidade humana.

Ressalva-se assim, já poder compreender como algo discutível o exposto por Andréa Neves Gonzaga Marques:

Considerando a teoria das esferas concêntricas, a jurisprudência constitucional germânica remete a esfera da intimidade para o conteúdo essencial dos direitos de personalidade, o que torna a colisão dos direitos à livre expressão e à intimidade, insusceptível de qualquer ponderação proporcional. Assim, a informação que colidisse com o direito constitucionalmente tutelado da Intimidade, nem sequer estaria sujeita à observância de exigências mínimas de razoabilidade e proporcionalidade. Prevaleceria sempre o direito à Intimidade. (MARQUES, 2010).

Ou seja, não haveria mais uma imponderação no que tange à colisão entre o direito à intimidade e o direito à liberdade de expressão, algo que pode ser concluído por meio da própria decisão judicial alemã citada. Em tal decisão, por meio de uma ponderação entre o direito à intimidade e à privacidade, e o direito à liberdade de expressão, chegou-se à conclusão de violação ao direito geral da personalidade, cerceando-se a auto-exposição do seu titular, sendo sopesado até mesmo em que medida a atividade criativa do autor do romance havia desviado o seu caráter ficcional e atingido de tal forma a autoexposição da protagonista que ela própria restaria reconhecida por meio da sua narrativa.

¹⁸Selbst schwerwiegende Interessen der Allgemeinheit können Eingriffe in diesen Bereich nicht rechtfertigen; eine Abwägung nach Maßstäben des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes findet nicht statt (BVerfGE 34, 238, 245) (BAMBERGER, 2012, p. 20)

Constata-se assim, que ao protegerem-se os modos de desenvolvimento da personalidade do indivíduo, está-se assim contribuindo ao seu próprio desenvolvimento multifacetado, e, tomando-se como baliza também o pressuposto da possível colisão de bens jurídicos, que fará com que tais autonomias transformem-se em autonomias privadas, já que podem ser limitadas por um direito à justiça penal eficaz ou por um direito dos outros, por exemplo. Contudo, não se necessita recorrer a postulados teóricos de difícil concretização, já que, como já expusera Hannah Arendt (1999, p. 189) e, conforme já fora discorrido, “[...] a pluralidade humana, é a paradoxal pluralidade de seres singulares.”

Resta ao direito permitir tal exercício da singularidade, permitir o direito à diferença, como explanara Dieter Suhr (1976), por meio da concretização do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, este último mesmo que se apresentando como princípio implícito no Direito brasileiro, por meio do exercício das autonomias do indivíduo. Contudo, o indivíduo não existe ilhado, assim, a mais razoável limitação de sua autonomia é a decorrente da sua vida em sociedade, já que esta última deve compor a existência de uma pluralidade humana. Assim, imperiosa ser esta a conclusão para a limitação da autonomia do indivíduo, e não a análise de teorias e jurisprudências a respeito, que, sendo estrangeiras ou não, tornam a decisão por demais abstrata, não refletindo o real caso concreto e o seu sujeito envolvido.

Por conseguinte, salienta-se que a teoria do núcleo da personalidade surgira para explicar o direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade. Ocorre que, ao tentar explicá-lo, a teoria do núcleo da personalidade acaba limitando o seu desdobramento correspondente, como se analisa *in casu*, o direito geral da personalidade. Assim, como explanara Dieter Suhr (1976) a solução interpretativa do direito ao livre desenvolvimento da personalidade já resta elucidada por meio da leitura literal do artigo 2, I da Lei Fundamental Alemã, que almeja alcançar o máximo alcance da proteção ao livre desenvolvimento da personalidade, mas já estabelecendo os limites ao seu exercício (*Schrankentrias*), ou seja, o direito dos outros, a ordem constitucional e a lei moral.

