V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

TEORIAS DA JUSTIÇA, DA DECISÃO E DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

RICARDO ANDRÉS MARQUISIO AGUIRRE

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

T314
Teorias da justiça, da decisão e da argumentação jurídica [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UdelaR/Unisinos/URI/UFSM /Univali/UPF/FURG;

Coordenadores: Ricardo Andrés Marquisio Aguirre – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-274-3
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Instituciones y desarrollo en la hora actual de América Latina

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Interncionais. 2. Teorias da justiça. 3. Teorias da decisão. 4. Argumentação jurídica. I. Encontro Internacional do CONPEDI (5. : 2016 : Montevidéu, URU).
CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br



Universidad de la República
Montevideo – Uruguay
www.fder.edu.uy

V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

TEORIAS DA JUSTIÇA, DA DECISÃO E DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

Apresentação

Este GT del V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI tuvo lugar en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República (UDELAR) el día 9 de setiembre de 2016, entre las 9 y las 12 hs. La temática y las ponencias anunciadas hacían presagiar una importante diversidad de intereses y concepciones teóricas (referidas a la argumentación, el Derecho, la teoría del Derecho y la teoría de la Justicia), así como la producción de interesantes discusiones a partir de las exposiciones, previsiones que se cumplieron ampliamente.

El primer artículo presentado entre los correspondientes al GT fue APROVAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA PELO STF (ADPF 178): COMO O ATIVISMO JUDICIAL ROMPE A SEPARAÇÃO FUNCIONAL DOS PODERES CONSTITUCIONALMENTE PREVISTA aborda el álgido tema del modo en que, bajo el discurso justificativo de realizar una "interpretación conforme a la Constitución", los tribunales legislan en materia constitucional y practican activismo judicial, lo que da mérito a que su accionar sea cuestionado por violación del principio de separación de poderes.

El artículo LIMITES AUTOIMPOSTOS À TEORIA DA JUSTIÇA COMO EQUIDADE, DE JOHN RAWLS, E AS CONSEQUÊNCIAS EM SUA NATUREZA discute los límites que la teoría dela justicia rawlsiana se impone con el objetivo de recibir una aceptación lo más amplia posible y el modo en que dichos límites tienen consecuencias a la interna de dicha teoría.

Por su parte, el artículo O BEM COMO RACIONALIDADE EM JOHN RAWLS, continúa con el análisis de la influyente teoría de la justicia de dicho autor, tomando como tema el papel de la teoría del bien y sus implicancias, así como el contraste entre el bien y lo justo, que aparece como uno de los aspectos centrales de la concepción de justicia como equidad.

El último artículo en ser expuesto entre los brasileños es O DIREITO À IMAGEM NO PROCESSO ELEITORAL DEMOCRÁTICO SOB A ÓTICA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA E DO DISCURSO RACIONAL. En el artículo se discute si y en qué medida

debe prevalecer el derecho a la imagen de los candidatos o exercentes mandatos o cargo político en contra del derecho a la información de los ciudadanos para el propósito de construcción de una opinión pública "libre".

En lo que refiere a los artículo expuestos por investigadores uruguayos, el primero fue ARGUMENTACIÓN Y DEBERES IMPERFECTOS. En él se defiende la necesidad de aceptar la existencia de deberes imperfectos en la argumentación y se plantean los rudimentos de tal incorporación en una Teoría de la argumentación de orientación Pragma Dialéctica.

EL siguiente artículo es LAS DECISIONES JUDICIALES EN EL AMBITO DE LAS SOCIEDADES COMPLEJAS LATINOAMERICAS. UNA VISIÒN DESDE EL MARCO DE LA TEORIA CRÍTICA. El tema elegido, trata dos aspectos esenciales del Derecho en las sociedades complejas latinoamericanas, avanzado ya el S XXI: la judicialización creciente de la política y su reverso la politización de la justicia.

El artículo OBJECIÓN DE CONCIENCIA analiza, a partir de un reciente y comentado fallo del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, la problemática que plantea “deducir” un derecho general a la objeción conciencia de las disposiciones constitucionales y legislativas que se invocan para fundarlo.

Finalmente, se expuso el articulo RAZONES Y CREENCIAS CONSTITUCIONALES: ALGUNOS PROBLEMAS CONCEPTUALES Y NORMATIVOS DEL ESTADO (NEO) CONSTITUCIONAL. Allí se plantean algunos problemas vinculados al papel de la Constitución densa en proveer razones justificativas del derecho de las fuentes sociales y de la conducta de los operadores e intérpretes jurídicos (jueces, legisladores, dogmáticos).

Prof. Adj. Ricardo Marquisio Aguirre - Facultad de Derecho - UDELAR

O DIREITO À IMAGEM NO PROCESSO ELEITORAL DEMOCRÁTICO SOB A ÓTICA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA E DO DISCURSO RACIONAL

EL DERECHO A LA IMAGEN EN EL PROCESO ELECTORAL DEMOCRÁTICO EN LA PERSPECTIVA DEL ARGUMENTO LEGAL Y DISCURSO RACIONAL

Marcelo Serrano Souza [1]
Vinícius Rodrigues Cavalcante [2]

Resumo

O presente artigo analisa o direito à imagem no processo eleitoral em um Estado Democrático de Direito, sobretudo sob a ótica de uma teoria da argumentação jurídica que possibilite o controle racional de decisões judiciais. A temática é abordada pelo método dedutivo, por meio de pesquisa doutrinária e de precedentes. O artigo pretende responder se e em que medida o direito à imagem de candidatos ou exercentes de mandatos ou cargos políticos deve prevalecer ante o direito à informação do cidadão para efeito de construção de uma opinião pública "livre".

