

Novos contornos de proteção ao direito à imagem a partir da interpretação conforme ao art. 20, do Código Civil, perpetrada à luz da ADI 4815/DF

*Marcos Duque Gadelho Junior*¹
Juiz de Direito no Estado de São Paulo

“As leis conservam o crédito não porque sejam justas,
mas porque são leis.”
(Montesquieu)

Introdução

Cuidava-se de lugar comum na doutrina constitucional a afirmação de que nenhum dos direitos fundamentais ostenta uma primazia apriorística, uma relação de preferência hierárquica com relação às outras liberdades fundamentais; e o propósito jurídico repousava em evitar a consolidação do excesso, da radicalização de uma posição jurídica violadora do núcleo essencial de algum direito fundamental. A construção jurisprudencial e a importação hermenêutica dos critérios da ponderação, enquanto ideia geral de sopesamento, e dos princípios da proporcionalidade² e da razoabilidade consolidaram na jurisprudência nacional a ideia da ausência de direito fundamental absoluto. É o caso,

¹ Mestre em Direito do Estado pela USP (2014). Professor assistente nos cursos de especialização em Direito Civil e Direito Processual Civil da Escola Paulista da Magistratura/Sorocaba (2016). Autor de obra jurídica. Juiz de Direito no Estado de São Paulo desde 2006.

² “A ideia de proporcionalidade revela-se não só a um importante – o mais importante, como em seguida proporemos – princípio jurídico fundamental, mas também um verdadeiro topos argumentativo, ao expressar um pensamento aceito como correto, por justo e razoável, de um modo geral – logo, de comprovada utilidade no equacionamento de questões práticas, não só do Direito em seus diversos ramos, como também em outras disciplinas, sempre que se tratar da descoberta do meio mais adequado para atingir determinado objetivo.” (GUERRA FILHO, Willis Santiago. Sobre o princípio da proporcionalidade. In: LEITE, George Salomão (Coord.). *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. 2. ed. São Paulo: Método, 2008. p. 226.).

v.g., do ADPF HC 82.424 (caso Ellwanger), em que a Suprema Corte definiu a responsabilidade do editor, como incurso no crime de racismo, pela publicação de livros, próprios e de terceiros, de conteúdo antissemita, afastando a incidência, no caso concreto, do direito fundamental a liberdade de expressão.³

A constatação mencionada, no entanto, parece ter sido superada a partir da leitura de um conjunto de precedentes da Suprema Corte Brasileira, das quais se extraem a consolidação, deliberada ou não, da primazia de alguns direitos fundamentais⁴, o que motivou alguns teóricos a sustentar uma posição apriorística de preferência (*preferred position*⁵) de alguns direitos em relação a outros igualmente de estatura constitucional, malgrado, frise-se, a maioria dos julgadores na Corte Constitucional tenha feito esforço hermenêutico descomunal (numa tentativa malograda, diga-se) em obter que não se trata de expurgar (ou não aplicar) do mundo jurídico o princípio ou a norma fundamental afastada.

Firmou-se, neste sentido, o protagonismo da liberdade de informação (de informar e ser informado) e da liberdade de expressão no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4815/DF, objeto deste ensaio, em que a Suprema Corte julgou procedente

³ Recomento a leitura da obra do Professor Celso Lafer: *A internacionalização dos direitos humanos: Constituição, racismo e relações internacionais*. Barueri: Manole, 2005, que trata pormenorizadamente sobre o julgamento; e também da obra da autora Samantha Roberio Meyer-Pflug, *Liberdade de expressão e discurso do ódio*. São Paulo:

Revista dos Tribunais, 2009. Sem prejuízo, reproduzo, porque oportuno, trecho do voto do (ex) Ministro Carlos Veloso sobre a ausência do caráter absoluto das liberdades fundamentais neste julgamento: “É indubitável que a Constituição Brasileira consagra a liberdade de expressão, que se consubstancia nas liberdades de manifestação de pensamento, de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação e de liberdade de imprensa (C.F. art. 5º, IV e IX; art. 220). Não é menos exato, entretanto, que não há direitos absolutos. Ora, não pode a liberdade de expressão acobertar manifestações preconceituosas e que incitam a prática de atos de hostilidades contra grupos humanos, manifestações racistas, considerado o racismo nos termos anteriormente expostos, manifestações atentatórias à dignidade humana e a direitos fundamentais consagrados na Constituição, manifestações racistas que a Lei Maior repudia (C. F., art. 4º, VIII; ART. 5º, XLII).”

