



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE - UFCG
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS – CCJS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO E SERVIÇO SOCIAL
CURSO DE BACHARELADO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

WESCLEY RODRIGUES DUTRA

**O ALCANCE DAS NORMAS PENAIS BRASILEIRAS NO ÂMBITO DA
PROTEÇÃO DO DIREITO À IMAGEM**

SOUSA - PB
2016

WESCLEY RODRIGUES DUTRA

**O ALCANCE DAS NORMAS PENAIS BRASILEIRAS NO ÂMBITO DA PROTEÇÃO
DO DIREITO À IMAGEM**

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Coordenação do curso de Bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais (Direito), da Universidade Federal de Campina Grande – UFCG, como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof^a. Esp. Carla Rocha Pordeus

WESCLEY RODRIGUES DUTRA

**O ALCANCE DAS NORMAS PENAIS BRASILEIRAS EXISTENTES NO ÂMBITO
DA PROTEÇÃO DO DIREITO À IMAGEM**

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Coordenação do curso de Bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais (Direito), da Universidade Federal de Campina Grande – UFCG, como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Data de Aprovação 16/11/2016.

BANCA EXAMINADORA

Prof^ª. Esp. Carla Rocha Pordeus
Orientadora (UFCG)

Prof^ª. Cecília Paranhos Santos Marcelino
Examinadora (UFCG)

Prof^ª. Vaninne Arnaud de Medeiros
Examinador (UFCG)

Dedico a todos os homens e mulheres de boa vontade que vislumbram na educação uma forma de libertação.

AGRADECIMENTOS

Deparo-me com mais um ponto de chegada que, na dialética da vida, torna-se também um ponto de partida para novos caminhos, para o desbravamento de novas veredas e a lapidação de rumos nessa desafiadora aventura que é a vida.

Olhando para trás e fazendo um balanço da trajetória, é oportuno e digno agradecer, render graças pela oportunidade de degustar essa vitória, uma vitória que não é só minha, mas que foi construída por muitas mãos, mãos acalentadoras, encorajadoras, guerreiras, que me ajudaram a se reerguer nas quedas, e plantaram a semente da esperança quando o terreno fazia-se pedregoso e árido.

Essa vitória coletiva foi regada por alegrias, mas também lágrimas, cansaços, desassossegos, medos... Assim, agradeço inicialmente ao Autor da vida, pelo cuidado constante e a oportunidade de viver, e por Ele abrir portas e viabilizar um porto reconfortante em cada parada.

Agradeço a minha família pelo apoio, aos meus irmãos, Wesley Rodrigues e Hellen Cristina, pelos olhares confiantes; às mulheres da minha vida, Klébia Rodrigues e Alzenira Andrade (minhas duas mães), reflexos do amor maternal de Deus, guerreiras que me fizeram mais humano.

Não poderia esquecer de agradecer a todos os colegas de sala que aventuraram-se comigo ao longo desses anos, que compartilharam os medos, as apreensões durante as provas e trabalhos, cada um, com sua particularidade, deixaram lembranças salutares.

Algumas dessas pessoas transpuseram o espaço da sala de aula e hoje as trago como amigas, confidentes, irmãs. A Elisama Régis, Isa Fernandes, Lívia Vieira e Páoola Celeste, obrigado por fazerem parte da minha vida e pela constante ajuda quando precisei.

Em especial agradeço a professora Carla Rocha Pordeus pela ajuda, apoio, disponibilidade, amizade e direcionamento na confecção do presente trabalho. Obrigado pela confiança e pela parceria. Que Deus continue te iluminando e guardando, preservando o teu coração e a pessoa maravilhosa que és.

Por fim, não menos importantes, agradeço aos professores e amigos, os de ontem e os de hoje, em especial Arthur Holanda, que fizeram a jornada mais bela, apontando o quanto melhor eu posso ser.

Na certeza do dever cumprido, meu muito obrigado!

“Teu dever é lutar pelo Direito, mas se um dia encontrares o Direito em conflito com a Justiça, luta pela Justiça.”

Eduardo Juan Couture

RESUMO

São chamados de direitos da personalidade os direitos que são inerentes à pessoa humana, sendo eles considerados a mais pura representação da dignidade da pessoa humana, carecendo de uma efetiva tutela jurídica nas várias esferas do ordenamento jurídico. Na realidade brasileira, os direitos da personalidade são tutelados pelos diversos ramos do direito, sendo com mais vagar no campo constitucional e civil. Também a esfera penal acolhe tais direitos, mas um em particular não recebeu proteção penal, o direito à imagem. Percebe-se diuturnamente a violação do direito à imagem, por vezes, isso se dando devido à proliferação dos meios de comunicação midiáticos e as trocas rápidas de dados virtuais. Diante dessa realidade, tem-se como norte a análise da problemática sobre o alcance das normas penais brasileiras existentes no âmbito da proteção do direito à imagem. Para a consecução da pesquisa adotou-se o método qualitativo; optando pela abordagem analítica e explicativa. Quanto às técnicas procedimentais de pesquisa, as análises partiram da pesquisa bibliográfica e documental. No transcurso da abordagem chegou-se a conclusão que a tutela constitucional e civil mostram-se insuficientes para proteger esse direito constantemente violado, carecendo, como *ultima ratio*, da formulação legislativa de um tipo penal que criminalize a conduta do uso indevido da imagem.

Palavras-chave: Direitos do Homem. Direitos da Personalidade. Direito à Imagem. Direito Penal.

ABSTRACT

The rights that are inherent to the human person are called personality rights and are considered the purest representation of the dignity of the human person, lacking effective legal protection in the various spheres of the legal system. In Brazilian reality, the rights of the personality are protected by the various branches of law, being more slowly in the constitutional and civil field. The criminal sphere also welcomes these rights, but one in particular has not received criminal protection, the right to the image. It is often perceived that the right to image is violated, sometimes because of the proliferation of the media and the rapid exchange of virtual data. In view of this reality, the analysis of the problematic of the scope of Brazilian criminal law in the scope of the protection of the right to the image is taken as the north. For the accomplishment of the research the qualitative method was adopted; Opting for an analytical and explanatory approach. As for the procedural techniques of research, the analyzes started from bibliographical and documentary research. In the course of the approach it was concluded that the constitutional and civil protection are insufficient to protect this right constantly violated, lacking, as ultima ratio, the legislative formulation of a criminal type that criminalizes the conduct of improper use of the image.

Keywords: Human Rights. Rights of the Personality. Right to Image. Criminal Law.

SUMÁRIO

| | |
|---|----|
| 1 INTRODUÇÃO | 10 |
| 2 DIREITOS DA PERSONALIDADE, DIREITOS FUNDAMENTAIS E TUTELA CONSTITUCIONAL E CIVIL | 14 |
| 2.1 VISÕES E CONCEITOS EM TORNO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE..... | 14 |
| 2.2 OS DIREITOS DA PERSONALIDADE E A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA..... | 21 |
| 3 A TUTELA CIVIL E PENAL DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE | 28 |
| 3.1 DIREITOS DA PERSONALIDADE E DIREITOS DA PESSOA À LUZ DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO..... | 28 |
| 3.2 A PERSPECTIVA PENAL DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE..... | 31 |
| 4 A TUTELA JURISDICIONAL SOBRE O DIREITO À IMAGEM | 40 |
| 4.1 O DIREITO À IMAGEM E SUA DISPONIBILIDADE..... | 44 |
| 4.2 O DIREITO À IMAGEM E A TUTELA PENAL..... | 47 |
| 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS | 54 |
| REFERÊNCIAS | 56 |

1 INTRODUÇÃO

Segunda-feira, 25 de agosto de 2014, início da noite, em algum ponto da BR-230 acontece um acidente automobilístico envolvendo três carros, um caminhão, um carro de passeio e uma caminhonete. Em fração de segundos, o carro de passeio foi engavetado entre o caminhão e a caminhonete, sendo que, ato contínuo, o tanque de combustível explodiu, fazendo com que as chamas se alastrassem. Dentro estava a vítima, um advogado e professor universitário que, com impacto teve a sua perna quebrada e ficou preso as ferragens. Não conseguindo desvencilhar-se das ferragens, a vítima acabou sendo carbonizada, vindo a óbito.

Esse trágico episódio, foi presenciado por várias pessoas que passaram no local poucos instantes após o ocorrido, os expectadores, munidos dos seus aparelhos celulares, conseguiram captar as imagens dos momentos seguintes, explosão, gritos de dor e desespero por parte da vítima que via-se presa e não conseguia livrar-se das chamas que dilaceravam o seu corpo. As imagens são aterradoras, dos gritos desesperadores ao resgate dos restos mortais pelas autoridades oficiais, tudo foi minimamente registrado e em pouco tempo estava disponível para ser visualizado por meio da internet ou pelo whatsapp, aplicativo que possibilita troca de informações pelo celular.

Aurora do dia 7 de janeiro de 2012, também da BR-230. Nas proximidades da cidade de Sousa, um ônibus de passageiros colida frontalmente com uma carreta, sendo que toda a sua lataria do lado do motorista, foi arrancada devido a violência do impacto. Sete pessoas faleceram no local e outras quinze ficaram feridas. Durante os dias seguintes imagens das vítimas no seu leito de morte foram veiculadas na internet, cadáveres cobertos de sangue, membros amputados, alguns cadáveres até mesmo desnudos.

Essas narrativas, apesar do lapso temporal entre elas, tem um elemento em comum, a espetacularização do acontecimento, balizando-se na liberdade de imprensa e de informação. Essas vítimas tiveram a sua vida e imagem divulgadas na internet para serem consumidas como produtos, as imagens alimentaram o desejo do público por sangue, por esmiuçar cada detalhe dos sinistros. Não questiona-se aqui o direito de informação e a liberdade de imprensa, haja vista serem direitos que

encontram respaldo no próprio exercício da democracia que baliza o Estado Democrático de Direito. O que questiona-se é a forma, os limites, os contornos que são dados as informações.

Os casos expostos não são situações pontuais, ou ocorridos que fogem a regra. Nos últimos tempos, com o desenvolvimento da internet e dos meios de comunicação, semanalmente nos deparamos com um turbilhão de imagens que violam os direitos da personalidade. São casos de assassinatos nos quais a imprensa mostra fotos dos corpos com riqueza de detalhes, vídeos de estupros, cenas de torturas ou mesmo corpos sobre sepulturas, nas posições mais obscenas, que foram vítimas de necrofilia. Na sociedade da informação e de rede, o expectador está cada vez mais ávido por informações, não só informações, mas também imagens que possibilitem ver e sentir, mesmo que virtualmente, o ocorrido, sendo que a imprensa serve de canal para alimentar e retroalimentar tais desejos.

Os direitos inerentes à personalidade enquadram-se na condição de direitos naturais, sendo direitos fundamentais estando tutelados pelo texto constitucional como por outras leis ordinárias. Assim, o direito à imagem é um direito de extrema relevância para os indivíduos, sendo que este, na realidade atual, por práticas como as narradas acima, estão sendo constantemente violados a partir da ideia de que a sociedade precisa ser informada dos acontecimentos. O que seria direito de informação e liberdade de imprensa? Quais os contornos desses direitos? O que deve prevalecer quando há colisão entre o direito a imagem e a liberdade de imprensa e informação? Esses questionamentos são oportunos para uma reflexão inicial no que tange as constantes violações do direito à imagem. Encontra-se aí a justificativa para tal pesquisa, devido à violação constante nos dias atuais do direito à imagem, é necessário refletir o que o legislador e o judiciário podem fazer para minimizar tal afronta, ou pelo menos qual os limites entre o direito de imagem e a liberdade de imprensa e informação.

Um dos fundamentos incontestáveis do Estado Democrático de Direito, previsto na Constituição Federal brasileira de 1988, é o princípio da dignidade humana, sendo este o sustentáculo dos direitos fundamentais, entre os quais se inclui os direitos da personalidade. Entre os vários direitos da personalidade temos o da imagem, que acompanha o homem do nascimento até a morte.

A preservação dos direitos da personalidade teve seu bojo no direito privado e,

devido a sua relevância para o homem, inseriu-se no direito público com o advento da Constituição de 1988.

Mediante a importância da temática em pauta, e partindo da perspectiva que os direitos da personalidade estão previstos no texto constitucional como no Código Civil, voltamos o olhar analítico para o Direito Penal e lançamos como problemática de pesquisa: Qual o alcance das normas penais brasileiras existentes no âmbito da proteção do direito à imagem?

Tem-se como premissa básica de pesquisa a ideia de que há uma total omissão legislativa no tratamento da questão no âmbito penal, sendo que, diante da insuficiência da tutela civil em proteger e coibir o uso de imagens de forma indevida, faz-se necessário penalmente tutelar esse bem.

Como dito, o objetivo geral da pesquisa é o de analisar o alcance das normas penais brasileiras existentes no âmbito da proteção do direito à imagem. Advindo desse objetivo geral lapidou-se como objetivos específicos, discutir a concepção doutrinária do que são os direitos da personalidade e como eles são tratados pelo ordenamento jurídico brasileiro no campo constitucional e civil; entender como os direitos da personalidade são tratados no Código Penal brasileiro; e por fim, analisar o direito de imagem, até que ponto a tutela penal consegue alcançar esse direito, e como os Tribunais estão tratando o assunto.

