

DIREITOS DA PERSONALIDADE E LESÃO EM FACE DA AUTOEXPOSIÇÃO NEGOCIADA¹

“RIGHTS OF PERSONALITY AND INJURY IN FACE OF NEGOTIATED AUTO EXPOSURE”

Paulo Henrique Silveira Robert²

RESUMO

O estudo num primeiro momento mostra o contrato como instrumento para realização de direitos. Para tanto, o trajeto dos direitos do indivíduo aos direitos deste como ser humano se mostra por intermédio de uma breve digressão histórica, a fim de demonstrar a evolução do direito da personalidade desde uma pretensa igualdade formal até uma busca da igualdade substancial para um melhor convívio em sociedade. Direitos da personalidade outrora patrimoniais são vistos com fins existenciais. A personalidade é vista como fonte de um direito geral e originário da personalidade com vários desdobramentos, enquanto que a noção personalista do direito é a que trata do indivíduo como uma pessoa no sentido material. Chega-se ao enfoque da renúncia e suas possíveis consequências, mostrando na renúncia um núcleo essencial fundamental intangível. Por fim, trata-se das lesões geradas pela renúncia aos direitos personalíssimos. Apontando alguns casos cujas consequências estão para além do que se espera em sociedade, e levanta um questionamento importante sobre a necessidade de buscar soluções que tenham a pessoa como centro do nosso ordenamento, predominando os interesses existenciais sobre os patrimoniais.

Palavras-chave: contrato; direitos personalíssimos; renúncia; auto exposição; lesão.

ABSTRACT

The study initially shows the contract as an instrument for the realization of rights. Therefore, the path of the rights of the individual to her rights of the human being as shown by a brief historical digression in order to demonstrate the evolution of the right of personality from a pretense formal equality to a search of substantive equality for better living in society. Provision and property rights of personality are seen once existential purpose. Personality is seen as a source of a general right of personality and originating with various developments, while personalist concept of the right is dealing with the individual as a person in the material sense. Come to the focus of the renunciation and its possible consequences, showing on an essential core fundamental renunciation intangible. Finally, we treat the lesions generated by the renunciation of personal rights. Pointing some cases the consequences are beyond what is expected in society, and raises an important question about the need to seek solutions that take the person as the center of our planning, predominantly existential interests on assets.

Keywords: contract; personal rights; resignation; auto exposure; lesion.

¹ Tema da Monografia apresentada para obtenção do título de especialização. EMAP - Escola Da Magistratura Do Paraná - XXX Curso De Preparação À Magistratura. 2012. Núcleo De Curitiba.

² Egresso do curso de Direito das Faculdades Unidas do Brasil – UNIBRASIL, colaborador do Núcleo de Pesquisa em Direito Civil e Constituição do Programa de Mestrado em Direito das Faculdades Integradas do Brasil, com área de concentração em Direitos Fundamentais e Democracia.

INTRODUÇÃO

No intuito de desvelar a trajetória do homem tido como sujeito de direito ao homem qualificado e reconhecido como pessoa sujeito de direitos, imprescindível se faz a utilização de um instrumento, que seja capaz de aferir, não só a realização, como também a forma pela qual ocorrem esses direitos fundamentais. Esse instrumento se perfaz no contrato e seu contexto histórico em face das relações travadas por intermédio dele.

O contrato mostra-se dentro do contexto das relações sociais e jurídicas, como instrumento de suma importância devido à grande possibilidade que teve ao longo do tempo por permitir uma maior circulação de riquezas.

Contrato como instrumento por excelência, que no direito romano exigia um vínculo formal “solo consensu” (acordo de vontades); que no período Justiniano, tornou-se atípico com uma ideia de autonomia; que do direito canônico trouxe a ideia do “Pacta Sunt Servanda” hoje mitigado.

Contrato que partindo da ideia de consenso de Hobbes, Locke e Rousseau, servindo como instrumento da sociedade liberal burguesa, modificado ao longo da história pelo Estado intervencionista, e que agora, frente ao Estado de bem-estar social, serve como um instrumento de aplicabilidade de direitos fundamentais.

Essa aplicabilidade ocorre não só nas relações entre Estado e particulares, como também entre particulares, quando procuram concretizar a satisfação de necessidades existenciais, no momento em que se busca uma igualdade substancial. Uma igualdade, que visa à diminuição das desigualdades sociais ao mesmo tempo em que procura a justiça social mais próxima da justiça distributiva, e, que esteja de acordo com o princípio “*inciviliter agere*”, ou seja, ao proibir comportamentos que violem o princípio da dignidade humana, nas relações contratuais, e conforme os ditames do Estado Democrático de Direito.

Enfim, o contrato se mostra não só como instrumento de realização como também de aferição de direitos fundamentais, principalmente, dentro de uma ordem jurídica desse Estado democrático de direito, que coloca a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental, ligado à ideia de construir uma sociedade livre, justa e solidária, onde os direitos fundamentais visam a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça.

1 DOS DIREITOS DO HOMEM AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Portanto, nada melhor do que o contrato como instrumento para aferir os direitos do homem, direitos da personalidade e direitos fundamentais nas relações jurídico privadas, tratando do sujeito de direito ao direito do sujeito como pessoa humana.

Pensar em **direitos do homem**, na história da humanidade, significa perceber que esses direitos não estavam correlacionados a todos os homens, refletindo situações de grande descompasso com a igualdade substancial. Historicamente, surgem dois ramos do direito da personalidade: o primeiro sob o ponto de vista do direito público como direitos inerentes ao homem, para salvaguardá-lo das ingerências estatais, e o segundo, sob o ponto de vista do direito privado, para proteger o homem dele mesmo.

Para Milton FERNANDES³ os direitos do homem estão situados dentro do âmbito das relações verticais entre Estado e indivíduos, ou seja, são destinados ao espaço das relações públicas onde ocorre a tutela no âmbito estatal, enquanto que direitos da personalidade estão situados dentro das relações de eficácia horizontal, ou seja, são tratados dentro do âmbito da relação entre particulares, regendo as relações interprivadas.

Pensar em **direitos da personalidade**, importa saber que existe uma tendência atual a afirmar que esses direitos são em si cada vez mais direitos fundamentais e vice-versa pela sua característica intrínseca e inerente ao indivíduo como ser humano e, pelas relações jurídicas estarem atreladas ao bem jurídico maior - a vida - desse ser humano como indivíduo e sujeito de direitos.⁴

Relacionar os direitos do homem aos direitos da personalidade faz emergir do contexto histórico as transformações sociais que ocorreram da passagem do indivíduo a pessoa humana. Período em que o indivíduo adquire direitos sobre si, em que passa de sujeito de direito ao sujeito de direito a ter direitos, que passa da situação de direitos que propalam uma igualdade formal, a possibilidade, sendo concretizada, na busca de direitos que almejam a igualdade material.

³ FERNANDES, Milton. Direitos da personalidade e estado de direito. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 50, p. 161, jan. 1980.

⁴ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Campinas: Bookseller, 2000. t. 7, p. 31.

São essas transformações sociais as responsáveis pelas novas formas de pensar o direito, alterando o pensamento da autonomia privada patrimonialista para uma autonomia pautada num conteúdo existencialista. A dignidade da pessoa humana se mostra como sendo fonte de novos interesses existenciais.

