



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

IGOR SILVEIRA SANTANA SANTOS

**PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL À IMAGEM-ATRIBUTO E
A QUESTÃO DO GÊNERO NA PUBLICIDADE**

Salvador
2015

IGOR SILVEIRA SANTANA SANTOS

**PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL À IMAGEM-ATRIBUTO E
A QUESTÃO DO GÊNERO NA PUBLICIDADE**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Manoel Jorge e Silva Neto.

Salvador
2015

Ficha catalográfica elaborada através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Central da UFSM, com os dados fornecidos pelo autor.

Santos, Igor Silveira Santana.

Proteção constitucional à imagem-atributo e a questão do gênero na publicidade / Igor Silveira Santana Santos. – 2015.
245 p.

Orientador: Manoel Jorge e Silva Neto
Dissertação (mestrado) – Universidade Federal da Bahia.
Faculdade de Direito, Salvador, 2015.

1. Direitos fundamentais 2. Imagem-atributo 3. Igualdade de Gênero 4. Publicidade 5. Transindividualidade I. Jorge e Silva Neto, Manoel II. Título.

TERMO DE APROVAÇÃO

IGOR SILVEIRA SANTANA SANTOS

PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL À IMAGEM-ATRIBUTO E A QUESTÃO DO GÊNERO NA PUBLICIDADE

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito,
Universidade Federal da Bahia, pela seguinte banca examinadora:

Aprovada em 15 de janeiro de 2016.

Banca examinadora

Celso Luiz Braga de Castro _____
Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco
Universidade Federal da Bahia

Saulo José Casali Bahia _____
Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
Universidade Federal da Bahia

Petilda Serva Vazquez _____
Doutora em Ciências Sociais pela Universidade Estadual de Campinas
Centro Universitário Estácio da Bahia

A Deus.
À família, aos amigos, à companheira.

AGRADECIMENTOS

Ao fim do desenvolvimento deste trabalho, agradeço a todos que, de alguma forma, puderam contribuir com a sua elaboração. Agradeço aos colegas do PPGD, que me acompanharam nesta caminhada, notadamente a Paloma, que influenciou diretamente o tema desta dissertação. Ao corpo técnico, especialmente a Luiza, sinônimo de presteza e disponibilidade para resolver a vida acadêmica dos alunos. Aos professores com quem tive aulas e me incentivaram a busca pelo conhecimento, além daqueles que se dispuseram a examinar e contribuir com este trabalho, os professores Celso Castro, Saulo Casali e Petilda Vazquez. Agradeço ainda ao orientador, por me possibilitar aprender o que deve e o que não deve fazer um verdadeiro Mestre.

SANTOS, Igor Silveira Santana. Proteção Constitucional à Imagem-atributo e a Questão do Gênero na Publicidade. Dissertação (mestrado em Direito). Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2015.

RESUMO

O presente trabalho teve por objetivo investigar a proteção constitucional à imagem-atributo das coletividades de gênero na publicidade comercial. Com este escopo, examinou-se o conteúdo do direito à imagem-atributo, constatando-se a possibilidade de ele ser exercido sob uma perspectiva transindividual, titularizado por coletividades. Em seguida, abordou-se o direito à igualdade de gênero, procurando identificar o seu conteúdo, com base na evolução histórica deste direito, na elaboração da Constituição Federal de 1988 e na jurisprudência do STF. Percebeu-se que, malgrado a igualdade de gênero seja vista sob uma perspectiva monoclar, notadamente pelos grupos feministas, este direito abarca também a proteção à coletividade masculina. Posteriormente, iniciou-se análise do fenômeno publicitário, tendo sido verificado que ele tem forte influência no meio social, estabelecendo condutas a serem seguidas. Assim, como a publicidade atua formando padrões, estereótipos, a comunicação transmitida reiteradamente forma determinados modelos em relação às coletividades de gênero, que acaba influenciando em seus próprios comportamentos. Contudo, disto não cabe simplesmente banir a publicidade, tendo em vista sua grande relevância social, bem como também gozar de proteção constitucional. Buscou-se, portanto, compatibilizar interesses contrapostos, elaborando-se determinados parâmetros sob os quais devem ser analisadas as questões de gênero na publicidade, havendo o posicionamento sobre algumas questões mais relevantes. Ao fim, buscou-se examinar a forma de tutela destes interesses transindividuais, tendo sido constatado que, a despeito da contribuição da autorregulamentação e da tutela administrativa, a tutela judicial é a que pode propiciar um procedimento plural, inclusivo, democrático, visando à participação de opiniões divergentes para contribuição com a melhor solução. Assim, mais do que simplesmente posicionar-se sobre questões polêmicas, este trabalho buscou prioritariamente o estabelecimento de balizas pelas quais se poderia debater e solucionar juridicamente os problemas de gênero na publicidade.

Palavras-chave: Imagem-atributo. Igualdade de gênero. Publicidade. Interesses transindividuais.

SANTOS, Igor Silveira Santana. Constitutional Protection to the Image and the Question of the Gender on Advertising. Dissertation (masters in Law). Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2015.

ABSTRACT

This study aimed to investigate the constitutional protection to the image of the gender collectives in commercial advertising. With this scope, it was examined the content of the right to the image, noting the possibility of it being exercised under a transindividual perspective, owned by communities. Then it was analyzed the right to gender equality, seeking to identify their content, based on the historical evolution of this right, in the drafting of the Constitution of 1988 and the Supreme Court jurisprudence. It was realized that, despite gender equality is seen in a monocular perspective, especially by feminist groups, this right also includes the protection of male community. Later began analysis of the advertising phenomenon, having been established that it has strong influence in the social environment, establishing the behavior to be followed. How advertising works forming patterns, stereotypes, the repeatedly transmitted communication forms models in relation to gender communities, which eventually influenced in their own behavior. However, the solution is not simply ban advertising, given its great social relevance and also its constitutional protection. It was sought, therefore, to reconcile opposing interests, preparing to certain parameters under which gender issues must be analyzed in advertising, with the positioning on some more relevant questions. At the end, it was examined the form of protection of these trans-interests, having been found that, despite the contribution of self-regulation and administrative protection, judicial protection is the one that can provide a plural, inclusive, democratic procedure, aiming at the participation of divergent opinions towards contribution with the best solution. So, more than just stand on controversial issues, this study primarily sought to establish goals for which it could legally discuss and resolve gender issues in advertising.

Keywords: Image. Gender equality. Advertising. Trans-interests.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	11
2. IMAGEM-ATRIBUTO E SUA DIMENSÃO TRANSINDIVIDUAL.....	13
2.1. DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO DO DIREITO À IMAGEM.....	15
2.2. O DIREITO À IMAGEM-RETRATO.....	20
2.3. O DIREITO À IMAGEM-ATRIBUTO	24
2.4. O DIREITO À IMAGEM-ATRIBUTO DE COLETIVIDADES	43
3. O DIREITO À IGUALDADE DE GÊNERO	49
3.1 DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO DO DIREITO À IGUALDADE.....	50
3.1.1 Subprincípio da igualdade na aplicação da norma (mesmo regime jurídico para os definidos como iguais pelo direito).....	53
3.1.2 Subprincípios da igualdade na elaboração normativa.....	55
3.1.2.1 Subprincípio da igualdade como limite à elaboração normativa.....	56
3.1.2.2 Subprincípio da igualdade como dever de elaboração normativa	57
3.1.3 Subprincípios da igualdade na atuação fática	59
3.1.3.1 Direito geral de igualdade e direitos especiais de igualdade	60
3.1.3.2 Subprincípio da igualdade como limite à atuação fática	62
3.1.3.3 Subprincípio da igualdade como dever de atuação fática.....	63
3.2. O DIREITO À IGUALDADE DE GÊNERO	64
3.2.1 Desenvolvimento histórico da igualdade de gênero.....	67
3.3.2 A igualdade de gênero na Constituição Federal de 1988	72
3.3.3 Igualdade de gênero e feminismo	81
4. PUBLICIDADE E VIOLAÇÃO À IMAGEM-ATRIBUTO DE GÊNERO	91
4.1 VINCULAÇÃO DOS PARTICULARES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	91
4.1.1 Eficácia direta	92
4.1.2. Eficácia indireta.....	94
4.1.3 Vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro.....	96
4.2 A PUBLICIDADE E SUA INFLUÊNCIA SOCIOCULTURAL.....	99
4.2.1 Conceito de publicidade	99
4.2.2 Publicidade e sua influência sociocultural	102
4.3 LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO CONTEXTO DA PUBLICIDADE VOLTADA AO CONSUMO	106
4.3.1 Publicidade no âmbito consumerista	106
4.3.2 A ponderação de direitos fundamentais	109
4.3.3 Liberdade publicitária: liberdade de expressão no contexto da publicidade voltada ao consumo	113

4.4 ANÁLISE DA PUBLICIDADE ATENTATÓRIA À IMAGEM DE GÊNERO	121
4.4.1 A formação de estereótipos	122
4.4.2 Parâmetros e análise da publicidade de gênero	126
4.4.2.1 Perspectiva “binocular”	127
4.4.2.2 Discurso do ódio	130
4.4.2.3 Detalhes e múltiplas possibilidades interpretativas	132
4.4.2.4 Definição de papéis, público-alvo e retratação da realidade	140
4.4.2.5 Reiteração de representação	146
4.4.2.6 Déficit de representatividade	148
4.4.2.7 Padrões de beleza.....	152
4.4.2.8 Objetificação/coisificação	154
5. TUTELA PROCESSUAL DO DIREITO À IMAGEM-ATRIBUTO NA PUBLICIDADE DE GÊNERO	159
5.1 INTERESSES TRANSINDIVIDUAIS E SUAS ESPÉCIES	159
5.1.1 Interesses individuais homogêneos	162
5.1.2 Interesses coletivos.....	163
5.1.3 Interesses difusos	164
5.2 TUTELA NÃO PROCESSUAL DAS QUESTÕES DE GÊNERO NA PUBLICIDADE COMERCIAL.....	165
5.2.1 A autorregulamentação publicitária.....	166
5.2.2 A tutela administrativa	169
5.3 TUTELA PROCESSUAL DAS QUESTÕES DE GÊNERO NA PUBLICIDADE COMERCIAL.....	170
5.3.1 Ação civil pública.....	170
5.3.2 O problema da legitimação: a necessidade de um modelo plural e democrático na tutela processual das questões de gênero na publicidade	171
5.3.3 Tutela inibitória	179
5.3.4 Remoção de ilícito.....	183
5.3.5 Tutela reparatória: contrapropaganda e direito de resposta.....	184
5.3.5.1 Incrementalismo	187
5.3.5.2 Desnecessidade da tutela reparatória	188
5.3.6 Tutela ressarcitória.....	190
5.3.7 Sujeito passivo.....	192
6. CONCLUSÕES.....	195
REFERÊNCIAS	201
APÊNDICE A	233
APÊNDICE B.....	239

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho congrega dois assuntos de grande impacto social. De um lado, tem-se a publicidade, com todo o debate que envolve as possibilidades e modelos de limitação a esta atividade, variando-se as opiniões desde a liberdade total até a quase proibição. Do outro lado, verifica-se o tema da igualdade de gênero, que sempre acarreta discussões profundas, fato cada vez mais comum no contexto de redes sociais. Na interseção destes dois fatos, visualizam-se situações sujeitas à regulação jurídica. Mais especificamente, cogita-se de proteção constitucional fornecida pelo direito à imagem-atributo, apto a, sob certas circunstâncias, tornar ilícito determinados desenvolvimentos publicitários.

As questões de gênero na publicidade são constantemente debatidas, sejam nos círculos acadêmicos, através de artigos, eventos, seminários, ou nos demais âmbitos sociais, notadamente através da Internet. Percebe-se, contudo, que as análises costumam carecer de parâmetros mínimos para o debate. Primeiro porque, em geral, não há o respeito pelas considerações divergentes, ainda que de pessoas integrantes da mesma coletividade interessada, havendo a desqualificação da visão alheia discordante, notadamente sobre rótulos como “machismo” ou “patriarcalismo”. Em segundo lugar, não se verifica muito a percepção de que a construção de gênero abarca tanto a mulheres quanto a homens, sendo que ambos são afetados na conformação da imagem que se faz na publicidade sobre uma ou outra coletividade, ainda que em intensidades diferentes. Terceiro, percebe-se uma tendência desmedida de afirmar desigualdades em todos os elementos que minimamente possibilitem interpretações neste sentido, ainda que sejam as mais improváveis.

Busca-se, portanto, analisar as questões de gênero na publicidade por um viés verdadeiramente igualitário, ressaltando a importância da participação e a possibilidade de discordância dos indivíduos que compõem a coletividade afetada, situação perante a qual a tutela através do direito à imagem-atributo em uma perspectiva transindividual mostra-se adequada. Almeja-se, ainda, o estabelecimento de parâmetros mínimos para o debate, sem, contudo, deixar de oferecer posição sobre os tópicos mais relevantes que compõem o tema.

Para atingir o objetivo deste trabalho é necessário, inicialmente, examinar o direito à imagem, seu surgimento e desenvolvimento em outros países, buscando conceituá-lo e aprofundar o entendimento acerca de uma espécie específica, a imagem-atributo. Em seguida, deve-se abordar a possibilidade deste direito ser exercido em uma perspectiva transindividuais, estando apto a tutelar os interesses das coletividades definidas pelo gênero.

Feitas estas delimitações iniciais, faz-se necessário um aprofundamento do conteúdo do direito à igualdade de gênero, abarcando-se tanto o desenvolvimento do direito à igualdade em si, quanto o entendimento acerca do “gênero” enquanto construção cultural. Em seguida, é imprescindível uma análise histórica de como as relações de gênero têm sido travadas e como elas influenciaram no desenvolvimento da Constituição Federal de 1988, examinando a sua normatividade, buscando alcançar o entendimento do momento constitucional acerca deste assunto.

Após, adentra-se o tema da publicidade, delimitando o conceito a ser utilizado neste trabalho e buscando entender como ela atua no meio social, bem como suas características mais relevantes. Também se torna importante a investigação acerca da situação desta atividade frente à proteção constitucional. Então, estabelecidas as premissas mais relevantes para a consecução do objetivo, procede-se ao exame das possibilidades publicitárias frente às normas protetivas das coletividades inseridas na Constituição. Constrói-se um modelo de análise das questões de gênero na publicidade.

Ao fim, busca-se compreender as possibilidades de tutela dos direitos afirmados. O meio processual judicial, como de grande relevância para a tutela de interesses transindividuais, ganha destaque ao propiciar a formação de um processo plural e democrático, voltado para o exercício ativo do direito à imagem-atributo da coletividade, com respeito à possibilidade de divergência, pautando-se sempre na igualdade entre os gêneros.

2. IMAGEM-ATRIBUTO E SUA DIMENSÃO TRANSINDIVIDUAL

“You’re just a picture. You’re an image caught in
time”
(Dio)

Para atingir a finalidade a que se propõe esta dissertação, inicia-se abordando o tema da proteção constitucional do direito à imagem. A partir da ótica desenvolvida neste capítulo, serão examinados os demais elementos que compõem o tema deste trabalho. Inicialmente, far-se-á referência aos dispositivos constitucionais pertinentes, adentrando-se, em seguida, nos diferentes conteúdos normativos relacionados à imagem, examinando-se, ao fim, a dimensão transindividual desta norma.

A imagem das pessoas encontra proteção no art. 5º da Constituição Federal, gozando da condição de direito fundamental. Na Carta de 1988, passou-se a consagrar de forma inédita este direito no texto constitucional brasileiro¹, embora a proteção à imagem em Constituições anteriores pudesse ser extraída do conteúdo de outras normas de direitos fundamentais², sendo possível falar em um direito materialmente constitucional³.

Neste diapasão, o direito à imagem foi, ao menos no ordenamento jurídico brasileiro, expressamente desvinculado da condição de apêndice de outros direitos, tendo sido estabelecida inegavelmente sua autonomia⁴. Para além do reconhecimento formal, foi previsto em três incisos diferentes⁵, demonstrando a relevância conferida pelo legislador constituinte

¹ MARISCO, Francelle Moreira. *Direito à Imagem e Possibilidades Repersonalizadoras do Direito Privado: a problemática dos contratos de imagem dos atletas profissionais de futebol*. Dissertação (mestrado em Direito). Universidade do Vale dos Sinos, São Leopoldo, 2009, p. 20. Segundo Marco Aurélio Rodrigues da Cunha e Cruz, a Espanha, em 1978, teria sido o primeiro dentre os países ocidentais a prever de forma expressa o direito à imagem em sede constitucional (El Concepto Constitucional del Derecho a la Propia Imagen en España y en Brasil. *Espaço Jurídico Journal of Law*, Chapecó, v. 14, n. 2, 2013, p. 356).

² SILVA NETO, Manoel Jorge e. A Proteção Constitucional à Imagem do Empregado e da Empresa. *Revista do TST*, Brasília, vol. 69, n. 1, 2003, p. 60. Assim também, outros direito correlatos, a exemplo da intimidade, apenas ganharam previsão expressa na nova Constituição, sendo que “a doutrina já vislumbrava emanação deste direito” mesmo nas Cartas anteriores (GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *Inviolabilidade do Domicílio na Constituição*. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 154).

³ FACHIN, Zulmar Antônio. Informação, Imagem e Princípio da Proporcionalidade. In: *UNOPAR Científica, Ciência Jurídicas e Empresariais*, Londrina, v. 2, n. 1, 2001, p. 192.

⁴ VENDRUSCOLO, Weslei. *Direito à Própria Imagem e sua Proteção Jurídica*. Dissertação (mestrado em Direito). Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2008, p. 88-118.

⁵ Assim dispõe o texto constitucional: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; (...) X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (...) XXVIII - são assegurados, nos termos da lei: a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas; (...)”.

de 1988⁶. Os variados dispositivos que tratam do tema implicam o fato de que o direito à imagem não tem conteúdo único, contemplando, ao menos, dois sentidos diferentes: tanto de proteção à imagem-retrato quanto à imagem-atributo.

Acerca da diversidade de enunciados estabelecidos, Manoel Jorge e Silva Neto entende que o art. 5º, XXVIII, alínea *a*, abarcaria a proteção à imagem-retrato, enquanto o inciso V deste artigo contemplaria a imagem-atributo, ao passo que o inciso X faria referência a ambas as situações⁷. Em contraposição, Marco Aurélio Rodrigues da Cunha e Cruz diverge deste posicionamento, entendendo que o art. 5º, XXVIII, alínea *a*, estaria relacionado ao “direito de arena”⁸.

Há também quem divirja quanto ao inciso X fazer referência a ambas as situações⁹; sustenta-se que “a proteção da imagem-retrato está no art. 5º, X, enquanto a imagem-atributo vem protegida no art. 5º, V, da Constituição”¹⁰. Salienta-se, ainda, que o entendimento acerca da existência de (ao menos) dois conteúdos diferentes ao direito à imagem não é pacífico, sendo afastado por parte da doutrina¹¹, notadamente a civilista¹². A controvérsia acerca do conteúdo deste direito, bem como sua relação com outros, a exemplo da intimidade e honra também existe no direito estrangeiro¹³.

Conforme será demonstrado posteriormente, através da análise das atas da Constituinte, o entendimento mais adequado parece ser o de que os incisos V e X fazem referência à imagem-atributo; o XXVIII, alínea *a*, à imagem-retrato. De qualquer sorte, para

⁶ LOUREIRO, Henrique Vergueiro. *Direito à Imagem*. Dissertação (mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2005, p. 150.

⁷ SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 741. Uma abordagem semelhante consistente na diferenciação da preposição para designar conteúdos diferentes é também encontrada na doutrina francesa, referindo-se, contudo, à diferença entre o caráter patrimonial e extrapatrimonial do direito à imagem (LOGEAIS, Elisabeth; SCHROEDER Jean-Baptiste. *The French Right of Image: an ambiguous concept protecting the human persona*, *Loyola of Los Angeles Entertainment Law Review*, v. 18, 1998, p. 517). No primeiro caso, tem-se o “*droit sur l’image*”, enquanto no segundo o “*droit à l’image*”.

⁸ CRUZ, op. cit., p. 365. Também afirmando que o referido inciso refere-se ao direito de arena: VARGAS, Angelo Luis de Souza; LAMARCA, Braz Rafael da Costa; PINTO, Renata Jamús da Costa. As diferenças entre o direito a imagem e direito de arena no contexto das leis No. 9.615/1998, 9.981/2000 e 10.672/2003 e do projeto de lei Nº 5.186/2005. *Revista Internacional de Investigación en Ciencias Sociales*, v. 5, n. 2, 2009, p. 200-201.

⁹ CARVALHO, Ivan Lira de; DANTAS, Raphael Levino. Direito ao Esquecimento: delineamentos a partir de um estudo comparativo de *leading cases* das jurisprudências alemã e brasileira. In: *Direitos Fundamentais e Democracia I*. Ednilson Donisete Machado, Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira (org.). Florianópolis: FUNJAB, 2013, p. 348. Segundo os autores, o referido inciso englobaria apenas o direito à imagem-retrato.

¹⁰ ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 178.

¹¹ SANTOS, Reni Freitas dos. *O Direito Fundamental à Imagem da Pessoa Natural: conteúdo, limites, conflitos e extinção*. Dissertação (mestrado em Direito). Universidade Luterana do Brasil: Canoas, 2006, p. 21-22.

¹² Conforme constata: CAMARGO, Rodrigo Eduardo. *Os Direitos à Imagem e à Privacidade e a Retórica da Liberdade*. Dissertação (mestrado em Direito). Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2013, p. 129.

¹³ Constatando a grande controvérsia em relação ao ordenamento jurídica espanhol: GASCÓ, Francisco de Paula Blasco. *Algunas Cuestiones Del Derecho a la Propia Imagen*. In: *Bienes de la Personalidad*. Murcia: Universidad de Murcia, 2008, p. 13-15. O tema será visto de forma mais aprofundada nos tópicos seguintes.

os fins deste trabalho, o fundamental é reconhecer que o texto constitucional fornece proteção à imagem-atributo. O exame acerca de sua existência e autonomia será feito posteriormente.

Como forma de melhor entender seu conteúdo atual, inicia-se a investigação acerca do surgimento do direito à imagem e seu desenvolvimento através dos anos. Serão abordadas principalmente concepções estrangeiras que influenciaram de forma mais notável o desenvolvimento do entendimento existente no Brasil acerca do direito à imagem, quais sejam, a francesa, a alemã, a portuguesa¹⁴ e a estadunidense¹⁵, não apenas pela efetiva afetação do ordenamento pátrio, mas também porque se entende que a migração e correlação dos sentidos constitucionais que são construídos por tribunais, doutrina e leis estrangeiras, bem como pelos organismos internacionais de direitos humanos, como forma de desenvolver o significado dos direitos fundamentais¹⁶, é uma meta a ser observada.

2.1. DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO DO DIREITO À IMAGEM

A postulação e desenvolvimento da proteção à imagem garantida pelo próprio ordenamento jurídico e não por força de disposições contratuais está relacionado ao desenvolvimento dos processos fotográficos¹⁷, a partir da primeira metade do século XIX¹⁸. Contudo, este processo foi iniciado sem referência à proteção da imagem como direito autônomo, normalmente estando abrigado no direito à “privacidade”¹⁹. O caso apontado como primeira referência no reconhecimento da existência do direito à privacidade por um tribunal

¹⁴ Além do que será especificamente abordado, fica o registro de que as doutrinas portuguesa, francesa e alemã, de uma forma geral, influenciaram amplamente a elaboração do Código Civil brasileiro de 1916 (AMARAL, Francisco. O Código Civil Brasileiro e o Problema Metodológico de sua Realização: do paradigma de sua aplicação ao paradigma judicativo-decisório. *Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*, v. 20, n. 26, 2004, p. 78).

¹⁵ Especialmente em relação ao direito à imagem-atributo, conforme será demonstrado no tópico 2.3.

¹⁶ DANTAS, Miguel Calmon. *Direito Fundamental ao Máximo Existencial*. Tese (doutorado em Direito). Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2011, p. 282-283. Salienta-se, contudo, que o autor, neste ponto, faz sua afirmação apenas em relação aos “direitos sociais”, embora, conforme aqui foi exposto, parece poder ser estendida a todos os direitos fundamentais.

¹⁷ WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D. The Right to Privacy. *Harvard Law Review*, v. 4, n. 5, 1890, p. 211.

¹⁸ CRUZ, Marco Aurélio Rodrigues da Cunha e. El Concepto Constitucional del Derecho a la Propia Imagen en Portugal, España y Brasil. *Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, Sevilha, vol. 11, n. 22, 2009, p. 20.

¹⁹ Manoel Jorge e Silva Neto sustenta que o signo “*right of privacy*” do direito estadunidense influenciou o direito brasileiro, fazendo com que a doutrina não distinguisse propriamente os termos utilizados pela Constituição Federal de 1988, quais sejam “vida privada” e “intimidade” (art. 5º, X), mas que, havendo a utilização de expressões diferentes, seria necessário reconhecer a existência de conteúdos autônomos (op. cit., p. 733-734). Considerando que este trabalho fará algumas remissões à doutrina estadunidense, o sentido utilizado pelo termo “privacidade” é o mais amplo, englobando tanto a intimidade quanto a vida privada, de forma a ser aproximar o máximo possível do conteúdo estabelecido pela doutrina desse país.

foi julgado em 1858, na França²⁰. Contudo, examinando os fatos, a lide em questão seria mais apropriadamente classificada como uma questão referente à tutela da imagem de uma pessoa²¹.

Com o processo de expansão do uso de imagens, os fatos que eram abrigados sob a proteção do direito à privacidade²² passaram a ser tratados, em alguns casos, como direito à identidade, ou à imagem²³. Na França, o direito à imagem foi desenvolvido a partir do direito à privacidade de construção jurisprudencial²⁴, vindo o “direito à vida privada” a ser consagrado expressamente pela legislação daquele país apenas em 1970²⁵. O direito à imagem ainda é, naquele país, intimamente ligado ao direito à privacidade, sendo entendido como uma espécie de violação deste²⁶.

Na Alemanha a proteção ao retrato das pessoas ganhou relevância quando, no final do século XIX, o corpo de Otto von Bismarck foi fotografado sem autorização após a sua morte²⁷. Atualmente²⁸, apesar da falta de previsão específica da tutela do direito à própria imagem (*Recht am eigenen Bild*)²⁹ na Constituição alemã, há o reconhecimento,

²⁰ VIEIRA, Tatiana Malta. *O Direito à Privacidade na Sociedade da Informação*: efetividade desse direito fundamental diante dos avanços da tecnologia da informação. Dissertação (mestrado em Direito, Estado e Sociedade). Universidade de Brasília: Brasília, 2007, p. 32.

²¹ SAHM, Regina. *Direito à Imagem no Direito Civil Contemporâneo*: de acordo com o novo código civil. São Paulo: Atlas, 2002, p. 106. No caso, Rachel, uma famosa atriz da época, foi fotografada no seu leito de morte por autorização de sua irmã, que queria as fotos para que lhe servissem de lembrança, tendo sido proibido que o fotógrafo publicasse as imagens; contudo, após a morte da atriz, cópias das fotos foram publicadas o que resultou num processo judicial movido pela irmã, no qual o tribunal ordenou que todas as fotos que indevidamente vieram a público fossem localizadas e destruídas, entendendo que haveria violação ao direito à imagem apenas pelo fato de a publicação não ter sido autorizada, não sendo necessário comprovar qualquer tipo de prejuízo (BROYLES, Patrick N. Intercontinental Identity: the right to the identity in the Louisiana Civil Code. In: *Louisiana Law Review*, v. 62, n. 2, 2005, p. 837)

²² SYNODINOU, Tatiana. Image Right and Copyright Law in Europe: divergences and convergences. In: *Laws*, v. 3, n. 2, 2014, p. 183-184.

²³ BROYLES, op. cit., p. 838-839.

²⁴ Ibidem, p. 833.

²⁵ RIVERO, Jean; MOUTOUH, Hugues. *Liberdades Públicas*. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão (trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 449.

²⁶ Ibidem, p. 450.

²⁷ ANDRADE, Manuel da Costa. A Tutela Penal da Imagem na Alemanha e em Portugal: esboço comparatístico, em busca de um novo paradigma normativo. *Revista Jurídica do Instituto Jurídico Portucalense*, n. 15, 2012, p. 167. O autor relata que os filhos do finado solicitaram a proibição de divulgação e destruição do material, o que foi deferido pelo Judiciário alemão, mas apenas com base na vedação à invasão ao domicílio, expondo a falta de dispositivo legal de tutela da imagem. Em resposta a este fato, foi aprovada no país, em 1907, uma lei que reconheceu a imagem como bem jurídico autônomo, não necessariamente relacionado à privacidade, criminalizando a sua violação e estabelecendo as exceções que tornariam legítimas a utilização da efígie alheia ainda que sem consentimento do retratado. Elas podem ser conferidas em: FRANCIULLI NETTO, Domingos. A Proteção ao Direito à Imagem e a Constituição Federal. In: *Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva*, v. 16, n. 1, 2004, p. 26-27.

²⁸ Para uma visão mais ampla acerca da evolução do direito à imagem na Alemanha: SAHM, op. cit., p. 119-127.

²⁹ Há ainda o chamado direito à imagem das próprias coisas (*Recht am Bild der eigenen Sache*), embora haja resistência em reconhecê-lo (GRAF, Klaus. Kulturgut Muss Frei Sein. In: *Kunstchronik*, n. 60, 2007, p. 508; LEWINSKI, Kai von. *Die Matrix des Datenschutzes*: besichtigung und ordnung eines begriffsfeldes. Tübingen: Mohr Siebeck, 2014, p. 42, nota de rodapé 147).

principalmente pelo Tribunal Constitucional Federal, deste direito como sendo fundamental e autônomo, decorrente da dignidade humana e do direito geral de personalidade³⁰, seguindo as linhas estabelecidas no julgamento do caso *Lebach*, em 1973³¹.

No Reino Unido, por seu turno, quando os casos relacionados à fotografia foram se tornando mais frequentes, no fim do século XIX, a proteção contra a divulgação indevida de retratos fotográficos advinha do instituto³² *breach of confidence* (quebra da confiança), existente quando uma pessoa tem o dever de confidencialidade em relação à outra e o quebra, implicando responsabilidade civil³³. Não apenas a divulgação de imagens, mas também a teoria de proteção à privacidade é construída sobre este fundamento³⁴. Não há naquele país a ideia de “direitos da personalidade” no sentido existente em outros países europeus ou no Brasil³⁵.

Na Corte Europeia de Direitos Humanos, ao revés, conforme entendimento firmado no caso *Reklos v. Greece*³⁶, julgado em 2009, o direito à imagem é tido como um dos principais atributos da personalidade, pressupondo a prerrogativa de controlar este uso não apenas contra a possibilidade de pessoas não autorizadas tornarem o conteúdo público, mas também em relação à mera captação sem o consentimento prévio do retratado – exceto hipóteses justificadas, em geral, pelo interesse público³⁷. Esta decisão pode, inclusive, levar o Reino Unido, enquanto signatário da Convenção Europeia sobre Direitos Humanos, a mudar sua posição quanto ao reconhecimento do direito à privacidade³⁸.

³⁰ ANDRADE, op. cit., p. 169.

³¹ MENDES, Gilmar Ferreira. Colisão de Direitos Fundamentais: liberdade de expressão e de comunicação e direito à honra e à imagem. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 31, n. 122, 1994, p. 300-301. Sobre a decisão do Tribunal Constitucional, conferir também: ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. Virgílio Afonso da Silva (trad.). São Paulo: Malheiros, 2011, p. 99-102.

³² Em inglês, o que aqui se refere genericamente como “instituto”, de forma a facilitar a compreensão, é, em verdade, referido como “*tort (of breach of confidence)*”, que são delitos civis específicos (DAVID, René. *O Direito Inglês*. 2. ed. Eduardo Brandão (trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 108).

³³ Conforme casos apontados em: RICHARDS, Neil M.; SOLOVE, Daniel J. Prosser's Privacy Law: a mixed legacy. *California Law Review*, v. 98, n. 6, 2010, p. 1909-1910. Os autores fazem referência, por exemplo, ao caso *Pollard v. Photographic Co.*, de 1888, no qual um fotógrafo foi contratado para tirar fotos para um cliente, mas reteve os negativos e publicou os retratos em cartões de Natal. Conferir também sobre o instituto do “*breach of confidence*”: SYNODINOU, op. cit., p. 186-187.

