

Marco Aurélio Cunha e Cruz  
Cristhian Magnus De Marco



# CONSIDERAÇÕES SOBRE O DIREITO À PRÓPRIA IMAGEM



Editora Unoesc

**Editora Unoesc**

Coordenação  
Débora Diersmann Silva Pereira - Editora Executiva  
Revisão metodológica: Débora Diersmann Silva Pereira  
Projeto gráfico e capa: Daniely A. Terao Guedes

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)

C957c Cunha e Cruz, Marco Aurélio Rodrigues da.  
Considerações sobre o direito fundamental à própria imagem / Marco Aurélio Rodrigues da Cunha e Cruz, Cristhian Magnus De Marco. - Joaçaba: Editora Unoesc, 2017. - (Série Direitos Fundamentais Cívicos)  
66 p. ; il. ; 30 cm.  
  
ISBN 978-85-8422-142-4  
  
1. Direitos fundamentais. 2. Direitos à própria imagem. I. De Marco, Cristhian Magnus. II. Título. III. Série  
  
Doris 341.27

Universidade do Oeste de Santa Catarina – Unoesc

Reitor  
Aristides Cimadon

Vice-reitores de *Campi*  
*Campus* de Chapecó  
Ricardo Antonio De Marco  
*Campus* de São Miguel do Oeste  
Vitor Carlos D'Agostini  
*Campus* de Videira  
Ildo Fabris  
*Campus* de Xanxerê  
Genesio Téo

Pró-reitor de Graduação  
Ricardo Marcelo de Menezes

Pró-reitor de Pesquisa, Pós-graduação e Extensão  
Fábio Lazzarotti

Diretora Executiva da Reitoria  
Lindamir Secchi Gadler

**Conselho Editorial**

Fabio Lazzarotti  
Débora Diersmann Silva Pereira  
Andréa Jaqueline Prates Ribeiro  
Glauber Wagner  
Eliane Salette Filipim  
Carlos Luiz Strapazzon  
Marilda Pasqual Schneider  
Claudio Luiz Orço  
Maria Rita Nogueira  
Daniele Cristine Beuron

**Comissão Científica**

Riva Sobrado de Freitas (Unoesc, Brasil)  
Guido Smorto (Palermo, Italia)  
Simone Pajno (Palermo, Italia)  
Miguel Ángel Aparicio Pérez (Barcelona, UAB)  
Rosalice Fidalgo Pinheiro (Unibrasil, Brasil)  
Daury Cezar Fabríz (FDV, Brasil)  
Ingo Wolfgang Sarlet (PUC-RS)  
Pedro Grandez (PUC-Lima, Peru)

A revisão linguística é de responsabilidade dos autores.

# Sumário

APRESENTAÇÃO.....	5
CAPÍTULO I   CONSIDERAÇÕES SOBRE O DIREITO FUNDAMENTAL À PRÓPRIA IMAGEM NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL .....	7
CAPÍTULO II   O DIREITO AO LIVRE DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE NA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA .....	47



## APRESENTAÇÃO

O presente e-book é resultado de projeto de pesquisa vinculado ao PPGD - UNOESC, e se destina ao aproveitamento didático para as disciplinas do Programa. Os textos já foram previamente publicados em periódicos especializados, porém, nesta publicação, estão recebendo uma leitura renovada, com atualização às recentes decisões do Supremo Tribunal Federal sobre Direitos Fundamentais.



# CAPÍTULO I

## CONSIDERAÇÕES SOBRE O DIREITO FUNDAMENTAL À PRÓPRIA IMAGEM NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Marco Aurélio Rodrigues da  
Cunha e Cruz\*



## 1 INTRODUÇÃO

Em *Teoria dos Direitos Fundamentais* (2012) e em *Teoria da Argumentação Jurídica* (2013), Robert Alexy destaca a pluridimensionalidade da dogmática jurídica e a relevância de três dimensões. Para ele, a dogmática jurídica pode ser conectada com a tentativa de se oportunizar uma resposta racionalmente fundamentada a questões que foram deixadas em aberto pelo texto normativo. Disso decorre, pois, que a dogmática jurídica se confronta com o problema da possibilidade de fundamentação racional dos juízos de valor. Para Alexy (2012), portanto, a ciência do direito, em sentido estrito e próprio, pode ser incluída no conceito de uma teoria dogmática a partir de uma tripartição de dimensões: a analítica, a empírica e a normativa.

Com a analítica se desenvolve uma “dissecação sistemático-conceitual do direito vigente”, com o exame de conceitos elementares, a sua construção jurídica, a estrutura do sistema jurídico e a fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais (ALEXY, 2012, p. 34). A dimensão empírica parte, em síntese, da cognição do direito positivo e da aplicação das premissas na argumentação jurídica; com a descrição e o prognóstico da práxis jurisprudencial e com a efetividade, na medida que tal premissa (a efetividade) pressupor condição para a validade do direito. A dimensão normativa visa a elucidação e a crítica da práxis jurídica (lei e jurisprudência) para saber qual a decisão correta em um caso concreto e se depara, portanto, com o problema da fundamentação.

Apesar de ter em mente que a combinação dessas três dimensões são imprescindíveis para a construção racional da dogmática jurídica dos direitos fundamentais, este texto dará ênfase à primeira dimensão: a analítica. A despeito de comentar sobre a controvérsia do peso da dimensão analítica, quando entremeada com as dimensões empírica e normativa, e do método jurídico empregado no tratamento lógico do Direito, Alexy (2012) afirma que a Ciência do Direito tem de adimplir sua tarefa prática sendo uma disciplina multidimensional, não reduzindo a dogmática jurídica. Entretanto, observa que sem a clareza analítica não seria possível a interação entre as três dimensões.

Com efeito, Alexy ressalta a importância da dimensão analítica, pois admite que “Clareza conceitual, ausência de contradição e coerência são pressupostos da racionalidade de todas as ciências” (ALEY, 2012, p. 38). Por isso que a sua proposta de *teoria estrutural de direitos fundamentais* é, inicialmente, uma teoria analítica, e qualifica a designação e a prática da análise sistemático-conceitual do direito como *opus proprium* da Ciência do Direito (ALEXY, 2012, p. 48). Além disso, defende que somente quando há no ponto de partida uma completa compreensão dos conceitos jurídicos “se pode revelar o verdadeiro sistema do Direito, a união interna de suas proposições” (ALEXY, 2013, p. 249).

A opção da dimensão analítica do direito à própria imagem como linha condutora se justifica pelo propósito desta obra (fruto de pesquisa) que é oferecer material de subsídio para o Mestrado em Direitos Fundamentais da UNOESC (PPGD). Se não ofertadas a clareza conceitual, a ausência de contradição e a coerência do direito à própria imagem, vários outros problemas sistemático-conceituais, que servem de base e estrutura para a racionalidade do caráter prático da Ciência do Direito, podem se tornar um entrave para a dogmática jurídica. Isso porque “(1) a análise lógica dos conceitos jurídicos, (2) a recondução desta análise a um sistema, e (3) a aplicação dos resultados desta análise na fundamentação das decisões jurídicas” compõem as três tarefas da dogmática (ALEXY, 2013, p. 249). Se não há uma clareza conceitual, é de se indagar se haverá

clareza na fundamentação do âmbito de proteção, das restrições, do núcleo/conteúdo essencial, do suporte fático, do sopesamento e da extensão do controle jurisdicional quando envolvido o direito à própria imagem. Mas estas últimas indagações não serão respondidas neste escrito. O recorte deste trabalho se cingirá ao âmbito de proteção do direito fundamental à própria imagem.

Ademais, é certo que a argumentação no âmbito dos direitos fundamentais não pode se furtrar da análise do texto, do precedente e da dogmática (ALEXY, 2012). Como o principal material deste trabalho é a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o objetivo deste texto é refletir sobre a dimensão empírico-analítica do direito à própria imagem. Não se discutirá a correção das decisões e da fundamentação racional no âmbito do direito à própria imagem (dimensão normativo-analítica). Mas, contrastar-se-á a proposta do âmbito de proteção aqui defendida com o que a Corte Máxima tem decidido.

Este intuito foi dividido em duas partes. Na primeira, faz-se uma revisão bibliográfica e são realizados os elementos de interpretação genética, histórica, comparada, sistemática, lógica e teleológica da inclusão do direito à própria imagem no texto constitucional de 1988. No segundo tópico, com uma pesquisa documental, é feito um contraste da dimensão analítico-conceitual com a perspectiva da descrição e do prognóstico da praxis jurisprudencial sobre o conceito do direito à própria imagem no Supremo Tribunal Federal (STF).

O critério de divisão das decisões da Corte será, em um primeiro momento, o cronológico. A amostra das decisões foi colhida do *website* do próprio Tribunal. Elas indicam que o STF, *ab initio*, procurou reconhecer e conferir autonomia ao direito à própria imagem, enfocando seu aspecto positivo/patrimonial. Contudo, *a posteriori*, vinculou o direito à própria imagem a outros direitos fundamentais, causando uma mescla conceitual. Por isso, duas categorias a seguir serão descritas: a) as anteriores à Constituição de 1988 e de afirmação jurídica do direito à própria imagem; b) as posteriores à Constituição de 1988.

## 2 DIGRESSÕES SOBRE A DIMENSÃO ANALÍTICA DO DIREITO À PRÓPRIA IMAGEM

Como ponto de inflexão da dogmática estão as definições dos “conceitos jurídicos genuínos”, como já afirmou Radbruch, citado por Alexy (2013, p. 252). E este fito de definição eleva à dogmática jurídica a condição de caracterizar e formular os *enunciados*. Os enunciados na dogmática jurídica não de ter relação com a legislação e com a jurisprudência; não podem se contradizer (coerência); formam-se, fundamentam-se e se comprovam dentro de um papel institucional da ciência do Direito; e podem sustentar os argumentos da decisão jurídica (ALEXY, 2013). A intenção deste primeiro tópico é examinar, portanto, o enunciado do direito fundamental à própria imagem no texto constitucional de 1988.

Para analisar o enunciado do direito fundamental à própria imagem, converte-se em labor imprescindível a argumentação no âmbito dos direitos fundamentais, pois se está diante de “disposições de direitos fundamentais extremamente abstratas, abertas e ideologizadas” (ALEXY, 2012, p. 551). E o controle da racionalidade na argumentação no âmbito dos direitos fundamentais não pode descurar da vinculação ao texto das disposições de direitos fundamentais e da “vontade” do constituinte, expressadas na interpretação semântica e na interpretação genética.

Por interpretação genética, neste trabalho, há de se entender o exame do processo legislativo que culminou na redação do artigo no texto constitucional (SILVA, 2012). A interpretação

genética leva a buscar uma leitura subjetiva-teleológica sobre quais objetivos o constituinte associou ao direito à própria imagem quando da sua inserção no texto constitucional. Na interpretação semântica há de se vislumbrar a compreensão sistemática, histórica e comparativa complementar na análise do texto e da “vontade” (ALEXY, 2012). Entretanto, há de ser frisar que a extensão da vinculação da atividade interpretativa genética e semântica pode ser mitigada pela abertura própria das disposições de direitos fundamentais.

A força da vinculação dos argumentos genéticos e semânticos depende da sua relevância e não superação por outros argumentos, no que resulta na insuficiência vinculativa se utilizados isoladamente esses argumentos (genético e semântico). Contudo, se da interpretação genética defluir algo inequívoco que obste ou aponte uma determinada conclusão, “então, isso deve ser usado como argumento; e para que esse argumento não seja seguido são necessárias razões que justifiquem esse não-seguimento” (ALEXY, 2012, p. 552). Neste sentido, não é objetivo uma leitura extensiva dos debates parlamentares, tampouco retratar condensadamente os aspectos histórico-políticos da redação do texto constitucional de 1988. Entretanto, há de se registrar alguns antecedentes, como os levantados por Paulo Bonavides (2002, 2003) e José Afonso da Silva (2003).

Os ideais de resistência contra a ditadura militar e de reformulação democrática foram potencializados a partir da eleição dos governadores em 1982. Esta intensificação deflagrou um dos motivos que conduziu, no início de 1984, a campanha para a eleição direta (Diretas Já) para a presidência da República (BONAVIDES, 2003). O projeto de uma nova República, com a conformação de um Estado Social e Democrático de Direito, teve um início acidentado. Tancredo Neves, eleito em 15 de Janeiro de 1985, faleceu em 21 de abril deste mesmo ano. O triunfo da democracia do país, durante a lenta e gradual transição política, estava, pois, nas mãos do Vice-Presidente.

Após ser legitimado como presidente, José Sarney adimpliu o compromisso de convocar uma Assembleia Nacional Constituinte (ANC), que resultou na Emenda Constitucional n. 26 (EC-26), de 27 de Novembro de 1985<sup>1</sup>. A EC-26 foi articulada pelo Poder Executivo e promulgada pelo Poder Legislativo, que convocou o próprio *Congresso Nacional*, um poder constituído e limitado, para transformá-lo em órgão de soberania, a ANC-87. O Chefe do Poder Judiciário teve papel na condução inicial dos trabalhos:

AS MESAS DA CÂMARA DOS DEPUTADOS E DO SENADO FEDERAL, nos termos do art. 49 da Constituição Federal, promulgam a seguinte Emenda ao texto constitucional:  
Art. 1º Os Membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal reunir-se-ão, unicameralmente, em Assembléia Nacional Constituinte, livre e soberana, no dia 1º de fevereiro de 1987, na sede do Congresso Nacional.

Art. 2º. O Presidente do Supremo Tribunal Federal instalará a Assembléia Nacional Constituinte e dirigirá a sessão de eleição do seu Presidente.

Art. 3º A Constituição será promulgada depois da aprovação de seu texto, em dois turnos de discussão e votação, pela maioria absoluta dos Membros da Assembléia Nacional Constituinte.

Art. 4º É concedida anistia a todos os servidores públicos civis da Administração direta e indireta e militares, punidos por atos de exceção, institucionais ou complementares.

<sup>1</sup> Cfr.: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc\\_anterior1988/emc26-85.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc26-85.htm)

Neste contexto, a ANC-87 se formou sem uma ruptura abrupta das Instituições. Não se pode afirmar que houve uma revolução violenta, com o uso da força, mas uma revolução política, pois a ANC-87 pôs fim a um sistema antidemocrático. Esta concepção de revolução decorreu de uma mudança de convicções sociais. Mas as convicções sociais podem conter natureza política, econômica, jurídica, social, artística e inclusive sexual. A revolução política também pode ser concebida como o câmbio gradual ou repentino, violento ou não, das instituições e dos governantes. Em uma revolução, a efetiva força material (*vis materialis*) não é sempre necessária, mas a mudança ideológica é imprescindível. Houve uma mudança ideológica do Estado Brasileiro, que viveu 20 anos de supressão de direitos e das liberdades públicas, por uma democracia representativa que tem como um dos seus pilares estruturais os direitos e garantias fundamentais.

A Constituição de 1988 é extremamente detalhada e analítica. Estas qualidades podem ser explicadas pelo seu processo de elaboração, primado pela abertura e pela liberdade. A Constituição se fortaleceu pelo grau de adesão, participação, apoio dos constituintes nas decisões fundamentais, pois “A Constituinte cultivou a vizinhança da Sociedade e da democracia direta, com milhares de sindicatos, entidades e associações, numa ação participativa de bastidores e de presença silenciosa mas eloquente no acompanhamento dos trabalhos, desde as galerias” (BO-NAVIDES, 2003, p. 209-210). Sua legitimação material se explica pelo modo participativo de sua condução. Mas a ANC-87 teve um sério e tormentoso problema de início: não sabia por onde começar, não tinha método, não dispunha de um texto que lhe servisse de base, ou de um ponto de apoio para o início dos trabalhos constituintes (OLIVEIRA, 1993). E esta inicial problemática se deu pela refutação do Projeto da Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, a “Comissão Afonso Arinos” (Afonso Arinos de Melo Franco), instituída pelo Decreto 91.450, de 18 de Julho de 1985, e composta por 50 membros (os notáveis)<sup>2</sup>.

Na ausência de um projeto, a Subsecretaria de Editorações Técnicas do Senado Federal distribuiu aos constituintes, além da Constituição de 1967, as constituições de 21 países. Com a leitura dos trabalhos parlamentares constata-se que o texto-base de 1988 foi influenciado, deveras, pelas Constituições dos países na península ibérica: Portugal e Espanha. José Afonso da Silva (2003) comenta que:

[...] poder-se-ia concluir dizendo que as influências são aparentemente pequenas da Constituição Espanhola de 1978 sobre a Constituição Brasileira de 1988. É preciso, contudo, considerar que as influências normativas nem sempre traduzem uma normatividade semelhante. O certo é que nunca se manuseou tanto a Constituição Espanhola (também a Portuguesa) como se fez durante o processo de formação da Constituição Federal de 1988. Por certo que o intenso exame dessas constituições inspiraram proposições dos constituintes sem que, no entanto, se fizesse cópia servil. (SILVA, 2003, p. 221-238).

A aludida falta de um projeto reitor ocasionou uma metódica de redação textual peculiar<sup>3</sup>. A mencionada abertura levou a diversos convites a várias audiências públicas, nas quais

<sup>2</sup> Cfr.: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1980-1987/decreto-91450-18-julho-1985-441585-publicacaooriginal-1-pe.html>.

<sup>3</sup> Várias obras podem ser consultadas sobre esta metódica, que consistiu em sete etapas; vinte e cinco fases distintas debatidas em oito comissões temáticas, subdivididas em três subcomissões e uma comissão central (Comissão de Sistematização). Aqui se orienta a conferência à OLIVEIRA, Mauro Márcio. Fontes de informações sobre a Assembleia Nacional

especialistas em uma determinada matéria expunham seus argumentos. É incontestável que estas audiências tiveram uma proeminência na redação do texto constitucional. Coube ao jurista Cândido Mendes expor seus argumentos no dia 24 de abril de 1987, na 8ª reunião da Comissão de Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher (subcomissão IC de Direitos e Garantias Individuais), para dissertar sobre os “Novos Direitos Humanos”.

De fato, esta foi uma das oportunidades em que o direito à própria imagem protagonizou alguns momentos da fala de Cândido Mendes, pois tematizou o avanço tecnológico. Recomendou o reconhecimento constitucional dos “novos direitos” e a estipulação de algumas garantias para sua eficácia. Ao defender a positivação dos “novos direitos”, Cândido Mendes alertou que “(...) Em primeiro lugar, o problema fundamental de que hoje não temos apenas a defender o corpo; estamos diante do rapto da alma, os registros eletrônicos e a informática permitem, na instalação desse crime moderno, a ditadura da versão e da ficha sobre a verdade da pessoa” (BRASIL, 1987, p. 64), citando inclusive exemplos das experiências portuguesa e espanhola para reforçar a inclusão do *habeas data* na Constituição. Mais adiante, argumenta que

[...] a velha garantia da privacidade pode ser presumida pela intransgredibilidade do *domus*, ou da casa. Hoje, diante das teleobjetivas, dos sensores eletrônicos, ela se torna um muro de vidro, um espaço devassado, exposto à publicidade. Aquela velha noção de Radbruch, por exemplo, de que ainda existe o espaço da pessoa na sociedade eletrônica e na tecnologia contemporânea. Uma Constituição, que os Srs. vão elaborar para esse tempo, precisa definir, ao lado da presunção arrambada da intransgredibilidade do *domus*, a possibilidade de se definir a reserva da intimidade como algo fundamental. (BRASIL, 1987, p. 64).

Influenciada, portanto, pelas Constituições Portuguesa (1976)<sup>4</sup> e Espanhola (1978)<sup>5</sup>, a Constituição Brasileira estabeleceu, expressamente, que a honra, a intimidade a vida privada e a imagem são direitos fundamentais. Sobre a inserção destes direitos no texto constitucional de 1988, José Afonso da Silva (2003, p. 221-238) afirma que “se compararmos esse dispositivo com o art. 18.1, da Constituição Espanhola, perceberemos sem esforço a semelhança que autoriza a reconhecer que este constitui fonte daquele (...) é nítida a filiação do texto brasileiro ao texto espanhol”.

Sem embargo, a inclusão direito à própria imagem se deu de modo distinto. Há três menções em três *locus* diferentes. Esta tripartição abriu uma discussão doutrinária sobre se se trata do

---

Constituinte de 1987: quais são, onde buscá-las e como usá-las. Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, 1993.

<sup>4</sup> Cfr: CRP-1976, Artigo 26.º Outros direitos pessoais 1. A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à protecção legal contra quaisquer formas de discriminação. 2. A lei estabelecerá garantias efectivas contra a obtenção e utilização abusivas, ou contrárias à dignidade humana, de informações relativas às pessoas e famílias. 3. A lei garantirá a dignidade pessoal e a identidade genética do ser humano, nomeadamente na criação, desenvolvimento e utilização das tecnologias e na experimentação científica. 4. A privação da cidadania e as restrições à capacidade civil só podem efectuar-se nos casos e termos previstos na lei, não podendo ter como fundamento motivos políticos.

<sup>5</sup> Cfr: CE-1978, Artículo 18. 1. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. 2. El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito. 3. Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial. 4. La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos.

mesmo objeto de proteção jurídica, ou se existe uma diferença conceitual no enunciado do direito à própria imagem nos três incisos:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

-V- é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

[...]

-X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

[...]

-XXVIII - são assegurados, nos termos da lei:

a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas;

Apesar de não poder discorrer de forma aprofundada no espaço facultado a este trabalho, é inevitável convergir que o conceito constitucional do *enunciado* do direito à própria imagem é único, e não bi ou tripartite (CUNHA E CRUZ, 2009a, 2009b, 2012, 2013, 2015)<sup>6</sup>. Ao analisar as três citações no texto constitucional, pode-se conjecturar que, de fato, a intenção do constituinte ao tratar a imagem no inciso X do art. 5º foi inseri-la no contexto da inviolabilidade pessoal, junto com os demais direitos da personalidade ali localizados: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. A inclusão da expressão dano moral ou material unida às perspectivas genética e histórica do texto constitucional credenciam e consubstanciam as interpretações sistemática e teleológica de que o direito à própria imagem tem como conceito: *a faculdade de aproveitar (positiva) ou de excluir (negativa) a representação gráfica das expressões ou evocações pessoais visíveis do aspecto físico externo que singularizam e tornam reconhecível a figura da pessoa humana* (CUNHA E CRUZ, 2009a, 2009b, 2012, 2013, 2015).

Os atos, fatos, estados ou posições jurídicas que afetem o aludido âmbito temático (*a faculdade de aproveitar (positiva) ou de excluir (negativa) a representação gráfica das expressões ou evocações pessoais visíveis do aspecto físico externo que singularizam e tornam reconhecível a figura da pessoa humana*) deste direito de defesa<sup>7</sup> configuram o âmbito da proteção jurídico-

<sup>6</sup> As razões para a configuração deste argumento são detalhadas em: CUNHA E CRUZ, Marco Aurélio Rodrigues da. La configuración constitucional del derecho a la propia imagen en la Constitución brasileña de 1988. Sevilla: Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 2009. Disponível em: <http://fondosdigitales.us.es/tesis/tesis/866/la-configuracion-constitucional-del-derecho-la-propia-imagen-en-la-constitucion-brasileña-de-1988/>>. Acesso em: 21 ago. 2017; CUNHA E CRUZ, Marco Aurélio Rodrigues da. El concepto constitucional del derecho a la propia imagen en Portugal, España y Brasil. Araucaria (Madrid), v. 22, p. 17-50, 2009; CUNHA E CRUZ, Marco Aurélio Rodrigues da. Anotações sobre o conceito do direito à própria imagem do Código Civil. Revista de Informação Legislativa, v. 196, p. 27-38, 2012; CUNHA E CRUZ, Marco Aurélio Rodrigues da. El concepto constitucional del derecho a la propia imagen en España y en Brasil. Revista Espaço Jurídico, v. 2, p. 349-384, 2013; CUNHA E CRUZ, Marco Aurélio Rodrigues da. A configuração constitucional do direito à própria imagem. Joaçaba: Editora UNOESC, 2015.

<sup>7</sup> Adota-se a classificação de Alexy (2012, p. 303) de que o direito à própria imagem tem a estrutura de um direito de defesa, um direito a ações negativas por parte do destinatário do direito fundamental. A própria expressão “são invioláveis” resultam a sua sub-categorização em um direito “à não afetação de características ou situações”.