Atualmente, o entendimento sobre direitos fundamentais, sua aplicabilidade – validade e eficácia –, extrapola a esfera verticalizada entre Estado e indivíduos que o compõe, de maneira que, podemos verificar a possibilidade de exigir de outro indivíduo e não apenas do Estado o cumprimento desses direitos, denominado pela doutrina contemporânea de eficácia horizontal.⁵

O contrato, juridicamente, passa a ser lido à luz da Constituição com atribuição de realização de direitos fundamentais.⁶ Como também passa a ser o “ponto de encontro de direitos fundamentais”.⁷

Direitos fundamentais, aplicados nas relações interprivadas, são lidos conforme a tábua axiológica constitucional, de tal sorte que todos os direitos da personalidade seguem um viés constitucional e por ele são aferidos. A não observação dos preceitos dispostos na nossa Carta Magna sugere a possibilidade da ocorrência de lesões aos direitos da personalidade.

Ao trabalharmos com lesões aos direitos da personalidade importa saber que o Brasil adota a corrente Monista dos direitos da personalidade, ou seja, existe um direito geral da personalidade com vários desdobramentos. A priori, os direitos da personalidade são direitos “erga omnes”, oponíveis contra todos, o que não significa que sejam ilimitados.

O entendimento dessa possível limitação se traduz na máxima “Dê ao homem alguma parcela de poder e é o que basta para que surja algum tipo de abuso”, e, faz perceber que a noção de direitos da personalidade só pode ser entendida, da mesma forma que os direitos do homem, se à luz de uma noção de pessoa com conteúdo

⁵ De acordo com: SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2003. p. 356. No Estado clássico e liberal de direito, os direitos fundamentais só faziam sentido nas relações entre indivíduo e Estado, pois “...os direitos fundamentais, na condição de direitos de defesa, tinham por escopo proteger o indivíduo de ingerências por parte dos poderes públicos na sua esfera pessoal e no qual, em virtude de uma preconizada separação e entre Estado e sociedade, entre o público e o privado...”

⁶ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **O “mínimo existencial” no contrato: desenhando a autonomia contratual em face dos direitos fundamentais sociais**. p. 7. Fonte. Disponível em: <compedi.org/manaus/arquivos/anais/salvador/rosalice_fidalgo_pinheiro.pdf> acesso em: 05 nov. 2008.

⁷ Idem.

substancial, longe do sentido esvaziado da visão histórica, positivista e reducionista, noção que a transformava em um centro de imputação de direitos e deveres.

De acordo com OLIVEIRA, José Lamartine Correa e MUNIZ, Francisco José Ferreira⁸: “...o ser humano não é visto como átomo isolado em face do Estado, nem em visão competitiva de ser contra o outro; mas **como ser com o outro.**”.⁹

2 O ELEMENTO VOLITIVO NA AUTONOMIA PRIVADA LIGADA AOS CONTRATOS E A POSSIBILIDADE DA RENÚNCIA

Aqui começa o mote de nosso estudo estampada pela utilização e regulação das relações pelo contrato

Historicamente, caminha-se do Estado Liberal, passa-se ao Estado Social até o Estado Democrático de Direito, estruturando-se a relação indivíduo e direitos fundamentais e as transformações oriundas do Direito à liberdade a liberdade a ter direitos. Parte-se de um Estado ausente de preocupação para um Estado prestacional e, desse a um Estado preocupado com o social. Parte-se do indivíduo à pessoa, do contrato volitivo para adentrar em uma nova teoria contratual pautada em um contrato com conteúdo em que somente a vontade não basta. Parte-se de um desserviço do Estado em face do indivíduo a um Estado de serviço em prol da pessoa humana.

Assim, a vontade, ou melhor, a autonomia da vontade encontra-se no centro das atenções desde os mais longínquos tempos, mas tem sua valoração diferenciada nos diversos contextos em que se encontra. E, mais ainda, a autonomia negocial, que faz movimentar as relações socioeconômicas entre os indivíduos tem consequências no âmbito do direito da personalidade que permitem e possibilitam discussões infundáveis e ricas sobre o tema.

A autonomia da vontade poderia ser pensada como a superioridade do direito subjetivo sobre o direito objetivo, mas inverte seu sentido devido a sua má utilização na busca de uma igualdade que não passava de formal e que não mais pode ser admitida nos contratos modernos.¹⁰

A Autonomia da vontade (autonomia privada) que em síntese apertada significa a liberdade do indivíduo de praticar atos de acordo com um interesse que lhe

⁸ OLIVEIRA, José Lamartine Correa; MUNIZ, Francisco José Ferreira. O estado de direito e os direitos da personalidade. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 532, p. 11-23. 2002. p. 16.

⁹ Idem.

¹⁰ FERNANDES NETO, Guilherme. **O abuso do direito no código de defesa do consumidor**. Cláusulas, práticas e publicidades abusivas. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.p.52.

traga a satisfação desejada, ou também, como sendo a capacidade que tem o sujeito de direito de determinar-se conforme seu livre arbítrio. Essa autonomia da vontade, delineada por alguns autores como sendo autonomia privada é de certa forma um termo muito abrangente, cabendo nesse sentido falar-se de autonomia em sentido existencial e em sentido patrimonial para melhor compreensão do tema.

O sentido **patrimonial** é a que sempre se perquiriu por toda existência humana, pois o “ter” sempre teve grande significado nas relações de poder e sobrevivência. Envolve aspectos econômicos que refletem as relações contratuais interprivadas propriamente ditas¹¹

Todavia o sentido **existencial** veio à tona nas últimas décadas com a valorização do indivíduo como pessoa, como ser que é, e que não basta apenas viver e, sim, viver com dignidade. É a sobreposição do “ser” sobre o “ter” na sua mais fina essência. Enfim, consiste em escolhas de ordem pessoal, de esfera íntima ligada ao indivíduo em si e questões existenciais do mesmo.¹²

Existem autores que tratam da autonomia privada, mas num sentido mais restrito, como no caso de Ana PRATA¹³, designando a autonomia privada como autonomia negocial¹⁴, quando vai tratar de liberdade. Para Pietro PERLINGIERI¹⁵, autonomia privada alcança tanto as relações patrimoniais como as ‘não-patrimoniais’. Patrimoniais vinculadas a bens que possuem valores pecuniários passíveis de serem transmitidos e, não patrimoniais que também podem ser denominadas de natureza pessoal e existencial.

Dessa liberdade decorrem normas estabelecedoras de parâmetros da autonomia negocial.¹⁶ Essa autonomia negocial, no espírito de Estado Liberal de Direito era quase absoluta conforme visto anteriormente. Veio a ser limitada após o intervencionismo estatal e, atualmente está limitada pelo princípio da função social inserido no bojo dos contratos pela CF/88.

¹¹ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. Trad. Maria Cristina de Cico. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 17-19.

¹² Idem.

¹³ PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Coimbra: Almedina, 1982. p. 13-17.

¹⁴ Idem.

¹⁵ PERLINGIERI, Pietro. Op. cit., p. 17-19.

¹⁶ ZANIN JUNIOR, Hernani. **Autonomia privada e liberdade de contratar**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-jan-28/nao-real-distincao-entre-autonomia-vontade-liberdade-contratar>>. Acesso em: 03 out. 2012.

Portanto, importa por demais a manifestação do ato volitivo e como este ocorre, principalmente, no que tange a assuntos que tratam de direitos personalíssimos e sua íntima relação, objeto do presente estudo. Pretende-se instigar o enfrentamento do tema, em um de seus particulares, como a possível autolesão à exposição da imagem, dentro de nosso ordenamento, sem a pretensão de exaurir seu conteúdo por completo.

