



Universidade Federal do Ceará  
Faculdade de Direito  
Programa de Pós-Graduação  
Mestrado em Ordem Jurídica Constitucional

**Daniel Maia**

**O DIREITO FUNDAMENTAL À IMAGEM NA PERSECUÇÃO  
PENAL BRASILEIRA**

**Fortaleza**  
2011



Universidade Federal do Ceará  
Faculdade de Direito  
Programa de Pós-Graduação  
Mestrado em Ordem Jurídica Constitucional

**Daniel Maia**

**O DIREITO FUNDAMENTAL À IMAGEM NA PERSECUÇÃO  
PENAL BRASILEIRA**

**Fortaleza**  
2011

**Daniel Maia**

**O DIREITO FUNDAMENTAL À IMAGEM NA PERSECUÇÃO  
PENAL BRASILEIRA**

Dissertação submetida à Coordenação do Curso de Mestrado em Direito, da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre.

**Fortaleza**  
2011



Universidade Federal do Ceará  
Faculdade de Direito  
Programa de Pós-Graduação  
Mestrado em Ordem Jurídica Constitucional

## **O DIREITO FUNDAMENTAL À IMAGEM NA PERSECUÇÃO PENAL BRASILEIRA**

**DANIEL MAIA**

Dissertação defendida em 14/09/2011, às 11 h 00 min., com menção:

APROVADA

COMISSÃO EXAMINADORA:

Prof. Dr. Paulo Bonavides (Orientador)  
UFC

Profª. Drª. Germana de Oliveira Moraes  
UFC

Profª. Drª. Gina Vidal Marcílio Pompeu  
UNIFOR

*À minha mãe, Lúcia de Fátima Paula Maia, por ter sido a responsável pela minha formação moral e por sempre ter estado ao meu lado nos momentos de dificuldades que outrora passamos.*

**AGRADECIMENTOS**

Ao amigo e maior referencial profissional e pessoal que possuo, Professor Livre Docente Cândido Albuquerque, por ter me auxiliado e guiado pelo caminho da honra, ética e decência, tendo exercido até hoje em minha vida o papel de um verdadeiro pai.

Ao meu amigo Raphael Chaves, por quase que diariamente ter escutado os meus desabaços e sempre ter me oferecido palavras de incentivo e confiança.

Aos meus fiéis amigos, Sérgio Rebouças, Danilo Ferraz e Thiago Andrade, que me serviram sempre de exemplo de sucesso total nas suas carreiras.

À minha querida Fernanda Sousa Vasconcelos, por lutar lado a lado comigo nas constantes batalhas acadêmicas que enfrentamos ao longo dos dois últimos anos, sem nunca desanimar e sempre confiando nos bons frutos que eu lhe dizia que conseguiríamos – e que de fato já começamos a colher.

Ao meu amigo Francisco Pinheiro Neto, que sempre confiou no meu trabalho e incentivou-me de maneira consistente nessa caminhada em busca do título de Mestre pela UFC.

Aos queridos e atenciosos Natália Fernandes, Yasmim Bezerra, Kamille Mourão e Marcus Vinícius de Souza, por depositarem em mim e neste estudo uma enorme confiança.

A todos os meus colegas do Escritório Cândido Albuquerque Advogados Associados, que sempre me ajudaram e se orgulharam do caminho acadêmico que venho trilhando.

Aos meus queridos alunos de Direito Penal da Faculdade de Direito da UFC, que dia a dia me fizeram querer sempre aprimorar cada vez mais a didática e os conhecimentos.

Ao Professor Doutor Paulo Bonavides, que me possibilitou realizar um verdadeiro sonho em tê-lo como orientador desta dissertação de mestrado.

À Professora Doutora Germana de Oliveira Moraes, pelas muitas lições de Direito e de vida que nos ensinou durante suas aulas no Mestrado da UFC e por ter sido a minha maior incentivadora a publicar no meio acadêmico.

À Professora Doutora Gina Pompeu, que de forma extremamente gentil aceitou compor a presente banca de mestrado, por seu profissionalismo e simplicidade que de longa data me servem de exemplo.

Ao meu amigo Eric de Moraes e Dantas, um jovem que reflete as maiores qualidades dos estudantes do Mestrado da UFC, que são a inteligência e a determinação, por todo o apoio e incentivo que vem me dando ao longo da nossa amizade.

Por fim, à minha irmã, Aldira Raquel Paula Maia, meu maior tesouro e estímulo para continuar caminhando em busca de novas conquistas acadêmicas e profissionais.

## RESUMO

O atual Estado Democrático de Direito em que o Brasil está inserido não permite qualquer violência contra os direitos e garantias individuais, vez que tais direitos e garantias se fundam na dignidade da pessoa humana. Assim, deve-se garantir a todos, mesmo aos que estão sendo perseguidos criminalmente pelo Estado – seja por estarem sob investigação em procedimentos policiais, seja por estarem sendo processados criminalmente –, que a sua dignidade seja respeitada *in totum*. Ocorre que vários segmentos da mídia possuem grandes interesses na exploração exacerbada da imagem de presos, investigados e processados criminalmente, utilizando-a de maneira desmedida, visando sempre ao lucro comercial e aos altos índices de audiência que matérias dessa ordem já obtêm. De outro lado, a população, em sua grande maioria desinformada e sem consciência de que a violação dos direitos e garantias fundamentais representa a violação do próprio Ordenamento Jurídico, ultraja-se quando o Estado toma medidas para proteger a imagem dos perseguidos criminalmente. Somando-se a tudo isso, há ainda a tensão entre os princípios constitucionais da liberdade de expressão e informação, de um lado, e da imagem e da própria dignidade humana, de outro. Dessa forma, o presente estudo mostra que o direito à imagem, por ser um direito fundamental, e, assim, obviamente, fundado na dignidade da pessoa humana, não pode ser violado, podendo ser, no máximo, afastado, com a possibilidade de exibição da imagem das pessoas envolvidas na persecução penal, somente em casos excepcionais e com prévia e fundamentada decisão judicial.

**Palavras-chave: Direito fundamental à imagem. Dignidade da pessoa humana. Persecução Penal.**

## ABSTRACT

The current Democratic State of Right in which Brazil is inserted does not allow any violence against individual rights and guarantees, since such rights and guarantees are based on human dignity. Thus, it must be assured to everyone, even to those who are being criminally prosecuted by the state, either because they are under investigation in police procedures, or because they are being criminally prosecuted, that their dignity is respected *in totum*. What happens is that various segments of media have great interests in the exacerbated exploitation of the image of criminally investigated and prosecuted prisoners, using it in a disproportionate way, always aiming at commercial profit and high audience levels, which these stories already get. On the other hand, the population, mostly uninformed and unaware that the violation of fundamental rights and guarantees represents a violation of the legal order itself, gets outraged when the State takes measures to protect the image of the criminally pursued. In addition to all of this, there is still the conflict between the constitutional principles of freedom of expression and information on one side, and the rights to image and to human dignity itself on the other. Therefore, this study shows that the image rights, for being fundamental rights and, thus, obviously, based on human dignity, cannot be violated, at most being subject to withdrawal, with the possibility of exhibition of the image of those involved in criminal prosecution, only in exceptional cases and with previous justified judicial sentence.

**Keywords:** Image rights. Human dignity. Criminal prosecution.

## RESUMEN

El actual Estado Democrático de Derecho en que Brasil se inserta no permite cualquier violación contra los derechos y garantías individuales, una vez que tales derechos se basan en la dignidad de la persona humana. Por lo tanto, se debe garantizar a todos, incluso a aquellos que están siendo perseguidos penalmente por el Estado, sea porque están bajo investigación en los procedimientos policiales, sea porque está sendo procesados penalmente, que su dignidad sea respetada *in totum*. Lo que pasa es que varios segmentos de los medios de comunicación tienen un gran interés en la exploración excesivo de la imagen de los presos, investigados e procesados penalmente, utilizándolas en búsqueda del lucro comercial e de la enorme audiencia que este tema ya obtiene. Por otro lado, la población, en su mayoría ignorante e inconsciente de que la violación de los derechos y garantías fundamentales representan una violación de la propia orden, queda indignada cuando el Estado toma medidas para proteger la imagen de los perseguidos criminalmente. Añadido a todo esto, todavía hay la tensión entre los principios constitucionales de la libertad de expresión e información en un lado y la propia dignidad humana en el otro. Por lo tanto, el presente estudio muestra que el derecho a la imagen, por ser un derecho fundamental, por lo que, obviamente, se basa en la dignidad de la persona humana, no puede ser violado, pudiendo ser al máximo apartado con la posibilidad de exhibición de la imagen de personas involucradas en el proceso penal solamente en caso excepcionales y con previa autorización judicial.

**Palabras Clave: Derecho fundamental a la imagen. La dignidad Humana. Enjuiciamiento criminal.**

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	13
<b>1 TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS</b> .....	21
1.1 CONCEITO E CARACTERIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	21
1.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	24
1.3 GERAÇÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	27
1.3.1 Dimensões ou gerações de direitos fundamentais.....	28
1.3.2 Primeira dimensão dos direitos fundamentais.....	29
1.3.3 Segunda dimensão dos direitos fundamentais.....	30
1.3.4 Terceira dimensão dos direitos fundamentais.....	34
1.3.5 Quarta dimensão dos direitos fundamentais.....	35
<b>2 A FUNÇÃO JURISDICIONAL DO ESTADO NA PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, EM ESPECIAL NA SEARA PENAL E DO PROCESSO PENAL</b> .....	38
2.1 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA DE 1988.....	38
2.2 O DEVER DA EFETIVA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL.....	42
2.3 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	46
2.4 O DEVER DO ESTADO DE GARANTIR A EFETIVIDADE DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	52
<b>3 OS MÉTODOS DE INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS JUSFUNDAMENTAIS SOB A ÓTICA DA NOVA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL</b> .....	56
3.1 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO VETOR HERMENÊUTICO E CONCRETIZANTE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	56
3.2 SOLUÇÃO PARA O CONFLITO ENTRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	59
<b>4 O DIREITO FUNDAMENTAL À IMAGEM</b> .....	63

4.1 O DIREITO FUNDAMENTAL À IMAGEM COMO ESPÉCIE DO GÊNERO DIREITO À PERSONALIDADE.....	63
4.1.2 CONCEITO DE IMAGEM.....	64
4.2 A PROTEÇÃO DA IMAGEM NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E NO DIREITO COMPARADO.....	67
4.3 NATUREZA JURÍDICA DO DIREITO FUNDAMENTAL À IMAGEM.....	73
4.3.1 CARACTERÍSTICAS DO DIREITO FUNDAMENTAL À IMAGEM.....	77
<b>5 DA COLISÃO ENTRE O DIREITO FUNDAMENTAL À IMAGEM E OUTROS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....</b>	<b>82</b>
5.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS À IMAGEM E À LIBERDADE DE EXPRESSÃO EM CONFRONTO.....	82
5.2 A IMPORTÂNCIA DA EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À IMAGEM NA PERSECUÇÃO PENAL NO BRASIL.....	88
5.3 HIPÓTESES DE PERMISSÃO DO USO DA IMAGEM DO RÉU DURANTE A PERSECUÇÃO PENAL BRASILEIRA.....	91
5.4 DANOS CAUSADOS À IMAGEM DO RÉU NA PERSUÇÃO PENAL E MEIOS PARA COMPENSÁ-LOS.....	100
<b>6 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>109</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>111</b>

## INTRODUÇÃO

A vigente Constituição Federal brasileira prevê, em seu artigo 5º, X, que *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.*

Ocorre que, no Brasil, mesmo com a garantia constitucional acima transcrita, a imagem das pessoas investigadas em inquéritos policiais, e também das pessoas processadas criminalmente, é frequentemente desrespeitada.

Tal desrespeito ocorre das mais diversas formas, ora com a exibição da imagem sem autorização, ora com a publicação de notícias sem o rigor técnico-jurídico que garanta a exatidão da informação, ou, ainda, com matérias que se convertem num julgamento antecipado do investigado ou do acusado, do qual não cabe nenhum tipo de recurso, restando àquele sofrer as sanções que a sociedade lhe imporá.

Em muitas emissoras de televisão, existem programas especializados em exibir matérias sobre acontecimentos criminais que variam desde grandes operações da polícia à exibição de pequenos delitos acontecidos nas periferias das cidades.

Referidos programas televisivos parecem buscar seus mais elevados níveis de audiência através, exclusivamente, de um conteúdo jornalístico agressivo e sensacionalista, em razão do qual o investigado ou o acusado inúmeras vezes tem sua imagem e, conseqüentemente, sua dignidade de todo modo violadas.

A sociedade brasileira vive um momento em que a atuação da polícia, notadamente da Polícia Federal, tem sido marcada por megaoperações e prisões que são acompanhadas pela mídia de forma exacerbada, não respeitando os

ditames e limites estabelecidos pela Constituição Federal, que têm como última *ratio* garantir a dignidade da pessoa humana.

Somando-se a isso, vêem-se inúmeras autoridades, notadamente no âmbito policial, valendo-se da exibição da imagem não autorizada dos presos e processados como trampolim para a satisfação da vaidade pessoal de se tornarem conhecidas como agentes atuantes, ou até para divulgar o próprio nome com interesse em candidaturas a cargos eletivos.

Saliente-se que a modernidade dos meios de comunicação agrava a situação, uma vez que, além de espalhar com rapidez e eficiência as notícias pelo mundo inteiro, eterniza-as, já que, depois de inserida na *internet*, por exemplo, a notícia pode ser acessada facilmente através de sítios de busca na rede, mesmo que já tenha sido exibida há muito tempo.

Nessas circunstâncias, o direito fundamental à imagem vem sendo diariamente desrespeitado, tornando ineficaz a norma constitucional que o consagra, o que resulta em uma verdadeira violência contra a dignidade da pessoa humana e contra o próprio ordenamento jurídico nacional que nela também se baseia.

O investigado ou o acusado deve ter respeitado, durante toda a persecução penal, o seu direito à imagem, vez que tal garantia nada mais faz do que preservar a sua dignidade, característica humana que não pode ser violada nem mesmo pela mais severa das penas.

Nesse ponto, o quadro se agrava mais ainda, haja vista que o problema ocorre mesmo antes de qualquer condenação em definitivo, quando a pessoa ainda é simplesmente um investigado ou acusado. Não que depois de uma condenação com trânsito em julgado a imagem do condenado possa ser desrespeitada. Entretanto, é óbvio que é mais grave a violência contra alguém que se mantém formalmente inocente, sem que pese contra tal pessoa sequer uma condenação – a não ser a condenação social imposta pela própria mídia, do que contra alguém que já fora condenado.

Não se pode negar, contudo, que o sujeito investigado, ou mesmo aquele que esteja respondendo a um processo penal, ainda que seja réu confesso, é sujeito de direito e merece ter respeitados todas as garantias e direitos contemplados na Constituição, uma vez que, mesmo estando perseguido pelo Estado, jamais perde a sua condição humana.

O investigado, o preso, o acusado e qualquer dos atores envolvidos no Processo Penal devem ter a sua imagem resguardada contra os abusos que a imprensa – muitas vezes em conluio, ou pelo menos diante da omissão de determinadas autoridades – comete visando, de forma inaceitável, a alcançar os fins acima mencionados.

Nesse contexto, cabe ao Estado, no exercício de sua função jurisdicional, proteger a imagem, a intimidade, enfim, a própria dignidade da pessoa humana, pois esta é o núcleo de cada um dos direitos fundamentais trazidos pela Constituição da República de 1988.

O Estado tem a incumbência direta de zelar pela efetivação do direito fundamental à imagem durante e após a persecução penal, não podendo abster-se de coibir práticas abusivas e de punir os responsáveis, em especial se forem agentes estatais, sendo sua a responsabilidade por qualquer dano causado à imagem de quem por ele é perseguido.

Assim, os estudiosos e aplicadores do Direito não podem ficar inertes em face das violações ao direito à imagem que se constatam, em vários casos, durante a persecução penal, e que fazem do direito fundamental inserto no artigo 5º, X, da CF de 1988, mera previsão sem efetividade, como se fosse uma simples *folha de papel*, conforme expressão cunhada por Ferdinand Lassale<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup>LASSALE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. Trad. Walter Stonner. 2ª Ed. São Paulo: Líber Júris, 1988.

Faz-se necessário, portanto, dar força normativa a esse texto constitucional, como ressaltava Konrad Hesse<sup>2</sup>, densificando o princípio constitucional em questão por meio de atuação vigilante do Ministério Público e da efetiva tutela jurisdicional.

Aqui não é de se dispensar um controle da mídia e da qualidade de seus programas e noticiários por ela mesma, através de seus editores e jornalistas. Tal conduta, longe de configurar qualquer tipo de censura, uma vez que seria feita espontaneamente e pelos próprios órgãos midiáticos – através de seus editores, baseada no bom senso e respeito aos direitos constitucionais –, ajudaria demasiadamente a diminuir a cultura de violência à imagem dos perseguidos nos procedimentos criminais.

A importância do tema se prende não apenas a razões de ordem dogmática, mas às exigências práticas relativas ao tratamento que é dispensado ao investigado ou ao acusado na persecução penal, em particular na República Federativa do Brasil, devido ao desrespeito das garantias e direitos fundamentais elencados na Constituição, em especial no que tange à exposição da sua imagem pela inobservância do artigo 5º, inciso X, da Carta Maior.

A atual tendência dos países ocidentais de humanizar cada vez mais o processo penal, juntamente com a necessidade de fazer da Constituição Federal um documento com normas efetivas, impõe que se faça uma releitura da real e concreta posição e dos direitos do perseguido criminalmente pelo Estado, pois de nada adianta ter a Constituição em seu bojo uma série de direitos e garantias fundamentais, entre eles o direito à proteção da imagem, se não se tiver um Estado forte e justo para que tais garantias sejam efetivamente aplicadas.

É o Estado, através de sua função jurisdicional ajustada aos princípios constitucionais, que deve garantir a inviolabilidade da imagem, a intimidade e a dignidade dos sujeitos do processo. Para isso, deve-se valer sempre

---

<sup>2</sup> HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991

de regras e princípios, como o da proporcionalidade, que possibilitem a máxima “otimização” dos valores vinculados aos direitos fundamentais.

O ferimento do direito fundamental à imagem do perseguido atinge de forma grave o próprio ordenamento constitucional vigente, pois, ao se atingir a imagem, está se atingindo a própria dignidade humana, base do atual ordenamento constitucional brasileiro.

O núcleo essencial do direito elencado no artigo 5º, X da CF é a dignidade da pessoa humana. Dessa forma, o Estado, ao exercer o seu *jus persecuendi*, deve fazê-lo de maneira respeitosa ao homem que esteja sendo investigado ou acusado, não permitindo que haja uma condenação social antecipada, gerada pela exagerada e indevida exposição da imagem do sujeito, garantindo ainda a inviolabilidade da sua imagem e, conseqüentemente, da sua intimidade, conforme preceitua o artigo 93, IX da Constituição Federal:

Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos e todas as decisões fundamentadas, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

Nesse mesmo sentido, ensina o Professor Doutor Francisco Gérson Marques Lima:

A Constituição Federal de 1988 prevê modalidades de garantias às partes, no resguardo da sua intimidade. É o que se infere do art. 5º, LX, e do art. 93, IX. Esse direito à intimidade bem como o interesse público em, por vezes, retrain a publicidade dos atos processuais devem predominar sobre o direito de imprensa, tanto para fins de resguardar a incolumidade das investigações e da instrução processual quanto para evitar o sensacionalismo, onde a imprensa, não raramente, incute no povo uma falsa idéia do caso, estabelecendo um prejulgamento social – o que é notoriamente prejudicial, sobretudo no campo do Tribunal do Júri, onde os jurados serão, no mínimo, alcançados pela influência psicológica da convicção semeada.<sup>3</sup>

---

<sup>3</sup> MARQUES de LIMA, Francisco Gérson. *Fundamentos Constitucionais do Processo: sob a perspectiva dos direitos e garantias fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2002.

Sendo assim, repita-se, não se pretende defender qualquer tipo de censura aos órgãos da imprensa, mas, sim, a possibilidade de mitigação do direito à informação em face ao respeito ao direito fundamental à imagem em casos em que não houver interesse público claro e inequívoco, ou seja, quando o direito à informação deverá sucumbir em relação ao direito à proteção à imagem do investigado ou acusado.

É de se notar que diferentemente do interesse público-consumidor, com natureza meramente midiática, se houver a necessidade processual, tal cerceamento do direito à imagem pode, devidamente fundamentado pela autoridade judicial, ser feito desde que esteja de acordo com as regras da atual hermenêutica constitucional, para evitar que a dignidade da pessoa humana e outros princípios de cunho constitucional sejam banal e mortalmente atingidos durante inquéritos e processos penais.

A regra não pode ser tratada como exceção, ou seja, não se pode afastar o direito à imagem do investigado ou do réu sem a prévia análise e controle judicial, segundo o qual, aplicando ao caso concreto o princípio da proporcionalidade, decidir-se-á, de forma fundamentada, se o direito fundamental à imagem deverá, naquele caso, ser afastado, para que outros direitos fundamentais e interesses públicos possam ser respeitados.

Nesse diapasão, as técnicas interpretativas se coadunam para possibilitar a concretização do direito fundamental à imagem, mesmo quando este estiver em rota de colisão com outros direitos fundamentais, o que na hipótese do direito fundamental à imagem é comum que aconteça em face do direito fundamental à liberdade de expressão ou à informação, sempre se levando em conta que o núcleo essencial dos direitos fundamentais é formado pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

Não se pode descuidar de que a interpretação das normas constitucionais impescinde de uma análise sob o prisma da ponderação dos valores em jogo, buscando, de um lado, efetivar e, de outro, conciliar os valores em questão,

no caso concreto, de modo a garantir a unidade do sistema e a proteção à dignidade da pessoa humana, possibilitando, assim, uma harmonização prática dos princípios em choque.

Dessa forma, faz-se necessário um profundo estudo sobre as situações, excepcionais, em que o direito fundamental à imagem poderá ser mitigado, notadamente ao entrar em zona de conflito com outros direitos fundamentais, aprofundando-se a pesquisa de campo e intensificando o estudo da nova hermenêutica constitucional.

Destarte, diante do quadro atual em que a sociedade brasileira está inserida, no qual a imagem do sujeito é constantemente desrespeitada durante a persecução penal, necessária se faz uma investigação científica séria e compromissada, que, assessorando-se da multidisciplinaridade entre o Direito e a Sociologia Constitucional, possa descobrir o melhor caminho para garantir a efetivação do direito fundamental à imagem em face da persecução penal brasileira, o que destaca a importância do presente tema para a efetividade dos direitos fundamentais.

Assim, a seguir será feita uma análise detalhada da teoria dos direitos fundamentais e das suas características, para que se possa entender a melhor forma de se conciliar os direitos fundamentais quando estiverem em conflito, efetivando-os e resguardando o núcleo essencial de cada um deles, de maneira a garantir a plenitude da ordem constitucional vigente e o respeito à dignidade da pessoa humana, referencial maior para a solução dos referidos conflitos. Assim, fica demonstrada a necessidade de se respeitar o direito fundamental à imagem do perseguido criminalmente pelo Estado, tendo em vista que desrespeitar tal direito fundamental feriria a própria dignidade humana da pessoa que teve a imagem irregularmente explorada.

Não se descuida também da necessidade de se apontar as hipóteses de exceção em que o direito fundamental à imagem poderá ser afastado para dar lugar a efetivação de outros direitos fundamentais, em especial ao da informação e

da liberdade de imprensa. Estas hipóteses são importantes para se comprovar que, no que tange aos conflitos entre direitos fundamentais, não se pode criar uma regra fixa ou uma fórmula única de resolução dessas colisões, devendo-se analisar caso a caso a melhor maneira de aplicação dos direitos em rota de choque, com vistas a privilegiar sempre o princípio da dignidade humana, núcleo essencial de todos os direitos fundamentais.

## **1 TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.**

### **1.1 Conceito e caracterização dos direitos fundamentais.**

Neste tópico, enfrenta-se a árdua missão de tentar conceituar os direitos fundamentais e explicar por que assim são chamados.

Obviamente, não se tem a pretensão de estabelecer um novo conceito para os direitos fundamentais, superando os que já foram criados por reconhecidos doutrinadores; muito pelo contrário, pois o que se buscará é um conceito baseado no que a mais refinada doutrina já oportunizou.

De outro lado, tem-se que a definição do que são os direitos fundamentais é um tema polêmico, haja vista as divergentes opiniões existentes entre os constitucionalistas.

Assim, tentar-se-á definir os mencionados direitos fundamentais de forma mais completa e ampla, a fim de que se possa construir um conceito moderno e acertado com os ditames doutrinários que alicerçam este estudo.

Os direitos fundamentais servem para proteger a dignidade de cada indivíduo, assim como para alicerçar os ordenamentos políticos em que estejam inseridos, sendo, portanto, a base de sustentação de tais ordenamentos e o parâmetro de segurança para os indivíduos que nele se situam.

Referidos direitos são escolhidos como fundamentais pelo legislador que, reconhecendo a sua importância, coloca-os nas constituições, fundamentalidade formal, a fim de que sirvam de garantias para todos os seres, de forma igualitária ou isonômica, caracterizando a legalidade que deve reinar em todo Estado Democrático de Direito, de forma a catalisar o desenvolvimento do ser

humano e garantir a sua dignidade, uma vez que é esta dignidade que forma a sua fundamentalidade substancial.<sup>4</sup>

Para o Professor Canotilho, a maioria dos direitos fundamentais são direitos da personalidade. Estes abarcam, certamente, os direitos de estado, a exemplo do direito à cidadania; os direitos sobre a própria pessoa (direito à vida), à integridade moral e a física (direito à privacidade); os direitos distintos da personalidade (direito à identidade pessoal, direito à informática) e muitos dos direitos de liberdade, como o de expressão. Tradicionalmente, afastam-se dos direitos de personalidade os direitos fundamentais políticos e os direitos a prestações, por não serem atinentes ao ser como pessoa humana.<sup>5</sup>

Aqui já se nota claramente como o tema deste trabalho é inquietante, haja vista a relevância dos direitos acima mencionados e de se buscar uma solução satisfatória para os momentos em que tais direitos fundamentais estiverem em conflito, como na hipótese do direito fundamental à imagem – que é o próprio reflexo da integridade moral do ser – contra o direito também fundamental à liberdade de expressão.

