

**UNIVERSIDADE LUTERANA DO BRASIL
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO**



EVANDRO CÉSAR DIAS GOMES

**O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO ALTERNATIVA
AO CONFLITO ENTRE DIREITO À IMAGEM E LIBERDADE DE IMPRENSA**

**Canoas
2006**

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

EVANDRO CÉSAR DIAS GOMES

**O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO ALTERNATIVA
AO CONFLITO ENTRE DIREITO À IMAGEM E LIBERDADE DE IMPRENSA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós -
Graduação em Direito da Universidade
Luterana do Brasil para obtenção do título de
Mestre em Direito

Orientador: Dr. Luciano Benetti Timm

**Canoas
2006**

**O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO ALTERNATIVA AO
CONFLITO ENTRE DIREITO À IMAGEM E LIBERDADE DE IMPRENSA**

POR

EVANDRO CÉSAR DIAS GOMES

Dissertação submetida ao Corpo Docente do Programa de Pós-Graduação
em Direito da Universidade Luterana do Brasil, como parte dos requisitos
necessários para obtenção do título de

Mestre em Direito

Área de Concentração: Direitos Fundamentais

Orientador: Prof. Dr. LUCIANO BENETTI TIMM

Comissão de Avaliação: Dr. Leandro Martins Zanitelli

Dr. Gustavo Assed Ferreira

Dr. Leonel Pires Ohlweiler

Prof. Dr. Wilson Steinmetz

Coordenador do PPGDir

*Ao meu pai, homem moldado pelas
agruras e vitórias da vida, o primeiro a me
ensinar o valor da racionalidade ponderada
e que sempre defendeu e sempre
defenderá o amor desproporcional,
representado pelo amar mais do que ser
amado, como a solução para todos os
conflitos de nossa existência. A ele,
incentivador de primeira hora, dedico
minhas vitórias.*

AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador, Dr. Luciano Benetti Timm, pelas criteriosas exigências que resultaram na presente dissertação.

A todos os professores do Mestrado em Direito da Ulbra, por terem sensibilizado os alunos sobre a importância da pesquisa.

Aos meus colegas da turma 04/2, pela qualidade de suas defesas, aumentando a responsabilidade dos que os sucederam.

As mulheres de minha vida, Magda e Maria Eduarda, pelo carinho e paciência.

Até Maquiavel, em sua consagrada obra 'O Príncipe', já dizia:

Julgo feliz aquele que combina o seu modo de proceder com as particularidades dos tempos, e infeliz o que faz discordar dos tempos a sua maneira de proceder.

RESUMO

Esta dissertação enfoca os elementos que constituem duas garantias fundamentais previstas na Constituição Federal de 1988: direito à imagem e liberdade de imprensa. Apresenta a origem do direito à imagem, a evolução de sua natureza jurídica, chegando ao patamar de direito autônomo dos demais direitos da personalidade, relata sua interferência na dignidade da pessoa humana e o posiciona no ordenamento jurídico brasileiro. Na seqüência, aborda a aplicabilidade da liberdade de imprensa, fala sobre a necessidade de violação de preceito legal para que exista dano, conceituando e posicionando a conseqüência do dano na relação entre as partes, chegando ao tema proposto, que é o do conflito entre a liberdade de imprensa e o direito à imagem. Como proposta à solução do conflito, sugere a aplicação do princípio da proporcionalidade, enfocando os principais conceitos sobre direitos fundamentais e do próprio princípio da proporcionalidade, com a abordagem da doutrina nacional e estrangeira sobre os temas.

Palavras-chave: Imagem – imprensa – proporcionalidade – direitos fundamentais

ABSTRACT

This dissertation addresses two of the fundamental rights of the Brazilian Federal Law of 1988: image rights and freedom of press. It shows the origin of the image rights, the evolution of its legal nature, where stands out as an autonomous right apart from the common rights of the individual, than it describes the interfaces with the human dignity and place it within the Brazilian legal framework. Besides that, describes the applicability of the freedom of press, positions damage as a consequence of the breach of the legal rules, conceptualizing the consequential damages on the relation between the parties, reaching the conflict between the freedom of press and the image rights. As a solution to the mentioned conflict, suggests the application of the proportionality principle, touching on the main areas of the fundamental rights and the proportionality principle itself, ending with an overview of the national and the international doctrine on such themes.

Keywords: image – press – proportionality – basic rights

SUMÁRIO

| | |
|---|------------|
| INTRODUÇÃO | 10 |
| 1 DIREITO À IMAGEM | 13 |
| 1.1 NOÇÕES HISTÓRICAS DO DIREITO À IMAGEM..... | 18 |
| 1.2 NATUREZA JURÍDICA DO DIREITO À IMAGEM | 29 |
| 1.3 DIGNIDADE E O DIREITO À IMAGEM | 37 |
| 2 LIBERDADE DE IMPRENSA | 55 |
| 2.1 DA EFETIVA VIOLAÇÃO DE DIREITO..... | 63 |
| 2.2 DA FIXAÇÃO DOS DANOS MORAIS | 67 |
| 2.3 CONFLITO ENTRE DIREITO À IMAGEM E LIBERDADE DE IMPRENSA..... | 77 |
| 3 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO ALTERNATIVA AO CONFLITO..... | 88 |
| CONCLUSÃO | 141 |
| REFERÊNCIAS..... | 144 |

INTRODUÇÃO

O direito à imagem é o reconhecimento pelo ordenamento constitucional de que existem valores inatos ao ser humano, relacionados a sua exterioridade e interioridade e em suas projeções na sociedade. O âmbito de incidência do reconhecimento do direito à imagem é um vasto campo, que engloba direitos físicos, referentes à integridade corporal, como os direitos à vida, à integridade física, ao corpo, à imagem e à voz; direitos psíquicos, relativos a componentes interiores e próprios da personalidade humana, como os direitos à liberdade, à intimidade, à integridade psíquica e ao segredo; além dos direitos morais, referentes aos atributos valorativos da pessoa na sociedade, como os direitos à identidade, à honra, ao respeito e às criações intelectuais. A imagem, por sua peculiaridade, é passível de enquadramento físico, psíquico e moral.

A contemporaneidade amplificou, com o advento do desenvolvimento tecnológico, o âmbito de propagações de imagens, intensificando a necessidade de discussão sobre o tema. Trata-se de direito essencial ao homem, dotado de certas particularidades. O direito à própria imagem é um direito essencial ao homem. Não pode o titular privar-se da sua própria imagem, mas dela pode dispor para tirar proveito econômico. Esta característica fundamental do direito à imagem implica uma série de conseqüências no mundo jurídico, pois quando é utilizada a imagem alheia sem o consentimento do interessado, ou quando se ultrapassa os limites do que foi autorizado, ocorre uma violação ao direito à imagem.

A mídia, respaldada pela garantia constitucional da liberdade de imprensa e de expressão, propaga as imagens muitas vezes em tempo real globalizando espaços públicos e privados e expondo o indivíduo a um bombardeio de imagens, expressas através e todo e qualquer meio possível de transmissão, conseqüentemente, à imagem foi agregado um valor econômico expressivo.

O pilar de sustentação de qualquer regime democrático passa pelo necessário livre exercício da atividade jornalística. Quando o acesso à informação é, de qualquer forma, limitado ou censurado, estaremos formando pessoas alienadas, que não tiveram a oportunidade de formação crítica dos assuntos que organizam seus caminhos e destinos.

As experiências, especialmente brasileiras, de cerceamento da labuta jornalística, reflexo da ditadura, resultaram na perseguição de profissionais da imprensa, em coibição da participação popular em manifestações, em cassação do direito ao sufrágio, culminando em atrocidades e assassinatos. O caso do jornalista Vladimir Herzog¹ é o marco para a busca pela liberdade de imprensa e pela proteção da imagem.

A carta magna nacional, resultado da pressão social, política e econômica contra o período do regime militar, decidiu proteger tanto liberdade de imprensa como o direito à imagem. Entretanto não se atentou ao possível conflito entre as duas garantias constitucionais. E nem poderia, pois ali iniciava um novo período histórico nacional.

Tema freqüente nos bancos do mestrado acadêmico, o conflito entre direitos fundamentais tem como possível resolução a aplicação do Princípio da Proporcionalidade, tão bem doutrinado pelo alemão Robert Alexy. Pretendemos, com a análise da doutrina, por revisão bibliográfica, verificar se existe esta possibilidade para solucionar o conflito entre o direito à imagem e a liberdade de imprensa.

¹ A partir da divulgação pela imprensa oficial da época do suposto suicídio do jornalista Vladimir Herzog, iugoslavo naturalizado brasileiro, em 25 de outubro de 1975, com a publicação de uma fotografia dele com o corpo nu, posto de joelhos e pendurado por uma corda enrolada ao pescoço, sob a alegação de que ele teria cometido suicídio quando preso, a luta pela liberdade de imprensa e a proteção ao direito à imagem passaram a ser pauta em todos os meios de comunicação, resultando, em 1985, no retorno do regime democrático e na eleição de assembléia constituinte, responsável pela elaboração da Constituição Federal de 1988, que protege tanto a liberdade de imprensa como o direito à imagem.

Para a realização do trabalho em tela, fez-se primeiramente um levantamento histórico do desenvolvimento do conceito de imagem e de sua tutela jurídica na ordem constitucional brasileira e de com o mesmo influenciou a dogmática jurídica, a pesquisa pela transdisciplinariedade que propõe o tema foi realizada através de levantamento bibliográfico em livros e revistas jurídicas, filosóficas e históricas, sua leitura, seu compilamento, a digitação dos dados mais importantes e das citações de outros autores pertinentes aos temas pesquisados.

A existência e influência em mais de uma matéria envolvendo o assunto inauguram este objeto científico, antecipando a existência do conflito destas duas garantias constitucionais: imagem e liberdade de imprensa. A aplicação do Princípio da Proporcionalidade, matéria largamente trabalhada nos bancos desta jornada finalizada com a presente dissertação, como alternativa ao conflito aparece como centro do trabalho, posto sua difícil e criteriosa análise. Procuramos ainda estudar como abordou o tema o Novo Código Civil – já nem tão novo assim – e a jurisprudência pátria.

Por óbvio, não será neste trabalho que conseguiremos exaurir a temática. O maior objetivo, certamente, é aprofundar o tanto quanto possível o assunto permitindo, em evento futuro, a construção de proposta que permita a possibilidade de regular legislativamente o conflito.

No primeiro capítulo abordaremos o Direito à Imagem, iniciando pela abordagem histórica, passando pelas tentativas de definição da natureza jurídica, relacionando, a seguir, como componente da dignidade da pessoa humana. Encerra com as ocorrências do referido direito nas leis brasileiras.

A Liberdade de Imprensa é assunto no capítulo seguinte, quando abordaremos a necessidade da existência de violação de direito e de dano para que exista reparação, encerrando com o conflito que pode ocorrer entre a liberdade de imprensa e o direito à imagem.

Encerra a pesquisa a apresentação do princípio da proporcionalidade como alternativa à resolução do conflito, abordando as principais teorias sobre a matéria.

1 DIREITO À IMAGEM

Imagem (do latim *imago*) é toda e qualquer visualização gerada pelo ser humano, seja em forma de objeto, de obra de arte, de registro fotomecânico, de construção pictórica (pintura, desenho, gravura) ou até de pensamento. Também se entende, em matemática e outras ciências exatas, ou por analogia, o termo "imagem" como representações de alguma coisa.

São imagens, entre outras, os anúncios publicitários impressos em páginas de revistas ou expostos nas paredes de edifícios; os cartazes afixados em muros e murais; a própria arquitetura dos edifícios e das obras de engenharia; os utensílios domésticos e todas as ferramentas; as vestimentas; os veículos de transporte; todo material impresso e finalmente toda exibição em telas de cinema, televisão e internet.

No seu sentido vulgar, imagem é, pela definição de Aurélio Buarque de Holanda, no Dicionário Aurélio, *“a representação gráfica, plástica ou fotográfica da pessoa ou objeto ou a representação dinâmica, cinematográfica ou televisionada de pessoa, animal, objeto”*. Trata-se de toda a exposição visual, eletrônica ou por qualquer outro de meio de comunicação ou divulgação, de pessoas, coisas ou animais. Vejamos quais as definições de alguns autores que abordam o tema.²

Para Sidney César Silva Guerra, em seu livro *“A Liberdade de Imprensa e o Direito à Imagem”*: *“a imagem deixa de ser apenas o retrato, a exteriorização da figura para, num campo maior, ser o retrato moral do indivíduo, da empresa, do produto, do seu caráter”*.³

A imagem, definida por Araújo como imagem-atributo, é *“o conjunto de características apresentados socialmente por determinado indivíduo”*. É justamente deste segundo tipo de imagem, resultado da divisão feita pelo referido autor, que trabalharemos nesta dissertação. Concordamos que é a imagem-atributo a defendida pelo regramento constitucional e infra-

² HOLANDA, Aurélio Buarque Ferreira de. *Pequeno Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, s. d. p. 742.

³ GUERRA, Sidney César Silva. *A Liberdade de Imprensa e o Direito à Imagem*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 56.

constitucional, pois ela trata não só do indivíduo, mas como também de produtos e pessoas jurídicas. Continuemos analisando os vários conceitos.⁴

Hermano Duval, em sua obra *“Direito à Imagem”*, conceitua como segue:

É a projeção da personalidade física (traços fisionômicos, corpo, atitudes, gestos, sorrisos, indumentárias etc.) ou moral (aura, fama, reputação etc.) do indivíduo (homem, mulher, criança ou bebê) no mundo exterior.⁵

Concordamos com o doutrinador quando ele aponta a problemática originária do direito à imagem como fenômeno nascido da expansão da comunicação e da publicidade.

Edilson Pereira de Farias, em *“Colisão de Direitos – A Honra, a Intimidade, a Vida Privada e a Imagem versus a Liberdade de Expressão e Informação”*, cita o conceito de Walter Moraes:

Toda expressão formal e sensível da personalidade de um homem é a imagem para o Direito. A idéia de imagem não se restringe, portanto, à representação do aspecto visual da pessoa pela arte da pintura, da escultura, do desenho, da fotografia, da figuração caricata ou decorativa, da reprodução em manequins e máscaras. Compreende, além, a imagem sonora da fotografia e da radiodifusão, e os gestos, expressões dinâmicas da personalidade.⁶

Analisando outra conceituação de imagem, observemos a definição de Álvaro Antônio do Cabo Notaroberto Barbosa, em *“Direito à Própria Imagem – Aspectos Fundamentais”*. Para ele, imagem é:

Não apenas o semblante, mas partes distintas do corpo. Da mesma forma, se compreendem como imagens não apenas formas estáticas de representação (fotografia, pintura, fotograma, escultura, holografia), mas também as dinâmicas (cinema, vídeo).⁷

⁴ GUERRA, Sidney César Silva. *A Liberdade de Imprensa e o Direito à Imagem*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 32.

⁵ DUVAL, Hermano. *Direito à Imagem*. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 105.

⁶ MORAIS *apud* FARIAS, Edilson Pereira de. *A Honra, a Intimidade, a Vida Privada e a Imagem Versus a Liberdade de Expressão e Informação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1996. p. 119.

⁷ BARBOSA, Álvaro Antônio do Cabo Notaroberto. *Direito à Própria Imagem – Aspectos Fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 25.

Direito à própria imagem é a expressão utilizada por Walter Moraes – é também considerada por François Rigaux e Daniel Bécourt, ao se expressarem pelo “*droit de la personne sur son image*” ou “*sur son propre image*”. A origem está no direito alemão, na lei de autor de 1907, § 22 (*Recht am eigenen*).

Jacques Ravanans denomina-o *droit à image*, mas, em seu conceito, limita-o à reprodução dos traços físicos de uma pessoa sobre um suporte material qualquer⁸. Marie Serna⁹ destaca uma dupla eficácia, à qual correspondem duas denominações que identificam a dupla natureza jurídica.

A primeira denomina direito sobre a imagem, direito positivo (não no sentido de positividade, mas afirmativo, que permite a exploração da imagem, financeiramente análoga ao *right of publicity* da *common law* e que corresponde ao *droit sur l'image*).

A segunda denomina-se direito à imagem, direito negativo que oferece proteção contra as utilizações indesejadas, ilícitas, não consentidas. A utilização compreende a captação, publicação e exploração dos interesses patrimoniais sob a égide do direito moral.

Jean-Paul Sartre¹⁰, na obra *L'imaginaire*, destaca a imagem original daquela que se corporifica; o modelo.

O primeiro vínculo que se estabelece entre a imagem e o modelo é um vínculo de emanção. O original possui a primazia ontológica. Mas ele se encarna, ele se aloja na imagem. Isto explica a atitude das pessoas primitivas diante de seus retratos.

A imagem reproduzida é o objeto de tutela. Essa proteção tem sido levada a efeito pelas leis autorais, de forma autônoma, na maioria dos sistemas ocidentais (o direito à imagem se sobrepõe ao direito de autor quando utilizada para composição de obra). Ela deve ser autorizada pelo

⁸ RAVANAS, Jacques. *La protection des personnes contre la réalisation et la publication de leur image* [S.]: s.n., 1978; LINDON, Raymond. *La création prétorienne en matière de droits de la personnalité et son incidence sur la notion de famille*. Paris: Dalloz, 1974. p. 28; FRÉMOND, Pierre. *Le droit de la photographie, droit sur l'image*. 2. ed. Paris: Dalloz, 1982. p. 382-400; BECOURT, Daniel. *Le droit de la personne sur son image*. Paris: Michel Brient, 1969; SANTOS CIFUENTES. *Los derechos personalísimos*. Buenos Aires: Astrea, 1998.

⁹ SERNA, Marie. *L'image des personnes physiques et des biens*. Paris: Economica, 1977. p. 29-48.

¹⁰ Ed. Gallimard, Paris, 1940, apud RAVANAS, Jacques. *La protection des personnes contre la réalisation et la publication de leur image*. Paris: Librairie Générale de Droit et de La Jurisprudence, 1978. p. 4. nota 6.

titular. Além disso, ao considerarmos o desenho ou a pintura, escultura ou fotografia de alguém, os quais constituem os suportes por assim dizer artificiais da imagem, temos o direito de autor. Direito à imagem pertence àquele que a tem reproduzida. O direito de Autor pertence a quem a reproduz, seja imagem própria ou alheia.

Em virtude dessa premissa, o estudo da tutela da imagem-retrato, não esquecendo o direito que assiste à pessoa retratada, deve necessariamente aludir ao Direito de Autor de obra literária, artística e científica, aos direitos conexos aos de Autor do artista, intérprete, executante. Estes também não se subsumem no direito à imagem.

A imagem ou figura original da pessoa é o fundamento do direito à imagem e ainda o objeto primitivo da tutela do Direito. Ao se dissertar sobre o direito à imagem, deve ser destacada a tutela do corpo. Imagem para o direito não se restringe ao aspecto físico, embora dele dependa. É também forma suscetível de existência múltipla em suporte físico.

Com fundamento em François Rigaux, pode-se afirmar que mesmo a simples reprodução da imagem física, cuja tutela é anterior e mais precisa do que outras formas de expressão, está permanentemente unida à mensagem da qual a figuração do corpo humano se acompanha: ela não se deixa desvincular de um atentado à imagem existencial (*image existentielle*). A imagem não é um tabu. Ela é a expressão figurativa da personalidade que designa.

Direito à imagem nos modernos sistemas contemporâneos designa também a verdade pessoal ou o direito de a pessoa ser designada conforme a imagem que faz de si mesma ou o direito de não ser qualificada sob uma perspectiva falsa. Na prática a imagem

Se compreende não apenas o semblante, mas partes distintas do corpo. Da mesma forma se compreendem como imagens não só as formas estáticas de representação (fotografia, pintura, fotograma, escultura, holografia), mas também as dinâmicas (cinemas, vídeo).¹¹

¹¹ BARBOSA, Álvaro Antônio do Cabo Notaroberto. *Direito à Própria Imagem – Aspectos Fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 25.

A imagem retrata a personalidade individual, que conjuga os elementos próprios do sujeito e que o distingue das demais pessoas. Conjugando os vários elementos componentes da imagem, temos que o direito à imagem como conjunto de proteções jurídicas cujo objeto é toda expressão formal e sensível da personalidade que individualiza a pessoa na sua figura ou reprodução. Por meio da qualificação ou perspectiva, de acordo com sua verdade pessoal, a imagem que faz de si subjetivamente e seu reflexo na sociedade, de forma objetiva, garante a utilização exclusiva pelo titular, compreendendo a prevenção dos atentados sem prejuízo da indenização por danos acusados.

Reputamos dispensável o adjetivo “própria”¹². Como em todo direito subjetivo, o bem é de exclusiva utilização do titular. Cabe ao titular o direito exclusivo de ele dispor (derrogações) na medida permitida pelo ordenamento, defendê-lo contra ingerências desautorizadas (prevenção) e ainda reivindicar a reparação pelos danos sofridos (sanção-reparação). Ainda assim, como veremos, não se trata de proteção à honra. Segundo Araújo: *“imagem e honra são bens distintos. Posso estar honrando alguém, sem, lhe alterar a imagem. Posso estar destruindo sua imagem, ressaltando sua honra”*.¹³

Somente os limites expressos em lei devem ser admitidos. O casuísmo deve ser deixado aos tribunais, cuja interpretação deve fundamentar-se em cláusulas gerais, cujo exemplo está na constituição Federal de 1988, inciso X, art. 5º.

¹² DUVAL, Hermano. *Direito à imagem*. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 3, não aceita a denominação direito à própria imagem porque a fotografia é colhida por terceiro. É o fundamento de Paolo Vercellone em *Diritto al proprio ritratto*.

¹³ ARAÚJO, Luiz Alberto David. *A Proteção Constitucional da Própria Imagem*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 123. Para ressaltar a diferença entre os dois institutos, Araújo cita o seguinte caso: *“exemplo ilustrativo é o citado por Nicole Valléres, quando comenta o fato de que houve a divulgação indevida da aquisição de um jornal por determinado partido político. A notícia não era verdadeira, mas abalou a imagem de imparcialidade do debate político até então mantida pelo periódico. O exemplo citado no campo da difamação, poderia perfeitamente ser enquadrado como direito à imagem-atributo. A aquisição de um jornal por um partido necessariamente não leva à conclusão de que houve abalo na honra do jornal. Houve, isto sim, abalo na imagem-atributo. A idéia de imparcialidade do periódico foi quebrada pela notícia, tornando a imagem-atributo vinculada ao ideário do partido político noticiado pelo adquirente. Houve violação da imagem-atributo sem que houvesse qualquer arranção(ao menos em princípio) à boa reputação do jornal.”*

É por fim direito que, diante da nova dogmática, corresponde à classificação do gênero Direito à integridade moral, pois esse elemento é dominante.

Constata-se que independente do autor, as conceituações sobre imagem preocupam-se em expandir a proteção constitucional para todas as características inerentes ao homem, seja sua imagem física, sua voz ou a posição social que ocupa no meio em que vive. Mas nem sempre foi assim.

1.1 NOÇÕES HISTÓRICAS DO DIREITO À IMAGEM

Na história, temos notícia de direitos individuais do homem como proteção ao poder do Estado no antigo Egito há mais de 3000 anos. O Código de Hamurábi datado de 1690 a.C., inaugura a idéia da normatização de garantias direitos comuns aos homens, como o direito a vida, a propriedade, a honra, a dignidade e outras proteções, na tentativa de amenizar a supremacia exercida pelos governantes.^{14 15}

O Código de Hamurábi, apesar de não proteger o indivíduo no confronto com o Estado desenhou os contornos da existência de direitos e garantias comuns aos homens. A Lei das XII Tábuas, criada pelos romanos da antigüidade, *pode ser considerada a origem dos textos escritos consagradores da liberdade, da propriedade e da proteção aos direitos do cidadão*".¹⁶

Depois disso, o Cristianismo deu a sua contribuição na linha evolutiva do Direito à Imagem e da Liberdade de Imprensa. A idéia de dignidade e fraternidade ganha força, com o divino interferindo no programa estatal. É

¹⁴ GUERRA, Sidney César Silva. *A Liberdade de Imprensa e o Direito à Imagem*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 22.

¹⁵ Direitos fundamentais são os considerados indispensáveis à pessoa humana, necessários para assegurar a todos uma existência digna, livre e igual. A definição desses direitos denominados de fundamentais envolve diferentes aspectos. Numa acepção material, podemos afirmar que eles dizem respeito aos direitos básicos que o indivíduo, natural e universalmente, possui em face do Estado. Depois, em acepção formal, os direitos são considerados fundamentais quando o direito vigente em um país assim os qualifica, normalmente estabelecendo certas garantias para que estes direitos sejam respeitados por todos.

¹⁶ MORAES *apud* GUERRA, op. cit., p. 25.

do Cristianismo a teoria de que o homem foi criado à imagem e semelhança de Deus.^{17 18}

Na Inglaterra, já no século XI d.C., a Carta Magna apresentou o caminho para a concretização das liberdades públicas e dos direitos individuais. Dentre os preceitos concebidos, o devido processo legal e a proporcionalidade entre delito e sanção, mais ainda a obediência à legalidade, da existência de direitos da comunidade, válidos para todos, inclusive para o Rei, consagraram a carta magna. Tanto que hoje é sinônimo das constituições de cada nação e de lei superior hierárquica sobre todas as outras.

Do contratualismo e das declarações de direitos da época da Revolução Francesa, período do nascimento da Lei do *Habeas Corpus*, à época contemporânea, com a incorporação dos direitos individuais nas constituições, poucos anos foram necessários à evolução, comparando-se com o histórico das mudanças jurídicas até então. Então a evolução do direito à imagem surgiu a partir da metade do século XIX, ou seja, direito relativamente novo se comparado às demais e tradicionais disciplinas, como penal, comercial e civil.¹⁹

É imperioso salientar que o conceito de imagem adotou novos contornos e passou a ganhar importância com o surgimento da fotografia, principalmente na França, quando em 1858 o Tribunal de Seine proferiu decisão envolvendo a imagem de uma famosa atriz da época. Pode ter sido a primeira jurisprudência sobre o assunto da história. A partir dali, a doutrina passou a falar sobre o tema, quando no final do século XIX os

¹⁷ Pela teoria cristã, nos dias de hoje e se fosse Ele um indivíduo entre nós, Deus seria autor da maior parte das demandas envolvendo uso indevido da imagem. Em outros países, onde o fanatismo religioso leva a conseqüências trágicas, com crimes e atentados “em nome de Deus”, a situação seria ainda mais crítica. Como procurador do Divino, a Igreja seria autora da maioria das lides em tribunais mundiais.

¹⁸ Enquanto os direitos fundamentais, em sua acepção formal, são aqueles direitos básicos do indivíduo e do cidadão, reconhecidos pelo direito positivo do Estado, que exige deste ou uma abstenção ou uma atuação no sentido de garanti-los: no Brasil, essa expressão engloba vários direitos, tais como: os individuais, os coletivos, os difusos, os sociais, os nacionais e os políticos; os direitos do homem seriam os direitos referentes à condição do indivíduo enquanto ser humano, que, portanto, se estendem à toda humanidade, em todos os lugares, sem limitação temporal. Estes direitos se baseariam no conceito de direito natural, os quais não necessitariam de serem criados pelo direito positivo, mas tão somente de serem reconhecidos e declarados, em razão de serem verdadeiros direitos humanos, expressão esta utilizada como sinônima de direitos do homem.

¹⁹ TORRES, Patrícia de Almeida. *Direito à Própria Imagem*. São Paulo: LTr, 1998. p. 22 e ss.

alemães produziram o que pode ter sido a primeira monografia sobre direito à imagem.²⁰

Franceses, alemães, austríacos e italianos defendem como sendo seus os marcos iniciais para a evolução do direito à imagem. Nos Estados Unidos, a publicação do trabalho *“The Right Privacy”* na revista jurídica *Harvard Law Review*, de autoria do advogado Samuel Dennis Warren e do juiz da Suprema Corte Americana Louis Dembitz Brandeis, isso em 1890, é considerado o início do assunto no direito norte-americano. O trabalho fala sobre o direito do indivíduo à sua via privada, sendo que a tutela da imagem é a forma mais simples desta garantia. Americanos e europeus consideram a publicação como documento fundamental na evolução do direito à intimidade.

Tanto as iniciativas européias como a norte-americana deram suporte aos tribunais que começaram a decidir por reparação de danos, indenização e pagamento aos “donos” da imagem, sob o argumento do direito à intimidade.

Como anteriormente se salientou, a imagem vem cumprindo seu papel de comunicar desde épocas remotas. A reprodução do retrato humano através de diversos processos técnico-artísticos que foram sendo criados (pintura, fotografia, prensa, cinematografia, televisão) deu lugar a relevantes questões relacionadas aos direitos do retratado.

Contudo, foi com o aparecimento da fotografia (primeira metade do século XIX) e da reprodução fotográfica no cinema que o assunto ganhou extraordinária importância, despertando o mundo jurídico para a disciplina.

A difusão do retrato humano atingiu áreas geograficamente extensas e distantes e passou a acarretar o que hoje se tornou lugar comum: intensa intromissão na vida privada da pessoa.

A França conta com o registro de uma das primeiras decisões jurisprudenciais sobre a proteção da imagem, antes mesmo de as doutrinas alemã e italiana tratarem a respeito. Como dissemos, em 1858 o Tribunal de Seine proferiu decisão que deu origem à construção jurisprudencial francesa. Tratava-se do caso de dois fotógrafos que retrataram a famosa

²⁰ GUERRA, Sidney César Silva. *A Liberdade de Imprensa e o Direito à Imagem*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 23.

atriz francesa Rachel em seu leito de morte. As fotografias deveriam permanecer apenas com os familiares da retratada. Todavia elas foram parar nas mãos da pintora O'Connell, que as utilizou como matriz para a confecção de desenhos posteriormente expostos e comercializados. Provocado para apresentar decisão acerca do assunto, pela família da atriz retratada, o Tribunal de Seine ordenou a apreensão e destruição do original e das cópias fotográficas. O fundamento residiu na impossibilidade de reprodução da imagem de pessoa no leito de morte, sem o consentimento da família, mesmo que se tratasse de pessoa célebre como Rachel ²¹.

O mesmo Tribunal de Seine, em 1902, fundamentou decisão dizendo que não cabe fotografar ninguém sem o seu consentimento, salvo em se tratando de pessoa que por sua função ou profissão, natureza de seu serviço ou notoriedade presente ou passada suscite um interesse especial e sempre que disso não lhe ocorra prejuízo nenhum.

O Direito alemão iniciou a construção doutrinária inicialmente. Kohler foi autor de dois trabalhos, o primeiro data de 1880, e o outro, de 1895. Keissner publicou em 1896 uma monografia intitulada *Das Recht am eigenen Bild*. No Direito italiano, Amar escreveu a obra *Dei Diritti degli Autori della Opere dell'Ingegno*. Em 1874. Diversos outros trabalhos foram se seguindo, até que em 1942 o Código Civil Italiano recebeu um dispositivo disciplinando a proteção da imagem. A origem legislativa acerca do Direito à imagem, na Alemanha, data de 1907 (Lei Alemã de 1907, art. 22)²².

Nos Estados Unidos da América, a trajetória jurídica da imagem foi mais tardia. Em dezembro de 1890 era publicado o artigo *The Right of Privacy*, de autoria de *Dennis Warrem* e *Louis Dembitz Brandeis*, sendo que este último tornou-se, *a posteriori*, um dos juízes da Suprema Corte Americana. Defenderam o direito à vida privada, afirmando que ele inicia-se com a tutela da imagem. Tal escrito ganhou notoriedade e respeitabilidade não só no Direito americano mas também perante autores europeus. Serviu

²¹ TORRES, Patrícia de Almeida. *Direito à Própria Imagem*. São Paulo: LTR, 1998. p. 6. A autora conta o caso do Tribunal Seine, de 1858, onde a pessoa retratada fora a famosa atriz Rachel. De seu livro foram extraídos os dados acerca desta decisão que deu origem à construção jurisprudencial francesa acerca da proteção jurídica da imagem.

²² Dados expostos com base nos livros de Patrícia de Almeida Torres. *Direito à Própria Imagem*. São Paulo: LTR, 1998. p. 6. e PRADA, Vicente Herce de la. *El Derecho a la Propria Imagen y su Incidencia en los Medios de Difusión*. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1994.

de fundamento para que a Jurisprudência Americana concedesse perdas e danos em publicação de imagem que ferisse o direito à privacidade.

Muitos autores estrangeiros contribuíram para a consagração jurídica dos Direitos da personalidade e, direta ou indiretamente, do Direito à Imagem, e suas obras são caminho necessário para quem pretende estudar a matéria na atualidade. Podem ser citados: Adriano de Cupis, Bruno Franceschelli, Vicente Herce de La Prada, Santos Cifuentes, José Castan Tobeñas, Francesco Messineo, dentre outros tantos.

No Brasil, o tema só apareceu quando da elaboração do código Civil Brasileiro, no começo do século XX. Os legisladores da época usaram a lei alemã sobre direito do autor como fonte para a redação do inciso X, do artigo 666.²³ Nele, a regra brasileira dá a prevalência ao direito das pessoas retratadas em trabalhos artísticos e fotográficos sobre os direitos dos autores dos trabalhos. O regramento valeu até a promulgação da Lei n. 5.988/73 (Lei dos Direitos Autorais), que regulou os direitos autorais e pessoais, explicitamente no inciso I, letra f, do artigo 49 da referida lei.²⁴

Somente com a Constituição Federal de 1988 o direito de imagem, ou direito à imagem, ganhou o *status* de preceito constitucional. Está no capítulo dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, no título dos Direitos e Garantias Fundamentais.

Assim sendo, o direito à imagem está acima de qualquer outro regramento e, por ser uma garantia constitucional, tem seus reflexos. No inciso V do artigo 5º está a previsão de reparação do dano e de direito de resposta ao indivíduo agredido em sua imagem²⁵. No inciso X do mesmo artigo, supra exposto, está a previsão da inviolabilidade do direito à imagem.

²³ BRASIL. “Art. 666 – Não se considera ofensa aos direitos do autor: (...) X – A reprodução de retratos ou bustos de encomenda particular, quando feita pelo proprietário dos objetos encomendados. A pessoa representada e seus sucessores imediatos podem opor-se à reprodução ou pública exposição do retrato ou busto.”

²⁴ BRASIL. “Art. 49 – Não constitui ofensa aos direitos do autor: I – A reprodução (...) f) de retratos, ou de forma de representação da efígie, feitos sob encomenda, quando realizada pelo proprietário do objeto encomendado, não havendo a oposição da pessoa neles representada ou de seus herdeiros.”

²⁵ BRASIL. “Art. 5º - (...) V – É assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem.”

Para Guerra, o direito de imagem e a liberdade de imprensa evoluíram como todas as outras liberdades públicas.²⁶ Da mesma maneira ensina Araújo. Para ele, esta evolução está relacionada com a passagem do individualismo exacerbado do final do século XVIII para um sentido de vida social. Surgiriam ali os direitos do grupo, entre eles a liberdade de associação, de reunião e o sindicalismo.²⁷ Com isso, o indivíduo teve a sua liberdade garantida enquanto não agredisse a liberdade do grupo. O direito à imagem evoluiu junto, podendo o indivíduo usufruir desse direito, desde que este não represente agressão à liberdade de outrem.

Marco para a evolução do direito à imagem é o avanço tecnológico. Em 1829, na França, Niceforo Niepce inventou a fotografia. O que, até ali, precisava de horas de trabalho e a devida permissão do retratado para a produção da imagem, a partir de então passou a ser instantâneo, independente de autorização ou não. Não há como negar que o invento é o propulsor de todas as mudanças relacionadas à proteção da imagem. Se, antes da fotografia, o proprietário do direito oferecia a anuência ao autor e só permitia a sua divulgação e/ou reprodução se a imagem lhe fosse conveniente, agora o autor-fotógrafo podia reproduzir em escala industrial, tirando do proprietário da imagem a possibilidade do controle da circulação da fotografia.

Começavam as discussões nos tribunais envolvendo reparação de danos causados pela reprodução indevida e não autorizada da imagem. Apesar disso, somente nos últimos 50 anos a legislação mundial percebeu a grandeza da problemática, inserindo a proteção em constituições e leis específicas. Contudo não de forma explícita. A imagem, tantos em textos recentes como em antigos, não é regrada unicamente, mas sim implicitamente, integrada à vida, à honra ou à intimidade.

A Carta Magna brasileira vigente desde 1988 é, com certeza, uma das mais completas no que se refere ao direito à imagem. A evolução deste direito chegou ao seu ápice no ordenamento jurídico brasileiro quando da

²⁶ GUERRA, Sidney César Silva. *A Liberdade de Imprensa e o Direito à Imagem*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 22.

²⁷ ARAÚJO, Luiz Alberto David. *A Proteção Constitucional da Própria Imagem*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

promulgação desta constituição. A proteção como garantia constitucional pode servir de exemplo para outros ordenamentos.

Não se pode negar que o âmbito dos direitos da personalidade seja muito mais reduzido do que o âmbito dos direitos do homem. Conforme Tobeñas²⁸ os direitos da personalidade são aqueles direitos exercidos sobre determinadas qualidades, ou atributos.

A seguir, veremos que, antes, antes da consagração dos direitos da personalidade em âmbito privado, eles apareceram no âmbito público. Os publicistas abraçaram a matéria com tanto entusiasmo que os privatistas passaram a considerá-la exclusiva daquele âmbito.

No Direito pátrio a disciplina do assunto deu-se de forma mais lenta. O direito à própria imagem é objeto de recentes estudos pelos doutrinadores e juristas brasileiros.

Na época em que foi elaborado o Código Civil de 1916, havia pouca preocupação com o direito à imagem, razão pela qual o texto citado, em única passagem (art. 666, inciso X), trata da reprodução de retratos ou bustos sob encomenda, permitindo a extração da distinção entre direito de autor e direito à imagem da pessoa retratada.

Art. 666. Não se considera ofensa aos direitos do autor:

X - A reprodução de retratos ou bustos de encomenda particular, quando feita pelo proprietário dos objetos encomendados. A pessoa representada e seus sucessores imediatos podem opor-se à reprodução ou pública exposição do retrato ou busto.²⁹

Na mesma época, início do século XX, a questão já era ponto de discussão em algumas decisões jurisprudenciais européias e americanas, conforme já mencionado.

Tal dispositivo do Código Civil de 1916 suscitou o entendimento de que o direito à imagem da pessoa representada prevaleceria frente ao direito do autor da obra, podendo ela impedir a exibição da obra que representasse a sua imagem publicamente.

²⁸ TOBEÑAS, José Castan. *Los Derechos de la Personalidad*. Madrid: 1996. p. 7-8.

²⁹ BRASIL. *Código Civil de 1916*. Saraiva.

O artigo 666, inciso X do Código Civil de 1916 foi revogado pela Lei 5.988 de 14 de dezembro de 1973, que disciplinou os direitos autorais. Atualmente esta Lei não se encontra mais em vigência na íntegra, permanecendo apenas o artigo 17 e seus §§ 1º e 2º. Ela foi derogada pela Lei 9.610 de 8 de janeiro de 1996, para a qual coube a tarefa de alterar, atualizar e consolidar a legislação sobre direitos autorais.

Contudo, o direito à imagem ganhou proteção legislativa de maior vulto em 1988, com a Constituição Federal vigente, quando recebeu tratamento específico.

Já no Título II, que trata dos Direitos e Garantias Fundamentais, dentre os Direitos e Deveres Individuais e Coletivos (Capítulo I), art. 5º, inciso V, reconhece o direito à indenização por dano moral ou material decorrente de sua violação.

