

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL
PRÓ-REITORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* – MESTRADO EM DIREITO

**DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITOS DA PERSONALIDADE: O DIREITO À
IMAGEM**

DENISE JACQUES MARCANTONIO

PORTO ALEGRE

2009

DENISE JACQUES MARCANTONIO

**DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITOS DA PERSONALIDADE: O DIREITO À
IMAGEM**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre pelo Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* – Mestrado em Direito, da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

Orientador: Professor Doutor Ingo Wolfgang Sarlet

PORTO ALEGRE

2009

DENISE JACQUES MARCANTONIO

**DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITOS DA PERSONALIDADE: O DIREITO À
IMAGEM**

Dissertação apresentada como requisito
para obtenção do grau de Mestre pelo
Programa de Pós-Graduação da Faculdade
de Ciências Jurídicas e Sociais da Pontifícia
Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

Aprovada em __ de agosto de 2009.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet

Prof. Dr. Carlos Alberto Molinaro

Prof. Dr.

AGRADECIMENTOS

Ao Professor Dr. Ingo Wolfgang Sarlet, pela sua dedicada e primorosa orientação, bem como pela preciosa oportunidade de aprendizado.

À minha mãe, Maria Cilese, pelo incentivo e ajuda, motivando nos momentos difíceis, principalmente no exame de ingresso. Ao meu pai, José Luiz, meu primeiro professor de Direito, pelas discussões, pela ajuda e pelos conselhos.

Ao Guilherme, pelo incansável estímulo a minha jornada acadêmica, seja pela leitura atenta e opinião sobre os trabalhos, seja pela sua biblioteca que sempre esteve ao meu dispor.

Ao Gustavo, pelo carinho, apoio incondicional e pela compreensão.

Aos Professores do curso, principalmente, ao Dr. Eugênio Facchini Neto e ao Dr. Gilberto Sturmer, pelo exemplo de docentes.

Aos colegas de mestrado pela ajuda, apoio, companheirismo, amizade e convivência.

Ao Professor Dr. Nereu José Giacomolli, a quem tenho a honra de secretariar no Tribunal de Justiça, pela oportunidade e pelo apoio aos projetos de sua assessoria.

Aos colegas de trabalho, Cris, André, Jacke e Giulinha, pela compreensão, pelas discussões, pelo apoio, pela amizade.

Às amigas do coração, Mi e Carol, que ajudaram, apoiaram, ouviram e participaram.

Por último, mas não menos importantes, às queridas Secretárias do Programa de Pós-Graduação em Direito, Paty e Caren, pelo empenho para ajudar.

RESUMO

O presente trabalho, vinculado à linha de pesquisa “Eficácia e efetividade da Constituição e dos direitos fundamentais no direito público e no direito privado”, versa sobre a relação existente entre os direitos fundamentais, os direitos da personalidade e o direito à imagem. Para tanto, inicia-se a verificando como servem os direitos fundamentais e os princípios de parâmetro para o fenômeno da constitucionalização do direito privado. Haverá necessidade de uma passagem rápida pela noção de direitos fundamentais na perspectiva objetiva para constatação de que dessas normas ocorrerá, dentre outras decorrências, a “irradiação” de seu conteúdo para todo o Direito. Dentre as formas de vinculação desse conteúdo, será enfocada a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, não se podendo esquecer a relevância do princípio da dignidade da pessoa humana para a constitucionalização do direito privado. No segundo capítulo, será a vez dos direitos da personalidade, um dos direitos fundamentais, iniciando por sua origem, evolução e conceito. Após, sustentaremos a existência de um direito geral de personalidade baseado no princípio da dignidade da pessoa humana, como vários dos direitos fundamentais. As características dos direitos da personalidade, assim como sua diferenciação da personalidade jurídica também terão oportunidade de ser verificados. Seguindo a exposição se passará pelos titulares dos direitos da personalidade, abrangendo questões ainda em discussão como a do embrião, do cadáver e da pessoa jurídica. Ao final desse capítulo, será o momento do estudo das formas de tutela desses direitos, principalmente as tutelas inibitória e indenizatória. No terceiro capítulo, haverá um enfoque no direito à imagem, um dos direitos de personalidade e, portanto, integrante do rol fundamental, sua origem, sua evolução e seu conceito. Na sequência se poderá vislumbrar a diferença existente entre esse direito e os demais direitos da personalidade que, por sua proximidade, gera infinitas possibilidades de colisões e aproximações. Por último, o trabalho versará sobre a tutela do direito à imagem, trazendo julgados de tribunais nacionais e estrangeiro.

Palavras-Chave: Constitucionalização do direito privado. Direitos fundamentais. Direitos da personalidade. Direito à imagem. Tutela dos direitos da personalidade.

