

Apontamentos para um estudo sobre o princípio da dignidade humana

Notes for a study on the principle of human dignity

Weber Abrahão Júnior

Professor da Graduação em Direito na Unipac, Campus Araguari. Advogado militante. Graduado e pós-graduado em História pela Universidade Federal de Uberlândia, Especialista em História do Brasil Contemporâneo. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia, Especializando em Direito Civil pela mesma Instituição. Professor também da pós-graduação em Direito pela FASIPE, em Sinop, MT. Parecerista das Revistas Eletrônicas *Em Extensão e Educação Popular*, da PROEX-UFU. e-mail: advocaciaweber@gmail.com

Resumo: O presente trabalho tem como tema *A Internet e a superexposição indesejada da intimidade – violação ao princípio da Dignidade Humana*. A pesquisa objetivou analisar o estágio atual do debate doutrinário e jurisprudencial a respeito do tema. Foram realizadas pesquisas bibliográficas, consultados sítios jurídicos e livros tradicionais. A consulta à doutrina objetivou traçar um histórico sobre a dignidade humana como *meta-princípio* de nosso ordenamento constitucional, em paralelo aos princípios da liberdade de consciência e informação. Foram utilizados referenciais teóricos de outros campos das Ciências Humanas e Sociais, como esforço interdisciplinar, procurando ampliar os parâmetros da reflexão proposta. As jurisprudências analisadas centraram-se no sítio do TJMG, entre os anos de 2000 e 2010, a partir da chave de pesquisa “violação da intimidade na Internet”. Foram analisados cerca de 240 acórdãos na íntegra. A partir do estudo realizado, sugere-se a ampliação dos debates a respeito do tema, envolvendo todos os setores da sociedade organizada e sob a batuta de juristas abalizados. Isto porque inexistente marco regulatório específico para as relações sociais travadas no âmbito do espaço cibernético. É preciso instrumentar os operadores do Direito para essa realidade inexorável: os efeitos danosos provocados pela superexposição indesejada na rede mundial de computadores.

Palavras-chave: Princípio Constitucional da Dignidade Humana; violação da intimidade na Internet; superexposição indesejada na rede mundial; liberdade de consciência e informação.

Abstract: The theme of this monograph is *The internet overexposure and the undesired intimacy violation of the Principle of Human Dignity*. The paper analyzes the current state of the doctrinal and jurisprudential debate on the subject. We conducted literature researches, consulted legal sites and traditional books. The consultation aimed to draw a historical doctrine to human dignity as a meta-principle of our constitutional order, in parallel to the principles and freedom of information. We used theoretical frameworks from other fields of humanities and social sciences as an interdisciplinary effort, seeking to broaden the parameters of the proposed reflection. The case law discussed focused on sites of TJMG, between the years 2000 and 2010, from the search key “violation of privacy on the internet”. We analyzed about 140 judgments in full. From the study, it is suggested to expand the debate on the subject, involving all sectors of organized society and under the authority of jurists. This is because there is

no regulatory framework specific to social relations fought in the cyberspace. It is necessary to instrument the operators of Right for this inexorable reality: the harmful effects caused by the undesired overexposure in the world wide web.

Keywords: Constitutional Principle of Human Dignity; violation of privacy on the Internet; the worldwide web undesired overexposure; freedom of conscience and information.

O princípio da dignidade humana – um histórico possível

1. Introdução

Pensar o tema abordado sob uma ótica histórica pressupõe, necessariamente, um conceito de historicidade como intrínseco ao ser e fazer do homem, anterior mesmo às reflexões aqui intentadas.

A historicidade do fazer humano pode ser entendida ao menos sob duas perspectivas: como o conjunto de ações humanas ao longo do tempo, como produto de seu ser no mundo natural e de relações; e também como o processo de reflexão sobre essas ações constantes e ininterruptas.

À primeira nos referimos como a História-fato. À segunda, como História-narrativa. Desse modo, olhar para o passado como História-fato estabelece um processo contínuo de interação entre o investigador e os fatos necessariamente por ele selecionados para investigação, devidamente munido de ferramentas para re (ou des) construir a trajetória do objeto investigado ao longo do tempo.

Nosso ordenamento legal e constitucional prevê como seu princípio basilar, como verdadeiro *meta-princípio* a escudar direitos e garantias fundamentais, o princípio da dignidade humana. Esse *meta-princípio* da dignidade humana, como denominado por farta doutrina jurídica, e de fundamentação constitucional, enraíza-se no passado das ações humanas em sociedade.

O diálogo nascido da interação passado-presente, guiado pelo pesquisador, sob a ótica do tema em comento, indica a necessidade de ser reconstruído certo caminho trilhado pelas sociedades humanas no sentido de elaborar e vivenciar a dignidade humana.

A questão de fundo filosófico aqui delineada remete-nos à dicotomia direito natural/direito positivo. Para os defensores da existência de um direito natural, anterior à sociabilidade humana e de caráter universal, poderia soar inadequada a busca da historicidade do conceito que anima o *meta-princípio* da dignidade humana.

No entanto, entendemos com Miguel Reale e tantos outros jusfilósofos, que não se pode rejeitar a realidade histórica dos fatos, conforme lúcida observação de Andrade (2007, p. 32)¹.

¹ “Reale propugna a imperiosidade de se perscrutar os valores culturais de determinado povo, para neles verificar a real necessidade de uma norma, não descuidando da necessidade de constante atenção com o aspecto da mutação e conseqüente alteração axiológica, decorrente da dinâmica social, histórica e, portanto, da cultura de valores.”

Mas se a realidade histórica dos fatos orienta um esforço de compreensão das origens e sistematização do conceito de dignidade humana, por outro lado é preciso perguntar: a realidade mesma dos fatos históricos não é uma construção conceitual e teórica do pesquisador em face do contexto sócio-político por ele vivido?