Nesse ponto, importante a lúcida lição do Professor Jorge Miranda sobre o assunto:

Admitir que direitos fundamentais fossem em cada ordenamento aqueles direitos que a sua Constituição, expressão de certo e determinado regime político, como tais definisse, seria o mesmo que admitir a não consagração, a consagração insuficiente ou a violação reiterada de direitos como o direito à vida ou ao trabalho, a liberdade de crenças ou a participação na vida pública só por que de menor importância ou desprezíveis para um qualquer regime político; e a experiência, tanto da Europa dos anos 30 a 90 do século XX, como doutos continentes, aí estaria a mostrar os perigos advenientes dessa maneira de ver as coisas.<sup>6</sup>

Ressalte-se, nesse passo, a diferença entre os chamados *direitos humanos* e os *direitos fundamentais*, tendo em vista que muitos estudiosos têm

---

<sup>4</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direito Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva, da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros, 2008. p520

<sup>5</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 396.

<sup>6</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional – Tomo IV – Direitos Fundamentais*. 4ªed., Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p11.

utilizado das referidas nomenclaturas como se fossem sinônimos, o que é um equívoco.

Os direitos humanos são inerentes à condição humana, portanto são universais, existindo onde quer que exista um homem, independentemente do reconhecimento jurídico de qualquer Estado, pois são legitimados pela própria condição de ser humano e não por nenhuma norma estatal.

Já os direitos fundamentais são os direitos humanos que foram positivados por determinados ordenamentos, ou seja, foram reconhecidos juridicamente pelo Estado. Os direitos fundamentais estão reconhecidos e protegidos pela Constituição e geralmente são resultantes da evolução social e democrática de cada Estado.

Assim, pode se afirmar com absoluta certeza que todos os direitos fundamentais são direitos humanos, mas nem todos os direitos humanos são fundamentais, uma vez que para assim o serem devem ser reconhecidos juridicamente pelo Estado, que os normatizará em suas Constituições, reconhecendo-lhes, dessa forma, como direitos basilares do seu próprio ordenamento jurídico.

Manuel Martinez Sospreda, de maneira clara e didática, ensina que:

Los derechos fundamentales constituyen figuras jurídicas a través de las cuales la Constitución trata de realizar determinados principios y valores y proteger bienes sociales que la propia ley fundamental considera como especialmente relevantes en la perspectiva de la organización del orden vinculante de convivencia en el Estado. Los derechos fundamentales no son otra cosa que instrumentos mediante los cuales el ordenamiento constitucional trata de conformar una determinada orden política desarrollar determinados principios y proteger determinados bienes, su razón de ser no está en sí mismos, y por ello no se autojustifican, sino en los principios y valores que expresan y en los bienes que tutelan, en suma, en el proyecto político de Estado que vienen a definir.<sup>7</sup>

---

<sup>7</sup> SOSPEDRA, Manuel Martínez. *Derecho Constitucional Español*. Valência: Fundación Universitaria San Pablo C. E. U., 1995, p 75.

Ainda sobre o tema, a precisa definição de Antonio Perez Luño, que explica que:

Os direitos fundamentais são um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, igualdade e liberdades humanas, devendo obrigatoriamente ser reconhecidos no ordenamento jurídico positivo e por este garantidos, em âmbito internacional e nacional, gozando no ordenamento nacional de tutela reforçada em face dos poderes constituídos.<sup>8</sup>

Nota-se, pela clareza da lição trazida acima, que não há como se falar em direitos fundamentais sem que não se fale em dignidade humana, pelo que, em ocasiões em que a dignidade do titular do direito seja ferida – e aqui pode ser citada a hipótese de o sujeito ter a sua imagem física explorada e divulgada de forma ilegal e abusiva –, terá seu direito atingido e, conseqüentemente, com a violação desse direito fundamental à imagem, o próprio ordenamento restará atingido.

Destarte, pode-se afirmar que o núcleo essencial de todos os direitos fundamentais, inclusive do direito fundamental à imagem, é a dignidade da pessoa humana e que, ao se ferir referido núcleo essencial, estar-se-á a ferir também o próprio ordenamento jurídico, pois o seu fundamento é também a dignidade humana.

Nesse passo, resta claro que, pela simples condição de humano, o ser deve ter respeitado, inclusive pelo próprio Estado, uma série de direitos que são inerentes à sua pessoa, não podendo mencionados direitos de natureza fundamental serem atingidos de forma a macular a dignidade de seu titular.

## **1.2 Evolução histórica dos direitos fundamentais.**

Nenhum estudo sério sobre os direitos e garantias fundamentais pode alicerçar-se sem que seja sobre um apanhando histórico, iniciado desde as

---

<sup>8</sup> LUÑO, Antônio Perez. *Los Derechos Fundamentales*. 5ª ed. Madrid: Tecnos, 1993, PP. 46-47.

concepções mais abstratas dos períodos mais longínquos, passando pela Revolução Francesa e pelo período iluminista, até o atual direito dos Estados Democráticos que visa a garantir e efetivar o núcleo de todo direito fundamental, que é a própria dignidade humana.

Deve-se, entretanto, chamar a atenção também para os filósofos antigos, como Platão, que antecedeu em um largo lapso temporal as idéias que mais tarde serviriam de fundamento para o pensamento dos iluministas.

De outro lado, não se despreza a importante contribuição dada pelas religiões, notadamente pelo cristianismo, que, ao pregar o amor ao próximo, a caridade, a solidariedade e a aceitação, nada mais fez do que humanizar o homem perante o próprio homem, que passou a se questionar sobre a sua própria natureza e diferenciação em face de outros seres, descobrindo – ou pelo menos valorizando mais – as suas características diferenciadoras, tais como os sentimentos e principalmente a razão, fundamento da sua dignidade.

Desde os primórdios, o homem sempre tentou de alguma forma se organizar socialmente, seja por necessidade, seja por conveniência ou até mesmo por ambição. A partir do momento em que conseguiu essa organização, por mais primitiva que fosse, passou a estabelecer diretrizes que serviam de limites à conduta de cada um que compusesse aquela pequena organização social.

Tais limites ou diretrizes eram registrados em forma de gravuras em pedra ou paredes de cavernas, tornando, assim, público o que havia sido estabelecido para aquelas pessoas. Com isso, inevitável foi a natural conscientização dos direitos e deveres que faziam com que o homem não mais estivesse no estado de natureza<sup>9</sup> e, sim, passasse a se reconhecer como sujeito de direito perante seus semelhantes e, em fase posterior, perante o próprio ente organizacional, tal qual o Estado.

---

<sup>9</sup> Expressão cunhada por John Locke no seu livro *Segundo tratado sobre o governo*. Tradução Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2002.

Um dos códigos mais afamados da Antiguidade, o Código de Hamurabi<sup>10</sup>, que vigorou há cerca de 3.700 anos, já previa direitos comuns, tais como a proteção à honra, à vida, a propriedade e até mesmo a dignidade. Obviamente que a crueldade de algumas penas atentava na mesma medida contra tais bens que o código buscava proteger. No entanto, não há como se negar que a proporcionalidade trazida por ele, que, na verdade, baseava-se inteiramente na Lei de Talião “olho por olho, dente por dente”<sup>11</sup>, foi o maior avanço da época para o Direito Penal, que passou a ser proporcional, um rascunho bem elaborado do que hoje chamamos de proporcionalidade.

Registre-se, igualmente, que os egípcios, assim como os helenos, foram povos muito importantes para a criação e divulgação de direitos relacionados à função do Estado em face de seus cidadãos e dos primeiros direitos reconhecidos de titularidade das mulheres, que a seu tempo tinham dificuldades em serem consideradas até mesmo cidadãs.

Questões outras, como a justiça social, os preceitos éticos e, por que não falar, os direitos humanos ou inerentes a tal condição, foram embrionariamente tratados pelos hebraicos, que já em 1.500 anos antes de Jesus Cristo tentavam, mesmo que de forma inconsciente, efetivar a dignidade humana dos membros de suas tribos através de preceitos que tinham como origem a vontade de Deus traduzida pelo seu profeta maior: Moisés.

A filosofia oriental, notadamente com o surgimento de Buda, Confúcio, Zoroastro e Isaias, teve grande importância no desenvolvimento do valor ao bem comum e à paz de cada indivíduo. Somando-se ainda a filosofia de Pitágoras, na Grécia, tem-se a base do pensamento filosófico que mais tarde

---

<sup>10</sup> O Código de Hamurabi é um conjunto de leis criadas na Mesopotâmia, por volta do século XVIII a.C, pelo rei Hamurabi da primeira dinastia babilônica. O código é baseado na lei de talião, “olho por olho, dente por dente”.

<sup>11</sup> Tal princípio “olho por olho, dente por dente” também será encontrado em época posterior na bíblia, no livro de Mateus, Capítulo V, versículo XXXVIII: “Vocês ouviram o que foi dito: *“Olho por olho, dente por dente”*, porém amenizado no versículo seguinte pela mensagem de amor ao próximo e perdão que Jesus Christus pregava: *“Eu, porém, lhes digo: não se vinguem de quem fez o mal a vocês. Pelo contrário: se alguém lhe der um tapa na face direita, ofereça também a esquerda”*.

chegaria ao esplendor com os três maiores filósofos da civilização helênica, a saber: Sócrates, Platão e Aristóteles.

Assim, tem-se que ao longo da evolução dos direitos fundamentais a liberdade e a dignidade humana foram os mais vivos reflexos da universalidade que tais direitos possuem em sua essência. Universalidade esta que importa no reconhecimento desses direitos, em maior ou menor grau, em todo o mundo ocidental.

Registre-se, ainda, que em algumas partes do mundo, notadamente no Oriente Médio, o reconhecimento dos direitos fundamentais ainda parece estar há um largo passo atrás do ocidente, tendo em vista que, pelas mais variadas hipóteses – tais como demasiada religiosidade, difícil acesso à tecnologia que permitam acesso à informação, além de um forte dogmatismo cultural em torno de tradições –, há uma extrema dificuldade para que aconteça uma interação da maioria da população com o resto do mundo. Isso, por si só, justifica o difícil estabelecimento de ordenamentos que respeitem a dignidade do ser individual, ou seja, da pessoa enquanto ser humano e racional.

Dessa forma, não há como se discutir o tema deste estudo com os paradigmas daqueles ordenamentos, mas, por outro lado, com isso, comprova-se que a evolução do reconhecimento dos direitos fundamentais realmente se dá diferentemente a depender da evolução social de cada Estado; assim como também se comprova que o fundamento e a essência de todos os direitos fundamentais é mesmo a dignidade humana, vendo-se que, nos Estados em que ela não é respeitada, os direitos individuais e fundamentais também sucumbem ou sequer chegam a existir.

### **1.3 Dimensões dos direitos fundamentais.**

### **1.3.1 Dimensões ou gerações de direitos fundamentais.**

No presente estudo, é reconhecida e seguida a doutrina do Professor Paulo Bonavides, o qual ensina que os direitos fundamentais devem ser divididos atualmente em quatro dimensões.

Importa ressaltar, desde já, que o termo “geração”, já consagrado na doutrina, se fosse interpretado no que tange ao aspecto puramente cronológico, seria inadequado para classificar os direitos fundamentais, haja vista que a geração seguinte poderia ser tida como substituta da geração anterior, que, assim, estaria obsoleta ou caduca, não mais podendo ser utilizada.

Na verdade, o termo mais adequado para classificar os direitos fundamentais, ao invés de “geração”, é o vocábulo “dimensão”, já que cada nova geração de direitos fundamentais não surge para substituir a anterior, e, sim, para ser a ela acrescentada, servindo os direitos das gerações anteriores, inclusive, como pilares estruturais dos direitos das gerações seguintes que, por sua vez, chegam para aumentar e diversificar o leque de direitos reconhecidos pelo Estado como fundamentais.

Percebe-se que os direitos fundamentais passaram ao longo do tempo por um processo absolutamente cumulativo e qualitativo, o que denota que, a cada “geração”, aludidos direitos aumentavam a abrangência e a sua concretude, sempre em direção à universalização já profetizada pelos franceses, no momento da famosa Declaração dos Direitos do Homem, de 1789; ou seja, além de se ter uma maior cobertura em face do aumento de direitos reconhecidos como fundamentais, conseguiu-se também que os que já existiam fossem, de forma mais vigorosa, efetivados.

Assim, não se tem dúvida de que, a cada nova dimensão de direitos fundamentais, os direitos que pertencem à dimensão anterior mais se fortalecem e são efetivamente aplicados. Por isso, defende-se que o termo dimensão é mais

adequado para se referir aos direitos fundamentais do que a clássica terminologia “geração”.

Sobre essa discussão, a eloqüente lição de Paulo Bonavides:

Força é dirimir, a esta altura, um eventual equívoco de linguagem: o vocábulo “dimensão” substitui, com vantagem lógica e qualitativa, o termo “geração”, caso este último venha a induzir apenas sucessão cronológica e, portanto, suposta caducidade dos direitos das gerações antecedentes, o que não é verdade. Ao contrário, os direitos da primeira geração, direitos individuais, os da segunda, direitos sociais, os da terceira, direitos ao desenvolvimento, ao meio ambiente, à paz e à fraternidade, permanecem eficazes, são infra-estruturais, formam a pirâmide cujo ápice é o direito à democracia: coroamento daquela globalização política para a qual, como no provérbio chinês da grande muralha, a Humanidade parece caminhar a todo vapor, depois de haver dado o seu primeiro e largo passo<sup>12</sup>.

Esclarecida essa questão terminológica, passa-se à análise detalhada de cada dimensão dos direitos fundamentais.

### **1.3.2 Primeira dimensão dos direitos fundamentais.**

Na aula inaugural dos Cursos do Instituto Internacional dos Direitos do Homem, em Estrasburgo, ministrada pelo Professor Karel Vasak, em 1979, foi cunhada a lição de que os direitos fundamentais possuiriam três gerações, sendo a primeira geração ligada aos direitos da liberdade, a segunda aos direitos de igualdade e a terceira aos direitos à fraternidade.

Os direitos fundamentais de primeira geração dominaram o século XIX e são voltados para o homem enquanto ser social individual, singular, garantindo-lhe as liberdades abstratas, sendo oponíveis inclusive contra o próprio Estado, que os reconheceu com tal natureza de fundamentais e que deve, em face

---

<sup>12</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 571/572.

desses direitos, comportar-se de forma a *non facere*, ou seja, omitindo-se em praticar atos que importem no cerceamento ou mitigação dos direitos e liberdades dos indivíduos.

São direitos que, segundo a classificação de Jellinek, teriam *status negativus*, pois obrigam o Estado a se manter numa posição de respeito e abstenção em face da liberdade que tem cada indivíduo para agir.

Nota-se que, tendo como titulares os indivíduos, esses direitos são responsáveis por uma nítida e clara separação entre sociedade e Estado, pois se configuram como atributos do indivíduo para se opor ou resistir ao Estado, tendo como principal característica a sua subjetividade.

Foram os primeiros direitos fundamentais reconhecidos entre os direitos civis e políticos no mundo Ocidental, sendo um verdadeiro marco histórico para os direitos do homem, tendo sido reconhecidos de forma ascendente, mesmo que não linear, nos países que adotam o modelo de ordenamento jurídico constitucional democrático.

### **1.3.3 Segunda dimensão dos direitos fundamentais.**

A segunda dimensão dos direitos fundamentais dominou o século XX e comporta os direitos sociais, culturais e econômicos, além dos afamados direitos coletivos.

São inspirados pelo princípio da igualdade e serviram de combustível dos ideais contrários ao Estado totalmente liberal, sugerindo que o Estado seja um ente mais preocupado com o social.

Originariamente, foram proclamados nas Constituições marxistas e nas nações que adotavam a social-democracia, em especial na Alemanha, com sua Constituição de Weimar, e nas constituições do pós-guerra de modo geral.

Devido à dificuldade de serem efetivados, tendo em vista, muitas vezes, a escassez de recursos por parte dos Estados, tais direitos tiveram um grande período de baixa normatividade, tendo até mesmo a sua natureza questionada em vários ordenamentos.

No Brasil, a doutrina hoje parece não mais discutir a natureza dos direitos sociais, sendo pacífico o entendimento de que se tratam, sim, de direitos fundamentais e, portanto, têm imediata aplicabilidade, mesmo que estejam positivados em normas de caráter programático, como se verá a seguir.

Destarte, importa registrar que, além de terem enfrentado uma fase inicial de baixa normatividade, passaram por uma crise de aplicabilidade, que se encostava na afirmação de que eram direitos de aplicabilidade programática, ou seja, não se garantia ou exigia que tais direitos fossem imediatamente aplicados, mas, sim, que, pelo menos, estivessem contidos numa norma que previsse a sua aplicação progressiva ao longo do tempo.

Não parece mais cabível, em face das disposições trazidas na Constituição Federal de 1988, a interpretação de que, para que tais direitos sejam reconhecidos como fundamentais, basta que estejam programados, pois hodiernamente entende-se que todos os direitos fundamentais possuem aplicabilidade imediata.

Nesse ponto, importante a lição do Professor Ingo Wolfgang Sarlet sobre o tema:

Ponto de partida de nossa análise será, aqui, também a constatação de que mesmo os direitos fundamentais a prestações são inequivocamente autênticos direitos fundamentais, constituindo (justamente em razão disto) direito imediatamente aplicável, nos termos do disposto no art. 5º, § 1º, de nossa Constituição. A exemplo das demais normas constitucionais e

independentemente de sua forma de positivação, os direitos fundamentais prestacionais, por menor que seja a sua densidade normativa ao nível da Constituição, sempre estarão aptos a gerar um mínimo de efeitos jurídicos, sendo, na medida desta aptidão, diretamente aplicáveis, aplicando-se-lhes (com muito mais razão) a regra geral, já referida, no sentido de que inexistente norma constitucional destituída de eficácia e aplicabilidade. O quanto de eficácia cada direito fundamental a prestações poderá desencadear dependerá, por outro lado, sempre de sua forma de positivação no texto constitucional e suas peculiaridades de seu objeto. Convém salientar, ademais, que estamos tratando de eficácia como diretamente decorrente da Constituição, e não da eficácia de direitos derivados, no sentido de direitos legais, oriundos da concretização – em nível infraconstitucional – das normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais<sup>13</sup>.

Assim, não se pode olvidar de que a efetiva aplicação de tais direitos fundamentais de segunda dimensão é um dever do Estado, aqui um *status* positivo, uma postura *facere*, que, caso não seja cumprido, pode ser buscado por via judicial.

Em muitos Estados, até pouco tempo atrás, ainda prevalecia o entendimento de que somente os direitos de primeira dimensão, ou seja, aqueles direitos voltados para as liberdades individuais, é que eram de aplicabilidade imediata, não se atribuindo aos direitos fundamentais de segunda geração tal característica. Pensamento este absolutamente superado e que não prevalece mais nos Estados Democráticos de Direito. Atualmente, mencionada questão não mais possui relevância, ante a firme e coerente posição doutrinária de que os direitos fundamentais, independentemente de a qual dimensão pertençam, possuem, sim, aplicabilidade imediata.

De outro lado, não se pode deixar de frisar que alguns autores defendem que fatores como a globalização, novas tecnologias e avanços científicos, em conjunto, ajudaram a criar uma verdadeira crise de efetividade dos direitos fundamentais, que é sentida primeiramente no que tange aos direitos sociais e, a partir daí, contamina todas as outras dimensões dos direitos fundamentais.

Nesse ponto, vejamos o posicionamento do Professor Doutor Ingo Wolfgang Sarlet:

---

<sup>13</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais – Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na perspectiva Constitucional*. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 294.

Esta sim denominada crise dos direitos fundamentais, ao menos na sua feição atual, a despeito de ser aparentemente mais aguda no âmbito dos direitos sociais (em função da redução da capacidade prestacional do Estado, da flexibilização dos direitos trabalhistas, etc.) é, contudo, comum a todos os direitos fundamentais, de todas as espécies e “gerações”, além de não poder ser atribuída, no que diz com suas causas imediatas, exclusivamente ao fenômeno da globalização econômica e ao avanço do ideário e da “práxis” neoliberal. Basta neste contexto, apontar para o impacto da tecnologia sobre a intimidade dos indivíduos (de modo especial no âmbito da sociedade informatizada), sobre o meio-ambiente, isto sem falar no desenvolvimento da ciência genética, experiências com a reprodução humana, etc, demonstrando que até mesmo o progresso científico pode, em princípio, colocar em risco direitos fundamentais da pessoa humana. (...). Para além disso, convém que fique registrado que – além da crise dos direitos fundamentais não se restringir aos direitos sociais – a crise dos direitos sociais, por sua vez, atua como elemento de impulso e agravamento da crise dos demais direitos. Assim, apenas para ficarmos com alguns exemplos, constata-se que a diminuição da capacidade prestacional do Estado e a omissão das forças sociais dominantes, além de colocarem em cheque a já tão discutível efetividade dos direitos sociais comprometem inequivocadamente os direitos à vida, liberdade e igualdade (ao menos no sentido de liberdade e igualdade real), assim como os direitos à integridade física, propriedade, intimidade, apenas para citar os exemplos mais evidentes.<sup>14</sup>

Dessa forma, nota-se que, *a priori*, até mesmo o que poderia ser um bem para o desenvolvimento social – a globalização – pode se tornar uma ameaça para a efetivação dos direitos fundamentais, em especial os direitos de segunda dimensão.

Tal fenômeno global atinge de forma negativa, sem dúvidas, principalmente os países subdesenvolvidos e aqueles que possuem frágeis e jovens democracias, uma vez que nessas nações as instituições são ainda pouco estruturadas e as suas populações possuem menos possibilidades de usufruir o lado bom da tecnologia e da informação que a globalização permite de forma abrangente aos países desenvolvidos, o que agrava a problemática da efetividade e aplicabilidade dos direitos fundamentais de segunda dimensão.

---

<sup>14</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Revista de Diálogo Jurídico*. Ano I, vol.I, nº1. Abril de 2001. Salvador/BA – Brasil. P. 07/08.

#### **1.3.4 Terceira dimensão dos direitos fundamentais.**

Os direitos fundamentais de terceira dimensão, sendo de natureza mais fraterna do que os demais, distinguem-se dos direitos de primeira e segunda dimensões, pois são voltados para o gênero humano e não mais somente voltados para a proteção de direitos individuais ou de uma determinada coletividade, ou até mesmo de um determinado Estado ou povo. Aqui, a própria raça humana é o seu objeto de proteção, sendo, assim, mais voltados para o geral e menos para o individual.

Aparecem, primeiramente, no final do século passado, com elevado grau de humanismo, representando o apogeu de uma evolução dos direitos fundamentais, por abordar temáticas universais como a paz, o meio-ambiente, o direito ao patrimônio comum da humanidade, seja ele cultural, histórico ou natural, entre outros.

Possuem um caráter de solidariedade, ou seja, são direitos que visam a ajudar o próprio gênero humano, sem distinções de qualquer natureza. Assim, acertadamente podem ser definidos como direitos que objetivam o desenvolvimento da raça humana e a sua melhor qualidade de vida, sem fazer qualquer distinção sobre o sujeito que protegerão ou sobre suas qualidades ou características individuais.

Conforme o processo de universalização dos mencionados direitos de terceira dimensão vai se consolidando em algumas partes do mundo, em outras, nas quais o mencionado processo já está em um patamar mais avançado, já se é possível ver novos direitos sendo criados, incorporados nessa dimensão, tais como o direito ao trabalho e a própria comunicação, aqui englobando a inserção social pelas redes de relacionamento da *internet*.

### **1.3.5 Quarta dimensão dos direitos fundamentais.**

Os direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira dimensões foram responsáveis por uma mudança de perspectiva das proteções conferidas ao homem enquanto ser racional, pois serviram de base para a efetiva normatização dos direitos humanos.

Diferentemente do caráter abstrato com que foram tratados na Declaração dos Direitos do Homem, em 1789, atualmente percebe-se que tais direitos fundamentais são tratados de modo mais positivo e com normas possuidoras de uma maior concretude do que outrora, o que os torna mais palpáveis e efetivos nos ordenamentos a que pertencem.

Essa nova fase mais positiva dos direitos fundamentais teve como marco inicial a Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, tendo sido, a seguir, contemplados em várias Constituições e diplomas legais de natureza infraconstitucionais.

Com isso, os direitos fundamentais de quarta dimensão já se apresentaram de forma mais concreta e efetiva do que os direitos fundamentais das dimensões anteriores, sendo que tal concretude não significa que estejam dispostos sempre em normas de aplicabilidade imediata, podendo estar em normas programáticas também, tal como está a maioria dos direitos sociais no ordenamento brasileiro.

Os direitos de quarta dimensão foram introduzidos pela globalização política ocorrida no Brasil nos últimos anos. Mencionada globalização atuou no ordenamento jurídico universalizando os direitos tidos como fundamentais e garantindo, assim, a última fase da institucionalização do Estado Social.

É importante destacar que a globalização que aqui se refere trata-se de uma globalização especificamente política, diferente das afamadas globalização

econômica ou cultural. Nesse passo, falar-se em globalização política vinculando o fenômeno aos direitos fundamentais é muito bom, uma vez que a disseminação de aludidos direitos por todo o mundo é algo, sem dúvida, positivo.

De outro lado, fez-se essa distinção entre as globalizações porque não se crê que os outros tipos de globalização citados tenham trazido benefícios ou avanços, seja no reconhecimento, seja no desenvolvimento ou efetivação dos direitos fundamentais. Muito pelo contrário, credita-se àqueles fenômenos a verdadeira escravização e subordinação tecnológica e social que é imposta às populações dos países subdesenvolvidos por aquelas nações que possuem o domínio de tecnologia e informática.

Assim, são direitos de quarta dimensão: o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo político.

Paulo Bonavides, nesse ponto, ensina de maneira eloqüente que:

A democracia positivada enquanto direito de quarta geração, há de ser, de necessidade, uma democracia direta. Materialmente possível graças ao avanço da tecnologia e da comunicação, e legitimamente sustentável graças à informação correta e às aberturas pluralistas do sistema. Desse modo, há de ser também uma democracia isenta já das contaminações da mídia manipuladora, já do hermetismo de exclusão, de índole autocrática e unitarista, familiar aos monopólios do poder. Tudo isso, obviamente, se a informação e o pluralismo vingarem por igual como direitos paralelos e coadjuvantes da democracia; esta, porém, enquanto direito do gênero humano, projetado e concretizado no último grau de sua evolução conceitual.<sup>15</sup>

Os direitos de quarta dimensão, ao mesmo tempo em que possuem a objetividade dos direitos de segunda e terceira dimensões, são carregados da subjetividade dos direitos de primeira geração, o que, de fato, serve para fortalecer ambas as dimensões, havendo, assim, uma verdadeira simbiose das características de cada uma das dimensões mencionadas.

---

<sup>15</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.p. 571.