No entanto, para estabelecer, desde já, uma crítica e um possível direcionamento apontando um norte a ser seguido, em face do poder conferido pela autonomia negocial, temos que esse poder, outrora absoluto no Estado Liberal se mostra hoje compartilhado por toda sociedade, todavia utilizado apenas por grandes grupos econômicos. O monopólio do monarca foi substituído pelo monopólio desses grupos, cabendo ao Judiciário decidir pela aplicação de limites às relações interprivadas para coibir abusos.¹⁷

O indivíduo nesse contexto fica à mercê da força de grupos, e, em situação de desigualdade, devido ao desequilíbrio econômico-sócio-cultural em que se encontra, de forma que o mesmo renuncia a direitos em prol de um bem da vida que momentaneamente julga necessário.

Portanto, faz-se necessário estabelecer no que consiste a renúncia a direitos postos como fundamentais, quando e como pode ocorrer, bem como seus limites.

Pedro Augustin ADAMY¹⁸ dispõe que a **renúncia a direito fundamental** “é a situação definida em lei, em que o titular de direito fundamental, expressamente, renúncia a determinadas posições ou pretensões jurídicas garantidas pelo direito fundamental, ou consente que o Poder Público restrinja ou interfira mais intensamente, por um determinado espaço de tempo e a qualquer momento revogável, tendo em vista um benefício proporcional e legítimo direto ou indireto, pessoal ou coletivo.”¹⁹

Essa renúncia nas relações entre particulares pode ser possível em certos limites, cabendo duas maneiras de visualização desse fenômeno. Uma como forma de exercer um direito ligado à liberdade e livre desenvolvimento da personalidade e outra como forma de restrição/limitação desse direito permitindo ao Estado a interferência no direito ou bem jurídico renunciado. Mais ainda, quando é possível perceber que a renúncia passa a se referir a direitos de uns em relação a outros.

¹⁷ SCHOEMBAKLA, Carlos Eduardo Dipp. **A autonomia privada em face da eficácia dos direitos Fundamentais no contrato.** <Disponível em: www.unibrasil.com.br/sitemestrado/_pdf/dipp.pdf>. Acesso em: 26. Out. 2012.

¹⁸ ADAMY, Pedro Augustin. ADAMY, Pedro Augustin. **Renúncia a direito fundamental.** São Paulo: Malheiros, 2012. p. 58.

¹⁹ Idem.

Lógico que a finalidade do presente estudo está em buscar compor as zonas de inter-relações, que geram conflitos, entre os diversos direitos fundamentais em confronto, e, no presente caso importa no espaço de liberdade individual e suas consequências em função dos anseios que movem a vida em comunidade.

Cabe ao jurista visualizar no caso concreto quais são os direitos fundamentais ou bens juridicamente tutelados em conflito, para possibilitar o “sopesamento” de valores, sem que com isto venha-se a mitigar na sua totalidade um direito fundamental em detrimento de outro.

Importa salientar que a renúncia ao restringir/limitar direitos não pode ser ampla, geral e irrestrita, sob pena, de ferir outro princípio fundamental como a liberdade. O que existe é sempre um limite intangível da dignidade da pessoa humana, de forma a proteger o indivíduo, até de seus próprios atos.

Em vista disso, a renúncia não deve e não pode atingir o núcleo essencial do direito fundamental, de maneira que venha a transformá-lo, imprescindivelmente, de cunho existencial em mero objeto de cunho patrimonial.

Além disso, a renúncia deve ser livre voluntária e consciente, sem qualquer tipo de coação, induzimento, como aquelas que poderiam acontecer quando presentes situações de desigualdades fáticas ou de poder social. Deve a renúncia ser por tempo determinado e revogável a qualquer tempo.²⁰

Como também, imprescindível constar que a renúncia pelo indivíduo só é possível com relação ao exercício do direito. De forma alguma é possível dispor da sua titularidade por se tratar de direito de cunho personalíssimo.

Assim, o instrumento do contrato nas relações interprivadas com relação à renúncia, permite aferir em que condições são tratados os acordos privados, definindo os seus contornos. Esses contornos, ora estabelecem restrições, ora estabelecem possibilidades. Quando ocorrem restrições, geralmente, temos o princípio da dignidade da pessoa humana preponderando. Quando a renúncia é possível e permitida temos a autonomia preponderando sobre outros princípios.

Além do mais, a análise da renúncia de direitos que nos é permitida por intermédio do contrato, a princípio, parece ser de pouca importância, uma vez que, como no caso da renúncia ao exercício de direitos da personalidade dentro dos “*realities*

²⁰ NOVAIS. Jorge Reis. Renúncia a direitos fundamentais. In: MIRANDA, Jorge (Org.). **Perspectivas constitucionais nos vinte anos da constituição de 1976**. Coimbra: Coimbra, v. I, 1996. p. 270-273.

shows”, da forma como se apresenta por qualquer dos participantes, demonstra uma aceitação até prazerosa da veiculação pública da sua vida privada. Todavia, essas relações precisam ser visadas e revisadas quando direitos são mitigados com intuitos meramente patrimoniais.

3 DA PERDA DE VALORES NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

A sociedade contemporânea tem presenciado uma perda de valores com o surgimento de comportamentos aportados nas redes mundiais de internet, por intermédio das veiculações cada vez mais ousadas, como o caso dos dois adolescentes brasileiros, em meados de 2005, que registraram em tempo real, na internet, cenas íntimas de um deles com sua namorada, sem o conhecimento e consentimento da mesma.

Consternada com o fato e com os danos irreparáveis a sua personalidade, a adolescente não conseguiu fazer com que o vídeo não mais circulasse pela internet.

O Ministério Público no uso de suas atribuições, por mais que tentasse, reconheceu a impossibilidade de retirar o filme, pois o mesmo já havia proliferado por toda a rede em escala mundial. “Esse vídeo, infelizmente, já se encontra fora de controle, ele pode estar no Camboja, na Ásia, Rússia, América do Norte. Quando alguma coisa é reproduzida na rede mundial de computadores, você perde o controle”, diz o Promotor de Justiça Romero Lyra.²¹

Essa perda de valores não se mostra mais de forma insignificante, uma vez que a indiscrição de um ato por um adolescente, nesses moldes, ultrapassa a simples e mera conduta inofensiva. Toma vulto, frente à amplitude gerada pela profusão crescente dos meios de comunicação e sua capacidade de produzir efeitos cada vez mais lesivos, e, isso ocorre, numa escala crescente e exponencial.

O resultado no cotidiano das pessoas dessa lesividade crescente importa numa nova reconstrução do entendimento do direito em si, uma vez que o crescente desenvolvimento tecnológico leva a novas formas de lesão a interesses existenciais e, que esses, são gerados por mais das vezes, por situações outras também tuteladas pelo nosso ordenamento jurídico.

²¹ Noticiado na folha online na data de 02 de julho de 2005. Disponível em: <<http://forum.darkside.com.br/vb/showthread.php?t=1669>> Acesso em: 23 jul. 2012.

Da necessidade da aplicação de um método capaz de discernir a graduação que deve ser dada à aferição da lesão ao direito da personalidade surge como possibilidade a ponderação.

Nesse sentido, em se tratando de lesões à personalidade, Ingo Wolfgang SARLET²² indica a necessidade da ponderação de valores principiológicos, no caso concreto, quando os mesmos se encontram em conflito. Como no caso de lesões causadas à imagem, à honra e a intimidade pessoal, interferindo nos direitos da personalidade, os quais, imprescindivelmente, devem ser apurados buscando a exata dimensão dos interesses em colisão.