E assim sendo, ao optar por determinado campo teórico-conceitual não estaria o pesquisador necessariamente recortando de forma parcial o objeto de sua pesquisa, delineando por isso mesmo certa opção ideológica (no sentido de conscientemente determinada)² sobre o assunto abordado?

Para ser mais claro nas indagações: investigar uma história possível do conceito de dignidade humana é perceber, por um lado, que nosso campo referencial é a chamada “civilização ocidental”, recorte conceitual e temático inevitável.

Por outro lado, isso implica a demarcação das “escolhas pessoais e motivadas³” do pesquisador. Se ele entende, a partir do modelo idealista hegeliano, que a história é o *devoir* do progresso e da civilização⁴, poderá concluir que fatalmente os pressupostos do Direito Natural (assim mesmo, com maiúsculas) vencerão os recônditos da ignorância e do fundamentalismo ainda vigentes⁵.

Ou, se a escolha teórico-conceitual recair sobre o método materialista histórico e dialético da tradição do pensamento marxiano e marxista⁶, a trajetória do conceito indicará uma construção histórica recente e atravessada pela dialética social denominada *luta de classes*.

Farias (2004, 26-29), após estabelecer que direitos humanos podem ser entendidos aproximadamente como constituídos por posições subjetivas e pelas instituições jurídicas que, historicamente estabelecidas, procuram garantir os valores da dignidade humana, faz uma feliz síntese da questão, tratando-a como *dimensão filosófica dos direitos fundamentais*:

Vale registrar, também, a dimensão filosófica dos direitos fundamentais constituída pela busca das raízes e dos fundamentos racionais dos direitos humanos. Neste contexto, a tradição filosófica procura esquadrinhar a natureza destes direitos: são eles anteriores ou superiores à sociedade e ao Estado? (tese jusnaturalista); são criados e conformados pelo Estado? (tese positivista); ou são frutos de consenso sobre valores intrinsecamente

² Ideologia aqui tem o sentido de conjunto de valores, concepções, interesses, sociais, coletivos e que orienta escolhas, inclusive temáticas e teóricas na produção do conhecimento: BOUDON (1989).

³ No sentido weberiano da expressão.

⁴ HEGEL, G.W.F. *Lições acerca de História da Filosofia*, apud: ANDRADE, 2007 p. 35.

⁵ E, como visível desdobramento lógico, acreditar que existem “normas constitucionais programáticas”, postergando o direito à justiça para as calendas do fim dos tempos.

⁶ *Marxiano* refere-se ao pensamento do próprio Karl Marx; *marxista* indica a elaboração intelectual dos autores que seguem o referencial teórico desse autor.

comunicáveis baseados em necessidades sociais e historicamente compartilhadas? (tese intersubjetiva).

A opção metodológica do autor acima indicado é filiada ao pensamento habermasiano⁷ definida na teoria da ação comunicativa⁸.

Assumindo aqui uma posição teórica intermediária, tentaremos indicar duas possibilidades de leitura do tema dignidade humana: a primeira, em um registro jusnaturalista *mitigado*, admitindo com Lafer (1999, p. 38) que

direitos inatos, estado de natureza e contrato social foram os conceitos que, embora utilizados com acepções variadas, permitiram a elaboração de uma doutrina do Direito e do Estado a partir da concepção individualista de sociedade e da história, que marca o aparecimento do mundo moderno. São estes conceitos os que caracterizam o jusnaturalismo dos séculos XVII e XVIII, que encontrou o seu apogeu na Ilustração.

E a segunda, entendendo a construção jurídica e histórica do conceito de dignidade humana admitindo-se:

- a) Que a trajetória de construção do *indivíduo* como senhor de direitos, garantias e obrigações jurídico-políticas, (esfera das relações privadas, heterogêneas) em contraposição/subordinação à ordem pública (esfera de atuação do poder estatal, homogeneizador por definição), é fruto da sociedade fundada no mercado, nascida no período histórico denominado tradicionalmente como Idade Moderna;
- b) Que inicialmente, essa construção identifica a esfera do privado à propriedade/ausência de riqueza, projetando para o poder estatal os limites do liberalismo como proteção dos espaços privados dos possíveis excessos tributários/fiscais da máquina estatal; e complementarmente, o *constitucionalismo* como limitação ao poder estatal no âmbito das relações sócio-políticas dos indivíduos⁹;

⁷ Em referência direta à Escola da Frankfurt e ao modelo dos *tipos ideais* de matriz weberiana.

⁸ Trata-se de um esforço intelectual para a compreensão e a superação da racionalidade “irracional” ou instrumental, como delineada por Max Weber e vivida por Habermas na forma do totalitarismo nazista. Desse modo, trata-se de recuperar a racionalidade em seu aspecto libertador, de planejamento relacional do fazer-saber humano. Tendo em vista que o homem não reage simplesmente a estímulos do meio, mas atribui um sentido às suas ações e, graças à linguagem, é capaz de comunicar percepções e desejos, intenções, expectativas e pensamentos, Habermas vislumbra a possibilidade de que, por meio do diálogo, o homem possa retomar a centralidade do seu papel de sujeito social.

⁹ Ver FERRAZ JR., 2011, cap. 4.

