

DERECHO DE LA PERSONALIDAD EN EL CÓDIGO CIVIL BRASILEÑO: LA PROTECCIÓN LA INTIMIDAD, VIDA PRIVADA, HONRA E IMAGEN DE LOS INDIVIDUOS

MARIA CLÁUDIA CACHAPUZ*

Introducción

Para que se pueda, de forma nada pasional, plantear un debate jurídico sobre el conflicto entre libertades en conflicto, cuando se torna evidente el conflicto entre el interés público de expresión de un pensamiento, y el interés particular de la protección de la intimidad privada a cualquier individuo o colectividad, es necesario que se parta de una comprensión clara de los límites de lo que se considera como la esfera pública y lo que se reconoce como la esfera privada de la vida de relación. Es que cuando se trata de identificar los espacios públicos y privados, a partir, inclusive de la diferenciación propuesta por Hannah Arendt (Arendt, 1959) entre las esferas política, social y privada, se establece, de cierta forma, también una distinción entre un plano de igualdad jurídica y un plano de diferenciación de los individuos —en lo que definió la autora como parte de una esfera de exclusividad—.

Es la misma situación observada por Celso Lafer, cuando se establece una distinción entre el vínculo de confianza exclusiva existente en el ámbito privado de las relaciones jurídicas y el vínculo de la confianza externa en lo que se refiere al ámbito público. El tema tiene un enfoque más fácil cuando se lo analiza a partir de la dimensión de la libertad propuesta por la doctrina de Kant, a la luz de los conceptos de igualdad y de universalidad. Así explica Marcelo Galuppo:

* Doctora en Derecho Civil, Profesora de la Maestría Derecho y Sociedad de la UNILASALLE-Canoas (Brasil) y Juez de Derecho en Brasil. Correo electrónico: MCMCachapuz@tj.rs.gov.br

Si la universalización es condición legítima de existencia de un deber, y si la universalización implica imparcialidad, quiere decir que cada ser humano debe considerarse igual a cualquier otro ser racional, en lo que respecta a derechos y deberes. Entonces, la igualdad es también una condición de la propia moral y del propio derecho moderno, y el Principio de la Igualdad “exige una reciprocidad incondicionada en el tratamiento con el otro, según la cual no me es lícito tratar a alguien según cierto principio y, al mismo tiempo, exigir que ése alguien me trate por un principio diverso” (Salgado, 1995: 224). (Galuppo, 2002, p. 93).

La esfera de lo público, por lo tanto, guarda una relación con el principio de la igualdad justamente por exigir una reciprocidad ideal de conducta moral, expresada por el imperativo categórico, a todo ser racional. El principio de la igualdad se concentra en la esfera pública, porque sólo en ese espacio de convivencia es posible universalizar una restricción de libertad: “Esta limitación surge exactamente para garantizar la coexistencia de derechos legítimos” (Galuppo, 2002, p. 95). Se quiere, así, demostrar la necesidad de que haya, entre los individuos, en el ámbito de la esfera pública de relación, la posibilidad de compartir iguales expectativas con relación a la experimentación individual de una libertad. La idea de igualdad se vuelve fundamental para garantizar que todos puedan experimentar una sensación de libertad individual en un ambiente público y concurrir igualmente a un ideal de libertad. El abordaje del tema desde una categoría universal es lo que permite identificar, de forma ideal, la posibilidad de que cualquier libertad sea asegurada por medio de una “autolimitación” (Galuppo, 2002, p. 95), exigible a todos que se dispongan a compartir el medio público.

Es una circunstancia distinta, por lo tanto, del tipo de vínculo establecido en el entorno de la esfera privada, marcada por lo reservado y típico a cada persona. Cuando refiere Hannah Arendt (1959, pp. 52-53) a la hipótesis de manifestación de una confianza exclusiva en medio privado, destaca justamente la autora la oposición de una mirada particular a lo que se haría universal o universalizable por la conducta del individuo. En lo privado, existe la posibilidad de verse afirmada, de forma más amplia, una práctica de libertad individual, sin aún verificar el compromiso de que la expresión de libertad, mantenida en el plano privado, pretenda volverse una práctica universalizable.¹

No se pretende, sin embargo, desde estas consideraciones iniciales, ampliar el estudio del derecho a la intimidad y a la vida privada a otra investigación paralela, relativa a la autonomía de la voluntad en el plano privado.

