

DIREITO À IMAGEM E LIBERDADE DE EXPRESSÃO À LUZ DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE*

Ilza Andrade Campos Silva **

José Sebastião de Oliveira ***

SUMÁRIO: *Introdução. 1. Da Personalidade. 2. Da Morfologia da Personalidade. 3. Da Tipologia Jurídica da Personalidade. 4. Da Noção dos Direitos da Personalidade. 5. Das Espécies dos Direitos da Personalidade. 6. Do Direito à Imagem. 7. Da Liberdade de Expressão. 8. Do Papel Desejável dos Meios de Comunicação. Conclusão. Referências.*

RESUMO: Análise crítica das deficiências legislativas brasileiras para a tutela adequada do direito à liberdade de expressão e do direito à imagem visualizados em dimensão pluralista e participativa, como instrumentos de aperfeiçoamento da democracia e embasados nos valores fundamentais da segurança jurídica, da igualdade e da dignidade humana, com proposta de solução da colisão entre os dois princípios para a realização do estado social do direito e manejo de instrumentos processuais, a partir de uma visão sistêmica do direito, das comunicações e da tutela ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos de personalidade; liberdade de expressão; direito à imagem; dignidade da pessoa humana; comunicação de massa; função social.

IMAGE RIGHTS FREEDOM OF EXPRESSION UNDER THE LIGHT OF PERSONALITY RIGHTS

* Artigo extraído da Dissertação de Mestrado, apresentada ao Curso de Mestrado em Ciências Jurídicas do Centro Universitário de Maringá (CESUMAR), de autoria da primeira sob a orientação do segundo.

** Mestre em Ciências Jurídicas pelo Centro Universitário de Maringá (CESUMAR), em 2006.

***Doutor em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina e coordenador do Mestrado em Ciências Jurídicas do Centro Universitário de Maringá (CESUMAR).

ABSTRACT: This is a critical analysis of the deficiencies of Brazilian Law in terms of the adequate protection of the individual's freedom of expression rights as well as image rights from a public and private exposure perspective, as a tool for the development of democracy, based on the fundamental values of the judicial safeguards of human dignity and equality (civil rights), aiming at the solution of the confrontation between these two principles for the establishment of civil rights state and the management of processual instruments from a systemic vision of the law, communications and protection of the constitutional principle of human dignity (civil rights).

KEYWORDS: Individual Rights; Freedom of Expression; image rights; civil rights Human Dignity; Freedom of Press; Mass Midia; Social Function.

DERECHO A LA IMAGEN Y LIBERTAD DE EXPRESIÓN A LA LUZ DE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD

RESUMEN: Análisis crítica de la deficiencias legislativas brasileñas para la tutela adecuada del derecho a la libertad de expresión y del derecho a la imagen visualizados en dimensión pluralista y participativa, como instrumento de perfeccionamiento de la democracia y con base en los valores fundamentales de la seguridad jurídica, de la igualdad y de la dignidad humana, con propuestas de solución de la colisión entre los dos principios para la realización del estado social del derecho, de las comunicaciones y de la tutela al principio constitucional de la dignidad de la persona humana.

PALABRAS CLAVE: Derechos de la personalidad; libertad de expresión; derecho a la imagen; dignidad de la persona humana; comunicación de masa; función social.

INTRODUÇÃO

A tutela dos direitos e garantias cidadãos, prevista constitucionalmente, só aos poucos vem conquistando seu espaço na sociedade, sendo necessário que tais direitos sejam reconhecidos no processo evolutivo sociocultural e positivados, apreendidos e compreendidos doutrinária, jurisprudencial e legalmente, não só no texto constitucional.

As discussões sobre censura, reflexo da chamada liberdade da imprensa, e sobre o controle dos meios de comunicação, de modo geral têm sido alvo de intensa divulgação pela mídia, quase sempre matizada por uma romantização e passionalismo que impedem sejam perscrutados seus concretos efeitos na comunidade onde são desenvolvidas as atividades desses meios de comunicação.

A força impactante da expressão da comunicação, assegurada sua liberdade no texto constitucional, pode ser aniquilante da dignidade da pessoa humana, não sendo poucos os episódios que ganharam notoriedade por ter-se decidido, anos depois, que os culpados não eram culpados... ou que o preso não poderia ter sido preso.

Prever, como faz a Constituição, a indenização do dano material e moral para a hipótese de violação do direito à inviolabilidade da imagem da pessoa, de nada servirá à sociedade, que quer, precisa e tem o direito de conhecer “o rosto do preso” (quando presente, por óbvio, condenação transitada em julgado), para estar segura, ou para se sentir segura em alguns casos.

Não se pode esquecer, todavia, a necessidade da ponderação dos interesses em aparente conflito: de um lado, o interesse público, do outro, o privado.

Nesta seara, o embrião legislativo focado no pluralismo político-social pretendido para a comunicação de massa, no Brasil, surgiu com o Decreto nº. 52.795/63, seqüenciado pelo Decreto nº. 236/67, impondo limites à concentração da propriedade de veículos de comunicação, e pela Lei nº. 5.250/67, voltada à defesa de interesses e direitos, metaindividuais ou não, vinculados ao acesso à informação sem censura.

Esse tríduo, que ainda hoje rege a liberdade de comunicação no Brasil, foi precariamente recepcionado pela Constituição brasileira de 1988, sendo insatisfatório para a tutela de dois direitos fundamentais derivados do princípio da dignidade da pessoa humana que são objeto da nossa análise: o direito à imagem e a liberdade de informação.

A legitimação da nova ambiência constitucional, que de um lado privilegia a preservação da imagem da pessoa e, de outro, a da liberdade de expressão e o acesso à informação, não foi totalmente absorvida pelo Poder Judiciário - a quem incumbe a prestação jurisdicional - nem internalizada no sentimento popular, que também ainda não incorporou o novo conceito de *cidadania*.

Adite-se, ainda, que, salvo honrosas exceções, a doutrina jurídica brasileira é refratária à interdisciplinaridade, preferindo encastelar-se no refúgio da Ciência do Direito apenas, como um saber posto, consumado e dissociado do avanço das demais ciências.

Persiste arraigada entre os tratadistas e legisladores a idéia de que *comunicação de massa* é o mesmo que *imprensa*, com absoluta insciência das noções

basilares de uma e de outra. Isso leva ao manejo de uma lei voltada à imprensa para situações fáticas que envolvem emissoras de rádio e de televisão, colocando todos os instrumentos da mídia (jornais, *outdoors*, revistas, rádios, televisões) em vala comum e promíscua.

Não só a atecnia prejudica a compreensão mais adequada do tema, impedindo sua correta conceituação e enquadramento; a ideologização também colabora para que essa não seja uma temática explorada racionalmente, o que é incompreensível, por se tratar de assunto que fere direitos fundamentais – do indivíduo e da sociedade.

Em rigor, as teorizações, os debates, e até as prestações jurisdicionais que tratam do tema, são permeados por posturas ideológicas e se constituem mais em figuras passionais de retórica do que em reflexões científicas, e nem sempre observam os preceitos da legislação constitucional para sua solução.

Talvez por isso os meios de comunicação ainda são vistos, por parte da sociedade e do Estado, como exercentes de atividades “quixotescas”, quando não como um verdadeiro “quarto poder”, como também por se posicionarem como se fossem imunes a quaisquer peias, como se “quarto poder” efetivamente fossem, ao invés de competentes e necessários arautos da coletividade.

Este estudo do direito da personalidade, pelo prisma da inviolabilidade da imagem da pessoa, ao lado do direito à livre manifestação da comunicação e do acesso à informação, todos inseridos na Carta Maior como garantias fundamentais, em face do descumprimento do comando constitucional, quando não dos embaraços fático-jurídicos à sua efetivação, pretende trazer luz às indagações: são compatíveis os direitos constitucionais da inviolabilidade da imagem da pessoa e da livre expressão de comunicação, ou existe colisão dos princípios constitucionais?