⁴ É o caso da ADPF nº 130, precedente da Suprema Corte em que restou declarada a ausência de recepção integral da Lei nº 5.250/67 (denominada Lei de Imprensa) no ordenamento jurídico vigente, com a prevalência normativa das liberdades fundamentais de informação e de expressão.

⁵ Afirma Rafael Lorenzo-Fernandez Koatz: “A doutrina da posição preferencial desenvolveu-se, inicialmente, nos EUA [...]. Poucos anos depois, em 1943, no julgamento do caso *Murdock v. Commonwealth of Pennsylvania* (319 US 105 - 1943), a Suprema Corte norte-americana aplicou a teoria da posição preferencial à liberdade de expressão afirmando que “*freedom of press, freedom of speech, freedom of religion are in preferred position.*” (KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandez. As liberdades de expressão e de imprensa na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 402.).

a ação proposta pela Associação Nacional de Editora de Livros para dar interpretação conforme aos artigos arts. 20 e 21, do Código Civil, sem redução de texto, para declarar inexigível autorização de pessoa biografada relativamente à obras biográficas literárias ou audiovisuais, sendo prescindível também a anuência das pessoas reputadas como coadjuvantes. Os referidos dispositivos condicionavam à divulgação e a publicação de escritos e imagens, sobretudo em obras biográficas (para fins comerciais), a concordância do titular do direito da personalidade, com lastro jurídico na norma hipotética fundamental prevista no inc. X, do art. 5º, da Carta da República de 1988.

A liberdade de informação e de expressão foi elevada, ainda que de forma não proposital, a uma categoria de sobredireito com relação às demais liberdades fundamentais. Com efeito, após reproduzir ensaios sobre a cronologia histórica da nossa legislação e da doutrina referente à liberdade de expressão e o direito à privacidade e a intimidade, a Ministra Relatora, Carmen Lúcia, assentou em seu voto na ADI 4815/DF:

A autorização prevista na legislação civilista talvez tenha sido pretensão de se constituir em proteção jurídica asseguradora da inviolabilidade constitucionalmente prevista e sem a qual o rol de direitos fundamentais não tem plena eficácia relativamente ao Estado e aos particulares. Não há, entretanto, como compatibilizar o que o direito garante como liberdade, assegurando a plena expressão, proibindo expressa e taxativamente qualquer forma de censura, definindo como direito fundamental a inviolabilidade da intimidade, da privacidade, da honra e da privacidade e, para descumprimento dessa norma, prescrevendo a forma indenizatória de reparação, e norma de hierarquia inferior pela qual fixada regra para o exercício dessa liberdade, iniciando-se com a ressalva “salvo se autorizadas”.

E, neste sentido, de maneira mais evidente, o voto do Ministro Luís Roberto Barroso no referido julgado:

A Carta de 88 incorporou um sistema de proteção reforçado às liberdades de expressão, informação e imprensa, reconhecendo uma prioridade *prima*

facie destas liberdades públicas na colisão com outros interesses juridicamente tutelados, inclusive com os direitos da personalidade. Tal posição de preferência – *preferred position* – foi consagrada originariamente pela Suprema Corte norte-americana, que assentou que ela “confere a estas liberdades uma santidade e uma autoridade que não admitem intrusões dúbias. [...] Apenas os abusos mais graves, que coloquem em risco interesses supremos, dão espaço a limitações admissíveis. Referida doutrina tem sido admitida no direito brasileiro e já foi adotada em diversos precedentes deste Supremo Tribunal Federal, como a ADPF 130 e a ADPF 187”.

Tendo este cenário de pano de fundo, cai por terra o entendimento jurisprudencial consolidado no STJ, e constante do enunciado da súmula 403 (“Independente de prova do prejuízo a indenização pela publicação não autorizada de imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais.”), sobre a necessária autorização do titular do direito subjetivo à imagem. Evidente também a redução substancial do âmbito de proteção do direito à privacidade⁶, e sua projeção no direito à imagem⁷, fenômeno este que consolidou a hierarquização dos direitos da personalidade, tornando praticamente letra morta a ponderação de interesses realizada pelo legislador no texto de lei em vigor (aprovado após a vigência da CF/88), que possuía substrato jurídico na Carta da República de 1988 (inc. X, do art. 5º), substituindo-o, ao final, pela interpretação dos juízes.

