

A adaptação do Direito Civil à dinâmica social contemporânea

**The adaptation of the Civil Law to the contemporary
social Dynamics**

Vítor Borba Shnaiderman

Estudante da Faculdade de Direito da Universidade do Porto

Rua dos Bragas, 223, 4050-123 Porto, Portugal

up201800693@edu.direito.up.pt

<https://orcid.org/0000-0002-9192-7914>

Outubro de 2020

RESUMO: Porque os factos e o Direito estão intimamente conectados, a ordem jurídica foi substancialmente alterada pelas recentes transformações sociais, dentre as quais sobressaem as inovações na ciência e a universalização das redes sociais. No campo do direito civil, domínio vezes estigmatizado como conservador e insensível a tendências legislativas, manifestas mudanças podem ser observadas, especialmente na direção de balizar a autonomia privada – não apenas graças ao labor do legislador ordinário, mas particularmente por conta da atividade da comunidade jurídica. Neste quadro, a constitucionalização da ordem jurídica promoveu a ressignificação dos institutos tradicionais, capitaneando reflexos em diferentes esteios do direito civil, dentre os quais os direitos da personalidade, ora ameaçado pelos traços da Era Digital, e a responsabilidade civil, igualmente convidada a se renovar. Partindo de um desenvolvimento acerca dos reflexos constitucionais na legislação ordinária, que conferiu uma nova diretriz ética ao direito civil, e com recurso a casos concretos recentes, propomo-nos a explorar hipóteses nas quais a dinâmica (da) vida social sinaliza ultrapassar o arcabouço jurídico-normativo, as quais merecem atenção do legislador, do julgador e da doutrina.

PALAVRAS-CHAVE: Força normativa dos factos; Constitucionalização do Direito; Direitos da personalidade; Era Digital.

ABSTRACT: Considering the relation of dependence between law and reality, the legal sphere was hugely modified by recent social transformations, such as science innovations and the universalization of social media. Even in the civil law, considered to be a conservative field, insensitive to legislative trends, several transformations can be observed, specially in the direction of limiting the private autonomy, not only due to the legislator's labor, but also because of the interpreters' activity. In this scenario, the constitutionalization of the civil law promoted the reframing of traditional juridical institutions, for instance the personality rights, threatened by the characteristics of the Digital Era, and the civil liability, similarly invited to renew itself. Starting from a development on the constitutional reflexes in the ordinary legislation, which set a new ethical guideline to the civil law, and through recently discussed cases, this article aims to explore situations in which the aircraft of the social life can surpass the winged carriage of the Law, that deserve attention from the legislator, the judge, and the academy.

KEY WORDS: Normative power of the facts; Constitutionalization of the Law; Rights of personality; Digital Era.

SUMÁRIO*:

1. Introdução
 2. A constitucionalização do direito civil
 - 2.1. A funcionalização e os fins éticos do direito civil contemporâneo
 3. Direitos da personalidade e a Era Digital
 - 3.1. Direito à imagem: novos desafios e o caso dos influenciadores digitais
 - 3.2. Direito à reserva da vida privada
 - 3.3. Direito à proteção de dados pessoais: o caso do *TikTok*
 4. Novos paradigmas da responsabilidade civil: algumas notas
 5. Conclusão
- Referências bibliográficas e jurisprudência citada

* Artigo redigido para a primeira edição do Prémio Jorge Carneiro, ao qual o júri atribuiu uma menção honrosa, submetido em outubro de 2020 e subordinado ao eixo temático “Novos tempos, novo direito”.

1. Introdução

Em contraste com a vocação de permanência própria do Direito, a realidade se submete a constantes metamorfoses, concerto que exige comprehensibilidade do jurista. Não é possível cuidar de desafios novos com fórmulas ultrapassadas, ou de problemas arrojados com soluções antigas: deve-se incorporar novos olhos para se assimilar as novas demandas sociais. Na medida que é responsável pela disciplina das relações quotidianas do homem comum, o direito civil persegue as inovações e as novas formas de interações, sendo moldado pela história. Pese embora larga parcela das suas soluções tenha atravessado séculos e nações, múltiplos dogmas foram ultrapassados e incontáveis modificações atenderam à compatibilidade do conjunto de regras jurídicas à realidade sociocultural dos povos aos quais serviram.

Ocorre que as mudanças sociais mais recentes foram muitas e radicais, o que confere margem para reflexão acerca da aptidão dos modelos jurídicos tradicionais para responder aos novos desafios. Nas últimas décadas, o mundo vivenciou transformações políticas e sociais de relevo, o papel do Estado foi reinventado e o trânsito jurídico foi revolucionado. Em suma, assistimos a alterações substanciais de diversa ordem, tais como no campo da economia, aberta e dinamizada, do comércio, cujo tráfego foi internacionalizado e automatizado, da biomedicina, assinalada pela engenharia genética e amiúdes inovações técnicas e, talvez mais visivelmente, dos meios de comunicação, popularizados e padronizados.

Daqui resultam patentes anacronismos no Código Civil de 1966, naturalmente revelados por incumbência do tempo, na medida que podemos constatar a previsão de fórmulas antiquadas, arraigadas em práticas analógicas¹, isto é, anteriores à Era Digital, das quais resultam cânones ameaçados pela obsolescência, pelo que exigem elevado empenho do hermeneuta. Adianta-se que a proposta deste trabalho pressupõe alusão a diversas manifestações dessa desatualização, com o escopo de identificar onde deve o jurista investir maior atenção, em harmonia com a ótica de Francisco Amaral, que comprehende competir à ciência do direito construir novas e adequadas estruturas jurídicas de resposta à mutabilidade, a fim de assegurar a realização da justiça e da segurança².

É precisamente nesse sentido que exploramos a orientação temática “novos tempos, novo direito”, eleita com o fito de apurar desafios contemporâneos que demandam consideração dos operadores jurídicos. O reconhecimento de que os factos criam o Direito (e não o oposto) essencialmente fundamenta a teoria da força normativa dos factos, que consiste na afirmação de que emana, do surgimento de um novo evento social e da alteração no contexto social, uma nova ordenação de valores, da qual emerge o Direito³.

¹ Como amostra de exemplo da preeminência da “moda antiga” de realizar negócios, reproduzimos a disposição do artigo 225.º do Código Civil: “A declaração pode ser feita mediante anúncio publicado num dos jornais da residência do declarante, quando se dirija a pessoa desconhecida ou cujo paradeiro seja por aquele ignorado.”

² FRANCISCO AMARAL, “O direito civil na pós-modernidade”, *Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*, Rio de Janeiro, 2002, v. 18, n. 21, p. 46.

³ JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao discurso legitimador*, Coimbra, Almedina, 1982, 13ª reimpressão, p. 44. O mesmo autor critica a teoria, e fornece uma definição corretiva: “seria mais correto falar da força normativa das convicções de facto sentidas e vividas”, na medida que, ainda que generalizada, a conduta só é elevada à ordem normativa quando vista como justa e correta.

Essa orientação, no entanto, serve apenas para afirmar que os factos e os valores sociais exercem natural influência sobre a ordem jurídica, havendo um intercâmbio recíproco entre o factual e o normativo, com precedência para o primeiro. Por essa razão, não cabe nos contornos daquela teoria a afirmação de que facto é Direito, ou que novidade é normatividade, como tendemos a crer em face do surgimento de inovações tecnológicas – que muita vez consubstanciam ameaças à tábua axiológica protegida, conforme desenvolver-se-á –, condição que salientamos devido à impossibilidade lógica de se derivar o dever-ser a partir do ser, sob pena de autofagia perante a *Guilhotina de Hume*⁴.

Por ser uma ordem social, o Direito não pode estar desconexo da realidade. Do contrário, havendo desconformidade entre a norma e o valor investido sobre o facto pela comunidade⁵, a lei equivaleria à letra morta, uma vez mais espelhando a máxima de que o Direito não cria os factos, mas os factos criam o Direito. Desta forma, abandona-se a antiga preferência juracionalista de sustentação abstrata e teórica da ordem jurídica, a ser construída por meio de uma ignorância voluntária da realidade. Como afirma Giselda Hironaka, professora da Universidade de São Paulo, a moldura dos institutos jurídicos está (e deve estar) umbilicalmente relacionada com as mudanças na vida dos homens⁶.

Ora, se o Direito é um produto histórico-cultural, as transformações na realidade social são as mais legítimas fontes jurígenas. A esse propósito, Heinrich Stoll ponderou que se o legislador negligencia ou deprecia a natureza das coisas, crendo poder configurar o mundo segundo os seus desejos, forçosamente experimentará a verdade da máxima de Horácio: «ainda que a expulses com um forcado, a natureza voltará a aparecer».⁷ Se, no entanto, intenta antecipar soluções jurídicas antes da apresentação dos problemas, o legislador está condenado a formulações lacónicas ou descoladas da realidade, pois a vida jurídica não aguarda expressa permissão legislativa para realizar sumariamente as suas exigências, conforme calcula Juan Cruet⁸.

Sendo assim, o jurista deve enxergar o direito civil como um edifício em construção, sob o crivo da dinâmica (da) realidade social, e nunca como obra acabada, insuscetível de reformas. Dessa sorte, não pretendemos afirmar como será o Direito do amanhã, mas simplesmente identificar tendências e descrever desafios contemporâneos, a fim de apontar necessidades práticas e epistêmicas ao legislador, ao julgador e, especialmente, à doutrina, que é, por excelência, competente para transmitir e informar o Direito ainda não revelado⁹.

Ao longo do presente artigo, desenvolveremos um sumaríssimo roteiro transversal pela fisionomia do direito civil contemporâneo, perpassando pelos seus traços gerais e

⁴ Trata-se de uma lei da metaética que distingue o reino dos factos (descriptivo) do reino dos valores (prescritivo). A esse respeito, conferir WELSON H. RODRIGUES, *A Guilhotina de Hume sobre uma perspectiva ontológica do fenômeno normativo*, São Paulo, USP, 2016, p. 10.

⁵ Em remissão à teoria tridimensional do direito, de Miguel Reale, que assume a tríade norma-valor-facto.

⁶ GISELDA NOVAES HIRONAKA, *Tendências do Direito Civil no século XXI*. In Conferência de encerramento do Seminário Internacional de Direito Civil (NAP), 2001, p. 2.

⁷ Originalmente, "naturam expellas furca tamen usque recurret". In Karl Larenz, *Metodologia da ciência do Direito*. 3^a ed. Lisboa, Gulbenkian, 1997, p. 596.

⁸ JUAN CRUET, *A vida do Direito e a inutilidade das leis*, Lisboa, José Bastos & C.ª ed., 1908, p. 237.

⁹ DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Manual de introdução ao Direito*, v. I, Coimbra, Almedina, 2004, p. 429.

aprofundando alguns aspectos inéditos. Em primeira instância, cuidaremos da constitucionalização do direito civil, movimento que se expande progressivamente e irradia a preocupação pelas dimensões existenciais do homem, atuando como uma substituição de lentes na observação dos fenómenos já conhecidos. Posteriormente, trataremos dos direitos da personalidade, largamente afetados pela expansão do ambiente virtual, o que ilustraremos com recurso a alguns casos práticos, especialmente desafiadores porque inimagináveis pelos pais do Código Civil. Por fim, apenas à *vol d'oiseau*, enunciaremos algumas questões atuais da responsabilidade civil, também associadas à revolução digital.

2. A constitucionalização do direito civil

Declara-se, *hic et ubique*, que incumbe ao direito civil disciplinar as relações jurídicas respeitantes às pessoas, aos bens e às suas relações, e que é neste ramo do Direito que as partes encontram ampla margem para expandir a sua vontade¹⁰, especialmente por ser um campo de hegemonia das normas dispositivas, em contraposição à imperatividade característica do direito público. Com efeito, essa tradicional noção de direito civil é perversa, porque induz ao juízo de que se trata do único ramo competente para regrar tais relações, e que o direito privado não comporta a heteronomia, mas apenas a autonomia, conceção que vem se tornando obsoleta porque não resiste ao confronto com novas tendências jurídicas, as quais nos propomos examinar. Para esse fim, cabe fazer uma breve menção à evolução de algumas instituições e institutos caros aos civilistas.

Aquilo que conhecemos desse ramo vem sendo elaborado e temperado há pelo menos dois mil anos¹¹. O *ius civile*, considerado a maior herança da Roma Antiga, é essencialmente originário de um saber empírico romano que atravessou os séculos, posteriormente alimentado de abstração e de conceitualismo e modificado pelas variações socioculturais¹². Dentre estas, sobressai aquela derivada da Revolução Francesa, que representou o marco de transição do Estado absolutista para o Estado de Direito - caracterizado pela separação de poderes e pela proteção de direitos fundamentais - da qual ainda decorre o protagonismo do homem e da sua subjetividade jurídica, alicerçada na triangulação entre igualdade, liberdade individual e propriedade privada¹³.

A autonomia, por sua vez, é uma ideia central e fundamental no direito civil, na medida que é reconhecida como condição de realização da personalidade, atuando como liberdade de exercer ou não faculdades e poder de conformar e compor interesses próprios.¹⁴ Sendo um

¹⁰ SÍLVIO DE SALVO VENOSA, *Direito Civil - Parte Geral*, 13ª ed., São Paulo, Atlas, 2013, p. 65.

¹¹ PAULO NETO LÔBO, "Constitucionalização do direito civil", *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 36, n.º 141, 1999, p. 99.

¹² CRISTIANO CHAVES DE FARIAS; FELIPE BRAGA NETTO; NELSON ROSENVALD, *Manual de Direito Civil*, 4ª ed., Salvador, Juspodivm, 2019, p. 86.

¹³ MARIA CELINA B. MORAES, "A caminho de um Direito Civil Constitucional", *Revista Estado, Direito e Sociedade*, Rio de Janeiro, v. I, 1991, p. 4.

¹⁴ CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4ª ed., Coimbra, Coimbra Ed., 2005, p. 58.

poder de autodeterminação nas relações paritárias, consequentemente se exige a igualdade ou a paridade dos sujeitos nas relações jurídicas. De acordo com a definição de Mota Pinto, "é ela que corresponde à ordenação espontânea (não autoritária) dos interesses das pessoas, consideradas como iguais, na sua vida de convivência – ordenação autoformulada que é a zona reservada do direito privado"¹⁵.

Sublinhamos tal a fisionomia paritária da livre composição de interesses, característica do direito civil: além da conotação atrelada ao exercício da liberdade, presente na sua etimologia, a autonomia vincula-se, sob a ótica da lei, à noção de igualdade. Esses valores estiveram no seio da emancipação do Estado Liberal, amplamente preocupado em garantir o espaço privado como uma reserva de não intervenção, isto é, de autorregulamentação do desenvolvimento da atividade económica por meio do estabelecimento de regras cujo cumprimento seria juridicamente exigível¹⁶.

Nesse quadro, sob inspiração da Escola da Exegese¹⁷, de inspiração racionalista, surgem os códigos com a pretensão de sedimentar toda a ordem jurídica, por meio de normas claras e completas, constituintes de um sistema fechado, de que é o maior exemplo o *Code Civil* napoleónico, de 1804. Aquele imperador, duas vezes frustrado por D. João VI¹⁸, acertadamente premeditou: "minha verdadeira glória não é ter vencido quarenta batalhas; o que nada ofuscará, o que viverá eternamente, é meu Código Civil"¹⁹. Em vigor até os dias atuais, o referido *códex* entrou para a história pela vanguarda na disciplina de abundantes aspectos da vida privada.

Subsequentemente, a dogmática predominante terminou por estabelecer fronteiras sólidas e rígidas para a *summa divisio*, caracterizando o lado do direito público pela heteronomia - isto é, pela imperatividade - e o direito privado pela autonomia, como o reino da liberdade individual. Esta rígida separação assentou a conceção patrimonialista²⁰ e individualista do Direito do Estado Liberal²¹, no âmbito do qual a Constituição era vista como mera declaração política, enquanto o Código Civil assumia o papel de documento verdadeiramente jurídico para reger as relações entre os particulares²². Não se colocava em causa a superioridade hierárquica da Constituição, mas direito público e direito privado eram separados valorativamente, de

¹⁵ *Ibidem*, p. 103.