Para tanto, é necessário ter-se em mente que, se o ponto de partida para a construção da teoria dos direitos da personalidade foi a concepção antropocêntrica do direito, esse caráter individual não se coaduna com as novas categorias de direitos transindividuais que enfatizam as relações interpessoais e as liberdades coletivas ou públicas, exigindo-se sua adequação aos novos tempos.

Visa, ainda, este trabalho, à introdução do debate para reconstrução da concepção axiológica dos direitos da personalidade a partir de sua conceituação principiológica, a fim de se obter a adequada e efetiva tutela jurisdicional para aqueles direitos.

1. DA PERSONALIDADE

Imperiosa é a lembrança dos conceitos da personalidade, a fim de se compreender quais os direitos a ela atinentes: o vocábulo *personalidade* tem sua origem

no latim *persona*, que significa máscara, e guarda estreita vinculação com as noções de pessoa e personagem.

Szaniawski anota as diversas fases históricas das idéias sobre o termo *pessoa*, reportando-se à definição de Boécio, segundo a qual pessoa é “a substância individual de natureza racional. Logo, é a pessoa reconhecida como indivíduo, como substância, por ser um ente que existe por si mesmo”.¹

No Brasil, adotou-se a concepção jurídica de Beviláqua, para quem personalidade “é a aptidão, reconhecida pela ordem jurídica a alguém, para exercer direitos e contrair obrigações”.²

Essa aptidão, nos termos do art. 2.º do Código Civil, é adquirida pelo ser humano quando nasce com vida, ainda que os direitos do nascituro sejam protegidos desde a concepção,³ o que leva à constatação de que a idéia de personalidade não é restritiva à da pessoa natural: se a pessoa passa a existir biologicamente no momento de sua concepção uterina, a partir do seu nascimento com vida a sua existência é reconhecida pelo ordenamento jurídico, que passa a tutelar a chamada personalidade civil.

A identificação do ser natural como pessoa, a quem se atribui e reconhece o direito ao nome para individuá-lo, e à imagem, para ser reconhecido, dentre outros, é a configuração jurídica da personalidade de direito, a quem a lei atribui direitos e obrigações.

Perlingieri, por seu turno, não vê a personalidade como direito, mas sim, como um valor fundamental reconhecido pelo ordenamento jurídico, uma vez que ínsito ao ser humano,⁴ o que o leva a refutar a possibilidade de existir uma previsão exaustiva da tutela a direitos da personalidade: “tutelado é o valor da pessoa sem limites, salvo aqueles colocados no seu interesse e naqueles de outras pessoas”.⁵

O traço de fundamental emprestado a esse valor deriva da própria necessidade de reconhecê-lo como indispensável à democracia e à paz.

2. DA MORFOLOGIA DA PERSONALIDADE

¹ SZANIAWKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 35.

² BEVILÁQUA, Clóvis apud NÁUFEL, José. *Novo dicionário jurídico brasileiro*. São Paulo: Atlas, [s. d.]. p. 741. v. 3.

³ BRASIL. Lei nº. 10.406/2002. *Código Civil*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

⁴ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. Introdução ao Direito Civil Constitucional. São Paulo: Renovar, [s. d.]. p. 155-156.

⁵ PERLINGIERI, Pietro. op. cit., p. 156.

Entendida a norma jurídica como instrumento de pacificação social, na medida em que pretende reger a conduta humana, é mister perscrutar o que lhe serve de pré-condição, qual a seiva que a alimenta e ao mesmo tempo a legitima, permitindo sua aceitação. Isso porque a personalidade é condição da titularidade de direitos e obrigações e, em especial, dos direitos a ela inerentes, embora com ela inconfundíveis.

Tais direitos, chamados “da personalidade”, em rigor são enraizados no próprio direito à vida, e é a partir da proteção a esse direito que defluem, tal como a seiva escorre pelos veios de uma árvore, todos os demais.

Não obstante, o caráter de essencialidade dos chamados direitos da personalidade não é suficiente para defini-los como inatos à pessoa: é mister que sejam tais direitos expressados pelo ordenamento jurídico, tarefa nem sempre realizada de modo pleno, daí a importância de se perquirir qual a sua origem e qual a sua descendência.

Busca-se aqui apoio na precuciente visão analítica de Hubmann (apud SZANIAWSAK⁶), para quem a personalidade humana é construída pelos elementos dignidade, individualidade e pessoalidade.

Tais elementos configuram, primeiro, o potencial criativo e realizador do ser humano, permitindo-lhe a consciência ética (dignidade); segundo, a capacidade de evolução de suas características indivisíveis (individualidade); e, terceiro, a qualidade de interação social (pessoalidade), formando a personalidade merecedora de tutela ampla sob todos os seus aspectos.

Isso porque o código genético do direito da personalidade é simples chave para que o intérprete enverede pela seara dos direitos correlatos e deles derivados, tantas e tão múltiplas são facetas com que ele se apresenta. Seu objeto não é exterior ao seu sujeito, tal como sucede, por exemplo, com um bem móvel, cuja propriedade a norma reconhece ser detida por alguém. Ao contrário, o objeto do direito da personalidade é umbilicalmente vinculado à própria personalidade, ainda que com ela não se confunda.

Essa transcendência da tutela da personalidade começou a ser percebida na Antiga Grécia, com a concepção da *hybris*⁷ justificadora de sanção penal punitiva, e em Roma, onde a *iniuria*⁸ configurava-se inclusive nos ataques à honra e na

⁶ SZANIAWSKI, Elimar. op. cit., p. 114-115.

⁷ Excesso, injustiça.

⁸ O delito de *iniuria* “consistia, *lato sensu*, em todo ato contrário ao direito e, *stricto sensu*, em qualquer agressão física, bem como na difamação, no ultraje e na violação de domicílio.” GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de Direito Civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 148.

violação da intimidade, daí Amaral⁹ afirmar formarem, a *hybris* grega e a *iniuria* romana, o embrião do direito geral da personalidade que, por seu turno, mais do que um direito, configura um conceito básico que embasa os demais direitos: incausado exatamente por ser a razão da tutela.

Em que pese as dificuldades de conceituação completa dos chamados direitos da personalidade, mercê dos enfoques distintos com que são vislumbrados, é crucial a compreensão da sua dimensão axiológica como faz Carrejo: como “um mínimo assecuratório dos valores fundamentais do sujeito de direito: sem eles, a personalidade estaria incompleta e imperfeita, e o indivíduo estaria submetido a incerteza acerca de seus bens jurídicos fundamentais”.¹⁰

É essa tessitura intersubjetiva que autoriza a ver tais direitos como verdadeiros princípios no ordenamento jurídico, fundamentais à concreção do princípio-mãe, que é o da dignidade da pessoa humana.

Não obstante, o que impede destacar aqui é que a tutela jurídica desse direito basilar do feixe dos direitos da personalidade depende, para sua efetividade, do reconhecimento da necessidade de serem tutelados outros direitos que lhe dão sustentação, ainda que tenham por objeto imediato outro bem diverso do da vida. É esse o norte que deve guiar a senda a ser percorrida pelo intérprete: a vida é um bem que merece a tutela jurídica em sua inteireza, o que compreende que deve ser viabilizada sua existência de forma digna.

3. DA TIPOLOGIA JURÍDICA DA PERSONALIDADE

A classificação e a tipificação dos direitos da personalidade atendem mais à ótica reducionista do ordenamento jurídico do que ao pretenso desiderato de tutelá-los, e isso leva inexoravelmente a um fracionamento impeditivo de adequada tutela de tais direitos, porque a tipologia não esgota as diversas nuances de direitos fragmentados que necessitam de proteção. Esse fracionamento pretensamente tipificador dos direitos da personalidade deriva, especialmente, do conceito adotado pelo intérprete para tais direitos: positivista ou naturalista.