- c) Que ocorre assim a produção do consenso¹⁰ como legitimação¹¹. Ou seja, a partir de uma vontade individual livre e deliberada, de fundo mais ou menos racional, ocorreria uma *recepção* do ordenamento jurídico pelos indivíduos, dando-lhe validade social (ANDRADE, 2007, pp. 38-39);
- d) Que mesmo essas concepções de liberdade individual como produto do liberalismo e do constitucionalismo (que contornam e delimitam os chamados direitos de primeira geração – o indivíduo perante o Estado soberano¹²), e o conceito Iluminista¹³ de racionalidade e livre arbítrio são eles mesmos construções históricas a merecer investigação, que, no entanto não cabem nos limites deste trabalho;
- e) Que, ao entender o princípio da dignidade humana como *meta-princípio* do ordenamento jurídico internacional e constitucionalmente delineado em nosso país, estamos admitindo ser também essa uma construção histórica da contemporaneidade, inexistente na doutrina e na jurisprudência há apenas duas ou três gerações. Também esse aspecto do tema não tem espaço para ser aqui abordado;
- f) Que o século passado assistiu a barbárie do fascismo¹⁴ como a negação do princípio da dignidade humana, mas embasado firmemente em conceitos e paradigmas formalmente racionais e logicamente demonstráveis – embora repousando em falácias. Assim, o totalitarismo nazifascista oferece a título de investigação de nossa temática, um novo referencial teórico. O princípio da dignidade humana, como construção teórico-ideológica dos conceitos e

¹⁰ Nos termos da sociologia de Émile Durkheim, o consenso ou consciência coletiva é a média das consciências individuais ao longo das gerações, expressa em valores, princípios e normas reconhecidos e praticados com regularidade. Em terminologia weberiana, poderia ser entendido como legitimação.

¹¹ Nos termos da sociologia de Max Weber, legitimação é a aceitação das relações sociais de dominação por parte dos submetidos à dominação, quando as hierarquias do comando e da obediência estão fundadas no acordo – tácito ou não, daqueles que estabelecem tais relações.

¹² Segundo Paulo Bonavides, os direitos de primeira geração são os “direitos de resistência ou de oposição perante o Estado.” Cf. Vander Pereira de Andrade, *Op. cit.*, p. 56.

¹³ Ver *Dialética do Esclarecimento* de Theodor Adorno e Max Horkheimer. Iluminismo é tradução inadequada do vocábulo *Aufklärung* que, na dicção filosófica de Immanuel Kant, traduziria a *racionalidade* como campo de distinção da existência humana, concluindo a partir daí a necessária investigação sobre seus limites e sua aplicabilidade.

¹⁴ Fascismo é gênero e nazismo é espécie. O totalitarismo nazifascista expõe com toda a clareza os limites da racionalidade humana, tornada irracional, pois não estava a serviço da libertação do homem, não estava a serviço da maioria moral e intelectual do homem, como queria Kant. Embora tecnicamente irretocável, a lógica do fascismo é perversa, pois nega ao Homem sua própria Humanidade.

das questões atinentes¹⁵, é des(cons)truído e negado sistematicamente. O totalitarismo nazifascista transforma a universalidade dos direitos e garantias em privilégios de status e raça, eliminando física, moral e intelectualmente os “não-arianos¹⁶”. Nas palavras de Celso Lafer, em seu conhecido estudo em homenagem à pensadora alemã Hannah Arendt¹⁷:

O totalitarismo, em suma, é uma proposta inédita de organização da sociedade que escapa ao senso comum (*sensus communis*) do estar entre os homens (*inter-homines esse*), posto que, desconcertante para qualquer medida ou critério razoável de Justiça tradicionalmente relacionado à punição proporcional ao ato punível; a distribuição eqüitativa de bens e situações e a boa-fé inerente ao *pacta sunt servanda*. (...) Fundamenta-se, assim, no pressuposto de que os seres humanos, independentemente do que fazem ou aspiram, podem, a qualquer momento, ser qualificados como inimigos objetivos e encarados como supérfluos para a sociedade. Tal convicção explicitamente assumida pelo totalitarismo, de que os seres humanos são supérfluos e descartáveis, representa uma contestação frontal à ideia do valor da pessoa humana enquanto valor-fonte da legitimidade da ordem jurídica, como formulada pela tradição, senão como verdade pelo menos como conjectura plausível da organização da vida em sociedade.

- g) E, finalmente, em uma reflexão zetética¹⁸: que os chamados direitos fundamentais, bebendo na fonte dos valores e princípios – inclusive o *meta-princípio* da dignidade humana, possam ser entendidos e realizados (i.e, do campo formal para o campo material), para além das tradicionais classificações das normas constitucionais (eficácia plena, contida, limitada; programáticas, institutivas etc.), entendendo-se que a dinâmica das relações sociais mediadas pelo ordenamento jurídico admite a existência de diferentes e múltiplas espécies de direitos que se entrelaçam e se sobrepõem, tornando o princípio processual do *non liquet* mais que uma mera formalidade.

¹⁵ Aplicabilidade das normas, legitimidade, jurisdicização das relações sociais.

¹⁶ Nunca é demais lembrar: o conceito de raça ariana é uma construção teórica pseudo-científica da lavra do mal afamado Conde de Gobineau, que a ela atribuía a civilização e o progresso.

¹⁷ *A Reconstrução dos Direitos Humanos: A Contribuição de Hannah Arendt*. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ea/v11n30/v11n30a05.pdf>, acesso em 30/05/2011.

¹⁸ “... a investigação zetética tem sua característica principal na abertura constante para o questionamento dos objetos em todas as direções...” (cf. FERRAZ, JR. *Op. cit.*, p. 21). Ou seja, a zetética é o campo da reflexão sociológica e filosófica infinitas, propondo-se ao debate, e não à dogmática jurídica em sentido de decidibilidade.

2. Um histórico do conceito de dignidade humana

Observa-se em boa parte da doutrina uma grande dificuldade encontrada para conceituar dignidade humana. Inclusive é difícil diferenciar conceito de definição¹⁹.

Nos termos de Tercio Sampaio Ferraz Jr., a noção de sujeito como *persona natural*, dotada de direitos e deveres, surge com a chamada Era Moderna. O advento das atividades mercantis a partir dos burgos incrustados nos feudos projetou uma concepção de liberdade distinta do modelo clássico da antiguidade greco-romana.

Para os antigos, liberdade era *status libertatis*, em oposição ao *status servitutis*²⁰. Assim,

não se tratava de uma qualidade interna da vontade individual, algo que se experimentava em solidão, mas uma qualificação pública do agir político. Era a qualidade própria do agir político dos iguais, dos cidadãos, que os habilitava a agir politicamente no governo dos negócios públicos (*Op. cit.*, p. 116-117).