¹⁶ CARLOS EDUARDO PIANOVSKI RUYK, *Liberdade(s) e função: contribuição crítica para uma nova fundamentação da dimensão funcional do Direito Civil brasileiro*. Curitiba, Tese (Doutoramento) pela UFPR, 2009, p. 144.

¹⁷ Representou um movimento doutrinal que promovia a positivação da razão em monumentos legislativos científicamente fundados e democraticamente legitimados (representando a *volonté générale*), em prejuízo de todas as outras fontes do direito (*gesetzpositivismus*). ANTÓNIO MANUEL HESPAÑHA, *A cultura jurídica europeia; síntese de um milénio*, Coimbra, Almedina, 2012, p. 402.

¹⁸ A primeira em 1807, aquando da fuga da família real para o Brasil, que ensejou o reconhecimento de Napoleão: "il est le seul qui m'a trompé". A segunda, já em 1817, foi no contexto da Revolução Pernambucana, sufocada a mando do rex português, quando brasileiros e americanos planeavam resgatar o Imperador da Ilha de Santa Helena (no Atlântico Sul) e promover o seu segundo retorno. A referência pode parecer imprópria, mas preferimos não prescindir de incluir no trabalho uma breve carga de cultura. VASCO MARIZ, "Napoleão e a Revolução Pernambucana de 1817", *Revista IHGB*, Rio de Janeiro, v. 444, 2009, p. 165.

¹⁹ *Apud* GISELDA NOVAES HIRONAKA, *Tendências do Direito Civil no século XXI*, cit., p. 4.

²⁰ O artigo 544º do Código Civil francês dispõe que a propriedade se trata do direito de "jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue", disposição arraigada no caráter patrimonialista da tradição jurídico-liberal.

²¹ FRANCISCO LIMA RODRIGUES, *O fenômeno da constitucionalização do direito: seus efeitos sobre o direito civil*. In Gustavo Tepedino et. al. (coord.), *Direito civil constitucional*, Florianópolis, Conceito, 2014, p. 549.

²² LUIS ROBERTO BARROSO, "Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil", *Revista da EMERJ*, v. 9, n.º 33, 2006, p. 72.

forma que não se promovesse uma dialética, e a relação interdisciplinar fosse unicamente formal²³.

Em Portugal, a codificação exegética subordinada ao signo da liberdade foi representada pelo Código de Seabra, de 1867, de orientação predominantemente antropocêntrica, a ponto de apresentar a trajetória vital (ou biografia) do sujeito de direito²⁴; e liberal, assegurando o respeito absoluto pelas convenções privadas²⁵. A transição do Estado liberal para o Estado social de Direito, de que é consequência direta o traço intervencionista, determinou uma progressiva expansão da máquina pública, bem como uma limitação jurídica da ordem económica, a partir dos anos 1920. Por conseguinte, naquele contexto pós-guerra marcado pelo pluralismo político e económico da República de Weimar, devido à superação do projeto liberal de organização económica, a civilística perdeu a sua supremacia em detrimento de alguma publicização²⁶ do direito privado²⁷.

Posteriormente, a instalação de um regime político eivado de traços ditatoriais provocou profundas modificações na estrutura constitucional do Estado, desde logo no sistema de governo e, no que aqui interessa reter, no âmbito dos direitos fundamentais, onde as liberdades de associação e de participação foram ostensivamente lesadas²⁸. A versão originária do Código Civil de 1966, elaborado sob a égide da Constituição de 1933, refletia os traços conservadores e tradicionalistas daquela ordem jurídico-política, motivo pelo qual foi objeto de uma grande revisão em 1977. Eis que vários dos seus dispositivos homenageavam normas constitucionais que consolidavam o corporativismo económico e social, característico do Estado Novo.

O artigo 46.º da então vigente Constituição estabelecia o catolicismo como religião tradicional da nação portuguesa, em consonância com o qual se estipulou a indissolubilidade do casamento católico. O §2.º do artigo 5.º daquele texto, no âmbito do princípio da igualdade, proibia quaisquer discriminações, exceto pelas diferenças de tratamento quanto ao sexo, “justificadas pela natureza”²⁹. Da mesma forma, o corporativismo plasmado no artigo 4.º da Lei Fundamental de 1933 introduziu uma restrição implícita à liberdade de associação, vez que a constituição de entidades dependia do reconhecimento administrativo individual – o que

²³ SANDRA PASSINHAS VIDEIRA, *Propriedade e personalidade no Direito Civil português*, Coimbra, Dissertação (Doutoramento) pela Universidade de Coimbra, 2014, p. 404.

²⁴ INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Introdução ao estudo do Direito*, v. I, Coimbra, Coimbra Ed., 2001, p. 210.

²⁵ CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, cit., p. 53.

²⁶ Processo de progressiva intervenção estadual em determinados ramos do Direito, restringindo a autonomia privada, a fim de garantir proteção jurídica aos mais fracos, tais como os trabalhadores, os consumidores e os arrendatários.

²⁷ FRANZ WIEACKER, *História do direito privado moderno*, 2^a ed.; António Manuel Hespanha (tradução), Lisboa, Gulbenkian, 1967, p. 628.

²⁸ Nesse sentido, conferir JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, tomo IV, 3^a ed., Coimbra, Coimbra Ed., 2000, p. 473.

²⁹ JOSÉ DE MATOS CORREIA, “A Constituição Portuguesa de 1976 e o Código Civil de 1966”, *Lusíada*, Lisboa, n.º 17, 2017/2, p. 100. O mesmo autor elenca uma série de soluções jurídicas que demonstram uma visão tradicionalista e patriarcal do direito civil, especialmente no Livro IV da versão originária do Código Civil, dentre as quais a atribuição à mulher da responsabilidade pelo governo doméstico (artigo 1677.º) e a concessão ao marido do poder de administração dos bens do casal (1678.º).

sujeitava a atividade das associações ao crivo do Governo, igualmente competente para extinguí-las³⁰.

A Revolução dos Cravos, de 1974, representou um rompimento político-ideológico em relação aos axiomas do Estado Novo, o que desencadeou substanciais alterações na ordem jurídica portuguesa, desde logo pela inauguração de uma nova Constituição material³¹. A partir de então, assistimos à fixação (não imediata) de uma democracia plural e participativa, em detrimento dos contornos autoritários do regime salazarista, e a ordem infraconstitucional, naturalmente, suportou relevantes transformações. A alteração substancial do ordenamento jurídico descende não apenas das notáveis modificações expressamente inscritas na CRP, v.g. a liberdade de associação incondicional e a garantia da igualdade de direitos e deveres dos cidadãos, mas é também advento da nova carga valorativa que sustenta a Lei Fundamental.

Logo no seu artigo 1º, a CRP apresenta o cartão de visitas do Direito português: proclama a dignidade da pessoa humana e o empenho na construção de uma sociedade livre, justa e solidária como seus princípios fundamentais. Em análise do que chama de identidade axiológica da Constituição, Paulo Otero afirma que a solidariedade é "o entendimento de que o 'eu' existe sempre em função do outro, e nele encontra uma remissão para o próprio eu", assim reconhecendo a vocação gregária do homem³². Nesse sentido, seria possível afirmar que a ética do individualismo oitocentista foi trocada por uma ética da solidariedade. Não quer dizer isso que a tutela da autonomia da vontade foi suspensa ou marginalizada pela Constituição da República Portuguesa (CRP), de 1976, mas apenas que deixa de ser absoluta, porque encontra os limites funcionais impostos pela proteção primordial e central da pessoa humana e dos demais princípios fundamentais da República.

Neste sentido, os princípios da solidariedade social e da dignidade da pessoa humana atuam, simultaneamente, como *standards* modeladores do ordenamento jurídico e limites à autonomia privada. Com a ultrapassagem do paradigma da impermeabilidade da *summa divisio*, assistimos a uma evolução: da indiferença interdisciplinar à interlocução entre direito público e privado. Por conseguinte, este fenómeno permite uma releitura de todo o ordenamento jurídico, atuando a Lei Fundamental como lente de interpretação da ordem infraconstitucional e, especialmente no direito privado, a irradiação de disposições constitucionais promove uma (res)significação das normas privadas – renovação hermenêutica cunhada como Virada de Copérnico³³.

A pulverização do ordenamento jurídico em espaços com traços distintos e, por vezes, antagónicos promovia uma disjunção hermenêutica, da qual emanava o entendimento de que

³⁰ A este respeito, o art. 2.º do Decreto-Lei n.º 39.660, de 20 de maio de 1954, conferiu poderes de controlo da formação e da existência de toda e qualquer associação ao Governador Civil e ao Ministro do Interior.

³¹ Poder-se-ia afirmar que o 25 de Abril representou uma mera alteração na Constituição material, no entanto, acolhemos o entendimento de Freitas do Amaral de que não há apenas uma Constituição não escrita, mas há tantas quantas as novas configurações constitucionais que se sucedem no tempo. Diogo Freitas do Amaral, "As sete constituições informais da Monarquia Portuguesa antes do liberalismo", *Separata de estudos em homenagem ao prof. doutor Martim de Albuquerque*, Coimbra, Coimbra Ed., 2010, p. 446.

³² PAULO OTERO, *Direito Constitucional Português I*, Coimbra, Almedina, 2010, p. 44.

³³ Título que referencia a substituição do modelo geocêntrico pelo heliocêntrico, proposto por Copérnico, para ilustrar a substituição do Código Civil pela Constituição como diploma referencial e tronco comum do ordenamento jurídico. GUSTAVO TEPEDINO ET. AL. (coord.), *Direito civil constitucional*, cit., p. 610.

os princípios do direito privado são soberanos nas relações particulares, como se houvesse um suposto princípio de não ingerência, que o isolasse. No panorama atual, porém, as normas de direito civil não podem ser lidas isoladamente, como um complexo separado e autossuficiente, mas sim mediante uma articulação entre os direitos subjetivos e as normas constitucionais atinentes³⁴. Essa formulação decorre do reconhecimento à Constituição de uma natureza jurídica hierárquica e valorativamente superior, que inspira a identificação de um sentido unitário que serve de critério para a sua própria interpretação, bem como das restantes leis – o que permite resolver as antinomias e dificuldades interpretativas próprias da complexidade da ordem jurídica³⁵.

No caso específico do direito civil, reflexos do fenómeno descrito são identificados na preocupação do Estado em regular algumas relações do Reino da Autonomia com o escopo de proteger o lado mais fraco da relação jurídica, como o consumidor, o locatário e o empregado, o que consolidou um dirigismo contratual³⁶. Adicionalmente, observamos uma evolução referente à diretriz de aplicação do Código Civil: como afirma Jorge Miranda, “cada norma legal não tem somente de ser captada no conjunto das normas da mesma lei e no conjunto da ordem legislativa; tem outrossim de se considerar no contexto da ordem constitucional”³⁷. A remodelação da legislação ordinária e a realização da interpretação conforme à Constituição consubstanciam manifestações da constitucionalização do direito, que impacta o direito civil especialmente através da repersonalização (contraposta à patrimonialização) e da funcionalização dos institutos jurídicos tradicionais, tais como a família, a propriedade e o contrato.

Em tempo, salienta-se que a constitucionalização não atua exclusivamente através da vinda de matérias privadas à Constituição, garantindo-se-lhes dignidade constitucional, mas sobretudo por meio da sua ida a domínios que outrora lhe foram alheios. Neste sentido, antes vista como carta política que regula a relação Estado-cidadãos, é agora reconhecido o caráter normativo das prescrições da Lei Fundamental (porque dotadas de uma supremacia formal e substancial) – e não apenas compreendidas como normas programáticas, endereçadas ao legislador ordinário, mas composta por disposições de caráter primordial e transformador em relação a todas as normas infraconstitucionais³⁸.

³⁴ JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, “Constitucionalização do direito civil”, *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, 1998, v. LXXIV, p. 739.

³⁵ PAULO FERREIRA DA CUNHA, “Principes constitutionnels herméneutiques”, *International studies on law and education*, Porto, FEUSP/IJU-U.Porto, 2015, p. 14. O mesmo autor pincela que “la constitution est un ensemble de normes juridiques, mais on peut dire, peut-être au sens plastique ou métaphorique, qu'elle constitue une norme juridique unique (vaste, parfois sinuose voire apparemment contradictoire, comme c'est le cas des constitutions-compromis).

³⁶ REGINA NERY FERRARI, *Direito Constitucional*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 71. No mesmo sentido, Inocêncio Galvão Telles leciona que “o contrato escapa cada vez mais à ação comum e concertada das partes; deixa de ser uma «entente» realizada sob a égide da liberdade, pelo jogo de vontades iguais e autónomas, para se tornar uma operação dirigida, quer pelos poderes públicos, representados aqui pelo legislador e pelo juiz, quer por um só dos contraentes que impõe a sua fórmula e as suas condições ao outro”. *Manual dos contratos em geral*. 3^a ed. reimp., Lisboa, Lex, 1995, p. 62.

³⁷ JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, v. II, Coimbra, Coimbra Ed., 2014, p. 312.

³⁸ Neste sentido, Paulo Ferreira da Cunha afirma que “la constitution n'est pas simplement une proclamation politique, un vœu pieux, une utopie irréalisable ou une chimère. C'est du droit et du plus pur, du plus élevé qui soit”. PAULO FERREIRA DA CUNHA, “Principes constitutionnels herméneutiques”, cit., p. 13.

Embora pouco propalada em Portugal, a doutrina da constitucionalização do direito civil é amplamente difundida e lecionada no Brasil, onde foi invocada a partir da constatação da inadequação do Código Civil de 1916 aos princípios e valores plasmados na Constituição Federal de 1988³⁹. Ocorreu que as soluções ultrapassadas trazidas pela legislação infraconstitucional não atendiam às novas questões da vida comum, bem como não acompanharam as mais diversas transformações técnicas – defasagem que distanciou a legislação civil da prática jurídica e da realidade social. Aos juristas, para desviar do formalismo e da rigidez da então vigente codificação, restou recorrer ao diálogo entre as fontes normativas e à invocação de princípios e regras constitucionais, posto que os principais institutos do Código Civil (nomeadamente o contrato, a propriedade e a família) receberam um tratamento relativamente profundo no bojo do texto de 1988. Esta ideia orienta o seguinte diagnóstico:

No âmbito do direito privado, mais especialmente na seara do Direito Civil, a matriz constitucional inaugurada em 1988, construída com fundamento nos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade, propiciou a ressignificação dos conceitos tendo como norte o substrato constitucional.⁴⁰

Ressalva-se, porém, que a constitucionalização do direito civil não é uniformemente bem quista, vez que é alvo de acentuadas críticas da doutrina. Parte dos civilistas entende que não há lugar para afirmar uma constitucionalização do direito privado, mas apenas uma aproximação complementar entre os ramos jurídicos⁴¹. Outros pressentem que o fenômeno promoveria a elevação de relações fundamentalmente privadas ao plano constitucional, assim acomodando uma sobreconstitucionalização, ou seja, o entendimento de que toda e qualquer solução jurídica encontra resposta na Constituição⁴², noção que, por sua vez, compactua com o nocivo pan-jusfundamentalismo⁴³. Noutra mão, receiam a redução do direito civil a mero “apêndice” do direito constitucional, sendo esvaziado pela incerteza e pelo expansionismo da Lei Fundamental⁴⁴.

Ademais, há o risco de uma desmedida desnORMATização do Direito, nos termos daquela sustentada pela escola pós-positivista, que encontrou uma fórmula para contornar a binariedade da aplicação das regras (*all-or-nothing*, i.e., aplicar ou não aplicar). Especialmente exponenciada por Ronald Dworkin, esta dogmática sustenta a rejeição dos sistemas jurídicos fechados e, para tanto, recorre à figura dos princípios, que enunciam o seu conteúdo através de uma linguagem indeterminada e, por não comportarem exceções, a sua aplicação atribui maior flexibilidade de apreciação ao julgador e demanda a ponderação dos valores em choque

³⁹ PAULO LUIZ NETTO LÔBO, “Novas perspectivas da constitucionalização do direito civil”, *Portal Jus Navigandi*, 2007. Consultado em <https://jus.com.br/artigos/25361/novas-perspectivas-da-constitucionalizacao-do-direito-civil>, em outubro de 2020.

⁴⁰ LUIZ EDSON FACHIN; MARCOS ROCHA GONÇALVES, “Hermenêutica da autonomia da vontade como princípio informador da mediação e conciliação”, *Revista de Informação Legislativa*, v. 48, n. 190/2, 2011, p. 8.