ABSTRACT

The phenomenon called “constitucionalização do direito privado” obtains attention in Brazilian legislation with Brazil Federal Constitution of 1988, followed by the Civil Code of 2002. This phenomenon is special related to the fundamental rights and with dignity of human being principle. With “constitucionalização” all Law started to be read through fundamental rights, in the same time, rights that before was just in unconstitutional law come to be a part of fundamental law. Part of these fundamental rights, are personality rights which have been included in Constitution and have had solid relation with dignity of human being principle. We may also say that personality rights concretize this principle in the civil law. One of personality rights is image right, which is such an important right, reason why it is located in Constitution in article 5, V, X and XXVIII, a. Thus, because of this intimate relation between the above mentioned right and fundamental rights, Law shall have measures to avoid that these rights are violated. These restraining orders to protect these rights are stony clauses which avoid modification, as we have also the guardianship called “inibitória” and “indenizatória”.

Key words: “constitucionalização do direito privado”. Fundamental rights. Personality rights. Image right. Guardianship of the personality rights.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	07
2 A IMPORTÂNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA PARA O ORDENAMENTO JURÍDICO À NA PERSPECTIVA DA ASSIM CHAMADA “CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO”	11
2.1 Os direitos fundamentais e os princípios como principal parâmetro da “constitucionalização do direito privado”	11
2.2 Os direitos fundamentais e sua dimensão objetiva	17
2.3 Notas sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares	22
2.4 O princípio da Dignidade da Pessoa Humana e sua relevância para a “Constitucionalização do Direito Privado”	42
3 DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS	51
3.1 Origem, evolução e conceito dos Direitos da Personalidade como Direitos Fundamentais	51
3.2 O Direito geral de personalidade	63
3.3 Características dos Direitos da Personalidade	70
3.4 Direitos da personalidade e personalidade jurídica	80
3.5 A titularidade dos direitos de personalidade	82
3.6 Tutela dos Direitos de Personalidade	89
4 DO DIREITO À IMAGEM	101
4.1 Origem, evolução e conceito do direito à Imagem como direito fundamental	101
4.2 Diferenciação entre o direito à imagem e os demais direitos da personalidade: limites e colisões	108
4.3 Tutela do direito à imagem	116
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	132
REFERÊNCIAS	135

1 INTRODUÇÃO

O direito privado, não só, mas principalmente após a promulgação da Constituição Federal de 1988, sofreu fortes mudanças embasadas nos princípios advindos deste texto legal, dentre as quais a superação do individualismo excessivo, tendência reforçada pelo novo Código Civil de 2002. Em função dessa eficácia do direito constitucional na esfera do direito privado, sobretudo do direito civil, diz-se que ocorreu uma “constitucionalização do direito privado”, com a imersão do antigo direito civil nos princípios trazidos ao ordenamento jurídico, não apenas, mas, especialmente, pela Constituição Federal promulgada em 1988.

Nesse novo panorama, iniciaram-se várias discussões sobre a possibilidade de incidência das normas fundamentais nos demais ramos do Direito e, também, sobre a forma como se daria essa incidência. Tais questões adquiriram relevância com a necessidade de serem efetivados os valores constitucionais. Em países considerados em desenvolvimento, como é o caso do Brasil, conseguiu-se vislumbrar a existência de um rol de direitos considerados fundamentais nas Cartas Políticas – o que, por si só, já pode ser considerado um avanço –, todavia eles não possuem aplicabilidade no mundo dos fatos. Assim, para evitar que essa realidade fosse perpetuada, a doutrina e a jurisprudência começaram a debater uma série de questões, entre elas a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, uma vez que o Estado já se encontra vinculado segundo entendimento pacífico.

A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais adquire especial relevância no presente trabalho, visto que aqueles direitos, ao incidirem em relações entre pessoas privadas, concretizam o fenômeno da constitucionalização do direito privado. Dentre os direitos que constam no rol dos direitos fundamentais, incluem-se os direitos da personalidade, que possuem conexão com o princípio da dignidade da pessoa humana, explicitando sua especial expressão nesse panorama do Direito. E, dentre os direitos da personalidade, destacar-se-á o direito à imagem, observado em

problemas atuais como propagandas, fotos publicitárias e veiculação de imagens em geral.

A escolha pelos direitos da personalidade e, mais especificamente, pelo direito à imagem foi feita com base na importância que eles assumem na vida dos cidadãos, além de sua essencialidade para uma vida digna. O tema tem vinculação com o princípio da dignidade da pessoa humana, o que o torna um assunto importante não só para os operadores do direito – tendo em vista que o referido princípio é base do Estado Democrático de Direito –, mas também para a sociedade. Isto porque o mundo globalizado é, cotidianamente, palco de desrespeito aos direitos da personalidade e ao princípio da dignidade da pessoa humana, demandando à sociedade soluções apropriadas para a paralisação, de forma efetiva, dessas violações.