-constitucional *prima facie* do direito fundamental à própria imagem, independentemente da consideração de outras variáveis. A definição deste âmbito de proteção do direito à própria imagem, reforça-se, é apenas a definição daquilo que é protegido *prima facie*, mas há de ser consignar que pode sofrer restrições posteriores antes de se decidir pelo que será protegido definitivamente<sup>8</sup>.

Nada obstante, a opinião da doutrina admite que na “imagem” do inciso X está compreendida a proteção do ponto de vista moral/negativo (AFFORNALLI, 2003; ALMEIDA, 2000; ARAÚJO, 1996, 2003, 2006; ARAÚJO, 2006; ARRIBAS, 2004; BELLINI JUNIOR, 2003; BERTI, 1993, 1996; BONJARDIM, 2002; CAHALI, 2011; D’ALVA, 2004; DIAS, 2000; DINIZ, 2002a, 2002b, 2008; FACHIN, 1999; JABUR, 2000, 2004; LIMA, 2001, 2003; MELLO, 2004; MELO, 2005; MORAES, 1989; NETTO FRANCIULLI, 2004; OLIVEIRA, 2005; RODRIGUES, 2005; RSTON, 2004; SAHM, 2002; SANTO, 2005; SANTIAGO, 2005; SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2013; SILVA, 2012; TERREL, 2003), pois como sustenta Gilberto Haddad Jabur (2004, p. 11-44) “é inquestionável o direito da pessoa, posto que respeitante à personalidade, em não ter divulgada a sua imagem, tenha ou não a divulgação fins lucrativos [...] retratar uma pessoa sem que ela saiba ou contra a sua vontade é um ato ilícito, ofensivo ao direito à própria imagem”. Na mesma linha, Silma Mendes Berti (1996, p. 182) aduz que “o direito à imagem, que integra uma área de estudos relativamente recentes, consiste na faculdade que tem a pessoa de impedir a captação, reprodução e divulgação não consentida de sua imagem, e de poder utilizá-la, dentro dos limites impostos pela natureza e pela lei”. Na mesma linha, Silvio Beltrão (2005, p. 123) admite que:

A imagem que se protege como direito da personalidade é aquela que pode ser reproduzida através de representações plásticas, compreendendo o direito que tem a pessoa de proibir a divulgação de seu retrato. A imagem é a figura, representação, semelhança ou aparência de uma pessoa ou coisa. Para o direito da personalidade, a imagem é entendida como a representação gráfica da figura humana, mediante procedimento de reprodução mecânica ou técnica. Juridicamente, é facultada exclusivamente à pessoa do interessado a difusão ou publicação de sua própria imagem e, com isso, também o seu direito de evitar a sua reprodução, por se tratar de direito da personalidade. Assim, a reprodução da imagem da pessoa não pode ser publicada ou exposta sem a devida autorização da pessoa retratada. (BELTRÃO, 2005, p. 123).

Outrossim, também converge a doutrina em incluir o aspecto positivo na proteção jurídica da “imagem” do inciso X. Esta integração dos dois aspectos (negativo e positivo) no texto conduz a uma abertura do âmbito de proteção ao alargar a hipótese jurídica de tutela constitucional e, por conseguinte, maiores reflexões e projeções constitucionais do direito à própria imagem. Neste contexto, Maria Cecília Naréssi Munhoz Affornalli observa que:

[...] o direito à imagem compõe-se de elemento moral e material, resultando deste fato a alegação de que possui conteúdo duplo. O conteúdo moral se evidencia quando da proteção do interesse da pessoa que deseja impedir a divulgação de sua

<sup>8</sup> Virgílio Afonso da Silva (2014, p. 109), na defesa de um suporte fático amplo, revela que “a pergunta sobre <o que faz parte do âmbito de proteção de um direito fundamental> tem consequências menos drásticas aqui, e poderia ser substituída pela pergunta: <o que é protegido *prima facie* por esse direito?>”.

imagem, e o elemento material dá ao titular do direito a possibilidade de exploração. (AFFORNALLI, 2003, p. 37).

Há, portanto, posturas doutrinárias e jurisprudenciais de que estão compreendidas no âmbito de proteção do inciso X os dois sentidos, o negativo e o positivo, de exclusão e de fruição, moral e patrimonial. Uma decisão representativa desta afirmação é a do caso Cássia Kis (RE 215984/2002), em que uma revista havia publicado as fotos da atriz, sem consentimento, com intenção manifestamente comercial. A discussão foi sobre a possibilidade de indenização por dano moral combinada com a indenização patrimonial pelo uso inconstentido da imagem da titular.

Por outra parte, segundo entendimento doutrinário (ASCENSÃO, 1984, 1987, 1992; CHAVES, 1982a, 1982b, 1988; COSTA NETTO, 1981; RABELLO, 1978; SANTIAGO, 2005; TERREL, 2003), no inciso XXVIII, alínea “a”, do artigo 5º, a mensagem principal deste dispositivo é a proteção da imagem de uma pessoa de forma subsidiária, no contexto do direito de arena, pois se protege o titular da imagem que contribuiu em uma obra coletiva ou espetáculo: “são assegurados, nos termos da lei: a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas”. Ao se examinar a topografia deste inciso, há de se notar que a sua localização atende uma sistemática constitucional que não está no inicial catálogo de direitos fundamentais individuais de conteúdo pessoal, mas sim dos direitos fundamentais individuais de conteúdo patrimonial<sup>9</sup>. Com efeito, a gramaticalidade e a sistemática (topografia) do texto levam a conclusão que a “imagem” neste inciso alocada está dentro do contexto do direito à propriedade intelectual<sup>10</sup>. Tutela-se, pois, o coautor ou o partícipe que criou “a obra”, assim como quem haja participado individualmente nesta com sua imagem ou com sua voz.

<sup>9</sup> Art. 5o, [...] “XXII - é garantido o direito de propriedade; XXIII - a propriedade atenderá a sua função social; XXIV - a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição; XXV - no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano;

XXVI - a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família, não será objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva, dispondo a lei sobre os meios de financiar o seu desenvolvimento; XXVII - aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar; XXVIII - são assegurados, nos termos da lei:

a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas;

b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas;

XXIX - a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País; XXX - é garantido o direito de herança; XXXI - a sucessão de bens de estrangeiros situados no País será regulada pela lei brasileira em benefício do cônjuge ou dos filhos brasileiros, sempre que não lhes seja mais favorável a lei pessoal do “de cujus”.

<sup>10</sup> Carlos Aberto Bittar (2005, p. 01-02), para meditar sobre o direito de autor, reporta-se aos direitos privados na classificação tradicional da divisão tripartite do Direito Romano (i) *jura in persona ipsa*: direitos pessoais, posição do ser humano na sociedade, compreendendo os relativos ao estado individual, ao estado familiar e ao estado político; (ii) *jura in persona aliena*: direitos obrigacionais, referentes aos diversos vínculos, decorrentes da vontade ou da lei, que unem as pessoas entre si, no comércio jurídico, em relações de índole contratual ou extracontratual; (iii) *jura in re materialia*: direitos reais, correspondentes às relações das pessoas com respeito a coisas materiais existentes, vínculos que as prendem a seus titulares frente à coletividade. Sobre os direitos de propriedade intelectual, agrega os (iv) *jura in re intellectualia*: direitos intelectuais, referentes às relações entre a pessoa e as coisas (bens) imateriais que cria e traz a lume, entre os seres humanos e os produtos de seu intelecto, expressos sob determinadas formas, a respeito dos quais detêm verdadeiro monopólio. “[...] incidem sobre as criações do gênio humano, manifestadas em formas sensíveis, estéticas ou utilitárias, ou seja, voltadas, de um lado, à sensibilização e à transmissão de conhecimentos e, de outro, à satisfação de interesses materiais do homem na vida diária”. (BITTAR, 2005, p. 03).

Ainda, ao se deparar com a interpretação genética do dispositivo, na 9ª reunião realizada em 27 de abril de 1987 (3ª Reunião de Audiência Pública) da Subcomissão de Direitos e Garantias Individuais, palestrou o escritor José Loureiro sobre o “Direito autoral” (1987, p. 74-75). Para esta intervenção, José Loureiro utilizou a doutrina de Antônio Chaves<sup>11</sup> e as premissas positivadas da lei de direito de autor vigente à época: Lei n. 5.988, de 14 de dezembro de 1973. Pode-se encontrar, portanto, a raiz da redação do inciso XVIII, “a”, se examinado o artigo 100, do Capítulo IV (direito de arena), do Título V (dos direitos conexos), da derogada Lei n. 5.988/1973:

Art. 100. A entidade a que esteja vinculado o atleta, pertence o direito de autorizar, ou proibir, a fixação, transmissão ou retransmissão, por quaisquer meios ou processos de espetáculo desportivo público, com entrada paga. Parágrafo único. Salvo convenção em contrário, vinte por cento do preço da autorização serão distribuídos, em partes iguais, aos atletas participantes do espetáculo.

Art. 101. O disposto no artigo anterior não se aplica à fixação de partes do espetáculo, cuja duração, no conjunto, não exceda a três minutos para fins exclusivamente informativos, na imprensa, cinema ou televisão.

O chamado “direito de arena” foi uma inovação brasileira no âmbito dos direitos de propriedade intelectual. Afirmava José de Oliveira Ascensão (1987) que nem o ordenamento jurídico português nem em qualquer outro havia uma previsão análoga. O “direito de arena”, segundo Antônio Chaves (1988, p. 15), seria a “prerrogativa que compete ao esportista de impedir que terceiros venham, sem autorização, divulgar tomadas de sua imagem ao participar de competição, ressalvados os casos expressamente previstos em lei”. Neste sentido, aclara José de Oliveira Ascensão que:

[...] o direito de arena surge a propósito de um espectáculo desportivo público, com entrada paga (art. 100). Pressupõe portanto a intervenção de participantes que são genericamente designados pela lei como atletas. Todavia, o direito de arena não é atribuído ao atleta, mas sim à entidade a que esteja vinculado o atleta (ou ao clube, em linguagem mais corrente). É esta que tem o direito de autorizar, ou proibir, o aproveitamento do espectáculo [...]. (ASCENSÃO, 1992, p. 37-42).

O titular do “direito de arena” é a entidade a que pertence o atleta. Este, por sua vez, terá a proteção constitucional de seu direito à própria imagem pela participação individual no espetáculo. O “direito de arena” alcança o conjunto do “espetáculo” e o direito à própria imagem se destina a proteger a pessoa individualizada. Esta é uma situação que ocorre regularmente nas partidas de futebol em que as equipes teriam o “direito de arena” de negociar, autorizar e proibir a transmissão ou a retransmissão da “imagem do espetáculo” do qual fazem parte, enquanto que aos partícipes-atletas lhes estaria assegurada constitucionalmente a proteção da participação individual pelo uso da representação gráfica de sua própria imagem. Esta é a uma posição consolidada na doutrina<sup>12</sup>. O do inciso XVIII, “a”, do art. 5º, protege constitucionalmente a “imagem

<sup>11</sup> Cfr.: CHAVES, Antônio. *Direito de Autor*. Rio de Janeiro, Forense, 1987.

<sup>12</sup> Para melhor estudar o “direito de arena”, cfr.: ASCENSÃO, J. O. *Direito ao Espectáculo*. Boletim do Ministério da Justiça, Lisboa, nº 366, p 41-55, maio 1987; ASCENSÃO, J. O. Uma inovação da lei brasileira: o direito de arena. *Jurisprudência brasileira, cível e comércio*, nº 167, p.37-42, 1992; ASCENSÃO, J. O. *Princípios constitucionais do direito de autor*. *Revista brasileira de direito constitucional*, n.5, p.429-442, 2005; ASCENSÃO, J. O. *Direitos de Não-Atletas Participantes de Espectáculo Desportivo Público*. *Tabulae*, v.16, n.13, p. 23-52, dez., 1984; ALMEIDA, S. J. A. C. *Direito*

participativa”, a participação da pessoa que por meio de sua imagem integra a “obra coletiva”. Com a redação deste dispositivo, reconhece-se, de fato, a proteção do conteúdo patrimonial do direito à própria imagem do inciso X (inviolabilidade pessoal).

Por seu turno, a proteção do disposto no inciso V do art. 5º da Constituição de 1988 se relaciona gramatical e sistematicamente com o direito de resposta: “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano moral, material ou à imagem”. Ainda que existam posições contrárias (DONNINI; DONINNI, 2002, p. 62-63; SILVA JÚNIOR, 2002, p.74), é iniludível observar que o *iter constituinte*, ao se referir ao “dano a imagem”, não criou nova fórmula de indenização, porquanto esta espécie de dano se insere no dano moral<sup>13</sup>. Pretendeu sim garantir, de modo eloquente, o direito de resposta e ao mesmo tempo a indenização pela violação ao direito à própria imagem, conferindo a este um papel relevante. Nada se inova do já exposto conceito do inciso X (inviolabilidade pessoal). A interpretação genética deste inciso também deve levar em conta a influência da exposição de Cândido Mendes (1987, p. 69-70):

Meu Deus! O direito de resposta. Vamos ficar na declaração mofina, pobre, covarde, da presente Constituição, sabemos que o direito de resposta como ele está vulnera a pessoa, num câncer irremissível? A resposta está à altura da violência das mídias, que destroem uma imagem, publicando o que querem, e permitem que a resposta venha numa pequena, enfermiça e pobre nota, sem qualquer tipo de equilíbrio possível? O apelo da Comissão de Justiça e Paz aos Srs. Constituintes, é no sentido de que, ao regularem o direito de resposta - são tantas coisas - definam, por favor, a proporcionalidade, no texto, e a instantaneidade entre a agressão sofrida e a sua correção. A mais silenciosa, a mais violenta das agressões que caracteriza a tirania das mídias, em nosso tempo, é a falta de balanço e de convalidamento constitucional do direito de resposta, dentro desse quadro. É outro desses novos direitos que nos parecem fundamentais e deve ser reconhecido. [...] é preciso também que se dissocie a imediateza, que é a restauração imediata, digamos assim, da ideia de que não é ela apenas que irá eliminar, depois, a composição pecuniária, que é outro problema. A colocação clássica é a seguinte: de que adiantam todas as indenizações do mundo, se a honra é irrecuperável? Então

---

autoral e direito de arena. RTDC, v.1, n.4, p.79-96, out./dez., 2000; BELLINI JUNIOR, J. Reflexos tributários na cessão do direito de imagem e uso do nome profissional. Interesse Público, v.5, n.22, p.107-124, nov./dez., 2003; CHAVES, A. Direito de arena, também um direito do juiz. Revista brasileira de educação física e desportos, v.11, n.50, p.33-35, abr./set., 1982; CHAVES, A. Direito de arena. Campinas: Julex Livros, 1988; CHAVES, A. Direito de arena. Revista da Faculdade de direito da Universidade de São Paulo, v.77, p.235-256, jan./dez., 1982; COSTA NETTO, J. C. Direito de arena, a defesa do atleta. Revista brasileira de educação física e desportos, v.10, n.47, p.11-12, jul./set., 1981; FRANCKINI, J. C. O Contrato de imagem - artigo 42, lei n. 9.651/98 - como um instrumento à fraude. Justiça do Trabalho, v.20, n.236, p.59-61, ago. 2003; GRISARD, L. A. Considerações sobre a relação entre contrato de trabalho de atleta profissional de futebol e contrato de licença de uso de imagem. Justiça do Trabalho, v.20, n.229, p.54-63, jan., 2003; PIMENTA, E. S. O direito de arena e a empresa de radiodifusão. Revista jurídica mineira, v.9, n.109, p.7-12, set./out., 1994; RABELLO, J. G. J. Do Direito de arena. Revista de jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, v.12, n.54, p.13-18, set./out., 1978; SANTIAGO, M. R. Direito de arena. Revista de direito privado, v.6, n.22, p.226- 240, abr./jun., 2005; TERREL, J. R. O direito de arena e o contrato de licença de uso de imagem. Revista do Direito Trabalhista, v. 9, nº 11, p. 17-21, Nov. 2003.

<sup>13</sup> Segundo Miguel Reale (1992, p. 20 e ss.), a doutrina francesa consagrou a expressão *dommage moral*, a qual foi majoritariamente adotada no Brasil. Por outra parte, a doutrina alemã o denominou dano não patrimonial (*der nicht vermögensschaden ist*), expressão acolhida também pela doutrina italiana (art. 2.059, Código Civil Italiano de 1942). O dano moral como se entende hoje tem um conceito que tende a ser o dano que não afete o patrimônio da vítima, o dano não patrimonial (GÓMEZ POMAR, 2000). A existência do dano moral tem sido também vinculada à teoria dos direitos da personalidade (PÉREZ FUENTES, 2004), pois se refere justamente este tipo de indenização a uma vulneração aos direitos próprios da personalidade humana.

é evidente que as duas colocações têm de ser definidas para garantir o direito de resposta na atribuição do direito à vida.

Está claro que com a genética da redação do inciso V do artigo 5º o constituinte se propôs a proteger, de forma ampla e integral, o jurisdicionado de um ataque aos seus direitos da personalidade. É indissociável que o texto do citado dispositivo normativo condensa as elucidativas palavras de Cândido Mendes que se acaba de transcrever. A força expansiva da imprensa, quando às vezes noticia fatos de maneira distorcida, motivou esta expressa e inequívoca preocupação positivada na Constituição. O direito de resposta seria, portanto, mais uma garantia de proteção aos direitos da personalidade, unido, é claro, ao papel institucional de salvaguarda do direito à informação. Exerce o papel de proteção de um direito individual do titular e, ao mesmo tempo, atua como uma garantia de que a sociedade deve receber uma informação veraz. Não se configura materialmente apenas como um direito individual fundamental, senão como uma garantia constitucional para a eficácia de outros bens jurídicos fundamentais protegidos (CARRILLO, 1988; CHINCHILLA MARÍN, 1987).

Neste contexto de proteção do indivíduo (subjeto) e da sociedade (objeto), é que se configura o âmbito de proteção do direito de resposta. Primando por uma interpretação sistemática, lê-se que o direito de resposta é precedido da enunciação da livre manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato. O inciso que antecede o direito de resposta, portanto, deixa clara a ideia de responsabilização ampla e plena de quem manifestar livremente seu pensamento com repercussões ofensivas na vida de terceiros (CUNHA E CRUZ; ARAGÃO, 2014). Esta responsabilização foi discutida na ADPF 130 (ADPF 130, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 30-4-2009, Plenário, DJE de 6-11-2009), na qual o Supremo Tribunal Federal (STF) entendeu que a Lei de Imprensa; Lei nº 5.250 de 9/2/1967, que disciplinava o direito de resposta nos artigos 29 ao 36, e nos artigos 68 e 75 estatuiu a publicação na íntegra da decisão judicial cível ou criminal; não foi recepcionada *in totum* pela CF-88. Algumas problematizações foram suscitadas com este *vacuum legis*, mas a Lei n. 13.188 de 11 de novembro de 2015 é a que agora vige para dispor sobre “o direito de resposta ou retificação do ofendido em matéria divulgada, publicada ou transmitida por veículo de comunicação social”.

Ante a exposição dos incisos que tratam sobre o direito à própria imagem, a interpretação que se deve fazer, considerando a Constituição um texto normativo contextualizado, articulado, sistematizado e lógico é que os citados três dispositivos constitucionais aludem a um unívoco enunciado sobre o conceito deste direito individual fundamental de defesa: a faculdade de aproveitar (positiva) ou de excluir (negativa) a representação gráfica das expressões ou evocações pessoais visíveis do aspecto físico externo que singularizam e tornam reconhecível a figura da pessoa humana (CUNHA E CRUZ, 2009, p. 661).

Sem embargo, a doutrina majoritária brasileira divide o direito à própria imagem em imagem-retrato, que coincide com a proteção das exteriorizações visuais cognitivas da personalidade humana; e imagem-atributo, que consiste na tutela do conceito de “imagem social” do indivíduo, procedente do desenvolvimento de suas relações sociais (ARAÚJO, 1996, 2003, 2006; BATISTA; VALLE, 2004; BONJARDIM, 2002; DINIZ, 2002, JABUR, 2000, 2004; NETTO FRANCIULLI, 2004; RODRIGUES, 2005; PEREIRA DE SOUZA, 2003), incluindo a pessoa jurídica como titular. Todavia, ao examinar as argumentações da expressiva maioria doutrinária, comprova-se que grande parte

dos autores, alguns de maneira manifestamente explícita, e outros por via obliquamente reflexa, aproximam ou confundem o conceito de imagem-atributo com a concepção fática de honra, bem como com o conceito contemporâneo do direito à identidade pessoal. (CUNHA E CRUZ, 2009a, 2009b, 2012, 2013, 2015).

Alexy (2013, p. 259), alerta que a dogmática articular dois modos de um “controle de consistência”. A comprovação sistemática em sentido estrito questiona se os enunciados dogmáticos e as normas jurídicas são logicamente compatíveis entre si. Se as decisões a serem fundamentadas mediante os enunciados dogmáticos e as normas jurídicas são compatíveis entre si segundo pontos de vista práticos de tipo geral são “controlados” na comprovação sistemática em sentido amplo.

Muitos autores utilizam os conceitos de fama, prestígio e reputação para construir o âmbito de proteção da chamada “imagem-atributo”. Outros afirmam que o inciso X protege a inviolabilidade moral e o V o “retrato moral” do indivíduo, da empresa, do produto. Há um exemplo para ilustrar de um religioso católico que se sentiria ofendido na sua imagem-atributo se afirmado que é ateu ou de outro grupo religioso. Outro exemplo é de um advogado que construiu sua imagem-atributo defendendo os trabalhadores e outro que a construiu na defesa de grandes grupos econômicos. Esta perspectiva imagética teria analogia com conteúdo publicitário. Alguns autores afirmam que estão contidos no âmbito de proteção da imagem-atributo o direito à verdade pessoal, à história pessoal.

Efetivamente, a comprovação sistemática do enunciado<sup>14</sup> da “imagem-atributo” não supera os argumentos de refutação da referida tese, os quais residem em que esta não delimita, de modo convincente, o objeto do direito à própria imagem nem aclara seus objetivos, entrelaçando de forma confusa o que seria ofensivo à esta suposta figura jurídica com as vulnerações à honra e à identidade pessoal. Muitos consideram que os conceitos de “reputação” e “fama” estão protegidos pelo direito à imagem-atributo, inobstante estas figuras serem inerentes ao bem jurídico honra. Já dizia Beccaria (2005, p. 47) que a palavra honra é uma das que se fizeram os mais brilhantes raciocínios, sem se indicar uma ideia fixa e precisa. A concepção fática de honra leva a entendê-la como o conjunto de valores, qualidades morais, intelectuais que determinam o mérito do indivíduo no meio em que vive; é a projeção pessoal a partir da consideração alheia. Representa o valor social do indivíduo, pois está conectado à sua aceitação ou aversão dentro dos círculos sociais em que se desenvolve (CUNHA E CRUZ, 2009, p. 216). A honra possui, pois, um duplo aspecto: o subjetivo, compreensivo das representações que o sujeito tem de si mesmo e a vontade de afirmar o próprio valor, e o objetivo, que seria a boa reputação ou fama; isto é; a honra pode ser considerada como a estima/sentimento que a pessoa tem de si mesma e a reputação que cada pessoa goza na sociedade ou grupo ao qual pertence (GONZÁLEZ PEREZ, 1993, p. 32-33). Do argumento da tese que conecta a imagem-atributo a estes conceitos predomina, por certo, o conceito vulgar de imagem, uma concepção que não é validamente científica porque equivale conceitualmente ao que protege o direito à honra<sup>15</sup>.

<sup>14</sup> Robert Alexy (2013, p. 257) adverte que há de se diferenciar a fundamentação da comprovação de enunciados dogmáticos. A fundamentação é quando um enunciado decorre de outros enunciados. A comprovação se dá quando se questiona se são aceitáveis os enunciados que derivam de um enunciado. Comenta que “O que especifica os enunciados dogmáticos é o fato de poderem ser comprovados sistematicamente”.