Nessa ponderação, Anderson SCHREIBER²³ destaca que: “...o jurista deve empregar o método ponderativo em sua mais genuína essência. No balanceamento de interesses contrapostos, há de identificar as circunstâncias relevantes a cada conflito...”²⁴

Para tal, não basta verificar apenas o que definem as normas *versus* os interesses conflitantes, mas, sim, buscar o conteúdo valorativo, em sua essência, dos direitos da personalidade. Principalmente, por se tratar, no mais das vezes, da disputa de direitos que embora antagônicos possuam um ponto em comum – **a dignidade da pessoa humana** – a ser tratado não apenas na subsunção do fato a norma, mas na valoração das cláusulas abertas e dos conceitos indeterminados dos interesses conflitantes.

4 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A dignidade não tem valoração, pois se sobrepõe a mensuração, de forma que não há como substituir a sua perda em face de sua característica intrínseca ao indivíduo como pessoa humana. E, assim diz: Carmem Lúcia Antunes ROCHA “Toda pessoa humana é digna.”²⁵

²² SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001. p. 38-39.

²³ SCHREIBER, Anderson. **Os direitos da personalidade e o código civil de 2002**. Disponível em: < http://www.andersonschreiber.com.br/Anderson_Schreiber/Artigos_files/Schreiber%20-%20Persona.pdf >. Acesso em: 22-jul-2012. p. 27.

²⁴ Idem.

²⁵ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. Disponível em: < <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32229-38415-1-PB.pdf> >. Acesso em: 09 mai 2012. p. 4.

A dignidade e a pessoa humana são conceitos interligados de forma que uma completa e se locupleta na outra. Uma não existe sem a coexistência com a outra. Quando questionamos, a possibilidade, ou não, de restringir direitos fundamentais, dentro de um Estado Democrático de Direito, ou mais ainda, quando questionamos a possibilidade de restringir a renúncia a esses direitos pelo seu titular, estamos a nos referir à possibilidade de interferir em parâmetros da dignidade da pessoa humana.

A reflexão encontra respaldo na construção histórica do entendimento do significado do sentido da “dignidade”, bem como nas conquistas de direitos para uma vida com mais qualidade. Aqui, o homem descobre que viver sem dignidade não é viver. Descobre que não basta pensar individualmente, pois o coletivo é um reflexo do indivíduo, principalmente quando não se protege o indivíduo, essa proteção atinge o coletivo em sua individualidade. Nesse sentido Cármen Lúcia Antunes ROCHA²⁶

A revivificação do antropocentrismo político e jurídico volta o foco das preocupações à dignidade humana, porque se constatou ser necessário, especialmente a partir da experiência do holocausto, proteger o homem, não apenas garantindo que ele permaneça vivo, mas que mantenha respeitado e garantido o ato de viver com dignidade. **A história, especialmente no curso do século XX, mostrou que se pode romper o ato de viver e mais ainda, de viver com dignidade, sem se eliminar fisicamente, ou apenas fisicamente, a pessoa. Nesse século se demonstrou também que toda forma de desumanização atinge não apenas uma pessoa, mas toda a humanidade representada em cada homem.** Por isso se erigiu em axioma jurídico, princípio matricial do constitucionalismo contemporâneo, o da dignidade da pessoa humana. **(grifos nossos).**²⁷

A humanização ou a desumanização dos atos influencia os comportamentos humanos e afeta as relações no sentido de que melhoram ou pioram a qualidade de vida.

Um exemplo a se comentar está nos dizeres da Ministra Carmen Lúcia, ao tratar da dignidade da pessoa humana e da exclusão social, quando busca a reflexão da condição do homem como um fim em si mesmo ou como produto do meio.²⁸ Como fim em si mesmo como da dignidade por si só. Como produto do meio por ser agente capaz de sofrer interferências na sua dignidade. E assim dispõe ao fazer uma correlação com o caso do aborto anencefálico:

"Toda pessoa humana é digna. Essa singularidade fundamental e insubstituível é ínsita à condição humana do ser humano, qualifica-o nessa categoria e o põe acima de qualquer indagação. Quando se questiona, nestes chamados tempos modernos, se se há de permitir, ou não, o nascimento de um feto no qual se detecte a existência de anomalia a impossibilitá-lo para uma vida autônoma, **está-se a infirmar aquela assertiva e a tornar a humanidade um meio para a produção de resultados e a desconhecer ou desprezar a condição do homem**

²⁶ Idem.

²⁷ Idem.

²⁸ Idem.

de ser que é fim em si mesmo e digno pela sua própria natureza. Aquilo traduz-se, pois, como injustiça contra os que não se apresentam em iguais condições psicofisiológicas, intelectuais etc. É a injustiça havida na indignidade revelada na desumanidade do tratamento dedicado ao outro. É a injustiça do utilitarismo que se serve do homem e o dota de preço segundo a sua condição peculiar, que se expressa numa forma ao invés de se valer pela essência humana de que se dota." **(grifos nossos)** ²⁹

Pois bem, ao relacionarmos essa consideração da Ministra com a indagação de permitir ou não, a renúncia dos direitos inerentes à personalidade em face da sociedade e das mudanças constantes, que possam interferir em aspectos mais íntimos do indivíduo, poderíamos por assim dizer que **“está-se a infirmar aquela assertiva e a tornar a humanidade um meio para a produção de resultados e a desconhecer ou desprezar a condição do homem de ser que é fim em si mesmo e digno pela sua própria natureza”**³⁰

Ora, a dignidade é inerente ao ser humano, faz parte do ser humano, não se desagrega do indivíduo, ou seja, é indissociável.

Discutir, atualmente, a possibilidade de permitir ou não, a renúncia, em face da sociedade, por nós “sociedade”, estaríamos tornando a humanidade um meio para a produção de resultados e dessa forma, não reconhecendo como característica inerente à qualidade da pessoa como ser fim em si mesmo e digno pela sua própria condição humana.

Todavia, não podemos menosprezar situações de desproteção dessa integridade. A dignidade pode ser considerada, em alguns casos, como sendo o único bem capaz de ser disponibilizado pelo seu titular, contudo, a possibilidade dessa disposição deve de algum modo ser controlada. O motivo desse controle é que além de dizer respeito ao próprio indivíduo, pode extrapolar a esfera individual, e, gerar efeitos na esfera de direitos de outros. Não podemos olvidar que a liberdade sem limite não é liberdade, pois acaba por interferir na liberdade de outrem.

Essa interferência pode extrapolar a esfera individual e não possibilitar um retorno ao *status quo ante*, devido à gravidade da situação deflagrada. Assim exemplifica Luís Roberto BARROSO³¹ com a colaboração de Ana Paula BARCELLOS:

No caso de violação à honra: se a imputação de um crime a uma pessoa se revelar falsa, o desmentido cabal minimizará a sua consequência. Mas no caso da intimidade, **se se divulgar**

²⁹ Idem.

³⁰ Idem.

³¹ BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., passim.

que o casal se separou por disfunção sexual de um dos cônjuges – hipótese que em princípio envolve fato que não poderia ser tornado público – não há reparação capaz de desfazer efetivamente o mal causado.³²(grifos nossos)

Ademais, quando nos referimos a liberdade não podemos deixar de pensar que o homem é um ser gregário que vive em sociedade, e assim sendo, a dignidade deve ser pensada dentro das situações sociais. Nesse sentido, aponta Edilsom Pereira FARIAS³³:

A dignidade pessoal postula o valor da pessoa humana e exige o respeito incondicional da sua dignidade. Dignidade da pessoa a considerar em si e por si, que o mesmo é dizer a respeitar para além e independentemente dos contextos integrantes e das situações sociais em que ela concretamente se insira.