4 O CONTRASTE ENTRE A DECISÃO ALEMÃ DO ROMANCE ESRA (2007) E A DECISÃO BRASILEIRA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (2011) NO QUE TANGE À DISCUSSÃO DE UM DIREITO INERENTE AO INDIVÍDUO

Uma relevante decisão a ser colacionada para ser elucidado a respeito da concretização do direito geral da personalidade junto ao Tribunal Constitucional Federal alemão (BVerfG) é a decisão intitulada Esra (2007), que abrange a proteção de uma mulher que fora transformada

em protagonista de um romance e cuja relação amorosa com o autor restara retratada em riqueza de detalhes, sendo ponderado a respeito da colisão entre direito à liberdade artística e direito ao livre desenvolvimento da personalidade.

No presente caso, foram retratadas no romance *Esra* (2007) tanto a protagonista, ex-namorada do autor, como a sua mãe. Assim, concluiu-se que ambas eram reconhecíveis por meio da leitura do romance. Ocorre que, fora narrado também sobre a doença da filha da protagonista, sendo expostos detalhes a respeito do sentimento que a protagonista nutria por sua filha, já que a via como um fardo devido à sua doença.

Sendo assim, reconheceu-se a violação da esfera privada da protagonista, por meio da exposição da relação da protagonista com a sua filha, e também a violação da sua esfera íntima, devido à riqueza dos detalhes no que tange à descrição da relação sexual entre o autor e a protagonista do romance.

Concluiu-se, portanto, por meio de uma concretude do direito geral da personalidade violado, refletindo as titulares deste direito, que por meio do romance, não se pode mais distinguir o que seria real do que seria inventado. Assim, o leitor que identificasse a protagonista poderia conceber os demais detalhes como reais, sendo que a violação do direito geral da personalidade no que tange à autoexposição restaria mais afastada, quanto mais as retratações das personagens do romance se aproximassem da construção literária de uma ficção.

Todavia, ressalva-se o seguinte: foram identificadas as esferas violadas por meio da narração do romance, mas não se identificou nenhuma diferença no que tange à sua proteção. A esfera íntima, não restou assim dotada de proteção diferenciada. Ademais, fora sim ponderado a respeito da colisão de direitos fundamentais, ou seja, a respeito do direito ao livre desenvolvimento da personalidade *versus* o direito à liberdade artística, não restando assim, a violação da esfera íntima a ser considerada como absoluta e imponderável, como sempre foi vista originariamente pela teoria do núcleo da personalidade.

Desta forma, verifica-se que a teoria do núcleo da personalidade pode ainda continuar a ser aplicada pelos Tribunais alemães, contudo, as esferas constituem-se em mera referência, sendo que a argumentação é dotada de maior concretude e detalhes a respeito dos indivíduos abrangidos e dos seus respectivos atributos inerentes, e que são considerados importantes a ele, por isso mesmo o indivíduo recorre ao Poder Judiciário para que estes sejam protegidos e reconhecidos.

A respeito desta nova visão no que concerne à divisão das esferas da personalidade, ressalva-a crítica de Dürig e Maunz (2012, p. 30) sendo concluído que “[...] a discussão

teórica fora mudada para uma análise já da esfera íntima ou até mesma privada que não é mais determinada formalmente, mas sim materialmente de acordo com o conteúdo e em referência à dependência junto à esfera social.”¹⁹ (tradução nossa).

Ademais, no que tange a uma suposta existência de um âmbito nuclear intangível, ou seja, a esfera íntima do indivíduo, Dürig e Maunz discorrem que: “[...] tal âmbito não é cego, independente do contexto e do conteúdo de seu respectivo apontamento”²⁰. (DÜRIG; MAUNZ, 2012, p. 31) (tradução nossa).

Ocorre que, a aplicação da teoria do núcleo da personalidade sendo empreendida por meio até mesmo de uma recorrente remissão apenas aos mais renomados autores estrangeiros pelos Tribunais brasileiros, faz com que seja vislumbrado que o exercício jurisdicional acaba por transformar-se em mero exercício retórico e de citação rebuscada de autores e decisões judiciais estrangeiras que não são compreendidas profundamente, e que não se sabe nem mesmo se restam já atualizados e relidos no Direito Comparado.