O cristianismo estabeleceu um novo paradigma para a noção de liberdade. É o *libre-arbitrio* como uma internalidade, uma vontade íntima que se manifesta nas possibilidades de querer/não querer. Ele é universal, comum a todos os homens, sem qualquer vínculo com *status* ou outra condição qualquer.

A partir dos embates ideológicos produzidos pela Renascença, a noção de liberdade como livre-arbitrio amoldou-se em dois referenciais. De um lado, sob o manto do cristianismo, então em versão hegemônica pela Igreja de Roma, ela projeta-se como uma qualidade e um valor *íntimos*, tornando o indivíduo “um centro isolado”.

Desse modo, o exercício do livre-arbitrio independeria de condições materiais para sua realização, admitindo-se o “querer sem poder”²¹. Nasceria aí o conceito negativo de liberdade. A liberdade do homem encontra limites à sua exteriorização pública, tanto por arbitrio quanto pela existência de outrem, também pessoa e também *ser desejante*²².

De outro lado, o capitalismo mercantil nascente das entranhas do sistema feudal, através das feiras e rotas comerciais, projetava o conceito *positivo* de liberdade. Mercado livre, sem entraves feudais, sem servos ou escravos. É a liberdade como *auto-*

¹⁹ “O conceito de dignidade humana é de difícil definição e delimitação, haja vista que encerra múltiplas concepções e significados” (ANDRADE, *Op. cit.*, p. 67).

²⁰ O “estatuto da escravidão” era condição social, sem vínculo com riqueza material, seguindo as concepções da sociologia weberiana. É importante destacar esse aspecto, pois entre os gregos e os romanos do Mundo Clássico, poderiam ser encontrados homens ricos, mas sem liberdade e, portanto, sem cidadania.

²¹ Nelson Mandela, ex-presidente da África do sul, encarcerado pelo regime do *apartheid* durante longos vinte e sete anos, verdadeiro *preso de consciência*, manteve sua sanidade graças à condição intrínseca ao ser humano, essencial em termos aristotélicos, sua racionalidade livre.

²² No sentido de possuidor de querer, ou seja, de livre-arbitrio.

nomia, ou seja, de produzir as normas de seu próprio comportamento, projetando-se para a sociedade como poder político cuja soberania emana do coletivo de pessoas que se autogovernam.

Desse modo, no terço final do século XVIII, a formulação kantiana da *autonomia da vontade* seria a expressão contemporânea inaugural de formulação do princípio da dignidade humana, ao demarcar a liberdade humana e a plena capacidade de utilização de seu intelecto, como atributo inerente a todos os seres racionais.

Assim, a racionalidade constituiu-se no fundamento da dignidade da pessoa humana, e, com base nesta premissa, Kant sustenta que o homem e, de uma maneira geral, todo o ser racional, existe como um fim e si mesmo, não simplesmente como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade.

José Afonso Rodrigues, citado por Vander Ferreira de Andrade (*Op. cit.* p. 85), informa:

[...] A filosofia kantiana mostra que o homem, como ser racional, existe como um fim em si, e não simplesmente como meio, enquanto os seres desprovidos de razão têm um valor relativo e condicionado, o de meios, eis porque se lhes chamam coisas; ao contrário, os seres racionais são chamados pessoas, porque sua natureza já os designa como um fim em si, ou seja, como algo que não pode ser empregado simplesmente como meio e que, por conseguinte, limita na mesma proporção o nosso arbítrio, por sem um objeto de respeito. E assim se revela como um valor absoluto, porque a natureza racional existe como um fim em si mesma.

Após esse breve histórico da construção do conceito de dignidade humana, analisaremos alguns aspectos dos direitos de personalidade.

Como baliza, o valor fundamental da dignidade humana entendido como *cláusula geral*²³ de tutela e promoção da pessoa humana e ainda *cláusula geral de tutela da personalidade* (DA SILVA, *Op. cit.* p. 16), ensejando no campo processual a busca da reparação do dano pela via da responsabilização objetiva, em ação ordinária²⁴.

3. O direito à vida privada como expressão do princípio da dignidade humana

Para Adriano de Cupis (1961, p. 17), direitos da personalidade são

aqueles direitos subjetivos cuja função, relativamente à personalidade, é especial, constituindo o *minimum* necessário e imprescindível ao seu conteúdo [...] sem os quais a per-

²³ Cláusulas gerais: “São normas orientadoras sob a forma de diretrizes, dirigidas fundamentalmente ao julgador, vinculando-o ao mesmo tempo em que lhe atribuem liberdade para decidir. São formulações contidas em lei, de caráter geral e abstrato, valoradas pelo juiz, autorizado a agir por força da natureza da diretriz. Uma vez que o juiz verifique a cláusula geral, o mesmo tem de adotar um determinado comportamento já fixado em lei” (KÜMPEL, 2007, p. 99).

²⁴ O que, no entanto, foge aos objetivos deste trabalho.

sonalidade restaria uma suscetibilidade completamente irrealizada, privada de todo o valor concreto: direitos sem os quais todos os outros direitos subjetivos perderiam o interesse para o indivíduo – o que vale dizer que, se eles não existissem, a pessoa não existiria como tal.

De modo exemplificativo, Regina Beatriz Tavares da Silva (*Op. cit.*, p. 15) enumera os direitos da personalidade: a vida, a integridade psíquica, o nome, o direito moral do autor, a honra, a imagem, a vida privada, a liberdade.

De fato, os referidos direitos passaram por um grande desenvolvimento notadamente após a Segunda Guerra Mundial (1939-1945), notadamente em resposta ao totalitarismo nazifascista. Isso se deveu a um giro axiológico no ordenamento jurídico, por conta da percepção do ser humano não apenas como destinatário do ordenamento, mas também como seu centro e fundamento (*id.*, *ibid.*).