O mesmo art. 5º, no inciso X, reza que é inviolável a imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização por dano moral ou material decorrente de sua violação.

Ainda em nível constitucional o art. 5º, inciso XXVIII, assegura proteção à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas.

Diante da previsão constitucional não resta lugar para discussão da consagração jurídica da proteção à imagem como critério autônomo, no direito pátrio, conseqüentemente assegurada está a possibilidade de indenização pelos danos causados quando se sua violação.

Posteriormente à Carta Magna de 1988, o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei n. 8.069 de 13 de julho de 1990, em seu artigo 17, ao falar sobre o direito ao respeito, determinou moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da sua imagem.

Uma vez consagrado constitucionalmente o direito à imagem, não seria necessário que o Estatuto da Criança e do Adolescente também se preocupasse em traçar tal previsão, haja vista que a criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, mas devido à sua personalidade em formação, à condição peculiar

de pessoa em desenvolvimento, merecem proteção integral, sendo titulares de um direito de personalidade peculiar ³⁰.

A autorização para a utilização da imagem de crianças e de adolescentes pode ser exercida pelos seus representantes legais, mesmo que para fins publicitários. Contudo, como os direitos de seara do Direito Público, o Ministério Público pode vir a se insurgir contra o uso que, embora autorizado pelos pais ou responsáveis dos menores, não respeite parâmetros de dignidade e de preservação da integridade física, psíquica e moral.

No mesmo Diploma Legal, Estatuto da Criança e do Adolescente, encontram-se elencadas normas que preservam a criança e o adolescente de atentados contra a sua imagem. Podem ser citados os artigos 143 e 247.

Art. 143. É vedada a divulgação de atos judiciais, policiais e administrativos que digam respeito a crianças e adolescentes a que se atribua autoria de ato infracional.

Parágrafo único. Qualquer notícia a respeito do fato poderá identificar a criança e o adolescente, vedando-se fotografia, referência ao nome, apelido, filiação, parentesco e residência.

Art. 247. Divulgar, total ou parcialmente, sem autorização devida, por qualquer meio de comunicação, nome, ato, ou documento de procedimento policial, administrativo ou judicial relativo a criança ou adolescente a que se atribua ato infracional: Pena – multa de 3 (três) a 20 (vinte) salários de referência, aplicando-se o dobro em caso de reincidência.

§ 1º Incorre na mesma pena quem exhibe, total ou parcialmente, fotografia de criança ou adolescente envolvido em ato infracional, ou qualquer ilustração que lhe diga respeito ou se refira a atos que lhe sejam atribuídos, de forma a permitir sua identificação, direta ou indiretamente.

§ 2º Se o fato for praticado por órgão de imprensa ou emissora de rádio ou televisão, além da pena prevista neste artigo, a autoridade judiciária poderá determinar a apreensão da publicação ou suspensão da programação da emissora até por 2 (dois) dias, bem como da publicação do periódico até por 2 (dois) números.

O Novo Código Civil Brasileiro, Lei n. 10.406 de 10.01.2002, trata do direito à imagem em seu artigo 20, adiante transcrito:

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

³⁰ É o entendimento de P.A. TORRES. *Direito à Própria Imagem*. São Paulo: LTR, 1998. p. 121.

que se couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se destinarem a fins comerciais.

Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou descendentes. (destacado)

Embora a intenção legislativa de tratar do direito à imagem tenha sido louvável, não se pode deixar de dizer que não acrescentou nada de novo à matéria, vez que disciplinou aspectos já totalmente superados pela doutrina e pela Constituição de 1988. Poderia, naquele momento histórico de renovação da ordem civil, prever quais as possibilidades de aplicação do dispositivo em situações de provável confronto com o outro assunto que aqui nos interessa, a liberdade de imprensa.

Além de não acrescentar utilidades ao tratamento do direito à imagem, o Novo Código Civil ainda pecou ao ensejar entendimento confuso e errôneo. Em uma primeira leitura do art. 20, à imagem condiciona-se também à afetação da honra, da boa fama ou da responsabilidade ou, ainda, se o uso lesivo destinou-se a fins comerciais.³¹

Tal confusão acabaria destruindo toda a teoria construída pela Doutrina, nacional e estrangeira, pela Jurisprudência e pela Constituição Federal; de 1988 acerca da autonomia do direito à imagem, a qual estabelece que o mesmo não se confunde com reputação ou boa fama, ou seja, o direito à imagem está técnica e juridicamente dissociado da noção de honra, são coisas distintas.

Para que caiba a indenização do dano à imagem, basta que a fixação ou representação da imagem ou a sua utilização sejam feitas sem a autorização do seu titular, não se indagando se houve finalidade comercial ou se paralelamente ao dano à imagem, conforme seu conceito e conteúdo técnico-jurídico que será explicado em capítulo próprio, também foram atingidos outros direitos da personalidade como honra, privacidade ou intimidade.

Alguns autores tratam da imagem em pequenos trechos inseridos dentre os Direitos da Personalidade. Todavia, existem obras específicas sobre o Direito à própria Imagem que orientam não apenas o estudioso

³¹ Conforme ensinamentos de TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 46.

brasileiro, mas também ganham fronteiras diante de sua profundidade e importância.³²

A ambigüidade marca o direito à imagem, revestindo-o de duplo conteúdo: moral e patrimonial. O primeiro relacionado à personalidade e o segundo pela proibição de uso de bem alheio para benefício próprio. Como direito de personalidade, extrapatrimonial e personalíssimo, a imagem deve ser protegida pois está relacionada com a vida privada do seu titular. Sobre isso, antecipando a abordagem do ponto seguinte, apontamos a lição de Silma Mendes Berti³³

Pierre Kayser também ressalta o duplo conteúdo do direito à imagem que assegura tanto o interesse moral quanto o interesse material do indivíduo em relação a ela. Esse duplo aspecto é, por certo, refletido na noção ambígua do direito à imagem, que não protege apenas o interesse moral que tem a pessoa e se opor à sua divulgação, em situações atentatórias à sua vida privada, mas assegura também a proteção do interesse material a que sua imagem não seja explorada sem a devida autorização e confere-lhe o monopólio de sua exploração.

O rol dos direitos da personalidade é exemplificativo. Acreditamos que após essas pequenas informações introdutórias estaremos habilitados a percorrer os caminhos das investigações acerca dos direitos da personalidade. Principalmente demonstrar a importância de um dos seus membros, para nós especial: o direito à imagem.

³² Destacam-se Antônio Chaves, Walter Moraes, Carlos Alberto Bittar, Fábio Maria de Mattia, Rubens Limongi França, Álvaro Antônio do Cabo Notaroberto Barbosa, Patrícia de Almeida Torres, Teófilo Cavalcanti Filho, dentre outros. Uma obra muito interessante, escrita por um fotógrafo profissional, visando abordar aspectos jurídicos ligados à imagem e que merece destaque é a de Paulo Oliver, chamada *Direito Autoral, fotografia e imagem*. Embora não muito divulgada no meio jurídico, demonstra que o desenvolvimento do tema no contexto brasileiro ganha ares de interdisciplinaridade; pois o autor abrange, além de dados técnicos a respeito de fotografia, também algumas questões de direito a respeito da utilização da imagem humana.

³³ BERTI, Silma Mendes. *Direito à Própria Imagem*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. p. 36.

1.2 NATUREZA JURÍDICA DO DIREITO À IMAGEM

A imagem, tida como toda forma de expressão formal e sensível da personalidade do homem, segundo o conceito de Walter Moraes³⁴, constitui um bem jurídico, ou seja, um objeto de direito sobre o qual o respectivo titular exerce as faculdades que lhe são reconhecidas.

Desse ponto de partida, cumpre analisar a natureza jurídica do direito à imagem. A Doutrina, a Jurisprudência, e recentemente o atual Código Civil, que contemplou o direito em tela no Capítulo “Dos Direitos da Personalidade”, são unânimes em reconhecer que a sua natureza jurídica fundamental é de direito personalíssimo. Entretanto, não há unidade de opiniões sobre qual dos direitos de personalidade abriga o direito à imagem, como integrante do direito de propriedade, direito à intimidade, direito autoral, direito à honra, direito à identidade pessoal, patrimônio moral da pessoa ou como uma categoria autônoma.

Seguindo tendência adotada durante o século XIX, no sentido de considerar qualquer categoria nova de direitos como sendo fruto da propriedade, instituto sobre o qual tinha-se segurança e domínio teórico, o direito à imagem foi assim considerado. A partir do entendimento de que a imagem era manifestação do próprio corpo, sendo este último objeto de propriedade da imagem ser opostas a todos, ou seja, um direito *erga omnes*, como o direito de propriedade. Segundo Patrícia de Almeida Torres³⁵, inobstante ser alvo de crítica por juristas, esta qualificação teve o mérito de trazer a imagem para o cenário jurídico, com o fim de buscar sua proteção.

A crítica reside em que o direito à imagem não possui as características de disponibilidade e de transmissibilidade, próprias do direito de propriedade.

³⁴ MORAES, Walter. Direito à própria Imagem. *Enciclopédia Saraiva do Direito*, v. 25, p. 344.

³⁵ TORRES, Patrícia de Almeida. *Direito à Própria Imagem*. São Paulo: LTR, 1998. p. 47.

Teoria que encontra ainda nos dias atuais alguns seguidores de respeitabilidade como o italiano Adriano De Cupis³⁶, vê a figura humana como um dos componentes da intimidade, da esfera da vida privada que deve ser resguardada do mundo público. No entanto, esta teoria busca evidenciar a diferença entre intimidades e honra e, neste intuito, se manifesta Walter Moraes³⁷, dizendo: “*quem, portanto, retrata a imagem de uma pessoa no recesso, sem o seu consentimento, está a invadir-lhe a intimidade independentemente do prejuízo que possa lhe causar à honra*”.

Nessa linha, associa-se Milton Fernandes. Entretanto, para ele, apesar da imagem poder pertencer à intimidade, nele não se exaure pois é um problema que tem irradiação a outros direitos, como o autoral³⁸. Foi a presente corrente que influenciou a elaboração, pelo direito norte-americano, de caráter eminentemente jurisprudencial, da teoria do *right of privacy*, a imagem como uma expressão da privacidade, da intimidade. Ou, ainda, o direito à imagem como espécie do gênero do direito à privacidade. Vale lembra o que dispõe o art. 9º do Código Civil francês:

Toda pessoa tem direito ao respeito de sua vida privada. Os juízes podem, sem prejuízo da reparação do dano sofrido, ordenar todas as medidas, tais como seqüestro, embargo e outras, aptas a impedir ou fazer cessar um atentado à intimidade da vida privada; essas medidas podem, se houver urgência, ser ordenadas em liminar.³⁹

A doutrina italiana, em sua maioria, é adepta dessa tese, e é responsável pela inclusão nas diversas obras que versam sobre *il diritto alla riservatezza* da proteção da imagem, de modo intimamente relacionado à defesa da intimidade. No mesmo sentido posicionou-se o Código Civil italiano⁴⁰.

³⁶ DE CUPIS, Adriano. *Os Direitos da Personalidade*. Tradução: JARDIM, Adriano Vera e CAEIRO, Antonio Miguel. Lisboa: Livraria Moraes Editora, 1961. Para o italiano, imagem integra a honra e ambos são direitos de personalidade. Segundo ele, tanto a honra objetiva ou transcendente como a subjetiva ou imanente devem ser protegidos e a cautela sobre o uso ou exploração do direito à imagem integram esta relação.

³⁷ MORAES, Walter. Direito à própria Imagem. *Enciclopédia Saraiva do Direito*, v. 25, p. 346.

³⁸ FERNANDES, Milton. *Proteção Civil à Imagem*. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 173.

³⁹ FRANÇA. Code Civil. (L. 17/07/1970). Article 9.

⁴⁰ MORAES, op. cit., n. 443, p. 77.

Não obstante, recai a crítica. Enquanto o direito à intimidade visa amparar seu titular contra a intromissão em sua vida privada, o direito à própria imagem atenta para a proibição da fixação da imagem por qualquer meio apto, sua divulgação e publicação (elemento moral, extra-patrimonial) e ainda, faculta a exploração econômica da própria imagem, nas condições estabelecidas pelo representado (elemento material, patrimonial, *right of publicity*).

Esta teoria, entretanto, não consegue sustentar que o direito à intimidade ampare o lesado diante da usurpação econômica da imagem. Surge, então, a autonomia do direito à imagem.

Pretender classificar o direito à imagem dentre os direitos do autor é ignorar o traço essencial que um invento deve ter para ser considerado obra intelectual, qual seja, a criatividade. Somente as obras intelectuais são passíveis de proteção pelo direito autoral. Duval⁴¹ pondera que

Existe uma confusão entre o retrato como concretização da personalidade e o retrato como obra artística e protegível pelo direito do autor, o que remete o direito à imagem ao direito do autor, quando a rigor deveria estar vinculado do Direito de Personalidade.

Na feliz expressão de Keissner⁴², “podemos imaginar uma pessoa sem nome, mas não sem fisionomia”. A imagem de uma pessoa, sua fisionomia, aparência exterior, é o primeiro aspecto para sua identificação pessoal. Antes mesmo do nome e da voz, a imagem serve como elemento individualizador, distinguindo-a das demais. É muito comum que os documentos utilizados para a identificação pessoal tenham fotografia.

Esta teoria concebe a imagem como direito à identificação da pessoa, a imagem como um bem jurídico posto que é fator de identificação. Porém, seguindo o raciocínio apresentado, somente haveria violação do direito à imagem quando ocorresse prejuízo à identidade do sujeito.

⁴¹ DUVAL, Hermano. *Direito à Imagem*. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 23 e ss.

⁴² KEISSNER *apud* MORAES, Walter. Direito à própria Imagem. *Enciclopédia Saraiva do Direito*, v. 25, p. 347.

Assim, a exploração econômica indevida da imagem de outrem, que não causasse prejuízo à identificação pessoal, restaria desamparada juridicamente. Além disso, verifica-se que não somente a imagem serve para identificar, mas também a voz, os gestos ou o olhar. Todos seriam abrangidos, se esta teoria fosse coerente, pelo direito à própria imagem.

A teoria da identificação pessoal peca por demonstrar uma visão parcial do direito à imagem.

Entende a teoria de patrimônio moral que a imagem é bem jurídico que se situa na área moral da personalidade, não na material. É parte do patrimônio moral.

A crítica reside em que o conceito de patrimônio implica um conjunto de relações jurídicas (direitos e obrigações) de valor econômico. O aspecto moral, em contraposição ao patrimonial, refuta qualquer possibilidade de apreciação econômica. Antonio Jeová Santos defende que

Se existe um direito a opor-se à publicação da imagem com independência de prejuízos materiais, sua violação importa, por si só, um dano moral, que está constituído pelo desgosto de ver a personalidade avassalada. Para Estrada Alonso, o direito à imagem estabelece a faculdade que o ordenamento jurídico concede à pessoa para decidir quando, por quem e de que forma podem ser captados, reproduzidos ou publicados os traços fisionômicos reconhecíveis.⁴³

Assim, não é de todo descartado que um direito de conteúdo moral possa ser apreciável economicamente. A indenização por dano moral, apesar de não reestabelecer a moral agredida, prevê uma recompensa pecuniária para amenizar o sofrimento do agredido. Então, não deixa de ter fim econômico. Conforme Ramon Daniel Pizarro

Dano moral é uma modificação desvaliosa do espírito, no desenvolvimento de sua capacidade de entender, querer ou sentir; consequência de uma lesão a um interesse não patrimonial, que haverá de traduzir-se em um modo de estar diferente daquele ao que se encontrava antes do fato, como consequência deste e animicamente prejudicial. (...) A forma de reparação, em compensação, se traduz na entrega à vítima de um equivalente, no geral pecuniário, com entidade suficiente para restaurar os valores afetados. Esta reparação é muito mais dúctil, e ainda não resulta

⁴³ SANTOS, Antônio Jeová. *Dano Moral Indenizável*. 2. ed. São Paulo: Lejus, 1999. p. 387-88.

ideal, ou aproximada a que teria antes. Não é de se estranhar que tenha terminado por impor-se na prática judicial.⁴⁴

É aqui que reside a crítica, sustentando cada vez mais a autonomia do Direito à imagem.

Percebe-se que todas as teorias que pretenderam recepcionar o direito à imagem, embora tenham com ele pontos de convergência, falharam em razão da complexidade deste objeto de estudo. Enquadrar o direito à imagem em qualquer instituto jurídico preexistente é dar a ele um enfoque limitado, é enxergá-lo por apenas uma das várias facetas que apresenta.

Daí a impossibilidade de aceitar que a proteção jurídica da imagem possa ser plenamente exercitada por via do direito à intimidade, à honra, à identidade. Não se pode negar que o direito à imagem se relaciona com a intimidade, a honra, e a identidade, todavia sua tutela não se esgota em nenhum destes direitos.

Como consequência deste raciocínio é forçoso reconhecer-se que, dentro do gênero dos direitos da personalidade, o direito à própria imagem possui natureza jurídica específica, vez que munido de objeto próprio, qual seja, a imagem como bem jurídico autônomo.

A regulamentação legislativa do direito à imagem nasceu ligada ao direito de autor, contudo a evolução das artes e constantes estudos demonstraram que a invocação do direito autoral não bastaria para solucionar conflitos acerca do assunto.

Atualmente na doutrina, abordando a ampla discussão sobre a autonomia do direito em questão, o que defende Maria Helena Diniz⁴⁵ acrescenta reforço à tese aqui defendida, ao mesmo tempo em que nos proporciona excelente lição:

O direito à imagem é autônomo, não precisando estar em conjunto com a intimidade, a identidade, a honra etc., embora possam estar, em certos casos, tais bens a ele conexos, mas isso não faz com que sejam partes integrantes um do outro. Não se pode negar que o direito à privacidade ou à intimidade é um dos

⁴⁴ PIZARRO, Ramon Daniel. *Daño moral, Prevención/Reparación/Punición*. Buenos Aires: Editorial Hamurabi – José Luiz Depalma Editor, 1996. p. 47 e 374. Tradução REIS, Clayton. *Avaliação do Dano Moral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 123.

⁴⁵ DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Anotado*. 8. ed. atual. de acordo com o Novo Código Civil. (Lei 10.406 de 10.01.2002) São Paulo: Saraiva, 2002. p. 33.

fundamentos basilares do direito à imagem, visto que seu titular pode escolher como, onde e quando pretende que sua representação externa (imagem-retrato) ou sua imagem-atributo seja difundida.

Ainda assim, não se pode descartar a inserção do direito à imagem como parte do direito da personalidade. A personalidade⁴⁶ é um atributo jurídico da pessoa. Por sua vez, a personalidade possui atributos: capacidade, estado, nome, sede jurídica ou domicílio e direitos à personalidade.

Direitos da personalidade diz-se do conjunto de faculdades jurídicas reconhecidas à pessoa humana, cujo objeto são os bens jurídicos em que se convertem os diversos aspectos da pessoa do sujeito tomado em si mesmo e em suas projeções e prolongamentos⁴⁷.

Os direitos da personalidade foram consagrados, reconhecidos e não concedidos sob a denominação de direitos humanos pelas declarações de Direitos resultantes dos movimentos revolucionários do séc XVIII⁴⁸. Como direitos fundamentais de natureza privada, passaram a integrar as modernas Constituições como matéria de direito público. Inicialmente de cunho individualista, a estes se agregaram os direitos sociais, ditos de segunda geração, e mais recentemente os de titularidade coletiva, em nível internacional, denominados direitos de terceira e mesmo quarta gerações, estes constantes de tratados internacionais (liberdade, igualdade e fraternidade, cumprindo o lema da Revolução Francesa).

⁴⁶ BITTAR, Carlos Alberto. *Os Direitos da Personalidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989. p. 87-97; BARBOSA, Álvaro Antonio do Cabo Notaroberto. *Direito à Própria Imagem: aspectos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 36; DUVAL, Hermano. *Direito à Imagem*. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 65; BERTI, Silma Mendes. *Direito à Própria Imagem*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. p. 31; SAMPAIO, José Adécio Leite. *Direito à Intimidade e à Vida Privada*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 12.

⁴⁷ DE CUPIS, Adriano. *Os Direitos da Personalidade*. Tradução de Adriano Vera Jardim Antonio Miguel Caliro. Lisboa: Moraes, 1961. p. 23-26.; BITTAR, Carlos Alberto. *Os Direitos da Personalidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária. p. 98-99, 1989; FRANÇA, Rubens Limongi. *Direitos da Personalidade: coordenadas fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 102; DE MATTIA, Fábio Maria. *Direitos da Personalidade*. In: FRANÇA, Rubens Limongi (coord.). *Enciclopédia Saraiva de Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 55; SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos da Personalidade e sua Tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 6.

⁴⁸ A respeito das várias gerações de *Direitos Fundamentais*, nos quais se inserem os direitos da personalidade, cf. LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. p. 22-24; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1985. p. 9-12. *Sobre os Fundamentos Compilados a Respeito dos Primórdios da Teoria*, ver: THOMASUS, Cristian. *Fundamentos de Derecho Natural y de Dentes*. Madri: Tecnos, 1994. Estudo preliminar XXXI.

O direito à intimidade, por exemplo, é um direito da personalidade que emergiu como direito fundamental em razão da ruptura⁴⁹ ocasionada pelo totalitarismo do segundo conflito mundial. Tutela inicial pelo direito público limitou-se às necessidades da época; liberdades públicas destinadas a proteger o indivíduo como o arbítrio do Estado totalitário, tutela limitada à integridade física e garantias políticas. O sistema de produção limitava-se à tipificação penal.

Diante da cláusula geral da personalidade humana introduzida pela Constituição de 1988 pelo art. 5º inciso X, a tutela da pessoa não se pode limitar à utilização de técnicas meramente ressarcitórias e repressivas. Instrumentos que promovam a dignidade humana, de forma a inibir atentados, devem ser adotados.

Fábio de Mattia⁵⁰ leciona a respeito da natureza jurídica dos direitos da personalidade: integram estes a categoria dos direitos subjetivos porque quanto ao essencial neles surgem as características encontráveis em outros direito. “De um lado afirma, o direito subjetivo representa um poder de nossa vontade; por outro, implica o dever jurídico de respeitar aquele poder por parte dos outros”.

A alegação dos negativistas quanto ao objeto dos direitos da personalidade, o que constitui com a pessoa o todo orgânico.

Mais uma vez, Fábio de Mattia esclarece: “o objeto dos direitos da personalidade não é a pessoa considerada em sua totalidade. São as realidades antropológicas: corpo, vida, saúde, honra, liberdade.”⁵¹

A aceitação desta autonomia do direito à imagem e as características apontadas aos direitos de personalidade permite o trânsito da matéria tanto como bem personalíssimo como patrimonial. A responsabilidade civil garante, inclusive, a reparação de danos que podem causar tanto na concepção moral como patrimonial da pessoa. Ensina Sérgio Cavalieri Filho:

A imagem é bem personalíssimo, emanção de uma pessoa, através da qual projeta-se, identifica-se e individualiza-se

⁴⁹ LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. p. 118..

⁵⁰ DE MATTIA, Fábio Maria. Direitos da personalidade. In: FRANÇA, Rubens Limongi (coord.). *Enciclopédia Saraiva de Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 152-53.

⁵¹ DE MATTIA, loc. cit.

no meio social. É o sinal sensível da sua personalidade, destacável do corpo e suscetível de representação através de múltiplos processos, tais como pinturas, esculturas, desenhos, cartazes, fotografias, filmes.

Em razão do extraordinário progresso dos meios de comunicação (revistas, jornais, rádios, televisões), a imagem tornou-se um bem extremamente relevante, ao mesmo tempo altamente sensível, capaz de ensejar fabuloso aproveitamento econômico ao seu titular, bem como tremendos dissabores. Através dela é possível multiplicar a pessoa ao infinito, fazendo-se presente em inúmeros lugares ao mesmo tempo, em campanhas publicitárias, políticas, etc., elevando geometricamente a capacidade econômica do seu titular.

Tenha-se em conta, todavia, que, embora revestida de todas as características comuns aos direitos da personalidade, a imagem destaca-se das demais pelo aspecto da disponibilidade. Importa dizer: a imagem de uma pessoa só pode ser usada em campanha publicitária de produtos, serviços, entidades, mediante autorização do seu titular, com as exceções referidas pelos doutrinadores, como a figura que aparece numa fotografia coletiva, a reprodução de imagem de personalidades notórias, a que é feita para atender ao interesse público, com o fito de informar, ensinar, desenvolver a ciência, manter a ordem pública ou a necessária à administração da justiça.

O uso indevido da imagem alheia ensejará dano patrimonial sempre que for ela explorada comercialmente sem a autorização ou participação de seu titular no ganho através dela obtido, ou, ainda, quando a sua indevida exploração acarretar-lhe algum prejuízo econômico, como, por exemplo, a perda de um contrato de publicidade. Dará lugar ao dano moral se a imagem for utilizada de forma humilhante, vexatória, desrespeitosa, acarretando dor, vergonha e sofrimento ao seu titular.⁵²

A autonomia, principalmente pela adequação ao que dispõe o inciso X do art. 5º da CF/88, no nosso entendimento, é o caminho a ser percorrido pela doutrina. Cada vez mais a imagem e o direito que a protege buscará veio próprio pois inevitável o progresso de sua utilização. Concordamos, então, com a independência deste direito influenciando nos outros correlatos.

⁵² CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Malheiros. p. 90-1. Como ressalva ao brilhante ensinamento de Cavalieri, apenas apontamos que somente ocorre uso indevido da imagem, quando for da imagem alheia. Por tudo que já dissemos, lembrando o alerta ao uso da expressão “direito à própria imagem”, no qual achamos indevido, também aqui devemos contrapor. Por seu inerente ao seu titular, este pode fazer o que bem entender da sua ‘própria’ imagem. Haverá agressão quando terceiro usar a imagem alheia, ou seja, somente será ‘indevido’ o uso quando for alheio.

1.3 DIGNIDADE E O DIREITO À IMAGEM

Conceituar de forma clara e precisa o que seja dignidade humana, nem de longe é tarefa fácil⁵³; muito antes pelo contrário, trata-se de um tema complexo cercado por contornos vagos e imprecisos, uma vez, que, o importante não é conceituar a dignidade do ser humano como um tema isolado e estanque, mas, sim, conformá-la nos moldes da sociedade contemporânea, definindo o seu âmbito de proteção como norma jurídica fundamental.⁵⁴

Certamente, as dificuldades enfrentadas ao se tentar conceituar dignidade humana, não datam de hoje, visto que como já se disse, a idéia nuclear da dignidade do homem já se fazia presente no pensamento clássico, como qualidade irrenunciável e inalienável, intrínseca ao ser humano, servindo de fonte qualificadora da própria condição humana, que, como tal, deveria ser reconhecida, respeitada e protegida, já que não podia ser criada, pois fazia parte da essência do indivíduo.

Neste contexto, há demonstrações dispares, e até mesmo conflitantes entre si, na aplicação concreta da noção de dignidade, devido à tese de que dignidade não constitui um conceito juridicamente apropriável, como sustenta, por exemplo, Habermas⁵⁵.

Mas, no que concerne à opinião largamente majoritária, a dignidade independe das circunstâncias concretas; todos são considerados titulares de dignidade assim como todos são titulares de suas respectivas imagens,

⁵³ Mesmo o Supremo Tribunal Federal, que oferece o comentário de cada um dos dispositivos previstos na Constituição Federal de 1988, omite qual é o conceito ao dispositivo quando a abordagem é sobre o art. 1º, III. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/legislacao/constituicao/pesquisa/artigobd.asp?item=%203>>.

⁵⁴ MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 60. “A dignidade humana se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos. O direito à vida privada, à intimidade, à honra, à imagem, dentre outros, aparecem como conseqüência imediata da consagração da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil.”

⁵⁵ HABERMAS, M Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 70.

já que são características inerentes a toda e qualquer pessoa humana, visto que, em princípio, todos os homens são iguais em dignidade, no sentido de serem reconhecidos como pessoas, ainda que não se portem de forma igualmente digna nas relações com seus semelhantes.

Diante dessa dupla dimensão de dignidade, que trilha caminhos entre a autonomia do ser humano e a sua necessidade de assistência e proteção, quando em estado de fragilidade ou quando ausente a capacidade de autodeterminação, depara-se aqui com a prevalência da dignidade assistencial em face da autonômica, de tal sorte, que, a quem faltar condições para uma decisão própria responsável, deve ser-lhe nomeado um eventual curador, a quem cabe resgatar ao mesmo o direito de ser tratado com dignidade.

Tal concepção encontra-se embasada na doutrina de Dworkin, que parte do pressuposto de que a dignidade possui:

Tanto uma voz passiva quanto uma voz ativa e que ambas encontram-se conectadas. Onde desta forma, até mesmo o indivíduo que já perdeu completamente sua capacidade de autodeterminação, é titular da dignidade, e como tal deve sem dúvidas, receber um tratamento digno. De tal sorte, que é no valor intrínseco da vida humana de qualquer indivíduo, que encontramos a explicação para o fato de que mesmo aquele que já perdeu a consciência da própria dignidade merece tê-la.⁵⁶

Ainda no que diz respeito à tentativa de clarificação do conceito de dignidade da pessoa humana, importa considerar que apenas à dignidade de determinada pessoa é passível de ser respeitada, inexistindo atentado à dignidade da pessoa em abstrato, uma vez que a dignidade constitui atributo da pessoa humana considerada individualmente, e não, abstratamente, razão pela qual se deve ter o cuidado de não confundir as noções de dignidade da pessoa e de dignidade humana, quando, então, a referência for a humanidade como um todo.

Por outro lado, esses não são temas estanques, pelo fato de a dignidade da pessoa encontrar-se ligada à condição humana de cada indivíduo. Dessa forma, não há como descartar uma necessária dimensão comunitária da dignidade de uma única pessoa em relação às outras

⁵⁶ DWORKIN R. *El Dominio de la Vida*. Barcelona: Ariel, 1994. p. 306-7.

pessoas em geral. Deve-se ter em mente que a dignidade da pessoa humana implica uma obrigação geral de respeito pela pessoa; em outras palavras, essa obrigação exprime-se num feixe de direitos e deveres correlativos a um conjunto de bens indispensáveis ao progresso humano.

Como fonte solucionadora desse ponto conflitante, utilizam-se, mais uma vez, os ensinamentos de Dworkin,

que sustenta o direito das pessoas de não serem tratadas de forma indigna, utilizando-se para isso os padrões desenvolvidos particularmente por cada sociedade civilizada, que utilizam-se de critérios que variam conforme o local e a época vivenciada.^{57 58 59}

Sarlet definiu com precisão a dignidade:

Qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do estado e da Comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.⁶⁰

Em última análise, o que se pode verificar, é que onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitação do poder, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana. Ou, quando existir agressão à imagem pessoal de cada indivíduo ou à imagem coletiva de determinado grupo social, haverá em uníssono um rompimento com a dignidade.

⁵⁷ DWORKIN R. *El Dominio de la Vida*. Barcelona: Ariel, 1994, p. 305.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 306-7.

⁵⁹ Caso *Kampbell v. Wood*, U.S. *Supreme Court*. 1994.

⁶⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 59.

A dignidade é o valor mais alto que pode ser conferido à pessoa humana. Em razão disso, tem sido considerado um princípio fundante de toda a construção ético-jurídico, tendo como característica principal a seguridade (pelo menos teórica) de um *minimum* de respeito ao homem. Vem configurando-se, nessa perspectiva, como valor supremo da democracia, raiz antropológica constitucionalmente estruturante do estado de direito.

Assim, dentre o rol de funções pertinentes ao princípio fundamental da dignidade humana, destaca-se pela sua magnitude, o fato de ser, simultaneamente, "*elemento que confere unidade de sentido e legitimidade a uma determinada ordem constitucional*"⁶¹.

Compartilhando desse espírito, Jorge Miranda, que confere uma unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema de direitos fundamentais, ao considerar que ele repousa sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, isto é, sobre a concepção que faz da pessoa fundamento e fim da sociedade e do estado democrático de direito⁶².

Pela natureza jurídica do direito à imagem e pelas influências nas searas moral e material do seu titular, não há como dissociar esta garantia fundamental daquela que é norte no compêndio constitucional vigente. A violação do direito à imagem, inevitavelmente, afeta a dignidade da pessoa humana. Por isso resolvemos, em breve levantamento, conceituar este pilar⁶³ do ordenamento magno vigente.

O princípio da dignidade da pessoa, segundo Goddard, é o que todos os homens possuem pelo simples fato de terem natureza humana. Independentemente de qual seja o grau de desenvolvimento ou de perfeição de cada pessoa em particular, funda-se no fato de ela constituir-se em ser corpóreo

⁶¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 59.

⁶² MIRANDA, Jorge. *Terrorismo e Direito*. Os impactos do terrorismo na comunidade internacional e no Brasil: perspectivas político econômicas. Os Direitos Fundamentais perante o terrorismo. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p.159

⁶³ Ao lado da soberania, cidadania, dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e do pluralismo político, a dignidade da pessoa humana apresenta-se como fundamento da República Federativa do Brasil, conforme disposto no art. 1º, incisos I a V da Constituição Federal.

de natureza racional ou, como se tem preferido dizer, em um espírito encarnado.⁶⁴⁶⁵

Observa Fábio Konder Comparato que muito embora não se trate de um pensamento sistemático, o estoicismo organizou-se em torno de algumas idéias centrais como a unidade moral do ser humano e a dignidade do homem, considerando-o filho de Zeus e possuidor, em conseqüência, de direitos inatos e iguais em todas as partes do mundo, não obstante as inúmeras diferenças individuais e grupais.⁶⁶

No medievo, diante da premissa cristã de ser o homem criado a partir de moldes de um ser superior, o cristianismo só reconhecia dignidade àqueles que endossavam e propagavam seus conceitos; os demais eram colocados à margem, relegados à condição de inimigos dos cristãos e submetidos a todo tipo de barbárie em nome da santa inquisição. Constatase, pois, que o conceito de dignidade, para a doutrina cristã daquela época, estava atrelado aos valores cristãos, sendo que todos os que não compactuavam com esse paradigma valorativo eram relegados à discriminação, não contando com a dádiva divina da dignidade, ofertada somente aos escolhidos.⁶⁷

⁶⁴ GODDARD, Jorge Addame. *Naturaleza, Persona y Derechos Humanos*. Cuadernos Constitucionales México-Centroamérica, n° 21, 1 ed. Instituto de investigaciones jurídicas. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1996. p. 150-54. "*Desde el punto de vista jurídico, la dignidad de la persona fundamenta la gran diferencia de tratamiento entre las personas y las cosas. Las cosas (cualquier ser corpóreo incluyendo seres vivos), como no tienen dominio de sí, pueden ser objeto del dominio de otros y pueden ser, en consecuencia, objeto de los actos jurídicos: pueden comprarse y venderse, arrendarse, cederse, donarse, etcétera; en cambio, las personas no pueden ser objeto de dominio ni pueden ser objeto de un acto jurídico. Por eso se dice que la persona es inalienable... Es una dignidad que poseen todas por el mero hecho de tener la naturaleza humana, independientemente de cuál sea el grado de desarrollo o de perfección de cada persona en particular. La tienen los varones lo mismo que las mujeres, los niños lo mismo que los adultos, los extranjeros al igual que los nacionales... en suma, la tiene cualquier ser humano, porque sea cual sea su desarrollo o perfeccionamiento es un ser corpóreo de naturaleza racional o, como se ha preferido decir, es un espíritu encarnado*".

⁶⁵ Conceituando direitos fundamentais podemos dizer que são àqueles considerados indispensáveis à pessoa humana, necessários para assegurar a todos uma existência digna, livre e igualitária. A definição desses direitos denominados de fundamentais envolve diferentes aspectos. Numa acepção material, podemos afirmar que eles dizem respeito aos direitos básicos que o indivíduo, natural e universalmente, possui em face do Estado. Depois, em acepção formal, os direitos são considerados fundamentais quando o direito vigente em um país assim os qualifica como tais, normalmente estabelecendo certas garantias para que estes direitos sejam respeitados por todos.

⁶⁶ COMPARATO Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 11.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 11. "... parece inequívoco que o tema da dignidade da pessoa humana encontra no pensamento e na doutrina cristã um marco fundamental, como verdadeiro e decisivo 'divisor de águas'. A contribuição do cristianismo para o desenvolvimento de um efetivo humanismo, ainda que possa ser encontrada desde os primórdios de sua difusão, no caso da Idade Antiga, veio a se expressar de forma contundente no contexto contemporâneo com a edição de inúmeros documentos pontifícios a partir da Encíclica *Rerum Novarum*, de Leão XIII, no ano de 1891".

Já no contexto antropocêntrico renascentista, pode-se apontar como expoente sobre o tema do teórico Giovanni Pico Della Miranda que defendia os interesses do catolicismo, utilizando-se da seguinte preleção:

O homem por ser criatura de Deus, diferentemente dos demais seres, foi-lhe outorgada uma natureza indefinida, para que fosse seu próprio arbítrio, soberano e artífice, dotado da capacidade de ser e obter aquilo que ele quer e deseja.⁶⁸

Acompanhando o transcurso natural do tempo, verifica-se que, nos séculos XVII e XVIII, a concepção de dignidade humana, assim como a idéia do direito natural, enfrentou significativas mudanças.

No século XVIII, renasce uma ordem constitucional consagrada à idéia da dignidade do homem, que possui como pressuposto tão somente a condição humana, independente de qualquer outra circunstância, uma vez que se reconhece o homem como titular de direitos que devem ser reconhecidos e respeitados por todos, inclusive pelo estado. Mais do que isso, se admite a dignidade humana, em sua manifestação jurídica, significa uma última garantia da pessoa em relação a total disponibilidade por parte do poder estatal e social.

Entretanto, mesmo diante de inúmeros defensores que, desde a antiguidade, buscaram ressaltar a necessidade de se respeitar todo o ser humano como pessoa dotada de intrínseca dignidade, ela foi menosprezada em vários momentos cruciais da história humana. E, ao desconsiderá-la, escreveu-se uma horrenda história de maldade entre os homens: uma história de guerras, escravidão e crueldades, movidas pelo ódio, orgulho preconceito, ganância e sede de poder; uma história traduzida em atos de racismo, genocídios, torturas e todo tipo de horror contra milhões de seres humanos. Para testemunhar tais assertivas bastam trazer à memória algumas cenas das duas guerras mundiais do século XX. Foram tamanhas as atrocidades cometidas que, ao findar a segunda guerra mundial, a consciência dos povos participantes daquela hecatombe ou dos que assistiram aterrorizados seu desenrolar – assustada pelo saldo do horror – viu-se tocada pela inarredável necessidade de proclamar ao mundo, ainda

coberto de cinzas e lacrimoso pelas tantas vítimas, a declaração universal dos direitos humanos.⁶⁹

É sabido que todos os valores que pautam as sociedades humanas de uma forma ou de outra giram em torno da pessoa humana, fonte e sustentáculo valorativo do direito. Sua importância avulta-se no mundo contemporâneo tendo em vista que muitas vezes é o próprio valor do ser humano e de sua imagem que é posto em causa. Notório, porém, que com o advento das novas tecnologias multiplicou-se a incidência da reprodução da imagem no campo do *mass media*, multiplicando ao seu turno o uso da mesma de uma maneira positiva para fins de promoção pessoal e veiculação de idéias e projetos, como também seu uso negativo, através do mau uso da imagem com finalidades escusas, que acabam por afrontar a dignidade da pessoa humana.