³⁴ CHEUNG, ANNE S. Y. Rethinking Public Privacy in the Internet Era: a study of virtual persecution by the Internet crowd. In: *The Journal of Media Law*, v. 1, n. 2, 2009, p. 192.

³⁵ SYNODINOU, op. cit., p. 186.

³⁶ Alegou-se a violação do art. 8º da Convenção Europeia de Direitos Humanos, que garante o respeito à vida privada (HUNT, Chris D. L. Privacy in the Common Law: a critical appraisal of the Ontario Court of Appeal's decision in *Jones v. Tsige*. In: *Queen's Law Journal*, v. 37, n. 2, 2012, p. 663, nota de rodapé n. 7).

³⁷ CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Case of Reklos and Davourlis v. Greece*, julg. 15.01.2009. Disponível em: <

³⁸ HUNT, op. cit., p. 662.

Nos Estados Unidos, o artigo escrito em 1890 que costuma ser apontado como referência fundamental no reconhecimento e definição do direito à privacidade³⁹ – especialmente pela propagação da ideia de “*right to be let alone*” (direito de ser deixado a sós)⁴⁰ – aborda de forma profunda situações que hoje estariam protegidas pelo direito à imagem⁴¹. Também os primeiros julgamentos que seguiram a ideia contida no artigo tinham a ver, em sua maioria, com casos relacionados a retratos de pessoas⁴².

Diante da pouca exatidão do que significaria a ideia de “*right to be let alone*”, William Prosser, em um estudo clássico⁴³ publicado em 1960, pretendeu tornar mais explícito o conteúdo do direito à privacidade, estabelecendo que este direito abarcaria ao menos quatro situações distintas⁴⁴: 1. Intromissão na reclusão, solidão ou nas atividades privadas do indivíduo; 2. Exposição pública de fatos privados que podem lhe trazer vergonha; 3. Exposição de fatos do indivíduo que possa levar a uma falsa percepção pelo público (*false light*)⁴⁵; 4. Apropriação do nome ou retrato de uma pessoa que traga vantagem para o ofensor⁴⁶. Malgrado esta classificação possa se mostrar insuficiente frente à complexidade da sociedade atual, ela continua sendo dominante no Direito estadunidense⁴⁷.

Neste sentido, naquele país, o direito à imagem estaria abarcado como espécie do gênero “direito à privacidade”. Contudo, há o reconhecimento de que, em determinados casos, o que se protege sob o signo de “privacidade” – e que pelo ordenamento jurídico brasileiro corresponderia à expressão patrimonial do direito à imagem-retrato –, é em realidade um “*right of publicity*”⁴⁸ (direito de publicidade), onde não se está protegendo a privacidade em si, mas sim o conteúdo patrimonial da exploração da imagem dos indivíduos, o que não poderia ser corretamente analisado sob uma ideia de proteção à privacidade⁴⁹.

³⁹ ELISON, Larry M.; NETTIKSIMMONS, Dennis. Right of Privacy. In: *Montana Law Review*, n. 48, 1987, p. 2.

⁴⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 282.

⁴¹ WARREN; BRANDEIS, op. cit., p. 195.

⁴² PROSSER, William L. Privacy. In: *California Law Review*, v. 48, n. 3, 1960, p. 401.

⁴³ A qualificação como “estudo clássico” é dada em: MENDES; BRANCO, op. cit., p. 282.

⁴⁴ Embora tenha afirmado que a classificação não era algo definitivo, Prosser foi criticado por supostamente não ter permitido que o direito à privacidade abarcasse outras situações além das quatro que foram referidas por ele (RICHARDS; SOLOVE, op. cit., p. 1906).

⁴⁵ Criticando a inclusão do “*false light tort*” no conceito de “*privacy*”, conferir: MCKENNA, Bruce A. False Light: invasion of privacy?. In: *Tulsa Law Journal*, vol. 15, n. 1, 1979, p. 113-140.

⁴⁶ PROSSER, op. cit., p. 389.

⁴⁷ RICHARDS; SOLOVE, op. cit., p. 1906-1907.

⁴⁸ BARNETT, Stephen R. “The Right to One’s Own Image”: publicity and privacy rights in the United States and Spain. In: *American Journal of Comparative Law*, v. 47, 1999, p. 555-556.

⁴⁹ NIMMER, Melville B. The Right of Publicity. In: *Law and Contemporary Problems*, v. 19, 1954, p. 204.

Ou seja, é possível que uma imagem já conhecida e publicada de um famoso não possa ser utilizada para determinada peça publicitária ou para ilustrar a capa de um livro⁵⁰; conquanto se possa afirmar que estas situações estão tuteladas pelo direito à imagem⁵¹, não parece ser possível sustentar a abarcância dessas hipóteses pela proteção à privacidade⁵². Assim, embora em diversos casos a tutela à imagem esteja relacionada à chamada “privacidade”⁵³, nem sempre dado fato preencherá simultaneamente o suporte fático de ambos os direitos, ou mesmo de qualquer outro direito que possa se assemelhar, garantindo, assim, a autonomia do direito à imagem⁵⁴.

Não se pode também, em sentido contrário, afirmar que o direito à privacidade estaria inscrito dentro do direito à imagem⁵⁵, tendo em vista que aquele inclui sobre sua proteção elementos distintos, a exemplo da correspondência, documentos, segredos, dentre outros não cobertos pela direito à imagem⁵⁶. Portanto, ainda atualmente, nos Estados Unidos, fala-se em um indistinto “direito à privacidade”, sem haver referência específica ao “direito à imagem”⁵⁷.

No Brasil, a imagem-retrato, cuja concepção será mais bem desenvolvida abaixo, foi a primeira a ser protegida pelo ordenamento jurídico brasileiro⁵⁸, vindo o Código Civil de 1916 a limitar a possibilidade de reprodução ou exposição pública de retratos ou bustos, conforme desígnio do representado ou de seus sucessores⁵⁹. Posteriormente, outros diplomas legislativos também incorporaram, ainda que timidamente, a tutela à imagem⁶⁰.

⁵⁰ LOGEAIS; SCHROEDER, op. cit., p. 515.

⁵¹ Estabelecendo a analogia existente entre o direito à imagem brasileiro e o *right of publicity* dos Estados Unidos: NIGRI, Deborah Fisch; GANDELMAN, Silvia Regina Dain. *The Right of Publicity in the Brazilian Legal System*, *Loyola of Los Angeles Entertainment Law Review*, v. 18, 1998, p. 469.

⁵² Ainda mais se a violação à imagem é compreendida nos termos gerais do “right to be let alone” (THOMSON, Judith Jarvis. *The Right to Privacy. Philosophy & Public Affairs*, v. 4, n. 4, 1975, p. 295).

⁵³ HAUCH, Jeanne M. *Protecting Private Facts in France: the Warren & Brandeis tort is alive and well and flourishing in Paris*. In: *Tulane Law Review*, n. 68, 1994, p. 1219.

⁵⁴ FACHIN, op. cit., p. 190.

⁵⁵ Reconhecendo “uma forte conexão”, mas garantindo a autonomia tanto do direito à privacidade quanto à imagem: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 406.

⁵⁶ NIGRI; GANDELMAN, op. cit., p. 480; CRUZ, op. cit., p. 27.

⁵⁷ ELISON; NETTIKSIMMONS, op. cit., p. 2.

⁵⁸ MARISCO, op. cit., p. 17.

⁵⁹ Assim constava na lei: “Art. 666. Não se considera ofensa aos direitos do autor: (...) X - A reprodução de retratos ou bustos de encomenda particular, quando feita pelo proprietário dos objetos encomendados. A pessoa representada e seus sucessores imediatamente podem opor-se à reprodução ou pública exposição do retrato ou busto”.

⁶⁰ A exemplo do art. 65, n. 12, do revogado Código de Propriedade Industrial (Lei n. 5.772/71) e do art. 49, I, “f”, da antiga lei de direitos autorais (Lei n. 5.988/73). Após a já referida positivação do direito à imagem na Constituição, proliferaram-se as referências a esta tutela, havendo atualmente, diversos diplomas legislativos que a reconhecem expressamente. Dentre outros, há o ar. 20 do Código Civil, o art. 31 da chamada Lei de Acesso à Informação (Lei n. 12.527/11) e os arts. 17 e 100, parágrafo único, V, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90).

2.2. O DIREITO À IMAGEM-RETRATO

O conteúdo apresentado no tópico anterior sobre a evolução histórica do direito à imagem em diversos países e no Brasil corresponde em geral ao que aqui é apresentado como “imagem-retrato”. Parte da doutrina brasileira e estrangeira também sustenta que a proteção da imagem abarcaria apenas este conceito⁶¹. O entendimento adotado neste trabalho, contudo, é de que este elemento corresponde somente a uma parcela do substrato normativo do direito à imagem. Embora esta parte do conteúdo do direito à imagem não seja a que servirá como premissa fundamental do desenvolvimento que será realizado, far-se-á incursão no tema, como forma de melhor possibilitar a devida diferenciação, facilitando a definição e demais considerações acerca do conceito de imagem-atributo.

É possível entender como imagem-retrato “a representação física de uma pessoa, através de fotos, filmes, vídeos, pinturas e outros meios que reproduzam o rosto da pessoa ou partes de seu corpo ou sinais físicos que possam servir à sua identificação e reconhecimento”⁶². Abrange não apenas a pessoa nascida e viva, mas também o nascituro e o falecido⁶³.

A proteção constitucional da imagem-retrato, portanto, está destinada “à tutela específica da imagem física da pessoa”⁶⁴, englobando qualquer parte do corpo que a personalize⁶⁵, além da voz e dos gestos da pessoa⁶⁶, enquanto elementos que a identificam⁶⁷, tornando possível seu reconhecimento⁶⁸. Se não for possível indicar de quem é a parte do corpo ou caso não haja qualquer tipo de elemento identificador, não é constatável violação ao

⁶¹ Conforme lição de Pontes de Miranda o conteúdo do direito à imagem abrangeria “(...) a reprodução das formas, ou da voz, ou dos gestos, *identificativamente*”, estando relacionado a quem “vê sob ou sobre o nome de outro o seu retrato”. (op. cit., p. 80). Ver ainda: CHAVES, Antônio. Direito à Própria Imagem. *Revista da Faculdade de Direito da USP*, v. 67, 1972, p. 45; ALCALÁ, Humberto Nogueira. El Derecho a la Propia Imagen como Derecho Fundamental Implícito: fundamentación y caracterización. *Revista Ius et Praxis*, Talca, ano 13, n. 2, 2007, p. 261; BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 20. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 194; PÉREZ, Alejandro G. Gorosito. Exégesis del Derecho a la Propia Imagen. In: *Lecciones y Ensayos*, Buenos Aires, n. 83, 2007, p. 255.

⁶² BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Disponibilidade dos Direitos de Personalidade e Autonomia Privada*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 156. Contudo, a autora apresenta este como sendo todo o conteúdo do direito à imagem, sem fazer referência ao que se abordará como “imagem-atributo”.

⁶³ BORGES, Janice Silveira. A Pré e a Pós Incidência da Personalidade Jurídica Frente ao Direito à Imagem. Dissertação (mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2007, p. 129-133.

⁶⁴ SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 741.

⁶⁵ MORAES, Walter. Direito à Própria Imagem. *Revista dos Tribunais*, v. 443, 1972, p. 65.

⁶⁶ CHAVES, op. cit., p. 64.

⁶⁷ NETO, Manoel Jorge e Silva. A Proteção Constitucional à Imagem do Empregado e da Empresa. *Revista do TST*, Brasília, vol. 69, n. 1, 2003, p. 58; no mesmo sentido: BEZERRA, Regina Lúcia Lima. *Dano à Imagem*. Dissertação (mestrado em Direito). Universidade Federal de Pernambuco, 2003, p. 128. Este entendimento também é o vigente em alguns países europeus, conforme é constatado em: SYNODINOU, op. cit., p. 183.

⁶⁸ AZURMENDI ADARRAGA, op. cit., p. 30.

direito à imagem⁶⁹. São aqueles elementos que se exteriorizam fisicamente para os demais indivíduos, podendo ser apreendidos por representações gráficas de qualquer espécie (incluindo cinematográficas e fotográficas⁷⁰) ou sonoras. A violação ocorre quando há “captação, sem a devida autorização”, “veiculação desautorizada ou injustificada ou, ainda, “pela distorção e mesmo falsificação da imagem”⁷¹, voz ou gestos.

Assim, o direito à imagem-retrato está fortemente relacionado ao surgimento da fotografia – por advento de Joseph Niépce, em 1825⁷² – e ao seu posterior desenvolvimento. Esta nova arte, tendo tornado mais fácil a devassa de direitos da personalidade, tem sido uma preocupação desde os seus primeiros avanços tecnológicos⁷³. Atualmente, a importância de sua tutela é ainda mais evidente, devido à proliferação de aparelhos eletrônicos com dispositivos fotográficos, a exemplo dos *tablets* e *smartphones*, que fazem com que todos sejam possíveis alvos de captação gráfica⁷⁴.

Contudo, na contramão da preocupação com a superexposição da imagem, cada vez mais as pessoas tendem a se exibir livremente⁷⁵, principalmente nas redes sociais da Internet. Este fato, somado à facilidade de propagação neste meio, e à falta de uniformidade no trato jurídico dessas questões nos diferentes países⁷⁶ torna a tutela adequada ao direito à imagem ainda mais difícil⁷⁷.

O direito à imagem-retrato teve seu desenvolvimento, conforme visto, inicialmente relacionado a um conteúdo extrapatrimonial, mas, a partir da metade do século XX, intensificou-se o reconhecimento de sua expressão patrimonial, com a difusão da publicidade e da comercialização⁷⁸. Neste sentido, a doutrina francesa, ao abordar a diferença entre os atributos patrimoniais ou pessoais do direito à imagem (retrato), utiliza a contraposição dos termos relativos a um “direito à imagem” e um “direito sobre a imagem”⁷⁹, este último estando relacionado à perspectiva pecuniária, no sentido de que o seu titular pode dispor de

⁶⁹ NIGRI; GANDELMAN, op. cit., p. 482; PROSSER, op. cit., p. 404-405.

⁷⁰ Outros tipos de representação gráfica também já foram levados aos tribunais, a exemplo da produção de bonecas e personagens de videogame sem autorização dos representados, conforme: LOGEASIS; SCHROEDER, op. cit., p. 519.

⁷¹ SARLET; MARINONI; MITIDIERO, op. cit., p. 443.

⁷² CAVENAGHI, Airton José. Niépce: “a invenção que fiz...”. In: *Domínios da Imagem*, Londrina, n. 3, 2008, p. 8-9.

⁷³ WARREN; BRANDEIS, op. cit., p. 211.

⁷⁴ RICHARDS; SOLOVE, op. cit., p. 1919.

⁷⁵ SYNODINOU, op. cit., p. 182.

⁷⁶ SAVARE, Matthew. Image is everything. In: *Intellectual Property Magazine*, Londres, mar. 2013, p. 52.

⁷⁷ SYNODINOU, op. cit., p. 182.

⁷⁸ BROYLES, op. cit., p. 839.

⁷⁹ SAHM, op. cit., p. 107-108.

seu retrato como se fosse produto comercializável como outro qualquer⁸⁰. Esta visão está calcada no sentido positivo da autonomia privada, que permite que “terceiros publiquem, exponham e utilizem a imagem de alguém, inclusive com fins comerciais, caso o titular do direito à imagem autorize”⁸¹.

Neste diapasão, o direito à imagem-retrato pode carregar ao menos dois conteúdos diferentes: um protege contra a publicação ou divulgação de uma imagem sem o consentimento do indivíduo⁸² – tutelando, assim, um aspecto extrapatrimonial da pessoa que não que ter o retrato divulgado; o outro está voltado à defesa dos interesses patrimoniais do indivíduo, notadamente de famosos⁸³ – quando a pessoa não se importa com qualquer aspecto emocional ou pessoal contido na imagem, mas entende que deveria haver contraprestação pecuniária pela sua utilização, especialmente em peças publicitárias⁸⁴. Essa expressão patrimonial faz referência ao já mencionado “*right of publicity*” estadunidense⁸⁵.

No Brasil, há o chamado “direito de arena”, previsto pelo art. 42 da Lei n. 9.615/98⁸⁶, o qual parece corresponder à conformação infraconstitucional⁸⁷ do aspecto patrimonial do direito à imagem-retrato no âmbito esportivo⁸⁸, ainda que de constitucionalidade duvidosa na parte que atribui a titularidade às entidades desportivas. De qualquer sorte, seja violando o interesse patrimonial ou extrapatrimonial sobre a imagem, em regra é necessário obter autorização da pessoa cuja imagem é registrada e publicada, utilizando o retrato para os fins

⁸⁰ LOGEAIS; SCHROEDER, op. cit., p. 517.

⁸¹ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Disponibilidade dos Direitos de Personalidade e Autonomia Privada*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 157. No mesmo sentido, destacando não apenas a natureza negativa do direito à imagem (que visa a impedir a utilização indevida), mas também a “positiva”: LOGEAIS; SCHROEDER op. cit., p. 517-518.

⁸² STF, Primeira Turma, RE 95872, Rel Min. Rafael Mayer, julg. 10.09.1982, Dj 01.10.1982, p. 9830. Consignou-se que a divulgação não consentida da imagem da pessoa para fins de publicidade comercial ensejaria indenização.

⁸³ Sobre o tema da imagem de pessoas famosas, de forma mais aprofundada, conferir a obra: COLOMA, Aurelia María Romero. *Honor, Intimidad e Imagen de las Personas Famosas*. Madri: Civitas, 2001.

⁸⁴ NIMMER, op. cit., p. 217-218; PROSSER, op. cit., p. 406-407; RICHARDS; SOLOVE, op. cit., p. 1906.

⁸⁵ LOGEAIS; SCHROEDER, op. cit., p. 512.

⁸⁶ Art. 42. Pertence às entidades de prática desportiva o direito de arena, consistente na prerrogativa exclusiva de negociar, autorizar ou proibir a captação, a fixação, a emissão, a transmissão, a retransmissão ou a reprodução de imagens, por qualquer meio ou processo, de espetáculo desportivo de que participem. § 1º Salvo convenção coletiva de trabalho em contrário, 5% (cinco por cento) da receita proveniente da exploração de direitos desportivos audiovisuais serão repassados aos sindicatos de atletas profissionais, e estes distribuirão, em partes iguais, aos atletas profissionais participantes do espetáculo, como parcela de natureza civil.

⁸⁷ Considerando que o conteúdo dos direitos fundamentais costuma ser genérico ou abstrato, cabe ao legislador comum concretizar estes direitos, definindo (conformando, configurando) o seu conteúdo na legislação infraconstitucional (DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 5. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Atlas, 2014, p. 152).

⁸⁸ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: parte geral e LINDB*. 11. ed. rev. ampl. atual. Salvador: Juspodivm, 2013, v. 1, p. 247-248. Em sentido contrário: SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 745-746.

específicos para o qual ele foi feito⁸⁹, de forma a evitar a ocorrência do ato ilícito e a consequente responsabilidade civil⁹⁰.

Contudo, há razões que podem dispensar a necessidade de consentimento prévio, mitigando o direito *prima facie* à imagem-retrato⁹¹. Fotografias feitas em locais públicos, quando não focadas em um ou alguns indivíduos, de forma a cobrir o espaço comum e não atividades particulares são apontadas como situações nas quais não há violação do direito à imagem – embora haja mitigações, sempre sujeitas às peculiaridades do caso concreto⁹². Também os casos que envolvem liberdade de imprensa e direito à informação estão menos suscetíveis a serem considerados transgressores do direito à imagem⁹³, assim como qualquer outra finalidade que envolva o interesse público⁹⁴; ou, ainda, quando são feitas caricaturas de famosos, especialmente se relacionadas a finalidades informativas⁹⁵ – mas também sujeitas a limitações que possam violar a dignidade do indivíduo⁹⁶.

Portanto, em geral, há violação ao direito à imagem-retrato quando: 1. Por qualquer meio hábil de reprodução; 2. Algum elemento identificador da pessoa, seja ele gráfico, sonoro ou de outro tipo; 3. É utilizado sem a devida autorização do indivíduo representado; 4. Ou, embora tenha havido autorização, houve deturpação quanto à finalidade; 5. A menos que se trate de hipótese justificada constitucionalmente. O desenvolvimento realizado neste tópico serviu para demarcar o âmbito de proteção do direito à imagem-retrato, que, conforme visto, foi o primeiro a ser tutelado juridicamente. Contudo, o conteúdo do direito à imagem foi sendo ampliado para abarcar também a tutela à chamada imagem-atributo do indivíduo, que será agora analisada.

⁸⁹ BORGES, Janice Silveira. A Pré e a Pós Incidência da Personalidade Jurídica Frente ao Direito à Imagem. Dissertação (mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2007, p. 120.

⁹⁰ NIGRI, Deborah Fisch; GANDELMAN, Silvia Regina Dain. The Right of Publicity in the Brazilian Legal System, *Loyola of Los Angeles Entertainment Law Review*, v. 18, 1998, p. 482.

⁹¹ MORAES, Walter. Direito à Própria Imagem, II. *Revista dos Tribunais*, v. 444, 1972, p. 23-24.

⁹² Como situações que exponham algum indivíduo da multidão ao ridículo, ou que seja utilizada para fins publicitários (LOGEAIS; SCHROEDER, op. cit., p. 526-527).

⁹³ BORGES, op. cit.; LOGEAIS; SCHROEDER, op. cit., p. 528.

⁹⁴ ALCALÁ, op. cit., p. 276.

⁹⁵ LOGEAIS; SCHROEDER, op. cit., p. 531. Entendendo em sentido contrário: MORAES, op. cit., p. 20, para quem “a caricatura deforma a imagem. Como ela cabe no conceito de ‘retrato’ expresso na lei, a sua difusão depende também do consentimento do sujeito”.

⁹⁶ BEZERRA, op. cit., p. 130.

2.3. O DIREITO À IMAGEM-ATRIBUTO

Abrangendo também o conceito de imagem-atributo, a imagem “deixa de ser o retrato, a exteriorização da figura”⁹⁷, passando a ser caracterizada como o “conjunto de atributos cultivados pelo indivíduo e reconhecidos pelo conjunto social”, ou seja, a imagem que é construída pelas pessoas perante a sociedade⁹⁸. O conceito de imagem, portanto, não se refere apenas aos traços ou características físicas dos indivíduos⁹⁹, mas também às impressões que outras pessoas têm de como eles se comportam, como eles são vistos no meio social¹⁰⁰.

Desta forma “o conceito de imagem-atributo ultrapassa os limites do conceito de imagem-retrato, porque ele está associado às ações de um homem, ao seu modo de viver, ao seu comportamento, à sua profissão (...)”¹⁰¹. Este conteúdo do direito à imagem usualmente é veiculado quando são feitas referências às imagens de políticos¹⁰², esportistas, ou mesmo de empresas, no sentido de examinar os atributos que os informam e caracterizam¹⁰³.

É possível, portanto, que as pessoas construam sua própria imagem¹⁰⁴, nos mais diversos âmbitos sociais. O empregado, por exemplo, no campo da relação de trabalho, para além de ter a sua emanção estética ofendida (imagem-retrato), pode também sofrer atos que degradem sua imagem-atributo, “compreensiva de uma boa reputação pessoal ou profissional que o indivíduo construiu no meio em que convive e frente a terceiros”¹⁰⁵. Assim, ela refere-se à fama, à reputação do ser social. Mas a abrangência desta espécie do direito à imagem não se restringe unicamente à proteção das pessoas.

⁹⁷ ARAÚJO, Luiz Alberto David. *A Proteção Constitucional da Própria Imagem*. Dissertação (mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 1989, p. 96.

⁹⁸ ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, op. cit., p. 177.

⁹⁹ DICTER, Ernest. What's in an Image. In: *Journal of Consumer Marketing*, v. 2, n. 1, 1985, p. 75.

¹⁰⁰ Falando sobre a imagem, Kenneth Ewart Boulding sustenta que “é claro que existe uma certa diferença entre a imagem que eu tenho de objetos físicos no espaço e tempo e as valorações que eu faço desses objetos ou dos fatos que eu relaciono a eles. É claro que há uma diferença entre, digamos, minha imagem da Universidade de Stanford existindo em certo ponto do espaço e tempo, e minha imagem do apreço (*value*) da Universidade de Stanford” (*The Image: Knowledge in Life and Society*. Ann Arbor: University of Michigan Press, 1961, p. 11). Tradução livre.

¹⁰¹ BENATTI, Gisela Porto. *Violação ao Direito Fundamental de Imagem: interfaces com o direito civil*. Dissertação (mestrado em Direito). Centro Universitário FIEO, Osasco, 2013, p. 66.

¹⁰² AZURMENDI ADARRAGA, Ana. *El Derecho a la propia imagen: su identidad y aproximación al derecho a la información*. 2. ed. Cidade do México: Universidad Iberoamericana, 1998, p. 23. Neste sentido Carolina González Cifuentes sustenta que dos governantes e daqueles que ocupam cargos públicos não interessa apenas o cumprimento de suas atividades, mas também a imagem que eles guardam perante a população (*El Derecho a la Intimidad de los Altos Cargos: limitaciones y control patrimonial*. Tese (doutorado em Direito). Universidad de Salamanca, Salamanca, 2011, p. 11).

¹⁰³ ARAÚJO, op. cit., p. 95.

¹⁰⁴ CIFUENTES, op. cit., p. 98.

¹⁰⁵ TEIXEIRA FILHO, João de Lima. O Dano Moral no Direito do Trabalho. *Revista do MPT*, Brasília, ano VI, n. 12, 1996, p. 24-25.

No âmbito comercial, é possível que a imagem-atributo de um produto seja mais relevante que suas características físicas (seu *design*). As empresas investem verbas altíssimas na “formatação” de seus produtos, agregando a eles determinados conceitos para atingir o público alvo esperado, pelo que é possível a obrigação da reparação de danos a esta imagem causados, por exemplo, por informação falsa da concorrência¹⁰⁶. Não apenas os produtos, mas também as próprias pessoas jurídicas possuem imagens que as qualificam perante o meio social¹⁰⁷. É por essa razão que empresas dispõem grandes somas também com vistas à construção de uma boa imagem perante o público¹⁰⁸, ou adotam medidas para que os seus empregados não causem danos ao conceito que ver formado sobre elas mesmas¹⁰⁹.

A imagem-atributo possui, assim, conceito mais próximo da publicidade¹¹⁰, que lhe dá autonomia frente à definição ligada aos aspectos físicos. É possível haver desrespeito a uma espécie sem violação à outra¹¹¹, embora possa existir transgressão simultânea a ambas¹¹². Também é factível a ocorrência de violação ao conteúdo de uma delas ao mesmo tempo em que há valorização da outra¹¹³. Esta diferenciação é aceita por parte significativa da doutrina¹¹⁴.

Se a distinção entre o direito à imagem-atributo e à imagem-retrato é facilmente percebida, o mesmo não se pode dizer quanto à diferenciação entre aquele e o direito à honra.

¹⁰⁶ ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, op. cit., p. 178.

¹⁰⁷ SILVA NETO, op. cit., p. 743. Neste sentido, a súmula 227 do STJ: “A pessoa jurídica pode sofrer dano moral”.

¹⁰⁸ SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Direito Constitucional Econômico*. São Paulo: LTr, 2001, p. 101.

¹⁰⁹ TRIERWEILER, Gustavo Friedrich. *A Colisão entre a Privacidade do Empregado e a Livre Iniciativa no Monitoramento da Internet pelo Empregador*. Dissertação (mestrado em Direito). Universidade Luterana do Brasil: Canoas, 2008, p. 127.

¹¹⁰ LOGEASIS; SCHROEDER op. cit., p. 511, nota de rodapé n. 1; ARAÚJO, op. cit., p. 97.

¹¹¹ SANTOS, op. cit., p. 78.

¹¹² Neste sentido, o Código Penal alemão, em seu art. 201-A, §2º, pune a divulgação de qualquer registro do retrato da pessoa que possa lhe causar substancial dano à sua imagem-atributo (ALEMANHA. *Strafgesetzbuch*, 1871. Disponível em: <<http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/stgb/gesamt.pdf>>. Acesso em 05 mai. 2015).

¹¹³ MARISCO, op. cit., p. 27. Assim expõe a autora: “Uma pessoa pode ter a imagem-retrato utilizada indevidamente por uma divulgação não autorizada de uma revista e pode ter, ao mesmo tempo, sua imagem-atributo valorizada. Por exemplo, o profissional que [tem] a sua imagem divulgada de forma indevida, fazendo campanha publicitária de uma entidade beneficente, tem a sua imagem-retrato violada. E, de outro lado, tem a sua imagem-atributo valorizada, pois com certeza todos passarão a ter uma imagem melhor daquele que está colaborando com a campanha filantrópica”.

¹¹⁴ Além de todos os autores já mencionados que fazem referência à imagem-atributo, conferir ainda: CASTRO, Mônica Neves Aguiar da Silva. *Honra, Imagem, Vida Privada e Intimidade, em colisão com outros direitos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 17-23; GODOY, Claudio Luiz Bueno de; *A Liberdade de Imprensa e os Direitos de Personalidade*. São Paulo: Atlas, 2001, p. 45; FARIAS; ROSENVALD, op. cit., p. 247-248; CORREA, Rui César Publio B. *Direito de Proteção à Imagem nas Relações de Trabalho*. Tese (doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007, p. 68; DIAS, Felipe da Veiga; REIS, Jorge Renato dos. Os Direitos de Personalidade e a Hermenêutica Constitucional: uma abordagem (a partir do giro linguístico ontológico) acerca dos limites comunicativos na sociedade da informação. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Itajaí, v.7, n.2, 2012, p. 1501-1502.

Segundo Manoel Jorge e Silva Neto, o conceito de imagem-atributo não se confundiria com o de honra, seja ela subjetiva ou objetiva¹¹⁵, pois este instituto, no primeiro caso (subjetiva), estaria ligado “ao sentimento que o indivíduo tem de si mesmo”¹¹⁶, e, no segundo (objetiva), ao bom conceito de que o indivíduo goza no meio social, guardando pertinência com a sua conduta moral, se, por exemplo, a pessoa é honesta ou desonesta¹¹⁷. Neste diapasão, o conceito de imagem-atributo não se referiria necessariamente aos valores bem vistos pela sociedade e que devem ser respeitados pelas pessoas¹¹⁸.

Em sentido contrário, há quem entenda que o que aqui é tratado como direito à imagem-atributo está adstrito ao direito à honra¹¹⁹, não sendo possível falar em uma “imagem social”¹²⁰, visto que o “retrato social” de uma pessoa equivaleria à sua reputação, a qual seria protegida pelo direito à honra¹²¹. Neste diapasão, adotar o termo “imagem” no sentido de “reputação” seria uma utilização comum, mas que não teria relação com seu conceito jurídico¹²².

Há, assim, uma dupla dificuldade no reconhecimento da existência da imagem-atributo: de um lado, conforme referido, diversos doutrinadores apenas atribuem o sentido de “retrato” ao termo “imagem”; de outro, outros tantos entendem que aquilo que se aponta como protegido pela imagem-atributo, em verdade, estaria abarcado pela proteção à honra. Uma investigação mais aprofundada, portanto, mostra-se necessária.

Enquanto o termo “imagem” no sentido de representação física tem origem no latim “*imago*”¹²³, é provável que a utilização do termo “imagem” no sentido de conceito construído perante a coletividade tenha origem na língua inglesa¹²⁴. Ao menos desde a primeira metade

¹¹⁵ SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 740.

¹¹⁶ SILVA NETO, Manoel Jorge e. A Proteção Constitucional à Honra e à Imagem da Pessoa-residente: a discriminação de origem como ofensa aos direitos individuais. In: *Proteção Constitucional à Imagem: dimensão coletiva*. Manoel Jorge e Silva Neto (org.). Salvador: Paginae, 2015, p. 84.

¹¹⁷ SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 744.

¹¹⁸ LOUREIRO, op. cit., p. 60.

¹¹⁹ CARVALHO; DANTAS, op. cit., p. 348; ROCHA, Alexandre Ricardo Damasceno. *A Crítica Jornalística e a Tutela Penal da Honra*. Dissertação (mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011, p. 108.

¹²⁰ CRUZ, op. cit., p. 27.

¹²¹ GARCÍA, Clemente García. *El Derecho a la Intimidad y Dignidad en la Doctrina del Tribunal Constitucional*. Murcia: Universidade de Murica, 2003, p. 359, fazendo o autor referência ao entendimento do Tribunal Constitucional espanhol.