<sup>15</sup> Ainda que inicialmente voltada a sua crítica para o “problema da indução” em ciências empíricas, Popper (2013) admite que “Um cientista, seja teórico ou experimental, formula enunciados ou sistemas de enunciados e verifica-os um a um. [...] A tarefa da lógica da pesquisa científica, ou da lógica do conhecimento, é, segundo penso, proporcionar

De outro lado, não se pode pretender tampouco incluir no conceito de imagem-atributo a verdade pessoal, a história pessoal, a identidade genética ou o “ser você mesmo”, isto é, a exigência de não ver distorcido o perfil individual-social da personalidade da pessoa, pois são bens jurídicos que constituem âmbito de proteção do direito constitucional à identidade pessoal (CHOERI, 2010). O direito à identidade contemporâneo tem sua gênese positivo-constitucional na Constituição Portuguesa de 1976. A doutrina constitucional autorizada tende a conceituá-lo como o direito da pessoa de exigir que sua personalidade não seja representada de maneira infiel, tergiversada, desnaturalizada ou alterada por meio de imputação de condutas, atributos ou qualidades que não tem relação com ela ou pela omissão das características determinantes para sua configuração: o direito a não ver alterado o próprio perfil, psicossomático, intelectual, político, social, religioso, ideológico e profissional (GARCIA, 2001; CHOERI, 2010; CUNHA E CRUZ, 2009a, 2009b, 2013, 2015). Quando há alteração, afetação ou eliminação em suas características e qualidades ou quando a pessoa é representada com qualidades e atributos inexistentes projeta-se uma violação ao âmbito de proteção do direito à identidade (CHOERI, 2010).

Neste sentido, se ligado o direito à imagem-atributo a estes conteúdos, não pode ser ele considerado autônomo, porquanto contradiz seu objeto jurídico com outros enunciados dogmáticos, não tem regras próprias, nem se determina por si mesmo, subsumindo-se ou no conceito do direito à honra ou no direito à identidade pessoal. Em síntese: não pode prevalecer a “híbrida” concepção de imagem-atributo, que ora participa das iminentes raízes conceituais com a teoria do direito à honra, ora é equivalente aos fundamentos do direito à identidade pessoal contemporâneo. Suas bases lógico-doutrinárias, que sustentam sua hipotética configuração conceitual constitucional, não possuem consistência teórico-jurídica e, portanto, não superam uma validade científica da autonomia de sua proposta.

Regina Beatriz Tavares da Silva (2012, p. 49-50) advoga por um conceito do direito à própria imagem reduzido ao aspecto da “projeção física e plástica do indivíduo”, para que as autonomias dos bens jurídicos da imagem e da honra sejam preservadas. Adverte que se por acaso o constituinte confundiu a honra e a imagem no inciso V, do artigo 5º da Constituição de 1988, não cabe ao intérprete perpetuar a confusão com a denominação/classificação imagem-retrato/imagem-atributo, porque esta última confunde a imagem com a honra. Ingo Wolfgang Sarlet (2013, p. 439-442) ressalta a autonomia do direito à própria imagem e robustece que tal direito possui âmbito de proteção dissociado do direito à honra e do direito à intimidade. Rechaça, pois, que em tal âmbito de proteção caiba a “imagem-atributo”, pois esta figura está vinculada à “imagem social” protegida pela honra.

Importa saber, portanto, como tem sido o diálogo do Supremo Tribunal Federal com o âmbito de proteção do direito à própria imagem. Esta interrogação será respondida no próximo tópico.

---

uma análise lógica desse procedimento, ou seja, analisar o método das ciências empíricas” (POPPER, 2013, p. 27). Mais adiante afirma que “O ato inicial, o ato de conceber ou inventar uma teoria, parece-me não reclamar análise lógica, nem ser dela suscetível. A questão de saber como uma ideia nova ocorre ao homem [...] - pode revestir-se de grande interesse para a psicologia empírica, mas não interessa à análise lógica do conhecimento científico. Esta última diz respeito não a questão de fato (o quid facti? de Kant), mas apenas a questões de justificação ou validade (o quid iuris? de Kant)” (POPPER, 2013, p. 30). Ao avançar sobre a “prova dedutiva de teorias” Popper (2013, p.31) observa que “A partir de uma ideia nova, formulada conjecturalmente e ainda não justificada de algum modo - antecipação, hipótese, sistema teórico, ou algo análogo - podem-se tirar conclusões por meio de dedução lógica. Essas conclusões são em seguida comparadas entre si e com outros enunciados pertinentes, de modo a descobrir que relações lógicas (equivalência, dedutibilidade, compatibilidade, ou incompatibilidade) existem no caso”.

### 3 CONSIDERAÇÕES SOBRE O DIREITO FUNDAMENTAL À PRÓPRIA IMAGEM NO DISCURSO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A base da argumentação no âmbito dos direitos fundamentais também é composta, inicialmente, pelos precedentes (ALEXY, 2012, p. 554). A relevância do exame das decisões do STF provém da sua atribuição constitucional de intérprete e guardião da Constituição prevista no *caput* do art. 102<sup>16</sup>. Com efeito, apesar de instado em algumas oportunidades, o STF não discutiu a aqui combatida bipartição conceitual do enunciado do direito à própria imagem, talvez porque não se chegou a suscitar esta demarcação.

O critério da escolha da amostra dos acórdãos se deu, prioritariamente, pelo protagonismo da discussão sobre o direito à própria imagem, ainda que em alguns casos tenha sido tal direito citado como importante, mas ficado entremeado ou confundido com outros direitos da personalidade. A divisão das decisões da Corte se deu, em um primeiro momento, de acordo com a cronologia. O STF, *ab initio*, procurou reconhecer e conferir autonomia ao direito à própria imagem, enfocando seu aspecto positivo/patrimonial. Contudo, *a posteriori*, vinculou o direito à própria imagem a outros direitos fundamentais, causando uma mescla conceitual. Por isso, duas categorias a seguir serão descritas: a) as anteriores à Constituição de 1988 e de afirmação jurídica do direito à própria imagem; b) as posteriores à Constituição de 1988, a destacar a mediação na discussão jurídica.

Nos julgados *anteriores à Constituição de 1988*, o primeiro acórdão a ser reportado é o Caso “Denis Carvalho”, RE 91328 (RE 91328/SP, Relator: Min. Djaci Falcão, Julgamento 02/10/1981, Segunda Turma, Publicação: DJ -11-12-1981, PG-12605). Trata-se de uma demanda de dois artistas brasileiros, Denis Carvalho e Elizabete Mendes de Oliveira (Bete Mendes), que pediram uma indenização ao Instituto Cultural e Editora *Canadian Post* Ltda, que havia utilizado de modo indevido suas fotografias em várias revistas, sem sua autorização, para divulgar um curso que a empresa iria ministrar, chamado “Dicas para sua paquera”. A instância inferior havia argumentado a inexistência de lei expressa sobre o direito à própria imagem, mas fundamentou, adequadamente, que tal bem da personalidade não poderia estar desprotegido juridicamente. Advertiu-se que tanto a doutrina como a jurisprudência já estavam reconhecendo vários direitos da personalidade, e dentre estes o direito à própria imagem. Rechaçou-se a argumentação da revista de que o pedido seria juridicamente impossível, baseando a decisão nos artigos científicos de Antônio Chaves e de

<sup>16</sup> “A força normativa da CR e o monopólio da última palavra, pelo STF, em matéria de interpretação constitucional. O exercício da jurisdição constitucional - que tem por objetivo preservar a supremacia da Constituição - põe em evidência a dimensão essencialmente política em que se projeta a atividade institucional do STF, pois, no processo de indagação constitucional, assenta-se a magna prerrogativa de decidir, em última análise, sobre a própria substância do poder. No poder de interpretar a Lei Fundamental, reside a prerrogativa extraordinária de (re)formulá-la, eis que a interpretação judicial acha-se compreendida entre os processos informais de mutação constitucional, a significar, portanto, que “A Constituição está em elaboração permanente nos Tribunais incumbidos de aplicá-la”. Doutrina. Precedentes. A interpretação constitucional derivada das decisões proferidas pelo STF - a quem se atribuiu a função eminente de “guarda da Constituição” (CF, art. 102, *caput*) - assume papel de essencial importância na organização institucional do Estado brasileiro, a justificar o reconhecimento de que o modelo político-jurídico vigente em nosso País confere, à Suprema Corte, a singular prerrogativa de dispor do monopólio da última palavra em tema de exegese das normas inscritas no texto da Lei Fundamental”: ADI 3.345, Rel. Min. Celso de Mello, j. 25-8-2005, Pleno, DJE de 20-8-2010. No mesmo sentido: AI 733.387, Rel. Min. Celso de Mello, j. 16-12-2008, 2ª T, DJE de 1º-2-2013; HC 91.361, Rel. Min. Celso de Mello, j. 23-9-2008, 2ª T, DJE de 6-2-2009; RE 227.001 ED, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 18-9-2007, 2ª T, DJ de 5-10-2007.

Walter Moraes e em algumas decisões de Tribunais regionais para sustentar a consistência teórico-jurídica do direito à própria imagem.

Sem embargo, o STF não examinou o mérito da demanda. Não conhece o recurso por um critério formal, mas reconheceu, ao acatar o argumento do Ministério Público, de que existia sim regulação expressa positivada sobre o direito à própria imagem: o art 666, X, do Código Civil de 1916: “Direito à proteção da própria imagem, diante da utilização de fotografia, em anúncio com fim lucrativo, sem a devida autorização da pessoa correspondente. Indenização pelo uso indevido da imagem. Tutela jurídica resultante do alcance do Direito Positivo”. O Tribunal, portanto, ainda que sob a égide da Emenda n. 1 de 1969, estabelece um claro precedente da proteção jurídica do direito à própria imagem da pessoa humana.

No caso “Passista da Beija Flor”, RE 95872, o STF reconhece a proteção da vertente mercantil (positiva) do direito à própria imagem (RE 95872, Relator: Min. Rafael Mayer, Julgado: 10/09/1982, Primeira Turma, Publicação: DJ 01-10-1982, PG-09830). Há uma discussão sobre os direitos patrimoniais da utilização da fotografia de uma passista da Escola de Samba “Beija Flor” por uma revista e por uma marca de refrigerantes em uma promoção comercial denominada “Estandarte de Ouro”. Na fotografia, a passista figurava como protagonista, estava na “avenida” de carnaval e, como de costume, quase desnuda, o que implicava, por certo, um atrativo para a publicidade lucrativa<sup>17</sup>. Esta decisão também não conhece do recurso. É similar aos pedidos do caso “Denis Carvalho”, mas aporta sua fundamentação no inciso X, do art. 666 do Código Civil de 1916, e no artigo 49, I, “f” da Lei n. 5.988, de 1973. Combina-se, portanto, duas leis para argumentar a proteção jurídica do direito à própria imagem e considerar que “Isso é o bastante para mostrar que, embora parcos os dispositivos legais que se dediquem ao momentoso tema, a proteção à imagem, como direito decorrente ou integrante dos direitos essenciais da personalidade, está firmemente posta em nosso direito positivo”.

Destas duas decisões, “Denis Carvalho” (RE 95872) e “Passista da Beija Flor” (RE 91328), infere-se um debate sobre a proteção patrimonial do direito à própria imagem, pois utilizadas imagens incontinentadas em campanhas publicitárias. O primado do consentimento foi o decisivo para as duas demandas. Queriam, portanto, um ressarcimento patrimonial pelo uso não consentido das imagens, caracterizando o direito à própria imagem com a conotação do aspecto positivo/mercantil. O STF, a despeito de não entrar no mérito, ofereceu respostas jurídicas protetivas ao direito à própria imagem desta vertente patrimonial.

No caso “ASA”, RE 101280, a Associação dos Atores em Dublagem, Cinema, Rádio, Televisão, Propaganda e Imprensa (ASA), insurgiu-se contra uma editora que havia usado, sem autorização e com manifesta intenção de lucro, as imagens dos atores em uma segunda publicação de

<sup>17</sup> Lúcia Ancona Lopez de Magalhães Dias (2013) diferencia publicidade de propaganda com o critério da finalidade de cada uma. No caso da “Passista da Beija-Flor” o termo adequado é “publicidade”, pois envolto no contexto mercadológico de “divulgação de produtos e serviços com a finalidade de incentivar o seu consumo. Trata-se do duto par excellence através do qual se leva ao conhecimento dos consumidores em geral a existência de bens e serviços a serem examinados e eventualmente adquiridos” (DIAS, 2013, p. 21). A propaganda, por seu turno, “historicamente não almeja um benefício econômico, mas fundamentalmente a difusão de ideias. Ela visa promover a adesão a certo sistema ideológico (político, social, religioso, econômico, governamental)” (DIAS, 2013, p. 23). Não diverge desta conceituação Káren Rick Danilevicz Bertonecello (2013, p. 71-72) ao se reportar ao art. 8o do Código Brasileiro de Autorregulação Publicitária: “Publicidade comercial é toda atividade destinada a estimular o consumo de bens ou serviços, bem como promover instituições, conceitos e ideias”. Admite a distinção ao concluir que a propaganda se preocupa com a difusão de uma ideia, a publicidade se volta para a difusão de um bem corpóreo específico. A publicidade, portanto, volta-se para o objetivo econômico de provocar o ânimo/incentivo do consumidor, e por isso tem regulação pelo Código de Defesa do Consumidor.

uma fotonovela (RE 101280, Relator: Min. Aldir Passarinho, Julgado: 27/11/1984, Segunda Turma, Publicação: DJ 15-03-1985 PP-03142). Entre a primeira e a segunda publicação havia entrado em vigência a Lei 6.533/1978, que no seu artigo 13 previa que: “Não será permitida a cessão ou promessa de cessão de direitos autorais e conexos, decorrentes da prestação de serviços profissionais. Parágrafo único. Os direitos autorais e conexos aos profissionais, serão devidos em decorrência de cada exibição da obra”.

Por um motivo formal o Supremo não analisou o mérito, pois “Não fosse assim, então teriam que ser examinados os limites de tais autorizações, o que não se comportaria no âmbito do extraordinário, a teor da jurisprudência que deu margem à Súmula 279-STF”. A questão que tangencia este trabalho é saber o alcance da autorização, ou seja, se o consentimento dado para a primeira publicação da fotonovela, e a conseqüente quantia monetária recebida, autorizaria uma segunda publicação, que havia sido realizada depois da entrada em vigor da Lei n. 6.533/78. O STF considerou que as autorizações originais concedidas pelos atores não proibiam expressamente futuras publicações, e, ademais, que a Lei 6.533/78 não poderia ser aplicada ao caso, pois teria um suposto efeito *ex tunc* e afetaria o primado do ato jurídico perfeito:

Se artistas autorizaram expressamente, mediante pagamento, que suas imagens de trabalho em fotonovela fossem reproduzidas em revista especializada, não podem pretender receber novos valores apenas por terem tais publicações sido posteriores a lei número 6533/78, e com invocação do disposto no parágrafo único do seu art. 13. É que a lei não poderia atingir ato jurídico perfeito, sob pena de maltrato ao parágrafo 3 do art. 153 da Constituição Federal. Quanto a outros artistas, que não deram autorização para a reprodução e nem receberam pagamento por ela, cabe-lhes direito ao recebimento da indenização.

Observa-se, em primeiro lugar, que este recurso tem uma estreita relação com o “futuro” inciso XXVIII, “a”, do art. 5º da Constituição de 1988. Nota-se, também, que o STF se posiciona outra vez favoravelmente à proteção do aspecto positivo/patrimonial do direito à própria imagem. A discussão sobre a adequação dos argumentos do julgado demandaria um repertório teórico próprio da teoria geral dos direitos da personalidade, que não cabe neste espaço. Entretanto, adianta-se que uma das características comuns aos direitos da personalidade é que são direitos personalíssimos. Por esta peculiaridade, qualquer autorização que se realize ou que se relacione com estes direitos deve ser interpretada de forma restritiva<sup>18</sup>. Com a interpretação restritiva do contrato de uso da imagem dos atores, a decisão do STF teria outra fundamentação.

No RE 115838, o caso “Mon Tricot” se volta para o pedido de uma modelo, que em 1977 havia feito uma sessão fotográfica para a empresa Paramount Lansul S.A, e publicada na revista “Mon Tricot” (RE 115838, Relator: Min. Carlos Madeira, Julgado: 10/05/1988, Segunda Turma, Publicação: DJ 03-06-1988). Contudo, em 1980, a Editora Abril Ltda. publicou na revista “Lãs e Linhas” estas fotos, sendo uma inclusive na capa. A modelo questionou judicialmente a atuação ilícita da Editora, que havia usado suas fotografias sem o seu consentimento, as quais somente

<sup>18</sup> Cfr.: CUNHA E CRUZ, Marco Aurélio Rodrigues da. La configuración constitucional del derecho a la propia imagen en la Constitución brasileña de 1988. Sevilla: Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 2009. Disponível em: <http://fondosdigitales.us.es/tesis/tesis/866/la-configuracion-constitucional-del-derecho-la-propia-imagen-en-la-constitucion-brasilena-de-1988/>>. Acesso em: 21 ago. 2017.

poderiam ser utilizadas pela Paramount. Pediu que a Editora não as mais usasse, além de solicitar a indenização correspondente. O STF baseia seus fundamentos na Lei 5.988.73 e na doutrina de Antônio Chaves, que opina que o retrato de uma pessoa não pode ser publicado ou posto a venda, sem o consentimento do titular do direito. O STF cita os precedentes anteriormente descritos como justificação da construção jurídica do direito à própria imagem e afirma que “no caso vertente, há que considerar que a divulgação da fotografia da recorrida, para promoção de revista com a qual não contratou, constitui ilícito civil, indenizável na forma prevista em lei”. Baseia-se no escrito de Walter Moraes para concluir que a modelo teria sim o direito patrimonial à própria imagem e que deveria ser indenizada, pois:

A reprodução da fotografia não autorizada pela modelo, não ofende apenas o direito de autor da obra fotográfica, mas o direito à imagem, que decorre dos direitos essenciais da personalidade. Se a imagem é reproduzida sem autorização do retratado, há locupletamento ilícito, que impõe a reparação do dano.

A ementa foi assim editada:

Ementa: Direito à imagem. A reprodução da fotografia não autorizada pela modelo, não ofende apenas o direito de autor da obra fotográfica, mas o direito à imagem, que decorre dos direitos essenciais da personalidade. Se a imagem é reproduzida sem autorização do retratado, há locupletamento ilícito, que impõe a reparação do dano. (RE 115838).

Esta decisão se revela de grande importância para a construção do discurso judicial do STF sobre a autonomia do direito à própria imagem. Separa, com acerto, o direito à própria imagem do direito de autor, uma confusão técnico-conceitual costumeira. O STF encontra fundamentos na lei, na doutrina e nos precedentes (ainda que não tenham decidido o mérito) para reforçar o argumento do consentimento e evidenciar a proteção jurídica do aspecto mercantil do direito à própria imagem. Faz, ainda que de modo reflexo, uma adequada interpretação restritiva da autorização dada pela modelo ao afirmar que a permissão consentida para o uso das fotografias era exclusivamente relacionada à Paramonut Lansul S.A. Com esta fundamentação contraria a lógica do entendimento do caso “ASA”. Invoca os pressupostos da responsabilidade civil para sustentar que neste caso a modelo fotográfica teria um direito à indenização.

A conclusão que se pode chegar com a análise das decisões anteriores à *Constituição de 1988* é que o traço comum entre elas se refere ao reconhecimento do direito à própria imagem na sua vertente mercantil/positiva. Algumas decisões tematizam a disputa entre pessoas que queriam uma indenização pelo uso inconstentido da imagem *versus* publicidade e propaganda. Pode ser incluído o âmbito temático destes julgados na faculdade de desfrutar a possibilidade da representação gráfica das expressões ou evocações pessoais visíveis do aspecto físico externo que singularizam e fazem reconhecível a figura da pessoa humana.

Com relação aos julgados posteriores à *Constituição de 1988*, o primeiro destes foi o HC 76689, o caso “Menores de Idade” (HC 76689, Relator Min. Sepúlveda Pertence, Julgado: 22/09/1998, Primeira Turma, Publicação: DJ 06-11-1998, PP-00003, Ementa Vol-01930-01, PP-00070). Alude, também, a imagem como manifestação do aspecto físico externo da pessoa humana. Trata-se de um *habeas corpus* contra uma medida socioeducativa de prestação de serviços à

comunidade, com a duração de 3 meses, imposta a dois menores de idade que haviam publicado, por uma rede de Internet, imagens de crianças e adolescentes completamente desnudos e em práticas sexuais diversas. Os fundamentos jurídicos da decisão não se esforçam em definir o direito à própria imagem, tampouco na proteção das pessoas afetadas por tal publicação. O decidido se cingiu em delimitar o alcance da expressão “publicar cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente” do delito do art. 241 do “Estatuto da Criança e do Adolescente”, Lei Nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Não se debate o enunciado constitucional da palavra imagem, mas sim os meios pelos quais a imagem pode ser publicada. Contudo, o acórdão considera a imagem como a representação gráfica da figura das crianças e dos adolescentes. A mesma perspectiva foi adotada em outros dois casos similares HC 84561<sup>19</sup> e HC 86289<sup>20</sup>:

O tipo cogitado - na modalidade de “publicar cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente” - ao contrário do que sucede por exemplo aos da Lei de Imprensa, no tocante ao processo da publicação incriminada é uma norma aberta: basta-lhe à realização do núcleo da ação punível a idoneidade técnica do veículo utilizado à difusão da imagem para número indeterminado de pessoas, que parece indiscutível na inserção de fotos obscenas em rede BBS/Internet de computador [...] Não se trata no caso, pois, de colmatar lacuna da lei incriminadora por analogia: uma vez que se compreenda na decisão típica da conduta criminada, o meio técnico empregado para realizá-la pode até ser de invenção posterior à edição da lei penal: a invenção da pólvora não reclamou redefinição do homicídio para tornar explícito que nela se compreendia a morte dada a outrem mediante arma de fogo [...] Se a solução da controvérsia de fato sobre a autoria da inserção incriminada pende de informações técnicas de telemática que ainda pairam acima do conhecimento do homem comum, impõe-se a realização de prova pericial. (HC 76689).

Talvez o melhor posicionamento da Corte Máxima sobre o direito à própria imagem esteja no RE 215984, o “Cássia Kis” (RE 215984, Julgamento 04/06/2002, Segunda Turma, Publicação: DJ Data-28-06-2002). Uma revista havia publicado, sem a anuência, com a intenção manifestamente lucrativa, algumas fotografias da atriz Cássia Kis. O objetivo do recurso era modificar a decisão da instância inferior, que havia declarado que somente seria pertinente a indenização por danos

<sup>19</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. HC 84561/PR - Paraná, Habeas corpus, Relator Min. Joaquim Barbosa, Julgado: 05/10/2004, Segunda Turma, Publicação: DJ 26-11-2004: “Habeas corpus. Trancamento de ação penal. Divulgação de fotografias contendo cenas de sexo envolvendo criança ou adolescente. Tipicidade, em tese, do crime do art. 241 do eca, na sua redação original, mesmo quando a divulgação das fotos eróticas foi feita por meio da internet. Habeas corpus parcialmente conhecido e, na parte conhecida, denegado. - Não se conhece, em habeas corpus, de causa de pedir não apreciada pelo Superior Tribunal de Justiça, sob pena de supressão de instância. - O trancamento do ação penal, por ausência de justa causa, via habeas corpus, apesar de perfeitamente possível, é tido como medida de caráter excepcional, não se aplicando quando há indícios de autoria e materialidade de fato criminoso. Precedentes. - Não resta dúvida de que a internet é um veículo de comunicação apto a tornar público o conteúdo pedófilo das fotos encontradas, o que já é suficiente para demonstrar a tipicidade da conduta. Ademais, a denúncia foi clara ao demonstrar que qualquer pessoa que acessasse o servidor de arquivos criado pelo paciente teria à disposição esse material”.

<sup>20</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. HC 86289/GO - Goiás, Habeas corpus, Relator Min. Ricardo Lewandowski, Julgado: 06/06/2006, Primeira Turma, Publicação: DJ 20-10-2006: “Processo Penal. Competência. Crime tipificado no estatuto da criança e do adolescente. Consumo e exaurimento no exterior. Competência da justiça federal. I - Compete à Justiça Federal processar e julgar os crimes cuja consumação se deu em território estrangeiro (art. 109, V, CF). II - O crime tipificado no art. 241 do Estatuto da Criança e do Adolescente, consubstanciado na divulgação ou publicação, pela internet, de fotografias pornográficas ou de cenas de sexo explícito envolvendo crianças ou adolescentes, cujo acesso se deu além das fronteiras nacionais, atrai a competência da Justiça Federal para o seu processamento e julgamento. III - Ordem denegada”.

patrimoniais, não estando afetado o âmbito moral da recorrente. A decisão se baseia, quase que integralmente, na manifestação da representante do Ministério Público. O STF argumentou que a instância *a quo* fundamentou sua decisão de modo equivocado, pois considerou que a atriz não havia sofrido um abalo na sua reputação, tampouco humilhação moral pela indevida publicação das fotos. A Alta Corte esclareceu que a ofensa à reputação não é uma circunstância imprescindível para a configuração do dano moral, pois:

[...] para a reparação do dano moral não se exige a ocorrência de ofensa à reputação do indivíduo. O que acontece é que, de regra, a publicação da fotografia de alguém, com intuito comercial ou não, causa desconforto, aborrecimento ou constrangimento, não importando o tamanho desse desconforto, desse aborrecimento ou desse constrangimento. Desde que ele exista, há o dano moral, que deve ser reparado, como manda a Constituição, art. 5º, X.