⁹ AMARAL, Francisco, 2000 apud GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo, op. cit., p. 148.

¹⁰ No original: “*En el lenguaje jurídico actual la expresión ‘derechos de la personalidad’ tiene significado particular, referido a algunos derechos cuya función se relaciona de modo más directo con la persona humana, pues se dirigen a la preservación de sus más íntimos e imprescindibles intereses. En efecto, esos derechos constituyen un mínimo para asegurar los valores fundamentales del sujeto de derecho: sin ellos, la personalidad quedaría incompleta e imperfecta, y el individuo, sometido a la incertidumbre en cuanto a sus bienes jurídicos fundamentales.*”. CARREJO, Simon. *Derecho Civil*. Bogotá: Themis, 1972. p. 172.

Os que se perfilham à corrente doutrinária positivista vislumbram os direitos da personalidade como direitos subjetivos cuja ausência ou supressão implicaria a impossibilidade de realização da própria personalidade, dado seu caráter de essencialidade medular da personalidade. Tal essencialidade, porém, derivaria não de mera exigência de ordem moral: consideram os positivistas que a existência dos direitos subjetivos depende de serem eles reconhecidos pelo ordenamento jurídico e, por isso mesmo, da sua delimitação na norma posta.

Já os que se alinham à corrente doutrinária naturalista vêem os direitos da personalidade como inerentes à condição da pessoa humana, competindo ao Estado tão-somente a sua tutela peculiar no nível do direito positivo.

Seja a natureza desses direitos dogmática e, assim cingida ao *placet* do direito posto, como querem os positivistas; seja tal natureza precedente e independente da norma positivada, como pretendem os naturalistas; a compreensão de tais direitos e, por conseqüência, sua adequada proteção, exigem o seu não-aprisionamento conceitual a direitos ontológicos da pessoa humana.

Os direitos da personalidade precisam ser entendidos além do ser humano, para que se possam açambarcar de modo holístico todas as imbricações derivadas desse mesmo ser humano; na dicção de Bittar,¹¹ para se compreenderem neles também “suas projeções para o mundo exterior (a pessoa como ente moral e social, ou seja, em seu relacionamento com a sociedade)”.

Volviendo-se à metáfora da árvore, é necessário reconhecer que o seu broto, ainda que dela separado e transplantado, leva consigo a mesma seiva nutriz, perpetuando a espécie ainda que em outro plano, e por isso mesmo exigindo o mesmo reconhecimento jurídico e a mesma proteção jurídica.

Observe-se que se afigura como inafastável a conectividade da imensa gama dos direitos da personalidade com o seu embrião, o direito à vida. Em todos eles, reconhecer-se-á a presença de suas características essenciais, que os tornam tão especiais quanto absolutos: a extrapatrimonialidade; a intransmissibilidade; a imprescritibilidade; a impenhorabilidade; a vitalicidade; a necessidade e a oponibilidade universal.

O reconhecimento das características dos direitos da personalidade, não obstante, exige uma ponderação crucial à compreensão dessa espécie de direitos: assim como o desenvolvimento de uma gema vegetal apartada de sua raiz original sofre os influxos do novo terreno e a este se adapta, os direitos da personalidade se submetem a um processo similar ao da amalgamação, adaptando suas características genéticas por força da subsunção fática forcejada pelo entrelaçamento das relações pessoais e sociais.

¹¹ BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 6. ed. atual. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003. p. 11.

Assim é que, mesmo o direito à vida, pressuposto necessário de todo o ordenamento jurídico, vem perdendo o cunho individualista para ter um alcance mais qualitativo, mais expressivo, mercê da inserção da idéia de dignidade na qualificação da vida.

4. DA NOÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Os direitos, costumeiramente, são analisados pelos componentes patrimoniais que envolvem os laços parentais e relações obrigacionais, dentre outros, quase sempre colorizados pela transmissibilidade de bens e direitos e, por conseqüência, marcados pela penhorabilidade, dentre outras características, daí receberem proteção jurídica específica, outorgada pelo legislador, de cunho predominantemente patrimonial e voltada ao indivíduo.

Essa é a abordagem clássica do Direito - marcada por ser egoística, individualista, patrimonial - que tem predominado desde suas origens e, por isso mesmo, é prejudicada hoje pelo anacronismo derivado da ótica reducionista do ordenamento jurídico, que não mais condiz com a nova sociedade formatada pelos avanços científicos e tecnológicos cada vez mais céleres e cada vez mais eficientes na ação modificadora das estruturas sociais.

Uma nova perspectiva leva à conclusão de que a tutela jurídica para a pessoa humana deve considerar não apenas os aspectos patrimoniais do homem e sua inserção social, mas, em especial, sua essência, daí por que o respeito à dignidade exige proteção adequada a interesses visceralmente vinculados ao homem, desde a tutela à sua personalidade.

Nesse plexo de interesses ou direitos da personalidade, é preciso considerar dois aspectos fundamentais: primeiro, a característica de serem eles essenciais, e, segundo, a insuscetibilidade de mensuração pecuniária.

O caráter de essencialidade dos direitos da personalidade deriva do seu próprio conceito, porquanto eles não têm por objeto a personalidade em si, mas sim, sua exteriorização, e, por configurarem valores imensuráveis, não podem ser redutíveis a termos pecuniários.

5. DAS ESPÉCIES DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Dadas as limitações impostas pela natureza deste artigo, optou-se pelo estudo de apenas duas espécies dos direitos da personalidade: o direito à inviolabilidade da imagem e o da liberdade de expressão.

Esse estudo propicia refletir acerca da postura a ser adotada quando há lesão àqueles direitos, para se saber se, na defesa da dignidade humana, o indivíduo

deve se submeter ao interesse geral ou se o interesse geral deve ceder à proteção da esfera privada.

Parece ser tendência mundial a utilização da liberdade de expressão, facilitada pelos avanços tecnológicos e pela globalização, e a conseqüente exacerbação da exposição das imagens, o que exige do estudioso e do operador do Direito uma nova postura, despida de preconceitos, para atender a essas novéis necessidades.

6. DO DIREITO À IMAGEM

A lesão ao direito à imagem não é derivada do fato de ser retratada exatamente tal como se apresenta no plano real: ao contrário, deriva precipuamente da distorção da forma pela qual ela se apresenta. Por isso que o Código Civil brasileiro estatuiu em seu art. 20 a possibilidade de proibição da

[...] divulgação de escritos, a transmissão da palavra ou a publicação, a exposição da imagem de uma pessoa, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

Assim, nesse passo, razão assiste a Serpa quando afirma que a idéia geral de imagem envolve “toda a representação gráfica, pictórica, plástica, fotográfica, seja estática ou dinâmica e, afinal, a descritiva de forma literária de todas as coisas da Natureza, e inclusive a pessoa humana”.¹²

É claro que se devem entender também como imagens as formas estáticas e dinâmicas de representação, tais como a holográfica, a literária e a cinematográfica, mas a questão aqui posta é que não se pode ficar preso a um conceito reducionista.¹³ Deve-se entender como imagem não apenas a representação de uma pessoa, mas quaisquer sinais pessoais que permitam ser o indivíduo reconhecido e diferenciado, aí se incluindo voz, semblante, corpo, gestual, traços fisionômicos e até atitudes.

Essa noção holística da imagem não encontra eco na doutrina alienígena, como a espanhola, por exemplo: Azurmendi exclui a voz, por entendê-la como simples instrumento de comunicação verbal e mutante por força do contexto em que é utilizada.¹⁴

¹² SERPA, José. *Direito à imagem, à vida e à privacidade*, apud CASTRO, Mônica Neves Aguiar da Silva. Honra, imagem, vida privada e intimidade, em colisão com outros direitos. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 28.

¹³ Nesse sentido, ver CABO, Álvaro Antonio; BARBOSA, Notaroberto. *Direito à própria imagem*. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 25.