¹ Así lo es cuando Hannah Arendt analiza la opción, por el casamiento mixto y el enfrentamiento de una cuestión de discriminación racial en sociedad (Arendt, 1959, p. 53). Hannah Arendt afirma que los mismos “parámetros sociales”, basados en situaciones empíricas que abarcan inclusive prácticas discriminatorias, no pueden tornarse “parámetros legales”, so pena de la misma sociedad tornarse un ente “tiránico” (Arendt, 1959, p. 53).

Aquí, el objetivo del análisis está referido a la suficiencia o no de las disposiciones normativas de los artículos 20 y 21 del Código Civil brasileño, para la orientación del trabajo del intérprete en la solución de casos difíciles que traten de libertades que colisionan, queriendo solucionar, concretamente, el conflicto que surge por la publicación de biografías no autorizadas.

Para tal propósito, se parte de la comprensión de que la voluntad individual se orienta, necesariamente, por medio de una idea regulatoria de lo que puede ser traducido como universalizable (por el deber) —en la medida en la que la voluntad general se traduce en una moral objetiva y no por lo que sea particular al individuo—² como la visión específica de la vida privada. La idea regulatoria es la de que, para la solución de los conflictos en las relaciones de libertad entre privados, se pueda compatibilizar el libre arbitrio con una concepción de libertad compartida en sociedad,³ legitimándose un poder normativo de restricción a la libertad individual, sin embargo, eliminarse lo que hay de original en la persona, o sea, lo que la identifica de forma exclusiva.⁴

Tal observación explica la afirmación de Habermas con relación a la forma como el actuar humano se aproxima a la imagen de una esfera privada o pública, de acuerdo con la perspectiva de hacer posible la universalización de una acción específica:

De la diferenciación deontológica entre cuestiones normativas de la acción correcta y cuestiones valorativas del bien vivir, se revela, entonces, un concepto restringido de moral, moldeado con la imagen de la esfera privada del individuo e inicialmente disociado de la esfera pública de la vida en

² Como afirma Habermas, “la verdad es que mientras cada voluntad autónoma se considera en unísono con todos los otros habitantes inteligibles del reino de las finalidades, serán válidas las máximas que puedo anhelar (a la luz de mi comprensión acerca del mundo y de mí propio) como reglas de una práctica general” (Habermas, 1991, p. 153).

³ Nuevamente es Habermas quien explica la relación de libertad y autonomía en Kant: “Sobre la libertad subjetiva, no es difícil imaginar que algunas personas puedan gozar de la libertad y otras no, o que algunas puedan ser más libres del que otras. La autonomía, al contrario, no es un concepto distributivo y no puede ser alcanzado individualmente. En ese sentido enfático, una persona solo puede ser libre si todas las demás también lo fueren. La idea que quiero subrayar es la siguiente: con su noción de autonomía, el propio Kant ya introduce un concepto que solo puede explicitarse plenamente dentro de una estructura intersubjetivista” (Habermas, 2004, p. 13).

⁴ Aun así hay aproximaciones. Esclarece Hannah Arendt que “la facultad de juzgar particulares (descubierta por Kant), la capacidad de decir ‘esto está mal’, ‘esto es bello’, etcétera, no coincide con la facultad de pensar. El pensar opera con lo invisible, con representaciones de cosas que están ausentes; el juzgar siempre se ocupa de particulares y cosas que están a mano. Pero ambos están interrelacionados de forma semejante a como se interconectan conciencia moral y conciencia del mundo. Si el pensar, el dos en uno del diálogo silencioso, actualiza la diferencia dentro de nuestra identidad, dada en la conciencia, y por ello produce la conciencia como su subproducto, entonces el juzgar, el subproducto del efecto liberador del pensar, realiza el pensamiento, lo hace manifiesto en el mundo de las apariencias, donde nunca estoy solo y siempre demasiado ocupado para pensar” (Arendt, 1998, p. 136).

común de organización social, si se toma como base un concepto restricto e individualista de persona. Contrariamente, en cuanto tomamos como punto de partida el concepto del individuo esencialmente socializado, y concebimos el punto de vista moral como implícito en la estructura del reconocimiento recíproco de los sujetos de acción comunicativa, la moral privada y la justicia pública dejan de distinguirse en principio, para que pasen a diferenciarse únicamente en el grado de organización y en la mediación institucional de las interacciones. Resulta evidente, entonces, que las personas entendidas como *individuos* que se respetan los unos a los otros, tienen exactamente las mismas obligaciones morales que las personas entendidas como *miembros* de una comunidad propuesta a realizar objetivos colectivos. (Habermas, 1991, p. 162).