Essa dupla função, a de uso positivo e negativo da imagem, cria um processo de oposição e confronto, onde valores divergentes são colocados em jogo sendo mister afirmação do homem como portador de valores éticos e insuprimíveis tais como a dignidade.

A dignidade da pessoa humana, associando a imagem humana, é um direito fundamental. Os direitos fundamentais podem ser entendidos, em sua acepção formal, como aqueles direitos básicos do indivíduo e do cidadão, reconhecidos pelo direito positivo de um estado e que exigem ou uma abstenção ou uma atuação no sentido de garanti-los. No Brasil, essa expressão engloba vários direitos, tais como: os individuais, os coletivos, os difusos, os sociais, os nacionais e os políticos⁷⁰.

A Declaração de Virgínia, elaborada em 1776, procurava estabelecer os direitos fundamentais do povo norte-americano, tais como a liberdade, a igualdade, e a eleição de representantes. Logo após a 2ª Guerra Mundial,

⁶⁸ MIRANDOLA Giovanni Picco della. *Discurso sobre a Dignidade do Homem*. São Paulo: Renovar, 2000. p. 52-3.

⁶⁹ Nesse sentido ALVES A J. A. Lindgen. A declaração dos direitos na pós-modernidade. In: *Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros*, n. 5. Rio de Janeiro: AMB, 1998. p. 6.

⁷⁰ Direitos do homem seriam os direitos referentes à condição do indivíduo enquanto ser humano, que, portanto, se estendem à toda humanidade, em todos os lugares, sem limitação temporal. Estes direitos se baseariam no conceito de direito natural, os quais não necessitariam de serem criados pelo direito positivo, mas tão somente de serem reconhecidos e declarados, em razão de serem verdadeiros direitos humanos, expressão esta utilizada como sinônima de direitos do homem.

em 1948, a Organização das Nações Unidas fazia editar a Declaração Universal dos Direitos do Homem, estendendo para praticamente todo o mundo o respeito e a proteção aos direitos fundamentais do ser humano.

Defende Sarlet a ligação da dignidade da pessoa humana com os direitos fundamentais, afirmando que ao centrar a nossa atenção na dignidade da pessoa humana, desde logo há de se destacar que a íntima e, por assim dizer, indissociável – embora complexa diversificada – vinculação entre a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais já constitui, por certo, um dos postulados nos quais se assenta o direito constitucional contemporâneo. Afirma o autor que

Se virtualmente incontestado o liame entre a dignidade da pessoa e os direitos fundamentais, o consenso, praticamente se limita ao reconhecimento da existência e da importância desta vinculação, além disso, levando em conta, que a dignidade acima de tudo diz da condição humana, cuida-se de assunto de perene relevância e atualidade, tão perene a atual for a própria existência humana; apenas quando e (se) o ser humano viesse ou pudesse renunciar a sua condição é que se poderia cogitar da absoluta desnecessidade de qualquer preocupação com a temática ora versada. Todavia, justamente pelo fato de que a dignidade vem sendo desconsiderada (pelo menos para muitos e mesmo que não exclusivamente) constitui-se qualidade intrínseca e indissociável de todo e qualquer ser humano e certos de que a destruição de um implicaria na destruição de outro, é que o respeito e a proteção da dignidade da pessoa (de cada e de todas) constitui-se uma meta permanente da humanidade, do Estado e do Direito^{71 72}.

O reconhecimento e a proteção dos direitos fundamentais do homem no mundo alcançou o seu estágio atual de uma forma lenta e gradual, passando por várias fases. Estas etapas da evolução desses direitos são chamadas de gerações, pois foram construídas em diferentes momentos históricos. Essas gerações, numa primeira análise, representariam a conquista pela humanidade de três espécies de direitos fundamentais, amparada nos ideais divulgados especialmente na Revolução Francesa, os

⁷¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 27.

⁷² Nessa evolução histórica, vieram as várias declarações de direitos do homem, como as já mencionadas *Magna Charta Libertatum* (1215), a Declaração americana (1776), a francesa (1789), e a Declaração da ONU (1948), que, certamente, influenciaram o surgimento das proteções jurídicas dos direitos fundamentais em outros países.

quais se resumiam no lema “liberdade, igualdade e fraternidade”. Coincidentemente, cada uma dessas expressões representaria uma geração de direitos a ser conquistada.⁷³

No transcorrer da história, o homem vem pensando sobre si mesmo e a respeito do lugar que ocupa no universo. Da evolução deste pensamento reflexivo do homem acerca de sua própria essência e de sua condição existencial, pode-se extrair traços que delineiam o conceito de dignidade da pessoa humana. No âmbito da filosofia, é no pensamento clássico que se encontram as origens da idéia de que a pessoa humana seria dotada de um valor intrínseco onde, permitam, insiro a imagem e sua proteção.

Tal premissa, extraída da concepção de que todo ser humano possui um valor próprio, foi usada para realizar a distinção dos seres humanos dos demais elementos da realidade. Bem mais tarde, essa idéia evoluiria para a noção de que esse mesmo ser humano, na figura de uma só pessoa, representaria toda a humanidade.

Na sociedade grega clássica, somente alguns indivíduos eram considerados pessoas. Somente aqueles seres excepcionais, que desempenhavam papéis importantes na sociedade, possuíam essa denominação. O indivíduo era uma singularidade. Para os gregos e romanos, as funções circunstanciais dos seres humanos precediam e ocultavam o conhecimento desses seres. O *homo faber* oculta o “homem-que-é”.⁷⁴

⁷³ Considerando a maneira como os direitos fundamentais nasceram, bem como os valores que buscam garantir, eles podem ser analisados sob várias óticas e deles serem extraídas algumas características que lhe são comuns: a) a historicidade, pois são o resultado de um longo processo histórico, de uma lenta evolução, não nasceram em uma data específica e nem foram engendrados em um único país, sua evolução não é estanque posto que ainda encontram-se em andamento, pois à medida que a humanidade avança outros direitos necessitam ser garantidos e outras tantas violações desses direitos precisam ser coibidas; b) a universalidade pois destinam-se a todos os homens, sendo que sua essência por si própria já rejeita a idéia de discriminação na aplicação e garantia desses direitos básicos; c) a relatividade, característica que decorre da idéia de que os direitos fundamentais não podem ser tidos como absolutos, de aplicação ilimitada; c) a irrenunciabilidade que caracteriza-se pela não disposição deste direitos, pois os seus destinatários não podem a eles renuncia, têm a faculdade de escolher o momento de exercê-los, em certas hipóteses, mas nunca de dispor dos mesmos de forma definitiva.

⁷⁴ CAMPOS, Diogo Leite de. *Lições de Direito da Personalidade*. p. 1.

Partindo da premissa⁷⁵ de reconhecimento do homem que carrega consigo intrinsecamente a dignidade⁷⁶, do reconhecimento do homem – pessoa, iniciou-se a caminhada em destino a tutela dos direitos da personalidade⁷⁷.

Deve-se ao Direito Romano⁷⁸ a construção jurídica, o conceito de personalidade, sendo que a mesma restringia-se àqueles que eram homens livres, cidadãos romanos e chefes de família. Em Roma⁷⁹, somente aqueles que possuíam liberdade, cidadania e *pater familis* eram detentores de plena capacidade jurídica e conseqüentemente de direitos da personalidade⁸⁰.

A declaração universal de direitos do homem de 1948 reflete esses direitos universais e indivisíveis, sendo que a dignidade da pessoa humana deve ser interpretada como referência paradigmática onde a própria ordem abriga seu sentido. A dignidade da pessoa humana consagra-se como um marco máximo a orientar o direito internacional e o direito interno, princípio distintivo e excludente que harmoniza a unidade material da constituição, constituindo-se *no norte e o lastro ético dos demais instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos*⁸¹.

⁷⁵ GOLDSCHIMIDT. *Introducción al Derecho*. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1969. n. 480, p. 147 “(...) *la distinción hombre y ciudadano radica en la creencia en el pacto social: el individuo se convierte através del pacto social de hombre en ciudadano, correspondiendole derechos en cada una de ambas funciones. Descartando este credo, procede estatuir sencillamente los derechos del hombre*”.

⁷⁶ CARVALHO, Orlando de. *Teoria Geral da Relação Jurídica*. p. 16.

⁷⁷ GOLDSCHIMIDT, op. cit., p. 147.

⁷⁸ CHAVES, Antonio. *Tratado de Direito Civil*, p. 305.

⁷⁹ Persona, em latim, significa “máscara” de teatro; a origem conceitual da palavra está no fato de a sociedade política ser semelhante a um drama, em que cada homem teria sua parte. Esse termo foi alargado para poder abranger a posição do cidadão romano na vida jurídica; como sujeito de direito e obrigações.

⁸⁰ BARBOSA, Rui. Parecer de 04.08.1884, *annaes* 1884, v.4/25, Apêndice, Rui Barbosa afirma: “(...) *nunca a legislação da antiga Roma desconheceu no escravo o homem: a assimilação entre o escravo e a coisa circunscrevia-se à subordinação análoga de ambos ao arbítrio do senhor. Havia, porém, relações de família que se respeitavam no cativo; a (L. 1,3 de injur) na actio injuriarum. A possibilidade de emancipação e o direito a uma espécie de patrimônio pessoa no pecúlio distanciavam infinitamente o domínio sobre as coisas do que se exercia sobre os homens privados de liberdade*”.

⁸¹ PIOVESAN, Flavia. *Direitos Humanos: o princípio da dignidade da pessoa humana e a constituição brasileira de 1988*. (NEO). Constitucionalismo. Ontem os códigos. Hoje as constituições. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, v. 1, n. 2. Porto Alegre: Instituto de Hemenêutica Jurídica, 2004. p. 79-82-117. “Neste sentido, o valor da dignidade da pessoa humana impõe-se como núcleo básico e informador de todo o ordenamento jurídico, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional. Considerando-se que toda a Constituição há de ser compreendida como uma unidade e como um sistema que privilegia determinados valores sociais, pode-se afirmar que a Carta de 1988 elege o valor da dignidade da pessoa humana como valor essencial que lhe doa unidade de sentido. Isto é, o valor da dignidade da pessoa humana informa a ordem constitucional de 1988, imprimindo-lhe uma feição particular.”

A dignidade da pessoa humana impõe-se, assim, como imperativo categórico, pela pressuposição de possuir todo ser humano um absoluto valor em si mesmo, intrínseco ao fato de existir: a dignidade. Esta seara de reconhecimento de direitos subjetivos é, aliás, consagrada na declaração da independência dos Estados Unidos sendo os mesmos tratados como direitos subjetivos universais inerentes ao indivíduo, tão primordiais como o direito à vida, a liberdade, e à busca de felicidade.⁸²

Nesse ponto da história, vislumbra-se um paradoxo entre a Alemanha com riquíssimo acervo cultural, pátria de Kant, Goethe Jhering, Bach e de tantas outras celebridades, assim como de resto em quase toda a Europa, e o espaço por ela perdido para o totalitarismo que ceifou milhares de vidas.

Posterior a esta longa jornada de sofrimento e dor, a humanidade acordou, finalmente, para uma nova etapa da história do direito internacional público, que passou então a contar com uma segunda face, a do direito internacional dos direitos humanos. Todos os seus instrumentos normativos adotaram como objetivo a salvaguarda da dignidade inerente ao ser humano, fazendo com que o indivíduo, visto como pessoa, passasse também a ser reconhecido como sujeito de direito internacional dos direitos humanos, dotado de personalidade e capacidade jurídicas internacionais.

A cristalização da personalidade e capacidade jurídicas internacionais do ser humano constitui-se no legado mais precioso da ciência jurídica do século XX. Trata-se de uma notável conquista da civilização, lograda graças ao considerável desenvolvimento⁸³ do direito internacional ao longo das cinco últimas décadas. Tal conquista requer uma atenção bem maior e mais cuidadosa do que a que vem sendo dispensada ao tema até o presente por

⁸² SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 69. "Com efeito, se em outras ordens constitucionais, onde igualmente a dignidade da pessoa humana foi objeto de expressa previsão, nem sempre houve clareza sobre seu correto enquadramento, tal não ocorre ao menos que aparentemente entre nós. Inspirando-se neste particular - especialmente entre nós. Inspirando-se neste particular especialmente no constitucionalismo lusitano e hispânico, o Constituinte de 1988 preferiu não incluir a dignidade da pessoa humana no rol dos direitos e garantias fundamentais, guiando-a, pela primeira vez consoante já reiteradamente frisado à condição de princípio (e valor) fundamental (artigo 1º inciso III) . Aliás a positivação na condição de princípio jurídico constitucional fundamental é, por sua vez, a que melhor afina com a tradição dominante no pensamento jurídico constitucional luso-brasileiro e espanhol, apenas para mencionar os modelos mais recentes e que tem exercido ao lado do paradigma germânico_ significa influência sobre a nossa própria ordem jurídica".

⁸³ Apesar das crises pontuais e localizadas desenvolvidas em países como Ruanda, Iugoslávia e, mas recentemente, Iraque.

grande parte da doutrina jurídica, aparentemente ainda apegada a posições dogmáticas-ideológicas do passado.⁸⁴

Isso porque, a partir desse avanço, também os estados-nações adaptaram-se às mudanças ocorridas, passando a adotar uma política de estado democrático de direito em esforço facilmente identificável nas constituições do pós-1945, que passaram a positivar o princípio da dignidade da pessoa humana, colocando-o como princípio fundamental do ordenamento jurídico, ao qual todas as demais normas jurídicas devem se conectar. Assim, a dignidade dos homens passou a qualificar-se como pressuposto fundamental da ordem jurídica ou, como diz o postulado de Kelsen, norma fundamental e, como tal, deve ser tutelado e respeitado acima de qualquer contexto constitucional.^{85 86}

Bobbio, dissertando a respeito da tutela do direito a imagem e do papel do Estado em assegurar seu resguardo como bem jurídico passível de normatização, denomina essa função como *función promocional del derecho*, manifestando-se no sentido de que o Estado tem também como função promover as condições para que a liberdade e a igualdade do indivíduo e dos grupos em que se integra sejam reais e efetivas, devendo assim, remover os obstáculos que impedem ou dificultam sua plenitude e facilitam a participação de todos os cidadãos na vida política, econômica, cultural e social⁸⁷.

Consta-se então que atualmente a concepção da defesa e promoção dos direitos humanos está relacionada, mas não limitada, com os direitos da personalidade, englobando⁸⁸, assim, o direito à imagem. Os direitos humanos se desenvolvem no âmbito da vida pessoal ou na vida social.⁸⁹

⁸⁴ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado Internacional dos Direitos Humanos*. v. III. Porto Alegre: Fabris, 2003. p. 447-48.

⁸⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 63-5.

⁸⁶ PIOVESAN, Flávia, *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 5. ed. São Paulo: Max Limond, 2002. p. 56-7.

⁸⁷ Bobbio apud TOBEÑAS, José Castan. *Los Derechos del Hombre*, 1998. p. 18-9.

⁸⁸ Não olvidando nosso posicionamento sobre a autonomia do direito à imagem, mas correlacionando com a personalidade, como já verificamos.

⁸⁹ CAMPOS, Diogo Leite de. *Lições de Direito da Personalidade*, 2001. p. 4. Para Diogo Leite de Campos, os direitos da personalidade caracterizam-se por serem um direito de exclusão. Em seu âmbito encontraríamos uma subdivisão: direitos da personalidade em sentido estrito, que seriam aqueles que visam à proteção da pessoa em si mesma, como ser não social; direitos da personalidade em sentido lato, que compreendem a atividade de inter-relacionamento da pessoa-ser-social. Seriam direitos públicos.

A diferenciação entre os direitos do homem e os direitos da personalidade é que os primeiros possuem como objeto as relações de direito público, proteção do indivíduo frente ao Estado, sendo compostos pelos direitos à vida, às partes do corpo, à liberdade, o direito de ação, entre outros, constituem-se direitos físicos em relação à essencialidade material, em contrapartida, os direitos da personalidade abrangem os aspectos intelectual e moral da pessoa. São os direitos à honra, ao nome, à imagem, ao segredo, à liberdade de religião e consciência.

A personalidade é a situação que caracteriza a pessoa, destituído de personalidade, um direito ou uma obrigação permanecerão sem ponto de ligação, sem significação, sem existência real. Seriam relações sem titular.

O artigo 2º do Código Civil brasileiro demarca meio pelo qual o indivíduo adquire personalidade, dispondo que a personalidade civil adquire-se no momento do nascimento com vida. Os direitos que a lei reconhece aos nascituros dependem do seu nascimento. Vê-se que segundo o legislador, a personalidade civil do homem tem início com o nascimento com vida e constitui-se aptidão genérica, abstrata, que concedida ao ser humano lhe permite adquirir direitos e obrigações na ordem civil.⁹⁰

Somente depois de longos anos de barbárie, praticadas contra o ser humano pelo totalitarismo, sobretudo no regime nazista ou, em menor proporção, pela ditadura militar brasileira, é que o princípio da dignidade da pessoa humana tornou-se fundamento do estado democrático de direito. O estado totalitário voltou-se contra milhões de seres humanos; seus agentes praticaram tamanha violência nos campos de concentração que, ao final da II Guerra Mundial (1939-1945), mesmo sem lei penal anterior aos fatos, muitos deles foram julgados e condenados, em Nuremberg, por crimes de lesa-humanidade.

Seguindo um referencial alemão, inspirador também de portugueses e espanhóis, a constituição brasileira erigiu a dignidade da pessoa humana à condição de fundamento de seu estado democrático de direito. Face à tal princípio, questiona-se qual o papel dos direitos fundamentais.

⁹⁰ Existem legislações em que há a exigência da viabilidade do recém-nascido, ou seja, necessidade de estar apto para a vida, bem como ter aparência humana, que é o caso do Direito

Tentando solucionar esse impasse, faz-se necessário, antes, elucidar o significado da expressão *direitos fundamentais*, uma vez que inexistiu unanimidade doutrinária quanto à sua utilização.

Nesse sentido, José Afonso da Silva, ao trabalhar com a questão do “conceito de direitos fundamentais”, observa⁹¹:

A ampliação e transformação dos direitos fundamentais do homem no envolver histórico dificulta definir-lhes um conceito sintético e preciso. Aumenta essa dificuldade à circunstância de se empregarem várias expressões para designá-los, tais como: direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades públicas e direitos fundamentais do homem.

Após analisar as várias denominações o constitucionalista adota a expressão direitos fundamentais do homem

Porque, além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas.⁹²

Já o mestre Canotilho, em busca de *precisão terminológica*, assim estabelece a distinção entre direitos do homem e direitos fundamentais:

Direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista); direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaciotemporalmente. Os direitos do homem arrancariam da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta.⁹³

Francês e Espanhol. No Brasil é suficiente nascer com vida. Um ser vegetativo, alguém com aparência de monstro, tem personalidade jurídica, basta Ter nascido e respirado.

⁹¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 179-82. E esclarece mais: “No qualificativo fundamental acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais do homem no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados”.

⁹² Ibidem, p. 183.

⁹³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991. p. 114.

Nesse contexto, apontam-se alguns exemplos que perfazem essa estreita vinculação entre os direitos do homem e os direitos fundamentais. Para tanto, observam-se os estudos da professora Maria Garcia, que ressalta:

O art. 5.º, caput, da Constituição especifica cinco direitos fundamentais básicos: vida, liberdade, igualdade, segurança e propriedade, que constituem o fundamento de todos os demais direitos consagrados, quer pelo inciso do art. 5º, quer pelos dispositivos seqüenciais, do mesmo Título II, bem como de toda a Constituição – dado que órgãos, bens, direitos, deveres instituições refluem, todos, para um destino único, em especial, o ser humano.⁹⁴

Assim, não há como negar que os direitos à vida, à de liberdade e à igualdade correspondem diretamente às exigências mais elementares da dignidade da pessoa humana, já que a vida é o bem maior que possibilita a existência do próprio ser humano. A imagem interfere, inclusive, no direito à vida. Usada ilicitamente, pode atentar ou colocar em risco a vida do seu titular. Em proporção maior, a imagem afeta por óbvio a liberdade e a igualdade, pelas mesmas razões.

Frente às diversas formas exemplificativas sobre a importância do princípio da dignidade da pessoa humana em todas as esferas do ordenamento jurídico pátrio, parece não ser exagero atribuir-lhe o status de princípio maior da hierarquia de todas as ordens jurídicas que o reconhecem; em outras palavras, ele atua como o “alfa e o omega” dos sistemas constitucionais.⁹⁵

No ordenamento constitucional brasileiro, a dignidade da pessoa humana recebeu condição de norma fundamental, uma vez que, o dispositivo constitucional no qual se encontra enunciada, contém não apenas mais uma norma, mas que esta, para além de seu enquadramento na condição de princípio fundamental, é também fundamento de posições

⁹⁴ GARCIA, Maria. Quais são os direitos fundamentais? In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 39, p. 115-23, 2002.

⁹⁵ DELPÉRÉE Francis. O direito à dignidade humana. In: *“Direito Constitucional – Estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho”*. São Paulo: Dialética, 1999. p. 161.

jurídico-subjetivas, isto é, constitui-se em norma definidora de direitos e garantias, como também de deveres fundamentais.⁹⁶

Podemos referenciar os princípios fundamentais como o núcleo essencial da constituição brasileira atual, tanto formal como materialmente. Corroborando com o exposto, constata-se que a dignidade da pessoa humana é fundamento do estado democrático de direito brasileiro.

Registre-se, por oportuno, que a previsão constitucional acerca da dignidade da pessoa humana, não se restringe exclusivamente ao artigo 1º, inciso III, da Carta Magna, uma vez que possui uma larga presença em outros capítulos da Lei Fundamental, seja quando se estabelece que a ordem econômica tem por finalidade assegurar a todos uma existência digna (artigo 170, *caput*), seja quando, na esfera da ordem social, funda-se o planejamento familiar nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável (artigo 226, § 6º), além de assegurar à criança e ao adolescente o direito à dignidade (artigo 227, *caput*).

Diante de tudo o que foi aqui exposto, subscreve-se a opinião de Carlos Roberto Siqueira Castro, no sentido de que: “*O Estado Constitucional Democrático da atualidade é um Estado de abertura constitucional radicado no princípio da dignidade do ser humano*”.⁹⁷

Todavia, ao se ponderar a respeito do reconhecimento normativo da dignidade da pessoa humana, não se está afirmando, nem de longe, que a dignidade exista apenas onde e na medida em que seja reconhecida pelo direito. Muito antes pelo contrário, seu reconhecimento e proteção, em cada ordenamento jurídico, bem como no âmbito internacional depende da dimensão jurídica da dignidade dentro de cada contexto constitucional.⁹⁸

Mas, muito embora, os direitos fundamentais encontrem seu fundamento, ao menos em regra, no princípio da dignidade da pessoa humana, tratam-se de dois conceitos intimamente ligados, pois não há como reconhecer que exista um direito fundamental à dignidade, ainda que se encontrem algumas poucas referências neste sentido.

⁹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 69.

⁹⁷ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 19.

⁹⁸ *Ibidem*, p. 257.

Dworkin entende que nos princípios (*principles*), está contida a exigência de exercício da justiça na direção da dimensão moral da dignidade da pessoa humana, estabelecendo uma razão (fundamento) que impele o intérprete numa direção, mas que não reclama uma decisão específica, única. A exigência da realização da dimensão moral de um dado princípio até permite sua mitigação em prol de uma razão maior que contemple a necessidade da satisfação do bem comum e da segurança jurídica através do intervencionismo do estado, porém, há de estar atrelado ao limite imposto pela dignidade da pessoa humana.

É e dentro da concepção de dignidade da pessoa humana como *standard* máximo indeclinável que o conflito de regras constitucionais pode ser harmonizado, ou seja, quando da interpretação das normas, para solucionar o conflito, deve existir um critério racional (cujo o paradigma é a dignidade da pessoa humana) que irá privilegiar algum valor em detrimento de outro na dimensão de sua validade no caso concreto. Este juízo hermenêutico somente pode ser solucionado, introduzindo-se uma regra de exceção que minimize o rigor formal de um dos direitos fundamentais, debilitando o seu caráter definitivo.

Apreende-se da lição Dworkin que a colisão de princípios se resolve na dimensão de peso: um dos dois tem que ceder frente ao outro, porquanto um limita a possibilidade jurídica do outro. Entretanto, o fato de um dos princípios ceder frente ao outro não implica que o princípio desprezado seja inválido, pois a colisão de princípios se dá apenas entre princípios válidos.⁹⁹

Assim, o fato de o estado existir em função do homem, não conduz a uma concepção individualista da dignidade da pessoa humana, pois o que se busca é a compatibilização, a inter-relação entre os valores individuais e coletivos, não existindo aprioristicamente, um predomínio do indivíduo ou o predomínio do todo: a solução há de ser buscada, em cada caso, de acordo com as circunstâncias, solução que pode ser tanto a compatibilização, como também a preeminência de um ou outro valor. Dentro desse contexto, a dignidade da pessoa humana é *conditio sine qua non* para a existência e manutenção de um estado democrático de direito, erigindo-se como

⁹⁹ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos à Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 109-113.

paradigma estruturante que se encontra no eixo central do sistema constitucional, núcleo essencial dos direitos fundamentais; trata-se de fonte ética, que confere unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema dos direitos fundamentais.

Leciona Faria que, entre o estado moderno e as relações sociais, condensam-se as contradições entre um determinado modo de produção e as lutas sociais que elas suscitam. Esse, aliás, é um dos problemas da globalização econômica. Ela está muito distante dos sonhos do profeta Isaias de paz e harmonia entre os homens. Seu fim é o lucro que nunca esteve tão concentrado nas mãos de tão poucos.¹⁰⁰

Feita a abordagem sobre os aspectos gerais do direito à imagem, vale adentrar de imediato na outra ponta do conflito, a Liberdade de Imprensa, senão vejamos.

¹⁰⁰ FARIA, JOSÉ E. *A Crise Constitucional e a Restauração da Legitimidade*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1985. p. 15.

2 LIBERDADE DE IMPRENSA

O que se busca pelo estudo em voga é pesquisar se existe a possibilidade de aplicação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade também como alternativa ao conflito entre liberdade de imprensa e direito à imagem, tal qual é utilizado para ponderar o *quantum* da indenização pelo dano causado, após definido que efetivamente prevaleceu um sobre o outro.

Para isso, reputamos necessária a abordagem feita sobre a dignidade da pessoa humana e sua relação com o direito à imagem. Entendemos que, partindo desde paralelo, será possível entender a prevalência ou não de um direito fundamental sobre o outro neste conflito.

Estudamos os dispositivos integrantes do direito à imagem e propomos, por este trabalho, buscar alternativa ao possível conflito existente entre aquele direito e a liberdade de imprensa. Assim como o direito à imagem, a liberdade de imprensa também é direito fundamental, consagrado pela Constituição da República Federativa do Brasil.

Liberdade de imprensa e liberdade de opinião constituem pilares de uma sociedade democrática e menos desigual. Feu Rosa assim define¹⁰¹:

É a liberdade que o homem tem de possuir convicções e crenças pessoais, independência de idéias, podendo ser até mesmo inconformado: no Estado democrático goza do direito de manifestar esse inconformismo, essas idéias e convicções através de palavras, escritos ou até mesmo por seu comportamento em via pública.

Resultado da vontade do regime militar que governou o país no período, a Lei de Imprensa – Lei n° 5.250/67 previa¹⁰² em seu art. 1° § 2°

¹⁰¹ ROSA, Antônio José Miguel Feu. *Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 162-63.

¹⁰² BRASIL. Art. 1º. É livre a manifestação do pensamento e a procura, o recebimento e a difusão de informações ou idéias, por qualquer meio, e sem dependência de censura, respondendo cada um, nos termos da lei, pelos abusos que cometer.

§ 1º Não será tolerada a propaganda de guerra, de processos de subversão da ordem política e social ou de preconceitos de raça ou classe.

§ 2º O disposto neste artigo não se aplica a espetáculos e diversões públicas, que ficarão sujeitos à censura, na forma da lei, nem na vigência do estado de sítio, quando o Governo poderá exercer a censura sobre os jornais ou periódicos e empresas de radiodifusão e agências noticiosas nas matérias atinentes aos motivos que o determinaram, como também em relação aos executores daquela medida.

que o exercício da liberdade de expressão estaria condicionado à censura do Poder Público.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que acompanhou a tendência mundial¹⁰³, tal dispositivo foi revogado¹⁰⁴ pelo art. 5º, inciso IX. Apenas a parte de reparação pelos danos causados em agressão à Lei de Imprensa continuam em vigência. Entre os crimes elencados pelo dispositivo, aparece a injúria como um deles. Tal crime já existia nos idos do regramento romano e dele serviu de fonte. Imprensa, segundo Miranda, teve conceito genérico, *latu sensu*. Diz ele¹⁰⁵

Nos primórdios de sua vulgarização, a palavra imprensa englobava num mesmo conceito todos os produtos das artes gráficas, das reproduções por imagens e por processos mecânicos e químicos, envolvendo livros, gravuras e impressos em geral.

Importante ainda buscar a referência do significado que representa a agressão cometida por esta imprensa ampla, em sua deturpação da atividade fim, que era e ainda é o de bem informar.

Comete injúria não somente quem dá soco, paulada ou outro golpe; mas quem levanta escândalo em torno de outrem; toma posse de seus bens, pretendendo-se credor, sabendo que nada se lhe deve; escreve, compõe, ou publica libelo ou versos infamantes, ou persuade com dolo a que outrem o faça; persegue uma mãe de família, um pretextrato ou pretextata; ou atenta contra

¹⁰³ Alguns exemplos no direito comparada: Constituição Italiana – art. 21 Todos têm o direito de manifestar livremente seu pensamento mediante a palavra, o escrito e todo outro meio de difusão. A imprensa não pode ser submetida a autorização ou censura; Constituição Belga – art. 18 A imprensa é livre e não se poderá estabelecer a censura em nenhum caso; Lei Fundamental Alemã – art. 5º 1. Todos têm o direito de expressar e difundir livremente sua opinião por meio de palavra, por escrito e pela imagem, e de informar-se sem obstáculos nas fontes acessíveis a todos. A liberdade de imprensa e a liberdade de informação por rádio e cinema estão garantidas. Não se exercerá censura; Constituição Espanhola – art. 20 1. Se reconhece e protege os direitos: a) A expressar e difundir livremente os pensamentos, idéias e opiniões mediante a palavra, o escrito ou qualquer outro meio de reprodução; Constituição Portuguesa – art. 37 Todos têm o direito de exprimir e divulgar livremente o seu pensamento pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, bem como ao direito de informar, de se informar e de ser informados, sem impedimentos nem discriminações; Constituição Argentina – art. 14 Todos os habitantes da Nação gozam dos seguintes direitos conforme as leis que regulamentam seu exercício, a saber: (...) de publicar suas idéias pela imprensa sem censura prévia e art. 34 O congresso federal não ditará leis que restrinjam a liberdade de imprensa ou estabeleçam sobre ela a jurisdição federal.

¹⁰⁴ IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

¹⁰⁵ MIRANDA, Darcy Arruda. *Dos Abusos da Lei de Imprensa*. São Paulo: RT, 1959. p. 29.

o pudor de outrem. Também de muitos outros modos se comete injúria¹⁰⁶ (Instituições de Justiniano, Título IV, *Das Injúrias*).

Como reparação ao dano causado, que pode ser de ordem material ou moral, a lei regulamenta as condições de aplicabilidade do dispositivo. Já naquele momento histórico, mesmo que com total restrição ao exercício livre da imprensa, ainda assim o legislador decidiu pela reparação do dano à imagem causado em contradição à lei de imprensa.

Segundo Tadeu Antonio Dix Silva, não somente o transmissor da informação está protegido pela garantia fundamental prevista no compêndio dos princípios constitucionais. Todo o receptor da informação transmitida no exercício da liberdade de expressão também goza da fruição do princípio.

A liberdade de expressão pressupõe a liberdade de informação, a partir de um enfoque lógico: o indivíduo, para expressar-se, necessita de informações para iniciar um processo de elaboração cognitiva para, posteriormente, exteriorizar o resultado desta atividade com outrem, ou não querendo assim proceder, permanecer sem emitir seu pensamento – exercendo assim a dimensão negativa da liberdade de expressão, a de não expressar-se.¹⁰⁷

A ordem constitucional vigente garante não só a liberdade de imprensa, ou seja, o direito individual do comunicador ou do empresário da comunicação em oferecer a informação, em comunicar. Esta garantia, a ser abordada na seqüência desta abordagem, assegura que todos têm o direito de serem informados. Assim prevê Silva, dizendo¹⁰⁸ que:

A liberdade dominante é a de ser informado, a de ter acesso às fontes de informação, a de obtê-las. O dono da empresa e o jornalista têm um direito fundamental de exercer sua atividade, sua missão, mas especialmente tem um dever. Reconhece-se-lhe o direito de informar ao público os acontecimentos e idéias, mas sobre ele incide o dever de informar à coletividade tais acontecimentos e idéias, objetivamente, sem alterar-lhes a verdade

¹⁰⁶ *Injuria autem committitur, non solum cum quis pugno pulsatus, aut festibus caesus vel etiam vereratus efit; sed et si cui convictum factum fuerit, sive cujus bona quasi debitoris, Qui nihil deberet, possessa fuerint ab eo Qui intelligevat nihil eum sibi debete; vel si quis ad infamiam alicujus libellum aut carmen escripserit, compusuerit, ediderit, dolove malo fecerit quo quid eorum fieret; sive quis matremfamilias aut praetatum praetextamve adsectatus fuerit: sive cujus pudicitia attentata esse decetur; et denique aliis plurimis modis admitti injuriam manifestum est.*

¹⁰⁷ SILVA, Tadeu Antonio Dix. *Liberdade de Expressão e Direito Penal*. São Paulo: IBCCRIM, 2000. p. 124.

¹⁰⁸ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: RT, 1998. p. 178.

ou esvaziar-lhes o sentido original: do contrário se terá não informação, mas deformação.

É sobre esta deformação que se busca o ressarcimento do dano causado. A palavra dano deriva do latim *damnum*, que provém de *demere* (tirar diminuir) e tem significado de diminuição do patrimônio de uma pessoa, redução de seus bens jurídicos, em razão de conduta antijurídica de alguém (ofensor), que resulta no efetivo prejuízo suportado pela vítima. É mister, portanto, que haja dano, seja ele material, moral ou à imagem, para que exista indenização.

O dano material importa a modificação desfavorável da situação patrimonial na esfera jurídica de uma pessoa. Trata-se de uma ofensa ou redução de determinados valores de ordem econômica. Em sendo assim, na hipótese de um dano efetivo, passível de apreciação pecuniária, seja ele emergente (*dannum emergens* ou dano positivo), em razão de diminuição patrimonial, seja ele um dano negativo (*lucrum cessans*), diante da frustração de lucro, tem-se o dano material passível de reparação. É indispensável que o dano, para que seja ressarcível, se revista de certeza (tem de ser certo e não eventual ou hipotético) e atualidade (dano que existe ou já existiu).¹⁰⁹

A construção doutrinária do dano material e sua reparação é bastante antiga e implica o binômio lesão e reparação a um bem material, com valoração pecuniária. Todavia, entendia-se que a dor, a angústia, a honra maculada, a humilhação, dentre outros sentimentos, por serem insuscetíveis de uma avaliação econômica, seriam irreparáveis, e protegidos apenas pelo Direito Penal. Essa corrente, denominada negativista da reparação embora tivesse prevalecido na maior parte do século passado, sucumbiu com a Constituição Federal de 1988, que previu expressamente a possibilidade de reparação do dano moral, embora nosso Código Civil de 1916 já admitisse, implicitamente, o ressarcimento do dano moral. De registrar-se, todavia, que

¹⁰⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 9. ed. São Paulo: Forense, 1997. p. 39-42.

antes do Texto Constitucional nossos tribunais já admitiam a reparação do dano moral.¹¹⁰

A lição de Silvio Rodrigues merece ser referida, pois oportuna. Diz ele: “será o juiz, no exame do caso concreto, quem concederá ou não a indenização e a graduará de acordo com a intensidade e duração do sofrimento experimentado pela vítima”.¹¹¹:

Várias foram as construções doutrinárias para distinguir o dano material moral. Se o prejuízo, a lesão ao direito personalíssimo, repercutisse no patrimônio de alguém, o dano seria material ou patrimonial; se não produzisse qualquer efeito no patrimônio da pessoa, seria moral. Trata-se de caracterização negativa do dano, vale dizer, sua contraposição ao dano patrimonial.¹¹²

Há por outro lado, o entendimento que patrimônio¹¹³, numa visão mais moderna, abarcaria valores imateriais. Nesse caso, o sentido de patrimônio seria mais abrangente, não compreendendo apenas o conteúdo econômico, mas englobando valores de natureza ética, inclusive.¹¹⁴

Wilson Melo da Silva, ao definir dano moral, trata do patrimônio ideal:

Danos morais são lesões sofridas pelo sujeito físico ou pessoa natural de direito em seu patrimônio ideal, entendendo-se por patrimônio ideal, em contraposição a patrimônio material, o conjunto de tudo aquilo que não seja suscetível de valor econômico.¹¹⁵

¹¹⁰ A jurisprudência, num primeiro momento, admitia apenas o dano moral se concomitantemente existisse um dano material. A reparação do dano moral exclusivo, isto é, aquele desvinculado do material. A reparação do dano moral exclusivo, isto é, aquele desvinculado do material, somente passou a ser acolhido pouco tempo antes de nossa Lei Maior de 1988. Sobre isso, importante o estudo de CAHALI, Yussef Said. *Dano Moral*, 2 ed. Belo Horizonte: Revista dos Tribunais, 1993. Ainda, RE-222795/RJ, Relator Min. Neri da Silveira, publicado em 24/05/02; RE-192593/SP, Relator Min. Ilmar Galvão, publicado em 13/08/99.

¹¹¹ RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil – Responsabilidade*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 208-09.

¹¹² GOMES, Orlando. *Obrigações*. São Paulo: Forense, 1978. p. 332. Para esse autor, dentre os *direitos personalíssimos* podem ser citados a vida, a liberdade, a saúde, a honra, os direitos ao nome, à própria imagem e ao crédito comercial.

¹¹³ BRASIL. Código Civil vigente, art. 91 diz: “*Constitui universalidade de direito o complexo de relações jurídicas, de uma pessoa, dotadas de valor econômico*”.

¹¹⁴ CAHALI, Yussef Said. *Dano Moral*. 2. ed. Belo Horizonte: Revista dos Tribunais, 1993. p. 20.

¹¹⁵ SILVA, Wilson Melo da. *O Dano Moral e sua Reparação*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 13.

Assim, uma lesão ao patrimônio ideal de uma pessoa possibilitaria a reparação desse ato, por meio de uma indenização. Tudo porque

A liberdade de informar é além de um direito individual, uma liberdade, uma função ou garantia de sobrevivência do sistema democrático, e necessita estar necessariamente mais protegida quando é usada com relação as pessoas ou negócios públicos.¹¹⁶

Quando se define dano moral, a maioria dos autores fala em dor, angústia, sofrimento, tristeza suportados por uma pessoa. Há quem o defina como a perturbação injusta no estado de ânimo de uma pessoa, determinado pela ofensa recebida. É o que se denomina *pecunia doloris*, ou o que os tedescos chamam de *Schmerzeusgelg*.¹¹⁷ Contudo, esses sentimentos representam a consequência do dano. A lesão a um direito da personalidade daria ensejo à reparação desse dano, denominado moral.¹¹⁸ Assim, se violados os direitos da personalidade, desde que seja comprovado o dano, a vítima pode requerer a sua reparação mediante a fixação de uma quantia, para que sejam compensadas a dor, a humilhação, a tristeza, enfim o sofrimento suportado.