¹⁴ Apud CASTRO, Mônica Neves Aguiar da Silva, op. cit. p. 30.

Na Espanha, o direito à imagem não é reconhecido de forma autônoma, mas, sim, como integrante da vida privada, e em especial, responde à necessidade de se proteger a intimidade, como salvaguarda do espaço da intimidade pessoal e familiar contra intromissões.¹⁵ No Direito brasileiro, contudo, deve prevalecer a compreensão abrangente da imagem em todos os seus elementos caracterizadores, desde que sejam reconhecíveis por sua singularidade ou ainda que possam ser tidos como bens autônomos.

É que o direito à imagem envolve algo além do ser físico e de sua fisionomia: abrange também o modo, a forma como esse ser é percebido e apreendido pela sociedade em que vive e com a qual convive. Daí ser usual, entre os doutrinadores, distinguir-se *imagem-atributo* de *imagem-retrato*: enquanto esta corresponde à projeção exterior da pessoa, seu aspecto visual tracejado por sua voz e traços fisionômicos, dentre outros caracteres, a *imagem-atributo* é construída pela imputação advinda da inserção dessa mesma pessoa na vida social.

Esse é um conceito muito próximo, porém distinto, do da honra objetiva: “No aspecto objetivo, a honra é a soma daquelas qualidades que os terceiros atribuem a uma pessoa e que são necessárias ao cumprimento dos papéis específicos que ela exerce na sociedade”.¹⁶

Silva Júnior, reportando-se à possibilidade de atenuação do direito da privacidade (e conseqüente esmaecimento da tutela jurídica à imagem) nas hipóteses de pessoas dotadas de notoriedade pública, define pessoa pública como a que se dedica à vida pública ou a ela está ligada pela habitual exposição, como sucede com políticos, artistas, celebridades.¹⁷

Ressalte-se, não obstante, que a simples notoriedade ou popularidade de uma pessoa, não é, por si só, suficiente para autorizar a utilização de sua imagem, sem o expreso consentimento: há de se fazer presente, como justificativa para publicação de sua imagem, exigência de interesse público.

O regramento civilístico é ilegítimo para balizar a análise exigida dos fatos que venham a ser submetidos ao crivo do Poder Judiciário nessa seara, sob pena de se exagerar tanto o *pudeur de mots* ao ponto de se ferir não só a Constituição,

¹⁵ No original: “*En lo previsto en las leyes, la esfera del honor, de la intimidad personal y familiar y del uso de la imagen, está determinada de manera decisiva por las ideas que prevalezcan en cada momento en la sociedad, y por propio concepto que cada persona, según sus actos propios, mantenga al respecto y determine sus pautas de comportamiento.*” In: RODRÍGUEZ, José Luis Concepción. *Honor, intimidad e imagen*. Barcelona: Bosch; Casa Editorial, [s. d.]. p. 54.

¹⁶ CASTRO, Mônica Neves Aguiar da Silva, op. cit., p. 19.

¹⁷ SILVA JÚNIOR, Alcides Leopoldo e. *A pessoa pública e o seu direito de imagem*: políticos, artistas, modelos, personagens históricos, pessoas notórias, criminosos célebres, esportistas, socialites. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

mas a própria cultura popular que ela busca amparar junto com outros valores fundamentais, divorciando-se por completo da realidade que serve de substrato fático.

É sob a ótica da ponderação dos dois princípios que se deve analisar a questão, muito mais abrangente por envolver o meio social e a comunicação.

Na ação ética, o indivíduo não foge ao compasso social e não há como abster-se dele na análise, inda que a estimação da conduta esteja essencialmente na subjetividade. É que, em se tratando de conduta jurídica, a objetivação social do liame intersubjetivo é típica, pois é imprescindível preservar os valores da subjetividade (que constitui o núcleo individualizador de cada pessoa), mas também, e concomitantemente, é necessário salvaguardar a coexistência harmônica e pacífica das subjetividades (ou a ordenação objetiva das relações entre todas as pessoas).

De se lembrar, aqui, a concepção pluralista de Jürgen Habermas,¹⁸ que afirma não ser possível existir direito para todos sem que haja proteção a liberdades subjetivas que sejam acionáveis por todos: é imprescindível ao legislador uma visão holística que permita entrelaçar a liberdade de expressão e a inviolabilidade da imagem. Esmiuçá-los e delimitá-los é o ponto nodular, tais as sutilezas e meandros em que os aludidos direitos se tangenciam, dificuldade ainda não enfrentada pelo ordenamento jurídico brasileiro. Essa dificuldade, entretanto, não serve de escusa para se fugir à distinção de ambos.

A liberdade de expressão, que inclui o direito de informação, é uma garantia que encerra um *plus*, mesmo por ultrapassar a esfera do individualismo, voltada que é ao social; e é com essa visão de conjunto que se deve compreender também a inviolabilidade da imagem, a fim de se poderem ponderar ambos os princípios constitucionais examinados.

Direito à imagem é o reconhecimento à proteção jurídica do bem imagem, que abrange sua captação, registro, reprodução e difusão de suas características (no caso da imagem-retrato) ou de suas qualificações (na hipótese da imagem-atributo).

Essa conceituação do direito à imagem não é pacífica. Os doutrinadores que enfrentaram o tema preferem subtrair da proteção jurídica as pessoas jurídicas, limitando o objeto do direito à imagem às pessoas físicas apenas e, ainda assim, preferindo a análise da tutela jurídica da imagem objetivamente considerada, ou seja, enquanto “vínculo que une a pessoa à sua expressão externa”.¹⁹

Os defensores da limitação do direito à imagem à figura humana balizam seu entendimento nos critérios que elegem para compor o conteúdo abstrato e imaterial da imagem: a individualidade, a identidade e a possibilidade de ser reconhecida.²⁰

¹⁸ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. II.

¹⁹ BITTAR, Carlos Alberto, op. cit., p. 87.

²⁰ CASTRO, Mônica Neves Aguiar da Silva, op. cit. p. 27.

Ruggiero, para quem a imagem da pessoa é um atributo pessoal inviolável, e apenas da pessoa humana, condiciona a configuração da ofensa ao direito tutelado à existência de prejuízo para a pessoa.²¹

Silva Júnior, que vê como imagem “tudo que guarda relação com uma pessoa, sendo expressão de sua individualidade e identidade”,²² prefere deixar ao largo da tutela jurídica enquanto direito de personalidade a imagem das pessoas jurídicas. Sucede, porém, que as instituições e as pessoas coletivas também são passíveis de ser percebidas de forma singular pelas demais pessoas (físicas ou jurídicas); também são identificáveis dentre miríades de outras por qualificações únicas; e, por igual, diferenciáveis de todas as outras pessoas.

Parece que a renitência doutrinária em aceitar a ampliação da tutela do direito da personalidade à imagem também às pessoas jurídicas é fruto mais do preconceito quanto à valoração patrimonial que têm as pessoas jurídicas do que da exegese conceitual desse direito, olvidando-se que também há, na tutela do indivíduo, coloração econômica, tanto que indenizável a lesão ao seu direito, que também tem natureza patrimonial.

Como as pessoas coletivas e instituições têm traços individualizadores, identificadores e distinguíveis tanto quanto os têm as pessoas físicas, deve-se incluir também sua imagem como bem jurídico, objeto suscetível da tutela jurídica, como expressamente reconhecido pelo art. 52 do Código Civil.

No mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça, em sua Súmula 227, expressamente reconheceu que há personalidade na pessoa jurídica: “A pessoa jurídica pode sofrer dano moral”; e a Constituição brasileira, ao elencar os direitos e garantias individuais e coletivos em seu art. 5º, nos dois incisos em que menciona a imagem, não exclui as pessoas jurídicas.