Cabe aqui reproduzir à crítica assinalada por Rafael Lorenzo-Fernandez Koatz sobre a proibição ao legislador em ponderar valores constitucionais na aprovação das leis: além de antidemocrático, e constituir um descrédito à vontade racional do povo, maximizada na fórmula da lei, há um contrassenso positivista entre a proscrição, por parte do

⁶ “O direito à privacidade consiste na faculdade de se optar por estar só e não ser perturbado em sua vida particular, formando uma esfera de autonomia e exclusão dos demais e evitando que, sem o consentimento do titular ou por um interesse público, nela se intrometam terceiros. Assim, o direito à privacidade é um direito fundamental que permite que seu titular impeça que determinados aspectos de sua vida sejam submetidos, contra a sua vontade, à publicidade e a outras turbações feitas por terceiros. O direito à privacidade ou vida privada engloba, de acordo com a doutrina, o direito à intimidade”. (RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 565.).

⁷ “O direito à imagem consiste na faculdade de controlar a exposição da própria imagem para terceiros”. (RAMOS, André de Carvalho. Op. cit., p. 466.).

legislador, em mediar o conflito entre valores e direitos fundamentais, e a autorização aos juízes a fazê-lo no caso em concreto.⁸

Lembro ainda, porque oportuno, que os direitos da personalidade estão integrados no núcleo essencial da dignidade da pessoa humana, e constituem espécie do gênero dos direitos fundamentais.⁹ Não é à toa a máxima de Pontes de Miranda, reproduzida em massa pela doutrina, no sentido “Com a teoria dos direitos da personalidade, começou, para o mundo, nova manhã do direito.”¹⁰

Logo, a posição de prevalência assentada no resultado do julgamento da ADI 4815/DF, conferindo primazia à liberdade de informação e à liberdade de publicação de quaisquer obras biográficas, independentemente da atividade ou função profissional do sujeito biografado (“e de pessoas retratadas como coadjuvantes”) – conquanto a Ministra Relatora tenha feito breves considerações sobre a distinção (quase “*obter dictum*”) – além de ignorar o aspecto econômico da comercialização da obra em manifesto prejuízo do biografado, importará em grave violação aos direitos fundamentais (sobretudo os direitos da personalidade), porquanto é natural a abordagem de aspectos da vida privada e da intimidade do biografado, que, não raro, não mantenha correlação alguma com a sua atividade ou função que lhe assegura a notoriedade e será utilizado, como se extrai da realidade, como instrumento atrativo de divulgação para a comercialização da obra.

É verdade que o direito alienígena tem restringido o âmbito de proteção do direito de intimidade e de privacidade, mas o fez inicialmente com relação aos agentes políticos, conforme se depreende do famoso precedente *New York Times vs. Sullivan (376 US 254-1964)*, em que restou assentada uma profunda transformação na jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos¹¹. Os julgadores decidiram, em

⁸ Afirma: “O fato de outorgar ao legislador a possibilidade de realizar uma pré-ponderação a respeito do tema não significa, obviamente, que os juízes deverão aplicar a lei cegamente. As escolhas realizadas pelo legislador estarão sujeitas, sempre, à revisão judicial. Neste caso, no entanto, o ônus argumentativo será maior. Ou seja, superar a regra jurídica demanda a apresentação de argumentos razoáveis que justifiquem a desconformidade do caso concreto com as escolhas prévias realizadas pelos legítimos representantes do povo.” (KOATZ, Rafael Lorenço-Fernandez. Op. cit., p. 145.).

⁹ Lembra Paulo Lôbo: “Os direitos da personalidade são os direitos não patrimoniais inerentes à pessoa, compreendidos no núcleo essencial de sua dignidade. Os direitos da personalidade concretizam a dignidade da pessoa humana, no âmbito civil.” (LÔBO, Paulo. *Direito civil*: parte geral. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 140.).

¹⁰ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955. v. 7, p. 6.

¹¹ Enfatizou Dworkin: “O caso Sullivan entrou para a história não só porque nele foi revisto o direito constitucional sobre a calúnia e a difamação, mas também porque a linguagem e as imagens de

breve síntese, que a demonstração da verdade das informações desabonadoras aos agentes políticos se mostra insuficiente para gerar o dever de indenizar, porquanto, no limite, poderá inviabilizar o próprio exercício da atividade jornalística, na medida em que nem sempre se mostra possível à demonstração tempestiva da veracidade das informações no mundo contemporâneo. Assim sendo, restou assentado pelo voto do Juiz Brennan que as “pessoas ‘públicas’” só poderão receber indenização por calúnia ou difamação se comprovarem que não só o que foi publicado é falso, mas também que foi propalado com malícia efetiva (*reckless disregard*), ou seja, com ciência de que a informação era falsa ou com temerária desconsideração pela sua veracidade.