Palavras-chave: Processo eleitoral e imagem-atributo, Direito à informação e democracia, Ônus da argumentação jurídica

Abstract/Resumen/Résumé

Este artículo analiza los derechos de imagen en el proceso electoral en un estado democrático de derecho por la perspectiva de una teoría del razonamiento jurídico que permite el control racional de las decisiones judiciales. Este problema se resuelve por el método deductivo, a través de la investigación doctrinal y de precedentes. El artículo tiene como objetivo responder si y en qué medida debe prevalecer el derecho a la imagen de los candidatos o exercentes mandatos o cargo político en contra del derecho a la información de los ciudadanos para el propósito de construcción de una opinión pública "libre".

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Proceso electoral y la imagen-atributo, Derecho a la información y la democracia, La carga de la argumentación jurídica

[1] Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Sergipe – UFS. Graduado em Direito pela Universidade Federal da Bahia – UFBA. Advogado.

[2] Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Sergipe – UFS. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Sergipe – UFS. Aluno com bolsa de mestrado junto à FAPITEC/SE.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende analisar o direito à imagem no processo eleitoral em um Estado Democrático de Direito, sobretudo sob a ótica de uma teoria da argumentação jurídica que possibilite o controle racional de decisões judiciais.

A abordagem recai sobre as bases de um discurso racional com o objetivo de afastar decisões judiciais arbitrárias e fundadas simplesmente no argumento de autoridade. O convencimento do cidadão é um caminho a ser perseguido pelo magistrado para obter um voto de credibilidade.

Essa tese teórico-estrutural geral defendida por Robert Alexy implica a necessidade de se partir de um conjunto de valores. A teoria normativa dos direitos fundamentais é apresentada como uma teoria axiológica, teleológica ou principiológica, sendo que a abertura do texto constitucional justifica uma teoria material dos direitos fundamentais a fim de conferir estabilidade à argumentação jurídica.

O artigo apresenta o arcabouço constitucional de proteção do direito à imagem, seja a imagem-retrato ou a imagem-atributo. Propõe a ideia de que o direito à imagem-atributo, como desdobramento do indivíduo em seu meio, somente pode ser afastado se o intérprete ou o julgador assumir um ônus argumentativo à luz de uma teoria material dos direitos fundamentais.

A abordagem será realizada pelo método dedutivo, por meio de pesquisa doutrinária, em especial do direito constitucional e do direito eleitoral, bem como do exame de textos legais e da análise da jurisprudência pátria. A contraposição de argumentos e dados existentes na doutrina e na jurisprudência será desenvolvida pelo método dialético, a fim de obter uma conclusão juridicamente embasada.

A título de justificativa do presente artigo, a sua relevância está em que a divulgação de informações e a veiculação de propaganda eleitoral podem implicar violação aos direitos da personalidade, se ausente um discurso racional que justifique a relevância da informação para a sociedade em geral.

Ao final, busca-se concluir se e em que medida o direito à imagem de candidatos ou exercentes de mandatos ou cargos políticos deve prevalecer ante o direito à informação do cidadão para efeito de construção de uma opinião pública "livre".

2. A DEMOCRACIA DELIBERATIVA E A ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA COMO BASE DO DISCURSO RACIONAL

A legitimidade dos poderes Executivo e Legislativo é democrática e a legitimidade do Poder Judiciário é argumentativa. Em outras palavras, o Parlamento desempenha a representação política, ao passo que os juízes exercem a representação argumentativa. (ALEXY, 2015a, p. 53).

O discurso racional é relevante elemento de pacificação social de estrutura lógico-normativa que, de certa forma, afasta decisões judiciais arbitrárias e fundadas simplesmente no poder e na autoridade.

No âmbito do estado constitucional democrático, o jusfilósofo Robert Alexy ressalta que o discurso precisa do direito para obter realidade e o direito precisa do discurso para obter legitimidade. A teoria do discurso leva ao estado constitucional democrático, porque apresenta duas exigências fundamentais ao conteúdo e à estrutura do sistema jurídico: direitos fundamentais e democracia. (ALEXY, 2015a, p. 33).

O princípio do discurso exige a democracia deliberativa, em que o plano dos interesses e do poder é coberto por um manto de argumentos e todos os participantes lutam por uma solução política correta. A democracia deliberativa pressupõe, portanto, a possibilidade de racionalidade discursiva.

Segundo Robert Alexy, há de se buscar um discurso do qual ninguém seja excluído e que não haja dominação violenta de qualquer agente, sempre com argumentação clara e precisa baseada em suposições acertadas ou prováveis sobre as circunstâncias fáticas. (ALEXY, 2015a, p. 29).

Para Luís Roberto Barroso a argumentação é "a atividade de fornecer razões para a defesa de um ponto de vista, o exercício de justificação de determinada tese ou conclusão". Nada mais coerente do que a decisão judicial percorrer um processo racional e discursivo a fim de demonstrar a correção e a justiça da solução adotada para o caso concreto. (BARROSO, 2015, p. 378).