No caso “Cássia Kiss” o STF, portanto, (i) considera, a imagem como representação gráfica da figura humana; (ii) proíbe o uso ilícito da imagem não autorizada pela titular do direito, ratificando o postulado do consentimento; (iii) confirma a autonomia jurídico-constitucional do direito à própria imagem, desvinculando-o do direito à honra; (iv) reconhece a possibilidade de uma indenização por dano moral combinada com uma indenização por dano patrimonial, contemplando o duplo aspecto, positivo (mercantil) e negativo (moral), do âmbito de proteção do direito fundamental à própria imagem do inciso X, do art. 5º, da Constituição de 1988.

Na sequência, cabe reportar o primeiro dos casos que iniciam uma linha de decisões que versam sobre mídia televisiva *versus* pessoas acusadas/presas. No caso “Law Kin Chong” (MS-MC 24832, Medida Cautelar em Mandado de Segurança, Relator Min. César Peluso, Julgado: 18/03/2004, Tribunal Pleno) se denota que o empresário Law Kin Chong havia sido convocado por uma Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI), constituída para investigar a “pirataria” de produtos industrializados e delitos tributários, sem que se estipulasse em quais condições seria ouvido, se como testemunha ou como acusado. O recorrente havia solicitado pelo manejo do remédio constitucional do MS-MC 24832, e o STF lhe havia concedido, que sua imagem não fosse televisionada. Esta decisão judicial não foi respeitada pelo Poder Legislativo, pois se transmitiu sua imagem em várias redes de televisão. Como o empresário teria que se apresentar novamente ante à CPI, requereu outra providência de garantia de seu direito à própria imagem ao STF, com a esperança de que fosse cumprida. A Corte havia decidido, mais uma vez, pelo o direito à própria imagem do empresário, mas o presidente da Câmara dos Deputados e o presidente da CPI haviam solicitado uma “reconsideração”. Argumentaram que não se tratava de uma colisão de direitos fundamentais, mas de uma invasão de competência constitucional, pois a Constituição de 1988 e o Regimento Interno da Câmara dos Deputados (RICD) garantia a publicidade dos atos da CPI, além da matéria ser de interesse da sociedade. Alegaram, ainda, que a medida cautelar vulneraria o direito à informação e constituiria uma censura prévia.

O Relator, Min. Cesar Peluso, defendeu que a medida cautelar era pertinente porque o empresário só queria que a sua imagem não fosse transmitida pela televisão, o que não obstava a publicidade dos atos da CPI. Observou que é frequente a exibição das imagens pela mídia de pessoas supostamente envolvidas em fatos criminais, e que tal exposição causa, antecipadamente, um verdadeiro juízo público. Assinalou que os suspeitos poderiam não ser culpados. A mera divul-

gação das imagens pela imprensa, sugerindo que se tratava de criminais, resultava em um fato irreparável, que lhes imprimia uma mácula de desonestidade e de periculosidade que dificilmente seria desfeita, configurando, pois, num dano moral de difícil reparação. A restrição da exposição abusiva da imagem não sacrificaria o interesse público, representado no livre desenvolvimento dos trabalhos pela CPI. O empresário não queria impedir a investigação e sempre acudiu quando convocado. Ressaltou que o RICD condiciona a transmissão ou não pela televisão dos trabalhos da CPI à decisão do Presidente da Comissão, mas que tal decisão não era essencial para a publicidade do ato, pois sustentou que o particular, por exemplo, não tem o direito subjetivo de gravar nem fotografar a audiência das testemunhas. Sublinhou que a presença de pessoas nos atos da CPI “pode, sem degradação alguma da liberdade de informação e da imprensa, ser até vetada, quando dela possa advir escândalo, inconveniente grave, ou perturbação da ordem como prevê o artigo 792 do Código de Processo Penal, combinado com a Lei das Comissões Parlamentares de Inquérito (Lei nº 1.579/52)”. Opina que a medida cautelar não altera os poderes da CPI, pois permite que a imprensa tome as notas, sem que haja a divulgação da imagem do autor:

[...] a decisão não obsta a publicidade das sessões, mas apenas limita a exposição perniciosa da imagem de quem, não se sabe, se é testemunha ou indiciado, pois a CPI não define como o cidadão intimado deva comparecer perante ela. Isto é, o cidadão não sabe se comparecerá na condição debuxada de indiciado ou se testemunha. Pode ser apresentando, sem julgamento nem recurso, como um criminoso execrável, com ofensa irreparável à sua honra objetiva e sua imagem pública.

Expôs, ainda, que a publicidade não é um direito absoluto e que a sua restrição não vulneraria o direito à informação, nem era sinônimo de censura prévia. O Min. Joaquim Barbosa coincidiu com o raciocínio do relator e aduziu que não apreciava que houvesse um vínculo entre o exercício da atividade do Legislativo e a divulgação pela televisão de seu trabalho. Outros Ministros seguiram a linha do Min. Peluso. Todavia, o Min. Ayres Britto discrepou, ao alegar que:

[...] o que receia o próprio impetrante, pedindo a nossa proteção para um direito subjetivo dele, líquido e certo, como deve ser próprio do mandado de segurança. Que a imagem dele venha a ser conspurcada pelo televisamento, ao vivo, do seu depoimento, seja em TV fechada, seja em TV aberta. Aí, entendo que a exposição televisiva da imagem de quem quer que seja não é, por si só, um atentado a essa imagem.

[...]

Nós estamos vivendo uma Idade-Mídia, por paráfrase com a Idade Média. Nessa Idade-Mídia é natural que tudo venha a lume, porque é próprio da democracia que todos se tomem dessa curiosidade - santa curiosidade - pelas coisas do Poder, pelas coisas que dizem respeito à toda coletividade. A democracia é um regime de informação por excelência e, por isso mesmo, prima pela excelência da informação, e é claro que a informação televisada ganha essa tonalidade de excelência, de transparência. Então, no caso, eu entendo que não houve prejuízo ao direito líquido e certo do impetrante de ver sua imagem subtraída do televisionamento direto.

A Min. Ellen Gracie, antes de votar, afirmou que a discussão estaria prejudicada, porque a medida cautelar estava sendo, naquele exato momento, descumprida pelo Poder Legislativo.

Votou com a divergência aberta pelo Min. Ayres Britto, como também os Min. Marco Aurélio, Sepúlveda Pertence e Carlos Velloso.

Na hora de julgar qualquer conflito que exista sobre bens constitucionais, é imprescindível identificar os direitos fundamentais e os outros bens constitucionalmente protegidos. Neste caso, estaria de um lado o direito fundamental à própria imagem do recorrente e, de outro, a obrigação constitucional de publicidade dos órgãos públicos prevista no art. 5º, inciso XXXIII (“todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado”) e no *caput* do art. 37 (Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte). Esta obrigação constitucional de publicidade decorre, nesta hipótese, da semântica vinculada ao termo latino *publicus* atrelada a concepção de diferenciar as coisas do Estado daquelas do particular, entendida no sentido de propalar, “levar a todos”, tornar de conhecimento geral os documentos oficiais/estatais. Desta obrigação constitucional de publicidade deflui uma exigência impositiva relacionada ao direito fundamental à informação<sup>21</sup>. O conflito em questão tem estreita semelhança com um caso decidido pelo Tribunal Constitucional Espanhol na STC 14/2003, de 30 de Janeiro. Entretanto, desafortunadamente, não convergem as duas decisões nos seus fundamentos.

Não se está, em absoluto, ante uma colisão de direitos fundamentais *stricto sensu*, direito à própria imagem *versus* direito à informação, pois o Poder Legislativo não é titular deste. A informação que as instituições públicas recolhem, conservam e arquivam há de ser necessária para o exercício dos poderes e atribuições que lhes atribui a Constituição e a lei; e deve ser, demais, adequada para as finalidades legítimas previstas. O poder público, diferentemente dos cidadãos, não goza do direito fundamental à liberdade de expressão, sendo aquela informação logo utilizada por suas distintas autoridades e organismos no desempenho de suas funções. É uma inequívoca incoerência pensar que as pessoas jurídico-públicas são titulares de direitos fundamentais relacionados ao objeto neste caso. Enquanto que as pessoas gozam da liberdade de se expressar, as instituições públicas encontram sua atuação vinculada aos fins que lhe legitima e impõe o ordenamento jurídico (Lei Nº 12.527, de 18 de Novembro de 2011; Decreto Nº 7.724, de 16 de Maio de 2012). Este argumento descredencia, por exemplo, o raciocínio de uma suposta “liberdade de informação” ou de um “direito à publicidade” do Poder Legislativo. O Poder Legislativo não possui o direito, mas sim a obrigação constitucional de documentar e publicizar suas reuniões. O fim último da obrigação constitucional da publicidade dos atos públicos é de oferecer informação aos cidadãos que, desta forma, também podem controlar a atuação dos seus representantes e dos servidores públicos; pois como já advertido no versículo 51 de *O Federalista*, “Si los hombres fuesen ángeles, el gobierno no sería necesario” (HAMILTON; MADISON; JAY, 1994, p. 220).

Tendo esta linha de raciocínio, parece que a maioria do STF retraiu a autonomia no direito à própria imagem *per se*, vinculando-o à possível ofensa à honra que o empresário poderia

<sup>21</sup> O direito fundamental à informação tem sua juridicidade constitucionalmente protegida no texto da Constituição de 1988 no art. 5º, XIV, XXXIII; art. 93, IX; no Título VIII - Da ordem social, Capítulo V - Da comunicação social, art. 220 e seguintes.

sofrer. Os magistrados não fazem uma depuração sistemático-conceitual destes dois direitos da personalidade, além de alguns Ministros também incluem a intimidade do autor como afetada. O que se denota, com uma análise percuciente, é que o Máximo Intérprete da Constituição ainda mescla, em algumas decisões os conceitos de imagem, honra, intimidade e identidade (RE-91328; RE-95872; RE-101280; RE-115838; HC-76689; RE-215984; MS\_MC-24832; HC-89429; MS-21468; HC-70668; HC-72212; HC-82405; HC-84778; INQ-496; MS-24405; RE-426561; Rcl-QO-2040; RE 898450<sup>22</sup>).

A retração da autonomia do direito fundamental à própria imagem também aparece no HC 89429, um dos casos das “Algemas” (HC 89429/RO - Rondônia, Habeas corpus, Julgamento 22/08/2006, Primeira Turma, Publicação DJ Data-02-02-2007). Este caso se conecta materialmente com o “Law Kin Chong”, já que se quer uma proteção contra o alcance da visibilidade da imagem da pessoa acusada ante as redes de televisão. Não se pediu, diretamente, a proteção do direito à própria imagem do paciente, mas sim o seu direito a uma não intervenção: a não ser algemado e o direito a não ser, por via de consequência, exposto com tais aparatos repressivos frente às câmeras de televisão. Neste segundo pedido, a rigor, é que se adentra no âmbito de proteção do objeto deste estudo. Requer-se a não-realização de uma ação (intervenção): a não-exposição diante das câmeras televisivas. Este direito à ação negativa estaria protegido *prima facie* pelo direito fundamental à própria imagem.

O demandante estava encarcerado na Superintendência da Justiça Federal em Brasília e teria que se apresentar ao Superior Tribunal de Justiça, em oitava em que era acusado criminalmente. Afirmou que era Vice-Presidente do Tribunal de Contas do Estado de Rondônia e que no primeiro dia em que foi preso, foi humilhado diante da imprensa nacional. Invocou alguns textos normativos para sustentar o seu direito a não ser algemado, alegando ser uma medida completamente desnecessária, por sua passividade em comparecer a todos os atos requeridos pelo Poder Judiciário. A Min. Carmen Lúcia, relatora, traçou um esboço histórico do procedimento de prisão e do uso das algemas. Sublinhou que:

O que não se admite, no Estado Democrático, é que elas (as algemas) passem a ser símbolo do poder arbitrário de um sobre o outro ser humano, que elas sejam forma de humilhação pública, que elas se tornem instrumento de submissão jurídicamente indevida de alguém sobre seu semelhante. Nem ao menos, então, seria uma pena, mas uma forma de punição sem lei que a fundamente e, o que é mais e pior, sem causa específica e sem reparação moral possível para os danos que a imagem do preso teria arcado [...].

Ademais, recordou que o art. 5º, inciso III, da Constituição de 1988 estabelece que “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante” e que o inciso X dispõe sobre a inviolabilidade da honra, da imagem e da intimidade da pessoa humana. Sustenta que o uso das algemas seria legítimo exclusivamente para “a) impedir, prevenir ou dificultar a fuga ou reação indevida do preso, desde que haja fundada suspeita ou justificado receio de que tanto venha a ocorrer; b) para evitar agressão do preso contra os próprios policiais, contra terceiros ou contra si mesmo” para arrematar que “A Justiça não se alimenta de imagens, não se realiza

<sup>22</sup> Em especial, destaca-se a mescla na Rcl-QO-2040 (Caso “Glória Trevi”) e no RE 898450 (Caso “Edital de Concurso Público e Tatuagem”).

como forma, não se aperfeiçoa como força” (grifo nosso). Os demais Ministros convergiram com a relatora. O Min. Sepúlveda Pertence argumentou, ainda, que o preso não pode ser mostrado para a imprensa como se fosse um troféu ao recordar a leitura do inciso XLIX, do art. 5º (é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral). Convém, ainda, citar a posição do Min. Ayres Britto, que defendeu que:

[...] em se tratando de audiência pública, durante a audiência, pode haver filmagem, inclusive da pessoa algemada, é lícita a filmagem. Mas a licitude da passa a depender da licitude do uso das algemas. O que não se pode é isolar uma pessoa num canto, num espaço, para que ela seja filmada, especificamente filmada sob algemas e ainda com o emblema da Polícia Federal bem à mostra, como se o algemado estivesse a propagandear a eficiência da instituição policial.

Um detalhe que urge apontar é que os titulares dessas duas ações constitucionais nos casos “Law Kin Chong” e “Algemas” ocupam posições de notoriedade (econômica-empresário) e publicidade (Vice-Presidente do Tribunal de Contas do Estado de Rondônia)<sup>23</sup>. Não obstante, uma inferência a ser feita entre estes dois casos leva a conclusão de que a associação entre a mídia televisiva *versus* a imagem da pessoa humana acusada parecem condicionar a análise de uma possível vulneração deste direito fundamental com o exame da afetação honra. Esta assertiva se confirmou com a superveniência da Súmula Vinculante 11 (SV-11), aprovada na Sessão Plenária de 13-8-2008:

Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.

Ainda que a filologia do texto da SV-11 não retrate a inviolabilidade moral, nos debates dos Ministros para a redação do texto, publicados no DJE 214 de 12-11-2008, lê-se que os argumentos utilizados radicam na dignidade da pessoa humana, na integridade física e moral (inclusive do preso), no abuso de autoridade (art. 1º, III; e art. 5º, III, X e XLIX, CF/1988; art. 350, CP-1940; art. 284, CPP-1941; art. 234, § 1º, CPPM-1969; art. 4º, a”, Lei 4.898/1965). Uma das linhas de raciocínio utilizadas pelo Min. Ayres Britto tem consonância com o exposto nestes casos de direito à própria imagem de acusado *versus* mídia televisiva (“Law Kin Chong” e “Algemas”): “Esse tratamento degradante significa infamante, humilhante, como se dá quando o ser humano, ainda que preso em flagrante de delito, é exibido ao público como se fosse um troféu, uma caça, numa atmosfera de exibicionismo policial” para depois, arvorar-se na dignidade da pessoa humana, no inciso XLIX do mesmo art. 5º, e concluir que “E não há dúvida de que o uso das algemas exacerba o estado de privação da liberdade com consequências de ordem física e de ordem moral” e solicitar a discrição na condução das prisões<sup>24</sup>. O Min. Gilmar Mendes também segue esta linha:

<sup>23</sup> Em obra anterior (2009, p. 336), já defendi a proposta de classificação em *personagem público*, pois ostenta um cargo ou função pública/política; *personagens* que possuem *notoriedade pública*, que conseguem esta característica por circunstâncias que assim os fazem (não necessariamente ligadas à profissão) e os *particulares*, os demais.

<sup>24</sup> Cfr.: [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/SUV\\_11\\_12\\_13\\_Debates.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/SUV_11_12_13_Debates.pdf).

Na verdade, quando estamos a falar hoje desta questão da algema, na prática brasileira, estamos a falar da aposição da algema para os fins de exposição pública, que foi objeto inclusive de considerações específicas no voto do Ministro Marco Aurélio. De modo que é preciso que estejamos atentos. Certamente temos encontrado mercado também com esse tema. A Corte jamais validou esse tipo de prática, esse tipo de exposição que é uma forma de atentado também à dignidade da pessoa humana. A exposição de presos viola a idéia de presunção de inocência, viola a idéia de dignidade da pessoa humana, mas vamos ter oportunidade, certamente, de falar sobre isto.

Neste caso específico, a aplicação da algema já<sup>25</sup> é feita com o objetivo de violar claramente esses princípios. Em geral, já<sup>25</sup> teve a oportunidade de dizer, algemar significa expor alguém na televisão nesta condição, ou prender significa hoje algemar e colocar alguém na televisão. De modo que é esta a questão que precisa ser de fato enfatizada, e ao Ministério Público incumbe a missão também de zelar pelos direitos humanos. É fundamental que ele coarctasse essas ações, inclusive propondo os inquéritos devidos, as ações penais de responsabilidade, se for o caso.

O primeiro precedente representativo sobre as “Algemas” da SV-11, o já examinado HC 89429, converge com a inteligência do segundo precedente representativo, o HC 91952 (HC 91.952, voto do Rel. Min. Marco Aurélio, Plenário, julgamento em 7-8-2008, DJE 241 de 19-12-2008). Neste, o STF julgou um caso em que o réu permaneceu algemado ante o Tribunal do Júri:

Manter o acusado em audiência, com algema, sem que demonstrada, ante práticas anteriores, a periculosidade, significa colocar a defesa, antecipadamente, em patamar inferior, não bastasse a situação de todo degradante. O julgamento no Júri é procedido por pessoas leigas, que tiram as mais variadas ilações do quadro verificado. A permanência do réu algemado indica, à primeira visão, cuidar-se de criminoso da mais alta periculosidade, desequilibrando o julgamento a ocorrer, ficando os jurados suggestionados.

Destas premissas, conclui-se que a inviolabilidade moral, não precisamente o direito fundamental à própria imagem, foi tema de fundo dos precedentes representativos da SV-11<sup>25</sup>. O STF faz uma inequívoca conexão entre mídia televisiva *versus* visibilidade/imagem da pessoa humana acusada e condicionaram a análise de uma possível vulneração deste direito fundamental com o exame da afetação honra. O argumento da retração da autonomia do direito à própria imagem se fortalece, pois o que se denota é que a imagem do acusado não é considerada em si mesma, reduzindo o propósito deste direito fundamental a um *instrumento* de ataque à honra.

Esta linha de confluência entre a mídia televisiva *versus* a imagem da pessoa humana acusada, que converge com uma preocupação com a inviolabilidade moral, foi deduzida não só na jurisprudência do STF. Foi uma das preocupações da Lei nº 12.850, de 2 de Agosto de 2013,

<sup>25</sup> Para consultar como o STF tem interpretado e aplicado a SV-11, conferir: Rcl 22.557, Rel. Min. Edson Fachin, dec. monocrática, julgamento em 14-12-2015, DJE 254 de 17-12-2015; HC 121.350, voto do Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgamento em 13-5-2014, DJE 189 de 29-9-2014; Rcl 12.511 MC, Rel. Min. Luiz Fux, dec. monocrática, julgamento em 16-10-2012, DJE 204 de 18-10-2012; Rcl 14.434, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, dec. monocrática, julgamento em 28-8-2012, DJE 172 de 31-8-2012; Rcl 14.663, Rel. Min. Rosa Weber, dec. monocrática, julgamento em 19-10-2012, DJE 210 de 25-10-2012; Rcl 9.468 AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Plenário, julgamento em 24-3-2011, DJE 68 de 11-4-2011; HC 103.003, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, julgamento em 29-3-2011, DJE 162 de 24-8-2011; Rcl 9.877, Rel. Min. Ellen Gracie, dec. monocrática, julgamento em 11-6-2010, DJE 116 de 25-6-2010; Rcl 8.409, Rel. Min. Gilmar Mendes, dec. monocrática, julgamento em 29-11-2010, DJE 234 de 3-12-2010.

que define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei no 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. No Capítulo II (Da Investigação e dos Meios de Obtenção da Prova), a Seção I prevê “Da Colaboração Premiada”. O art. 4º dispõe que:

Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados:

[...]

§ 13. Sempre que possível, o registro dos atos de colaboração será feito pelos meios ou recursos de gravação magnética, estenotipia, digital ou técnica similar, inclusive audiovisual, destinados a obter maior fidelidade das informações.

O art. 5º estipula como direitos do colaborador, dentre outros: II - ter nome, qualificação, imagem e demais informações pessoais preservados; IV - participar das audiências sem contato visual com os outros acusados; V - *não ter sua identidade revelada pelos meios de comunicação, nem ser fotografado ou filmado, sem sua prévia autorização por escrito*; o que denota o reforço da *discrição* levantada nos debates da SV-11. Ainda, no Art. 7º, há previsão de sigilo do acordo:

Art. 7º. O pedido de homologação do acordo será sigilosamente distribuído, contendo apenas informações que não possam identificar o colaborador e o seu objeto.

§ 1º As informações pormenorizadas da colaboração serão dirigidas diretamente ao juiz a que recair a distribuição, que decidirá no prazo de 48 (quarenta e oito) horas.

§ 2º O acesso aos autos será restrito ao juiz, ao Ministério Público e ao delegado de polícia, como forma de garantir o êxito das investigações, assegurando-se ao defensor, no interesse do representado, amplo acesso aos elementos de prova que digam respeito ao exercício do direito de defesa, devidamente precedido de autorização judicial, ressalvados os referentes às diligências em andamento.

§ 3º O acordo de colaboração premiada deixa de ser sigiloso assim que recebida a denúncia, observado o disposto no art. 5º.

Algumas decisões do STF abordam o sigilo e a inviolabilidade moral, invocando-se o direito à própria imagem dos colaboradores<sup>26</sup>. No Agravo Regimental na Petição 6138 (Pet 6.138 AgR, Relator

<sup>26</sup> Sobre a proteção ao sigilo, no Agravo Regimental na Reclamação 22009 (Rcl 22.009 AgR, Relator Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, Julgado em 16-02-2016, Publicação: DJe-095, 12-05-2016) alegou-se contrariedade à Súmula Vinculante 14 (É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa), pois se havia requerido acesso a depoimentos que estavam em autos apartados de uma ação penal. Desprotegidos, portanto, pelo sigilo acima aludido do art. 7º. O juízo *a quo* havia indeferido o acesso aos termos de colaboração, sob o fundamento de que se encontravam sob sigilo e diziam respeito a fatos ainda sob investigação. O Min. Relator entendeu hígida a decisão, com o argumento de que “enquanto não instaurado formalmente o inquérito propriamente dito acerca dos fatos declarados, o acordo de colaboração e os correspondentes depoimentos estão sujeitos a estrito regime de sigilo”. Se instaurado o inquérito, haveria de se respeitar o art. 7º, § 2º, da Lei nº 12.850/2013. Concluiu que “Assegurado, como assegura, o acesso do investigado aos elementos de prova carreados na fase de inquérito, o regime de sigilo consagrado na Lei 12.850/2013 guarda perfeita compatibilidade com a Súmula Vinculante 14”. Adita que o recebimento da denúncia na ação penal não é hábil para afastar o sigilo dos termos de colaboração se

Ministro Edson Fachin, Segunda Turma, Julgamento: 21/02/2017, Publicação: DJe-200, 05/09/2017) tem como causa o pedido do Ministério Público Federal de levantamento do sigilo dos autos por não mais subsistirem razões para a imposição da restrição de publicidade. O pedido foi deferido. Sustentou-se, pois, a reconsideração do levantamento do sigilo com o argumento da proteção constitucional da intimidade dos investigados e da proteção legal da colaboração premiada ao nome, qualificação, imagem e demais informações pessoais dos colaboradores. O Min. Relator observou que a Procuradoria-Geral da República havia opinado que a manutenção do sigilo não mais interessava às investigações, e por isso deveria prevalecer a obrigação constitucional de publicidade dos atos do Poder Judiciário. Ainda, recordou que houve pedido de extração de documentação pessoal dos colaboradores (fiscal e bancária), que foi deferido oportunamente. Concluiu que:

Assim, com base na garantia da intimidade e da vida privada (art. 5º, X, da Constituição da República) e em observância às cláusulas dos acordos de colaboração, esta Corte tem atuado na preservação da intimidade dos colaboradores, restringindo a publicidade de documentos pessoais enviados, com a manutenção da revogação do sigilo dos termos de depoimento e da íntegra dos áudios, não se vislumbrando, no caso, prejuízos aos agravantes.