Para a consecução da pesquisa, quanto à abordagem, adotamos o método qualitativo, método importantíssimo para as Ciências Sociais, pois busca “desvelar”, conforme Minayo (2010), os processos sociais que ainda são pouco conhecidos e que pertencem a grupos particulares.

Esse método tem como norte e objetivo o entendimento profundo de um problema de pesquisa quanto a sua origem e enraizamentos, possibilitando a construção ou a revisão de novas abordagens, conceitos e categorias que estão interligados ao fenômeno estudado. Usamos esse método para tentar entender o fenômeno do alcance das normas penais no referente à proteção aos direitos da personalidade, focando, primordialmente, se elas tutelam o direito de imagem. Dessa feita, optamos pela abordagem analítica e explicativa, pois busca-se identificar os fatores que determinam ou contribuem para a ocorrência do fenômeno estudado, buscando-se as razões e os porquês da coisa em questão.

Quanto às técnicas procedimentais de pesquisa, as análises partirão da

pesquisa bibliográfica e documental. A primeira inicia com o levantamento de referências teóricas já analisadas e que foram publicadas por meios escritos e eletrônicos, como artigos científicos, livros, páginas de web sites, etc. Já no que tange a pesquisa documental, nos debruçamos sobre a legislação pertinente a temática em foco, quais sejam: a Constituição Federal de 1988, o Código Civil brasileiro, o Código Penal e os Tratados Internacionais que versam sobre os direitos humanos.

Também nessa perspectiva, torna-se indispensável uma pesquisa jurisprudencial para entendermos qual a visão dos Tribunais, nas várias instâncias, sobre a questão legal levantada nessa pesquisa, e quais as suas decisões no exercício da aplicação da lei.

De forma operacional e didática dividimos esse trabalho em três capítulos. No primeiro capítulo fazemos uma abordagem conceitual sobre o que vem a ser os direitos da personalidade a partir das múltiplas concepções da doutrina brasileira que está em consonância com o ideário internacional. Também debruçamo-nos sobre o tratamento desses direitos na Constituição brasileira e no Código Civil.

No segundo capítulo, partindo da concepção de que alguns dos direitos da personalidade estão previstos no Código de Direito Penal, buscamos entender qual a dimensão, profundidade e alcance os legisladores deram a esses direitos.

Já no último capítulo, ao identificarmos a ausência de tutela penal inibitória no que versa ao uso indevido da imagem, buscamos discutir como tal silêncio legislativo vem sendo tratado pelos Tribunais, e quais problemas sociais advêm dessa falta de normatização.

2 DIREITOS DA PERSONALIDADE, DIREITOS FUNDAMENTAIS E TUTELA CONSTITUCIONAL E CIVIL

2.1 VISÕES E CONCEITOS EM TORNO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

O Direito moderno, antes de mais nada, tem como ponto fundamental a proteção da pessoa, pois, a partir do momento que passamos a viver em sociedade e forjamos contratualmente o Estado, depositamos nele a esperança de tutelar em todos os aspectos a nossa vida, tomando medidas eficazes para impedir os constantes ataques a pessoa humana e a sua dignidade. Dessa feita, o Direito está para o homem como mecanismo coercitivo de organização social com a primeira finalidade de possibilitar o bem comum.

Dentro desse rol de direitos que buscam proteger o indivíduo, enquadramos a personalidade. Parafraseando Carlos Alberto Bittar (2015, p. 29), são direitos da personalidade aqueles reconhecidos à pessoa humana “tomada em si mesma e em suas projeções na sociedade”. Seria um conjunto de direitos que pertencem à pessoa humana, estando fincado no princípio da dignidade humana. Os direitos da personalidade são desdobramentos do princípio da dignidade humana, sendo que, quando se agride a qualquer direito da personalidade, está se lesando a dignidade da pessoa humana.

Esses direitos conduzem o olhar do ordenamento jurídico, seja no âmbito nacional ou internacional, em prol da defesa do conjunto de valores que são inatos ao homem. Nesse diapasão, e baseando-se nas ideias jusnaturalistas, a proteção à pessoa humana em todos os seus aspectos e abrangência, antecede a vontade do Estado, dos poderes e do arbítrio de legislador, pois são intrínsecos e naturais da pessoa, os quais se não tiverem garantia acabam por minimizar a dignidade humana e provocam injustiças. Nesse rol de direitos da personalidade podemos elencar a vida, a intimidade, a imagem, o respeito, a honra, o segredo, os direitos autorais e intelectuais, e inúmeros outros, pois o rol não é taxativo e reducionista.

Para Adriano de Cupis (2004, p. 23), os direitos da personalidade são “os bens mais preciosos relativos às pessoas”, sendo direitos supraleais inatos a ser

humano.

Quanto a nomenclatura, a doutrina não é unânime em como denominar esses direitos, sendo que podemos encontrar termos como “direitos essenciais da pessoa”, “direitos subjetivos essenciais”, “direitos da personalidade”, “direitos à personalidade ou essenciais ou fundamentais da pessoa”, “direitos sobre a própria pessoa”, “direitos individuais”, “direitos pessoais”, “direitos personalíssimos” (BITTAR, 2015, p. 30). Fato é que todas essas nomenclaturas são unânimes no aspecto de centrar na pessoa a jurídica, seja no âmbito da sua integridade física ou produção cultural e intelectual.

Uma discussão doutrinária profícua gira em torno da natureza desses direitos. Por muito tempo, conforme Bittar (2015), houve a negação da existência de tais direitos como direitos subjetivos. A título exemplificativo dos que seguem e propuseram tal ideia, estão Thon, Unger, Jellinek, Ennecerus, Crome, Oertman, Von Thur, Ravà, Simoncelli, Cabral de Moncada e Orgaz. Conforme a ideia desses autores, não poderia haver direito do homem sobre a própria pessoa, até porque isso justificaria a prática do suicídio.

Atualmente a concepção preponderante centra-se na tese do reconhecimento desses direitos, apesar de ainda se ter uma discussão doutrinária sobre a natureza de tais direitos. A maioria dos autores levantam a bandeira de ser poderes que o homem exerce sobre a própria pessoa, o próprio homem. Já há os defensores que definem como direitos sem sujeito. Assim, não se deve buscá-los na pessoa, e si, nos demais indivíduos os quais devem respeitar esses direitos.

A tese prevalecente considera que são direitos ínsitos na pessoa, em função de sua própria estruturação física, mental e moral. Daí, são dotados de certas particularidades, que lhes conferem posição singular no cenário dos direitos privados, de que avultam, desde logo, as seguintes: a intransmissibilidade e a irrenunciabilidade, que se antepõem, inclusive como limites à própria ação do titular (que não pode eliminá-los por ato de vontade, mas, de outro lado, dele, sob certos aspectos, pode dispor, como, por exemplo, a licença para uso de imagem, entre outras hipóteses) (BITTAR, 2015, p. 35).

A doutrina apresenta diferentes conceitos para esses direitos, por vezes qualificando-os como direitos que têm como foco os modos de ser físicos ou morais

da pessoa, ou, por vezes, afirmando que são aqueles direitos que concedem um poder às pessoas, para proteger a essência de sua personalidade e suas qualidades.

Faz-se oportuno deixar claro que são direitos subjetivos essenciais que arquitetam os outros direitos subjetivos. “Constituem direitos cuja ausência torna a personalidade uma suscetibilidade completamente irrealizável, sem valor concreto: todos os outros direitos subjetivos perderiam o interesse para o indivíduo, e a pessoa não existiria como tal” (BITTAR, 2015, p. 37).

Os jusnaturalistas e os juspositivistas divergem quanto à origem e evolução desses direitos. Conforme a visão positivista, o Estado deve positivizar e elencar esses direitos dando-lhes sua força jurídica, pois todos os direitos de cunho subjetivo devem advir do ordenamento positivo que lhes daria vida.

Já para os jusnaturalistas, os direitos da personalidade corresponderiam às faculdades exercidas normalmente pelo homem. Assim, esses direitos estão relacionados como atributos que são intrínsecos à condição humana. Caberia ao Estado apenas reconhecer e sancionar esses direitos e não escolher quais devem ser positivados, pois mesmo após a positivação, devido a amplitude desses direitos promotores de dignidade humana, não podemos limitá-los a norma escrita.

Em síntese, na concepção dos jusnaturalistas, os direitos da personalidade sempre existiram, são anteriores a vivência do homem em sociedade e antecedem até mesmo a formação do Estado, cabendo ao Estado reconhecer esses direitos e não criá-los. Já os positivistas defendem que esses direitos da personalidade só passam a existir a partir do momento que o Estado os cria de forma taxativamente expressos em normas jurídicas, sendo que esses direitos não existiriam se não houvesse a tutela expressa por normas públicas.

Os autores que defendem o juspositivismo estão ligados as ideias de Hans Kelsen e do seu positivismo jurídico, que advoga que todo direito deve necessariamente está vinculado a uma lei. Dessa feita, para existir direitos de personalidade, tal conceito, antes de tudo, deve estar positivado em norma jurídica, devendo está determinar uma sanção quando tal direito for violado. Conforme afirma Geala Geslaine Ferrari e Pedro Faraco Neto (2016, online): “Com a vênia dos positivistas, o fato de tais direitos serem positivados em normas jurídicas, não retira o seu caráter absoluto, e nem questionam sua existência, pois esta se dá pelo

simples fato do homem existir”.

Após uma ampla abordagem sobre os direitos da personalidade, Calos Alberto Bittar (2015, p. 41) defende o posicionamento de que os direitos da personalidade devem ser compreendidos como: “a) os próprios da pessoa em si (ou originários), existentes por sua natureza, como ente humano, com o nascimento; b) e os referentes às suas projeções para o mundo exterior (a pessoa como ente moral e social, ou seja, em seu relacionamento com a sociedade)”.

Com o advento das duas grandes Guerras Mundiais no início do século XX, e principalmente após as barbáries que foram experimentadas na Segunda Guerra, com a constante violação a dignidade da pessoa humana, internacionalmente buscou-se maneiras de evitar que novamente tais atrocidades à pessoa humana voltassem a acontecer, criando-se a ONU como órgão intermediário para o diálogo entre as nações e a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

Historiando a origem dos direitos de personalidade até chegar a formatação moderna que damos, Bittar afirma:

A construção teórica dos direitos da personalidade humana deve-se, principalmente: a) ao cristianismo, em que se assentou a ideia da dignidade do homem; b) à Escola de Direito Natural, que firmou a noção de direitos naturais ou inatos ao homem, correspondentes à natureza humana, a ela unidos indissolúvelmente e preexistentes ao reconhecimento do Estado; e c) aos filósofos e pensadores do iluminismo, em que se passou a valorizar o indivíduo perante o Estado. Com isso, começaram a ser reconhecidos, nos tempos modernos, certos direitos do homem e do cidadão, em face do poder público [...] (BITTAR, 2015, p. 51).

Com a Declaração Universal dos Direitos Humanos abriu-se um espaço amplo para a positivação dos direitos da personalidade, infundindo-se nas leis valores, princípios e exigências de direitos que estivessem sobrepostos ao arbítrio dos governantes. Os direitos subjetivos e naturais ganharam espaço a partir da positivação na Declaração que já no seu art. 1º deixa claro: “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade” (ONU, 1948, online). Também corrobora com tal ideia o art. 3º: “Todo ser humano

tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal”. Respectivamente o art. 12: “Ninguém será sujeito à interferências em sua vida privada, em sua família, em seu lar ou em sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Todo ser humano tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques”.

Em consonância com o previsto na Declaração Universal de 1948, pode-se afirmar que os direitos da personalidade intrinsecamente são operacionalizações dos direitos fundamentais. É oportuno entendermos a divisão entre ambos e como esses direitos dialogam. Carlos Alberto Bittar (2015, p. 56) esclarece:

Divisam-se, assim, de um lado, os ‘direitos do homem’ ou ‘direitos fundamentais’ da pessoa natural, como objeto de relações de direito público, para efeito de proteção do indivíduo contra o Estado. Incluem-se, nessa categoria, normalmente, os direitos à vida; à integridade física; às partes do corpo; à liberdade; o direito de ação. De outro lado, consideram-se ‘direitos da personalidade’ os mesmos direitos, mas sob o ângulo das relações entre particulares, ou seja, da proteção contra outros homens. Inserem-se, nesse passo, geralmente, os direitos: à honra; ao nome; à própria imagem; à liberdade de manifestação de pensamento; à liberdade de consciência e de religião; à reserva sobre a própria intimidade; ao segredo; e o direito moral de autor, a par de outros.

Nesse sentido, a primeira categoria estaria vinculada aos direitos físicos do homem em relação à sua existência material, já os outros tutelariam os aspectos morais e intelectuais da pessoa humana.

Os direitos fundamentais são entendidos como aqueles que são reconhecidos e positivados pelo legislador, sendo aqueles que o Estado reconhece e saem do plano do direito natural para o plano positivo. Os Direitos Humanos são direitos inatos que no referente ao plano, situam-se acima do direito positivo, sendo que tais direitos persistem mesmo quando os legisladores não reconhecem, pairando acima do ordenamento positivo e do próprio Estado (BITTAR, 2015, p. 56).