Portanto, a violação a esses direitos, uma vez comprovado o ato, o dano e o nexos de causalidade, resulta na possibilidade de reparação, mediante a fixação de uma indenização.

A noção de dano é fundamental para que se possa estabelecer uma idéia precisa da responsabilidade civil. O dano, seja ele material, moral ou à imagem, é um dos pressupostos da responsabilidade civil, ao lado da existência entre o dano e ação. O dano é, portanto, o consectário do ilícito civil ou do inadimplemento contratual, é a diminuição (*demere*) de um bem

¹¹⁶ MUÑOZ MACHADO, Santiago. *Libertad de Prensa y Procesos por Difamación*. Barcelona: Ariel, 1998. p. 153.

¹¹⁷ ALPA, Guido. *Diritto alla Riservatezza e Calcolatori Elettronici*, Quaderni di diritto comparato, Banche dati telematica e diritti della persona. Padova, Cedam: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1984. p. 334.

¹¹⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 54, sustenta o seguinte: “O fundamento da reparabilidade do dano moral está em que, a par do patrimônio em sentido técnico, o indivíduo é titular de direito integrantes de sua personalidade, não podendo conformar-se a ordem jurídica em que sejam impunemente atingidos”. O art. 186 do Código Civil vigente diz: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

jurídico. Principalmente pela defesa constitucional estabelecida à Liberdade de Imprensa, conforme argumenta Vidal Serrano Nunes Júnior

Os dispositivos constitucionais de proteção da liberdade de expressão – os arts. 5º inciso IV e 220 caput e §2º – carregam como nota unificadora o fato de garantirem a expressão através da proscricção, de maneira direta ou indireta da censura (...) pode-se afirmar que a Constituição Federal, sobre escampar a liberdade de expressão, pautou-se por garanti-la de qualquer meio de obstrução.¹¹⁹

Há de se observar, entretanto, o que preconiza Miranda:

De feito, a afronta moral, manifestada ou divulgada pela imprensa, exige repressão, por isso que o direito à crítica, do mesmo modo que a liberdade de narrar, não se aprofunda tanto, a ponto de alcançar as camadas voláteis da calúnia, da injúria ou da difamação. A liberdade de crítica não se desliga dos direitos padronizados da personalidade humana, não podendo, assim, forrar-se o jornalista de incolumidade, enquanto transcende os limites de sua esfera normal de ação, para vulnerar a honra dos indivíduos. É, portanto, não só direito, mas dever de todo cidadão repelir, pelos meios legais, a menor ofensa à sua dignidade pessoal ou funcional, quando uma ou outra for atingida por tendenciosa notícia divulgada pela imprensa.¹²⁰

Antes da Constituição Federal de 1988, embora a doutrina e jurisprudência¹²¹ já admitissem o chamado dano moral ou extrapatrimonial, era constante a afirmação de que o Código Civil de 1916 não o havia recepcionado, justificção nada plausível para a sua inaplicabilidade, haja vista que vários dispositivos de nossa lei civil substantiva contemplam a possibilidade de reparação do dano exclusivamente moral. Na realidade, embora o Código Civil não possua um artigo específico nesse sentido, já permitia, antes da Magna Carta de 1988, o ressarcimento do dano na forma mais ampla, abarcando os danos material e moral.

A liberdade consiste em um dos direitos da personalidade, elevados à categoria de direitos fundamentais segundo o Texto Maior. O art. 954, primeira parte, de nosso Código Civil vigente regula sua reparação nos

¹¹⁹ NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *A Proteção Constitucional da Informação e o Direito à Crítica Jornalística*. São Paulo: FTD, 1999, p. 29.

¹²⁰ MIRANDA, Darcy Arruda. *Comentários à Lei de Imprensa*. São Paulo: RT, 1993. p. 84.

¹²¹ RIO GRANDE DO SUL. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, de forma pioneira no país, decidiu, no ano de 1976, que o dano moral era indenizável (*RJTJRS 64/198*).

seguintes termos: “A indenização por ofensa à liberdade pessoal consistirá no pagamento das perdas e danos que sobrevierem ao ofendido”.

No entanto, a discussão a respeito do dano moral passou a ser inócua diante dos termos do art. 5º, V e X da Constituição Federal,¹²² que admitiu, expressamente, a reparação, da forma mais ampla possível, do dano moral. Em verdade, o art. 5º, inseriu, ao lado da indenização do dano material e moral, a possibilidade de indenização do dano à imagem. No inciso X do mesmo dispositivo ficou reforçada a intenção do legislador constituinte ao declarar inviolável a imagem de uma pessoa, embora o inciso V possa abranger as pessoas jurídicas.¹²³

Importante o alerta que faz Cavalieri, sobre o que pode ou não ser considerado abuso no exercício constitucional da liberdade de informação¹²⁴

A crítica jornalística não se confunde com a ofensa; a primeira apresenta ânimo exclusivamente narrativo conclusivo dos acontecimentos em que se viu envolvida determinada pessoa, ao passo que a segunda descamba para o terreno do ataque pessoal. Não se nega ao jornalista, no regular exercício da sua profissão, o direito de divulgar fatos e até de emitir juízo de valor sobre a conduta de alguém, com a finalidade de informar à coletividade. Daí a descer ao ataque pessoal, todavia, em busca de sensacionalismo, vai uma barreira que não pode ser ultrapassada, sob pena de configurar abuso de direito, e, conseqüentemente, o dano moral e até material.

O novo Código Civil estabelece, no art. 186, o seguinte: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. Leis extravagantes antes da Constituição Federal de 1988 já previam a reparação do dano moral, tais como o Código de Telecomunicações (Lei nº 4.117/62); Código Eleitoral (Lei nº 5.988/73); e Lei de imprensa (Lei nº 5.250/67).

¹²² V – “É assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

¹²³ ARAÚJO, Luiz Alberto David, em sua obra *A proteção constitucional da própria imagem*. Del Rey, 1996. p.126, sustenta que a imagem protegida pelo inciso V, do art. 5º, não é a mesma do inciso X, tendo um contorno publicitário, englobando as pessoas jurídicas, o que incorre com a regra do inciso X”.

¹²⁴ CAVALIERI, Sérgio Filho. *Programa de Responsabilidade Civil*. São Paulo: RT, 1991. p. 94.

2.1 Da efetiva violação de direito

A responsabilidade civil na Lei de Imprensa, como microsistema, é tratada no capítulo VI, nos arts. 49 *usque* 57 e, subsidiariamente pelo Novo Código Civil, como macrosistema. Para que seja reparado um dano, mediante a fixação de uma indenização, tem de ser comprovada, efetivamente, a violação a um direito do ofendido, em razão de ato doloso ou culposos, praticado por pessoa no exercício da liberdade de pensamento e informação. Contudo, nem todos os fatos veiculados, mesmo que atinjam a honra da vítima, podem ser reparados. Há acontecimentos de interesse coletivo e de mera divulgação que não geram qualquer indenização. Se existe apenas *animus narrandi* e a notícia foi buscada de forma lícita, não procede qualquer pedido indenizatório. Responde civil e criminalmente¹²⁵, entretanto, aquele que divulga informação com a intenção de injuriar ou difamar alguém (*animus injuriandi vel diffamandi*), ou quem, por meio de notícia, calunia outrem, imputando-lhe fato definido como crime. Por certo, é aos olhos da Constituição Federal que deve ser lida e interpretada qualquer lei. Assim, ocorrendo infração de preceito constitucional, também haverá ensejo à reparação.

Pelo que preconiza Jean Vallejo, por sua importância, não é qualquer fato que estará caracterizando a agressão, pois:

A liberdade de expressão, desde sua perspectiva coletiva ou institucional, é um elemento essencial para a configuração de uma opinião pública livre, e como tal, instrumento de garantia do pluralismo político. Em última instância, é uma condição necessária para a própria manutenção de uma sociedade democrática.¹²⁶

Tema que pode suscitar algum tipo de dúvida é aquele em que, embora haja consentimento da pessoa para a divulgação de sua imagem e da veiculação de entrevista, o enfoque jornalístico do tema como, por

¹²⁵ BRASIL. Os arts. 20/22 da Lei de Imprensa definem, respectivamente, e estabelecem as penas para os crimes de calúnia, difamação e injúria.

¹²⁶ JAEN VALLEJO, Manuel. *Libertad de Expresión y Delitos Contra el Honor*. Madri: Colex, 1992. p. 43.

exemplo, o título da matéria, desagrada a pessoa entrevistada.¹²⁷ Não cabe a quem autorizou a utilização de sua imagem qualquer reparação por eventuais danos que tenha suportado, a menos que seja inverídico o que foi veiculado.¹²⁸

Segundo a lição de Peces-Barba, a liberdade de expressão está diretamente ligada ao exercício dos direitos civis, livre de indulgência estatal causada pela ignorância sobre os rumos do Estado. Diz ele que

A ignorância é sempre uma das razões da opressão; por isso os sistemas autoritários preferem alienar seus cidadãos (...) Apenas compreendendo se pode julgar e por conseguinte participar, assumir e comprometer-se.¹²⁹

Ainda assim, a Lei de Imprensa fixa limites à responsabilidade civil do jornalista profissional (art.51), que é definido do parágrafo único desse mesmo dispositivo¹³⁰ e da empresa jornalística (art. 52).¹³¹ Determina, ainda, essa mesma lei quem responde pela reparação do dano. Reza o § 2º do art. 49: “Se a violação de direito ou o prejuízo ocorre mediante publicação ou transmissão em jornal, periódico ou serviço de radiodifusão, ou de agencia noticiosa, responde pela reparação do dano a pessoa natural ou jurídica que explora o meio de informação ou divulgação”. Contudo, a indagação que

¹²⁷ Nesse sentido: RT 715/124: “Não se tratando de Diário Oficial, cada órgão de imprensa, reservado à iniciativa privada, divulga e ilustra seu noticiário segundo parâmetros que lhe pareçam mais adequados, buscando a maior aceitação popular no mercado jornalístico competitivo. E, sob esse aspecto, não cabe qualquer restrição à liberdade de imprensa, assegurada a manifestação do seu pensamento em função de determinados valores que lhe pareçam corretos.”

¹²⁸ O caso da apresentadora “Soninha” da TV Cultura, que foi dispensada após declarar à revista *Época* que fumava maconha, serve de exemplo para situações dessa natureza. Essa apresentadora, embora tenha confirmado esse fato, questionou o uso de sua imagem, na medida que entendia que sua frase “Eu fumo maconha” teria sido proferida em outro contexto na matéria. Todavia, se a asserção é verdadeira, cabe exclusivamente ao órgão de imprensa, desde que autorizado, divulgar o fato e escolher a melhor maneira de cativar seus leitores, elegendo livremente a melhor manchete.

¹²⁹ PECES-BARBA, Gregório. *Ética, Poder y Derecho*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1995. p. 102.

¹³⁰ Estatui esse artigo: “Consideram-se jornalistas profissionais, para os efeitos desse artigo: a) os jornalistas que mantêm relações de emprego com a empresa que explora o meio de informação ou divulgação ou que produz programas de radiodifusão; b) os que, embora sem relação de emprego, produzem regularmente artigos ou programas publicados ou transmitidos; c) o redator, o diretor ou redator chefe do jornal ou periódico; o editor ou produtor de programa e o diretor referido na letra “b”, III, do art. 9º, do permissionário ou concessionário de serviço de radiodifusão e o gerente e o diretor da agência noticiosa.”

¹³¹ “A responsabilidade civil da empresa que explora o meio de informação ou divulgação é limitada a dez vezes as importâncias referidas no artigo anterior, se resulta de ato culposo de algumas pessoas referidas no art. 50.”

surge da leitura do § 2º do art. 49 é a seguinte: pode o lesado pela publicação ou transmissão em jornal, periódico ou serviço de radiodifusão, ou de agência noticiosa propor a ação que tenha por escopo reparar esse prejuízo diretamente contra o jornalista responsável ou autor do escrito?

Estabelece o § 3º do mesmo art. 49 o seguinte: *Se a violação ocorre mediante publicação de impresso não periódico responde pela reparação do dano: a) o autor do escrito, se nele indicado; ou b) a pessoa natural ou jurídica que explora a oficina impressora, se do impresso não consta o nome do autor.* Portanto, pelo que dispõe a Lei de Imprensa, o autor do escrito responde diretamente pelo dano apenas se existir a sua veiculação por meio de publicação não periódica. Se, por outro lado, tratar-se de periódico, a responsabilidade é do proprietário do jornal, sendo, pois, admitida ação regressiva, prevista no art. 50¹³² na hipótese de pagamento de indenização, contra o autor do escrito¹³³.

A intenção do legislador foi a de responsabilizar as empresas jornalísticas que, normalmente, teriam mais condições de arcar com a reparação dos danos do que os jornalistas. Esse argumento, num primeiro momento, parece razoável, haja vista que a regra é essa, sendo a exceção a maior possibilidade do jornalista. Embora o legislador tenha se louvado num raciocínio dedutivo, vale dizer, do geral para o particular, acabou por limitar a responsabilidade, na medida em que se a empresa jornalística for insolvente, não existirá, como consequência a reparação do dano.

Essa limitação imposta pela lei não se coaduna com o Texto Constitucional, que estabelece, claramente, o que se denomina *indenização irrestrita* (art. 5º, V e X). Destarte, a melhor solução é deixar a critério do lesado a opção na escolha do pólo passivo da relação jurídica processual¹³⁴. Tem-se admitido, é bem de ver que figurem como réus da ação de

¹³² “A empresa que explora o meio de informação ou divulgação terá ação regressiva para haver do autor do escrito, transmissão ou notícia, ou do responsável por sua divulgação, a indenização que pagar em virtude da responsabilidade prevista nessa lei.”

¹³³ MIRANDA, Darcy Arruda. *In: Comentários à Lei de Imprensa*. 2. ed. Revista dos Tribunais. Tomo 2, p. 683, pontifica: “Na forma do art. 49, § 2º, *in fine*, quem responde civilmente pela reparação do dano (moral ou material) é a empresa, pessoa natural ou jurídica que explora o meio de informação ou divulgação, através do qual o fato foi divulgado. Entretanto, ressarcindo o prejuízo causado, a empresa fica com o direito a uma ação regressiva contra o autor do escrito, transmissão ou notícia, ou do responsável por sua divulgação, para haver a quantia que foi obrigada a desembolsar, com a limitação prevista no art. 52.”

¹³⁴ STOCO, Rui. *Lei de Imprensa. Sujeito Passivo na Indenização*, in: RT 752/42.

reparação de danos, tanto a empresa como o jornalista responsável pelo escrito, transmissão ou notícia¹³⁵.

Há quem sustente¹³⁶ ser a empresa jornalística a responsável pela reparação do dano em função do seu dever de fiscalização, ou seja, deveria ela realizar a seleção de seus articulistas, jornalistas e suas respectivas matérias, antes de publicá-los ou divulgá-los. Entretanto, além de, na prática, ser inviável esse controle interno, seja pela rapidez da informação, seja pela interpretação do que seria ou não ofensivo, essa não é a questão primacial, visto que a responsabilidade da empresa não se discute. Esse argumento apenas reforça ser ela um dos responsáveis, juntamente com o autor do escrito. A limitação da responsabilidade nesse caso fere não apenas a Constituição Federal como a própria noção de responsabilidade civil. Cabe, assim, ao lesado a escolha daqueles que responderão pelo ato: a empresa jornalística, o autor do escrito, transmissão ou notícia, ou ambos.

Embora continuem a existir julgamentos conflitantes sobre esse tema, a súmula 221 do superior Tribunal de Justiça estabelece o seguinte: *“São civilmente responsáveis pelo ressarcimento de dano, decorrente da publicação pela imprensa tanto o autor do escrito quanto o proprietário do veículo de divulgação”*.

Merece registro, sobre esse tema, o art. 7º do projeto no 3.232, de 1992, da nova Lei de Imprensa (substitutivo adotado – CCRJ), que dispõe:

Art 7º A responsabilidade civil fixada nesta Lei caberá:

I – ao autor da ofensa, nas matérias pagas, textos e artigos assinados por pessoa idônea sem vínculo de subordinação com a empresa proprietária do meio de comunicação;

II – solidariamente, à empresa jornalística ou agência noticiosa; ao autor da matéria assinada, quando vinculado à empresa; e ao editor da área, desde que identificado no expediente, quando matéria não assinada for publicada em seções especializadas ou setoriais, nas publicações feitas na imprensa escrita;

¹³⁵ O Superior Tribunal de Justiça, no já mencionado acórdão proferido no Recurso Especial 2000/0045827-9, Quarta Turma, tendo como rator o Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Data da Decisão 28/11/2000; Fonte DJ Data: 19/03/2001 PG:00116, ficou decidido que: IMPRENSA. Dano moral. Limite. Legitimidade passiva. Tempestividade de embargos. – A jurisprudência do STJ afasta a limitação da indenização por dano moral prevista na Lei 5.250/67 e admite a responsabilidade passiva da empresa e do jornalista pelos ilícitos cometidos pela imprensa....”.

¹³⁶ Esta é, inclusive, a regra geral do Código Civil vigente, que serve para ação ou omissão de qualquer tipo de empregado na representação da empresa a qual está vinculado, conforme previsão do art. 932.

III – solidariamente, à empresa proprietária do veículo de comunicação ou agência noticiosa; ao autor da ofensa identificado pela voz ou pela imagem, quando excluído o caso de locutor e apresentador sem função redatorial ou editorial e cuja responsabilidade comprovadamente esteja restrita à leitura ou reprodução oral da matéria incriminada, e ao editor responsável, quando a transmissão for editorial, notícia ou opinião não assinada, nas transmissões de rádio e televisão;

IV – ao produtor no caso de programas de transmissão obrigatória e nos casos previstos no art. 23 da Lei n.º 8.977, de 6 de janeiro de 1995.

§ 1º Nas hipóteses de ofensas proferidas em entrevistas ou artigos assinados por pessoas idôneas, responde solidariamente a empresa proprietária do meio de comunicação social.

§ 2º Assiste ao autor, excepcionalmente e a seu critério, o direito de recusar a assinatura de matéria, quando entender que a esta sofreu modificação no processo de edição, alterando a essência de seu trabalho.

§ 3º Para os efeitos desta Lei equivalente à assinatura a identificação pessoal do autor através de voz ou imagem.

§ 4º Na hipótese de responsabilização, poderá o profissional comprovada a recusa, nomear à autoria o veículo de comunicação social.

§ 5º Não poderá o profissional, em face da recusa, sofrer qualquer punição por parte da empresa proprietária do veículo de comunicação social.

Note-se, portanto, que, em razão da súmula 221 do STJ, tanto a empresa que explora o meio de informação como o responsável pela publicação podem figurar no pólo passivo da ação da reparação proposta pelo ofendido. O mesmo tratamento é dado no Projeto de Lei de Imprensa, quando estabelece a responsabilidade solidária da empresa jornalística ou agência noticiosa, do autor da matéria do editor. *De lege ferenda*, nas transmissões de rádio e televisão a responsabilidade, também solidária, será da empresa proprietária do veículo de comunicação, do autor da ofensa, e do editor.

2.2 DA FIXAÇÃO DOS DANOS MORAIS

O art. 52 da Lei de Imprensa estatui que a responsabilidade civil da empresa que explora o meio de informação ou divulgação, se resulta de ato

culposo de algumas das pessoas referidas no art. 50 dessa mesma lei¹³⁷, é limitada a dez vezes as quantias estabelecidas no art. 51.

Há quem sustente ser essa responsabilidade da empresa passível de limitação, por ser culposa, motivo pela qual esse dispositivo (art. 52) teria sido recepcionado pela Constituição Federal.¹³⁸ Por outro lado, se a conduta é dolosa inexistiria limitação na fixação do montante indenizatório.¹³⁹ Apesar dessa posição ser defendida por consagrados doutrinadores, entendemos que tanto na lesão dolosa quanto na culposa qualquer limitação na indenização fere o dispositivo constitucional que garante ao ofendido o direito de resposta proporcional ao agravo, assim como a ampla indenização, seja o dano material, moral ou à imagem.

Antes da Carta Constitucional de 1988, a fixação dos danos morais para quem, no exercício da liberdade de manifestação de pensamento e de informação, com dolo ou culpa, violasse direito ou causasse dano a outrem, ficava adstrita a tarifação imposta nos arts. 51 e 52 da Lei n. 5.250/67. Essa limitação aos danos morais, prevista em lei, facilitava a mensuração do dano. No entanto, diante da indenizabilidade irrestrita do texto Maior, essa tarefa tornou-se mais árdua.

Embora exista entendimento de que a Constituição Federal não modificou a tarifação da Lei de Imprensa na fixação do dano moral, a jurisprudência dominante sustenta o contrário, conforme já mencionado, em função do disposto no art. 5º, V, que assegura ao ofendido o direito de

¹³⁷ Reza o art. 50 da Lei de Imprensa o seguinte: “A empresa que explora o meio de informação ou divulgação terá ação regressiva para haver do autor do escrito, transmissão ou notícia, ou do responsável por sua divulgação, a indenização que pagar em virtude da responsabilidade prevista nesta lei.”

¹³⁸ Nesse sentido: *RT* 748/323 – “AÇÃO INDENIZATÓRIA – Dano moral – Limite da verba indenizatória prevista no art. 52 da Lei 5.250/67 – Aplicabilidade somente quando o dano resultar de ato culposo”; e *BAASP*, 1876/144-e, de 07.12.1994 – “IMPrensa – Indenização por Dano Moral – Julgamento antecipado da lide. Caso em que não era necessária a produção de prova em audiência, estando a petição inicial instruída, quanto o bastante, com o exemplar do jornal que publicou a notícia. Não é de ser indeferida a petição inicial, se o autor deixou de arrolar testemunhas. A prova não será realizada, simplesmente. Aplica-se o artigo 52, no caso de ato culposo; não em hipótese diversa (“ato intencional, de má fé ...”). Súmulas nºs 282 e 356 do STF, quanto às outras questões. Recurso especial não conhecido.” (STJ – 3ª T.; Rec. Esp. Nº 39.531-3-SP; Rel. Min. Nilson Naves; j.27.09.1994; u.v.; DJU, Seção I, 14.11.1994, p. 30.953, ementa).

¹³⁹ Darcy Arruda Miranda, em sua obra clássica sobre esse tema, *Comentários à Lei de Imprensa*. 2. ed. RT. p. 684, pontifica: “Assim, no caso de haver ele concorrido para o ato, por negligência, imperícia ou imprudência, a sua responsabilidade é limitada, em cada escrito, transmissão ou notícia, em que sua culpa for comprovada, na forma dos itens I – IV”.

resposta, proporcional ao agravo, além da ampla indenização por dano material, moral ou à imagem, bem como o inciso X, que determina inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, assegurando ainda, o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente se sua violação. Em sendo assim, a fixação do dano tornou-se mais árdua, por inexistirem limites na indenização, mesmo em se tratando de dano provocado por jornalista ou empresa jornalística, pois a Constituição Federal fala em direito de resposta proporcional ao agravo. Se a resposta tem de ser proporcional ao agravo, é defesa qualquer forma de indenização tarifária, pois o limite estabelecido em lei poderia não se coadunar com a extensão do dano¹⁴⁰.

Dessa forma, embora não tenham sido integralmente recepcionados pela Constituição Federal os artigos 51 e 52 da Lei de Imprensa, por limitarem a reparação do dano moral, continua a vigor o art. 53 dessa mesma lei, que estabelece quais os parâmetros para se determinar o valor da indenização. Dispõe esse artigo o seguinte: “No arbitramento da indenização em reparação do dano moral, o juiz terá em conta notadamente: I – a intensidade do sofrimento do ofendido, a gravidade, a natureza e a repercussão da ofensa e a posição social e política do ofendido; II – a intensidade do dolo ou o grau da culpa do responsável, sua situação econômica e sua condenação anterior em ação criminal ou cível fundada em abuso no exercício da liberdade de manifestação do pensamento e informação; III – a retração espontânea e cabal, antes da propositura da ação penal ou cível, a publicação ou transmissão da resposta ou pedido de retificação, nos prazos previstos na lei e independentemente de intervenção judicial, e a extensão da reparação por esse meio obtida pelo ofendido.”

Portanto a própria Lei n. 5.250, de 1967, prevê o caminho para se chegar ao justo valor indenizatório. É tarefa de nossos tribunais, o que já vem ocorrendo, estabelecer as importâncias compatíveis, proporcionais ao abuso do exercício da liberdade de imprensa que resultou no dano moral, sem qualquer limitação.

¹⁴⁰ Ainda, como traz o art. 944 do Código Civil Vigente: “A indenização mede-se pela extensão do dano.”

A doutrina¹⁴¹ e a jurisprudência¹⁴² pátrias têm-se valido de parâmetros buscados na Lei de Imprensa (art. 53) para a fixação do dano moral geral.¹⁴³ Destarte, para se determinar a importância atinente aos danos morais suportados, deve-se ter em conta o seguinte: I – a natureza específica da ofensa sofrida; II – a intensidade real, concreta, efetiva, do sofrimento ofendido; III – a repercussão da ofensa no meio social em que vive o ofendido; IV – a existência de dolo, por parte do ofensor, na prática do ato danoso e o grau de sua culpa; V – a situação econômica do ofensor; VI a posição social do ofendido; VII – a capacidade e a possibilidade real e efetiva de o ofensor voltar a praticar e/ou vir ser responsabilizado pelo mesmo fato danoso; VIII – a prática anterior do ofensor relativa ao mesmo fato danoso, ou seja, se ele já cometeu a mesma falha; e IX – as práticas atenuantes realizadas pelo ofensor visando diminuir a dor do ofendido.

O critério geral para a quantificação do dano moral é, portanto, o mesmo que aquele constante da Lei de Imprensa. Diante disto, serão aqui analisados cada um dos critérios.

¹⁴¹ NUNES, Luiz Antônio Rizzato e CALDEIRA, Mirella D'Angelo. *In: O Dano Moral e sua Interpretação Jurisprudencial*. Saraiva, 1999. p. 5, ensinam: "Assim, ao determinar que a indenização por dano moral, material ou à imagem seja proporcional ao agravo, a Carta Magna afoagou a possibilidade de tarifamento do valor indenizatório. Logo, não há que se falar em limites ou valor máximo da condenação. O *quantum* devido deverá sempre ser arbitrado pelo juiz, que levando em consideração os fatos pertinentes de cada caso específico, equacionará a dor sentida e o valor devido a título de indenização, chegando a uma quantia justa e proporcional, capaz de atender aos objetivos da indenização."

¹⁴² No aresto publicado na JTJRS 163/261, a 6ª Câmara Civil do TJRS apresentou alguns critérios para a quantificação do dano moral: "Na fixação do *quantum* referente à indenização por dano moral, não se encontrando no sistema normativo brasileiro método prático e objetivo, o juiz há que considerar as condições pessoais de ofensor e ofendido; seu ramo de atividade; perspectivas de avanço e desenvolvimento nas atividades que exercia, ou em outra que pudesse vir a exercer; grau de suportabilidade do cargo pelo ofensor e outros requisitos que, caso a caso, possam ser levados em consideração. Requisitos que há de valorar com critério de justiça, com predomínio do bom senso da razoabilidade e da exequibilidade do encargo a ser suportado pelo devedor. *Quantum* que nem sempre deverá ser inferior ao do dano patrimonial, eis que a auto-estima, a valoração pessoal, o ego, são valores humanos certamente mais valiosos que os bens meramente materiais ou econômicos. Em conformidade com a sentença que fixou o montante da indenização por dano moral (Ap. 592066575, 23.11.93)".

¹⁴³ *IOB JUR* 21/97, p. 428, v. 3/13745: "Para a quantificação do dano moral puro, para se evitar a fixação de valores irrisórios como astronômicos, levando-se em conta a compensação-punição da vítima e do ofensor, o juiz fixará a indenização levando em conta os motivos, as circunstâncias e conseqüências da ofensa, bem como a posição social, cultural e econômica das partes. Ainda, ante a ausência de regulamentação dos incisos V e X, do art. 5º, da Constituição Federal, no que pertine à mensuração do dano moral, deve ser levado em conta também o Código Nacional de telecomunicações (Ap. 106.961-4, 18.8.97, 8ª CC, TAPR)".

O primeiro item¹⁴⁴ (a natureza específica da ofensa sofrida) é a violação de um direito ou prejuízo, com dolo ou culpa, por pessoa no exercício da liberdade de pensamento de informação, nos casos estatuídos na Lei de Imprensa, nos arts. 16, II e IV, 18, e de calúnia, difamação ou injúrias. Além dos casos de calúnia, difamação ou injúria, são os seguintes casos de ressarcimento do dano moral: a) publicar ou divulgar notícias falsas ou fatos verdadeiros truncados ou deturpados, que provoquem a desconfiança no sistema bancário ou abalo de crédito de instituição financeira ou de qualquer empresa, pessoa natural ou jurídica; b) publicar ou divulgar notícias que derem causa a sensível perturbação na cotação de mercadorias e dos títulos imobiliários no mercado financeiro (art. 16, II e IV); c) obter ou procurar obter para si ou para outrem, favor, dinheiro ou outra vantagem para não fazer ou impedir que se faça publicação, transmissão ou distribuição de notícias (art. 18).

O segundo item¹⁴⁵ (a intensidade real, concreta, efetiva, do sofrimento do ofendido) diz respeito à consequência da lesão, vale dizer, o sofrimento, a dor concreta suportada pelo ofendido, em razão de publicação ou transmissão de notícias. Esse sentimento de sofrimento ocorre na hipótese de lesão à honra, ao nome da pessoa, ou ainda no caso de violação ao direito à vida privada e à intimidade. No que concerne ao direito de imagem, a sua simples violação, mesmo que inexista dor, sofrimento, gera direito à indenização.

O terceiro critério¹⁴⁶ para a fixação do dano moral (a repercussão da ofensa no meio social em que vive o ofendido) é o da extensão do dano, de que forma e amplitude a notícia prejudicou a vítima e onde ela foi veiculada, se no plano nacional, estadual, regional, municipal ou se no bairro do ofendido. Isso não significa que um simples órgão informativo de uma determinada categoria profissional e, portanto, de uma pequena abrangência, não possa prejudicar sobremaneira uma pessoa e até mesmo

¹⁴⁴ ANDRADE, Manoel da Costa. *Liberdade de Imprensa e Inviolabilidade Pessoal*. Coimbra: Coimbra, 1996. p. 78.

¹⁴⁵ *Ibidem*, p. 83.

¹⁴⁶ *Ibidem*, p. 90. O autor também denomina como conceito normativo misto, por revelar a combinação de elementos originalmente pertencentes às tendências fáticas e normativas, moldando-os e construindo novos conceitos a partir de sua fusão particular.

inviabilizar seu futuro profissional. Todavia, alguém que suporta uma ofensa divulgada nacionalmente sofre, em regra, uma lesão maior, o que interfere diretamente na fixação de uma quantia indenizatória.

A repercussão do dano está também atrelada ao meio de comunicação. A informação veiculada pela televisão tem uma abrangência maior e causa, é bem de ver, um impacto de maior proporção na população do que essa mesma notícia propagada pela rádio, internet ou publicada num jornal.

Há evidente distinção quanto à extensão do dano moral ou à imagem do ofendido. Deve-se ater o magistrado ao veículo que divulgou a notícia. Além disso, é importante saber se o programa televisivo foi transmitido em rede local ou nacional, a sua abrangência e o horário em que a notícia foi divulgada, na medida em que alguns horários com alto índice de audiência na programação televisiva alcançam um maior e, como consequência, causam um prejuízo à vítima de grande intensidade. Com efeito, ao difundir, por exemplo, uma notícia falsa sobre determinada pessoa, a televisão, por sua força de comunicação instantânea e pela facilidade de atingir milhões de pessoas, causa um dano de dimensões maiores em conformação com outras formas de imprensa¹⁴⁷.

O mesmo critério deve ser utilizado na veiculação de notícia pela rádio ou jornal. No primeiro caso, é necessário constatar se o programa de rádio é local ou nacional, através de retransmissoras, assim como o horário de divulgação. No que tange à denominada mídia impressa (jornais, revistas e periódicos), é fundamental a análise da tiragem do veículo de informação, sua distribuição (no bairro, município, região, Estado ou no plano nacional). No caso de transmissão de notícia pela internet, é mister, para que tenha aplicação a Lei de Imprensa, que o fato seja divulgado por empresa ou profissional da área de comunicação¹⁴⁸.

O quarto item (a existência de dolo por parte do ofensor na prática do ato danoso e o grau de sua culpa) nada mais é do que o agravamento do fato e, como consectário, o aumento no valor da indenização se o ofensor

¹⁴⁷ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Direito de Informação e Liberdade de Expressão*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 113-14.

¹⁴⁸ *Ibidem*, p. 18.

agiu intencionalmente, com o fito deliberado de prejudicar uma pessoa. Se, por outro lado, aquele que praticou o ato não o fez propositadamente, mas o realizou com negligência, imprudência ou imperícia, é mister avaliar o grau dessa culpa (grave, leve ou levíssima) para a fixação do valor da indenização.

Os itens quinto e sexto (*a situação do ofensor e a posição social do ofendido*) são de fundamental importância na fixação do *quantum*. A reparação do dano extrapatrimonial não deve propiciar ao ofendido um benefício desproporcional à sua posição social e econômica, tampouco onerar excessivamente o ofensor. tem de existir razoabilidade¹⁴⁹, proporcionalidade¹⁵⁰, moderação¹⁵¹ o que não significa dizer indenização de valor vil, mas equânime, eqüitativa, justa. Não se pode asseverar que os termos razoabilidade e proporcionalidade tenham o mesmo significado, visto que o primeiro apenas pode ser considerado como elemento do segundo¹⁵². Razoável, no sentido jurídico¹⁵³, significa conforme a razão, ao direito ou à eqüidade, suficiente, sensato, moderado, aceitável, que não é excessivo, justo. No direito inglês, assim como no norte-americano, *reasonable* tem o significado de racional, justo, adequado, honesto, que não é excessivo ou extravagante, moderado.¹⁵⁴ Desse sentido técnico decorre o *princípio da*

¹⁴⁹ LEX-JTJ 215/196 – INDENIZAÇÃO – Responsabilidade civil – Dano moral – Lei de Imprensa – Reportagem televisiva – Juízo de valor que extrapola seus limites, com ofensa às normas constitucionais – Danos configurados – Verba devida – Sentença confirmada. “Nesse aresto, os nobres desembargadores da Quinta Câmara de Direito Privado do tribunal de Justiça do Estado de São Paulo entenderam que o valor fixado era razoável (o SBT – sistema Brasileiro de Televisão foi condenado em 200 salários mínimos): “Os valores permanecem porque embora não exacerbados, dão satisfação razoável aos autores, juntamente com o juízo de procedência em si.” Na LEX-JSTJ e TRF 105/129, o STJ decidiu o seguinte: “À medida que o Tribunal se vê diante de uma fixação que foge a qualquer parâmetro e que violenta o razoável, é evidente que a sua intervenção se faz necessária, até mesmo pela função política que tem a Corte Superior, qual seja, a de estabelecer um padrão de razoabilidade para a fixação do dano moral”.

¹⁵⁰ O termo proporcionalidade, segundo Roberto Rosas, no artigo intitulado *Devido processo legal: proporcionalidade e razoabilidade*, RT 783/11, é utilizado com mais intensidade na Europa, enquanto que razoabilidade nos Estados Unidos.

¹⁵¹ RT 753/345: “Cabe ao juiz, ao valorar o dano moral, arbitrar uma quantia compatível com a reprovabilidade da conduta ilícita e a gravidade do dano produzido, devendo tal valor ser moderado e eqüitativo para que não se converta o sofrimento em móvel de captação de lucro.”

¹⁵² MELLO, Celso Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 5. ed. Malheiros Editores. p. 56.

¹⁵³ DINIZ, Maria Helena. *Dicionário Jurídico*. v. 4, Saraiva. p. 40.

¹⁵⁴ WALKER, David M. *The Oxford Companion to Law*. Clarendon Press, Oxford, 1980. p. 1.038. No dictionary of law, Merriam-Webster, Incorporated, Springfield, Massachusetts, USA, 1996, p. 406: “*reasonable 1 a : being in accordance with reason, fairness, duty, or prudence.*”

razoabilidade, que propaga a utilização do bom senso na aplicação do direito e serve de subsídio à interpretação das leis.

A origem do princípio da razoabilidade está vinculada ao devido processo legal (*due process of law*), cuja raiz se encontra na cláusula *law of the land*, constante da *Magna Carta*, de 1215. Hodiernamente, as ementas 5ª e 14ª à Constituição dos Estados Unidos da América fazem menção expressa ao devido processo legal. A 5ª emenda estabelece que: “ninguém será privado da vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal”. A 14ª emenda prevê: “Nenhum Estado privará qualquer pessoa da vida, liberdade, ou propriedade, sem o devido processo legal”¹⁵⁵.

Luis Recaséns Siches, ao propor a lógica do razoável na interpretação do direito, ensina quais as suas características, indispensáveis para as decisões judiciais. Para esse festejado doutrinador, essa lógica está condicionada à realidade social, histórica e particular, razão da existência das normas jurídicas. Há ainda, os critérios axiológicos, pois ela está impregnada de valores concretos, que se referem a uma determinada situação humana real, dentro de uma realidade social, com todas as possibilidades e limitações. Uma outra característica está no fato de que essas valorações são a base ou o apoio para se estabelecer finalidades. Além disto, a formulação de propósitos e estabelecimento de finalidades não se apóiam somente sobre valores, mas estão condicionados às possibilidades que a realidade social possa oferecer. Existe, também, outra característica digna de registro. A *lógica do razoável* é regida por razões de congruência ou de adequação entre a realidade e os valores; entre os valores, os fins e os propósitos; entre os propósitos e a realidade social concreta; entre os fins ou propósitos e os meios; entre os fins e os meios, no que se refere à eficácia destes. A *lógica de lo razonable* está norteada pela experiência da vida humana e histórica, entendida esta como a experiência individual e social, presente e passada.¹⁵⁶

¹⁵⁵ BARROSO, Luís Roberto. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional. *Revista dos Tribunais*, n. 23, Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, p. 65, abr.-jun. de 1998.

¹⁵⁶ SICHES, Luis Recaséns. *Nueva Filosofía de La Interpretación del Derecho*. 3. ed. Editorial Porrúa, S.ª, México, 1980. p. 287-88.

O código Civil de 1916, ao regular as perdas e danos, dispõe no art. 1.059 o seguinte: “Salvo as exceções previstas neste Código, de modo expresso, as perdas e danos devidos ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar”. Assim, o princípio da razoabilidade, inserto nesse dispositivo para a fixação de lucros cessantes, tem, *mutatis mutandis*, aplicação para a quantificação do dano moral.

No novo Código Civil a palavra *razoável* foi utilizada com bastante freqüência, sempre indicando bom senso e senso jurídico para o aplicador da lei, como nos casos de lucros cessantes (art. 402), para a fixação do prazo de resposta para o donatário na notificação realizada pelo doador (art. 562), no arbitramento de compensação na prestação de serviços prestados por pessoa inabilitada (art. 606), no contrato de empreitada (art. 623), no contrato de depósito (art. 633), no prazo para os nubentes fazerem prova contrária, no processo de habilitação matrimonial (art. 1.530), no prazo para aceitação ou renúncia da herança (art. 1.807).