Em relação à teoria geral da argumentação jurídica, Alexy propõe que seu ponto de partida é a constatação de que a fundamentação jurídica se refere a questões práticas, ou seja, àquilo que é obrigatório, proibido e permitido. (ALEXY, 2015b, p. 548).

Essas condições não levam a um único resultado no caso concreto. Em todos aqueles casos minimamente problemáticos, mostra-se indispensável a valoração que não é extraída diretamente da norma preexistente.

Alexy disserta sobre a base da argumentação no âmbito dos direitos fundamentais e conclui que esse discurso não está vinculado a decisões tomadas no processo legislativo, mas sim o precede. Não está à sua disposição a lei ordinária, e sim, em seu lugar, surgem disposições de direitos fundamentais extremamente abstratas e com abertura ideológica.

A base da argumentação à luz dos direitos fundamentais pode ser identificada pela lei, pelos precedentes e pela dogmática.

A lei como base argumentativa significa uma "vinculação ao texto das disposições de direitos fundamentais e à vontade do legislador constituinte". O texto referente aos direitos fundamentais é instrumento que vincula a argumentação por meio de um ônus argumentativo a seu favor, inclusive ao considerar o contexto histórico, social e político em que se reconheceu a fundamentalidade de certo direito. (ALEXY, 2015b, p. 551-552).

A importância dos precedentes se refere à autoavaliação do tribunal como principal intérprete e guardião da constituição, sem afetar a jurisprudência ou sua argumentação a decisões futuras. Se há um precedente favorável ou contrário a uma decisão, deve-se referenciá-lo, bem assim que o ônus da argumentação recai sobre aquele que deseja afastar o precedente.

Apesar da inegável contribuição dos precedentes para a segurança da argumentação no âmbito dos direitos fundamentais, convém reconhecer que a referida base, por si só, não é suficiente para o controle de racionalidade da fundamentação. A título de exemplo, cite-se o fato de que a composição das cortes é alterada ao longo do tempo, assim como é possível que se esteja diante de um caso de alteração formal da constituição por via da interpretação (mutação ou transformação). (MOREIRA, 2012).

Já a dogmática pode ser entendida por meio de teorias materiais de direitos fundamentais. Em sua obra "Teoria da Argumentação Jurídica", Robert Alexy define o que seria dogmática jurídica, *litteris*:

> [...] uma dogmática do Direito é (1) uma série de enunciados que (2) se referem à legislação e à aplicação do Direito, mas que não se podem identificar com sua descrição, (3) estão entre si numa relação de coerência mútua, (4) formam-se e discutem dentro de uma Ciência do Direito que funciona institucionalmente e (5) têm conteúdo normativo. (ALEXY, 2008, p. 249).

A construção de um processo racional e discursivo para identificar a solução justa para um caso concreto passa por três elementos fundamentais: a linguagem, as

premissas como ponto de partida e as regras de passagem dessas premissas à conclusão. Segundo Luís Roberto Barroso, a substituição da lógica formal ou dedutiva pela razão prática, sobretudo com o desenvolvimento da argumentação jurídica, conduz ao controle da racionalidade das decisões judiciais. (BARROSO, 2015, p. 379).

Ao justificar uma decisão, o magistrado não só expõe um discurso informativo, mas também um discurso persuasivo para que os destinatários do processo – as partes e a sociedade – tenham credibilidade na função jurisdicional. A ideia é convencer as partes de que o direito aplicado ao caso concreto é a solução mais adequada dentro do ordenamento jurídico. Essa é a doutrina do professor Tércio Sampaio Ferraz Jr.:

> O discurso dogmático sobre a decisão não é só um discurso 'informativo' sobre como a decisão deve ocorrer, mas um discurso 'persuasivo' sobre como se faz para que a decisão seja acreditada pelos destinatários. Visa despertar uma atitude de crença. Intenta motivar condutas, embora não se confunda com a eficácia das próprias normas. Por isso a 'verdade' decisória acaba se reduzindo, muitas vezes, à decisão prevalecente, com base na motivação que lhe dá suporte. (FERRAZ JR, 1994, p. 244).

A dogmática normativa, além de reconhecer um direito positivo válido, possibilita acréscimos axiológicos e detém um grau de abstração elevado. Enquanto base para a argumentação, as teorias materiais dos direitos fundamentais possuem natureza essencialmente argumentativa, e não de autoridade. A necessidade de se observar um método se justifica, porque "não é a produção de segurança o que constitui o caráter racional da Ciência do Direito, mas o cumprimento de uma série de condições, critérios ou regras". (ALEXY, 2008, p. 279).

Essa tese teórico-estrutural geral implica a necessidade de se partir de um conjunto de valores. Nesse ponto, Robert Alexy defende que toda teoria normativa dos direitos fundamentais pressupõe uma teoria axiológica, teleológica ou principiológica. (ALEXY, 2015b, p. 563-564).

Sua tese normativa básica é a de que os direitos fundamentais são instituições. E, nessa condição, os direitos fundamentais devem ser continuamente invocados pelo maior número possível de pessoas, bem como ter o maior grau possível de efeito estabilizador para o todo da constituição e da ordem social.

A abertura do texto constitucional exige uma teoria material dos direitos fundamentais a fim de conferir certa estabilidade à argumentação jurídica. Somente se alcança uma razão prática a partir da aproximação, de forma racional, entre a argumentação e a decisão.