Desta forma, contrasta-se com o citado caso alemão a decisão do Superior Tribunal de Justiça (2011), que julgou a respeito da possibilidade de quebra do sigilo bancário de um contribuinte pela Administração Tributária. Tal restou como possível, tendo em vista as disposições legais a respeito, restando também mencionada acerca da teoria das esferas, remetendo-se a Robert Alexy (2007), sendo indagado também a respeito de "integrarem os dados relativos o patrimônio dos indivíduos em sua esfera intangível da personalidade ou não".

Ora, para que ser empreendido tal questionamento e correspondente fundamentação abstrata? Afinal, o que queria o contribuinte, titular do direito geral da personalidade *in casu*, e por que motivo ajuizara a demanda? O mesmo almejava ver o seu exercício de auto-conservação reconhecido perante o Estado. O contribuinte visava a fazer parte da argumentação da decisão, já que ele é o titular do direito geral da personalidade violado. Desta forma, de maneira muito mais simples e objetiva poderia ter sido fundamentada a decisão, abrangendo-se as seguintes pressuposições: o contribuinte almeja o reconhecimento do exercício da sua auto-conservação. Ocorre que, no presente caso, tal reconhecimento não é

¹⁹Im Hinblick auf die Verwertung privater Aufzeichnungen (etwa in Tagebüchern) hat sich das Bundesverfassungsgerichts in einer umstrittenen und auch nur mit Stimmgleichheit ergangenen Entscheidung vom 14. September 1989 jedenfalls von einer allzu engen und formellen Betrachtung des Sphärengedankens distanziert.[24] Der an sich unantastbare Bereich der Intimsphäre, der schon faktisch von der schlichten Privat- oder Geheimsphäre nach sicheren, objektivierbaren Kriterien kaum abgrenzbar ist,[25] wird nicht mehr formell bestimmt, sondern materiell vom maßgeblichen Inhalt und seinem Bezug zur Sozialsphäre abhängig gemacht” (DÜRIG; MAUNZ, 2012, p. 30).

²⁰Die rechtsprechende Gewalt anerkennt weiterhin einen solchen Bereich, aber nicht gleichsam blind, unabhängig von Inhalt und Kontext der jeweiligen Aufzeichnung” (DÜRIG; MAUNZ, 2012, p. 31).

viável, tendo em vista se estar diante de uma hipótese de supremacia do interesse público sobre o privado.

5 CONCLUSÃO

O que se pode concluir é que, da forma em que resta aplicada a teoria do núcleo da personalidade pela citada decisão judicial brasileira, a mesma acaba por não discutir questões concretas acerca do direito geral da personalidade, apegando-se a citações de teorias que nem mesmo deveriam contribuir decisivamente para o deslinde da demanda. Como demonstra a Lei Fundamental alemã (1949), o direito da própria pessoa implica em uma unicidade protetiva que irá criar verdadeiras manifestações existenciais no caso concreto: como a do direito à sua voz, da sua autonomia de conservar-se, da sua autonomia de expor-se, e de determinar-se.

Assim, na concretização do direito geral da personalidade alemão, o indivíduo é o protagonista da manifestação concreta de seu atributo inerente. Já no Brasil, a aplicação da teoria do núcleo da personalidade faz com que o indivíduo seja um coadjuvante, sendo que o seu atributo em questão é analisado não por meio da análise da manifestação do seu atributo ou da sua ação na situação particular, mas sim por meio de uma cortina abstrata que vem de longe e o esconde.

REFERÊNCIAS

ALEMANHA. **Bürgerliches Gesetzbuch** (BGB, o Código Civil alemão). Ausfertigungsdatum: 18.08.1896. Bürgerliches Gesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 2002 (BGBl. I S. 42, 2909; 2003 I S. 738), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 27. Juli 2011 (BGBl. I S. 1600) geändert worden ist. Disponível em: <<http://www.gesetze-im-internet.de/bgb/>>. Acesso em: 16 dez. 2012.