Desde tal comprensión, por lo tanto, es posible analizarse, jurídica y dogmáticamente, la situación hoy planteada en las normas de los artículos 20 y 21 del CC.

Parte I:

La representación dogmática de los arts. 20 y 21 del Código Civil brasileño y el examen de las libertades que colisionan.

El examen específico de la materia sobre privacidad, como definida en el presente trabajo, es una preocupación extraída especialmente de la lectura de los artículos 20 y 21 del Código Civil brasileño. Desde los enunciados normativos propuestos, se cuestiona la posibilidad de reconocer, en el texto de la Ley, la manifestación de cláusulas generales que puedan extender al ámbito de la relación entre privados —por lo tanto, alejando la necesidad de una justificación constitucional, a la luz del art. 5º de la CF, a todo caso nuevo propuesto entre particulares (sin el interés del Estado)—, todas las herramientas presupuestas, constitucionalmente, para el debate entre las libertades en colisión, como las referentes a los derechos de libre expresión del pensamiento (art. 5º, Inc. IV, de la CF) y de tutela específica de la intimidad y de la vida privada (art. 5º, Inc. X, de la CF) de los sujetos de derecho.

Esto no quiere decir que no esté presupuesta en esta discusión la cuestión constitucional relativa al aparente conflicto de los incs. IV y X del art. 5º de la CF, o aún con relación a la argumentación fundada en la aplicación de un principio de dignidad de la persona humana (art. 1º, inc. III, del CF). Apenas se reconoce una función de descarga al enuncia-

do normativo,⁵ posibilitándose que los artículos del Código Civil prevean todas las herramientas ya dispuestas en el ámbito constitucional, para resolver, directamente, el conflicto entre privados.

Históricamente, en Brasil, el Superior Tribunal de Justicia llegó a reconocer la necesidad de una construcción indirecta por cláusulas generales en el ordenamiento jurídico-civil brasileño anterior (Código Civil de 1916), cuando no existía un capítulo exclusivo sobre los derechos de la personalidad.⁶ Pero también reprodujo otras decisiones⁷ en que el fundamento de la protección a la intimidad y a la vida privada encontraba apoyo directo en el art. 1º, inciso III, de la Constitución Federal. Otras decisiones del Supremo Tribunal Federal, aún anteriores al actual Código Civil brasileño, presentaron un análisis de los derechos fundamentales desde la adopción de una teoría de las esferas,⁸ admitiendo el fundamento de la dignidad humana apenas de forma complementaria. Tal acción pasó a indicar cierta preferencia por la técnica indirecta, muy a pesar de que aún el STF no haya enfrentado el tema de la argumentación en las cuestiones de privacidad, con relación específica a las relaciones jurídico-privadas.

La diferencia está en la apreciación que se pretende establecer con relación a los principios de libertad y de dignidad del punto de vista formal. La técnica directa de fundamentación de una tutela a la privacidad en el ámbito de las relaciones civiles, a partir, tan sólo, de la aplicación de un

⁵ En ese sentido Cachapuz, Maria Cláudia. "O papel das cláusulas gerais para a concreção de direitos fundamentais nas relações jurídicas entre privados", en *Sociedade global e seus impactos sobre o estudo e a efetividade do Direito na contemporaneidade*, pp. 89-110.

⁶ Así, en la utilización del art. 159 del antiguo Código Civil brasileño como cláusula general para reconocer derecho a indemnización por uso indebido de la imagen, como en el fallo Brasil. STJ, REsp. 58101/SP. Relator: Min. Cesar Asfor Rocha. Brasília, DJ de 09.03.1998. O aún, utilizándose de la cláusula general del art. 159 del entonces Código Civil brasileño para apartar los límites indemnizatorios o de caducidad del derecho, como previstos en legislación especial. En este sentido, las siguientes decisiones: Brasil. STJ, AG 245436. Relator: Min. Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Brasília, DJ de 01.09.1999; Brasil. STJ, AG 278696. Relator: Min. Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Brasília, DJ de 24.03.2000; y Brasil. STJ, REsp. 103312/RJ. Relator: Min. Aldir Passarinho Júnior. Brasília, DJ de 09.10.2000.