Acrescenta-se, ainda, que os direitos de quarta dimensão adquiriram um importante destaque nos últimos anos no Brasil em face do amadurecimento de alguns entes e setores da sociedade, os quais são responsáveis diretos pelo fortalecimento da democracia e da liberdade de informação, tais como a imprensa e as próprias organizações não governamentais, que exercem um trabalho através de redes sociais, em especial com o auxílio da *internet* – a qual lhes possibilita uma maior aproximação e politização de temas fundamentais à população –, o que sem nenhuma dúvida reforça a democracia do país e suas instituições tão necessárias para o Estado Democrático de Direito se manter como tal.

## **2 A FUNÇÃO JURISDICIONAL DO ESTADO NA PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, EM ESPECIAL NA SEARA PENAL E DO PROCESSO PENAL.**

### **2.1 Os direitos fundamentais na Constituição Federal brasileira de 1988.**

O Estado brasileiro atual possui direitos e garantias trazidos em sua Constituição Federal que, sem nenhum tipo de exagero, configuram suas bases, sendo fundamentais não somente na sua definição gramatical, mas sobretudo para a efetiva concretização da democracia.

A importância dada pelo constituinte originário aos direitos fundamentais é tamanha que tais direitos estão dispostos em privilegiada posição topográfica na Constituição de 1988, estando no Título, à frente até mesmo das normas de estruturação do Estado, que somente estão posteriormente dispostas.

Ademais, já no parágrafo único do artigo primeiro, encontram-se referências aos direitos fundamentais, em especial o da dignidade da pessoa humana, o que denota a importância de tal princípio para os direitos fundamentais e para o ordenamento jurídico como um todo.

Assim, não há como negar que o Estado, ao reconhecer os direitos fundamentais ao longo de todo o texto constitucional – que, por sua vez, possui nítida influência da Declaração Universal dos Direitos humanos da ONU –, assumiu o papel de efetivar tais direitos, criando mecanismos de defesa, inclusive para os direitos humanos, reflexos internacionais dos direitos fundamentais.

Não se pode deixar de afirmar que nessa missão protetora o Estado também se vale de direitos fundamentais de natureza iminentemente processuais, numa comunicação intermitente entre tais direitos e os direitos de natureza material, sempre visando a sustentar a ordem jurídica constitucional de forma unitária e completa.

No que tange ao Direito Penal e ao Direito Processual Penal, não se pode deixar de lado o referencial de que tais ramos do direito somente podem ser efetivados de maneira correlata e em consonância com as normas de um Estado Democrático de Direito, devendo ser aplicados de forma vinculada às garantias e direitos fundamentais dos personagens que compõem o processo, sob pena de se ferir a própria unidade do ordenamento.

Tal idéia, obviamente, abrange a seara dos procedimentos pré-processuais, tais como o inquérito policial e o inquérito civil público, já que são procedimentos que poderão vir a lastrear uma futura ação penal, não fugindo, assim, tais procedimentos, do dever de obediência a todas as disposições e princípios contidos e emanados da Constituição Federal. Essas normas e princípios devem ser observados mesmo que não estejam dispostos em lei ou regramento outro infraconstitucional que regule referidos procedimentos, pois, como são oriundos diretamente da Constituição Federal, devem ser, por isso, aplicados imediatamente a toda e qualquer ação estatal.

Essa é uma visão típica do Direito, sendo missão dessa ciência, ao mesmo tempo em que se preocupa em atender os anseios sociais por penas maiores e mais duras – notadamente em épocas de grande violência urbana –, preocupar-se com a efetivação das garantias constitucionais dos que são perseguidos no processo penal, tendo em vista que devem ser considerados inocentes até que contra eles pese uma decisão com trânsito em julgado, por ser essa a essência do princípio da presunção de inocência.

Ora, se em um Estado Democrático de Direito não se admite que ao condenado com o trânsito em julgado se aplique uma pena que fira a sua dignidade, pois nem mesmo uma condenação criminal tem o condão de tirar a condição humana do condenado, por óbvio que ao ainda não condenado definitivamente esse mesmo Estado deve garantir, ainda com mais vigor, a efetividade dos direitos previstos em sua Constituição Federal durante o martírio de um processo penal que ainda não findou.

A pena em um Estado que respeite os direitos fundamentais deve, sim, preocupar-se em retribuir o mal feito à vítima pelo ofensor. Entretanto, deve se preocupar ainda mais em possibilitar ao condenado a sua própria recuperação e ressocialização, sem que durante a aplicação da pena seja ferida ou desrespeitada a dignidade da pessoa condenada.

Dessa forma, em especial no que se refere ao processo penal, este deve ser conduzido com o máximo cuidado para que não se torne uma verdadeira pena antecipada e ainda mais cruel que a própria punição prevista e previamente cominada em lei.

Assim é que os direitos e garantias fundamentais trazidos pela Constituição Federal devem servir de baliza para os agentes estatais e paraestatais, como os jornalistas, que atuam desde a investigação criminal até ao presidente da mais alta corte do país, pois somente dessa forma é que o princípio da dignidade humana estará plenamente realizado em face daquele que é a parte mais fragilizada no processo penal, ou seja, o próprio réu.

Compartilhando dessa mesma posição, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes, ex-presidente do Supremo Tribunal Federal, aduz cristalina e firmemente que:

Não se pode perder de vista, portanto, que a boa aplicação dessas garantias constitucionais configura elemento essencial de realização do princípio da dignidade da pessoa humana na ordem jurídica. Como amplamente reconhecido, esse princípio impede que o homem seja convertido em objeto dos processos estatais. O Estado está vinculado ao dever de respeito e proteção do indivíduo contra exposição a ofensas ou humilhações. A submissão do homem a processo judiciais indefinidos atenta contra o princípio da proteção judicial efetiva, além de ferir o princípio da dignidade humana. (...) O Jurista – especialmente aquele especializado nas questões penais – comprometido com a consolidação do Estado Democrático de Direito não pode transigir com a violação dos direitos fundamentais. Pelo contrário, deverão tais direitos funcionar como limite ao poder de punição do Estado<sup>16</sup>

---

<sup>16</sup> HASSEMER, Winfried. *Direito Penal Libertário*. Trad. Regina Greve. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. Pag. XIII e XIV.

Ora, quando se fala em direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988 em relação aos procedimentos e processos penais, não se pode deixar de se abordar, mesmo que de forma ligeira, outros direitos fundamentais derivados todos da dignidade humana que não deixa de possuir o investigado ou mesmo o condenado, a exemplo do direito: ao célere e rápido processo; a decisões fundamentadas e possíveis de correção por via de remédios constitucionais; à efetiva defesa patrocinada por advogado constituído e também o direito fundamental à imagem, trazido pelo artigo 5º, X, CF.

Não resta dúvida de que o direito a ter a imagem protegida é um direito fundamental, não somente por estar topograficamente no artigo 5º da Constituição Federal, mas por ter seu núcleo formado pela dignidade humana da pessoa que visa a proteger, devendo, portanto, ser objeto da mais vigorosa proteção estatal.

De outro lado, dúvida não resta de que este direito a ter a imagem preservada, em especial quando a pessoa está a sofrer uma perseguição do Estado, é um dos direitos fundamentais mais atacados, desrespeitados e atingidos pela imprensa de modo geral, que, mesmo diante da disposição constitucional expressa e clara, não se intimida na busca pela exploração da imagem de presos, investigados e condenados. Assim, presta um absoluto desserviço à sociedade e às instituições democráticas, posto que, ao ferir tal direito fundamental à imagem, está ferindo a própria Constituição Federal e enfraquecendo as instituições democráticas do país.

Destarte, diante da garantia à proteção da imagem trazida pelo artigo 5º, X da Constituição Federal de 1988, os agentes estatais estão obrigados não somente a colaborar com mencionada proteção, mas efetivamente a exercê-la em prol do cidadão.

O Direito Penal e seus personagens não podem se furtar à missão de resguardar os direitos fundamentais que a Constituição da República de 1988 albergou, podendo, através do devido processo penal e legal, retirar até mesmo a liberdade do sujeito, sem, contudo, tirar-lhe a sua dignidade, o que é feito, às vezes,

de maneira irreversível, quando a imagem do perseguido em um processo penal é exposta indevidamente.

Nessa hipótese, há uma verdadeira sanção social aplicada ao sujeito que teve sua imagem indevidamente explorada e divulgada por estar sofrendo uma investigação ou um processo penal, pois quase todos, em maior ou menor grau, na sociedade lhe imporão um ostracismo, fruto do prévio e íntimo conceito que cada um tem das pessoas que estão naquela condição de réu.

A lei penal deve proteger os bens jurídicos mais valiosos, sendo o último caminho que o Estado deve dispor para conter e rechaçar condutas que a sociedade considera incompatíveis com a vida social civilizada. Porém, é justamente na aplicação desse Direito Penal que os agentes estatais devem ter o cuidado de não serem ou permitirem que a imprensa e os meios de comunicação sejam verdadeiros bárbaros, que estraçalham a dignidade humana do réu, sem piedade, e em desrespeito ao direito fundamental que este possui a ter sua imagem protegida e respeitada tanto por particulares como, e principalmente, pelo próprio Estado persecutor.

Assim é que o direito fundamental à proteção da imagem do investigado, réu ou mesmo do definitivamente condenado, deve ser protegido, somente podendo ser mitigado ou afastado em determinados casos em que entre em rota de colisão com outros direitos também fundamentais. Ressalte-se que nunca pode ser totalmente excluído, uma vez que, antes de estar na condição de perseguido criminalmente pelo Estado, o sujeito é um ser humano e não perde essa condição, nem os direitos inerentes a ela, em virtude de qualquer procedimento que lhe tenha como personagem principal, ou em virtude de qualquer sanção criminal que lhe seja imposta.

## **2.2 O dever da efetiva prestação jurisdicional.**

Os direitos fundamentais, independentemente da dimensão a que pertençam, possuem como uma de suas características comum a sua imediata aplicabilidade, ou seja, o Estado, ao reconhecer determinado direito como fundamental em sua Constituição, deverá garantir a sua efetiva aplicação através dos instrumentos garantidores previstos na própria Constituição Federal, tais como os afamados remédios constitucionais: *habeas corpus*, *habeas data*, ações visando ao controle de constitucionalidade das leis, mandado de segurança, este, inclusive, podendo ser ajuizado em favor de uma coletividade, etc.

Tal entendimento se aplica mesmo em se tratando dos direitos de segunda geração, em especial os sociais, em que há uma série de dificuldades para que o Estado os efetive, tais como falta de recursos, impossibilidade tecnológica ou técnica, necessidade de criação de infra-estrutura específica, etc. Entende-se, como já visto acima, que são direitos de aplicabilidade imediata, a qual deverá ser posta em prática pelo ente estatal na medida do possível, desde que constem em normas programáticas que prevejam a maneira e o tempo em que deverão ser de fato efetivados.

Assim, resulta importante que o Estado garanta aos seus cidadãos uma prestação jurisdicional eficiente e atinente às necessidades de seu povo, pois caberá ao Estado-Juiz, através de seu poder jurisdicional, ser o guardião dos direitos fundamentais contra qualquer que os desobedeçam – até mesmo o próprio Estado –, além do dever, óbvio, de também zelar pelos direitos que não possuam a natureza de direitos fundamentais.

Importante a lição do Professor Luiz Guilherme Marinoni que diferencia a hipótese em que o Estado-Juiz atua na defesa de direitos fundamentais e quando presta serviço em defesa de direitos que não possuem essa natureza, frisando que, mesmo nesta última hipótese, o próprio direito à prestação jurisdicional efetiva já é um direito fundamental:

Porém, o direito à tutela jurisdicional não só requer a consideração dos direitos de participação e de edição de técnicas processuais adequadas, como se dirige à obtenção de uma *prestação do juiz*. Essa *prestação do juiz*,

*assim como a lei*, também pode significar, em alguns casos, *concretização do dever de proteção do Estado em face dos direitos fundamentais*. A diferença é que a lei é resposta abstrata do legislador, ao passo que a decisão é resposta do juiz diante do caso concreto. Ou seja, há direito, devido pelo Estado-legislador, à edição de normas de direito material de proteção, assim como de normas de direito instituidoras de técnicas processuais capazes de propiciar efetiva proteção <sup>[37]</sup>. Mas o Estado-Juiz também possui dever de proteção, que realiza no momento em que profere a sua decisão a respeito dos direitos fundamentais.

Entretanto, o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, quando se dirige contra o juiz, não exige *apenas a efetividade da proteção dos direitos fundamentais*, mas sim que a tutela jurisdicional seja prestada de maneira efetiva *para todos os direitos*. Tal direito fundamental, por isso mesmo, não requer *apenas técnicas e procedimentos adequados à tutela dos direitos fundamentais, mas sim técnicas processuais idôneas à efetiva tutela de quaisquer direitos*. De modo que a resposta do juiz não é apenas uma forma de se dar proteção aos direitos fundamentais, mas sim uma maneira de se dar tutela efetiva a toda e qualquer situação de direito substancial, inclusive aos direitos fundamentais que não requerem proteção, mas somente prestações fáticas do Estado (prestações em sentido estrito ou prestações sociais).

Como se vê, embora a resposta do juiz sempre atenda ao direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, somente em alguns casos o objeto da decisão é outro direito fundamental, ocasião em que, na realidade, existe o direito fundamental à tutela jurisdicional ao lado do direito fundamental posto à decisão do juiz. Quando esse outro direito fundamental requer prestação de proteção, não há dúvida que a decisão configura evidente prestação jurisdicional de proteção. E no caso em que a decisão não trata de direito fundamental? Frise-se que, embora o juiz, nesse caso, não decida sobre direito fundamental, ele obviamente responde ao direito fundamental à efetiva tutela jurisdicional. Nessa hipótese, como a prestação do juiz não decide sobre direito fundamental, ela deverá ser considerada diante do próprio direito fundamental à tutela jurisdicional.

Ora, dessa forma, o Estado tem o dever de proporcionar uma efetiva prestação jurisdicional a todos que precisem, seja equipando o Judiciário, seja selecionando bons servidores e fiscalizando o seu trabalho; enfim, levando justiça a quem dela necessite.

De outro lado, a partir do momento em que o Estado não proporcionar uma prestação jurisdicional célere e eficaz, alguns próprios direitos fundamentais estarão sendo violentados, pois de nada adianta ter um Estado em que sua Constituição lista uma série de direitos e garantias fundamentais, se este mesmo Estado não puder garanti-los através de seus órgãos administrativos e judiciários.

A falta de mencionada prestação jurisdicional pode acarretar prejuízos incomensuráveis aos cidadãos, que poderão reagir buscando uma reparação em forma de indenização, uma vez que ao Estado será atribuída a deficiência nessa sua função.

Em um Estado Democrático de Direito, os direitos e garantias fundamentais devem servir não somente de baliza para a conduta dos agentes públicos, mas também de vetores estimulantes para a busca do bem comum e da plena realização da pessoa humana enquanto cidadã.

Tais aspectos mostram que o Estado-juiz deve proporcionar uma prestação jurisdicional voltada para o bem da coletividade, que se realiza ao se conseguir que o indivíduo, sujeito de direitos e possuidor natural de dignidade, seja respeitado, não se podendo mais ter a visão de que os direitos e as garantias fundamentais possuem o caráter somente subjetivo, mas, sim, que devem irradiar-se por toda a coletividade numa verdadeira nova forma de se realizarem. Forma esta mais objetiva.

Nesse ponto, esclarecedora é a lição de Daniel Sarmento:

Por outro lado, os próprios direitos fundamentais hoje não são mais concebidos dentro de uma perspectiva individualista. Nesse ponto, é de se destacar a importância do reconhecimento doutrinário da chamada dimensão objetiva dos direitos fundamentais, que se liga a compreensão de que eles não só conferem aos particulares direitos subjetivos – a tradicional visão subjetiva -, mas constituem também as próprias “bases jurídicas da ordem jurídica da coletividade”. Como se sabe, a ideia da dimensão objetiva prende-se à visão de que os direitos fundamentais cristalizam s valores mais essenciais de uma comunidade política, que devem se irradiar por todo o seu ordenamento, e atuar não só como limites, mas também como impulso e diretriz para a atuação dos Poderes Públicos. Sob esta ótica, tem-se que os direitos fundamentais protegem os bens jurídicos mais valiosos, e o dever do Estado não é só de abster-se de ofendê-los, mas também o de promovê-los e salvaguardá-los das ameaças e ofensas provenientes de terceiros. E para um Estado que tem como tarefa mais fundamental, por imperativo constitucional, a proteção e promoção dos direitos fundamentais de seus cidadãos, a garantia destes direitos torna-se também um autêntico interesse público.<sup>17</sup>

---

<sup>17</sup> SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio. *Direitos Fundamentais: Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006, p. 295.

Assim, a prestação jurisdicional, principalmente no que tange ao processo penal, além de ser célere e eficaz, não pode comprometer a dignidade dos personagens que participam do processo, mesmo que se trate dos que estão sendo perseguidos criminalmente pelo Estado. É dever estatal a proteção desses indivíduos contra qualquer tipo de conduta ilegal ou abuso de direito por parte da imprensa que venha macular sua honra ou imagem, pois a proteção da imagem do sujeito significa a proteção e promoção do próprio direito fundamental trazido pelo artigo 5º, X da Constituição Federal.

### **2.3 O princípio da dignidade da pessoa humana.**

O princípio da dignidade humana constitui uma das bases do próprio Estado brasileiro, vez que, normatizado no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988, é, sem embargos, o princípio constitucional mais importante do sistema do ordenamento jurídico brasileiro e da maioria dos Estados Democráticos.

O Professor Guilherme de Souza Nucci destaca a importância e a natureza do princípio da dignidade da pessoa humana com as seguintes e relevantes afirmações:

A dignidade da pessoa humana é a meta maior na caminhada pelo aperfeiçoamento interior, motivo pelo qual não devemos nos basear em nossos próprios defeitos ou falhas, mas, sim, pela perfeição, composta, dentre outras virtudes, pela razoabilidade, sensibilidade e moderação de sentimentos.

O Mundo jurídico não difere do real; em verdade, neste está inserido. A solidariedade e a fraternidade compõem a incessante busca pelo aprimoramento humano, constituindo o princípio mais relevante no horizonte do Estado Democrático de Direito.<sup>18</sup>

---

<sup>18</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

Importante destacar que a denominação pessoa humana, que a princípio pode parecer configurar um pleonasma, pois toda pessoa é humana, justifica-se, por rigor científico-jurídico, em se separar pessoa humana de pessoa jurídica, termo utilizado para caracterizar a capacidade das empresas de serem detentoras de direitos e deveres, independentemente da personalidade física das pessoas humanas que a possuem.

Sabe-se o quanto é amplo o conceito de dignidade da pessoa humana, sendo necessário que o hermenauta não deixe de se lembrar de outros conceitos a ele intrinsecamente ligados, em especial o de cidadania, democracia e legalidade.

Não há como se discutir a dignidade da pessoa humana sem vincular-se a razoáveis condições sociais, políticas, econômicas e culturais; a uma boa prestação de serviços por parte do Estado destinados a garantir saúde, educação e segurança a todos os seus cidadãos; à possibilidade de acesso à informação; à inclusão social e digital; enfim, o respeito aos direitos fundamentais que possuem como característica comum a visão do homem como uma finalidade e não como um meio.

Nesse ponto, conforme bem define a doutrina:

A dignidade da pessoa humana é, em si, qualidade intrínseca e indissociável de todo e qualquer ser humano. Constitui elemento que o qualifica como tal e dele não pode ser separado. Não é algo concedido à pessoa humana, porque já lhe pertence de forma inata. Por isso é irrenunciável e inalienável, porquanto se trata de um atributo de todo o ser humano<sup>19</sup>.

O que faz com que a dignidade seja um atributo da pessoa humana é o fato do homem ser dotado de razão, sendo o único ser que possui essa característica intelectual, a qual o habilita a ser o senhor dos seus instintos e o capitão de sua conduta, podendo decidir a cada momento a conduta que realizará.

---

<sup>19</sup> LIMA, Carolina Alves de Souza. MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *O Princípio da Humanidade das penas*. In: Tratado luso-brasileiro da dignidade humana. 2ª ed. MIRANDA, Jorge. SILVA, Marco. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

Sua importância se justifica pelo fato de ser, em verdade, a essência de cada um dos outros princípios constitucionais, exercendo, assim, preponderância na interpretação das normas constitucionais e infraconstitucionais, uma vez que, em último plano, está no núcleo de cada uma delas, pois não há como se imaginar uma só norma constitucionalmente válida que não seja compatível com o objetivo de preservação e efetivação da própria dignidade da pessoa humana.

Em verdade, a dignidade da pessoa humana deve ser o fim de cada norma ou princípio constante de um Estado Democrático de Direito, sob pena de que sua constitucionalidade seja questionada.

Assim, mais uma vez se vale das lições do Professor Ingo Wolfgang Sarlet que esclarece:

É justamente neste contexto que o princípio da dignidade da pessoa humana passa a ocupar lugar de destaque, notadamente pelo fato de que, ao menos para alguns, o conteúdo em dignidade da pessoa humana acaba por ser identificado como constituindo o núcleo essencial dos direitos fundamentais, ou pela circunstância de – mesmo não aceita tal identificação – se considerar que pelo menos (e sempre) o conteúdo em dignidade da pessoa em cada direito fundamental encontra-se imune a restrições.<sup>20</sup>

É exatamente por constituir o núcleo essencial dos outros princípios que, em caso de choque entre tais princípios constitucionais, nenhum dos princípios em conflito poderá ser de plano excluído em favor do outro. O afastamento total e geral de qualquer dos princípios que estejam em rota de colisão significaria o ferimento de seu núcleo que, como dito acima, é composto da dignidade humana, e, assim, ferido o princípio da dignidade humana, ferido também restaria o próprio ordenamento e, conseqüentemente, até mesmo o princípio que tivesse prevalecido, pois o seu núcleo obviamente teria sido atingido.

Pode se afirmar que o princípio da dignidade da pessoa humana é um super princípio que, ao mesmo tempo em que orienta e fundamenta todo

---

<sup>20</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.. p. 120-121.

ordenamento jurídico interno do Brasil e de todos os Estados tidos como Democráticos de Direito, também exerce fundamental influência na criação e no exercício do Direito Internacional, uma vez que pauta os limites e objetivos que devem ser respeitados e perseguidos pelos Estados e também pelas próprias instituições internacionais.

De outro lado, o princípio da dignidade da pessoa humana possui duas esferas de irradiação: uma objetiva, que diz respeito às necessidades básicas cotidianas de todo ser humano, tais como moradia, alimentação, educação, segurança, sem as quais o homem não se sentirá digno perante seus pares sociais; e, de outro lado, a esfera subjetiva, a qual se refere à própria honra do sujeito, o sentimento de respeitabilidade que a sociedade possui dele e até mesmo que ele próprio possui de si. Nessa esfera é que está situado o direito do indivíduo a ter a sua imagem e privacidade respeitadas e protegidas tanto pelo Estado quanto por terceiros.

Do princípio da dignidade humana deriva vários outros princípios, inclusive, o do direito à imagem, uma vez que este se refere diretamente à vida privada do indivíduo, ao seu interior, à sua essência enquanto ser social, sendo, assim, o vetor material do direito à proteção à imagem e da própria privacidade que todo ser humano possui.

Nesse ponto, importante é a lição de Robert Alexy:

Do princípio da dignidade humana decorrem, além do princípio formal da liberdade negativa, outros princípios materiais, que se referem às condições substanciais de cuja satisfação depende a garantia da dignidade humana. Dentre esses princípios materiais podem ser mencionados, entre outros, aqueles que têm como objetivo a proteção dos aspectos mais íntimos dos seres humanos e aqueles que conferem ao indivíduo um direito *prima facie* à sua auto-representação em face aos outros indivíduos. Os aspectos substanciais expressos por princípios materiais coexistem junto com o aspecto formal da liberdade negativa e não o suplantam, porque a liberdade negativa, enquanto tal, é uma razão independente para a proteção de direitos fundamentais. Ela é uma razão independente para a proteção de direitos fundamentais porque é um valor em si mesma. (...) O princípio da dignidade humana, portanto, pode tanto sustentar quanto complementar o princípio da liberdade negativa. Isso é possível porque é necessário refinar o princípio da dignidade humana por meio de um feixe de subprincípios, que inclui, além do princípio formal da liberdade negativa, diversos princípios

materiais, que podem participar do sopesamento ao lado da liberdade negativa e determinar seu peso. Sempre que, no que se segue, se falar, de forma simplificada, que o princípio da dignidade humana participa de um sopesamento ao lado do princípio da liberdade negativa, isso deve ser compreendido no sentido que se acaba de mencionar<sup>21</sup>

Nota-se que a dignidade humana, tão proclamada na Constituição Federal de 1988, refere-se ao respeito mútuo que deve existir entre o Estado garantidor da efetiva aplicação dos direitos fundamentais e o indivíduo que, por sua vez, tem esse dever de respeito perante os outros cidadãos.

Mesmo sabendo que na prática muitas vezes o Estado não consegue oferecer condições, especialmente materiais, para que a dignidade da pessoa humana seja de fato integralmente respeitada, não se pode perder a noção de que um Estado Democrático de Direito somente será pleno e livre quando tal princípio constitucional e inerente à condição de ser humano for plenamente efetivado.

Assim é que o princípio da dignidade da pessoa humana deve ser tido como baliza na resolução dos conflitos entre os direitos fundamentais, nas hipóteses em que eles entrem em rota de colisão, como quando o direito fundamental à imagem é oposto ao direito à liberdade de expressão e informação. Ora, nesse caso, o hermeneuta deverá sopesá-los, tendo a sensibilidade para averiguar qual deles deve ser afastado para que a dignidade humana seja menos atingida, numa harmonização prática perfeita.

Obviamente que para ser efetivamente aplicado o princípio da dignidade humana deve ser enxergado não mais pela lente dos métodos de interpretação clássicos que outrora predominaram e foram suficientes para se extrair das normas a sua essência. É necessário para o interprete atual o conhecimento da denominada nova hermenêutica constitucional segundo a qual mesmo as normas infraconstitucionais devem ser interpretadas visando sempre a realizar os princípios

---

<sup>21</sup> ALEXY, Robert. Ob.Cit., p. 358/359.

constitucionais, em especial, no ordenamento jurídico brasileiro, o princípio da dignidade da pessoa humana.