¹²² PARILLI, Ricardo Antequera. *Derechos Intelectuales y Derecho a la Imagen en la Jurisprudencia Comparada*. Madri: Reus, 2012, p. 412-413. O autor faz menção ao entendimento da Corte Suprema de Justiça de El Salvador e do Tribunal Constitucional espanhol.

¹²³ O termo, na língua latina, servia para nomear a máscara mortuária utilizado nos funerais da Roma Antiga (JOLY, Martine. *Introdução à Análise da Imagem*. 11. ed. Marina Appenzeller (trad.). Campinas: Papyrus, 1996, p. 18).

¹²⁴ Embora não se consiga aqui demonstrar com certeza, corrobora com esta tese o fato de que o dicionário alemão “*Das digitale wörterbuch der deutschen sprache*” aponta que, ao menos naquele país, o termo, que só é

do século XIX, o dicionário Webster – o mais famoso e utilizado nos Estados Unidos – já trazia o conceito de imagem não apenas ligado à representação gráfica, mas também como sinônimo de “uma ideia” ou de “uma concepção” sobre algo¹²⁵. Em sentido contrário, dicionários antigos da língua portuguesa, tanto de cerca de um século antes do Webster, quanto contemporâneo, quanto de quase um século depois dele, apresentam como sentido único a ideia de “retrato ou representação de alguém ou alguma coisa” ou “representação, figura, semelhança”¹²⁶. Ainda atualmente, mesmo com o uso disseminado, é possível encontrar dicionários que não abordam propriamente o conceito¹²⁷. O Dicionário Aurélio, que reconhece o uso do termo no sentido de “conceito genérico resultante de todas as experiências, impressões, posições e sentimentos que as pessoas apresentam em relação a uma empresa, produto, personalidade, etc.”, coloca a definição precedida da indicação de que este seria um uso das relações públicas¹²⁸.

Nesta direção, também aponta Ana Azurmendi Adarraga que “uma expressão habitual no âmbito da publicidade e do *marketing*, da política das instituições e pessoas públicas em geral, é a de ‘ter uma imagem’, ‘construir uma imagem’, ‘mudar de imagem’”, havendo, em tais enunciados, referência à consideração social de uma pessoa ou entidade, ocorrendo translação do que seria o sentido original do termo¹²⁹. Assim, a expressão mencionada, embora disseminada inicialmente no âmbito publicitário, posteriormente atingiu todas as esferas de atuação social do indivíduo¹³⁰.

Interessante notar que, embora provavelmente disseminado a partir dos Estados Unidos este sentido atribuído à palavra “imagem”, neste país a proteção ao conceito social da pessoa não é exercida por um “direito à imagem”. No direito estadunidense, a tutela do retrato

utilizado no sentido referido e não no de “retrato”, realmente tem origem inglesa (*Image*. Recurso eletrônico. Disponível em: <<http://www.dwds.de/?qu=image>>. Acesso em 13 mai. 2015).

¹²⁵ WEBSTER, Noah. *American Dictionary of the English Language*. 13. ed. Nova York: N. and J. White, 1834, p. 429. A definição foi mantida também depois da morte do autor: WEBSTER, Noah. *American Dictionary of the English Language*. Chauncey A. Goodrich (rev.). Springfield, Massachusetts: Merriam, 1854, p. 577.

¹²⁶ BLUTEAU, Raphael. *Vocabulário Portuguez & Latino*. Coimbra: Collegio das Artes da Companhia de Jesus, 1728, v. 4, p. 54; PINTO, Luiz Maria da Silva. *Diccionario da Lingua Brasileira*. Ouro Preto: Typographia de Silva, 1832, verbete “imagem”. O que chega mais próximo do sentido referido é a menção – ainda que com sentido pouco preciso – a “impressão de um objeto no espírito (FIGUEIREDO, Candido de. *Novo Diccionario da Lingua Portuguesa*. 2. ed. Lisboa: Livraria Clássica, 1913, p. 1065).

¹²⁷ DICIONÁRIO DE PORTUGUÊS MICHAELIS. *Imagem*. Recurso eletrônico. Disponível em:

<<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?palavra=imagem>>. Acesso em 18 mai. 2015.

¹²⁸ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da língua portuguesa*. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

¹²⁹ AZURMENDI ADARRAGA, op. cit., p. 22-23. Em sentido semelhante: FARHAT, Saïd. *Lobby, o que é, como se faz: ética e transparência na representação junto a governos*. São Paulo: Peirópolis, 2007, p. 202.

¹³⁰ Boulding sugere, inclusive, a utilização do termo em sentido tão amplo que teria significado de “conhecimento”, com a diferença que este implica uma ideia de verdade, enquanto a imagem que se tem das coisas é o que se acredita ser verdade, algo subjetivo, que rege em grande parte o comportamento do indivíduo (op. cit., p. 5-6).

social pode ser feita por meio da vedação à difamação, em relação aos fatos mentirosos, bem como pelo direito à privacidade, em relação à exposição de uma falsa percepção ao público, na ideia já referida de *false light*, desenvolvida por Prosser, que reconhece que o interesse protegido pelo instituto é a reputação das pessoas¹³¹ – embora também já tenha havido a aplicação desta teoria mesmo quando as referências à pessoa colocada sob uma falsa percepção para o público eram elogiosas, laudatórias, mas não correspondiam à forma que o indivíduo desejava ser visto¹³². Para proteção da reputação, também há nesse país a aplicação da *Theory of disparagement* (teoria do descrédito), utilizado no campo do direito autoral e da propriedade intelectual, contra ações que possam denegrir a imagem de pessoas ou instituições¹³³.

Na França, conforme citado anteriormente, o conteúdo abarcado pela norma protetiva guarda pertinência apenas com a “aparência, voz, fotografia, retrato ou reprodução em vídeo”¹³⁴. Assim, o “*droit à l’image*” não envolve a utilização do sentido do termo “*image*” da língua inglesa para expressar o conceito que é mantido sobre uma pessoa pelas demais¹³⁵.

Esta constatação, contudo, não é suficiente para afastar a existência do direito à imagem-atributo no direito brasileiro. Mesmo porque, no ordenamento jurídico de outros países é possível encontrar esta norma protetiva, a exemplo da Alemanha. Neste país, utiliza-se, por vezes, o termo “*Ansehen*”¹³⁶, especialmente se precedido do adjetivo “*öffentliche*”, formando a ideia de “imagem pública”. Com este termo, também é possível abordar coletividades, fazendo referência à imagem da classe advocatícia ou da magistratura de um país¹³⁷. Inclusive, o Código Penal alemão, em seu art. 90-B, §1º, estabelece como crime o fato de alguém denegrir algum órgão constitucional de modo a colocar em risco a imagem do Estado e intencionalmente atentar contra a existência da República alemã ou dos princípios constitucionais¹³⁸.

¹³¹ PROSSER, op. cit., p. 400.

¹³² MCKENNA, Bruce A. False Light: invasion of privacy?. In: *Tulsa Law Journal*, vol. 15, n. 1, 1979, p. 122-123. O autor faz referência ao caso *Spahn v. Julian Messner, Inc.*, que tramitou pelos tribunais de Nova York na década de 1960.

¹³³ NIMMER, Melville B. The Right of Publicity. In: *Law and Contemporary Problems*, v. 19, 1954, p. 214-215.

¹³⁴ LOGEASIS; SCHROEDER op. cit., p. 511, nota de rodapé n. 1.

¹³⁵ Ibidem, p. 511, nota de rodapé n. 1.

¹³⁶ “*Sehen*” pode ser traduzido como “visão”, e, precedido do prefixo “*an*”, transmite a ideia de como alguém é visto pelos demais, no sentido de reputação ou prestígio. Outras palavras que, a depender do contexto, também podem ser utilizadas: “*Anschein*”, “*Geltung*”, “*Leumund*”, “*Ruf*”, “*Anerkennung*”, “*Lebensbild*”.

¹³⁷ PAPROTTA, Geedo. Anwähle und ihr Ansehen. In: *Mittelbyerische*, 15 fev. 2014. Disponível em: <[http://www.mittelbayerische.de/region/neu markt/anwaelte-und-ihr-ansehen-21101-art1018942.html](http://www.mittelbayerische.de/region/neu%20markt/anwaelte-und-ihr-ansehen-21101-art1018942.html)>. Acesso em 29 abr. 2015.

¹³⁸ ALEMANHA. *Strafgesetzbuch*, 1871. Disponível em: <<http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/stgb/gesamt.pdf>>. Acesso em 05 mai. 2015.

Na doutrina constitucional alemã também é possível encontrar afirmações do direito à imagem-atributo, ainda que com outras expressões. Assim, sustenta-se que a Constituição tedesca garante “proteção contra declarações que se prestam a ter um efeito prejudicial sobre a imagem do particular em público”¹³⁹. Neste trecho, a palavra “imagem” foi traduzida do termo “*Bild*”¹⁴⁰, que normalmente faz referência ao que aqui foi definido como imagem-retrato. Contudo, conforme se depreende do contexto, também na doutrina alemã há a utilização de “imagem” (*Bild*) no sentido de conceito perante a sociedade (imagem-atributo).

O Tribunal Constitucional alemão, no famoso julgamento do caso *Mephisto*, de 1971, garantiu proteção à “*Lebensbild*”, a imagem criada pela trajetória de vida de uma pessoa conhecida do público¹⁴¹, sua “imagem existencial”¹⁴², a qual colidira com a liberdade artística de um autor¹⁴³. Neste país, a mencionada proteção à imagem-atributo é uma das expressões do chamado “*Recht auf Selbstdarstellung*” (direito à autorrepresentação)¹⁴⁴, que, por sua vez, está abarcado pelo direito geral de personalidade¹⁴⁵. O direito à autorrepresentação garante a proteção contra representações públicas que sejam desprestigiadoras, falseadoras, desfigurantes e indesejadas¹⁴⁶, possibilitando ao titular do direito fundamental a escolha de como ele irá se apresentar perante as pessoas em geral¹⁴⁷, ou seja, que imagem os outros terão dele¹⁴⁸. Este entendimento é assente no Tribunal Constitucional alemão¹⁴⁹.

¹³⁹ PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos Fundamentais*. António Francisco de Sousa; António Franco (trad.). São Paulo: Saraiva, 2012, p. 180. Tradução oficial do original, indicado na nota de rodapé seguinte.

¹⁴⁰ PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Grundrechte: staatsrecht II*. 26. ed. Heidelberg: CF Müller, 2010, p. 92.

¹⁴¹ ALEMANHA. Tribunal Constitucional Federal. *BVerfGE 30, 173 (Mephisto)*, 1976, p. 196. Disponível em: <<http://sorminiserv.unibe.ch:8080/tools/ainfo.exe?Command=ShowPrintVersion&Name=bv030173>>. Acesso em 14 mai. 2015. No julgamento, faz-se referência à não distorção da “*Lebensbild*”, termo que não tem tradução exata para o português. “*Bild*” significa “imagem”, e “*Leben*”, “vida”, consistindo portanto em uma “imagem da vida”, a trajetória da pessoa durante sua existência. Ademais, outras referências apenas a “*Bild*” também são feitas no sentido aqui utilizado de imagem-atributo (ibidem, p. 179).

¹⁴² Expressão utilizada por Regina Sahm para traduzir “*Lebensbild*” (op. cit., p. 126).

¹⁴³ MENDES, Gilmar Ferreira. Colisão de Direitos Fundamentais: liberdade de expressão e de comunicação e direito à honra e à imagem. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 31, n. 122, 1994, p. 298-300.

¹⁴⁴ O termo também pode ser traduzido como “direito à autoapresentação”, conforme traduzido em: PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos Fundamentais*. António Francisco de Sousa; António Franco (trad.). São Paulo: Saraiva, 2012, p. 177, confrontado com o original em alemão: PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Grundrechte: staatsrecht II*. 26. ed. Heidelberg: CF Müller, 2010, p. 91.

¹⁴⁵ Há, inclusive, quem afirme que a autorrepresentação seria uma das categorias centrais do desenvolvimento da personalidade (AMELUNG, Ulrich. *Der Schutz der Privatheit im Zivilrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2002, p. 40).

¹⁴⁶ PIEROTH; SCHLINK, op. cit., p. 92.

¹⁴⁷ BRITZ, Gabriele. *Einzelfallgerechtigkeit versus Generalisierung: Verfassungsrechtliche Grenzen statistischer Diskriminierung*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008, p. 180-181.

¹⁴⁸ BRITZ, Gabriele. *Freie Entfaltung durch Selbstdarstellung*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007, p. 38. No mesmo diapasão, Martin Böse sustenta que o direito à autorrepresentação tutelaria, assim, “a identidade social do indivíduo, a imagem que os outros têm dele”, abarcando o direito ao prestígio social (*sozialen Geltungsanspruchs*) e à honra. (*Wirtschaftsaufsicht und Strafverfolgung*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2005, p.

Para além do uso jurídico, também é possível observar a utilização do termo *Bild* (imagem) excedendo o sentido de representação física no âmbito da psicologia, onde são contrapostas as ideias de “*Fremdbild*” e “*Selbstbild*”, respectivamente, a imagem (percepção) que os outros têm de uma pessoa e a que ela tem de si mesma¹⁵⁰. A mencionada contraposição está presente ainda no âmbito de outras ciências humanas, como a geografia, para referir, por exemplo, a imagem que as pessoas de uma cidade e as de fora têm acerca da localidade¹⁵¹.

A utilização do termo “*image*” pelos falantes da língua inglesa foi, inclusive, incorporada pelos dicionários alemães, mas só no sentido de conceito, percepção, e não de “retrato”¹⁵². Edições antigas de dicionários alemães não continham o termo¹⁵³, que passou a ser utilizado especialmente na literatura sobre características pessoais e de publicidade, de forma associativa¹⁵⁴.

Mesmo em um país onde o Tribunal Constitucional não adota o sentido de “atributo” para o direito à imagem, a exemplo da Espanha¹⁵⁵, pode-se constatar a utilização do termo

128). Tradução livre do original: “(...) schützt die soziale Identität des Einzelnen, das Bild, das andere von ihm haben”. O autor faz a afirmação fazendo referência ao pensamento de Schmitt Glaeser.

¹⁴⁹ A exemplo: “Das allgemeine Persönlichkeitsrecht schützt den Einzelnen auch gegenüber der fälschlichen Zuschreibung von Mitgliedschaften in Vereinigungen oder Gruppen, sofern diese Zuschreibung Bedeutung für die Persönlichkeit und deren Bild in der Öffentlichkeit hat” (ALEMANHA. Tribunal Constitucional Federal. *BVerfGE 54, 208 (Böll)*, 1980, p. 208. Disponível em: <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/1998/11/rs19981110_1bvr153196.html>. Acesso em 19 mai. 2015). Em tradução livre: “O direito geral de personalidade protege o indivíduo até mesmo contra a atribuição errônea da qualidade de participante de grupos ou associações onde esta qualidade é relevante para a personalidade e a imagem que se tem publicamente”. Conferir também: idem, *BVerfGE 63, 131 (Gegendarstellung)*, 1983. Disponível em: <<http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv063131.html>>. Acesso em 19 mai. 2015; idem, *BVerfGE 99, 185 (Scientology)*, 1998. Disponível em: <<http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv099185.html>>. Acesso em 19 mai. 2015.

¹⁵⁰ SCHMIDT, Marion. *Die Wirkung von Feedback im Rahmen eines DevelopmentCenters auf die Selbstbild-Fremdbild-Kongruenz*. Monografia (graduação em Psicologia). Mannheim Universität, Mannheim, 2007, p. 7. Em outra obra do âmbito da psicologia, tem-se que: “a imagem que o homem faz a respeito de si mesmo, inicia a sua formação na hora em que a criança adquire a possibilidade de poder estruturar uma escala de valores, precária que seja (...) o homem não é o que realmente é, mas é o que pensa ser, ou seja, existe uma vivência interior de si mesmo que, emotivamente, pode falsear os valores objetivos que possui, levando-o a sentir-se de uma certa forma, distinta, e peculiar da vivência (DUCCESCHI, Ermanno. *O Homem e a Própria Imagem*. Porto Alegre: Sulina, 1977, p. 13).

¹⁵¹ HAUFF, Thomas. Braucht Münster ein neues Image? Empirische Befunde zum Selbst- und Fremdbild als Grundlage eines Integrierten Stadtentwicklungs- und Stadtmarketingkonzeptes. In: *Beiträge zur Geographischen Stadt- und Regionalforschung*. Carola A. Bischoff, Christian Krajewski (org.). Münster, 2003, p. 43-56. No título e no corpo do texto também se percebe a utilização do termo “*image*”, advindo do inglês, como sinônimo de “*Bild*”, no sentido de imagem que é formada acerca de uma pessoa, por ela ou por outros.

¹⁵² DAS DIGITALE WÖRTERBUCH DER DEUTSCHEN SPRACHE. *Image*. Recurso eletrônico. Disponível em: <<http://www.dwds.de/?qu=image>>. Acesso em 13 mai. 2015.

¹⁵³ KLUGE, Friedrich. *Etymologische Wörterbuch der deutschen Sprache*. Estrasburgo: Karl F. Trübner, 1899, p. 184.

¹⁵⁴ ELSSEN, Hilke. *Bibliographie Neologismus mit Lehnwortschatz*. Recurso eletrônico. Munique, 2011, p. 6-7. Disponível em: <http://epub.ub.uni-muenchen.de/12130/1/Elsen_Hilke_Neologismus.pdf>. Acesso em 13 mai. 2015.

¹⁵⁵ Ainda assim, há quem sustente que a Espanha é um dos países que tutelam de forma mais ampla o direito à imagem a nível constitucional (SAVARE, Matthew. Image is everything. In: *Intellectual Property Magazine*, Londres, mar. 2013, p. 53-54).

“imagem” no significado aqui mencionado, bem como a necessidade de sua proteção¹⁵⁶. De toda forma, lá também se sustenta a proteção ao que aqui seria tutelado pelo direito à imagem-atributo. Existe, assim, tutela constitucional à possibilidade de apresentar-se perante a sociedade conforme a preferência do titular do direito fundamental¹⁵⁷, escolhendo a forma como será conhecido. Sua violação se dá quando “se divulgam fatos que fazem formar uma determinada imagem que não coincide com a que o titular escolheu para apresentar-se perante a coletividade”, ainda que verdadeiros¹⁵⁸. Este direito corresponderia aproximadamente ao já citado “*Recht auf Selbstdarstellung*” do direito alemão¹⁵⁹, tendo relação também com a vedação ao “*false light*” estadunidense¹⁶⁰.

Da análise da Constituição portuguesa também é possível inferir diferença entre imagem-retrato e imagem-atributo¹⁶¹, podendo a sua tutela ser observada no texto¹⁶², ainda que sob o termo “reputação” (art. 26, 1)¹⁶³. Ademais, o Tribunal Constitucional português também faz menção à imagem no sentido de conceito público¹⁶⁴.

Dos países analisados, embora diversos deles reconheçam a proteção ao que aqui se defende abrigado pelo direito à imagem-atributo, apenas na Alemanha foi possível constatar, de forma sedimentada, tutela semelhante albergada por um direito à imagem (*Bild*). Neste

¹⁵⁶ ESPANHA. Tribunal Constitucional de Españã. *Sentencia 134/1999*, de 15 de julho de 1999. Disponível em: <<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/3876>>. Acesso em 10 mai. 2015. Na decisão, há a afirmação de que a conduta, as opiniões e a imagem de uma pessoa com notoriedade pública estão submetidas ao escrutínio dos cidadãos.

¹⁵⁷ CIFUENTES, op. cit., p. 67. A autora sustenta a existência do “*derecho a la autopresentación*”. Contudo, fazendo referência ao art. 18, §1º, da Constituição Espanhola, atribui esta proteção ao direito à intimidade, e não à imagem conforme é aqui desenvolvido.

¹⁵⁸ *Ibidem*, p. 69. Tradução livre do espanhol. A autora aponta ainda outras três hipóteses de violação do referido direito à “autoapresentação”, mas que não são relevantes para o desenvolvimento deste trabalho.

¹⁵⁹ *Ibidem*, p. 67.

¹⁶⁰ *Ibidem*, p. 69. Contudo, o instituto do “*false light*” adota como uma de suas premissas que, de alguma forma, a imagem que se transmite não seja verdadeira.

¹⁶¹ A proteção à imagem não constava no texto original da Constituição Portuguesa promulgada em 1976, vindo a ser incluída na primeira revisão constitucional em 1982 (CRUZ, op. cit., p. 20).

¹⁶² CARVALHO, Ivo César Barreto de. A Tutela dos Direitos da Personalidade no Brasil e em Portugal. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, Lisboa, n. 3, 2013, p. 1815.

¹⁶³ Dispõe o art. 26, 1: “A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à protecção legal contra quaisquer formas de discriminação” (PORTUGAL. *Constituição da República*, 1976. Disponível em:

<<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em 19 mai. 2015).

¹⁶⁴ Assim, o Tribunal negou a possibilidade de casamento aos homossexuais, porque uma decisão favorável estaria “afectando desse jeito a imagem da instituição [casamento] existente” (PORTUGAL. Tribunal Constitucional. *Acórdão 121/2010 do Plenário*, 2010. Disponível em:

<<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20100121.html>>. Acesso em 20 mai. 2015). Também: “Referem que o Jornal da Madeira, por um lado, enaltece diariamente o Governo Regional da Madeira e o PSD-M, silenciando quaisquer vozes deles discordantes ou não noticiando factos que possam afectar a sua imagem” (PORTUGAL. Tribunal Constitucional. *Acórdão 391/2011 do Plenário*, 2011. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20110391.html>>. Acesso em 20 mai. 2015).

sentido, faz-se necessária uma investigação mais profunda quanto ao caso brasileiro, de forma a definir se existe verdadeiramente um direito à imagem-atributo nos moldes aqui propostos.

No Brasil, foi Hermano Duval quem, de forma inovadora¹⁶⁵, em 1988, propôs a existência de dois sentidos para o direito à imagem, diferenciando o que ele chamou de “imagem objetiva” ou “física” (aqui correspondente à imagem-retrato) e “imagem subjetiva” ou “moral” (imagem-atributo), sendo esta relacionada à “aura, fama ou reputação”¹⁶⁶, ao *status* social do indivíduo frente a si e aos demais¹⁶⁷.

No mesmo período, Luiz Alberto David Araújo também defendeu a distinção jurídica expressa entre os dois conceitos de “imagem” aqui apresentados¹⁶⁸, em dissertação escrita em 1989¹⁶⁹. À época, observou o autor que “o texto constitucional reflete a realidade brasileira de determinado momento, qual seja, o de sua elaboração”¹⁷⁰. E que, naquele momento, já era notável a preocupação de políticos, famosos e empresas com a comunicação e publicidade, no sentido de estabelecer uma “boa imagem” perante a sociedade¹⁷¹, havendo, portanto, a ampliação do significado do termo, de forma a abarcar este novo conceito. Corroborando com seu entendimento, o autor fez menção a diversas notícias de jornais que traziam o vocábulo neste novo sentido¹⁷². Os termos “imagem-retrato” e “imagem-atributo” viriam posteriormente, em 1996, com a modificação de sua dissertação e publicação em formato de livro¹⁷³.

Malgrado os referidos autores não tenham feito referência às discussões do legislador constituinte que levou à aprovação da Carta de 1988, analisando-se as atas de elaboração do texto constitucional é possível perceber que, de fato, o termo “imagem” também era utilizado além da ideia de representação física.

¹⁶⁵ Segundo afirmado em: CAMARGO, op. cit., p. 129.

¹⁶⁶ DUVAL, Hermano. *Direito à imagem*. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 36. O autor acrescenta que a tutela da “imagem moral” seria relativa à “personalização dramatizada de novela, romance, peça teatral, enredo cinematográfico depreciativos do titular ofendido, seus herdeiros ou sucessores” (ibidem, p. 38). Posteriormente, sintetiza que o “direito à imagem é a projeção da personalidade física (traços fisionômicos, corpo, atitudes, gestos, sorrisos, indumentárias etc.) ou moral (aura, fama, reputação etc.) do indivíduo (homem, mulher, criança ou bebê) no mundo exterior” (ibidem, p. 105).

¹⁶⁷ Ibidem, p. 49.

¹⁶⁸ SILVA, Felipe Ventin da. *A Tutela Preventiva dos Direitos de Personalidade e a Liberdade de Informação Jornalística*. Dissertação (mestrado em Direito). Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2011, p. 128. A TUTELA PREVENTIVA DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE E A LIBERDADE DE INFORMAÇÃO JORNALÍSTICA

¹⁶⁹ ARAÚJO, op. cit., 1989.

¹⁷⁰ Ibidem, p. 95.

¹⁷¹ Ibidem, p. 95.

¹⁷² Ibidem, p. 97, nota de rodapé 88.

¹⁷³ ARAÚJO, Luiz Alberto David. *A Proteção Constitucional da Própria Imagem: pessoa física, pessoa jurídica e produto*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 31.

Assim, nos debates da Subcomissão dos Direitos Políticos e Garantias Individuais da Assembleia Nacional Constituinte, há referência à preocupação com a imagem da instituição, que poderia cair em descrédito perante a população¹⁷⁴. Aborda-se também “o direito à preservação da honra, reputação e imagem pública”, de forma que o vocábulo “imagem” é utilizado exclusivamente no sentido de “atributo”¹⁷⁵, sendo este sentido exclusivo repetido em outros momentos do debate, havendo mais referências ao termo “imagem” no sentido de “atributo” (trinta e uma vezes) do que de “retrato” (duas vezes), este só sendo utilizado para fazer referência ao atual art. 5º, XXVIII, “a”¹⁷⁶. Nota-se que o uso da palavra “imagem” para fazer referência à visão que a coletividade tem de alguém foi mais utilizado do que o termo honra¹⁷⁷. Também quando se mencionou a palavra “reputação”, à exceção dos casos que ela precedia o vocábulo “ilibada”¹⁷⁸, quase sempre havia a companhia do termo “imagem”¹⁷⁹.

Convidado pela Constituinte em abril de 1987, Cândido Mendes, ao discursar sobre os direitos humanos, também abordou o direito à imagem¹⁸⁰, sustentando que o simples direito

¹⁷⁴ BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. *Atas da Subcomissão dos Direitos Políticos e Garantias Individuais*, 1987, p. 7. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/constituente/1c%20-%20SUBCOMISS%C3%83O%20DA%20NACIONALIDADE,%20DOS%20DIREITOS%20POL%C3%8DTICOS,%20.pdf>>. Acesso em 15 mai. 2015. Assim consta em ata: “A SRA. CONSTITUINTE LÚCIA BRAGA: – Sr. Presidente, o que me preocupa com relação a essa questão, por melhor que seja o nosso propósito, é o descrédito em que possa cair o Poder Legislativo (...) *Temos também que nos preocupar com nossa imagem*” (grifou-se).

¹⁷⁵ *Ibidem*, p. 39.

¹⁷⁶ Assim, na fonte acima referida (*ibidem*), aparecem os seguintes usos com referências à imagem-atributo: p. 7 – imagem da Assembleia Constituinte; p. 39 – imagem pública do cidadão; p. 50 – imagem da pessoa; p. 53 – imagem pública; p. 55 – imagem do Papa (três menções do termo “imagem”); p. 83 – imagem do juiz (duas menções do termo “imagem”); p. 96 – imagem do país; p. 98 – imagem do país; p. 105 – imagem clássica do homem; p. 107 – imagem da mulher; p. 110 – imagem da mulher; p. 110 – imagem do pai; p. 112 – imagem da mãe; p. 147 – imagem da mulher; p. 157 – imagem pública das pessoas (duas menções do termo “imagem”); p. 164 – imagem de pessoa violenta; p. 181-182 imagem pública (duas menções ao termo “imagem”), na sugestão de texto: “honra, reputação e imagem pública”; p. 186 – imagem do direito penal; p. 200 – imagem das religiões cristãs; p. 202 – imagem das vítimas de violência contra a publicação de seus nomes; p. 205 – imagem pública, na sugestão de texto “honra, reputação e imagem pública”; p. 207 – imagem pública na sugestão de texto “honra, reputação e imagem pública”, vinculado ao direito de resposta; p. 227 – imagem de homem corruptível; p. 258 – imagem pública, na sugestão de texto “honra, reputação e imagem pública”; p. 273 – “denegrir-se a imagem de outrem com a calúnia”; p. 280 – imagem da religião. Os usos em relação à imagem-retrato: p. 207 – reprodução da imagem humana, inclusive nos eventos esportivos; p. 258 – reprodução da imagem humana, inclusive nos eventos esportivos. Usos em que não é possível saber, porque aparecem na sugestão de texto normativo, sem que a motivação tenha deixado claro qual sentido utilizado: p. 177 e 178. Uso em nenhum dos dois sentidos, funcionando como “objetos artísticos religiosos”: p. 221 – imagens religiosas; p. 115 – imagens sacras (quatro menções do termo “imagem”); p. 280 - imagens religiosas.

¹⁷⁷ No documento referido (*ibidem*), houve as seguintes referências à honra no sentido de satisfação ou deleite pessoal (ex.: “tenho a honra de falar...”): p. 1, p. 4, p. 27, p. 47 (duas menções), p. 48, p. 49, p. 60, p. 63, p. 67, p. 75, p. 77, p. 85, p. 90 (duas menções), p. 96, p. 137, p. 138, p. 141, p. 143, p. 165, p. 188. No sentido de reputação: p. 54, p. 55 (duas menções), p. 63 (três menções), p. 91, p. 118, p. 122, p. 129, p. 189, p. 203, p. 205 (três menções), p. 286.

¹⁷⁸ *Ibidem*, p. 128 e p. 129.

¹⁷⁹ *Ibidem*, p. 39, p. 53, p. 181, p. 182, p. 205, p. 207, p. 258. A exceção ficou à p. 161, onde o termo “reputação” não é acompanhado de “imagem”.

¹⁸⁰ CRUZ, Marco Aurélio Rodrigues da Cunha e. El Concepto Constitucional del Derecho a la Propia Imagen en España y en Brasil. In: *Espaço Jurídico Journal of Law*, Chapecó, v. 14, n. 2, 2013, p. 363.

de resposta não estaria à altura da violência das mídias, “que destroem uma imagem publicando o que querem, e permitem que a resposta venha numa pequena, enfermiça e pobre nota (...)”¹⁸¹. Defendeu ainda que a lesão que deveria originar o direito de resposta não seria apenas em relação à honra, como na Constituição passada, mas também aquela referente ao direito à imagem, que não necessariamente estaria relacionado à honra, conforme exemplificou¹⁸².

Assim, quando se falou de direito de resposta, ele estava sempre vinculado à ideia de proteção da reputação, da imagem-atributo, havendo sido aprovada na comissão a redação pela proteção da “imagem pública”¹⁸³. O anteprojeto da Subcomissão dos Direitos Políticos e Garantias Individuais foi encaminhado à Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher. Do que consta, nenhuma emenda apresentada continha alteração que implicasse supressão do termo “imagem pública”¹⁸⁴, mas a expressão foi suprimida, restando a proteção da “honra, dignidade e a reputação”¹⁸⁵ no substitutivo do relator¹⁸⁶, redação que foi mantida ao final no anteprojeto da mencionada comissão¹⁸⁷.

Seguindo à Comissão de Sistematização, a proteção à imagem foi elaborada em dispositivo cujo texto é o que foi aprovado e encontra-se atualmente na Constituição¹⁸⁸. No momento em que se discutiu o enunciado, à semelhança do ocorrido na Subcomissão dos Direitos Políticos e Garantias Individuais, as referências ao termo “imagem” foram no sentido de proteção do conceito que a pessoa tem frente à coletividade, e não em relação ao seu

¹⁸¹ BRASIL, op. cit., p. 50.

¹⁸² Ibidem, p. 55. Percebe-se, no entanto, que embora o jurista faça referência ao que aqui é definido como imagem-atributo, ele ainda atrela este conceito ao de imagem-retrato.

¹⁸³ São direitos e garantias individuais: (...) VI – a dignidade da pessoa humana, a preservação de sua honra, privacidade, reputação e imagem pública; é assegurado a todos o direito de resposta a ofensas ou a informações incorretas; a divulgação far-se-á nas mesmas condições do agravo sofrido, acompanhada de retratação, sem prejuízo da indenização pelos danos causados; (ibidem, p. 258) (grifou-se).

¹⁸⁴ BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. *Emendas Oferecidas à Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher*, 1987. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-65.pdf>>. Acesso em 15 mai. 2015. A única emenda que faz referência ao inciso, a 100571-5, do constituinte Manueto de Lavor, mantém a proteção à “imagem pública” (ibidem, p. 139).