Assim, se o homem é sempre membro de uma comunidade, de um grupo, de uma classe, o que ele é em dignidade e valor não se reduz a esses modos de existência comunitária ou social. Será por isso inválido, e inadmissível, o sacrifício desse seu valor e dignidade pessoal a benefício simplesmente da comunidade, do grupo, da classe. Por outras palavras, o sujeito portador do valor absoluto não é a comunidade ou a classe, mas o homem pessoal, embora existencial e socialmente em comunidade e na classe.³⁴

No mesmo sentido, Clèmerson Merlin CLÈVE³⁵ demonstra que o princípio da dignidade da pessoa humana é considerado a base essencial de todo o ordenamento jurídico e de todo o sistema de direitos fundamentais, constituindo-se como valor supremo, e argumenta no sentido de que: “... os direitos fundamentais sociais devem ser compreendidos por uma dogmática constitucional singular, emancipatória, marcada pelo compromisso com a dignidade da pessoa humana e, pois, com a plena efetividade dos comandos constitucionais”.³⁶

Ao pensar em “dignidade” como um todo e seus reflexos, pautados nos direitos da personalidade, eis que surge um questionamento, com relação à possibilidade de existir limites a que estaria restrita essa dignidade. Será que todos podem dispor da própria imagem da maneira que melhor lhe convém. E mais, ainda, será que a disposição do próprio corpo ou de parte dele tem algum limite em face do ordenamento jurídico pátrio. Por esse motivo trazemos à colação, em síntese apertada, alguns apontamentos sobre o direito à disposição da própria imagem (integridade moral) e do próprio corpo (integridade física), com exemplos paradigmáticos cuja finalidade se

³² Idem.

³³ FARIAS, Edilsom Pereira. **Colisão de Direitos. A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação**. Porto Alegre: Ed. Fabris, 2000. p. 60.

³⁴ Idem.

³⁵ CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. **Boletim Científico – Escola Superior do Ministério Público da União**. Brasília: ESMPU, Ano II, n. 8. jul – set. 2003, p. 152-153.

³⁶ Idem.

perfaz em demonstrar certa interferência no âmbito de abrangência dos direitos da personalidade.

5 DO DIREITO À DISPOSIÇÃO DA PRÓPRIA IMAGEM E DO PRÓPRIO CORPO

Anderson SCHREIBER³⁷ coloca que quando tratamos de direito à imagem, estamos a pensar sob que forma a informação pode ser ou não passada em veículos de divulgação em massa, como no caso de programas televisivos, e, de que maneira podemos tratar a possibilidade de uma lesão à imagem individual.

Independente da autorização da exposição da imagem deve-se considerar que essa veiculação pode ser considerada como lícita ou ilícita. Lícita se realizada como simples ato informativo e, ilícita se realizada com intuito comercial para além do simples fato de buscar informar.

SCHREIBER comenta a “impossibilidade de uma regulação rígida para os direitos da personalidade...”³⁸, e, espera que o legislador possa orientar o Poder Judiciário, bem como as autoridades administrativas no sentido de soluções pautadas na “concreta avaliação dos interesses colidentes.”³⁹ Pois, considera insuficiente a postura adotada pelo CC/2002 ao adotar em algumas hipóteses o engessamento por intermédio de soluções pré-formatadas a alguns direitos da personalidade. Como ocorre quando resta a interpretação com base nos bons costumes.

5.1 O LIMITE DOS BONS COSTUMES

O artigo 13 do CC/2002 mostra a vontade do legislador ao expor que: “Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes.”, ou seja, da interpretação literal do artigo tem-se que é permitida a redução da integridade física, desde que não permanente, restando como limite apenas os bons costumes.

³⁷ SCHREIBER, Anderson. Op.cit., p. 4

³⁸ Idem.

³⁹ Idem.

Utilizar o critério “bons costumes” como limite não traz segurança, pois é um termo muito amplo. Em realidade, trata-se de um limite que não demonstra qualquer referência de gradação entre lesão leve ou grave impingida ao próprio corpo. Não determina se esse limite pautado nos bons costumes diz respeito à disposição para um fim patrimonial ou existencial. Também nada diz se a disposição é para si ou para outrem. Além de outras indagações que não estariam evidenciadas com o fim em si mesmo, dessa disposição, atrelando-a a dignidade do indivíduo como pessoa e não como mero expectador de direitos.

A insuficiência de critérios mais elucidativos pode permitir a ocorrência no direito brasileiro do direito à disposição do próprio corpo em casos reais que surpreendem a imaginação e causam no mínimo estranheza acerca das possibilidades criadas nas relações contratuais. Relações pactuadas que mudam o foco de atenções ao dispor da integridade física, moral e psicológica com fins outros que não voltados para interesses existenciais e, sim apenas, na busca de interesses meramente patrimoniais como no caso implante microchip e no caso plasmaferesis.

5.2 CASO IMPLANTE MICROCHIP EM BAJA BEACH CLUB

Caso da vida real de clientes que para ter o acesso à área VIP da boate *Baja Beach Club*, em Barcelona permitem o implante de um microchip no seu próprio braço. Esse microchip emite ondas de radiofrequência identificadas por intermédio de um scanner que permite a identificação do cliente, servindo como forma de controle da consumação.⁴⁰

A interpretação literal e por exclusão do artigo 13 do CC/2012 de que a diminuição não permanente estaria autorizada, pode levar a afirmação de que partes regeneráveis do corpo humano mereceriam menor proteção do que as partes irrecuperáveis. Saber que partes destacáveis do corpo humano (saliva, sêmen, fio de cabelo, cutícula, unhas), transportam características genéticas capazes de mostrar detalhes íntimos de cada indivíduo faz com que se mostre necessário um conceito mais abrangente do corpo humano para salvaguardar sua proteção.⁴¹

Não se deve ficar apenas na literalidade de um artigo de lei, uma vez que essa interpretação pode ser muito restritiva e não albergar direitos fundamentais, mesmo,

⁴⁰ Idem.

⁴¹ Ibidem, p. 8.

ainda que esses direitos não possam ter sido amplamente discutidos, pois, com a evolução estratosférica dos meios de comunicação e sua divulgação existem parâmetros a serem observados na defesa da vida com dignidade.

5.3 CASO *PLASMAFERESIS*, NA NICARAGUA

A falta de uma posição jurídica mais firme pode levar a coisificação do ser humano em termos de disponibilidade para fins comerciais. “o perigo de que na ausência de uma firme posição jurídica, o interesse comercial acabe por estimular a disposição de tais partículas.”⁴²

Caso do laboratório *Plasmaferesis*, na Nicarágua, que coletava sangue, mediante pagamento, arbitrariamente, de pessoas desfavorecidas da sociedade, além de militares subalternos e, exportava sob o apoio do governo de Anastácio Somoza para os EUA e Europa algo em torno de 300 mil frascos por ano, entre 1973 e 1977.⁴³

Assim, somam-se muitos outros casos de exploração comercial de partes destacadas do corpo, alguns com anuência do indivíduo que interessa ao nosso estudo em questão e outros sem a anuência os quais, no mais das vezes, constituem um ilícito penal no nosso ordenamento pátrio.

5.4 EXPLORAÇÃO COMERCIAL DO CORPO E DA IMAGEM

Da exploração comercial do corpo ou de partes dele com a devida anuência do próprio indivíduo, temos de considerar diversos fatores com significado relevante no que tange os direitos da personalidade, tais como: Autoexposição negociada; manipulação midiática exagerada; explorado e explorador na questão da exploração *versus* não informação; direito a informação *versus* direito à intimidade e a dificuldade da mídia controlar isso.