Nesse ponto, elucidativa é a lição de Carlos Roberto Siqueira Castro:

Releva assinalar que o postulado da dignidade da pessoa humana em boa hora ingressou no direito positivo brasileiro, desde logo com a estrutura inexcidível de *norma de princípio* constitucional, alçada em fundamento do Estado brasileiro (Constituição Federal – art. 1º, III), o que vale dizer em pressuposto axiológico da organização política nacional. Essa hierárquica juspositiva por certo faz resultar conseqüências extremas e inexoráveis, uma vez que irradia apara o plano da legalidade infraconstitucional um padrão de interpretação e de execução normativa, que é de observância compulsória, e que deve ser consentâneo com a máxima efetividade da cláusula supralegal da dignificação do homem. Há de ocorrer, de conseguinte, a constitucionalização, ou seja, a interpretação conforme a constituição de todas as regras de direitos que intercedam com as condições existenciais reputadas indispensáveis a uma vida digna. (...) E posto incluir o valor da dignidade humana em disposição constitucional qualificada como *norma de princípio*, e não como *regra de preceito*, impõe-se que seu tratamento exegético leve em consideração, com as homenagens devidas, os predicados e virtualidades que credenciam e revestem as normas de natureza principiológica. É sob essa perspectiva – *de norma de princípio fundante da ordem constitucional pátria* - que se há aplicar, nos mais variados contextos de disputas de interesses e pretensões jurídicas, o princípio em referência. Essa modalidade normativa, por certo, suplantou os esquemas rígidos, tradicionais e preconceituosos da escola clássica da hermenêutica, e já hoje descortina um horizonte de extraordinária abertura e possibilidades de concreção, que visa sobretudo emprestar o Maximo de efetividade, segundo os objetivos de justiça material que encerram, ao sistema de normas sujeitas à sua diretriz reitora e proeminente.<sup>22</sup>

Dessa forma é que o princípio da dignidade da pessoa humana é a baliza e ao mesmo tempo o vetor material do ordenamento jurídico de cada Estado Democrático de Direito, refletindo, ainda, a mais essencial das características do ser humano, que é a razão, e sendo o parâmetro para a resolução, no caso concreto, dos conflitos entre direitos fundamentais. Por isso, não pode sofrer qualquer tipo de retrocesso em sua aplicação ou efetividade.

---

<sup>22</sup> SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto. *Dignidade da Pessoa Humana: O princípio dos princípios constitucionais*, in: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio. *Direitos Fundamentais: Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

## 2.4 O dever do Estado de garantir a efetividade do princípio da dignidade da pessoa humana.

Parece claro que não basta ao Estado possuir princípios e garantias referentes aos direitos fundamentais trazidos no corpo de sua Constituição Federal, se mencionados direitos não forem, de fato, na realidade cotidiana, caso a caso, efetivados.

Destarte, mais ainda se obriga o Estado a preservar e efetivar o princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que, se tal princípio for desrespeitado, restará impossível a realização de qualquer outro direito fundamental do particular em face do Estado, uma vez que aquele é a matriz constitucional de todos os outros direitos e garantias individuais.

Nesse ponto, salutar é a lição de Carlos Roberto Siqueira Castro:

Enquanto princípio de matriz constitucional, o postula da dignidade humana impõe ao Estado, pelo menos três ordens distintas de postura a fim de emprestar a conseqüente e radical eficácia aos direitos fundamentais. Primeiramente, condena, com a mácula da inconstitucionalidades atos estatais atentatórios a tal princípio. Além disso, impõe ao Poder Público o dever de se abster de praticar atos que desafiem o valor maior da dignidade humana. Por fim, induz a que os órgãos e autoridades competentes, em todos os níveis de governo, e no exercício de suas constitucionais e apropriadas competências, adotem iniciativas conducentes à eliminação das desigualdades sociais e econômicas propicias a existência digna de todos os seres humanos sujeitos à circunscrição da soberania do Estado. Em suma, ao impregnar todas as formas de atuação do Estado, esse princípio culminante da ordem constitucional democrática e solidarista exerce um papel ao mesmo tempo suasório e dissuasório dos comportamentos das instâncias públicas. Por ser uma categoria aberta e abrangente, aplicável tanto às relações da esfera pública quanto às situações da vida privada, a dignidade humana há de ser considerada o *princípio dos princípios constitucionais*. É o parâmetro, por excelência, do sentido formal e material da justiça, que a tudo e a todos julga. Por isso, nada escapa, seja no terreno das ações e omissões do poder público, seja na órbita das relações e negócios privados, ao crivo de sua incidência pedagógica e à sua missão edificante de uma ordem jurídica comprometida com os direitos humanos e os valores da solidariedade.<sup>23</sup>

---

<sup>23</sup> SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto. Ob. Cit.

Assim, obviamente não poderia ser diferente no que tange ao processo penal e aos procedimentos investigatórios. Nestes, o Estado possui o dever de garantir a efetividade dos direitos fundamentais pertencentes ao investigado ou ao réu, notadamente em virtude da obrigação de se efetivar a garantia individual da dignidade da pessoa humana – verdadeiro conteúdo do núcleo essencial de todos os direitos fundamentais.

O investigado ou acusado, por estar figurando nessa posição, não perde a condição de ser humano, devendo o Estado continuar a garantir todos os seus direitos fundamentais, durante toda a caminhada pré-processual e processual, até mesmo em respeito ao princípio da presunção de inocência, pois, lógica e eventualmente, o perseguido pelo Estado poderá, ao final do processo, ser considerado inocente das acusações que lhe foram imputadas.

Aqui vale a pena a leitura do pensamento de Guilherme de Souza Nucci:

Por isso, ser réu, no processo penal, é apenas uma contingência da civilização e da sociedade democrática, que não pune sem a prévia comprovação de culpa. Há a necessidade de alguém ocupar o lugar de acusado para que outro figure como vítima, não constituindo, por óbvio, rótulo de algoz para o primeiro, nem de mártir para o segundo. Ilustrando, quando se apura uma tentativa de homicídio, pode se constatar ter havido legítima defesa, garantindo-se a absolvição do réu. Assim ocorrendo, na realidade, o agressor foi a vítima (assim considerada no processo), enquanto o autenticamente agredido foi o acusado (posição formal no processo).

Ser réu, no processo penal, não significa ser criminoso, pois se depende da decisão condenatória, com trânsito em julgado. Ser vítima, no processo penal, não confere a ninguém atestado de idoneidade, tendo em vista que, no mundo do crime, também há agressores e agredidos, todos em situação de ilegalidade.

O princípio da presunção de inocência não passa de um desdobramento lógico e adequado ao respeito pela dignidade da pessoa humana, não se devendo considerar culpado alguém ainda não definitivamente julgado.<sup>24</sup>

Entretanto, no presente estudo, vai-se além, defendendo-se aqui que, mesmo com o trânsito em julgado de uma sentença condenatória, alguns

---

<sup>24</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Ob. Cit., p. 47.

direitos fundamentais, entre eles o direito à imagem, não podem ser suprimidos e deixados de serem garantidos ao condenado, pois nem mesmo ele perde a condição de possuidor nato de dignidade pelo fato de ter sido condenado.

Deixar de se garantir alguns direitos fundamentais ao sujeito em virtude da ocorrência de uma condenação criminal, com trânsito em julgado, não faz sentido algum no âmbito do Estado Democrático de Direito, em especial àqueles Estados garantistas, como é o Brasil.

Obviamente, alguns direitos fundamentais são absolutamente incompatíveis com o cumprimento da pena imposta, tal como o direito à liberdade no caso de uma pena de reclusão. Contudo, caso não sejam incompatíveis, como é o caso do direito à imagem e à privacidade, devem, sim, ser garantidos mesmo após o trânsito em julgado de sentença condenatória. Pensar ao contrário seria admitir que o Estado pode se utilizar de penas cruéis, configuradoras de verdadeiras vinganças contra o apenado, o que, obviamente, não se pode concordar.

Não se despreza o fato de que a sociedade brasileira é sedenta por justiça, o que, por muitas vezes, confunde-se com exigir que ao indivíduo processado ou condenado sejam impostas penas, ou mesmo procedimentos, que o humilhem e que firam a sua dignidade enquanto pessoa humana, o que não deixa de ser somente porque delinqüiu.

Entretanto, o Estado deve ser cuidadoso para que não absorva essa ira social de forma a se tornar um algoz injusto e sádico daqueles que, porventura, vierem a ser por ele perseguidos.

Nesse sentido, mais uma vez vale a leitura do pensamento de Guilherme de Souza Nucci:

O cultivo do prazer vingativo, muito embora possa constituir fato ligado à personalidade de muitos indivíduos, não deve converter-se em objetivo do Estado, ente perfeito e abstrato, fomentador do Direito e da Justiça, sempre imparcialmente cultuados e aplicados. Se época houver em que os agentes do Estado passarem a agir desgovernadamente, com ânimo de vingança e

prazer sádico de ferir e lesar aquele que, porventura, fez o mesmo a seu semelhante, não mais se poderá falar em Estado Democrático de Direito e muito menos em respeito à dignidade da pessoa humana (...). Cuidou a Constituição Federal de proibir, claramente, a instituição e concretização de penas cruéis (art. 5º, XLVII). Esse é a meta do Direito Penal brasileiro, no Estado Democrático de Direito, privilegiando a dignidade da pessoa humana. Portanto, torna-se essencial retirar do papel o princípio da humanidade, transformando-o em realidade. É preciso apor um basta na atividade estatal desmedida de encerramento insalubre com o beneplácito de vários segmentos sociais, sob a bandeira de que lugar de bandido é na cadeia. Puro sofisma, visto que, em sociedade, ninguém está isento da prática de infração penal e o adjetivo bandido (malfeitor, indivíduo de maus sentimentos) não espelha a realidade. A visão maniqueísta buscando dividir a sociedade entre bons e maus é contraproducente e incompatível com quem pretenda assumir posição de defesa dos direitos humanos fundamentais.

Da mesma forma, o Estado também se portará de maneira indevida e inconstitucionalmente incompatível com suas próprias normas e princípios se permitir que outrem abuse ou fira qualquer direito fundamental inerente ao investigado, processado ou condenado criminalmente, pois a omissão estatal, nesse ponto, equivale à própria ação indevida de desrespeitar os direitos e garantias constitucionais, sejam elas quais forem.

Assim, é dever do Estado zelar e efetivar todas as suas normas, em especial as que tratam de direitos e garantias fundamentais e que, por isso, possuem em seu núcleo essencial o princípio da dignidade humana. De outra forma, seria impossível se conceber qualquer modelo de Estado garantista onde os perseguidos no âmbito criminal não tivessem respeitada a sua condição de ser dotado de dignidade.

### **3 OS MÉTODOS DE INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS JUSFUNDAMENTAIS SOB A ÓTICA DA NOVA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL.**

#### **3.1 O princípio da proporcionalidade como vetor hermenêutico e concretizante dos direitos fundamentais.**

Os princípios, sejam eles constitucionais ou infraconstitucionais, são normas que determinam que o seu foco de proteção seja alcançado e efetivado da maneira mais abrangente possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes, sendo, portanto, verdadeiros mandados de otimização.<sup>25</sup>

Como dependem dessas variáveis fáticas e jurídicas, poderão ser satisfeitos de maneira ou em grau diferente de caso para caso, uma vez que terão como limite de efetivação tais variáveis, sendo outras normas de mesma hierarquia constitucional o que aqui se denominou de variáveis jurídicas.

Em precisa lição, Robert Alexy explica como agem as limitações fáticas e jurídicas na efetivação dos princípios fazendo uma pertinente comparação com a lei do sopesamento, conforme se vê a seguir:

Como mandamentos de otimização, princípios exigem uma realização mais ampla possível em face não apenas das possibilidades fáticas, mas também em relação às possibilidades jurídicas. Essas últimas são determinadas sobretudo pelos princípios colidentes. A máxima da proporcionalidade em sentido estrito – a terceira máxima parcial da máxima da proporcionalidade – expressa o que significa a otimização em relação aos princípios colidentes. Ela é idêntica à lei do sopesamento, que tem a seguinte redação: quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro. Isso expressa que a otimização em relação aos princípios colidentes nada mais é que o sopesamento.<sup>26</sup>

Assim, resta claro que determinado princípio, mesmo que possua natureza constitucional, poderá ter o seu âmbito de eficácia limitado por outra norma principiológica que tenha a mesma natureza. Nesse caso, em que houver evidente

---

<sup>25</sup> ALEXY, Robert. Ob.Cit., p. 589.

<sup>26</sup> *IBIDEM*. p. 593/594.

choque entre princípios, deverá ser aplicada a regra do sopesamento dos valores em colisão.

Tal regra induz que o hermenauta deve em primeiro lugar verificar os valores em rota de colisão, depois analisar se o valor que está sendo suprimido ou mitigado é menos ou mais importante, naquele caso concreto específico, em relação ao valor que está preponderando. Feito isso, deverá resultar no cerceamento do âmbito de abrangência do princípio que, naquele caso isolado, possuir menor importância.

Nesse ponto, vale mais uma lição de Robert Alexy:

A lei do sopesamento mostra que ele pode ser dividido em três passos. No primeiro é avaliado o grau de não-satisfação ou afetação de um dos princípios. Depois, em um segundo passo, avalia-se a importância da satisfação do princípio colidente. Por fim, em um terceiro passo, deve ser avaliado se a importância da satisfação do princípio colidente justifica a afetação ou a não-satisfação do outro princípio.<sup>27</sup>

Em outras palavras, o hermenauta deverá analisar, caso a caso, a importância dos valores que estiverem se chocando, devendo dar preferência ao que para aquele caso em análise for mais importante.

Assim, em um choque entre o direito fundamental à imagem e o direito fundamental à informação, não se poderá criar uma regra absoluta de prevalência, pois em cada caso deverá ser analisado se a imagem e a privacidade da pessoa em questão deverão prevalecer sobre o interesse do público que deixará de receber aquela notícia.

Nesse tipo de situação, o interprete deverá sempre se lembrar de que deve buscar o máximo de efetivação do princípio prevalente e, de outro lado, o mínimo de mitigação do princípio preterido, sendo essa, em verdade, a regra da otimização dos princípios.

---

<sup>27</sup> ALEXY, Robert. Ob. Cit., p. 594.

Aqui, o chamado princípio da proporcionalidade possui papel fundamental, uma vez que é o responsável direto por possibilitar o sopesamento acima exposto.

Nota-se, dessa forma, uma clara diferença na resolução de conflitos envolvendo princípios em relação à resolução de conflitos envolvendo meras regras infra-constitucionais, uma vez que, enquanto na primeira hipótese há um sopesamento dos valores em questão, sem que haja a exclusão total de nenhum dos princípios em rota de colisão, na segunda hipótese, somente é permitida a exclusão total de um das regras que estiver em choque com a outra, já que, sendo antinômicas, não podem coexistir e regular o mesmo caso concreto.

Destarte, ao se aplicar o princípio da proporcionalidade na resolução dos conflitos entre direitos e princípios fundamentais, o hermeneuta busca analisar a relação entre fim e meio, ou seja, avalia se, para se alcançar determinado resultado, é razoável que específico meio seja empregado, de forma a fazer com que sempre o princípio prevalente em cada caso concreto seja importante de tal forma para aquela situação que sirva para justificar o afastamento do outro princípio que esteja em conflito.

A doutrina<sup>28</sup> mais abalizada costuma abordar o princípio da proporcionalidade lhe atribuindo três subdivisões ou partes, sendo elas a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

A adequação se refere à exigência de que a medida seja apta a alcançar o fim desejado, ou seja, deve-se verificar se determinada medida configura o meio certo para alcançar o fim desejado pelo interesse público ou então pelo interesse que o hermeneuta valorar de maior importância naquele caso concreto. Assim, com a adequação, visa-se a saber se a medida logrará êxito em alcançar o fim desejado.

---

<sup>28</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009., p. 396/397.

Nesse ponto, precisas são as palavras de Raquel Denise Stumm:

O juízo de ponderação entre os pesos dos direitos e bens contrapostos deve ter uma medida que permita alcançar a melhor proporção entre os meios e os fins. (...) Decorre da natureza dos princípios válidos a otimização das possibilidades fáticas e jurídicas de uma determinada situação.<sup>29</sup>

Já a necessidade diz respeito à escolha do meio que traga menor desgaste aos princípios em rota de colisão, notadamente ao que for preterido no sopesamento hermenêutico. Dessa forma, deve ser escolhida, entre as várias possibilidades que se apresentarem ao interprete, a que seja menos nociva aos interesses do cidadão, ou seja, a medida mais suave.

Interessante é a definição do Professor Ricardo Aziz Cretton sobre esse ponto da discussão:

O meio empregado pelo legislador deve ser adequado e necessário para alcançar o objetivo procurado. O meio é adequado quando com seu auxílio se pode alcançar o resultado desejado; é necessário, quando o legislador não poderia ter escolhido um outro meio, igualmente eficaz, mas que não limitasse ou limitasse da maneira menos sensível o direito fundamental<sup>30</sup>.

O terceiro vértice trata-se da chamada proporcionalidade em sentido estrito, que determina que se estabeleça uma correspondência, a melhor possível, entre o fim buscado e o meio escolhido para buscá-lo.

### **3.2 Soluções para o conflito entre os direitos fundamentais.**

Não se pode conceber uma regra que seja previamente elaborada, que, ao ser aplicada, consiga solucionar o conflito entre direitos fundamentais. Isso porque qualquer solução para conflito de tal natureza somente poderá surgir a partir

---

<sup>29</sup> STUMM, Raquel Denise. *Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1995, p.81.

<sup>30</sup> CRETTON, Ricardo Aziz. *Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade e sua aplicação no direito tributário*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 65

do sopesamento dos direitos em jogo, ou seja, dos valores que cada direito, em cada caso concreto, possui, o que torna impossível a elaboração de uma regra prévia e geral para solucionar os choques entre direitos fundamentais.

Assim é que em cada caso o hermeneuta deverá analisar qual direito deverá prevalecer sobre o outro, sem, contudo, excluir totalmente o direito preterido, somente afastando-o naquele caso específico.

Dessa forma, aquele direito que foi preterido em determinado conflito poderá ser o preponderante em relação ao mesmo direito que havia lhe vencido, dependendo das peculiaridades do caso que envolve o novo conflito.

Note-se que mesmo o direito fundamental à vida, considerado por muitos o mais valoroso direito, poderá vir a sucumbir em face de outros direitos fundamentais, tais como a liberdade religiosa, no caso em que envolver os fiéis Testemunhas de Jeová e o procedimento de transfusão de sangue. Aqui, a vida somente vai prevalecer se o paciente for menor de idade, incapaz ou se optar pela transfusão. Caso contrário, sendo o paciente maior de idade e capaz, poderá optar por não receber sangue e correr o risco de falecer, nada podendo fazer o médico, em face da liberdade religiosa que a Constituição Federal assegura ao paciente e a todos os cidadãos.

Destarte, a escolha de qual bem deverá prevalecer em caso de conflito entre direitos fundamentais deverá recair sobre cada caso concreto, em que o hermeneuta, valendo-se do sopesamento entre os valores em rota de colisão, deverá eleger o que possui maior peso, naquele caso específico, e preterir o outro, não significando isso que o direito preterido não possa vencer o mesmo conflito em outro caso.

Nesse ponto, o Poder Judiciário está autorizado, conforme se pode ver da lição abaixo transcrita, a decidir tais conflitos que podem acontecer em face dos mais diferentes direitos fundamentais, como entre o direito à vida e à liberdade

religiosa, entre o direito à imagem e a liberdade de expressão ou publicidade, e muitos outros.

A doutrina e a jurisprudência dominantes, no Brasil e no Direito Comparado, admitem também a realização de restrições a direitos fundamentais operadas no caso concreto, através de ponderações de interesses feitas diretamente pelo Poder Judiciário, em casos de conflitos entre princípios constitucionais não solucionados previamente pelo Legislativo, ou quando o equacionamento da questão empreendida por ele se revele inconstitucional.<sup>31</sup>

E mais, no que tange ao direito à preservação do direito à imagem, *cabará sempre ao julgador, garante dos direitos fundamentais, em cada caso concreto, verificar se os dados da intimidade expostos na causa penal são de tal intensidade que sua exposição causará um mal irreversível ao cidadão nela envolvido. Caso haja risco de ocorrer, deverá vedar a publicidade externa plena, determinando medidas pelas quais haja parcial e seletiva informação dos mais significativos atos processuais, sem que, por meio dessas informações, exponha-se a intimidade dos interessados.*<sup>32</sup>

Sabe-se que as questões envolvendo conflitos entre direitos fundamentais são absolutamente complexas e de difícil solução, nem sempre se chegando a uma solução unânime ou que simplesmente agrade a maioria. Entretanto, o que se deve buscar ao tentar solucionar cada um desses conflitos é a máxima satisfação do direito escolhido como mais importante, naquele caso concreto, em face da mínima possível inaplicabilidade do direito preterido, sendo esse o objetivo da aplicação do princípio da proporcionalidade, como visto acima.

Dessa forma, não pode permitir jamais que o direito preterido no caso concreto seja por completo excluído, pois, como comporta em sua essência a própria dignidade da pessoa humana, estaria ela também sendo excluída caso o direito preterido assim o fosse, o que, sem sombra de dúvida, é inconcebível com a

---

<sup>31</sup> SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio. *Direitos Fundamentais: Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006, p. 294.

<sup>32</sup> MORAES, Maurício Zanoide de. FERNANDES, Antônio Scarance. ALMEIDA, José Raul Gavião de. *Sigilo no Processo Penal – eficácia e garantismo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 52.

harmonia e completude do ordenamento jurídico constitucional vigente nos Estados Democráticos de Direito.

## 4 O DIREITO FUNDAMENTAL À IMAGEM.

### 4.1 O direito fundamental à imagem como espécie do gênero direito à personalidade.

A pessoa humana possui um direito inerente a sua existência que busca garantir a expressão de sua personalidade, enquanto ser humano. Esse direito à personalidade traz consigo uma importância suprema, tendo em vista que dele derivam outros direitos que, se não fossem reconhecidos pelo Estado, colocariam em risco a própria noção, concebida pelo Estado Democrático de Direito, do homem como sujeito de direitos.

Segundo o Professor italiano Francesco Ferrara, os direitos de personalidade são os *direitos supremos do homem, aqueles que garantem o gozo dos seus bens pessoais. Ao lado dos direitos a bens externos, os direitos de personalidade garantem o gozo à nós mesmos, asseguram a cada um a senhoria da sua pessoa, a atuação das próprias forças físicas e espirituais.*<sup>33</sup>

Entre os direitos derivados do direito de personalidade estão a liberdade, a honra, a privacidade e, logicamente, a imagem, aqui definida não somente pela imagem visual, mas também pelo nome, voz ou características que possam individualizar uma pessoa.

Destaque-se desde já que o direito à imagem é absoluto, intransferível – exceto por tempo pré-determinado, através de uma cessão de direitos –, irrenunciável, impenhorável e inexpropriável.

O Estado pode reconhecer um direito de personalidade tanto na esfera constitucional, como o fez no Brasil, através do artigo V, inciso X da Constituição Federal de 1988, aduzindo que *são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo*

---

<sup>33</sup> FERRARA, Francesco. Trattato de diritto civile italiano, citado por MORAES, Walter. *Direito da personalidade*. Enciclopédia Saraiva do Direito, v. 26. v. 29.

*dano material ou moral decorrente de sua violação*<sup>34</sup>, assim como pode positivá-lo através de legislação infraconstitucional.

Nesse passo, o que importa destacar é que os direitos inerentes à personalidade são direitos tidos como naturais, pré-existentes à positivação pelo Estado. Tal natureza é atestada pelo fato de refletirem a própria dignidade da pessoa humana, não dependendo, assim, de reconhecimento estatal para nascerem, vez que surgem junto com a própria pessoa humana e dela jamais se separam, acompanhando-a até a morte.

#### **4.1.2 Conceito de imagem.**

A palavra imagem deriva do vocábulo latino *imago*, que significa a *reprodução artística de pessoa, coisa ou ser, obtida por diferentes processos em pintura, escultura, desenho, fotografia, televisão, etc.*<sup>35</sup>

O conceito de direito à imagem configura-se, segundo o Professor Hermano Durval, como *“a projeção da personalidade física (traços fisionômicos, corpo, atitudes, gestos, sorrisos, indumentárias etc.) ou moral (aura, fama, reputação etc.) do indivíduo (homens, mulheres, crianças ou bebê) no mundo exterior”*.<sup>36</sup>

Importante trazer à baila sobre o conceito de imagem a clara definição de Maria Cecília Naréssi Munhoz Affornalli:

A imagem interessa ao Direito como sendo toda e qualquer forma de representação da figura humana, não sendo possível limitar e nem enumerar os meios técnicos pelos quais ela se apresenta, vez que, com o avanço da tecnologia, a cada momento surgem novas maneiras e mecanismos capazes de exibir a imagem das pessoas. Assim, desde pelos primitivos desenhos na pedra e nas cavernas, feitos na Pré-História, até por

---

<sup>34</sup> Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, artigo 5º, inciso X.

<sup>35</sup> Enciclopédia Saraiva do Direito (Comissão de Redação), v. 42. p.199.

<sup>36</sup> HERMANO, Durval. *Direito à Imagem*. São Paulo: Saraiva, 1988.

meios contemporâneos, como a pintura, a caricatura, a filmagem, a fotografia, o cinema, os computadores, a internet, a televisão, os impressos etc. pode o semblante humano ser representado, exibindo-se sua imagem. (...) De sua origem latina, através da palavra *imago*, quer-se significar não apenas reprodução mas também aspecto. Atualmente admite-se que é forma de exteriorizar a personalidade, de torná-la perceptível. Ou seja, é aparência visível do ente humano e de outros entes animados ou inanimados.<sup>37</sup>

Contudo, o significado jurídico da palavra imagem, em face da constitucional proteção trazida pelo artigo 5º, X da Constituição Federal de 1988, deve ter uma cobertura maior, abrangendo toda e qualquer forma de individualização de um determinado indivíduo, podendo se dar em relação à sua voz, ao seu nome, enfim, a quaisquer de suas características físicas que permitam o seu reconhecimento e individualização frente aos outros cidadãos.

Paulo Bonavides, bem define o conceito de imagem trazido pela Constituição Federal de 1988, conforme pode se ver abaixo:

Entendemos como imagem o reflexo da expressão individual, quer pelos traços físicos, quer pela voz, quer pelas partes do corpo, desde que haja possibilidade de identificação. Muitas vezes, identificamos os direito à imagem ao ver mãos (são famosas certas mãos, bocas, lábios de artistas de cinema). Portanto, é possível identificar a imagem por partes do corpo ou mesmo pela voz.<sup>38</sup>

É de se notar que o catedrático da Universidade Federal do Ceará realça o fato de que quaisquer características que o indivíduo possua e possa lhe individualizar frente seus pares deve ser protegida pelo direito fundamental à imagem, vez que essa é uma garantia que visa a resguardar a própria dignidade humana da pessoa.