⁷ En el mismo sentido, al tratar sobre el tema relacionado a la averiguación de paternidad e imposición de realización de examen de ADN. Aunque envuelva una relación entre el ciudadano y el Estado, hay decisiones proferidas en el STJ en el que el fundamento a la protección a la intimidad no se encuentra establecido en el art. 5º, inc. X, sino de forma directa, en el art. 1º, inc. III de la Constitución Federal. Observar en Brasil. STJ, HC 012622. Relator: Min. Aldir Passarinho Júnior. Brasília, DJ de 09.08.2001. Sobre la materia, *ver también* a Moraes, 2000. En defensa de una técnica directa de fundamentación, también de la autora, acerca del tema "el daño moral como lesión a la dignidad", en Moraes, 2003, pp. 129 a 140. En el sentido de una fundamentación directa, observar la doctrina de Negreiros, 2002, pp. 19-23; Tepedino, 2001, pp. 47-50; Sarlet, 2000, p. 104.

⁸ Observar en las decisiones antes mencionadas: Brasil. STF, MSMC 23669/DF. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DJ de 17.04.2000, P. 04; Brasil. STF, MS 23669/DF (conexo). Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DJ de 14.02.2001, P. 17; Brasil. STF, Inq 1867/DF. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DJ de 12.02.2003, p. 19.

principio de dignidad, permite la sustitución del principio formal de libertad negativa —esencial para la propia tutela de la personalidad— por un concepto concreto de dignidad. Tal técnica torna absoluto el contenido de la norma e inocuo el conflicto propuesto entre derechos fundamentales. Inclusive porque, en la discusión entre un derecho a la privacidad y un derecho a la libertad de expresión, poco dice la fundamentación, que apenas vincula la protección de la intimidad o de la vida privada a la dignidad humana, pues la misma relación entre dignidad y derecho fundamental podría ser afirmada cuando analizado el derecho a la libertad de expresión.⁹ La utilización de una técnica directa de fundamentación de la tutela de la privacidad en el principio constitucional de la dignidad humana, en verdad, limita la interpretación a una concepción de dignidad exclusivamente en su parte material, sin que se promueva la confrontación formal entre los principios de la dignidad y de la libertad humanas en el análisis.

La técnica indirecta de fundamentación, por medio de la adopción de una cláusula general en el ámbito del ordenamiento jurídico civil, por el contrario, permite traer a la relación jurídica mantenida entre privados la misma discusión propuesta entre principios en el ámbito constitucional, presuponiendo, así, la solución del conflicto desde el examen de todos los principios contrapuestos en una colisión de derechos fundamentales.

Se observa, para tanto, la comprensión de Konrad Hesse, identificando la penetración del contenido de los derechos fundamentales en las relaciones reservadas al Derecho Privado, en el sentido de que se hace imprescindible el reconocimiento de la influencia de los derechos fundamentales sobre todo el sistema normativo, primero, para obligar al legislador a tornar concreto el “contenido jurídico de los derechos fundamentales” (Hesse, 1998, p. 285) en las relaciones privadas y, segundo, para atribuir al juez civil la responsabilidad por encontrar, en los conceptos indeterminados y en las cláusulas generales, los elementos indispensables para conectar “las líneas directivas” (Heck, 1999, p. 117) propuestas por la Constitución Federal a las situaciones concretas llevadas a la discusión jurídica.

Esta influencia tiene aún sus límites en la propia libertad presupuesta a las relaciones privadas, diferentes, en esencia, de las relaciones de carácter público.¹⁰ De este modo, desde la edición el Código Civil brasile-

⁹ La dimensión de análisis aquí propuesto es distinta, por lo tanto, de la pretensión de aclaración de un concepto de dignidad humana con base en un “substrato axiológico”, como aparece en Moraes, 2003, p. 105-147. Hasta porque no se desconoce la relevancia del concepto de dignidad humana, por el valor que contiene en sí mismo, y su reconocimiento como fundamento constitutivo del Estado Democrático de Derecho (art. 1º, Inc. III, de la CF).