Proporcionalidade vem do verbo proporcionar, do latim *proportionare* (fazer que haja proporção entre duas ou mais coisas), de onde advém proporcional (*proportionalis*),¹⁵⁷ que possui o sentido denotativo de acomodação, harmonização, adaptação. O sentido técnico da palavra, embora não seja exatamente esse, não é distante. Decorre dessa palavra o princípio da proporcionalidade, também denominado princípio da proibição do excesso, utilizado tanto no Direito Administrativo quanto no Constitucional.

O princípio da proporcionalidade, no Direito Constitucional, tanto pode ter um sentido restrito como amplo. O primeiro é o que se denomina *justa medida*. Significa, como ensina J.J. Gomes Canotilho, que uma lei restritiva de liberdades, direitos e garantias, mesmo que seja adequada e necessária, “pode ser inconstitucional, quando adopte *cargas coactivas* de direitos, liberdades e garantias *desmedidas, desajustadas, excessivas* ou *desproporcionais* em relação aos resultados obtidos”.¹⁵⁸ O segundo sentido

¹⁵⁷ SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. Editora Forense.

¹⁵⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Lisboa: Livraria Almedina, 1993. p. 617.

desse princípio (sentido amplo) é também conhecido como princípio da proibição do excesso “constitui um limite constitucional à liberdade de conformação do legislador”.

Mutatis mutandis, pode-se valer o aplicador da lei ao fixar o valor de indenização segundo esse princípio, que busca a justa medida e, como consectário lógico, veda o excesso, o valor desmedido, desajustado e, portanto, desproporcional.

Portanto, razoabilidade e proporcionalidade no arbitramento da importância indenizatória são indispensáveis. Evitar excesso na fixação desse valor é o que se deseja; arbitrá-lo de maneira insuficiente, ínfima, por outro lado, é indenizar injustamente, é, de certa forma, responsabilizar o ofendido parcialmente, pelo fato de não ter sido ele satisfatoriamente atendido na reparação do dano. Se a Constituição Federal, no art. 5º, V, determina que o direito de resposta tem de ser proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem, isso significa que a afronta, injúria, ofensa (agravo) deve ser reparada integralmente, de forma equânime, prudente, eqüitativa e com bom senso.

Não há sentido algum tornar alguém de poucas posses abastado, diante de notícia injuriosa a seu respeito. O novo Código Civil, sobre esse tema, estatui no art. 944 o seguinte: “A indenização mede-se pela extensão do dano. Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização”. O art. 953 do novo Código Civil prevê o seguinte: “a indenização por injúria, difamação ou calúnia constituirá na reparação do dano que delas resulte ao ofendido. Parágrafo único. Se o ofendido não puder provar prejuízo material caberá ao juiz fixar, eqüitativamente, o valor da indenização, de conformidade com as circunstâncias do caso”.

Da mesma forma, seria descabida a fixação de importância que não confortasse a vítima pelo sofrimento, pela dor suportada. No que concerne à situação econômica do ofensor, não há razão para se condenar uma empresa jornalística ou jornalista em valores que os reduzam à insolvência ou mesmo inviabilizem a sua atividade. Por outro lado, não pode ser tão módica a indenização a ponto de tornar o ato ofensivo sem qualquer

reparação efetiva. A indenização deve guardar relação direta com a situação econômica das partes.

O Tribunal de Justiça de São Paulo, por meio de sua 8ª Câmara de Direito Privado, ao julgar caso relativo à aplicação da Lei de Imprensa, fixou o valor da indenização por danos morais em 1.000 (mil) salários mínimos, observando, dentre outros parâmetros, o padrão econômico da vítima. Para chegar a esse quantum indenizatório, a ilustre desembargadora relatora, Zélia Maria Antunes Alves, invocou, também, o princípio da razoabilidade, enaltecendo, ainda, o caráter educativo da indenização, como desestímulo à reincidência. O teor do acórdão é o seguinte:

BAASP 2.223 – 1916/1918, de 6 a 12/8/2001

INDENIZATÓRIA – Dano moral. Lei de Imprensa. Manifestações ofensivas à honra e à imagem pessoal e profissional da autora, levadas a efeito dos apresentadores de programas televisivos. Direitos da personalidade afetados, apesar do direito de informação garantido pela Constituição Federal. Aplicação do art. 5º, V e X, da Constituição Federal, e dos arts. 49, I § 2º, e 53, I e II, da Lei de Imprensa, caracterizada. Indenização devida. Fixação em quantia razoável para aplacar o constrangimento e humilhação da vítima. Ação julgada improcedente. Recurso provido (TJSP – 8ª Câm. De Direito Privado; AC nº 103.178-4/7-00-SP; Rel. Des. Zélia Maria Antunes Alves; j. 7/5/2001; v.u.).

ACÓRDÃO: Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação Cível nº 103.178-4/7-00, da Comarca de São Paulo, em que é apelante L.J., sendo apelado R. R: S/A: Acordam, em Oitava Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “deram provimento ao recurso. v.u., de conformidade com o relatório e voto do Relator, que integram este acórdão. O julgamento teve a participação dos Desembargadores Mattos Faria (Presidente) e César Lacerda. São Paulo, 7 de maio de 2001. Zélia Maria Antunes Alves, relatora.

2.3 CONFLITO ENTRE DIREITO À IMAGEM E LIBERDADE DE IMPRENSA

Existe reparação de dano por agressão ao Direito à Imagem? E se não houver agressão, mas apenas o uso, ainda assim haverá reparação? Como fica a Liberdade de Imprensa que, assim como o Direito à Imagem, também está presente entre as garantias asseguradas na Constituição Federal?

São perguntas pouco respondidas pela doutrina. Mas é possível, temos plena convicção, observar o garantido pela carta magna ao indivíduo, no resguardo do direito à própria imagem, e ao profissional de imprensa, na labuta diária da nobre tarefa de informar.

A noção de que se não existe prejuízo econômico ou moral, não há reparação é um tanto quanto precária. Fosse procedente, seria incabível qualquer tipo de indenização, em se tratando de matéria jornalística, ao indivíduo enfocado se a matéria não denegriu a imagem do enfocado.

O artigo 5º, X, da Constituição Federal de 1988 diz: “São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.”

A falta de autonomia, ou melhor, a busca pela autonomia do direito à imagem é fruto de ser este um direito novo, apesar de mais de um século envolvendo discussões de toda ordem, principalmente após o invento da fotografia. Antes de ter como natureza jurídica a intimidade, ou personalidade *latu sensu*, os doutrinadores tentaram outras teorias, como já vimos, para determinar a natureza jurídica do direito à imagem.

Importante reiterar que colocar a imagem com a classificação de outros direitos não é oportuno tampouco correto, pois se trata, ratificando, de direito novo e devemos buscar teoria própria, inerente à problemática da importância da imagem nos tempos atuais. Veremos que a Constituição Federal de 1988 assegurou autonomia ao direito à imagem.

No que dependesse de alguns autores, não existiria qualquer dúvida na prevalência da imagem perante a liberdade de imprensa. Por esta corrente, não há como reparar eventual dano causado pela imprensa quando agride a imagem de além. Damásio Evangelista de Jesus é um deles, apontando o seguinte exemplo:

Suponha-se que um sujeito lance ao vento as penas de um travesseiro do alto de um edifício e determine a centenas de pessoas que as recolham. Jamais será possível recolher todas. O mesmo ocorre com a calúnia e a difamação. Por mais cabal seja a retratação, nunca poderá alcançar todas as pessoas que tomaram conhecimento da imputação ofensiva.¹⁵⁹

¹⁵⁹ JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito Penal*. 22. ed. 2.v. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 231.

Há ainda o problema do controle da atividade jornalística, que pode ser taxado como censura, algo incabível no estágio democrático atingido pelo país. Então, como seria o controle e em que situações ocorreriam? O autor Humberto Eco fala em “auto controle”, algo um tanto hipotético considerando a ânsia por notícia e a rentabilidade que ela pode ocasionar. Segundo ele

A função do Quarto Poder é certamente controlar e criticar os outros três Poderes tradicionais (junto com o poder econômico e aquele representado pelos partidos e sindicatos), mas pode fazê-lo, em um país livre, porque sua crítica não tem funções repressivas: os meios de comunicação de massa só podem influenciar a vida política do país criando opiniões. Mas os Poderes tradicionais só podem controlar e criticar a mídia através da própria mídia; de outra forma sua intervenção se transformaria em sanção, executiva, legislativa ou judicial - o que pode acontecer apenas no caso em que a mídia esteja cometendo algum crime ou pareça configurar situações de desequilíbrio político e institucional. Como, no entanto, a mídia, em nosso caso a imprensa, não pode eximir-se de críticas, é condição de saúde para um país democrático que a imprensa possa colocar-se em questão.¹⁶⁰

Não há como desvincular os acontecimentos do mundo moderno sem se ter uma forte preocupação com o direito à imagem. Nosso compromisso neste estudo é com a imagem da pessoa física, mas podemos citar ainda as relações envolvendo pessoas jurídicas, que têm em suas imagens como maiores bens a serem protegidos. Portanto, a busca pela autonomia do direito à imagem é fundamental como fonte de direito e embasamento na solução das lides.

Machado, invocando a lição de Bobbio sobre o fracasso das promessas da democracia, principalmente no que se refere ao magistral poder oculto exercido pela mídia, preleciona que:

Não fomos capazes, ainda, de eliminar uma das grandes promessas da democracia, aquela nomeada por Bobbio como sendo a eliminação do poder invisível, o poder que age nas entranhas das malhas burocráticas, em todos os níveis, praticando atos ilícitos, ampliando a corrupção, maculando valores morais e éticos. O rígido cumprimento da lei e o exercício da autoridade assumem importância num mundo onde as instituições políticas tradicionais atravessam grave crise, a crise da desvitalização, a crise de arrefecimento, crise que se origina no declínio das

¹⁶⁰ ECO, Umberto. Sobre a imprensa. In: Cidadania e Justiça. *Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros*, ano 3, n. 6, p. 6, 1º semestre 1999.

ideologias, no abrandamento das oposições clássicas, no poder dos grupos de interesses, na menor força dos parlamentos e na ascensão das chamadas tecno-estruturas.¹⁶¹

Retratando o quadro delicado, acrescenta que:

O pior é constatar que o fenômeno da mistificação das massas pela prática da Justiça Televisiva se espalha por todo o País, multiplicando canhestros perfis de 'defensores' dos pobres e dos oprimidos. (...) Essa é mais uma razão que deve inspirar nossa luta. Não podemos deixar que os espaços do Direito e da Justiça sejam ocupados por fanáticos, falsos profetas e oportunistas de plantão. Não podemos nos submeter ao nivelamento por baixo ditado por arsenais da comunicação em massa. A lei e a nossa consciência, como já disse o advogado dos advogados, o grande Rui Barbosa, são os dois únicos poderes humanos ante os quais a nossa dignidade profissional se inclina.¹⁶²

A mesma mídia que muitas vezes cobra honestidade dos demais setores do país também age de forma desonesta, desrespeitando o direito de intimidade das pessoas, assim como a sua dignidade e honra, em *lato sensu*, e imagem, *stricto sensu*. A Liberdade de Imprensa não pode ser considerada ilimitada, pois tal direito não pode prejudicar os direitos fundamentais do cidadão. Maranhão, em alusão à relação da mídia com o Poder Judiciário brasileiro, hoje uma das vítimas preferenciais da mídia, freqüentemente taxado de vilão nacional, pondera que:

Se por um lado o Judiciário peca por omissão, a mídia certamente incorre no mesmo erro. No Brasil, só se dá destaque ao delito, não se cobre a sentença. A mídia se omite em cobrir o Judiciário. Atualmente, pressupõe-se que todo brasileiro está interessado em economia, que quer saber sobre inflação, alta do dólar. Fala-se para uma nação inteira sobre um assunto que só interessa a uma elite investidora, dando espaço e relevância para a especulação. O País, que de tempos em tempos vira uma pátria de chuteiras, é reduzido a uma mesa de operação de câmbio. Como se a sociedade tivesse reduzido o seu entendimento à sua expressão econômica, quando verdadeiramente a sociedade é traduzível na sua expressão jurídica ou na sua capacidade de respeitar os direitos das minorias. Isso é o que demonstra a cultura de uma sociedade.¹⁶³

¹⁶¹ MACHADO, Rubens Approbato. *O Brasil Cidadão*. Brasília: Consulex, 1999. p. 45.

¹⁶² *Ibidem*, p. 46.

¹⁶³ MARANHÃO, Jorge. Mídia e justiça. In: *Cidadania e Justiça. Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros*, Ano 3, n. 6, p. 69, 1^o semestre 1999.

Esta abordagem não pretende aprofundar, ainda, a demanda que envolve o direito a ser informado, posto que por demais abriria o leque da pesquisa. Mas não olvidaremos que apresentar uma manifestação que consideramos importante, da lavra de Umberto Eco, que diz

No universo judicial existe o ditado segundo o qual o que não está nos autos não está no mundo. Seu significado aponta para a necessidade de que as partes que tiveram a iniciativa de abrir um processo apresentem todos os documentos e provas para demonstrar e comprovar seus direitos subjetivos. Entretanto, uma prática corriqueira do jornalismo de resultados é a de não publicar muitas notícias, pelos mais variados motivos. A desinformação decorrente partiria do pressuposto de que o que não está publicado não está no mundo. Será que a transparência exigida pela mídia de todos os setores nacionais também não poderia ser-lhe cobrada? Ao direito de que se arvora de tudo vasculhar, de tudo perguntar, de tudo querer saber, de nada respeitar, a não ser seus compromissos comerciais, não poderia ser contraposto o direito dos cidadãos de conhecerem os critérios de silêncio e divulgação? Será que a mídia também não constitui uma imensa caixa preta, merecedora de ser escancarada aos olhos do público?¹⁶⁴

A matéria é por demais polêmica. Entendemos que liberdade de imprensa e direito à imagem, em suas aplicações práticas, pontuais, efetivamente apresentam uma espécie de conflito de prevalências devendo, por oportuno, ser de alguma forma solucionado. Entendemos que a autonomia do direito à imagem é ponto que exacerba o conflito. Associamo-nos ao que Patrícia de Almeida Torres ensina que:

Findo-se por enquadrar-se o direito à imagem como um dos ramos do direito da personalidade, mas merecendo a imagem proteção jurídica específica, característica do direito autônomo merecedor de disciplina própria.¹⁶⁵

Segundo a autora, este foi o posicionamento da maioria dos doutrinadores que estudaram o assunto, tais como a colombiana Beatriz Londoño Toro e os brasileiros Hermano Duval e Walter Moraes. Este último leciona que é inegável o relacionamento entre o direito à imagem e os direitos à intimidade, honra ou identidade, entretanto a tutela do direito à

¹⁶⁴ ECO, Umberto. Sobre a imprensa. In: *Cidadania e Justiça. Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros*, ano 3, n. 6, p. 29, 1º semestre 1999.

¹⁶⁵ TORRES, Patrícia de Almeida. *Direito à Própria Imagem*. São Paulo: LTR, 1998. p. 70.

imagem não se esgota em nenhum desses direitos e, por isso, mister é que exista a autonomia do direito à própria imagem.

Vale, entretanto, lembrar a lição de Bastos e Martins, sobre o direito à intimidade:

Consiste na faculdade que tem cada indivíduo de obstar a intromissão de estranhos na sua vida privada e familiar, assim como de impedir-lhes o acesso a informações sobre a privacidade de cada um, e também impedir que sejam divulgadas informações sobre esta área da manifestação existencial do ser humano.¹⁶⁶

A invenção da fotografia modificou as relações que o homem mantém com o mundo dos signos, portanto, com a realidade. Este registro químico ou físico de traços visíveis identifica-se cada vez mais com a informação. Podemos apreciar ou lamentar o fato, mas não ignorá-lo. Gradualmente, desde sua invenção, a fotografia tomou o lugar daquilo que fora anteriormente uma das principais funções da arte: registrar com precisão a informação visual.

Foi na Primeira Guerra Mundial que se iniciou um grande fluxo de fotografias dentro das publicações jornalísticas. Já nessa época alguns dos grandes jornais da Europa e Estados Unidos já possuíam uma equipe de fotojornalistas capazes de cobrir os fatos rotineiros e no final da guerra a maioria deles já possuía sua própria equipe. Durante o conflito a fotografia foi usada, entre outras coisas, com a intenção de divulgação para propaganda, para tentar manipular as populações. Como invento novo que era, não tinha ainda o mundo jurídico se atentado para garantir a retaliação e a indenização pelo uso inadequado destas imagens.

Porém, foi na Alemanha do pós-guerra que ela se desenvolveu da maneira que nós conhecemos hoje em dia.¹⁶⁷ Apesar da crise econômica e política, Berlim torna-se o centro de movimentos políticos, intelectuais e, principalmente, jurídicos. A imprensa, que durante os anos da I Guerra havia sofrido uma severa censura, começa a adquirir um novo impulso sob

¹⁶⁶ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. 2. v. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 63.

¹⁶⁷ FREUND, Gisele. *Fotografia e Sociedade*. Lisboa: Porto, 1989. p. 86.

essa república liberal. Em todas as grandes cidades alemãs surgem jornais ilustrados. Os mais importantes como o Berliner Illustrierte e a Münchner Illustrierte Presse, tinham uma tiragem, cada um, no auge do sucesso, de algo perto dos dois milhões de exemplares. Era o início da idade de ouro do jornalismo fotográfico e das bases do modelo atual.

A tecnologia tem papel imperioso no progresso da comunicação. Vimos anteriormente que a fotografia e o fotojornalismo respondem como autores na história da evolução recente das nações e em seus sistemas jurisdicionais. Mas nada se compara ao que presenciamos nos dias atuais. Transmitir uma informação não é mais autonomia exclusiva da imprensa, do jornalismo, da mídia. Qualquer indivíduo, de posse de uma máquina fotográfica, de um computador portátil e de um aparelho de telefonia móvel pode, esteja ele em qualquer lugar do mundo, transmitir para o resto do planeta as imagens, as opiniões e os relatos do que está vivenciando naquele mesmo momento, instantaneamente.

Não há como desvincular o jornalismo moderno de inovações tecnológicas como a transmissão de dados e imagens por linha física (via telefone), a linguagem digital para captação de imagens, dispensado o processo de revelação e ampliação do filme fotográfico, a telefonia celular, capaz de transformar qualquer pessoa em repórter, ingressando ao vivo nas programações dos veículos de comunicação eletrônicos, o computador móvel e, fundamentalmente, a rede mundial de computadores. A Internet mudou completamente a atividade jornalística.

Ainda antes, com o início das transmissões ao vivo pelas emissoras de televisão, recurso que revolucionou o trabalho da imprensa eletrônica, isso há quase 40 anos, a problemática inerente ao controle da produção jornalística e o uso indevido da imagem dos indivíduos já ocupava espaço nas controvérsias judiciais. A publicação de fotografias em jornais e revistas e, posteriormente, a análise ou crítica de posicionamentos frente a determinados assuntos foram responsáveis por lides que só se agravariam.

O processo de produção da informação, antes dos inventos supra referidos, tinha uma dinâmica morosa. O repórter ou jornalista vivenciava o fato e captava informações manuscritas enquanto que o fotógrafo ou o cinegrafista produzia as imagens. Após encaminhavam-se para a sede do

veículo de comunicação onde um elaborava a informação com base nos dados captados e o outro revelava ou editava a imagem. No terceiro momento, era apresentado ao grande público o resultado do trabalho. Na melhor das hipóteses, o procedimento levava pelo menos sessenta minutos. Com o advento da Internet, o repórter de posse dos equipamentos modernos, ao mesmo tempo que elabora a informação também a transmite ao grande público que, em muitos casos, já teve acesso à imagem do fato.¹⁶⁸

Diretamente proporcional à agilidade que trouxe ao jornalismo e ainda por ser absolutamente democrática, não restringindo ninguém ao seu uso, a Internet é também responsável pela absoluta falta de controle do que é mostrado e divulgado aos cidadãos de todo o mundo. Não existe ferramenta que iniba possíveis agressões às liberdades individuais, ainda mais no tocante ao uso indevido da imagem. É crescente o acesso à rede mundial de computadores pelos cidadãos. Isso significa que deveríamos possuir um regramento internacional sobre a temática, mas isso ensejaria uma outra extensa abordagem.

Vimos a definição de imagem no âmbito jurídico. Importante trazeremos o que seria Liberdade de Imprensa por Miranda, que utiliza a conceituação formulada por Néelson Hungria:

Liberdade de imprensa é o direito de livre manifestação do pensamento pela imprensa; mas, como todo o direito, tem seu limite lógico na fronteira dos direitos alheios. A ordem jurídica não pode deixar de ser um equilíbrio de interesses: não é possível uma colisão de direitos, autenticamente tais. O exercício de um direito degenera em abuso, e torna-se atividade antijurídica, quando invade a órbita de gravitação do direito alheio. Em quase todo o mundo civilizado, a imprensa, pela relevância dos interesses que se entrecrocaram com o da liberdade das idéias e opiniões, tem sido objeto de regulamentação especial.¹⁶⁹

¹⁶⁸ LEVACOV, Maria. et al. *Tendências na Comunicação*. Porto Alegre: L&PM, 1998. p. 28-39.

¹⁶⁹ HUNGRIA *apud* MIRANDA, Darcy Arruda. *Comentários à Lei de Imprensa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 64.

Ora, nos parece evidente que a liberdade conferida aos profissionais de imprensa termina no momento que invade a liberdade individual do cidadão. Se assim não for, haverá um desequilíbrio no convívio social com prejuízo ao cidadão.

O retrato histórico brasileiro determina que a liberdade de expressão e informação, livre de qualquer censura prévia, é condição *sine qua non* para a construção de uma sociedade democrática e que preserva suas instituições. Agredindo esta liberdade estaremos violando o Estado Democrático de Direito.

Para Edilsom Pereira de Farias a referida liberdade é um dos mais preciosos dentre os direitos do cidadão.

Do cotejo de documentos internacionais e textos constitucionais que a consagram, constata-se que a liberdade de expressão e informação é atualmente entendida como um direito subjetivo fundamental assegurado a todo cidadão, consistindo na faculdade de manifestar livremente o próprio pensamento, idéias e opiniões através da palavra, escrito, imagem ou qualquer outro meio de difusão, bem como no direito de comunicar ou receber informação verdadeira, sem impedimentos nem discriminações.¹⁷⁰

A liberdade de imprensa é, para Guerra, a evolução da liberdade do pensamento, da expressão intelectual, artística e científica e da liberdade de crença e religião. Leciona o autor citando o artigo XIX, da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, da ONU, elaborada em 1948, qual seja: “todo homem tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferências, ter opiniões e de procurar receber e transmitir informações e idéias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras”. Assim sendo, liberdade de imprensa ou de informação, como prefere o autor, consiste em propiciar a informação para a população.¹⁷¹

Papel fundamental tem a imprensa na formação do senso crítico das pessoas. O fato de ser o canal para a comunicação, aos indivíduos, dos fatos da vida implica oferecer à imprensa um poder extra-estatal fundamental, contudo perigoso. O regramento da atividade se dá para inibir

¹⁷⁰ FARIAS, Edilsom Pereira de. *Colisão de Direitos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996. p. 129.

¹⁷¹ GUERRA, Sidney César Silva. *A Liberdade de Imprensa e o Direito à Imagem*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 76.

que este poder seja usado para fins ilícitos, como acontece no uso indevido da imagem das pessoas. Entretanto, na própria Constituição Federal de 1988 há, na nossa opinião, contradição entre os princípios do direito à imagem e liberdade de imprensa. Se formos aplicar a Lei de Imprensa, elaborada sob a tutela do regime militar e há mais de 30 anos, quando não estavam disponíveis os tantos avanços na transmissão da informação, então estaremos incorrendo em erro.

O conflito entre o direito à imagem e a liberdade de imprensa (de expressão ou informação) resulta em que, quando há a proteção constitucional, devemos preservar ambos, ou seja, não pode o comunicador divulgar notícia indiscriminadamente ferindo a imagem do indivíduo, nem este interferir no exercício da profissão do primeiro. Está criado o grande dilema: o antagonismo de dois preceitos constitucionais. Vejamos a regra na CF/88 para a liberdade de imprensa:

Art. 5º, IX – é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independente de censura ou licença.

Art. 220 – A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§1º - nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

§ 2º - é vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

A Constituição estabelece reservas à liberdade de informação, dando o caminho para a solução do conflito. No momento em que fica condicionada a não agredir os direitos individuais, ali de forma explícita quando legisla “observado o disposto no art. 5º (...)” parece-nos que o direito à imagem tem hierarquia maior que a liberdade de imprensa, apesar de ambos estarem no mesmo e maior documento legal brasileiro. O legislador criou o preceito mas não o regulou, pois abaixo da Constituição aparece, para a temática, a Lei de Imprensa, datada de 1967. A prática se responsabilizou de encontrar uma maneira de amenizar a controvérsia, através da relação contratual, respeitando o regramento estatal mas sem a

ingerência destes. Antes de falar sobre a cessão da imagem por contrato, cabe identificar predicados que oportunizam ou não este tipo de atitude.

O Princípio da Proporcionalidade combinado com o Princípio da razoabilidade podem ser invocados para a solução de controvérsias envolvendo a colisão entre direitos fundamentais (direito à imagem) e entre estes e bens constitucionalmente protegidos (liberdade de imprensa). Há de ser levado em consideração que o Princípio da Proporcionalidade tem relação muito estreita com a dignidade da pessoa humana e a imagem integra a proteção desta dignidade.

3 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO ALTERNATIVA AO CONFLITO

Para que possamos compreender na íntegra o objetivo do presente trabalho, sobre o princípio da proporcionalidade como meio balizador no conflito de direitos fundamentais, necessário se faz realizarmos um breve estudo desses direitos, onde teremos a verdadeira noção de dimensão e importância, que os mesmos possuem em uma sociedade democrática.

Os direitos fundamentais são aqueles imprescindíveis à dignidade da pessoa humana, e que em nosso ordenamento constitucional de 1988, se apresentam como gênero, isto é, são formados por outros direitos, tais como os individuais, coletivos, sociais, nacionais e políticos.

Consideram-se direitos fundamentais aqueles que venham a constituir a segurança da existência digna, livre e igual da pessoa humana. Para isso, não basta tão somente constarem expressos na Constituição, mas sim, serem reconhecidos pelo Poder Público de maneira formal, onde este deverá buscar concretizá-los, incorporá-los diariamente na existência dos cidadãos e de seus agentes.

Para Gustavo Ferreira Santos, os direitos fundamentais, como se sabe, são direitos com um estatuto especial. Há certas características ocorrentes nos direitos fundamentais que os diferenciam de outros direitos reconhecidos pelo ordenamento. Trata-se de uma verdadeira *nota de fundamentalidade*, que consiste em uma especial colocação de tais direitos no conjunto mais amplo de direitos¹⁷².

Importante, torna-se salientarmos outro conceito de direitos fundamentais, proferido por Uadi Lammêgo Bulos, onde este doutrinador apresenta os mesmos, como um complexo de prerrogativas e institutos inerentes à soberania popular, que garantem a convivência digna, livre e igualitária de qualquer indivíduo, independentemente de credo, raça, origem ou cor. Os direitos são fundamentais, porque sem eles os seres humanos não têm a base normativa para serem realizadas, no plano concreto, suas

¹⁷² SANTOS, Gustavo Ferreira. *O Princípio da Proporcionalidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: Limites e Possibilidades*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

aspirações e desejos viáveis de tutela constitucional. Ademais, são fundamentais, porque sem eles a pessoa humana não se realiza, não convive, e, em alguns casos, nem sobrevive.¹⁷³

Portanto, novamente reforça-se a idéia de que a norma jurídica de direito fundamental possui uma abrangência superior à intenção do legislador, como esclarece com propriedade Willis Santiago Guerra Filho, em sua obra *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*:

Vale lembrar não ser a norma jurídica a única forma de expressão dos direitos fundamentais, o que significa dizer que esses são uma realidade mais abrangente que a norma. Já de há muito que a teoria do direito deixou de centrar-se na figura da norma jurídica, abandonando essa perspectiva por assim dizer "micro", em nome daquela outra, "macro", na qual se estuda o direito a partir do ordenamento em que ele se dá a conhecer positivamente, e que transcende a mera soma das normas, a que se sugere referir como sendo a "ordem jurídica objetiva".¹⁷⁴

O raciocínio do Professor Cearense fica concluído a partir da afirmação de uma outra dimensão dos direitos fundamentais, que não aquela mencionada anteriormente, que toma como base uma universalidade e ampliação de sua atuação de forma a atingir dignamente aquilo que muitos pretendem que se efetive como fundamentais, conforme abaixo:

O conjunto de direitos fundamentais não se reduz àquele em que se encontram as normas que os consagram, também nesse último conjunto se encontra mais do que normas de direitos fundamentais. Aqui deve-se levar em conta a circunstância de que a teoria de direito contemporânea, ao expandir o seu objeto de estudo da norma para o ordenamento jurídico, terminou por incluir nele espécie de norma que antes sequer era considerada como tal, o que, por via de conseqüência, acarretou uma ampliação também no conceito de norma até então corrente.¹⁷⁵

Não se pode falar sobre direitos fundamentais sem antes argüirmos seu teor negativo, isto é, na maioria das vezes vinculam-se à imposição de limites ao poder do governante. O que pode bem traduzir isso, são os

¹⁷³ SANTOS, Jarbas Luiz dos. *Princípio da Proporcionalidade: concepção grega de justiça como fundamento filosófico: implicações*. São Paulo: Juarez Oliveira, 2004. p. 28. Citação feita por Jarbas L.dos Santos, em referência ao conceito de direitos fundamentais proferido por Uadi Lammêgo Bulos, em sua obra *Constituição Federal Anotada*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 69.

¹⁷⁴ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Celso Bastos, 1989. p. 43.

¹⁷⁵ GUERRA FILHO, loc. cit.

direitos individuais. Vale ressaltar algo de fundamental importância quanto aos direitos individuais, que é o principal direito que a pessoa humana detém, a vida. Corresponde ao bem jurídico de maior relevância tutelado pela ordem constitucional, pois o exercício dos demais direitos depende de sua existência.

As características dos direitos fundamentais são bem definidas, agregando ao contexto dos direitos fundamentais peculiaridades verdadeiramente precípuas, onde independem do *animus* de quem os possui. Os direitos fundamentais são inalienáveis, não se pode transacioná-los¹⁷⁶. São universais, não possuem caráter pessoal, ou até mesmo a determinado grupo de pessoas, mas sim a todas as pessoas. São imprescindíveis, nem mesmo pela falta de seu uso, vêm deixar de serem exigíveis. São irrenunciáveis, pode a pessoa não exercê-los, mas não renunciar a hipótese de seu exercício. São limitáveis, isto é, não são absolutos, possuem dimensão de peso, e diante o conflito entre si, devem ser analisados quanto sua dimensão no caso concreto. E é esta última característica, penso, a que melhor se aplica no conflito em estudo.

Ao falarmos em direitos fundamentais não poderíamos deixar de comentarmos a doutrina dos *status* de Jellinek. Segundo essa doutrina, os direitos fundamentais vêm constituir um código de segurança aos indivíduos perante o Estado. Ao *status* negativo correspondem os interesses dos indivíduos na esfera da liberdade individual, onde se encontra a possibilidade de ações livres, tanto na realização quanto na omissão. O *status* passivo corresponde justamente o contrário do *status* negativo, pois posiciona o indivíduo em condição de sujeição ao Estado, isto é, aqui o indivíduo é que possui obrigações. O *status* positivo corresponde as pretensões jurídicas que o indivíduo pode exercer caso o Estado não realize suas obrigações, e até mesmo se este vier a interferir no *status* negativo. Já o *status* ativo corresponde a possibilidade do indivíduo de se inserir

¹⁷⁶ No caso do Direito à Imagem, vimos que o titular deste direito, mediante autorização expressa e conforme seus interesses permaneçam resguardados, poderá negociar com terceiro que tenha o interesse, inclusive econômico, de se beneficiar da imagem alheia. O sentido aqui dado refere-se à possibilidade de deixar de aplicar a proteção constitucional ao direito à imagem por mera vontade entre as partes.

profissionalmente no Estado, isto é, através de atividades laborais fazer parte do Estado.

Segundo Suzana de Toledo Barros, a doutrina de Jellinek tem se constituído em pano de fundo não só para aclarar uma teoria estrutural dos direitos fundamentais, como para justificar modernas concepções sobre o objeto desses direitos.¹⁷⁷

O tema de direitos fundamentais nos levaria a uma profunda pesquisa, que sem dúvidas adentraríamos em sua dimensão histórica, e no âmbito de suas gerações. No entanto o escopo do presente relato é tão somente situarmos o receptor quanto ao conceito e características, para que possamos compreender o conflito dos mesmos, e diante a aplicação do princípio da proporcionalidade, realizar balizamento desse conflito.

Portanto, o que se pode extrair da importância dos direitos fundamentais, é de que estes oferecem aos cidadãos atributos perante o Estado, de ordem proibitiva, ordenativa ou facultativa, isto é, os cidadãos através dos direitos fundamentais se posicionam perante o órgão político organizado, tendo seus anseios mais naturais reconhecidos.

A partir desta afirmativa, entendemos que a complementação a respeito da norma de direito fundamental fica bem enfatizada pelo ensinamento de Robert Alexy, quando este apresenta como resposta¹⁷⁸ a questão do que é uma norma de direito fundamental como "*aquellas que son expressadas a través de disposiciones iusfundamentales, y disposiciones iusfundamentales son exclusivamente enunciados contenidos en el texto de la lei fundamental*".

Dworkin apresenta uma peculiaridade no sentido de um problema de linguagem, vez que os legisladores, quando do procedimento legislativo, utilizaram-se de cláusulas "vagas" que o que "disseram" ou "quiseram dizer"

¹⁷⁷ BARROS, Suzana de Toledo. *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle da Constitucionalidade das Leis de Direitos Fundamentais*. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003. p. 137. A teoria dos *status* procura evidenciar que os direitos fundamentais nada mais são do que o conjunto de todas as normas jurídicas fundamentais que atribuem ao cidadão diferentes posições jurídicas frente ao Estado. Embora individualmente descritas, estas posições, na realidade, podem se apresentar intrincadas, de maneira a conferir ao indivíduo feixes de pretensões e obrigações que hão de ser analisadas em cada caso concreto.

¹⁷⁸ ALEXY, Robert. *Teoría de Los Derechos Fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid: [s.c.p.], 2001. p. 62.

acabou por limitar as ações estatais ante a violações até então desconhecidas. Complementa dizendo que este tipo de Teoria resulta em:

Uma interpretação estrita do texto da Constituição produza uma concepção estreita dos direitos constitucionais, porque restringe tais direitos aos reconhecidos por um grupo limitado de pessoas em um momento determinado da história. Ele força os defensores de um conjunto mais liberal de direitos a reconhecer que estão se distanciando da autoridade estritamente jurídica, distanciamento que devem então tentar justificar apelando apenas à desejabilidade dos resultados que chegam.¹⁷⁹

Dworkin, ao apresentar sua observação quanto ao que podem ser consideradas cláusulas vagas e o que podem ser consideradas as cláusulas abertas, que consagram valores fundamentais morais, acrescenta:

De fato, agora se pode ver que a própria prática de chamar essas cláusulas de "vagas", prática à qual aderi, envolve um erro. As cláusulas são "vagas" somente se as considerarmos como tentativas remendadas, incompletas ou esquemáticas de estabelecer concepções particulares. Se as encararmos como apelos a conceitos morais, um maior detalhamento não as tornará mais precisa.¹⁸⁰

Canotilho¹⁸¹, após afirmar que o sistema jurídico do Estado de Direito Democrático de Portugal é um sistema aberto composto de normas e princípios, reforça o pensamento que, desta forma, as normas constitucionais, além de um maior dinamismo, estariam mais facilmente se adequando à atualidade do mundo de uma justiça real, e apresenta critérios substanciais para a diferenciação entre normas e princípios, em consonância com o descrito neste ensaio.

Direitos fundamentais são aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional objetivo de determinado Estado¹⁸². É freqüente na doutrina a afirmação de que os direitos fundamentais se manifestaram em gerações (três, segundo a maioria dos autores): 1) os direitos de liberdade, ou seja, os direitos civis e

¹⁷⁹ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Título original: Taking rights seriously, p. 210-11.

¹⁸⁰ Ibidem, p. 214.

¹⁸¹ CANOTILHO apud COSTA, Maria Isabel Pereira da. *Jurisdição Constitucional no Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Síntese, 2003. p. 30.

¹⁸² SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 36; CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. p. 347.

políticos; 2) os direitos sociais, culturais e econômicos, bem como os direitos coletivos; 3) os direitos de fraternidade, que têm como destinatário o gênero humano (como o direito ao meio ambiente, por exemplo). Alguns autores falam, ainda, em uma quarta geração, a dos direitos à democracia, à informação e ao pluralismo¹⁸³.

Streck assim define a importância da aplicação dos princípios fundamentais:

Assumem relevância, neste contexto, os princípios constitucionais, incidindo sobre o ordenamento e sobre a aplicação do ordenamento. Há um efeito de irradiação provocado pelos princípios, questão que pode ser observada nos tribunais constitucionais europeus e no desenvolvimento da teoria da argumentação jurídica, na medida em que toda a interpretação se submete aos princípios.¹⁸⁴

Apresentamos antes considerações sobre os princípios como norma fundamental, onde evidenciou a importância e transformação que possuem na hierarquia das normas constitucionais, por serem reconhecidos como normas supremas do ordenamento, estando em sua mais alta escala normativa. Podemos utilizar os princípios constitucionais de direito fundamental como ferramenta que auxiliará nas interpretações dos textos constitucionais, em razão do seu alto poder de legitimação. Passariam eles a consagrar a supremacia da Constituição, haja vista que a sua superioridade normativa orientará e proporcionará o equilíbrio almejado por um Estado de Direito, conforme destaca Paulo Bonavides:

Fazem eles a congruência, o equilíbrio e a essencialidade de um sistema jurídico legítimo. Postos no ápice da pirâmide normativa, elevam-se, portanto, ao grau de norma das normas, de fonte das fontes. São qualitativamente a viga-mestra do sistema, o esteio da legitimidade constitucional, o penhor da constitucionalidade das regras de uma constituição.¹⁸⁵

¹⁸³ Por todos, BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. p. 516-26.

¹⁸⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 18.

¹⁸⁵ BONAVIDES, op. cit., p. 294.

A análise dos direitos fundamentais teve como escopo a fundamentação do Princípio da Proporcionalidade, que será adiante detalhadamente estudado. Principalmente pelo que orienta Moraes sobre a maneira adequada de se interpretar a constituição e, evidentemente, seus princípios e direitos fundamentais:

A interpretação constitucional, por sua vez, é informada pelos seguintes princípios: supremacia da Constituição, unidade da Constituição, interpretação conforme a Constituição, presunção de constitucionalidade, máxima efetividade e, finalmente, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, que para alguns autores guardam a relação de gênero e espécie.¹⁸⁶

Aqui, faz-se imperiosa a aplicação de um princípio que ordenasse o direito, o da proporcionalidade, conforme afirma com propriedade Sérgio Resende de Barros:

Alguns destes direitos novos - como todos e quaisquer direitos - podem estar ou entrar em conflito, gerando questões para o direito resolver. Como os direitos à paternidade ao aborto, quando o pai quer o filho que a mãe quer abortar. Questões tais devem ser decididas por aplicação de princípios, como a proporcionalidade e a razoabilidade e outros princípios aplicáveis, assim aos direitos humanos, como a todo o Direito.¹⁸⁷

A mera elevação suprema dos direitos fundamentais não elide que ocorra um conflito ou colisão de princípios sem que exista uma solução imediata. Em razão de lidarmos com Direitos Fundamentais que não estão explícitos nos texto constitucional, a Doutrina vem consagrando o Princípio da Proporcionalidade, que em razão de grande sucesso com a experiência alemã, inicialmente concebida no Direito Administrativo para atualmente passar a estar presente nas Decisões do Tribunal Constitucional Alemão, passou a harmonizar interesses gerais. A proporcionalidade vai ao encontro do ideal de equilíbrio contido na idéia de Justiça, que efetivamente objetiva solucionar e aperfeiçoar fins e meios de uma relação de valores, de forma a sanar insuficiências ou irregularidades de uma suposta dupla finalidade dos

¹⁸⁶ MORAES, Guilherme Pena de. *Direito Constitucional: teoria da constituição*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 87.