Na mesma linha de José Afonso da Silva (2004), sabemos da dificuldade em conceituar de forma precisa o que viria a ser direitos fundamentais, haja vista a abrangência de tal nomenclatura e a necessidade do respeito as particularidades culturais dos povos. Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior lecionam que,

Os direitos fundamentais podem ser conceituados como a categoria jurídica instituída com a finalidade de proteger a dignidade humana em todas as dimensões. Por isso, tal qual o ser humano, tem natureza polifilética, buscando resguardar o homem na sua liberdade (direitos individuais), nas suas necessidades (direitos sociais, econômicos e culturais) e na sua preservação (direitos relacionados à fraternidade e à solidariedade) (ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, 2005, p.109-110).

O escopo fundamental dos direitos fundamentais é a maior proteção humana em todas as esferas tangíveis. Trazendo as contribuições de Ingo Wolfgang Sarlet (2007, p. 36), podemos aprofundar o conceito de direitos fundamentais a partir da ideia de que,

O termo 'direitos fundamentais' se aplica para aqueles direitos do ser humanos reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão 'direitos humanos' guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independente de sua vinculação com determinada ordem Constitucional, e que, portanto, aspiram a validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que se revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional).

Na atualidade a velha dicotomia entre público e privado vem cedendo lugar para uma unificação que almeja a efetivação dos direitos com fulcro na plena realização da dignidade da pessoa humana em suas diversas manifestações. Digamos que seria o processo de “constitucionalização do Direito Civil”.

Há uma tendência a que gradualmente, com maior intensidade, os direitos humanos se traduzam em exigências de direitos fundamentais, e que os direitos fundamentais se traduzam em direitos da personalidade, integralizando-se no ordenamento jurídico, de modo mais amplo, graus cada vez mais elevados de exigências em torno da proteção de valores precípuos da pessoa humana (BITTAR, 2015, p. 61).

Nesse diapasão, tanto os jusnaturalistas quanto os juspositivistas, respeitando as especificidades conceituais entre ambos, consideram os direitos da

personalidade como direitos absolutos. Assim, por ser direitos que buscam proteger os bens mais elevados da pessoa humana, eles são dotados de caracteres especiais, não sendo permitido que a pessoa, mesmo mediante a sua livre vontade, se despoje de tais direitos, pois são direitos essenciais à pessoa humana. Mediante isso, podemos qualificá-los como direitos intransmissíveis e indispensáveis, pertencentes de forma personalíssima à pessoa que os adquire a partir do nascimento com vida, apesar de alguns desses direitos já serem assegurados ao nascituro.

Além dessas características, podemos elencar outras que sedimentam os direitos da personalidade. Originalmente são direitos inatos, pois sua natureza encontra-se no direito natural que toda pessoa humana na sua essência já é titular. São absolutos por estarem no topo do ordenamento jurídico, haja vista serem promotores da dignidade humana. Extrapatrimoniais, até porque não podem ser objeto de negociação ou penhora. São imprescritíveis, por não haver um tempo de validade, sendo exercido enquanto o seu detentor estiver vivo, sendo vitalício. Dessa feita, são direitos necessários e por sua dimensão apresentam-se como *erga omnes*, extensivos indistintamente a todos os seres humanos, apresentando-se com direitos que transcendem o ordenamento jurídico positivo.

É oportuno fazermos uma ressalva, pois, em regra os direitos de personalidade acabam com a morte do seu titular, assim como determina o ordenamento jurídico que deixa claro que a personalidade do sujeito acaba com a sua morte. No entanto, alguns direitos da personalidade transpõem essa regra, como os direitos ao corpo ou à partes dele, à imagem, e os direitos morais de autor, devendo tais direitos serem defendidos pelo Estado, ou pelos familiares após a morte do seu titular.

Como não há uma conceituação global definitiva sobre o que vem a ser os direitos da personalidade, os autores para melhor compreendê-los, reúne-os em grupos criando classificações. Dentro da doutrina encontraremos classificações que são relativas à existência física do sujeito, que devem ter seu corpo inviolado; e os relativos a moral, abrangendo à liberdade pessoal, os direitos autorais, etc. Dentro dessa discussão filiamo-nos a posição de Carlos Alberto Bittar, por ele conseguir na sua classificação sintetizar toda a discussão e apresentar suas ideias de forma didática. Para ele,

[...] podemos distribuir os direitos da personalidade em: a) direitos físicos; b) direitos psíquicos; c) direitos morais. Os primeiros são referentes a componentes materiais da estrutura humana (a integridade corporal, compreendendo: o corpo, como um todo; os órgãos; 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 valorativos (ou virtudes) da pessoa na sociedade (o patrimônio moral, compreendendo: a identidade; a honra; as manifestações do intelecto) (BITTAR, 2015, p. 49).

Adotamos nesse trabalho essa divisão para abordarmos a problemática de pesquisa que direciona o presente estudo, partindo do tripé dos direitos referente à pessoa em si; os direitos da pessoa com relação aos outros indivíduos na sociedade a partir do seu patrimônio moral e integridade psíquica.

2.2 OS DIREITOS DA PERSONALIDADE E A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

Os estudos teóricos sobre os direitos da personalidade são recentes, devido o grau de generalidade desses direitos, a indeterminação no referente a sua extensão, tem acabado por prejudicar a sua positivação (BITTAR, 2015).

No âmbito do direito público ocorreu o processo de constitucionalização de uma série desses direitos. No campo penal isso também acontece, pois instituem diferentes formas de delitos para punir atentados contra os direitos da personalidade, seja no que tange aos crimes contra a vida, a honra, integridade física, violação dos direitos autorais, respeito aos mortos, etc. Para Bittar (2015, p. 50): “Ocorre [...] a tutela reflexa desses direitos, em face, porém, da concorrência do interesse público”.

Como foi dito, a partir da discussão e movimentos que consolidaram a ideia de dignidade do homem, em consonância com a concepção de direitos naturais inatos ao ser humano e a valorização do indivíduo em detrimento do Estado, no mundo moderno passou-se a reconhecer nos ordenamentos certos direitos do homem e do cidadão em face do poder público, resvalando na constitucionalização de alguns desses direitos como direitos subjetivos públicos.

Tais direitos foram previstos inicialmente no âmbito do Direito Público,

encontrando na Declaração de Independência dos Estados Unidos de 1776, a primeira experiência de positivação desses direitos, a partir da tese defensora da liberdade dos indivíduos ante o Estado. Nas palavras iniciais da Declaração já encontramos a síntese das principais ideias no que tange a proteção da pessoa humana:

Consideramos verdades evidentes por si mesmas que todos os homens são criados iguais, que são dotados pelo Criador de certos direitos inalienáveis, entre os quais a Vida, a Liberdade e a procura da Felicidade; que para proteger tais direitos são instituídos os governos entre os Homens, emanando seus justos poderes dos consentimentos dos governados. Que sempre que uma forma de governo se torna destrutiva, é Direito do Povo alterá-la ou aboli-la e instituir um novo governo, fundamentado em princípios e organizando seus poderes da forma que lhe parecer mais capaz de proporcionar segurança e Felicidade (apud DALLARI, 2013, p. 149).

Posteriormente, com a Revolução Francesa, tivemos a Declaração Francesa de 1789, que apregoava o respeito ao indivíduo diante do absolutismo centralista do Estado. Essa Declaração foi uma resposta a opressão do poder estatal e aos privilégios de classes que levava muitos a pobreza e a marginalização. A luta francesa estava baseada nas ideias de liberdade, igualdade e legalidade (fraternidade).

Já no século XX, com a Declaração Universal de 1948, abre-se as portas para uma defesa mais efetiva dos direitos humanos e das liberdades fundamentais. A partir daí teve início o processo de internacionalização dos direitos humanos, que passarão a ser expressos nos textos constitucionais. Como o rol de tais direitos não encontra-se hermeticamente fechado, recentemente com o progresso industrial e das comunicações, novos direitos foram surgindo em defesa da personalidade humana, ganhando positivação constitucional. Sedimenta-se “[...] direitos decorrentes de condições da sociedade, os denominados direitos sociais e econômicos, e os políticos, em face da necessidade de assegurar-lhes proteção específica no âmbito público, diante da crescente intervenção do Estado” (BITTAR, 2015, p. 52). Essa intervenção tem alcançado extensas áreas antes privatizadas.

José Afonso da Silva discorrendo sobre a temática afirma:

O reconhecimento dos direitos fundamentais do homem em enunciados explícitos nas declarações de direitos, é coisa recente, e está longe de se esgotarem suas possibilidades, já que a cada passo na etapa da evolução da Humanidade importa na conquista de novos direitos. Mais que conquista, o reconhecimento desses direitos caracteriza-se como reconquista de algo que, em termos primitivos, se perdeu, quando a sociedade se dividira em proprietários e não proprietários (SILVA, 2004, p. 153).

Além desses documentos, outros também são salutares para a garantia dos direitos da personalidade: a Convenção Europeia, de 1950, e o Pacto Internacional das Nações Unidas sobre a proteção dos direitos civis, de 1966. Se estudarmos a fundo tais diplomas legais, podemos observar que vêm sendo ampliados o elenco de direitos privados reconhecidos. Inicialmente tivemos os relacionados a vida privada, a família, o domicílio, a correspondência, a honra, afirmando que toda pessoa tem direito à proteção da lei contra a interferência de outrem. Daí decorreu o direito ao sigilo.

Carlos Alberto Bittar (2015, p. 100), esclarece que “no Brasil, não obstante os precedentes da Constituição Imperial sobre a inviolabilidade da correspondência, a liberdade e a igualdade, foi na Republicana de 1891 (Art. 72)¹, que se cuidou dos

¹ “Art. 72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:
 § 1º - Ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.
 § 2º - Todos são iguais perante a lei. A República não admite privilégios de nascimento, desconhece foros de nobreza e extingue as ordens honoríficas existentes e todas as suas prerrogativas e regalias, bem como os títulos nobiliárquicos e de conselho.
 § 3º - Todos os indivíduos e confissões religiosas podem exercer pública e livremente o seu culto, associando-se para esse fim e adquirindo bens, observadas as disposições do direito comum.
 § 4º - A República só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita.
 § 5º - Os cemitérios terão caráter secular e serão administrados pela autoridade municipal, ficando livre a todos os cultos religiosos a prática dos respectivos ritos em relação aos seus crentes, desde que não ofendam a moral pública e as leis.
 § 6º - Será leigo o ensino ministrado nos estabelecimentos públicos.
 § 7º - Nenhum culto ou igreja gozará de subvenção oficial, nem terá relações de dependência ou aliança com o Governo da União ou dos Estados.
 § 8º - A todos é lícito associarem-se e reunirem-se livremente e sem armas; não podendo intervir a polícia senão para manter a ordem pública.
 § 9º - É permitido a quem quer que seja representar, mediante petição, aos Poderes Públicos, denunciar abusos das autoridades e promover a responsabilidade de culpados.
 § 10 - Em tempo de paz qualquer pessoa pode entrar no território nacional ou dele sair com a sua fortuna e bens, quando e como lhe convier, independentemente de passaporte.
 § 11 - A casa é o asilo inviolável do indivíduo; ninguém pode aí penetrar de noite, sem consentimento do morador, senão para acudir as vítimas de crimes ou desastres, nem de dia, senão nos casos e pela forma prescritos na lei.
 § 12 - Em qualquer assunto é livre a manifestação de pensamento pela imprensa ou pela tribuna, sem dependência de censura, respondendo cada um pelos abusos que cometer nos casos e pela forma que a lei determinar. Não é permitido o anonimato.

direitos individuais de modo orgânico, ampliando-se na de 1934 e depois de 1946 o seu regime”. A Constituição de 1988, em consonância com os diplomas internacionais de proteção aos direitos fundamentais do homem, aumentou o elenco de direitos reconhecidos no âmbito do ordenamento interno nacional.

Por meio da Emenda Constitucional n. 45/2004, ocorreu a expansão do sistema protetivo dos direitos humanos na seara constitucional, abrindo margem para a inserção de novos direitos. Tal inovação incluiu no art. 5º da Constituição de 1988, o § 3º. Conforme o diploma legal: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão

§ 13 - A exceção do flagrante delito, a prisão não poderá executar-se senão depois de pronúncia do indiciado, salvo os casos determinados em lei, e mediante ordem escrita da autoridade competente.

§ 14 - Ninguém poderá ser conservado em prisão sem culpa formada, salvo as exceções especificadas em lei, nem levado à prisão ou nela detido, se prestar fiança idônea nos casos em que a lei a admitir.

§ 15 - Ninguém será sentenciado senão pela autoridade competente, em virtude de lei anterior e na forma por ela regulada.

§ 16 - Aos acusados se assegurará na lei a mais plena defesa, com todos os recursos e meios essenciais a ela, desde a nota de culpa, entregue em 24 horas ao preso e assinada pela autoridade competente com os nomes do acusador e das testemunhas.

§ 17 - O direito de propriedade mantém-se em toda a sua plenitude, salva a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia. As minas pertencem aos proprietários do solo, salvo as limitações que forem estabelecidas por lei a bem da exploração deste ramo de indústria.

§ 18 - É inviolável o sigilo da correspondência.

§ 19 - Nenhuma pena passará da pessoa do delinquente.

§ 20 - Fica abolida a pena de galés e a de banimento judicial.