Observe-se que o legislador constituinte, quando pretendeu se referir apenas à imagem da pessoa física, foi expresso, como ao assegurar a proteção “à proteção da imagem e voz humanas” (art. 5º, XXVIII).

De fato, seja quando assegura direito à indenização por dano à imagem (art. 5º, V), seja quando garante a inviolabilidade da imagem “das pessoas” (art. 5º, X), aquela Carta não distingue entre pessoa física e pessoa jurídica, mesmo porque os direitos e garantias constitucionalmente protegidos são expressamente “individuais e coletivos”.

²¹ RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de Direito Civil*. 6. ed. Campinas: Bookseller, 1999. p. 446. v. 1.

²² SILVA JÚNIOR, Alcides Leopoldo e. *A pessoa pública e o seu direito de imagem*: políticos, artistas, modelos, personagens históricos, pessoas notórias, criminosos célebres, esportistas, socialites. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002. p. 13.

Não bastasse isso, impende sublinhar que o rol das garantias e direitos incrustado na Constituição Federal, por expressa previsão constitucional, não é exaustivo, como ressalta o art. 5º, § 2º.

Aquela série, aberta, autoriza a mutação contínua das situações subjetivas que devem ser protegidas pelo ordenamento jurídico, partindo-se da noção de que os direitos da personalidade, em rigor, configuram valores que se traduzem em princípios constitucionais, o que, por sua própria natureza, exige uma postura resiliente, como anotou Perlingieri: “A elasticidade torna-se instrumento para realizar formas de proteção também, atípicas, fundadas no interesse à existência e no livre exercício da vida de relações”.²³

Tomando-se, tal como faz a psicologia hodierna, emprestado da física o termo *resiliência*,²⁴ pode-se afirmar que, por ser a imagem um valor basilar do ordenamento jurídico, espécie que é dos direitos da personalidade, a sua proteção jurídica há de ser resiliente, permitindo a sua restauração integral sempre que ameaçada ou violada em sua essência.

Essa restauração deve abranger sua dúplici faceta de *retrato* e *atributo*, a partir da advertência de Picard, segundo a qual se deve elaborar direito novo para ciência nova, ou, em outras palavras, ter a mente aberta às novas conformações do tecido social e jurídico. Se o termo *imagem* não se presta à interpretação conceitual unívoca, também a natureza jurídica do direito à imagem esbarra na mesma sorte de dificuldade.

Os direitos da personalidade têm sua existência atestada pela maioria dos juristas contemporâneos,²⁵ que, contudo, divergem quanto ao seu enquadramento no âmbito do direito público ou na esfera do direito privado.

Assente na doutrina brasileira a inserção da imagem entre os direitos da personalidade, por constituir ou representação de pessoa ou imputação de virtudes à pessoa, é imperioso destacar que o Código Civil brasileiro enfrenta de modo ambíguo o tema. Esse diploma não conceitua os direitos da personalidade, limitando-se a classificá-los como intransmissíveis e irrenunciáveis, o que se vislumbra no art. 11,²⁶ e a prever a possibilidade de tutela jurisdicional

²³ PERLINGIERI, Pietro, op. cit., p. 156.

²⁴ Cf. Novo Dicionário Aurélio: “Propriedade pela qual a energia armazenada em um corpo deformado é devolvida quando cessa a tensão causadora duma deformação elástica” (FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário Aurélio básico da língua portuguesa*. São Paulo: Nova Fronteira, 1988. p. 566).

²⁵ Dentre eles, Carlos Alberto Bittar, Orlando Gomes, José Castan Tobeñas, Santos Cifuentes, Adriano de Cupis, Jorge Miranda, Mônica Neves Aguiar da Silva Castro, Gilberto Haddad Jabur, Juan Maria Bilbao Ubillos.

²⁶ “Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária” (BRASIL. Lei nº 10.406/2002. *Código Civil*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003).

para fazer cessar a ameaça ou a lesão a eles e indenização por perdas e danos (art. 12²⁷).

É bem verdade que a redação do Código Civil brasileiro é defeituosa, uma vez que o mesmo art. 20, que veda a lesão à imagem, permite, *contrario sensu*, tal lesão:

Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.²⁸

O legislador infraconstitucional, de fato, pretende legitimar a lesão à imagem em três situações “[...] se autorizadas, ou necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública”; porém, como não é crível que alguém conscientemente cometa suicídio moral, autorizando o uso da imagem para lhe atingir “a honra, a boa fama ou a respeitabilidade”, é inócua tal licença.

Por outro prisma, em nenhuma hipótese se pode ter como legítimo à administração da justiça e/ou à manutenção da ordem pública o antiético uso da imagem de alguém, assim entendido o que lhe macule (ainda que potencialmente) “a honra, a boa fama ou a respeitabilidade ou se destine a fins comerciais”.

Ainda sob outra ótica, a pretensa legitimação para o uso desautorizado da imagem caso não se destine a finalidade comercial não se sustenta: haverá lesão ao direito à imagem de alguém mesmo que a sua utilização não tenha “fins comerciais”, por exemplo, na divulgação de fotos de pessoas submetidas a tratamento médico em um congresso científico ou no mundo acadêmico.

É que a finalidade - científica, didática, cultural ou comercial - do uso da imagem de alguém não pode se sobrepor ao direito à imagem, cuja titularidade pertence a esse alguém.

Assim, se não expressamente autorizada para determinado fim, a utilização da imagem, para outro fim, qualquer que seja ele, configurará lesão ao direito à imagem.

O que importa, para a tutela do direito à imagem, é a devida e expressa anuência do seu titular à sua reprodução e utilização, para finalidade específica.

²⁷ “Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei” (BRASIL. Lei nº 10.406/2002. *Código Civil*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003).

²⁸ BRASIL. Lei nº 10.406/2002. *Código Civil*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

Ao se analisar o art. 20 do Código Civil, infere-se que suas ressalvas não se traduzem apenas como norma oca, vazia de conteúdo como a indefinida expressão “contrariar os bons costumes”, contida no seu art. 13. Trata-se, isto sim, de texto que colide com a Constituição Federal, logo inconstitucional, pois a inviolabilidade da imagem é uma garantia constitucional,²⁹ e é nisso que consiste sua natureza jurídica. Por isso é que as três ressalvas iniciais do artigo 20 do Código Civil brasileiro arrostam a garantia constitucional prevista no artigo 5º, X, da Constituição da República.

Cumprido distinguir, para maior clareza, que, enquanto direito à imagem é o reconhecimento à tutela jurídica do bem imagem, cujo desrespeito implica a sanção indenizatória, a natureza jurídica desse bem deflui da previsão de sua inviolabilidade, logo, garantia constitucional.

Ainda que nominado, pela doutrina e pelo legislador infraconstitucional, como *direito* da personalidade, o direito à imagem - juntamente com o direito à intimidade, ao nome, à vida privada, à honra e ao corpo físico, por serem delineadores e conformadores do sistema personalidade do qual são inatos - constitui, em rigor, *bem-garantia* derivado do fundamento dignidade. Se formam um núcleo essencial dessa dignidade, tais direitos deverão ser conservados em posição preferencial, como bússola aos veículos de comunicação de massa.

Destarte, sob essa denominação de direitos da personalidade deve-se entender o plexo de direitos essenciais à dignidade da pessoa, sem os quais a pessoa quedaria irrealizada e incompleta, e tal incompletude, por extensão, abalaria um dos pilares republicanos.

Ainda que a imagem exsurja com a idéia de algo privado, obra formada primariamente pelo inconsciente, porque inerente à pessoa, é inegável que sua exteriorização é sempre pública, devendo ser tida como garantia da sociedade livre. Por tais razões, tem-se como mais apropriado considerá-la sob o domínio do Direito Público, dado seu espectro de abrangência ser maior do que o do Direito Privado, reforçado pelo *status* constitucional, o que se sublinha para efeito didático apenas, porquanto não se podem ver os dois ramos do Direito como estanques e separados.