3. OS DIREITOS DA PERSONALIDADE NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Em tempos passados, sobretudo em comunidades agrárias e pequenas, as pessoas mantinham relações próximas e se conheciam, de maneira que não havia indivíduos anônimos e estranhos aos acontecimentos locais.

Ao abordar as razões para o aparecimento tardio dos direitos da personalidade em textos constitucionais, Javier Pérez Royo ressalta que, inclusive, o número de indivíduos que efetivamente participava dos assuntos públicos mediante o exercício do sufrágio era muito reduzido e, por isso, inexistiam garantias gerais para assegurar a participação popular na formação da vontade estatal. (ROYO, 2010, p. 297-298).

Segundo o jurista espanhol, a mudança da sociedade agrária para uma urbana e industrial no século XX aumentou as chances de se encontrar um cidadão anônimo em meio às grandes cidades. Ao se afastar da natureza e viver em coletividade, o indivíduo depende ainda mais dos seus pares para suprir as necessidades básicas, a exemplo de alimentação, fornecimento de serviços essenciais e organização política da sociedade. Torna-se indispensável estabelecer direitos gerais e abstratos para assegurar a autonomia do cidadão diante dessas novas condições de vida.

Esta é uma das razões pelas quais os direitos da personalidade foram reconhecidos pelos textos constitucionais. E esses direitos da personalidade não se limitam à proteção do domicílio e das comunicações dos indivíduos, mas lhes conferem direito à imagem, à honra, à intimidade e à vida privada.

Acaso não existissem direitos da personalidade nos moldes atuais, a liberdade para o indivíduo tomar decisões na sociedade civil "se vería extraordinariamente limitada y su autonomia gravemente comprometida" em decorrência de uma informação utilizada contra o cidadão. Javier Pérez Royo complementa que "cuanto más democráticos son la sociedad y el Estado, más necesarios son los derechos al honor; la intimidad y la propia imagen". (ROYO, 2010, p. 299).

A professora Maria Helena Diniz classifica os direitos da personalidade em duas dimensões – subjetiva e objetiva. A primeira seria axiológica e consubstanciaria a materialização dos valores essenciais da pessoa humana. Já a segunda abrangeria direitos de proteção previstos na lei e na constituição oponíveis a qualquer tentativa de abuso por terceiros. (DINIZ, 2007, p. 117).

Na perspectiva constitucional, a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem do indivíduo são considerados direitos fundamentais invioláveis, sem prejuízo da consequente indenização por sua violação, consoante o disposto no artigo 5º, X da Constituição Federal de 1988.

Já o artigo 5º, inciso V do texto constitucional, estabelece "direito de reposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem" em caso de violação aos direitos de personalidade.

Essa proteção constitucional introduz a ideia de que nem o Estado nem os cidadãos devem se inserir, de forma indevida, na vida pessoal do indivíduo. George Marmelstein cita como prerrogativas de caráter individual-subjetivo o direito de "buscar a paz de espírito e a tranquilidade, [...] de não ter detalhes pessoais divulgados, nem de ter a imagem e o nome expostos contra a vontade da pessoa". (MARMELSTEIN, 2014, p. 33).

Em nível internacional, o artigo 11 do Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Interamericana de Direitos Humanos), ratificado pelo Brasil, confere efetiva proteção à honra ao dispor que "toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade".

Por ser atributo inerente à personalidade do indivíduo, a honra está intrinsecamente relacionada ao princípio da dignidade da pessoa humana. Nas palavras de Nelson Rosenvald e Cristiano Farias, honra é "a soma dos conceitos positivos que cada pessoa goza na vida em sociedade". (FARIAS; ROSENVALD, 2008, p. 149).

Já o professor Uadi Lammêgo Bulos define a honra como "um bem imaterial de pessoas físicas e jurídicas protegida pela Carta de 1988". Além de proteger a concepção que a pessoa tem de si própria (conceito subjetivo), a honra denota o prestígio de certa pessoa, seja física ou jurídica, no ambiente social em que exerce suas principais atividades (conceito objetivo). (BULOS, 2009, p. 463).

Javier Pérez Royo destaca que a violação à honra seria verificada diante da existência de "intromisiones ilegítimas", em especial pela imputação de fatos (verdadeiros ou falsos) e pela manifestação de juízos de valor. Segundo o constitucionalista espanhol, a lesão à dignidade humana, o menoscabo à boa fama e o atentado contra a autoestima configuram hipóteses de violação à honra. (ROYO, 2010, p. 302).

Ainda como direito da personalidade, registre-se que intimidade decorre de uma relação do indivíduo com outras pessoas que lhe são próximas do ponto de vista

afetivo, ao passo que vida privada envolve relações acadêmicas, comerciais e de emprego. Em poucas palavras, vida privada seria gênero e intimidade seria espécie.

O professor Carlos Roberto Gonçalves apresenta essa diferença entre intimidade e vida privada:

> O conceito de intimidade relaciona-se às relações subjetivas e de trato íntimo da pessoa humana, suas relações familiares e de amizade, enquanto o conceito de vida privada envolve todos os relacionamentos da pessoa, inclusive os objetivos, tais como relações comerciais, de trabalho, de estudo, etc. (GONÇALVES, 2008, p. 35).