Em que pese não vislumbrar razão aos colaboradores *in casu*, o Min. Dias Toffoli consignou sua preocupação com a natureza de negócio jurídico personalíssimo que existe no regime da colaboração premiada. Por esta característica, a “questão relativa ao sigilo não pode ficar, única e exclusivamente, ao sabor do Estado. Estamos diante de um negócio jurídico personalíssimo que visa, também, a tratar dos interesses do colaborador”. O Min. Ricardo Lewandowski defendeu a decisão do Relator sobre o levantamento do sigilo, e afirma que a Corte “protege, em razão da preservação da intimidade, que é um preceito constitucional, aqueles dados personalíssimos que não devem ser colocados a público. Tudo aquilo que interessa à sociedade deve vir à luz” para evitar eventual “divulgação seletiva por parte dos meios de comunicação e dá-se um tratamento isonômico a todos”. Apesar de neste caso não se tratar diretamente sobre o direito à própria imagem, este precedente serviu de base para as razões de decidir do Agravo Regimental no Inquérito 4419 (Inq 4419 AgRg, Relator Min. Edson Fachin, Segunda Turma, Julgamento: 13/06/2017, Publicação: DJe-139, 26-06-2017).

No Inq 4419 AgRg um colaborador se irresignou pelo levantamento do sigilo dos autos dentro dos quais constava o seu depoimento prestado em áudio e vídeo. O levantamento do sigilo levaria a uma ofensa ao acordo de colaboração pactuado com o Ministério Público Federal e homologado pela Presidente do STF, sob a égide da Lei nº 12.850/2013. Invocou a atenuação constitucional da publicidade do inciso LX, do art. 5º (LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem) para justificar a adequação no art. 5º, II e no art. 7º, § 3º, ambos da Lei 12.850/2013, bem como normas das Con-

---

os fatos ainda se encontrarem em investigação. Esta fundamentação foi seguida pelo Min. Celso de Mello. O Min. Dias Toffoli divergiu, apenas pela prejudicialidade do objeto.

As razões do Agravo Regimental na Reclamação 22009 foram reiteradas no Agravo Regimental na Petição 6.164 (Pet 6.164 AgR, Relator Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, Julgamento: 06/09/2016, Publicação: 21/09/2016) acrescidas com o fundamento de que “a simples especulação jornalística a respeito da existência de acordo de colaboração premiada ou da sua homologação judicial ou de declarações que teriam sido prestadas pelo colaborador não é causa juridicamente suficiente para a quebra do regime de sigilo [...]”.

venções de Palermo e Mérida. Sustentou que, em tais hipóteses, o interesse público à publicidade cede em favor da preservação da intimidade do colaborador. Afirmou, ainda, que “pode sofrer irreparável prejuízo em virtude da exposição desnecessária de sua imagem, nome, e outros direitos personalíssimos, arriscando-lhe, inclusive, a própria segurança física.”

O Min. Relator, nas razões de decidir, não descarta da hipótese da restrição constitucional de publicidade e de que o sigilo há de ser impingido dentro da excepcionalidade dos contornos legais e constitucionais. Superada a situação excepcional, há de ser prevalente a garantia da publicidade. Com a manifestação do órgão acusador de que não mais subsistiam motivos para a manutenção do regime restritivo da publicidade, era imperioso que se levantasse o sigilo. Nas particularidades do caso, o contexto fático direcionava para delitos associados à gestão da coisa pública, os quais reclamavam o interesse público da informação e uma predileção à publicidade dos atos processuais. Especificamente sobre a imagem do colaborador, enfatiza-se que o § 13 do art 4º, da Lei 12.850/2013, determina que quando possível as declarações sejam registradas por meio audiovisual para se lograr maior fidelidade das informações prestadas no processo. O Min. Relator, ainda, conjectura uma intempestiva defesa do direito à própria imagem do colaborador pois sustenta que:

Em tese, seria possível cogitar que o colaborador, durante a colheita de suas declarações, por si ou por intermédio da defesa técnica que o acompanhou no ato, expressasse insurgência contra tal proceder, todavia, na hipótese concreta não se verifica, a tempo e modo, qualquer impugnação, somente tardiamente veiculada. Assim, considerando a falta de impugnação tempestiva e observada a recomendação normativa quanto à formação do ato, a imagem do colaborador não deve ser dissociada dos depoimentos colhidos, sob pena de verdadeira desconstrução de ato processual perfeito e devidamente homologado.

[...]

seja para a defesa da intimidade ou seja em face de interesse social relevante, o sigilo de atos processuais deve ser determinado, e por óbvio, mantido, somente dentro dos limites legais e por período estritamente necessário à preservação de tais interesses, findo o qual, com a superação da situação excepcional justificante, impõe-se o restabelecimento da garantia da publicidade. Aliás, ainda que o artigo 5º, inciso II, da Lei n. 12.850/13 estabeleça como direito do colaborador ter seu nome, qualificação, imagem e demais informações pessoais preservados, é imperioso que razões de ordem prática justifiquem o afastamento da publicidade dos atos processuais, caso esta seja a medida necessária à salvaguarda de tais bens jurídicos.

No ponto, cumpre destacar que as normas supraleais que regulam o tema não asseguram de forma absoluta esse sigilo da imagem e qualificação do colaborador, conforme se infere dos referidos art. 33 da Convenção de Mérida e do art. 24 da Convenção de Palermo, os quais sugerem, em rol exemplificativo, medidas de proteção, dentre as quais se encontra o desenvolvimento de procedimentos que visem impedir ou restringir a divulgação de informações relativas à sua identidade e paradeiro. Como qualquer outra norma introduzida no ordenamento jurídico, a sua aplicação deve observar as diretrizes principiológicas traçadas na Constituição Federal, com as quais devem guardar conformidade, sob pena de inadmissível mitigação da soberania da República Federativa do Brasil.

Estes fundamentos (*ipis literis*) foram manejados para um outro julgamento que seu deu no mesmo dia, na mesma Segunda Turma e com mesma relatoria: no Agravo Regimental na Petição 6631 (Pet 6631 AgR, Relator Min. Edson Fachin, Julgamento: 13/06/2017, Segunda Turma, Publicação DJe-139, 26-06-2017). A discussão destes dois casos, unidos à Reclamação 22009 (Rcl 22.009 AgR, Relator Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, Julgado em 16-02-2016, Publicação: DJe-095, 12-05-2016) e ao Agravo Regimental na Petição 6.164 (Pet 6.164 AgR, Relator Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, Julgamento: 06/09/2016, Publicação: 21/09/2016) se voltam para a conveniência da instrução criminal e a publicidade dos atos jurisdicionais<sup>27</sup>. Entretanto, percebe-se no Inq 4419 AgRg e no Pet 6631 AgR a questão tangencia a proteção da imagem dos colaboradores que havia sido posta em visibilidade com a justificativa da obrigação constitucional de publicidade dos atos processuais. Além da imagem, também se debate sobre a intimidade. Inobstante a conjugação dos três direitos fundamentais (honra, intimidade e imagem), a Corte não oportunizou o debate sobre a bi ou tripartição do conceito do direito fundamental à própria imagem entre “imagem-retrato” e “imagem-atributo” e a possível resposta ao seu âmbito de proteção.

No controle concentrado da ADI 4815 (ADI 4815, Relatora Min. Cármen Lúcia, Julgamento: 10/06/2015, Tribunal Pleno, DJe-018 de 29-01-2016, publicação em 01-02-2016) sobre as biografias não autorizadas, a principal tese que conduz a peça inaugural é que: “[...] a dicção [dos artigos 20 e 21 do Código Civil] que lhes foi conferida acaba dando ensejo à proliferação de uma espécie de censura privada que é a proibição, por via judicial, das biografias não autorizadas.” No julgado, se nota uma intrínseca vinculação do conceito de biografia com os conceitos de intimidade, privacidade, honra e imagem, definidos pela Min. Carmem Lúcia:

Também garante a inviolabilidade da *intimidade* (a essência resguardada de cada um), da *privacidade* (o que não se pretende viver senão no espaço mais recolhido daqueles com quem recai a escolha), da *honra* (que se projeta a partir da formação moral e dos valores que determinam as ações de cada um e fazem a pessoa reconhecida, para o que se precisa da liberdade) e da *imagem* (construída a partir da livre escolha do que se quer ser). Se houver ofensa, - o que pode acontecer, pelas características humanas - o autor haverá de responder por essa transgressão, na

<sup>27</sup> A invocação da Súmula Vinculante 14 foi vindicada em contraposição a proteção ao sigilo estabelecido na Lei 12.850/2013, com recusa de acesso aos autos. No Agravo Regimental na Reclamação 22009 (Rcl 22.009 AgR, Relator Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, Julgado em 16-02-2016, Publicação: DJe-095, 12-05-2016) alegou-se contrariedade à Súmula Vinculante 14 (É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa), pois se havia requerido acesso a depoimentos que estavam em autos apartados de uma ação penal. Desprotegidos, portanto, pelo sigilo acima aludido do art. 7º. O juízo *a quo* havia indeferido o acesso aos termos de colaboração, sob o fundamento de que se encontravam sob sigilo e diziam respeito a fatos ainda sob investigação. O Min. Relator entendeu hígida a decisão, com o argumento de que “enquanto não instaurado formalmente o inquérito propriamente dito acerca dos fatos declarados, o acordo de colaboração e os correspondentes depoimentos estão sujeitos a estrito regime de sigilo”. Se instaurado o inquérito, haveria de se respeitar o art. 7º, § 2º, da Lei nº 12.850/2013. Concluiu que “Assegurado, como assegura, o acesso do investigado aos elementos de prova carreados na fase de inquérito, o regime de sigilo consagrado na Lei 12.850/2013 guarda perfeita compatibilidade com a Súmula Vinculante 14”. Adita que o recebimento da denúncia na ação penal não é hábil para afastar o sigilo dos termos de colaboração se os fatos ainda se encontrarem em investigação. Esta fundamentação foi seguida pelo Min. Celso de Mello. O Min. Dias Toffoli divergiu, apenas pela prejudicialidade do objeto.

As razões do Agravo Regimental na Reclamação 22009 foram reiteradas no Agravo Regimental na Petição 6.164 (Pet 6.164 AgR, Relator Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, Julgamento: 06/09/2016, Publicação: 21/09/2016) acrescidas com o fundamento de que “a simples especulação jornalística a respeito da existência de acordo de colaboração premiada ou da sua homologação judicial ou de declarações que teriam sido prestadas pelo colaborador não é causa juridicamente suficiente para a quebra do regime de sigilo [...]”.

forma constitucionalmente traçada, pela indenização reparadora ou outra forma prevista em lei.

Esta descrição levou a cabo uma das razões jurídicas para decidir um importante pressuposto: a autorização prévia para a biografia constitui censura prévia particular. Contudo, ainda que questionada a interpretação do artigo 20 do Código Civil, que textualmente inclui honra e imagem na mesma redação, o debate ficou direcionado para vida privada, intimidade e privacidade do artigo 21. A Min. relatora fez citação direta de Maria Helena Diniz que defende a perspectiva bipartite, (“imagem-retrato” e “imagem-atributo”) mas não tece comentários aprofundados sobre esta opção conceitual de enunciado dogmático:

A imagem recebe tratamento jurídico diferente dos demais itens, por comportar regime diferente, sendo permitida a divulgação quando a pessoa tiver notoriedade, o que não constitui anulação do direito à intimidade e à privacidade, mas diminui o espaço de indevassabilidade protegida constitucionalmente.

A notoriedade torna a pessoa alvo de interesse público pela referência, pelo destaque no campo intelectual, artístico, moral, científico, desportivo ou político. Quando o interesse advier de ou convier às funções sociais desempenhadas ou delas decorrer ou para a compreensão concorrerem as informações que extrapolem as linhas da quadra de jogo ou desempenho, a busca, produção e divulgação de informações não é ilegítima, nem pode ser cerceada sob o argumento de blindar-se a pessoa com a inviolabilidade constitucionalmente assegurada.

O Min. Dias Toffoli admite que o aludido art. 20 protege a “imagem-retrato”, mas não a diferencia da “imagem-atributo”:

O art. 20 do Código Civil possibilita, de igual modo, a proibição da publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa. Ao referir-se à “exposição” da imagem, a norma é bastante abrangente, podendo englobar, dentre outras condutas, a publicação (explicitamente referida na norma) da imagem por diversos meios, como os veículos de comunicação social (televisão, internet, revistas, jornais). Nesse ponto, o preceito refere-se mais precisamente à chamada “imagem-retrato”, que é a representação física do indivíduo, determinada por seus traços fisionômicos.

Em que pese esta ausência da demarcação conceitual do enunciado do direito fundamental à própria imagem e da dúvida sobre uma hipotética adoção de um conceito bipartite do direito à própria imagem, o STF não apresenta as razões para a bipartição conceitual. Na verdade, em outro trabalho já defendemos que os argumentos jurídico-constitucionais utilizados foram relevantes para a construção jurídica dos direitos da personalidade<sup>28</sup>, mas nesse acórdão em que se tematiza específicos direitos da personalidade, o STF perdeu a oportunidade de enfrentar, adotando ou refutando, uma das linhas de raciocínio que autonomizam o direito fundamental à identidade pessoal, direito este de alguma forma já tangenciado pela doutrina portuguesa e espanhola e pela própria jurisprudência da Corte (CUNHA E CRUZ; STEINMETZ, 2016).

<sup>28</sup> Junte-se à ADPF (Não recepção da Lei de Imprensa) e ao RE 898450 (Caso “Edital de Concurso Público e Tatuagem”).

Com efeito, voltando ao controle difuso sem a roupagem da mídia televisiva *versus* visibilidade/imagem da pessoa humana acusada/colaboradora, o STF tampouco discutiu sobre um hipotético enunciado dogmático que caiba a bipartição conceitual do direito à própria imagem, pela obstrução processual da Súmula 279: “Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário”<sup>29</sup>. Outras demandas foram repelidas por exigências processuais não cumpridas<sup>30</sup>.

Contudo, em 2013 houve uma importante decisão que vem influenciando o acesso recursal à Corte: a Repercussão Geral no Recurso Extraordinário com Agravo 73982, relatoria do Ministro Gilmar Mendes (ARE 739382 RG, Relator Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno - meio eletrônico, Julgamento: 23/05/2013, Publicação: DJe-103, 03-06-2013). Versa este caso sobre uma ação que requereu a indenização pelo fato da publicação de uma nota de repúdio ter sido redigida em tom contundente e crítico por um Sindicato. Tal nota havia sido publicada e distribuída gratuitamente pela cidade. Alegou-se que neste texto havia inverdades acerca do recorrente. Tanto na primeira como na segunda instâncias a indenizatória foi negada, com o fundamento do exercício regular da liberdade de expressão, pois não demonstrada a “intenção de ofender, de difamar, de caluniar” e que “Não se vislumbra a existência de abalo à honra do autor, dor, ou qualquer ato atentatório contra a intimidade, a vida privada, a imagem, ou a qualquer outro valor da personalidade, passível de ressarcimento”. Foi negado seguimento ao recurso extraordinário, por se subsumir na Súmula 279-STF.

No ARE 739382 RG, o Min. Gilmar Mendes observou o citado impeditivo sumular que veda o debate dos fatos/reexame de provas na instância extraordinária. No entanto, acrescentou à linha argumentativa a problemática da análise pela Corte de casos que envolveram responsabilidade civil por danos morais e/ou os que se discutiu “o direito à imagem das pessoas públicas (e.g. artistas, jornalistas, agentes públicos e políticos em geral) em conflito com o livre direito de crítica e a liberdade de expressão”. Neste sentido, sublinhou que o STF não reconheceu a repercussão geral em diversas demandas de reparação por dano moral e de fixação de valor da indenização:

Cito, à guisa de ilustração, os seguintes temas já rejeitados no Plenário Virtual: (1) tema 9, Indenização por danos morais e materiais decorrentes de manipulação de resultados de partidas de futebol, RE 565139, de relatoria do Ministro Menezes Direito; (2) tema 232, Indenização por danos morais decorrentes de inscrição indevida em cadastro de inadimplentes, RE 602136, de relatoria da Ministra Ellen Gracie; (3) tema 286, Responsabilidade civil de banco por danos decorrentes de indevida utilização de cartão de crédito, AI 765576, relator Ministro Gilmar Mendes; (4) tema 413, Quantum indenizatório de condenação por danos morais e materiais

<sup>29</sup> Cfr.: Ag.Reg. no Recurso Extraordinário com Agravo 728.348, Relatora Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, DJe nº 99, divulgado em 24/05/2013, data de publicação 27/05/2013 (ata nº 76/2013); Ag.Reg. no Recurso Extraordinário com Agravo 709.146, relatora Min. Carmem Lúcia, Segunda Turma, DJe 21/11/2012; Ag.Reg. no Recurso Extraordinário 597962, relator: Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, DJe 20-04-2012; Ag.Reg. no Recurso Extraordinário com agravo 658458, relator: Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 15/02/2012; Ag.Reg. no Recurso Extraordinário com Agravo 638730, relator: Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 21-09-2011; Ag.Reg. no Recurso Extraordinário com Agravo 797.313, relator: Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 12-05-2011; Ag.Reg. no Recurso Extraordinário 508267, relator: Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, DJe 08-10-2010; Ag.Reg. no Agravo de Instrumento 755369, relator: Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJe 05-03-2010; Ag.Reg. no Agravo de Instrumento 722124, relator: Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, DJe 18-12-2009; Ag.Reg. no Recurso Extraordinário 548048, relator: Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, DJe 01-07-2009.

<sup>30</sup> Cfr.: Ag.Reg. no Recurso Extraordinário 561.151, relator Min. Cezar Peluso, Segunda Turma, DJe 28/08/2012; Ag.Reg. no Agravo de Instrumento 763.284, Relator Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 28/06/2012; Ag.Reg. no Agravo de Instrumento 846141, relator: Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 07-11-2011; Ag.Reg. no Recurso Extraordinário com Agravo 638623, relator: Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, DJe 24-10-2011.

decorrentes da relação entre concessionária de serviço público e consumidor, AI 765567, relatoria do Ministro Joaquim Barbosa; (5) tema 611, Responsabilidade civil por danos morais e materiais decorrentes da negativa de cobertura por operadora de plano de saúde, ARE 697312, relatoria do Ministro Joaquim Barbosa; e (6) tema 623, Direito à indenização por danos morais e materiais decorrentes da espera excessiva em fila de instituição financeira, ARE687876, relatoria do Ministro Joaquim Barbosa.

E concluiu que:

Não é atribuição do Supremo Tribunal Federal avaliar a ocorrência de dano moral, tampouco velar pelo cumprimento da legislação civil aplicável à espécie. **Salvo situações extrema e excepcionais, nas quais se verifique o esvaziamento do direito de imagem e, por conseguinte, ofensa direta à norma constitucional, as discussões relativas à ocorrência ou não de dano moral não deve galgar a instância extraordinária.** Assim, neste caso, tendo em vista o fato de que a discussão não ultrapassa o interesse subjetivo das partes e a natureza eminentemente infra-constitucional da matéria, manifesto-me pela inexistência de repercussão geral da questão constitucional suscitada. (grifo nosso).

A intelecção da manifestação deste voto vencedor leva a induzir que só poderá ser discutida no Supremo uma intervenção que afete o núcleo/conteúdo essencial do direito fundamental à própria imagem, pois há de se verificar “o esvaziamento do direito de imagem e, por conseguinte, ofensa direta à norma constitucional”. No entanto, a origem do objeto do ARE 739382 RG não retrata uma intervenção (embaraço, afetação, eliminação) no âmbito de proteção do direito fundamental à própria imagem, mas sim no do direito fundamental à honra. Todavia, apesar de o STF não oferecer “clareza conceitual”/tratamento sistemático-conceitual (analítico) para indicar o âmbito de proteção do direito fundamental à própria imagem, o ARE 739382 RG teve o impacto de influenciar ao menos 33 decisões posteriores que obstaram (e filtraram) o julgamento de mérito pelo Supremo<sup>31</sup>.

<sup>31</sup> Ag.Reg. No Recurso Extraordinário Com Agravo 985388, Relatora Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, Julgamento: 10/02/2017, DJe-049, Publicação: 15-03-2017; Ag.Reg. No Recurso Extraordinário Com Agravo 921495, Relator Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, Julgamento: 06/04/2016, DJe-081, Publicação, 27-04-2016; Ag.Reg. No Recurso Extraordinário 973280, Relator Min. Celso De Mello, Segunda Turma, Julgamento: 18/11/2016, DJe-256, Publicação 01-12-2016; Repercussão Geral No Recurso Extraordinário Com Agravo 945271, Relator Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno - meio eletrônico, Julgamento: 17/03/2016, DJe-124 Publicação 16-06-2016; Ag.Reg. No Agravo De Instrumento 815300, Relator Min Dias Toffoli, Segunda Turma Julgamento: 05/04/2016, DJe-094, Publicação 11-05-2016; Ag.Reg. No Recurso Extraordinário Com Agravo 923152, Relatora Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, Julgamento: 15/03/2016, DJe-062, Publicação 06-04-2016; Ag.Reg. No Recurso Extraordinário Com Agravo 906702, Relator Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, Julgamento: 01/03/2016, DJe-054, Publicação 28-03-2016; Repercussão Geral No Recurso Extraordinário Com Agravo 927467, Relator Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno - meio eletrônico, Julgamento: 03/12/2015, DJe-252, Publicação 16-12-2015; Ag.Reg. No Recurso Extraordinário Com Agravo 895562, Relator Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, Julgamento: 27/10/2015, DJe-231, Publicação 18-11-2015; Ag.Reg. no Agravo de Instrumento 781917, Relator Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, Julgamento: 02/06/2015, DJe-128, Publicação 01-07-2015; Ag.Reg. No Recurso Extraordinário Com Agravo 879980, Relator Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, Julgamento: 27/10/2015, DJe-250, Publicação 14-12-2015; Repercussão Geral No Recurso Extraordinário Com Agravo 867326, Relator Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno - meio eletrônico, Julgamento: 09/04/2015, DJe-073, Publicação 20-04-2015; Ag.Reg. no Recurso Extraordinário com Agravo 855179, Relator Min. Luiz Fux, Primeira Turma, Julgamento: 24/02/2015, DJe-049 Publicação: 13-03-2015; Ag.Reg. No Recurso Extraordinário Com Agravo 894511, Relator Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, Julgamento: 04/08/2015, DJe-166, Publicação 25-08-2015; Ag.Reg. No Recurso Extraordinário Com Agravo 890373, Relator Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, Julgamento: 27/10/2015, DJe-230, Publicação 17-11-2015; Ag.Reg. No Recurso Extraordinário Com Agravo 894024, Relator Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, Julgamento: 06/10/2015, DJe-224, Publicação 11-11-2015; Ag.Reg.

Todavia, o óbice imposto pelo ARE 739382 RG não teve o condão de toldar o reconhecimento da Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 662055, o caso “Festa do Peão de Barretos” (RE 662055 RG, Relator Min. Roberto Barroso, Julgamento: 27/08/2015, Tribunal Pleno - meio eletrônico, Publicação: DJe-173, Publicação: 03-09-2015). A origem da demanda “Festa do Peão de Barretos *versus* Os Independentes” se trata de uma associação, Os Independentes, que divulgava em sua *webpage* uma campanha “Quem patrocina e apoia rodeios também tortura o bicho”. Nesta veiculação figurava a Festa do Peão de Boiadeiro de Barretos/SP. A controvérsia jurídica, portanto, gravita sobre a imposição de restrições às publicações em sítio eletrônico de uma entidade de proteção aos animais, Os Independentes, que denunciava a crueldade da utilização de animais em rodeios. Houve condenação na instância *a quo* ao pagamento de danos morais e proibição de contratar patrocinadores do evento “tradicional e culturalmente importante”<sup>32</sup>. O Min. Barroso opina pela repercussão geral com as seguintes razões:

A questão constitucional em exame consiste em definir os limites da liberdade de expressão, ainda que do seu exercício possa resultar relevante prejuízo comercial, bem como fixar parâmetros para identificar hipóteses em que a publicação deve ser proibida e/ou o declarante condenado ao pagamento de danos morais, ou ainda a outras consequências jurídicas que lhe possam ser legitimamente impostas.