O Superior Tribunal de Justiça ao julgar o Recurso Especial n.º 58101/SP teve a oportunidade de definir o que se constitui a imagem. Senão vejamos, decisão parcialmente transcrita, prolatada pela 4ª Turma da mencionada corte:

---

<sup>37</sup> AFFORNALLI, Maria Cecília Naréssi Munhoz. *Direito a própria imagem*. 1ª edição (ano 2003), 5ª reimpressão (ano 2008). Curitiba: Juruá, 2008. p. 23, 24.

<sup>38</sup> BONAVIDES, Paulo. MIRANDA, Jorge. AGRA, Válber de Moura. *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 112.

Civil. Direito de Imagem. Reprodução indevida. Lei 5.988/73 (art. 49, I, “f”). Dever de indenizar. Código Civil (art. 159)<sup>39</sup>. 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, conseqüentemente, somente pode ser autorizada pela pessoa a que pertence, por ser tratar de direito personalíssimo, sob pena de acarretar o dever de indenizar que, no caso, surge com a própria utilização indevida. (...) Recurso conhecido e provido. (STJ – 4ª Turma – Recurso Especial 58101/SP, Relator: Ministro Cesar Asfor Rocha, julgado em 16.09.1997).<sup>40</sup>

Destarte, resta claro que a individualização de um indivíduo não depende somente da imagem visual, podendo ser também feita através de outras características que permitam destacá-lo e reconhecê-lo. Bons exemplos disso aqui no Brasil são as vozes do jornalista Cid Moreira e do já falecido narrador Lombardi, este com a imagem visual conhecida por poucos, mas, sem dúvida, facilmente individualizado por sua voz.

Dessa forma, no que tange à proteção da imagem para o Direito, faz-se necessária uma interpretação hermenêutica que possa proteger não somente a imagem visual do indivíduo, mas, sim, ele próprio, uma vez que a teleologia da norma constitucional visa, em última instância, à proteção da dignidade humana, o que somente será possível com a proteção integral do indivíduo frente os abusos que por vezes são cometidos pela imprensa, ao explorar determinadas notícias vinculadas à persecução penal.

Não há como se negar que na sociedade moderna a imagem do indivíduo é fator determinante para o seu sucesso profissional e para a sua tranqüilidade e boa interação social. Nesse mesmo sentido, a opinião de Maria Cecília Naréssi Munhoz Affornalli: *A impressão positiva que se tem acerca de alguém se deve, quase sempre, à boa imagem que ele apresenta, e o inverso também procede. Muitas vezes ela é o único parâmetro para atribuir valor às pessoas; dado que começa a ser motivo de questionamento na sociedade moderna.*

---

<sup>39</sup> Dispositivo constante do antigo Código Civil de 1916.

<sup>40</sup> Disponível em: [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br), acessado em 15/07/2011.

*Mas, sem dúvida, possuir uma boa imagem oferece facilidades no percurso da vida social e na colocação profissional.*<sup>41</sup>

Destarte, não há dúvida de que a proteção à imagem do indivíduo deve ter especial atenção, ainda mais por se tratar de matéria de cunho constitucional e possuir natureza de direito fundamental, não podendo ser desprezada no atual modelo de Estado Democrático de Direito em que o Brasil se encaixa.

#### **4.2 A proteção da imagem no ordenamento jurídico brasileiro e no direito comparado.**

A França foi a primeira nação a produzir uma decisão judicial sobre a proteção à imagem de alguém. A Professora Patrícia de Almeida Torres, citada por Maria Cecília Naréssi Munhoz Affornalli<sup>42</sup>, informa que referida decisão foi tomada pelo Tribunal de Siene, no ano de 1858, ao ser provocado pela família da famosa atriz Raquel, que foi fotografada e, posteriormente, teve a imagem de seu corpo utilizada com fins comerciais pela pintora O´Connel. Fato este que motivou a família da atriz a ingressar com uma ação judicial, que terminou com a ordem do Judiciário francês de busca, apreensão e destruição do material referente à imagem da atriz já falecida.

Posteriormente, a Alemanha, a Itália e os Estados Unidos da América produziram jurisprudências correlatas. Assim, também a doutrina desses países se desenvolveu buscando o aperfeiçoamento da matéria referente ao direito da personalidade e de proteção à imagem da pessoa humana.

Portugal, atualmente, é um excelente representante da Europa no que se refere à proteção do direito à imagem de seus cidadãos. Um bom exemplo

---

<sup>41</sup> AFFORNALLI, Maria Cecília Naréssi Munhoz. Ob. Cit., p. 25.

<sup>42</sup> *Ibidem*, p. 28.

disso é a decisão do Supremo Tribunal português, abaixo transcrita, na qual se realça a preocupação com a resolução de conflitos entre o direito à liberdade de expressão e o direito à imagem:

I – Se nenhuma duvida existem quanto dignidade constitucional do princípio fundamental da liberdade de expressão e do direito de expressão e do direito de informação (“liberdade de informar”, “de se informar” e “de ser informado”). Também se perfila como não menos relevante o princípio da salvaguarda do bom nome e reputação individuais, e o direito à imagem e reputação –cfr. Art.26, nº.1, da CONST. II – A liberdade de expressão não pode (e não deve) atentar, contra o direito ao bom nome e reputação, salvo quando estiver em causa um interesse público que se sobreponha àqueles e a divulgação dos factos seja feita de forma a não exceder o estritamente necessário a tal salvaguarda. III – Mormente quando estiverem em causa críticas dirigida ao funcionamento de um serviço público ou uma actuação de um dado agente político, domínio em que impera uma particular sensibilidade social que de certa forma alarga os contornos do direito de crítica. IV – E o que se passa em caso de inércia do visado, enquanto dirigente de um serviço público (Centro de Saúde) – que perdurou por cerca de um ano – no desencadeamento e na conclusão do processo burocrático que se lhe encontrava confiado e relativo à criação de determinadas unidades orgânicas integradas na respectiva área de atuação. Supremo Tribunal de Justiça de Portugal – Processo nº. 04B4789. relator: Ferreira de Almeida, julgado em 03.03.2005.<sup>43</sup>

Nos Estados Unidos, a questão da proteção ao direito de imagem dos presos e processados criminalmente sempre foi matéria polêmica, uma vez que a cultura sensacionalista da imprensa norte-americana excede, em muitos casos, qualquer limite que se possa imaginar em busca de matérias que tragam audiência. Tanto é assim que se denominou chamar de *perp walk* – o “desfile do perpetrador”, a prática de se exhibir imagens dos presos desde o momento em que entram na viatura policial até a sua chegada à delegacia.

No mês de junho de 2011, a questão sobre a legalidade da prática do *perp walk* voltou à tona com a prisão do então dirigente do Fundo Monetário Internacional – FMI, o francês Dominique Strauss-Kann, acusado de tentar estuprar uma camareira de um hotel em Nova York.

No caso em comento, a respeitada revista *The Economist Magazine* criticou muito a demasiada exploração e divulgação feita pela imprensa norte-

---

<sup>43</sup> Disponível em: [www.stj.pt](http://www.stj.pt), acessado em 15/07/2011.

americana das imagens do mencionado acusado sendo levado à delegacia algemado, tendo afirmado em sua edição de julho de 2011 que, *sob tais circunstâncias, até mesmo a Madre Teresa pareceria extremamente suspeita*. Aduziu ainda a revista que em uma sentença publicada em 2001, pela *American Bar Association*, o Tribunal Federal de Nova York chegou à conclusão de que *a única finalidade do perp walk é permitir ao delegado e aos policiais aparecerem na televisão*<sup>44</sup>.

No caso dos Estados Unidos, a polícia argumenta que o *perp walk* permite que a sociedade saiba quem são os denominados perpetradores, mesmo aqueles que são acusados de cometerem crimes sem violência, tal como os de colarinho branco ou contra o sistema financeiro.

Tal prática sensacionalista teve início ainda com o primeiro chefe do FBI, J. Edgar Hoover, que obrigava os membros da máfia a desfilarem à frente das câmeras das emissoras de televisão.

Ocorre que tal argumento é absolutamente falacioso, uma vez que, além de desprezar o direito fundamental à imagem que a pessoa não perde ao ser presa, ignora a presunção de inocência existente tanto nos Estados Unidos como também no Brasil, aqui sendo matéria constitucional.

No Brasil, indiscutivelmente, foi com o surgimento da Constituição Federal de 1988 que o direito a proteção da imagem ganhou relevância para o ordenamento jurídico, tendo sido elencado no artigo 5º, X, da Carta Magna, conforme já mencionado acima, e também no inciso XXVIII do mesmo artigo, tratando aqui da proteção no que se refere à reprodução da imagem e voz até mesmo nas atividades esportivas.

---

<sup>44</sup> MELO, João Ozório de. *Mídia dos EUA questiona desfile dos acusados*. Disponível em: [www.conjur.com.br](http://www.conjur.com.br), acessado em 15/07/2011.

Entretanto, mesmo que com menor força, já antes da Constituição Federal de 1988, o direito à imagem era contemplado em nosso ordenamento, conforme ensina Luiz Alberto David Araújo:

Pode-se afirmar que o direito à privacidade sempre esteve presente, como decorrência do direito à vida, nos textos constitucionais anteriores. Como garantia do direito à vida, componente do direito à personalidade, o direito à personalidade sempre foi respeitado. O Constituinte de 1988, no entanto, tratou de dar destaque ao tema, especialmente pela ameaça tecnológica que já se fazia presente. Se já havia preocupação com o desenvolvimento tecnológico, invasor da privacidade nos idos de 1988, tais preocupações se fizeram mais do que justificadas passados vinte anos. A internet, por exemplo, é capaz de recolher uma foto de forma indevida, violando à privacidade, e coloca-la na rede mundial, provocando danos irreparáveis. Quanto seria o valor de uma indenização de uma foto decorrente de uma relação íntima publicada pelo mundo todo? Seria reparável? Qual parâmetro utilizado para afiação da indenização? Diariamente encontramos notícias de violação da privacidade. Estamos todo o tempo cotejando entre o direito à privacidade e a segurança pública, por exemplo. Por tais razões, o cuidado do Constituinte de 1988. O cuidado foi de tal forma que preferiu deixar consignado que os bens protegidos, de forma genérica, no artigo 5º, inciso X, são: vida privada, intimidade, honra e imagem.<sup>45</sup>

Mesmo com referido reconhecimento no ordenamento jurídico pátrio, o direito à imagem tem sofrido grave abalo pela selvagem imprensa e jornalistas que agem muito mais rigorosos que mesmo o mais duro dos juízes, tornando-se verdadeiros carrascos dos noticiados, não tomando conhecimento dos princípios e garantias constitucionais e legais inerentes ao Processo Penal.

Enfim, a grande violência sofrida na imagem dos perseguidos no processo penal brasileiro se dá em virtude da imprensa voraz por notícias e imagens chocantes, que possam ser “vendidas” à sociedade de modo absolutamente desrespeitoso com os princípios constitucionais trazidos pela Carta Federal de 1988.

Essa violência da imprensa contra os que estão sendo objeto de investigação ou processados criminalmente tem sido reconhecida pelo próprio Estado-juiz, conforme pode se constatar na decisão abaixo transcrita do Tribunal Regional da 4ª Região. Senão vejamos:

---

<sup>45</sup> BONAVIDES, Paulo. MIRANDA, Jorge. AGRA, Válber de Moura. Ob. Cit., p. 109.

Decorridos mais de 40 dias de prisão preventiva dos envolvidos calcada na garantia da ordem pública, pela estruturação da quadrilha e reiteração criminosa, não se faz mais necessária a medida extremada, porquanto não mais é provável a reincidência nos delitos imputados pela inicial, sobretudo em virtude da exposição pública (de todo indevida e afrontando o direito de imagem dos processados) das investigações, da suspensão do exercício da advocacia do paciente e de outros advogados denunciados, além do decurso de tal lapso temporal. Tribunal Regional Federal da 4ª Região - HABEAS CORPUS: nº 11378 - PR 2005.04.01.011378-0.<sup>46</sup>

Roger Moro Yabiku, de forma clara e objetiva, afirma no mesmo sentido da decisão acima mencionada que:

No fórum da opinião pública, os novos inquisidores bradam por moralidade, legalidade e respeito à coisa pública, mas para os outros. Em sua perseguição noticiosa, não se atenta sequer a um formalismo procedimental que lhes aproxime das garantias proporcionadas pelo processo judicial. Ofende-se a moralidade, a legalidade e o respeito à coisa pública que, para o público, dizem proteger. Os novos inquisidores assumem a truculência dos aparelhos repressivos do Estado para o suplício da imagem e criam tipos, a parte dos definidos juridicamente, que lhes justifiquem as atividades persecutórias. (...) Ao mesmo tempo, são inquisidores, juízes e carrascos do Leviathan contemporâneo.<sup>47</sup>

De outro lado, faz-se necessário diferenciar a publicidade que se possa fazer com a divulgação da imagem e da intimidade dos indivíduos que estejam sendo perseguidos criminalmente pelo Estado entre as próprias partes que participam dos procedimentos – Juízes, Delegados, Promotores, Servidores, Advogados –, daquela que, porventura, seja realizada a fim de publicizar os dados do réu para a população em geral ou para terceiros que nenhuma relação possuem com o procedimento, como é feito muitas vezes por programas policiais televisivos, que possuem cunho extremamente sensacionalista, muito populares no cotidiano da atual sociedade brasileira.

Tanto no primeiro tipo de publicidade quanto no segundo, a imagem do sujeito deve ser protegida pelo Estado, inclusive contra abusos dos próprios agentes estatais, em face do direito fundamental trazido pelo art. 5º, X, da Constituição Federal de 1988.

<sup>46</sup> Disponível em: [www.trf4.jus.br](http://www.trf4.jus.br), acessado em 15/07/2011.

<sup>47</sup> YABIKU, Roger Moko. *Da interposição concomitante de habeas corpus e de apelação criminal em caso de defesa técnica apenas formalmente efetiva. Aplicação da doutrina de Amartya Sen ao processo penal*. Jus Navigandi, 2010. Acessado em 15/07/2011.

Entretanto, é óbvio que a publicidade feita sobre a imagem e a intimidade do investigado ou processado deve ser regulada com bem mais afinco em face de terceiros que não possuem relação de interesse alguma como o feito, devendo os princípios da publicidade e da liberdade de expressão e informação, nesta hipótese, serem drasticamente mitigados, sem, contudo, serem totalmente excluídos, a fim de se garantir a efetividade dos direitos constitucionais acima expostos, respeitando-se, com isso, a dignidade humana da pessoa que estiver sendo investigada ou processada.

Aqui, os claros ensinamentos de Guilherme de Souza Nucci sobre o tema:

Convém diferenciar a publicidade geral (ou externa) e a publicidade específica (ou interna). A primeira relaciona-se ao conhecimento público e genérico dos atos processuais, audiências e sessões de julgamento. A segunda firma-se no contexto das partes envolvidas no processo. A publicidade geral pode ser restringida em nome de outros interesses, tais como a intimidade, a vida privada, o interesse social, etc., mas a publicidade específica jamais será retirada, pois as partes técnicas precisam figurar nos atos processuais em geral, sob pena de infirmar outros relevantes princípios constitucionais (ampla defesa, contraditório, etc.).<sup>48</sup>

Esclareça-se, por ser importante, que não se defende qualquer tipo de restrição das informações processuais às partes ou a seus Advogados, ou mesmo ao Órgão persecutor, seja ele a Polícia ou o Ministério Público. Muito pelo contrário, a todos esses personagens deve ser dado total conhecimento de todos os dados que já estiverem instrumentalizados nos autos do processo, para que as garantias processuais sejam devidamente respeitadas, em especial a da ampla defesa e do contraditório.

De todo modo, o magistrado tem o dever constitucional de não permitir que nem mesmo esses personagens do processo proporcionem a indevida divulgação de tais dados ao público geral e a pessoas que não possuem nenhum interesse legítimo na causa, fato grave e que costumeiramente acontece em casos em que a mídia, após seduzir com todo o seu poder o detentor da informação,

---

<sup>48</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Ob. Cit., p. 316/317.

promove, sem nenhum pudor, uma grande e pirotécnica divulgação dos dados processuais e das partes.

A jurisprudência pátria é também cristalina e firme em seu posicionamento em favor da restrição ao princípio da publicidade em hipóteses que o seu pleno exercício possa ofender outros princípios de natureza constitucional, notadamente o princípio da intimidade, conforme se pode ver no julgado transcrito abaixo, do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

TJSP: Ora, não se pode confundir os conteúdos de princípios constitucionais relacionados ao processo: o da publicidade e o do contraditório. O primeiro pode ser observado sob dois prismas: como decorrência do direito constitucional à informação e como modo de assegurar o conhecimento não apenas dos diretamente interessados na causa, mas também de toda a coletividade, como controladora máxima das ações estatais. A publicidade dos atos processuais também pode ser encarada como componente essencial do outro princípio mencionado, o do contraditório, pois corresponde ao elemento informação, necessário para que a outra parte processual tenha a possibilidade de reagir adequadamente. O conceito do contraditório pode ser resumido no binômio informação-reação. É necessário estabelecer essa divisão, pois **a própria Constituição Federal permite a supressão do princípio da publicidade em situações em que o seu exercício é potencialmente conflituoso com outros princípios constitucionais, em especial a intimidade do cidadão ou o interesse social (Constituição Federal, art. 5º, LX). Assim, como se vê, é possível que haja processos em que as informações não sejam possíveis à coletividade.** Mas, em nenhuma hipótese, as restrições (constitucionais ou infraconstitucionais) poderão suprimir o elemento informação ao máximo, sob pena de descaracterizar o princípio do contraditório, o que levaria a processos e julgamentos de caráter secreto e inquisitório. (HC nº 99009081651/5 – SP. 4ª Câmara Criminal. Relator: Desembargado Euvaldo Chaib. Julgado em 04.08.2009). (Destacamos).

Assim, não restam dúvidas de que o direito à proteção da intimidade e, conseqüentemente, à imagem dos cidadãos está consagrado e reconhecido no ordenamento jurídico pátrio, inclusive possuindo natureza de direitos fundamentais, uma vez que se trata de garantias individuais que visam, em último plano, à proteção da própria dignidade da pessoa humana.

#### **4.3 Naturezas jurídicas do direito fundamental à imagem.**

A imagem de um ser humano, sem dúvida, além de expressar o aspecto físico do sujeito, também retrata a sua própria personalidade, constituindo, por esse motivo, um verdadeiro bem tutelado pelo ordenamento jurídico da maioria dos ordenamentos, possibilitando, assim, ao titular desse direito a utilização de ações legais para reparar o dano que lhe for causado pelo uso indevido de sua imagem.

Tais reparações são, em sua maioria, de natureza cível e visam a compensar financeiramente o abalo à moral do sujeito que teve sua imagem arranhada por terceiros, tentando-se, assim, fazer com que a vítima do abuso não fique no total prejuízo.

Entretanto, ocorre que em muitas vezes o dano causado ao sujeito que teve sua imagem explorada e violada de forma indevida por terceiros é tão grande que não há indenização pecuniária capaz de desfazer o prejuízo que lhe fora causado, podendo, inclusive, tal violência ter maculado não somente a sua honra subjetiva – o que já geraria o dever de indenizar pelo dano moral causado –, mas também a honra objetiva, que é o juízo de valor que terceiros possuem do sujeito e serviria, então, para aumentar ainda mais o dever de indenizar a vítima.

Todavia, como essa questão é abordada em outro tópico desse estudo, agora importa somente que a definição da imagem de uma pessoa é, sim, um bem jurídico passivo de proteção legal pelo Estado, sendo, no caso do Brasil, um direito protegido inclusive constitucionalmente.

Diante dessa definição, tem-se a necessidade de se especificar qual é a sua natureza jurídica, ou seja, a imagem de uma pessoa constituiria um direito à honra, um patrimônio pessoal transferível ou alienável, um bem personalíssimo ou estaria enquadrado em outra categoria de direito?

Quem explica de maneira mais razoável essa questão é o Direito Civil, que, apesar das divergências doutrinárias, entende que se trata de um direito

personalíssimo, estando, inclusive, assim reconhecido no Código Civil vigente, no capítulo intitulado “Dos Direitos da Personalidade”.

Entretanto, há que se atentar que, em referido capítulo do Código Civil, encontram-se vários outros direitos da personalidade fora o direito à imagem, tais como o direito à saúde<sup>49</sup> e o direito à preservação da memória do morto<sup>50</sup>. O direito à imagem, no aludido capítulo, está expresso no que tange à identificação do sujeito pelo nome ou sobrenome<sup>51</sup>, à intimidade e à honra<sup>52</sup> e claramente em face da própria imagem visual<sup>53</sup> do sujeito.

De todo modo, mesmo já se tendo destacado a vertente predominante sobre o direito de imagem no direito brasileiro, importante se registrar que a doutrina civilista internacional criou várias teorias para classificar o direito à imagem. Passa-se a mencioná-las e defini-las de forma sucinta, a seguir.

A primeira delas é a Teoria do Direito de Propriedade, que considerava a imagem da pessoa como parte de seu corpo e, assim, como o corpo é de titularidade do indivíduo, também a imagem o seria, podendo ser oposta a todos os outros indivíduos.

A Teoria do Direito de Propriedade predominou no início do século XIX e tem como lado positivo o fato de ter sido a primeira teoria a reconhecer como bem efetivamente jurídico a imagem de uma pessoa. De outro lado, peca ao equiparar o direito à imagem ao direito à propriedade, uma vez que este,

---

<sup>49</sup> Art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.

<sup>50</sup> Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei. Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau.

<sup>51</sup> Art. 16. Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome.

<sup>52</sup> Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.

<sup>53</sup> 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.

diferentemente daquele, é disponível e, assim, pode ser transmitido para terceiros definitivamente.

Há registros doutrinários que relatam que os Tribunais franceses se utilizavam dessa teoria, portanto, fundamentando suas decisões no direito de propriedade que o sujeito tem sobre a imagem, que, em caso de publicação de retrato sem o consentimento do retratado, o ato configuraria um verdadeiro atentado ao direito real do sujeito.<sup>54</sup>

Posteriormente à teoria da imagem como direito de propriedade, surgiu a Teoria da imagem como direito à intimidade ou privacidade, aplicada por alguns até a atualidade e responsável pela formação na jurisprudência norteamericana da Teoria do *right of privacy*.<sup>55</sup>Essa teoria visivelmente equipara a imagem à privacidade, confundindo, assim, esses dois conceitos, como se tratassem de uma só característica.

No Brasil, o constituinte originário entendeu por bem separar privacidade de intimidade, garantindo-as de forma expressa e separadas no texto constitucional, referindo-se ao conteúdo da privacidade ao convívio do sujeito com os seus pares na sociedade, enquanto que, ao tratar da intimidade, quis a Constituição se referir à esfera mais íntima de relacionamentos e sentimentos nutridos e divididos pelo indivíduo somente com as pessoas mais próximas, mais íntimas.

Sobre o assunto, precisa é a lição de Luiz Alberto David Araújo que se transcreve logo abaixo:

A primeira observação que pode ser feita é que o constituinte tratou diferentemente vida privada de intimidade. Preferiu, no entanto, garantir de forma explícita tanto a vida privada quanto a intimidade. Em outro momento do texto, volta a prestigiar a intimidade, autorizando, em homenagem a ela, a quebra da publicidade do processo (art. 5º, inciso LX). Haveria diferença entre vida privada e intimidade? Haveria utilidade em tal distinção? Entendemos que sim. Seguindo a linha constitucional de tornar explícita (e, em alguns casos, até repetitiva determinada medida), houve preocupação em garantir vida privada e intimidade. A vida privada cuida de um convívio

---

<sup>54</sup> AFFORNALLI, Maria Cecília Naréssi Munhoz. Ob. Cit., p. 42.

<sup>55</sup> Do inglês para o português: direito à privacidade.

do indivíduo mais aberto com o meio social. O relacionamento é mais distante do que o da intimidade. Pode-se afirmar que primeiro viola-se a vida privada, em seguida, em direção ao indivíduo, violar-se a intimidade. Se forem círculos concêntricos, a privacidade é a parte externa, a intimidade, a interna. Vejamos alguns exemplos: a relação de clientes de determinado escritório faz parte da vida privada do indivíduo; a correspondência comercial de um comerciante faz parte da sua vida privada; seus amores, seus temores, suas opções sexuais fazem, de outro lado, parte da intimidade. Para chegarmos à intimidade, passamos pela vida privada. A distinção apresenta utilidade quando houver necessidade de fixação da indenização. Uma violação à intimidade pode ser, em regra, muito mais grave que uma violação à vida privada. Portanto, o grau de nocividade pode ser extraído da localização da lesão.<sup>56</sup>

Dessa forma, a intimidade está contida no conceito de privacidade, podendo manter-se integralmente resguardada mesmo nas hipóteses em que aquela já tiver sido violada. *Assim, ao lado da privacidade e da intimidade, garantiu-se o direito à imagem. O direito à imagem hoje é considerado autônomo, por ter regramento próprio. A divulgação da imagem pode ter vínculo com a privacidade e com a intimidade.*<sup>57</sup>

Portanto, tem-se que a imagem do sujeito, da mesma forma que a intimidade, está dentro da sua esfera de privacidade, como se fosse uma faceta da sua intimidade, mas mantendo, por óbvio, vínculo umbilical tanto com esta quanto com aquela, ou seja, ao se violar a imagem de alguém, também se estará violando a privacidade e a intimidade daquela pessoa, o que, sem sombra de dúvidas, gerará o dever de indenizar àquele que tiver sido o responsável pela violação.

#### **4.3.1 Características do direito fundamental à imagem.**

O direito à imagem se destaca no ordenamento jurídico brasileiro por estar consagrado entre os direitos fundamentais, sendo, portanto, intimamente relacionado com a própria dignidade humana, uma vez que esta é o núcleo de todos os direitos fundamentais.

---

<sup>56</sup> BONAVIDES, Paulo. MIRANDA, Jorge. AGRA, Válber de Moura. Ob. Cit., p. 110.

<sup>57</sup> *Ibidem*, p.110.

Assim, o direito à imagem é um direito ligado à própria noção de pessoa de direito, sendo oponível a todos, ou seja, *erga omnis*. Dessa forma, ninguém pode desrespeitá-lo, nem mesmo o Estado, que, aliás, deve ser o seu maior garantidor, zelando para que a imagem do indivíduo seja resguardada de qualquer violação feita por terceiros ou pelos seus agentes.