5.4.1 Autoexposição negociada

Atinge limites de exposição da imagem chegando a suprimir quase por completo a privacidade quando expõe toda intimidade como no caso do reality show “A

⁴² Ibidem, p. 9.

⁴³ Idem.

Fazenda” e “Big Brother Brasil”. Isso torna transparente todas às relações existentes dentro de um quadro de produção de um recinto fechado e impõe ao mesmo tempo uma cláusula de sigilo que impede os participantes de comentar sobre as possíveis interferências ocorridas no âmbito de suas esferas mais íntimas.

Caso do Big Brother na versão da África do Sul exibindo estupro ao vivo. Ocorre que “As câmeras indiscretas flagraram o estudante de cinema Richard Bezuidenhout, de 24 anos, originário da Tanzânia, atacando a auxiliar de enfermagem Ofunneka Molokwu, de 29 anos, nascida na Nigéria e que estava bêbada no momento da agressão sexual.”⁴⁴

A Autoexposição negociada importa na liberdade do indivíduo contratar.

Segundo Maria Celina BODIN DE MORAIS a “liberdade significa, hoje, poder realizar, sem interferências de qualquer gênero, as próprias escolhas individuais, exercendo como melhor convier”⁴⁵

Carlos Alberto BITTAR afirma que liberdade é a “faculdade de fazer, ou deixar de fazer, aquilo que a ordem jurídica se coadune. Vale dizer: é a prerrogativa que tem a pessoa de desenvolver, sem obstáculos, suas atividades no mundo das relações”⁴⁶.

Todavia, essa liberdade não significa expor sua intimidade a seu bel prazer, assim porque existe uma diferença entre expor a intimidade e expor a vida privada do indivíduo. A intimidade esta ligada a uma esfera mais introspectiva do individuo e que, geralmente, tem a ver com aspectos que o individuo pretende resguardar para si ou, se for o caso, para um número restrito de pessoas a quem tem confiança. Enquanto que, expor aspectos da sua vida privada geram uma preocupação por parte do individuo, todavia, não da mesma forma e com a mesma intensidade que teria ao expor fatos íntimos.

Nesse sentido, a maior parte da doutrina está de acordo com Tércio Sampaio FERRAZ JR, no que diz respeito aos aspectos que diferenciam o significado de seu significante dado ao vocábulo intimidade, contraposto à vida privada propriamente dita, e, nestes termos assim dispõe:

⁴⁴ A imagem de uma participante do Big Brother sendo estuprada por outro interno na casa televisiva de Johannesburgo embrulhou o estômago de milhões de espectadores do programa sul-africano, de acordo com a revista "First Post". Disponível em:<<http://oglobo.globo.com/blogs/pagenotfound/?a=88&periodo=200711>> Acesso em: 24 jul. 2012.

⁴⁵ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro. Editora Renovar, 2003. p. 107.

⁴⁶ BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. Rio de Janeiro, Editora Forense Universitária, 7ª edição, 2006. p. 105.

[...] a intimidade é o âmbito do exclusivo que alguém reserva para si, sem nenhuma repercussão social, nem mesmo ao alcance de sua vida privada que, por mais isolada que seja, é sempre um “viver entre os outros”, enquanto a vida privada abrange situações em que a comunicação é inevitável (em termos de relação com alguém que, entre si, trocam mensagens) das quais, em princípio, são excluídos terceiros.⁴⁷

5.4.2 Da manipulação midiática exagerada

Essa manipulação midiática exagerada faz com que os “*paparazzi*” busquem desenfreadamente notícias, fotos sobre todo e qualquer tipo de celebridade divulgando muitas vezes em tabloides de fofocas e todo tipo midiático que lhes possa gerar algum ganho pecuniário, sem se preocupar com a invasão da privacidade e as possíveis lesões à imagem ou à honra dessas personalidades. Aliás, quanto mais invasiva melhor, pois rende mais frutos, tantos quantos maior for a degradação da intimidade.

Essa atitude, sem dúvida alguma invasiva, pois sem o consentimento da parte, acaba por expor imagens íntimas, sendo muito das vezes acobertada sob o manto da justificativa lícita do “caráter público da divulgação”, quer seja pelo fato notório da pessoa em si ser considerada pública, quer pela consideração de que a exposição tenha sido realizada em local público.

Todavia, temos duas considerações a serem ressaltadas nas palavras de SCHREIBER⁴⁸: uma que “a invocação da publicidade do local afigura-se evidentemente imprópria em situações onde o uso da tecnologia configura artifício inesperado e até malicioso”, e, duas que “a qualificação de qualquer pessoa como pública, a sugerir que nenhum aspecto de sua vida privada permanece a salvo de lentes indiscretas”.

Nesse sentido, uma questão é tirar uma foto de um casal namorando em uma praia, outra questão consiste, de fazê-lo de modo diferente, em utilizar-se de artifícios para obter maiores detalhes dessa relação, ou seja, confronta com algo que ultrapassa da esfera de vigilância esperada, que o casal presume ser possível de manter a sua intimidade, mesmo estando em local público.

Além do mais, deve-se levar em conta que o interesse de informação tem de ser legítimo a que se pretende passar adiante para possibilitar a prevalência do direito à informação sobre o direito à privacidade por si só.⁴⁹

⁴⁷ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. **Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas**. São Paulo: RT, v. 1, p. 141-154, out./dez. 1992. p. 143.

⁴⁸ SCHREIBER, Anderson. Op. cit., p. 14.

⁴⁹ Idem.

5.4.3 Do explorado e do explorador na questão da exploração versus não informação

A questão da exploração da informação tem significado quando a intromissão no âmbito da privacidade assume caráter meramente comercial e a especulação já não visa única e exclusivamente o interesse existencial da pessoa sujeito de direito.

Muito comum nos programas televisivos, quando se utiliza a imagem de artistas a fim de cativar e prender a atenção do telespectador, trazendo uma percepção da realidade fantasiosa e falaciosa, quer pelos meios empregados, quer pela não informação.

No que diz respeito aos meios, consiste na exposição exacerbada da privacidade, tanto do próprio participante como também dos reflexos dessa participação na privacidade de terceiros.

Com relação a não informação, refere-se por um lado ao direito de não ver exposta sua intimidade (não ver informado detalhes tão íntimos e privados) e, por outro lado, tem a ver com a prestação de uma informação que não condiz com a realidade e, por isso falaciosa, pois essa falsa representação da realidade ao mesmo tempo denigre a imagem pessoal. Essa representação se dá pelo fato de que em geral, a priori, os indivíduos engendram papéis como no caso dos *realities shows* como uma mera representação – por mais que tenha uma vontade livre, consciente e de fato queira, intimamente, ninguém quer se expor ao ridículo, muito menos expor detalhes que possam trazer desconforto ao seu íntimo - mas, pelo acontecimento dos fatos e no calor das emoções acabam por transpor barreiras da sua vida privada que, em situações normais, jamais deixariam ocorrer.