Nossa Carta Constitucional trata os direitos da personalidade de forma autônoma, inculcando no artigo 5º e seus incisos, a previsão, dentre outros: do direito e os mecanismos de proteção à liberdade; do direito à honra; da proteção à imagem e à vida privada.

O sistema geral de proteção dos direitos da personalidade é encontrado em nosso Código Civil, regulado nos artigos de 11 a 21. Relembra Regina Beatriz Tavares da Silva (*idem*, p. 20) que a enumeração trazida pelo texto legal não é exaustiva, mas expressão da cláusula geral de tutela da personalidade²⁵.

Assim, encontramos no Código Civil, em seu artigo 11, as características essenciais dos direitos da personalidade: eles são irrenunciáveis e intransmissíveis, de acordo com Fernando Tartuce²⁶:

Os direitos da personalidade são irrenunciáveis e intransmissíveis, segundo prevê o art. 11 do Código Civil de 2002. Assim, nunca caberá afastamento volitivo de tais direitos, como daquele atleta que se expõe a uma situação de risco e renuncia expressamente a qualquer indenização futura. Tal declaração não valerá.

Regina Beatriz Tavares da Silva (*Op. cit.*, p. 18) amplia essa enumeração. Os direitos da personalidade são *essenciais*, por transcenderem o direito positivo, projetando-se para a *natureza humana*²⁷ por meio de sua personalidade.

²⁵ Veja-se o Enunciado 274 da IV Jornada de Direito Civil do CJF. Tem-se por óbvio que, se o ordenamento jurídico é um subsistema do sistema social geral, possuindo caráter regulatório de condutas, na medida em que as relações sociais tornam-se mais complexas e intrincadas, deverá o ordenamento acompanhá-las, realizando “sintonia fina normativa”, para adequação e aplicabilidade.

²⁶ *Os Direitos da Personalidade no Novo Código Civil*, in: www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto842.rtf. Acesso em 04/06/2011.

²⁷ Não caberia aqui abordar a discussão antropológica da essencialidade humana, mas seria importante indicar um de seus aspectos. Para esse importante campo do conhecimento huma-

São também *originais*, pois são direitos inatos, próprios à pessoa, emanando diretamente de sua personalidade²⁸.

Outra característica é que são *vitalícios*, existindo ao longo de toda a vida da pessoa, sendo que alguns sobrevivem a ela. São os direitos em relação ao corpo morto, à honra e também os direitos morais de autor²⁹.

Também são *oponíveis erga omnes*, podendo ser exercidos e opostos contra todos.

São ainda *extrapatrimoniais*, regra geral, não possuindo conteúdo econômico. No entanto, podem ter utilização econômica, quando dele decorrem outros, de natureza obrigacional, como no caso do direito de uso de imagem³⁰.

E também *intransmissíveis e irrenunciáveis*, nas palavras de Flavio Tartuce.

O Enunciado 139, da III Jornada de Direito Civil do CJF reforçou essa possibilidade de limitação voluntária, estabelecendo que “os direitos da personalidade podem sofrer limitações, ainda que não especificamente previstas em lei, não podendo ser exercidos com abuso de direito de seu titular, contrariamente à boa-fé objetiva e aos bons costumes”.

no, em linhas gerais, em essência somos animais culturais. A cultura seria uma *fronteira* a nos separar dos outros animais, permitindo a construção duradoura e estável de uma linguagem simbólica (abstração), transmissível e adaptável ao longo das gerações por processos educativos. Admitir a existência de uma *natureza essencial dos seres humanos* implicaria, no mínimo, a elaboração de duas hipóteses lógicas: 1º. A “natureza humana” possui qualidades e defeitos projetados geneticamente? 2º. Os animais também têm direitos da personalidade?

²⁸ Em tempos de reprodutibilidade técnica exponencialmente aplicada, tem-se que as elaborações individuais dos elementos de personalidade esbarram nas infinitas possibilidades de cópia e imitação. Apesar disso, devemos tomar aqui o conceito de originalidade como algo que é único, distinto em cada ser humano, por mais que a indústria cultural nos remeta ao “mais do mesmo”.

²⁹ “Mas não é só! Em se tratando de morto que sofreu lesão à imagem, terão legitimidade para promover a ação indenizatória os descendentes, ascendentes e o cônjuge, inserido o convivente pelo nosso entendimento. Curioso é que, no caso de lesão à imagem, a lei não reconhece legitimidade aos colaterais até quarto grau. Ora, elencada a imagem como direito inerente à pessoa natural, não poderia haver um tratamento diferenciado. Mas assim o é, infelizmente”: TARTUCE, *Op. cit.* p. 5.

³⁰ “Na verdade, a utilização de imagem alheia somente é possível mediante autorização do seu legítimo detentor. Mas o comando legal prevê duas situações de exceção: a primeira nos casos envolvendo a administração da justiça, a segunda nos casos envolvendo a ordem pública. Aqui, caberá discussão se a pessoa investigada ou que teve imagem exposta sem autorização interessa ou não à sociedade como um todo. Logicamente, caberá análise casuística pelo magistrado, que deverá utilizar-se da equidade, em ações em que se pleiteia indenização por uso indevido de imagem alheia ou exposição pública de determinada pessoa”: TARTUCE, *Op. cit.* p. 6.

Os direitos da personalidade são ainda *imprescritíveis*, podendo ser, portanto, exercidos sempre. No entanto, o direito de reparação está submetido aos prazos de prescrição, nos termos do Código Civil.

E ainda, os direitos da personalidade são *impenhoráveis*, não se prestando como garantia para o pagamento de quaisquer dívidas.

O Código Civil Brasileiro regula os direitos da personalidade em seus artigos de 11 a 21³¹. No entanto, não enumera de forma exaustiva tais direitos, expressando a cláusula geral de tutela da personalidade, conforme o comando constitucional insculpido no artigo 1º, III, o *meta-princípio* da dignidade humana.

Comanda assim o artigo 12 do Código Civil, *verbis*: “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”.

Assim, trataremos especificamente, nos limites desse texto, do direito à imagem e à vida privada.