¹⁰ De la misma forma, refiriéndose al modo de manifestación de la protección jurídica del Estado también frente a los conflictos generados entre particulares, Luis Afonso Heck destaca que “el significado del efecto ante terceros indirecto puede ser visto sobretodo en esto, que, bajo las

ño en 2002, mediante la adopción de un capítulo específico sobre derechos de personalidad, la fundamentación racional para la tutela de los derechos a la intimidad y a la vida privada quedó suficientemente facilitada por la redacción dada específicamente al art. 21.

Primero, porque el artículo fue incluido en un capítulo inédito a la codificación civil, posibilitando la concreción legislativa de un derecho general de la personalidad orientado a la regulación específica de las relaciones jurídico-privadas. Segundo, porque la norma contenida en el art. 21 trató no de disciplinar la tutela de la personalidad bajo una óptica indemnizatoria —como lo hizo la disciplina constitucional del art. 5º—, sino de conferir a la intimidad y a la vida privada la nota de la exclusividad peculiar a la esfera de la privacidad.

Con esto se defienden otras dos hipótesis. La primera, en el sentido de que el art. 21 pasa a dispensar el camino de fundamentación constitucional a la protección del derecho a la intimidad y a la vida privada en las relaciones civiles. La dispensa referida, en este caso, es para la construcción de una argumentación suficiente a la protección de la intimidad y de la vida privada en el ámbito de las relaciones civiles. Lo que no quiere decir que no se sujete el examen de la proporcionalidad, constantemente, a los principios generales del derecho y a la estructura normativa de la Constitución Federal. Apenas se considera como relevante y capaz de producir una función de descarga al enunciado normativo el hecho de que, por incorporar al ordenamiento jurídico civil las mismas herramientas de tutela, antes ofrecidas a la protección de la personalidad apenas en el ámbito constitucional, permite al intérprete que hoy recurra de forma inmediata al dispositivo legal ordinario, tornando efectiva la tutela específica a la intimidad y a la vida privada.

La segunda hipótesis se refiere al hecho de que, al poner énfasis en la exclusividad en primer plano —y no a la pretensión indemnizatoria, como constante en el art. 5º de la Constitución Federal—, el art. 21 del Código Civil posibilitó la identificación de algunas funciones características de las cláusulas generales, volviéndose norma de conducción del intérprete en la búsqueda de otros enunciados normativos —como la propia disciplina normativa del art. 187 del Código Civil— que sean capaces de asegurar la efectiva tutela a la privacidad del individuo, incluso para evitar una publicación que alcance, sin interés público relevante, la vida privada de la persona.

El artículo 21, por lo tanto, evidenciando la protección amplia al derecho fundamental a la intimidad y a la vida privada, en el ámbito de las relaciones privadas, trabaja como un efectivo instrumento de garantía de un derecho subjetivo. Antes de promover, en la segunda parte de su redacción, como cláusula general, una conexión de las situaciones del ám-

condiciones de la sociedad industrial moderna altamente compleja, ayuda también a conservar libertad e igualdad" (Heck, 1999, p. 119).

bito privado a la protección prevista en el art. 5º, inc. X, de la Constitución Federal, el art. 21 estructura, de forma específica a las relaciones entre privados, la tutela de la esfera privada de todo el individuo, a fin de garantizar, para la persona —y en su relación en sociedad con los demás—, el mismo tratamiento jurídico de protección asegurado constitucionalmente en las relaciones entre el ciudadano y el Estado. Y va más allá: no reduce la comprensión jurídica a la posibilidad de que esta protección sea apenas un reflejo de una tutela indemnizatoria.

Permite, en realidad, por la constitución de un ilícito a la luz del art. 187 del mismo Código Civil, que, entre privados, sea posible la búsqueda de una tutela inclusive inhibitoria, capaz de evitar una consecuencia dañosa a la personalidad. De lo contrario, no habría como justificar, por ejemplo, la restricción posible a toda y cualquier publicación equivocada del nombre de la persona física o jurídica en un registro de morosos, cuando analizada una hipótesis de discusión acerca de la autodeterminación informativa.