Da exploração e constrangimento da privacidade, segundo Raymundo de LIMA⁵⁰, ao referir-se aos programas televisivos de coparticipação, expõe que são invadidos, a todo o momento, não só o espaço físico como o psicológico do indivíduo, bem como o próprio indivíduo permite a evasão da privacidade ao oferecer o que tem disponível para poder participar. Em suas palavras, assim dispõe:

O que há de comum nesse tipo de programa é que todos os candidatos abrem mão de sua privacidade e é autorizada transgredir a privacidade alheia. **Os espaços físicos e psicológicos são invadidos a todo o momento.** Um exemplo mais forte do **Big Brother** que **causou**

⁵⁰ LIMA, Raymundo de. **Big brother: invasão e evasão de privacidade na tv.** Disponível em: <<http://br.monografias.com/trabalhos906/big-brother-invasao/big-brother-invasao.shtml>>. Acesso em 25 jul. 2012.

constrangimento entre os participantes e na audiência, foi quando o grupo entrou no carro para testar a resistência física e psíquica para ganhar o carro, o que só foi conseguido após **14 horas de permanência dentro do veículo**. Tudo isso quando somada a uma hollywoodização de cenário, dando **a ilusão ao telespectador estar tendo acesso ao "mundo real" dos outros como se fosse o "mundo verdadeiro"**. Qualquer ingênuo sabe que há algo de teatralismo histérico e exibicionismo dos participantes, já que todos sabem que estão sendo filmados, mas um *quantum* de gozo é obtido em ver. O voyeurismo banal e compulsivo do telespectador certamente é maior (76%) que qualquer interesse científico ancorado na Psicologia Social, Antropologia ou Sociologia, até porque os personagens são uniformes (do meio artístico, logo mesma linguagem, mesma banalidade, etc) não tem história diferente pra contar e muito pouco podem oferecer de lição de vida. **(grifos nossos)**.⁵¹

Tanto a invasão como a evasão da privacidade é um bom negócio, no primeiro caso para os donos e empregados da programação, e, segundo, no caso da "evasão", para quem deseja participar dela oferecendo o que tem como valor de troca. No caso do reality shows, as pessoas se ofereceram participar mais como meio de ascensão social, de obter no futuro próximo fama, prestígio para participar de uma novela, ficar famoso, etc, que pelos 500 mil do final. **(grifos nossos)**.⁵²

...ao oferecer o circo como substituto da necessidade de pão, a ideologia que rege a televisão, acredita que as pessoas demandam viver mais de ilusão que de realidade. **(grifos nossos)**.⁵³

5.4.4 Do direito a informação versus direito à intimidade e da dificuldade de controle pela mídia.

Como se sabe, tanto o direito à informação quanto o direito à intimidade, nenhum dos dois direitos é absoluto, devendo, portanto serem relativizados no caso concreto, todavia podemos salientar que a intimidade esta ligada à imagem da pessoa e vice versa. Assim sendo, devem-se adotar precauções, interferindo, a ponto de não permitir a ocorrência de lesão à imagem pessoal, não permitindo que venha a causar danos irreparáveis.

Todavia, essa redoma protetiva, não deve ser tal que proíba toda e qualquer forma de interferências, no sentido de coibir a liberdade de informação a que terceiros tenham o direito, pois, vive-se dentro de uma sociedade em que a informação é elemento essencial das relações sociais.

Por outro lado, importante por demais salientar que a liberdade de informação não deve subjugar a intimidade, imiscuindo-se na intersubjetividade da pessoa, sem que o interesse público esteja evidentemente realçado e seja de relevante significado para a sociedade. Salvo quando a imagem não tenha sido captada espontaneamente ou em

⁵¹ Idem.

⁵² Idem.

⁵³ Idem.

cenário público e, desde que, dentro dos parâmetros de normalidade que se espera do homem médio, sem o artifício de tecnologias que superem o normal.

Esse é o entendimento exposto no acórdão do recurso especial RESP 58101 (1994/0038904-3 - 09/03/1998) abaixo:

CIVIL. DIREITO DE IMAGEM. REPRODUÇÃO INDEVIDA. LEI Nº 5.988/73. Art. 49, I, “f”). DEVER DE INDENIZAR. CÓDIGO CIVIL. (Art. 159).

A imagem é a projeção dos elementos visíveis que integram a personalidade humana, é a emanção da própria pessoa, é o eflúvio dos caracteres físicos que a individualizam.

A sua reprodução, consequentemente, somente pode ser autorizada pela pessoa a que pertence, por se tratar de direito personalíssimo, sob pena de acarretar o dever de indenizar, que, no caso, surge com a sua própria utilização indevida.

É certo que não se pode cometer o delírio de, em nome do direito da privacidade, estabelecer-se uma redoma protetora em torno de uma pessoa para torná-la imune de qualquer veiculação atinente a sua imagem; todavia não se deve exaltar a liberdade de informação a ponto de se consentir que o direito à própria imagem seja postergado, pois a sua exposição deve condicionar-se à existência de evidente interesse jornalístico, que, por sua vez, tem como referencial o interesse público, a ser satisfeito, de receber informações, isso quando a imagem divulgada não tiver sido captada em cenário público ou espontaneamente.⁵⁴

Sem dúvida que existe uma dificuldade de controle pela mídia, principalmente com o crescimento exponencial das relações privatistas, todavia não nos é permitido deixar de pensar no indivíduo como pessoa e como o centro das relações. De tal sorte que a proteção à privacidade deve suplantar os interesses econômicos, sendo posta em questão, se e somente se, houver interesse existencial em conflito. Para tal, necessário explicitar o termo privacidade para sua melhor compreensão.

O significado do termo privacidade, de acordo com a Convenção do Estado de Montana/USA, pode ser assim definido pela forma como foi ratificada pela sua população como sendo: “O direito à privacidade individual é essencial para o bem-estar de uma sociedade livre e não deve ser infringido sem a exibição de um interesse estatal convincente.”⁵⁵

Embora a perda de alguns valores na sociedade contemporânea seja algo constatado, não podemos deixar de lado que a privacidade tem seus fundamentos

⁵⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Civil. Recurso Especial nº58.101-SP (94/0038904-3), Relator Ministro Cesar Asfor Rocha – julgamento – 16/set/1997 – publicação – 09/ mar/ 1998. Disponível em: http://www.stj.gov.br/webstj/Processo/imagem/Acordaos.asp?num_registro=199400389043&dt_publicacao=09/03/1998# >. Acesso em: 24 jul. 2012.

⁵⁵ “USA. Montana Constitution, Article II, Section 10. Right of privacy. Disponível em : < <http://data.opi.mt.gov/bills/mca/Constitution/II/10.htm>> Acesso em: 22 mar. 2012. Section 10. Right of privacy. The right of individual privacy is essential to the well-being of a free society and shall not be infringed without the showing of a compelling state interest.”. Constituição seção 10 do Estado de Montana, USA. Aprovadas pela convenção constitucional 22 de marco de 1972, e ratificado pelo povo, 6 de junho de 1972, Referendo NÃO.

iniciais em um lado patrimonialista, mas termina, nos dias atuais, por se complementar em valores existencialistas.

O lado, patrimonialista, remonta a uma lógica individualista, advinda de um modelo de Estado Liberal, pautado na propriedade como um dogma, a não permitir ingerência nela da mesma forma que não se permitia ingerências na vida privada.

O outro lado, existencialista, contempla um direito por si só, mais amplo, mais aberto às mudanças, voltado aos valores sociais, de forma que abrange, hoje, categorias destinadas inclusive a proteção de dados pessoais a resguardar à imagem individual que cada um tem, como se cada indivíduo tivesse, e tem, dentro de si uma representação virtual pura e simplesmente sua - “*um avatar*” nas palavras de Danilo Doneda⁵⁶ - que merece e precisa mais do que a simples omissão estatal no que tange a deveres negativos, como também uma atuação positiva de concreção de novos direitos. Assim, percebe-se a necessidade desses direitos serem albergados por interesses que transcendem a esfera individual e, mais, voltados à proteção da pessoa humana.