4. Direito à imagem

Silva (2007, 24), referenciando Carlos Alberto Bittar, conceitua imagem como “o conjunto de caracteres que identificam a pessoa no meio social em que vive, a sua forma plástica, tanto no seu conjunto como nos seus componentes distintos, tais como os olhos, o busto, as mãos etc.”

Desse modo, a imagem pode ser elaborada e observada em e a partir de diferentes suportes físicos e mesmo virtuais: desenhos, fotografias, televisão, escultura, *slides*, sítios da internet, cinema, dentre outros.³²

De fundamentação constitucional (artigo 5º, X), o direito à imagem é tutelado pelo Código Civil, em seu artigo 20, *caput*:

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

³¹ Definido pela doutrina como sistema geral protetivo do Código Civil. Veja SILVA, *Op. cit.*, p. 20.

³² Arlindo Machado, na obra *A Ilusão Especular*, nos oferece interessante análise de fundo antropológico sobre o tema, que vale registrar. Imagem é palavra de origem latina, significando literalmente *superfície*, bidimensionalidade. Nessa linha de raciocínio, imagem não passa de um instantâneo, de um momento capturado no tempo e no espaço, carente de profundidade social e psicológica. Não oferece aos olhos o *ser* retratado, mas o *parecer ser*. Basta observar a diferença entre uma fotografia espontânea e outra “posada”. Desse modo, o interesse na proteção jurídica do direito à imagem – de um ponto de vista antropológico que merece reparo e estudo, tendo importantes repercussões no campo do Direito – exatamente porque *a imagem não é a pessoa, mas uma representação possível dela, podendo sofrer todo o tipo de alterações lesivas a direitos ou interesses juridicamente tutelados*.

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.

Analisando o referido artigo, Sílvio de Salvo Venosa, assim se posiciona:

O art. 20 faculta ao interessado pleitear a proibição da divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa, sem prejuízo da indenização que couber, se for atingida a honra, a boa fama ou a respeitabilidade ou se destinarem a fins comerciais. Entretanto, não pode deixar de ser levado em conta o aspecto do agente que se recusa a divulgar sua imagem sob qualquer fundamento, respeitando sempre o interesse público nessa divulgação. Antes mesmo da divulgação, há que se levar em conta o ato da captação da imagem, que também pode não ser de interesse do agente. A simples captação da imagem pode, nesse prisma, configurar ato ilícito. O princípio geral é no sentido de que qualquer pessoa pode impedir tais formas de divulgação.

Sílvio Rodrigues analisa o artigo em comentário:

Mas é óbvio que a palavra e os escritos humanos, bem como a imagem de uma pessoa, constituem direitos da personalidade, pois é fora de dúvida que a parte lesada pelo uso não autorizado de sua palavra, ou de seus escritos, obtenha ordem judicial interditando esse uso e condenando o infrator a reparar os prejuízos causados. A mesma proibição abrange a imagem. O artigo 20 do Código Civil que trata da matéria contém duas ressalvas: a primeira permitindo esse uso se necessário à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública; a segunda restringindo a proibição às hipóteses de a divulgação da palavra ou da imagem atingir a honra, a boa fama ou a respeitabilidade da pessoa, ou se destinar a fins comerciais.

Washington de Barros Monteiro pondera:

Incluído no texto constitucional, esse direito pode ser visto como a obrigação que todos têm de respeitar a imagem física e moral de outrem, preservando seu aspecto físico, seja belo, feio, normal, anormal, sadio ou deficiente. Não se admitem risadas ou chacotas, motes, caricaturas depreciativas, nem a reprodução não consentida da imagem sob forma de fotografia, filme, Internet, televisão ou qualquer outro meio. Exceções costumam ser apontadas no caso de pessoas notoriamente conhecidas, ou da pessoa em cena comum de rua, de lugar público, na multidão, desde que as imagens não sejam exploradas comercialmente e não constituam invasão de privacidade.

Flavio Tartuce resume uma subclassificação doutrinária do direito à imagem com a qual não concorda, embora em seus termos, tenha ampla aceitação doutrinária e jurisprudencial: aquela que distingue imagem-retrato de imagem-atributo³³. Vejamos sua argumentação:

³³ “No mundo pós moderno, marcado pelo avanço tecnológico, pelo uso da internet, pela facili-

O art. 20 consagra expressamente a proteção à imagem, sub-classificada em imagem retrato (aspecto físico da imagem, a fisionomia de alguém) e imagem atributo (repercussão social da imagem). Esse dispositivo tem redação truncada que merece ser esclarecida, com o devido cuidado. Apesar de com ela não concordar, essa a interpretação mais comum na doutrina, conforme reconhecido na I Jornada de Direito Civil do CJP, pelo teor do seu enunciado nº 5 pelo qual: 'Arts. 12 e 20: 1) as disposições do art. 12 têm caráter geral e aplicam-se inclusive às situações previstas no art. 20, excepcionados os casos expressos de legitimidade para requerer as medidas nele estabelecidas; 2) as disposições do art. 20 do novo Código Civil têm a finalidade específica de reger a projeção dos bens personalíssimos nas situações nele enumeradas. Com exceção dos casos expressos de legitimação que se conformem com a tipificação preconizada nessa norma, a ela podem ser aplicadas subsidiariamente as regras instituídas no art. 12' (*Op. cit.*, p. 8).

Regina Beatriz Tavares da Silva (*Op. cit.*, p. 24-26) também desenvolve raciocínio semelhante, ponderando que, embora o texto constitucional tenha confundido honra com imagem, cabe ao intérprete³⁴ romper com tal confusão, a bem da aplicabilidade normativa.