⁴¹ CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, cit., p. 44.

⁴² JAIME ARRUBLA PAUCAR, “La constitucionalización del Derecho Privado”, *Nuevo Derecho*. Envigado, v. 5, n.º 7, 2010, p. 54.

⁴³ Referimo-nos aos perigos da “panconstitucionalização” do direito privado, salientados por Hesse, nomeadamente a hipertrofia irradiante dos direitos fundamentais e, por conseguinte, a banalização da Lei Fundamental. *Apud* J. J. GOMES CANOTILHO, “Civilização do Direito Constitucional ou constitucionalização do Direito Civil?” *Direito Constitucional - Estudos em homenagem a Paulo Bonavides*, Eros Roberto Grau e Willis Santiago Guerra Fº (Orgs.) São Paulo, Malheiros, 2001, p. 113.

⁴⁴ PAULO LUIZ NETTO LÔBO, *Novas perspectivas da constitucionalização do direito civil*, cit.

(*dimension of weight*) diante do caso concreto⁴⁵. No âmbito obrigacional, verbi gratia, José Hermano Saraiva identifica, dentre as modernas tendências contratuais, a standardização dos contratos e a diminuição do princípio da autonomia da vontade, ao lado da atenuação do poder obrigatório do vínculo emergente do contrato e a intervenção mais acentuada do Estado nesse domínio⁴⁶.

É oportuno destacar que a referida mudança de paradigmas não deve ser subestimada, mas encarada como tendência do Direito, anunciada pelo legislador constituinte, prosperada pela jurisprudência e bradada pela doutrina⁴⁷. Pois a constitucionalização do direito civil não é um devaneio dos juspublicistas, mas uma realidade jurídica que produz amplos efeitos práticos nos campos judicial e legislativo, desde logo concebida pelas alterações introduzidas pelo legislador através da Reforma de 1977, que pretendia adaptar os dispositivos do Código Civil – especialmente dos seus dois últimos livros – aos comandos da Constituição. Ademais, tiveram importância na promoção da constitucionalização os posteriores diplomas legislativos que, inspirados nos anseios do Estado Social, estabeleceram limites à liberdade contratual através de normas imperativas, expressivas, v.g., nas relações de trabalho, de arrendamento e de consumo⁴⁸.

Mas não só. Esse fenómeno também se revela, seguramente, mediante a aplicação das cláusulas gerais inseridas no Código, com destaque para a tutela geral da personalidade e para a boa fé, em virtude da maleabilidade que conferem ao julgador, devendo este preencher o seu conteúdo tendo em atenção o espírito da Lei Fundamental. De pouco em pouco, assistiremos ao desenvolvimento dessa abordagem hermenêutico-axiológica no direito civil lusitano, a qual desempenhará, *hoc sensu*, uma verdadeira releitura da ordem jurídica vigente. Até lá, insta realizar uma palavra acerca da função social dos direitos subjetivos e dos fins definidos pela Constituição.

2.1. A funcionalização e os fins éticos do direito civil contemporâneo

A civilística tradicional apura coabitarem duas dimensões na morfologia dos direitos subjetivos: o plano estrutural e o plano funcional, sendo aquele o conteúdo do direito, que está ao serviço da realização deste, isto é, da finalidade que o subjaz⁴⁹. Uma parcela mais específica da doutrina, por sua vez, vai além: enxerga limites que internamente vinculam os direitos

⁴⁵ LUIZ EDSON FACHIN, "Aspectos de alguns pressupostos histórico-filosóficos hermenêuticos para o contemporâneo direito civil brasileiro: elementos constitucionais para uma reflexão crítica". *Rev. TST*. Brasília, 2011, v. 77, n. 4, p. 194.

⁴⁶ *Apud* JOÃO ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*. 10^a ed., Coimbra, Almedina, 2000, v. I, p. 33, nota 1.

⁴⁷ Desde a publicação da obra pioneira "Perfis do Direito: a constitucionalização do direito civil", de Pietro Perlingieri, doutrinadores da Itália, da Alemanha e do Brasil desenvolvem essa temática de modo privilegiado. Em Portugal, ao lado de outros escritos, sobrepõe o célebre (no estrangeiro) artigo do professor JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, que discorre sobre a matéria da constitucionalização do direito civil em Portugal.

⁴⁸ JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, "Constitucionalização do direito civil", cit., p. 748.

⁴⁹ CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, cit., p. 180.

subjetivos, concebendo-os não como meras faculdades, mas como poderes de vontade atribuídos, unicamente, em vista de um interesse.

Em reação às conceções de sistemas jurídicos fechados e completos, de que são exemplos a Escola da Exegese e a Jurisprudência dos Conceitos, assistimos ao florir de teorias anticonceitualistas e antiformalistas. Referimo-nos à Jurisprudência Teleológica, de Rudolf v. Jhering, e à Jurisprudência dos interesses, de Philipp Heck, doutrinas que centralizaram os conceitos de função social e interesse subjacente, considerados entidades geradoras do Direito, de forma que a ordem jurídica realize interesses socialmente úteis, isto é, aqueles que promovem a harmonia e a preservação da vida social⁵⁰. Em suma, a lógica individualista e contratualista das escolas antecedentes foi contraposta por uma conceção transindividual e utilitarista, que considera todo em qualquer caso jurídico um conflito de interesses, cabendo ao julgador ponderá-los.

Por conseguinte, a ciência do direito incorporou diversas contribuições destes autores, especialmente no âmbito da hermenêutica jurídica. Jhering foi o responsável por sedimentar o cuidado pela finalidade dos direitos, designadamente por meio da ideia de que, ao realizar a interpretação das normas e dos negócios jurídicos, deve o intérprete atender ao elemento teleológico, isto é, ponderar a finalidade que os seus atores miravam atingir⁵¹. Outra manifestação evidente desses ensinamentos é a figura do abuso de direito, prevista no artigo 334.º do Código Civil, identificada nas situações de assimetria entre o corte estrutural e o corte funcional, isto é, quando o exercício de um direito excede o fim social ou económico que o subjaz, correspondendo como sanção ao titular a ilegitimidade do seu exercício. A esse respeito, estima Fachin:

O direito contemporâneo é, nestes termos, funcionalizado, como o são as relações por ele reguladas. A expressão da vontade individual, assim, não pode servir apenas aos interesses do sujeito desconectado da sociedade na qual se insere, mas, ao contrário, deve atender e respeitar o programa funcional e principiológico estampado na Constituição.⁵²

No caso da propriedade, a morfologia clássica desse poder jurídico foi combinada com o entendimento de que lícito é o interesse individual que conjuntamente realiza o interesse social⁵³, em referência à utilidade do exercício das faculdades jurídicas. Por esta razão, a função social é estimada não apenas como limite, mas como conteúdo da propriedade e das suas figuras parcelares, tornando incompatível as situações de inércia, inutilidade e especulação⁵⁴. Pese embora a utilidade social não seja prevista expressamente pela CRP – ao contrário do que faz seu par italiano⁵⁵ –, diversos dispositivos salientam a função social da propriedade rústica, designadamente a al. d) do n.º 2 do art. 66.º, no âmbito da proteção do

⁵⁰ ANTÓNIO MANUEL HESPAÑHA, *A cultura jurídica europeia; síntese de um milénio*, cit., p. 456.

⁵¹ *Ibidem*, p. 457.

⁵² LUIZ EDSON FACHIN; MARCOS ROCHA GONÇALVES, "Hermenêutica da autonomia da vontade como princípio informador da mediação e conciliação", cit., p. 10.

⁵³ PAULO LUIZ NETTO LÔBO, "Constitucionalização do direito civil", cit., p. 106.

⁵⁴ *Idem*.

⁵⁵ Estabelece o artigo 42.º da Constituição italiana, *ipsis verbis*: "(...) A propriedade privada é reconhecida e garantida pela lei, que determina as suas formas de aquisição, de posse e os limites, no intuito de assegurar a sua função social e de torná-la acessível a todos".

direito ao ambiente, e a al. d) do art. 93.º, entre outros. Além da função económica agregada à produtividade, a doutrina afirma, como seu desdobramento, uma função ecológica da propriedade: a preservação e a promoção de valores biológicos⁵⁶.

Aliado às cláusulas gerais, o direito civil português demonstra grande cuidado pela função social e oferece tutela aos interesses subjacentes aos direitos subjetivos. Nesse sentido, é imperativo o emprego de novos olhos para enxergar os contornos e os limites das faculdades jurídicas, sem exceção, o que abrange a tríplice vértice fundante das relações privadas,⁵⁷ isto é, o trânsito jurídico, a apropriação dos bens e as relações familiares. Esta diretriz, registamos, desdobra-se na jurisprudência:

Para assegurar a função social do contrato, tem-se acentuado a intervenção exógena na regulação contratual, assumindo este «dirigismo contratual» a veste legislativa e a veste judicial. A intervenção judicial na regulação contratual provoca a abertura do contrato a finalidades não consideradas pelas partes aquando da sua formação, dispensando o seu acordo, o que representa uma limitação corretiva da autonomia privada, na vertente da liberdade de estipulação ou fixação do conteúdo do contrato.⁵⁸

A raiz histórica do direito civil moderno se encontra nas relações patrimoniais, mas a previsão da dignidade da pessoa humana como atriz protagonista no sistema jurídico português promete, em tese, promover progressivamente uma personalização, isto é, estabelecer a pessoa como fulcro do direito civil. Na leitura de Franz Wieacker, a evolução para o Estado social de Direito assinala a diretriz de responsabilização da sociedade pela existência social, económica e moral dos seus membros, conceção que determina a afirmação de três traços essenciais: a relativização dos direitos subjetivos pela sua função social, a vinculação ético-social destes direitos e o recuo perante o formalismo do sistema do direito privado clássico do séc. XIX⁵⁹. Explorada a funcionalização, em termos gerais, abordemos a segunda característica apontada.

Considerada a identidade da vigente ordem constitucional, a dignidade da pessoa humana aparece na CRP como princípio, valor e regra. De acordo com Ingo Wolfgang Sarlet, trata-se do reconhecimento de um valor intrínseco e não meramente instrumental do homem,⁶⁰ fórmula que, pese embora seja, muita vez, trivializada, produz verdadeiros efeitos normativos no ordenamento jurídico. Neste arranjo, o constitucionalismo social prescreve como função do Estado promover a igualdade substancial entre os cidadãos, atividade que demanda, *a fortiori*, maior limitação e regulação da atividade económica de particulares.⁶¹ Ainda, a igualdade referida não se reduz à universalização da personalidade jurídica, porque persegue a igualdade material, que se traduz em um tratamento isonómico e equitativo da pessoa humana, sob o signo da justiça distributiva.

⁵⁶ CARLA AMADO GOMES, "Reflexões (a quente) sobre o princípio da função social da propriedade". *e-Pública, Revista Eletrónica de Direito Público*, Lisboa, 2017, vol. 4, n.º 3, p. 6.

⁵⁷ LUIZ EDSON FACHIN; MARCOS ROCHA GONÇALVES, "Hermenêutica (...)", cit. Idem.

⁵⁸ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 21 de junho de 2016 (Helder Roque). Processo 2683/12.0TJLSB.L1.S1 (<<http://www.dgsi.pt>>).

⁵⁹ FRANZ WIEACKER, *História do direito privado moderno*, cit., p. 624.

⁶⁰ TIAGO FENSTERSEIFER; INGO WOLFGANG SARLET, *Princípios do Direito Ambiental*, São Paulo, Saraiva, 2014, p. 61.

⁶¹ SANDRA C. PASSINHAS VIDEIRA, *Propriedade e personalidade no Direito Civil português*, cit., p. 407.

Destarte, o princípio da igualdade do artigo 13º da CRP impõe uma recusa ao darwinismo jurídico⁶², admitido e perfilhada pelo antigo Reino da Liberdade, rejeição que se manifesta, por exemplo, no afloramento do princípio da autonomia privada material, que endossa o equilíbrio contratual, de onde decorre a possibilidade de corrigir os desequilíbrios supervenientes (art. 437.º CC). Da mesma forma, por imperativo daqueles princípios constitucionais, institutos e mecanismos privados exercem um papel nada tímido de salvaguarda da posição jurídica menos favorecida (hipossuficiente), de que são exemplos o abuso de direito, a boa fé contratual, as normas especiais que tutelam as relações laborais e, no âmbito das cláusulas contratuais gerais, a invalidade das cláusulas abusivas.

Desta maneira, devido ao imperativo de se dançar conforme a música, os institutos do direito civil, que outrora orbitavam em torno do património, sujeitam-se a um filtro ético-personalístico. Eis que a nova carga valorativa da ordem jurídica distingue os interesses patrimoniais dos não patrimoniais, e guarda meios de tutela de acordo com os bens jurídicos em causa. Demais, o Direito não se limita à uma proteção equivalente, mas privilegia os direitos não patrimoniais sempre que um deles precisa prevalecer: o artigo 335.º do CC, em sede da colisão de direitos, faz implícita menção à sobreposição dos direitos pessoais em relação aos de natureza patrimonial.

Para citar outra concretização da referida repersonalização, em recente alteração ao Código Civil⁶³, o legislador substituiu os institutos da interdição e da inabilitação – assinalados pela preocupação cardeal com os bens patrimoniais⁶⁴ – pelo regime do acompanhamento, previsto no artigo 138.º e seguintes. O artigo 140.º prescreve, como objetivos da medida, o bem-estar e a garantia dos direitos e deveres do acompanhado, em uma formulação marcadamente indiferente quanto aos interesses patrimoniais dos seus familiares. Não obstante, é provável que o maior afloramento da dignidade da pessoa humana no direito civil se encontre no âmbito dos direitos da personalidade, precisamente por servirem a todos os aspetos da pessoa merecedores de amparo jurídico, à exceção do seu património, motivo pelo qual lhe dedicaremos maior aprofundamento.

3. Direitos da personalidade e a Era Digital

No estudo dos direitos subjetivos, a doutrina clássica delineou um arquétipo que individualiza o tratamento dos sujeitos e dos objetos como elementos da relação jurídica. Enquanto os

⁶² Em que os economicamente mais fortes se beneficiam, por conta de uma ficção de correspondência entre a igualdades formal e material. Ainda assim, insta reconhecer que o reconhecimento da igualdade perante a lei constituiu um avanço significativo em relação ao sistema estamental, predominante até o final da Idade Moderna. EDSON FACHIN; CARLOS EDUARDO RUZYK, "Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica", in SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet (Org.), *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2003, p. 89.

⁶³ Levada a cabo pela Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto.

⁶⁴ DIANA MOTA FERNANDES, *A Interdição e Inabilitação no Ordenamento Jurídico Português: Notas de enquadramento de direito material e breve reflexão face ao direito supranacional*, in Coleção formação inicial: interdição e inabilitação, Lisboa, Centro de Estudos Judiciários, 2015, p. 276.

sujeitos são os titulares dos poderes e das posições passivas correspondentes, aquilo sobre que incidem os direitos subjetivos são os objetos da relação jurídica⁶⁵, de modo que cada direito subjetivo seja composto por um objeto externo ao seu sujeito – tal como ocorre nos direitos de crédito, em que o poder incide diretamente sobre uma prestação da contraparte. Quando a expressão direitos da personalidade começou a ser afirmada por correntes jusnaturalistas para designar os direitos inerentes ao homem e essenciais à condição humana, foi com base no argumento da contradição lógica de ser o homem, simultaneamente, o objeto e o sujeito de um direito subjetivo, que juristas como Savigny e Von Tuhr opuseram-se à existência da categoria⁶⁶.

Nesse sentido, o dogma de um direito privado então orientado por aspectos patrimoniais⁶⁷ representava um impasse teórico substancial para a tutela da própria pessoa. Assim, os direitos pessoais foram, por muito tempo, salvaguardados apenas no âmbito do direito público⁶⁸, de forma a proteger o indivíduo contra as arbitrariedades do Leviatã através dos direitos negativos consagrados constitucionalmente. Enquanto a preocupação pela personalidade era reservada à Constituição, os códigos ocupavam-se apenas dos aspectos patrimoniais. A superação desse paradigma foi acompanhada pela identificação do “ser” como interesse social também digno de proteção, ao lado do “ter”⁶⁹, a partir de uma conceção kantiana, lenta e consistentemente apreendida pelo direito privado.