Nesse contexto, pretende-se discorrer sobre os modos como o fenômeno da “constitucionalização do direito privado” encontra-se relacionado com os direitos fundamentais e com o princípio da dignidade da pessoa humana. Para demonstrar tal relação, será necessário averiguar: Qual a relação dos direitos fundamentais e dos princípios constitucionais com o fenômeno da “constitucionalização do direito privado”? Consideradas as dimensões dos direitos fundamentais, qual seria o significado da dimensão objetiva para esse fenômeno? Como se dará a vinculação dos direitos fundamentais com os particulares?

A seguir, impõe-se saber se os direitos da personalidade são direitos fundamentais. Para tanto, cabe investigar: Qual seria a origem, a evolução e o conceito de direitos da personalidade? Existe no Brasil o direito geral de personalidade, como disposto em constituições estrangeiras? Quais as características dos direitos da personalidade? Se os direitos da personalidade são direitos fundamentais, quem seriam os seus titulares? Há diferença entre esses direitos e a personalidade jurídica? Quais as formas de tutela desses direitos?

Já no que se refere ao direito à imagem, as questões a serem respondidas são: Como se estabelece o fenômeno da constitucionalização do direito privado especialmente em relação ao direito à imagem? Este direito é materialmente fundamental? Qual sua origem, sua evolução e seu conceito? No que consiste a

diferença entre o direito à imagem e os demais direitos da personalidade? Como se pode tutelar o direito à imagem?

Com o objetivo de tentar responder às questões propostas, o presente trabalho está dividido em três capítulos.

O primeiro capítulo trata da relação existente entre a constitucionalização do direito privado e os direitos fundamentais, bem como entre aquele fenômeno e o princípio da dignidade da pessoa humana. Quanto aos direitos fundamentais, busca-se demonstrar sua importância para o ordenamento jurídico, visto serem eles o norte para todas as relações jurídicas, e analisar a sua dimensão objetiva. Procede-se, ainda, a averiguação de quais os seus destinatários (Estado e/ou particulares) e de que forma (direita e/ou indireta) ocorre essa relação entre os direitos fundamentais e o direito privado. Também constitui objeto de análise a relação da constitucionalização do direito privado com o princípio da dignidade da pessoa humana, pois evidente a grande valia desse princípio e sua íntima relação com os direitos fundamentais, merecendo, por isso mesmo, ser preservado sempre que possível¹. Ademais, esse princípio constitui fundamento importante da constitucionalização, ou seja, da influência do todo constitucional incidente no direito privado, e é considerando tal peculiaridade que se intenta estabelecer a relação existente entre ambos.

O segundo capítulo dedica-se ao estudo da constitucionalização do direito privado, especificamente no que se refere aos direitos da personalidade, apresentando os posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais mais atuais sobre o tema. Nessa oportunidade, são considerados a Constituição de 1988 e o Código Civil de 2002, a fim de demonstrar que os direitos da personalidade são direitos fundamentais e possuem forte contato com o princípio da dignidade da pessoa humana. Uma comprovação disso é a possibilidade de se reconhecer um direito geral de personalidade, com base em disposições constitucionais, já que o ordenamento pátrio não oferece normas específicas, diferentemente do que ocorre em outros países. Realiza-se, ainda, a análise da origem, da evolução e do conceito

¹ Diz-se “sempre que possível” porque se entende que nenhum direito é absoluto. Ademais, os princípios são utilizados como mandados de otimização, podendo ceder na ponderação a ser realizada no caso concreto.

de direitos da personalidade, bem como de suas características e titularidade. Como explicitado acima, busca-se contribuir para o aprimoramento da efetividade, razão pela qual serão abordadas as formas de proteção dos direitos da personalidade, através de normas processuais de tutela efetiva na doutrina e, também, de sua aceitação na jurisprudência.

Com o terceiro capítulo se pretende evidenciar a incidência do fenômeno da constitucionalização do direito privado no direito à imagem. A escolha desse direito da personalidade se justifica por se tratar de tema atual que, apesar das diversas obras a ele dedicadas, ainda tem muito para ser estudado e discutido na academia, não estando, portanto, esgotado. Procede-se, assim, à conceituação e ao exame da origem e da evolução do direito à imagem, recorrendo à doutrina. A seguir, procura-se estabelecer a distinção desse direito em relação aos demais direitos da personalidade, visto que todos eles mantêm entre si algum ponto de contato. Ao final, realiza-se o levantamento das formas de proteção mais efetivas para esse direito, englobando a análise de casos da jurisprudência pátria.