A pretensa e falha tentativa de regulamentação pelo legislador civilista (artigos 11-21, Código Civil) parece ser fruto da má compreensão da verdadeira natureza jurídica do direito à imagem e do aprisionamento histórico de ter sido o Direito Privado a *sedes materiae* do instituto da personalidade e das indenizações.

Sucedem que os direitos da personalidade não são direitos subjetivos privados que visam a assegurar o desenvolvimento e a expansão da individualidade física e espiri-

²⁹ Art. 5º, X, Constituição Federal. BRASIL. Constituição Federal (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

tual da pessoa humana, tratando da relação indivíduo-indivíduo. Por isso mesmo, se não há confundir direito à imagem com direito à honra, também não há por que confundi-lo com direito subjetivo privado, individual, pois tem ele ostensivamente um sentido comunicacional que, necessariamente, envolve terceiros.

O direito à imagem é “autônomo, bem jurídico independente, não atrelado à tutela de outros bens”,³⁰ sendo, antes, pressuposto de direitos subjetivos.

Ruggiero, ao analisar a legislação privada italiana, defende o caráter privatístico aqui criticado, porém reconhece que “A personalidade não constitui um direito subjetivo, mas é fonte e pressuposto de todos os direitos subjetivos.”³¹

Essa distorção do legislador infraconstitucional, que tem por companhia boa parte da doutrina brasileira, é agravada ou facilitada pela cada vez mais crescente diminuição dos limites entre o público e o privado, pela superposição entre os diferentes interesses individuais e sociais, o que vem sendo espancado pela nítida tendência de se dar prevalência aos interesses metaindividuais e aos objetivos de bem-estar social do Estado.

7. DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Na raiz da liberdade de expressão situam-se a liberdade de pensamento e a de manifestá-lo, imbricadas no texto constitucional a outras liberdades espirituais,³² e exatamente por essa fonte comum é que a doutrina é dissonante quanto à conceituação, não sendo incomum a confusão terminológica entre as liberdades de opinião, de comunicação, e de informação, as quais muitos preferem englobar em liberdade de imprensa.

Ferrigolo subsume, na liberdade de expressão, a liberdade de informação, sob a ótica “do transporte do pensamento à distância, fruto dos veículos de comunicação de massa”.³³ Já Carvalho conceitua o direito de informação como “sub-ramo do direito civil, com assento constitucional”, que regula a informação pública de fatos, dados ou qualidades referentes à pessoa (...), para um número indeterminado e potencialmente grande de pessoas”.³⁴

³⁰ FERRARI, Janice Helena. Direito à própria imagem. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, v. 4, São Paulo: RT, 1993. p. 139.

³¹ RUGGIERO, Roberto de. op. cit., p. 442.

³² A expressão é de DOTTI, René Ariel. *Proteção da vida privada e liberdade de informação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p. 156.

³³ FERRIGOLO, Noemi Mendes Siqueira. *Liberdade de expressão: direito na sociedade da informação: mídia, globalização e regulação*. São Paulo: Pillares, 2005. p. 20.

³⁴ CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de. *Liberdade de informação e o direito difuso à informação verdadeira*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 61.

Como a informação só será reputada relevante se disseminada de modo massivo, mediante sua disponibilização por veículos de comunicação de massa, o conceito mencionado acaba por confundir, uma vez mais, a liberdade de informação com a liberdade de expressão.

O objeto da liberdade de expressão são as idéias, opiniões e pensamentos pelo prisma subjetivo, enquanto a liberdade de informação trata da difusão de fatos considerados noticiáveis.

Weingartner Neto, reportando-se às experiências históricas e às transformações havidas no Leste Europeu no final do século XX, deixa clara a indissociabilidade da veracidade do conceito da liberdade de informação: “A veracidade, assim entendida, liberta-se do dogma da ‘verdade objetiva’ e é vista no seu aspecto interno, subjetivo, traduzido na ‘atitude diligente do comunicador de produzir uma notícia correta e honesta’”.³⁵

Assim, enquanto a liberdade de expressão não tem como limite interno a exigência da veracidade, por ter como nascedouro o pensamento, a liberdade de informação é limitada pela realidade concreta, pela veracidade.

A divergência é menos de semântica do que de espectro, porquanto se afigura como reducionista a definição que impõe ao termo *expressão* qualquer mera manifestação, sem atentar para o conteúdo do manifestado.

Compreendida de forma extensiva a todos os meios de comunicação, como é usual, a liberdade de imprensa é assecuratória da liberdade da expressão e da informação, por isso tida como necessária em uma sociedade pluralista e democrática.

Essa concepção vem, em boa parte, influenciada pela legislação norte-americana, que protege todos os meios de manifestação em uma única disciplina. Nos Estados Unidos, a Primeira Emenda à Constituição considera a imprensa como uma das formas de manifestação da palavra e do pensamento, mas sem diferenciá-la das demais:

O Congresso não legislará definindo uma preferência por uma religião ou proibindo-lhe o livre-exercício, restringindo a liberdade de expressão, de imprensa, ou o direito dos cidadãos de se reunirem pacificamente e dirigir ao Estado petições para obter reparação de prejuízos sofridos.³⁶

³⁵ WEINGARTNER NETO, Jayme. *Honra, privacidade e liberdade de imprensa: uma pauta de justificação penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2002. p. 147.

³⁶ No original: *Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances*. A tradução utilizada é de José Luiz Tuffani de Carvalho. In: *Constituições estrangeiras*. Rio de Janeiro: Espaço Jurídico, 2003. p. 19.

O Convênio Europeu de Direitos Humanos também trata promiscuamente a liberdade de expressão e a liberdade de informação, assim como a maioria das legislações e dos doutrinadores não faz distinção entre uma e outra.

No Brasil, o legislador constituinte seguiu a maioria dos exemplos legislativos: “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença” (art. 5º, X, Constituição).

Ainda bem que tratou disso como liberdade fundamental negativa, isto é, oponível ao Estado, distinguindo expressão de informação, inspirada no art. 20 da Constituição Espanhola, como se infere do art. 220 do texto constitucional brasileiro.

Como no preâmbulo da Constituição brasileira a liberdade foi inserida como um dos valores supremos do Estado democrático, autoriza-se vê-la como direito fundamental, logo, indispensável: pode ser restringida, mas não eliminada; e essas restrições, imperiosas pela própria convivência social, não implicam nenhuma forma de censura, o que seria contraditório até ontologicamente considerado, por se tratar aqui de liberdade: a baliza deve ser o resguardo da dignidade da pessoa humana.

A liberdade de expressão foi inicialmente reconhecida pela Declaração dos Direitos do Cidadão,³⁷ de 1789, para proteger o cidadão de ingerências estatais na esfera de sua liberdade de divulgar suas idéias, e em 1948 pela Declaração Universal dos Direitos Humanos,³⁸ que, além da liberdade de expressão, também reconheceu a existência do direito à informação. Foi contemplada também pelo Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos,³⁹ pela Convenção Européia dos Direitos do Homem⁴⁰ e pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos,⁴¹ que, influenciados pelas teorias do Estado social, concebem como pressuposto da liberdade de expressão o direito à informação.

O processo de superação dos modelos estatais, do Estado absoluto ao Estado liberal e deste ao Estado social, gerou uma nova sociedade de conduta progressi-

³⁷ Estabelece o art. 11º da Declaração a “livre manifestação do pensamento e opinião como um dos direitos mais preciosos do homem, assegurando a todo homem o direito de falar, escrever e imprimir livremente, à exceção do abuso dessa liberdade, pelo qual deverá responder nos casos determinados pela lei” (LOPES, Vera Maria de Oliveira. *O direito à informação e as concessões de rádio e televisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 182).

³⁸ Em seus arts. 18 e 19, como anota FONTES JUNIOR, João Bosco. *Liberdades e limites na atividade de rádio e televisão*. Teoria geral da comunicação social na ordem jurídica brasileira e no direito comparado. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 38.