§ 21 - Fica, igualmente, abolida a pena de morte, reservadas as disposições da legislação militar em tempo de guerra.

§ 22 - Dar-se-á o *habeas corpus*, sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência ou coação por ilegalidade ou abuso de poder.

§ 23 - À exceção das causas que, por sua natureza, pertencem a Juízos especiais, não haverá foro privilegiado.

§ 24 - É garantido o livre exercício de qualquer profissão moral, intelectual e industrial.

§ 25 - Os inventos industriais pertencerão aos seus autores, aos quais ficará garantido por lei um privilégio temporário, ou será concedido pelo Congresso um prêmio razoável quando haja conveniência de vulgarizar o invento.

§ 26 - Aos autores de obras literárias e artísticas é garantido o direito exclusivo de reproduzi-las, pela imprensa ou por qualquer outro processo mecânico. Os herdeiros dos autores gozarão desse direito pelo tempo que a lei determinar.

§ 27 - A lei assegurará também a propriedade das marcas de fábrica.

§ 28 - Por motivo de crença ou de função religiosa, nenhum cidadão brasileiro poderá ser privado de seus direitos civis e políticos nem eximir-se do cumprimento de qualquer dever cívico.

§ 29 - Os que alegarem motivo de crença religiosa com o fim de se isentarem de qualquer ônus que as leis da República imponham aos cidadãos, e os que aceitarem condecoração ou títulos nobiliárquicos estrangeiros perderão todos os direitos políticos.

§ 30 - Nenhum imposto de qualquer natureza poderá ser cobrado senão em virtude de uma lei que o autorize.

§ 31 - É mantida a instituição do júri.” (BRASIL, 1891).

equivalentes às emendas constitucionais” (BRASIL, 1988). O próprio § 2º do art. 5º já previa a inclusão das decisões e princípios decorrentes de Tratados Internacionais nos quais o Brasil fosse signatário.

O artigo 5º da Constituição é por excelência o berço que acalenta e garante os direitos fundamentais e, conseqüentemente, os direitos da personalidade. O próprio título já deixa claro o foco do dispositivo legal: “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”.

São assegurados, assim, os direitos fundamentais à todos os indivíduos, sem diferença entre homens e mulheres, raça ou etnia, pois todos tem o mesmo direito, até mesmo os estrangeiros que sejam naturalizados, haja vista, conforme o direito natural, esses direitos, devido a nossa condição de humanos, estendem-se para todos os sujeitos.

A vida é apresentada como um bem supremo sendo inviolável, seja por parte de indivíduos ou pelo próprio Estado. Só é permitida a violação desta, no caso de guerra declarada em que haja traição ao país. Assim, a vida é o direito central e fundamental por excelência, pois constitui-se em pré-requisito para a existência e o exercício de todos os demais direitos. Para Maria Helena Diniz (2014, p. 46-47):

O direito à vida, por ser essencial ao ser humano, condiciona os demais direitos da personalidade. A Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, caput, assegura a inviolabilidade do direito à vida [...]. O respeito a ela e aos demais bens ou direitos correlatos decorre de um dever absoluto *erga omnes*, por sua própria natureza, ao qual a ninguém é lícito desobedecer. Ainda que não houvesse tutela constitucional ao direito à vida, que, por ser decorrente, de norma de direito natural, é deduzida da natureza do ser humano, legitimaria aquela imposição *erga omnes*, porque o direito natural é o fundamento do dever ser.

Dessa concepção emana outro direito fundamental e de personalidade que é o direito a liberdade que também é inviolável, desde que o indivíduo não venha a cometer uma infração penal que seja previsto como crime. Ampliando a concepção de liberdade, o mesmo dispositivo legal acolherá a liberdade de expressão, locomoção em tempos de paz, de escolha de religião, da escolha e atuação profissional, sendo que esta, em alguns casos, podem ser limitadas por lei.

Já a segurança é apresentada como um direito individual, sendo também um

direito social, coletivo; cabendo ao Estado assegurar tal segurança a todos os residentes e domiciliados no país. Nesse sentido encontramos a segurança do domicílio que é inviolável, sendo garantida a privacidade, a intimidade e a vida privada. Ainda podemos elencar a segurança e sigilo das comunicações pessoais, como o sigilo das correspondências, comunicações telegráficas e telefônicas.

Também tutela-se a propriedade, apesar de não ser um direito absoluto, pois o proprietário deverá dá uma função social a esta.

A doutrina clássica sobre os direitos da personalidade elenca como tais direitos aqueles relacionados à vida, à liberdade física e intelectual, ao nome, ao corpo, à imagem e a honra. Tais direitos emanam do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, que é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, conforme o artigo 1º, III, da Constituição Federal de 1988.

Dessa maneira, a supremacia, efetividade e força normativa da Constituição acaba refletindo no Direito Privado, passando a norma constitucional a apresentar status hierarquicamente superior as demais. Conforme Gustavo Tepedino (2004), o status normativo dos direitos de personalidade são reflexos dos direitos humanos ou fundamentais, no entanto, no campo das relações entre particulares e não do cidadão em relação ao Estado. Assim, temos o já falado processo de constitucionalização de certos princípios e institutos fundamentais do direito privado, como por exemplo, a família, a propriedade e a atividade econômica, institutos básicos do direito privado.

Dentro do rol desses direitos da personalidade constitucionalizados, encontramos no artigo 5º, X, alguns direitos básicos protegidos: “São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” (BRASIL, 1988).

O direito à vida privada, intimidade, honra e imagem busca limitar às intromissões abusivas e ilícitas das pessoas e da imprensa falada ou escrita. Sendo que a jurisprudência pátria entende que caso esses direitos sejam violados cabe indenização pelos danos morais e materiais que advierem desse, além do direito de resposta de forma proporcional ao agravo.

Para Uadi Lammêgo Bulos (2012, p. 568): “A honra é um bem imaterial de pessoas físicas e jurídicas protegida pela Carta de 1988. Traduz-se pelo sentimento

de dignidade própria (honra interna ou subjetiva), pelo apreço social, reputação e boa fama (honra exterior ou objetiva)”; e complementa o autor, “a tutela constitucional à honra em como pressuposto a reputação, o comportamento zeloso e o cumprimento de deveres socialmente úteis pelas pessoas físicas e jurídicas decentes”.

Nesse contexto, Daniel Sarmiento (2008, p. 102) discutindo a importância do direito de personalidade para o ordenamento jurídico, afirma: “A personalidade mais do que um direito é um valor – o mais importante do ordenamento, diga-se de passagem –, que se irradia e penetra por todos os campos do Direito, público ou privado”. Por isso da íntima relação e dependência desse direito com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Apresentamos alguns direitos fundamentais que abrangem os direitos da personalidade, para demonstrarmos esse processo de constitucionalização dos direitos privados e da personalidade, sendo algumas cláusulas pétreas constitucionais, não podendo ser abolidos, somente abrindo margem para que sejam melhorados e aperfeiçoados. Tal recepção desses direitos na Carta Magna do país, comprova a importância destes enquanto direitos naturais promotores de dignidade humana para todos os seres humanos que encontram-se dentro do território nacional ou sob a tutela brasileira.

3 A TUTELA CIVIL E PENAL DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

3.1 DIREITOS DA PERSONALIDADE E DIREITOS DA PESSOA À LUZ DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

No campo do direito privado, além dos direitos da personalidade, os indivíduos dispõem de outros direitos vinculados a pessoa, são os “direitos da pessoa”. O direito privado brasileiro recepcionou vários institutos do direito romano, sendo que, de acordo com Flávia Lages Castro (2010), praticamente o ordenamento brasileiro adotou 80% dos institutos do Direito Civil romano.

Em Roma o *Corpus Juris Civile* já previa a tutela de direitos para a pessoa, instituto importantíssimo dentro da órbita normativa romana. Assim, o Direito Romano salientava que para ser sujeito de direitos era necessário ser pessoa, quer físicas ou jurídicas que atuassem no mundo do direito. Dessa feita, “pessoa é todo sujeito de direitos e obrigações, na ordem jurídica” (CRETELLA JÚNIOR, 2009, p. 60). Sendo que estes que são considerados pessoas podem ocupar a posição de autor ou réu, numa relação jurídica.

Pessoa seria todo sujeito de direitos que a lei confere capacidade jurídica. Na perspectiva romana nem todos os homens são sujeitos de direitos, não tendo capacidade jurídica, pois a condição de homem não era suficiente para atribuir a capacidade a um indivíduo. “Não basta, pois, ser homem para ser pessoa. É preciso ser homem, ter forma humana e não estar na condição de escravo. Só assim temos a pessoa, que se erige como centro de direitos e obrigações na ordem jurídico-romana” (CRETELLA JÚNIOR, 2009, p. 61). Nesse mesmo eixo completa o autor, que “pessoa e homem são conceitos diversos para o romano. Só o homem que reúne certos requisitos é pessoa. Pessoa é ser humano acompanhado de atributos”.

Atualmente o Código Civil brasileiro não adota essa concepção, pois o art. 2º já esclarece: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro” (BRASIL, 2002). Carlos Roberto Gonçalves (2013, p. 94), reforçando a concepção legal, esclarece:

O conceito de personalidade está umbilicalmente ligado ao de pessoa. Todo aquele que nasce com vida torna-se uma pessoa, ou seja, adquire personalidade. Esta é, portanto, qualidade ou atributo do ser humano. Pode ser definida como aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações ou deveres na ordem civil. É pressuposto para a inserção e atuação da pessoa na ordem jurídica. [...] É qualidade jurídica que se revela como condição preliminar de todos os direitos e deveres.

Torna-se oportuno fazer a distinção entre direitos da pessoa e direitos da personalidade. Os direitos da pessoa versam primordialmente sobre os elementos individualizadores do ser, que, em linhas gerais, são componentes de sua personalidade. Assim, individualiza-se o indivíduo quanto aos aspectos íntimos em detrimento da sociedade como um todo, sendo a pessoa protegida nos mais íntimos valores e nas suas projeções na sociedade.

Já no referente aos direitos da personalidade, conforme Carlos Alberto Bittar (2015, p. 65), “a pessoa é, a um só tempo sujeito e objeto de direitos, remanescendo a coletividade, em sua generalidade, como sujeito passivo; daí dizer-se que esses direitos são oponíveis erga omnes (e, portanto, devem ser respeitados por todos os integrantes da coletividade”. Ainda sobre a distinção Bittar (2015, p. 65) salienta:

[...] considerada a pessoa em seu conjunto, por diferentes aspectos é tratada pelo direito, incidindo: a) os direitos da personalidade sobre o ente em concreto e identificado, em si considerado, ou em seus desdobramentos na sociedade; enquanto b) os direitos pessoais abrangem a pessoa como indivíduo, ou ser abstratamente analisado, ou como membro de uma família, ou de uma comunidade, ou de uma nação, com toda a gama de relações daí influentes.

Dentro do direito das pessoas há a formação de diversas e distintas relações jurídicas, qual seja, a relação do indivíduo com o Estado, no que tange aos direitos da nacionalidade; com a família e seus componentes, enquanto pai, marido, filho, parente; e com a sociedade como um todo a partir das diversas relações privadas, qual seja, produção intelectual, obrigacional ou real.

Dessa feita, os direitos da personalidade tem como objeto os atributos substanciais da pessoa e como fundamento a própria essência do ser (BITTAR, 2015, p. 65). O Código Civil de 2002, nos artigos 11 ao 21 do livro “Das Pessoas”,

trás positivado os direitos da personalidade, sendo uma inovação, pois o Código de 1916 não lecionava sobre a matéria, apenas vagamente apresentava alguns artigos.

O próprio texto legal já deixa claro no seu art. 11 as características fundamentais dos direitos da personalidade, sendo intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitações voluntárias. Pode-se exigir que cesse a ameaça ou lesão a direitos personalíssimos, reclamando perdas e danos sem prejuízo de outras sanções (art. 12). Em se tratando de morto, o parágrafo único do já referenciado dispositivo legal, abre espaço para a família requerer que cesse a lesão.

Os artigos 13 e 14 tutelam a disposição do corpo, vedando atos que importem em diminuição permanente da integridade física, permitindo o transplante, conforme disposição em lei especial. No pós-morte é permitido a disposição do próprio corpo, seja no todo ou em partes, para fins altruísticos ou científicos, sendo a qualquer tempo esse ato revogável. Lembra-nos Maria Helena Diniz, (2014, p. 395-396):

O direito às partes separadas do corpo vivo ou morto integra a personalidade humana. Assim sendo, elas são bens (*res*) da personalidade *extra commercium*, não podendo ser cedidas a título oneroso, por força da Constituição Federal, art. 199, § 4º, e da Lei n. 9.434/97, art. 1º. Como as partes separadas acidental ou voluntariamente do corpo são consideradas coisas (*res*), passam para a propriedade do seu titular, ou seja, da pessoa da qual se destacaram, que delas poderá dispor, gratuitamente, desde que não afete sua vida, não cause dano irreparável ou permanente à sua integridade física, não acarrete perda de um sentido ou órgão, tornando-o inútil para sua função natural, e tenha em vista um fim terapêutico ou humanitário (CC, arts. 13 e 14). [...] É possível juridicamente a disposição gratuita de partes destacáveis do corpo humano, renováveis (leite, sangue, medula óssea, pele, óvulo, esperma, fígado) ou não, para salvar a vida ou preservar a saúde do interessado ou de terceiro ou para fins científicos ou terapêuticos.