A metodologia utilizada abarca a análise de doutrina e de jurisprudência, privilegiando a ordem jurídica brasileira, ainda que com referência ao direito estrangeiro. Intenta-se, assim, realizar um percurso que proporcione a análise e o desenvolvimento de idéias no campo doutrinário, mas com atenção especial para a utilidade prática da pesquisa. Acredita-se que isso, se alcançado, contribuirá para as discussões sobre a matéria, de forma a não ser esquecida a finalidade do Direito, que é a pacificação social.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após o estudo realizado no presente trabalho, propõem-se as seguintes idéias:

1. O fenômeno da constitucionalização do direito privado relaciona-se com os direitos fundamentais por duas vias: sendo a primeira a interpretação do direito privado de acordo com os direitos fundamentais; e a segunda, a inclusão daquele direito no rol destes direitos constantes da Constituição.
2. Os direitos fundamentais possuem duas dimensões: a subjetiva e a objetiva. A dimensão objetiva destes direitos consiste na sua positivação, e daí decorrem certos efeitos, como o hermenêutico (tanto para normas futuras, ou seja, as que virão depois da promulgação da Constituição, quanto para normas passadas, pré-existentes), relacionando-se, inclusive, com a declaração de inconstitucionalidade.
3. Os direitos fundamentais incidem nas relações entre particulares de forma imediata, *prima facie*, da seguinte maneira: a princípio, a incidência dar-se-á diretamente e, quando ocorrer colisão dos direitos fundamentais, a solução será dada mediante critérios de proporcionalidade entre a proibição de excesso e de insuficiência.
4. O princípio da dignidade da pessoa humana também é questão relevante no que concerne ao fenômeno da constitucionalização do direito privado, por consistir no cerne da Constituição e na razão para o estudo dos direitos da personalidade. Uma pessoa sem o direito de desenvolver a sua personalidade não terá acesso a uma vida digna.
5. Os direitos da personalidade são aqueles inerentes à existência humana, os quais, por isso mesmo, podem ser classificados como indisponíveis, impenhoráveis, imprescritíveis, extrapatrimoniais, absolutos, dentre outros.
6. No Brasil, a exemplo de outros países como a Alemanha, é possível se reconhecer a existência de um direito geral de personalidade, ancorado,

principalmente, no princípio da dignidade da pessoa humana. Além disso, nossa Constituição elencou os direitos da personalidade em espécie que, pelo próprio reconhecimento do direito geral, devem ser encarados como um rol meramente exemplificativo.

7. Questão importante, mas para a qual não se dá uma solução definitiva, diz respeito à possibilidade de uma pessoa lesar um bem seu (ou seja, da própria pessoa lesante) de valor fundamental. A fim de contribuir para o debate, *prima facie*, considera-se tal conduta inadmissível num o Estado Democrático de Direito, que tem como um dos seus fundamentos o princípio da dignidade da pessoa humana. Contudo, a intervenção estatal para impedir tal violação é admissível em casos extremos (violação do núcleo duro do direito), a serem julgados de acordo com o caso concreto.

8. A titularidade dos direitos fundamentais deve ser reconhecida aos menores, adultos, embriões, bem como a sucessores que defendam direito próprio por lesão reflexa a direito de personalidade de pessoa morta. A pessoa jurídica também tem seus direitos de personalidade reconhecidos, mas mantém-se a ressalva de serem cabíveis, apenas, os direitos com ela compatíveis.

9. Os direitos da personalidade não se confundem com a personalidade jurídica, que consiste na possibilidade de ser sujeito de direitos e obrigações na vida civil.

10. Os direitos da personalidade devem ser tutelados, uma vez que reconhecer um direito sem tutelá-lo equivale a não reconhecê-lo. Para isso, o direito processual possui três tutelas: a inibitória (para evitar a ocorrência do dano), a ressarcitória na forma específica (consistindo na reparação do dano por conduta que o corrija) e a ressarcitória em pecúnia (reparação do lesado mediante pagamento de um valor em dinheiro). Acredita-se que a condenação deva se dar nessa ordem, na impossibilidade da primeira, passa-se para a segunda e assim por diante.

11. O direito à imagem consiste na exteriorização visual da personalidade e pode se subdividir em: direito à imagem-retrato (relativa à imagem física da pessoa); e direito à imagem-atributo (que consiste na idéia que a pessoa faz de si mesma).

12. Por ser um direito da personalidade, o direito à imagem é muito próximo dos demais direitos da personalidade, mas eles não se confundem, nem podem ser considerados o mesmo direito.

13. O direito à imagem possui forma própria de proteção, ou seja, a captação da imagem de alguém só será lícita se a pessoa manifestar seu consentimento, sendo este tácito ou expresso.

14. Caso não haja o consentimento, a captação da imagem será lícita quando se tratar de pessoa com notoriedade; de pessoa que ocupe cargo importante; de exigência de polícia ou de justiça; de finalidade científica, didática ou cultural; ou de interesse público no fato, tenha ele ocorrido publicamente ou em locais públicos. Todos os demais casos, a princípio, irão ferir o direito à imagem do fotografado.