Ocorre que, repise-se, o resultado proclamado no julgamento da ADI 4815/DF autoriza a publicação de obras biográficas de qualquer pessoa, ainda que não exerça cargo público ou tenha atuação profissional de destaque e notoriedade no corpo da sociedade, além das “pessoas retratadas como coadjuvantes”. Ora, o simples fato de ter vínculo de parentesco, ou qualquer espécie de relação com o agente público ou pessoa reconhecida no cenário público (em razão da sua atividade ou função) é suficiente agora para assegurar a publicidade de atos da vida privada e da intimidade na obra biográfica. As inquietações jurídicas e políticas, a partir da decisão do STF, remanescem (ao menos no campo acadêmico) em perquirir a legitimidade da solução jurídica uniforme conferida a situações distintas, inclusive em relação às pessoas que não exercem função pública ou atividade de destaque na sociedade, ou, ainda, que jamais autorizaram a divulgação da sua imagem mediante retribuição monetária.

Tendo este cenário de pano de fundo, a reflexão deste breve ensaio recai na análise sobre os contornos jurídicos atuais de proteção ao direito de imagem.

2. Breves proposições normativas sobre os direitos de personalidade, em especial o direito à privacidade e sua projeção ao direito à imagem

A localização topográfica dos direitos da personalidade no texto da Carta da República¹², antecedendo, pela primeira vez em nossa história

Brennan passaram a definir todo o conjunto do direito relacionado à Primeira Emenda.” DWORKIN, Ronald. *O direito de liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 317.).

¹² Art. 5º, incisos IV, V, VI, IX, X, XI.

constitucional, às normas de estruturação do Estado, revela sobremaneira a dimensão da importância conferida pelo legislador constituinte, fruto do processo histórico da redemocratização do país e do reconhecimento do marco fundamental civilizatório e da própria dignidade da pessoa humana. E mais, o Código Civil reproduziu a técnica do legislador constituinte ao trazer a lume e discriminar, logo no capítulo II, do Livro I, da Parte Geral, algumas espécies de direitos da personalidade.

Os direitos da personalidade têm por essência direitos próprios do homem racional, que decorrem da condição de ser humano que integram o próprio ser da pessoa.¹³ Não se ignora, no entanto, a divergência na doutrina sobre a natureza jurídica dos direitos da personalidade, se inatos ao homem¹⁴ ou se somente reconhecidos positivamente pelo Estado. Ao preconizar a historicidade dos direitos humanos (que incorporam, por corolário lógico, a integralidade dos direitos da personalidade), Norberto Bobbio assinalou que os direitos humanos constituem uma classe variável, como a história destes últimos séculos demonstra suficientemente.¹⁵

Também há desinteligência na doutrina sobre o catálogo e os atributos destes direitos. Carlos Alberto Bittar classifica-os como:

a) direitos físicos; b) direitos psíquicos; c) direitos morais; os primeiros referentes a componentes materiais da estrutura humana (a integridade corporal, compreendendo: o corpo, como um todo; os membros; a imagem, ou efígie); os segundos, relativos a elementos intrínsecos à personalidade (integridade psíquica, compreendendo: a liberdade, a intimidade; o sigilo) e os últimos, respeitantes a atributos

¹³ “Considera-se, atualmente, que o objeto dos direitos da personalidade são projeções físicas ou psíquicas da pessoa, ou as suas características mais importantes. As projeções da personalidade, suas expressões, qualidades ou atributos são bens jurídicos e se apoiam no direito positivo. Os direitos da personalidade são uma categoria especial de direito, diferente dos direitos obrigacionais e dos direitos reais. Por meio dos direitos da personalidade se protegem a essência da pessoa e suas principais características. Os objetos dos direitos da personalidade são os bens e valores considerados essenciais para o ser humano.” (BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade e autonomia privada*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 20.).

¹⁴ BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008. p. 4-5.

¹⁵ Narra o autor “O elenco dos direitos do homem se modificou, e continua a se modificar, com a mudança das condições históricas, ou seja, dos carecimentos e dos interesses, das classes do poder, dos meios disponíveis para a realização dos mesmos, das transformações técnicas, etc. Direitos que foram declarados absolutos no final do século XVIII, como a propriedade sacre et involable foram submetidos a radicais limitações nas declarações contemporâneas.” (BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 9. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 18.).

valorativos (ou virtudes) da pessoa na sociedade (o patrimônio moral, compreendendo: a identidade; a honra; as manifestações do intelecto).¹⁶

A ausência de patrimonialização, a concepção repersonalizante dos direitos¹⁷, a intransmissibilidade, à irrenunciabilidade (estes dois últimos reconhecidos positivamente pelo legislador no art. 11, do Código Civil) e a imprescritibilidade, constituem os principais atributos dos direitos da personalidade. Lembro ainda, porque oportuno, que o ordenamento jurídico autoriza a transmissibilidade da projeção e efeitos de alguns destes direitos, como, v.g., na divulgação do direito à imagem em obras biográficas audiovisuais. Ocorre que, a partir da decisão prolatada na ADI 4815/DF, precedente que acolheu o pedido inicial para autorizar a divulgação e a comercialização de obras biográficas (incluindo aspectos na vida privada), independentemente da autorização do titular, colhe-se a mitigação definitiva dos caracteres destes direitos.