Em resposta aos negativistas, submersos na tradição jurídica liberal, sobreveio uma noção dualística da personalidade⁷⁰ que, sob o aspeto subjetivo, abrigaria a aptidão abstrata para ser titular de direitos e obrigações (personalidade jurídica) e, pelo aspeto objetivo, revelaria o conjunto de atributos da pessoa humana merecedores de tutela jurídica (direitos da personalidade). Esse conjunto de direitos assentou seus principais traços com fundamento na sua função: a de amparar todos os aspectos da condição humana, motivo pelo qual, devido à ligação intrínseca com a personalidade jurídica, os direitos da personalidade são considerados intransmissíveis, indisponíveis, irrenunciáveis e, porque não admitem avaliação em termos pecuniários, extrapatrimoniais⁷¹.

Aos poucos, direitos da personalidade deixaram de ser bandeiras teóricas jusracionais e passaram a testemunhar sua receção pelo ordenamento jurídico. Acompanhando a tendência legislativa europeia, o artigo 359.º do Código de Seabra consagrou o elenco dos chamados “direitos originários”, composto pelos direitos à existência, à liberdade, à associação, à apropriação e à defesa. O mesmo diploma estatuiu a obrigação de reparar a ofensa a essas

⁶⁵ CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, cit., p.189

⁶⁶ FRANCIELLEN BERTONCELLO, *Direitos da personalidade: uma nova categoria de direitos a ser tutelada*, Dissertação (Mestrado) pelo CESUMAR, 2006, p. 21. Dentre os doutrinadores portugueses, Cabral de Moncada afirmava que os direitos de personalidade são meras posições que se confundem com a própria personalidade. JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil - Teoria Geral*, v. I. 2^a ed., Coimbra, Coimbra Ed., 2000, p. 82.

⁶⁷ Posicionamento próprio do século XIX e da influência do Código Napoleónico, de 1804, no qual o patrimônio figurava um papel central.

⁶⁸ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “Os direitos de personalidade na civilística portuguesa”. *Estudos em honra do prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles*, v. I, Lisboa, FDUL, 2002, p. 1230.

⁶⁹ VALÉRIA RIBAS NASCIMENTO, “Direitos fundamentais da personalidade na era da sociedade da informação”. *Revista de informação legislativa*, Brasília, n.º 213, 2017, p. 269

⁷⁰ ANDERSON SCHREIBER, *Direitos da personalidade*. 2^a ed. rev., São Paulo, Atlas, 2013, p. 190.

⁷¹ SILVIO DE SALVO VENOSA, *Direito Civil; Parte Geral*, cit., p. 181.

posições jurídicas⁷², formulação que inaugurou uma tradição protetiva e viabilizou as compensações por danos não patrimoniais, vulgarmente referidos como danos morais. A partir de então, porque compreendidos como faculdades que mereciam reparação quando violados, campos como os direitos autorais, o direito ao nome e o direito à honra entraram no radar do direito civil.

O facto de constarem direitos da personalidade na legislação infraconstitucional representa um avanço substancial para a salvaguarda do bem jurídico da personalidade, não apenas porque a lesão ilícita daria lugar a um *schuld* que corresponderia a um *haftung* (responsabilização)⁷³, mas particularmente porque promoveria a responsabilidade por violação da personalidade aos particulares entre si, de maneira que essas faculdades não atuassem apenas como direitos negativos em face ao Estado. No entanto, ainda que prescritos no âmbito civil, apenas a dimensão económica dos direitos da personalidade carregava relevância até a primeira metade do século XX. Isto é, a juridicidade conferida a esses direitos subjetivos tinha como escopo proteger os reflexos obrigacionais da personalidade, a partir de uma compreensão individualista da pessoa⁷⁴, mas não abrangia a preocupação de o indivíduo ser valorado como pessoa por ser pessoa, que demanda uma progressiva expansão dos aspetos tutelados.

A partir da década de cinquenta do século XX, os direitos de personalidade começaram a ter maior aplicação jurisdicional⁷⁵. Em 1966, os obreiros do vigente Código Civil reservaram, na secção II do capítulo relativo a pessoas singulares, a importância de doze artigos referentes aos direitos de personalidade (por meio de uma tutela geral e disposições especiais sobre algumas dimensões). Essa consagração generosa ensejou maior aprofundamento doutrinário acerca do tema, e promoveu um aperfeiçoamento do entendimento da natureza desses direitos – e traçado o *curriculum vitae* desse instituto, podemos finalmente esboçar os seus contornos. Atualmente, direitos de personalidade são definidos como a categoria de direitos subjetivos que versam sobre todos os aspetos da própria pessoa, e que são reconhecidos⁷⁶ à pessoa humana e atribuídos à pessoa jurídica⁷⁷. Nesse sentido, tendo como objeto a pessoa em si, essas faculdades jurídicas salvaguardam todas as manifestações previsíveis e imprevisíveis da personalidade humana⁷⁸.

⁷² Prescreve o artigo 368.º do Código de Seabra o seguinte: “os direitos originários são inalienáveis, e só podem ser limitados por lei formal e expressa. A violação delles produz a obrigação de reparar a offensa”.

⁷³ Ainda que a partir de uma tutela compensatória, por ser logicamente incongruente indemnizar (tornar indemne) um dano não patrimonial, por força da sua própria definição. A responsabilização da lesão é prevista pelo n.º 2 do artigo 70.º e tutelada pelo artigo 496.º do vigente Código Civil.

⁷⁴ JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, “Os direitos de personalidade como direitos fundamentais”, in *Pessoa, Direito e Direitos* (Colóquios 2014/2015), Braga, Centro de Investigação Interdisciplinar da Escola de Direito da Universidade do Minho, 2016, p. 255.

⁷⁵ Um dos mais célebres e marcantes casos estava relacionado com os direitos à integridade física e à saúde, invocados por moradores prejudicados pelas obras da construção do metropolitano de Lisboa. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “Os direitos de personalidade na civilística portuguesa”, cit., p. 1241, nota 54.

⁷⁶ Considerando que só é possível reconhecer uma situação preexistente, a definição utilizada posiciona-se ao lado da corrente jusnaturalista, que entende caber ao Estado meramente reconhecer poderes jurídicos já investidos na esfera dos particulares. Do contrário, o entendimento positivista acerca da origem dos direitos de personalidade levaria à exigência de um elenco exaustivo para a categoria, derivando-os da lei, e não da dignidade da pessoa, método que promove a rejeição de um direito à personalidade no seu conjunto, ou seja, de um direito geral de personalidade. ORLANDO DE CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil*, cit., p. 203.

⁷⁷ ANTONIO CARLOS MORATO, “Quadro geral dos direitos da personalidade”. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, 2011/2012, v. 106/107, p. 124.

⁷⁸ ORLANDO DE CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil*, cit., p. 203.

Devido à vocação protetiva indexada à necessidade de autodeterminação do homem, a previsão de uma cláusula fechada ou limitável por um elenco exaustivo mostrar-se-ia insuficiente para a salvaguarda da personalidade humana em face do oceano de ameaças que acompanham a volatilidade social⁷⁹. Por essa razão, o ordenamento jurídico português oferece proteção à pessoa humana por meio do direito geral de personalidade⁸⁰, consagrando a seguinte fórmula no artigo 70.º do vigente CC: “1. A lei protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral”. O recurso a essa cláusula geral resulta na atipicidade dos direitos: serão tantos quanto necessários à defesa da personalidade, isto é, em caráter não estático.

O célebre artigo 1.º da Lei Fundamental de Bonn, de 1949, foi responsável pela consagração do princípio da dignidade da pessoa humana, feito que representou a positivação personalismo ético⁸¹, sendo o primeiro a face jurídica do segundo. Seguindo esse modelo, em 1976, na medida que a Constituição conferiu centralidade valorativa à pessoa⁸², seus reflexos no campo do direito civil foram substanciais. Isto é, considerando que a CRP consagra um rico elenco de direitos pessoais, incluindo o direito ao desenvolvimento da personalidade – que visa antever e preencher quaisquer lacunas de proteção –, o artigo 70.º do CC adquiriu densidade e estímulo para a sua concreta aplicação.

Outrossim, a amplitude da previsão constitucional de direitos, liberdades e garantias se projetou no âmbito dos direitos de personalidade, desde logo, porque apresentou aos operadores do direito um elenco mais específico e atualizado de aspectos pessoais merecedores de tutela jurídica, oferecendo uma proteção mais intensa e extensa dos bens da personalidade⁸³. Não obstante o referido artigo 70.º configurar uma cláusula aberta e não estática, os restantes dispositivos da lei ordinária, de certa forma, desatualizaram-se: no que diz respeito ao direito à imagem e às (obsoletas) cartas missivas, que ocupam metade das disposições dedicadas à matéria, é notória a inadequação da terminologia empregada às hodiernas necessidades práticas da sociedade, em função da evolução tecnológica e científica das últimas décadas.

Em matéria de direitos da personalidade, as novidades da vida social não são objeto de estudo dos juristas por necessidade da atividade legislativa, mas sim para garantir sua efetivação jurisdicional. Isto porque, em tese, a ordem jurídica portuguesa não depende da positivação de outras normas, de Direito interno ou internacional, que prevejam novos aspectos da pessoa

⁷⁹ A defesa de uma cláusula geral de proteção da personalidade não é pacífica na doutrina. Oliveira Ascensão afirma que a vastidão do artigo 70º, na prática, configura um esvaziamento do seu conteúdo útil, além de colocar em risco a segurança jurídica, motivo pelo qual advoga pelo regime de *numerus apertus*, isto é, pela fragmentação de concretos direitos especiais de personalidade, derivados da cláusula geral. JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil - Teoria Geral*, cit., p. 88.

⁸⁰ De acordo com Capelo de Sousa, autor de obra referencial sobre a matéria, trata-se do “direito ao respeito e à promoção da globalidade dos elementos, potencialidades e expressões de sua personalidade humana”. RABINDRANATH VALENTINO CAPELO DE SOUSA, *O direito geral de personalidade*, Coimbra, Coimbra Ed., 1995, p. 93.

⁸¹ O artigo possui a seguinte redação: “A dignidade da pessoa humana é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público”, formulação que expressa ser esta imposição ontológica o princípio mais alto do sistema jurídico (oberstes Prinzip). NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, *Tomando a sério o personalismo ético. In Pessoa, Direito e Direitos (...)*, cit., p. 277.

⁸² JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *Os direitos de personalidade como direitos fundamentais*, cit., p. 253.

⁸³ *Ibidem*, p. 260.

merecedores de proteção, na medida que eles todos se encontram salvaguardados pela cláusula geral do artigo 70.º, que atua como “norma de recolha” – acolhendo em seu guarda-chuva zonas de relevância ainda desconhecidas. Foi o que ocorreu, precisamente, no caso dos direitos à identidade genética e à proteção de dados pessoais, provavelmente não imagináveis pelo legislador na década de 1960, e poderá ocorrer em outros domínios que, por ora, não concebemos possíveis ou dignos de tutela jurídica, pelo que não se encaixam nas fórmulas legais vigentes⁸⁴.

Ao mesmo tempo em que as referidas novidades oferecem benefícios às comunidades, constituem campos inexplorados pela experiência comum, e configuram novos títulos de ameaça aos direitos de personalidade. O direito à identidade genética, que hoje encontra largo respaldo legal e jurisprudencial⁸⁵, bem ilustra como o rápido avanço da ciência apresenta mazelas e riscos para a própria sociedade. Noutro sentido, a volatilidade da troca de informações na sociedade líquida conectada, impulsionada pela vulgarização dos telemóveis e da *internet*, abriu um mar de novidades e de revoluções na dinâmica social. Desde já, porque possuem uma câmara e um computador de bolso, todas as pessoas são jornalistas (na medida que investigam e divulgam informações), podem ser fotógrafas e modelos fotográficas (desde que publiquem retratos e vídeos em redes sociais), e desenvolvem uma reputação (se possuem perfis públicos para fins pessoais ou profissionais).

No caso específico da rede mundial de computadores, observamos um fenómeno de multiplicação infinita dos polos de informação, isto é, a comunicação foi descentralizada ao nível individual, dispensando os veículos mediáticos tradicionais para a propagação de informações. No sentido de que todos têm voz, a *internet* democratizou os meios convencionais de comunicação, e tal ausência de intermediários pode ser fonte de problemas: ao passo que a divulgação de informações e a troca de mensagens de texto foram privilegiadas, observamos uma massiva facilitação à difamação, à invasão de dados pessoais, ao compartilhamento de notícias falsas, à criação perfis anónimos, à fraude, ao plágio de publicações científicas e a inúmeras outras ameaças à vida social. Assim, não obstante reconhecermos seus méritos inestimáveis, esse quadro de vícios e virtudes indica se tratar a revolução virtual de uma faca de dois gumes.

No domínio das redes sociais, observamos uma intensa normalização da abstenção de privacidade e da disposição dos direitos da personalidade. A geração vindoura crescerá neste ambiente de “transparência” ou exposição exacerbada, em que se publica toda e qualquer opinião no *Twitter*, divulga-se a agenda pessoal no *Facebook* e compartilha-se fotos das refeições no *Instagram*. Por conseguinte, questões jurídicas relacionadas com a personalidade são suscitadas, especialmente no âmbito dos direitos à imagem, à privacidade e à proteção de dados pessoais, que serão agora desbravadas com recurso a casos concretos.

⁸⁴ JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil - Teoria Geral*, cit., p. 84.

⁸⁵ Trata-se hoje de um direito fundamental, previsto no artigo 26º n.º 3 da Constituição. No mesmo sentido, o acórdão n.º 225/2018 do Tribunal Constitucional, que declarou a inconstitucionalidade de diversos artigos da Lei 32/2006 (procriação medicamente assistida) garantiu uma desenvolvida proteção à identidade genética e estabeleceu parâmetros para a sua aplicação.

3.1. Direito à imagem: novos desafios e o caso dos influenciadores digitais

De acordo com a classificação de Orlando de Carvalho⁸⁶, o direito à imagem integra a projeção física do direito à inviolabilidade pessoal, e garante à pessoa o poder de se obstar à divulgação do seu retrato⁸⁷, além do direito de não ter a própria imagem veiculada a contextos ou a montagens gráficas ofensivos ou distorcidos. Por sua vez, a violação desse direito de personalidade pode ocorrer quanto à carência de consentimento, ao uso inapropriado (excedendo os limites da autorização conferida) ou à ausência de finalidades que configurem uma exceção.

A interpretação da letra fria do artigo 79.º do Código Civil, de onde consta a previsão do direito à imagem como um direito especial de personalidade, revela que a simples captura não autorizada do retrato de uma pessoa não consubstancia uma violação do direito à imagem⁸⁸. Dificilmente imaginaria o legislador de 1966 que tirar fotografias se tornaria, anos mais tarde, um hábito plenamente vulgarizado e simplificado. Mais do que isso, com a democratização das câmaras dos telemóveis, o padrão de registar imagens de todas as pessoas a todo o momento passou a ser socialmente normalizado. A fotografia deixou de ser somente o ofício dos profissionais dotados de grandes teleobjetivas e *flashes* chamativos, mas passou a ser um recurso disponível a qualquer pessoa que pretenda assinalar momentos do quotidiano, de modo acessível e discreto. Nos domínios do direito à imagem, a demanda exacerbada por conteúdo audiovisual e a multiplicação das lentes, tendencialmente, consubstanciam uma ameaça, que aparenta ser recebida com entusiasmo pela geração Y.

Como qualquer outro direito de personalidade, por ser indispensável à preservação da dignidade humana, o direito à imagem caracteriza-se pela indisponibilidade.⁸⁹ Ainda que seja um direito subjetivo, isto é, um conjunto de faculdades investidas em um sujeito jurídico, os direitos de personalidade não admitem abdicação ou renúncia pela mera vontade do seu titular, motivo pelo qual seria ilícito a uma pessoa negociar, em carácter definitivo, a própria imagem com uma empresa. Por outro lado, o titular pode consentir com a sua utilização para fins específicos (de forma gratuita ou remunerada), motivo pelo qual pode haver aproveitamento publicitário, já no âmbito contratual. Apesar de não estar em causa um aspeto ético⁹⁰, o

⁸⁶ ORLANDO DE CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra, Coimbra Ed., 2012, pp. 265-266, notas 66-70.