Aqui, como já se afirmou, é importante destacar que não importa se o sujeito está sendo investigado ou indiciado num inquérito policial ou processado penalmente, pois tais circunstâncias em nada devem abalar a garantia constitucional de proteção ao direito à imagem. É inadmissível que o réu ou mesmo o condenado tenha sua imagem utilizada abusivamente e sem sua autorização, ou uma prévia autorização judicial, uma vez que, mesmo quando condenado criminalmente de forma definitiva, com o trânsito em julgado da sentença, o sujeito não perde o direito de ter a sua dignidade e os seus direitos reflexos a ela integralmente respeitados.

E mais, mesmo após condenado definitivamente e estando cumprindo pena, o sujeito deve ter sua imagem protegida de abusos, uma vez que o seu uso indevido e depreciativo atrapalharia até mesmo a reinserção do sujeito no seio da sociedade. A divulgação de matérias ou qualquer outro ato que ficasse vinculando a imagem do sujeito ao crime a ele imputado impossibilitaria a efetiva realização de uma das funções da pena no Estado Democrático de Direito, que é a da ressocialização do condenado.

Ora, além disso, tem-se que, na hipótese acima levantada, estar-se-ia configurando uma verdadeira punição extra ao condenado, já que, além de arcar com a pena previamente cominada no dispositivo penal referente ao crime pelo qual ele foi julgado, o sujeito teria que pagar o preço da exposição de sua imagem perante a sociedade, o que, certamente, trar-lhe-ia muito mais prejuízos do que a própria pena a que foi condenado.

A Professora Maria Cecília Narési Munhoz Affornali ensina, de forma clara e objetiva, sobre as características do direito fundamental à imagem, que o

*direito à própria imagem reveste-se das características comuns aos direitos da personalidade, gênero do qual é espécie. É um direito essencial, absoluto, oponível erga omnis, geral, irrenunciável, imprescritível, inexpropriável, impenhorável e que, apesar de ser intransmissível, tem um conteúdo patrimonial, de vez que é passível de exploração econômica*<sup>58</sup>.

O direito à imagem é inato à pessoa, estando junto a ela desde o seu nascimento até a sua morte, como característica de sua própria personalidade enquanto ser humano.

Ora, a proteção à imagem do sujeito é tão importante que o ordenamento jurídico brasileiro reconhece, para fins civis, a proteção à imagem do indivíduo desde que ainda é nascituro até a sua pós-morte, onde a família passa a possuir a guarda desse direito.

Entretanto, defende-se, neste estudo, que, após a morte do sujeito, trata-se, na verdade, de direito à privacidade da família que poderá ser ofendida com vinculação da imagem ou de dados do *de cujos* e não mais direito à imagem, posto que referido direito é inerente à própria pessoa e não se transpõe à sua memória, sendo, portanto, um direito personalíssimo, intransferível pela ocorrência da morte do indivíduo.

Destaque-se que a característica de o direito à proteção da imagem ser um direito personalíssimo há muito tempo vem sendo reconhecida pela jurisprudência pátria, conforme pode se ver na decisão do Superior Tribunal de Justiça, abaixo transcrita:

Processo Civil. Ação indenizatória. Dano à imagem. Notícia de crime. Veiculação da foto e de nome de menor. Proibição. Estatuto da criança e do adolescente. Petição inicial mal formulada. Caracterização do autor da ação. Ilegitimidade. Preliminar afastada. Precedente. Recurso acolhido.. I – O direito à imagem constitui direito personalíssimo, protegendo o interesse que tem a pessoa de opor-se à divulgação de sua imagem, em proteção à sua vida privada. A legitimidade ativa, portanto, é da própria pessoa que teve sua imagem indevidamente veiculada, que em juízo pode ser representada

<sup>58</sup> AFFORNALLI, Maria Cecília Naréssi Munhoz. Ob. Cit., p. 51.

ou assistida por quem de direito. II – Não obstante a deficiência técnica na redação da petição inicial, depreende-se dos autos que o autor da ação indenizatória é o menor, estando o pai apenas como assistente, não se justificando, assim, a extinção do processo por ilegitimidade ativa, em obséquio ao formalismo que o processo penal contemporâneo repudia. III – O processo contemporâneo há muito que repudia o formalismo exacerbado, recomendando o aproveitamento dos autos sanáveis, adotando a regra retratada no brocardo *pas de nullité sans grief*. E já pertence ao anedotário da história processual a nulidade declarada tão-só pelo uso da palavra *vitis* (videira) em vez da palavra *arbor* (árvore). (STJ – 4ª Turma – Recurso Especial 182977/PR, Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, julgado em 23.05.2000).<sup>59</sup>

De outro lado, é indiscutível a possibilidade do direito à imagem ser mitigado pelo próprio detentor desse direito em face da autonomia da sua vontade. É o que acontece quando o sujeito aceita ceder a sua imagem a um programa de *reality show*, em que, através de um contrato firmado entre as partes interessadas, o sujeito autoriza que a sua imagem seja explorada pela emissora de televisão, não resultando o uso da imagem, nessa hipótese, em nenhum abuso ou violência ao seu direito, que livre, espontânea e previamente foi cedido à emissora de televisão.

Nesse passo, importante destacar que tal hipótese de cessão de direito deve ter prazo pré-determinado, ou seja, o sujeito não poderá abdicar de seu direito à imagem de forma definitiva e eterna.

Outros exemplos que podem ser citados em relação à cessão do direito à imagem é o caso dos modelos, artistas ou celebridades que se utilizam da própria imagem para trabalhar em comerciais, *out doors*, revistas, desfiles e outros eventos publicitários amplamente divulgados pela imprensa.

Nesse ponto, conclui-se que o direito à imagem possui também um caráter patrimonial ou econômico, podendo ser cedido em troca de uma vantagem financeira. Tal característica, que define o seu conteúdo material, diferencia-o da maioria das outras espécies de direitos de personalidade que, em geral, não possuem esse caráter econômico.

---

<sup>59</sup> Disponível em: [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br), acessado em 15/07/2011.

Esclareça-se ainda que o direito à imagem também seja formado pelo seu conteúdo moral, que se refere ao interesse pessoal de não ter a imagem explorada, independentemente da existência do aspecto econômico. Entretanto, a doutrina aconselha que, *embora o dano à imagem tenha conteúdo preeminentemente moral, em face da possibilidade do crescente aproveitamento econômico do uso, poderá apresentar relevante conteúdo patrimonial. No entanto, para a configuração do dano à imagem basta a sua exposição indevida, que fere o respectivo direito, independentemente de ter ocorrido prejuízo de ordem material*<sup>60</sup>.

De outro lado, parte da doutrina<sup>61</sup> defende que o direito à imagem seria absolutamente indisponível, sustentando que o seu titular não poderia dispor do mesmo, posição que aqui se discorda, conforme acima dito, preferindo-se afirmar que o direito à imagem é inexpropriável, uma vez que não pode ser tomado do seu titular, sendo que, em determinadas situações, por ser disponível, pode ser cedido temporariamente, mas não que isso signifique o direito de poder ser expropriado definitivamente de seu titular.

Por fim, outra característica importante do direito à imagem é que é imprescritível, ou seja, não se extingue com o decurso do tempo, com a inércia de seu titular em defendê-lo. Outrossim, o sujeito poderá ter seu direito à imagem violado por várias e várias vezes, sem nunca ter tomado nenhuma medida para protegê-lo, e nem por isso deixará de ter o direito de, numa outra situação, exigir que sua imagem seja integralmente respeitada nos termos que ele exigir.

---

<sup>60</sup> AFFORNALLI, Maria Cecília Naréssi Munhoz. Ob. Cit., p. 64.

<sup>61</sup> *Ibidem*, p.50.

## 5 DA COLISÃO ENTRE O DIREITO FUNDAMENTAL À IMAGEM E OUTROS DIREITOS FUNDAMENTAIS

### 5.1 Direitos fundamentais à imagem e à liberdade de expressão em confronto.

Com o atual estágio de avanço tecnológico que tanto beneficia a comunicação, a questão do conflito entre o direito à informação e a liberdade de expressão em face do direito fundamental à imagem ganha contornos bem maiores do que em outras épocas.

Isso porque, nos dias de hoje, a divulgação ou exposição da imagem de uma pessoa, além de não possuir mais limites geográficos e ser transmitida muitas vezes “*on line*”, ainda possui a característica de se eternizar, seja porque os meios atuais de gravação de imagens são muito melhores e mais seguros do que os de outrora, seja pelo fato de que é impossível saber quais pessoas acessaram a imagem e quais delas gravaram o arquivo contendo a imagem exposta. Sem falar que existem centenas, quiçá milhares, de sites que aportam vídeos e fotos e, assim, perpetuam tais arquivos em suas dependências disponibilizando-os para os usuários da internet, na maioria das vezes, de forma gratuita.

A questão toma maior importância ainda quando se trata de imagens exploradas por empresas e meios jornalísticos, haja vista que, em inúmeros casos, na ânsia de buscar uma imagem chocante ou que causará grande comoção, a imprensa abusa do seu direito de informação e atinge gravemente o direito à imagem do indivíduo. Veja-se, sobre o assunto, o que pensa a doutrina:

Além de cumprirem seu papel na publicidade, as imagens há muito são figuras indispensáveis ao jornalismo, e, nesta seara, não raras são cometidas as maiores e mais freqüentes afrontas ao direito à imagem, quando na missão de comunicar e na busca de verdadeiros “furos de reportagem”, seja a que preço for, os profissionais usam a imagem alheia sem autorização e invocam, em sua defesa, o argumento da liberdade de manifestação do pensamento ou o direito de informação<sup>62</sup>

---

<sup>62</sup>AFFORNALLI, Maria Cecília Naréssi Munhoz. Ob. Cit., p. 85/86.

Nesse contexto, não se pode fechar os olhos para a questão de que, uma vez ferido o direito de imagem da pessoa humana, essa mácula poderá perdurar para todo o sempre, o que, sem dúvida, impõe uma postura mais séria e compromissada do Estado no que se refere à proteção a esse direito de natureza fundamental.

Entretanto, assim como não se pode criar uma regra prévia e geral, protegendo de forma absoluta a imagem de qualquer cidadão, também não se pode criar uma regra que, ao contrário, dite a liberdade total ou absoluta da imprensa ou de terceiros em face da imagem de qualquer pessoa.

Destarte, tais afirmações conduzem à conclusão de que, na hipótese de conflitos entre o direito à imagem e o direito à liberdade de expressão e informação, o hermenauta deverá se ater ao caso concreto, fazendo um sopesamento de valores entre os bens que naquele caso estejam conflitando, de maneira que a solução encontrada satisfaça o bem que na situação concreta possuía maior importância, sem, no entanto, descuidar de afastar o mínimo possível o bem que tiver sido preterido.

A exigência de tamanho cuidado na elaboração de uma solução para os conflitos que possam acontecer entre os direitos acima mencionados deriva da natureza principiológica que carregam em si, uma vez que eles são direitos fundamentais e, assim, ambos possuem em seu núcleo a dignidade da pessoa humana e, portanto, não podem ser totalmente excluídos ou restritos, mesmo em face de outro direito de mesma importância. Isso resultaria em se excluir a própria dignidade humana, o que, por óbvio, macularia gravemente o ordenamento jurídico.

Reforçando essas afirmações sobre a natureza principiológica das normas de direito fundamentais, ninguém melhor do que Robert Alexy, que traz a seguinte lição:

Da natureza principiológica das normas de direitos fundamentais decorriam não apenas a restrição e a restringibilidade dos direitos fundamentais em face de princípios colidentes, mas também que a sua restrição e sua

restringibilidade têm limites. Uma restrição a um direito fundamental somente é admissível se, no caso concreto, aos princípios colidentes for atribuído um peso maior que aquele atribuído ao princípio de direito fundamental em questão. Por isso, é possível afirmar que os direitos fundamentais, enquanto tais, são restrições à sua própria restrição e restringibilidade.<sup>63</sup>

Assim, nas hipóteses de conflitos entre direitos fundamentais não se pode previamente definir qual deles deverá prevalecer antes que se tenha a exata noção dos bens e das peculiaridades do caso concreto, pois poderá haver momentos em que a proteção ao direito à imagem terá maior peso axiológico do que o direito à informação, que, por sua vez, poderá preponderar sobre aquele outro direito em caso concreto diverso.

Dessa forma, tratando das hipóteses em que os direitos fundamentais à imagem e à informação entrarem em rota de colisão, é que com sabedoria e objetividade Maria Cecília Naréssi Munhoz Affornalli afirma que:

Primeiramente, cumpre esclarecer que, embora o direito à informação esteja constitucionalmente garantido, ou seja, esteja elevada a nobilíssima categoria de garantia constitucional (Constituição Federal, art. 5º, incisos IV, IX, XIV, XXXIII, LXXII; arts. 220 e 224), ele não é absoluto ou incondicionalmente superior a qualquer outro direito. Para que se possa decidir sobre sua prevalência ou não, em aparentes conflitos que envolvam outros direitos constitucionalmente garantidos, há que se analisar as peculiaridades do caso concreto. Ou seja, sempre será necessária uma análise caso a caso. (...) Sendo assim, percebe-se que nem o direito à informação (de caráter coletivo), nem a liberdade de informar (de caráter mais individual do que coletivo, embora possa servir a consagração do direito coletivo à informação, se corretamente utilizada) são absolutos no sentido de afastarem todo e qualquer outro direito, ainda que constitucionalmente garantidos. Ao contrário, uma vez diante de um conflito aparente entre direito e liberdade de informação e direito à imagem (ou qualquer outro direito à personalidade), há que se fazer um cotejo dos bens envolvidos, investigar real existência do interesse público e demais peculiaridades do caso concreto, para somente então conseguir uma solução que homenageie todo o sistema constitucional, ao invés de agredi-lo. Não há fórmula geral e pronta para tanto <sup>64</sup>.

No caso do direito fundamental à imagem, o limite da hipótese de sua restrição é a própria dignidade da pessoa humana, ou seja, mesmo nas hipóteses em que há a possibilidade constitucional de se restringir o direito

<sup>63</sup> ALEXY, Robert. Ob.Cit., p. 295/296.

<sup>64</sup> AFFORNALLI, Maria Cecília Naréssi Munhoz. Ob. Cit., p. 86.

fundamental à imagem, essa restrição deve ter como limite a dignidade da pessoa que está tendo a sua imagem exposta.

Sendo assim, é absolutamente vedada a restrição a esse direito fundamental à imagem nos casos concretos em que a pessoa tenha atingida de forma demasiada a sua dignidade.

O excesso no ferimento da dignidade humana da pessoa que tem a sua imagem explorada pode se constatar quando os valores que estão a justificar a exploração da imagem do sujeito possuem menos importância, menos peso, do que o valor protegido, ou seja, a imagem da pessoa.

Na verdade, tem-se que nem mesmo valores e interesses de uma maioria ou de uma coletividade podem justificar uma violência contra a dignidade humana de cada indivíduo, pois a plenitude do ordenamento constitucional se efetiva pessoa a pessoa, direito a direito, o que faz com que o ordenamento constitucional possa ser atingido ao se permitir que uma única pessoa tenha um direito fundamental atacado. Assim, o que vai definir qual direito fundamental deve prevalecer no caso de choque entre direitos dessa natureza não é a quantidade de pessoas que se agradaram ou se interessam pela prevalência de um deles, mas, sim, o grau de ferimento que a escolha de um desses direitos causa ao núcleo essencial do outro e o peso do valor do direito que prevaleceu no caso concreto.

Nesse ponto, importante novamente as lições de Robert Alexy:

Nem mesmo interesses significativos da coletividade devem poder justificar uma intervenção no núcleo absolutamente protegido da configuração da vida privada. Se os interesses da coletividade têm, a partir da perspectiva do direito constitucional, um peso maior que o da proteção da configuração da vida privada, então, esses interesses suplantam necessariamente essa proteção. Se eles tiverem um peso maior a partir de alguma outra perspectiva, não podem suplantá-la, que, em virtude da Constituição, é obrigatória, e não importa, aqui, se se pressupõe uma teoria absoluta ou relativa.<sup>65</sup>

---

<sup>65</sup> ALEXY, Robert. Ob. Cit., p. 300.

É certo que a proteção ao direito à imagem poderá sofrer restrições em caráter excepcional, mas isso não importa dizer que a definição de tais exceções deve ficar a cargo da imprensa ou de quaisquer servidores públicos, como Delegados ou Promotores, cabendo exclusivamente ao Poder Judiciário a autorização do uso, sem autorização da própria pessoa, da imagem do indivíduo que esteja sendo perseguido processualmente ou mesmo daquele que já tenha sido condenado definitivamente.

A proteção à imagem do investigado ou do réu, além de ter assento no artigo 5º, inciso X da Constituição Federal, deriva também do próprio princípio do estado de inocência que o sujeito somente perde após ter contra si uma sentença condenatória com trânsito em julgado.

De outro lado, mesmo tendo sido condenado de forma definitiva, o sujeito deve ter sua imagem protegida, tanto porque a disposição constitucional do artigo 5º, inciso X, não traz nenhuma exceção em seu texto, quanto pelo fato de que a exploração e a divulgação indevida da imagem do condenado atrapalhariam a sua ressocialização – além de ser medida caracterizadora de verdadeira pena extra ao sujeito.

De outro lado, a Constituição deve ser interpretada de maneira sistemática e teleológica, não sendo cabível a sua interpretação em pedaços. Assim, não se pode falar em situação de censura à imprensa ou a qualquer pessoa que seja proibida de exibir a imagem de outrem sem autorização da própria pessoa que será exibida ou do Poder Judiciário, nos casos excepcionais tratados a seguir. Tanto o direito à imagem, quanto o direito à informação e à liberdade de expressão estão tutelados pela Constituição Federal, sendo obrigação do hermeneuta interpretá-la de maneira a harmonizar tais direitos, sem que o afastamento de qualquer deles em determinados casos concretos signifique a sua exclusão total do ordenamento. E é exatamente por isso que não se pode sequer conjecturar a ocorrência do odioso conceito de censura simplesmente pelo fato de, em determinados casos, a liberdade de informação e de expressão ter de ser mitigada para que a imagem da pessoa reste protegida.

Sobre a necessidade de harmonização entre os direitos e conceitos constitucionais aqui tratados, precisos são os ensinamentos de Guilherme de Souza Nucci:

Cuidemos do potencial confronto entre a liberdade de imprensa e o direito à intimidade e à vida privada. É certo que a “manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma ou processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição” (art. 220, § 1º, CF). As leis não poderão conter dispositivos que possam constituir embaraços à plena liberdade de informação jornalística, em qualquer veículo de comunicação, observado o direito à intimidade e à vida privada (art. 220, §1º, CF). Por outro lado, o art. 5º, X, CF, preceitua serem “invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas (...)”. Qual a justa medida da liberdade de imprensa, interpretando-se o aparente conflito de normas constitucionais? Parece-nos deva imperar a harmonia entre os preceitos. Tratando-se de vida privada e intimidade do ser humano, como os interesses ligados à sexualidade, à união familiar, ao desempenho de atividades de lazer, aos gostos particulares, não se pode divulgar, negativamente, por qualquer meio de comunicação, visto ser ilimitado, nesse prisma, a liberdade de imprensa. De outra sorte, quando a atividade de um funcionário público implicar em atos de corrupção, colocando em risco o patrimônio público e a moralidade administrativa, não se pode erguer a barreira da intimidade ou da vida privada. Não são assuntos vinculados estritamente ao direito de personalidade, pois o cargo é público e o interesse final vincula-se ao patrimônio público.

Portanto, ainda que o art. 220, §1º, da Constituição Federal, não tivesse feito a observação de respeito ao disposto no artigo 5º, X, parece-nos devesse ser implícita tal vedação, visto que a intimidade e a vida privada são direitos humanos fundamentais, enquanto a liberdade de imprensa não o é.<sup>66</sup>

Destarte, resta impossível a elaboração de uma regra prévia ao conflito entre direitos fundamentais que defina como deve ser resolvido, restando, nessas hipóteses, ao hermeneuta, ter a dignidade humana como referência maior e justa medida para que possa escolher quais dos direitos fundamentais deverão prevalecer em cada caso concreto.

## **5.2 A importância da efetivação do direito fundamental à imagem na persecução penal no Brasil.**

---

<sup>66</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Ob. Cit., p. 79/80.

A questão aqui abordada é espinhosa tendo em vista a cultura de exploração de casos policiais e judiciais pela mídia que a cada dia mais alimenta e vicia os telespectadores, de modo geral, com matérias cada vez mais chocantes e abordando crimes desde os mais insignificantes até os mais bárbaros e polêmicos.

Por isso, afirma-se a dificuldade em se efetivar o direito fundamental à imagem no que tange aos envolvidos em procedimentos penais, uma vez que a defesa de tal direito fundamental não soa bem aos ouvidos de uma população sedenta por uma crucificação das pessoas tidas como personificação do conceito de bandido; nem tampouco é agradável aos grandes meios de comunicação que obtêm altos índices de lucratividade com a exploração da imagem nos procedimentos penais.

Ocorre que não é porque determinada disposição legal ou constitucional não agrada a todos, ou mesmo à maioria, que não deve ser aplicada, perdendo sua efetividade, ainda mais uma disposição que trata de um direito fundamental, como o é o direito à imagem.

Ora, pode até se criticar a posição aqui adotada em defesa do direito fundamental à imagem no processo penal sem que isso traga qualquer dissabor ao estudo, pois não é popularidade que o presente trabalho busca, mas a defesa da necessidade de se efetivar o direito fundamental que está expressamente disposto no artigo 5º, inciso X da Constituição Federal de 1988.

O fato de alguém, a mídia ou mesmo a população não gostar de uma disposição constitucional, nem lhe retira o dever de continuar a respeitá-la, nem lhe retira o direito de criticá-la. Ao contrário, nenhuma Carta Maior, por mais esmero que o constituinte originário tenha tido ao elaborá-la, está livre de críticas, e estas, por sua vez, devem servir de vetor para o aprimoramento político e jurídico do povo regido pelo documento criticado.

Nesse sentido, a objetiva e precisa lição do Professor Winfried Hassemer:

A Lei Fundamental não está isenta de discussão. Nem todos concordam com o seu elogio, poucos, de maneira ilimitada, e isso é bom. A Constituição em sua forma vigente deve, em uma sociedade aberta, não somente encontrar aprovação, devendo também lidar com as críticas, sendo expostos a desenvolvimentos dolorosos em sua adaptação já realizada ou negada Às transformações sociais e ao espírito de seu tempo. A Constituição não é nenhum monumento, mas um corpo que vive e, em razão disso, altera-se impreterivelmente também nas partes, as quais na substância de sua literalidade permanece intangível; ela se modifica com o todo da Constituição e também com os entornos e o clima no qual ela se encontra. (...) A Constituição não é prejudicada pelas críticas, mas é reforçada, enquanto essas críticas se dediquem aos objetos e não ao combate da Constituição como Constituição, e enquanto a Lei Fundamental não se distâncie totalmente daquilo que normativamente mantém unida nossa sociedade. Um direito natural no qual se possa medir a Constituição e calcular a sua distância do Justo, não está a mão; entretanto há uma volume significativo de convicções que nos esclarecem, aqui e agora, não apenas cognitivamente, mas também nos une emotivamente e sobre as quais nos posicionamos nas vicissitudes da vida. Essas convicções não dominam nem de forma eterna, nem em todo lugar; elas são, porem, criadas para um longo tempo e não se alteram de um dia para o outro. Elas também são objeto de ocupação do terceiro poder, ele as testa, adapta, corrige e concretiza nos casos de litígio e as mantém vivas, o que se revela necessário para o nosso entendimento normativo.<sup>67</sup>

Percebe-se, assim, que as normas que em determinada época foram criadas podem, evidentemente, com a mudança da sociedade através do tempo, ser alteradas a fim de atender às ânsias dessa nova sociedade. Entretanto, tais mudanças devem ser paulatinas e refletir um pensamento já consolidado e em consonância com o desejo de aumentar as garantias e direitos fundamentais, não em sentido contrário.

Destarte, por mais que a efetivação do direito fundamental à imagem vá de encontro aos interesses comerciais de grandes grupos da mídia e desagrade parte da população que vê nesses programas e matérias policiais o seu lazer gratuito – como a plebe romana que se divertia com o circo de horrores que eram as batalhas entre homens e leões –, não se pode duvidar de que a defesa de mencionado direito fundamental seja medida necessária para a própria efetividade de todo o ordenamento, já que aquele direito, por ser de natureza fundamental,

---

<sup>67</sup> HASSEMER, Winfried. *Direito Penal Libertário*. Trad. Regina Greve. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 25.

possui em seu núcleo a própria dignidade humana que, uma vez ferida, é prejudicial para o ordenamento como um todo já que todos os outros princípios e direitos fundamentais em seus núcleos essenciais são formados também pela mesma dignidade da pessoa humana.

Além disso, não se pode esquecer de que os mesmos que defendem a exposição sem limites da imagem dos perseguidos pelo Estado em procedimentos criminais não estão livres de também sofrerem o abuso de tal direito, de forma que não é interessante absolutamente para ninguém que tal direito individual e fundamental pereça ou se torne letra morta na Constituição, pois o único critério que a mídia parece possuir para escolher suas vítimas é o lucro, não estando ninguém a salvo do risco de tais abusos.

Destarte, é necessário que o Estado zele pela imagem dos personagens que figuram em procedimentos criminais, sem permitir que esses sejam expostos contra a sua vontade e até mesmo sem o seu conhecimento, o que, sem dúvida, causa-lhes transtornos e torna-os estereotipados socialmente para o resto de suas vidas, acabando com a possibilidade de viverem dignamente sem carregarem o rótulo que lhes foi colocado por inseqüentes matérias jornalísticas, as quais os expuseram a um julgamento popular sem o devido processo legal.

Não é aceitável que se permita que o julgamento informal de quem está preso ou respondendo a um procedimento criminal seja feito por um jornalista que, ao entrevistar o perseguido pelo Estado, denomine-o de “assaltante”, “estuprador”, “assassino” e, assim, apresente-o levando as pessoas a assimilarem a imputação feita, irresponsavelmente, e às margens do devido processo legal, sobre a pessoa que está tendo sua imagem explorada.

E é isso que tem acontecido de maneira rotineira na mídia brasileira na última década: um verdadeiro derramamento de notícias e reportagens que visam a buscar altos índices de audiência e, com isso, o lucro, sem se preocupar com o respeito à privacidade, à intimidade e à imagem dos sujeitos por elas abordados.

Nesse ponto, vejamos o que diz Ana Lúcia Menezes Vieira, integrante do Ministério Público paulista:

Ocorre que os meios de comunicação de massa, em relação à publicação de fatos criminosos, vêm invadindo a privacidade e intimidade e degradando a imagem e a honra das pessoas envolvidas no processo penal, que são utilizadas como produtos da notícia.