³⁹ FONTES JUNIOR, João Bosco, op. cit., p. 38.

⁴⁰ Idem, Ibidem.

⁴¹ Conhecida por Pacto de San José da Costa Rica. (SECRETARIA DA JUSTIÇA E DA DEFESA DA CIDADANIA/Conselho Estadual dos Direitos da Pessoa Humana. *Direitos humanos: um novo caminho*. São Paulo: [s.e.], 1994. p. 28 e ss).

vamente normatizada e desprotegida perante os ordenamentos jurídicos, todos calcados nas liberdades clássicas do liberalismo, que privilegia o indivíduo.

Assim, já no preâmbulo daquela declaração ressaltava-se que a proteção à interferência era “[...] na vida privada” (art. 12), repetido em 1950 pela Convenção Européia dos Direitos do Homem (art. 8º).

Esse foco individualista foi bisado em 1966 pelo Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos da ONU, cujo art. 17 reafirma a ressalva de que a proteção se refere à vida privada, não à pública.

A Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos (São José da Costa Rica, 1969), ao traçar no seu art. 11 a proteção da honra e da dignidade, por igual ressalva a vida privada.

A socialização do Estado, por seu turno, trouxe a necessidade de se construir uma nova concepção dos direitos fundamentais, a qual, ainda que fundada no ideário libertário clássico, tivesse uma perspectiva também social. Daí o surgimento de novas condicionantes à realização dos novos valores democráticos, já não mais vislumbrados como liberdades liberais puramente negativas, mas de conteúdo assecuratório da fruição por todos: a função social da propriedade, dos contratos, e da liberdade de expressão.

Destarte, embora mantenha ainda o sentido básico e primário da liberdade pela mera abstenção do Estado de coactar a manifestação de opinião, a liberdade de expressão pressupõe o direito de todos se exprimirem.

Essa visão da liberdade de expressão como necessária à formação de uma opinião pública livre, anotada por Canotilho e Moreira⁴² para a defesa das minorias e a participação de todos os segmentos sociais na vida política, pressupõe o acesso de todos a todas as informações e opiniões.

Por outro lado, a ineficácia da tutela dessa garantia fundamental, que implica a inexistência ou a insuficiência de espaços nos veículos de comunicação para que minorias se expressem, pode gerar formas de expressão alternativas estimuladoras da convulsão social.

A sonegação da liberdade de expressão é o que explica, por exemplo, algumas invasões de prédios, públicos e privados e algumas greves de fome, dentre outros modos de mobilização popular, fenômeno que não é exclusivo do Brasil com os movimentos dos sem-terra e dos sem-teto, ocorrendo também na Espanha e em Portugal, como salienta Fontes Júnior.⁴³

⁴² CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição portuguesa anotada*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 230-231.

⁴³ FONTES JUNIOR, João Bosco Araújo, op. cit., p. 42.

O que se pretende frisar aqui é que os valores morais e a opinião pública são influenciados pela comunicação social e é nesse espaço que se realizam os debates políticos e ideológicos.

Como nem sempre os meios de comunicação têm interesse na difusão de idéias de minorias sociais (até porque, na maioria das vezes, estas são antagônicas às dos detentores do poder), o conceito da liberdade de expressão como liberdade negativa é insuficiente para a divulgação dessas idéias, podendo ser ponderável contributo àquelas formas de expressão alternativas.

Por isso é que a liberdade de expressão deve ser vislumbrada sob uma perspectiva social, em sua dimensão pluralista e participativa, como instrumento de aperfeiçoamento da democracia e embasada nos valores fundamentais da segurança jurídica, da igualdade e da dignidade humana, e não apenas na liberdade.

A liberdade de expressão é uma garantia constitucional, pressupondo relação de poder, com incidência publicística imediata, inserta com preeminência no âmbito do Direito Público, já que a unidade do ordenamento jurídico importa em atenuar a dicotomia entre as esferas pública e privada. Logo, essa garantia constitucional se presta a atender um número indeterminado de pessoas, envolvendo assuntos de interesse público ou mesmo assuntos de interesse privado que tenham expressão coletiva.

O mundo contemporâneo, socializado e globalizado, acaba por forçar a mescla de interesses públicos e privados: estes últimos passam a ser tutelados como se públicos fossem. Daí, abandonando-se a concepção do homem individualista, vigente até metade do século XX, ter-se prevalente a merecer a tutela jurídica o ser social, gerando o reconhecimento de interesses difusos e coletivos pelo Direito atual.

Por isso não é mais possível entender a liberdade de expressão conforme o paradigma liberal do individualismo, tampouco moldada exclusivamente em termos coletivos, como pretendiam os adeptos do socialismo histórico. É, hodiernamente, um interesse difuso que, de um lado, se tem como prevalente sobre os interesses privados, particulares, e, de outro, se tem como indispensável à integralização da dignidade da pessoa humana.

Tendo-se presente a intersecção tênue existente entre as esferas pública e privada, e a especial atenção aos interesses difusos e coletivos como um *tertius* desses dois universos, há que se considerar que os meios de exercício dessa garantia desempenham função de relevância pública, seja ela exercida por operadores privados, seja por estatais.

Em face disso, deve ser entendida a liberdade de expressão como forma de manifestação de pessoas e de grupos, voltada à máxima satisfação dos valores fundamentais dos seres sociais, elemento fundamental de legitimidade dos poderes.

De outro lado, o art. 221, IV, da Constituição de 1988 preconiza: “A produção e a programação das emissoras de rádio e televisão atenderão aos seguintes princípios: [...] IV - respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família”.⁴⁴ Com isso se deixa claro que a titularidade da defesa contra abusos também compete à pessoa e à família; ao legislador federal incumbe estabelecer os meios para o exercício dessa defesa, o que já parece ter feito com a ação civil pública, por exemplo.

Parece ser correta, pois, a solução que admita, por exemplo, associação de famílias, por propiciar *adequada e efetiva tutela*, como *legítima* entidade que tenha por finalidade institucional a defesa de interesse difuso envolvendo comunicação social.

8. DO PAPEL DESEJÁVEL DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO

O discurso sobre a ponderação entre liberdade de expressão e direito à imagem sempre foi tarefa difícil, porque as questões suscitadas por esses temas envolvem um alto grau de subjetivismo, questionando inclusive o papel desejável dos meios de comunicação de massa e os limites da inviolabilidade da imagem.

Para se entender a liberdade de expressão como princípio constitucional voltado à tutela da dignidade humana, é preciso considerar o espectro emissor, os veículos da comunicação social, e levar em conta o público-alvo, porque a partir do entendimento acerca do receptor da mídia é que é possível analisar o aspecto subjetivo do desejo daquele ideal democrático: a preservação da dignidade da pessoa.

Essa multiplicidade de conteúdo dos veículos de comunicação de massa, que vai da informação, do entretenimento até à educação, impacta uma miríade de interesses individuais, coletivos e sociais, não raro ultrapassando os limites éticos no exercício da liberdade de expressão.

Para se entender quais seriam os limites éticos desse sistema midiático e assim invocar a tutela à liberdade de expressão, reprim-se, é imperioso ter em mente que a tutela à liberdade de expressão deve considerar sempre a adequada proteção da dignidade da pessoa humana. Por isso, a legislação infraconstitucional brasileira não pode ficar atada à concepção individualista liberal-burguesa em sede de direitos de personalidade: é preciso uma redefinição dos limites que superponha o direito constitucional ao privado.

⁴⁴ BRASIL. Constituição Federal (1988) *Constituição da República Federativa do Brasil*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

Devido à inexistência de direito que seja totalmente absoluto e à possibilidade de colisão entre aquelas garantias constitucionais, parece ser ideal, na colisão entre a imagem e a liberdade de expressão, o caminho da ponderação desses valores.