Historicamente, o direito à intimidade era um instrumento de defesa em relação à imprensa escrita e era definido como o "derecho a estar solo" ou, ainda, o direito a permanecer em tranquilidade. O direito à intimidade funciona como meio para que a pessoa possa controlar o acesso e a divulgação de informações de sua vida pessoal. Ainda que verdadeira, a imputação de um fato passível de se agregar à esfera íntima e pessoal do indivíduo caracteriza ato ofensivo à intimidade. (ROYO, 2010, p. 303-304).

Acrescente-se a isso que a divulgação de informação sobre a intimidade pessoal ou familiar sem o consentimento da pessoa, ainda que obtida por meio legítimo, vulnera o direito à intimidade. Todavia, reconhece-se que o direito à intimidade não pode servir de justificativa para o descumprimento de deveres constitucionais.

4. A PRÓPRIA IMAGEM COMO OBJETO DE PROTEÇÃO NORMATIVA: IMAGEM-RETRATO E IMAGEM-ATRIBUTO

O conceito mais amplo da imagem abrange não só a "reprodução visual do homem, mas também extensão de seus característicos de personalidade". (ARAÚJO, 2013, p. 25).

Segundo o jurista Carlos Alberto Bittar, o direito à imagem é inerente à personalidade humana e pode ser definido como o direito subjetivo do indivíduo "sobre a sua forma plástica e respectivos componentes distintos que a individualizam no seio da coletividade". (BITTAR, 2003, p. 93).

O direito à imagem não encontra previsão expressa em constituições de diversos países, a exemplo da França e da Itália, no entanto sua proteção se dá de forma implícita por meio de bens jurídicos correlatos como a vida, a honra e a intimidade. (ARAÚJO, 2013, p. 47-48).

Por outro lado, as constituições de Espanha (1978) e Portugal (1976) possuem previsão expressa para a proteção do direito à imagem. O art. 18 do texto constitucional espanhol dispõe que "é garantido o direito à honra, à intimidade pessoal e familiar e à imagem". Já o art. 26 do texto português prescreve que "a todos são reconhecidos o direito à identidade pessoal, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e representação, à imagem e à reserva de intimidade da vida privada e familiar".

Em obra específica sobre a proteção constitucional da própria imagem, Luiz Alberto David Araújo revela que o constituinte brasileiro conferiu proteção a duas espécies de imagem: uma imagem-retrato que seria oriunda da "expressão física do indivíduo" e uma imagem-atributo como "conjunto de característicos apresentados socialmente por determinado indivíduo". (ARAÚJO, 2013, p. 27-28).

A imagem-retrato simboliza os traços físicos e naturais da pessoa humana, ao passo que a imagem-atributo determina o conceito ou o significado de determinado indivíduo para sua família, seu ambiente de trabalho e para a sociedade em geral.

Como direito autônomo da personalidade, a imagem é intransmissível, pois não há como separá-la de seu titular. É relativamente indisponível e a imagem não pode mudar de titular por vontade da pessoa, à exceção de eventual autorização para reprodução da imagem de determinada pessoa, em regra, como contrapartida a uma prestação pecuniária.

No âmbito da Constituição Federal de 1988, o art. 5º, V, assegura a todos "o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem". É evidente que o referido dispositivo protege a imagem-atributo, sobretudo porque prevê, além da indenização, o direito de resposta ao ofendido para que retire ou, ao menos, reduza eventual mácula em sua imagem perante o meio em que vive.

Já o art. 5º, X, prevê a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas e assegura a reparação por dano material ou moral. Esse dispositivo remete à imagem-retrato, uma vez que a proteção se baseia exclusivamente na reparação.

Os citados dispositivos são normas constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade imediata, pois não necessitam de regulação pelo legislador infraconstitucional para produzir efeitos nas relações jurídicas. O comando da norma é autossuficiente e incide diretamente nas relações verticais e horizontais de direitos fundamentais.

Por sua vez, a representar norma constitucional de eficácia limitada e, portanto, exigir regulação a nível infraconstitucional para produção de efeitos, o art. 5º, XXVIII, assegura, nos termos da lei, "a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades esportivas".

Em nível infraconstitucional, o artigo 20 do Código Civil de 2002 dispõe que a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa sem a sua prévia autorização pode ser proibida e até objeto de indenização sempre que a publicação atingir "a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais". Verifica-se que o legislador ordinário preocupou-se eminentemente com a imagem-retrato e a indenização pelo seu uso indevido e sem autorização do titular do direito.

5. A PROPAGANDA ELEITORAL E A CONSTRUÇÃO DA IMAGEM-ATRIBUTO DO CANDIDATO PERANTE OS ELEITORES

O professor Roberto Moreira de Almeida assinala que a propaganda política consiste na utilização de técnicas de marketing para a "divulgação de certas ideias com o afã de obter a indicação do candidato nas convenções partidárias, divulgar o ideal partidário ou angariar o voto do eleitor". (ALMEIDA, 2012, p. 365).

A propaganda eleitoral simboliza a livre expressão de pensamento e supera o sentido exclusivo de captação de votos pelo candidato para se constituir em meio dialético para a escolha da proposta mais coerente os interesses do eleitor. (VELLOSO; AGRA, 2012, p. 200).

No âmbito da propaganda eleitoral, deve-se perquirir se a veiculação de crítica a candidato, ainda que referenciada por matéria jornalística ou processo judicial, implica violação à imagem-atributo do candidato, sobretudo em casos em que houver relevante interesse público na divulgação da notícia.