ALEMANHA. **Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland** (Lei Fundamental da Constituição da República da Alemanha). Der Parlamentarische Rat hat am 23. Mai 1949 in Bonn am Rhein in öffentlicher Sitzung festgestellt, daß das am 8. Mai des Jahres 1949 vom Parlamentarischen Rat beschlossene Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland in der Woche vom 16. bis 22. Mai 1949 durch die Volksvertretungen von mehr als Zweidritteln der beteiligten deutschen Länder angenommen worden ist. Disponível em: <<http://www.gesetze-im-internet.de/gg/index.html>>. Acesso em: 16 dez. 2012.

ALEMANHA. **BVerfGE 119, 1**, Romance Esra, 2007. Disponível em: <<http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv119001.html>>. Acesso em 17 nov. 2013.

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. 2ª Edición. Traduzido por: Carlos Bernal Pulido. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2007. 601 p.

ARENDDT, Hannah. **A condição humana**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.
BAMBERGER, Roth. **Persönlichkeitsrecht Zivilrecht**. Becksher Online-Kommentar BGB. Edition 25. 01.11.2012. 51 p.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial 1240750 SC 2011/0044564-7**. Agravante: Osni Muccellin Aruda. Agravado: Fazenda Nacional. Relator: Ministro Humberto Martins. Data de julgamento: 07 jun. 2011. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21110350/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1240750-sc-2011-0044564-7-stj/relatorio-e-voto-21110352>. Acesso em 10 Jan. 2014

DI FIORE, Bruno. **Teoria dos círculos concêntricos e suas repercussões na praxe jurídica**. Acesso em: <http://www.google.com.br/#q=Teoria+dos+c%C3%ADrculos+conc%C3%AAntricos+e+suas+repercuss%C3%B5es+na+praxe+jur%C3%ADdica> >. 02 dez. 2013.

DÜRIG, Günter; MAUNZ, Theodor. **Grundgesetz-Kommentar**. 66 Ergänzungslieferung Di Fabio. 2012. Beck-online.

DREIER, Horst (Hersg.). **Grundgesetz-Kommentar**. 2 Auflage. Band 1. Tübingen: Mohr Siebeck. 2004.

FOHRMANN, Ana Paula Barbosa. **A dignidade humana no direito constitucional alemão**. Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2012.

LOTHAR, Michael; MORLOK, Martin. **Grundrechte**. 3 Auflage. Düsseldorf: Nomos. 2012.511p.

LUHMANN, Niklas. **Grundrechte als Institution: Ein Beitrag zur politischen Soziologie**. Berlin: Duncker & Humblot, 1965.

MARQUES, Andréa Neves Gonzaga. **Direito à intimidade e privacidade**. 18/04/2010. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos/2010/direito-a-intimidade-e-privacidade-andrea-neves-gonzaga-marques>>. Acesso em 17 nov. 2013

MARTINI, Mario. **Das allgemeine Persönlichkeitsrecht im Spiegel der jüngeren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts**. Aufsatz Öffentliches Recht. 12-2009. p. 839-845.

PETERS, HANS. **Das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit in der hochstrichterlichen Rechtsprechung**. Düsseldorf. 1961. Westdeutscher Verlag – Köln und Opladen, 1961. 84 p.

RECHTSLEXICON. **Rahmenrecht**. Disponível em: <<http://www.lexexakt.de/glossar/rahmenrecht.php>>. Acesso em 21 dez. 2013.

SCHWABE, Jürgen (Coletânea original); MARTINS, Leonardo (Organização e Introdução). **Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão.** Tradução: Beatriz Henning, Leonardo Martins, Mariana Bigelli de Carvalho, Tereza Maria de Castro, Vivianne Geraldine Ferreira. Uruguai: Konrad-AdenauerStiftung, 2005. 993 p.

SUHR, Dieter. **Die Entfaltung des Menschen durch die Menschen.** Berlin: Duncker&Humblot, 1976.