⁸⁷ JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil - Teoria Geral*, cit., p. 116.

⁸⁸ A captação não autorizada da imagem é prevista e punida pelo artigo 199.º n.º 2 do Código Penal, mas não consubstancia violação à luz do direito civil – ainda que autores defendam a abrangência implícita da vedação da mera captação, para evitar o risco da sua divulgação. Diferentemente, o código espanhol, expressamente proíbe a captura não autorizada. ADALBERTO COSTA, "O direito à imagem", *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, ano 72, n.º 4, 2012, p. 1369, nota 114.

⁸⁹ Alguma doutrina afirma haver uma zona de disponibilidade do direito à imagem que, devido ao interesse negocial, é garantida ao titular do direito, que apenas não pode abdicar integralmente dessa titularidade. CARLOS ALBERTO BITTAR, *Os direitos da personalidade*, 2^a ed., Rio de Janeiro, Forense, 1995, p. 12.

⁹⁰ JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil - Teoria Geral*, cit., p. 117.

legislador salvaguarda⁹¹ a possibilidade de exploração económica do direito à imagem por imperativo da autonomia contratual, desde que não haja renúncia àquela titularidade.

Exceto no caso das exceções ao direito, inseridas no n.º 2 do artigo 79º, que dispensam a necessidade do consentimento para a divulgação de imagens relacionadas a figuras e factos de natureza pública, impõe-se a exigência do consentimento do retratado para a reprodução da sua imagem. Todavia, as exceções desse dispositivo não podem ser interpretadas de forma absoluta. A “notoriedade” do titular não comina na privação total dessas faculdades. Da mesma forma, quando o legislador ressalva a “reprodução da imagem enquadrada na [reprodução] de lugares públicos”, insta realizar uma interpretação restritiva, à luz do elemento teleológico: não se pretende proteger a imagem com a exigência de consentimento apenas “entre quatro paredes”, mas se vislumbram as situações em que uma pessoa é retratada como parte integrante do fenómeno coletivo⁹². Neste sentido, para uma foto da praia de Matosinhos lotada de banhistas, ou de uma multidão na Avenida dos Aliados, dispensa-se o consentimento de todos os retratados, porque são meros componentes não individualizados de uma coletividade. No entanto, mesmo em lugares públicos, a imagem individual de uma pessoa não poderá ser exposta ou reproduzida, sob pena de configurar uma ilicitude.

O referido consentimento traduz-se em um acto unilateral livre, esclarecido e específico do titular no sentido de dispor da própria imagem. No caso dos direitos de personalidade, trata-se-á de um consentimento autorizante⁹³ – isto é, uma autorização à agressão, em benefício do lesado –, regulado e limitado pelos princípios da ordem pública, *ex vi* do artigo 81.º do Código Civil. Para além do consentimento expresso⁹⁴, entende-se admissível o consentimento tácito, identificado a partir do comportamento do titular, como no caso de uma atriz que posa para fotos em um evento ou de pessoas que aceitam conceder entrevistas. No entanto, por imperativo da proteção contra a mediatização social excessiva, Schreiber afirma que a necessidade de consentimento expresso do retratado deve ser sempre vista como regra, e não como exceção⁹⁵.

Ocorre que o consentimento deve ser endereçado a uma específica finalidade e, como sendo um acto de disposição do próprio direito subjetivo, deverá ser livremente revogável (art. 81.º n.º 2). Contudo, os traços fácticos do ambiente virtual parecem ser alheios às exigências legais, vez que o consentimento ameaça ser geral e definitivo. Embora tenha autorizado a divulgação da imagem de forma válida e voluntária, em conformidade com as exigências do

⁹¹ Artigo 7º n.º 2 al. e) do Código da Publicidade (Decreto-Lei n.º. 590/90, de 23 de outubro) veda a publicidade que se utiliza, sem a devida autorização, da imagem ou das palavras de alguma pessoa.

⁹² ANDERSON SCHREIBER, *Direitos da personalidade*, cit., p. 110. O autor leciona que o direito à imagem deve ser tutelado em toda a parte, na medida que quem caminha na rua ou vai à praia não deixa em casa seus direitos de personalidade. Essa máxima é reconhecida pela jurisprudência, como se observa no seguinte excerto: “O facto de se alcançar o estatuto apelidado de «figura pública» não implica uma perda dos direitos de personalidade, nem por esse motivo se pode ficar desprotegido ou numa situação de inferioridade, relativamente aos apelidados «cidadãos comuns». A vida pública não afasta a vida privada, ou seja, o facto de se atingir um patamar de notoriedade, de se ser conhecido ou famoso, não implica a perda da intimidade.” Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 30 de junho de 2011 (Rosário Gonçalves). Processo 1755/08.0TVLSB.L1-1 (<<http://www.dgsi.pt>>).

⁹³ ORLANDO DE CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil*, cit., p. 205.

⁹⁴ Nos casos de consentimento tolerante, que excluem a ilicitude de uma agressão, como nas intervenções cirúrgicas, o n.º 1 do artigo 340.º do Código Civil exige o consentimento expresso do lesado.

⁹⁵ ANDERSON SCHREIBER, *Direitos da personalidade*, cit., p. 107.

artigo 79º, o titular pode não prever uma repercussão descontrolada da sua imagem, bem como pode não imaginar a utilização para fins diversos daqueles autorizados. Uma foto particular, enviada pelo retratado a um círculo de amigos (e, portanto, com seu consentimento), pode acabar sendo desviada e compartilhada em proporções geométricas, assim como os vídeos cómicos podem se tornar “virais” da noite para o dia. Ambas as situações podem macular a vida de uma pessoa à título permanente, porque uma vez introduzidas, as imagens dificilmente podem ser expurgadas da rede. A agressão definitiva, sem contrapartida económica, é atualmente um grande risco para quem se expõe.

Ao mesmo tempo, desde a década de 1960, observamos uma revolução nos métodos de utilização da própria imagem. Já foi o tempo em que este direito era seara relevante apenas para atores e jogadores de futebol que, no âmbito da publicidade e por meio de contratos, consentiam com a limitação *ad hoc* da sua posição jurídica para campanhas em revistas ou em comerciais televisivos. O crescente consumo de plataformas de *streaming* e de redes sociais foi um fator de incentivo a produtores de conteúdo sedimentarem a era dos *youtubers* e dos influenciadores digitais, que recorrem à disposição intensa e corrente da própria imagem como ofício profissional. Esta exposição exacerbada, localizada na fronteira entre a disposição e a renúncia, vem sendo amplamente trivializada, na medida que deixou de ser (no plano factual) pontual, específica, limitável e controlável.

Tanto no caso da disposição imprevisível quanto nas exposições dirigidas, a reprodução da imagem é promovida pelo titular, mesmo que lhe ofereça efeitos nocivos. Muito mais grave é a exposição não consentida, devida não só à má fé do lesante, mas também produto da naturalização da exposição virtual⁹⁶. Com o andar da carruagem, o consentimento ameaça ser considerado dispensável – manifestando-se apenas quando recusado. Resta saber: a desnecessidade material do consentimento do retratado consubstancia uma tendência da dinâmica social contemporânea? Citado por Orlando de Carvalho, Hubmann afirma que as exigências da vida comum são limites que condicionam a invocação dos direitos de personalidade⁹⁷, de forma que a lesão só releve na medida que ultrapasse as fronteiras da adequação social. Neste tom, alguns autores já afirmam que tais limites vêm sendo dilatados⁹⁸, mas se as ameaças e as constantes lesões (facto) promoverem o êxodo do Direito (norma), em última análise, não apenas a Lei de Hume⁹⁹ é violada, mas também é sacrificada a dignidade humana (raiz da proteção da imagem da pessoa).

A Era Digital ainda oferece outras dificuldades para a proteção do direito à imagem. O n.º 2 do artigo 70.º do Código Civil garante ao titular dos direitos violados as “providências

⁹⁶ Enquanto a captação de imagens não autorizada gerou debates e conflitos quando as câmaras de segurança se difundiram, os comportamentos da nova geração nos indicam a ampla aceitação da atividade das lentes. Sobre esse debate, conferir FERNANDA SANTIAGO BRASILEIRO ET. AL., “Câmeras de segurança x direito à imagem: limites à divulgação”, *Revista Jurídica do Banco do Nordeste*, v. 1, n.º 4, 2016, p. 135.

⁹⁷ ORLANDO DE CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil*, cit., p. 203.

⁹⁸ Por todos, TAIANA MARINO ALBUQUERQUE, *Geração manda nudes: a exposição virtual, ofensa aos direitos da personalidade e sua reparação*, Recife, 2019. Dissertação (Graduação) pela UFPE. Neste estudo, a autora conclui, com base em critérios objetivos, que a exposição anónima de retratos de universitários em uma página do Facebook configura uma mera brincadeira que não viola direitos de personalidade, e que os estudantes se sujeitam à exposição por frequentarem o ambiente da instituição.

⁹⁹ Conferir nota 4.

adequadas às circunstâncias do caso, com o fim de evitar a consumação da ameaça ou atenuar os efeitos da ofensa já cometida", indo além da responsabilidade civil que pode ser açãoada. Esse dispositivo facilita o requerimento de medidas importantes para a cessão dos danos, tais como a apreensão de exemplares de jornais, a exigência de uma retratação pública ou a retirada de publicidades. Contudo, por força da célebre circulação e do massivo compartilhamento de informações, que usuários consomem e replicam anónima e abundantemente, é praticamente impossível identificar e exigir a retirada de conteúdos já introduzidos na rede, motivo pelo qual, depois de consumada, a lesão ao direito à imagem se torna praticamente definitiva e irreversível.

Assistimos a casos em que a ordem judicial para a retirada de vídeos de diferentes plataformas, a pedido do lesado, apenas ensejou uma maior violação ao direito à imagem, de forma análoga ao Efeito Streisand¹⁰⁰. Isto porque os usuários dispõem de ferramentas para guardar as imagens lesivas em um acervo pessoal, ou seja, mesmo que o local de propagação original seja eliminado, milhares de outros podem surgir, no dia seguinte ou anos depois. Foi o que ocorreu, por exemplo, no caso da atriz brasileira Daniela Cicarelli¹⁰¹, que moveu uma ação inibitória contra o Youtube, requerendo a exclusão definitiva de um vídeo íntimo publicado nesse site. Na altura, o juiz determinou o bloqueio do acesso àquela plataforma – o que demonstrou grande despreparo do Poder Jurisdicional para corresponder aos desafios do ambiente virtual – e, após muitos protestos dos usuários, ordenou a proibição da veiculação do concreto vídeo¹⁰². As imagens referidas de facto já não se encontram naquele site, mas ainda hoje estão disponíveis em dezenas de plataformas diferentes, motivo pelo qual a lesão aos direitos à imagem e à privacidade da atriz marcou permanentemente o seu percurso.

3.2. Direito à reserva da vida privada

O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada encontra-se previsto no artigo 26.º da Constituição, incorporando o elenco de direitos, liberdades e garantias, e traduz-se no direito de obstar a terceiros o acesso e a divulgação de informações relativas à própria vida particular¹⁰³. Da mesma forma, o artigo 80.º do Código Civil estabelece o dever geral de guardar reserva quanto à intimidade da vida privada alheia, o que garante a proteção do resguardo de uma esfera íntima da vida. Como direito de personalidade, em harmonia com a

¹⁰⁰ Trata-se de um fenómeno típico do mundo virtual, no qual o lesado intervém no sentido de retirar da rede determinado conteúdo que lhe diz respeito, e a tentativa de esconder acaba por alavancar a visibilidade da imagem em causa. No caso que deu nome ao fenómeno, a cantora americana Barbra Streisand demandou a exclusão de fotos de uma região na Califórnia que mostravam a sua mansão e pediu uma indemnização milionária. No entanto, a foto que antes havia sido visualizada apenas seis vezes (sendo duas pelo advogado da autora) foi vista por milhões de pessoas. JUSTIN PARKINGSON, "The perils of the Streisand effect", *BBC News Magazine*, 31/07/2014, disponível em <https://www.bbc.com/news/magazine-28562156>, consultado em setembro de 2020.

¹⁰¹ No caso em questão, um *paparazzi* filmou a intimidade da atriz com seu namorado, em uma praia em Cádis, na Espanha, editou o vídeo com frases que "comentavam" a cena e o publicou na plataforma do Youtube.

¹⁰² ANDERSON SCHREIBER, *Direitos da personalidade*, cit., p. 126

¹⁰³ MARIA JOÃO CARVALHO; PAULO SIMÕES LOPES, *Da Privacidade à Proteção de Dados*, in *Portal Informação administrativa e Proteção de dados*, Universidade de Coimbra, 2019.

classificação de Orlando de Carvalho¹⁰⁴, integra a projeção vital do direito à inviolabilidade pessoal.

A origem desse direito remonta à publicação do artigo “*The right to privacy*”(1890), de Warren e Brandeis, escrito em um contexto de revoluções tecnológicas na área da comunicação, especialmente na fotografia e no jornalismo, que propiciaram violações à privacidade de pessoas pertencentes às elites dos grandes centros urbanos.¹⁰⁵ Nessa obra, os autores inauguraram uma conceção inovadora¹⁰⁶ do direito à privacidade, desprendida de uma matriz proprietária – que até então tutelava as projeções da intimidade – e vinculada à proteção da personalidade humana, de forma a oferecer resistência às invasões dos veículos mediáticos da altura, designadamente a transformação da fofoca em uma indústria alimentada pela curiosidade alheia¹⁰⁷. Os tempos atuais apresentam inúmeros desafios à proteção desse direito, a respeito dos quais constata José Gomes Canotilho:

Numa sociedade composta por milhões de indivíduos portadores das mais diversas, incomensuráveis e antagónicas conceções mundividenciais e valorativas, e frequentemente portadores de interesses e objetivos completamente diferentes, é impossível e indesejável impor a todos eles uma determinada conceção de privacidade e muito menos transformar unidimensionalmente o direito à privacidade num dever de privacidade.¹⁰⁸

Ora, em se tratando de um direito à delimitação da extensão da própria privacidade, na mesma medida que o direito à reserva da vida privada devolve ao indivíduo a competência de proteger as fronteiras dos seus círculos de intimidade¹⁰⁹, também lhe garante plenos poderes para uma superlativa autoexposição – o que preocupa, vez que as pessoas cada vez mais expõem a vida privada, consciente ou inconscientemente. Em 2012, o Supremo Tribunal de Justiça reconheceu¹¹⁰ a dificuldade de delimitação da amplitude deste direito, concluindo sê-la variável de acordo com as circunstâncias concretas e com a notoriedade do titular, fatores que podem reduzir a esfera de proteção da privacidade. Resistente, Mota Pinto afirma que a complacência frequente com a exposição não pode indicar a renúncia definitiva a uma esfera de resguardo¹¹¹.

A própria lei introduz restrições à disposição deste direito. O artigo 81.º do Código Civil determina que a limitação voluntária dos direitos de personalidade não pode ultrapassar os limites da ordem pública – cláusula geral de difícil apreciação. Neste sentido, não satisfeito com a exigência de um consentimento expresso, específico e esclarecido, o legislador condene

¹⁰⁴ Ver nota 86.

¹⁰⁵ DANILo DONEDA, *Da privacidade à proteção de dados pessoais*, Rio de Janeiro, Renovar, 2006, p. 139.

¹⁰⁶ MIKHAIL DE LORENZ CANCELIERI, “O Direito à Privacidade hoje: perspectiva histórica e o cenário brasileiro”, *Revista Sequência*, Florianópolis, 2017, n. 76, p. 217.

¹⁰⁷ O texto original de Warren e Brandeis defende que: “*Gossip is no longer the resource of the idle and of the vicious, but has become a trade, which is pursued with industry as well as effrontery*”. *Idem*.

¹⁰⁸ JOSÉ GOMES CANOTILHO e JÓNATAS M. MACHADO, *Reality Shows e Liberdade de Programação*, Coimbra, Coimbra Ed., 2003, p. 57.

¹⁰⁹ MARIA RAQUEL GUIMARÃES, *A tutela da pessoa e da sua personalidade como fundamento e objecto da disciplina civilística: questões atuais*, in *Estudos comemorativos dos 20 anos da FDUP*, v. II. Coimbra, Almedina, 2017, p. 14.