Pondera então que a imagem não pode ser confundida com a honra, devendo ser observada e preservada a autonomia dos dois institutos. Exemplifica a autora: modelo autoriza uso de fotografia em campanha publicitária específica e determinada. Utilização não autorizada em publicidade similar da mesma imagem configura violação ao direito de imagem, mas não à honra.

tação na captação de imagens, representadas por equipamentos eletrônicos e digitais, a preocupação com a tutela da imagem é evidente, salta os olhos. A massificação no uso da imagem permite uma fácil e veloz exploração da imagem das pessoas. Pois bem, o direito à imagem é de grande elasticidade, cuidando da proteção conferida à pessoa em relação à sua forma plástica e aos respectivos componentes identificadores (rosto, olhos, perfil, busto, voz, características fisionômicas) que o individualizam da coletividade, deixando antever um amplo espectro, formado por um conjunto de características que permitem a sua identificação social. Efetivamente, a imagem corresponde à exteriorização da personalidade, englobando, a um só tempo, a reprodução fisionômica do titular e as sensações, bem assim como as características comportamentais que o tornam particular, destacando, nas relações sociais. Essa elasticidade conceitual, decorrente da proteção constitucional da imagem (CF, art. 5º, incisos V e X), faz compreender, no conceito de imagem, diferentes aspectos: a imagem retrato (referindo-se às características fisionômicas do titular, à representação de uma pessoa pelo seu aspecto visual, enfim, é ao seu pôster, à sua fotografia, encarada tanto no aspecto estático – uma pintura – quando no dinâmico – um filme – art. 5º X, CF/88); a imagem atributo (que é o consectário natural da vida em sociedade, consistindo no conjunto de características peculiares da apresentação e identificação social de uma pessoa, referindo aos seus qualificativos sociais, aos seus comportamentos reiterados. Não se confunde com a imagem exterior, cuidando, na verdade, de seu retrato moral) e a imagem voz (caracterizada pelo timbre sonoro, que também serve para a identificação de uma pessoa, até mesmo porque não poderia imaginar que a personalidade não se evidencia menos na voz que nas características fisionômicas", in: ROSENVALD e CHAVES DE FARIAS, 2008 p. 140-141.

³⁴ No mais amplo alcance do termo, i.e, tanto para a tarefa do julgador, quanto para todo e qualquer operador do direito.

Assim conclui: “Bem por isso não aceitamos a classificação da imagem em imagem-retrato e imagem-atributo, porque esta última confunde a imagem com a honra” (*Op. cit.*, p. 25-26).

Maria Helena Diniz desenvolve oito possibilidades de limitação do direito à imagem, conforme verificamos nesta transcrição³⁵:

“a) *se tratar de pessoa notória...* A pessoa que se torna de interesse público, pela fama ou significação intelectual, moral, artística ou política não poderá alegar ofensa ao seu direito à imagem se sua divulgação estiver ligada à ciência, às letras, à moral, à arte e à política. Isto é assim porque a difusão de sua imagem sem o seu consenso deve estar relacionada com sua atividade ou com o direito à informação; b) *se referir a exercício de cargo público*, pois quem tiver função pública de destaque não poderá impedir que, no exercício de sua atividade, seja filmada ou fotografada, salvo na intimidade³⁶; c) *se procurar atender à administração ou serviço da justiça ou de polícia*, desde que a pessoa não sofra dano à sua privacidade³⁷; d) *se tiver de garantir a segurança pública nacional*, em que prevalece o interesse social sobre o particular, requerendo a divulgação da imagem, p. ex., de um procurado pela polícia ou a manipulação de arquivos fotográficos de departamentos policiais para identificação de delinquente³⁸. Urge não olvidar que o civilmente identificado não possa ser submetido a identificação criminal, salvo nos casos autorizados legalmente (CF, art. 5º, LVIII); e) *se buscar atender ao interesse público*, aos fins culturais, científicos e didáticos; se houver necessidade de resguardar a saúde pública. Assim, portador de moléstia grave e contagiosa não pode evitar que se noticie o fato; g) *se obter imagem, em que a figura seja tão-somente parte do cenário* (congresso, enchente, praia, tumulto, show, desfile, festa carnavalesca, restaurante, etc.) sem que se a destaque, pois se pretende divulgar o acontecimento e não a pessoa que integra a cena; h) *se tratar de identificação compulsória ou imprescindível a algum ato de direito público ou privado*.

São fartas as jurisprudências sobre o tema e suas delimitações. A título de exemplo, vejamos:

³⁵ Como indicado por Regina Beatriz Tavares da Silva, *Op. cit.*, p. 26-27.

³⁶ A intimidade está associada às relações subjetivas da pessoa. São aquelas que dizem respeito somente a ela, como por exemplo, as relações familiares. Segundo Carlos Alberto Bittar, tem como elemento essencial a exigência de isolamento mental típica da dimensão psicológica dos seres humanos, o que, em consequência, leva a pessoa a resguardar aspectos de sua vida e personalidade em relação a terceiros.

³⁷ Privacidade é gênero do qual fazem parte o segredo e a intimidade, segundo Alexandre de Moraes. Vida privada então se refere a todas as relações pessoais, objetivas e subjetivas, tais como as ocorridas entre amigos, no trabalho e no âmbito da vida familiar.

³⁸ “Polícia baiana lança baralho com 51 traficantes mais procurados. A Secretaria de Segurança Pública da Bahia estampou num baralho a foto dos 51 traficantes mais procurados do estado. Cada carta apresenta a foto de um procurado com mandado de prisão em aberto. No verso, estão os crimes cometidos e os telefones do disque-denúncia do estado”, in: oglobo.globo.com/cidades/mat/2011; acesso em 08/06/2011.

A divulgação de fotografia sem autorização não gera, por si só, o dever de indenizar. “Para imputar o dever de compensar danos morais pelo uso indevido da imagem com fins lucrativos é necessário analisar as circunstâncias particulares que envolveram a captação e exposição da imagem” (REsp 622.872/Nancy Andrighi).

Não é necessária a demonstração do prejuízo. Tratando-se de direito à imagem, “a obrigação de reparar decorre do próprio uso indevido do direito personalíssimo” (REsp 267.529/SÁLVIO).