Nos termos do artigo 14 da Constituição Federal, "*a soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos*". Considerando a capacidade eleitoral ativa e passiva, percebe-se que o voto é direito público subjetivo que concebe a participação do povo na escolha dos seus representantes e, por conseguinte, dos rumos políticos da própria sociedade.

Por intermédio do voto do eleitor, outorga-se poderes ao mandatário que, de acordo com sua consciência, delibera sobre as questões mais relevantes para todos os cidadãos, inclusive para aqueles que não o escolheram como o mais apto a exercer o

mandato político. Tem-se, aqui, a essência do mandato representativo adotado pelo Brasil. E, mais, fala-se em mandato representativo partidário, uma vez que, segundo entendimento esposado no julgamento do Mandado de Segurança n. 26.604/DF, no Supremo Tribunal Federal, o voto popular se destina à agremiação e à sua ideologia, e não ao representante como indivíduo isolado.

Na esteira da doutrina de Augusto Aras, convém esclarecer que os partidos políticos são:

> Grupos sociais que se unem com o intuito de disputar, conquistar, exercer e conservar o poder, nas suas diversas instâncias, apresentando como atrativo para os seus filiados a ideologia e programa que os convença de poderem satisfazer, por meio deles, seus anseios sociais e até mesmo pessoais. (ARAS, 2016, p. 130).

Não se ignora, ainda, o fato de que a filiação ao partido político é condição de elegibilidade, por força do disposto no artigo 14, § 3º, V da Constituição Federal de 1988. Para efeito de eleição a mandato político, o candidato deve integrar as fileiras de uma agremiação, bem como se alinhar ao seu programa e à sua ideologia. Resta evidente que o elo criado entre eleitor e candidato passa, necessariamente, pelo crivo do partido político, órgão intrinsecamente relacionado à democracia representativa:

> O elo entre o representante eleito e o eleitorado é formado pelos partidos políticos, donde se extrai que qualquer leitura atual que se faça do sistema representativo passa, inexoravelmente, pelo estudo dos partidos políticos, órgãos embrionários da representação política ou corpos intermediários da democracia representativa, na dicção adotada pelo Supremo Tribunal Federal. (ARAS, 2016, p. 74).

O que se observa na realidade é a ausência de programas partidários ideológica e filosoficamente coerentes com a expectativa popular sobre o exercício dos mandatos, bem assim a crescente influência dos veículos de comunicação como formadores de opinião pública – ressalte-se, nem sempre harmônica com os ideais democráticos. Essa é a lição de Augusto Aras:

> Salvo raras exceções, no Brasil, as agremiações partidárias não apresentam convicção ideológica ou filosófica que atendam, realmente, as justas expectativas do povo, mantendo-se um esquema político marcado pelo domínio da opinião pública manipulada pelos veículos e meios de comunicação social constituída pela via do nefasto clientelismo que impregna a nossa sociedade. (ARAS, 2006, p. 178).

Por meio de símbolos e filosofias das mais variadas, o programa partidário é instrumento eficaz de aproximação entre eleitor e seu representante, de sorte que cria uma espécie de vínculo que se forma a partir da veiculação da propaganda partidária, oportunidade em que se observa a identificação entre os anseios do cidadão e os projetos daqueles que almejam a representação política.

Os meios de comunicação e de publicidade se ocupam não só do visual das pessoas (imagem-retrato), mas principalmente com o conjunto de características do indivíduo em relação ao seu meio social (imagem-atributo). (ARAÚJO, 2013, p. 107).

É comum a divulgação da "imagem do político" e da "imagem do homem público". A técnica de publicidade reforça os atributos de certo produto ou de certa pessoa para transmitir ao seu destinatário (consumidor, eleitor etc) uma imagem que tenha boa receptividade.

Carlos Mário da Silva Velloso e Walber de Moura Agra ressaltam que a propaganda eleitoral é instrumento muito eficaz para garantir a adesão dos cidadãos, inclusive com a possibilidade de tornar acontecimentos falsos em verdades ilusórias. Por esse motivo, a legislação eleitoral regulou às minúcias o modo de veiculação dessa propaganda eleitoral, tudo para evitar a desigualdade entre candidatos e o abuso do poder econômico. (VELLOSO; AGRA, 2012, p. 200).

José Herval Sampaio Júnior ressalta que, no Brasil, os meios de comunicação "pertencem quase sempre a políticos tradicionais, quando não, de seus familiares e correligionários, o que frequentemente leva ao uso indevido dos meios de comunicação, com a clara intenção de favorecer seus candidatos". (SAMPAIO JUNIOR, 2014, p. 287).

Com frequência, observa-se a violação da imagem de pessoas públicas ou de personalidades políticas em programas televisivos que reproduzem poses, gestos ou afirmações em contexto diverso daquele pensado pelos titulares do direito à imagem. O professor Luiz Alberto David Araújo reconhece que, de fato, são reproduções corretas da imagem, contudo o contexto "é distorcido" e fere "a identidade circunstancial da imagem". (ARAÚJO, 2013, p. 77).

6. O ÔNUS ARGUMENTATIVO A FAVOR DO DIREITO À IMAGEM COMO MEIO DE CONTROLE RACIONAL DA INFORMAÇÃO E DA PROPAGANDA ELEITORAL

A candidatura a cargo ou mandato político, por si só, torna o pretenso candidato figura pública e possibilita, de certa forma, a relativização de alguns direitos individuais.