La idea de derecho subjetivo reconocida, por consecuencia, deriva de la comprensión de que todo la norma de derecho fundamental —como si identifica con relación a la protección a la intimidad y a la vida privada— se presenta como un conjunto de posiciones ius-fundamentales (Alexy, 2001, pp. 240-245), que tanto puede expresar un derecho a algo (*Ibid*, pp. 186-210), como puede delimitar una libertad (*Ibid*, pp. 210-227) o aun determinar una capacidad jurídica (*Ibid*, pp. 227-240). En el ámbito de las relaciones privadas, tales posiciones toman significado distinto con relación al Derecho Constitucional, pues objetivan regular las relaciones específicas entre particulares, asumiendo el Estado más una función de regulación, que de atribución de responsabilidad por una amenaza a derecho fundamental. La distinción no aparta la preocupación acerca del derecho subjetivo tutelado, ni reduce éste a una concepción restrictiva,¹¹ construida en bases distorsionadas del pensamiento moderno.

Se prefiere comprender que la opción por la estructuración de un derecho subjetivo a la intimidad y a la vida privada en el ámbito de las relaciones entre privados significa extender a esas relaciones, de forma directa, el mismo conjunto de posiciones jurídicas que garantiza la tutela específica a la esfera de lo privado en nivel constitucional —o sea, que permite el análisis de posiciones tanto definitivas, como *prima facie* en razón de una situación jurídica concreta—. Pero sin dispensar al intérprete la necesidad de promover la misma relación de ponderación exigida a los derechos fundamentales como un todo. Debe comprenderse que están en el texto del art. 21 del Código Civil las herramientas que autorizan, ante el caso concreto, discutir

¹¹ En ese sentido, se remite a la lectura del artículo "A ilicitude e as fontes obrigacionais: Análise do art. 187 do novo Código Civil brasileiro", en el que fue desarrollada la afirmativa (Cachapuz, 2005, pp. 116-122).

la situación en la que se encuentra, por lo menos, amenazado el derecho de disfrutar una esfera propia de privacidad, sea para evitar el propio daño (art. 187 del CC) —cuando aún *a priori* sea evidenciada una amenaza de lesión a derecho subjetivo—, sea para indemnizar un efectivo perjuicio a la persona.

Parte II: El art. 20 del Código Civil y la distinción de interpretación

Si el art. 21, de forma específica, asegura un derecho subjetivo a la protección de la intimidad y de la vida privada de forma directa a las relaciones privadas, no exime de que sea el enunciado normativo auxiliado —en la solución al conflicto concreto que venga a ser establecido en razón de posiciones jurídicas asumidas por el sujeto de derecho— por el trabajo dogmático desempeñado por una cláusula general, como la del art. 187, capaz de ofrecer, de forma amplia, la medida de apertura predispuesta al análisis de una esfera de la privacidad. Se observa, en este caso, que el art. 187 del nuevo Código Civil propone una cláusula general de lectura complementaria y necesaria al art. 21, en la medida en la que, desde conceptos indeterminados —fin económico o social, buena fe y buenas costumbres—, ofrece las razones que orientan la ponderación presupuesta al examen *prima facie* de un principio de exclusividad. O sea, el art. 187 representa la calidad de apertura que se impone al derecho subjetivo a la intimidad y a la vida privada frente a la moral.

No se trata, por lo tanto, de determinar *a priori* una limitación a la apertura de un derecho a la moral, lo que presupondría una situación de censura en abstracto, con ofensa directa al art. 220 de la Constitución Federal. Sino, en sentido contrario, de orientar dogmáticamente el intérprete en cuanto a las razones de ponderación que deberán ser llevadas, desde el caso concreto, para el enunciado normativo del art. 21, a fin de que sea identificado un contenido determinado al derecho de intimidad y de vida privada en cuestión, incluso para la verificación de restricciones inhibitorias por una amenaza de daño.

En ese sentido, es situación distinta de la estructura normativa dispuesta, dogmáticamente, en el art. 20 del mismo Código Civil, para la disciplina de los derechos al honor y a la imagen. En este, el enunciado normativo, en vez de preocuparse en proteger de forma directa los derechos de personalidad relacionados al honor y a la imagen del individuo —constituyendo el derecho subjetivo como en el caso del art. 21—, busca establecer, desde luego, límites

a la libertad de expresión del pensamiento, proponiendo, en una redacción confusa y no tan amplia como la del art. 187 del CC, pautas para la tutela a la personalidad. Contrariamente a la redacción del art. 21, el enunciado normativo acaba por limitar la concepción originaria de un derecho general de libertad, dificultando la interpretación y aplicación del Derecho.