É possível perceber, a partir da classificação listada anteriormente, que ocorrem com regularidade e frequência conflitos entre dois princípios basilares do Estado Democrático: o princípio constitucional da liberdade de expressão, fundamento da liberdade de informação; e o direito à imagem e à privacidade, também escudados constitucionalmente, nos termos do princípio da dignidade humana.

No entanto, como inexistente hierarquia entre princípios jurídicos, em caso da ocorrência de antinomia principiológica, deve prevalecer o direito relevante na análise do caso concreto, a partir da hermenêutica do princípio que o sustente³⁹.

Para finalizar, observamos que o artigo 21 do Código Civil confirma o direito à intimidade, reconhecido já pela Constituição Federal de 1988, sendo inviolável a vida privada da pessoa natural e cabendo sempre medidas visando proteger essa inviolabilidade. A intimidade não deve ser concebida somente no plano físico, mas também no plano virtual, do ambiente da internet, sendo inviolável o domicílio eletrônico de uma determinada pessoa, bem como a preservação de sua imagem.

Referências

ADORNO, Theodor; HORKHEIMER, Max. *Dialética do Esclarecimento: fragmentos filosóficos*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006.

ANDRADE, Vander Ferreira. *A Dignidade da Pessoa Humana – valor-fonte da ordem jurídica*. São Paulo: Cautela, 2007. 216 p.

BAKER, Stephen. *Numerati – Conheça os Numerati. Eles já conhecem você*. São Paulo: Sarai-va, 2009, 255 p.

³⁹ “A fundamentação dos direitos fundamentais apresenta-se como uma alternativa à vetusta antinomia entre jusnaturalismo e positivismo jurídico. O primeiro, ao tratar os direitos fundamentais como ‘fatos morais já prontos’, retira a possibilidade de os cidadãos serem co-autores e protagonistas na configuração dos direitos fundamentais... O segundo, ao subordinar abstratamente os direitos subjetivos ao direito objetivo, acaba por reduzir a legitimidade à legalidade” Edilson Farias, op. cit. p. 30. E ainda: “Ocorrendo a colisão entre dois princípios, dá-se valor decisório ao princípio que, no caso, tenha um peso relativamente maior, sem que por isso fique invalidado o princípio com peso relativamente menor”, ALEXY, 1993, p. 12, conforme citação no Acórdão da apelação cível n.º 1.0512.07.045727-4/001 – da Comarca de Pira-pora-MG.

BOUDON, Raymond. *A Ideologia – ou a origem das ideias recebidas*. São Paulo: Ática, 1989, 308 p.

BRASIL. *Código Civil*. Disponível em www.planalto.gov.br.

DA SILVA, Virgílio Afonso. *Direitos Fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2 ed., São Paulo: Malheiros, 2010, 279 p.

DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da Personalidade*. Lisboa: Moraes, 1961, p. 17.

DUARTE, Lisa Bastos. *Hermenêutica Jurídica – uma análise de temas emergentes*. Canoas: ULBRA, 2004. 208 p.

FARIAS, Edilsom. *Liberdade de Expressão e Comunicação – Teoria e proteção constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. 304 p.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito – técnica, decisão, dominação*. 6 ed., rev. ampl. São Paulo: Atlas, 2011. 346 p.

FREIRE SOARES, Ricardo Maurício. *Hermenêutica e Interpretação Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2010. 208 p.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir – História da violência nas prisões*. 3 ed. Petrópolis: Vozes, 1984. 278 p.

_____. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: Nau, 2003. 158 p.

GUSTIN, Miracy B.S.; DIAS, Maria T.F. *(Re)pensando a Pesquisa Jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. 237 p.

KÜMPPEL, Vitor Frederico. *Introdução ao Estudo do Direito – Lei de Introdução ao Código Civil e Hermenêutica Jurídica*. São Paulo: Método, 2007. 208p.

LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos: A Contribuição de Hannah Arendt*. Disponível em: www.scielo.br/pdf/ea/v11n30a05.pdf. Acesso em 30/05/2011.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Monografia Jurídica*. 8 ed. rev. amp., 2 tiragem, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. 409 p.

MACHADO, Arlindo. *A ilusão especular*. São Paulo: Brasiliense, 1983.

MENDONÇA, Nadir Domingues. *O Uso dos Conceitos – uma questão de interdisciplinaridade*. 2 ed. Petrópolis: Vozes, 1985. 176 p.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: parte geral*. v. 1. 40 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: Parte Geral*. 34 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.

ROSEVALD, Nelson; CHAVES DE FARIAS, Cristiano. *Direito Civil - Teoria Geral*. 7 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008 p. 140-141.

SILVA, A.M.; PINHEIRO, M.S.F.; FRANÇA, M.N. *Guia para Normalização de Trabalhos Técnico-Científicos: projetos de pesquisa, trabalhos acadêmicos, dissertações e teses*. 5 ed. rev. ampl., Uberlândia: UFU, 2006. 144 p.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

_____. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. Malheiros: São Paulo, 6 ed., 3 tiragem, 2004. 277 p.

SILVA, Regina B.T. da; SANTOS, Manoel J.P. dos (org.). *Responsabilidade Civil na Internet e nos demais Meios de Comunicação*. São Paulo: Saraiva, Col. GV Law, 2007. 494 p.

TARTUCE, Fernando. *Os Direitos da Personalidade no Novo Código Civil*. Em: www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto842.rtf. Acesso em 04/06/2011.

ROUANET, Sergio Paulo. *A Razão Cativa – as ilusões da consciência: de Platão a Freud*. São Paulo: Brasiliense, 1987. 316 p.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil*. São Paulo: Atlas, 2007.

WATFE, Clarice Garcia de Campos. *A Internet e a Violação da Intimidade e Privacidade*. Maringá: Cesumar, 2006. Dissertação de Mestrado, 120 p.

WEBER, Max. *Economia e Sociedade*. Brasília: Editora da UnB, 1989. 400 p.