No âmbito da legislação específica, garante-se ao candidato ofendido o direito de resposta a quem for "injuriado, difamado ou caluniado através da imprensa rádio, televisão, ou alto-falante", consoante o disposto no artigo 243, § 3º do Código Eleitoral.

Segundo Luiz Alberto David Araújo, o direito de resposta "está encravado no direito à informação", de modo que a matéria veiculada deve se guiar por dados corretos e não pode conter expressões equivocadas ou ofensivas. (ARAÚJO, 2013, p. 101-102).

O direito de resposta é instrumento de defesa do indivíduo cuja imagem-atributo foi violada por informação transmitida em meio de comunicação social, tudo para que haja retificação do equívoco e reparo à imagem maculada.

Na ocasião das eleições presidenciais de 2014, o Tribunal Superior Eleitoral[1] fixou novas diretrizes jurisprudenciais sobre o conteúdo que poderia ser veiculado no horário eleitoral gratuito nos meios de comunicação, *litteris*:

> [...] somente são permitidas publicidades de cunho propositivo, ou seja, aquelas destinadas a transmitir ao eleitor o ideário da campanha, circunscrito aos projetos, propostas e programas de governo, impedindo-se, por conseguinte, a veiculação de críticas e comparações de caráter pessoal, mesmo que amparadas em matéria jornalística ou qualquer outro elemento que lhes dê suporte.

O Tribunal Superior Eleitoral assentou que candidatos, partidos e coligações devem se concentrar em debates políticos de interesse do país com propostas e programas de governo que atendam à finalidade da propaganda eleitoral gratuita e respeite a integridade do espaço destinado ao esclarecimento do eleitor.

Sob o viés de proteção do Estado na relação entre particulares, o Poder Judiciário veda, de certo modo, a veiculação de propaganda eleitoral que promove a divulgação de fatos e informações extraídos de matérias jornalísticas e de processos judiciais referentes a candidatos a cargos ou mandatos políticos, o que, em tese, caracterizaria hipótese de interesse público.

Destaque-se que o objeto de estudo não se refere a informações que estejam sob a chancela do segredo de justiça. Para estes casos, estar-se-ia diante de uma

[1] Entendimento adotado pelo Tribunal Superior Eleitoral, em 16 de outubro de 2014, no julgamento da Representação n. 165.865, de relatoria do Ministro Admar Gonzaga Neto.

restrição ao direito de informação a ser observada pelos órgãos de imprensa. (BRITTO, 2003, p. 198).

Inclusive, há uma previsão legal que guarda coerência com o texto constitucional para impor limites à publicidade de atos e decisões proferidos em processos gravados pelo segredo de justiça, tudo em conformidade ao disposto no artigo 5º, incisos V e X, da Constituição, e no artigo 189 do Novo Código de Processo Civil (Lei Federal n. 13.105/2015).

No caso específico em que a informação não possui essa restrição, a análise deve tomar por base as características inerentes aos indivíduos que reclamam proteção da honra e da imagem perante a sociedade. George Marmelstein adverte que o conteúdo jurídico do artigo 5º, inciso X da Constituição Federal, apesar de fixar proteção geral para todas as pessoas, o faz em diferentes níveis de intensidade. (MARMELSTEIN, 2014, p. 135).

Nas palavras do citado autor, "os políticos certamente estão sujeitos a maior fiscalização e, por isso, devem mesmo se sujeitar a uma exposição mais severa da mídia, inclusive para serem criticados com mais liberdade".

Não obstante a inevitável exposição da figura do candidato a cargo ou mandato político, sobretudo quando em campanha eleitoral, os direitos da personalidade previstos no artigo 5º, inciso X da Constituição Federal de 1988, detêm natureza de direito individual e subjetivo do cidadão em relação a outro cidadão e ao próprio Estado.

A ponderação de valores constitucionais e a argumentação jurídica não são capazes de apresentar uma única resposta correta a uma colisão de direitos fundamentais. Luís Roberto Barroso defende que "a legitimação da decisão virá de sua capacidade de convencimento, da demonstração lógica de que ela é a que mais adequadamente realiza a vontade constitucional *in concreto*". (BARROSO, 2015, p. 386).

Ao comentar possível colisão entre o direito à imagem e o direito à informação, ao menos no campo abstrato, o professor Luiz Alberto David Araújo salienta que o bem jurídico "imagem" seria prevalecente sobre o bem jurídico "informação". (ARAÚJO, 2013, p. 74).

Em suas palavras, a ressalva do art. 220, § 1º da Constituição Federal, segundo a qual "nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o

disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV", insere o direito à imagem como destaque sobre o direito à informação. É o que se poderia chamar de ônus argumentativo a favor do direito à imagem, de modo que aquele que pretende afastá-lo deve percorrer determinadas regras da argumentação.

Entretanto, reconhece o renomado professor que "o interesse do indivíduo não pode prevalecer sobre o social, desde que haja motivo suficiente e necessário para a divulgação da imagem", a exemplo de atividades investigatórias do Estado. (ARAÚJO, 2013, p. 86-87).