É ingênuo pensar que os meios de comunicação de massa sejam neutros e que revelem o fato real com a evidência das imagens. Eles podem torcer a realidade e não cumprir a tarefa de transmitir os acontecimentos renunciando aos mecanismos técnicos e filtros de informações. A notícia do crime, selecionada para a publicação, pode ocultar de um lado e revelar de outro. É parte da realidade dos fatos: é outro fato estimulado pela criação da imagem do ocorrido, que a mídia faz sentir, faz ver pelo público.<sup>68</sup>

Assim, sem que se esteja a defender qualquer tipo de censura à imprensa ou à mídia, devem os meios de comunicação se atentar para a cultura do respeito às normas e princípios constitucionais vigentes, notadamente as que visam à proteção da dignidade da pessoa humana, pois, ao se ferir tais princípios, estar-se-á ferindo a própria Constituição Federal e, com isso, obviamente, restará fragilizado todo o ordenamento jurídico, o que, por certo, não interessa a ninguém no Estado Democrático de Direito.

### **5.3 Hipóteses de permissão do uso da imagem do réu durante a persecução penal brasileira.**

Obviamente o direito à imagem, mesmo sendo uma garantia individual constitucionalmente protegida, não é um direito absoluto que não possa ser mitigado ou até mesmo afastado em determinados casos concretos e pontuais. Mesmo os direitos e garantias fundamentais, quando entram rota de colisão com outros direitos e garantias da mesma natureza, podem, após um processo hermenêutico de sopesamento dos valores em conflito, ser deixados de lado para que outros direitos e garantias possam preponderar naquela hipótese específica.

---

<sup>68</sup> VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. *Processo Penal e Mídia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, págs. 154/155 e págs. 264/266.

Nesse ponto, vários são os conflitos que podemos visualizar envolvendo o direito fundamental à imagem que possui o réu no inquérito policial e no processo penal brasileiro, assim como qualquer outro cidadão, estando entre eles o confronto com o direito à informação, com o direito à liberdade de expressão e com o direito ao exercício da profissão, no caso em especial, o jornalismo.

Assim, cada vez que o direito fundamental à imagem for colocado em choque com outros direitos e garantias fundamentais, haverá que se fazer uma escolha entre quais dos direitos fundamentais em conflito deverá, naquele caso concreto, prevalecer.

Esses conflitos, no que tange a esfera do inquérito policial e do processo penal, derivam do interesse social e midiático, aqui extremamente comercial, segundo afirma Ana Lúcia M. Vieira: *“há um interesse público na divulgação da imagem das pessoas nele envolvidas - exemplo seria o retrato falado, ou a própria fotografia, para fins investigativos -, mas não é razoável quando a publicação serve apenas para provocar escândalos e destruir o indivíduo”*<sup>69</sup>.

Tem-se, portanto, que a imagem da pessoa poderá ser veiculada somente se os objetivos de sua publicação forem lícitos e absolutamente pré-definidos por lei, sendo o Poder Judiciário o responsável pela missão de vislumbrar se o direito à imagem deve sucumbir a interesses de maior peso no caso concreto que estiver em análise.

Com isso, clara é a posição defendida nesse texto de que haverá hipóteses em que o direito fundamental à imagem irá sucumbir, ou seja, não se está a defender a idéia de que mencionado direito à imagem deverá sempre ser sobreposto a qualquer outro direito, mas que somente deverá ser preterido em excepcionais ocasiões em que dará lugar ao exercício de outros direitos.

---

<sup>69</sup>VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. Ob. Cit., p.75.

E mais, defende-se aqui que tais hipóteses excepcionais sejam pré-definidas em lei, sem prejuízo de outras inclusões de hipóteses de preterimento ao direito à imagem, que o avanço ou necessidade futura exigirem, além das que já estiverem dispostas no ordenamento.

Admite-se que essa idéia não é novidade no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que o Código Civil<sup>70</sup> já traz algumas hipóteses em que prevê a sucumbência do direito à imagem em face do interesse público.

Vejamos os comentários que a Maria Cecília Naréssi Munhoz Affornalli tece a respeito do assunto:

O art.20 do Novo Código Civil (Lei 10.406 de 10.01.2002) expôs como limitações impostas ao direito do particular de se impor contra a utilização de sua imagem: a necessidade da utilização da imagem de outrem para a administração da justiça ou para a manutenção da ordem pública. Seria a invocação do interesse geral em detrimento do interesse do particular titular do direito à própria imagem. É a antiga posição da prevalência do interesse geral sobre o interesse individual. Essa tese é constantemente invocada pela mídia quando, na missão de informar a população invade a esfera da privacidade das pessoas, divulgando fatos e imagens sem a respectiva permissão. A defesa vem no sentido de que assim foi necessário para que a informação pudesse ser prestada, atendendo-se ao interesse público, mesmo que isso pudesse ferir o interesse individual do retratado.<sup>71</sup>

Entretanto, parte-se do pressuposto de que a simples regulação trazida pelo Código Civil, além de ser absolutamente superficial e restrita, não seria capaz de atingir o foco do problema aqui tratado, qual seja, a exploração ou uso abusivo da imagem do réu durante a persecução penal brasileira.

Dessa forma, indicam-se algumas hipóteses em que excepcionalmente a imagem do perseguido penalmente poderá ser utilizada independentemente de sua autorização, tendo em vista que nestas circunstâncias haverá uma predominância de outros direitos e garantias fundamentais que superam

---

<sup>70</sup> 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 destinarem a fins comerciais.

<sup>71</sup> AFFORNALLI, Maria Cecília Naréssi Munhoz. Ob. Cit., p. 60.

a necessidade de efetivação da garantia à preservação da imagem do indivíduo. Sendo elas as seguintes:

- Para fins de cadastro ou registro em órgãos públicos;
- Para fins de capturar o réu foragido;
- Para fins de identificar investigado que ainda não se apresentou, mesmo já tendo sido notificado pessoalmente de que contra ele pesa um inquérito ou processo judicial;
- Quando várias vítimas, no mínimo três, depuserem afirmando reconhecer a mesma pessoa como autora dos crimes que sofreram sem que se saiba onde esse suposto criminoso em série possa ser encontrado;
- Quando autorizado pelo próprio preso, investigado ou réu devidamente acompanhado de Advogado.

Essas hipóteses se justificam da seguinte forma:

*Para fins de cadastro ou registro em órgãos públicos:* o Estado, tendo em vista o seu *jus imperium* pode exigir que a pessoa para que possa exercer seus direitos inerentes à vida em sociedade esteja cadastrada em sistemas e órgãos públicos. Aliás, tais informações servem, inclusive, para a proteção do próprio indivíduo que está cadastrado, pois evita que outrem possa utilizar-se ilegalmente e sem nenhum tipo de controle de seus dados. Dessa forma, é que é legal e constitucionalmente permitido que o Estado exija fotos e dados pessoais para a emissão de determinados documentos e para a realização de alguns procedimentos, tais como Boletins de Ocorrências, registro em programas assistenciais, etc.

*Para fins de capturar o réu foragido:* tendo em vista a prevalência do interesse e a segurança pública em face do direito à imagem do suspeito, é legal a exibição da imagem do preso nas hipóteses em que ele estiver foragido ou tiver fugido da prisão. Aqui, deve ser enxergada a necessidade de se garantir a boa administração da justiça e da segurança da população que ficarão abaladas enquanto presos estiverem à solta, em virtude de fugas.

*Para fins de chamar ao procedimento investigado que ainda não se apresentou, mesmo já tendo sido informado de que contra ele pesa um inquérito ou processo judicial:* se o investigado já foi cientificado de que contra ele pesa uma investigação policial, e mesmo assim não se apresentou pessoalmente à autoridade policial, dificultando, dessa forma, e em última análise, a administração da justiça, pode o direito à imagem ser afastado para que, mediante prévia autorização judicial, utilizando-se dos meios oficiais, tais como o Diário Oficial ou mesmo a divulgação da imagem e das características do sujeito por outros meios midiáticos, a autoridade policial possa tornar público o chamamento do sujeito ao feito.

*Quando várias vítimas, no mínimo três, depuserem afirmando reconhecer a mesma pessoa como autora dos crimes que sofreram sem que se saiba onde esse suposto criminoso em série possa ser encontrado:* note-se que, nessa hipótese, diferentemente da hipótese anterior, o sujeito sequer precisa ter sido cientificado pessoalmente de que contra ele pesa uma investigação policial para que possa ter o seu direito fundamental à imagem afastado. Isso porque o que justifica tal medida é justamente a necessidade de se interromper uma série de crimes que estejam a afetar a sociedade, cometidos por alguém que não se sabe ao certo quem é. Dessa forma, deve a autoridade policial, a partir da autorização dada pelo Poder Judiciário, proceder à divulgação de retrato falado ou imagem capturada por outros meios de gravação do sujeito que foi reconhecido como autor dos supostos delitos. Destaque-se que deve haver a necessidade de que pelo menos três vítimas tenham reconhecido a imagem que será divulgada como sendo dos criminosos em questão. O número de vítimas exigido se justifica para que se diminua o risco de se divulgar a imagem de outrem que não do aludido criminoso.

*Quando autorizado pelo próprio preso, investigado ou réu, devidamente acompanhado de Advogado:* a última hipótese aqui tratada de uso da imagem do investigado ou do processado criminalmente é a mais lógica de todas, pois trata do uso autorizado pela própria pessoa que terá a sua imagem divulgada. Não raro o sujeito que está preso deseja ter a sua versão sobre os fatos de que está sendo acusado divulgada através de reportagens ou entrevistas. Assim, autoriza que

sua imagem seja exibida pela imprensa. Ocorre que tal autorização deve ser, para que seja efetivamente válida, escrita e assistida por Advogado ou defensor constituído pelo sujeito. Tal exigência se justifica para que não reste dúvida de que a autorização foi válida e de que o conteúdo que será exibido não prejudicará a defesa do sujeito, respeitando-se, assim, além do direito fundamental à imagem, também as garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

Assim, feita a regulação das hipóteses em que o direito fundamental à imagem poderá ser mitigado, ou até mesmo afastado no decorrer da persecução penal, poder-se-á diminuir a verdadeira violência e injustiça que a milhares de pessoas são impostas com o uso indevido – na verdade, exploração exacerbada – de sua imagem enquanto personagem de um processo penal, de um inquérito e muitas vezes de simples prisões feitas de maneira equivocada pela autoridade policial.

Importante ressaltar, ainda, que muitas pessoas tentam justificar essa referida violência midiática afirmando se tratar de divulgação de interesse público, quando, na realidade, trata-se, na maioria das vezes, de interesse do público, ou seja, mera curiosidade desnecessária de alguns em relação à vida de outros, motivo que obviamente não pode justificar o afastamento do direito fundamental à imagem que o sujeito possui.

Os males que a exposição indevida da imagem de uma pessoa personagem de uma persecução penal pode causar-lhe são incalculáveis, podendo chegar ao ponto de destruir-lhe a carreira, família e até a própria vida.

Mais uma vez, recorre-se às claras conclusões trazidas por Maria Cecília Naréssi Munhoz Affornalli, senão vejamos:

Quanto à divulgação da imagem em informativos de cunho policial, deve-se ter cuidado quando as pessoas retratadas são suspeitos de autoria de ilícitos penais pois, com a publicação de seus traços pessoais acabam sendo lançadas a julgamento público e submetidas a agressões diversas. Não raro descobre-se, posteriormente a essa execução, serem inocentes, mas então suas vidas pessoais já se encontram total e irremediavelmente desestruturadas.

Um exemplo conhecido e atual é o dos proprietários de uma escola para crianças, na cidade de São Paulo, que foram acusados de abuso sexual de seus alunos. Tiveram seus retratos divulgados, foram hostilizados, linchados, tiveram seu direito restringido em face da prévia condenação de toda a sociedade. Ao final do processo criminal acabaram sendo absolvidos, mas diante do abalo que sofreram, os danos não poderão jamais ser reparados.<sup>72</sup>

E, por certo, esse caso mencionado acima é somente um entre os milhares que acontecem diariamente no país.

Na cidade de Fortaleza/CE, por exemplo, houve um episódio similar ao dos donos da escola paulista que foram cruel e injustamente condenados pela sociedade antes do pronunciamento da justiça. Ocorreu no caso conhecido como o “assassinato da menina Alanis”, criança morta após ser estuprada na periferia da capital cearense.

Nesse caso, depois de dias de busca pelo assassino da pobre criança, a polícia apresentou um homem como sendo o criminoso responsável pelo crime hediondo em comento, exibindo-o em inúmeros canais de televisão e outros meios de imprensa, como um verdadeiro troféu alcançado depois de mais de uma semana de investigações e buscas.

Entretanto, no dia seguinte à prisão do aludido suspeito, a polícia recebeu a informação de que testemunhas que haviam visto o verdadeiro criminoso seqüestrando a menina do local onde brincava não era aquele que havia sido preso, tendo o verdadeiro homicida sido visto em um terminal de ônibus da cidade.

A partir de então, não demorou para que a polícia prendesse o verdadeiro criminoso. Entretanto, a imagem do primeiro suspeito, apresentado como estuprador e assassino, já havia sido divulgada, ou seja, já era tarde e a Inês estava morta.<sup>73</sup>

---

<sup>72</sup> AFFORNALLI, Maria Cecília Naréssi Munhoz. Ob. Cit., p. 62.

<sup>73</sup> Referência ao conto III de *Os Lusíadas* de Luís de Camões, em que o autor português conta a história de Inês de Castro, mulher que foi morta em 1355 a mando do Rei D. Afonso IV de Borgonha, antes que seu pretendente, o Príncipe D. Pedro, voltasse de uma viagem, tendo ele, assim, a encontrado morta sem que pudesse, dessa forma, fazer mais nada para viver seu grande amor.

Ora, mesmo que ocorresse a improvável hipótese de todos os meios de comunicação que haviam divulgado a imagem do suspeito inocente exibirem reportagens do mesmo porte e tamanho das que o apresentaram como sendo o criminoso, não há como se garantir – muito pelo contrário – que todas as pessoas que o viram nas primeiras reportagens assistiriam as matérias explicativas sobre o equívoco cometido com aquele inocente que, certamente, passou a cumprir a maior pena que se pode aplicar a um cidadão: a injusta estigmatização.

Nota-se que a dignidade de uma pessoa que tem a sua imagem explorada indevidamente é atingida de forma brutal e, na maioria das vezes irreversível, motivo pelo qual o direito fundamental à imagem merece proteção e atenção especial do Estado.

No Brasil, a mídia tem explorado de maneira tão selvagem a imagem das pessoas que sofrem algum tipo de procedimento investigatório ou processo penal que nem mesmo os abastados financeiramente e socialmente, que historicamente possuem tratamento mais cuidadoso pelas autoridades, escapam de terem sua imagem ofendida.

Nesse ponto, lembra-se que no ano de 2010 a sociedade brasileira pôde assistir a várias cenas e reportagens sobre pessoas influentes e milionárias que, por estarem, na época, sofrendo algum tipo de investigação, tiveram suas vidas íntimas demasiadamente expostas por vários meios de comunicação. Como exemplos, podem ser citados os casos envolvendo as famílias Maluf e Sarney, que tiveram alguns de seus integrantes envolvidos em investigações e operações da Polícia Federal.

Da mesma forma, a proprietária da afamada e luxuosa loja paulistana Daslu, senhora Eliana Tranchesi, foi a principal personagem de matérias jornalísticas com cunho sensacionalista na ocasião em que foi investigada pela Polícia Federal pela suposta prática de crimes financeiros.

Não que se defenda que as pessoas ricas ou influentes devam estar mais resguardadas de tais abusos midiáticos do que os cidadãos da classe média ou das periferias, mas se destaca tais abusos contra as pessoas acima mencionadas com o fim de se comprovar que os excessos da mídia não escolhem suas vítimas e que todos os integrantes da sociedade estão sujeitos a ter a sua imagem explorada de forma ilegal e inconstitucional, não importando à qual classe social pertençam. Tem a mídia, ao que parece, um único critério para definir quem serão suas vítimas: o lucro que a exploração da imagem de cada caso policial lhe trará.

Longe também de se defender qualquer tipo de censura, é importante destacar que a exploração e divulgação de matérias jornalísticas sobre os envolvidos em procedimentos investigatórios ou processos penais deve se pautar pelo respeito à dignidade da pessoa objeto da matéria. Deve-se adotar o critério do interesse social e do verdadeiro teor jornalístico que a notícia possui para se evitar a exploração ilegal da imagem da pessoa.

Assim, o conflito que sempre existirá entre o direito fundamental à imagem e o também fundamental direito à informação e a liberdade de expressão deve se pautar pelo respeito à privacidade do sujeito que está tendo a imagem explorada. Em cada caso concreto, deverá ser analisado se a notícia está violando ou não a intimidade do sujeito, ou se está apegando-se somente a fatos que dizem respeito ao interesse geral, sem estar ofendendo – nem mesmo nas hipóteses excepcionais em que o direito à imagem sucumbirá à outros direitos de natureza fundamental – a privacidade e a dignidade da pessoa noticiada.

Portanto, no mesmo sentido das lições da melhor doutrina, defende-se aqui que, mesmo nas hipóteses excepcionais em que o direito constitucional à imagem tiver que ser afastado, “não se poderá fazê-lo caso viole a vida privada ou a intimidade do sujeito, sem que se tenha, do outro lado, um valor de maior peso a justificar tal medida”.<sup>74</sup>

---

<sup>74</sup> BONAVIDES, Paulo. MIRANDA, Jorge. AGRA, Válber de Moura. Ob. Cit., p. 112.

#### **5.4 Danos causados à imagem do réu na persecução penal e meios para compensá-los.**

A violação à imagem do perseguido acontece quando ela é exposta, sem a sua prévia autorização, através de meios de comunicação ou mesmo pessoalmente para sujeitos estranhos à Segurança Pública e ao Poder Judiciário, que estejam presentes no local onde o sujeito esteja preso.

Segundo o Professor Notaroberto Barbosa<sup>75</sup>, pode-se classificar as violações ao direito à imagem em três espécies, a saber: “1º) *quanto ao consentimento*: quando o indivíduo tem a própria imagem usada sem que tenha dado qualquer consentimento para tal; 2º) *quanto ao uso*: quando, embora tenha sido dado consentimento, o uso da imagem ultrapassa os limites da autorização concedida; 3º) *quanto à ausência de finalidades que justifiquem a exceção*: quando, embora se trate de pessoa célebre, ou fotografia de interesse público, a maneira de uso leve à inexistência de finalidade que se exige para a limitação do direito à imagem.”

De outro lado, não se deve esquecer que a imagem do sujeito diz respeito a todas as suas características que sejam capazes de individualizá-lo, não se restringindo à imagem visual. Dessa forma, basta que seja noticiado alguns dados do sujeito, sem a sua autorização prévia e fora das hipóteses de permissão já indicadas nesse trabalho, para que seu direito fundamental à imagem reste violado.

Importante também se destacar, no que tange às violações ao direito fundamental à imagem durante a persecução penal, que muitas delas atingem também a imagem da pessoa jurídica que, por ventura, pertença ao sujeito. E ao inverso, muitas vezes o fato de não se respeitar a imagem da empresa que está sendo investigada, acaba por se atingir reflexamente todos, não somente os sócios e

---

<sup>75</sup> BARBOSA, Álvaro Antônio do Cabo Natoroberto. *Direito à própria imagem: aspectos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1989.

proprietários, que de qualquer forma estejam a ela ligados. É o que se tem visto com frequência nas operações da Polícia Federal que são, na maioria das vezes, feitas de forma pirotécnica.

Entretanto, o estudo em tela, focar-se-á, por questões científicas, no desrespeito à imagem somente das pessoas físicas diretamente atingidas pela selvageria do baixo escalão jornalístico brasileiro.

Assim, o que fazer para reparar o dano já efetivamente causado à imagem de um cidadão? Há reparação possível para tal dano?

Essas questões lembram uma anedota popular em que determinado homem era processado por ter caluniado outra pessoa e o Juiz lhe dá uma oportunidade de ser perdoado, entregando-lhe um papel com a frase que o acusado havia dito contra a vítima e pedindo que ele o rasgasse e jogasse os pedacinhos do papel ao vento, tendo logo em seguida o magistrado afirmado que, se o réu fosse capaz de recuperar as partes integrantes do papel rasgado de forma a reconstituí-lo, estaria perdoado.

Por óbvio, o acusado não foi capaz de recuperar as partes rasgadas do papel, já que o vento as tinha espalhado, mostrando, assim, o juiz que, depois que o mal é espalhado, não se pode mais voltar ao *status quo ante*.

Destarte, como parece ser impossível, ou pelo menos extremamente improvável, resgatar *in totum* a imagem que tenha sido arranhada pela sua indevida exposição na ocasião de um inquérito policial ou de um processo judicial, deve-se tentar compensar os danos, apresentando-se aqui algumas formas de compensação que se entende serem a mais eficazes possíveis no ordenamento jurídico brasileiro. A primeira delas é a indenização pecuniária, que deve ser paga tendo em vista o dano moral causado pelo uso indevido ou desautorizado da imagem do perseguido penalmente.

Aqui se defende a idéia de que não há como devolver a imagem do sujeito, após ser violada, ao *status quo ante*, motivo pelo qual não se cabe falar em reparação do dano à imagem, mas em compensação. Depois que a imagem da pessoa é de qualquer forma arranhada, impossível se faz a tentativa de se tirar o dano causado com a publicação de novas notícias tais quais as que espalharam o mal sobre o sujeito, podendo-se, no máximo, compensar à vítima de algumas formas, conforme se verá adiante.

A mesma opinião foi demonstrada pelo Tribunal de Justiça paulista que em antiga decisão já demonstrava preocupação com o fato de que, depois de feito o dano à imagem do sujeito na persecução penal, não se poderia mais recuperá-la, mesmo que com novas notícias sobre sua inocência. Vejamos a decisão mencionada:

Indenização. Responsabilidade Civil. Lei de Imprensa. Dano moral. Imagem. Exposição indevida pela imprensa. Suspeita de autoria de crime hediondo não confirmada. Publicação de nova notícia sobre ausência de prova do delito. Irrelevância. Culpa manifesta. Ação procedente. Sentença confirmada. Responsabilidade civil, Dano moral. Divulgação, pela imprensa, de fotografia do autor, como suspeito de latrocínio. Autoria do crime, logo em seguida, não confirmada, com alusão ao atingido. Ofensa à honra e à dignidade da pessoa atingida. Irrelevância de publicação de outra notícia, mais tarde, pelo mesmo órgão, dando conta de não obtida prova de autoria contra o demandante. Culpa manifesta, na divulgação da primeira notícia e da fotografia do apontado como suspeito, antes do desenvolvimento das investigações sobre o crime. Dano moral manifesto e de intuitivo reconhecimento. Indenização fixada, dentro de parâmetros aceitáveis, não comportando aumento nem redução. Recursos principal e adesivo não providos. (TJSP – 10ª Câmara de Direito Privado. Apelação Cível nº. 83.675-4 – Franca/SP. Relator: Desembargador Quaglia Barbosa, julgado em 29.06.1999).<sup>76</sup>

Frise-se, assim, que as formas apresentadas adiante, mesmo buscando a máxima eficácia na missão de recuperar a violência sofrida pelo sujeito, na verdade, somente conseguem amenizar e compensar os reflexos dessa violência. Por exemplo, ao se indenizar alguém pelo uso desrespeitoso de sua imagem no momento em que chegava a uma delegacia, está a se indenizar a consequência do uso, ou seja, a exposição indevida da imagem e não o próprio ato ilegal e humilhante que foi imposto ao sujeito.

---

<sup>76</sup> Disponível em: [www.tjsp.jus.br](http://www.tjsp.jus.br), acessado em 15/07/2011.

Diante desse raciocínio, fácil é afirmar que em alguns casos deveria haver duas indenizações: uma pelo uso ou veiculação da imagem sem a autorização do indivíduo e outra pelo próprio ato de filmá-lo, quando fosse feito de maneira indiscutivelmente desrespeitosa ao direito de escolha do sujeito. Esclarece-se: se um determinado sujeito for filmado de longe, ou tiver seus dados divulgados de forma a violar seu direito fundamental à imagem, terá direito a uma indenização por tais atos. Entretanto, se, no próprio ato de captar a imagem ou os dados que o individualize, o indivíduo sofresse qualquer violência, mesmo a moral, ou agressão, teria direito a uma indenização fixada em um montante dobrado, em face daquele que teve sua imagem captada sem que o ato de captação tenha lhe causado transtorno.

A jurisprudência pátria ainda não sustenta o posicionamento de vanguarda aqui defendido, mas caminha a passos largos para tanto, uma vez que já pacificamente reconhece o direito à indenização que possui quem tem o direito fundamental à imagem de qualquer forma violado. Nesse sentido, importante ver o posicionamento dos tribunais pátrios:

LIBERDADE DE INFORMAÇÃO E DIREITO À HONRA À DIGNIDADE, À INTIMIDADE, À VIDA PRIVADA- ARTIGOS 5º, X, E 220 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL- PLANO CONSTITUCIONAL – ART.1º DA LEI Nº5.250/67 -VALOR DO DANO MORAL- 1. **Está no plano constitucional decidir sobre o balanceamento entre o direito à honra, à dignidade, à intimidade, à vida privada, e à liberdade de informação, com a interpretação dos artigos 5º, X, e 220 da Constituição Federal.** Tal questão, sem dúvida, é relevante neste trânsito da vida republicana e compete ao Supremo Tribunal Federal decidi-la. 2. Não se revê nesta Corte o valor do dano moral quando a fixação não configura exorbitância, exagero, despropósito, falta de razoabilidade ou insignificância, o que não existe no presente feito. 3. Para os efeitos do art. 1º da Lei de Imprensa, o abuso, no plano infraconstitucional, está na falta de veracidade das afirmações veiculadas, capazes de gerar indignação, manchando a honra do ofendido. Neste feito, o Acórdão recorrido afastou as acusações formuladas do contexto do tema tratado nos artigos escritos pelo réu e identificou a ausência de veracidade das afirmações. **O interesse público, em nenhum momento, nos casos como o dos autos, pode autorizar a ofensa ao direito à honra, à dignidade, à vida privada, à intimidade da pessoa humana.** 4. **Recursos especiais não conhecidos.** (STJ- RESP 439584-SP- 3ª T.- Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito- DJU 09.12.2002).” – Destacamos.<sup>77</sup>

---

<sup>77</sup> Disponível em: [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br), acessado em 15/07/2011.

Se o órgão da imprensa, ainda que publicando notícia verdadeira, o faz de forma insidiosa, dando-lhe contornos de escândalo e de cometimentos de atos abusivos, há de responder pelo agravo moral que do fato resultar". (Ap 4.118\96- 7 Cam.- j. 01.10.1996- Relator Desembargador. Torres de Melo-DORJ 20.02.1997, RT 743\381: Dano Moral- Indenização)<sup>78</sup>.