Tendo-se o princípio da dignidade humana como epicentro da estrutura jurídica hierarquizada a partir da Constituição, os vetores que balizarão o ajustamento dos demais princípios e valores pelo Estado-juiz na solução de controvérsias serão matizados pela ampliação dos direitos sociais e pela efetividade da tutela.

CONCLUSÕES

No complexo de relações intersubjetivas, a dignidade da pessoa humana é a pedra angular que serve de referência aos ordenamentos jurídicos, base em que se apóia o catálogo de garantias fundamentais do homem, o que decorre de sua própria natureza finalística: a pessoa é um fim em si mesma, e disso resulta sua dignidade.

Neste século XXI, a sucessão de progressos tecnológicos, as mutações contínuas derivadas da globalização e da massificação, têm tecido (ou revelado) novas realidades sociais, difusas e complexas, acentuadamente voltadas a um pluralismo cultural e político, com destaque ao princípio da dignidade da pessoa humana, o que exige dos ordenamentos jurídicos contemporâneos abertura suficiente à compreensão da magnitude de sua dimensão.

No Brasil, a inadequada compreensão do princípio da dignidade humana como epicentro da estrutura jurídica hierarquizada a partir da Constituição, que o consagra já em seu artigo primeiro, tem propiciado a edição de normas insuficientes ou inadequadas para a efetiva proteção dos direitos sociais e da cidadania.

O ordenamento jurídico brasileiro carece, ainda, de aperfeiçoamento que incorpore, em especial na legislação infraconstitucional, a essência do catálogo das garantias fundamentais da sua programática Constituição de 1988: normas ainda tecidas em época pretérita e autoritária, não adequadas nem pertinentes a conferir a tutela necessária, continuam vigorando, sendo imprescindível sua revisão.

Em que pese ao pretenso pluralismo político-social à comunicação de massa, o sistema jurídico que a regulamenta, constituído pelos decretos nº. 52.795/63 e nº. 236/67 e pela Lei nº. 5.250/67, não é instrumento adequado à defesa de interesses e direitos, metaindividuais ou não, vinculados à liberdade de expressão.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 especializa alguns dos direitos da personalidade em seu art. 5º, o que pode dar ao intérprete desatento a falsa impressão de tipificação exauriente.

Tal impressão é acentuada pela timidez e pelo casuísmo com que o tema foi tratado pelo legislador infraconstitucional ao editar o Código Civil, que se limita a

ressaltar algumas das características daquele plexo de direitos e a prever tutela inibitória contra ameaça ou lesão e indenitória contra danos a eles.

Como se defende que o princípio da dignidade da pessoa humana é basilar ao ordenamento jurídico, por isso servindo de âncora a uma cláusula geral dos direitos de personalidade, cabe aqui uma derradeira explicação: as limitações naturais do presente trabalho levaram a circunscrever o estudo a dois direitos da personalidade em especial - o direito à imagem e a liberdade de expressão - por estarem intimamente conectados e por permitirem, quiçá, a maior gama de entrechoques fáticos e, por isso, a maior dificuldade de compreender suas reais dimensões.

Em apertada síntese, poder-se-ia afirmar que a *vexata quaestio* é: na defesa da dignidade da pessoa humana, é o indivíduo que deve se submeter ao interesse coletivo ou é o interesse geral que deve ceder à proteção do interesse particular?

Sendo o direito à imagem o reconhecimento à proteção jurídica da imagem, a pretensa legitimidade da lesão a esse direito na hipótese de ser necessária à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, e se consentida ou se não tiver finalidade comercial, inferida do art. 20 do Código Civil, viola o princípio da dignidade da pessoa humana e fere a garantia assegurada pelo art. 5º., X, da Constituição, por isso é inconstitucional.

É que o que importa para a tutela do direito à imagem é a devida e expressa anuência do seu titular à sua reprodução e utilização, para finalidade específica. A administração da justiça ou a manutenção da ordem pública não podem justificar a antiética utilização da imagem de uma pessoa.

Por seu turno, a liberdade de expressão é um instrumento de aperfeiçoamento da democracia, devendo ser protegida em sua dimensão pluralista e participativa em uma perspectiva social, que considere todas as formas de sua exteriorização: escrita, falada, artística, eletrônica.

Por se prestar a atender um número indeterminado de pessoas e envolver assuntos de interesse público ou assuntos de interesse privado com expressão coletiva, tal instrumento consiste hoje em um interesse difuso, indispensável à integralização da dignidade da pessoa humana, e como tal deve ser tutelado.

O destinatário da liberdade de expressão é o ser social, ou seja, a pessoa humana em suas conexões interpessoais e familiares, por isso a titularidade da defesa contra sua manifestação pertence a ambos: ao indivíduo e à sociedade. Essa é a exegese mais adequada para a norma do art. 220 da Constituição brasileira, de natureza meramente programática.

A proteção dos direitos da personalidade é assentada no princípio da liberdade, requisito inafastável da proteção ao valor absoluto da dignidade da pessoa humana, o que exige tutela jurídica resiliente, que permita sua restauração integral sempre que ameaçada ou violada em sua essência, e sempre aberta às novas

conformações do tecido social e jurídico. Por isso, em havendo colisão entre os dois direitos da personalidade aqui enfocados, o do direito à imagem e o da liberdade de expressão, a ponderação dessas duas garantias fundamentais do ser social deve levar em consideração, no caso *in concreto*, qual melhor atende à tutela da dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. **A pessoa jurídica e os direitos da personalidade**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional da própria imagem**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 6. ed. atual. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1993.

CARDIN, Dirceu Galdino. **Desafios da cidadania**. Brasília: OAB Editora, 2006.

CARREJO, Simon. **Derecho Civil**. Bogotá: Themis, 1972.

CARVALHO, José Luiz Tuffani de. **Constituições estrangeiras**. Rio de Janeiro: Espaço Jurídico, [s.d.].

CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de. **Liberdade de informação e o direito difuso à informação verdadeira**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CASTRO, Mônica Neves Aguiar da Silva. **Honra, imagem, vida privada e intimidade, em colisão com outros direitos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

CHAVES, Antônio. Direito à própria imagem. **Revista da Faculdade de Direito da USP**, São Paulo: EDUSP, n. 67, 1972.

DE CUPIS, Adriano. **Os direitos da personalidade**. Tradução de Adriano Vera Jardim e Antonio Miguel Caeiro. Lisboa: Livraria Moraes Editora, 1961.

FABIAN. Christoph. **O dever de informar no Direito Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRIGOLO, Noemi Mendes Siqueira. **Liberdade de expressão: direito na sociedade da informação: mídia, globalização e regulação**. São Paulo: Pillares, 2005.

PODESTÁ, Fábio Henrique. **Interesses difusos, qualidade da comunicação e controle judicial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1967**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968. v. 5.

REIS, Alberto A.; MAGALHÃES, Lúcia Maria Azevedo; GONÇALVES, Waldir L. Teorias da personalidade em Freud, Reich e Jung. In: RAPPAPORT, Clara Regina (coord.). **Temas Básicos em Psicologia**. São Paulo: EPU, 1984. v. 7.

RODRÍGUEZ, José Luis Concepción. **Honor, intimidad e imagen**. Barcelona: Bosch; Casa Editorial, [s. d.].

SAPERAS, Enric. **Os efeitos cognitivos da comunicação de massas**. Porto: Asa, 1993.

SECRETARIA DA JUSTIÇA E DA DEFESA DA CIDADANIA/Conselho Estadual dos Direitos da Pessoa Humana. **Direitos humanos: um novo caminho**. São Paulo: [s.n.], 1994.

SERRANO NEVES. **Direito de Imprensa**. São Paulo: J. Bushatsky, 1977.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

WEINGARTNER NETO, Jayme. **Honra, privacidade e liberdade de imprensa: uma pauta de justificação penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2002.