¹⁸⁷ BARROS, Suzana de Toledo. *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003. p. 454.

direitos fundamentais. Dessa afirmação, pretende-se que este princípio deva ser dotado de características para cumprir sua função sócio-política, haja vista que poderemos ter questões que versem sobre as liberdades individuais e colidam com interesses coletivos, caso do conflito entre o direito à imagem e a liberdade de imprensa, almejando chegar a uma conclusão bem fundamentada, de forma que esta decisão deva ser aceita e acatada pelas partes envolvidas, todavia, apresentando-se a grande ressalva que o procedimento deverá englobar e integrar todos os pontos controvertidos da questão decidida, podendo esta ser modificada no futuro em razão de sua praticidade não obter êxito quando da sua aplicação no seio da sociedade.

Resta primordial analisarmos o que as regras e os princípios representam no ordenamento jurídico, isto é, se correspondem a um sentido único ou se existem diferenças, não somente terminológicas, mas estruturais. E para isso faz-se necessário ventilar conceitos que o Princípio da Proporcionalidade abarca, e fundamentalmente realizar uma depuração sobre a distinção de princípios e regras.

A esse respeito Raquel D. Stumm¹⁸⁸ nos diz que *tanto os princípios como as regras constitucionais possuem um caráter deontológico, à medida que dizem do deve ser*. A distinção é a base da fundamentação e da solução dos problemas principais do Direito. As possibilidades e os limites da racionalidade do sistema jurídico resultam do relacionamento entre princípios e regras.

Os mais renomados doutrinadores propõem-se a realizar a propagação, porém espinhosa, diferenciação entre princípios e regras, então trazemos a colação as mais significativas teses sobre o tema.

Para Ronald Dworkin¹⁸⁹, os princípios *são normas imediatamente finalísticas, que estabelecem um fim a ser atingido, ou seja, a idéia que exprime uma orientação prática do conteúdo pretendido*, trata-se de

¹⁸⁸ STUMM, Raquel Denise. *Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995. p. 50.

¹⁸⁹ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Título original: Taking rights seriously, p. 70.

mandamentos constitucionais passível de otimização. Ainda, segundo Dworkin¹⁹⁰

A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão, pois se duas regras estão em conflito, uma suplanta a outra em virtude de sua importância maior, onde uma delas não pode ser válida.

Em suas lições a cerca da distinção entre regras e princípios e do método de resolução dos conflitos das normas/regras, pronuncia-se Dworkin¹⁹¹ afirmando que *os princípios possuem uma dimensão de peso*, assevera, também, que esta dimensão valorativa do princípio pode ser demonstrada na hipótese de colisão entre princípios, quando ao julgador será oportunizado valorar os princípios em questão, minimizando o rigor formal de um deles, o princípio a ser preterido em função do outro, avaliando para tanto a finalidade para qual se destina o princípio e realizando um juízo a respeito da necessidade do comprometimento de um dos princípios e da ponderação entre os dois valores conflitante e constitucionalmente assegurados; o que não vem invalidar o princípio ora preterido.

Nesta medida tem-se a otimização do princípio como instrumento finalístico para obtenção do dever-ser pretendido, onde acontece a valoração da norma, dotando-a de uma noção de peso. A *contrario sensu*, não podemos dizer que uma regra é mais importante que outra, enquanto parte do mesmo sistema hierárquico de regras, de tal modo, se duas regras estão em conflito, uma suplanta a outra em virtude de sua importância maior no caso concreto. Duas regras em conflito resolvem-se pela validação da mais adequada ao caso concreto. Este cotejamento far-se-á pela

¹⁹⁰ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Título original: *Taking rights seriously*, p. 71.

¹⁹¹ *Ibidem*, p. 42.

ponderação da convivência da aplicação da mesma, sendo o impasse resolvido pelo Princípio da Proporcionalidade.

Extraíndo do tema profunda relevância jurídica para o entendimento dos direitos fundamentais, Alexy¹⁹² procurou estruturar a diferença entre princípios e regras de maneira que se pudesse fazer a verificação adequada da referida diferença, diante uma previsão de limites para cada um destes componentes jurídicos constitucionais. O autor considera os princípios como mandatos de otimização, e explanando a distinção entre eles diz que ¹⁹³,

el punto decisivo para la distincion entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado em la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización.

Alexy¹⁹⁴ defende a idéia de que as regras são normas, que são ou não são efetivadas, validadas e obedecidas. Se uma regra é válida, deve-se fazer exatamente o que ela exige, percorrendo os limites por ela traçados sem extrapolá-los, percorrendo e exercendo o mandamento legal em seus contornos, nem mais nem menos. Já os princípios, para o autor, são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas. Assim define Alexy¹⁹⁵:

Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos em diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principio y reglas opuestos. Em cambio, las reglas son normas que solo pueden ser cumplida o no. Si una regla es váolida, entonces de hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen determinaciones em el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible. Esto significa que la diferencia entre reglas y principios es cualitativa y no de grado. Toda norma es o bien una regla o um principio.

¹⁹² ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Versión castellana por Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001. p. 86.

¹⁹³ ALEXY, loc. cit.

¹⁹⁴ ALEXY, loc. cit.

¹⁹⁵ *Ibidem*, p. 86-7.

Leandro Paulsen¹⁹⁶ endossa os ensinamentos de Alexy lecionando que as regras caracterizam-se como sendo razões definitivas, prescrições que impõem determinada conduta, enquanto que os princípios são razões *prima facie*, prescrições de otimização. Assim, os princípios são mandatos de otimização, que podem ser cumpridos em diferentes graus e a medida do seu cumprimento depende não só das possibilidades reais, mas também das possibilidades jurídicas.

Diante o exposto, percebe-se que são dois os principais critérios utilizados para se realizar a distinção de princípios e regras. Primeiramente, a generalidade que existe em ambas as espécies se faz muito mais presente e em grau mais elevado nos princípios, segundo Jarbas L. dos Santos¹⁹⁷. Em segundo lugar e de fundante importância aparece hipótese de colisão, já abordada anteriormente diante as teorias de Dworkin e Alexy.

Saliente-se que no conflito de regras fazer-se-á uma ponderação entre os princípios conflitantes minimizando o rigor formal de um dos princípios e privilegiando o outro, pois em se tratando de conflito de princípios tal exclusão não se justifica, daí o porquê do simples preterimento de um dos princípios e não de sua exclusão.

Diante a problemática na definição de princípios no ordenamento jurídico, Humberto Ávila¹⁹⁸ compôs a obra “Teoria dos Princípios”, onde vem abordar a definição à aplicação dos princípios jurídicos, estabelecendo de maneira investigativa o fenômeno da interpretação no Direito, diante ao modismo da distinção de princípios e regras.

Os princípios são reverenciados como bases ou pilares do ordenamento jurídico, por isso, requer Humberto Ávila, a devida reflexão quanto à distinção entre princípios e regras, e a clareza conceitual na manipulação das espécies normativas. É verdade que o importante não é

¹⁹⁶ PAULSEN, Leandro. *Direito Tributário: Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência*. 7. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado: ESMAFE, 2005. p. 919-20.

¹⁹⁷ SANTOS, Jarbas Luiz dos. *Princípio da Proporcionalidade: concepção grega de justiça como fundamento filosófico*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004. p. 11.

¹⁹⁸ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos*. 4. ed, São Paulo: Malheiros, 2004. p. 23.

saber qual a denominação mais correta desse ou daquele princípio. O decisivo mesmo é saber qual é o modo mais seguro de garantir sua aplicação e efetividade.

Para Humberto Ávila,¹⁹⁹

os princípios se definem como deveres de otimização aplicáveis em vários graus segundo as possibilidades normativas e fáticas: normativas, porque a aplicação dos princípios depende dos princípios e regras que a eles se contrapõem; fáticas, porque o conteúdo dos princípios como normas de conduta só pode ser determinado quando diante dos fatos.

Mesmo diante dessa perspectiva de diferenciação de princípios e normas, Humberto Ávila não ressalta de maneira veemente tal diferenciação, dizendo que não se apresenta de maneira muito clara, contrariando parcialmente as teses de Dworkin e Alexy.

Pode-se assim perceber que a essência dos princípios está diretamente relacionada a sua dimensão finalística, junto à aplicação do modo *mais* ou *menos*, contrapondo o modo *se, então*, onde há a determinação que se o previsto acontecer, aí então as conseqüências serão aplicadas na forma tudo-ou-nada conforme Dworkin.

Sendo assim, as regras somente podem ser cumpridas ou não, isto é, se o texto legal é válido, há de se fazer exatamente o que ele exige, nem mais nem menos. Diante disso, se pode diferenciar as normas-regras das normas-princípios, pois essas quando em conflito entre si, o caso concreto pode ser solucionado diante a apresentação da excepcionalidade, ou então se declarando a invalidade de uma em prol da outra, pois as normas-regras prescrevem o fato e as conseqüências normativas. Este método já não pode ser utilizado para dirimir conflito das normas-princípios, onde há juízo de preterição e não de invalidez, ou seja, a norma-princípio que for preterida não necessariamente perderá sua validade, tudo isso decorrendo de um processo hermenêutico principiológico.

¹⁹⁹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos*. 4. ed, São Paulo: Malheiros, 2004. p. 29.

Para Dworkin, os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou importância. Quando os princípios se cruzarem, aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. Não obstante, essa dimensão é uma parte integrante do conceito de um princípio, de modo que faz sentido perguntar que peso ele tem ou quão importante ele é.²⁰⁰

Diante o exposto, pode se perceber que há distinções entre princípios e regras, que podem ser claramente vislumbradas diante a utilização de critérios específicos. Cabe aqui, observando a evolução da dogmática jurídica, lembrar o ensinamento do doutrinador do positivismo.

Quando nos propomos a falar acerca de norma de direito fundamental, faz-se totalmente necessário em nossas investigações, apresentarmos, mesmo que rápidas, referências ao doutrinador que trouxe grande contribuição ao Universo Jurídico sobre a Norma Hipotética Fundamental, Hans Kelsen, que quando apresenta sua conclusão sobre a essência da interpretação jurídica²⁰¹, afirma com sabedoria que todo e qualquer processo interpretativo do direito, para que alcance uma melhor aplicação, deve ser inserido no seguinte processo: uma atividade mental ligada à idéia de uma progressividade ou progressão da norma. Isto é, estaremos diante de um ordenamento jurídico composto por um processo hierárquico de normas jurídicas, portanto, sempre que uma norma jurídica que se encontrar posicionada no escalão superior, deverá demonstrar a sua força e validade, prevalecendo diante de outras devidamente localizadas em escalões de níveis chamados inferiores.

Portanto, norma origina a criação de outra norma sucessivamente, até chegarmos ao famoso corte epistemológico, que originou a Norma Hipotética Fundamental, como nos dizeres de Kelsen:

É a fonte comum da validade de todas as normas pertencentes a uma e mesma ordem normativa, o seu fundamento de validade comum [...] que constitui a unidade de uma pluralidade

²⁰⁰ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p.42-3.

²⁰¹ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 4. ed. 4ª Tiragem. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 387.

de normas enquanto representa o fundamento da validade de todas as normas pertencentes a essa ordem normativa.²⁰²

Retornando a nova teoria princípios-regras, segundo Humberto Ávila²⁰³, para termos a distinção entre eles, o primeiro critério vem a ser o *caráter hipotético-condicional*, que se fundamenta no fato de as regras possuírem uma hipótese e uma consequência que predeterminam a decisão, sendo aplicadas ao modo *se, então*, enquanto os princípios apenas indicam o fundamento a ser utilizado pelo aplicador para futuramente encontrar a regra para o caso concreto. Em segundo lugar, há o critério do *modo final de aplicação*, que se sustenta no fato de as regras serem aplicadas de modo absoluto *tudo ou nada*, ao passo que os princípios são aplicados de modo gradual *mais ou menos*. Em terceiro lugar, o critério do *relacionamento normativo*, que se fundamenta na idéia de a antinomia entre as regras consubstanciar verdadeiro conflito, solucionável com a declaração de invalidade de uma das regras ou com a criação de uma exceção, ao passo que o relacionamento entre os princípios consiste num imbricamento, solucionável mediante ponderação que atribua uma dimensão de peso a cada um deles.

Para Raquel Denize Stumm²⁰⁴, são, os princípios, os instrumentos da estrutura fundamental do sistema, porém, por apresentarem uma abertura no seu conteúdo aos padrões de justiça, não possuem uma vinculatividade estreita, como é o caso das regras. Eles constituem a razão de ser das regras jurídicas.

Por oportuno, lembro os ensinamentos de Ferraz Júnior, que apresenta algumas referências ante as diferenças existentes entre o direito positivo e o espaço da positivação, ao afirmar que:

O direito positivado é um direito que pode ser por decisão, o que gera, sem dúvida, certa insegurança com respeito a verdades e princípios reconhecidos, lançados então, para um segundo plano, embora, por outro lado, signifique uma condição

²⁰² KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 4. ed. 4ª Tiragem. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 217.

²⁰³ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 30.

²⁰⁴ STUMM, Raquel Denize. *Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995. p. 44.

importante para melhor adequação do direito à realidade em rápida mutação, como é a de nossos dias. Entendemos que o fenômeno da positivação não só explica o papel ambíguo que o homem assume perante o direito - fundamentos de todas as positividades jurídicas, o homem é também o seu objeto central -, mas também o nascimento da moderna ciência jurídica, com suas iminentes ambigüidades. Queremos dizer, com isso, que a positivação forçou a tematização do ser humano como objeto da Ciência do Direito. Mesmo correntes modernas que procuram fazer da ciência jurídica uma ciência de norma não podem deixar de enfrentar o problema do comportamento do homem e suas implicações na elaboração e aplicação do Direito.²⁰⁵

Esta compreensão ganha cada vez mais espaço junto aos Constitucionalistas e Filósofos do Direito pátrio, conforme verificamos na afirmativa de Menelick de Carvalho Netto²⁰⁶, dizendo que *este é um desafio à compreensão dos direitos fundamentais; tomá-los como algo permanentemente aberto, ver a própria Constituição formal como um processo permanente, e portanto, mutável, de afirmação da cidadania.*

Steinmetz²⁰⁷ corrobora com a tese de Alexy, colocando que o mais relevante diante do tema “é o caráter *prima facie* das regras e princípios”. Enquanto mandatos de otimização, que ordenam que algo deva ser realizado segundo as possibilidades jurídicas e fáticas, os princípios não são mandatos definitivos, mas *prima facie*. Em contra partida, as regras são normas que exigem que se faça exatamente o ordenado. São mandatos definitivos. Apenas não são mandatos definitivos quando é possível introduzir uma exceção com fundamento em um princípio.

Isso quer dizer que, quando uma regra é uma razão para um juízo concreto de dever ser que tem que pronunciar como é o caso, quando é aplicável e não permite nenhuma exceção, então é uma razão definitiva, “a menos que se haja estabelecido uma cláusula de exceção”, conforme ensina Steinmetz.

O germe do princípio da proporcionalidade foi a idéia de dar garantia à liberdade individual em face dos interesses da administração. E essa consciência de que existiam direitos oponíveis ao próprio Estado e que este,

²⁰⁵ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 37.

²⁰⁶ SAMPAIO, José Adécio Leite. *Direito à Intimidade e à Vida Privada*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 145.

²⁰⁷ STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 128.

por sua vez, deveria propiciar fossem tais direitos respeitados decorreu das teorias jusnaturalistas formuladas na Inglaterra dos séculos XVII e XVIII.²⁰⁸

Mister se faz no momento, tecermos um breve comentário sobre a origem histórica do princípio em tela, pois suas raízes estão interligadas a própria essência dos direitos humanos jurisdicalizados. Justamente por isso, que entendemos ser o princípio da proporcionalidade um dos mais importantes princípios jurídicos no Direito, onde o mesmo retrata a própria idéia de justiça, que na obra *Ética a Nicômaco*, Aristóteles, citado por Chade Rezek Neto, nos mostra que “justo é o susceptível de criar, ou de salvaguardar, no todo ou em parte, a felicidade da comunidade política (...) o justo é, de algum modo, uma proporção, uma igualdade de relações”.²⁰⁹

É na idade moderna que o princípio da proporcionalidade começa a receber sua fundamentação escrita no mundo jurídico. Vem ocorrer diante o movimento social da burguesia na Inglaterra, através da Revolução Gloriosa de 1688, de onde se deu início à elaboração de documentos com fins a resguardar os direitos do cidadão. Um século após, é a vez da nação francesa, através da Revolução Francesa de 1789, completamente essencializada pela doutrina iluminista, se destacar na formulação de um texto legal, que viesse regular a ação do Estado em face do cidadão.

Segundo Jarbas Luiz dos Santos, os estudiosos que se ocupam do princípio da proporcionalidade apontam, se não em uníssono em maior parte, para a Idade moderna como seu ponto de origem²¹⁰.

Importante destacarmos através dos ensinamentos de Gustavo Ferreira Santos, de que uma idéia geral de proporcionalidade habita a filosofia desde a antiguidade. Frequentemente é a referência à obra de Aristóteles, na qual a proporcionalidade faz parte do próprio conceito de

²⁰⁸ BARROS, Suzana de Toledo. *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003. p.37 e 40. De fato, o processo político-filosófico emergente do jusnaturalismo gerou um sistema jurídico diverso na Inglaterra, tendo em vista a tradição da *common law*, que, sem a preocupação de racionalizar todo o direito em regras gerais, como faziam os juristas da Europa Continental, permitiu um sólido desenvolvimento dos princípios do jusnaturalismo pela prática, baseada nos costumes, segundo os quais, diante do caso concreto, o juiz dita o que é justo.

²⁰⁹ REZEK NETO, Chade. *O Princípio da Proporcionalidade no Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Lemos & Cruz, 2004. p. 14.

²¹⁰ SANTOS, Jarbas Luiz dos. *Princípio da Proporcionalidade: concepção grega de justiça como fundamento filosófico*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004. p. 17.

justiça. Ao definir o princípio da justiça distributiva, na sua *Ética a Nicômaco*, afirma ser ele “a conjunção entre o primeiro termo de uma proporção com o terceiro, e do segundo com o quarto, e o justo nesta acepção é o meio-termo entre dois extremos desproporcionais, já que a proporcional é um meio-termo, e o justo é o proporcional”.²¹¹

Ao falarmos dos primórdios da proporcionalidade, não poderíamos deixar de invocar a obra *Dos Delitos e das Penas*, de Cesare Beccaria, no capítulo *Da Proporção entre os crimes e as penas*, § XX III, onde nos ensina que (...) se dois crimes que atingem desigualmente a sociedade recebem o mesmo castigo, o homem inclinado ao crime, não tendo que temer uma pena maior para o crime mais monstruoso, decidir-se-á mais facilmente pelo direito que lhe seja mais vantajoso; e a distribuição desigual das penas produzirá a contradição²¹². Sobre Beccaria, assim dispõe Gustavo Ferreira dos Santos:

É de notável importância e merece registro a obra de Beccaria. A conclusão de sua mais importante obra, *Dei delitti e delle pene*, expressa a centralidade da exigência da proporcionalidade na racionalidade que é por ele pregada para o Direito Penal: para que cada pena não seja uma violência de um ou de muitos contra um cidadão privado, deve ser essencialmente pública, rápida, necessária, a mínima possível nas circunstâncias dadas, proporcional aos delitos e ditada pelas leis (1999, p. 139).²¹³

Em 1913, Walter Jellinek relacionou a proporcionalidade com o problema central do Direito Administrativo que é a discricionariedade, conforme salientado por Willis Santiago Guerra Filho. É a partir do trabalho desenvolvido por Walter Jellinek que se abre à possibilidade de aplicar-se o princípio da proporcionalidade nas mais diversas searas do direito. Essa transposição do princípio da proporcionalidade do campo do direito administrativo para o plano constitucional se deve em grande parte ao

²¹¹ SANTOS, Gustavo Ferreira. *O Princípio da Proporcionalidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, Limites e possibilidades*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004. p. 117.

²¹² BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. Tradução de Flório de Angelis. 6. reimpressão. Bauru, SP: Edipro, 2001. p. 66.

²¹³ SANTOS, Gustavo Ferreira. *O Princípio da Proporcionalidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, Limites e possibilidades*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004. p. 118.

posicionamento assumido pelo Tribunal Constitucional, na Alemanha Ocidental, conforme destacado por Guerra Filho.²¹⁴

Segundo Raquel Denize Stumm, deve-se a Jellinek a elaboração da teoria dos direitos subjetivos públicos (*System der subjektiven öffentliche Rechte, 1892*). O tipo histórico Estado de Direito moderno diferencia-se dos demais por reconhecer nos seus súbditos pessoas com direitos a reivindicar a proteção do Estado.²¹⁵

Para Canotilho, o princípio da proporcionalidade dizia primitivamente respeito ao problema da limitação do poder executivo, sendo considerado como medida para as restrições administrativas da liberdade individual. É com este sentido que a Teoria do Estado o considera, já no séc. XVIII, como máxima suprapositiva, e que ele foi introduzido, no séc. XIX, no direito administrativo como princípio geral do direito de polícia (cfr. Art. 272.º/1 Constituição Portuguesa).²¹⁶

Todos os momentos anteriores na historicidade do princípio da proporcionalidade foram importantíssimos, no entanto, segundo Bonavides,

a primeira manifestação do princípio da proporcionalidade na prática jurídica se dá na Suíça, sem apresentar ainda a forma hoje conhecida. No entanto, foi através do debate constitucional alemão, porém, que se apresentou como seu principal espaço de desenvolvimento. Sua noção mais aceita na atualidade foi construída a partir de indicadores formulados pela jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão.²¹⁷

Em suma, esse breve relato histórico do princípio da proporcionalidade, vem servir de fundamentação à relevante importância de

²¹⁴ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria Processual da Constituição*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2000. p. 77-80.

²¹⁵ STUMM, Raquel Denize. *Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995. p. 104-05. Jellinek classificou os direitos subjetivos públicos em quatro *status*, conforme a posição ocupada pelo indivíduo em relação ao Estado: no *status* passivo, ou *status subjectionis*, o indivíduo encontra-se numa posição de subordinação, despojado de personalidade; no *status negativus*, ou *status libertatis*, há o reconhecimento ao indivíduo de uma esfera de liberdade individual intangível pelo Estado; no *status positivus*, ou *status vivitatis* o indivíduo é reconhecido como sujeito do poder político, com direito a prestações fornecidas pelo Estado; por último, no *status activus*, ou *status activae civitatis*, o indivíduo angaria o direito a participar ativamente do poder político.

²¹⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 266-67.

²¹⁷ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 374-77.

seu escopo, que vem a ser a defesa dos direitos e garantias fundamentais, constitucionalmente expressos, diante a ação excessiva do Estado.

A expressão “proporcionalidade” tem sentido literal limitado, pois a representação mental que lhe corresponde é a de equilíbrio, havendo nela, a idéia implícita de relação harmônica entre duas grandezas. Mas a “proporcionalidade” em sentido amplo é mais do que isso, pois envolve também considerações sobre a adequação entre meios, fins e a utilidade de um ato para proteção de um determinado direito.²¹⁸

Steinmetz cita Bonavides, onde este menciona Xavier Philipe quanto a conceitualização do princípio em tela, “princípios se oferecem mais à compreensão do que à definição”. O princípio da proporcionalidade é um caso que corrobora a tese.²¹⁹

Parecem ser duas as razões que dificultam uma definição. Primeira: a complexidade do princípio. E segunda: as oscilações terminológicas (significante) e imprecisões conceituais (significado).²²⁰

Steinmetz refere-se à complexidade do princípio, como causa a dificultar sua definição, pois o princípio da proporcionalidade inicialmente era suscitado como princípio da proibição do excesso. No Brasil ainda é suscitado como princípio da razoabilidade, o que mais adiante verificaremos se tratar de um equívoco do operador do direito. Para Steinmetz tudo isso tem como conseqüência, que para a investigação do princípio da proporcionalidade é mais oportuna e útil uma descrição analítica do que algumas enunciações gerais a título de síntese. Em outros termos, trata-se de aprendê-lo, não de forma direta ou imediata, mas mediante análise e descrição progressivas de sua estrutura, pressupostos, finalidade, hipótese de fundamento de validade, insuficiências, relação com outros princípios - princípios da igualdade e da razoabilidade.²²¹

Gustavo Ferreira dos Santos também apresenta a real distinção do princípio da proporcionalidade, para com o termo literal, proporcionalidade.

²¹⁸ BARROS, Suzana de Toledo. *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle da Constitucionalidade das Leis de Direitos Fundamentais*. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003. p. 75.

²¹⁹ BONAVIDES apud STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade*. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2001. p. 147.

²²⁰ BONAVIDES apud STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade*. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2001. p. 147.

Segundo o autor, “os diversos usos do termo (proporcionalidade) representam, em sua grande maioria, critérios que derivam do citado conceito matemático de proporcionalidade”.²²² Conceito esse que refere a proporção a uma igualdade entre duas razões.

Diante o exposto, fica cristalina a diferença entre o conceito literal de proporcionalidade e o princípio da proporcionalidade. Isso pode ser constatado diante o dizer de Gustavo Ferreira Santos, que o princípio da proporcionalidade é um instrumento específico, identificado e desenvolvido em uma dada experiência jurídico-constitucional, que permite a limitação do poder estatal. Trata-se de um instrumento segundo o qual a medida a ser tomada pelo Estado há de ser adequada e necessária à finalidade apontada pelo agente, bem como deve ser garantida uma relação de proporcionalidade entre o bem protegido pela atividade estatal e aquele que, por ela, é atingido ou sacrificado.²²³

Marcelo Ribeiro de Oliveira apud Jarbas Luiz dos Santos, conceitua o princípio em comento, como sendo um parâmetro para aferição do elemento ‘justiça’ de atos e normas do Poder Público.²²⁴

Luís Virgílio Afonso da Silva, abordando a temática sob o prisma do direito estatal e sua atividade da aplicação dos direitos fundamentais, defende como “conceito preliminar de proporcionalidade” o seguinte:

A regra da proporcionalidade é uma regra de interpretação e aplicação do direito - no que diz respeito ao objeto do presente estudo, de interpretação e aplicação dos direitos fundamentais, empregada especialmente nos casos em que um ato estatal, destinado a promover a realização de um direito fundamental ou de um interesse coletivo, implica a restrição de outro ou outros direitos fundamentais. O objetivo da aplicação da regra da proporcionalidade, como o próprio nome indica, é fazer com que nenhuma restrição a direitos fundamentais tome dimensões proporcionais.²²⁵

O doutrinador Jarbas Luiz dos Santos, diz tratar-se a proporcionalidade de um sobreprincípio ou princípio que age sobre os

²²¹ Ibidem, p. 148.

²²² SANTOS, Gustavo Ferreira. *O Princípio da Proporcionalidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, Limites e possibilidades*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004. p. 107.

²²³ Idem, p. 107.

²²⁴ Ibidem, p. 73.

demais, fornecedor de parâmetros para aferição da justiça em todos e quaisquer atos do Poder Público, concebida a Justiça²²⁶ como fator axiológico fundante do direito.²²⁷

Acredita-se que a dificuldade em se chegar a um consenso quanto ao conceito do princípio da proporcionalidade, está diretamente relacionada à sua própria dimensão.

Cabe trazer à baila o conceito de Nagib Slaibi Filho:

Denomina-se princípio da proporcionalidade a decorrência do princípio da supremacia da Constituição que tem por objeto a aferição da relação entre o fim e o meio (a Constituição é o meio de resolução de problemas), muito além do sentido teleológico ou finalístico, reputando arbitrário o ato que não observar os valores postos como prevalentes pela ordem constitucional.²²⁸

Para Steinmetz, a fundamentação constitucional do princípio é *conditio sine qua non* para a justificação de sua aplicação e resultados²²⁹. Para Helenilson Cunha Pontes, a proporcionalidade, como princípio jurídico implícito do Estado de Direito, é uma garantia fundamental para a concretização ótima dos valores consagrados na Constituição. A proporcionalidade é princípio que concretiza o postulado segundo o qual o Direito não se esgota na lei (ato estatal que deve representar a síntese da vontade geral).²³⁰

É de nosso saber, que a estrutura da Constituição de 1988, está assentada em um sistema interno de princípios e regras jurídicas, e que esses se encontram dispostos de maneira hierárquica.

O postulado da proporcionalidade não consta de maneira expressa em nossa Constituição, portanto, assim se exige que para a aceitação do

²²⁵ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. *Revista dos Tribunais*. O Proporcional e o Razoável. São Paulo, v. 798, p. 24, abr. 2002.

²²⁶ Como justa homenagem, vale relembrar a manifestação de Luis Luisi, professor do programa de Mestrado da Ulbra, que ministrou a disciplina Teoria da Justiça afirmando que, em mais de 60 anos de atividade voltada ao estudo do Direito, não conseguiu pacificar em suas manifestações um conceito preciso sobre Justiça.

²²⁷ SANTOS, op. cit., p. 74.

²²⁸ SLAIBI FILHO, Nagib. *Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 112.

²²⁹ STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 159.

²³⁰ PONTES, Helenilson Cunha. *O Princípio da Proporcionalidade e o Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, 2000. p. 51.

mesmo se justifique sua aplicação diante o respaldo constitucional, que no caso brasileiro, vem por derivação.

Complementa-se com Paulo de Oliveira Lanzelotti Baldez:

De igual modo, apesar de não expressos no texto da Lei Maior, os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade são de vital importância no estado Democrático de Direito - em cujo modelo de Constituição repousa o próprio fundamento constitucional desses princípios -, especialmente na aplicação e interpretação do direito. O princípio da proporcionalidade consiste em aplicar o Direito consoante uma interpretação que, sopesando as circunstâncias do caso concreto em face das normas jurídicas de natureza constitucional ou infraconstitucional aplicáveis, possa produzir uma solução justa e efetiva para o conflito.²³¹

Para Suzana de Toledo Barros, a Carta Brasileira de 1988 assimilou, de um modo geral, as tendências do novo arquétipo do Estado constitucional. A par de expressamente considerar a dignidade humana princípio fundamental do Estado Brasileiro (art. 1º) e de aumentar, em relação às Constituições anteriores, o rol dos direitos e garantias fundamentais, conferiu-lhes *aplicabilidade imediata* (art. 5º, §1º) e tratou de assegurar-lhes expectativa de expansão, segundo a cláusula aberta assim redigida:

Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte (art. 5º, § 2º).²³²

Segue a autora dizendo que o princípio da proporcionalidade possui assento no contexto normativo no qual se introduzem os direitos fundamentais e os mecanismos de respectiva proteção.

Mesmo que o princípio da proporcionalidade não esteja expressamente grafado em nossa Constituição, vem servindo de suporte técnico-jurídico ao legislador infra-constitucional. Vejamos o caso da Lei 9.784/99, que possui o propósito de regular o Processo Administrativo no

²³¹ BALDEZ, Paulo de Oliveira Lanzelotti. A Imprescindibilidade do Uso da Constituição na Efetiva e Justa Solução dos Litígios. In: *A Constitucionalização do Direito: A Constituição como Locus da Hermenêutica Jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

²³² BARROS, Suzana de Toledo. *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle da Constitucionalidade das Leis de Direitos Fundamentais*. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003. p. 95.

âmbito da Administração Pública Federal, onde podemos confirmar o quanto o princípio da proporcionalidade está fortalecendo nosso ordenamento jurídico.

A Lei 9.784/99, em seu Art. 2º, que assim transcrevemos na íntegra:

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. (grifamos)

Os doutrinadores em sua maioria compatibilizam o fundamento constitucional do princípio da proporcionalidade, ou a *sedes materiae* como assim o diz Raquel Denize Stumm, com o Estado de Direito, ao princípio da proteção do núcleo essencial e ao princípio do devido processo legal.

Conforme Suzana de Toledo Barros, devemos averbar, por importante, que os pressupostos jurídicos do Estado de Direito, desde sua formulação original, sempre se constituíram em meios técnicos de defesa dos direitos fundamentais.²³³ A isso corrobora o princípio da proporcionalidade, pois sua constituição se configura essencialmente na proteção de direitos fundamentais, que atingem e vinculam igualmente os particulares.

Para Jarbas Luiz dos Santos, o fundamento relativo ao Estado Democrático de Direito, por seu turno, possui natureza eminentemente política, eis que estribado em uma categoria própria da ciência política, qual seja, a noção de Estado.²³⁴

Gustavo Ferreira Santos entende que, independentemente de sua expressa referência no texto da Constituição, o princípio da proporcionalidade deve ser invocado em todos os ordenamentos que consagram os direitos fundamentais e o conceito de Estado de Direito.²³⁵

²³³ BARROS, Suzana de Toledo. *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle da Constitucionalidade das Leis de Direitos Fundamentais*. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003. p. 97.

²³⁴ SANTOS, Jarbas Luiz dos. *Princípio da Proporcionalidade: concepção grega de justiça como fundamento filosófico*. São Paulo. Juarez de Oliveira, 2004. p. 38.

²³⁵ SANTOS, Gustavo Ferreira. *O princípio da Proporcionalidade na Jurisprudência do STF: Limites e Possibilidades*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004. p. 115. O que poderia ser resumido na consideração de que o princípio da proporcionalidade está implícito no sistema constitucional de qualquer sociedade política que se reconhece como um Estado de Direito, uma vez que o sistema de direitos fundamentais é uma característica do Estado de Direito. A idéia de

Quanto a fundamentação do princípio da proporcionalidade relacionada ao princípio da proteção do núcleo essencial, a recebemos em duas ordens, a absoluta e a relativa. Da concepção absoluta podemos abstrair, que os direitos fundamentais possuem um núcleo essencial, onde este teoricamente estaria protegido de maneira previamente escrita. Segundo Suzana de Toledo Barros, o núcleo essencial constituiria o conteúdo mínimo de um direito, insuscetível de ser violado, sob pena de aniquilar-se o próprio direito. O legislador, então, ao restringir direitos, estaria limitado pelo núcleo essencial do direito a ser restringido.²³⁶

A outra concepção quanto ao núcleo essencial, é a teoria relativista, que preconiza a possibilidade de restrição ao núcleo fundamental. Sendo que, a restrição deve ser considerada a partir do caso concreto, onde decorreria de fatores relacionados à ponderação, na indispensabilidade da medida e da real necessidade da mesma, onde se deve verificar o mínimo possível de ingerência ao núcleo fundamental. Percebe-se que na concepção relativista, podemos encontrar todos os princípios que constituem o princípio da proporcionalidade, levando a uma estreita ligação dos direitos fundamentais ao princípio em ênfase.

Posta assim a questão, resta comprovado que o *princípio da proporcionalidade* é concretizado diretamente da essência dos direitos fundamentais e a ausência da cláusula sobre o conteúdo essencial dos direitos fundamentais em nossa constituição não obsta ao seu reconhecimento.²³⁷

proporcionalidade é evocada a partir do próprio conceito de Estado de Direito. O Estado Democrático e Social de Direito, tal qual hoje o concebemos, é materialmente marcado pela necessidade de máxima proteção dos direitos fundamentais, o que o diferencia de outras formas que consagram aparentemente os direitos fundamentais, mas que, na prática, o negam. Essa ligação entre o princípio da proporcionalidade e o Estado de Direito remonta às versões liberais da concepção de Estado de Direito. Ali, "só se deve restringir a liberdade dos indivíduos na medida em que tal for necessário no sentido dos fins prevaletentes da comunidade. Cada um no Estado deveria ficar tão livre quanto possível" (ZIPPELIUS, 1997, p.389).

²³⁶ BARROS, op. cit., p. 102. Tornando-se como exemplo o direito de propriedade, ter-se-ia que o modo amplo de realizá-lo inclui a garantia ao seu titular de todos os poderes a ele inerentes, quais sejam, poderes de disposição, uso e gozo do bem apropriado. Sendo, porém, indiscutível que limitações a esses poderes são passíveis de ocorrer em face de certas circunstâncias, à luz da teoria absoluta haveria de ser mantido um poder mínimo de utilização do bem pelo proprietário, essencial à sua configuração como direito de propriedade.

²³⁷ Ibidem, p. 104. O debate dos teóricos é de grande relevância, porque tem como pano de fundo o reforço à idéia de fundamentalidade de alguns direitos. Contudo, uma teoria não elimina a outra; antes, a conciliação entre as teorias nominadas de absolutas e relativas sinaliza avanço na interpretação dos direitos fundamentais. Para não se permitir o relativismo constante do conteúdo

Quanto a terceira concepção de fundamentação da *sedes materiae* do princípio da proporcionalidade, ressaltamos o *due process of law*, ou seja, o devido processo legal, que toma fundamento jurídico expressamente constituído em nossa Carta Magna de 1988, no art. 5º, LIV. Para Steinmetz, é possível afirmar que, no direito constitucional brasileiro, no atual momento, há uma clara tendência de consolidação do *due process of law* como justificativa constitucional principal do princípio da proporcionalidade.²³⁸

O princípio da proporcionalidade é fundamentado no âmbito normativo por Guerra Filho de várias formas: (a) a postulação do princípio da proporcionalidade é uma exigência lógica e axiológica, para que se respeitem os princípios na hipótese de colisão; (b) o princípio da proporcionalidade é densificação do princípio fundamental geral da dignidade humana; (c) é princípio dos princípios, “ verdadeiro *principium* ordenador do direito”, “ máxima expressão da norma fundamental (*Grundnorm*)” de inspiração kelseniana; (d) é princípio que se reconhece com fundamento na disposição normativa do § 2º do art. 5º, da CRFB/88; e, por fim, (e) é princípio que decorre da dimensão objetiva dos direitos fundamentais.²³⁹

Como se vê, a doutrina constitucional brasileira oferece um leque de fundamentos normativos para o princípio da proporcionalidade. De fato, nada impede que se eleja um feixe de bases normativas, a não ser que se postule um fundamento último, o que é próprio da filosofia, mas nem sempre da ciência jurídica e da teoria do direito. Contudo, mesmo reconhecendo a validade dos fundamentos invocados, de modo especial o princípio do Estado de Direito (CRFB/88, art. 1º *caput*) e a cláusula do *due process of law* (CRFB/88, art. 5º, LIV), nesta investigação, adere-se à posição de que a teoria dos princípios de Alexy oferece fundamento normativo superior,

desses direitos - o que poderia gerar uma ineliminável distorção de fins contrária à idéia de proteção previamente fixo (*conteúdo essencial*), embora se deva valorizar uma solução que, prestigiando a *concordância prática* entre os vários bens concorrentes, possa definir limites mais elásticos aos direitos (mais além ou mais aquém daquilo que teoricamente se poderia prever como limite absoluto), dada a situação apresentada.

²³⁸ STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 166.