Como se vê na jurisprudência brasileira, o direito à imagem estende-se a todas as pessoas que devem ter respeitados seus dotes físicos integralmente, pois são protegidos – eis que comum no meio artístico, ou político – o destaque de algum elemento característico, isso até mesmo na esfera administrativa, imagine então na seara penal. Vejamos mais uma decisão:

O regime de segredo imposto ao procedimento administrativo, longe de prejudicar a defesa, exercida em toda sua plenitude, foi adotado para resguardo da imagem do próprio impetrante. - DJ 25-09-1992 PP-16183, EMENTA VOL-01677-01 PP-00145, RTJ VOL-00143-03 PP-00867

A versão dada pelo meio jornalístico deve resguardar o direito à imagem da pessoa humana, com vistas a passar ao telespectador senão o próprio fato jurídico, eivado pela objetividade necessária e respeitosa a fim de evitar a exposição danosa ao juízo de valor decorrente de informações impregnadas de artifícios apresentados por aquele que narrou, muitas vezes de forma ambígua, sob pena de se obrigar o agressor a indenizar civilmente a vítima.

Afastado o delito que justificaria a competência jurisdicional federal, restam crimes de corrupção ativa e quadrilha, sem dano a ente, serviço ou interesse de entes federais, decorrendo daí a competência da Justiça Estadual. 10. Decorridos mais de 40 dias de prisão preventiva dos envolvidos calcada na garantia da ordem pública, pela estruturação da quadrilha e reiteração criminosa, não se faz mais necessária a medida extremada, porquanto não mais é provável a reincidência nos delitos imputados pela inicial, sobretudo em virtude da exposição pública (de todo indevida e afrontando o direito de imagem dos processados) das investigações, da suspensão do exercício da advocacia do paciente e de outros advogados denunciados, além do decurso de tal lapso temporal". TRF4 - HABEAS CORPUS: HC 11378 PR 2005.04.01.011378-0.

Entretanto, há hipóteses que o dano à imagem do réu é tão grave que influencia, ou melhor, determina o entendimento que pautará o jurado, nos casos de crimes contra a vida, no momento em que irá julgar, sendo a condenação,

---

<sup>78</sup> Disponível em: [www.tjrj.jus.br](http://www.tjrj.jus.br), acessado em 15/07/2011.

em alguns casos, a conseqüência nefasta de muito anunciada, tamanha é a desgraça que a imagem do acusado pode sofrer ao ser explorada indevidamente pela mídia.

*É como se a condenação judicial não é o bastante, pois exige-se, através dos meios de comunicação, expurgar os males pela expiação da imagem do condenado na imprensa (...) não importa, assim, que perante as autoridades judiciárias o acusado seja inocente. Diante do tribunal da opinião pública, já foi condenado antes mesmo de lhe ser oferecida oportunidade de defesa, numa amostra de aplicação da Teoria do Direito Penal do Inimigo à sociedade da comunicação de massas<sup>79</sup>.*

Em muitos casos de competência do Tribunal do Júri, a mídia mostra a sua versão, muitas vezes de forma extremada e sensacionalista, antecipando o julgamento popular sem que haja qualquer imparcialidade ou respeito às garantias processuais que todo acusado possui, impossibilitando, assim, a defesa de atuar conforme os preceitos constitucionais e legais essenciais para a validade e legitimação do processo penal. Nesse sentido, *a defesa é meramente formal, já que o contraditório e a ampla defesa se resumem a meramente ouvir a outra parte, sem que se lhe dê oportunidade de defender-se de modo proporcional ao que lhe é imputado. Tudo deve ser simplista para ser facilmente digerido pelas massas e facilmente aplicado pelos algozes<sup>80</sup>*

De outro lado, afirma Ana Lúcia M. Vieira: *(...) a prudência deve ser a tônica do trabalho jornalístico, principalmente quando se trata de notícias transmitidas pela televisão. Assim sendo, é possível afirmar que só um jornalismo embasado na verdade pode, seguindo princípios e normas inerentes ao fim informativo, contribuir para o bem comum<sup>81</sup>.*

O texto abaixo destaca a questão do poder de influência da mídia e foi utilizado na defesa do empresário Marcos Valério:

---

<sup>79</sup> YABIKU, Roger Moko. Ob.Cit.

<sup>80</sup> YABIKU, Roger Moko. Ob. Cit..

<sup>81</sup> VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. Ob. Cit.,p.80.

A atuação, cada vez mais agressiva da mídia brasileira, está a exigir uma reflexão preliminar nesta RESPOSTA, já que os meios de comunicação (jornais, revistas, rádio, televisão, internet, “blogs”, “orkut”, etc.) acusam, exibem provas obtidas ilicitamente (com violação de todos os sigilos constitucionalmente protegidos), julgam e condenam e, depois, criticam o Poder Judiciário, pressionando-o, para confirmar, rapidamente, as conclusões afoitas do processo midiático terrorista, descompromissado com o estado democrático de direito e a Constituição, onde vigoram os princípios do juiz natural, da presunção de inocência, do contraditório, do direito ao silêncio, da não auto-incriminação, da utilização exclusiva de provas lícitas, da ampla defesa, em resumo, do devido processo legal.<sup>82</sup>

Destaque-se ainda que a imagem do indivíduo poderá ser atingida por equívocos na contextualização na qual será exposta, ou seja, não é somente a exposição da imagem física do sujeito que, por si só, poderá trazer-lhe prejuízos, mas também as hipóteses em que o contexto no qual a imagem foi divulgada foi apresentado dissonante da realidade. Por exemplo, o caso de uma pessoa que é filmada em uma Delegacia de Polícia, na ocasião em que registrava uma ocorrência da qual fora vítima, e tem a sua imagem, sem nenhuma autorização, exposta em telejornais como se fosse um bandido que estava sendo autuado em flagrante.

Nessa hipótese, a denominada imagem-retrato, aquela que reflete meramente o aspecto físico da pessoa, não foi ferida pela sua simples exposição, mas a chamada imagem-atributo, aquela que reflete o conceito que terceiros possuem de cada um de nós, foi demasiadamente atingida pela carga negativa e equivocada constante na notícia em que a imagem física da pessoa foi indevidamente divulgada.

Nesse contexto, vejamos a lição da doutrina:

O direito à imagem não engloba apenas o retrato, mas o entorno e a veracidade da imagem. Uma fotografia em que o contexto não é informado, ou na qual o contexto tenha sido distorcido, caracteriza-se como violação à imagem, apesar de a foto refletir a personalidade lá mencionada. Na verdade, a quebra do valor do contexto descaracteriza a imagem nele contida. Ou a falta de informação de um contexto permite a violação da imagem (apesar de, objetivamente, a imagem ser da pessoa ofendida).

---

<sup>82</sup> O advogado do empresário Marcos Valério, Marcelo Leonardo do escritório Marcelo Leonardo Advogados Associados, enviou à redação do site [www.migalhas.com.br](http://www.migalhas.com.br), de onde foi retirada essa citação, o tópico I da Defesa apresentada ao STF em 15/8/06 pelo advogado.

Outro conceito de imagem, que chamamos de imagem-atributo, diferente da imagem retrato, como tratada no artigo 5º, inciso X, aparece no artigo 5º, inciso V, quando há a expressão “dano a imagem.”<sup>83</sup>

De outro lado, a imagem-retrato do sujeito pode ser diretamente violada. Acontece quando são utilizadas charges ou recursos tecnológicos que a distorcem, a ponto de fazerem parecer animais, demônios ou outros seres assombrosos, a fim de criticar o dono da imagem.

Necessário se faz realçar que, com o atual estágio de avanço tecnológico a que o mundo chegou, o “vento” da anedota acima contada, que espalha os pedacinhos de papel, transformou-se em um verdadeiro furacão, pois os meios de comunicação em massa, em especial a *internet*, possibilitam que a imagem ou a notícia especificando determinada pessoa ou determinados fatos se espalhem de forma absolutamente devastadora por todo o mundo, praticamente em tempo real, o que de fato agravará o prejuízo ao direito fundamental à imagem do indivíduo irregularmente exposto.

Ademais ao se tentar calcular o prejuízo sofrido pelo indivíduo que tem violado o seu direito fundamental à imagem em um procedimento penal, o Estado-juiz deve levar em conta o duplo conteúdo que esse direito constitucional possui, ou seja, de um lado, o conteúdo moral da imagem, que a doutrina norte-americana denominou de *right of privacy* – é aquele que se refere ao interesse da pessoa em proteger a sua imagem, por uma questão simplesmente de honra, vontade e preservação da sua própria imagem; de outro lado, o conteúdo material – *right of publicity* - que se refere aos prejuízos financeiros que a indevida exposição da imagem do indivíduo lhe traz.

Assim, conclui-se que mesmo um pobre que não teria prejuízo material nenhum com a exposição de sua imagem indevidamente tem o direito de ser protegido dessa irregular exposição, uma vez que, como o direito à imagem possui esse caráter duplo (conteúdo moral e material), haveria o ferimento do

---

<sup>83</sup> BONAVIDES, Paulo. MIRANDA, Jorge. AGRA, Válber de Moura. Ob. Cit., p. 112.

conteúdo moral desse direito, o que já basta para que a proteção recaia sobre esse indivíduo.

Clara é a explicação de Maria Cecília Naréssi Munhoz Affornalli:

“O *right of privacy* diz respeito ao conteúdo extra patrimonial do direito à própria imagem, à faculdade que seu titular tem de se opor à fixação da própria *imago* em um suporte físico, divulgação e publicação, sendo que a não observância da sua vontade atentará contra a sua vida privada. Salienta-se que o direito à privacidade, ou o *diritto alla riservatezza*, do italiano Bruno Franceschelli, constitui-se em um dos desdobramentos dos direitos da personalidade (a privacidade como atributo da personalidade). O *right of publicity* versa sobre a disponibilidade do uso da imagem segundo a vontade do seu titular, e nas condições impostas por ele (finalidade, prazo, veículo, público alvo etc.).<sup>84</sup>

Assim, tem-se claro que a violação do direito fundamental à imagem do indivíduo gera o direito à compensação dos prejuízos que lhe foram causados por tal violação, sejam eles de ordem moral ou material, tendo sido causados pelo Estado ao exhibir, ou permitir que se exibam, imagens de presos sem a devida autorização pessoal ou judicial; seja na hipótese da responsabilidade recair sobre particulares, como no caso de jornalistas que, mesmo sem a autorização estatal, captam e exibem a imagem de pessoas que estão sofrendo o *jus persecuendi*.

De outro lado, não parece ser questão tormentosa a de que o Estado terá direito de regresso, em ação própria, contra o seu servidor que violar ou permitir que o direito fundamental à imagem de alguém seja violado, respondendo o agente, inclusive, administrativa e/ou penalmente, caso sua conduta configure algum tipo penal incriminador.

---

<sup>84</sup> Affornalli, Maria Cecília Naréssi Munhoz. Ob. Cit., p. 28.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Destacou-se no presente estudo que, mesmo a vigente Constituição Federal Brasileira prevendo em seu artigo 5º, X, que *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*, tal garantia é constantemente violada, em especial pela imprensa que em muitos casos não respeita o direito de imagem do personagem principal da persecução penal, que é o réu.

Defende-se que a imagem da pessoa somente poderá ser explorada ou exibida em situações excepcionais, devidamente autorizadas em momento prévio pelo Poder Judiciário e reguladas por lei, sendo tais situações de exceção:

- Para fins de cadastro ou registro em órgãos públicos;
- Para fins de capturar o réu foragido;
- Para fins de identificar investigado que ainda não se apresentou, mesmo já tendo sido notificado pessoalmente de que contra ele pesa um inquérito ou processo judicial;
- Quando várias vítimas, no mínimo três, depuserem afirmando reconhecer a mesma pessoa como autora dos crimes que sofreram sem que se saiba onde esse suposto criminoso em série possa ser encontrado;
- Quando autorizado pelo próprio pelo preso, investigado ou réu, devidamente acompanhado de Advogado.

Fora dessas hipóteses, caso a imagem do sujeito seja explorada ou divulgada sem a sua autorização, além de gerar o direito à indenização para a vítima, estará a Constituição Federal e o próprio ordenamento sendo ferido gravemente, pois uma vez que o direito à proteção à imagem é um direito de

natureza fundamental, possui em seu núcleo, em sua essência, a dignidade humana, que restará maculada nos casos em que a imagem do sujeito for desrespeitada.

Assim, para que o direito fundamental à imagem seja respeitado, mesmo quando estiver em rota de colisão com outros direitos de também natureza fundamental – tais como o direito à informação e a liberdade de imprensa –, o hermenêuta deverá analisar, caso a caso, a importância dos valores que estiverem se chocando, devendo dar preferência ao que, para aquele caso em análise, for mais importante.

Assim, em um choque entre o direito fundamental à imagem e o direito fundamental à informação, não se poderá criar uma regra absoluta de prevalência, pois em cada caso deverá ser analisado se a imagem e a privacidade da pessoa em questão deverão prevalecer sobre o interesse do público que deixará de receber aquela notícia.

Entretanto, pode se afirmar, categoricamente, que a baliza para a solução aplicada em caso de choque entre os direitos fundamentais acima expostos deverá ser sempre a dignidade da pessoa humana, pois uma vez que este vetor hermenêutico seja ferido, todo o ordenamento também restará maculado, já que a dignidade humana também é a base essencial do ordenamento jurídico de um Estado dito Democrático de Direito, como é atualmente o Brasil.

## REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Wilson. *Instituições de Direito Constitucional*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1964.

AFFORNALLI, Maria Cecília Naréssi Munhoz. *Direito à própria Imagem*. 1ª ed. CURITIBA: Muriá, 2003.

AGRA, Walber de Moura. *Curso de Direito Constitucional*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direito Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva, da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. *Princípios Fundamentais do Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

ANDRADE, Vander Ferreira. *A Dignidade da Pessoa Humana – valor – fonte da ordem jurídica*. São Paulo: Cautela, 2007.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1998.

ARISTÓTELES. *A Política*. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios - da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BARACHO. José Alfredo de Oliveira. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

\_\_\_\_\_. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas normas*. 7ª ed., atualizada. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003.

BARBOSA, Álvaro Antônio do Cabo Natoroberto. *Direito à própria imagem: aspectos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1989.

BARBOSA, Rui. *Oração dos Moços*. Anotada por Adriano da Gama Cury. 5ª ed. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1999.

\_\_\_\_\_. *Comentários à Constituição Federal Brasileira*. Org. Homero Pires. São Paulo: Saraiva, 1934. v.6.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

\_\_\_\_\_. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2010.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil: promulgado em 5 de outubro de 1988*. 2 v. São Paulo: Saraiva, 1989.

BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BITTAR, Carlos Alberto. *Direitos da Personalidade*. 2.ed. São Paulo: Forense Universitária, 1995.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Trad. Carlos N. Coutinho. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

\_\_\_\_\_. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 10ª ed. Brasília: Editora UNB, 1999.

BÖCKENFÖRDE, E. W. *Escritos Sobre Derechos Fundamentales*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

\_\_\_\_\_. *Reflexões: Política e Direito*. Fortaleza: Imprensa Universitária da Universidade Federal do Ceará, 1973.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História Constitucional do Brasil*. BRASÍLIA: OAB, 2004.

BONAVIDES, Paulo. MIRANDA, Jorge. AGRA, Válber de Moura. *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

BONJARDIM, Estela Cristina. *O Acusado, sua Imagem e a Mídia*. São Paulo: M. Limonad, 2002.

- BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- CAMPOS, Francisco. *Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1956.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CANOTILHO, J. J. Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha (coords). *Direitos Fundamentais Sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de. *Direito de Informação e Liberdade de Expressão*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- \_\_\_\_\_. *Liberdade de Informação e Direito Difuso à Informação Verdadeira*. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- CERNICCHIARO, Luiz Vicente. COSTA JR, Paulo José. *Direito Penal na Constituição*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação Histórica dos Direitos Fundamentais*. 5ª ed., revisada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2007.
- CRETTON, Ricardo Aziz. *Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade e sua aplicação no direito tributário*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 65
- CUNHA, Sérgio Sévulo da. *Princípios Constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- DANTAS, Ivo. *O Valor da Constituição: o controle de constitucionalidade como garantia da suprallegalidade constitucional*. 2ªed. ver. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- \_\_\_\_\_. *Princípios Constitucionais e Interpretação Constitucional*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1995.
- DAHL, Robert. *Um Prefácio à Teoria Democrática*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1989.
- EDWARDS, Carlos Enrique. *Garantias Constitucionales em Matéria Penal*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Hermenêutica*. 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2004.
- FARIA, José Eduardo. *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. São Paulo: Malheiros, 2005.

FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 5ª ed. Revisada, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

\_\_\_\_\_. *Vinte anos de Constituição e o Processo Penal*. In: PRADO, Geraldo. MALAN, Diogo (Coord). *Processo Penal e Democracia. Estudos em Homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio; DINIZ, Maria Helena; GEORGAKILAS, Ritinha Alzira Stevenson. *Constituição de 1988: legitimidade, vigência e eficácia, supremacia*. São Paulo: Atlas, 1989.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Interpretação e Estudos da Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1990.

\_\_\_\_\_. *Teoria da Norma Jurídica*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 32ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

\_\_\_\_\_. *A Reconstrução da Democracia*. São Paulo: Saraiva, 1979.

FIORAVANTI, Maurizio. *Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Trotta, 1996.

FISS, Owen M. *A Ironia da Liberdade de expressão: Estado, regulação e Diversidade na Esfera Pública*. Trad. De Gustavo Binbenojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

FRANCO, Afonso Arinos de Melo. *Estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1957.

FRANSCESCHELLI, Bruno. *Il diritto riservatezza*. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Joven, 1960.

GONÇALVES, Cláudia Maria da Costa. *Direitos fundamentais sociais: releitura de uma constituição dirigente*. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2011.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 9ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2004.

GRAU, Eros Roberto; Guerra Filho, Willis Santiago (org). *Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. 1ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2003.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. 4ª ed. São Paulo: RCS, 2005.

GUNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: justificação e aplicação* (trad. Cláudio Molz). São Paulo: Landy, 2004.

HASSEMER, Winfried. *Direito Penal Libertário*. Trad. Regina Greve. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

HERMANO, Durval. *Direito à Imagem*. São Paulo: Saraiva, 1988.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Sérgio Antônio Fabris. Porto Alegre: Fabris, 1991.

HOBBS, Thomas. *Leviathan*. Londres: Penguin Books, 1985.

HOLANDA, Marcos de. *Processo Penal na Prática*. Fortaleza: ABC, 2007.

HORTA, Raul Machado. *Direito Constitucional*. 4ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

\_\_\_\_\_. *Estudos de Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

IBIAPINA, Humberto. *A Mídia versus o Direito à Imagem, na Investigação Policial*. Disponível em: [www.jusnavegandi.com.br](http://www.jusnavegandi.com.br), acessado em 15.07.2011.

IHERING, Rudolf Von. *A Luta pelo Direito*. Trad. José Cretella Jr. E Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Trad. Lisboa: Edições 70, 1995. São Paulo: Iluminuras.

KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Trad. Luís Carlos Borges. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

\_\_\_\_\_. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 7ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

KLAUTAU FILHO, Paulo de Tarso Dias. *Igualdade e Liberdade: Ronald Dworkin e a concepção contemporânea de direitos humanos*. Belém: CESUPA, 2004.

LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento Hannah Arendt*. São Paulo: Cia. Das Letras, 2003.

LASSALE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. Trad. Walter Stöner. 2ª ed. São Paulo: Liber Júrís, 1988.

LIMA, Carolina Alves de Souza. MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *O Princípio da Humanidade das penas*. In: Tratado luso-brasileiro da dignidade humana. 2ª ed. MIRANDA, Jorge. SILVA, Marco. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo*. Tradução Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2002.

LUÑO, Antônio Perez. *Los Derechos Fundamentales*. 5ª ed. Madrid: Tecnos, 1993.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. *Hermenêutica e Unidade Axiológica da Constituição*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. *Hermenêutica Jurídica Clássica*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

MAQUIAVEL. Nicolau. *O Príncipe*. Tradução Maria Júlia Goldwasser. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MARINONI, Luiz Guilherme. *O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais*. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista>. Acessado em 15/07/2011.

MARQUES DE LIMA, Francisco Gérson. *O Supremo Tribunal Federal na Crise Institucional Brasileira: abordagem interdisciplinar de sociologia constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2009.

\_\_\_\_\_. *Fundamentos Constitucionais do Processo: sob a perspectiva dos direitos e garantias fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2002.

MAUS, Ingeborg. *O Direito e a Política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

DE MELO, João Ozório. *Mídia dos EUA questiona desfile dos acusados*. Disponível em: [www.conjur.com.br](http://www.conjur.com.br), acessado em 15/07/2011.

MENDES, Gilmar F., COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_. *Os Direitos Fundamentais e Seus Múltiplos Significados na Ordem Constitucional*. Disponível em: <http://direitopublico.com.br>. Acessado em: 15/07/2011.

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Liberdade de Expressão e Discurso do Ódio*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MIOZZO, Pablo Castro. *A dupla face do princípio da proibição do retrocesso social e os direitos fundamentais no Brasil: uma análise hermenêutica*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional – Tomo IV – Direitos Fundamentais*. 4ªed., Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis*. Trad. Pedro Vieira Mota. São Paulo: Saraiva, 1987.

MORAES FILHO, José Filomeno de. *Direitos e Garantias Fundamentais e a Realidade Brasileira*. In: TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. (Org.). *A Incorporação das Normas de Proteção dos Direitos Humanos no Direito Brasileiro*. San José: IIDH; ACNUR; CIVIC; CUE, 1996, v., p. 471-484.

MORAES, Maurício Zanoide de. FERNANDES, Antônio Scarance. ALMEIDA, José Raul Gavião de. *Sigilo no Processo Penal – eficácia e garantismo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MORO, Sergio Fernando. *Jurisdição Constitucional como Democracia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MOTA, Marcel. *Pós-Positivismo e Restrições de Direitos Fundamentais*. Fortaleza: Omni, 2006.

NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

NOZICK, Robert. *Anarquia, Estado e Utopia*. Trad, Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1994.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NUNES, Rizzato. *O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana: doutrina e jurisprudência*. 3ª ed. revisada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2010.

OLIVEIRA, Antônio Cláudio Mariz de. *O Direito Penal e a Dignidade Humana. A Questão Criminal: discurso tradicional*. In: *Tratado luso-brasileiro da dignidade humana*. 2ª ed. MIRANDA, Jorge. SILVA, Marco. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PIMENTA, Joaquim. *Enciclopédia de Cultura*. Rio de Janeiro: 1995.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 7ª ed. rev. amp. atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

- PLATÃO. *A República*. Trad. Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2001.
- RAMOS, Francisco Manfredo Tomás. *A Idéia de Estado na Doutrina Ético-Política de Santo Agostinho*. São Paulo: Loyola, 1984.
- ROMANO, Santi. *Princípios de Direito Constitucional Geral*. Trad. Maria Helena Diniz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.
- ROSA, Antônio José Miguel Feu. *Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1998.
- ROUSSEAU, Jean Jacques. *Do Contrato Social: princípios do direito público*. Tradução e comentários J. Cretella Jr. E Agnes Cretella. 2ª ed. revisada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal*. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- RUFFIA, Paolo Biscaretti di. *Derecho Constitucional*. Trad. Pablo Lucas Verdú. Madrid: Tecnos, 1973.
- SANKIEVICZ, Alexandre. *Liberdade de Expressão e Pluralismo: perspectivas de regulação*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna (Org.); LIMA, M. P. (Org.) *A Renovação Processual Penal após a Constituição de 1988: estudos em homenagem ao Prof. José Barcelos de Souza*. 1ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009.
- SANTOS, Cifuentes. *Los Derechos Personalísimos*. Buenos Aires: Córdoba, 1974.
- SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003.
- \_\_\_\_\_. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2000.
- SARAIVA, Paulo Lôpo (org). *Antologia Luso-Brasileira de Direito Constitucional*. Brasília: Brasília Jurídica, 1992.
- \_\_\_\_\_. *Constituição e Mídia no Brasil*. São Paulo: MP, 2006.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais – Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na perspectiva Constitucional*. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- \_\_\_\_\_. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

\_\_\_\_\_. *Revista de Diálogo Jurídico*. Ano I, vol.I, nº1. Abril de 2001. Salvador/BA –Brasil. P. 07/08.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. (coords). *Direitos Sociais - Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio. *Direitos Fundamentais: Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SERRANO, Vidal. *A proteção constitucional da informação e o direito à crítica jornalística*. São Paulo: FTD, 1998.

SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. 2ª reimpr. Trad. De Francisco Ayala. Madrid: Alianza, 1996.

SCNEIDER, Hans Peter. *Democracia y Constitución*. Trad. José Almaraz. Prólogo de Luís López Guerra. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 32ª ed., revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2005.

\_\_\_\_\_. *Eficácia e Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2003.

SILVEIRA, Denis Coitinho. *A Fundamentação da Ética em Kant*. Filosofazer: Passo Fundo, ano XIII, número 24, p.9 a 34, 2004.

SOSPEDRA, Manuel Martínez. *Derecho Constitucional Español*. Valência: Fundación Universitaria San Pablo C. E. U., 1995.

STEINMETZ, Wilson. *A Vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004.

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

TEIXEIRA, José Hoácio Meireles. *Curso de Direito Constitucional*. Texto revisto e atualizado por Maria Garcia. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

TOBEÑAS, José Castan. *Los derechos de la personalidad*. Madrid: Instituto Editorial Réus, 1952.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997, v.1.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal*. 3ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

VALADÉS, Diego. *Problemas Constitucionais Del Estado de Derecho*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2002.

VERDÚ, Pablo Lucas. *O Sentimento Constitucional: aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política*. Trad. Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

VERONEZZI, José Carlos. *Mídia de A a Z*. São Paulo: Flight, 2002.

VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. *Processo Penal e Mídia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

VILLEY, Michel. *A Formação do Pensamento Jurídico Moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

WELZEL, Hans. *O Novo Sistema Jurídico-Penal*. Tradução de Luiz Régis Prado. 2ª edição revista da tradução. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

WRIGHT, Charles R. *Comunicação de Massa*. Rio de Janeiro: Bloch, 1973.

YABIKU, Roger Moko. *Da interposição concomitante de habeas corpus e de apelação criminal em caso de defesa técnica apenas formalmente efetiva. Aplicação da doutrina de Amartya Sen ao processo penal*. Jus Navigandi, 2010. Acessado em 15/07/2011.