¹⁸⁵ Art. 3º - São direitos e liberdade individuais invioláveis: (...) VI - A honra, a dignidade e a reputação.

¹⁸⁶ BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. *Parecer e substitutivo da Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher*, 1987, p. 4. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-66.pdf>>. Acesso em 15 mai. 2015.

¹⁸⁷ BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. *Anteprojeto da Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher*, 1987, p. 9. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-69.pdf>>. Acesso em 15 mai. 2015.

¹⁸⁸ “É assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral, ou à imagem” (BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. *Diário da Assembleia Nacional Constituinte: suplemento “C”*, 1987, p. 155. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/constituante/sistema.pdf>>. Acesso em 18 mai. 2015).

retrato¹⁸⁹. Chegou-se até a cogitar a retirada da tutela à “imagem”, tendo em vista que ela, enquanto elemento construído frente à coletividade, poderia nem sempre expressar a realidade; estabelecer sua proteção significaria a impossibilidade de modificação ou alteração de uma “imagem falsa” mesmo pela exposição da verdade¹⁹⁰.

Neste ponto, o mencionado constituinte parece não ter levado em consideração que todos os direitos estão sujeito a limitações¹⁹¹; a preservação constitucional da imagem não implica a existência de um direito absoluto, que não cederia frente a outros bens constitucionalmente tutelados¹⁹². De toda forma, a colocação foi rebatida na Assembleia, recebendo apoio dos presentes¹⁹³, pelos constituintes Egídio Ferreira Lima¹⁹⁴ e Bernardo Cabral¹⁹⁵.

O texto aprovado posteriormente pelo plenário, escrito da forma em que ele hoje se encontra, ainda foi submetido à revisão da redação pelo filólogo Celso Cunha que, talvez antevendo as possíveis divergências interpretativas, acrescentou o adjetivo “pública” ao termo “imagem” em sua sugestão de projeto¹⁹⁶. Contudo, os constituintes votaram pelo retorno ao

¹⁸⁹ Neste sentido, discursou o constituinte Mendes Ribeiro: “por outro lado, tem-se, aqui, algo de muito importante, ou seja, que o direito de resposta jamais foi proporcional ao agravo e, mais ainda, que a *deformação da imagem* de alguém tem que ter o correspondente ressarcimento. Uma coisa é a liberdade outra coisa é a licenciosidade. Basta ver que, nos tempos da ditadura, aqueles que poderiam exercer o poder jamais tiveram a *sua imagem denegrida*. Jamais! São os chamados poderes desarmados que têm a *sua imagem denegrida*. A indenização proporcional ao dano é algo que deve ser preservado! Está imelhoravelmente posto no texto constitucional! (...) É um grande avanço, porque até hoje, quando encontro aqui o ex-Deputado Juruna, fico perguntando: quem no Brasil ressarciu *os danos causados à imagem desse Deputado*? Sou pela manutenção do texto irretocável.” (ibidem, p. 155) (grifou-se). Em outro momento, o constituinte Aluísio Campos, concordando quanto ao conteúdo, mas discordando quanto às referências às “espécies” de dano: “Não é preciso qualificar o dano porque dano em geral, qualquer que seja ele, desde que cause prejuízo de qualquer natureza à pessoa, pode ser indenizável. Pode ser um dano em que a pessoa prejudicada queira reclamar a sua indenização em virtude do *prejuízo causado à sua imagem: de político, de jornalista, qualquer que seja*” (ibidem, p. 180) (grifou-se).

¹⁹⁰ Tem-se a sustentação de Marcondes Gadelha: “Ora, Sr. Presidente, a imagem das pessoas não é, necessariamente, algo verdadeiro, na medida em que pode ser falseada pelos meios de comunicação, pela apresentação. E uma imagem falsa pode induzir a coletividade a erro. Não vejo por que se tenha de preservar a imagem das pessoas com riscos de danos, sim, para a coletividade, por seguir uma imagem falsa que não pode ser modificada, alterada e contrafeita pela exposição da verdade” (ibidem, p. 181).

¹⁹¹ BERGEL, Jean-Louis. *Teoria Geral do Direito*. 2. ed. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão (trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 36.

¹⁹² DIMOULIS; MARTINS, op. cit., p. 170.

¹⁹³ O que pode ser constatado com as anotações da ocorrência de “Palmas” e “Muito bem!” ao final dos discursos.

¹⁹⁴ “Peço escusas ao nobre e brilhante Constituinte Marcondes Gadelha por dele discordar quando pretende tirar do texto a preservação da imagem que cada cidadão tem na sociedade. Não poderia ser outro o sentido deste termo senão o da imagem que valoriza, o da imagem reta, o da imagem daquele que lutou para refletir sua personalidade entre seus semelhantes. Isso também é uma inovação altamente valiosa: a defesa, a preservação dos mecanismos que tornem íntegra e intocável a imagem de cada um. Sou contra a emenda pelas razões expostas. (*Muito bem! Palmas*)” (BRASIL, op. cit., p. 181) (grifos no original).

¹⁹⁵ “Discordo e o faço com muita tristeza – do eminente Constituinte Marcondes Gadelha, mas deve ser mantido o texto, para que possa ser preservada a imagem dos homens públicos. (*Muito bem!*)” (Ibidem, p. 181) (grifos no original).

¹⁹⁶ O texto sugerido tinha a seguinte redação: “V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem *pública*.” (BRASIL. ASSEMBLEIA NACIONAL

texto original, sob a alegação de que a intenção era proteger a imagem “tanto no círculo restrito, como no amplo”, possivelmente entendendo que o vocábulo “pública” poderia transmitir a ideia de que nos âmbitos familiares ou entre amigos esta imagem não estaria protegida¹⁹⁷. Talvez os constituintes tivessem mantido o adjetivo, se soubessem que muitos doutrinadores atribuiriam apenas a ideia de “retrato” ao termo “imagem”, simplesmente ignorando o sentido que foi pensado, que é o de conceito perante a sociedade.

Portanto, além de tudo que aqui já foi exposto, a própria interpretação com base no que pretendeu o constituinte mostra que, durante todos os momentos da Assembleia, sempre que se falou em “imagem” no contexto de “dano à imagem”, “indenização” ou “direito de resposta”, a referência era à ideia aqui mencionada de como o conjunto de atitudes de uma pessoa é vista pelos demais indivíduos.

A exclusão do termo “reputação”, que figurava no mesmo dispositivo e cuja ideia já estaria abarcada pelo vocábulo “imagem”, também corrobora com este entendimento. Neste diapasão, o art. 5º, V, da CF, guarda pertinência apenas com (ou, ao menos, também abarca) a imagem-atributo, sendo ela não uma invenção doutrinária que simplesmente tornou jurídico um sentido que se tornou comum à palavra “imagem”, mas algo efetivamente pensado e positivado no momento da própria elaboração da Constituição.

Esta constatação, contudo, ao afastar a tese de que o direito à imagem não tutela a reputação do indivíduo, gera as seguintes questões: qual é o limite entre o direito à imagem-atributo e o direito à honra? Quais situações estão abarcadas por uma ou outra norma? Existe, de fato, diferença entre elas? Neste ponto, visualizam-se três soluções possíveis. A primeira é considerar que ambos os termos teriam o mesmo conteúdo – o que parece ocorrer na

CONSTITUINTE. *Proposta de Redação do Professor Celso Cunha*, 1988, p. 3. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-constituente/comissoes-e-subcomissoes/comissao-de-redacao/proposta-de-redacao-celso-cunha-parte1>. Acesso em 18 mai. 2015) (grifou-se).

¹⁹⁷ Assim está registrado em ata: “O SR CONSTITUINTE JOSÉ MARIA EYMAEL: – Restam poucos destaques, uma vez que a maioria deles já foi analisada. O primeiro, Sr. Presidente, é sobre o art. 4º, inciso V. A questão que se levanta é com relação a “imagem pública”, sobre o adjetivo “pública”, que foi adicionado a “imagem”. Solicitamos o retorno ao texto. O SR. PRESIDENTE (Ulysses Guimarães): – Retorno ao texto. Qual é o artigo? É o art. 4º, inciso V. O SR. CONSTITUINTE JOSÉ FOGAÇA: – Mas eu entendo que só o que pode ser objeto de indenização é a imagem pública. A imagem privada não pode ser objeto de indenização. O SR. CONSTITUINTE JOSÉ MARIA EYMAEL: – Necessariamente, qual é o conceito de imagem pública? É a que atinge toda a sociedade ou é a imagem que me atinge junto aos meus amigos e que não é, necessariamente, uma imagem pública? O SR. CONSTITUINTE JOSÉ FOGAÇA: – A imagem pública do cidadão. O SR. CONSTITUINTE JOSÉ MARIA EYMAEL: – Ao voltar ao texto, o que se quer proteger é a imagem, tanto no círculo restrito, como no amplo. O SR. PRESIDENTE (Ulysses Guimarães): – A proposta do autor do destaque é o retorno ao texto. Estão de acordo? (Pausa.) Aprovado (BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. *Atas da Comissão de Redação*, 1988, p. 150. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/constituente/redacao.pdf>>. Acesso em 18 mai. 2015).

jurisprudência do STF¹⁹⁸, embora, neste caso, é possível entender que o Supremo esteja mais preocupado em assegurar que determinados fatos tem proteção constitucional, mas sem ingressar na polêmica sobre o conteúdo de cada direito –, como também alguns doutrinadores sustentam ocorrer em relação à “intimidade” e “vida privada”¹⁹⁹.

A segunda, já referida anteriormente como defendida por parcela da doutrina, é considerar que o direito à honra tutela situações referentes à observância, pelo indivíduo, dos valores morais da sociedade, guardando pertinência com sua honestidade ou probidade; ao passo que o direito à imagem está mais relacionado às atividades desenvolvidas pelas pessoas, e a qualidade com que o fazem²⁰⁰. A terceira possibilidade, e é a que é adotada neste trabalho, envolve a assimilação parcial das duas soluções anteriores: considerar o direito à imagem-atributo como uma norma mais ampla, que abarca o direito à honra, sendo este uma condensação normativa daquele.

Esta ideia está calcada na premissa de que normas mais genéricas abrigam em seu conteúdo outras normas mais específicas, que delimitam de forma mais clara as possibilidades

¹⁹⁸ Assim, tem-se a referência genérica à “tutela da honra e da imagem”, por exemplo, para garantir ao indivíduo a possibilidade de julgamento de absolvição mesmo quando o fato típico já estaria prescrito, desde que o processo já estivesse pronto para decisão final (STF, Tribunal Pleno, AP 465, Rel. Min. Cármen Lúcia, julg. 24.04.2014, p. 155 do acórdão); para excluir anotação de processo disciplinar já prescrito e extinto de servidor (STF, Tribunal Pleno, MS 23.262, Rel. Min. Dias Toffoli, julg. 23.04.2014, p. 38 do acórdão); para sustentar que em razão de ofensa cometida por veículo de imprensa à honra e imagem de agente público, ainda que injusta, “subjaz à indenização uma imperiosa cláusula de modicidade” (STF, Tribunal Pleno, ADPF 130, Rel. Min. Carlos Britto, julg. 30.04.2009, ementa). Até quando, em outro julgamento, o ministro relator chegou a sustentar que o significado da ofensa à honra era uma ofensa à reputação (p. 13 do acórdão), posteriormente tratou indistintamente das normas, fazendo referência à “preservação da reputação e da imagem”, sem diferenciá-las (p. 14 do acórdão) (STF, Tribunal Pleno, AO 1390, Rel. Min. Dias Toffoli, julg. 12.05.2011). Outras menções genéricas a ambos os termos: STF, Tribunal Pleno, ARE 739.382 RE/RJ, Rel. Min. Gilmar Mendes, julg. 23.05.2013; STF, Segunda Turma, AI 722.124 AgR/SC, Rel. Min. Ellen Gracie, julg. 01.12.2009, ementa; STF, Tribunal Pleno, RE 511.961/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, julg. 17.06.2009, p. 65 e 68 do acórdão; STF, Primeira Turma, HC 84.827/TO, Rel. Min. Marco Aurélio, p. 30 do acórdão; STF, Segunda Turma, RMS 23.036/RJ, Rel. p/ Acórdão: Min. Nelson Jobim, p. 33 do acórdão; STF, Tribunal Pleno, MS 24.832 MC, Rel. Min. Cezar Peluso, julg. 18.03.2004, p. 25 do acórdão; STF, Tribunal Pleno, Rcl 2.040, Rel. Min. Néri da Silveira, julg. 21.02.2002, ementa; STF, Tribunal Pleno, MS 24.405, Rel. Min. Carlos Velloso, julg. 03.12.2003 (neste caso, houve menção na maioria dos votos unicamente ao direito à imagem: p. 13, p. 14, p. 20, p. 31, p. 34, p. 39, ficando a menção conjunta apenas à p. 38 e na ementa. Figurando apenas a menção ao direito à imagem: STF, Primeira Turma, HC 73.602/SC, Rel. Min. Sydney Sanches, julg. 26.03.1996, p. 12; STF, Primeira Turma, ARE AgR 751.724/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, julg. 10.09.2013, p. 5 do acórdão (embora, neste caso, tenha havido menção à honra nas instâncias recorridas).

¹⁹⁹ Ilustrativamente: SARLET; MARINONI; MITIDIERO, op. cit., p. 407. Em sentido contrário: SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 733. Assenta o autor que “a Constituição – como, de resto, todo o ordenamento jurídico – não possui palavras inúteis; assim, seria equivocado admitir que duas terminologias foram usadas para designar o mesmo direito individual”.

²⁰⁰ Além das referências já fornecidas anteriormente, conferir: RIBEIRO, Iara Pereira. *Direito à Imagem*: conceito jurídico pleno da própria imagem. Tese (doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 100. Assim está escrito “(...) a honra é um valor moral, enquanto a imagem é uma construção. Cada indivíduo, a seu modo, constrói uma imagem social que não está necessariamente ligada à sua honra, por exemplo, a de ser ateu, religioso, comunista, feminista, moderno, conservador, profissional, entre outras possibilidades. Essas características compõem a sua imagem e em nada se referem à honra”.

regulatórias da sobrenorma²⁰¹. Assim, por exemplo, a liberdade religiosa é uma densificação do direito à liberdade²⁰², bem como o direito ao contraditório é uma condensação do devido processo legal²⁰³ e a igualdade de gênero é elemento do direito à igualdade²⁰⁴. Neste sentido, não há, inicialmente, óbice à postulação de que o direito à honra estaria englobado pelo direito à imagem-atributo. Passa-se, assim, a justificar a rejeição às demais hipóteses.

A primeira, relativa ao mesmo conteúdo, seria um retorno à falta de autonomia ou do direito à honra ou do direito à imagem²⁰⁵. Entende-se, contudo, que ela não é adequada. Embora haja uma relação próxima entre os dois direitos²⁰⁶, de tudo que foi exposto aqui, notadamente os casos julgados pelos Tribunais Constitucionais de diversos países e os exemplos doutrinários, percebe-se que quando se aborda a imagem-atributo existem referências a situações que dificilmente poderiam ser relacionadas ao direito à honra.

Quando se menciona que o “retrato social” é tutelado pelo direito à honra, normalmente se alega a proteção relativa “à difamação”, “divulgando ofensas a sua reputação, expondo a pessoa ao desprezo das pessoas ou gerando uma aversão dos concidadãos”²⁰⁷, ou ainda que “na violação da honra, requer-se que o fato imputado que exponha o lesado ao desprezo público seja desonroso”²⁰⁸. Contudo, restou demonstrado que o direito à imagem-atributo abrange o respeito a qualquer forma de representação que o indivíduo queira assumir para si, não havendo sua violação apenas quando há a atribuição de qualidades ou fatos depreciativos – “imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação” ou “ofendendo-lhe a dignidade

²⁰¹ Sobre este fenômeno, Humberto Ávila faz referência à ideia de “sobreprincípios”, que são mais amplos que os princípios que os compõem, atuando estes como elementos de definição, ao especificar de forma mais precisa o conteúdo de outra norma (*Teoria dos Princípios*. 14. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 105).

²⁰² MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 104.

²⁰³ ÁVILA, op. cit., p. 106.

²⁰⁴ SARLET; MARINONI; MITIDIERO, op. cit., p. 550.

²⁰⁵ CAMARGO, op. cit., p. 130.

²⁰⁶ “Os conceitos de honra e imagem se aproximam na medida em que implicam um juízo de valor formulado por outrem, por um grupo de indivíduos ou à vista da sociedade” (TEIXEIRA FILHO, João de Lima. O Dano Moral no Direito do Trabalho. *Revista do MPT*, Brasília, ano VI, n. 12, 1996, p. 23).

²⁰⁷ CRUZ, Marco Aurélio Rodrigues da Cunha e. El Concepto Constitucional del Derecho a la Propia Imagen en Portugal, España y Brasil. *Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, Sevilha, vol. 11, n. 22, 2009, p. 27.

²⁰⁸ SAHM, op. cit., p. 184.

ou o decoro”²⁰⁹, para usar dos termos constantes nos textos dos crimes contra a honra do Código Penal brasileiro²¹⁰ – mas também em outras situações.

Ademais, conforme foi demonstrado, quando se menciona a honra, normalmente é em um sentido de defesa, ou seja, de que os outros não a podem violar, e não em um sentido positivo, de a pessoa desenvolver sua honra perante a comunidade, escolhendo como pretende ser vista neste aspecto. A referência a este direito torna-se ainda mais difícil de ser utilizado quando se aborda uma dimensão coletiva conforme a que será desenvolvida adiante, o que causaria prejuízo à argumentação vindoura.

Esta percepção de “defesa”, embora também exista em relação à “imagem”, não é tão marcante quando se aborda este direito, em função da flexibilidade de situações abarcadas pelo termo²¹¹. Soma-se ainda o fato de que, ao menos em relação à imagem-retrato, já é consolidada a ideia de que o indivíduo tem autonomia para exercer este direito de forma ativa, positiva, modificando e dispondo de seu retrato conforme lhe convenha, observados os limites constitucionais. Neste sentido, o que se propõe é exatamente que entendimento semelhante seja aplicado à imagem-atributo, em relação direta com o desenvolvimento de sua personalidade²¹², de forma que o titular do direito fundamental possa modificar, ampliar, conformar a sua imagem frente aos âmbitos sociais. Esta ideia pode causar certa estranheza caso seja utilizado o termo “honra”, que normalmente está associado a algo que se perde ou “recupera”, mas não que se desenvolve ou modifica.

Com isso, está justificada a recusa à primeira solução apresentada, referente ao mesmo conteúdo de “honra” e “imagem”. Inicia-se, assim, a abordagem da segunda hipótese, que sugere que os conteúdos são necessariamente distintos. Esta possibilidade tem alguns problemas. O primeiro, mais evidente, é que, conforme explanado anteriormente, em um

²⁰⁹ Interessante notar que, até mesmo nos tipos alcunhados “crimes contra a honra” pelo Código Penal, o STF faz alusão à necessidade de ter ocorrido fatos que “efetivamente representaram ofensas à sua honra e *imagem*” (STF, Primeira Turma, Pet 5.151AgR, Rel. Min. Luiz Fux, julg. 25.11.2014) (grifou-se). No mesmo sentido, menciona-se não ter havido ofensa à imagem da família do querelante, em relação aos tipos penais análogos da chamada Lei de Imprensa, posteriormente declarada inconstitucional: STF, Inq AgR 2.430, Rel. Min. Joaquim Barbosa, 01.03.2007, p. 7-8; ainda sobre os crimes “contra a honra” na Lei de Imprensa e a menção à violação à imagem: STF, Primeira Turma, RHC 82.549/PA, Rel. Min. Eros Grau, julg. 24.08.2004, p. 7 do acórdão.

²¹⁰ Assim consta: “Difamação: Art. 139 - Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação: Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa. (...) Injúria: Art. 140 - Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro: Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa”. Interessante notar, de qualquer forma, que a colocação destes tipos penais no capítulo de “crimes contra a honra” não significa, necessariamente, que o bem jurídico tutelado seja a honra. Neste sentido, não se pode afirmar que, mesmo com a Constituição de 1988, o bem jurídico tutelado pelos “Crimes contra os costumes” seria “os costumes”, e não a “dignidade sexual”, conforme alteração da Lei n. 12.015/2009.

²¹¹ A filosofia também utiliza o termo “imagem”, dentre outros significados, com o sentido mais amplo de toda “sensação ou percepção, vista por quem a recebe” (ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. 5. ed. rev. ampl. Alfredo Bosi, Ivone Castilho Benedetti (trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 537).

²¹² BENATTI, op. cit., p. 53.

sentido comum, utiliza-se também o termo imagem para fazer referência a situações em que está em discussão a honestidade ou probidade das pessoas, havendo a menção à “imagem de honesto”²¹³ ou à “imagem negativa” em razão de atos de corrupção²¹⁴. Isto, contudo, não é argumento suficiente, tendo em vista que a ciência jurídica utiliza termos em sentido técnico, que nem sempre corresponde ao uso popular²¹⁵. O ponto fundamental é que este uso já se tornou jurídico, tanto pela análise que foi feita dos debates pelos constituintes de 1988²¹⁶, quanto pelas diversas decisões do STF mencionadas, acrescentando-se ainda o posicionamento de outros tribunais pátrios, que não seguem a diferenciação sugerida²¹⁷. Ademais, esta proposição também dialoga com outros campos do conhecimento aos quais foram feitas referências anteriormente, a exemplo da filosofia, economia, psicologia, geografia, publicidade, que adotam o termo em sentidos mais amplos. Por fim, esta solução, ao aproximar o conceito jurídico ao coloquial, contribui para que o cidadão comum conheça o

²¹³ ESTADÃO. *Premiê Ganha com Imagem de Honesto*, 12.05.2015. Disponível em:

<<http://internacional.estadao.com.br/noticias/geral,premie-ganha-com-imagem-de-honesto-imp-,1165425>>.

Acesso em 21 mai. 2015.

²¹⁴ PORTAL UOL. *Funcionários Protestam Contra Imagem Negativa após Corrupção*, 12.02.2015. Disponível em: <<http://economia.uol.com.br/noticias/bbc/2015/02/12/funcionarios-da-petrobras-protestam-contra-imagem-negativa-apos-corrupcao.htm>>. Acesso em 21 mai. 2015.

²¹⁵ Dois exemplos notórios do âmbito penal são: tratar popularmente qualquer subtração de coisa alheia como “roubo”, sem diferenciar de furto, peculato, entre outros; alcunhar de “queixa” aquilo que, juridicamente, é “notícia”.

²¹⁶ A exceção foi por conta do convidado Cândido Mendes, que, de toda sorte, embora tenha sugerido diferenciação entre os dois direitos, o critério por ele mencionado era o de ser verdade ou não. Este parâmetro, contudo, não parece ser o mais acertado. Isto porque, mesmo a divulgação de fatos verdadeiros, também atinge a honra das pessoas, sendo possível, porém, que a publicação deles esteja justificada por outros interesses constitucionais (ex.: direito à informação). Ademais, a mentira também pode estar mais facilmente relacionada à imagem do que à honra: diga-se, por exemplo, que um jornal divulgue um determinado esportista amador profissionalizou-se; é difícil sustentar que esta afirmação atinge a honra da pessoa, mas certamente atinge sua imagem, tendo em vista que ela terá dificuldade em ser aceita em torneios amadores, sendo necessária a desconstrução da informação transmitida.

²¹⁷ “Imagem-atributo é o direito de personalidade titulado por pessoa física ou jurídica referente às qualidades pelas quais a pessoa é reconhecida socialmente” (STJ, AREsp 087.507, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, julg. 16.12.2011, DJe 03.02.2012; “(...) em manifesto prejuízo para as partes e em flagrante arranhão à imagem do Judiciário” (STJ, Segunda Seção, CC 22.763/SP, Rel. Min. Sálvio Figueiredo Teixeira, julg. 11.11.1998, ementa; “O síndico teve sua imagem abalada, pois passou perante os condôminos do edifício como pessoa desonesta” (TJ-SP, 8ª Câmara de Direito Privado, AP 0057217-31.2005.8.26.0000, Rel. Des. Ribeiro da Silva, julg. 09.11.2011); “aborrecimentos provocados pelo equívoco do órgão de trânsito e da imagem de pessoa desonesta vinculada à parte” (TJ-DF, 2ª Turma Cível, AP 0020837-58.2010.807.0001, Rel. Des. Carmelita Brasil, julg. 14.03.2012); “a afirmação, através de discurso, de que a vítima é pessoa desonesta (...) denegrindo a imagem de seu adversário político” (TRE-RO, RC 826213808, Rel. Des. Sidney Duarte Barbosa, julg. 26.09.2011). De forma mais ampla, procedeu-se, de 06 a 18 nov. 2015, à pesquisa de jurisprudência nos sítio eletrônico do Tribunal de Justiça da Bahia, buscando pelos termos “imagem” e “atributo”. Foram encontradas vinte e uma ocorrências, nenhuma das quais fazia distinção entre situações fáticas relativas à honra ou à imagem-atributo, havendo algumas que tratava indistintamente. O mesmo resultado foi obtido em pesquisa aos sítios eletrônicos dos tribunais de justiça do Rio Grande do Sul e de São Paulo, pelo termo “imagem-atributo”, tendo aparecido, respectivamente, onze e trezentas e vinte e sete ocorrências.

direito constitucional que rege sua vida sem precisar possuir conhecimento técnico do Direito²¹⁸.

Se os referidos direitos não têm o mesmo conteúdo, nem têm também conteúdos completamente exclusivos, a terceira possibilidade é que eles tenham conteúdo parcialmente coincidente²¹⁹. E, neste caso, diante de toda análise que foi feita acerca da referência a ambos, constata-se que violações à honra sempre podem também ser adequadamente descritas como transgressões à imagem do indivíduo, tendo em vista que o direito à imagem-atributo corresponde à visão nutrida pela coletividade em relação ao indivíduo²²⁰, em todas as perspectivas²²¹. Ou seja, o direito à imagem-atributo possui uma atuação mais ampla²²²,

²¹⁸ Neste sentido, Manoel Jorge e Silva Neto, fazendo referência à existência do princípio da coloquialidade – entendido como aquele pelo qual “as expressões inseridas na constituição devam assumir caráter coloquial” – sustenta que “não é razoável conceber a ideia de que o constituinte originário ‘obrigou’ todos, indireta e indistintamente, à matrícula em curso de Direito para viabilizar a compreensão da norma” (op. cit., p. 175). E complementa: “é certo que o fenômeno moderno das constituições analíticas impôs a previsão nos textos constitucionais de diversas expressões colhidas da dogmática jurídica (...) no entanto, o princípio da coloquialidade permanece com importância para o fim de interpretar os direitos e garantias fundamentais, já que é o conjunto normativo-constitucional que se dirige preferencialmente à tutela do cidadão” (ibidem, p. 175-176).

²¹⁹ Rodrigo Eduardo Camargo defende que, com a afirmação da existência da imagem-atributo, “parece ser evidente a intersecção entre o âmbito normativo da honra e da imagem” (op. cit., p. 135), podendo também haver intersecção (ou contenção) em relação ao “direito à identidade pessoal” (ibidem, p. 137). Esclarece-se, porém, que o autor rejeita a existência da imagem-atributo, exatamente porque ela abarcaria o direito à honra e à identidade pessoal. Sustenta-se aqui que esta constatação é, no sentido contrário, favorável ao entendimento deste trabalho, por reconhecer um sentido mais amplo à imagem-atributo. Neste diapasão: FARIAS; ROSENVALD, op. cit., p. 244. Os autores parecem reconhecer que, se existente um “direito à identidade”, este estaria abarcado pelo direito à imagem-atributo, tendo em vista que ela também abrange a “identificação social de uma pessoa”.

²²⁰ CARVALHO; DANTAS, op. cit., p. 348.

²²¹ O entendimento aqui exposto mostra-se, assim, uma evolução do pensamento do autor deste trabalho, que tem sentido diferente em: SANTOS, Igor Silveira Santana. Publicidade Abusiva e Imagem-atributo das Consumidoras: uma abordagem transindividual. In: *Proteção Constitucional à Imagem: dimensão coletiva*. Manoel Jorge e Silva Neto (org.). Salvador: Paginae, 2015, p. 49-51.

²²² Rodrigo Eduardo Camargo, em sentido contrário, sustenta que “com a amplitude indefinida ao conteúdo jurídico da imagem, dilui-se a imagem em outros atributos personalíssimos, de modo que se tem por prejudicado o tratamento autônomo e o regramento próprio que deve levar o atributo da imagem” (op. cit., p. 132). Esta afirmação, contudo, não tem lastro jurídico. É exatamente a amplitude de algumas normas que garantem a efetividade, por serem aplicáveis em diversas situações. O que deve ser observado apenas é a aplicação subsidiária da norma mais ampla; ou seja, a referência ao direito à imagem-atributo só deve ser utilizada quando determinada situação demandar proteção constitucional e não for possível respaldá-la como tutelável pela honra. É isso que, por exemplo, Virgílio Afonso da Silva, após analisar a jurisprudência do STF, sustenta acerca da dignidade da pessoa humana: “Há casos em que, *independentemente do conceito e da abrangência que se dê à dignidade humana* protegida pelo art. 1º, III, da constituição, e independentemente da situação social do país, fica razoavelmente claro que o recurso a essa garantia constitucional era desnecessário. Isso porque – e talvez essa possa ser uma *diretriz geral* –, em todos eles, vários eram os outros direitos aos quais o aplicador do direito, independentemente de uma garantia constitucional da dignidade, poderia ter recorrido” (SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 194). A utilização da dignidade da pessoa humana de forma excessiva parecer ser visualizada em: GREGÓRIO, Carlos Eduardo Rollo. A Prevalência do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana em Conflito com Regra Constitucional: um estudo de caso. *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, Brasília, n. 32-33, 2010, p. 11-34, onde a argumentação poderia ser feita em relação à função social da propriedade, ao direito ao trabalho e à moradia. Observa-se também, em relação ao Tribunal Constitucional alemão, que o entendimento ampliado do conteúdo do direito geral de personalidade possibilita a concretização

referente a todo o conjunto de ideias e conceitos de vida associados às pessoas²²³, a representação mental²²⁴, sendo o direito à honra uma densificação deste conteúdo, estando relacionado à proteção da imagem relativa à honestidade, à probidade, aos valores morais da sociedade. A honra é uma espécie de imagem²²⁵, em situação semelhante à teoria dos círculos concêntricos aplicada ao direito à vida privada²²⁶.

Percebe-se que até mesmo algumas obras, que afirmam haver a separação dos dois direitos, fornecem exemplos que apenas mostram que a interferência à imagem-atributo não necessariamente atinge a honra, mas não o contrário²²⁷. Neste sentido, embora não haja o reconhecimento expresso, estes autores corroboram com o entendimento aqui exposto, teorizado de modo a afastar estas incompatibilidades.

Esta digressão, longe de ser mero diletantismo acadêmico, serve para embasar a existência de um direito à imagem-atributo amplo, cuja violação pode ocorrer em diversas situações diferentes. Desta forma, a imagem-atributo construída pelo indivíduo, serve para, de certa forma, antecipar as percepções da sociedade acerca de seu modo de agir. Assim, de uma

constitucional em situações variadas (PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos Fundamentais*. Antônio Francisco de Sousa; Antônio Franco (trad.). São Paulo: Saraiva, 2012, p. 177).

²²³ CARVALHO, op. cit., p. 1808. O Tribunal de Justiça da Bahia, por exemplo, entende que há violação à imagem nos casos relativos à inscrição indevida em cadastro de proteção ao crédito (TJ-BA, Primeira Câmara Cível, Apelação n. 0008220-08.2010.8.05.0103, Rel. Des. Maria da Graça Osório Pimentel Leal, julg. 13.01.2014).

²²⁴ TONI, Deonir de. *Administração da Imagem de Produtos*: desenvolvendo um instrumento para a configuração da imagem de produto. Tese (doutorado em Administração). Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2005, p. 25.

²²⁵ Para ilustrar a afirmação, interessante fazer referência ao filme “O mentiroso” (O MENTIROSO. Direção: Tom Shadyac. Produção: Bryan Grazer. Roteiro: Paul Guay, Stephen Mazur. Los Angeles: Universal Studios, 1997. 86 min., color), onde um advogado renomado, que ganha diversas causas através da mentira, inclusive incentivando seus clientes e testemunhas a procederem desta forma. Assim, na ficção, o referido advogado transmite uma imagem de desonestidade, mas eficiência profissional. Ou seja, ele próprio trabalha e expõe sua imagem de quem faz tudo para ganhar a causa, embora seja uma conduta desabonadora. Se uma imagem nestas condições poderia pretender ser protegida pelo direito é outra questão, mas fica demonstrado que conformações à honra sempre implicarão modificações à imagem.