¹¹⁰ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 20 de junho de 2012 (Pinto Hespanhol). Processo 417/10.2TTVNF.P1.S1 (<<http://www.dgsi.pt>>).

¹¹¹ CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, cit., p. 212

à ilicitude as situações que, mesmo havendo aceitação dos envolvidos, representam ameaças à sua dignidade humana, revelando efeitos nocivos para a sociedade¹¹².

Mas quais são, afinal, os casos extremos que ultrapassam os limites da ordem pública? Até que ponto cabe ao Direito tolerar essa atmosfera de hipervigilância? Não é preciso mencionar o exemplo típico dos *reality shows* para identificar situações que tangenciam a renúncia¹¹³ ao direito à privacidade: nutrido pelas demandas de uma sociedade de aparências virtuais, o próprio universo das redes sociais incentiva uma alta carga de exposição. Pese embora a ânsia de aparecer publicamente e de ser bem visto não sejam produtos exclusivo da Era Digital, as ferramentas das redes sociais permitiram a naturalização de uma total e incessante interação, tendencialmente naturalizada pelos *millennials*. Por essa razão, em troca de reconhecimento, de publicidade ou, até mesmo, de patrocínios, expande-se a legião de influenciadores digitais¹¹⁴ e atrofia-se a consciência pela proteção da própria vida íntima desses sujeitos.

Diante deste quadro de transparência desmedida, que despretensiosamente provoca alusão à vigilância distópica de Orwell e ao *Panopticon* de Bentham, há quem afirme que a tecnologia torna a privacidade cada vez mais anacrónica¹¹⁵, mas nem todas as comunidades esperam sentadas pela obsolescência do direito à reserva da intimidade da vida privada. As populações da Alemanha e da Suíça reagiram contra a exposição da sua privacidade pelo serviço de mapeamento fotográfico Google Street View, que capta imagens de moradas do mundo inteiro. Em decisão pioneira, a Corte Administrativa Federal da Suíça condenou a empresa a alterar as imagens publicadas e a eliminar a exposição de rostos e de placas de carros¹¹⁶, cuidado que passou a ser implementado em todos os países. Ainda assim, o povo alemão não se contentou: após quase 250 mil pedidos de exclusão de imagens (promovidos em campanha de boicote) e diversos conflitos judiciais, a Google decidiu descontinuar o desenvolvimento do polémico serviço na Alemanha¹¹⁷.

3.3 Direito à proteção de dados pessoais e o caso do *TikTok*

O direito à privacidade sedimentou a ideia de que o indivíduo tem o poder de decisão sobre a publicização das informações referentes a si próprio, no qual se encontra a raiz do direito à

¹¹² ANDERSON SCHREIBER, *Direitos da personalidade*, cit., p 184.

¹¹³ MARIA RAQUEL GUIMARÃES admite o entendimento de que a participação no programa *Big Brother* se trata de uma verdadeira alienação do direito, configurando uma renúncia ilícita, para além de uma mera limitação voluntária. *A tutela da pessoa e da sua personalidade como fundamento e objecto da disciplina civilística: questões atuais*, cit., p. 16.

¹¹⁴ CLAIRE MULLAN, "How social media influencers are boosting revenue for brands". Consultado em setembro de 2020, em www.imrg.org/blog/social-media-influencers-boosting-revenue-brands/.

¹¹⁵ LÚCIA SANTAEALLA, "Tecnologia deixa a privacidade cada vez mais anacrônica", *Folha de São Paulo*, 2010. Disponível em <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff0610201017.htm>, consultado em setembro de 2020.

¹¹⁶ MARTIN DE SÁ PINTO, "Corte suíça vê quebra de privacidade do Google Street View". *Globo*, 2011. Disponível em: <http://q1.globo.com/tecnologia/noticia/2011/04/corte-suica-ve-quebra-de-privacidade-do-google-street-view.html>, consultado em setembro de 2020.

¹¹⁷ VEJA, "Google irá interromper serviço Street View na Alemanha". 11/04/2011. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/tecnologia/google-ira-interromper-servico-street-view-na-alemanha/>, consultado em setembro de 2020.

autodeterminação informática, afirmado pelo vanguardista Tribunal Constitucional Federal alemão, em 1983¹¹⁸. Estamos diante de um direito fundamental de quarta geração, que garante ao indivíduo o poder de controlar e fiscalizar a coleta dos seus dados pessoais por entidades públicas e privadas, consagrado no artigo 35.º da Constituição portuguesa – visando afastar a instrumentalização da pessoa, como sendo mero objeto de informações¹¹⁹.

Em um dos episódios da série norte-americana *Black Mirror*, produzida pela emissora britânica *Channel 4*, um cenário curioso de sobreposição entre o mundo virtual e o mundo real é apresentado, no qual os dispositivos tecnológicos possuem acesso ilimitado aos dados dos seus utilizadores¹²⁰. À primeira vista, parece inconcebível que aparelhos conheçam, sem exceção, todas as informações, preferências e intimidades dos usuários, especialmente porque enxergamos a tecnologia como mero instrumento para facilitar a vida das pessoas. No entanto, ao passo que utilizamos as redes virtuais em virtude dos confortos oferecidos, também alimentamos a base de dados que operacionaliza o serviço e, em última análise, concedemos informações à empresa que o oferece.

O tratamento de dados pessoais não atende apenas à maximização do proveito do usuário de determinada plataforma, mas tornou-se um lucrativo modelo de negócio, viabilizado pela sua monetização¹²¹. Para esse fim, as maiores redes sociais introduziram nos seus algoritmos a capacidade de leitura de todas as interações dos usuários, coletando informações que projetam estatísticas, explorando as navegações inocentes para a construção de verdadeiras pesquisas de mercado e de estratégias publicitárias¹²². É o que ocorre, por exemplo, a partir da atuação dos serviços de geolocalização, conectados ao sistema de posicionamento global, os quais podem analisar o mapeamento de trajetos e identificar locais de interesse da pessoa, possibilitando a apresentação de propagandas comportamentais¹²³. Ocorre que a publicidade direcionada, isto é, programada para um usuário concreto, consubstancia uma limitação manipulada da liberdade informativa, criando riscos não apenas à livre concorrência, mas afetando, até mesmo, a democracia, como observamos no caso envolvendo o Facebook e a Cambridge Analytica¹²⁴.

Nesse quadro, urge atenção ao direito à proteção de dados pessoais, não apenas para impedir a capitalização dos dados coletados por atores tecnológicos, mas especialmente para garantir

¹¹⁸ REGINA LINDEN RUARO ET. AL., "O direito à proteção de dados pessoais e a privacidade". *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, 2011, n. 53, p. 54.

¹¹⁹ GOMES CANOTILHO; VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, v. I. 4^a ed., Coimbra, Coimbra Ed., 2007, p. 551.

¹²⁰ Neste enredo, as pessoas monitoram umas as outras por meio de notas, e exprimem pelas avaliações seus interesses, seus hábitos e suas opiniões. Netflix, *Black Mirror*, "Nosedive", episódio 1, 3^a temporada, 2016.

¹²¹ DANILo DONEDA, "Reflexões sobre proteção de dados pessoais em redes sociais", *Revista Internacional de Protección de Datos Personales*, Bogotá, 2012, n.º 1, p. 11.

¹²² INGRID SARAIVA MELLO, *O direito fundamental à proteção de dados pessoais no âmbito do Instagram: a tensão entre a autodeterminação informativa e a publicidade direcionada comportamental*. Dissertação (Graduação) pela UFRN, 2019, p. 26.

¹²³ *Idem, ibidem*.

¹²⁴ Em 2018, eclodiu um escândalo envolvendo o uso de dados pessoais de 50 milhões de usuários comprados do Facebook pela empresa Cambridge Analytica, usados para identificar perfis psicológicos e influenciar comportamentos para fins políticos, o que interferiu na eleição de Donald Trump, em 2016. Nicholas Confessore, "Cambridge Analytica and Facebook: The Scandal and the Fallout So Far". *The New York Times*, 2018, disponível em: <https://www.nytimes.com/2018/04/04/us/politics/cambridge-analytica-scandal-fallout.html>, consultado em setembro de 2020.

à pessoa o pleno autogoverno acerca do que se pretende ou não informar a terceiros. Como sendo um direito de personalidade, os alicerces desses poderes se encontram na dignidade da pessoa humana, vez que a sua privacidade não pode ser usada como instrumento comercial, assim afastando a exploração desmedida de dados pessoais, especialmente ameaçada pelos domínios desconhecidos oferecidos na *internet*, em que predomina uma relação de hipossuficiência do usuário. Esta visão protetiva também assegura a subjugação do tratamento de dados aos limites do consentimento oferecido pelo titular, sem que possa haver qualquer desvio de finalidade.

Com o fito de preencher as lacunas de tutela nesta seara, o Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia, de 2016, estabeleceu algumas inovações que empoderam as pessoas singulares frente ao tratamento dos seus dados, dentre elas o protagonismo do consentimento¹²⁵ e o reforço às garantias individuais de acesso, de portabilidade e de retificação dos dados conservados, bem como os direitos ao esquecimento e de oposição¹²⁶. O artigo 6.º do regulamento impõe o consentimento como requisito de licitude do tratamento de dados, assumindo se tratar essa declaração de uma manifestação da autodeterminação e de legitimação¹²⁷ do uso desses dados pessoais.

A rede social *TikTok*, desenvolvida pela empresa chinesa *ByteDance*, conta atualmente com a impressionante marca de dois bilhões de cadastrados, espalhados pelo globo. Ocorre que todos esses usuários, ao aceitarem os Termos de Serviço da aplicação, consentiram¹²⁸ com uma cláusula que prevê a geração de receitas a partir dos dados coletados. Em 2019, em decisão do *Federal Trade Commission* americano, a empresa foi condenada ao pagamento de 5,7 milhões de dólares por violar o *Children's Online Privacy Protection Act*, que versa sobre a proteção de dados de crianças e exige o consentimento parental¹²⁹.

Posteriormente, o Departamento de Comércio dos Estados Unidos anunciou que o *TikTok* será banido do país precisamente (ou melhor, supostamente) por conta da suspeição de que os dados pessoais de cidadãos americanos sejam diretamente repassados para o Governo da China, ameaçando a segurança nacional daquele Estado.¹³⁰ Neste quadro de comercialização de dados pessoais, toda uma rotina se transforma em pesquisa de mercado para uma empresa desconhecida, motivo pelo qual deve o usuário ter consciência da máxima popular “se não

¹²⁵ O n.º 11 do artigo 3º do Regulamento (EU) 2016/679 define o consentimento como uma manifestação de vontade, livre, específica, informada e explícita, pela qual o titular dos dados aceita, mediante declaração ou ato positivo inequívoco, que os dados pessoais que lhe dizem respeito sejam objeto de tratamento.

¹²⁶ Your Europe, *Proteção de dados e privacidade em linha*, disponível em https://europa.eu/youreurope/citizens/consumers/internet-telecoms/data-protection-online-privacy/index_pt.htm, consultado em setembro de 2020.

¹²⁷ Danilo Doneda, *Da privacidade à proteção de dados pessoais*, Rio de Janeiro, Renovar, 2006, p. 378.

¹²⁸ MARIA RAQUEL GUIMARÃES, acerca dos contratos de adesão no ambiente virtual, considera haver uma mera ficção de consentimento, baseada em cláusulas contratuais gerais deficientemente comunicadas aos aderentes. “A tutela da pessoa e da sua personalidade: algumas questões relativas aos direitos à imagem, à reserva da vida privada e à reserva da pessoa íntima ou direito ao carácter”, *A tutela geral e especial da personalidade humana*, Lisboa, CEJ, 2017, p. 28.

¹²⁹ MARIANA COIADO MARTINEZ, “RGPD, isolamento social e *TikTok*: a importância da proteção de dados de menores”. *Jota*. Disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/lqpd-isolamento-social-e-tiktok-a-importancia-da-protecao-de-dados-de-menores-06062020>, consultado em setembro de 2020.

¹³⁰ JAMES CLAYTON, “*TikTok and WeChat: US to ban app downloads in 48 hours*”, *BBC News*, Consultado em setembro de 2020, em <https://www.bbc.com/news/technology-54205231>.

pagas por um serviço, tu és o produto”, sob pena de ser iludido pela própria autodeterminação informática.

4. Novos paradigmas da responsabilidade civil: algumas notas

A transgressão de um dever jurídico em sentido amplo, seja resultante da falta de cumprimento contratual ou da violação de um dever geral de abstenção, enseja a atuação da responsabilidade civil. Em termos gerais, essa figura representa o dever jurídico, imposto àquele que causa prejuízo a outrem, de colocar o lesado na situação que estaria sem a lesão¹³¹, e a exigência de responsabilidade aposta às interações praticadas em liberdade atua como o garante de juridicidade das relações. Esta figura se caracteriza pelo desvalor do resultado, visando unicamente a restauração dos interesses pessoais do lesado e, desse modo, reestabelecer o equilíbrio perturbado pela lesão, competindo ao direito penal a realização dos interesses comunitários de prevenção e de punição.

É esse o concerto que tradicionalmente se apresenta (*law in books*), mas a ordem jurídica vem sendo sensível a recentes adaptações, alargando o esteio de atuação dessa figura (*law in law*). Para além disso, as necessidades práticas ordenadas pela dinâmica social, evidenciadas ao longo desse trabalho, reclamam o cuidado dos operadores jurídicos de adaptar as noções de intervenção da responsabilidade, vez que a proliferação de ameaças oferece desafios à realização do Direito (*law in action*). Dessa sorte, a invasão tecnológica da qual somos consumidores (ou espectadores) dá lugar, justamente na seara da responsabilidade civil, a algumas das questões mais candentes do Direito contemporâneo: a responsabilidade dos usuários pelos seus atos no mundo virtual, a salvaguarda de “novos” bens jurídicos da comunidade pela via da reparação e a responsabilidade da máquina e da inteligência artificial.

Do ponto anterior, extraímos que a *internet* se tornou um agente catalisador de lesões aos direitos da personalidade, especialmente porque os meios virtuais fornecem aos usuários ferramentas que protegem a informalidade e a invisibilidade dos atos praticados em rede, o que cria uma ilusão de “faroeste informático”, isto é, um cenário no qual os danos não correspondem a sanções¹³². Para além da sensação de impunibilidade, o ambiente digital oferece mecanismos perversos que agravam as lesões sofridas, alguns próprios da sua natureza e outros decorrentes do seu mau uso, tais como a facilidade de compartilhamento das informações, a diluição das fontes de reprodução de conteúdo e o caráter universalizante do mundo digital.

Não se pretende afirmar que a responsabilidade civil pelos atos praticados nas redes sociais estão à margem da tutela oferecida pela tradicional teoria da responsabilidade civil, que já

¹³¹ CLÁUDIA DOS SANTOS MADALENO, *A responsabilidade obrigacional objetiva por facto de outrem*. Dissertação (Doutoramento) pela Universidade de Lisboa, 2014, p. 49.

¹³² EDUARDO BIANCA BITTAR, “Internet, cyberbullying e lesão a direitos da personalidade: o alcance atual da teoria da reparação civil por danos morais”, *Revista do Instituto de Direito Brasileiro*, Lisboa, 2014, n.º 3, p. 1706.

apresenta soluções para esses danos, mas que a Era Digital apresenta novos desafios. Sem a pretensão de entrar em minúcias, insta referir brevemente o conjunto de pressupostos de que depende a responsabilidade civil. Em princípio, a obrigação de reparar o lesado está sujeita à verificação dos seguintes elementos: (1) facto voluntário que (2) viole direitos subjetivos ou disposições legais (ilícito) e seja (3) imputável ao lesante (culposo), devendo ser este produtor de um (4) dano, além de se exigir uma (5) ligação causal entre o evento e a lesão¹³³.

Ocorre que o dinamismo do trânsito económico e a socialização dos riscos demandaram alternativas do Direito a fim de colmatar as lacunas desse instituto, como remendos introduzidos para cobrir os buracos de um guarda-chuva exposto à tempestade. A inovação tecnológica oferece novos perigos aos sujeitos e aos bens jurídicos da comunidade, o que exigiu o desenvolvimento de novas figuras para tutelar as lesões que contornavam os requisitos tradicionais, de que é exemplo a responsabilidade objetiva, que prescinde da culpa e se funda no risco¹³⁴.