²³⁹ *Ibidem*, p. 167.

porque também fortemente fundamentado do ponto de vista lógico-conceitual.²⁴⁰

Feita a diferenciação entre princípio e norma, origem, conceito, natureza jurídica e também quanto ao conteúdo dos direitos fundamentais e o que estes representam, resta-nos verificar as possibilidades de solução em um provável embate de direitos fundamentais, tal qual é o envolvendo os temas desta dissertação.

Seguindo esse raciocínio, passaremos a admitir a colisão de direitos fundamentais diante uma situação *in concreto*, vertical ou horizontal. Sendo assim, o mais importante no momento é nos dedicarmos ao entendimento da colisão de direitos fundamentais, tendo como fundamento a idéia de que os mesmos apresentam-se expressos em um ordenamento constitucional, caso do direito à imagem e da liberdade de imprensa.

Em nota introdutória de sua obra, Gustavo Ferreira Santos, caracteriza a potencialidade de conflito de princípios, expondo que o potencial de conflito é inegável, seguindo exigências de compatibilização dos diversos interesses. Tais direitos e interesses encontram uns nos outros, limites. Eles servem, ao mesmo tempo, de mote à atuação estatal e de justificativa para a sua limitação. O que se deve buscar, dentro dessa pluralidade, desse conjunto de elementos tão díspares, é uma harmonização capaz de fazer legítimas as decisões.²⁴¹

A discussão sobre conflito de direitos fundamentais (*Grunrechtskollision*) é constante indagação do direito constitucional. A colisão de direitos fundamentais em sentido estrito se dá quando o exercício de um direito fundamental de um titular de direitos fundamentais tem conseqüências negativas sobre os direitos fundamentais de outros titulares de direitos fundamental. Nestes casos deve haver um cotejamento entre os direitos conflitantes, sendo desconsiderado um deles, através de um juízo ponderação que exija o sacrifício mínimo de ambos os direitos de modo a eliminar (ou pelo menos amenizar) o estado de tensão mútua existente entre eles.

²⁴⁰ Ibidem, p. 168.

²⁴¹ SANTOS, Gustavo Ferreira. *O Princípio da Proporcionalidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: Limites e Possibilidades*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004. Introdução.

Para um bom entendimento dessa colisão, Steinmetz cita Larenz:

Os direitos, cujos limites não estão fixados de uma vez por todas, mas que em certa medida são 'abertos, 'móveis', e, mais precisamente, esses princípios podem, justamente por esse motivo, entrar facilmente em colisão entre si, porque sua amplitude não está de antemão fixada.²⁴²

Em outras palavras, Steinmetz, quer dizer que, “os direitos colidem porque não estão *dados* de uma vez por todas; não se esgotam no plano da interpretação *in abstracto*²⁴³”.

De um modo geral, Canotilho considera existir uma colisão autêntica de direitos fundamentais quando o exercício de um direito fundamental por parte do seu titular colide com o exercício do direito fundamental por parte de outro titular.²⁴⁴

Reforçaremos o posicionamento apresentado pelo Prof. Wilson Antônio Steinmetz por considerar referencial sua obra na temática, principalmente na precisa abordagem do postulado de Alexy. Nos ensina Steinmetz, que:

Há colisão de direitos fundamentais quando, *in concreto*, o exercício de um direito fundamental por um titular obstaculiza, afeta ou restringe o exercício de um direito fundamental de outro titular, podendo tratar-se de direitos idênticos ou de direitos diferentes; podendo, ainda, ser de direito fundamental individual *versus* direito fundamental individual ou direito fundamental individual *versus* direito coletivo fundamental (bem constitucionalmente protegido). Em outras palavras, o conflito poderá se manifestar como colisão horizontal ou como colisão vertical.²⁴⁵

Quando houver uma colisão de princípios, não haverá um superado o outro, a solução se dará através do uso da ponderação, que para Steinmetz, consistem em adotar uma decisão de preferência entre os direitos ou bens em conflito, o método que determinará qual o direito ou bem, e em que

²⁴² STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995. p. 63.

²⁴³ Idem, p. 63.

²⁴⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2002. p. 1253.

²⁴⁵ STEINMETZ, op. cit., p.139.

medida prevalecerá, solucionando a colisão²⁴⁶. Ou seja, se deve buscar o equilíbrio entre ambos os princípios para que as duas questões conflitantes sejam atendidas o máximo possível, onde nenhum será totalmente excluído. Portanto na colisão de direitos fundamentais, leva-se em consideração o peso, pois princípios possuem diferentes pesos, onde o peso de cada um será analisado diante o caso concreto em particular.

Steinmetz aduz que:

Uma colisão de princípios não se resolve com uma cláusula de exceção nem com um juízo de (in)validez. Requer um juízo de peso. Trata-se da ponderação de bens com a qual, tendo presente as circunstâncias relevantes do caso e o jogo de argumentos a favor e contra, decidir-se-á pela precedência de um princípio em relação ao outro. Ao se proceder dessa forma, no caso concreto, a validade jurídica do princípio preterido não é negada.²⁴⁷

Ainda, segundo ele, a questão é esta: como se operacionaliza a ponderação concreta de bens? A resposta é: mediante a aplicação do princípio da proporcionalidade²⁴⁸

Para Alexy,

Las colisiones de principios deben ser solucionadas de manera totalmente distinta (aquí o autor refiere-se à distinção de tratamento à colisão de normas). Cuando dos principios entran en colisión tal como es el caso cuando según un principio algo está prohibido y, según otro principio, está permitido - uno de los principios tiene que ceder ante el otro. Pero, esto no significa declarar inválido al principio desplazado ni que em el principio desplazado haya que introducir una cláusula de excepción. Mas bien lo que sucede es que, bajo ciertas circunstancias uno de los principios precede al otro.²⁴⁹

Se, estamos falando em conflito de direitos fundamentais, evidente que devemos considerá-los como relativos e não absolutos, pois se tal conflito vier a ocorrer em um caso concreto haverá o fenômeno da preterição. Podemos assim dizer que a relativização dos direitos fundamentais tem seu fundamento no âmbito dimensional.

²⁴⁶ Ibidem, p. 140.

²⁴⁷ STEINMETZ, Wilson Antônio, *Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 126.

²⁴⁸ Ibidem, p. 143.

Gustavo Ferreira Santos, citando Hesse, vem clarear bem essa tese:

Os direitos fundamentais têm uma dimensão subjetiva e uma dimensão objetiva. Na dimensão subjetiva, os direitos fundamentais são direitos do particular como homem cidadão. Como elementos de uma ordem objetiva, os direitos fundamentais formam a base de uma ordem jurídica da comunidade. Nessa dimensão objetiva, justifica-se a compatibilização dos diversos direitos e interesses que a Constituição elege, podendo o Estado nesta finalidade, proceder restrições e relativizações das posições jurídicas dos indivíduos.²⁵⁰

Raquel Denize Stumm, nos ensina que objetivar (dimensão objetiva) significa legitimar certos valores reconhecidos pela comunidade e aplicáveis pelos interpretes.²⁵¹

Para Canotilho, a idéia de *fundamentação subjetiva*,

procura-se salientar basicamente o seguinte: um fundamento é subjectivo quando se refere ao significado ou relevância da norma consagradora de um direito fundamental para o indivíduo, para os seus interesses, para a sua situação da vida, para a sua liberdade. Quanto a dimensão objetiva, Canotilho refere-se assim: **fundamentação objectiva** de uma norma consagradora de um direito fundamental quando se tem em vista o seu significado para a colectividade, para o interesse público, para a vida comunitária.²⁵²

Segundo Steinmetz, a interpretação constitucional, evidentemente, é indispensável na resolução dos problemas que emergem do sistema de direitos fundamentais. Contudo, na hipótese de colisão de direitos fundamentais é necessário algo mais. Não basta interpretar as disposições colidentes no caso concreto. É preciso um método, um procedimento, que torne possível a decisão de prevalência de um direito sobre o outro, salvaguardando a unidade da constituição.

Importante salientarmos a questão em que os direitos fundamentais devem estar necessariamente sob a salvaguarda do texto constitucional, pois assim se a colisão de direitos fundamentais vir a se concretizar,

²⁴⁹ ALEXY, Robert. *Teoría de Los Derechos Fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid: 2002. p. 89.

²⁵⁰ SANTOS, Gustavo Ferreira. *O Princípio da Proporcionalidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: Limites e Possibilidades*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004. p. 78.

²⁵¹ STUMM, Raquel Denize. *Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995. p. 125.

podemos afirmar que houve interpretação constitucional, mesmo sabedores de que esta não é o bastante, vindo a ser necessário também a ponderação.

Para Steinmetz, a ponderação de bens é o método que consiste em adotar uma decisão de preferência entre os direitos ou bens em conflito; o método que determinará qual o direito ou bem, e em que medida prevalecerá, solucionando a colisão.²⁵³

Os direitos fundamentais, como quaisquer outros direitos, existem a partir de um círculo mínimo, sem o qual deixariam de existir, e o seu círculo máximo, para além do qual se negariam também por excesso. Assim, muitos dos problemas que se interpretam como sendo de colisão entre direitos, nada mais são do que questões intrínsecas à forma e à essência de um direito.

Importante, pois, delimitar o objeto dos direitos fundamentais para que sejam clarificados, tanto quanto possível, seus limites imanentes, de forma a afastar exageros quanto ao raio de sua atuação. Se por um lado, os direitos fundamentais são reais e efetivos e, por isso mesmo contêm elementos irredutíveis, por outro lado, esse seu ser não pode abarcar tudo que se pense possível de ser acolhido à sombra de seu enunciado constitucional.

Podemos pensar sempre em exemplos caricaturais, mas, na prática, o erro de interpretação muitas vezes navega em águas bem próximas. Como, por exemplo, acreditar-se que o direito à educação seria o direito a diplomas para todos (e diplomas de doutoramento ou mais...), o direito à saúde incluiria os mais sofisticados tratamentos de beleza e cirurgia plástica, o direito à habitação garantiria palácios para quem o requeresse etc.

É evidentemente porque todos devem ter diplomas que pela sua capacidade (e só por ela) mereçam, independentemente do seu contexto social e outras idiosincrasias, que se não pode conceber o direito à educação como laxismo e malbaratar de títulos; é porque os recursos são escassos e todos devem ter direito a cuidados médicos eficientes e atempados que se não pode alargar sumptuariamente a protecção senão em tempos e países de abundância; é porque cada pessoa tem direito a um tecto que se não pode pensar a dar a todos telhados de oiro.

Estamos sempre todos muito de acordo sobre os exemplos caricaturais como estes. E até não é invulgar que alguns fiquem perplexos sobre a sua real necessidade didáctica. O problema é

²⁵² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2002. p. 1240

²⁵³ STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p.140.

quando deparamos com casos concretos... Aí, o caricatural, por já não ser ficcional, mas vivencial, perde os traços exagerados e começamos a considerá-lo apenas um caso polémico... O bom-senso, que Descartes considerava muito democraticamente distribuído, começa a ser apanágio de um punhado, mas que nem sequer consegue chegar a elite. E isso é muito preocupante.²⁵⁴

Diz-se nessa hipótese, que a colisão entre tais direitos é apenas aparente, pois o que de fato ocorre é uma limitação intrínseca e não extrínseca, quando então se daria, efetivamente, um conflito.

Os limites imanentes dos direitos fundamentais só podem ser determinados mediante esforço interpretativo, haja vista estarem, no mais das vezes, apenas implícitos no ordenamento jurídico.

Analisando o tema, Vieira de Andrade, constrói exemplos inigualáveis para a compreensão do fenômeno ao estabelecer a seguinte questão:

Por exemplo, poder-se-á invocar a liberdade religiosa para efetuar sacrifícios humanos ou para casar mais de uma vez? Ou invocar a liberdade artística para legitimar a morte de um actor no palco, para pintar no meio da rua, ou para furtar o material necessário à execução de uma obra de arte? Ou invocar o direito de propriedade para não pagar impostos, ou o direito de sair do país para não cumprir o serviço militar, ou o direito de educar os filhos para os espancar violentamente? Ou invocar a liberdade de reunião para utilizar um edifício privado sem autorização, ou a liberdade de circulação para atravessar a via pública sem vestuário, ou o direito à greve para destruir ou danificar equipamentos da empresa ou para que Portugal faça pressão para o reconhecimento do estatuto de preso político aos membros do IRA?²⁵⁵

O mesmo autor, ao responder a essa indagação, refere à inoccorrência de conflito propriamente dito nesses casos, posto que, em verdade, o próprio preceito constitucional não protege essas formas de exercício do direito invocado.

Preferimos, por isso, considerar a existência de limites imanentes implícitos nos direitos fundamentais, sempre que não seja pensável que a Constituição, ao proteger especificamente um certo bem através da concessão e garantia de um direito, possa estar a dar cobertura a determinadas situações ou formas do seu

²⁵⁴ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987. p. 274.

²⁵⁵ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987. p. 216.

exercício, sempre que, pelo contrário deva concluir-se que a Constituição as exclui sem condições nem reservas.²⁵⁶

A idéia de limites imanentes vem sendo difundida largamente na doutrina e jurisprudência alienígenas, em especial na alemã. Assim, em princípio, para alguns, a limitação estaria na não perturbação, ou seja, cada direito sendo limitado pela existência de outros direitos, de forma a evitar o prejuízo alheio.

Para outros, a limitação residiria em uma chamada cláusula da comunidade, segundo a qual a exigência da vida em sociedade englobaria os direitos dos outros, a lei moral e a ordem pública, enquanto valores elementares sem os quais a comunidade não poderia subsistir.

Falam outros que os direitos fundamentais estão limitados pelas regras gerais, isto é, pelas leis ordinárias imperativas. Em todas essas hipóteses, a explicação não parece razoável, eis que insuficientes para esclarecer a colisão efetiva de direitos.

O problema deve, portanto, ser resolvido como problema de interpretação dos preceitos constitucionais que prevêm cada um dos direitos fundamentais. O que se pergunta em cada caso é se a esfera normativa do preceito em causa inclui ou não uma certa situação ou modo de exercício, isto é, até onde vai o domínio de protecção (a hipótese da norma). Se num caso concreto se põe em causa o conteúdo essencial de outro direito, se se atingem intoleravelmente a moral social ou valores e princípios fundamentais da ordem constitucional, deverá resultar para o intérprete a convicção de que a protecção constitucional do direito não quer ir tão longe. E, então, o direito tem de respeitar os direitos dos outros, os princípios fundamentais ou as leis, porque não restringem o seu âmbito, tal como é constitucionalmente protegido.²⁵⁷

Há colisão de direitos, em apertada síntese, quando o exercício de um por parte de seu titular esbarra no exercício de outro por parte de pessoa diversa, ou em face do Estado.

O exemplo mais significativo da efetividade de ocorrência da colisão é o nosso tema, o conflito entre a liberdade de imprensa e o direito à honra, imagem, vida privada e intimidade.

²⁵⁶ ANDRADE, loc. cit.

²⁵⁷ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987. p. 218.

Entre a liberdade de imprensa e os bens jurídicos pessoais há uma relação intrinsecamente conflitual na medida em que, embora exista um espaço no qual a pessoa pode representar-se e agir com plena autonomia à margem de qualquer devassa e intromissão, o ser social, atributo do homem, autoriza uma compreensão de que ninguém pode viver como uma unidade isolada.

Ou, na clarificadora formulação do Tribunal Constitucional Federal Alemão, a definição do homem (*menschenbild*) da Lei fundamental não é a de ser um isolado indivíduo soberano.²⁵⁸

As regras reguladoras do conflito devem ser construídas com base na harmonização de direitos e mesmo na prevalência de um bem em relação a outro, precedência esta que só no caso concreto poderá ser determinada.

É o que esclarece, com propriedade, Alexy ao dizer que:

Quando dois princípios entram em colisão – tal como é o caso quando segundo um princípio algo está proibido e, segundo outro princípio, está permitido – um dos princípios tem que ceder ante o outro. Mas, isto não significa declarar inválido o princípio desprezado nem que no princípio desprezado há que ser incluída uma cláusula de exceção. O que sucede, mais exatamente, é que, sob certas circunstâncias um dos princípios precede o outro. Sob outras circunstâncias, a questão da precedência pode ser solucionada de maneira inversa. Isto é o que se quer dizer quando se afirma que nos casos concretos os princípios tem diferente peso e que prevalece aquele com maior peso. Os conflitos de regras resolvem-se na dimensão da validade; a colisão de princípios – como somente podem entrar em colisão princípios válidos – tem lugar mais além da dimensão da validade, na dimensão do peso.²⁵⁹

Cumprе ressaltar, no mesmo lastro, o entendimento esposado por Willis Santiago Guerra Filho:

A decisão tomada, em tais casos, sempre irá privilegiar um (ou alguns) dos princípios, em detrimento de outro (s), embora todos eles se mantenham íntegros em sua validade e apenas diminuídos, circunstancial e pontualmente, em sua eficácia.²⁶⁰

²⁵⁸ ANDRADE, Manoel da Costa. *Liberdade de Imprensa e Inviolabilidade Pessoal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 29.

²⁵⁹ ALEXY, Robert. *Teoría de Los Derechos Fundamentales*. Tradução: GARZÓN VALDÉS, Ernesto. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 89.

²⁶⁰ ALEXY, loc. cit.

O desafio que se impõe é estabelecer critério único que deva ser utilizado em todas as hipóteses.

Esse critério deve ser a aplicação daquele que é considerado com bastante propriedade por Canotilho como o princípio dos princípios: o princípio da proporcionalidade.²⁶¹

Aqui se impõe reconhecer, entretanto, que a nossa Constituição Federal não positivou expressamente a proporcionalidade como princípio, diversamente do que ocorre, por exemplo, na Constituição Portuguesa que em seu art. 18º, 2 prevê:

A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário par salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.²⁶²

Essa norma “enuncia a essência e destinação do princípio da proporcionalidade: preservar os direitos fundamentais”.²⁶³

Não havendo nossa Constituição, entretanto, expressamente o previsto, cumpre encampá-lo como princípio implícito no nosso ordenamento jurídico, ao entendimento de que também nessa condição exercem os princípios implícitos idêntica importância sistemática e axiológica daqueles expressamente positivados.

A enunciação dessa influência é sintetizada por Carlos Ari Sundfeld quando anuncia que:

²⁶¹ Então como modo de sanar a colisão de direitos fundamentais vale o uso do princípio da razoabilidade e da proporcionalidade. Os referidos princípios podem ser desdobrados em subprincípios: a) **subprincípio da adequação** — os meios empregados pela lei devem ser adequados ao atendimento de sua finalidade; b) **subprincípio da necessidade** — existindo mais de um meio adequado, deve-se optar pelo menos gravoso a outros interesses protegidos pela ordem jurídica; c) **subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito** — ainda que o meio seja adequado e necessário, não passará no crivo da proporcionalidade/razoabilidade se as desvantagens dele decorrentes ultrapassarem as vantagens obtidas.

O afastamento da presunção de constitucionalidade da lei tem importantes reflexos para o teste da proporcionalidade em sentido estrito. Por meio deste, faz-se a ponderação entre os interesses envolvidos no caso. Em primeiro lugar, cumpre verificar qual interesse é perseguido pelo ato legislativo e qual interesse é por este afetado. Deve o intérprete realizar a compatibilização possível, dando preferência ao interesse de maior “peso”, segundo as circunstâncias **do caso**.

²⁶² PORTUGAL. Constituição (1997) Constituição da República Portuguesa. Diário da República nº I. série – A, de 20 de setembro de 1997.

²⁶³ MIRANDA, Jorge. *Perspectivas Constitucionais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 144.

Os princípios implícitos são tão importantes quanto os explícitos; constituem, como estes, verdadeiras normas jurídicas. Por isso, desconhecê-los é tão grave quanto desconsiderar quaisquer outros princípios.²⁶⁴

Considera implícito no ordenamento jurídico brasileiro o princípio da proporcionalidade Lúcia Valle Figueiredo, entre outros autores:

Com efeito, resume-se o princípio da proporcionalidade em que as medidas tomadas pela Administração estejam na direita adequação das necessidades administrativas. Vale dizer: só se sacrificam interesses individuais em função de interesses coletivos, de interesses primários, na medida da estrita necessidade, não se desbordando do que seja realmente indispensável para implementação da necessidade pública.²⁶⁵

A função, pois, do sopesamento dos direitos em conflito é o de relativizá-los sem, entretanto, comprimi-los definitivamente.

A tarefa que se impõe ao julgador é a de harmonizar o interesse dos titulares dos direitos, considerados em sua individualidade, com aqueles interesses que pertencem a toda a comunidade política de modo a permitir a convivência, o quanto possível integral, entre três ordens distintas de interesses: "interesses individuais, interesses coletivos (ou supra-individuais onde se incluem os chamados interesses coletivos) e interesses gerais ou públicos."²⁶⁶

É nessa dimensão, objetiva, que aparecem, segundo Willis Santiago Guerra Filho, princípios como o da isonomia e proporcionalidade, engrenagens essenciais do mecanismo político-constitucional de acomodação dos diversos interesses em jogo, em dada sociedade, e, logo, indispensáveis para garantir a preservação de direitos fundamentais, donde se incluírem na categoria, equiparável das garantias fundamentais.²⁶⁷

Para o mesmo autor, o princípio da proporcionalidade seria mais importante do que o da isonomia, pois este determina a extensão a todos, sem distinção dos direitos, enquanto que o da proporcionalidade permite, concretamente, a distribuição entre eles.

²⁶⁴ SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. São Paulo: Malheiros Editores, 1992. p. 144.

²⁶⁵ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1994. p. 46.

²⁶⁶ MIRANDA, Jorge. *Perspectivas Constitucionais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 256.

Cumpra ainda esclarecer a diferença existente entre os bens jurídicos constitucionalmente garantidos e que são distintos, quais sejam, o da liberdade de imprensa e o do direito à informação.

A primeira distinção reside em que, enquanto o objeto próprio da liberdade de expressão, ou de imprensa, são as opiniões, idéias e pensamentos entendidos em sentido amplo aí incluídos, pois, as crenças e juízos de valores subjetivos, o direito à informação confunde-se com a difusão de fatos que podem ser considerados noticiáveis.

Embora essa distinção possa ser feita de forma resumida dessa maneira, a verdade é que, em várias ocasiões, nem sempre é fácil separar a expressão de pensamentos, idéias e opiniões da comunicação informativa, haja vista que aquela se apóia freqüentemente na narração ou descrição de fatos e vice-versa, ou seja, a comunicação de fatos ou notícias não se dá nunca em um estado quimicamente puro e compreende, quase sempre, algum elemento valorativo ou, dito de outro modo, uma vocação à formação de uma opinião.²⁶⁸

Como consequência, pode-se afirmar que a liberdade de expressão não tem como limite interno a exigência da veracidade como ocorre, diversamente, quando se trata da liberdade de informar. Isto quer dizer que a primeira é mais ampla. Entretanto, vem ela a ser limitada pela impossibilidade de que se expressem essas opiniões com conteúdo injurioso e sem guardar relação com as idéias ou opiniões que se manifestam, sendo, pois, desnecessária à exposição das mesmas.

A liberdade de expressão é, portanto, mais ampla. Por outro lado, à pessoa que informa sobre fatos é garantido o agasalho da não revelação da fonte o que não ocorre quando se trata do sujeito ativo da liberdade de expressão.

Há que ficar assinalada, assim, a distinção que deve ser feita entre liberdade de expressão e liberdade de imprensa. Na verdade, esta nada mais é do que um direito meramente instrumental daquela outra.

Ao garantir a liberdade de imprensa, o ordenamento jurídico nada mais faz do que assegurar que através dela possam ser expressas as

²⁶⁷ MIRANDA, loc. cit.

²⁶⁸ ESPANHA. Tribunal Constitucional Espanhol. Sentencia nº 6.21 ene. Fundamento jurídico n.5.

opiniões e informados os fatos necessários à configuração de uma sociedade plural democrática.

É o que se extrai quando se examina o art. 220 da nossa Constituição que estatui:

Art. 220 - A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.²⁶⁹

A Segunda parte desse dispositivo se refere, inegavelmente, ao direito instrumental mencionado. Já na primeira, se inserem os direitos à expressão e informação. Nesse sentido, oportuno transcrever, parcialmente, trecho de autor espanhol ilustrativo do tema em estudo:

A relação entre a liberdade de imprensa e liberdade de expressão é clara: desta deriva um direito a criar e usar meios de comunicação como forma de difusão pública, emissão e recepção, de conteúdos informativos e produtos intelectuais em geral. Não se pode equiparar, entretanto, a intensidade de proteção de um e outro direito. O primeiro é um direito meramente instrumental do segundo. Este encontra assento constitucional expresso. Assim, por exemplo, com respeito ao direito de criação de meios de comunicação, o legislador dispõe de muita maior capacidade de configuração, devendo contemplar ao regular dita matéria outros direitos e valores concorrentes, respeitando sempre seu conteúdo essencial.²⁷⁰

Por conseqüência, pode-se afirmar que a liberdade de imprensa, constitucionalmente assegurada na forma do artigo acima transcrito, e que se estende à vedação de qualquer censura, seja de natureza política, ideológica ou artística conforme § 2º da mesma norma, tem natureza igualmente de direito fundamental, embora se encontre protegida em regra apartada do comando do art. 5º da CF. E, bem por isso, não pode ser limitada, senão na medida estritamente necessária para salvaguardar o direito alheio ou proteger outros bens jurídicos, cuja garantia exija inescusavelmente essa limitação.

²⁶⁹ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.

²⁷⁰ CREMADES, Javier. *Los Limites de la Libertad de Expresión en el Ordenamiento Jurídico Español*. Madrid: La Ley S/A, 1995. p. 83.

Desse modo, parece salutar a conjugação das teorias subjetiva e objetiva que visam alcançar o conteúdo mínimo dos direitos fundamentais e, por conseqüência, os limites a eles inerentes, fincando estacas em que não há direito que deva sempre prevalecer sobre os demais em todas as ocasiões, eis que não há uma supremacia absoluta de determinado bem jurídico.

Assim, não necessariamente há de prevalecer a liberdade de expressão sobre a honra ou a privacidade das pessoas, nem vice-versa: a honra ou a privacidade não podem ser consideradas prevalentes, em todos os casos, sobre a liberdade de expressão.²⁷¹

Por exemplo, reputada como termômetro do regime democrático, a liberdade de expressão e informação tem sido considerada um dos mais caros direitos do cidadão.

É atualmente entendida como um direito subjetivo fundamental assegurado a todo cidadão, consistindo na faculdade de manifestar livremente o próprio pensamento, idéias e opiniões através da palavra, escrito, imagem ou qualquer outro meio de difusão, bem como no direito de comunicar ou receber informação verdadeira, sem impedimentos ou discriminações.²⁷²

Na esfera da proteção constitucional desse direito fundamental estão compreendidos tanto os atos de comunicar quanto o de receber informações, as quais devem ser corretas.

Daí resulta que se visa a proteger não só o emissor, mas, também, o receptor do processo de comunicação.

Quando em conflito a liberdade de informação e expressão, em face dos direitos de personalidade enfocados, em especial o autônomo direito à imagem, para solucionar o caso é necessário se perquirir sobre a veracidade da informação, tida não como a verdade real, porque de difícil ou de impossível apreensão, mas como a verdade sabida e materializada por qualquer objeto que possa representar o fato narrado, ou seja, sua prova.

²⁷¹ ZANNONI, Eduardo A.; BÍSCARO, Beatriz R. *Responsabilidad de los Medios de Prensa*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1993. p. 64.

²⁷² *Ibidem*, p. 105.

Se inverídica, sequer se estabelece o conflito, eis que não se insere no âmbito do conteúdo material de liberdade de informação e expressão o de mentir, transmitir dados não verdadeiros ou falsear a verdade.

Assim, como fidedignidade da informação deve-se entender o dever de diligência de se verificar a idoneidade da notícia antes de qualquer divulgação.

A fonte dos fatos deve ter sua seriedade verificada para que se possa constatar a integridade da notícia antes de ser difundida. Se o fato é, entretanto, veraz, há que se perquirir se o que foi informado pela imprensa está de acordo com os fins em razão dos quais a liberdade de informação e a de recebê-la é reconhecido, ou seja,

apresentar ao público, sem censura, os fatos relevantes ocorridos no mundo e – em especial – em seu próprio país, a fim de possibilitar a formação da consciência política, cultural e social dos indivíduos. Porém esta também será moldada a partir do conhecimento travado com as diversas interpretações possíveis de um mesmo acontecimento, o que só ocorre com o acesso às opiniões e idéias.²⁷³

Este, entretanto, não é o único limite da expressão da liberdade de informação. Não obstante, conforme salientado ao se tratar da colisão aparente de direitos, deve ser analisada, previamente, se na notícia veiculada há a concorrência de uma matéria de interesse público e da veracidade, no caso de se tratar da liberdade de informação.

Se ausentes esses requisitos, sequer há que se falar em colisão. Assim, somente depois de se efetuar essa comprovação é que se analisam os outros direitos que estejam em jogo. Comprovada a existência de uma lesão desses direitos cumprirá a reparação devida, a qual, tem sua existência permitida na medida em que a lesão não resulte justificada pela posição preferente das liberdades a que se tem feito referência.

A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem são igualmente limites ao exercício dessa liberdade. Assim, havendo conflito entre eles deve o jurista sopesar os valores envolvidos no caso concreto, nada impedindo seja afastado um em detrimento do outro.

²⁷³ LOPES, Vera Maria de Oliveira Nusdeo. *O Direito à Informação*. São Paulo: RT, 1997. p. 196-97.

A questão central que se deve dirimir é, pois, o critério que deverá ser adotado para decidir a prevalência de um dos direitos, seja aquele da personalidade, seja o da liberdade de expressão, ambos com a mesma natureza jurídica de direito fundamental, conforme já assinalado. Logo, se o noticiado não corresponde à verdade, não há maiores dificuldades em se concluir pelo afastamento da liberdade de informação, haja vista ter sido deturpada em sua origem, não podendo albergar inverdades.

Partindo da premissa de serem verídicas as notícias, caberá ao Poder Judiciário, ao sopesar os bens envolvidos, decidir, embora não esteja afastada a possibilidade de indenização pela agressão, em caso de prevalecer a liberdade de informação. Caso contrário, estar-se-á diante da violação indevida a bem jurídico protegido pela Constituição Federal (direito à imagem) que deve prevalecer.

Importante anotar que tanto na Inglaterra quanto nos Estados Unidos a liberdade de informação e expressão tem tido, quase sempre, uma posição preferencial quando em colisão com outros direitos. De qualquer sorte, deve-se ter presente que a proteção a um desses direitos de personalidade só ocorre quando se possa apreender o seu conteúdo, como exclusivo e personalíssimo do titular.

No caso concreto, é necessário que se possa individualizar a pessoa, identificá-la e reconhecê-la. Ou seja, o ato deve individualizar e oferecer sinais aptos a identificar a pessoa e, além disso, deve ser hábil a, do ponto de vista de quem o percebe, torná-la reconhecível. Senão, não se há que falar em dano a direito da personalidade. Destarte, se a notícia divulgada dá ensejo a dúvidas, ou não especifica com clareza de quem se fala, não se pode falar em violação, nem em choque entre direitos.

No direito brasileiro, é assegurado que a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação sob qualquer forma, processo ou veículo não pode sofrer qualquer restrição. Essa garantia, entretanto, não tem natureza absoluta como reconhece a própria Carta Magna ao estabelecer que: “A liberdade referida deve observar os direitos garantidos no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV da constituição Federal”.²⁷⁴

²⁷⁴ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.

Em conclusão, a proporcionalidade é um princípio que vincula o legislador, para que edite normas que proporcionem uma distribuição, a mais equânime possível, de ônus entre os legislados e entre estes e o Estado.

A edição das leis, entretanto, atendida essa conformidade legislativa, não basta à aferição da confrontação dos valores no caso concreto. É necessário que o Juiz, ao aplicar a norma, exare juízo de valoração para ponderar a supremacia de um bem sobre o outro.

Tratando-se de colisão entre direitos fundamentais não sujeitos à reserva de lei, como o são aqueles analisados no presente trabalho, a solução deve ficar a cargo dos Juízes e Tribunais, como vem acontecendo.²⁷⁵

Os direitos fundamentais são veiculados, normalmente, mediante princípios. Não se resolve o conflito afastando-se um em detrimento do outro, como dito em momento anterior, senão sopesando-se os valores envolvidos, a fim de escolher qual deles, no caso concreto, prevalecerá.

Em primeiro lugar, deve-se analisar o âmbito de proteção dos direitos envolvidos, com o escopo de verificar a existência ou não de uma verdadeira colisão.

Importa saber se, havendo colisão de direitos, há que ser defendida a flexibilização da atuação do Magistrado, no sentido de examinar, concretamente, em que consiste essa colisão e decidir, no caso posto, qual direito deve prevalecer, ou, ao revés, sustentar a existência de um conteúdo mínimo de cada um dos direitos, também chamado de núcleo duro, e que não pode ser afastado, ainda que para privilegiar o outro bem, titulado por pessoa diversa ou manifestado perante o Estado.

²⁷⁵ SÃO PAULO. STF RE-192593/SP, Relator Min. Ilmar Galvão. Constitucional. Dano Moral. Indenização Cumulada com o Dano Material. Artigo 5º incisos V e X da Constituição Federal. A nova Carta da República conferiu ao dano moral *status* constitucional ao assegurar, nos dispositivos sob referência, a sua indenização quando decorrente de agravo à honra e à imagem ou de violação à intimidade e à vida privada. A indenização por dano moral é admitida de maneira acumulada com o dano material, uma vez que têm pressupostos próprios, **passando pelo arbítrio judicial tanto na sua aferição quanto na sua quantificação**. De outra parte, se o acórdão recorrido teve por comprovada a lesão de ordem moral, que envolve conceito inerente ao sentimento, entendendo reclamar ela indenização cumulável com a decorrente de dano material, esse aspecto não cabe ser analisado na instância extraordinária, tendo em vista que seria **necessário adentrar-se no exame de parâmetros da razoabilidade**, por via da aferição de fato, insuscetível de ser feita na via do recurso extraordinário (grifos nossos).

Julgamos devam ser mescladas as duas doutrinas.

A existência de um núcleo duro que não deve ser afastado é idéia que propicia, ao menos, aparentemente, maior segurança jurídica.

É dizer: não se entrega ao Juiz a decisão sobre a importância de cada um deles, rechaçando-se a idéia do *stare decisis* absoluto.

Assim como para o administrados a prática do ato discricionário não é inteiramente livre, pois, está adstrita sempre, e invariavelmente, a alcançar um interesse público, também o Magistrado, ao interpretar o ordenamento jurídico, não está liberado para estabelecer o que bem lhe aprouver.

Haverá sempre um limite, que será dado não somente pelos princípios constitucionais expressos, mas também e sobretudo, pelos implícitos norteadores da ordem jurídica nacional, como é o caso da proporcionalidade.

Essa liberdade do julgador, contudo, nunca pode importar em disputa com a primazia do legislador, sob pena de perder-se em segurança jurídica tudo o quanto se ganha em termos de justiça, ainda porque, admitir-se o inverso é permitir uma subversão das funções constitucionalmente alinhadas pela Constituição Federal.

Daí surgir a necessidade de se decidir, com base no princípio da proporcionalidade ou da ponderação ou, ainda, como denominam os doutrinadores americanos, no princípio da razoabilidade que não corresponde integralmente àquele, significando, na verdade, tudo que seja conforme a razão.²⁷⁶

Mesmo quando tão-somente interpreta norma legal para ajustá-la à hipótese que tem sob exame, o Magistrado desenvolve trabalho criador que é inerente a sua função de julgar.²⁷⁷

²⁷⁶ AARNIO, Aulis. *Lo Racional como Razonable*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. p. 54.

²⁷⁷ RIO GRANDE DO SUL. TJRS Apelação Cível nº 70003823374. Relator Des. Maria Dias de Castro Bins. Responsabilidade Civil. Dano moral por utilização desautorizada de imagem. A utilização da imagem além do âmbito da autorização, configura, por si só, independentemente de outros prejuízos extrapatrimoniais ou patrimoniais, o dano moral. A prova da exceção de consentimento e sua amplitude é da editora que publica a fotografia. A prova dos danos materiais é da autora da ação, fato constitutivo de seu direito. A demonstração do dano moral se satisfaz pela evidenciação do próprio fato. Fixação da indenização segundo critérios externados em doutrina e jurisprudência, com caráter compensatório e inibitório, dentro do bom senso e da **razoabilidade** (grifo nosso).

O Juiz, na visão de Lord Radcliff, bem pode se empenhar na mais estreita adesão ao princípio de respeitar rigorosamente os precedentes; bem pode concluir toda tarde sua própria jornada de trabalho na convicção de nada haver dito ou decidido senão em perfeita concordância com o que seus predecessores disseram ou decidiram antes dele. Mas, ainda assim, quando repete as mesmas palavras de seus predecessores, assumem elas na sua boca significado materialmente diverso, pelo simples fato de que o homem do século XXI não tem o poder de falar com o mesmo tom e inflexão do homem do século XVII, XVIII ou XIX. O contexto é diverso; a situação referencial é diversa; e seja qual for a intenção do juiz, as sacras palavras da autoridade se tornam, quando repetidas na sua linguagem, moedas de nova cunhagem.²⁷⁸

De vital importância é estudar a doutrina dos limites imanentes dos direitos fundamentais, especialmente em decorrência do fato de não especificar, expressamente, a nossa Constituição federal, para os direitos da personalidade enfocados, as restrições que devam ser impostas ao legislador infraconstitucional, diversamente do quanto instituído pela Constituição espanhola (art. 20) que define expressamente, o direito à honra, à intimidade, à própria imagem e a proteção à juventude e à infância como limites a liberdade de informação.

É bem de ver, que os limites imanentes estão funcionalmente inseridos no princípio da proporcionalidade, no sentido de que devem eles ser respeitados, em primeiro lugar, quando da ponderação dos valores em conflito.

Essa advertência é feita por ALEXY ao afirmar que o fato de os problemas da garantia do conteúdo essencial serem talvez mais facilmente solucionáveis dentro da moldura de uma teoria objetiva do que da teoria subjetiva, não é uma razão suficiente para descartar essa última.²⁷⁹

Ao contrário, a natureza jurídica dos direitos da personalidade, enquanto direitos fundamentais individuais revela a necessidade de manutenção da teoria subjetiva ao lado da objetiva.

²⁷⁸ CAPELLETTI, Mauro. *Juizes Legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1993. p. 68.

²⁷⁹ ALEXY, Robert. *Teoría de Los Derechos Fundamentales*. Tradução: GARZÓN VALDÉS, Ernesto. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 288.

E prossegue ao anotar que:

As teorias subjetivas do conteúdo essencial podem ser absolutas ou relativas. Segundo a teoria relativa, o conteúdo essencial é aquilo que permanece depois de uma ponderação. As restrições que respondem ao princípio da proporcionalidade não lesam a garantia do conteúdo essencial ainda quando, no caso particular, não deixam nada do direito fundamental. A garantia do conteúdo essencial se reduz ao princípio da proporcionalidade. Ao contrário, segundo a teoria absoluta, existe um núcleo de cada direito fundamental que em nenhuma hipótese pode ser afetado.²⁸⁰

Por outro lado, é mister ratificar que, em determinados casos, haverá de ser sacrificado um direito por inteiro, desde que de mesmo grau, devendo outro prevalecer por proteger maior número de pessoas ou porque sua manutenção é socialmente mais adequada.