[...]

A construção de parâmetros a serem considerados na ponderação entre a liberdade de expressão e outros direitos constitucionais é matéria de evidente repercussão geral, sob todos os pontos de vista (econômico, político, social e jurídico), haja vista a relevância e a transcendência dos direitos envolvidos num Estado Democrático de Direito.

[...]

---

No Recurso Extraordinário Com Agravo 906856, Relator Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, Julgamento: 06/10/2015, DJe-212, Publicação 23-10-2015; Ag.Reg. No Recurso Extraordinário Com Agravo 821653, Relator Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, Julgamento: 21/10/2014, DJe-226, Publicação: 18-11-2014; Ag.Reg. No Recurso Extraordinário Com Agravo 758478, Relator Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, Julgamento: 16/09/2014, DJe-224 Publicação: 14-11-2014; Ag.Reg. No Recurso Extraordinário 808552, Relator Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, Julgamento: 10/06/2014, DJe-124, Publicação 27-06-2014; Ag.Reg. No Recurso Extraordinário Com Agravo 799471, Relatora Min. Rosa Weber, Primeira Turma, Julgamento: 20/05/2014, DJe-107, Publicação 04-06-2014; Ag.Reg. No Recurso Extraordinário 580131, Relator Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, Julgamento: 01/04/2014, DJe-073, Publicação 14-04-2014; Ag.Reg. No Recurso Extraordinário Com Agravo 725297, Relator Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, Julgamento: 19/11/2013, DJe-24, Publicação 13-12-2013; Ag.Reg. No Recurso Extraordinário Com Agravo 756917, Relator Min. Luiz Fux, Primeira Turma, Julgamento: 29/10/2013, DJe-227, Publicação 19-11-2013; Ag.Reg. No Agravo De Instrumento 859527, Relator Min. Celso De Mello, Segunda Turma, Julgamento: 29/10/2013, DJe-244, Publicação 12-12-2013; Ag.Reg. No Recurso Extraordinário Com Agravo 751724, Relator Min. Luiz Fux, Primeira Turma, Julgamento: 10/09/2013, DJe-187, Publicação 24-09-2013; Ag.Reg. No Recurso Extraordinário Com Agravo 730457, Relator Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, Julgamento: 03/09/2013, DJe-215, Publicação 30-10-2013; Ag.Reg. No Recurso Extraordinário Com Agravo 741086, Relator Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, Julgamento: 27/08/2013, DJe-179, Publicação 12-09-2013; Ag.Reg. No Recurso Extraordinário Com Agravo 743473, Relator Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, Julgamento: 27/08/2013, DJe-180, Publicação 13-09-2013; Ag.Reg. No Recurso Extraordinário 661243, Relator: Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, Julgamento: 27/08/2013, DJe-211, Publicação 24-10-2013; Ag.Reg. No Agravo De Instrumento 769601, Relator: Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, Julgamento: 20/08/2013, DJe-172, Publicação 03-09-2013; Ag.Reg. No Recurso Extraordinário Com Agravo 739416, Relator Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, Julgamento: 13/08/2013, DJe-171, Publicação 02-09-2013; Ag.Reg. No Recurso Extraordinário Com Agravo 701747, Relator Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, Julgamento: 28/05/2013, DJe-108, Publicação 10-06-2013.

<sup>32</sup> Este interessante caso da “Festa do Peão de Barretos” trará a lume o precedente da ADI 4983, ajuizada pelo procurador-geral da República contra a Lei 15.299/2013, do Estado do Ceará, que regulamentava a vaquejada como prática desportiva e cultural; e pode entrar no raio da discussão da ADI 5728, que questiona a Emenda Constitucional (EC) 96/2017, que considera como não cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais, conhecida como a PEC da Vaquejada.

Em certa medida, a hipótese em exame assemelha-se ao célebre caso Lüth (1958), considerado o mais importante da jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão sobre direitos fundamentais, em que se discutiram os limites da liberdade de expressão exercida um cidadão que convocou um boicote aos filmes de um famoso diretor de cinema, por seu passado nazista.

O Min. Marco Aurélio comenta que a controvérsia reclama o crivo do Supremo, pois cumpre à Corte a guarda maior da Constituição para elucidar os limites da liberdade de expressão, quando presentes direitos de envergadura constitucional, como a proteção da honra e da imagem.

Em que pese haver sido reconhecida a repercussão geral, não se vislumbra desta decisão uma proposta de indicação pelo Supremo do que é protegido *prima facie* pelo direito fundamental à própria imagem. Parece que se considera como titular da imagem a pessoa jurídica, o que pode levar ao debate e, finalmente, a recepção ou rechaço da bipartição “imagem-retrato” e “imagem-atributo” para configurar o âmbito de proteção do direito fundamental à própria imagem pelo STF.

### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este texto se propôs refletir sobre a dimensão empírico-analítica do direito à própria imagem. A justificativa desta abordagem metodológica tem suas razões na afirmação de que se não há uma clareza conceitual, é de se indagar se haverá clareza na fundamentação do âmbito de proteção, das restrições, do núcleo/conteúdo essencial, do suporte fático, do sopesamento e da extensão do controle jurisdicional quando envolvido o direito à própria imagem. O recorte do trabalho, no entanto, cingiu-se ao âmbito de proteção do direito fundamental à própria imagem.

Neste sentido, divergindo da posição majoritária, defende-se neste trabalho que o direito de defesa estudado, o direito fundamental à própria imagem, tem o seu âmbito de proteção relacionado aos atos, fatos, estados ou posições jurídicas que afetem a faculdade de aproveitar (positiva) ou de excluir (negativa) a representação gráfica das expressões ou evocações pessoais visíveis do aspecto físico externo que singularizam e tornam reconhecível a figura da pessoa humana.

O STF não enfrentou diretamente a bipartição conceitual entre “imagem-retrato” e “imagem-atributo”, reportada na doutrina majoritária brasileira. Nas decisões anteriores à Constituição de 1988 a jurisprudência incluiu no âmbito de proteção do direito à própria imagem tanto o aspecto patrimonial como o material. *Ab initio*, procurou reconhecer e conferir autonomia jurídica ao direito à própria imagem, enfocando seu aspecto positivo/patrimonial em casos que questionavam a sua possibilidade jurídica e que majoritariamente envolviam publicidade e propaganda. Nas decisões posteriores à Constituição de 1988, a Corte retraiu na autonomia do direito fundamental à própria imagem por fazer uma mescla conceitual com outros direitos da personalidade (honra, intimidade, vida privada, identidade). Em julgados mais recentes, a Corte procedeu a associação entre a mídia televisiva *versus* a imagem da pessoa humana acusada/colaboradora e condicionou a análise de uma possível vulneração deste direito fundamental com o exame da afetação do âmbito de proteção, prioritariamente, do direito à honra.

Uma das hipóteses que reforçam que o STF não discutiu sobre um hipotético enunciado dogmático que caiba a bipartição conceitual do direito à própria imagem (retrato e atributo) foi pela obstrução processual da Súmula 279. É de se registrar, ainda, que na Repercussão Geral no Recurso Extraordinário com Agravo 73982, relatoria do Ministro Gilmar Mendes, a despeito de na

origem não se evidenciar afetação do âmbito de proteção do direito fundamental à própria imagem, o Máximo Tribunal entendeu que a discussão sobre a existência de dano moral e do *quantum* indenizatório seriam questões infraconstitucionais, que não transcendem aos interesses subjetivos das partes. Haveria ofensa direta à Constituição somente nas hipóteses de “esvaziamento” de tal direito (à própria imagem). Apesar de o STF não oferecer “clareza conceitual”/tratamento sistemático-conceitual (analítico) para indicar o âmbito de proteção do direito fundamental à própria imagem, o ARE 739382 RG teve o impacto de influenciar ao menos 33 decisões posteriores que obstaram (e filtraram) o julgamento de mérito pelo Supremo.

Contudo, o óbice imposto pelo ARE 739382 RG não teve o condão de taldar o reconhecimento da Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 662055, o caso “Festa do Peão de Barretos”. Em que pese haver sido reconhecida a repercussão geral, não se vislumbra nesta decisão uma proposta de indicação pelo Supremo do que é protegido *prima facie* pelo direito fundamental à própria imagem. Parece que se considera a pessoa jurídica como titular da imagem constitucionalmente protegida, o que pode levar ao debate e, finalmente, a recepção ou rechaço da bipartição “imagem-retrato” e “imagem-atributo” para configurar o âmbito de proteção do direito fundamental à própria imagem pelo STF.

## REFERÊNCIAS

AFFORNALLI, M. C. N. M. *Direito à própria imagem: a posição do novo código civil (Lei n. 10.406 de 10.01.2002)*, o direito à imagem e a atuação da mídia, o dano à imagem e sua reparação, principais defesas opostas, jurisprudência. Curitiba: Juruá, 2003.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. 2. tir. São Paulo: 2012.

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ALMEIDA, S. J. A. C. Direito autoral e direito de arena. *RTDC*, v.1, n.4, p.79-96, out./dez., 2000.

ARAÚJO, L. A. D. *A proteção constitucional da própria imagem*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

ARAÚJO, L. A. D. O conteúdo do direito à própria imagem: um exercício de aplicação de critérios de efetivação constitucional. *Revista do Advogado (Estudos de Direito Constitucional em homenagem a Celso Ribeiro Bastos)*, Ano XXIII, nº 73, p. 119-126, Nov. 2003.

ARAÚJO, L. A. D. A imagem-retrato e a imagem-atributo: conceitos distintos na Constituição Federal de 1998. In: COSTA, J. F.; SILVA, M. A. M. (Coord). *Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais: visão luso-brasileira*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 515-531.

ARAÚJO, N. Princípio da dignidade da pessoa humana e direito à imagem. *Revista de Direito do Estado*, Ano 1, nº 1, p. 267-278, jan-mar/2006.

ARRIBAS, B. F. S. M. Considerações acerca do direito à imagem como direito da personalidade. *Revista de Informação Legislativa*, v. 41, n. 164, p. 347-366, out./dez., 2004.

ASCENSÃO, J. O. Direitos de Não-Athletas Participantes de Espetáculo Desportivo Público. *Tabulae*, v.16, n.13, p. 23-52, dez. 1984.

ASCENSÃO, J. O. Direito ao Espetáculo. *Boletim do Ministério da Justiça*, Lisboa, nº 366, p 41-55, maio 1987.

## Considerações sobre o Direito Fundamental à própria imagem no Supremo Tribunal Federal

ASCENSÃO, J. O. Uma inovação da lei brasileira: o direito de arena. *Jurisprudência brasileira, cível e comércio*, nº 167, p.37-42, 1992.

ASCENSÃO, J. O. Princípios constitucionais do direito de autor. *Revista brasileira de direito constitucional*, n.5, p.429-442, 2005.

BAPTISTA, Fernando Mathias; VALLE, Raul Silva Telles do. *Os Povos indígenas frente ao direito autoral e de imagem*. Instituto Socioambiental: São Paulo, 2004.

BELLINI JUNIOR, J. Reflexos tributários na cessão do direito de imagem e uso do nome profissional. *Interesse Público*, v.5, n.22, p.107-124, nov./dez., 2003.

BELTRÃO, S. R. *Direitos da personalidade: de acordo com o novo código civil*. São Paulo: Atlas, 2005.

BERTI, S. M. *Direito à própria imagem*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

BERTI, S. M. Direito à própria imagem. *Revista do Instituto dos Advogados de Minas Gerais*, nº 2, p. 179-190, 1996.

BERTONCELLO, Káren Rick Danilevicz. Os efeitos da publicidade na “vulnerabilidade agravada”: como proteger as crianças consumidoras? *Revista de Direito do Consumidor*, ano 22, v. 90, p. 69-90, nov.-dez. 2013.

BITTAR, Carlos Aberto. *Direitos de autor*. 4. ed. Forense Universitária: Rio de Janeiro, 2005.

BONJARDIM, E. C. *O acusado, sua imagem e a mídia*. São Paulo: M. Limonad, 2002.

BONAVIDES, Paulo. O constitucionalismo espanhol e seu influxo no Brasil (de Cádiz a Moncloa). In: FERNÁNDEZ SEGADO, Fernando. (Coord.). *La Constitución de 1978 y el constitucionalismo iberoamericano*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, p. 197-220.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História Constitucional do Brasil*. Brasília, OAB Editora, 2002.

BRASIL, Assembleia Nacional Constituinte (1987). *Diário da Assembleia Nacional Constituinte (Suplemento)*. Brasília: Imprensa Nacional, Quarta-feira, 27 de maio de 1987, p. 63-74.

BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte (1987). O processo histórico da elaboração do texto constitucional: mapas demonstrativos. Brasília: Câmara dos Deputados, Centro de Documentação e Informação, Coordenação de Publicações, 1993.

CAHALI, Y. S. *Dano moral*. 4d. ed. rev., atual. ampl. São Paulo: RT, 2011.

CHAVES, Antônio. *Direito de Autor*. Rio de Janeiro, Forense, 1987.

CHOERI, R. C. S. *O direito à identidade na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

COSTA NETTO, J. C. Direito de arena, a defesa do atleta. *Revista brasileira de educação física e desportos*, v.10, n.47, p.11-12, jul./set., 1981

CUNHA E CRUZ, Marco Aurélio Rodrigues da. *La configuración constitucional del derecho a la propia imagen en la Constitución brasileña de 1988*. Sevilla: Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 2009. Disponível em: <http://fondosdigitales.us.es/tesis/tesis/866/la-configuracion-constitucional-del-derecho-la-propia-imagen-en-la-constitucion-brasilena-de-1988/>. Acesso em: 21 ago. 2017.

CUNHA E CRUZ, Marco Aurélio Rodrigues da. El concepto constitucional del derecho a la propia imagen en Portugal, España y Brasil. *Araucaria* (Madrid), v. 22, p. 17-50, 2009.

CUNHA E CRUZ, Marco Aurélio Rodrigues da. Anotações sobre o conceito do direito à própria imagem do Código Civil. *Revista de Informação Legislativa*, v. 196, p. 27-38, 2012.

CUNHA E CRUZ, Marco Aurélio Rodrigues da. El concepto constitucional del derecho a la propia imagen en españa y en brasil. *Revista Espaço Jurídico*, v. 2, p. 349-384, 2013.

CUNHA E CRUZ, M. A. R.; ARAGAO, G. A. O fundamento normativo-constitucional do pedido de publicação de decisão judicial após a ADPF 130. *Ciente-Fico.com* (Impresso), v. 14, n. 28. p. 31-53, 2014.

CUNHA E CRUZ, Marco Aurélio Rodrigues da. *A configuração constitucional do direito à própria imagem*. Joaçaba: Editora UNOESC, 2015.

CUNHA E CRUZ, Marco Aurélio Rodrigues da; STEINMETZ, Wilson Antônio. Biografias não autorizadas: um estudo da ADI 4815. *Espaço Jurídico Journal of Law [EJL]*, v. 17, n. 3, p. 1037-1052, dez. 2016. ISSN 2179-7943. Disponível em: <<http://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/view/12744>>. Acesso em: 21 Set. 2017.

D'ALVA, M. F. O direito à imagem e a liberdade de imprensa. *Revista Cearense Independente do Ministério Público*, v.6, n.21/22, p.241-249, abr./jul., 2004.

DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. *Publicidade e Direito*. 2. ed. São Paulo: RT, 2013.

DINIZ, M. H. Direito à imagem e a sua tutela. In: BITTAR, E. C. B.; ALMEIDA, S. J. C. (Coord.). *Estudos de direito de autor, direito da personalidade, direito do consumidor e danos morais: homenagem ao professor Carlos Alberto Bittar*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002, p. 79-106.

DINIZ, M. H. Comentários ao Código Civil. In: FIUZA, R.; et. All (Org.). *Novo Código Civil Comentado*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 31-33.

DINIZ, M. H. *Curso de direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2008.

DONNINI, O.; DONNINI, R. F. *Imprensa livre, dano moral, dano à imagem, e sua quantificação à luz do novo código civil*. São Paulo: Método, 2002.

ESPAÑA, Tribunal Constitucional. Tutela de la vida privada: realidades y perspectivas constitucionales. In: *Conferência Trilateral Espanha, Itália e Portugal*, 2006, Lisboa.

FACHIN, Z. A. *A proteção jurídica da imagem*. São Paulo: C. Bastos Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

GARCIA, E. C. Direito à identidade pessoal. In: DINIZ, M. H. (Coord.) *Atualidades Jurídicas 3*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 165-197.

GONZÁLEZ PEREZ, J. *La degradación del derecho al honor*. Madrid: Civitas, 1993.

## Considerações sobre o Direito Fundamental à própria imagem no Supremo Tribunal Federal

HAMILTON, A.; MADISON, J.; JAY, J. *El federalista*. Trad. Gustavo R. Velasco. México: Fondo de Cultura Económica, 1994.

JABUR, G. H. *Liberdade de pensamento e direito à vida privada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

JABUR, G. H. Limitações ao direito à própria imagem no novo código civil. In: DELGADO, M. L.; ALVES, J. F (Coord.). *Questões controvertidas no novo código civil*. São Paulo: Método, 2004, p. 11-44.

LIMA, A. S. O direito à imagem. *Revista dos Tribunais*, ano 90, vol. 792, primeira seção, p. 451-463, outubro de 2001.

LIMA, A. S. *O direito a imagem: proteção jurídica e limites de violação*. Brasília: Universa, 2003.

MELLO, M. A. M. F. Liberdade de expressão, de informação e direito a imagem sob o ângulo constitucional. In: *Aspectos polêmicos da atividade do entretenimento. Mangaratiba*. Academia Paulista de Magistrados, 2004, p. 143-162.

MELO, M. A. B. Responsabilidade civil objetiva dos meios de comunicação por ofensa aos direitos da personalidade. *Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*, n.64, p.39-56, jul./set., 2005.

MORAES, W. Direito à própria imagem (I). *Revista dos Tribunais*, São Paulo, nº 443, p. 64-81, set. 1972.

MORAES, W. Como se há de entender o direito constitucional a própria imagem. *Repertório IOB Jurisprudência: Comercial, Civil e Outros*, n.5, p.84-82, 1.quinz. mar., 1989.

NETTO FRANCIULLI, D. A proteção ao direito à imagem e a constituição federal. *Informativo jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva*, v.16, n.1, p.19-38, jan./jun., 2004.

OLIVEIRA, S. C. Livre exercício do direito de imprensa - direito de uso da imagem - dano moral não configurado. *Ciência Jurídica*, v. 19, n. 124, p. 351-356, jul./ago., 2005.

OLIVEIRA, Mauro Mário. *Fontes de informações sobre a Assembleia Nacional Constituinte de 1987: quais são, onde buscá-las e como usá-las*. Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, 1993.

PEREIRA DE SOUZA, Carlos Affonso. Contornos atuais do direito à imagem. *Revista Forense*, v.99, n.367, maio/jun., 2003, p.45-68.

POPPER, Karl. *A lógica da pesquisa científica*. 2. ed. São Paulo: Cultrix, 2013.

RABELLO, J. G. J. Do Direito de arena. *Revista de jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*, v.12, n.54, p.13-18, set./out., 1978

RODRIGUES, C. Direito autoral e direito de imagem. *Revista dos Tribunais*, v.93, n. 827, p. 59-68, set., BBD, 2005.

RSTON, S. M. Dano à imagem e as tutelas inibitória e ressarcitória. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo (Nova Série)*, v.7, n.14, p.91-105, jul./dez., 2004.

SAHM, R. *Direito à imagem no direito civil contemporâneo*. São Paulo: Editora Atlas S/A, 2002.

SANTO, M. E. O direito de imagem e a pesquisa museal: construindo uma chave de acesso ao direito de personalidade. *Revista de direito privado*, v.6, n.21, p.165-174, jan./mar., 2005.

SANTIAGO, M. R. Direito de arena. *Revista de direito privado*, v.6, n.22, p.226- 240, abr./jun., 2005.

SARLET, I.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: RT, 2013.

SILVA, José Afonso da. Influência, coincidência e divergência constitucionais: Espanha/Brasil. In: FERNÁNDEZ SEGADO, Fernando. (Coord.). *La Constitución de 1978 y el constitucionalismo iberoamericano*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, p. 221-238.

SILVA, R. B. T. Sistema protetivo dos direitos da personalidade. In: SILVA, R. B. T; SANTOS, M. J. P. (Coord.). *Responsabilidade civil: responsabilidade civil na internet e nos demais meios de comunicação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. (Serie GVlaw)

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. 3. tir. São Paulo: Malheiros, 2014.

SILVA JÚNIOR, A. L. *A pessoa pública e o seu direito de imagem: políticos, artistas, modelos, personagens históricos*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

TERREL, J. R. O direito de arena e o contrato de licença de uso de imagem. *Revista do Direito Trabalhista*, v. 9, nº 11, p. 17-21, Nov. 2003.

## **CAPÍTULO II**

# **O DIREITO AO LIVRE DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE NA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA**

**Cristhian Magnus De Marco\***



## 1 INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CR) não prevê em seu catálogo de direitos fundamentais, um enunciado normativo sobre um *direito geral da personalidade*. Isso não tem impedido que tanto doutrina como jurisprudência nacionais tenham interpretado o artigo 1º, III, CR, que trata da *dignidade da pessoa humana* como fundamento e matriz do *direito geral da personalidade*. A Constituição Alemã, dentre outras, contempla expressamente o *direito ao livre desenvolvimento da personalidade*, como uma liberdade pessoal, incluída na seção de direitos fundamentais.<sup>1</sup>

Talvez, em razão dessa previsão, o Tribunal Constitucional alemão tenha desenvolvido importantes aplicações práticas e dogmáticas dos direitos da personalidade, no âmbito dos direitos fundamentais, criando paradigmas judiciais de grande repercussão.<sup>2</sup> No caso brasileiro, o princípio da *dignidade humana* tem sido utilizado para tratar de questões que nitidamente envolvem o *livre desenvolvimento da personalidade* ou *direito geral da personalidade*, a exemplo da polêmica Ação Direita de Inconstitucionalidade (ADI) n. 3510, na qual foram questionadas algumas disposições da Lei de Biossegurança, adentrando-se no debate concernente à liberdade de planejamento familiar *versus* “direitos” do embrião, sob a ótica dos direitos fundamentais e do direito da personalidade.

Com efeito, o presente artigo tem por objetivo tratar o direito da personalidade e o seu livre desenvolvimento a partir da ótica dogmática dos direitos fundamentais na Constituição brasileira, verificando a pertinência e aplicabilidade de algumas categorias típicas do estudo dos direitos fundamentais, especialmente no que concerne às suas *dimensões e perspectivas*.

Trata-se de trabalho bibliográfico que, com aportes empíricos provenientes da jurisprudência dos tribunais, pretende apresentar, ao fim e ao cabo, algumas contribuições sobre o assunto em foco.

## 2 DIREITOS HUMANOS, DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITOS DA PERSONALIDADE

A necessidade crescente de análise conjunta dos documentos internacionais sobre direitos humanos e das normas internas de cada país merece atenção neste tópico. Verifica-se no Brasil um paulatino progresso quanto à incorporação de Tratados Internacionais sobre direitos humanos no ordenamento interno. No campo específico de interesse do presente trabalho, ou seja, na área do direito da personalidade, o primeiro documento a ser internalizado na nova sistemática implantada pela Emenda Constitucional n. 45, foi a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, assinado em Nova York, em 30 de março de 2007, e promulgado pelo Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> A Constituição alemã prevê, em seu artigo 2, I: “Todos têm o direito ao livre desenvolvimento de sua personalidade, desde que não violem direitos de outrem e não se choquem contra a ordem constitucional ou a lei moral.” Esse enunciado é de grande importância prática, conforme se verifica no trabalho de Martins e Schwabe, 2005, 187 e ss..