²²⁶ Assim, o direito ao segredo estaria envolto pelo direito à intimidade, que por sua vez estaria abarcado pelo direito à vida privada (FROTA, Hidemberg Alves da. A Proteção da Vida Privada, da Intimidade e do Segredo no Direito Brasileiro e Comparado. *Revista Jurídica UNIJUS*, Uberaba, v. 9, n. 11, 2006, p. 80-82). Neste sentido, embora se possa afirmar que quem viola o direito ao segredo viola a vida privada, o contrário não é verdadeiro.

²²⁷ Por exemplo, Luiz Alberto David Araújo afirma que “uma pessoa pode perfeitamente ser ressaltada em sua honra, tendo a sua imagem abalada”, mas, em nota de rodapé, ao ilustrar seu ponto de vista com situação hipotética de uma notícia inverídica sobre um boxer se dedicar ao tricô, conclui que “Tal fato só reforçaria sua habilidade manual, em nada alterando sua honra. No entanto, sua imagem de ‘matador’ foi abalada” (*A Proteção Constitucional da Própria Imagem*. Dissertação (mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 1989, p. 97). Em outro trabalho, Henrique Vergueiro Loureiro menciona três situações nas quais a imagem-atributo é atingida sem que se atinja a honra (op. cit., p. 105), contudo, ao abordar a situação contrária, apenas menciona que “Bem verdade é que a lesão à honra objetiva pode vir acompanhada do dano à imagem-atributo. Isso ocorrerá quando o comportamento danoso violar atributos efetivamente positivos, ligados à lei, à moral e aos bons costumes, segundo o padrão socialmente estabelecido. A falsa imputação de fato descrito como crime, por exemplo, violará a honra – incorrendo também o ofensor, em tese, na prática do crime de calúnia – e a imagem-atributo, esta se o ofendido tiver semeado uma ‘imagem’ de sujeito correto e cumpridor da lei (ibidem, p. 106).

pessoa que seja notabilizada pela filantropia – tendo, portanto, sua imagem-atributo identificada com a assistência aos desamparados²²⁸ – é esperado que ela aja sempre de forma a ajudar o próximo. Esta atitude se torna o seu padrão, seu *standard*, o comportamento pelo qual ela própria e as demais pessoas a identificam. Esta noção é de fundamental importância para a argumentação que será desenvolvida.

O direito à imagem-atributo corresponderia, assim, à tutela de todos os conceitos²²⁹, julgamentos, percepções, que as pessoas possuem perante os âmbitos sociais com os quais interagem. Estabelecida esta premissa fundamental²³⁰, aborda-se a possibilidade da existência de imagens coletivas a serem tuteladas pelo referido direito fundamental.

2.4. O DIREITO À IMAGEM-ATRIBUTO DE COLETIVIDADES

Em uma análise histórica, a tutela positivada dos direitos humanos, densificada no contexto da Revolução Francesa, estava intimamente ligada à ideia de indivíduo, não sendo possível visualizar a titularidade dos direitos para grupos sociais²³¹. Em meados do século XIX, a família passa a ganhar certo amparo, porém é só no final daquele século que outros grupos têm seus direitos reconhecidos, sendo exemplos os partidos políticos e os sindicatos, malgrado ainda sob a visão tradicional do liberalismo individualista²³².

Posteriormente, esta noção é ampliada, vindo a titularidade transindividual de direitos adquirir grande relevância com os chamados direitos de “terceira dimensão”, que “trazem como nota distintiva o fato de se desprenderem, em princípio, da figura do homem-indivíduo como seu titular, destiando-se à proteção de grupos humanos (povo, nação)”²³³, havendo conexão com o ideal de solidariedade²³⁴.

Sobre o tema, Dimoulis e Martins sustentam haver duas categorias de titularidade coletiva dos direitos fundamentais: uma abarca os “direitos coletivos tradicionais”, a exemplo

²²⁸ SILVA NETO, op. cit., p. 742.

²²⁹ Talvez, assim, um termo mais adequado que “imagem-atributo” seria “imagem-conceito”, entendendo-se aqui que isto facilitaria a compreensão inicial acerca da diferença entre os sentidos de “imagem” (confrontada com “retrato”). Contudo, em face da expressão já difundida pela doutrina, não se adotará a sugestão realizada.

²³⁰ Contudo, mesmo que se entendesse pela não existência de um “direito à imagem-atributo”, e desde que reconhecido o fato de que existem outras normas de direitos fundamentais que tutelam as relações aqui descritas, não haveria prejuízo lógico à argumentação que se seguirá (embora seja possível visualizar algum prejuízo retórico, pela estranheza que poderia causar a alegação de que as situações abordadas estariam tuteladas, por exemplo, por um direito à honra).

²³¹ RIVERO; MOUTOUH, op. cit., p. 106.

²³² Ibidem, p. 106.

²³³ SARLET; MARINONI; MITIDIERO, op. cit., p. 276.

²³⁴ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. Las Generaciones de Derechos Humanos. *Revista Direitos Emergentes na Sociedade Global*, Santa Maria, v. 2, n. 1, 2013, p. 177.

do direito de reunião, de associação ou de criação de um partido político, que são direitos titularizados individualmente, embora sua expressão seja coletiva, pressupondo uma pluralidade de pessoas²³⁵. A outra categoria faz referência aos direitos de natureza coletiva, cuja teorização e desenvolvimento ocorreram principalmente após a Segunda Guerra Mundial, a exemplo do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e de alguns direitos dos consumidores, e que se distinguem à medida que a própria titularidade do direito é coletiva²³⁶.

Passa-se, assim, a serem feitas menções a direitos transindividuais²³⁷, que são aqueles que se referem a interesses que “superam núcleos individuais”²³⁸, que são “transcendentes à órbita individual do sujeito de direito”²³⁹. Estes interesses adquirem cada vez mais relevância nos ordenamentos jurídicos²⁴⁰, especialmente em virtude da noção de que as diversas formações sociais “são contextos necessários para o desenvolvimento da pessoa”²⁴¹.

O interesse transindividual é aquele que se refere a uma coletividade por sua própria natureza, não gozando de tal qualificação pelo mero fato de pertencer a mais de um indivíduo²⁴², mas por atingir diversas pessoas de forma homogênea. Desta forma, uma decisão que afete interesses transindividuais não será percebida apenas por um indivíduo, sendo seus efeitos extensíveis à toda coletividade ou, ao menos, a determinado grupo²⁴³.

A Constituição Federal prevê o direito à imagem no capítulo “Dos direitos e deveres individuais e coletivos”. Neste sentido, os direitos que, inicialmente tidos como individuais, possam ser exercidos em uma dimensão transindividual, também são tuteláveis em sua expressão coletiva. Isto porque, embora o direito à imagem, cuja trajetória remonta ao século XIX, tenha surgido como um direito individual, é certo que, com a evolução da teoria dos

²³⁵ DIMOULIS; MARTINS, op. cit., p. 56.

²³⁶ Ibidem, p. 56.

²³⁷ Também chamados de “metaindividuais”, “supraindividuais” ou “sobreindividuais” (SANTOS, Ronaldo Lima dos. *Evolução Dogmática da Tutela dos Interesses Individuais Homogêneos na Justiça do Trabalho: da substituição processual à sentença genérica*. *Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Estado do Paraná*, Curitiba, n. 4, 2013, p. 84.

²³⁸ OLIVEIRA, James Eduardo. *Código de Defesa do Consumidor: anotado e comentado: doutrina e jurisprudência*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 461.

²³⁹ SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Proteção Constitucional dos Interesses Trabalhistas: difusos, coletivos e individuais homogêneos*. São Paulo: LTr: 2001, p. 29.

²⁴⁰ Hans Kelsen, em obra publicada pela primeira vez na década de 1930, já mencionava – embora com pouco destaque – a existência de condutas de caráter coletivo reguladas pelo ordenamento, ou seja, obrigações dos indivíduos em face de toda a comunidade jurídica, e não apenas de outro indivíduo ou grupo (*Teoria Pura do Direito*. João Baptista Machado (trad.). 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 35).

²⁴¹ RIVERO; MOUTOUH, op. cit., p. 107.

²⁴² Ricardo Luis Lorenzetti, neste sentido, pontua que “(...) todos os fenômenos de cotitularidade como os de condomínio pertencem a muitas pessoas, mas são passíveis de divisão em partes individuais” (*Teoria da Decisão Judicial: fundamentos de direito*. 2. ed. rev. Bruno Miragem (trad.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 272).

²⁴³ MARINONI, Luiz Guilherme. Da Teoria da Relação Jurídica Processual ao Processo Civil do Estado Constitucional. In: *A Constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Cláudio Pereira de Souza Neto; Daniel Sarmento (coord.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 520.

direitos fundamentais, as possibilidades de atuação desses direitos vão sendo acumuladas, somando-se às já existentes²⁴⁴. Quando, portanto, a ciência jurídica começa a reconhecer o fenômeno da titularidade coletiva de direitos, essa qualidade não deve ser aplicada apenas aos novos direitos que surjam neste contexto, mas a todos já existentes, desde que compatíveis²⁴⁵. É uma marca da ciência jurídica atual, além do surgimento de novos direitos, o reconhecimento da profunda modificação de diversos institutos jurídicos já existentes, havendo uma preocupação em relação à tutela dos interesses coletivos²⁴⁶.

Neste trabalho já foi feita referência à existência de tutela à imagem-atributo de algumas instituições, empresas, países. Dentro desta ótica, no rumoroso caso “Glória Trevi”, julgado em 2002, o STF decidiu que seria possível a coleta de DNA de recém-nascido, através da placenta, de forma a afastar a paternidade de polícias federais que haviam sido acusados de estupro coletivo que teria resultado na gravidez. Dentre outros fundamentos, além da proteção “à honra e à imagem” de cada um dos policiais federais acusados (aqueles que custodiavam a reclamante), haveria também o direito à imagem da própria instituição “Polícia Federal” e do Brasil no exterior, aptos a limitar o direito à intimidade da reclamante²⁴⁷. De forma semelhante, o STF decidiu pela competência da Justiça Militar para julgar delito de concussão de servidor municipal que agia na qualidade de Secretário de Junta de Serviço Militar tomando como fundamento a violação à imagem da Administração Militar perante a opinião pública²⁴⁸.

Estes exemplos, somados aos já referidos de empresas e países, contudo, não representam a mesma situação que será desenvolvida adiante. Os julgados mencionados abordam o direito à imagem-atributo de entidades que são compostas por uma pluralidade de pessoas, mas que, no entanto, apresentam-se destacadamente, tendo em vários casos personalidades jurídicas próprias, atuando em seus próprios nomes (ou dos órgãos aos quais pertençam).

²⁴⁴ “Cumpro reconhecer que alguns dos clássicos direitos fundamentais da primeira dimensão (assim como alguns da segunda) estão, na verdade, sendo revitalizados e até mesmo ganhando em importância e atualidade, de modo especial em face das novas formas de agressão aos valores tradicionais e consensualmente incorporados ao patrimônio jurídico da humanidade (...) esta evolução se processa habitualmente não tanto por meio da posituação destes “novos” direitos fundamentais no texto das Constituições, mas principalmente em nível de uma transmutação hermenêutica e da criação jurisprudencial, no sentido do reconhecimento de novos conteúdos e funções de alguns direitos já tradicionais” (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, op. cit., p. 53).

²⁴⁵ MARMELSTEIN, op. cit., p. 54-56. O autor aponta diversos exemplos de direitos concebidos no contexto liberal dos séculos XVIII e XIX, mas que progressivamente foram tendo seus conteúdos alterados, dialogando com os novos direitos e novas funções reconhecidas.

²⁴⁶ BERGEL, op. cit., p. 37.

²⁴⁷ STF, Tribunal Pleno, Rcl 2.040, Rel. Min. Néri da Silveira, julg. 21.02.2002, ementa e p. 90.

²⁴⁸ STF, Primeira Turma, HC 73.602/SC, Rel. Min. Sydney Sanches, julg. 26.03.1996, ementa.

Seguramente não formam o mesmo caso que será desenvolvido neste trabalho, qual seja, o de proteção à imagem-atributo dos homens e das mulheres. Nesta situação, não existe uma entidade sob a qual estas pessoas estão abrigadas, uma instituição que abarque esta coletividade²⁴⁹. Existe apenas a característica comum de ser homem ou mulher. O fato de este caso ser diferente dos já apresentados, não havendo um ente que as congloba, contudo, não impede a possibilidade de afirmar a existência de uma imagem-atributo da coletividade feminina ou masculina, igualmente tutelada constitucionalmente²⁵⁰, tanto no ordenamento brasileiro quanto de outros países.

Na Alemanha, por exemplo, em 1958, o Tribunal Constitucional julgou o famoso caso “Lüth”, relativo ao fato de que um cidadão alemão (Erich Lüth), teria conclamado a comunidade a boicotar um filme lançado por Veit Harlan, que havia sido responsável pelo incitamento à violência praticada contra o povo judeu, através de seus filmes, durante o período da Segunda Guerra Mundial²⁵¹. Harlan ajuizou uma ação cominatória contra Lüth, à qual, tendo sido julgada procedente pela instância inferior, foi interposta Reclamação Constitucional²⁵².

O Tribunal julgou procedente a Reclamação, não com base apenas no direito à livre manifestação do pensamento, mas também constatando que sua expressão não se deu por “motivos indignos ou egoísticos”, e sim porque a manifestação de Lüth visava à proteção da imagem do povo alemão, tendo em vista que “nada comprometeu mais a imagem alemã do que a perseguição maldosa dos judeus pelo nacional-socialismo”²⁵³. Assim, um dos fundamentos pelo qual os julgadores entenderam lícita a atitude de Lüth foi o fato de suas atitudes estarem constitucionalmente justificadas pela proteção à imagem da coletividade que abarca cada cidadão alemão e não ao país “Alemanha”.

²⁴⁹ Este sentido é apreendido em: CASTRO, op. cit., p. 23, ao sustentar que “a imagem-atributo engloba, além do indivíduo, a pessoa coletiva”.

²⁵⁰ Neste sentido, fazendo referência a qualquer coletividade: FERRÃO, Brisa Lopes de Mello. *A Dimensão Coletiva do Direito Individual à Imagem de Indivíduos Pertencentes a Grupos Sociais Vulneráveis ou o Direito à Imagem de Menores*. Tese (doutorado em Direito). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 23.

²⁵¹ SCHWABE, Jürgen; MARTINS, Leonardo (org.). *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão*. Beatriz Hennig et al. (trad.). Montevidéu: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005, p. 381.

²⁵² Ibidem, p. 381.

²⁵³ Ibidem, p. 394. O trecho destacado é precedido por “As expressões do reclamante precisam ser observadas no contexto de suas intenções políticas gerais e de política cultural. Ele agiu em função da preocupação de que o retorno de Harlan pudesse ser interpretado – sobretudo no exterior – como se na vida cultural alemã nada tivesse mudado desde o tempo nacional-socialista (...) estas preocupações correspondiam a uma questão muito substancial para o povo alemão; em suma: a questão de sua postura moral e sua *imagem* no mundo naquela época” (ALEMANHA. Tribunal Constitucional Federal. *BVerfGE 7, 198 (Lüth)*, 1958. Disponível em: <<http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv007198.html#Rn036>>. Acesso em 22 mai. 2015 (grifou-se).

No Brasil, o julgamento pelo STF do também rumoroso caso “Ellwanger”, em 2003²⁵⁴, abarcou semelhantemente a proteção à imagem-atributo de uma coletividade (os judeus), malgrado não tenha havido referência expressa a esta norma constitucional²⁵⁵. No caso, Siegfried Ellwanger escreveu, editou e publicou alguns livros que “tinham como ponto em comum uma visão negativa acerca do povo judeu”²⁵⁶ – portanto, atingia a imagem-atributo desta coletividade.

As coletividades possuem, assim, uma imagem pela qual são vistas pelos demais, igualmente tutelada constitucionalmente. É possível, por exemplo, fazer menção à imagem da classe advocatícia ou da magistratura²⁵⁷. Ou, à imagem da pessoa-residente²⁵⁸. Ou, ainda, como será examinado de modo aprofundado, à “imagem da mulher na sociedade”²⁵⁹, ou à imagem do homem. Esta imagem da coletividade é dependente também da imagem de cada um dos indivíduos que a constituem, de forma que as perspectivas individuais influenciam a coletiva²⁶⁰, ocorrendo o mesmo em sentido contrário: principalmente em decorrência da estigmatização de grupos, do desenvolvimento de estereótipos, muitas vezes a visão que se tem do grupo prevalece sobre as características individuais²⁶¹. Estas duas situações podem, inclusive, acarretar conflitos no seio da própria coletividade²⁶². Este tema, contudo, será melhor analisado no quinta capítulo.

A exposição desenvolvida neste capítulo serviu para demonstrar que, desde que começou a ser previsto juridicamente, o direito à imagem teve seu conteúdo expandido, passando a abarcar também o que a doutrina convencionou chamar de “imagem-atributo”. Esta tutela à imagem-atributo, para além de proteger indivíduos, serve também à salvaguarda

²⁵⁴ STF, Tribunal Pleno, HC 82.424/RS, Rel. Min. Maurício Corrêa, julg. 17.09.2003.

²⁵⁵ STF, Tribunal Pleno, HC 82.424/RS, Rel. Min. Maurício Corrêa, julg. 17.09.2003, p. 133-134 e 284 do acórdão.

²⁵⁶ MARMELSTEIN, op. cit., p. 421.

²⁵⁷ PAPROTTA, Geedo. Anwähle und ihr Ansehen. In: *Mittelbyerische*, 15 fev. 2014. Disponível em: <[http://www.mittelbyerische.de/region/neu markt/anwaelte-und-ihr-ansehen-21101-art1018942.html](http://www.mittelbyerische.de/region/neu%20markt/anwaelte-und-ihr-ansehen-21101-art1018942.html)>. Acesso em 29 abr. 2015.

²⁵⁸ SILVA NETO, Manoel Jorge e. A Proteção Constitucional à Honra e à Imagem da Pessoa-residente: a discriminação de origem como ofensa aos direitos individuais. In: *Proteção Constitucional à Imagem: dimensão coletiva*. Manoel Jorge e Silva Neto (org.). Salvador: Paginae, 2015, p. 83-102. Segundo o autor, “pode-se dizer que a pessoa-residente é ente coletivo despersonalizado que possui vinculações de ordem antropológica, social, cultural e jurídica com a cidade ou estado-membro” (ibidem, p. 91-92).

²⁵⁹ MOURA, Renata Bellé de. *A Igualdade Jurídica e a Desigualdade Fática nas Relações de Trabalho Entre os Gêneros*. Monografia (graduação em Direito). Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2013, p. 36.

²⁶⁰ ARCOVERDE, Letícia. Corrupção de Executivos Piora Imagem de Todos na Empresa, Diz Estudo. In: *Valor Econômico*, 31.03.2015. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/carreira/3985378/corruptao-de-executivo-piora-imagem-de-todos-na-empresa-diz-estudo>>. Acesso em 21 mai. 2015. A notícia faz referência ao artigo: SAWAOKA, Takuya; MONIN, Benoît. Moral Suspicion Trickle Down. In: *Social Psychological and Personality Science*, v. 6, n. 3, 2015, p. 334-342.

²⁶¹ FERRÃO, op. cit., p. 25-26.

²⁶² DIMOULIS; MARTINS, op. cit., p. 57.

de coletividades, enquanto titulares deste direito fundamental – não apenas em função de defesa, mas de exercer positivamente este direito, definindo a imagem do grupo no meio social.

3. O DIREITO À IGUALDADE DE GÊNERO

*“Every girl an’ boy needs a little joy”
(Joan Jett)*

No capítulo anterior foi demonstrado que as coletividades têm direito à tutela de suas imagens-atributo, isto é, do conceito que é formado sobre estes grupos perante os demais indivíduos e eles próprios. Neste capítulo será desenvolvida a possibilidade da violação conjunta à imagem-atributo de uma coletividade e à isonomia, mais especificamente, o desrespeito à igualdade de gênero mediante o atentado à imagem da coletividade feminina ou masculina. Para atingir este objetivo, contudo, é preciso antes examinar o desenvolvimento do direito à igualdade, investigando o seu conteúdo, de forma a determinar se e em quais situações tais violações ocorreriam.

O direito à igualdade é uma das normas mais importantes de qualquer ordenamento jurídico²⁶³, sendo um princípio que estrutura o regime geral dos demais direitos fundamentais²⁶⁴, estando intrinsecamente relacionado à ideia de justiça²⁶⁵. Ele garante não somente a isonomia entre todas as pessoas²⁶⁶, mas também que todos os seres humanos sejam juridicamente definidos como pessoas²⁶⁷, servindo, nesta medida, como forma de concretização da dignidade da pessoa humana²⁶⁸ – norma que se constitui como referência central do sistema de direitos fundamentais²⁶⁹.

A noção que atualmente existe acerca deste direito, contudo, não foi sempre a mesma, havendo épocas em que seu conteúdo era reduzido, comparando-se com a contemporaneidade. Analisa-se, assim, este desenvolvimento substancial, imprescindível para

²⁶³ CUNHA JR., Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. rev. ampl. atual. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 665.

²⁶⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 426.

²⁶⁵ *Ibidem*, p. 245.

²⁶⁶ “O significado da igualdade é especificado pelos princípios da justiça, que exigem que direitos básicos iguais sejam atribuídos a todas as pessoas” (RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. Almiro Pisetta, Lenita M. R. Esteves (trad.). São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 561).

²⁶⁷ MIRANDA, Pontes. *Tratado de Direito Privado*. Vilson Rodrigues Alves (atual.). Campinas: Bookseller, 2000, v. 7, p. 93.

²⁶⁸ TOCQUEVILLE, Alexis. *A Democracia na América: leis e costumes de certas leis e certos costumes que foram naturalmente sugeridos aos americanos por seu estado social democrático*. 2. ed. Eduardo Brandão (trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 31. O autor afirma que os homens que são sufocados por serem pobres, “não descobrindo nenhum ponto pelo qual possam reconquistar a igualdade, perdem toda esperança em si mesmos e deixam-se cair abaixo da dignidade humana”.

²⁶⁹ Díez-PICAZO, Luís María. *Sistema de Derechos Fundamentales*. 3. ed. Pamplona: Thomson Civitas, 2008, p. 70; SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 91-92.

o entendimento acerca do presente significado do direito à igualdade, e que servirá como premissa da argumentação desenvolvida.

3.1 DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO DO DIREITO À IGUALDADE

A ideia de igualdade remonta às mais antigas civilizações humanas²⁷⁰, havendo na maioria dos estudos atuais sobre o tema a referência ao entendimento aristotélico²⁷¹ de que seu conteúdo consiste em não desigualar os iguais nem igualar os desiguais²⁷², não se devendo considerar pessoas que são iguais em um aspecto como absolutamente iguais, nem tratar indivíduos que são desiguais em um aspecto como desiguais para todos os outros²⁷³. Contudo, a igualdade será analisada aqui essencialmente a partir de seu desenvolvimento no contexto do constitucionalismo²⁷⁴, de forma a aprofundar o exame das situações que vieram a compor o atual conteúdo deste direito – embora haja aqui o reconhecimento de que a noção aristotélica resume bem o seu comando normativo.

O nascimento do constitucionalismo²⁷⁵ está relacionado ao Iluminismo, que propiciou o desenvolvimento do pensamento jusnaturalista racional, o qual propunha a existência de uma ordem de direitos preexistentes ao Estado²⁷⁶, bem como às doutrinas contratualistas, que entendiam o soberano como alguém obrigado a prestar contas aos cidadãos, tendo em vista que ele seria apenas um depositário de um poder consensualmente delegado pelo povo²⁷⁷.

A estes entendimentos soma-se ainda o ideal liberalista, “consistente na limitação ao exercício do poder político e à consagração de direitos fundamentais, até então restritos às

²⁷⁰ SUPPIOT, Alain. *Homo Juridicus*: ensaio sobre a função antropológica do direito. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão (trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 13-14.

²⁷¹ Conforme constata: OLIVEIRA, Luciana Estevan Cruz de. Os Princípios da Igualdade e da Não Discriminação Diante da Autonomia Privada: o problema das ações afirmativas. *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, Brasília, n. 37, 2012, p. 143.

²⁷² ARISTOTLE. *Politics*. Benjamin Jowett (trad.). Kitchener: Batoche, 1999, p. 157.

²⁷³ *Ibidem*, p. 63.

²⁷⁴ “A noção de igualdade, como categoria jurídica de primeira grandeza, teve sua emergência como princípio jurídico incontornável nos documentos constitucionais promulgados imediatamente após as revoluções do final do século XVIII” (GOMES, Joaquim B. Barbosa. A Recepção do Instituto da Ação Afirmativa pelo Direito Constitucional Brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 151, 2001, p. 130). Uma abordagem histórica mais abrangente do referido princípio pode ser visto em: OLIVEIRA, op. cit., p. 143-147.

²⁷⁵ Embora não se possa falar em “um” constitucionalismo, já que o seu desenvolvimento contou com alguns traços diferentes nos diversos países – notadamente na Inglaterra (PALOMBELLA, Gianluigi. *Filosofia do Direito*. Ivone C. Benedetti (trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 38-40, 44) – é possível estabelecer uma base razoavelmente comum para todos eles.

²⁷⁶ DANTAS, Miguel Calmon. *Constitucionalismo Dirigente e Pós-Modernidade*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 48.

²⁷⁷ LOSANO, Mario G. *Os Grandes Sistemas Jurídicos*. Marcela Varejão (trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 76.

liberdades e a alguns direitos políticos, conferidos a parcela do povo”²⁷⁸. Aponta Miguel Calmon Dantas que “o constitucionalismo moderno é expressão de simbiose de concepções filosóficas, políticas, econômicas e jurídicas que se erigiram contra o exercício arbitrário do poder político pelo Estado absolutista e em prol da liberdade individual”²⁷⁹.

Neste contexto, a igualdade figurava como princípio motriz da cultura jurídica e política²⁸⁰, sendo, juntamente com a liberdade²⁸¹, “parte integrante da tradição constitucional inaugurada com as primeiras declarações de direitos”²⁸². Com efeito, “quaisquer declarações de direitos que fossem proclamadas no período” trariam, ainda que com menor concretude, o direito à igualdade²⁸³. O direito à igualdade nesta época, entretanto, não tinha o mesmo significado do que tem hoje. Atualmente é possível apontar diversos conteúdos principais do direito à igualdade, os quais aparecerem em diferentes momentos e contextos históricos e foram se somando – embora se reconheça que, mesmo hoje, nenhuma dessas noções está devidamente implementada.

É sabido que, tradicionalmente, a doutrina tem feito referência à diferença entre a igualdade perante a lei e a igualdade na lei, ou ainda entre igualdade formal e igualdade material²⁸⁴. Entende-se, contudo, que somente esta divisão por vezes dificulta o conhecimento acerca do direito em questão, por deixar de mencionar alguns de seus elementos mais relevantes, em parte por ter como referência principal o Estado. Há quem, tentando explicitar melhor o conteúdo deste direito, mencione a existência de três significados²⁸⁵. Essa concepção, porém, além de aparentemente também incorrer nas duas objeções feitas anteriormente, traz ainda divergências quanto à questão de se determinado conteúdo estaria contido na igualdade “formal” ou na “material”, se seria igualdade “perante a lei” ou “na

²⁷⁸ DANTAS, op. cit., p. 74.

²⁷⁹ Ibidem p. 45.

²⁸⁰ SUPIOT, op. cit., p. 17.

²⁸¹ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O Contrato Social*. 3. ed. Antonio de Pádua Danesi (trad.). São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 62.

²⁸² SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 538.

²⁸³ DANTAS, op. cit., p. 83.

²⁸⁴ Por exemplo: GOMES, op. cit., p. 131; FAVORETTI, Jaciely. A Igualdade para Todos. *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, Brasília, n. 39, 2012, p. 288; ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Ação Afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 131, 1996, p. 286; OLIVEIRA, op. cit., p. 151; ROTHENBURG, Walter Claudius. Igualdade Material e Discriminação Positiva: o princípio da isonomia. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, v. 13, n. 2, 2008, p. 80-81.

²⁸⁵ Conforme assenta Ingo Wolfgang Sarlet: “é possível (...) identificar três fases que representam a mudança quanto ao entendimento sobre o princípio da igualdade: quais sejam: (a) igualdade compreendida como igualdade de todos perante a lei, onde a igualdade também implica a afirmação da prevalência da lei; (b) a igualdade compreendida como proibição de discriminação de qualquer natureza; (c) a igualdade como igualdade da própria lei, portanto, uma igualdade ‘na’ lei” (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, op. cit., p. 541).

lei”²⁸⁶, possibilitando confusão conceitual – não porque algum autor esteja necessariamente errado, mas porque um uso em comum das palavras é necessário para a argumentação, de forma a evitar mal entendidos²⁸⁷. Há, ainda, outras definições quanto aos conteúdos do que seria igualdade “formal” e “material” que divergem das anteriores, a exemplo da de Pérez Luño²⁸⁸ ou de Walter Claudius Rothenburg²⁸⁹, sendo um indicativo de que outras expressões poderiam indicar com mais precisão o conteúdo.

Robert Alexy afirma, em relação à estrutura dos direitos, que, basicamente, um direito pode conferir ao seu titular o poder de exigir ou uma prestação (ação positiva) ou uma abstenção (ação negativa) – pode, portanto, atuar como limite ou como exigência de condutas – sendo ainda possível que tais condutas sejam fáticas ou normativas²⁹⁰. Esta não é, entretanto, a única ótica sob a qual é possível analisar a atuação dos direitos²⁹¹. Para manter o diálogo com as concepções doutrinárias que já existem sobre a igualdade – a ideia de igualdade perante a lei (na aplicação da lei) e igualdade na lei (na elaboração da lei) –, a análise que será feita adiante adotará tipologia mais próxima deste entendimento doutrinário vigente²⁹², mas serão feitas referências às ideias de prestação e abstenção fáticas e normativas.

²⁸⁶ Assim, por exemplo, Dirley da Cunha Jr. sustenta que a “igualdade formal” abrange tanto a “igualdade na lei” quanto a “igualdade perante a lei”, cada um com significado diferente, sendo ainda possível falar na “igualdade material” (*Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. rev. ampl. atual. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 665-666, 669); ao passo que Ingo Wolfgang Sarlet entende que a “igualdade formal” corresponde à “igualdade perante a lei”, vindo a “igualdade material” a ser sinônimo de “igualdade na lei” e abarcar dois conteúdos: o de “proibição de tratamento arbitrário” e o de “dever de compensação das desigualdades sociais” (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, op. cit., p. 542-543). Uma obra de Friedrich Engels traduzida para o inglês (*The Origin of the Family, Private Property and the State*. Chippendale: Resistance Books, 2004, p. 80) utiliza o termo “*equal before the law*” (que seria traduzível como “igualdade perante a lei”) em um sentido que corresponderia à “igualdade na lei” ou à “igualdade material” das definições dos mencionados autores brasileiros, o que mostra que a confusão conceitual em relação aos termos também se dá em relação à língua estrangeira, sendo mais um indício de que se faz necessário a utilização de outras expressões. Fornecendo ainda outro sentido para as “igualdades materiais”: PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. 2. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 57.

²⁸⁷ ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. 3. ed. Zilda Hutchinson Schild Silva (trad.); Cláudia Toledo (rev. técnica e apresentação). Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 146.

²⁸⁸ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Dimensiones de la Igualdad*. 2. ed. Dykinson: Madri, 2007, p. 24-35.

²⁸⁹ ROTHENBURG, Walter Claudius. Igualdade Material e Discriminação Positiva: o princípio da isonomia. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, v. 13, n. 2, 2008, p. 88.

²⁹⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. Virgílio Afonso da Silva (trad.). São Paulo: Malheiros, 2011, p. 193-236), nota de rodapé n. 47.

²⁹¹ Também seria possível examinar a prestação e a abstenção sob a ótica do que é geral ou individual, ou do que é abstrato ou concreto etc. O exame de parte desses critérios pode ser encontrado em: ALEXY, op. cit., p. 429-432.

²⁹² Será feita aproximação maior com os termos utilizados por Canotilho, quais sejam, “igualdade na aplicação do direito” e “igualdade quanto à criação do direito” (op. cit., p. 426).