O direito à privacidade incorpora e resguarda os fatos relacionados à tutela da intimidade¹⁸ e o direito à imagem¹⁹, sendo aquela consagrada na expressão de “*the right to be let alone*”, no artigo de Warren e Brandeis publicado em 1850, conforme propalado pela doutrina²⁰. O legislador reconheceu a premente necessidade de assegurar proteção à esfera privada do sujeito de direito de toda intromissão e curiosidade (arts. 20 e 21, do Código Civil), promovendo juízo de ponderação com os demais direitos fundamentais, além de proteger a divulgação do “conhecimento

¹⁶ BITTAR, Carlos Alberto. Op. cit., p. 17.

¹⁷ Ensina Paulo Lôbo: “Na atualidade, a pessoa deve ser encarada em toda a sua dimensão ontológica e não como simples e abstrato polo de relação jurídica. Nos direitos da personalidade a teoria da repersonalização atinge seu ponto máximo, pois, como afirmou San Tiago Dantas, não interessam como capacidade de direitos e obrigações, mas como conjunto de atributos inerentes à condição humana.” (LÔBO, Paulo. Op. cit., p. 142.).

¹⁸ “O direito à intimidade diz respeito a fatos, situações e acontecimentos que a pessoa deseja ver sob seu domínio exclusivo, sem compartilhar com qualquer outra. É a parte interior da história de vida de cada um, o que singulariza, e que deve ser mantida sob reserva. [...] O conceito de intimidade varia de pessoa para pessoa, mas acima de tudo depende da cultura de onde emergiu sua formação, em cada época e nos diferentes lugares onde desenvolva seu projeto essencial”. (LÔBO, Paulo. Op. cit., p. 154.).

¹⁹ Explica novamente Paulo Lôbo que: “Sob a denominação ‘privacidade cabem os direitos da personalidade que resguardam de interferências externas os fatos da intimidade e da reserva da pessoa, que não devem ser levados ao espejo público. Incluem-se os direitos à intimidade, à vida privada, ao sigilo e à imagem. [...] O direito à imagem diz respeito a toda forma de reprodução da figura humana, em sua totalidade ou em parte.” (LÔBO, Paulo. Op. cit., p. 152-158.).

²⁰ RAMOS, André de Carvalho. Op. cit., p. 565.

alheio o modo de ser da pessoa²¹, com amparo normativo no inc. X, do art. 5º, da Carta da República de 1988, inclusive de agentes ou pessoas públicas que preservam o mínimo ao direito à vida privada.²²

3. Direito à imagem e os resquícios dos contornos de proteção no ordenamento jurídico. Conclusão

O direito à imagem ocupa papel importante no âmbito da teoria dos direitos da personalidade²³, tanto assim que, além da previsão constitucional (art. 5º, inc. X), a legislação civil e a penal²⁴ materializaram expressamente o seu âmbito de proteção normativa. A abordagem deste ensaio, por razões óbvias, está restrita ao marco civil, campo do Direito em que o legislador tratou de disciplinar a tutela ao direito à imagem, nos termos dos arts. 20 e 21, do Código Civil, “salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais. [...]”, bem como “A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma. [...]”.

Restou consolidado no ordenamento jurídico, de forma clara e inquestionável, a faculdade jurídica de controlar e divulgar a própria imagem para a arena pública, sobretudo por terceiros (no caso das obras biográficas), e que, a exemplo dos demais direitos da personalidade, reveste-se dos atributos intrínsecos e comuns a todos eles, guardando

²¹ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Op. cit., p. 163.

²² Paulo Lôbo defende que: “[...] há uma esfera mínima de proteção da privacidade que deve ser observada, independentemente da maior ou menor exposição pública dessas pessoas, inclusive nos espaços públicos. Ao contrário do senso comum difundido, as pessoas públicas não perdem o direito à intimidade e à vida privada, pois a tutela do art. 5º, X, da Constituição os inclui.” (LÔBO, Paulo. Op. cit., p. 155.).