Talvez essa tenha sido a linha de raciocínio utilizada pelo Juiz Federal Sérgio Moro ao levantar o sigilo das gravações telefônicas entre o ex-presidente da república Luis Inácio Lula da Silva e a presidente da república à época Dilma Roussef, nos autos do processo n. 5006205-98.2016.4.04.7000/PR:

> Como tenho decidido em todos os casos semelhantes da assim denominada Operação Lavajato, tratando o processo de apuração de possíveis crimes contra a Administração Pública, o interesse público e a previsão constitucional de publicidade dos processos (art. 5º, LX, e art. 93, IX, da Constituição Federal) impedem a imposição da continuidade de sigilo sobre autos. O levantamento propiciará assim não só o exercício da ampla defesa pelos investigados, mas também o saudável escrutínio público sobre a atuação da Administração Pública e da própria Justiça criminal. A democracia em uma sociedade livre exige que os governados saibam o que fazem os governantes, mesmo quando estes buscam agir protegidos pelas sombras.

Outra hipótese que pode relativizar a proteção da imagem é o interesse da história. Certas pessoas, ainda que vivas, simbolizam uma importância para a história de um país e a publicação de sua imagem não pode ser impedida se o contexto da informação remeter a esse papel de contribuição. Porém, registre-se que o texto há de se limitar à matéria específica e mediante a correta informação histórica.

Ainda como motivo para a limitação do direito à imagem está o interesse do noticiário pelas denominadas figuras públicas. São pessoas que, em razão de um diferencial (artístico, político, esportivo etc), "projetam a sua personalidade para além das barreiras individuais, passando a ser objeto de interesse público, interesse de toda a comunidade". (ARAÚJO, 2013, p. 88).

Defende-se aqui que a imagem-atributo do indivíduo não pode ser violada por decisões que não apresentam um discurso racional e, portanto, meios de controle

jurídico. A informação a ser publicada deve apresentar relevância pública em sua transmissão indiscriminada, o que exige certo rigor na avaliação do Poder Judiciário.

Portanto, desde que relevante ao conhecimento do cidadão para formação da opinião pública "livre" e obtida por meio lícito, a informação a respeito de candidatos ou exercentes de mandatos ou cargos públicos há de ser disponibilizada em um estado democrático de direito.

7. CONCLUSÕES

7.1. A legitimidade dos poderes Executivo e Legislativo é democrática e de representação política, enquanto que a legitimidade do Poder Judiciário é argumentativa. Desse modo, o discurso racional é elemento de pacificação social que procura afastar decisões judiciais arbitrárias e fundadas simplesmente na autoridade;

7.2. O discurso requer uma democracia deliberativa, cujo plano de interesses e de poder deve ser justificado por argumentos de todos os participantes que lutam por uma solução política correta, o que confere à democracia deliberativa a possibilidade de uma racionalidade discursiva;

7.3. A decisão judicial não só expõe um discurso informativo, mas também um discurso persuasivo para que os destinatários do processo – as partes e a sociedade – tenham credibilidade na função jurisdicional;

7.4. Na condição de instituições, os direitos fundamentais devem ser invocados pelo maior número possível de pessoas e ter o maior grau possível de efeito estabilizador para o todo da constituição e da ordem social. A abertura do texto constitucional exige uma teoria material dos direitos fundamentais para conferir estabilidade à argumentação jurídica;

7.5. A vida em coletividade trouxe a necessidade de se criar mecanismos de reconhecimento e de proteção dos direitos da personalidade.

7.6. O interesse dos veículos de comunicação social não se limita ao visual das pessoas (imagem-retrato), mas também abrange o conjunto de características do indivíduo em relação ao seu meio social (imagem-atributo);

7.7. A candidatura a cargo ou mandato político torna o candidato figura pública e possibilita a relativização de alguns direitos individuais. Contudo, a imagem-atributo do indivíduo não pode ser violada por decisões que não apresentam um discurso racional e, portanto, meios de controle jurídico;

7.8. A informação sobre candidatos ou exercentes de mandatos ou cargos políticos deve ser disponibilizada ao público para construir um cenário de livres debates e de formação da opinião pública em prol da democracia, desde que a informação seja relevante para esse específico fim.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Tradução de Luís Afonso Heck. 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015a.

_____. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. 4. tir. São Paulo: Malheiros, 2015b.

_____. **Teoria da Argumentação Jurídica:** a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

ALMEIDA, Roberto Moreira de. **Curso de Direito Eleitoral**. 6. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2012.

ARAS, Augusto. **Fidelidade Partidária**: efetividade e aplicabilidade. 1. ed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2016.

_____. **Fidelidade partidária**: a perda do mandato parlamentar. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional da própria imagem**. 2. ed. ampl. rev. e atual. São Paulo: Verbatim, 2013.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos de Personalidade**. 6. ed. rev. atual. e aum. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

BRITTO, Carlos Ayres. **Teoria da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. atual. São Paulo: Saraiva. 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, v. 1: teoria geral do Direito Civil. 24. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil**: teoria geral. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**: técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 1994.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: responsabilidade civil. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Teoria da Reforma Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

ROYO, Javier Pérez. **Curso de Derecho Constitucional**. 12. ed. rev. e atual. por Manuel Carrasco Durán. Madrid: Marcial Pons, 2010.

SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. **Abuso do poder nas eleições**. Salvador: Juspodivm, 2014.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva; AGRA, Walber Moura de. **Elementos de Direito Eleitoral**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.