Por fim, para facilitar a referência a cada um destes “conteúdos” da igualdade, será utilizada a denominação “subprincípio”²⁹³.

3.1.1 Subprincípio da igualdade na aplicação da norma (mesmo regime jurídico para os definidos como iguais pelo direito)

A ideia de um mesmo regime jurídico para todos os indivíduos, desde que a lei os estabelecesse como iguais, ganhou volume no século XVIII. Na obra “O contrato social”, de 1762, Rousseau afirmava que a lei deveria considerar não um indivíduo, mas uma coletividade; bem como ser abstrata, não podendo fazer referência a uma ação ou objeto em particular²⁹⁴. Assim, para o autor, “a lei pode perfeitamente estatuir que haverá privilégios, mas não pode concedê-los nomeadamente a ninguém. Pode criar diversas classes de cidadãos, e até especificar as qualidades que darão direito a essas classes, porém não pode nomear os que nela serão admitidos”²⁹⁵. A generalidade e abstração configuravam uma das formas de concretizar a almejada igualdade, fugindo-se às medidas contingentes²⁹⁶.

Buscava-se, também, em alguma medida, atingir a aplicação uniforme da lei, baseando-se no entendimento de Montesquieu, dominante à época, de que o órgão julgador seria mero exegeta²⁹⁷ – devendo seguir a letra da lei²⁹⁸ e apenas ser a boca que pronunciaria as palavras dela²⁹⁹ – o direito à igualdade estaria, assim, direcionado primordialmente ao aplicador da legislação, e não ao seu elaborador, servindo como forma de extinguir o julgamento diferenciado pelo mero fato de uma das partes fazer parte da realeza, nobreza ou do clero³⁰⁰. O fato de um indivíduo ser da classe dominante não impedia que o Estado lhe cobrasse impostos ou processasse criminalmente. Locke afirmava que não era possível ao

²⁹³ A denominação é utilizada à observação de que a referência aos “subprincípios” da proporcionalidade – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito – em muito contribuiu para facilitar a apreensão “dos conteúdos” da proporcionalidade em sentido amplo.

²⁹⁴ ROUSSEAU, op. cit., p. 47.

²⁹⁵ Ibidem, p. 47.

²⁹⁶ MONCADA, Luís S. Cabral de. *Ensaio sobre a lei*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 78.

²⁹⁷ MONTESQUIEU. Barão de La Brède e de. *O espírito das leis*. 2.ed. Cristina Murachco (trad.). São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 69.

²⁹⁸ Ibidem, p. 87.

²⁹⁹ Ibidem, p. 175. Para um desenvolvimento mais amplo acerca do conceito de lei surgido da modernidade: MONCADA, op. cit., p. 66-80.

³⁰⁰ “Nessa fase, o destinatário do princípio da igualdade não era o legislador, e sim o aplicador ou executor da lei. Essa formalização do princípio da igualdade rompe com os privilégios e impõe um dever ou obrigação de igualdade” (OLIVEIRA, Luciana Estevan Cruz de. Os Princípios da Igualdade e da Não Discriminação Diante da Autonomia Privada: o problema das ações afirmativas. *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, Brasília, n. 37, 2012, p. 147). Também neste sentido: “(...) a lei continuou a ser maioritariamente concebida como uma norma impessoal aplicável a todos e fixando como que um ‘direito comum’ avesso a discriminações e privilégios e estável” (MONCADA, op. cit., p. 78).

legislativo “governar por decretos arbitrários improvisados”³⁰¹, sendo necessário “governar por meio de leis estabelecidas e promulgadas, e se abster de modificá-las em casos particulares”³⁰². Não deveria haver considerações de ordem pessoal na aplicação da lei³⁰³.

A igualdade neste momento, portanto, significava que: 1. Todos estão sob o alcance da lei, ainda que a própria lei possa estabelecer diferenciações; 2. Os indivíduos considerados iguais pela própria lei não poderiam ser diferenciados no momento de sua aplicação³⁰⁴, seja por um juiz ou por um órgão da Administração Pública³⁰⁵. Não havia, conforme referido, vedação ao estabelecimento de tratamento jurídico diferenciado pela própria lei³⁰⁶. Neste sentido, a França, no pós Revolução Francesa, embora consagrasse expressamente a igualdade, estabeleceu eleições censitárias, de acordo com a renda, ao invés de sufrágio universal, fazendo como que a maior parte da população não pudesse votar³⁰⁷. Entretanto, para uma sociedade que estava banindo os privilégios reais³⁰⁸ e nobiliárquicos³⁰⁹ até então existentes, esta concepção de igualdade já era um grande avanço.

No Brasil, “o princípio da igualdade de todos os cidadãos perante a lei” foi estabelecido com a Constituição Imperial de 1824³¹⁰, embora nem todos os seres humanos fossem tratados da mesma forma³¹¹, sendo a escravidão oficial uma condição jurídica que perduraria até 1888³¹², ainda que paulatinamente combatida durante o Império³¹³. O mencionado princípio viria a ser mantido em todas as constituições seguintes³¹⁴. No advento

³⁰¹ LOCKE, John. *Segundo Tratado Sobre o Governo Civil e Outros Escritos*: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil. 3. ed. Magda Lopes, Marisa Lobo da Costa (trad.). Petrópolis: Vozes, 2001, p. 164.

³⁰² *Ibidem*, 169.

³⁰³ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. Virgílio Afonso da Silva (trad.). São Paulo: Malheiros, 2011, p. 394.

³⁰⁴ RIVERO, Jean; MOUTOUH, Hugues. *Liberdades Públicas*. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão (trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 64; CANOTILHO, op. cit., p. 426.

³⁰⁵ CANOTILHO, op. cit., p. 426. Robert Alexy afirma que este sentido do direito à igualdade somente poderia vincular o aplicador e nunca o legislador (op. cit., p. 393-394).

³⁰⁶ SARLET; MARINONI; MITIDIERO, op. cit., p. 542.

³⁰⁷ LOSANO, op. cit., p. 82.

³⁰⁸ LYNCH, Christian Edward Cyril. Entre o Leviatã e o Beemote: soberania, constituição e excepcionalidade no debate político dos séculos XVII e XVIII. *Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 53, n. 1, 2010, p. 60-61.

³⁰⁹ *Ibidem*, p. 72. Entre os privilégios da nobreza portuguesa do século XVIII estavam a não aplicação de certas normas do direito comum, a isenção de certos impostos e encargos e a isenção de penas infames (HESPANHA, António Manuel. A Nobreza nos Tratados Jurídicos dos Séculos XVI a XVIII. *Revista Fazer e Desfazer a História*, Lisboa, n. 12, 1993, p. 30-31).

³¹⁰ LOSANO, op. cit., p. 288.

³¹¹ ROCHA, op. cit., p. 288.

³¹² PEDRO, Antônio; LIMA, Lizânias de Souza. *História da Civilização Ocidental*. São Paulo: FTD, 2004, p. 348.

³¹³ LOSANO, op. cit., p. 290.

³¹⁴ ROCHA, op. cit., p. 290.

da República, foi ventilada a ideia de “igualdade democrática”³¹⁵, embora os ideais democráticos demorassem a ser implementados³¹⁶. Este sentido de igualdade, alheio à realidade, perdurou durante o século XIX, e, em muitos países, também durante boa parte do século XX, tendo propiciado “a formação de dogmatismos e de mitos cuja superação até a atualidade se entremostra dificultosa”³¹⁷; ou seja, ainda atualmente algumas pessoas entendem que a igualdade deve prescindir da análise social.

Estas são as principais considerações acerca do subprincípio da igualdade na aplicação da norma, destacando-se que, mesmo conforme concebido, tal noção nunca foi devidamente implantada, sendo possível afirmar que ainda hoje há aplicação de regimes jurídicos distintos a indivíduos ou grupos definidos como iguais pelas normas. Ressalta-se, ainda, que com a aceitação da tese da eficácia dos direitos fundamentais entre particulares, a igualdade de tratamento jurídico aos reconhecidamente iguais também se impõe neste âmbito.

3.1.2 Subprincípios da igualdade na elaboração normativa

Retornando à análise do desenvolvimento histórico, constata-se que, após as primeiras declarações de direitos dos séculos XVIII e XIX, houve a percepção que a mera declaração de que a todos seria aplicado o mesmo regime jurídico (apenas entre aqueles que a lei considerava igual) não era suficiente para corrigir diversos tipos de injustiça, tendo ocorrido ampliação no conteúdo do direito à igualdade³¹⁸. Não bastava afirmar que “todos podem ter o direito de perseguir os mesmos prazeres, ingressar nas mesmas profissões, encontrar-se nos mesmos lugares; em uma palavra, viver do mesmo modo e perseguir riqueza pelos mesmos meios (...)”³¹⁹. Para superar esta situação, desenvolveu-se o que aqui se denomina “subprincípio da igualdade como limite à elaboração normativa” – mais adiante será feita referência ao “subprincípio da igualdade como dever à elaboração normativa”.

³¹⁵ CALMON, Pedro. *História Social do Brasil: a época republicana*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, v. 3, p. 3.

³¹⁶ Ilustrativamente, em 1893, o Marechal Floriano Peixoto, sendo contrariado pelo Congresso Nacional, decretou a sua dissolução (CALMON, op. cit., p. 25).

³¹⁷ DANTAS, Miguel Calmon. *Constitucionalismo Dirigente e Pós-Modernidade*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 94.

³¹⁸ SARLET; MARINONI; MITIDIERO, op. cit., p. 542.

³¹⁹ É assim que Alexis de Tocqueville define o que seria a igualdade no âmbito civil (*Democracy in America: historical-critical edition of de la démocratie en Amérique*. James T. Schleifer (trad.). Indianapolis: Liberty Fund, 2010, v. 3, p. 874). Traduziu-se.

3.1.2.1 Subprincípio da igualdade como limite à elaboração normativa

Conforme referido, houve a percepção de que “o princípio da igualdade, reduzido a um postulado de universalização, pouco adiantaria, já que ele permite discriminação quanto ao conteúdo”³²⁰. A igualdade na aplicação do direito não era suficiente para promover todo o significado deste princípio³²¹. Os cidadãos deveriam ser tratados de forma igual no momento da elaboração dos textos normativos³²², estabelecendo a ideia de “igual dignidade social”, funcionando como fundamento antropológico-axiológico contra discriminações³²³. O direito à igualdade passa a vincular não apenas o órgão que aplica a lei, mas também os órgãos responsáveis pela elaboração dos diplomas normativos³²⁴.

Onde era livremente franqueado ao legislador estabelecer diferenciações na lei, que era vista como resultado da vontade geral, percebeu-se que não se poderia “permitir toda e qualquer diferenciação e toda e qualquer distinção”³²⁵. Tornou-se necessário maior justificação para estabelecer tratamentos jurídicos distintos³²⁶, sendo possível fazer referência a discriminações “legítimas” e “ilegítimas”³²⁷. É possível que alguns grupos sejam tratados de forma diversa pelo ordenamento jurídico, sendo legítimas as discriminações desde que haja “correlação lógica” entre os elementos de desequiparação adotados e a desigualdade de tratamento estabelecida, tudo em conformidade com as finalidades constitucionais³²⁸.

Se as situações são coincidentes³²⁹, ou se elas, embora distintas, não possuem diferenças suficientemente relevantes em relação à norma a ser adotada, não é possível estabelecer desequiparação³³⁰. Assim, embora existam diferenças entre homens e mulheres,

³²⁰ CANOTILHO, op. cit., p. 427.

³²¹ MIRANDA, op. cit., p. 95.

³²² SARLET; MARINONI; MITIDIERO, op. cit., 542.

³²³ CANOTILHO, op. cit., p. 430.

³²⁴ MIRANDA, op. cit., p. 94.

³²⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. Virgílio Afonso da Silva (trad.). São Paulo: Malheiros, 2011, p. 397.

³²⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 16-17.

³²⁷ SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 690.

³²⁸ MELLO, op. cit., p. 21-22.

³²⁹ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Dimensiones de la Igualdad*. 2. ed. Dykinson: Madri, 2007, p. 24.

³³⁰ *Ibidem*, p. 24. Essa distinção do autor entre situações que são e que não são distintas tem mais efeito retórico, tendo em vista que, a rigor, “dois indivíduos ou duas situações nunca são iguais em todos os aspectos” (ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. Virgílio Afonso da Silva (trad.). São Paulo: Malheiros, 2011, p. 399). O autor acrescenta que os juízos de igualdade devem, desta forma, ser limitados às características relevantes à comparação, e não a todas elas, de uma forma “valorativa” (*ibidem*, p. 399-400), não podendo haver um rigor exclusivamente lógico.

não há razão para tratamento jurídico diverso entre eles no que diz respeito ao matrimônio ou ao poder familiar em relação aos filhos³³¹.

O próprio Montesquieu já fazia alguma referência a esta ideia, ao sustentar que as desigualdades só deveriam ser instituídas em regimes democráticos se servissem para proteger a própria democracia³³². A noção atual é significativamente mais ampla, de que só é possível promover desequilibrados pela legislação quando houver fundamento em qualquer preceito constitucional³³³, e não apenas no democrático. Mas é certo que deve haver um “justo critério” para promover diferenciações, havendo uma “proibição geral do arbítrio”³³⁴.

Anteriormente foi feita referência à ideia de que direitos fundamentais estabelecem deveres de prestação e abstenção em favor do titular. Dentro desta perspectiva, a noção de igualdade referida acima estaria relacionada ao dever de abstenção na elaboração normativa: não é possível o estabelecimento de critérios desequilibrados que não têm justificativa lógica com o fim almejado – e desde que este objetivo estivesse em consonância com a constituição –, do contrário há uma intervenção indevida no âmbito de proteção do direito em questão. A igualdade funciona, assim, como um limite à atividade de elaboração normativa. Este conceito de igualdade, contudo, também não se mostrou suficiente para atingir todo o potencial de materialização de uma sociedade mais justa e solidária. Apenas a limitação à elaboração normativa não ensejava a alteração da realidade social.

3.1.2.2 Subprincípio da igualdade como dever de elaboração normativa

O entendimento sobre a necessidade de provimento de igualdade que afetasse o âmbito social, embora não tenha predominado à época, já estava presente em Montesquieu, em sua obra “O espírito das leis”, de 1748, ao sustentar que na democracia a igualdade “real” seria a “alma do Estado”³³⁵. Rousseau, de forma semelhante, defendia que o princípio da igualdade também abarcava a ideia de “que nenhum cidadão seja assaz opulento para poder comprar o

³³¹ PÉREZ LUÑO, op. cit., p. 24.

³³² MONTESQUIEU. Barão de La Brède e de. *O espírito das leis*. 2.ed. Cristina Murachco (trad.). São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 58. O autor cita como exemplo que a pessoa que fosse muito pobre, e precisaria trabalhar constantemente para sobreviver, não poderia exercer uma magistratura, sob o risco de negligenciar suas funções.

³³³ MELLO, op. cit., p. 41-43.

³³⁴ CANOTILHO, op. cit., p. 428. Robert Alexy propõe a fórmula: “tratamentos arbitrariamente desiguais são proibidos”, sendo arbitrária a diferenciação que não possui “fundamento qualificado para ela” (op. cit., p. 407-408). O enunciado geral de igualdade estabeleceria, assim, “um ônus argumentativo para o tratamento desigual” (ibidem, p. 409).

³³⁵ MONTESQUIEU. Barão de La Brède e de. *O espírito das leis*. 2.ed. Cristina Murachco (trad.). São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 57.

outro, e nenhum assaz pobre para ser obrigado a vender-se³³⁶. Entretanto, o entendimento destes autores não vingou à época³³⁷, em razão da dominação do liberalismo³³⁸. Esta situação só foi alterada a partir das reivindicações sociais iniciadas pelos trabalhadores durante o século XIX, culminando com a positivação de direitos voltados à mitigação da desigualdade em textos constitucionais e internacionais e dando início ao Estado Social³³⁹.

Ao subprincípio da igualdade como limite à elaboração normativa foi adicionado um novo conteúdo, o qual abarcava a ideia de que é necessário³⁴⁰ – e não apenas possível – que sejam feitas diferenciações quando existirem desníveis entre as pessoas³⁴¹, sendo possível fazer menção a um “subprincípio da igualdade como dever de elaboração normativa”. Desta forma, este princípio, que não se estendia às situações de fato, sendo imprestável para a correção das desigualdades presenciadas no contexto social³⁴², passa a demandar ações que possibilitem a igualdade de oportunidades³⁴³. O conteúdo da norma deixa de apenas impedir certos atos discriminatórios, passando a exigir condutas promotoras da equiparação³⁴⁴, havendo o dever de compensação positiva da desigualdade de oportunidades³⁴⁵. É estabelecido um “dever de diferenciação sempre que isso seja necessário e oportuno para se alcançar uma igualdade efetiva”³⁴⁶.

Passa-se, assim, a serem utilizadas as “ações afirmativas” ou “discriminação positiva”³⁴⁷, entendidas como “um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero, por deficiência física e de origem nacional, bem como para corrigir ou mitigar os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a

³³⁶ ROUSSEAU, op. cit., p. 63.

³³⁷ “A Declaração, obra de uma assembleia política, não podia seguir todos os seus [da obra de Rousseau] matizes. Só conservou um esquema seu, simplificado e amplamente deformado” (RIVERO; MOUTOUH, op. cit., p. 41.)

³³⁸ DANTAS, Miguel Calmon. *Constitucionalismo Dirigente e Pós-Modernidade*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 97.

³³⁹ OLIVEIRA, op. cit., p. 150-151. A autora cita a Constituição mexicana de 1917 e a de Weimar de 1919, além do Tratado de Versalhes, em 1919, que criou a Organização Internacional do Trabalho.

³⁴⁰ Neste sentido, Friedrich Engels, no século XIX, relatava que, embora pela legislação o trabalhador e o empresário estivessem em situação de igualdade para contratar, na prática, a igualdade era apenas “no papel” (*on paper*), tendo em vista que os dois estavam em situações econômicas bem diferentes (*The Origin of the Family, Private Property and the State*. Chippendale: Resistance Books, 2004, p. 79).

³⁴¹ CANOTILHO, op. cit., 426-428.

³⁴² RIVERO; MOUTOUH, op. cit., p. 65.

³⁴³ CUNHA JR., Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. rev. ampl. atual. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 669.

³⁴⁴ ROCHA, op. cit., p. 286.

³⁴⁵ CANOTILHO, op. cit., p. 351.

³⁴⁶ ROTHENBURG, Walter Claudius. Igualdade Material e Discriminação Positiva: o princípio da isonomia. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, v. 13, n. 2, 2008, p. 82.

³⁴⁷ GOMES, op. cit., p. 130.

concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e o emprego³⁴⁸”. Elas têm o intuito de “extinguir ou ao menos mitigar o peso das desigualdades econômicas e sociais e, conseqüentemente, promover a justiça social”³⁴⁹.

Muitas dessas ações afirmativas utilizam percentuais mínimos de inclusão de minoria, com o objetivo de que a “maioria” venha a se acostumar às minorias, habituando-se a vê-las em espaços que antes não eram por elas ocupados – sem, contudo, funcionar como ferramenta de gradual marginalização da maioria³⁵⁰. A própria Constituição de 1988 adota ações afirmativas em seu texto, a exemplo do art. 37, VIII e do art. 170, IX³⁵¹. Em referência às já abordadas ideias de dever de prestação e abstenção, salienta-se que o subprincípio da igualdade como dever de elaboração normativa corresponde, assim, a uma exigência de prestação que favoreça o titular do direito.

3.1.3 Subprincípios da igualdade na atuação fática

A evolução histórica da teoria dos direitos fundamentais, surgidos como limites ao poder estatal, trouxe consigo a ideia de que tais direitos vinculam somente o Estado ou primordialmente o Estado³⁵². Embora, para a jurisprudência e maioria da doutrina, esta ideia esteja superada no Brasil³⁵³, o conteúdo dos direitos em espécie foram desenvolvidos ao longo do tempo com base naquele arcabouço teórico, fazendo com que muitas abordagens doutrinárias não tenham feito a releitura de tais direitos sob a ótica da sua eficácia entre os particulares (inclusive o direito à igualdade³⁵⁴). A própria ideia de igualdade perante a “lei” ou na “lei” corrobora com isso.

Anteriormente foram feitas algumas referências à possibilidade de vinculação dos particulares à igualdade tanto na aplicação das normas quanto na elaboração das normas.

³⁴⁸ Ibidem, p. 135.

³⁴⁹ Ibidem, p. 131.

³⁵⁰ ROCHA, op. cit., p. 286.

³⁵¹ Ibidem, p. 291-292. Assim está disposto: “Art. 37. (...) VIII - a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão”; “Art. 170. (...) IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País”.

³⁵² DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 5. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Atlas, 2014, p. 102.

³⁵³ Conferir capítulo seguinte.

³⁵⁴ Assim, por exemplo, George Marmelstein admite a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais (*Curso de Direitos Fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 344-349). No entanto, ao abordar o conteúdo da igualdade, sobre o qual o autor propõe três noções diferentes (dever de respeito, dever de proteção e dever de promoção), Marmelstein faz apenas referência a que, respectivamente, “o Estado não pode discriminar”, “o Estado não pode permitir que os particulares discriminem”, e “o Estado deve adotar e estimular as discriminações positivas” (ibidem, p. 402-403). Há a referência, portanto, apenas à vinculação estatal, ainda que para proteger dos particulares.

Contudo, estas atividades estão iminentemente ligadas à atuação do Estado: elaboração e aplicação normativa. No âmbito dos particulares, contudo, o que se observa são, predominantemente, atividades voltadas para o plano da realidade, atos que concretizam outros objetivos que não essencialmente jurídicos: a construção de um prédio, um atendimento médico, uma aula proferida ou a elaboração de uma peça publicitária.

O particular que desenvolve tal atividade não visa à aplicação ou à elaboração normativa, ele simplesmente atua no plano fático. Contudo, é possível que, nesta atuação, haja a violação do direito à igualdade. Em relação a alguns outros direitos, a doutrina acerca de seu conteúdo atinge principalmente a referência a que atos podem ou não ser realizados no plano concreto sem que haja a violação do direito. Em relação à igualdade, contudo, em geral somente são feitas referências, ainda que com outras denominações, à aplicação ou à elaboração do direito (pelo Estado).

Conforme foi sustentado, direitos fundamentais demandam prestações ou abstenções, no plano normativo ou fático. A análise da igualdade predominantemente pela ótica normativa³⁵⁵ deixa de fazer referência a situações que também violam a igualdade. E o reconhecimento da tutela de tais situações é relevante para o desenvolvimento deste trabalho. Para abordar melhor o tema, faz-se necessária uma análise, ainda que breve, do “direito geral de igualdade” e dos “direitos especiais de igualdade”.

3.1.3.1 Direito geral de igualdade e direitos especiais de igualdade

É possível afirmar que existe o princípio geral de igualdade, que funciona como *lex generalis*³⁵⁶, e outros preceitos especiais que o concretizam³⁵⁷. Estas normas especiais são diferenciáveis porque “dizem respeito a determinados grupos de pessoas, determinadas circunstâncias, entre outros”³⁵⁸. As considerações que foram feitas até agora, em regra,

³⁵⁵ Observa-se que o que foi referido como “subprincípio da igualdade na aplicação da norma” abriga elementos tanto de atuação normativa quanto fática, a depender do momento e tipo de aplicação referida. Por exemplo, um policial que cumpre mandado judicial para restringir a liberdade de uma pessoa: a decisão tem natureza normativa (ainda que concreta), ao passo que, ocorrendo a efetiva prisão, este ato terá natureza fática. Contudo, conforme foi referido anteriormente, para dialogar com as concepções doutrinárias existentes, bem como favorecer o desenvolvimento histórico do conteúdo, ao invés de ser feita somente uma divisão entre “fática” e “normativa”, preferiu-se adotar essa categoria “híbrida”, que consagra elementos de uma e outra categoria. Ademais, há diferença significativa da situação em que alguém atua no plano fático para concretizar um comando normativo com aquela em que o indivíduo livremente desenvolve uma atividade que termina por resultar em violação à igualdade.

³⁵⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. Virgílio Afonso da Silva (trad.). São Paulo: Malheiros, 2011, p. 412.

³⁵⁷ CANOTILHO, op. cit., p. 431-432.

³⁵⁸ SARLET; MARINONI; MITIDIERO, op. cit., p. 545.

referem-se ao mencionado direito geral de igualdade, embora posteriormente serão feitas considerações acerca de um dos direitos especiais, qual seja, o de igualdade de gênero.

Os direitos especiais de igualdade têm preferência sobre aquele mais geral³⁵⁹, ou seja, “os critérios de valoração destes direitos podem exigir soluções materialmente diferentes daquelas que resultariam apenas da consideração do princípio geral da igualdade”³⁶⁰. Nestas situações, o constituinte ou o legislador já se adiantam e valoram algumas situações de forma a escolher em certos casos a situação que deve prevalecer para promoção da isonomia – ainda que outras escolhas fossem possíveis. O direito geral qual abrange mais situações, mas deve ser utilizado de forma subsidiária.

Portanto, há menor liberdade de conformação do legislador quando se trata de direitos especiais de igualdade³⁶¹, tendo em vista que “as previsões mais específicas, além de seu valor simbólico de destaque (evidência), manifestam uma opção constitucional ou legal – portanto clara, segura – que, não fosse assim, manter-se-ia polêmica”³⁶². São diversos os dispositivos na Constituição brasileira que regulam direitos especiais de igualdade, incluindo a vedação à discriminação racial (art. 3º, IV; art. 4º, VIII), etária (art. 7º, XXX e XXXIII), religiosa (art. 5º, VI), dentre muitas outras espécies³⁶³. O objetivo da inserção de cláusulas especiais é dificultar, em situações que o constituinte entendeu não diferenciáveis, qualquer tentativa de demonstração de correlação lógica entre o fator de discriminação e o tratamento jurídico estabelecido, a exemplo de filhos legítimos e ilegítimos, nacionais e estrangeiros ou homens e mulheres³⁶⁴.

Neste diapasão, o ônus argumentativo³⁶⁵ deve ser maior, por exemplo, em situações que estabeleçam privilégio para os homens e não para as mulheres (sujeitos ao direito especial de igualdade, nos termos da Constituição) do que em situações que estabeleçam diferenças entre categorias de consumidores³⁶⁶. De forma semelhante, no sentido inverso, torna-se mais

³⁵⁹ Robert Alexy chega a afirmar que, nestes casos, o direito geral de igualdade torna-se supérfluo (op. cit., p. 412).

³⁶⁰ CANOTILHO, op. cit., p. 431-432.

³⁶¹ SARLET; MARINONI; MITIDIERO, op. cit., p. 550. Os autores dão o seguinte exemplo: “ao proibir diferença salarial com base na diferença de gênero, por exemplo, a Constituição Federal não deixa margem de liberdade que eventualmente se poderia buscar, em termos de uma tentativa de justificar um tratamento distinto por conta, por exemplo, de eventual diferença biológica ou outro argumento”.

³⁶² ROTHENBURG, Walter Claudius. Igualdade Material e Discriminação Positiva: o princípio da isonomia. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, v. 13, n. 2, 2008, p. 82.

³⁶³ SARLET; MARINONI; MITIDIERO, op. cit., p. 545.

³⁶⁴ *Ibidem*, p. 551.

³⁶⁵ Sobre a noção de ônus argumentativo, conferir: ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. 3. ed. Zilda Hutchinson Schild Silva (trad.); Cláudia Toledo (rev. técnica e apresentação). Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 177 e ss.

³⁶⁶ O CDC diferencia o tratamento jurídico que recai sobre pessoas físicas e pessoas jurídicas (art. 51, I). Diferencia também entre consumidores “meramente” vulneráveis e hiposuficientes (art. 6º, VIII). Caso houvesse

fácil justificar a adoção de medidas que visem à promoção da igualdade de gênero. Contudo, em não havendo previsões específicas sobre tema mais específico, deve-se utilizar os enunciados genéricos para buscar o tratamento equivalente³⁶⁷.

Pode-se constatar que, quando foi feita alusão ao subprincípio da igualdade como dever de elaboração normativa, trata-se essencialmente de direitos especiais de igualdade, ou seja, é necessário desenvolver melhor aquela ideia mais geral, de modo a garantir mais efetivamente a tutela normativa de algumas situações afeitas ao tema, sejam inovações constitucionais ou infraconstitucionais. Esses direitos especiais podem inclusive originar outros, a exemplo da igualdade de gênero (art. 5º, I, CF) e proibição de diferença de salário com base no gênero (art. 7º, XXX). Em caso de violação a esta vedação normativa, o desrespeito direto é a esta norma e não ao direito geral de igualdade de gênero. Contudo, nem sempre é possível concretizar de forma mais detalhada o princípio da igualdade. Nestes casos, a argumentação a ser desenvolvida mostra-se relevante.

3.1.3.2 Subprincípio da igualdade como limite à atuação fática

Em relação a alguns direitos fundamentais, a noção que é trabalhada neste momento já é bem desenvolvida. O próprio direito à imagem, abordado no primeiro capítulo, tem sua atuação mais importante exatamente como limite à atuação fática, impedindo atividades que acabem por divulgar dados que atingem de forma indevida a pessoa referida. A ideia que se pretende desenvolver é exatamente esta: a de que atos concretos, notadamente dos particulares, também violam o direito à igualdade, se atentarem ilegitimamente contra o “estado de coisas”³⁶⁸ que se pretende promover.

Assim, por exemplo, uma empresa não pode dispensar um funcionário apenas com espreque no fato de que ele possui o vírus HIV³⁶⁹; um programa televisivo não pode apresentar injustificadamente uma visão discriminatória de certos grupos sociais³⁷⁰. Todos estes atos, *prima facie* no âmbito de liberdade de seus autores, são vedados pelo ordenamento com base

um direito especial de igualdade a igualar todos os consumidores, esta diferenciação seria impossível (ou demandaria maior ônus argumentativo).

³⁶⁷ ROTHENBURG, op. cit., p. 87.

³⁶⁸ A referência a expressão “estado de coisas” foi feita com base em: ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 14. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 85. Embora se entenda que muitas das críticas feitas pelo autor não procedem, bem como que alguns critérios por ele criticados são adotados na própria obra com outra roupagem, entende-se que a expressão possui uma precisão ímpar para caracterizar a atuação dos princípios.

³⁶⁹ MARMELSTEIN, op. cit., p. 402-403.

³⁷⁰ SUIAMA, Sergio Gardenghi. A Voz do Dono e o Dono da Voz: o direito de resposta coletivo nos meios de comunicação social. *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, Brasília, n. 5, 2002, p. 113-116.

ou no direito geral de igualdade, ou em direitos especiais que possuem caráter mais genérico (a exemplo da igualdade de gênero).

A noção trazida neste momento é relevante para este trabalho porque ele analisa exatamente a igualdade não como vinculação do Estado à aplicação igual do direito, ou à elaboração de normas protetivas, mas sim como limite à atuação fática no plano da realidade. Este trabalho, pretendendo investigar a possível violação à igualdade na produção e divulgação de peças publicitárias, estará mais voltado para o presente subprincípio do que para os demais. Incentiva-se, inclusive, o reconhecimento de “igualdades”: a exemplo do que ocorre com a “liberdade”³⁷¹, que claramente possui pontos de condensação já definidos (liberdade religiosa, de crença e consciência, de expressão, de locomoção, dentre outras), deve-se explorar o conteúdo de cada uma das “igualdades” (de gênero³⁷², étnica, etária, socioeconômica, dentre outras), definindo os elementos de cada uma delas e quais situações estão permitidas e limitadas sob tal ótica.

3.1.3.3 Subprincípio da igualdade como dever de atuação fática

Considerando a definição exposta anteriormente, de que os direitos fundamentais, em geral, podem ser analisados sob uma ótica de prestação e abstenção, normativa e fática, torna-se possível fazer referência à igualdade como dever de atuação fática, ou seja, à obrigação prestacional no plano da realidade. O preceito igualitário não está integralmente atendido apenas com a elaboração normativa e sua aplicação de forma igual; é necessário que haja também a execução das disposições adotadas, transpondo-se do texto à realidade. Em relação à Constituição de 1988, Cármen Lúcia Antunes Rocha salienta que a própria redação dos incisos I, III e IV, do art. 3º, mostram que houve uma mudança essencial quanto ao conteúdo da igualdade, havendo no novo texto verbos que conclamam um comportamento ativo, exaltando que é necessário promover a mudança na realidade do país³⁷³. Não sendo uma noção de maior relevância para este trabalho, não se fará maiores considerações³⁷⁴.