<sup>2</sup> Para um apanhado geral sobre os casos emblemáticos envolvendo direitos da personalidade, conferir Martins e Schwabe, 2005.

<sup>3</sup> A guisa de exemplo, ainda, o Decreto n. 6.177/07, promulgou a Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais (Convenção de Paris), cujas “Políticas e medidas culturais” refere-se às políticas e medidas relacionadas à cultura, seja no plano local, regional, nacional ou internacional, que tenham como foco a cultura como tal, ou cuja finalidade seja exercer efeito direto sobre as expressões culturais de indivíduos, grupos ou sociedades, incluindo a criação, produção, difusão e distribuição de atividades, bens e serviços culturais, e o acesso aos mesmos”. Há

As categorias: direitos fundamentais e direitos humanos, em geral, podem ser empregadas como sinônimas, já que ambas pretendem se referir a um conjunto de normas destinadas a tutelar os bens, interesses e valores básicos para a dignidade humana. Porém, Peres Luño (1998, p. 44) sustenta que *direitos fundamentais* é expressão que designa direitos humanos em nível interno, e, os *direitos humanos* devem ser compreendidos como direitos naturais positivados em declarações e convenções internacionais, bem como as exigências relacionadas com a dignidade, liberdade e igualdade que ainda não tenham sido positivadas.

A doutrina jurídica brasileira também firmou uma distinção entre *direitos humanos* e *direitos fundamentais*, entendendo que tais expressões devam referir-se a diferentes campos normativos relacionados. Para Ingo Sarlet (2009, p. 29) os direitos fundamentais são aqueles direitos humanos positivados pelas constituições nacionais, enquanto os direitos humanos são de caráter internacional.

Na Constituição brasileira, deve-se anotar que, com a Emenda Constitucional n. 45/2004, os tratados internacionais sobre direitos humanos, desde que tramitem pelo processo legislativo previsto no artigo 5º, §3º, da Constituição da República, serão equivalentes às Emendas Constitucionais. Assim, tem-se uma figura dos tratados de direitos humanos incorporados à constituição, com força equivalente à Emenda. Poderiam essas normas, então, ser denominadas de *direitos humanos e fundamentais*. A questão merece aprofundamento, notadamente quanto à diferença de âmbito de proteção entre as normas nacionais e internacionais, mas, não é pretensão do presente trabalho deter-se nesse aspecto, nem apresentar nova tipologia para o assunto.<sup>4</sup>

Outra questão que pode ser suscitada diz respeito aos tratados com conteúdos de direitos (sócio)ambientais. Podem também eles serem considerados direitos humanos? Especialmente em razão dos argumentos concernentes aos riscos pelos quais passa a manutenção da vida na sociedade contemporânea<sup>5</sup> Para Ole Pedersen (2008), ainda não.<sup>6</sup> Existem, com efeito, diversas normas internacionais procedimentais para a conformação/adaptação local dos direitos sobre o meio ambiente. Mas, para o autor, ainda não há normas internacionais substantivas que possam ser consideradas de direitos humanos sobre o meio ambiente.

No mesmo sentido, Donald Anton (2008) sustenta que, apesar da evolução das normas internacionais de proteção ambiental, a exemplo da Conferência de Estocolmo e da ECO/92, ainda não se pode defender, com base no sistema normativo internacional, uma intervenção na soberania de um país, por violação a direitos ambientais, da mesma forma que se admite nos casos de violações de direitos humanos. De qualquer sorte, ambos os autores acima citados vislumbram a necessidade de progredir-se no debate sobre a questão.

A proteção socioambiental possui alcance de interesse planetário, que exige maior eficácia das normas internacionais para a proteção da vida e, conseqüentemente, da personalidade. Assim, a proteção do ser humano implica também na proteção de bens ambientais, especialmente

---

documentos internacionais que viabilizam a promoção de direitos humanos de participação, fazendo referência a uma atuação de âmbito local: ECO/92 (Agenda 21), Habitat, Carta da Terra.

<sup>4</sup> O primeiro documento a ser internalizado nessa sistemática foi a “Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência” - Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009: Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007.

<sup>5</sup> Sobre o assunto, observar Beck, Giddens e Lash (1997).

<sup>6</sup> “This paper argues that, at present, a substantive human right to the environment does not yet exist in international law and that approaches toward the creation of such a right have largely halted.” (PEDERSEN, 2008).

por serem estes, indispensáveis para o desenvolvimento da personalidade.<sup>7</sup> Ademais, a Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente de 1972, designada como Declaração de Estocolmo, proclamou que: “o homem é ao mesmo tempo obra e construtor do meio ambiente que o cerca, o qual lhe dá sustento material e lhe oferece oportunidade para desenvolver-se intelectual, moral, social e espiritualmente.” Nota-se, evidentemente, que a disposição normativa tem como alvo o dever da personalidade.

O discurso sobre o direito da personalidade surgiu no contexto do século XIX, durante o qual se afirmava o pensamento liberal. A partir daí, o desafio passou a ser conter os abusos do poder privado, num cenário de desigualdade social e excessos percebidos na liberdade econômica. Para Szaniawski (2005, p. 126): “A preocupação em valorizar o sujeito como ser humano e salvaguardar a sua dignidade, colocando o indivíduo como centro, como principal destinatário da ordem jurídica, tem sido denominada de *repersonalização* do direito.”

Coube aos jusnaturalistas franceses e alemães<sup>8</sup> a defesa, em primeira mão, da existência de direitos preexistentes, independentemente do reconhecimento pelo Estado. (RUGGIERO; BENASSE, 1999). Firmou-se, então, a categoria: *direitos da personalidade*, para expressar os direitos essenciais à condição humana, explicados por Adriano de Cupis (2008, p. 24) como aqueles direitos sem os quais a pessoa não existiria como tal. Podem ser chamados de direitos essenciais.

Entretanto, De Cupis (2008, p 19) apresentou um rol (não taxativo) de direitos essenciais, remetendo a sua qualidade jurídica de direitos da personalidade sempre a partir de expressa previsão no direito positivo. De Cupis não tratou de um direito geral da personalidade, mas sim, de *direitos específicos* da personalidade, os quais ele enquadrou como *direitos privados* e *subjetivos* (vida, integridade física, liberdade, honra, resguardo pessoal, segredo e identidade pessoal).

Essa distinção fictícia entre direitos públicos e direitos privados não coopera com a eficácia do direito da personalidade. Tampouco auxiliam, nesse sentido, as distinções categóricas entre direitos patrimoniais e não patrimoniais, direitos subjetivos e objetivos, quando se tem em mira a efetividade de direitos garantidores da personalidade humana.

As hecatombes do século passado mostraram as insuficiências de doutrinas totalitaristas, como a da Codificação Civil, que se supunha permanente, perfeita e acabada. O fenômeno jurídico passou a valorizar as constituições e dignidade da pessoa humana, movimento que se denomina de *constitucionalização do direito civil*.

Esse fenômeno fez com que um *direito geral de personalidade* passasse a integrar as Constituições. Paralelamente a isso, os tribunais, de um modo geral, assumiram notável protagonismo político, desenvolvendo ampla jurisprudência de atribuição de sentido ao *desenvolvimento da personalidade* e à *dignidade humana*.

Nesse passo, Pietro Perlingieri (1999, p. 155) constata que a Constituição Italiana<sup>9</sup> “possui em seu conteúdo direitos fundamentais que se constituem em um direito objetivo, atual e válido

<sup>7</sup> Marilena Chauí (2005), ao debater sobre ética e ciência, apresenta alguns instigantes preceitos sobre a matéria: “o meio ambiente (raios de sol, radioatividade, substâncias químicas) pode causar mutações que alteram ou destroem a informação genética contida nas moléculas genéticas; cada um de nós tem o direito de receber as informações sobre as condições do meio ambiente e ter a responsabilidade para impedir sua deterioração ou para minorar seus efeitos prejudiciais.”

<sup>8</sup> Otto Von Gierke foi um dos primeiros a desenvolver a categoria *direitos da personalidade* (Conforme: Slaughter, 2004).

<sup>9</sup> “Art. 2. La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili.”

para a tutela da personalidade, servindo para fundamentar os princípios jurídicos do próprio Estado como os princípios do Estado social”. No Brasil, mesmo não havendo texto expresso, asseverando um *direito geral ao desenvolvimento da personalidade*, tem-se como fundamento da República (art. 1º, III), a dignidade da pessoa humana. Assim, da mesma forma que a Constituição italiana, a brasileira também possui um regime de direitos fundamentais, com amplo catálogo constante de seu artigo 5º, que, tanto tutela um *direito geral da personalidade*, como direitos específicos em seu *caput* e incisos, tais como: vida, liberdade, igualdade, integridade física, vida privada, honra e imagem, dentre outros.

Miguel Reale (2003) conceitua os direitos da personalidade como “[...] todos aqueles que constituem elementos componentes intangíveis da pessoa, de conformidade com as conquistas do processo histórico-cultural [...]”. Desse conceito, deve-se observar o elemento da *intangibilidade* com alguns temperos, já que, a partir do momento em que os direitos da personalidade são fenômenos *princípiosológicos*, sabe-se que sua aplicação real não se dará na base do tudo ou nada, mas sim, com procedimento de ponderação de bens. Se isso é assim, aquilo que é intangível sempre será relativo e dependerá de uma determinação semântica mais refinada, em cada realidade histórica e cultural.<sup>10</sup> Assim, faz-se importante uma breve observação do percurso histórico de afirmação dos direitos.

### 3 DA ABERTURA MATERIAL DO CATÁLOGO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS AOS TRATADOS INTERNACIONAIS SOBRE DIREITOS HUMANOS: INCORPORAÇÃO DE NOVOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Para Sarlet (2009, p. 83), o artigo 5º, §2º, CF/88, além de constituir-se em abertura material do catálogo de direitos fundamentais, impõe “[...] até mesmo o dever de uma interpretação sintonizada com o teor da Declaração Universal dos Direitos do Homem”. Para Juarez Freitas (2010, p. 206), o citado artigo é “[...] autêntica norma geral inclusiva” e, por causa dele, “[...] integrados estão, de modo implícito, a nosso elenco de direitos fundamentais os consagrados pela Declaração Universal dos Direitos do Homem”.

Sarlet (2007, p. 344) acrescenta que: “[...] parece viável concluir que os direitos fundamentais oriundos do direito internacional - embora não tenham sido formalmente consagrados no texto da constituição - se aglutinam à Constituição material e, por esta razão, acabam tendo *status* equivalente”.<sup>11</sup>

Maliska (2006, p. 212) dá especial relevo ao movimento global no sentido da cooperação entre os Estados, destacando: “Os Direitos Humanos são uma das principais bandeiras da Organização [ONU] e a institucionalização global desses aponta para uma nova ordem jurídica internacio-

---

di solidarietà politica, economica e sociale. (Nossa tradução: A República reconhece e garante os direitos invioláveis do homem, como indivíduo, ou em grupos sociais onde ele desenvolve a sua personalidade, e exige o cumprimento dos deveres obrigatórios de solidariedade política, econômica e social.)

<sup>10</sup> Não se despreza, nessa afirmação, a possibilidade de um diálogo para a construção de valores universais, que respeitem a realidade multicultural. Sobre isso, consultar: HAHN, Paulo (2001, p. 117 e ss).

<sup>11</sup> Ainda: “À luz dos argumentos esgrimidos, verifica-se que a tese da equiparação (por força do disposto no art. 5º, §2º, da CF) entre os direitos fundamentais localizados em tratados internacionais e os com sede na Constituição formal é a que mais se harmoniza com a especial dignidade jurídica e axiológica dos direitos fundamentais na ordem jurídica interna e internacional, constituindo, ademais, pressuposto indispensável à construção e consolidação de um autêntico direito constitucional internacional dos direitos humanos; resultado da interpenetração cada vez maior entre os direitos fundamentais constitucionais e os direitos humanos dos instrumentos jurídicos internacionais” (SARLET, 2006, p. 59).

nal, que não se limita apenas a regular as relações entre Estados, mas também entre cidadãos”. Comparato (2003, p. 67), em mesmo sentido, ressalva que a Convenção de Viena de 1993 reafirmou a universalidade dos direitos humanos, por isso “[...] todos os seres humanos merecem igual respeito e proteção, a todo tempo em todas as partes do mundo em que se encontrem”.

Aquilo que parecia uma evolução jurídica certa, no sentido da equiparação dos tratados de direitos internacional sobre direitos humanos às normas constitucionais brasileiras, foi frustrado com a EC n. 45/2004. Flávia Piovesan (2006) defendia a automática constitucionalização formal dos tratados, bastando a tramitação simples de internalização dos tratados, conforme o procedimento adotado para todos os documentos internacionais.<sup>12</sup> Contudo, a EC n. 45/2004 passou a exigir quórum e votação qualificados - equivalentes às emendas constitucionais - para que os tratados sobre direitos humanos fossem internalizados com equivalência às emendas constitucionais, alterando a redação do art. 5º, §3º, da CF/88.<sup>13</sup>

A questão foi debatida pelo STF no Recurso Extraordinário n. 466.343-1, em que se analisou a possibilidade de prisão civil do depositário infiel, em face do conteúdo do Pacto de São José da Costa Rica.<sup>14</sup>

A EC n. 45/2004, ao acrescentar § 3º ao artigo 5º da Constituição brasileira - exigindo, assim, o voto da maioria qualificada do Congresso Nacional para a incorporação dos tratados sobre direitos humanos com equivalência de Emenda Constitucional - não pode ser compreendida como uma “[...] declaração eloquente de que os tratados já ratificados pelo Brasil”, que não tenham passado por tal processo legislativo, não possam ser equiparados às normas constitucionais, como pronunciado por Gilmar Mendes. Com efeito, essa regra deve ser compreendida como obrigatória para a incorporação formal de tratados de direitos humanos, mas não como procedimento obrigatório para o reconhecimento material dos mesmos direitos.

Em seu voto, o Ministro Gilmar Mendes descartou a possibilidade de supremacia dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos sobre a Constituição, ou até mesmo, a equiparação daqueles a esta: “A sempre possível ampliação inadequada dos sentidos possíveis da expressão ‘direitos humanos’ poderia abrir uma via perigosa para uma produção normativa.” E completou, “[...] o risco de normatizações camufladas seria permanente”. O Ministro não deixou claro e não exemplificou o que seriam normatizações camufladas em matéria de direitos humanos.

Fato é, que, “camuflada” ou não, passando pelo processo legislativo do artigo 5º, §3º, ou não, qualquer norma internacional de direitos humanos que se pretenda aplicar poderá ter o seu conteúdo questionado em sede de controle de constitucionalidade, não se justificando uma atitude que, preventivamente, afaste conteúdos de proteção à personalidade humana.

<sup>12</sup> Art. 49, I e 84, VIII, da Constituição Federal.

<sup>13</sup> Art. 5º. [...] § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

<sup>14</sup> Recurso Extraordinário Nº 466.343-1, no qual a prisão civil do depositário infiel foi considerada violadora do Pacto Internacional de San José da Costa Rica, mas, o conteúdo do documento internacional, por ser anterior à EC/45, e não ter passado pelo rito do artigo 5º, § 3º, da CF, criado por essa Emenda, não foi considerado equivalente à emenda. Assim, por ser infraconstitucional e suprallegal, eventual norma que poderia regulamentar o artigo 5º, LXVII (“não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel;”) é atingida por “efeitos paralisantes”.

O Ministro Celso de Mello, ao apresentar voto-vista no RE 466.343-1, reconheceu aos tratados de direito internacional sobre direitos humanos a qualificação de constitucional.<sup>15</sup> Celso de Mello demonstrou grande sensibilidade e uma hermenêutica inclusiva, buscando maior eficácia ao sistema de proteção da pessoa humana. Por conseguinte, a EC n. 45/2004 apenas criou um procedimento para dar fundamentalidade formal aos tratados sobre direitos humanos. Outro não pode ser o entendimento, caso contrário, há um distanciamento dos propósitos do constituinte originário, expressos no artigo 5º, §2º.

Não é possível, portanto, vislumbrar-se fundamento no temor demonstrado pelo Ministro Gilmar Mendes, de que essa seria uma via “perigosa” para que normas “camufladas” ingressassem o ordenamento brasileiro. O controle da fundamentalidade material dos tratados, por meio da cláusula geral do artigo 5º, §2º, pode ser realizado a todo tempo, tanto pelo Poder Judiciário, quanto pela administração pública.

De qualquer sorte, o artigo 5º, §2º, da Constituição brasileira é uma cláusula geral de abertura material que permite o reconhecimento de novos direitos fundamentais ao desenvolvimento da personalidade. Sendo assim, como já sustentado anteriormente, essa disposição permite que as normas internacionais sirvam de base argumentativa tanto para ações administrativas como para a fundamentação jurisdicional, concretizando tais disposições normativas.<sup>16</sup>

Com efeito, qualquer verificação de fundamentalidade material de um tratado sobre direitos humanos não prescinde de esforço argumentativo; da mesma forma como o arrimo de qualquer direito fundamental constitucional que se queira reputar materialmente fundamental.

A tarefa de promover uma identificação adequada de direitos materialmente fundamentais, na concepção de Sarlet (2009, p. 115), é uma “[...] atividade essencialmente cometida ao Poder Judiciário, tratando-se de uma espécie de criação jurisprudencial do Direito [...], embora possa haver grande divergência sobre seus limites”.

Essa afirmação gera um aparente contraste com a conhecida expressão de Peter Häberle (1997), para quem é imprescindível uma *sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*, quando se trata de hermenêutica constitucional. A tese de Häberle é posta da seguinte forma: “no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição.” Em momento algum Häberle ignora ou diminui o papel da jurisdição. Sua preocupação é quanto à legitimação das decisões constitucionais e, para isso, o Judiciário não pode funcionar como uma *sociedade fechada* de intérpretes, mas sim, como um *catalisador* da interpretação constitucional, apresentando soluções legítimas, submetidas à sociedade aberta. (HÄBERLE, 1997, p. 28).

Afirma Vieira de Andrade (2007, p 41) que: “[...] os órgãos aplicadores do direito, designadamente os tribunais e a administração pública, têm o dever de conhecer e de aplicar esses

<sup>15</sup> Recurso Extraordinário n. 466.343/SP, voto-vista Ministro Celso de Mello, p. 44.

<sup>16</sup> Canotilho (2003, p. 233) acrescenta que, hoje, há claros limites jurídicos impostos aos Estados. Os direitos fundamentais que estruturam os Estados no plano interno surgem “[...] nas vestes de *direitos humanos* ou de *direitos do homem*, como um núcleo básico do direito internacional vinculativo das ordens jurídicas internas.” O autor enfatiza que “Estado de Direito” é o Estado que cumpre os direitos humanos. E cita como exemplo de documentos a serem obedecidos: os pactos internacionais de direitos civis e políticos e de direitos econômicos, sociais e culturais; a Declaração Universal dos Direitos do Homem; e a Convenção Europeia de Direitos do Homem. Assim, conclui o autor de Coimbra: “[...] o direito internacional recorta hoje pré-condições políticas indispensáveis à implantação de um Estado democrático de direito”.

preceitos de direito internacional”, por isso, seja no âmbito judiciário, seja no âmbito administrativo, as normas internacionais de proteção aos direitos humanos da personalidade devem ser reconhecidas e aplicadas, visto que o respeito e a proteção aos direitos humanos é um princípio de direito internacional e, na atualidade, essa proteção não ocorre plenamente sem que se proteja, além das projeções essenciais da personalidade, também o ambiente no qual o ser humano está inserido, numa relação de interdependência para a sobrevivência e para o bem-estar.

## 4 O CARÁTER OBJETIVO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE COMO REFORÇO À SUA SUBJETIVAÇÃO

### 4.1 PERSPECTIVA SUBJETIVA

Os denominados “direitos subjetivos” estão muito frequentemente ligados à concepção de que a cada direito deve existir uma ação correspondente. Com raízes romanísticas, o revogado artigo 75 do Código Civil de 1916 - “a todo direito corresponde uma ação, que o assegura” - propunha uma ideia de que o instrumento processual (ação) é que viabilizava o direito e não vice-versa.

Pode-se dizer que essa concepção permanece arraigada na cultura jurídica, embora, não corresponda mais às necessidades do sistema processual e constitucional contemporâneo. Especialmente, no Brasil, após a conquista da Constituição de 1988, em que a proteção dos direitos fundamentais recebeu especial relevo. Nas palavras de Ana Carolina Lopes Olsen (2008, p. 96): “um direito não existe porque ele é exigível. Ele existe, razão pela qual deve ser exigível”.

Os direitos fundamentais são propostos também como direitos subjetivos. Para Alexy (2008, p. 182), o estudo dos direitos subjetivos pode ser realizado por meio de questões ético-filosóficas ou jurídico-dogmáticas. Naquelas, as análises são independentes do sistema jurídico válido. Nessas, deve-se reportar ao ordenamento para se verificar se determinada norma confere ou não um direito à ação estatal.

A diferenciação entre *norma* e *posição* é basilar para Alexy, sobretudo, para o trato analítico de questões sobre direitos subjetivos. Assim, pode-se dizer que *norma* é uma interpretação daquilo que o enunciado normativo expressa, enquanto *posições* são as *características* e as *relações* normativas de pessoas e ações. O autor exemplifica didaticamente ao afirmar que uma norma pode proibir alguém de fazer alguma coisa. Então, essa *característica* de ser/estar proibido é uma posição. Essa é a forma mais simples de ver a questão. Mas, para Alexy a questão torna-se mais interessante quando são analisadas as *relações normativas* do tipo “[...] tem um direito a G em face de [...]” ou “tem em face de [...] um direito a [...]”. Por isso, diz Alexy, ser aconselhável que os direitos subjetivos sejam concebidos como *posições* e *relações* desse tipo. (ALEXY, 2008, p. 184-185)

Onde está o interesse do presente trabalho em analisar tais detalhes dos direitos subjetivos, já que, na visão de alguns os direitos da personalidade são direitos subjetivos<sup>17</sup> por excelência? O interesse fica evidente no momento em que a eficácia dos direitos da personalidade passam também a ser vista como derivada da *posição* ocupada pelo cidadão e de suas relações com o Estado ou com outros cidadãos. A relação cidadão-cidadão diz respeito também à perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, que será abordada no próximo item.

<sup>17</sup> Nesse sentido, conferir: ADPF 130, Relator: Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 30/04/2009, Diário da Justiça Eletrônico n. 208. Conferir, também: Heinzmann e Fachin (2010).

Para evitar discussões estéreis sobre *direitos subjetivos* - apesar da plurivocidade e vagueza quase insuperável da expressão - Alexy (2008, p. 193) propõe uma classificação em tríplice divisão das posições subjetivas. Elas devem ser designadas como *direitos*: (1) direitos a algo; (2) liberdades e (3) competências. Na relação jurídica desses direitos, sempre haverá: a) um portador ou titular do direito (pessoa), b) o destinatário do direito (Estado ou particular) e c) o objeto do direito (uma ação positiva ou abstenção).

O objeto dos direitos a algo é sempre uma *ação* do destinatário. Essas ações podem ser classificadas como:

a) *Direitos a ações negativas* - são os conhecidos direitos de defesa que os cidadãos têm para com o Estado, tais como:

- 1) *Direito ao não embaraço de ações* - assim, o Estado não pode impedir, dificultar ou tornar juridicamente impossível o exercício de direitos como, por exemplo: a locomoção, a manifestação de crença, a expressão de opinião, a educação de filhos, a criação de uma obra de arte.

- 2) *Direitos à não afetação de características ou situações* - exemplo de característica que não pode ser afetada pelo estado é a pessoa ser/estar saudável. Já uma situação que o Estado deve se abster é a inviolabilidade de domicílio.

- 3) *Direitos à não eliminação de posições jurídicas* - se existe uma norma válida assegurando uma posição em face do Estado, tal como o direito de propriedade ou o direito de opinião, então há um direito de que o Estado não derogue determinadas normas relacionadas a essas posições.

b) *Direitos a ações positivas* - são direitos que o cidadão tem contra o Estado, para que este execute uma prestação fática ou jurídica:

- 1) *Ações positivas fáticas* - quando, por exemplo, o Estado deva prover um mínimo existencial para uma pessoa carente. Ou ainda: moradia, saneamento, lazer. As ações positivas fáticas também podem ser exigidas de titulares nas suas relações horizontais;

- 2) *Ações positivas jurídicas* - ocorrem quando for necessária a edição de regulamentação para garantir certas posições. Nesse aspecto, enquadram-se as normatizações necessárias à doação e transplante de órgãos, retificação do nome, por exemplo. (ALEXY, 2008, p. 196-204).