Quanto ao direito à vida, ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica (art. 15). Já os art. 16 assegura o direito ao nome com o prenome e o patronímico, não podendo ser empregado por outrem e publicações ou representações que exponha o titular ai desprezo público, mesmo sem intenção de difamar (art. 17); em propagandas comerciais sem autorização (art. 18). Também é extensivo a proteção ao

pseudônimo adotado para atividades lícitas (art. 19).

O art. 20 tutela o direito ao segredo e à imagem, proibindo a divulgação de escritos, a transmissão de palavras, ou a publicação de forma expositiva usando à imagem da pessoa. E o art. 21 protege a vida privada da pessoa. Discutindo essa temática, Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins (1989, p. 63) qualificam o direito a vida privada como “A faculdade que tem cada indivíduo de obstar a intromissão de estranhos em 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”. Dessa maneira, a privacidade busca assegurar que terceiros não violem as informações relativas a outros indivíduos, assim como não é permitido à violação, também não é permitido à divulgação, por sua vez, dessas informações.

Esse dispositivo do Código Civil encontra-se em perfeita harmonia com o que prevê o art. 12 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948: “Ninguém será sujeito à interferências em sua vida privada, em sua família, em seu lar ou em sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Todo ser humano tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques” (ONU, 1948).

Dessa maneira, na esfera civil, busca-se proteger a pessoa dentro do seu âmbito privado contra investidas de particulares, salvaguardando os mais íntimos interesses, respeitando a liberdade e a autonomia das pessoas.

3.2 A PERSPECTIVA PENAL DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Os direitos da personalidade não encontram respaldo somente na Constituição e no Código Civil brasileiro, mas alguns desses direitos também encontram amparo no Código Penal, seja no âmbito em prol da defesa da vida, da saúde, da honra, do corpo na sua integridade física, etc.

O foco primordial da perspectiva penal sobre a temática em questão está voltado para a proteção, proteção essa que dá ênfase mais na repressão a possíveis condutas que venham a violar a personalidade, assim, isso apresenta-se como uma forma da expressão da intervenção do Estado na vida social.

Algumas condutas tipificadas advém dos direitos da personalidade, a título de exemplo, os crimes contra a vida, o homicídio, infanticídio, aborto, etc.; os crimes que atentam contra a higidez física, como a lesão corporal; os crimes contra a liberdade, como o cárcere privado; os crimes contra a honra, onde encontramos a calúnia, a injúria e a difamação; os crimes contra a liberdade sexual; e aqueles que dizem respeito a violação do cadáver ou tumultuar os ritos fúnebres, desrespeitando a dor e o luto da família do morto.

Carlos Alberto Bittar (2015, p. 50), discutindo o tratamento que é dado aos direitos da personalidade nos vários ramos do direito, salienta:

[...] em direito público, além da constitucionalização de muitos desses direitos, no campo penal a sua proteção tem sido efetiva, na generalidade dos sistemas mundiais, pela instituição de diferentes formas de delitos para atentados contra os direitos da personalidade (nos crimes contra a vida; a honra; a integridade física; violação dos direitos autorais; respeito ao segredo; respeito aos mortos; liberdade individual e outros). Ocorre, então, a tutela reflexa desses direitos, em face, porém, da concorrência do interesse público.

Por vezes o Estado tem que mostrar-se mais interventor quando se tem como centro violações a dignidade da pessoa humana, agindo em prol de mitigar e prevenir, mesmo que de maneira coercitiva, atentados a essa dignidade.

Na esfera penal, quando constitutiva de delito a conduta violadora do agente, cabe a parte lesada a perseguição criminal, isso se dando por intermédio da queixa por parte do interessado ou seus representantes, ou, quando for o caso, ação pública. É oportuno salientar que tanto as responsabilidades penal e civil são distintas e cumuláveis, podendo, dependendo da conduta do agente, caber duas ações independentes que seguirão ritos processuais distintos, previstos nos artigos 63 e seguintes do Código de Processo penal (BRASIL, 1941).

Quando no Código Penal é apresentado os crimes contra a pessoa, ele está considerando pessoa todo ser humano, protegendo, assim, os direitos da personalidade, tal proteção estando voltada tanto para as pessoas físicas, como para a personalidade moral. De forma didática podemos subdividir os crimes contra a pessoa em três categorias classificatórias: sendo aqueles crimes contra a vida e a integridade corporal do sujeito; os crimes contra a liberdade; e, por fim, os crimes

contra a honra.

No rol dos crimes contra a vida está incluso também o aborto (art. 124 a 128 do Código Penal), dessa feita o legislador antecipou a tutela jurídica para o feto a partir as sua concepção. Assim, quando se impede a formação fetal de forma consciente e objetivando interromper a gestação, se está atentando contra a vida daquele sujeito que está em formação.

Também dentro desse núcleo encontramos a proteção do corpo e a sua integridade física, criou-se dessa feita o crime de lesão corporal (art. 129 do Código Penal), sendo que essas lesões extensivamente acabam abrangendo as ofensas à saúde.

No que diz respeito aos crimes contra a liberdade, podemos enquadrá-los nos crimes contra a liberdade individual, a violação de domicílio (art. 150 do Código Penal), a violação de correspondência (art. 151 do Código Penal), e dos segredos profissionais (art. 154 do Código Penal).

Já os crimes contra a honra abarcam os aspectos do respeito social e à estima, sendo esses atributos morais da personalidade. Nessa categoria se punirá a calúnia (art. 138 do Código Penal), a injúria (art. 140 do Código Penal), e a difamação (art. 139 do Código Penal), que em linhas gerais são atentados contra a reputação da pessoa e ferem substancialmente o decoro e a dignidade da pessoa humana.

Nesse diapasão podemos dizer que o direito penal protege à vida desde a sua concepção até a morte, que espera-se que aconteça pela via natural. O Código Penal apresenta-nos quatro tipos de crimes contra a vida, inicialmente o homicídio, previsto no art. 121; o infanticídio (art. 123), sendo que esse se enquadra como uma forma privilegiada de homicídio; o aborto; e por fim, a instigação, induzimento ou auxílio ao suicídio (art. 122 do Código Penal).

Matar é destruir, retirar à vida humana de alguém, sendo que, ao tutelar penalmente e criminalizar essa conduta, o legislador estava interessado em preservar a vida humana, sendo esse o centro da tutela e o bem jurídico por excelência. O legislador recobriu esse bem de tal proteção porque é a partir dele que todo o ordenamento jurídico se enraíza e foca em sua essência, tanto é que, o próprio Estado entende a vida como um bem indisponível, nem mesmo o seu titular podendo dispô-la como queira e ao seu bel prazer.

Dessa feita, o crime de homicídio se configura quando um agente ativo, dolosamente, atenta contra a vida de outrem que já tenha nascido, pois antes do nascimento não teríamos o homicídio, mas sim, o crime de aborto. Já se o ato for cometido no início do parto, assim estará configurado o crime de homicídio, sendo que parto não se entende somente a expulsão do feto do útero materno, mas todo o processo, desde o início do percurso natural que almeja a expulsão da criação do útero materno para essa nasça.

Tal crime exige que o sujeito passivo esteja vivo, sendo irrelevante se a criança terá capacidade de viver por ter uma má formação, deficiência ou seja um ser disforme, por exemplo. No entanto, se o sujeito já está morto sem a conduta ativa do agente, aí não existe homicídio, por enquadrar-se em crime impossível por impropriedade absoluta do objeto, conforme o art. 17 do Código Penal.

Não podemos esquecer que se a conduta for efetivada pela mãe no estado puerperal, a identificação criminal será de infanticídio, sendo uma forma privilegiada de homicídio.

Assim, a conduta punível é a de matar alguém, podendo esta se dá por ação ou omissão. O termo matar diz respeito a retirada da vida de um homem, por outro homem. Nesse caso especificamente, o objeto material do delito é a pessoa contra a qual recaí a conduta praticada pelo agente ativo, sendo que o bem juridicamente protegido é a vida e, num sentido mais amplo, a pessoa.

O caput do artigo apresenta um elemento subjetivo relevante para entendermos esse tipo penal, que é o dolo, ou seja, a vontade consciente e livre do agente ativo em por fim a vida de outrem. O polo ativo, na concepção de Rogério Greco (2013), atua com *animus necandi* ou *animus occidenti*, ou seja, dirige a sua ação a um fim específico que é causar a morte de um outro indivíduo.

No âmbito da integridade física, também um direito da personalidade, o legislador tipificou o crime de lesão corporal, apresentando seis modalidades diferentes, a saber, a lesão corporal leve (art. 129, caput do Código Penal); lesão corporal grave (art. 129, § 1º, do Código Penal); lesão corporal gravíssima (art. 129, § 2º, do Código Penal); lesão corporal seguida de morte (art. 129, § 3º, do Código Penal); lesão corporal culposa (art. 129, § 6º, do Código Penal); e, por fim, introduzida por meio da Lei n 10, 886/2004, temos a lesão corporal cometida por meio da violência doméstica, que é aquela efetivada contra ascendente,

descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou outro agente que haja relações domésticas de coabitação ou hospitalidade (GRECO, 2013, p. 316).

Dessa feita, a lesão corporal efetiva-se quando se ofende alguém, isso no aspecto físico, por meio de ataque, ferimento, etc. a lesão deve atentar, necessariamente, a integridade corporal ou a saúde do polo passivo. Nas lições de Nélson Hungria (1955, p. 313):

O crime de lesão corporal consiste em qualquer dano ocasionado por alguém, sem *animus necandi*, à integridade física ou a saúde (fisiológica ou mental) de outrem. Não se trata, como o *nomen juris* poderia sugerir *prima facie*, apenas o mal infligido à inteireza anatômica da pessoa. Lesão corporal compreende toda e qualquer ofensa ocasionada à normalidade funcional do corpo ou organismo humano, seja do ponto de vista anatômico, seja do ponto de vista fisiológico ou psíquico. Mesmo a desintegração da saúde mental é lesão corporal, pois a inteligência, a vontade ou a memória dizem com a atividade funcional do cérebro, que é um dos mais importantes órgãos do corpo. Não se concebe uma perturbação mental sem um dano à saúde, e é inconcebível um dano à saúde sem um mal corpóreo ou uma alteração do corpo. Quer como alteração da integridade física, quer como perturbação do equilíbrio funcional do organismo (saúde), a lesão corporal resulta sempre de uma violência exercida sobre a pessoa.

Nessa perspectivam a lesão corporal vincula-se e atenta ao próprio direito a saúde, pois ao lesionar alguém, além de abalar a integridade física ou psíquica deste, se está agredindo a própria saúde do sujeito passivo. Vale salientar que se a conduta delituosa agrava uma situação de doença ou lesão já existente, se entende que essa conduta se enquadrará em lesão corporal.

No rol de títulos penais que ainda tutelam a vida e os direitos da personalidade, temos os crimes contra a saúde. As condutas que coloquem à vida e a saúde em risco estão dispostas entre os artigos 130 a 136 do Código Penal. Assim, atenta-se contra a dignidade humana e a personalidade a exposição de alguém, por meio de relação sexual ou ato libidinoso, ao contágio de moléstia venérea, quando se sabe que está contaminado, ou mesmo se faz de forma proposital para contagiar alguém.

Também dispõe esse título sobre o abandonar incapazes de se defender e que esteja sob os seus cuidados; expor ou abandonar recém nascido; omitir socorro

deixando de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal; exigir cheque-causão, nota promissória ou qualquer garantia, bem como preenchimento prévio de formulários administrativos, como condição para atendimento médico-hospitalar emergencial; e tratar aquele que esteja aos seus cuidados com maus-tratos, pondo em risco a vida deste.

No que tange aos crimes contra a honra que atentam contra a reputação da vítima, dispostos entre os artigos 138 e 140 do Código Penal, o legislador especificou em calúnia, injúria e difamação. A calúnia é considerado a mais grave dos crimes contra a honra. Essa caracteriza-se quando se imputa a outrem falsa acusação de autoria de um fato definido como crime. Nesse caso, sabe-se que o agente passivo não cometeu aquele delito, mas o agente ativo acusa-o de forma maléfica para prejudicá-lo.

Rogério Greco (2013, p. 362) apresenta três pontos principais que caracterizam a calúnia: a imputação de um fato; esse fato imputado deve obrigatoriamente, ser falso; e além de falso, o fato deve ser definido como crime. E complementa o autor: “Também ocorrerá o delito de calúnia quando o fato em si for verdadeiro [...] sendo que o agente imputa falsamente a sua autoria à vítima” (GRECO, 2013, p. 362).

A difamação configura-se quando se imputa fatos determinados, seja falsos ou verdadeiros, à pessoa ou pessoas determinadas, objetivando macular a reputação delas, ou seja, sua honra objetiva. Assim, ofende-se a reputação, a visão coletiva que se tem sobre essa pessoa.