²³ “Consiste no direito que a pessoa tem sobre a sua forma plástica e respectivos componentes distintos (rosto, olhos, perfil, busto) que a individualizam no seio da coletividade. Incide, pois, sobre a conformação física da pessoa, compreendendo esse direito um conjunto de caracteres que a identifica no meio social. Por outras palavras é o vínculo que une a pessoa à sua expressão externa, tomada no conjunto, ou em partes significativas (como a boca, os olhos, as pernas, enquanto individualizadora da pessoa)”. (BITTAR, Carlos Alberto. Op. cit., p. 94.).

²⁴ O art. 154, do Código Penal criminaliza a divulgação dos segredos da intimidade de quem, por função, ministério ou profissão, tem a obrigação de guardá-los.

também simbiose com outros direitos²⁵. E considerando a presunção de legalidade dos atos frutos competência primária do Poder Legislativo, é lícito presumir que o legislador tenha promovido, ao tempo do procedimento legislativo da elaboração da lei, a análise da constitucionalidade das normas em vigor (arts. 20 e 21, do Código Civil), bem como, repise-se, o respectivo juízo de ponderação com outros valores de estatura igualmente constitucional.

Não há, a meu ver, alijamento da liberdade de informação ou de expressão, uma vez que exegese correta do dispositivo legal (com redação confusa, é verdade) revela ser prescindível a autorização na divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem, quando necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, ou se não atingir a honra, a boa fama ou a respeitabilidade do indivíduo, desde que não se revista, neste último caso, de finalidade econômica. *A contrario sensu* a autorização do titular seria imprescindível apenas nas hipóteses de a publicação violar os parâmetros acima mencionados ou se destinar a fins comerciais, caso das obras biográficas, em que não se pretende apenas o relato histórico da pessoa biografada, mas também auferir lucros, já que é desconhecido o caráter filantrópico da atividade editorial das empresas.

Descabida, portanto, a intervenção do Poder Judiciário no campo da atividade legiferante (e cuja opção política já tinha sido materializada), traduzida no caso da ADI 4815/DF na interpretação conforme conferida aos dispositivos em análise (art. 20 e 21, do Código Civil), para declarar inexigível a autorização da pessoa biografada e daqueles retratados como “*coadjuvantes*”. Oportuno destacar, neste sentido, uma das grandes ilusões dos Direitos Humanos (e que podem ser aplicadas aos direitos da personalidade), que Boaventura denominou “descontextualização”²⁶, para expressar que a linguagem dos direitos do

²⁵ BITTAR, Carlos Alberto. Op. cit., p. 97-98.

²⁶ Boaventura remata: “É geralmente reconhecido que direitos humanos, como linguagem emancipatória, provêm do Iluminismo do século XVIII, da revolução francesa e da revolução americana. O que normalmente não é referido é que, desde então até os nossos dias, os direitos humanos foram usados, como discurso e como arma política, em contextos muitos distintos e com objetivos contraditórios. No século XVIII, por exemplo, os direitos humanos eram parte integrante dos processos revolucionários em curso e forma uma das suas linguagens. Mas também foram usados para legitimar práticas que consideramos opressivas se não mesmo contrarrevolucionárias. [...] O mesmo se poderia dizer de Robespierre que fomentou o terror em nome do fervor beato e dos direitos humanos durante a revolução francesa. Depois da revolução de 1848, os direitos humanos deixaram de ser parte do imaginário revolucionário para passarem a ser hostis a qualquer ideia de transformação revolucionária da sociedade.” (SANTOS, Boaventura de Sousa, CHAU, Marilena. *Direitos humanos, democracia e desenvolvimento*. São Paulo: Cortez, 2013, p. 47-48.).

homem foi utilizada, ao longo da história, como instrumento ideológico por diferentes intérpretes em contextos com propósitos frontalmente incompatíveis²⁷, e se mostra presente na dialética das sociedades modernas, passando a ser monopólio de produção do Estado, que, no entanto, nem sempre se revela capaz de conferir unidade, efetividade e apresentar soluções para a tensão surgida na efetividade dos direitos.²⁸

É possível também, como visto acima, a outorga precária dos direitos jurídicos e econômicos da projeção da imagem a terceiros, mas não do próprio direito da personalidade²⁹, conforme se extrai da leitura do art. 20, do Código Civil, prática bastante comum no meio publicitário e artístico, patrimonializando os ganhos econômicos do titular do direito, observado fielmente os parâmetros contratuais ajustados para a sua exploração.³⁰ Lembra Roxana Cardoso o consentimento para a devassa da privacidade, e sua projeção do direito à imagem, é uma “*pré-excludente da ilicitude*”. E invoca a doutrina de Pontes de Miranda no sentido de que:

o direito à privacidade, que ele chama de direito a à intimidade, à uma liberdade. Existe, para ele, um 'direito a velar a intimidade, que constituindo-se uma liberdade e não um dever, pode ser exercida de duas formas: “velando-se o que se passa na intimidade ou expondo-a ao público.”³¹