Atendendo que a responsabilidade civil propende conferir juridicidade às relações sociais, não fogem ao alcance desta figura as interações realizadas em terreno virtual, cada vez mais importantes. Porém, não nos basta afirmar que os atos ilícitos realizados nas redes sociais *eventualmente* podem ser dignos de tutela jurídica, à luz de uma conceção ultrapassada que desdenha da importância do ambiente virtual, mas devemos o considerar como uma extensão da realidade, suscetível de produzir efeitos lesivos avassaladores. Nesse universo, os danos são equivalentes ou até maiores que as ofensas proferidas em um espaço público – concebendo uma ofensa à honra através do *Twitter*, por exemplo, que provavelmente causaria mais constrangimentos do que violação semelhante realizada em uma discoteca –, atendendo à escalabilidade da propagação das informações. Assim, múltiplas formas novas de interação surgem constantemente, como o exemplo das aplicações de divulgação de “segredos” (ou mentiras) em anonimato, as quais oferecem o risco de macular direitos da personalidade a título permanente.

A fixação da compensação neste campo é uma tarefa complexa, devido à infungibilidade dos interesses, que não podem ser reintegrados. Tendo em vista que os danos não patrimoniais são insuscetíveis de tradução em termos pecuniários, não há qualquer fórmula matemática apta para traduzir em dinheiro as repercussões do evento na intimidade do lesado¹³⁵. Por conseguinte, não sendo possível tornar o lesado *indemne*, a ordem jurídica intenta contrabalançar o dano¹³⁶, na medida do possível, o que adjudica ao julgador um verdadeiro desafio. Além disso, a imprevisibilidade da projeção do evento danoso pode dar lugar a uma fórmula conservadora de fixação da compensação. É este, precisamente, o risco dos “virais”

¹³³ JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, v. I. 10^a ed ver., Coimbra, Almedina, 2000, p. 526.

¹³⁴ LAÍS BERSTEIN; CLÁUDIA LIMA MARQUES, “Socialização dos riscos e reparação integral do dano”, *CONPEDI Law Review*, Costa Rica, 2017, v. 3, n. 1, p. 253.

¹³⁵ ISABELLA RABARCHI BAUMANN, *Responsabilidade civil na internet: liberdade de expressão e o conteúdo ilícito difundido na rede*, Dissertação (Mestrado) pela Universidade de Coimbra, 2017, p. 76.

¹³⁶ CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, cit. p. 129.

da *internet*, que circulam nas redes sociais por um período prolongado e, muita vez, não são suscetíveis de serem apagados, motivo pelo qual a lesão se torna incessável.

Em situações nas quais um dano patrimonial ainda não foi determinado, v.g. um tratamento de saúde em curso, o Direito faculta o caminho do pedido de condenação genérica (art. 556.º do CPC), admitindo que a apuração do *quantum debeatur* seja feita *a posteriori*. Ao revés, o amparo prestado aos danos não patrimoniais é bem mais incerto, pois a impossibilidade de quantificação da lesão não é questão temporal, mas conceitual: são danos inconvertíveis, por definição. Assim, naturalmente, deverá o juiz ponderar a imprevisibilidade da propagação do evento lesivo (como a obra que viola o direito de autor ou a imagem que viola o direito à privacidade) na própria fixação da compensação – vez que a violação pode ser instantânea ou eterna. Para esse fim, a orientação de julgar equitativamente (art. 566.º n.º 3 do CC) pode abranger a realização de um juízo de prognose atento às características que sinalizem a ameaça de danos futuros, com o escopo de assegurar uma justa reparação do lesado.

A personalização do direito civil, sustentada pela dignidade da pessoa humana como cerne do ordenamento jurídico, tem especial afloramento no que diz respeito à estima e à tutela dos direitos da personalidade no âmbito da responsabilidade civil. Não quer dizer, porém, que a lesão a direitos não patrimoniais tendencialmente corresponderá a crescentes resarcimentos, como defende a corrente jurisprudencial dos *punitive damages*. Essa teoria, que pretende punir o lesante com um intuito sancionatório e pedagógico, é oriunda dos tribunais norte-americanos, nomeadamente de um caso de violação do direito à integridade física de uma senhora (por queimaduras de café) por parte do *McDonald's*, o qual deu lugar à compensação de 200 mil dólares pelos danos sofridos e quase três milhões de dólares a título de indemnização punitiva¹³⁷.

Em Portugal, todavia, o enquadramento legislativo dos artigos 494.º e 496.º do CC não concebe uma função sancionatória ou dissuasiva da responsabilidade civil, o que afasta a sua aplicação judicial. Ainda que alguma doutrina¹³⁸ a proclame, afirmando que a fixação da compensação deve visar desestimular a prática danosa, essa orientação não tem sido seguida na seara judicial, como consta no seguinte excerto:

A responsabilidade civil não pode proporcionar especulação económica quando estão em causa os direitos de personalidade, devendo pautar-se por estabelecer os limites necessários para ressarcir o lesado e, também, não poderá ser excessiva para os responsáveis, sob pena de constituir uma forma de censura judicial *a posteriori*, geradora de uma negativa autocensura futura havendo que conjugar a função reparadora, com a função preventiva-punitiva.¹³⁹

¹³⁷ Decisão da New Mexico District Court, de 18 de agosto de 1994 (Robert H. Scott). *Liebeck v. McDonald's Restaurants, PT.S., Inc.*, D-202 CV-93-02419.

¹³⁸ Paula Meira Lourenço extrai, da sua leitura do artigo 484.º do Código Civil, a partir da orientação de consideração pelo grau de culpa do lesante, que a função da responsabilidade civil não pode ser meramente reintegrativa, mas é também punitiva e preventiva. PAULA MEIRA LOURENÇO, *A punição na responsabilidade civil*. Coimbra, Almedina, 2006, p. 252. No mesmo sentido, PATRÍCIA CARLA MONTEIRO GUIMARÃES, "Os danos punitivos e a função punitiva da responsabilidade civil", *Direito e Justiça: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa*, v. 15, n. 1, pp. 159-206.

¹³⁹ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 30 de junho de 2011 (Rosário Gonçalves). Processo 1755/08.0TVLSB.L1-1 (<<http://www.dgsi.pt>>).

Em tributo aos valores consagrados na Constituição da República Portuguesa, novas temáticas circunscritas na responsabilidade civil se somam ao rodízio de preocupações do Direito contemporâneo. É exemplo deste fenómeno a consagração do direito ao ambiente no art. 66.º do elenco de direitos económicos, sociais e culturais da Constituição, que traduz um reconhecimento normativo aos chamados direitos fundamentais de terceira geração, surgidos na década de 1970¹⁴⁰. Por conseguinte, a sustentabilidade do desenvolvimento económico e a proteção do meio ambiente foram elevadas a incumbências fundamentais do Estado, conforme prescrevem as alíneas d) e e) do art. 9.º da CRP, cabendo à ordem infraconstitucional oferecer amparo ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

A responsabilidade civil ambiental é particularmente relevante porque os danos à “casa comum” da humanidade são irreversíveis, na medida que são insuscetíveis de reparação *in natura* e afetam diretamente interesses primários da comunidade¹⁴¹. Após penosas lições de consciência ambiental, designadamente a destruição da Mata do Solitário, situada em Setúbal, a ordem jurídica portuguesa demonstra preocupação pela preservação do meio ambiente, introduzindo mecanismos preventivo-reparatórios de responsabilização dos lesantes, atualmente concentrados no Decreto-lei 147/2008, exigindo-se-lhes prestações negativas (abstenção de realizar o ato lesivo) e positivas (tais como o reflorestamento), em homenagem às características próprias da proteção ao ambiente. A Diretiva 2004/35/CE, por sua vez, enfatiza a responsabilidade financeira do causador de danos ambientais, e privilegia a prevenção ao lado da reparação¹⁴².

Por último, pese embora mereça um estudo aprofundado específico¹⁴³, faz-se uma menção passageira acerca da responsabilidade civil das máquinas, noção que abrange os danos causados por carros autónomos, softwares, robôs e outras entidades que, diagnosticamos, cada vez mais dividem espaço com os homens na sociedade hodierna. O recurso da inteligência artificial, genericamente, é a capacidade da máquina de agir como humano ou agir racionalmente, tal como fazem os carros autónomos, que dispensam o controlo do condutor. Dessa forma, a independência do piloto automático provoca uma dúvida acerca da titularidade da responsabilidade, conforme ocorreu no Arizona, em 2018, quando um carro autónomo da Uber atropelou fatalmente um transeunte desatento em uma rua mal iluminada¹⁴⁴. *Quid iuris?*

Considerando que a culpa é o cerne da responsabilidade civil no sistema adotado em Portugal (vez que a responsabilidade objetiva está sujeita a um *numerus clausus*), a grande questão que se apresenta é a dificuldade probatória e a pulverização da culpa entre os atores envolvidos. Se o acidente referido tivesse sido em Portugal, o art. 493.º do Código Civil

¹⁴⁰ JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, tomo IV. 3^a ed. rev. Coimbra, Coimbra Ed., 2008, p. 28.

¹⁴¹ ELCIO NACUR REZENDE; JOANA GOMES GONÇALVES, *Responsabilidade civil ambiental no Brasil e em Portugal; uma análise comparativa em prol da construção de uma doutrina capaz de potencializar a proteção ambiental*. In XXVIII Congresso Nacional do CONPEDI, Direito e Sustentabilidade II, 2019, p. 16.

¹⁴² *Ibidem*, p. 17.

¹⁴³ Por todos, ANA ELISABETE FERREIRA, “Responsabilidade civil extracontratual por danos causados por robôs autónomos: breves reflexões”, *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, Coimbra, 2016, n.º 27, pp. 39-63.

¹⁴⁴ MICHAEL LARIS, “Self-driving Uber vehicle strikes and kills pedestrian”. *The Washington Post*, 19/03/2018. Acessado em outubro de 2020, em WWW.WASHINGTONPOST.COM/NEWS/DR-GRIDLOCK/WP/2018/03/19/UBER-HALTS-AUTONOMOUS-VEHICLE-TESTING-AFTER-A-PEDESTRIAN-IS-STRUCK/?TID=SS_TW.

apontaria para a responsabilização do motorista (detentor do veículo), a partir de uma presunção de culpa por violação do dever de vigilância, exceto se este provar que empregou “todas as providências” exigíveis para evitar o dano. Por isso, especialmente em cenários mais complexos que o apresentado, como havendo defeito de fabricação, perdura o risco de não haver fundamento indemnizatório pela via da responsabilidade aquiliana.¹⁴⁵ Certo é que a disseminação da inteligência artificial é um aprofundamento na constituição da sociedade de riscos, na qual as máquinas deixaram de atuar como meros instrumentos para agir como verdadeiros personagens.

5. Conclusão

Em tom de desfecho, a proposta deste trabalho foi ilustrar que diversas situações da vida contemporânea se apresentam como desafios ao Direito, ora porque se questiona seu enquadramento dentro dos moldes tradicionais, ora porque obstaculizam a realização de posições jurídicas subjetivas. As transformações sociais recentes foram ainda mais desafiadoras: ao lado da Revolução Digital, da globalização e de variadas inovações tecnológicas, os relevantes acontecimentos políticos enunciaram o estabelecimento de uma nova Constituição material¹⁴⁶. Essa substituição axiológica, arquiteta de uma releitura do ordenamento jurídico em harmonia com os valores constitucionais, orientou o fenómeno da constitucionalização do direito civil.

Antes considerado soberano e imune aos comandos constitucionais na disciplina das relações privadas, a independência do direito civil foi balançada pela afirmação da Constituição na posição central (e não só cimeira) da ordem jurídica. Este fenómeno teve azo para orientar a atividade do legislador infraconstitucional, especialmente na elaboração de diplomas adaptados aos valores constitucionalmente consagrados e aos anseios do Estado social, como a reforma do Código Civil de 1977. Mas a principal oportunidade da constitucionalização é a outorga de uma nova diretriz ética à ordem jurídica, conduzindo o hermeneuta a preencher o conteúdo de determinadas normas com recurso à dignidade da pessoa humana, tendência que se encaminha para a limitação da autonomia privada.

Porque impacta a fisionomia jurídico-axiológica das interações sociais, o fenómeno confere (e exige) novos olhos para a observação da realidade, que passa por constantes transformações. Diversas delas, inclusive, consubstanciam verdadeiras ameaças aos sujeitos, dentre as quais apontamos a Era digital para com os direitos da personalidade. Esse conjunto de posições jurídicas subjetivas, conferido a todos os sujeitos, hodiernamente vivencia uma turbulência: a massificação das redes sociais constringiu a realização dos direitos da personalidade tradicionais, ameaçados pela banalização dos seus valores e pela perpetuação das lesões. À responsabilidade civil, por conseguinte, compete fixar uma compensação aos danos não

¹⁴⁵ ANA ELISABETE FERREIRA, “Responsabilidade civil (...)", cit., p. 60.

¹⁴⁶ Conferir a nota 32.

quantificáveis, perseguindo a justa reparação do lesado, mas convivendo com a dúvida acerca da eficiência do ressarcimento, à convite da corrente das indemnizações punitivas.

Com efeito, tais desafios práticos apresentados pela dinâmica social exigem do Direito uma certa flexibilidade, identificando a presença de disposições normativas antiquadas ou inadequadas e os terrenos para os quais a tutela jurídica deve ser expandida. Não quer dizer que todas as inovações demandem profundas reformas legislativas, na medida que os operadores do direito têm também o dever de promover a realização das faculdades jurídicas não amparadas por normas obsoletas, mas protegidas pela tábua axiológica da Lei Fundamental, designadamente através do preenchimento das cláusulas gerais (em atenção aos valores da solidariedade e da dignidade da pessoa humana), da interpretação conforme à Constituição e da identificação de novos terrenos dignos de arrimo jurídico.

Portanto, o Direito não pode ser perspetivado como conjunto de normas, princípios, institutos e instituições estáticas, desinteressado da realidade, mas sim como uma ordem sensível à dinâmica social. Nesses termos, apesar de invocarmos um ativismo (jurídico) do intérprete, admitindo que as fórmulas jurídicas de hoje não acomodarão as relações de amanhã, por outro lado, propomos ao legislador, *data venia*, um exercício de humildade: deve reconhecer as suas limitações, introduzindo cláusulas gerais e conferindo margem de flexibilidade ao julgador, especialmente considerando que a letra fria da lei não pode satisfazer todas as demandas merecedoras de juridicidade. Essa máxima se aplica ainda que a indústria legiferante seja tão célere e ágil quanto um Porsche, porque a vida social é um Boeing, que descola sem esperar pela disciplina jurídica. No mesmo sentido, a respeito do atraso necessário das leis sobre os factos, Juan Cruet constata:

Temos mostrado no decurso d'esta obra como muitas regras do Código Civil se foram encontrando pouco a pouco estranhas à realidade: fenómeno absolutamente normal! Os redatores do Código foram, segundo o parecer geral, excelentes observadores dos costumes do seu tempo, mas podiam ser também bons profetas? «Já se deu a volta ao mundo social e nada resta para descobrir», escreveu Louis de Bonald, em 1802, na sua *Législation Primitive*. Na verdade, a sociologia é o remate de todas as ciências, e nenhuma ciência está completa.¹⁴⁷

Não poderia ser mais atual a reflexão do advogado francês, ainda que tenha sido proferida há mais de um século. Sabemos que a previsão do referido Sr. Bonald falhou miseravelmente, e não podemos cair no risco de acompanhar o juízo de que o homem chegou no ápice do seu desenvolvimento: o impossível é hoje palatável, e aguardaremos ansiosamente pela sua realização. Enquanto isso, a comunidade, os julgadores e os juristas devem, atentos às inovações e às ameaças da dinâmica social, atuar na vanguarda da realização da justiça.

¹⁴⁷ JUAN CRUET, *A vida do direito e a inutilidade das leis*, cit. p. 243. Grafia atualizada por nós.