³⁷¹ Robert Alexy também faz este paralelo (op. cit., p. 393).

³⁷² Nesta proposta, Flávia Piovesan fez um estudo acerca de como teria sido a igualdade de gênero concretizada nos primeiros vinte anos da Constituição (Igualdade de Gênero na Constituição Federal: os direitos civis e políticos das mulheres no Brasil. In: *Constituição de 1988: o Brasil 20 anos depois*. Brasília: Senado Federal, 2008, v. 1). Contudo, conforme já apontado aqui, a ótica foi apenas da atuação do Estado: Legislativo, Executivo e Judiciário.

³⁷³ ROCHA, op. cit., p. 289.

³⁷⁴ Embora se possa exemplificar: frente à desigualdade socioeconômica, o Estado elabora dispositivo normativo que visa a garantir que todos aqueles que possuem renda abaixo da linha da pobreza recebam uma complementação pecuniária até atingir este valor. Feitos os cadastros, o Estado passa a depositar quantia inferior ao necessário, ainda que divida o dinheiro total do programa de forma igual para os necessitados. Há o respeito à

3.2. O DIREITO À IGUALDADE DE GÊNERO

Ao longo do tópico anterior foi feita uma análise acerca da evolução do direito à igualdade e seu conteúdo. Argumentou-se que, para além de uma perspectiva do Estado, o direito à igualdade também vincula os particulares. Ademais, para além das noções de aplicação e elaboração normativa, este princípio limita juridicamente a atuação no plano concreto, devendo-se manter, no âmbito do exercício “liberdade”, o respeito ao preceito isonômico.

Neste tópico, abordar-se-á o tema da igualdade de gênero. Para tanto, faz-se necessário, ao começo, delimitar o conceito de “gênero”³⁷⁵. Alain Supiot sustenta que a noção de gênero inicialmente faria referência à ideia de “gênero humano”, que englobaria os dois sexos³⁷⁶ e que, ao transcender a diferença entre eles, permitia pensar o ser humano como um todo que engloba o masculino e o feminino³⁷⁷, ou seja, tinha o significado de “ser humano”. Contudo, este entendimento foi gradativamente sendo substituído pela ideia de uma “espécie humana”, e o sentido de “gênero” foi alterado, especialmente pela doutrina dos “*gender studies*” (estudos de gênero) – literatura de origem anglo-saxônica³⁷⁸ – para designar a condição relativa ao sexo³⁷⁹, masculino ou feminino, e à possibilidade de escolhê-lo e alterá-lo³⁸⁰.

igualdade como dever de elaboração normativa bem como de aplicação igual da norma, mas não há cumprimento ao dever de atuação fática. O mesmo desrespeito é observado quando, malgrado o Estado tenha cumprido seu dever de elaboração normativa, comprometendo-se a fornecer assistência judiciária gratuita aos necessitados – de forma a prover a igualdade no processo – não o cumpre, havendo a desigualdade fática (ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. Virgílio Afonso da Silva (trad.). São Paulo: Malheiros, 2011, p. 416. O autor, porém, parece adotar um conceito de igualdade fática que engloba as noções aqui relacionadas ao plano fático e o que foi definido como dever de elaboração normativa).

³⁷⁵ Para uma crítica à utilização do termo, conferir: LOUIS, Marie-Victoire. Diga-me: o que significa *gênero*?. Ana Liési Thurler (trad.). *Revista Sociedade e Estado*, v. 21, n. 3, 2006, p. 711-724.

³⁷⁶ SUPIOT, op. cit., p. 42. O autor sustenta que com esta premissa de que haveria o gênero (em latim, *genus*) humano é que teria sido desenvolvido o chamado Direito das Gentes (em latim, *gens*, e não referida expressão, [Jus] *gentium*).

³⁷⁷ *Ibidem*, p. 44.

³⁷⁸ TAHON, Marie-Blanche. Et si le sexe déconstruisait le genre?. In: *Les Femmes dans l'espace Public: itinéraires français et italiens*. Christiane Veauvy (org.). Paris: Maison des sciences de l'homme, 2004, p. 149.

³⁷⁹ Pode-se perceber certa crítica a esta mudança em: HOBBSAWM, Eric. Era dos Extremos: o breve século XX: 1914-1991. 2. ed. Marcos Santarrita (trad.). São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 306. Nesta obra, publicada pela primeira vez em 1994, ao utilizar o termo “sexo” para fazer referência às mulheres, o autor abre parênteses para comentar: “que as ideólogas agora insistiam que devia chamar-se ‘gênero’”.

³⁸⁰ SUPIOT, op. cit., p. 44. Conforme relata Dagmar Estermann Meyer: “algumas feministas se viram frente ao desafio de demonstrar que não são características anatômicas e fisiológicas, em sentido estrito, ou tampouco desvantagens sócio-econômicas tomadas de forma isolada, que definem diferenças apresentadas como justificativa para desigualdades entre mulheres e homens. O que algumas delas passariam a argumentar é que são os modos pelos quais determinadas características femininas e masculinas são representadas como mais ou menos valorizadas, as formas pelas quais se distingue feminino de masculino, aquilo que se torna possível pensar

O “gênero” passou a ser uma categoria pela qual se analisa as construções sociais e culturais referidas aos diferentes sexos, bem como as consequências destas construções³⁸¹, normalmente fazendo referência às categorias “masculino” e “feminino”³⁸². A análise sobre gênero, portanto, não está voltada apenas às mulheres, implicando exame das relações que são construídas social e culturalmente entre homens e mulheres³⁸³, buscando-se afastar a ideia das desigualdades biologicamente determinadas³⁸⁴. Ainda que, comparando-se a média de homens e mulheres, seja possível indicar diferenças na formação corporal e cerebral que infiram maior habilidade para uma ou outra tarefa específica, as capacidades individuais que, em geral, devem nortear a aptidão de cada pessoa para as atividades que a serem desenvolvidas³⁸⁵.

Mais importante do que estatísticas com números equiparados para cada gênero é a possibilidade de que cada um possa ser o deseja e ser igualmente respeitado por isso, ainda que isso implique diferença nos índices³⁸⁶. Deve-se fomentar, por exemplo, o fim da separação do trabalho, a ideia de que “existem trabalhos de homens e trabalhos de mulheres”³⁸⁷. Isso não significa que não possa haver áreas onde, por escolha própria dos indivíduos de um ou outro gênero, a concentração seja maior de um ou outro. De igual forma, a manutenção de algumas divisões entre homens e mulheres – a exemplo do que ocorre nos

e dizer sobre mulheres e homens que vai constituir o que é inscrito no corpo e definido e vivido como masculinidade e feminilidade, em uma dada cultura, em um determinado momento histórico. Um grupo de estudiosas anglo-saxãs começaria a utilizar, então, o termo gender, traduzido para o português como gênero, a partir do início da década de setenta do século passado” (Teorias e Políticas de Gênero: fragmentos históricos e desafios atuais. *Revista Brasileira de Enfermagem*, Brasília, v. 57, n. 1, 2004, p. 14).

³⁸¹ BARBOSA, Renata Maria. Direitos Humanos, Gênero e Políticas Internacionais de Combate à Não Discriminação da Mulher no Mundo Globalizado. *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, Brasília, n. 37, 2012, p. 309.

³⁸² Utilizando o termo somente neste sentido binário: ROCHA, Joceli Scremin da. O Direito Penal do Gênero como Cláusula Pétreia à Luz da Emenda Constitucional n. 45/2004. *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, Brasília, n. 40, 2013, p. 191; SOUZA, Sílvia Rita. A Mulher nos Espaços de Poder Político. *Cadernos Adenauer XIV*, n. 3, 2013, p. 183; SANTOS, Silvana Mara de Moraes dos; OLIVEIRA, Leidiane. Igualdade nas Relações de Gênero na Sociedade do Capital: limites, contradições e avanços. *Revista Katálisis*, Florianópolis, v. 13, n. 1, 2010, p. 12.

³⁸³ MEYER, Dagmar Estermann. Teorias e Políticas de Gênero: fragmentos históricos e desafios atuais. *Revista Brasileira de Enfermagem*, Brasília, v. 57, n. 1, 2004, p. 15.

³⁸⁴ *Ibidem*, p. 15.

³⁸⁵ Neste sentido Alice Monteiro de Barros afirma que, ao invés de adotarem um abordagem (neo)essencialista, há autores que “têm sido mais felizes na construção do gênero, reconhecendo as implicações das diferenças físicas, biológicas e reprodutivas no seu conceito, sem, entretanto, arriscar-se a procurar as causas da segregação profissional entre os sexos, numa remota possibilidade neurobiológica na divisão entre inclinações e aptidões masculinas e femininas” (Cidadania, Relações de Gênero e Relações de Trabalho. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, Belo Horizonte, v. 47, n. 77, 2008, p. 69).

³⁸⁶ HOBBSAWM, op. cit., p. 311-312, nota de rodapé s/n.

³⁸⁷ KERGOAT, Danièle. Divisão Sexual do Trabalho e Relações Sociais de Sexo. Miriam Nobre (trad.). In: *Trabalho e Cidadania Ativa para as Mulheres: Desafios para as Políticas Públicas*. São Paulo: Coordenadoria Especial da Mulher, 2003, p. 56.

esportes em que a característica biológica é predominante, ou em anúncios publicitários voltados para um dos gêneros³⁸⁸ – não necessariamente desrespeita a ideia referida.

O que deve ser abolido é que uma pessoa tenha sua opção embaraçada sob qualquer aspecto³⁸⁹, simplesmente pelo fato de que aquele campo é mais afeito a um ou outro gênero, tendo em vista que mesmo levando-se em consideração que há diferenças biológicas, elas não são suficientes para afastar o caráter predominantemente sociocultural das construções ainda vigentes com base no gênero³⁹⁰.

Há quem afirme, assim, que a referência à oposição entre “masculino” e “feminino” como construção social seria até mesmo algo banal³⁹¹, de tanto afirmado. Isto, contudo, não significa necessariamente que tal entendimento deve ser superado. Afinal, também o Direito, o Estado, a Democracia são construções sociais, e não se imagina a civilização ocidental sem elas. Portanto, deve-se buscar fundamentar a superação deste entendimento não pelo simples fato de que não seria algo “natural”, mas sim pelo conteúdo do princípio da igualdade – algo que também é uma noção construída pela sociedade³⁹².

Embora se entenda neste trabalho que o modelo binário masculino/feminino seja insuficiente para a complexidade da realidade contemporânea, tanto social quanto jurídica³⁹³, isto não pode significar negar a existência das categorias atuais, que descrevem grande parte da sociedade³⁹⁴. O autoentendimento como masculino ou feminino é uma das mais relevantes definições experimentadas pelos indivíduos na determinação de suas identidades³⁹⁵. A referida perspectiva binária pode ser superada, mas de forma a abarcar novas categorias³⁹⁶, e

³⁸⁸ Exemplos claros seriam produtos como absorventes ou pílulas anticoncepcionais. Uma abordagem mais aprofundada do tema será feita no capítulo seguinte.

³⁸⁹ Embora se reconheça que, um modo eficiente de atingir esse nível de respeito é exatamente a existência de um percentual mais próximo do equilíbrio numérico em tais setores.

³⁹⁰ BARROS, op. cit., p. 69.

³⁹¹ TAHON, op. cit., p. 149.

³⁹² ROTHENBURG, Walter Claudius. Igualdade Material e Discriminação Positiva: o princípio da isonomia. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, v. 13, n. 2, 2008, p. 78.

³⁹³ “As identidades transgêneras têm-se tornado mais sutis e complexas do que eram (...) por diferentes caminhos, as novas identidades que têm sido construídas são incompatíveis com as divisões binárias e estereotipadas, desafiando dessa maneira soluções prontas baseadas na patologização das transgressões de gênero” (SUIAMA, Sérgio Gardenghi. Um Modelo Autodeterminativo para o Direito dos Transgêneros. *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, Brasília, n. 37, 2012, p. 102).

³⁹⁴ Sabe-se que, ao privilegiar o modelo binário por sua suficiente adequação com a realidade, acaba-se reproduzindo um modelo que se entende não totalmente idôneo. Contudo, é necessário um aprofundamento da teoria que nega o caráter binário relativo ao gênero, de forma a produzir algum consenso, para que possa respaldar trabalhos de outras áreas, a exemplo do presente, tendo em vista que não caberia aqui uma investigação neste sentido.

³⁹⁵ JHALLY, Sut. What’s Wrong with a Little Objectification?. In: *Media/Cultural Studies: critical approaches*. Rhonda Hammer, Douglas Kellner (org.). Nova Iorque: Peter Lang, 2009, p. 316.

³⁹⁶ “Uma estratégia jurídica de caráter inclusivo deveria, em primeiro lugar, garantir soluções jurídicas a todas as pessoas que se encontram sob o chamado “guarda-chuva transgênero”: transexuais pré e pós-operados,

não eliminar as existentes que se mostrem adequadas. Assim, haverá, em geral, contraposição entre o masculino e feminino.

3.2.1 Desenvolvimento histórico da igualdade de gênero

Assim como em referência ao direito geral de igualdade, neste momento serão feitas abordagens a partir do contexto do constitucionalismo moderno, embora, desde a pré-história³⁹⁷ e da história antiga possa-se constatar o predomínio da desigualdade de tratamento entre homens e mulheres. Por exemplo, Aristóteles sustentava que um marido estaria em um patamar tão superior à sua mulher quanto um pai estaria para seus filhos, ou um mestre para seus escravos³⁹⁸. Assim, na Grécia Antiga, elas não eram dotadas da mesma regulação jurídico-política conferida aos homens³⁹⁹, embora já naquela época Platão trouxesse discurso a favor da igualdade entre homens e mulheres⁴⁰⁰. Na Roma Antiga, houve a submissão legal das mulheres, que estariam sujeitas ao poder do pai ou do marido, ou, ainda, à tutela perpétua⁴⁰¹. Algumas exceções históricas, contudo, servem para afastar, mesmo em tempos remotos, a sujeição da mulher como destino inderrogável⁴⁰².

Investigando alguns dos grandes pensadores do contexto de surgimento do constitucionalismo, observa-se também a defesa ou a constatação da desigualdade de gênero. Locke entendia que a mulher deveria estar sujeita ao comando do marido⁴⁰³, ainda que ressalvasse que ambos exerceriam o poder em relação aos filhos⁴⁰⁴ e que, sobre tudo que fosse apenas do interesse da mulher e não fosse comum dos cônjuges, caberia apenas a decisão dela⁴⁰⁵. Tocqueville, tendo analisado no século XIX o tema da igualdade de gênero nos

transexuais que escolheram não se submeter a procedimentos cirúrgicos, cross dressers, travestis, drag queens” e também aquelas concepções que ainda não possuem um nome (SUIAMA, op. cit., p. 130-131).

³⁹⁷ ENGELS, Friedrich Engels. *The Origin of the Family, Private Property and the State*. Chippendale: Resistance Books, 2004, p. 59-60.

³⁹⁸ ARISTOTLE. *Politics*. Benjamin Jowett (trad.). Kitchener: Batoche, 1999, p. 157.

³⁹⁹ FERREIRA, Pinto. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. ampl. atual. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 127.

⁴⁰⁰ PLATÃO. *A República*. 9. ed. Maria Helena da Rocha Pereira (trad.). Lisboa: Calouste Gulbenkian, 19??, p. 219.

⁴⁰¹ “Segundo o direito romano, a mulher, se *alieni juris*, ficava sujeita ao poder do pai ou do marido; se *sui juris*, em tutela perpétua, *propter sexus infirmitatem et propter forensium rerum ignoratium* (Ulpiano, Cícero), situação que perdurou até à época post-clássica, quando foi suprimida a tutela *mulierum*, pela lei Cláudia” (LEME, Lino de Moraes. As Relações Jurídicas dos Cônjuges. *Revista da Faculdade de Direito da USP*, v. 50, 1955, p. 104).

⁴⁰² ALVES, Branca Moreira; PITANGUY, Jacqueline. *O que é Feminismo*. São Paulo: Brasiliense, 1981, p. 15.

⁴⁰³ LOCKE, John. *Segundo Tratado Sobre o Governo Civil e Outros Escritos*: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil. 3. ed. Magda Lopes, Marisa Lobo da Costa (trad.). Petrópolis: Vozes, 2001, p. 69.

⁴⁰⁴ *Ibidem*, p. 113-114.

⁴⁰⁵ *Ibidem*, p. 130.

Estados Unidos, “profetizou” que o movimento social que aproximava para o mesmo patamar o filho e o pai, o servo e o mestre, também elevaria cada vez mais as mulheres à condição de igualdade com os homens⁴⁰⁶.

Montesquieu reconhece que a vedação à poligamia em favor dos homens, diferentemente do que ocorria (e ocorre) em países de tradição mulçumana, seria “uma espécie de igualdade entre os dois sexos”⁴⁰⁷. Contudo o autor embasa esta proibição não na necessidade de promoção da igualdade, mas sim em uma predisposição “natural” causada pelas condições climáticas, salientando ainda que a natureza teria distinguido os homens das mulheres “pela força e pela razão”⁴⁰⁸. Às mulheres caberia a clausura doméstica e “o apego exclusivo à família”, tendo em vista que nos países onde o confinamento é mais rigoroso, as mulheres têm uma “moral mais pura”⁴⁰⁹, sendo o pudor feminino algo de sua própria natureza⁴¹⁰.

No ano de 1792, a britânica Mary Wollstonecraft publicou a obra “*a vindication of the rights of woman*” (uma reivindicação pelos direitos da mulher), que se tornou um marco na luta pela igualdade de gênero. A autora questionou a ideia de que se a mulher fosse bonita ela poderia ser ignorante⁴¹¹, reivindicando o direito ao conhecimento⁴¹². A mulher seria consequência de sua educação e posição na sociedade, podendo ser melhor se lhe fosse permitido ser livre em um sentido físico, moral e civil⁴¹³. A autora criticou as formas de se manter uma “boa reputação”, que, tão incrustada no mundo feminino, teria se tornado um veneno⁴¹⁴. Denunciou que o sexo, para o homem da época, seria uma gratificação egoística, separada da estima, só com o mínimo de afeição construída no hábito, que fazia com que o ato tivesse um pouco de humanidade⁴¹⁵. Wollstonecraft sustentou, ainda, que os mais benéficos efeitos tendentes a melhorar a humanidade seriam de se esperar da “revolução” na conduta feminina⁴¹⁶.

No século XIX, o romantismo caracterizava a mulher com atributos considerados inatos, que a tornava impossibilitada de participar da vida social e política da mesma forma

⁴⁰⁶ TOCQUEVILLE, Alexis de. *Democracy in America*: historical-critical edition of de la démocratie en Amérique. James T. Schleifer (trad.). Indianapolis: Liberty Fund, 2010, v. 4, p. 1063.

⁴⁰⁷ MONTESQUIEU. Barão de La Brède e de. *O espírito das leis*. 2.ed. Cristina Murachco (trad.). São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 271-272.

⁴⁰⁸ Ibidem, p. 272.

⁴⁰⁹ Ibidem, p. 277.

⁴¹⁰ Ibidem, p. 279.

⁴¹¹ WOLLSTONECRAFT, Mary. *A Vindication of the Rights of Woman*. 3. ed. Londres: J. Johnson, 1796, p. 33.

⁴¹² Ibidem, p. 114.

⁴¹³ Ibidem, p. 450.

⁴¹⁴ Ibidem, p. 298.

⁴¹⁵ Ibidem, p. 447.

⁴¹⁶ Ibidem, p. 447.

que o homem⁴¹⁷. Friedrich Engels contestou o pensamento vigente à época, o qual sustentava que a mulher que trabalhava possuía um *status* inferior; para o autor, exatamente naquelas sociedades onde a mulher mais trabalhava mais ela era respeitada por sua posição⁴¹⁸. Constatava que o trabalho em larga escala nas indústrias fez com que as mulheres proletárias saíssem da casa para o mercado de trabalho, fazendo com que, muitas vezes, elas fossem as responsáveis pelo sustento da família, de forma a reduzir a dominação masculina – que ainda existiria na brutalidade do trato em relação a elas⁴¹⁹. A emancipação feminina e a igualdade de gênero só poderiam ser atingidas com a participação da mulher nos meios de produção em ampla escala, bem como com a redução de seus deveres domésticos⁴²⁰, percebendo-se que a igualdade de gênero como mero limite à elaboração normativa não era suficiente para concretizar fielmente seu conteúdo⁴²¹.

No mencionado século, a participação feminina em atividades profissionais foi expandida, em um processo que continuou e se aprofundou na centúria seguinte, especialmente após a Segunda Guerra Mundial⁴²². Com efeito, grande parte dos avanços em tema de igualdade de gênero resultou da inserção da mulher no ambiente de trabalho e das alterações daí resultantes⁴²³, malgrado, por vezes, houvesse manutenção das desigualdades mesmo nas novas relações⁴²⁴. Ademais, o trabalho feminino era por vezes visto como um atentado à moralidade social, à saúde e ao equilíbrio da convivência em família, deixando a mulher de ser uma mãe dedicada ou uma boa esposa⁴²⁵: “as várias profissões femininas eram estigmatizadas e associadas a imagens de perda moral, de degradação e de prostituição”⁴²⁶. Sobre este tema, entendia Simone de Beauvoir que “é pelo trabalho que a mulher conquista sua dignidade de ser humano”⁴²⁷.

⁴¹⁷ FROMM, Erich. Sex and Character. In: *Psychiatry: interpersonal and biological processes*, v. 6, n. 1, 1943, p. 21.

⁴¹⁸ ENGELS, Friedrich. *The Origin of the Family, Private Property and the State*. Chippendale: Resistance Books, 2004, p. 61.

⁴¹⁹ Ibidem, p. 78.

⁴²⁰ Ibidem, p. 80.

⁴²¹ Ibidem, p. 78-79.

⁴²² HOBBSAWM, op. cit., p. 304.

⁴²³ CALIL, Léa Elisa Silingowschi. *História do direito do trabalho da mulher: aspectos histórico-sociológicos do início da República ao final deste século*. São Paulo: LTr, 2000, p. 85.

⁴²⁴ Ibidem, p. 20).

⁴²⁵ RAGO, Margareth. Trabalho Feminino e Sexualidade. In: *História das Mulheres no Brasil*. 8. ed. Mary Del Priore (org.). São Paulo: Contexto, 2006, p. 585

⁴²⁶ Ibidem, p. 589.

⁴²⁷ BEAUVOIR, Simone de. *O Segundo Sexo: fatos e mitos*. 4. ed. Sérgio Millet (trad.). São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1970, p. 149.

Os movimentos feministas que “havia trocado a luz dos sol pelas sombras” no período entre guerras “refloresceram” a partir de 1960⁴²⁸. A nova consciência sobre o feminino passou a abarcar, para além da função da mulher nas atividades voltadas à produção econômica, “os papéis desempenhados por elas ou as expectativas convencionais do que devem ser esses papéis, e em particular as suposições sobre os papéis públicos das mulheres, e sua proeminência pública”⁴²⁹. Para muitas mulheres, notadamente as de classe média, sair do âmbito doméstico para ingressar no mercado de trabalho possuía razões mais ideológicas do que econômicas⁴³⁰.

Assim, na segunda metade do século XX, mais do que uma mudança nas relações socioeconômicas houve uma revolução sociocultural no que diz respeito às mulheres, principalmente nas relações familiares e domésticas⁴³¹ – embora tenha havido, ainda que de forma mais maleável, a manutenção da distinção entre os papéis masculinos e femininos⁴³². De toda forma, o número de mulheres morando sozinhas e de mães solteiras aumentou vertiginosamente em poucas décadas⁴³³. Diversos países legalizaram o divórcio e o aborto; a venda de anticoncepcionais tornou-se algo comum⁴³⁴. Houve assim, para além de mudanças legais, mudanças nas percepções morais, o que influenciou a alteração no comportamento da sociedade como um todo, e das mulheres em especial⁴³⁵. O comportamento que era publicamente aceitável foi alterado, incluindo-se as relações íntimas e sexuais⁴³⁶.

Todas essas mudanças foram acompanhadas por elaborações normativas com vistas à promoção da igualdade de gênero⁴³⁷. Em âmbito internacional, a Convenção sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, elaborada em 1979, estabeleceu a necessidade da adoção de meios que mitiguem a desigualdade entre homens e mulheres⁴³⁸.

⁴²⁸ HOBBSAWM, op. cit., p. 306.

⁴²⁹ Ibidem, p. 306-307.

⁴³⁰ Ibidem, p. 311-132.

⁴³¹ Ibidem, p. 314-315.

⁴³² BASSANEZI, Carla. Mulheres dos Anos Dourados. In: *História das Mulheres no Brasil*. 8. ed. Mary Del Priore (org.). São Paulo: Contexto, 2006, p. 608.

⁴³³ HOBBSAWM, op. cit., p. 316.

⁴³⁴ Ibidem, p. 316.

⁴³⁵ Ibidem, p. 317.

⁴³⁶ Ibidem, p. 327.

⁴³⁷ Com um viés mais genérico acerca da superação de discriminações, tem-se a lição: “o direito ao reconhecimento requer medidas de enfrentamento da injustiça cultural, dos preconceitos e dos padrões discriminatórios, por meio da transformação cultural e da adoção de uma política de reconhecimento (...) é à luz desta política de reconhecimento que se pretende avançar (...) na desconstrução de estereótipos e preconceitos” (PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. 2. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 58).

⁴³⁸ GOMES, Joaquim B. Barbosa. A Recepção do Instituto da Ação Afirmativa pelo Direito Constitucional Brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 151, 2001, p. 145-146. Tem-se o texto: “Art. 4º. 1. A adoção pelos Estados-partes de medidas especiais de caráter temporário destinadas a acelerar a igualdade de fato entre o homem e a mulher não se considerará discriminação na forma definida nesta Convenção, mas de

Uma dessas medidas foi adotada pelo Brasil em 1995, quando foi estabelecido o sistema de cotas para mulheres nos pleitos eleitorais, como uma ação afirmativa para aumentar a participação feminina nos cargos eletivos, tendo em vista a desigualdade de oportunidades de ocupação dos cargos de comando originada historicamente⁴³⁹ – tal medida chegou a ser taxada inicialmente como sendo de “manifesta inconstitucionalidade”⁴⁴⁰.

Tendo sua constitucionalidade reconhecida, porém, não houve alteração satisfatória no plano da realidade⁴⁴¹, podendo-se constatar que, tanto nos partidos políticos quanto nos entes estatais, “os índices de participação feminina nos altos cargos de poder são muito inferiores ao desejado por uma sociedade democrática”⁴⁴². Políticas de cotas femininas mostram-se relevantes, dentre outros motivos, para que haja maior capacidade “de influenciar as transformações para criar uma ordem social mais justa e igualitária”⁴⁴³, além do que, “mais mulheres em posições de poder e influência para que as meninas e demais mulheres possam visualizar esses cargos serem ocupados por mulheres e possam sonhar e aspirar a essas mesmas posições”⁴⁴⁴.

Malgrado o estabelecimento de cotas para buscar a igualdade de gênero contribui com este objetivo, para alcançar um estado onde esta igualdade seja verdadeiramente compreendida, defendida e desejada pelos indivíduos – e não apenas se verifique a inocorrência fática de atos discriminatórios por receio a sanções jurídicas⁴⁴⁵ – é necessário alcançar o interior das pessoas, e isto só é possível com uma mudança cultural da sociedade.

nenhuma maneira implicará, como consequência, a manutenção de normas desiguais ou separadas; essas medidas cessarão quando os objetivos de igualdade de oportunidade e tratamento houverem sido alcançados”.

⁴³⁹ Sílvia Rita Souza, embora com tom otimista, evidencia o atraso nas conquistas políticas das mulheres “no ano de 1990, elegemos as primeiras senadoras da República: Junia Marise (Minas Gerais) e Marluce Pinto (Roraima). Em 1994, Roseana Sarney é a primeira mulher eleita para chefiar um estado brasileiro, o Maranhão. (A Mulher nos Espaços de Poder Político. *Cadernos Adenauer XIV*, n. 3, 2013, p. 184).

⁴⁴⁰ Conforme constata: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Ação Afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 131, 1996, p. 294.

⁴⁴¹ MIGUEL, Luis Felipe; QUEIROZ, Cristiana Monteiro de. Diferenças regionais e o êxito relativo de mulheres em eleições municipais no Brasil. *Revista Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 14, n. 2, 2006, p. 382.

⁴⁴² MARX, Ivan Cláudio. Discriminação: alguma questões atuais. *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, Brasília, n. 37, 2012, p. 17. Em parte, isso pode ser explicado pela resistência às políticas inclusivas, com adoção de técnicas para “burlá-las”, conforme: BOLOGNESI, Bruno. A Cota Eleitoral de Gênero: política pública ou engenharia eleitoral?. *Revista Paraná Eleitoral*, v. 1, n. 2, 2012, p. 113-129.

⁴⁴³ SOUZA, Sílvia Rita. A Mulher nos Espaços de Poder Político. *Cadernos Adenauer XIV*, n. 3, 2013, p. 186.

⁴⁴⁴ *Ibidem*, p. 186.

⁴⁴⁵ Aqui é feito o paralelo com a ideia de “cultura de paz”, entendendo-se que paz não é apenas a ausência de guerras e conflitos, ou seja, fenômenos externos às pessoas (TAPETY, Clésio Ibiapina. Os Direitos Humanos na Construção de uma Cultura da Paz: meios de construção ou de demolição?. *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, Brasília, n. 34, 2011, p. 168), mas também abarca “um estado de consciência que deve ser buscado no interior de cada homem, comunidade ou nação” (*ibidem*, p. 177).

Deve-se ter conscientização e autoanálise, havendo a necessidade “de enxergar que a discriminação continua presente e, até mesmo, dentro de cada um”⁴⁴⁶.

Portanto, “o avanço jurídico conquistado pelas mulheres não corresponde muitas vezes a um real tratamento isonômico”, consubstanciado na efetiva fruição da igualdade no plano da realidade⁴⁴⁷. Portanto, ainda é necessário que haja mudança de hábitos, que a cultura seja alterada, para superar as posições historicamente ultrapassadas de subjugação da mulher⁴⁴⁸. Neste ponto destaca-se a ideia de igualdade de gênero como limite à atuação fática, categoria que foi referida anteriormente. É possível que os agentes da sociedade, na consecução de outros objetivos, atuem de forma a violar este preceito constitucional, abalando a pretendida isonomia, conforme será demonstrado.

3.3.2 A igualdade de gênero na Constituição Federal de 1988

Na Constituição Federal, diversos dispositivos fazem referência ao direito à igualdade de gênero em um sentido mais amplo, ao proibir a discriminação entre os sexos (a exemplo do art. 3º, IV⁴⁴⁹ e do art. 7º, XXX⁴⁵⁰). Em alguns casos, a Constituição já promove tratamento normativo diferenciado entre homens e mulheres, com vista à promoção da igualdade no plano da realidade⁴⁵¹, a exemplo do art. 7º, XX⁴⁵². Para investigar o conteúdo de tal preceito, adotar-se-á como parâmetro as discussões que foram realizadas no âmbito da elaboração do Texto Constitucional. Não que o teor então debatido corresponda a todo o conteúdo deste princípio, ou mesmo que as balizas colocadas na Constituinte seja um limite intransponível ao que atualmente deve ser extraído do direito à igualdade de gênero. É, contudo, um bom indicativo das ideias que precederam a positivação, podendo servir de guia para a análise que será feita no capítulo seguinte, referente à compatibilização de certos tipos de peças publicitárias com a norma citada.

⁴⁴⁶ MARX, Ivan Cláudio. Discriminação: algumas questões atuais. *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, Brasília, n. 37, 2012, p. 16.

⁴⁴⁷ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 20. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 184.

⁴⁴⁸ *Ibidem*, p. 185.

⁴⁴⁹ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: (...) IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

⁴⁵⁰ Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...)XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil;

⁴⁵¹ SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 691.