Nesse contexto, é oportuno deixar assentado que, o pressuposto lógico no qual se baseia essa resolução, é o fato de não haver direitos absolutos, no sentido de não existirem direitos, cujo exercício esteja imune à restrições.

Como ensina Bobbio:

Não se pode afirmar um novo direito em favor de uma categoria de pessoas sem suprimir algum velho direito, do qual se beneficiavam outras categorias de pessoas. A dificuldade de escolha se resolve com a introdução dos limites à extensão de um dos direitos, de modo que seja em parte salvaguardado também o outro.²⁸¹

Oportuno lembrar, ainda, que essa circunstância é, inclusive, reconhecida expressamente nos textos internacionais relativos a direitos fundamentais, de que é exemplo o art. 29 da Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, de 1948, que estabelece que no exercício de seus direitos e no gozo de suas liberdades, toda pessoa estará somente sujeita às limitações estabelecidas pela lei e com o único fim de assegurar o reconhecimento e o respeito dos direitos e liberdades dos demais de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem estar geral em uma sociedade democrática.

²⁸⁰ ALEXY, Robert. *Teoría de Los Derechos Fundamentales*. Tradução: GARZÓN VALDÉS, Ernesto. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 288.

²⁸¹ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 21.

Portanto, o que merece ser assentado é que os limites da interpretação das normas fundamentais que garantem os direitos sob enfoque serão sempre a busca da ponderação de valores em conflito e do estado pluralista democrático, na concepção ensinada por Reale, como sendo:

Um tipo de estado, cujo ordenamento jurídico resulta de um complexo de relações entre as partes e o todo e vice-versa, num sistema unitário que atenda, ao mesmo tempo, ao que há de específico e próprio nos indivíduos e nas associações, assim todo, como condição de realização de uma comunidade concreta.²⁸²

Ao nos depararmos com um conflito qualquer, onde naturalmente existam dois lados, evidentemente optaremos por um dos lados, satisfazendo assim, nosso instinto de justiça. No entanto, quando se trata de um conflito de direitos fundamentais, isto se torna bastante complexo, pois os consideramos, em um primeiro momento, absolutos, pétreos. E assim sendo, não podemos simplesmente excluir um em virtude do outro por um pensamento subjetivo, pois se são fundamentais a mim, são aos outros indivíduos também.

Portanto se torna imprescindível aplicarmos a técnica para dirimirmos o conflito, considerando-se aqui os fatores, tempo e valor, pois somente assim estaremos nos dirigindo ao interesse da coletividade.²⁸³

²⁸² REALE, Miguel. *Pluralismo e Liberdade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Expressão e Cultura, 1988. p. 244.

²⁸³ RIO GRANDE DO SUL. STF HC 82424/RS. Relator Min. Moreira Alves. EMENTA: HABEAS-CORPUS. PUBLICAÇÃO DE LIVROS: ANTI-SEMITISMO. RACISMO. CRIME IMPRESCRITÍVEL. CONCEITUAÇÃO. ABRANGÊNCIA CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. LIMITES. ORDEM DENEGADA. 1. Escrever, editar, divulgar e comercializar livros "fazendo apologia de idéias preconceituosas e discriminatórias" contra a comunidade judaica (Lei 7716/89, artigo 20, na redação dada pela Lei 8081/90) constitui crime de racismo sujeito às cláusulas de inafiançabilidade e imprescritibilidade (CF, artigo 5º, XLII). 2. Aplicação do princípio da prescritibilidade geral dos crimes: se os judeus não são uma raça, segue-se que contra eles não pode haver discriminação capaz de ensejar a exceção constitucional de imprescritibilidade. Inconsistência da premissa. 3. Raça humana. Subdivisão. Inexistência. Com a definição e o mapeamento do genoma humano, cientificamente não existem distinções entre os homens, seja pela segmentação da pele, formato dos olhos, altura, pêlos ou por quaisquer outras características físicas, visto que todos se qualificam como espécie humana. Não há diferenças biológicas entre os seres humanos. Na essência são todos iguais. 4. Raça e racismo. A divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social. Desse pressuposto origina-se o racismo que, por sua vez, gera a discriminação e o preconceito segregacionista. 5. Fundamento do núcleo do pensamento do nacional-socialismo de que os judeus e os arianos formam raças distintas. Os primeiros seriam raça inferior, nefasta e infecta, características suficientes para justificar a segregação e o extermínio: inconciliabilidade com os padrões éticos e morais definidos na Carta Política do Brasil e do mundo contemporâneo, sob os quais se ergue e se harmoniza o estado democrático. Estigmas que por si só evidenciam crime

Assim sendo, ao nos depararmos com uma colisão de direitos fundamentais, onde o direito aplicado em sua plenitude obstaculiza, afeta ou restringe o exercício de outro direito fundamental, constata-se que pode ser tal o conflito na esfera horizontal ou vertical, que estará sempre presente a quesitação, de qual, a ferramenta jurídica a ser utilizada para dirimir o conflito. Conflito este que desfaz o caráter absolutista dos princípios

de racismo. Concepção atentatória dos princípios nos quais se erige e se organiza a sociedade humana, baseada na respeitabilidade e dignidade do ser humano e de sua pacífica convivência no meio social. Condutas e evocações aélicas e imorais que implicam repulsiva ação estatal por se revestirem de densa intolerabilidade, de sorte a afrontar o ordenamento infraconstitucional e constitucional do País. 6. Adesão do Brasil a tratados e acordos multilaterais, que energicamente repudiam quaisquer discriminações raciais, aí compreendidas as distinções entre os homens por restrições ou preferências oriundas de raça, cor, credo, descendência ou origem nacional ou étnica, inspiradas na pretensa superioridade de um povo sobre outro, de que são exemplos a xenofobia, "negrofobia", "islamafobia" e o anti-semitismo. 7. A Constituição Federal de 1988 impôs aos agentes de delitos dessa natureza, pela gravidade e repulsividade da ofensa, a cláusula de imprescritibilidade, para que fique, ad perpetuum rei memoriam, verberado o repúdio e a abjeção da sociedade nacional à sua prática. 8. Racismo. Abrangência. Compatibilização dos conceitos etimológicos, etnológicos, sociológicos, antropológicos ou biológicos, de modo a construir a definição jurídico-constitucional do termo. Interpretação teleológica e sistêmica da Constituição Federal, conjugando fatores e circunstâncias históricas, políticas e sociais que regeram sua formação e aplicação, a fim de obter-se o real sentido e alcance da norma. 9. Direito comparado. A exemplo do Brasil as legislações de países organizados sob a égide do estado moderno de direito democrático igualmente adotam em seu ordenamento legal punições para delitos que estimulem e propaguem segregação racial. Manifestações da Suprema Corte Norte-Americana, da Câmara dos Lordes da Inglaterra e da Corte de Apelação da Califórnia nos Estados Unidos que consagraram entendimento que aplicam sanções àqueles que transgridem as regras de boa convivência social com grupos humanos que simbolizem a prática de racismo. 10. A edição e publicação de obras escritas veiculando idéias anti-semitas, que buscam resgatar e dar credibilidade à concepção racial definida pelo regime nazista, negadoras e subversoras de fatos históricos incontroversos como o holocausto, consubstanciadas na pretensa inferioridade e desqualificação do povo judeu, equivalem à incitação ao discrimen com acentuado conteúdo racista, reforçadas pelas conseqüências históricas dos atos em que se baseiam. 11. Explícita conduta do agente responsável pelo agravo revelador de manifesto dolo, baseada na equivocada premissa de que os judeus não só são uma raça, mas, mais do que isso, um segmento racial atávica e geneticamente menor e pernicioso. 12. Discriminação que, no caso, se evidencia como deliberada e dirigida especificamente aos judeus, que configura ato ilícito de prática de racismo, com as conseqüências gravosas que o acompanham. 13. Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal. 14. As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, § 2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o "direito à incitação ao racismo", dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica. 15. "Existe um nexó estreito entre a imprescritibilidade, este tempo jurídico que se escoá sem encontrar termo, e a memória, apelo do passado à disposição dos vivos, triunfo da lembrança sobre o esquecimento". No estado de direito democrático devem ser intransigentemente respeitadas os princípios que garantem a prevalência dos direitos humanos. Jamais podem se apagar da memória dos povos que se pretendam justos os atos repulsivos do passado que permitiram e incentivaram o ódio entre iguais por motivos raciais de torpeza inominável. 16. A ausência de prescrição nos crimes de racismo justifica-se como alerta grave para as gerações de hoje e de amanhã, para que se

fundamentais, tornando-os relativos, pois os colocam em estado de conflito, conseqüentemente de preterição de algum deles.

Sabendo-se que os direitos fundamentais estão expressamente grafados na Constituição, e assim dizendo, de mesma hierarquia, a colisão desses direitos fundamentais não vem a pressupor uma hermenêutica constitucional para sua resolução?

A fim de dar efetividade plena a um princípio fundamental que se contrapõe a outro e atender a necessidade de otimização e harmonia desses princípios, deve necessariamente um deles ser preterido em função do outro? E, se assim ocorrer este preterimento, não implicará na perda da validade de um dos direitos fundamentais em conflito?

Verificando-se um vácuo jurídico na questão do conflito entre direitos fundamentais isonômicos, qual é a real importância de dedicarmos estudos em busca da solução desses conflitos?

Vislumbra-se o fato de que a matéria no âmbito constitucional, não possui um elemento balizador expresso, ou seja, sua *sedes materiae* não se encontra definida, o qual é o meio ideal para efetivar a harmonização destes conflitos sem que comprometa a hierarquia dos direitos fundamentais? Neste embate jurídico o operador do direito não poderá ficar inerte, pois as partes necessitam uma solução com a devida sustentação jurídica que será alçada pelo Princípio da Proporcionalidade, como meio de balizador dos conflitos de direitos fundamentais.

É possível vislumbrar duas funções distintas desempenhadas pelo referido princípio no sistema normativo. Na primeira delas, o princípio da proporcionalidade configura instrumento de salvaguarda dos direitos fundamentais contra a ação limitativa que o Estado impõe a esses direitos. De outro lado, o princípio em exame também cumpre a relevante missão de funcionar como critério para solução de conflitos de direitos fundamentais, através de juízos comparativos de ponderação dos interesses envolvidos no caso concreto²⁸⁴.

impeça a reinstauração de velhos e ultrapassados conceitos que a consciência jurídica e histórica não mais admitem. Ordem denegada.

²⁸⁴ ROLIM, Luciano Sampaio Gomes. Colisão de Direitos Fundamentais e princípio da proporcionalidade. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 6, n. 56, abr. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2855>>. Acesso em: 29 ago. 2005.

A partir disso, se constata a real importância da aplicação do princípio da proporcionalidade, pois este possui subsídios sensíveis e estruturados pela doutrina para resolver os conflitos dos direitos fundamentais, sem que desse conflito um dos direitos envolvidos perca seu valor e sim seja somente preterido naquele caso concreto determinado.

A descoberta do princípio da proporcionalidade, além de viabilizar um efetivo controle das leis, por permitir detectar situações inconstitucionais menos flagrantes, fornece ao juiz um instrumental prático inigualável quando se trata de justificar uma excessiva intervenção do legislador na seara dos direitos fundamentais²⁸⁵.

O princípio da proporcionalidade é fundamentado de maneira hierárquica e qualificativa em razão de problemas existentes nas relações entre o Estado e administrado, projetando-se neste momento como verdadeiro balizador desses conflitos.

O princípio da proporcionalidade está vinculado a preservação de espaço para o indivíduo perante o que ele mesmo é partícipe, o Estado, portanto possui o princípio em ênfase como fundamental, o objetivo de impulsionar e dignificar os anseios sociais diante a constituição. De onde se conclui que tanto o legislador como o aplicador da lei, não podem imprimir uma valoração subjetiva com a aplicação do princípio da proporcionalidade, e sem a valoração que represente o senso comum, beneficiando a sociedade.

Raquel Denize Stumm, qualifica o princípio da proporcionalidade como um princípio jurídico fundamental(...) No caso brasileiro, apesar de não expresso, ele tem condições de ser exigido em decorrência de sua natureza. Assim, o princípio da proibição do excesso proíbe o arbítrio e impõe a obediência ao conteúdo do princípio da proporcionalidade, ou seja, a exigibilidade, adequação e proporcionalidade dos atos dos poderes públicos em relação aos fins que eles prosseguem²⁸⁶.

²⁸⁵ BARROS, Suzana de Toledo. *O Princípio da Proporcionalidade*. Brasília. 3. ed. Brasília: Jurídica, 2003 p. 31.

²⁸⁶ STUMM, Raquel Denize. *Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 1995. p. 121.

O princípio da proporcionalidade é também utilizado na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem na concretização/aplicação de algumas normas da Convenção Européia dos Direitos do Homem (art. 8º e 11º). As medidas restritivas dos direitos fundamentais devem ser proporcionais ao fim visado e jamais atingirem a substância do direito, segundo Giuseppe Ferrari apud Canotilho.²⁸⁷

Diante o todo exposto neste capítulo, torna-se cristalina a importância do princípio da proporcionalidade, pois seu conteúdo é de suma importância à prática dos operadores do direito na resolução de conflitos constitucionais entre direitos fundamentais de mesma hierarquia.

Assim sendo, far-se-á de forma mais harmônica, eficaz, justa e adequada a aplicação do direito, com fins a realizar o ajuste necessário entre o direito e as expectativas sociais.

O problema na aplicação do Princípio da Proporcionalidade é encontrar juiz Hermes, que aplique um sentido proporcional ao caso. Segundo Ost²⁸⁸, existem três tipos de juízes: Júpiter, Hércules e Hermes. Nenhuma outra profissão, senão a de Juiz, é tão multiforme e pluralista, pois está inserida num campo jurídico heterogêneo e complexo e, assim sendo, não há “modelo”, padrão. Paradoxalmente, a ausência e a abundância de modelos interferem na decisão do juiz. O juiz jupiteriano adota o modelo de pirâmide do código, aplica a forma da lei e se expressa no imperativo e na preferência do proibido. Todo o resto deriva da lei. Deste surge o Direito herculeano: diz que a revolução parte do homem (juiz) e não da lei. A decisão do juiz é o único direito válido. Com a crise de ambos (Júpiter e Hércules), surge o modelo de Hermes (juiz hermeneuta), mensageiro dos deuses, sempre em movimento. Para ele o Direito está sempre em movimento, dando importância à comunicação (lingüística). O autor afirma que o modelo de Júpiter é o que continua sendo ensinado nas faculdades, versão canônica dos juristas, modelo de aplicação prática, direito codificado, herdado do direito napoleônico.

²⁸⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 268.

²⁸⁸ OST, François. Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez. *DOXA – Cuadernos de Filosofía*, n. 14, Alicante: Espanha, 1994. p. 169-94.

Na teoria positivista de Kelsen (jupiteriana), segundo a doutrina do belga, está mal mascarada a teologia política implícita nela, teologia que dá supremacia ao legislador. Este modelo apresenta uma racionalização formal do direito e uma simplificação radical do material jurídico nivelando o sistema social. O modelo de código resulta em quatro indicativos: monismo jurídico, monismo político, racionalidade dedutiva e linear e orientação de tempo para futuro orientado.

Juiz Herculano é aquele que concilia as economias familiares em crise, evita quebra de empresas, observa o interesse do filho de ter o pai reconhecido, ou seja, adapta a lei ao momento social. Surge o momento de questionamento da constitucionalidade das leis, tirando a supremacia do legislador, principalmente com as correntes do realismo e do sociological jurisprudence norte-americanas. No direito herculeano a efetividade é condição necessária e suficiente para a validade. A sua legalidade ou legitimidade não importam. Já no direito jupiteriano a legalidade é condição necessária e suficiente para a validade da regra, dependendo da autoridade competente.

No modelo de Hermes a rede jurídica é ligada ao fluxo de informações e às interações das funções. Há uma multiplicidade de atores jurídicos (não só o legislador ou o julgador).

Duas características marcam o direito à imagem: a inalienabilidade e a intransmissibilidade. Assim sendo, surge a problemática que nos propomos a estudar. Como conciliar a plena liberdade de imprensa sem agredir o direito à imagem, considerando a escassez de juízes Hermes?

Por não ser indisponível,²⁸⁹ o direito à própria imagem pode ser colocado à disposição de outra pessoa, o que vem ocorrendo com maior frequência nas últimas décadas devido ao crescimento da atividade jornalística, que não dispensa a imagem como informação, assim como na área publicitária, associando a imagem de pessoas a de produtos. Cabe ao titular do direito ceder o seu uso, que pode ocorrer de forma tácita ou explícita. O consentimento tácito, apesar de válido, abre margem para discussão sobre a destinação dada à imagem. Pode ocorrer a controvérsia

²⁸⁹ BARBOSA, Álvaro Antônio do Cabo Notaroberto. *Direito à Própria Imagem – Aspectos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 60.

também se o consentimento foi na forma explícita, através de contrato, caso o beneficiário da imagem concedida a utilize fora do acordado entre as partes.

O grande problema do consentimento tácito está no meio de prova. Não há presunção de autorização apenas pelo fato de um indivíduo “posar” para uma fotografia. Ocorre que o uso da imagem tacitamente permitida se dá conforme a moral, os bons costumes, não agredindo a honra tampouco a intimidade do fotografado, então não caberia qualquer tipo de indenização ou ressarcimento pelo uso da imagem, sabendo-se que ela foi autorizada.

Na autorização explícita, preservam-se ambos os lados. O proprietário da imagem sabe que estará cedendo este direito a outrem e o adquirente do direito deverá usá-la conforme foi acordado entre ambos: gratuita ou onerosa, destinação, objetivo, uso da imagem conforme foi captado ou se terá algum trabalho artístico ou caricatural e tantas outras cláusulas podem estar rezadas no instrumento. Como se trata de bem e atividade privada, não há a necessidade de reconhecimento público do contrato, bastando a bilateralidade entre os concorrentes.

A Lei de Imprensa era o documento legal que regula a atividade. Como já abordamos, está absolutamente defasada e quase toda revogada pela promulgação da Constituição Federal de 1988.

Hoje, não há outro caminho senão o que deva percorrer o princípio da proporcionalidade como mediador da resolução da colisão entre estes dois nobres direitos fundamentais. Garantir a prevalência de todos os direitos fundamentais, oferecendo equilíbrio entre os seres humanos, pode ser considerado como o ideal em um Estado Democrático de Direito, conforme assevera Bobbio:

Direitos do Homem, democracia e paz são três momentos necessários do mesmo movimento histórico: sem direitos do homem reconhecidos ou protegidos, não há democracia; sem democracia, não existem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos. Em outras palavras, a democracia é a sociedade dos cidadãos e os súditos se tornam cidadãos quando lhes são reconhecidos alguns direitos fundamentais; haverá paz

estável, uma paz que não tenha a guerra como alternativa, somente quando existirem cidadãos não mais apenas deste ou daquele Estado, mas do mundo.²⁹⁰

Assim se comportou o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul na apreciação da Apelação n° 70011334489, tendo utilizado de forma doutrinária o Princípio da Proporcionalidade abordado nesta dissertação, senão vejamos:

RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. DIREITO À LIVRE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO E DIREITO À INVIOABILIDADE DA HONRA E IMAGEM. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.

A liberdade de manifestação deve ser exercida de forma compatível com o direito à imagem, à honra e à vida privada. Havendo colisão de direitos fundamentais, impõe-se a aplicação do princípio da proporcionalidade, para verificar se o ato alegadamente ilícito foi adequado, necessário e proporcional em sentido estrito. Caso em que, tanto a veiculação de panfleto, quanto a manifestação pública de um dos réus a respeito da participação da autora em encontro de vereadores, realizado em outro Estado da Federação, mostraram-se em consonância com tal princípio. Restrição do direito da autora, no que tange à ação dos réus, que se mostra legítima, restando afastado o ato ilícito. Quanto mais que os detentores de cargos políticos estão suscetíveis às críticas, bem como à constante fiscalização dos seus atos.

Apelo desprovido.

Na mesma linha, o tribunal gaúcho novamente buscou seus fundamentos no princípio da proporcionalidade, julgando o conflito entre liberdade de imprensa e direito à imagem, conforme se apresenta a ementa da Apelação Cível n° 70004808697, a seguir transcrita:

APELAÇÃO CÍVEL. LEI DE IMPRENSA. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PROGRAMA DE RÁDIO. ACUSAÇÕES DIRIGIDAS A UM GRUPO DE FUNCIONÁRIOS EM CARGOS DE COMISSÃO DE PREFEITURA. NÃO IDENTIFICAÇÃO PESSOAL DA AUTORA.

Hipótese em que não restaram demonstrados os danos morais alegados pela autora.

Inexistência denexo causal entre a conduta do radialista e os danos supostamente sofridos, pois não houve ofensa direta à autora.

Conflito dos princípios fundamentais da liberdade de expressão e da inviolabilidade da imagem da pessoa que deve ser sanado através do princípio da proporcionalidade.

Sentença mantida.

APELAÇÃO DESPROVIDA.

²⁹⁰ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. 18ª Tiragem. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 1.

CONCLUSÃO

No primeiro capítulo deste trabalho abordamos o conceito de imagem, em seus sentidos amplo e jurídico, donde podemos perceber que apenas com o advento das possibilidades de reprodução das imagens por meios industriais e tecnológicos é que o direito passou a se preocupar com suas interferências na vida em sociedade. Efetivamente, a proteção do direito à imagem, no ordenamento jurídico brasileiro, ocorreu apenas com a promulgação da Constituição Federal de 1988.

A ocorrência recente do direito à imagem em nossa carta magna interfere preponderantemente na natureza jurídica deste dispositivo. Vimos que a doutrina tentou qualificar a imagem como integrantes de outros direitos da personalidade, tais como a honra, a intimidade e a privacidade. Entretanto, por suas peculiaridades, entre elas a possibilidade de colocar o direito à disposição de terceiro nos leva a aceitar a vertente que defende a autonomia deste novo direito.

Relacionamos também a vinculação do direito à imagem com a dignidade da pessoa humana, garantia fundamental prevista no ordenamento constitucional e que orienta todos os demais dispositivos ali previstos. No estudo feito sobre a dignidade humana ficou evidenciado que, pelos seus caracteres, não há como dissociar o elemento da proteção da imagem como um dos requisitos à obtenção do ideal estabelecido pela Constituição Federal. Assim sendo, deverá ser observada com total critério, pois qualquer agressão interferirá no bem maior da dignidade.

Ao final da primeira parte da dissertação, apresentamos as outras previsões legais do ordenamento jurídico, além da Constituição Federal, que em algum momento abordam o tema do direito à imagem. Pelo acanhado número de documentos legislativos ali expostos, concluímos que o legislador infra-constitucional ainda não deu a importância necessária ao tema, restando ao julgador a tarefa de aplicar a hermenêutica para conquistar a interpretação necessária à solução de eventuais conflitos que versem sobre o direito à imagem.

A abordagem sobre liberdade de imprensa abre o segundo capítulo. Vimos que a lei que disciplinava a atividade jornalística, oriunda de regime que cerceava, através da censura, a labuta dos jornalistas, foi em grande parte revogada pela promulgação da Constituição Federal de 1988, permanecendo em vigência a parte que rege a reparação de danos causados pela atividade jornalística. A carta constitucional elevou a direito fundamental a liberdade de expressão, sem espaço para qualquer tipo de censura.

Com a manutenção da previsão pela reparação de danos causados no exercício da atividade jornalística, procuramos o enfoque sobre a conceituação de dano, material e moral, pois fundamental para determinar ressarcimento ou reparação. Pela previsão como garantia constitucional, percebemos que não é qualquer ato causado pelo segmento jornalístico que acarreta responsabilização.

Na pesquisa, por serem ambos protegidos pela tutela constitucional, tanto o direito à imagem como a liberdade de imprensa são garantias que devem ser observadas, ocasionando conflito entre elas.

Pretendendo buscar uma alternativa ao conflito entre os dois direitos fundamentais, iniciamos o terceiro capítulo com a temática da diferenciação entre princípios e regras, em especial pela doutrina de Alexy e Dworkin, nos sendo permitido elevar ambos os direitos abordados à reserva especial de proteção, por estarem no rol dos princípios garantidos pela carta magna.

Recuperamos, ainda, a importância dos direitos fundamentais para a efetivação da existência digna, livre e igual da pessoa humana, exigindo que sejam reconhecidos pelo Poder Público. Ocorre que apenas haverá a efetivação destes direitos se todos estiverem resguardados em suas

aplicações no cotidiano social. Existindo conflitos entre eles, vimos que não nos é permitido revogar um em detrimento ou em benefício do outro. Mais evidente nos remete que aplicação do princípio da proporcionalidade é uma ou a única alternativa neste momento histórico e com estas ordens constitucionais e infra-constitucionais a permitir a não eliminação de um direito fundamental perante o outro.

Ainda que o mergulho feito por esta dissertação à existência e conseqüente colisão entre os direitos fundamentais à imagem e à liberdade de imprensa, buscando a alternativa da aplicação do princípio da proporcionalidade à resolução de eventuais demandas não bastará para extinguir ou apaziguar as controvérsias sobre qual deve prevalecer e qual deve ser restringido.

Não é a falta de legislação infra-constitucional que causa esta impossibilidade de pacificação, posto que, sob a nossa ótica, qualquer que seja o documento legal deverá observar na integralidade os preceitos constitucionais estabelecidos.

A grande tarefa é a de sensibilizar o julgador sobre a necessidade da aplicação hermenêutica com valorização absoluta dos princípios e garantias fundamentais. Quando a evolução da ciência jurídica pátria atingir os tribunais, em todas as instâncias, teremos a inevitável aplicação da proporcionalidade, posto que em cláusulas pétreas não nos é permitido ingerências.

Quando projetamos esta pesquisa, tínhamos o ideal de preparar a base doutrinária para eventual passo seguinte de formação pós-acadêmica quando pensaríamos na elaboração de lei para reger a atividade jornalística ou visando conceituar o novo direito à imagem.

Temos que o resultado frustra a idéia original, um tanto quanto kelseniana, positivista. Entretanto nos empurra à divulgação e proliferação da importância dos Direitos Fundamentais em nossas vidas. Se, em algum momento de nossas existências, conseguirmos fazer com que o cidadão comum leia e entenda a Constituição Federal vigente, então já valeu a pena.

REFERÊNCIAS

AARNIO, Aulis. *Lo racional como razonable*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2002.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Versión castellana por Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

_____. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução: GARZÓN VALDÉS, Ernesto. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ALVES A J. A. Lindgen. A declaração dos direitos na pós-modernidade. In. *Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros*, Rio de Janeiro, n. 5, AMB, 1998.

AMADO, Juan Antonio Garcia. *Ensayos de Filosofía Jurídica*. Bogotá: Temis, 2004.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987.

ANDRADE, Manoel da Costa. *Liberdade de imprensa e inviolabilidade pessoal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

ANDRÉ, Alberto. *50 anos de imprensa*. Porto Alegre: FEPLAM, 1992.

ARAÚJO, Francisco Fernandes. *Princípio da Proporcionalidade: significado e aplicação prática*. Campinas: Copola, 2002.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. *A Proteção Constitucional da Própria Imagem*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

AVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4 ed. revista. São Paulo: Malheiros, 2004.

BARBOSA, Álvaro Antônio do Cabo Notaroberto. *Direito à Própria Imagem – Aspectos Fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1989.

BARBOSA, Rui. Parecer de 04.08.1884, *annaes* 1884, v.4/25.

BARROS, Suzana de Toledo. *O Princípio da Proporcionalidade e o controle da Constitucionalidade das leis de Direitos Fundamentais*. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

BECCARIA, Cesare B Marchesi Di. *Dos Delitos e das Penas*. Trad.: Flório de Angelis. Bauru: Edipro, 2001.

BECOURT, Daniel. *Le droit de la personne sur son image*. Paris: Michel Brient, 1969.

BENDAVID-VAL, Leah. *Titanic: o Gigante Submerso*. National Geographic: Edição Especial Um século de fotografia. São Paulo: 1995.

BERTI, Silma Mendes. *Direito à própria imagem*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989.

BRAGA, Valeschka e Silva. *Princípios da Proporcionalidade e da Razoabilidade*. Curitiba: Juruá, 2004.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. 11 ed. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 1999.

BRASIL. Lei n.º 5.250, de 09 de fevereiro de 1967. Regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informações. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

CAMPOS, Diogo Leite de. *Lições de direito da personalidade*. Editora: ANO.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado internacional dos direitos humanos*. v. III. Porto Alegre: Fabris, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2002.

CAPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1993.

CARVALHO, Orlando de. *Teoria geral da relação jurídica*. Editora: ANO.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A constituição aberta e os direitos fundamentais: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

COMPARATO Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999.

CHAVES, Antonio. *Tratado de direito civil*. Editora: ANO.

CREMADES, Javier. *Los limites de la libertad de expresión en el ordenamiento jurídico español*. Madrid: La Ley S/A, 1995.

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

DELPÉRÉE Francis. O direito à dignidade humana. In: *“Direito Constitucional – Estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho”*. São Paulo: Dialética, 1999.

DE MATTIA, Fábio Maria. Direitos da personalidade. In: FRANÇA, Rubens Limongi (coord.). *Enciclopédia Saraiva de Direito*, São Paulo: Saraiva, 1977.

DIÁRIO DE NOTÍCIAS. São Paulo, 27. jun. 1967.

DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Anotado*. 8. ed. atual. De acordo com o Novo Código Civil. (Lei 10.406 de 10.01.2002) São Paulo: Saraiva, 2002.

DRAULT, Ernanny. *Meninos eu vi... e agora posso contar*. Rio de Janeiro: Record, 1988.

DUARTE, Liza Bastos. *Hermenêutica Jurídica: uma análise de temas emergentes*. Canoas: Ulbra, 2004.

DUVAL, Hermano. *Direito à Imagem*. São Paulo: Saraiva, 1988.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002

_____. *El dominio de la vida*. Barcelona: Ariel, 1994.

FARIA, José E.. *A crise constitucional e a restauração da legitimidade*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1985.

FARIAS, Edilsom Pereira de. *Colisão de Direitos - A Honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a Liberdade de Expressão e Informação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1985.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1994.

FRANÇA, Rubens Limongi. *Direitos da personalidade: coordenadas fundamentais*. Editora e ano.

FRÉMOND, Pierre. *Le droit de la photographie, droit sur l'image*. 2. ed. Paris: Dalloz, 1982.

FREUND, Gisele. *Fotografia e Sociedade*. Lisboa: Porto, 1989.

FOLHA DE SÃO PAULO, São Paulo, p. 1, 27. jun. 1967.

_____. São Paulo, p. 1, 14. dez. 1967.

FURASTÉ, Pedro Augusto. *Normas Técnicas para o Trabalho Científico: Elaboração e Formatação. Explicação das Normas da ABNT*. 14. ed. Porto Alegre: s.n., 2006.

GADAMER, Hans-Georg. *A Razão na Época da Ciência*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

GARCIA, Maria. Quais são os direitos fundamentais? In: *Revista de direito constitucional e internacional*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 39, 2002.

GRECO FILHO, Vicente. *Interceptação telefônica*. São Paulo: Saraiva, 1996.

GUERRA, Sidney César Silva. *A Liberdade de Imprensa e o Direito à Imagem*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

GODDARD, Jorge Addame. *Naturaleza, persona y derechos humanos. Cuadernos Constitucionales México-Centroamérica*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, n. 21, 1. ed. Instituto de investigaciones jurídicas, 1996.

GOLDSCHIMIDT. *Introducción al derecho*. 3 ed. Buenos Aires: Depalma, 1969.

HABERMAS, M Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

HART, Herbert. *O Conceito de Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

HISTÓRIA DA FOTOGRAFIA. Disponível em: <<http://bocc.ubi.pt/pag/souza-jorge-pedro>>. Acesso em: 10 mai. 2002.

HOLANDA, Aurélio Buarque Ferreira de. *Pequeno dicionário brasileiro da língua portuguesa*. 1. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, s. d.

HUNGRIA, Néelson. *Apud MIRANDA, Darcy Arruda. Comentários à Lei de Imprensa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

JORGE, Fernando. *Cale a Boca, Jornalista!* São Paulo: Vozes, 1987.

JORNAL DO BRASIL, Rio de Janeiro, p. 1, 27. jun. 1967.

KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Pura*. Rio de Janeiro: Ediouro, 1998

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. *O que é justiça?* E. ed. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins, Fontes, 2001.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LEAL Rogério Gesta. *Hermenêutica e direito: considerações sobre a teoria do direito e os operadores jurídicos*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 1999.

LEVACOV, Maria. et al. *Tendências na Comunicação*. Porto Alegre: L&PM, 1998.

LINDON, Raymond. *La création prétorienne en matière de droits de la personnalité et son incidence sur la notion de famille*. Paris: Dalloz, 1974.

LOPES, Vera Maria de Oliveira Nusdeo. *O Direito à Informação*. São Paulo: RT, 1997.

MIGUEL, Carlos Ruiz. *Human dignity: history of na idea*. In: Disponível em: <<http://web.usc.es/~ruizmi/pdf/dignity.pdf>>.

MIRANDA, Darcy Arruda. *Comentários à Lei de Imprensa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

MIRANDA, Jorge. *Perspectivas Constitucionais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996

_____. *Terrorismo e Direito*. Os impactos do terrorismo na comunidade internacional e no Brasil: perspectivas político econômicas. Os Direitos Fundamentais perante o terrorismo, Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MIRANDOLA Giovanni Picco della. *Discurso sobre a dignidade do homem*. São Paulo: Renovar, 2000.

MORAES, Walter. Direito à própria Imagem. *Enciclopédia Saraiva do Direito*, v. 25, [s.d.].

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da república Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2000.

_____. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2001.

MORAIS, Fernando. *Chatô, O Rei do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1994.

O ESTADO DE SÃO PAULO, São Paulo, p. 1, 14. dez. 1967.

OLIVEIRA, Eduardo de. *Fotojornalismo: informação e arte à serivço da história*. 1999, 72 f. Trabalho de conclusão de curso de Comunicação Social (Bacharel em Jornalismo) – Universidade Luterana do Brasil , Canoas,1999.

OLIVER, Paulo. *Aspectos Jurídicos: Direito autoral, fotografia e imagem*. São Paulo: Letras&Letras, [s.d].

OST, François. Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez. *DOXA – Cuadernos de Filosofía*, Espanha, n. 14, Alicante, 1994.

PAULSEN, Leandro. *Direito Tributário: Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado: ESMAFE, 2005.

PESSOA, Leonardo Ribeiro. Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade na jurisprudência tributária norte-americana e brasileira. *Jus Navigandi*, Teresina, a.9, n. 522, 11 dez 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br?doutrina/texto.asp?id=5989>>. Acesso em: 14 set. 2005.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 5. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002.

_____. Direitos humanos: o princípio da dignidade da pessoa humana e a constituição brasileira de 1988. (NEO). Constitucionalismo. Ontem os códigos. Hoje as constituições. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, Instituto de Hermenêutica, v.1, n. 2, 2004.

PRADA, Vicente Herce de la. *El derecho a la propia imagen y su incidencia en los medios de difusión*. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1994.

REZEK NETO, Chade. *O princípio da proporcionalidade no estado democrático de direito*. São Paulo: Lemos & Cruz, 2004.

RAVANAS, Jacques. *La protection des personnes contre la realisation et la publication de leur image*. Paris: Librairie Générale de Droit et de La Jurisprudence, 1978.

REZEK NETO, Chade. *O princípio da proporcionalidade no estado democrático de direito*. São Paulo: Lemos & Cruz, 2004.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Decadência – Lei de Imprensa – denúncia à lide. Agravo de Instrumento n.º 70003716859. Agravante: Plural Planejamento e Consultoria de Comunicação Ltda. Agravado: Carlos Henrique Carvalho Machado. Relatora: Desa. Ana Maria Nedel Scalzilli. Porto Alegre, 28 de fevereiro de 2002. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>>. Acesso em: 07 jun. 2002.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Ação de Indenização por danos morais – Baile Municipal de Porto Alegre – ofensa à imagem e intimidade. Apelação cível n.º 70000716928. Apelante/Recorrido Adesivo: Loreci Delazeri. Recorrente Adesivo/Apelado: Bloch Editores S/A. Relatora: Desa. Ana Lúcia Carvalho Pinto Vieira. Porto Alegre, 19 de dezembro de 2001. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>>. Acesso em: 07 jun. 2002.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Responsabilidade civil – imprensa – notícia incriminatória – danos morais. Apelação cível n.º 700001904978. Apelante: Zero Hora Editora Jornalística S/A. Apelado: Lothar Kienast. Relator: Dês. Luiz Ary Vessini de Lima. Porto Alegre, 23 de agosto de 2001. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>>. Acesso em: 07 jun. 2002.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Responsabilidade civil – ação de indenização – danos morais – imagem. Apelação cível n.º 70002232056. Apelante: Alberto Rodrigues Reck. Apelada: Televisão Gaúcha S/A. Relator: Des. Carlos Alberto Bencke. Porto Alegre, 08 de maio de 2001. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>>. Acesso em: 07 jun. 2002.

ROBIN, Marie-Monique. *As 100 Fotos do Século*. França: LAT, 1999.

ROCHA, SCHWARTZ e CLAM. *Introdução à Teoria do Sistema Autopoiético do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

ROLIM, Luciano Sampaio Gomes. Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade. *Jus Navigandi*, Teresina, a;.6, n. 56, abr. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2855>>. Acesso em: 29 ago. 2005.

SAMPAIO. José Adécio Leite. *Direito à intimidade e à vida privada*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SANTOS CIFUENTES. *Los derechos personalísimos*. Buenos Aires: Astrea, 1998.

SANTOS, Ferreira Santos. *O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: limites e Possibilidades*. Rio de Janeiro. Lúmen Júris, 2004.

SANTOS, Gustavo Ferreira. *O Princípio da Proporcionalidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: limites e possibilidades*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

SANTOS, Jarbas Luiz dos. *Princípio da Proporcionalidade: concepção grega de justiça como fundamento filosófico*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

SANTOS Fernando Ferreira dos. Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. *Jus Navigandi*, Teresina, v. 3, n. 27, dez. 1998. (Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=160>>. Acesso em: 13 set. 2004).

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. 158p.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SERNA, Marie. *L'image des personnes physiques et des biens*. Paris: Economica, 1977.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*. Zaragoza: J. M. Bosch Editor, 1992.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Brasileiro*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. *Curso de direito constitucional positivo*, 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

STEINMETZ, Wilson Antônio. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. *Colisão de Direitos Fundamentais e o Princípio da Proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica (e)m Crise: uma exploração hermenêutica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

STUMM, Raquel Denize. *Princípio da Proporcionalidade no direito constitucional brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. São Paulo: Malheiros Editores, 1992.

SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos da personalidade e sua tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 1995.

THOMASUS, Cristian. *Fundamentos de derecho natural y de gentes*. Madrid: Tecnos, 1994.

TOBEÑAS, José Castan. *Los derechos de la personalidad*. Madrid: Editora. Ano.

TOBEÑAS, José Castan. *Los derechos del hombre*, Editora: Ano.

TORRES, Patrícia de Almeida. *Direito à Própria Imagem*. São Paulo: LTr, 1998.

TRIBUNA DA IMPRENSA, Rio de Janeiro, p. 1, 27. jun. 1967.

ZANNONI, Eduardo A.; BÍSCARO, Beatriz R. *Responsabilidad de los medios de prensa*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1993.

WARAT, Luis Alberto. *Manifestos para uma ecologia do desejo*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1990.

WARAT, Luis Alberto. *O Direito e a sua Linguagem*. 2ª versão. Porto Alegre: SAFE, 1995.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)