O sea, si el art. 21 constituye el derecho subjetivo relativamente a la intimidad y a la vida privada, de forma abierta, dejando que el art. 187, de forma complementaria, defina la posibilidad de ocurrencia o no del ilícito, el art. 20 se preocupa en configurar, en el sentido opuesto, una libertad que ya nace limitada y que presenta tipos limitados a la expresión del pensamiento, cuando se trata de regular las conductas normativas referentes al honor y a la imagen de los individuos. Por lo tanto, tales derechos, que expresan también libertades individuales, acaban siendo representados para las relaciones civiles como limitadores de libertades —lo que no ayuda de forma alguna—, a una justificación y aplicación del Derecho desde un carácter más amplio, devotado a la protección, de forma directa, de los derechos de honor e imagen. Y esto porque el art. 20 permite que toda la interpretación confiera su tónica a límites de prohibición, y no a la constitución de un derecho subjetivo de forma específica para las relaciones civiles. Lo que, de cierta forma, condiciona la forma como se impone al intérprete la construcción de los argumentos a la decisión que busque garantizar la protección al honor y a la imagen del individuo desde la disciplina civil del art. 20 del CC.

Existiendo una limitación presupuesta a la libertad —iniciando el enunciado normativo con la expresión “salvo si”—, se observa que el art. 20 del Código Civil de 2002 pasa a exigir una argumentación complementaria por medio de la cláusula general del art. 187 del CC, de forma que puedan ser alcanzadas, para el caso concreto, las mismas herramientas de protección constitucional previstas en el art. 5º, inc. X, de la CF. O sea, al contrario del art. 21 que, por la redacción más amplia del enunciado, constituye efectivamente un derecho subjetivo a la protección de la esfera de lo íntimo y de lo privado, el art. 20, de forma más limitada, tipifica formas de protección al honor y a la imagen, y medidas de exposición autorizadoras de una libertad de expresión del pensamiento, tornando restricta la argumentación posible a la solución de casos considerados difíciles para el Derecho. Para una efectiva observancia del principio del libre desarrollo de la personalidad humana, exige el enunciado normativo referente a la protección del honor y de la imagen, por lo tanto, que haya una argumentación constitucional complementaria, capaz de efectivamente conducir el examen del caso concreto a una racionalidad suficiente, con condiciones de posibilitar la resolución de casos difíciles en donde se observen libertades que colisionan.

Referencias

ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2ª edición, Madrid, CEPC, 2001.

ARENDT, Hannah, "El pensar y las reflexiones morales", en *De la historia a la acción*, Barcelona, Paidós Ibérica, 1998.

_____, "Reflections on little rock", en *Dissent*, Nueva York, No. 6 (1), invierno de 1959.

CACHAPUZ, Maria Cláudia, "A ilicitude e as fontes obrigacionais: Análise do art. 187 do novo Código Civil brasileiro", en *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, V. 22, 2005.

_____, "O papel das cláusulas gerais para a concreção de direitos fundamentais nas relações jurídicas entre privados", en: *Sociedade global e seus impactos sobre o estudo e a efetividade do Direito na contemporaneidade*, Luciana C. Poli, Cesar A. de Castro Fiuza y Elcio N. Rezende (orgs.), *Direito Civil*, 1ª edición, Florianópolis, Funjab, 2014.

GALUPPO, Marcelo Campos, *Igualdade e diferença, Estado democrático de Direito a partir do pensamento de Habermas*, Belo Horizonte, Mandamentos, 2002.

HABERMAS, Jürgen, *A ética da discussão e a questão da verdade*, São Paulo, Martins Fontes, 2004.

_____, *Comentários à ética do discurso*, Lisboa, Instituto Piaget, 1991.

HECK, Luís Afonso. Direitos fundamentais e sua influência no direito civil. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 29, jan./mar. 1999.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*, Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris (editor), 1998.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*, 3ª reimp., São Paulo, Companhia das Letras, 1988.

MORAES, Maria Celina Bodin de, *Danos à pessoa humana. Uma leitura Civil-Constitucional dos danos morais*, Rio de Janeiro, Renovar, 2003.

NEGREIROS, Teresa, *Teoria do contrato. Novos paradigmas*, Rio de Janeiro, Renovar, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang, *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2001.

TEPEDINO, Gustavo, *Temas de direito civil*, Rio de Janeiro, Renovar, 2001.