Já a injúria, considerada a menos gravosa dos crimes contra a honra, busca proteger a honra subjetiva da pessoa, ou seja, o conceito, concepção, visão que se tem de si mesmo. Para Aníbal Bruno (1976, p. 300):

Injúria é a palavra ou gesto ultrajante com que o agente ofende o sentimento de dignidade da vítima. O Código distingue, um pouco ociosamente, dignidade e decoro. A diferença entre esses dois elementos do tipo é tênue e imprecisa, o termo dignidade podendo compreender o decoro. Entre nós costumava-se definir a dignidade como o sentimento que tem o indivíduo do seu próprio valor social e moral; o decoro como a respeitabilidade. Naquela estariam contidos os valores morais que integram a personalidade do indivíduo; neste as qualidades de ordem física e social que conduzem o indivíduo à estima de si mesmo e o impõem ao respeito dos que com ele convivem. Dizer de um sujeito que ele é trapaceiro seria ofender sua dignidade. Chamá-lo de burro, ou de coxo seria atingir o decoro.

E, por fim, complementando o último grande eixo, temos os crimes contra a liberdade individual que almejam proteger tanto a liberdade física como psíquica. O núcleo desse direito gira em torno do constranger alguém, que é empregado no sentido de impedir, limitar ou dificultar a liberdade de uma pessoa, agindo com violência ou grave ameaça.

A violência de que se cuida o texto é a chamada *vis corporalis*, ou seja, aquela empreendida contra o próprio corpo da vítima; ao contrário, a grave ameaça se consubstancia na *vis compulsiva*, exercendo influência precipuamente sobre o espírito da vítima, impedindo-a de atuar segundo a sua vontade (GRECO, 2013, p. 394).

O agente ativo deve obrigar o passivo a não fazer aquilo que a lei permite ou mesmo a fazer o que ela não manda.

Tem-se também o crime de ameaça (art. 147, do Código Penal), que pode ser praticada através de palavras, escritos ou gestos. Na concepção de Hungria (apud GRECO, 2013, p. 400), a ameaça pode ser direta, indireta, explícita ou implícita.

O art. 148, do Código Penal, dispõe sobre o sequestro e o cárcere privado, que seria o privar alguém da sua liberdade, ou seja, sua capacidade de ir, vir ou permanecer conforme a sua vontade. Já o art. 149, em consonância com a privação da liberdade, tipifica a redução a condição análoga à de escravo, ou seja, quando se obriga a trabalhos forçados, impõe-se uma jornada exaustiva de trabalho; sujeita o trabalhador a condições degradantes de trabalho; restringe, por qualquer meio, a locomoção do trabalhador devido a dívida contraída com o empregador ou preposto.

Ainda na perspectiva da proteção a liberdade, temos os crimes contra a inviolabilidade do domicílio. Sendo essa conduta enquadrada quando se perturba a tranquilidade do lar, entrando ou permanecendo no domicílio sem a prévia autorização dos que ali residem. Para a efetivação dessa conduta o agente deve ter entrado “clandestinamente ou astuciosamente, ou contra a vontade expressa ou tácita de quem de direito” (GRECO, 2013, p. 417).

No entanto, salientamos que não só configuraria o ato entrar de forma clandestina ou astuciosa, mas pode acontecer do agente ativo adentrar no domicílio à vistas de todos, mas recusar-se a sair. O que pretende-se proteger nesse tipo penal não é o patrimônio da pessoa, mas a liberdade doméstica.

Já os artigos 151 e 152 dispõem sobre a inviolabilidade de correspondência,

incluindo as de comunicação telegráfica, radioelétrica ou telefônica, e a de correspondência comercial. O legislador elevou ao grau de direito fundamental do ser humano a liberdade de comunicação de maneira reservada, sem que essa comunicação tome dimensões públicas. Assim, o indivíduo pode livremente expor seus sentimentos e opiniões longe dos olhares de outras pessoas, além daquela para qual é dirigida a correspondência; protege-se também, por meio desse dispositivo, a liberdade de pensamento.

Luiz Regis Prado (2007, p. 324), apresenta as modalidades de delitos contra a inviolabilidade de correspondência, sendo elas:

a) Violação de correspondência fechada (art. 40, caput, da Lei nº 6.538/1978); b) apossamento de correspondência para sonegação ou destruição (art. 40, § 1º, da Lei nº 6.538/1978); c) divulgação, transmissão ou utilização abusiva de comunicação telegráfica, radioelétrica ou telefônica (art. 151, § 1º, II, do CP); d) impedimento de comunicação telegráfica, radioelétrica ou telefônica (art. 151, § 1º, III, do CP); e) instalação ou utilização ilegal de estação ou aparelho radioelétrico (art. 70 da Lei nº 4.117/1962); f) desvio, sonegação, subtração, supressão ou revelação de correspondência comercial (art. 152).

E, por fim, nos arts. 153 e 154, temos os crimes contra a inviolabilidade dos segredos comum e profissional. É assim responsabilizado criminalmente aquele indivíduo que divulga sem justa causa, conteúdo de documento particular ou de correspondência confidencial, desde que essa divulgação cause dano a outrem.

Rogério Graco (2013, p. 434), apresenta os seguintes elementos da divulgação criminosa:

a) divulgação de conteúdo de documento particular ou de correspondência confiável; b) ausência de justa causa para essa divulgação; c) divulgação levada a efeito pelo destinatário ou detentor do documento particular ou de correspondência confidencial; d) potencialidade de dano a outrem.

Já a violação do segredo profissional se dá quando da existência de um segredo, sendo este chegado ao conhecimento do agente em virtude de sua função, ministério, ofício ou profissão; sendo que, sem ausência de justa causa ele revela a

alguém gerando dano a outrem.

Como podemos perceber, que o legislador teve o cuidado de resguardar parcialmente alguns dos direitos da personalidade, que ligam-se indistintamente com a dignidade da pessoa humana. A criminalização de certas condutas, de certa maneira, ajuda a coibir a efetivação de atos violadores de direitos. No entanto, nenhum desses dispositivos penais alcançam o direito à imagem na modalidade apresentada pelo texto constitucional e civil, havendo uma lacuna legislativa no campo penal, situação problemática que abordaremos no próximo capítulo.

4 A TUTELA JURISDICIONAL SOBRE O DIREITO À IMAGEM

Como foi dito outrora, pode-se dividir os direitos da personalidade em três grandes campos, sendo que o primeiro abrange os direitos físicos da personalidade, como o direito à vida, a integridade física, do corpo, as partes separadas do corpo, ao cadáver e à imagem. Em segundo plano temos os direitos psíquicos da personalidade, como à liberdade, à intimidade, à integridade psíquica e ao segredo. E, por fim, temos os direitos morais da personalidade, como o direito à identidade, à honra, ao respeito e às criações intelectuais.

Voltamos o nosso olhar nesse capítulo, especificamente, para o direito à imagem. Assim, é oportuno desde já deixar claro que quando se fala em imagem se está determinando esta como os atributos físicos do homem, os quais podem ser passivos de apropriação por outrem, seja por meio de fotografias, pinturas, filmagem, escultura ou qualquer outra técnica que consiga capturar a imagem física do sujeito. Carlos Alberto Bittar (2015, p. 153), trabalhando com essa questão leciona que à imagem:

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 individualizadoras da pessoa).

Dessa forma, a imagem física é aquilo que te caracteriza, um elemento que faz com que o indivíduo se identifique enquanto sujeito, ajudando na constituição da identidade pessoal, um distintivo que individualiza o sujeito diante da sociedade. Seria uma marca que a própria natureza teria nos selado no momento do nosso nascimento; marca essa que, apesar das mudanças normais que se abaterão sobre ela no decurso do tempo, nos acompanhará até a nossa morte, e, mesmo no pós morte, ajudará os vivos que conosco mantiveram algum tipo de contato, recordar na memória como éramos fisicamente. Ela é aquilo que se enxerga em um primeiro momento, que contempla-se de imediato.

Buscando definir o que vem a ser a imagem, Zulmar Fachin (1999, p. 50), diz que ela é “[...] algo que o acompanha na aventura da vida, sendo manifestação de sua própria personalidade, do seu ser, aquilo que ele apresenta na vida social, em todos os momentos onde quer que ele esteja”.

Se tomarmos essas ideias até agora apresentadas, fica claro que a imagem é um dos direitos da personalidade extremamente importante. Nas palavras de Carlos Alberto Pereira de Souza citadas por Denise Jacques Marcantonio (2009, p. 104), a imagem seria “toda exteriorização da personalidade humana”.

Ampliando o conceito e abordagem, Walter Moraes (apud MARCANTONIO, 2009, p. 104-105), afirma que:

Toda expressão formal e sensível da personalidade de um homem é imagem para o Direito. A ideia 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 fonografia e da radiodifusão, e os gestos, expressões dinâmicas da personalidade. A cinematografia e a televisão são formas de representação integral da figura humana. De uma e de outra pode dizer-se, como De Cupis, que avizinham extraordinariamente o espectador da inteira realidade, constituindo os mais graves modos de representação no que tange à tutela do direito. Não falta quem inclua no rol das modalidades figurativas interessantes para o direito os ‘retratos falados’ e os retratos literários, conquanto não sejam elas expressões sensíveis e sim intelectuais de personalidade. Por outro lado, imagem não é só o aspecto físico total do sujeito, nem particularmente o semblante, como teriam sustentado Scheneickert e Koeni. Também as partes destacadas do corpo, desde que por elas se possa reconhecer o indivíduo, são imagem na índole jurídica: certas pessoas ficam famosas por seus olhos, por seus gestos, mesmo pelos seus membros.

No decurso da legitimação desse direito, por muito tempo se interpretou que ele não existia por si só, não sendo merecedor de tutela jurídica, não sendo considerado um bem jurídico autônomo, mas que se vinculava ao direito de propriedade, intimidade, honra, etc. A perspectiva no ordenamento atual é que ele é um bem jurídico que deve ter tratamento.

Até chegar a concepção que se tem nos dias de hoje, a doutrina passou por um longo processo de debate, sendo algumas teorias levantadas. Inicialmente dizia-se que ela era protegida porque se tratava de uma propriedade do indivíduo,

haja vista que o homem é proprietário do seu corpo e assim teria direito de propriedade sobre a sua imagem. Nesse contexto, à imagem se relacionava ao teoria do direito de propriedade.

Também por um tempo esteve relacionada com o direito à intimidade, sendo que ao proteger a imagem se estaria protegendo a vida íntima do seu titular. Também foi adotada pela teoria do direito à honra, pois ao se proteger a honra deveria dá atenção à imagem que apresentava-se como uma das suas variações. Assim, a se ferir a imagem do indivíduo estaria também ferindo a honra.

Por intermédio da teoria do direito à intimidade, chegou-se ao entendimento que a imagem não serviria apenas para identificar o indivíduo, mas era também uma forma elementar de individualizá-la, até porque ela era usada como forma particular de identificar o seu titular. Se partirmos dessa concepção, caso alguém publicasse de forma indevida à imagem de outrem, aquele que teve sua imagem usada poderia requerer indenização, pois aí haveria a violação à sua identificação pessoal.

Hoje, como dito, entende-se tal direito como autônomo, existindo independente dos até aqui apresentados, sendo merecedor de tutela jurídica. Seguindo essa lógica Zulmar Fachin (1999, p. 67), afirma:

O direito à imagem tem sua autonomia consagrada na própria Constituição, e que este está assegurado independentemente de violação a outro direito da personalidade, em razão disso não é necessário que a pessoa, cuja imagem foi captada ou publicada, sofra algo em sua honra, por exemplo, pois o dever de indenizar impõe-se pelo simples fato de ter sido violado o direito à imagem.

Nesse mesmo viés analítico, Arnaldo Siqueira Lima (2003, p. 25) diz que “a partir da inclusão da imagem na Constituição Federal, não há mais dúvida de sua autonomia”, e ainda completa que trata-se “de um bem relevante para o direito, capaz de determinar por si, conduta que implique a disciplina de uma norma jurídica, e então há consistência na faculdade de agir em razão desse bem”.

Como foi dito, com a Constituição de 1988, o direito à imagem passou a fazer parte dos direitos e garantias fundamentais. O art. 5º determinou:

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além

da indenização por dano material, moral ou à imagem;

[...]

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

[...]

XXVIII - são assegurados, nos termos da lei:

a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas; (BRASIL, 1988).

Já o art. 20 do Código Civil tratando da imagem afirma:

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

Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes (BRASIL, 2002).

Por essa lógica da escrita do artigo, a pessoa só teria direito a proteção quando o dano já tivesse acontecido, o que leva a chocar-se com a Constituição que determina só ser possível a publicação da imagem mediante a prévia autorização, pois a reprodução da imagem é uma emanção da própria pessoa, sendo que só ela pode autorizá-la. Assim, para Luís Henrique Vieira (2016, online): “A imagem retrato decorre da expressão física do indivíduo, e o direito a tutela deste é uma prerrogativa atribuída ao indivíduo visando proteger a captura e divulgação de sua imagem, da reprodução da sua figura externa ou parte dela sem o seu consentimento”.

Carlos Roberto Gonçalves aprofundando as ideias de Antônio Chaves, salienta um ponto relevante sobre a temática em pauta. Assim, sobre o direito à própria imagem não se pode aceitar,

[...] a definição segundo a qual seria o direito de impedir que terceiros venham a conhecer a imagem de uma outra pessoa, pois não se pode impedir que outrem conheça a nossa imagem, e sim que a use contra a nossa vontade, nos casos não expressamente autorizados

em lei, agravando-se evidentemente a lesão ao direito quando tenha havido exploração dolosa, culposa, aproveitamento pecuniário, e, pior que tudo, desdouro para o titular da imagem (GONÇALVES, 2013, p. 203).