Referências bibliográficas

- ALBUQUERQUE, TAIANA C. MARINO, *Geração manda nudes: a exposição virtual, ofensa aos direitos da personalidade e sua reparação*, Recife, Dissertação de Graduação pela UFPE, 2019
- AMARAL, DIOGO FREITAS DO, *As sete constituições informais da Monarquia Portuguesa antes do liberalismo*, in Separata de estudos em homenagem ao prof. doutor Martim de Albuquerque, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, pp. 429-448.
- AMARAL, DIOGO FREITAS DO, *Manual de introdução ao Direito*, v. I, Coimbra, Almedina, 2004.
- AMARAL, FRANCISCO, "O direito civil na pós-modernidade", *Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*, Rio de Janeiro, v. 18, n. 21, 2002, pp. 45-57.
- ASCENSÃO, JOSÉ DE OLIVEIRA, *Direito Civil - Teoria Geral*, v. I. 2^a ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2000.
- BARROSO, LUIS ROBERTO, "Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil". *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 9, nº 33, 2006, pp. 43-92.
- BAUMANN, ISABELLA RABARCHI, *Responsabilidade civil na internet: liberdade de expressão e o conteúdo ilícito difundido na rede*, Coimbra, Dissertação de Mestrado pela Universidade de Coimbra, 2017.
- BERSTEIN, LAÍS; MARQUES, CLÁUDIA LIMA, "Socialização dos riscos e reparação integral do dano". *CONPEDI Law Review*, Costa Rica, v. 3, n. 1, 2017, pp. 250-278.
- BERTONCELLO, FRANCIELLEN, *Direitos da personalidade: uma nova categoria de direitos a ser tutelada*. Maringá, Dissertação de Mestrado pelo CESUMAR, 2006.
- BITTAR, CARLOS ALBERTO, *Os direitos da personalidade*, 2^a ed., Rio de Janeiro, Forense, 1995.
- BITTAR, EDUARDO C. BIANCA, "Internet, cyberbullying e lesão a direitos da personalidade: o alcance atual da teoria da reparação civil por danos morais". *Revista do Instituto de Direito Brasileiro*, Lisboa, nº 3, 2014, pp. 1695-1715.
- BRASILEIRO, FERNANDA SANTIAGO ET. AL., "Câmeras de segurança x direito à imagem: limites à divulgação". *Revista Jurídica do Banco do Nordeste*, Fortaleza, v. 1, nº 4, 2016, pp. 107-150.
- CANCELIER, MIKHAIL V. DE LORENZI, "O Direito à Privacidade hoje: perspetiva histórica e o cenário brasileiro", *Revista Sequência*, Florianópolis, nº 76, 2017, pp. 213-239.
- CANOTILHO, J. J. GOMES, "Civilização do Direito Constitucional ou constitucionalização do Direito Civil?", *Direito Constitucional - Estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. Eros Roberto Grau e Willis Santiago Guerra Fº (Orgs.), São Paulo, Malheiros, 2001, pp. 108-115.
- CANOTILHO, J. J. GOMES; MOREIRA, VITAL, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, v. I, 4^a ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

CANOTILHO, J. J. GOMES; MACHADO, JÓNATAS, *Reality Shows e Liberdade de Programação*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003.

CARVALHO, MARIA JOÃO; LOPES, PAULO SIMÕES, *Da Privacidade à Proteção de Dados*, in *Informação Administrativa e Proteção de Dados*, Universidade de Coimbra, 2019.

CARVALHO, ORLANDO DE, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 2012.

CLAYTON, JAMES, "TikTok and WeChat: US to ban app downloads in 48 hours", *BBC News*, 18/09/2020. Disponível em <URL:<https://www.bbc.com/news/technology-54205231>>.

CONFESSORE, NICHOLAS, "Cambridge Analytica and Facebook: The Scandal and the Fallout So Far". *The New York Times*, 04/04/2018. Disponível em: <URL:<https://www.nytimes.com/2018/04/04/us/politics/cambridge-analytica-scandal-fallout.html>>.

CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, "Os direitos de personalidade na civilística portuguesa", *Estudos em honra do prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles*, v. I, Lisboa, FDUL, 2002, pp. 1229-1256.

CORREIA, JOSÉ DE MATOS, "A Constituição Portuguesa de 1976 e o Código Civil de 1966", *Lusíada*, Lisboa, nº 17, 2017/2, pp. 95-120.

COSTA, ADALBERTO, "O direito à imagem", *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, A. 72, n.º 4, 2012, pp. 1323-1377.

CRUET, JUAN, *A vida do Direito e a inutilidade das leis*, Lisboa, José Bastos & C.ª ed., 1908.

CUNHA, PAULO FERREIRA DA, "Principes constitutionnels herméneutiques", in *International studies on law and education*, Porto, FEUSP/IJI-U. Porto, 2012, pp. 5-22.

NETFLIX, Black Mirror, "Nosedive", episódio 1, temporada 3, 2016.

DONEDA, DANILO, *Da privacidade à proteção de dados pessoais*, Rio de Janeiro, Renovar, 2006.

DONEDA, DANILO, "Reflexões sobre proteção de dados pessoais em redes sociais", *Revista Internacional de Protección de Datos Personales*, Bogotá, nº 1, 2012, pp. 1-12.

FACHIN, LUIZ EDSON, "Aspectos de alguns pressupostos histórico-filosóficos hermenêuticos para o contemporâneo direito civil brasileiro: elementos constitucionais para uma reflexão crítica", *Rev. TST*, Brasília, 2011, v. 77, n. 4.

FACHIN, LUIZ EDSON; RUZYK, CARLOS EDUARDO, "Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica", in SARLET, Ingo Wolfgang (Org.), *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2003.

FACHIN, LUIZ EDSON; GONÇALVES, MARCOS ROCHA, "Hermenêutica da autonomia da vontade como princípio informador da mediação e conciliação", *Revista de informação legislativa*, v. 48, n. 190/2, 2011, pp. 7-13.

FARIAS, CRISTIANO CHAVES DE; NETTO, FELIPE BRAGA; RONSELVALD, NELSON, *Manual de Direito Civil*, 4ª ed., Salvador, Juspodivm, 2019.

FENSTERSEIFER, TIAGO; SARLET, INGO WOLFGANG, *Princípios do Direito Ambiental*, São Paulo, Saraiva, 2014.

FERNANDES, DIANA ISABEL MOTA, "A Interdição e Inabilitação no Ordenamento Jurídico Português, Notas de enquadramento de direito material e breve reflexão face ao direito supranacional", in *Coleção formação inicial: interdição e inabilitação*, Lisboa, Centro de Estudos Judiciários, 2015, pp. 253-298.

FERRARI, REGINA M. NERY, *Direito Constitucional*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2011.

FERREIRA, ANA ELISABETE, "Responsabilidade civil extracontratual por danos causados por robôs autónomos: breves reflexões", *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, Coimbra, nº 27, 2016, pp. 39-63.

GOMES, CARLA AMADO, "Reflexões (a quente) sobre o princípio da função social da propriedade", *e-Pública – Revista Eletrónica de Direito Público*, Lisboa, vol. 4, n.º 3, 2017, pp. 63-92.

GUIMARÃES, MARIA RAQUEL, "A tutela da pessoa e da sua personalidade: algumas questões relativas aos direitos à imagem, à reserva da vida privada e à reserva da pessoa íntima ou direito ao carácter", *A tutela geral e especial da personalidade humana*, Lisboa, CEJ, 2018, pp. 81-98.

GUIMARÃES, MARIA RAQUEL, *A tutela da pessoa e da sua personalidade como fundamento e objecto da disciplina civilística: questões atuais*, in *Estudos comemorativos dos 20 anos da FDUP*, II, Coimbra, Livraria Almedina, 2017, pp. 291-312.

GUIMARÃES, PATRÍCIA CARLA MONTEIRO, "Os danos punitivos e a função punitiva da responsabilidade civil", *Direito e Justiça: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa*, Lisboa, v. 15, n. 1, 2012, pp. 159-205.

HESPANHA, ANTÓNIO MANUEL, *A cultura jurídica europeia: síntese de um milénio*, Coimbra, Almedina, 2012.

HIRONAKA, GISELDA M. F. NOVAES, *Tendências do Direito Civil no século XXI*, Conferência de encerramento do Seminário Internacional de Direito Civil (NAP), 2001.

LARENZ, KARL, *Metodologia da ciência do Direito*, 3ª ed. Lisboa, Gulbenkian, 1997.

LARIS, MICHAEL, "Self-driving Uber vehicle strikes and kills pedestrian". *The Washington Post*, 19/03/2018, disponível em <URL:www.washingtonpost.com/news/dr-gridlock/wp/2018/03/19/uber-halts-autonomous-vehicle-testing-after-a-pedestrian-is-struck/?tid=ss_tw>.

LÔBO, PAULO LUIZ NETTO, "Constitucionalização do direito civil", *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 36, nº 141, 1999, pp. 99-110.

LÔBO, PAULO LUIZ NETTO, "Novas perspectivas da constitucionalização do direito civil". *Portal Jus Navigandi*, 2007, disponível em <URL:<https://jus.com.br/artigos/25361/novas-perspectivas-da-constitucionalizacao-do-direito-civil>>.

LOURENÇO, PAULA MEIRA, *A punição na responsabilidade civil*, Coimbra, Almedina, 2006.

MACHADO, JOÃO BAPTISTA, *Introdução ao Direito e ao discurso legitimador*, 13ª reimpressão, Coimbra, Almedina, 1982.

MADALENO, CLÁUDIA A. DOS SANTOS, *A responsabilidade obrigacional objetiva por facto de outrem*, Lisboa, Tese de Doutoramento pela Universidade de Lisboa, 2014.

MARIZ, VASCO, "Napoleão e a Revolução Pernambucana de 1817", *Revista IHGB*, Rio de Janeiro, v. 444, 2009, pp. 147-157.

MARTINEZ, MARIANA L. COIADO, "LGPD, isolamento social e TikTok: a importância da proteção de dados de menores". *Jota*, disponível em <URL:<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/lgpu-isolamento-social-e-tiktok-a-importancia-da-protectao-de-dados-de-menores-06062020>>.

MELO, INGRID G. SARAIVA, *O direito fundamental à proteção de dados pessoais no âmbito do Instagram: a tensão entre a autodeterminação informativa e a publicidade direcionada comportamental*. Natal, Dissertação de Graduação pela UFRN, 2019.

MIRANDA, JORGE, *Manual de Direito Constitucional, tomo IV*, 3ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2000.

MIRANDA, JORGE, *Manual de Direito Constitucional*, v. II. Coimbra, Coimbra Editora, 2014.

MORAES, MARIA CELINA B., "A caminho de um Direito Civil Constitucional", *Revista Estado, Direito e Sociedade*, Rio de Janeiro, v. I, 1991.

MORATO, ANTÓNIO CARLOS, "Quadro geral dos direitos da personalidade", *Revista da FDUSP*, São Paulo, v. 106/107, 2011/2012, pp. 121-158.

MULLAN, CLAIRE, "How social media influencers are boosting revenue for brands", *IMRG*, disponível em <URL:www.imrg.org/blog/social-media-influencers-boosting-revenue-brands>.

NASCIMENTO, VALÉRIA RIBAS, "Direitos fundamentais da personalidade na era da sociedade da informação", *Revista de informação legislativa*, Brasília, nº 213, 2017, pp. 265-288.

OTERO, PAULO, *Direito Constitucional Português I*, Coimbra, Almedina, 2010.

PARKINGSON, JUSTIN, "The perils of the Streisand effect", *BBC News Magazine*, 31/07/2014, disponível em <URL:<https://www.bbc.com/news/magazine-28562156>>.

PAUCAR, JAIME A. ARRUBLA, "La constitucionalización del Derecho Privado", *Nuevo Derecho*, Envigado, v. 5, nº 7, 2010, pp. 47-73.

PINTO, CARLOS ALBERTO DA MOTA, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4ª ed. Coimbra, Coimbra Editora, 2005.

PINTO, MARTIN DE SÁ, "Corte suíça vê quebra de privacidade do Google Street View", *Globo*, 04/04/2011, disponível em: <URL:<http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2011/04/corte-suica-ve-quebra-de-privacidade-do-google-street-view.html>>.

YOUR EUROPE, *Proteção de dados e privacidade em linha*, disponível em <URL:https://europa.eu/youreurope/citizens/consumers/internet-telecoms/data-protection-online-privacy/index_pt.htm>.

REZENDE, ELCIO NACUR; GONÇALVES, JOANA RITA GOMES, *Responsabilidade civil ambiental no Brasil e em Portugal; uma análise comparativa em prol da construção de uma doutrina capaz de potencializar a proteção ambiental*. In XXVIII Congresso Nacional do CONPEDI, Direito e Sustentabilidade II, Belém, 2019.

RIBEIRO, JOAQUIM DE SOUSA, "Constitucionalização do direito civil", *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, v. LXXIV, 1998, pp. 729-755.

RIBEIRO, JOAQUIM DE SOUSA, *Os direitos de personalidade como direitos fundamentais*, in Pessoa, Direito e Direitos (Colóquios 2014/2015), Braga, Centro de Investigação Interdisciplinar da Escola de Direito da Universidade do Minho, 2016, pp. 253-262.

RODRIGUES, FRANCISCO L. LIMA, *O fenômeno da constitucionalização do direito: seus efeitos sobre o direito civil*, in TEPEDINO, Gustavo et. al. (coord.), *Direito civil constitucional*, Florianópolis, Conceito, 2014, pp. 547-562.

RODRIGUES, WELSON H. L., *A Guilhotina de Hume sobre uma perspectiva ontológica do fenômeno normativo*, São Paulo, Dissertação de Mestrado pela USP, 2016.

RUARO, REGINA LINDEN [ET. AL.], "O direito à proteção de dados pessoais e a privacidade", *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, nº 53, 2011, pp. 45-66.

RUZYK, CARLOS EDUARDO PIANOVSKI, *Liberdade(s) e função: contribuição crítica para uma nova fundamentação da dimensão funcional do Direito Civil brasileiro*. Curitiba, Tese de Doutoramento pela UFPR, 2009.

SANTAELLA, LÚCIA, "Tecnologia deixa a privacidade cada vez mais anacrônica", *Folha de São Paulo*, 06/10/2010, disponível em <URL:www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff0610201017.htm>.

SCHREIBER, ANDERSON, *Direitos da personalidade*, 2ª ed. rev., São Paulo, Atlas, 2013.

SOUZA, RABINDRANATH VALENTINO ALEIXO CAPELO DE, *O direito geral de personalidade*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995.

TELLES, INOCÊNCIO GALVÃO, *Introdução ao estudo do Direito*, v. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2001.

TELLES, INOCÊNCIO GALVÃO, *Manual dos contratos em geral*. 3ª ed. reimpr., Lisboa, Lex, 1995.

VARELA, João M. ANTUNES, *Das obrigações em geral*, v. I. 10ª ed., Coimbra, Almedina, 2000.

VEJA, “Google irá interromper serviço Street View na Alemanha”. 11/04/2011, disponível em <URL:<https://veja.abril.com.br/tecnologia/google-ira-interromper-servico-street-view-na-alemanha/>>.

VENOSA, SÍLVIO DE SALVO, *Direito Civil - Parte Geral*, 13ª ed., São Paulo, Atlas, 2013.

VIDEIRA, SANDRA C. PASSINHAS, *Propriedade e personalidade no Direito Civil português*, Coimbra, Dissertação de Mestrado pela Universidade de Coimbra, 2014.

WIEACKER, FRANZ, *História do direito privado moderno*, 2ª ed., HESPAÑHA, A. M. (tradução), Lisboa, Gulbenkian, 1967.

Jurisprudência citada

Acórdão n.º 225/2018 do Tribunal Constitucional, de 07 de maio de 2018 (Pedro Machete). Processo n.º 95/17, disponível em <<http://www.dgsi.pt>>.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 30 de junho de 2011 (Rosário Gonçalves). Processo 1755/08.0TVLSB.L1-1, disponível em <<http://www.dgsi.pt>>.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 20 de junho de 2012 (Pinto Hespanhol). Processo 417/10.2TTVNF.P1.S1, disponível em <<http://www.dgsi.pt>>.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 21 de junho de 2016 (Helder Roque). Processo 2683/12.0TJLSB.L1.S1, disponível em <<http://www.dgsi.pt>>.

Decisão da New Mexico District Court, de 18 de agosto de 1994 (Robert H. Scott). *Liebeck v. McDonald's Restaurants, PT.S., Inc.*, D-202 CV-93-02419.

(texto submetido a 25.02.2021 e aceite para publicação a 11.04.2021)