As *liberdades* como instância jurídica devem ser compreendidas como alternativas de ação e podem ser divididas em liberdade protegida e não protegida:

a) *Liberdades não protegidas* - o conceito deve ser reduzido às *permissões*, ou seja, deve sempre ser uma conjugação da faculdade de fazer algo com não o fazer.

b) *Liberdades protegidas* - trata-se da proteção constitucional à liberdade, concebida como “um feixe de direitos a algo e também por normas objetivas que garantem ao titular do direito fundamental a possibilidade de realizar a ação permitida”. Alexy admite a coincidência estrutural entre a liberdade protegida, nesse caso, *positiva*, e um direito a uma ação também *positiva*, “quando se trata de tornar faticamente possível ao portador da liberdade tudo aquilo que a ele é permitido” (ALEXY, 2008, p. 233-234).

Além dos direitos a algo e das liberdades, no mesmo grau de importância estão as (3) *competências*, como grupo de posições, também podem ser chamados de direitos. Também são definidas de poderes, capacidades, entre outras expressões. As competências existem tanto na

esfera privada quanto pública. Celebração de contrato, edição de lei e ato administrativo são todos atos de competência. As competências se diferenciam das meras permissões, porque naquelas deve existir uma alteração de normas (individuais ou gerais) ou de posição jurídica. A diferença entre competência e permissão fica clara em suas negações: “A negação de uma permissão é uma proibição; a negação de uma competência é uma não-competência” (ALEXY, 2008, p. 237).

O exercício de competências não prescinde da existência de *capacidade jurídica* conforme previsão que deve existir no ordenamento jurídico objetivo. Caso contrário, não passa de permissão ou liberdade. Como exemplo, Alexy (2008, p. 238) menciona que, no caso de morte, as manifestações só terão qualidade de testamento se forem realizadas conforme a lei.

Outro aspecto a ser abordado é a *relação* entre a *competência* e a *liberdade jurídica* do cidadão. Isso porque, além do reconhecimento de competências privadas (contratar) e públicas (votar), o ordenamento jurídico pode ampliar a margem de ação de um indivíduo mediante *normas de proteção* ou concessão de direitos a *prestações positivas* em sentido estrito. As proteções decorrem especialmente das normas de direito penal que ressalvam liberdades e restringem, por outro lado, condutas indesejadas (não liberdade). A realização de prestações sociais exige que o Estado retire de outros os meios necessários para sua implementação, restringindo, assim, a liberdade de quem perdeu algo, fazendo com que isso suscite uma questão sobre a *correta* distribuição das liberdades (ALEXY, 2008, p. 247).

Essa classificação mostra-se de grande importância para a aplicação dos direitos da personalidade, sob a ótica dos direitos fundamentais. A dimensão eficaz do direito fundamental ao desenvolvimento da personalidade está diretamente relacionada às posições criadas pelos seus princípios e as respectivas possibilidades de promoção de justicialização.

## 4.2 PERSPECTIVA OBJETIVA E A HORIZONTALIDADE DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

No denominado *caso Lüth*,<sup>18</sup> considerado um dos principais julgamentos do direito constitucional alemão, três ideias inovadoras foram apresentadas. Uma foi a de que os clássicos direitos individuais negativos não são os únicos existentes na constituição, uma vez que os direitos fundamentais formam uma ordem objetiva de valores. Em segundo lugar, esses valores se irradiam por toda a ordem legal. E, por último, que as colisões de princípios constitucionais se resolvem pela ponderação ou balanceamento dos interesses (ALEXY, 2003).

Alexy (2008, p. 524) parafraseia o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha para identificar o que seria o *efeito irradiador* das normas de direitos fundamentais no sistema jurídico, valendo-se do conceito de *ordem objetiva de valores*:

Segundo a jurisprudência reiterada do Tribunal Constitucional Federal, as normas de direitos fundamentais contêm não apenas direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra o Estado, elas representam também uma ordem objetiva de valores, que vale como decisão constitucional fundamental para todos os ramos do direito, e que fornece diretrizes e impulsos para a legislação, a Administração e a jurisprudência.

<sup>18</sup> Para acesso à íntegra do julgado alemão em língua portuguesa: Schwabe (2006). No debate levado ao Tribunal Constitucional Alemão, o cineasta Veit Harlan - que fora produtor de obras ligadas ao nazismo - ingressou com ação para impedir que uma associação liderada pelo judeu Lüth promovessem manifestações contra seu último filme de romance.

Todavia, Alexy insiste que o conceito de *valor* pode ser substituído pelo conceito de *princípio*, pois, são duas faces da mesma moeda; uma axiológica e outra deontológica. Na sua avaliação, é difícil dizer o que significa o caráter objetivo dos princípios, mas, é fácil dizer o que ele não significa: a) não significa que os princípios de direitos fundamentais (princípios) supremos<sup>19</sup> do sistema jurídico não têm relação com posições individuais. Já que os direitos individuais são a orientação básica dos direitos fundamentais e estes são fortalecidos pela dimensão objetiva; b) não significa que os princípios fundamentais, por serem supremos, sejam simples influências no sistema jurídico, uma vez que todos os direitos fundamentais influenciem o sistema jurídico (normas objetivas); e, finalmente c) não significa que o aspecto objetivo dos direitos fundamentais viabiliza uma influência para além do indivíduo, atingindo a coletividade, uma vez que todos os direitos fundamentais têm efeitos para a coletividade (ALEXY, 2008, p. 525).

Enfim, verifica-se a preocupação do autor em deixar claro que o aspecto objetivo dos direitos fundamentais não pode enfraquecer a subjetivação dos direitos fundamentais. Os direitos fundamentais sempre podem ser invocados como direitos subjetivos.

A ordem objetiva permite que os princípios produzam efeitos substanciais que perpassam todas as *posições* do sistema jurídico. Abrange o titular de um direito, o destinatário do direito (obrigado) e ainda, por exemplo, uma abstenção, uma prestação do Estado ou outras particularidades do objeto envolvido.

Essa ordem objetiva de valores, concebida como “princípios de nível máximo de abstração”, tem a vantagem da flexibilidade e a desvantagem da indeterminação. Importante, portanto, é saber-se como essa ordem objetiva dos princípios pode influenciar no sistema jurídico.

Em primeiro lugar, observa-se que os princípios objetivos produzem efeitos perante terceiros, também denominados de efeito horizontal dos direitos fundamentais. Com isso, reconhece-se que as relações entre dois titulares de direitos fundamentais podem ocorrer num prisma estado-cidadão ou cidadão-cidadão. Há três construções teóricas distintas para explicar essas relações (ALEXY, 2008, p. 529 e seguintes):

- a) *Teoria dos efeitos indiretos perante o terceiros* - as *normas objetivas* (ou valores constitucionais, ou ainda, princípios objetivos) influenciam a interpretação do direito privado, incidindo, sobretudo nas suas cláusulas gerais, mas também sobre as demais normas privadas, podendo, inclusive, fundamentar decisões contrárias ao texto da lei. As normas de direito privado, aqui, continuam sendo concebidas como tais, porém, o *efeito irradiador* dos direitos fundamentais faz com que o julgador considere essa influência.
- b) *Teoria dos efeitos diretos perante terceiros* - as *normas constitucionais objetivas* são vinculantes, ou seja, de efeito normativo direto sobre o direito privado. Ao contrário da teoria anterior, os direitos fundamentais objetivos não incidem numa relação cidadão-cidadão (de influência), mas sim, proporciona - numa

<sup>19</sup> Alexy considera o aspecto objetivo dos valores constitucionais de princípios *supremos*, já que são “construídos de forma a serem capazes de influenciar por completo e de forma abrangente o sistema jurídico.” (ALEXY, 2008, p. 526).

relação estado-cidadão - diretamente direitos subjetivos privados. A imperatividade da ordem constitucional objetiva modifica as normas de direito privado existentes, sejam elas cogentes, cláusulas gerais, proibições, deveres, direitos subjetivos, leis de proteção ou motivos justificadores.

- c) *Teoria dos efeitos mediados por direitos em face do Estado* - O sistema privado de direitos imposto pelo Estado o torna participante de possíveis violações pelos particulares, criando, destarte, sempre uma posição subjetiva do cidadão contra o Estado. Além do *status* negativo, nesse caso, também há possibilidade de utilização desses direitos em *status* positivo, quando o objeto for um direito à proteção.

Esta última teoria é insustentável - na perspectiva apenas dos direitos de *status* negativo - por imputar ao Estado as violações cometidas pelos particulares. Valendo-se, entretanto, de direitos de *status* positivo que objetivam os direitos de proteção e prestação, então ela se torna viável (ALEXY, 2008, p. 531).

As três teorias produzem o mesmo resultado no que diz respeito ao Poder Judiciário. Mas, as duas últimas (efeitos indiretos e mediados pelo Estado) abarcam também o legislador. Todas essas teorias têm em comum que: a) na relação cidadão-cidadão, ambos são titulares de direitos fundamentais; b) os efeitos desses direitos podem ser modulados; c) a medida desses efeitos é uma questão de sopesamento; d) para se afastar o texto literal da lei é necessária uma justificação (ALEXY, 2008, p 432).

Enfim, com a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, na forma explanada por Alexy (2008, p. 539), é possível concluir-se que “os princípios de direitos fundamentais conduzem a direitos e obrigações nas relações entre particulares”. Já com relação aos níveis de incidência desses direitos, acima expostos, Alexy (2008, p. 540) conclui: “[...] existem os três níveis. Cada um deles abarca um aspecto da mesma questão. Decidir qual deles será escolhido na fundamentação jurídica é uma questão de conveniência”. Assim, nenhuma das construções teórica mencionadas possui primazia sobre a outra, resolvendo-se os eventuais conflitos entre direitos fundamentais ocorridos na relação horizontal, por meio da ponderação.

Ingo Sarlet (2000, p. 54) posiciona-se em favor da eficácia direta das normas constitucionais, justificando sua opção em razão do compromisso social da constituição brasileira:

[...] a opção por uma eficácia direta traduz uma decisão política em prol de um constitucionalismo da igualdade, objetivando a efetividade do sistema de direito e garantias fundamentais no âmbito do Estado Social de Direito, ao passo que a concepção defensora de uma eficácia apenas indireta encontra-se atrelada ao constitucionalismo de inspiração liberal-burguesa.

No STF ocorreu numa discussão sobre a aplicação do direito fundamental ao contraditório e à ampla defesa nas relações entre particulares. A ação visou anular ato de expulsão de um associado da União Brasileira de Compositores (UBC), em razão de não ter sido garantido a ele o direito de defesa. A decisão foi favorável ao postulante. Por decisão majoritária, o STF manifestou-se

com incidência direta das normas de direitos fundamentais sobre as relações horizontais privadas, confirmando, desta sorte, as conclusões de Alexy.<sup>20</sup>

## 5 DIMENSÃO OBJETIVA DO DIREITO DA PERSONALIDADE: AMPLIAÇÃO DO ÂMBITO DOS BENS PROTEGIDOS

Então, a dimensão objetiva da constituição brasileira vincula a legislação infraconstitucional aos princípios constitucionais fundamentais, os quais se irradiam por todo o ordenamento. Na constituição brasileira, o artigo 5º, §2º, exprime que, os direitos e garantias expressos não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados. Disso se deduz que, novos direitos fundamentais podem ser inferidos tanto a partir dos enunciados normativos de direitos fundamentais constantes da Constituição de 1988, bem como, a partir de pactos internacionais, por meio de um processo de adscrição de normas (interpretação de textos, transformando-os em normas).

Para Canotilho (2003, p. 1201), integram esse processo interpretativo: a “densificação de normas” e, também de “concretização da constituição”, ambos, momentos importantes do método de trabalho do direito constitucional. A densificação das normas tem por finalidade precisar, completar, preencher, atribuir sentidos aos enunciados de direitos fundamentais. A concretização, por sua vez, trata de aplicar esses sentidos das disposições de direitos fundamentais, transformando-os em uma norma concreta de decisão.

Jorge Miranda (2008, p. 179) destaca a necessidade de dilatação de direitos econômicos, sociais e culturais, na mesma medida em que cresce o dever jurídico de promover o desenvolvimento da personalidade. Para ele, o fato de viver-se em um estado social de direito, faz com que os direitos da personalidade sejam ampliados para além de um conceito clássico de estado liberal, exigindo-se prestações positivas.

No contexto da Constituição esses argumentos são plenamente aplicáveis, visto que, a Constituição de 1988 proclama valores sociais, e amplo rol de direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais. Já no preâmbulo constitucional está o anúncio de que a Assembleia Constituinte foi instaurada para: “instaurar um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais”.

Em razão desses valores constitucionais que formam a ordem jurídica objetiva, tornam-se relativamente tênues as distinções de âmbito (ou área) de proteção entre o direito geral da personalidade e outros direitos fundamentais específicos, especialmente aqueles relacionados à liberdade (imprensa, credo, culto e outros).

A interligação, interdependência ou integralidade dos direitos humanos, dos direitos fundamentais e dos direitos da personalidade faz com essas categorias, ao nosso sentir, não permitam exclusões de conteúdo *a priori*. Assim, seria uma decisão constitucional inadequada, restringir a eficácia e a subjetivação dos direitos fundamentais a uma visão ultrapassada, segundo a qual

<sup>20</sup> Sobre o assunto, conferir também: Sarmiento (2006) e Silva (2005). Em tom de crítica à opção do STF, conferir: Tavares (2010, p. 530), e Dimoulis e Martins (2007, p. 57). Além do caso da União Brasileira de Compositores (STF, RE 158.215-4/RS, Relator Ministro Marco Aurélio, DJ de 07.06.19), o julgado que equiparou direitos entre trabalhadores brasileiros e franceses da empresa Air France, também realiza aplicação direta de direitos fundamentais às relações privadas (STF, RE 161.243, Relator Ministro Carlos Velloso, DJ de 19.12.1997).

apenas os direitos negativos, tipicamente liberais, de personalidade, seriam incondicionados e exigíveis imediatamente. Ademais, a existência de direitos incondicionados ou absolutos não se sustenta diante de um direito (neo)constitucional que positiva valores, e, com isso, consciente ou inconscientemente, abandona uma hermenêutica canônica e abraça uma hermenêutica filosófica. Em segundo lugar, a categoria *direitos da personalidade* deve contribuir com a eficácia dos direitos fundamentais em todas as suas dimensões, evitando posturas não inclusivas, como aquelas verificadas na proposta dos *efeitos indiretos* dos direitos fundamentais perante terceiros, acima descrita.<sup>21</sup>

Para Joaquín Herrera Flores (2000, p. 44) não existem gerações de direitos, mas sim, gerações de problemas, que impõem adaptações dos desejos e necessidades humanas aos novos problemas. Contudo, o mais importante para o autor, não é propriamente combater o uso anacrônico da expressão *geração de direitos*, senão promover e “*reivindicar la interdependencia e indivisibilidad de todos los derechos humanos, siendo las condiciones de ejercicio de la libertad, o sea, la igualdad un tema tan importante y urgente como la defensa de las libertades individuales.*” (FLORES, 2000, p. 45).

Para Edgar Morin (2000, p. 15) um problema essencial do saber é “complementar o pensamento que separa com outro que une. [...]O pensamento complexo, portanto, busca distinguir (mas não separar) e ligar.” O estudo dos direitos fundamentais e dos direitos da personalidade exige essa postura. *Distinguir, mas não separar.*

Como afirma Canotilho (2003, p. 396) “muitos dos direitos fundamentais são direitos da personalidade, mas nem todos os direitos fundamentais são direitos da personalidade.” Para fazer essa distinção, sem separar os direitos fundamentais em suas dimensões ou perspectivas, o voto divergente de Dieter Grimm no caso BVERFG 80, 137 (Reiten im Walde - Cavalgada em Florestas), é elucidativo.

O caso discutiu, no ponto, se a lei que limitava a cavalgada em florestas a certos caminhos de trânsito, separados dos demais transeuntes, violaria o direito ao livre desenvolvimento da personalidade. O Tribunal Federal Constitucional, por maioria de votos entendeu, com base no triplo teste da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), que a restrição imposta pela lei de trânsito àqueles que desejassem passear a cavalo na floresta não viola o direito ao livre desenvolvimento da personalidade (SCHWABE, 2006, p. 218 e seguintes).

Em voto divergente, que implicitamente não conhece da reclamação apresentada, o juiz Dieter Grimm discorda que o caso mereça ser analisado no âmbito do *direito ao livre desenvolvimento da personalidade*.

Dieter Grimm apresenta seus argumentos de forma sistemática, analisando alguns contornos dogmáticos do direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade (artigo 2, I, da Constituição alemã). O julgador considera que:

(1) o direito da personalidade não protege qualquer ação humana pensável que já não seja protegida por um direito fundamental especial;

<sup>21</sup> Condicionar, de forma exclusiva, a eficácia de normas de direitos fundamentais entre particulares à mediação legislativa e à mediação judicial interpretativa e aplicativa dos textos de normas de direitos privados - de modo especial, as cláusulas gerais - é propor a “legalização” dos direitos fundamentais, é substituir o princípio da constitucionalidade pelo princípio da legalidade. Mais perigosa do a “jusfundamentalização” do direito civil é a “civilização” (“infraconstitucionalização”) dos direitos fundamentais. (STEINMETZ, 2004, p. 156).

(2) o direito ao livre desenvolvimento da personalidade é um direito fundamental subsidiário para a proteção de “elementos constitutivos da personalidade”, que não foram protegidos por direitos especiais de liberdade;

(3) existe, nesses casos, um ônus argumentativo no sentido de se demonstrar que houve um comportamento relevante para a personalidade, ganhando importância a averiguação da fronteira entre: ações livres que são relevantes para o desenvolvimento da personalidade e ações livres que não são relevantes para o desenvolvimento da personalidade;

(4) os bens e objetos protegidos pelo direito geral da personalidade estarão ameaçados quando houver um comportamento arbitrário, prejudicial à autonomia individual e não baseado no respeito à dignidade humana.

Tais contornos dogmáticos ao *direito geral da personalidade*, ao contrário de restringir esse direito fundamental, permitem, além de uma identificação clara do seu âmbito de proteção, também uma potencialização do seu uso argumentativo para além das tradicionais categorias privatistas liberais.

É possível incluir na ordem objetiva de valores concernentes ao direito da personalidade, direitos sociais, econômicos, culturais e ambientais, cabendo ao intérprete, analisar sistematicamente as quatro proposições acima relacionadas, com o contexto do caso concreto.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS:

Pode-se dizer, então, que o reconhecimento do *direito geral da personalidade* como princípio constitucional brasileiro tem como objetivo garantir o *direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade*. Superando concepções jusnaturalísticas, o direito da personalidade surge da qualificação discursiva de certos fatos, reputados como relevantes para a autonomia e dignidade humanas, interpretados dessa forma com base na ordem jurídica nacional e internacional.

O estudo das gerações ou dimensões de direitos humanos, de forma crítica, permite uma compreensão histórica de lutas pela realização da dignidade da personalidade humana, sem confundir tal classificação com as perspectivas defensivas e prestacionais, as quais se encarregam melhor de produzir contornos dogmáticos e eficazes aos direitos fundamentais.

A perspectiva objetiva dos direitos fundamentais é importante reforço à possibilidade de reivindicação e subjetivação de direitos. Nessa área, o direito da personalidade apresenta-se na ordem de valores eleitos como prioritários pelo constituinte, ampliando-se o feixe de deveres e obrigações (positivas ou negativas, públicas ou particulares) necessários para garantir o livre desenvolvimento da personalidade.

Direitos sociais, econômicos, culturais e ambientais, nesse ponto, que não estejam claramente dispostos por enunciados de direitos fundamentais específicos, podem e devem ter sua eficácia garantida por meio de aplicação do *direito geral da personalidade*.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Constitutional rights, balancing and rationality. *Ratio Juris*, v. 16, n. 2, p. 131-140, jun. 2003. Disponível em: <<http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/1467-9337.00228/pdf>>. Acesso em: 11 jun. 2011.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Edições Almedina, 2007.

ANTON, Donald K. Is the Environment a Human Rights Issue? (April 29, 2008). Australian National University College of Law Research Paper No. 08-11. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1126470>>. Acesso em: 20 nov. 2011.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro. 4. ed. Campus, 1992.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Brasília, DF: Ed. da UnB, 1986.

BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social*. São Paulo: Ed. da Unesp, 1997.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CHAUÍ, Marilena. *Convite à filosofia*. São Paulo: Ática, 2005.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DE CUPIS, Adriano. *Os direitos de personalidade*. São Paulo: Quorum, 2008.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: RT, 2007.

FREITAS, Juarez. *Interpretação sistemática do Direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

FLORES, Joaquín Herrera. *El Vuelo de Anteo: derechos humanos y crítica de la razón liberal*. Bilbao: Desclée, 2000.

FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. Belo Horizonte, Editora Fórum, 2011.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: A sociedade aberta dos interpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997.

HAHAN, Paulo. Trans-simultaneidade e multiversum - uma reflexão a partir de Ernest-Bloch e da filosofia intercultural. In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier; CASSEL, Douglas. *A realização e a proteção internacional dos direitos humanos fundamentais: desafios do Século XXI*. Joaçaba: Ed. Unoesc, 2001.

HEINZMANN, C., FACHIN, Z. Os Direitos da Personalidade como Direitos Subjetivos Públicos. *Revista Jurídica Cesumar - Mestrado*, América do Norte, 10 maio 2010. Disponível em: <<http://www.cesumar.br/pesquisa/periodicos/index.php/revjuridica/article/view/1122/1013>>. Acesso em: 10 abr. 2013.

HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do Direito Constitucional*. Textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocência Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009.

JELLINEK, Georg. *Teoria del Estado*. Prólogo y traducción de Fernando de los Rios. Mexico (DF): Fondo de Cultura Económica, 2002.

- LUÑO, Peres. *Los derechos fundamentales*. Madrid: Editora Tecnos, 1998.
- MALISKA, Marcos Augusto. *Estado e Século XXI: A integração supranacional sob a ótica do Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- MARTINS, Leonardo; SCHWABE, Jürgen (Org.). *Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Montevideu: Fundação Konrad Adenauer, 2005.
- MARSHALL, Thomas Humphrey. *Cidadania, Classe Social e Status*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1967.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 4. ed. Tomo IV: direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.
- MORIN, Edgar. *Os sete saberes necessários à educação do futuro*. Tradução Catarina Eleonora F. da Silva e Jeanne Sawaya, revisão técnica de Edgard de Assis Carvalho. 2. ed. São Paulo: Cortez; Brasília, DF: Unesco, 2000, p. 18.
- OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível*. Curitiba: Juruá, 2008.
- PEDERSEN, Ole W. European Environmental Human Rights and Environmental Rights: A Long Time Coming? (December 30, 2008). *Georgetown International Environmental Law Review*, v. 21, n. 1, 2008. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1122289>>. Acesso em: 20 nov. 2011.
- PERLINGERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- REALE, Miguel. A Constituição e o Código Civil. *Jornal O Estado de São Paulo*, edição de 08.11.2003, p. A2.
- RUGGIERO, Roberto de; BENASSE, Paulo Roberto. *Instituições de direito civil*. Campinas, SP: Bookseller, 1999. 3v.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- SARLET, Ingo. Direitos fundamentais, reforma do judiciário e tratados internacionais de direitos humanos. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho (Org.). *Direitos Humanos e Democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 344.
- SARLET, Ingo. Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: RT, n° 36, outubro/dezembro 2000, p. 54/104.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais, a Reforma do Judiciário e os tratados internacionais de direitos humanos: notas em torno dos §§ 2° e 3° do art. 5° da Constituição de 1988. *Revista de direito do estado*, Rio de Janeiro: Renovar, n. 1, p. 59-88, jan./mar. 2006.
- SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SILVA, Virgílio Afonso. Direitos fundamentais e relações entre particulares. *Revista de Direito FGV*, v. 1, n. 1, maio, 2005.

SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão*. MARTINS, Leonardo (Org.). Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2006.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2011.

SLAUGHTER, Joseph. The Textuality of Human Rights: Founding Narratives of Human Personality. 2004 Interdisciplinary Law and Humanities Junior Scholar Workshop Paper. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=582021> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.582021>

STEINMETZ, Wilson. *Vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2010.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Vol. I. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2003.

WOLKMER, Antonio Carlos. Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos “novos” direitos. In: WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato. *Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2003.

ISBN 9788584221424



9 788584 221424