Além do mais, a proteção à privacidade tem escopo na CF/88, em seu Art. 1º, III, buscando zelar pela integridade dos valores da pessoa sujeito de direitos, incumbindo ao jurista brasileiro discernir o real do venial, de forma que “Somente a segura distinção entre a lógica do ter e a do ser pode tutelar adequadamente a pessoa humana, de modo a cumprir, plenamente, o elevado projeto constitucional”⁵⁷:

Assim, no dizer de Sidney Guerra⁵⁸:

O direito à honra está intimamente relacionado aos valores mais importantes da pessoa, de poder andar de cabeça erguida, de ter um nome, das pessoas terem uma boa referência desta pessoa, enfim de poder se olhar no espelho e verificar que, de fato, trata-se de um homem honrado. No direito à honra, a pessoa é tomada, frente à sociedade, em função do valor que possui dentro daquele contexto social. Ocorrendo então a lesão da honra, de imediato a pessoa cujo direito foi violado se sente diminuída, desprestigiada, humilhada, constrangida, tendo perdas enormes tanto no aspecto financeiro, como no aspecto moral, pois a lesão se reflete de imediato na opinião pública, que logo adota uma postura negativa contra a pessoa implicando nestas perdas mencionadas.⁵⁹

Portanto, essa proteção da privacidade, a que se busca, tem a ver com o valor que possui no contexto social o direito a honra do indivíduo, para que o mesmo não se

⁵⁶ DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.2.

⁵⁷ SCHREIBER, Anderson. Op. cit., p. 25.

⁵⁸ GUERRA, Sidney César Silva. **A liberdade de imprensa e o direito à imagem**. Biblioteca das teses. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.p. 49-50.

⁵⁹ Idem.

sinta lesado em sua esfera mais íntima, quer moralmente, quer financeiramente, tendo em vista que esses transtornos podem, e têm repercussão na opinião pública.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os direitos da personalidade estão intrinsicamente imbrincados com o indivíduo e afetos a uma área muito delicada da sua convivência em sociedade. Pensar em renúncia a esses direitos, sem uma devida proteção, pode levar o indivíduo a situações inimagináveis de descompasso com os direitos e garantias conquistados ao longo dos tempos.

Ademais, deve o indivíduo ser protegido no mais das vezes até de si mesmo, mas sem imiscuir em seu livre arbítrio ao ponto de tolher a sua liberdade, ferindo o núcleo essencial do indivíduo como pessoa.

Portanto, no que tange a assuntos inerentes aos direitos da personalidade, devemos estar abertos a novas considerações, em conformidade com a nossa hermenêutica constitucional, permitindo dessa forma assimilar novos direitos e novas interpretações, sempre que mais favoráveis ao sujeito de direito, na qualidade de pessoa humana que é.

Ao aplicador do direito, ao mesmo tempo em que extrai do objeto a norma aplicável deve, a todo o momento, preocupar-se com o sujeito e com os novos parâmetros insculpidos na nossa Carta Magna, que propalam cada vez mais o indivíduo como o centro das atenções e, não apenas como objeto das relações contratuais.

Enfim, direitos da personalidade e lesão em face da Autoexposição negociada demonstra ser um tema tão abrangente quanto importante, e, que merece um estudo mais aprofundado na medida em que cada vez mais frequente em nosso cotidiano.

7 REFERÊNCIAS

ADAMY, Pedro Augustin. ADAMY, Pedro Augustin. **Renúncia a direito fundamental**. São Paulo: Malheiros, 2012.

BARROSO Luís Roberto; BARCELLOS Ana Paula. **Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade**. critérios de ponderação. interpretação constitucionalmente adequada do código civil e da lei de imprensa. Disponível em: < http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art_03-10-01.htm >. Acesso em: 5 set. 2012.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. Rio de Janeiro, Editora Forense Universitária, 7ª edição, 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Civil. Recurso Especial nº58.101-SP (94/0038904-3), Relator Ministro Cesar Asfor Rocha – julgamento – 16/set/1997 – publicação – 09/ mar/ 1998. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/webstj/Processo/imagem/Acordaos.asp?num_registro=199400389043&dt_publicacao=09/03/1998#>. Acesso em: 24 jul. 2012.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. **Boletim Científico – Escola Superior do Ministério Público da União**. Brasília: ESMPU, Ano II, n. 8. jul – set. 2003.

DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FARIAS, Edilsom Pereira. **Colisão de Direitos. A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação**. Porto Alegre: Ed. Fabris, 2000.

FERNANDES NETO, Guilherme. **O abuso do direito no código de defesa do consumidor**. Cláusulas, práticas e publicidades abusivas. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

FERNANDES, Milton. Direitos da personalidade e estado de direito. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 50, p. 161, jan. 1980.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. **Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas**. São Paulo: RT, v. 1, p. 141-154, out./dez. 1992.

First Post. Disponível em:<<http://oglobo.globo.com/blogs/pagenotfound/?a=88&periodo=200711>> Acesso em: 24 jul. 2012.

folha online na data de 02 de julho de 2005. Disponível em: <<http://forum.darkside.com.br/vb/showthread.php?t=1669>> Acesso em: 23 jul. 2012.

GUERRA, Sidney César Silva. **A liberdade de imprensa e o direito à imagem**. Biblioteca das teses. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

LIMA, Raymundo de. **Big brother: invasão e evasão de privacidade na tv**. Disponível em:<<http://br.monografias.com/trabalhos906/big-brother-invasao/big-brother-invasao.shtml>>. Acesso em 25 jul. 2012.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Campinas: Bookseller, 2000. t. 7.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro. Editora Renovar, 2003.

NOVAIS, Jorge Reis. Renúncia a direitos fundamentais. In: MIRANDA, Jorge (Org.). **Perspectivas constitucionais nos vinte anos da constituição de 1976**. Coimbra: Coimbra, v. I, 1996.

OLIVEIRA, José Lamartine Correa; MUNIZ, Francisco José Ferreira. O estado de direito e os direitos da personalidade. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 532, p. 11-23. 2002.

PERLINGERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. Trad. Maria Cristina de Cico. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **O “mínimo existencial” no contrato: desenhando a autonomia contratual em face dos direitos fundamentais sociais**. p. 7. Fonte. Disponível em: <compedi.org/manuel/arquivos/anais/salvador/rosalice_fidalgo_pinheiro.pdf> acesso em: 05 nov. 2008.

PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Coimbra: Almedina, 1982.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32229-38415-1-PB.pdf>>. Acesso em: 09 mai 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001.

SCHOEMBAKLA, Carlos Eduardo Dipp. **A autonomia privada em face da eficácia dos direitos Fundamentais no contrato**. <Disponível em: www.unibrasil.com.br/sitemestrado/_pdf/dipp.pdf>. Acesso em: 26. Out. 2012.

SCHREIBER, Anderson. **Os direitos da personalidade e o código civil de 2002**. Disponível em: <http://www.andersonschreiber.com.br/Anderson_Schreiber/Artigos_files/Schreiber%20-%20Persona.pdf>. Acesso em: 22-jul-2012.

USA. Montana Constitution, Article II, Section 10. Right of privacy. Disponível em : <<http://data.opi.mt.gov/bills/mca/Constitution/II/10.htm>> Acesso em: 22 mar. 2012.

ZANIN JUNIOR, Hernani. **Autonomia privada e liberdade de contratar**. Disponível em:<<http://www.conjur.com.br/2009-jan-28/nao-real-distincao-entre-autonomia-vontade-liberdade-contratar>>. Acesso em: 03 out. 2012.