O direito à imagem tem uma característica peculiar se comparado aos demais, ele é um direito relativamente disponível, ou seja, o seu titular pode, mediante as diretrizes instituídas em lei, disponibilizar a sua imagem, mediante termos contratuais, para fins de publicidade. Discutiremos essa questão de maneira mais aprofundada no tópico subsequente.

4.1 O DIREITO À IMAGEM E SUA DISPONIBILIDADE

Como o direito à imagem encontra amparo nos direitos da personalidade, ele está revestido de todas as características inerentes a personalidade, qual seja, essencialidade, originalidade, exclusividade, indisponibilidade, intransmissibilidade e imprescritibilidade.

No entanto, como dito, a característica da indisponibilidade pode ser relativizada, pois o seu titular pode dispor parcialmente de sua imagem, permitindo assim, que ela possa ser usada por terceiros, podendo ser utilizada para publicidade, divulgação de entidades, produtos ou de serviços. Com relação a essa atitude Zulmar Fachin (1999, p. 72) esclarece:

A mesma é admitida pela doutrina e pela jurisprudência brasileira, sendo mesmo uma prática comum na atualidade, especialmente em relação às pessoas famosas. O uso consentido da própria imagem em favor de terceiro pode se dar de maneira gratuita ou mediante pagamento, o que não pode é disponibilizá-lo totalmente.

Carlos Alberto Bittar (2015, p. 154), ampliando o debate salienta:

Essa disponibilidade permite ao titular extrair proveito econômico do uso de sua imagem, ou de seus componentes, mediante contratos próprios, firmados com os interessados, em que autorizam a prévia

fixação do bem almejado (figura; efígie; silhueta; rosto; perfil; ou partes: como os olhos, as pernas, os seios, a cintura, as nádegas). O contrato adequado é a licença, ou de concessão de uso, em que se devem explicitar, necessariamente, todos os elementos integrantes do ajuste de vontades, a fim de evitar-se eventuais dúvidas: direito objetivado, fim, prazo, condições, formas de exposição, inclusive a remuneração: possibilidade de renovação e outras.

A autorização expressa do titular do direito é relevante para o uso da imagem deste, como salienta Bittar, devendo ser mediante o instrumento contratual, sendo que tal contrato deve ter tempo determinado ou temporário, pois não é possível por tempo indeterminado, haja vista esse direito fazer parte dos intransmissíveis de forma absoluta, necessitando de um contrato de licença ou concessão, com finalidade e prazos bem especificados.

Quando se celebra um contrato para à concessão do uso da imagem, o que se está permitindo é que se use a mesma, sendo permitida a exploração ou uso desta imagem, mas não à imagem propriamente dita, ou mesmo o direito a ela que pertence unicamente ao seu titular.

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 em que seja colhida, ou fixada a pessoa, para posterior divulgação, com ou sem finalidade econômica (BITTAR, 2015, p. 155).

Caso a imagem venha a ser utilizada sem prévia autorização pode-se recorrer a tutela jurisdicional, tendo como base o já citado texto constitucional e civil que protegem os direitos da personalidade.² Em outros ramos do direito à imagem também encontra respaldo legal, como no art. 17 do Estatuto da Criança e do

² Lembra-nos Carlos Alberto Bittar (2015, p. 157-158): “O direito à imagem estende-se a todas as pessoas, mesmo famosas e conhecidas – e em especial quanto a estas -, que devem ter respeitados seus dotes físicos integralmente, ou em um ou em alguns de seus aspectos mais marcantes [...]. Outrossim, o direito à imagem sofre, como todos os direitos privados, certas limitações decorrentes de exigências da coletividade – enunciadas, por exemplo, na lei italiana -, que compreende: a notoriedade da pessoa (em que se pressupõe o consentimento) desde que preservada a sua vida íntima; o exercício de cargo público (pela necessidade de exposição); os serviços de justiça e de polícia; a existência de fins científicos, didáticos ou culturais; a repercussão referente a fatos, acontecimentos ou cerimônias de interesse público (dentro do direito de informação, que, ademais, é limite natural e constitucional à preservação da imagem)”.

Adolescente (ECA): “O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, ideias e crenças, dos espaços e objetos pessoais” (BRASIL, 1990). E assim, complementando os dispositivos legais, doutrinando sobre a temática em questão Carlos Alberto Bittar (2015, p. 156), afirma: “Na divulgação da imagem, é vedada qualquer ação que importe em lesão à honra, à reputação, ao decoro (ou a chamada ‘imagem moral’, ou ‘conceitual’), à intimidade e a outros valores da pessoa (uso torpe) [...]”.

Em consonância com essa ideia encontra-se a decisão do Tribunal de Rondônia, sendo favorável ao dano moral para o indivíduo que teve a sua imagem exposta em um programa policial:

Apelação. Dano moral. Imagem. Divulgação indevida. Programa policial de televisão. Indenização. Liberdade de imprensa. O indivíduo que tem sua imagem divulgada em programa policial de televisão, relacionada com um assalto coberto pela equipe jornalística, sem ter relação com o fato criminoso noticiado tem sua honra subjetiva abalada e deve ser indenizado, portanto, é procedente o pedido de indenização por danos morais e a quantia indenizatória há de ser fixada de acordo com as condições econômicas das partes, levando-se em conta a extensão do dano. A liberdade de imprensa não impede a responsabilização civil. A imprensa extrapolou os limites do seu direito de liberdade de imprensa ao divulgar a imagem do cidadão atrelada a um assalto mesmo tendo sido advertida de que este não tinha relação com o crime que se referia à matéria jornalística.

(TJ-RO - APL: 00006686220128220001 RO 0000668-62.2012.822.0001, Relator: Desembargador Sansão Saldanha, 1ª Câmara Cível, Data de Publicação: Processo publicado no Diário Oficial em 17/12/2015.).

A 6ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho de Roraima, julgando o Recurso de Revista, por meio do relator ministro Aloysio Corrêa da Veiga deixa claro:

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. DANO MORAL. USO DE IMAGEM. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO EXPRESSA. PROVIMENTO. Merece provimento o apelo por aparente divergência jurisprudencial. Agravo de instrumento provido. RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. DANO MORAL. USO DE IMAGEM. AUSÊNCIA DE

AUTORIZAÇÃO EXPRESSA. A ausência de autorização da reclamante para a divulgação de sua imagem, por si só, caracteriza o uso indevido da imagem e viola o direito de personalidade do empregado, gerando direito a reparação civil, não sendo necessária a demonstração de prejuízo sofrido a ensejar a indenização. Recurso de revista conhecido e provido.

(TST - RR: 9036120145090004, Relator: Aloysio Corrêa da Veiga, Data de Julgamento: 16/03/2016, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 22/03/2016).

Nesse contexto, torna-se oportuno salientar que não encontramos no Código Penal nenhum dispositivo legal que venha a criminalizar o uso indevido de imagem, não protegendo, assim, à imagem, obviamente, como demonstrado no capítulo anterior, há alguns dos direitos da personalidade que estão previstos no Código Penal, quanto ao da imagem, há uma omissão.

4.2 O DIREITO À IMAGEM E A TUTELA PENAL

Como dito há pouco, os legisladores pátrio revestiram alguns dos direitos da personalidade sob o véu da tutela penal, sendo determinados atos lesivos a personalidade, como os apresentados no segundo capítulo, tipificados no Código Penal. No entanto, desde logo é oportuno deixar claro que não há nenhum artigo legal em tal ramo do direito, que incrimine a conduta violadora do direito à imagem, sendo esta uma lacuna legislativa.

Devido a ausência de tal normativa legal no âmbito penal, e devido aos princípios da legalidade e anterioridade da lei previsto no art. 1º do Código Penal: “Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal” (BRASIL, 1940); tornando-se impossível hoje, afirma que exista penalmente uma maneira de coibir a lesão a este direito.

O até agora discutido não abre margem para se deixar dúvidas sobre a importância dos direitos da personalidade e especificamente o Direito de imagem. Devido as constantes violações a tal direito, graças ao advento dos novos meios de comunicação, como por exemplo a internet, diuturnamente vemos a violação desse direito, sendo muito comum o uso de imagens de pessoas que foram vítimas de

acidentes automobilísticos, ou até mesmo suicídio ou assassinatos, sendo a imagem dos corpos pulverizada de forma viral pelos sites e blogs da internet, e, hoje, pelo aplicativo para celular WhatsApp.

Hoje a violação desse direito só encontra uma forma de amenizar os prejuízos causados ao titular, que é o instituto da responsabilidade civil, desde que a vítima ou seus representantes apresentem os elementos doutrinariamente tidos como necessários para configurar a responsabilidade civil, qual sejam, o dano causado, o nexo de causalidade e a culpa em sentido estrito (negligência, imprudência ou imperícia).

A trajetória, desde o início até o final, do ato ilícito, cuja consequência está na responsabilidade, envolve os seguintes passos: a) A ação ou omissão do agente, investindo contra alguém, ou deixando de atuar, ferindo o seu patrimônio. Opera-se por ato próprio dessa ação ou omissão, com a atuação direta do agente [...]; ou por ato de terceiros, como os danos causados pelos filhos [...]; ou pelo fato dos bens ou das coisas que se encontram na guarda de uma pessoa [...]. b) Que a conduta ou omissão de conduta do agente seja culposa, e que se expanda pela violação de um dever jurídico de observar ou de não transgredir uma regra [...]. c) O nexo causal, revelado na relação entre a violação da norma e o dano [...]. d) O dano ou resultado negativo que atinge a pessoa ou seu patrimônio, e que se encontra nas seguintes expressões do citado preceito: „violar direito“ ou „causar dano a outrem“, bastando uma das alternativas [...] (RIZZARDO, 2009, p. 36).

Assim, a ofensa aos direitos da personalidade gera dano moral, pois a ninguém é permitido utilizar atributos da personalidade de outra pessoa sem a sua autorização. Por outro lado, também são danos patrimoniais os que advêm do uso de algum dos atributos da personalidade humana com a finalidade comercial, obviamente quando não há uma autorização para tal ato.

Os ‘danos imateriais’ são, muitas vezes, equivocadamente, designados de ‘danos morais’. Atualmente a doutrina tem tratado de diferenciar as duas expressões as quais exprimem conceitos diferentes. Os danos imateriais constituem gênero, enquanto que o dano moral é espécie do referido gênero, gênero esse que comporta todas as lesões decorrentes de uma conduta qualificada juridicamente que afete interesses extrapatrimoniais da pessoa, além daquelas que atingem o seu ânimo, lesões morais propriamente ditas. Foi exatamente esse equivoco que fez com que os danos

extrapatrimoniais fossem limitados ao dano moral puro por tanto tempo (SOARES, 2007, p. 48-49).

Devido ao abuso constante do uso da imagem principalmente no espaço midiático, a tutela civil não está mais sendo suficiente, carecendo que o Estado crie um tipo penal para mitigar às consequências que a falta de proteção tem causado à dignidade da pessoa humana.

Como na esfera penal não há nenhum dispositivo que proteja o direito à imagem, a única resposta jurisdicional que se pode obter ao atentado da imagem, está restrita a indenização civil que, dependendo da exposição e o dano que tal uso tenha feito, a indenização pecuniária não conseguirá minimizar o mal cometido.

Imaginemos que caiu na internet às imagens fotográficas e filmicas de um ato sexual entre uma professora com o seu marido. Por mais que ela consiga obter a indenização e a retirada das imagens da rede mundial de computadores, mas a sua imagem profissional estará maculada, podendo trazer sérios riscos para ela como o desrespeito por parte dos alunos, desemprego piadas, brincadeiras públicas, etc. dessa feita, torna-se necessário um dispositivo que pelo menos contribua para, por meio da criminalização da conduta do agente, possibilite impor limites e até mesmo por meio do medo de uma pena, coíba a ação do agente.

Obviamente que baseando-se no caso há pouco referenciado, o juiz poderia julgar o agente que cometeu o ato baseando-se no art. 139 do Código Penal: “Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação: Pena – detenção, de três meses a um ano, e multa [...]” (BRASIL, 1940). No entanto, esse tipo penal protege a honra e a reputação da pessoa e não a imagem em si; além de que, para configuração do delito é necessário a existência de dolo particular, o *animus diffamandi*.

“A honra objetiva é o bem juridicamente protegido pelo tipo penal que prevê o delito de difamação, sendo nesse caso visualizada por meio da reputação da vítima no seu meio social” (GRECO, 2013, p. 372). Ainda na mesma sequência completa Greco, que o “objeto material é a pessoa contra a qual são dirigidos os fatos ofensivos à sua honra objetiva”.

Ainda tem que se levar em consideração um fator, ao falarmos da responsabilidade civil, e aquele que divulgou as imagens for economicamente e

patrimonialmente pobre, a vítima não terá, infelizmente, a sua indenização para, que é o que acontece hoje com muitos indivíduos que divulgam imagens, principalmente pela internet, mas não tem um poder econômico e patrimonial para arcar com as indenizações. É devido a isso que defendemos a criminalização da conduta do agente para assim protegermos nesse campo a dignidade da pessoa humana.