²⁷ Ao refutar a existência de fundamentos absolutos dos direitos humanos, Bobbio traz a lume a preocupação com a antinomia entre alguns direitos fundamentais. “Todas as declarações recentes dos direitos do homem compreendem, além dos direitos individuais tradicionais, que consistem em liberdades, também os chamados direitos sociais, que consistem em poderes. Os primeiros exigem da parte dos outros (incluídos aqui os órgãos públicos) obrigações puramente negativas, que implicam abstenção de determinados comportamentos; os segundos só podem ser realizados se for imposto a outros (incluídos aqui os órgãos públicos) um certo número de obrigações positivas”. (BOBBIO, N. A era dos direitos. Op. cit., p. 21.).

²⁸ “Mas a verdade é que a efetividade da proteção ampla dos direitos de cidadania foi sempre precária na grande maioria dos países. E a evocação dos direitos humanos ocorreu sobretudo em situação de erosão ou violação particularmente grave dos direitos de cidadania. Os direitos humanos surgem como o patamar mais baixo de inclusão, um movimento descendente da comunidade mais densa de cidadãos para a comunidade mais diluída da humanidade”. (SANTOS, Boaventura de Sousa, CHAU, Marilena. *Direitos humanos, democracia e desenvolvimento*. Op. cit., p. 50.).

²⁹ LÔBO, Paulo. Op. cit., p. 144.

³⁰ “Em consonância com as regras que imperam na matéria, a interpretação é estrita, somente se possibilitando o uso dos direitos expressamente ajustados e nos fins e nas demais condições estipuladas no ajuste. Ficam sob reserva do titular os aspectos e os direitos não compreendidos, por expresse, no contrato. [...] Constituem, assim, atos ilícitos, não só o uso não consentido, como também o uso que extrapole os limites contratuais (em finalidade diversa, ou não expressamente ajustada), em qualquer situação que seja colhida, ou fixada a pessoa, para posterior divulgação, com ou sem finalidade econômica”.

³¹ BITTAR, Carlos Alberto. Op. cit., p. 95-96.

³² BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Op. cit., p. 164-165.

Como se vê, a partir do julgamento da ADI 4815/DF, com a declaração de inexigibilidade de autorização da pessoa biografada, o atributo da intransmissibilidade da projeção do direito à imagem, tanto no campo jurídico quanto no aspecto econômico, restou praticamente eliminado, em atendimento não apenas ao interesse histórico da pessoa biografada, e dos “*coadjuvantes retratados*”, mas, pelo contrário, albergando também o propósito natural do mercado (cuja atividade não se reveste apenas na nobreza na divulgação de dados biográficos, mas também o lucro), pouco importando a natureza da atividade, função ou cargo ocupado pela pessoa biografada.

Sendo assim, os contornos de proteção à imagem da pessoa biografada serão sempre posteriores a publicação da obra biográfica, sendo o risco de dano ou de violação dos demais direitos fundamentais (e da própria personalidade) “próprio do viver”³², expressão constante da ementa do acórdão do julgamento na Corte Constitucional.

Não se pode ignorar, no entanto, que para alguns teóricos, ainda hoje, não está justificada a diferença do tratamento jurídico conferido às restrições prévias (no caso, impedir a publicação de obras biográficas), por meio de tutela jurisdicional inibitória, e às penalizações e às responsabilidades ulteriores à publicação. Isto porque, segundo esta visão, há uma tendência do Poder Público de analisar os meios mais do que os fins dos métodos de controle da liberdade de informação, bem como há substancial dificuldade de se traçar definição do que seja censura prévia, que, muitas vezes, poderá constituir uma penalização subsequente ao fato; e o inverso (punição ulterior) também é igualmente verdadeiro, já que a responsabilidade civil ulterior poderá configurar embaraço preventivo à liberdade de expressão e de informação (de terceiros).³³ De fato, ao se prestigiar a responsabilidade e sanções

³² Votou a Ministra Relatora Carmen Lucia, independentemente de a pessoa biografada ser pessoa pública ou agente político: “Temem-se versões equivocadas da história. Temem-se enganos e fraudes. O risco é compreensível e concreto, mas viver é arriscar. Há que se permitir o erro, para buscar o acerto. E garante-se a reparação sem tolher-se o direito do outro. [...] O mais doce mel não seria comercializado nem produziria lucro se não houvesse alguém afoito a adquiri-lo.”