Por meio da criminalização se teria mais um elemento protetivo dos direitos da personalidade e da imagem, pois por meio do caráter preventivo da pena, de certa maneira, se estaria intimidando o agente a não cometer tais atos.

Diante da realidade atual e dos movimentos que condenam a intervenção do Estado e a criminalização das condutas, poderia se levantar a discussão que se a criação de um tipo penal que venha a proteger à imagem não entraria em choque com o princípio da Intervenção Mínima do Estado, que determina que o Direito Penal só deve ser evocado em *ultima ratio*, quando os demais ramos do direito não se apresentarem suficientes para solucionar os conflitos. Esse princípio, de certa forma, é uma maneira de limitar o poder estatal e a sua interferência constante na vida dos sujeitos. Esclarece César Roberto Bittencourt (2006, p. 03):

O direito penal, também conhecido como *ultima ratio*, orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico. Se outras formas de sanção ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização é inadequada e não recomendável.

O ponto chave dessa questão encontra-se que os outros ramos do direito estão mostrando-se insuficientes para coibir e proteger à imagem das pessoas, apesar dos Tribunais constantemente estarem julgando aqueles que violam esse direito, mas a experiência cotidiana nos últimos vinte anos, com a ampliação dos meios de comunicação, as mídias e a internet, é que vem aumentando o desrespeito com à imagem das pessoas e principalmente com as de cadáveres, sendo comum imagens de pessoas mortas no seu leito de morte.

APELAÇÃO CÍVEL. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. MATÉRIA JORNALÍSTICA COM EXIBIÇÃO DA IMAGEM DO CADÁVER DO

MARIDO E PAI DOS AUTORES, VÍTIMA FATAL DE ACIDENTE DE TRÂNSITO. IMAGEM NÍTIDA DO ROSTO DA VÍTIMA ENSANGUENTADO. SENSACIONALISMO E ACUSO DE DIREITO DE INFORMAÇÃO. DANO MORAL CONFIGURADO. 1. Perseguem indenização por dano moral em razão de matéria jornalística, disponibilizada na internet, noticiando acidente de trânsito, exibindo de forma clara e nítida o cadáver da vítima fatal, marido e pai dos autores. Sentença de improcedência. 2. Matéria sensacionalista, mostrando, sem desfoque, o rosto ensanguentado do falecido, aumentando ainda mais a dor e angustia de seus familiares, já devastados pelo fato em si. Dano moral caracterizado. Inversão da sucumbência. 3. Recurso provido.

(TJ-RJ - APL: 00008921320118190035 RIO DE JANEIRO NATIVIDADE VARA UNICA, Relator: MONICA MARIA COSTA DI PIERO, Data de Julgamento: 30/06/2015, OITAVA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 03/07/2015).

Outra decisão, agora do Tribunal de Justiça de São Paulo, deixa claro:

RESPONSABILIDADE CIVIL Emissora de televisão Matéria jornalística referente a morte de advogado Divulgação de imagens do cadáver em estado de decomposição Ação de indenização por danos morais proposta pela filha do falecido Denúnciação da lide da empresa produtora do programa Sentença de procedência da ação e da lide secundária Apelações da ré e da denunciada Imagens desprovidas de interesse público e jornalístico Afronta à privacidade e ao direito à imagem Danos morais caracterizados Indenização exigível, mas arbitrada em valor elevado Recursos providos em parte (TJ-SP - APL: 00153071520108260011 SP 0015307-15.2010.8.26.0011, Relator: Carlos Henrique Miguel Trevisan, Data de Julgamento: 08/05/2014, 4ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 15/05/2014).

Assim, a tipificação dessa conduta em nenhum momento, no contexto de exposição da imagem apresentado, violaria o princípio da Intervenção Mínima do Estado, muito pelo contrário, pois est[á] em consonância com a *ultima ratio*, reforçando à imagem como um bem jurídico, protegendo-a de maneira a que ela não seja exposta a ataques, perigos ou lesões efetivas. Tal criação legislativa asseguraria a proteção de um direito de personalidade autônomo, sendo tutelado um dos braços da dignidade da pessoa humana.

Já que o Estado existe para servir como árbitro que conduz a vida em sociedade e busca criar caminhos para a efetivação do bem comum, assim, é função

nata deste garantir da liberdade e a dignidade do homem, usando todos os mecanismos possíveis para impedir qualquer ação de outro indivíduo que venha expor à lesão a dignidade de outrem. Como na atualidade prolifera-se a violação dos direitos da personalidade e à imagem, faz-se necessária uma ação mais incisiva do Estado para impedir tais atos.

Diante da lacuna legislativa, Zulmar Fachin (1999, p. 134), apresenta-nos uma proposta de redação para a tipificação da conduta de quem desrespeita à proteção à imagem, devendo esta, após passar por todas as etapas legais do processo legislativo, ser inserida no Código Penal.

Art. Fotografar, filmar, divulgar, utilizar ou captar por qualquer outro modo a imagem de alguém, sem seu consentimento:
Pena – Reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.
Parágrafo único. Se o indevido da imagem não tiver finalidade lucrativa, a pena poderá ser diminuída de 1/6 a 1/3.

Essa proposta que dentro do Direito Penal seria tida como de menor potencial ofensivo, viria a sanar a ausência da tutela penal na proteção à imagem, não ferindo a legalidade e a proporcionalidade. Continuará respeitando a *ultima ratio*, haja vista, que como demonstrado, as tutelas apresentadas até o presente momento no direito brasileiro para proteger à imagem, mostram-se insuficientes, e, conforme a proposta apresentada, a pena de um a quatro anos abriria a possibilidade do juiz, substituir a pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos.

Sem fala que dentro das penas restritivas de direitos podemos encontrar a modalidade da prestação pecuniária, pela qual o réu é condenado a pagar a vítima uma quantia de 1 a 360 salários mínimos, podendo ser descontados de eventuais indenizações civis.

Pode-se questionar a eficácia e efetividade de tal tipo penal se há a possibilidade de transação penal substituindo a pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos. A proposta apresentada comunga com a concepção de direito penal mínimo, cuidando da dignidade da pessoa humana. Dessa feita, a ação cabível seria pública, mas condicionada à representação do ofendido, evitando a intervenção máxima do Estado nas relações, deixando para o ofendido a condição de manifestar a sua vontade de iniciar a ação pena. Dessa feita, ainda se continua

respeitando a intervenção mínima do Estado.

Seguindo esse direcionamento, poderíamos não resolver definitivamente a questão do uso indevido da imagem, mas estaríamos criando um novo mecanismo que possibilitaria, pelo menos, uma maneira mais coercitiva para evita-lo, protegendo a dignidade da pessoa que tem o seu direito violado.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A dignidade da pessoa humana encontra-se no cerne do ordenamento jurídico pátrio, sendo que toda a legislação deve convergir para ela e viabilizar mecanismos e caminhos para a sua promoção e efetivação no seio da sociedade. Nessa órbita, todos os direitos da personalidade convergem para a dignidade da pessoa humana.

Dentro dos direitos da personalidade, como visto, encontramos o direito à imagem, entendido como atributo essencial do sujeito, vinculada a sua essência e personalidade, contribuindo para a sua diferenciação social e a própria lapidação da sua identidade.

A imagem enquanto direito da personalidade encontra-se tutelada tanto na Constituição Federal como no Código Civil brasileiro. Assim, como premissa básica impulsionadora da pesquisa, partimos da concepção de que os mecanismos que dispomos na atualidade para proteger à imagem apresentam-se insuficientes, prova disso é que, com o advento e a proliferação dos meios de comunicação e midiáticos de troca de informações, diuturnamente nos deparamos com a divulgação da imagem de outrem sem a devida autorização, e quando se recorre a tutela civil para processar aquele que violou esse direito, só se pode aplicar o instituto da responsabilidade civil com uma proibição de manter aquela conduta ainda operante.

No entanto, na questão apresentada, o dano à imagem pública, a saúde psíquica (dependendo da lesão cometida) e a moral do titular do direito já foi violada, sendo que se a pessoa que cometeu a atitude lesiva violadora não tiver um certo poder aquisitivo ou patrimonial, a reparação do dano de forma pecuniária se mostrará infrutífera.

Ainda partindo da ideia do aumento substancial da violação desse direito, voltamos a nossa abordagem para o Direito Penal brasileiro, buscando entender o alcance das normas penais no âmbito de proteção do direito à imagem.

Como visto no segundo capítulo, boa parte dos direitos da personalidade encontram amparo e tipificação no Código Penal, como por exemplo, o direito à vida, a integridade física, o direito ao corpo e as partes separadas deste, o direito ao cadáver, à intimidade, a liberdade, a honra, etc. nesse diapasão analítico, percebeu-se que não há na legislação penal nenhum dispositivo legal que tutele à

imagem em si, pois o direito à honra protege a reputação do indivíduo e não a imagem como objeto material e bem juridicamente protegido, sendo que para se enquadrar na violação do direito à honra se exige o dolo por parte do agente que comete a conduta, já os direitos da personalidade, no âmbito da esfera civil e constitucional, independe de dolo ou não, já cabe reparação a partir do momento da sua violação.

Essa lacuna normativa inviabiliza punições mais severas para quem viola o direito à imagem, haja vista, em regra, não ser possível a analogia no ramo do Direito Penal. Com a proliferação dessas condutas de divulgação de imagem tornando-se cada vez mais comuns, mesmo alguns setores da sociedade reprovando esses atos; e em consonância com a insuficiência da tutela cível; como o direito penal deve ser invocado como *ultima ratio*, a criação de um tipo penal poderia contribuir para coercitivamente evitar que tais práticas fossem efetivadas, e garantiria pelo menos uma punição mais rígida para os sujeitos violadores, mesmo sabendo que tal tipo penal se enquadraria na categoria dos de menor potencial ofensivo.

Não defendemos uma intervenção do Estado em todos os setores da vida por meio da criminalização de certas condutas, mas, devido a falta de respeito e o rompimento do bom senso de que se deve respeitar o outro, principalmente no que tange à imagem de cadáveres, que são espetacularizados pelos blogs e redes sociais, torna-se necessário uma forma de controle social mais efetiva por parte do Estado.

Nesse diapasão, a criação do tipo penal que abrangesse o direito à imagem viabilizaria penas proporcionais a conduta do agente, salientando que a persecução penal só teria início a partir da representação do ofendido, assim, não se estaria violando o princípio da Intervenção Mínima do Estado.

O legislador pátrio necessita com urgência olhar para a matéria em pauta, legislando sobre a temática e garantindo mecanismos mais efetivos para a proteção dos direitos da personalidade e a dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

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

BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BITTENCOURT, César Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 31 out. 2016.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891**. Promulgada em 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm. Acesso em: 02 nov. 2016.

_____. **Código Civil**. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 02 nov. 2016.

_____. **Código Penal**. Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 06 nov. 2016.

_____. **Código de Processo Penal**. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm. Acesso em: 07 nov. 2016.

_____. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm. Acesso em: 06 nov. 2016.

BRUNO, Aníbal. **Crimes contra a pessoa**. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CASTRO, Flávia Lages. **História do Direito geral e Brasil**. 8. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de Direito Romano: o Direito Romano e o Direito Civil brasileiro no Novo Código Civil.** 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade.** Campinas: Romana, 2004.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado.** 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

DINIZ, Maria Helena. **O Estado atual do Biodireito.** 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

FACHIN, Zulmar. **A proteção jurídica da imagem.** São Paulo: Celso Bastos, 1999.

FERRARI, Geala Geslaine; FARACO, NETO, Pedro. **A imagem como direito da personalidade e sua tutela jurisdicional.** Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/revista/index.php/ETIC/article/view/3934/3697>. Acesso em: 02 nov. 2016.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: parte geral.** 11. ed. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2013.

GRECO, Rogério. **Código Penal: comentado.** 7. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013.

HUNGRIA, Nélon. **Comentários ao Código Penal.** 3. ed. vol. V. Rio de Janeiro: Forense, 1955.

JUS BRASIL. **Jurisprudência.** Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/>. Acesso em: 06 nov. 2016.

LIMA, Arnaldo Siqueira. **O direito à imagem: proteção jurídica e limites de violação.** Brasília: Universa, 2003.

MARCANTONIO, Denise Jacques. **Direitos fundamentais e direitos da personalidade: o direito à imagem.** 147 f. (Dissertação de Mestrado). Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2009.

MINAYO, Maria Cecília de Sousa. **O desafio do conhecimento: pesquisa qualitativa em saúde.** 12. ed. São Paulo: Hucitec-Abrasco, 2010.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>. Acesso em: 31 out. 2016.

PRADO, Luiz Regis. **Comentários ao Código Penal.** 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil: Lei nº 10.406, de 10.01.2002.** Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 8. ed. Porto Alegre:

Livraria do Advogado, 2007.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

SOARES, Flaviana Rampazzo. **Dano existencial**: uma leitura da responsabilidade civil por danos extrapatrimoniais sob a ótica da proteção humana. 223 f. Dissertação. (Mestrado) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2007.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VIEIRA, Luiz Henrique. **Artigo sobre o direito à honra e imagem, o direito a honra objetiva e subjetiva e o direito à imagem retrato e imagem atributo**. Disponível em: <http://www.luizhenriqueprofessor.blogspot.com.br/>. Acesso em: 03 nov. 2016.