³³ Neste sentido, o Professor Fernando M. Toller destacou: “Nesta ordem de coisas, também há autores que até chamam censura prévia normas com sanções penais a posteriori, e até sentenças judiciais concretas que impõem, em virtude das mesmas, uma responsabilidade subsequente à difusão. É de se louvar, nesta linha, a decisão da Suprema Corte Americana que em *Alexander v. United States*, em que se sustentou que o termo “restrição prévia” não se podia expandir ilimitadamente, e que, como em sua jurisprudência existe maior proteção contra elas do que contra as penalizações subsequentes, ‘é importante para nós delinear com alguma precisão as características definidoras de uma restrição prévia’.” E destaca, como exemplo do campo de atuação das restrições preventivas desde a “[...] censura prévia administrativa de filme às medidas preventivas administrativas ou judiciais em razão da segurança nacional ou em tempo de guerra; às medidas tomadas pelos juizes

ulteriores à expressão ou publicação, corre-se o risco quando menos da punição do emissário da mensagem no caso concreto, e mais de incorrer no efeito dissuasório (esfriamento) sobre a futura manifestação de terceiros. É o que se denominou “*chilling effects*”³⁴, o que, para alguns, irá impedir a difusão de informações ou expressões em igual ou maior medida do que um sistema de medidas judiciais preventivas.³⁵

A reflexão é puramente acadêmica (e quiçá, retórica), já que a decisão da Suprema Corte, como é cediço, vincula todos os órgãos e juízes integrantes do Poder Judiciário, estando proscrita, por corolário lógico, qualquer decisão judicial que proíba a publicação ou divulgação de obra biografada, independentemente da autorização do titular do direito de imagem.

Remanesce, portanto, o direito de resposta e de indenização ulterior à pessoa biografada em caso de violação a outros direitos da personalidade, sendo desta última o ônus argumentativo e probatório sobre a presença dos elementos normativos da responsabilidade aquiliana do autor e da editora da obra biografada, do que resulta, por corolário lógico, na perda do objeto da súmula 403, do STJ (“Independente de prova do prejuízo a indenização pela publicação não autorizada de imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais.”). E mais, a Suprema Corte não proibiu a retirada posterior da obra biografada em caso de violação de direitos fundamentais, do que resulta ser lícito a concessão da tutela cominatória para fazer cessar lesão a direito da pessoa biografada, mas que, por óbvio, jamais eliminará os danos causados e os proveitos econômicos auferidos por alguns.

para prevenir danos à honra, à intimidade, à própria imagem, ao direito a um julgamento justo ou aos direitos do autor; às medidas administrativas ou judiciais para evitar publicidades enganosas ou nocivas; e às restrições piquetes, marchas ou outras formas de expressão simbólica ou conduta agressiva”. (TOLLER, Fernando M. *O formalismo na liberdade de expressão: discussão da diferenciação entre restrições prévias e responsabilidades ulteriores*. Tradução de Frederico Bonaldo. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 46-47.).

³⁴ Trata-se do efeito de esfriamento que constitui uma dissuasão a liberdade de informação de terceiro. E isso ocorre, segundo alguns teóricos, com maior ou menor frequência em toda norma que estabelece responsabilidades civis ou penais. O fenômeno ocorre justamente quando há imposição de penalidades severas (v.g., substanciais indenizações) ou quando as normas “padecem de algum dos defeitos constitucionais que no Direito estadunidense se denominam de *vaguee* – ‘vagueza’ – e *overbreadth* – ‘sobrecompreensão’”. (TOLLER, Fernando M. Op. cit., p. 51.).

³⁵ Id., *ibid.*, p. 57.

Referências

- BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.
- BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade e autonomia privada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 9. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- DWORKIN, Ronald. *O direito de liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. Sobre o princípio da proporcionalidade. In: LEITE, George Salomão (Coord.). *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. 2. ed. São Paulo: Método, 2008.
- KOATZ, Rafael Lorenço-Fernandez. As liberdades de expressão e de imprensa na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- LAFER, Celso. *A internacionalização dos direitos humanos: Constituição, racismo e relações internacionais*. Barueri: Manole, 2005.
- LÔBO, Paulo. *Direito civil: parte geral*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos fundamentais*. Tradução de Antônio Francisco de Sousa e Antônio Franco. São Paulo: Saraiva, 2012.
- RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2010.
- SANTOS, Boaventura de Sousa, CHAUI, Marilena. *Direitos humanos, democracia e desenvolvimento*. São Paulo: Cortez, 2013.
- TOLLER, Fernando M. *O formalismo na liberdade de expressão: discussão da diferenciação entre restrições prévias e responsabilidades ulteriores*. Tradução de Frederico Bonaldo. São Paulo: Saraiva, 2010.