⁴⁵² (...) XX - proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei;

Alguns temas, embora fortemente ligados à causa feminista e que geraram amplos debates na Constituinte, a exemplo do abortamento⁴⁵³, não serão tratados aqui, por se entender que não contribuem tão significativamente para o exame que seguirá no próximo capítulo, dando-se evidência, assim, àqueles assuntos que possuem maior capacidade de esclarecimento. Mesmo antes da instalação da Assembleia, já havia movimentação popular em torno da necessidade de que a igualdade de gênero consubstanciasse conteúdo constitucional. Ainda em 1985, foi publicada a Carta da Mulher Brasileira aos Constituintes⁴⁵⁴, trazendo setenta e três reivindicações que emergiram dos movimentos espalhados pelo país⁴⁵⁵ e foram aprovadas em um encontro nacional que reuniu “cerca de duas mil mulheres representativas de grupos feministas, sindicatos, partidos políticos e inúmeras associações civis que incluem o fim das discriminações por motivo de sexo em seus programas de ação”⁴⁵⁶. Ainda que boa parte da pauta não estivesse relacionada diretamente com o tema aqui referido⁴⁵⁷, houve diversos itens que contemplavam a igualdade de gênero em diversos aspectos, incluindo-se questões familiares, trabalhistas, previdenciárias dentre outras⁴⁵⁸.

No início da Constituinte, desde a formação das comissões, a relevância conferida à igualdade entre homens e mulheres já era indicada pelo nome de uma delas: Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher. Contudo, o baixo índice de mulheres na Assembleia, cujos constituintes foram eleitos pelo povo, foi algo criticado⁴⁵⁹. Por vezes, os constituintes se ocuparam de questões de maior conotação moral. No âmbito da discussão se deveria ou não ser vedada a transmissão de imagens atentatórias ao pudor, José Paulo Bisol, defendendo a não inclusão de dispositivo neste sentido, observou que a visão da sociedade sobre a mulher tinha mudado: fazendo referência ao termo “mulher honesta” então vigente no Código Penal, apontou que na década de 1940 uma mulher de biquíni não se

⁴⁵³ BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. *Atas da Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher*, Brasília, 1987, p. 38. A referência é à constatação da constituinte Anna Maria Rattes.

⁴⁵⁴ O inteiro teor da carta pode ser conferido em: BONETTIE, Alinne; FONTOURA, Natália; MARINS, Elizabeth. Sujeito de Direitos? Cidadania Feminina nos Vinte Anos da Constituição Cidadã. In: *Políticas Sociais: acompanhamento e análise*, Brasília, n. 17, v. 3, 2008, p. 252-257.

⁴⁵⁵ ALVES, Gustavo Biasoli; WINKELMANN, Sandra Mônica. Mulher, História, Imprensa e Constituinte: uma análise do jornal O Estado do Paraná. In: *Tempo de Ciência*, v. 14, n. 28, 2007, p. 95.

⁴⁵⁶ A afirmação foi feita pela representante do Conselho Nacional dos Direitos da Mulher, Comba Marques Porto, na Subcomissão da Família, do Menor e do Idoso (BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. *Atas da Subcomissão da Família, do Menor e do Idoso*, Brasília, 1987, p. 23).

⁴⁵⁷ Abarcava-se, por exemplo, a “reforma agrária”, “proteção ao meio-ambiente” ou a “negociação soberana da dívida externa”, dentre outros (ALVES; WINKELMANN, op. cit., p. 94).

⁴⁵⁸ *Ibidem*, p. 92-93.

⁴⁵⁹ “Veja se as mulheres têm oportunidade de se candidatar? A vida pública, até hoje, foi feita para os homens”, pontuou Anna Maria Rattes (BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. *Atas da Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher*, Brasília, 1987, p. 38).

enquadraria no preceito normativo, ao passo que em 1987, em decorrência de uma “transformação profunda”, tais considerações acerca do vestuário feminino não eram mais cabíveis⁴⁶⁰.

Ao tocar no tema da possibilidade de pena de morte para crimes graves, como o estupro, Lídice da Mata iniciou seu discurso pontuando que era um absurdo o pensamento transmitido em alguns veículos da imprensa de que a mulher participaria de tal ato, o qual poderia ser evitado se assim ela quisesse, e que a honra de tais mulheres não poderia simplesmente ser “lavada” pelos “homens machões”⁴⁶¹. Rita Camata criticou o fato de que a mulher, ao sofrer violência sexual, seria porque “ela deu bola e ele foi”, sendo isto uma constatação do machismo do povo, que deveria ser alterado gradualmente, inclusive por influência da nova constituição⁴⁶². Eraldo Tinoco assentou que a violência sexual ocorreria também dentro dos lares, violando o direito de escolha da mulher⁴⁶³.

Um dos principais temas relativo à igualdade de gênero discutido na Assembleia foi aquele relativo ao papel da mulher na sociedade, notadamente no que se refere ao trabalho remunerado e o doméstico. Afirmou-se que a igualdade prevista para homens e mulheres significava também que “o homem tem que cuidar do nenê, tem que ajudar na cozinha, tem que lavar louça etc.”, de forma a propiciar a “luta de emancipação da mulher”⁴⁶⁴. Defendeu-se o fim do patriarcalismo na família brasileira⁴⁶⁵, constatando-se que, de fato, muitas mulheres já eram as responsáveis pela “direção” do núcleo familiar⁴⁶⁶. Um dos argumentos utilizados, por José Paulo Bisol, para prover a igualdade entre os filhos concebidos dentro ou fora do casamento, foi que a não aceitação desta ideia seria “prestigiar o homem” “quando se trata de uma saidinha de casa”, e que isso seria machismo⁴⁶⁷. Em relação à igualdade entre adotivos e não adotivos, sustentou o constituinte que haveria à época o costume de “filhas adotivas que não eram filhas, mas empregadas domésticas e não tinham direito algum”⁴⁶⁸.

⁴⁶⁰ Ibidem, p. 84.

⁴⁶¹ Ibidem, p. 113.

⁴⁶² BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. *Atas da Subcomissão da Família, do Menor e do Idoso*, Brasília, 1987, p. 28.

⁴⁶³ Ibidem, p. 34.

⁴⁶⁴ BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. *Atas da Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher*, Brasília, 1987, p. 60.

⁴⁶⁵ BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. *Atas da Subcomissão dos Direitos Políticos, Direitos Coletivos e Garantias*, Brasília, 1987, p. 48.

⁴⁶⁶ BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. *Atas da Subcomissão da Família, do Menor e do Idoso*, Brasília, 1987, p. 23.

⁴⁶⁷ BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. *Atas da Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher*, Brasília, 1987, p. 59.

⁴⁶⁸ Ibidem, p. 59.

As discussões acerca da necessidade de tratamento jurídico diferenciado para tentar corrigir a desigualdade fática entre os gêneros estiveram presentes também no momento de elaboração da Constituição de 1988, havendo à época a constatação de que as mulheres que trabalhavam fora de casa normalmente realizavam a dupla jornada, ou seja, também eram as responsáveis pelo serviço doméstico, de forma que se defendeu a necessidade de que o texto constitucional assegurasse a elas tempo menor de contribuição, em relação aos homens, para aposentadoria⁴⁶⁹. Sugeriu-se também que houvesse um programa nacional com vistas à equiparação da qualificação profissional, do acesso à cultura e da remuneração pelo trabalho entre homens e mulheres⁴⁷⁰.

Assim, conforme definiu Marcondes Gadelha “o espírito dominante nesta Constituinte é o da época, é o da igualdade entre o homem e a mulher, é o espírito de isonomia (...)”⁴⁷¹. Feita uma breve análise do conteúdo igualitário de gênero veiculado durante a Assembleia Constituinte, passa-se a analisar algumas decisões do STF sobre o tema, de forma a pontuar como ele vem sendo desenvolvido jurisprudencialmente.

Na ADI 2.019-6/MS, o STF afirmou ser inconstitucional lei estadual que estabelecia pensão mensal para crianças geradas a partir de estupro, desde que a mãe assumisse a criança e registrasse como sua prole, sob o fundamento de que uma genitora com boas condições pecuniárias poderia vir a receber tal benefício sem necessidade⁴⁷². Contudo, deve-se notar que o benefício não era para a mãe, mas para a criança⁴⁷³, e que, de toda sorte, este motivo apenas serviria para afastar a aplicação da lei aos casos desnecessários, e não a todos os casos (seria possível, portanto, realizar declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução do texto).

No RE 197.807/RS⁴⁷⁴, o STF considerou que não seria possível comparar a mãe adotante com a mãe biológica para efeito de concessão de licença-maternidade. Reflexamente, o STF acabou fazendo distinção entre filhos adotivos e biológicos, em dissonância do Texto Constitucional⁴⁷⁵, tendo em vista que o período de licença não é só relevante para mãe, mas

⁴⁶⁹ Neste sentido foi o discurso do constituinte Del Bosco Amaral (BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. *Atas da Comissão de Sistematização*, 1987, p. 345. Disponível em:

<<http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/constituente/sistema.pdf>>. Acesso em 18 mai. 2015.

⁴⁷⁰ BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. *Atas da Subcomissão da Família, do Menor e do Idoso*, Brasília, 1987, p. 101.

⁴⁷¹ BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. *Atas da Comissão da Família, da Educação, Cultura e Esportes, da Ciência e Tecnologia e da Comunicação*, Brasília, 1987, p. 69.

⁴⁷² STF, Tribunal Pleno, ADI 2019/MS, Rel. Min. Ilmar Galvão, julg. 02.08.2001.

⁴⁷³ ROTHENBURG, Walter Claudius. O Problema da Igualdade Real: comentário de algumas decisões do Supremo Tribunal Federal. *Revista Direito GV*, São Paulo, vol. 5, n. 1, 2009, p. 110-111.

⁴⁷⁴ STF, Primeira Turma, RE 197.807/RS, Rel. Min. Octavio Gallotti, julg. 30.05.2000, DJ. 18.08.2000.

⁴⁷⁵ ROTHENBURG, op. cit., p. 111. Assim está disposto no art. 227, § 6º: “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações

também – e possivelmente até mais – para o filho. Na ADI 1946, o STF entendeu que o teto do valor a ser pago em relação aos benefícios do regime geral da previdência social não poderia ser aplicável à licença-maternidade, sob pena de desequiparar homens e mulheres em relação aos direitos do trabalhador⁴⁷⁶. Levou-se em consideração, assim, “as consequências sociais em relação ao mercado de trabalho e à discriminação de gênero”⁴⁷⁷. No RE 420.839 AgR, decidiu-se que as servidoras públicas que apenas detêm cargo em comissão têm direito à licença-maternidade e à estabilidade provisória, não podendo ser exoneradas⁴⁷⁸.

No RE 658.312/SC, o STF entendeu constitucional o art. 384 da CLT, o qual estabelece um intervalo de quinze minutos para as mulheres trabalhadoras antes da jornada extraordinária, sustentando haver justificativa para a desequiparação, tendo em vista que a mulher teria “menor resistência física”, bem como que seria comum “o acúmulo pela mulher de atividades no lar e no ambiente de trabalho”⁴⁷⁹.

Da breve análise de algumas decisões do STF, percebe-se que, à semelhança da Assembleia Constituinte, excluindo-se o tema do abortamento, o citado tribunal também se manifesta acerca da igualdade de gênero notadamente em questões sobre o trabalho fora de casa e doméstico. Esta constatação, somada ao conteúdo exposto acerca da evolução histórica do direito à igualdade, mostra não só que há uma preocupação maior com este tema específico, como também há mais consenso sobre a necessidade de afirmar que homens e mulheres devem ter o mesmo tratamento notadamente quanto às atividades desenvolvidas na sociedade e na família, sendo o âmbito do trabalho de grande relevância para a constituição identitária⁴⁸⁰. Esta conclusão parcial será de grande relevância para o exame que será realizado no capítulo seguinte.

O conteúdo que foi apresentado até aqui, contudo, vai à esteira do que normalmente se observa em trabalhos publicados sobre a igualdade de gênero: a situação é examinada total ou

discriminatórias relativas à filiação”. O legislador ordinário estabeleceu posteriormente a referida equiparação, regulamentada na Lei n. 10.421/02.

⁴⁷⁶ STF, Tribunal Pleno, ADI 1946, Rel. Min. Sydney Sanches, julg. 03.04.2003, Dj. 16.05.2003.

⁴⁷⁷ ROTHENBURG, op. cit., p. 112.

⁴⁷⁸ STF, Primeira Turma, RE 420.839 AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, julg. 20.03.2012. DJe 26.04.2012.

⁴⁷⁹ A ementa dispõe que: “3. A Constituição Federal de 1988 utilizou-se de alguns critérios para um tratamento diferenciado entre homens e mulheres: i) em primeiro lugar, levou em consideração a histórica exclusão da mulher do mercado regular de trabalho e impôs ao Estado a obrigação de implantar políticas públicas, administrativas e/ou legislativas de natureza protetora no âmbito do direito do trabalho; ii) considerou existir um componente orgânico a justificar o tratamento diferenciado, em virtude da menor resistência física da mulher; e iii) observou um componente social, pelo fato de ser comum o acúmulo pela mulher de atividades no lar e no ambiente de trabalho – o que é uma realidade e, portanto, deve ser levado em consideração na interpretação da norma. 4. Esses parâmetros constitucionais são legitimadores de um tratamento diferenciado desde que esse sirva, como na hipótese, para ampliar os direitos fundamentais sociais e que se observe a proporcionalidade na compensação das diferenças”.

⁴⁸⁰ VAZQUEZ, Petilda Serva. *Constituição de Identidade de Sujeito da Mulher no Mundo do Trabalho*. In: *Caderno de Textos Gênero e Trabalho*. Salvador: Redor, 2006, p. 131-132.

quase que totalmente sob a perspectiva feminina, ou seja, de que forma a desigualdade de gênero atinge as mulheres⁴⁸¹. Em relação à análise histórica que foi feita, percebe-se que antigamente a desigualdade entre ambos os sexos era tão grande que, de fato, fazia muito sentido que as observações fossem concentradas sob o prisma feminino. Contudo, com o desenvolvimento da concretização da igualdade de gênero – embora certamente ainda haja muito a percorrer pelo lado das mulheres – torna-se cada vez mais evidente que a observação das relações entre os sexos deve também ocorrer por uma perspectiva masculina.

Esta percepção, inclusive, não escapou aos debates na Assembleia Constituinte. Ao fazer referência à pensão por morte, Lysâneas Maciel chamou atenção para o fato de que, à época, o homem não recebia pensão caso sua mulher, contribuinte da Previdência Social, viesse a falecer, sustentando que tal fato era um prejuízo para o homem, embora fosse uma discriminação contra a mulher⁴⁸² – alegação da qual discordou João Menezes, entendendo que era discriminação contra o homem mesmo⁴⁸³. Acerca da possibilidade de legalização do abortamento, Francisco Rollemberg afirmou que o homem também deveria ter responsabilidade pela decisão, entendimento que, segundo ele, não seria machismo, mas “feminismo exacerbado”⁴⁸⁴.

Neste diapasão, é preciso que as questões de gênero sejam vistas também em relação ao prejuízo causado aos próprios homens⁴⁸⁵. Se, por exemplo, uma peça publicitária retrata um homem agindo de forma cogente ou agressiva em relação a uma mulher, esta peça não apenas está reproduzindo apenas uma ideia incompatível com a igualdade de gênero, mas ao menos duas outras. Pela ótica do prejuízo às mulheres, a propagação do pensamento de que é possível agir desta forma pode influenciar culturalmente alguns homens a que assim procedam, implicando violência às mulheres no plano da realidade. Para além, há um reforço da imagem de submissão da mulher ao homem. Contudo, uma terceira incompatibilidade, vista mais intensamente pela ótica masculina, é exatamente de que os homens são representados de uma forma que é incompatível com o que alguns – ou muitos – também

⁴⁸¹ NELSON, Rocco Antonio Rangel Rosso. Da (Des)Construção da Igualdade na Igualdade de Gênero. *Revista Direito e Política*, Itajaí, v. 9, n. 2, 2014, p. 691.

⁴⁸² BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. *Atas da Subcomissão dos Direito Políticos, Direitos Coletivos e Garantias*, Brasília, 1987, p. 29.

⁴⁸³ *Ibidem*, p. 29.

⁴⁸⁴ *Ibidem*, p. 62.

⁴⁸⁵ Em um sentido ampliado: “a busca pela igualdade de gênero está para além da equidade entre masculino e feminino, ou mesmo da conquista de um novo papel para a mulher na sociedade, o que só pode ser obtido com igualdade substantiva na vida social, na qual mulheres e homens de diferentes raças/etnias, orientação sexual e identidade de gênero, possam vivenciar sua diversidade sem opressão (...) permitindo uma mediação do gênero com outras dimensões” (SANTOS, Silvana Mara de Moraes dos; OLIVEIRA, Leidiane. Igualdade nas Relações de Gênero na Sociedade do Capital: limites, contradições e avanços. *Revista Katálysis*, Florianópolis, v. 13, n. 1, 2010, p. 13).

consideram inadequado. Se as mulheres entendem que não são submissas aos homens e que, por serem retratadas dessa forma, há violação à imagem coletiva feminina, é igualmente possível constatar que, para aqueles homens que também discordam da ideia de que são superiores às mulheres, há violação à imagem-atributo da coletividade masculina.

Com efeito, se se considera que a desigualdade de gênero é um desvalor, algo que deve ser abominado, a retratação de uma coletividade por meio de uma representação que reproduz este desvalor é algo que também viola a forma como esta coletividade pretende ser vista no meio social. Uma possível objeção a este raciocínio seria de que os homens não se incomodariam, pois estariam sendo retratados como superiores. Esta suposição, contudo é refutada por duas constatações. A primeira é a de que simplesmente existem homens que criticam essa visão⁴⁸⁶ por valorativamente discordarem dela – inclusive, se assim não fosse possível, a igualdade de gênero jamais seria alcançável. A segunda é que, mesmo para aqueles que se sentem bem com esta retratação de superioridade, a representação poderia se tornar desfavorável à medida que ela seja vista como injusta por boa parte do corpo social. Não se ignora que há aqueles que concordam de qualquer forma com a ideia de superioridade masculina. Mas se isto for suficiente para obstar a ideia de que na hipótese referida há violação à imagem-atributo dos homens, também se deve considerar que não há violação da imagem-atributo feminina, tendo em vista que algumas são favoráveis à submissão das mulheres aos homens⁴⁸⁷. A rigor, é difícil que em relação a interesses transindividuais não se tenha opiniões contrapostas entre os afetados⁴⁸⁸; isto, contudo, não deve obstar as constatações acerca da ocorrência ou não de violação a tais interesses.

Em sentido análogo ao aqui exposto, Douglas Fischer, analisando a forma como o garantismo penal desenvolveu-se no Brasil, sustenta que parte da doutrina e jurisprudência teria adotado um “garantismo hiperbólico monocular”, pautado em evidenciar isoladamente e

⁴⁸⁶ Neste sentido, Friedrich Engels comparava a relação homem-mulher à do burguês-proletário, conclamando que ambas deveriam ser alteradas (*The Origin of the Family, Private Property and the State*. Chippendale: Resistance Books, 2004, p. 80).

⁴⁸⁷ O DIA. Vereadora Crítica Casamento Gay e Defende “Mulher Submissa ao Homem”. In: *IG*, 05 jun. 2013. Disponível em: <<http://odia.ig.com.br/noticia/brasil/2013-06-05/vereadora-critica-casamento-gay-e-defende-mulher-submissa.html>>. Acesso em 03 set. 2015. De uma forma mais extremada, nas comunidades “Amish” nos Estados Unidos, a submissão – que não é vista como uma forma de opressão – é um valor cultuado por todos, atingindo também as mulheres nas relações com seus maridos e nos papéis que cada um desempenha (CATES, James A. *Serving the Amish: a cultural guide for professionals*. Baltimore: John Hopkins University, 2014, p. 64-65).

⁴⁸⁸ As considerações sobre a “intensa litigiosidade interna” dos interesses transindividuais serão feitas no capítulo 5.

de forma exagerada apenas um lado da questão⁴⁸⁹. Sem analisar o mérito da proposição naquela área, esta ideia certamente pode ser aplicada no que tange à igualdade de gênero. A igualdade de gênero pressupõe a superação das atribuições que tradicionalmente são feitas aos papéis que homens e mulheres desempenham nas relações sociais não apenas em relação a situações econômicas, mas a todas as definições que limitam a atuação dos indivíduos no livre desenvolvimento de suas personalidades⁴⁹⁰. A construção de estereótipos de gênero não é prejudicial apenas às mulheres, mas também aos homens. Contudo, a construção da igualdade de gênero tende a ser vista apenas pela ótica feminina, por isso seria “monocular”⁴⁹¹; ademais, utiliza-se demasiadamente o “machismo” como causa de quase todos os males que afligem as mulheres⁴⁹². Esta visão não é compatível com a Constituição Federal de 1988.

Para exemplificar o que foi afirmado, pode-se constatar que homens também sofrem com a discriminação caso pretendam desenvolver atividades consideradas femininas – inclusive pelas próprias mulheres⁴⁹³. Mesmo em relação às crianças, a reprovação escolar de meninos é significativamente mais comum do que de meninas, ainda que em situações de igual rendimento, pela visão de que o menino é mais “mal comportado” e não mereceria a mesma segunda chance⁴⁹⁴. A construção de que só à mulher cabem os cuidados domésticos e familiares pode afastar o pai destas atividades, sendo que, em verdade, o trabalho familiar de cuidado é benéfico para os homens⁴⁹⁵, pelo que o embaraço criado pelas construções de gênero mostra-se prejudicial. O homem é constrangido a não demonstrar sua emoção e

⁴⁸⁹ FISCHER, Douglas. O que é Garantismo Penal (Integral)?. In: *Garantismo Penal Integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil*. 2. ed. Bruno Calabrich, Douglas Fischer, Eduardo Pelella (org.). Salvador: Juspodivim, 2013, p. 38.

⁴⁹⁰ “O ‘masculino’ e o ‘feminino’ são criações culturais e, como tal, são comportamentos apreendidos através do processo de socialização que condiciona diferentemente os sexos para cumprirem funções sociais específicas e diversas. Essa aprendizagem é um processo social. Aprendemos a ser homens e mulheres e a aceitar como ‘naturais’ as relações de poder entre os sexos. A menina, assim, aprende a ser doce, obediente, passiva, altruísta, dependente; enquanto o menino aprende a ser agressivo, competitivo, ativo, independente” (ALVES, Branca Moreira; PITANGUY, Jacqueline. *O que é Feminismo*. São Paulo: Brasiliense, 1981, p. 57).

⁴⁹¹ O próprio autor deste trabalho, em escrito anterior, imbuído da tendência aqui explanada, abordou a igualdade de gênero pela perspectiva monocular (SANTOS, Igor Silveira Santana. Publicidade Abusiva e Imagem-atributo das Consumidoras: uma abordagem transindividual. In: *Proteção Constitucional à Imagem: dimensão coletiva*. Manoel Jorge e Silva Neto (org.). Salvador: Paginae, 2015, p. 54-56).

⁴⁹² A sustentação do que é alegado aqui será feita no próximo tópico, relativo ao feminismo.

⁴⁹³ Neste sentido, um estudo analisou, dentre outras coisas, o grau de desejabilidade para casamento das pessoas do sexo oposto segundo a profissão, com base em atividades definidas como de alta ou baixa masculinidade ou feminilidade pelos entrevistados, concluindo-se que os homens (e também mulheres) que têm trabalhos “atípicos” para seu sexo são considerados menos desejáveis para o sexo oposto (BADGETT, M. V. Lee; FOLBRE, Nancy. Job Gendering: occupational choice and the marriage market In: *Industrial Relations*, v. 42, n. 2, 2003, p. 295).

⁴⁹⁴ THE ECONOMIST. *The Weaker Sex*, 07 mar. 2015. Disponível em: <readmore.economist.com/?a=21645759&cid = real>. Acesso em 09 jul. 2015.

⁴⁹⁵ BADGETT; FOLBRE, op. cit., p. 356.

ternura⁴⁹⁶. Há também homem que é discriminado por não ter vontade de praticar relações sexuais com a parceira, sendo indevidamente alcunhado de “gay” por ela⁴⁹⁷, ou mesmo a pressão para que o desempenho masculino seja sempre inabalável⁴⁹⁸. Por vezes, a visão monocular é referendada pelo próprio Estado. Assim, um projeto de lei que preveja licença-maternidade para a mãe que adota uma criança, mas não para o pai que o faz, deve igualmente ser visto como um problema de gênero⁴⁹⁹. Neste caso, não há razões biológicas, notadamente a amamentação (salvo coincidências pontuais), para justificar a desequiparação normativa.

Para além dos atos discriminatórios, há situações fáticas em que homens possuem ou começam a demonstrar maior vulnerabilidade do que as mulheres. Por exemplo, países desenvolvidos onde as mulheres ultrapassaram significativamente os homens no campo da educação formal iniciaram pesquisas e programas para analisar e atenuar a situação⁵⁰⁰. Nestes casos, é possível afirmar que, se em algum aspecto começa a surgir um distanciamento entre homens e mulheres que, para além da igualdade, coloque-as em nível significativamente superior, torna-se necessário analisar o problema, e, se cabível, adotar medidas que permitam aos homens atingir o mesmo patamar. Ou ainda, desenvolvimento de medidas específicas para atender situações nas quais os homens sejam mais vulneráveis⁵⁰¹, a exemplo do que aconteceu com a adoção da “Lei Maria da Penha”, no caso das mulheres.

Este é o significado de uma igualdade de gênero completa, “binocular”, um preceito voltado não só para equiparar as mulheres aos homens, mas também funcionando no sentido inverso, tendo em vista que a igualdade é um conceito relacional (implicando comparação

⁴⁹⁶ ALVES; PITANGUY, op. cit., p. 9.

⁴⁹⁷ STEFANELLI, Bárbara. Assexuais. In: *Uol TAB*, 20 jul. 2015. Disponível em: <<http://tab.uol.com.br/assexuais/>>. Acesso em: 22 jul. 2015. A autora, ao abordar o tema dos assexuais, pessoas que não tem vontade de praticar sexo, transcreve o relato de Richard Harts da Silva, quando este, após três meses de namoro com uma garota, contou que não queria ter relações sexuais: “ela começou a brigar comigo. Me chamou de gay, de homossexual”. A autora esclarece ainda que isso não significa que, necessariamente, eles não queiram relacionamentos com o sexo oposto.

⁴⁹⁸ UOL MULHER. *Ideal de “Força e Poder” Faz Medo de Brochar Attingir 64% dos Homens*, 15 jul. 2015. Disponível em: <<http://mulher.uol.com.br/comportamento/noticias/redacao/2015/07/15/ideal-de-forca-e-poder-faz-medo-de-brochar-atingir-64-dos-homens.htm>>. Acesso em 23 jul. 2015. Assim, uma pesquisa realizada pela Sociedade Brasileira de Urologia, com mais de três mil homens acima dos 35 anos, mostra que quase dois terços deles tem medo de não ter ereção no ato sexual, fato que estaria relacionado à construção do papel do homem “macho”, que deve sempre ter poder, sucesso, coragem e nunca falhar.

⁴⁹⁹ BARROS, Alice Monteiro de. Cidadania, Relações de Gênero e Relações de Trabalho. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, Belo Horizonte, v. 47, n. 77, 2008, p. 67-83.

⁵⁰⁰ THE ECONOMIST, op. cit. O artigo aponta que, frente à significativa defasagem escolar medida entre meninos e meninas a Suécia criou uma comissão para pesquisar a “crise dos meninos”, ao passo que a Austrália desenvolveu um programa de incentivo à leitura para eles. E acrescenta que “em apenas algumas gerações, uma diferença entre os gêneros foi fechada, apenas para que outra fosse aberta” (traduziu-se).

⁵⁰¹ Assim, por exemplo, no Reino Unido, em 2013, praticamente quatro em cada cinco suicídios eram de homens (GALLAGHER, James. *Suicide in men 'highest since 2001'*. In: *BBC NEWS*, 19 fev. 2015. Disponível em: <<http://www.bbc.com/news/health-31533551>>. Acesso em 21 jul. 2015). Seguramente é uma situação que deve ser objeto de uma medida específica para estudada, prevenida e melhorada.

entre seres ou situações⁵⁰²), pelo que não pode ser adequadamente compreendida se analisada apenas por um viés. Igualdade de gênero neste sentido implica considerar, por exemplo, que o homem também fica constrangido por ter que trocar de roupa na frente das colegas mulheres no trabalho, por existência de vestiário comum, tendo direito à reparação por danos morais⁵⁰³ – e não só na situação contrária, como possivelmente seria afirmado no passado.

A conquista da igualdade de gênero deve ser vista como algo que interessa à sociedade toda e não apenas à mulher⁵⁰⁴. E, se interessa a todos, então todos devem ter sua perspectiva contemplada. Esta visão completa das questões de gênero não significa que não se deva dar maior espaço à ótica feminina – tendo em vista que atualmente as mulheres ainda são mais atingidas pela desigualdade –, mas sim que a perspectiva masculina também deve ser considerada ao se abordar temas que, com base nas definições tradicionais de papéis, atingem os homens e as mulheres, ou, em alguns casos, só os homens, conforme será visto no capítulo seguinte⁵⁰⁵.

3.3.3 Igualdade de gênero e feminismo

Um tema que se entende relevante discutir acerca da igualdade de gênero é qual a sua relação com o termo “feminismo”. Isto porque há quem defina que o feminismo é o “movimento que luta por direitos iguais entre gêneros”, não se confundindo com o “femismo”, que seria o “comportamento que coloca o sexo feminino em superioridade ao homem” (sendo, portanto, o outro lado do que seria o machismo)⁵⁰⁶. Contudo, há pessoas que se definem feministas que entendem que os homens não deveriam participar de tal movimento, ou que, no máximo, poderiam participar como não protagonistas⁵⁰⁷. Aceitas estas

⁵⁰² FAVORETTI, Jaciely. A Igualdade para Todos. *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, Brasília, n. 39, 2012, p. 286.

⁵⁰³ TST, Sétima Turma, AIRR 0001235-92.2011.5.01.0024, Rel. Min. Cláudio Brandão, julg. 17.06.2015, DJe 19.06.2015.

⁵⁰⁴ CALIL, Léa Elisa Silingowschi. *História do direito do trabalho da mulher: aspectos histórico-sociológicos do início da República ao final deste século*. São Paulo: LTr, 2000, p. 53.

⁵⁰⁵ Por exemplo, no tópico relativo ao déficit de representatividade.

⁵⁰⁶ TRAMONTINA, Mariana. *Feminismo*. In: *Uol TAB*, 11 mar. 2015. Disponível em: <<http://tab.uol.com.br/feminismo/>>. Acesso em 22 jul. 2015. Também no sentido de feminismo como igualdade tanto de mulheres quanto homens: ALVES, Branca Moreira; PITANGUY, Jacqueline. *O que é Feminismo*. São Paulo: Brasiliense, 1981, p. 9.

⁵⁰⁷ ESCREVA Lola Escreva. Homens Podem (e Devem) Ser Feministas, 9 de junho de 2014. Disponível em: <<http://escrevalolaescreva.blogspot.com.br/2014/06/homens-podem-e-devem-ser-feministas.html>>. Acesso em 23 jul. 2015. O blog em questão é um dos mais acessados sobre o tema, escrito por uma feminista, tendo tido quase treze milhões de acessos desde fevereiro de 2008. Na postagem, a autora constata diversos episódios ou movimentos que excluem os homens do feminismo, inclusive adotando expressões pejorativas para aqueles que querem aderir ao movimento, sendo alcunhados de “feministas”. A autora, embora queira a participação dos homens, é da opinião que eles não podem ser protagonistas.

duas premissas (de que feminismo equivale à igualdade de gênero e que homens não podem participar ou ter protagonismo no feminismo), a própria validade do presente trabalho é colocada em xeque, tendo em vista que escrito por pessoa do sexo masculino. De uma forma mais geral, o tópico é relevante para investigar quem estaria “legitimado” a debater a igualdade de gênero. Neste sentido, faz-se necessário examinar mais aprofundadamente o tema.

Primeiro é de se destacar que não existe “um feminismo”, mas pessoas e coletivos com ideias que podem variar⁵⁰⁸, inclusive historicamente⁵⁰⁹, atingindo pautas até mesmo contrárias⁵¹⁰, podendo também haver divergências com outros movimentos de mulheres⁵¹¹. Contudo, será feita uma análise geral, média, do que atualmente é defendido e propagado por aqueles que se identificam como feministas. Para tanto, utiliza-se da ideia do sociólogo Manuel Castells de que a internet funciona como um espelho da sociedade, que mostra os indivíduos como eles são e o que pensam⁵¹². Assim, uma das formas de analisar a sociedade é exatamente examinar o que acontece nas redes sociais⁵¹³. Neste trabalho, utilizou-se a rede social “Facebook” para investigar o que as pessoas que se definem como feministas defendem atualmente. Na impossibilidade de proceder à pesquisa de todas as páginas⁵¹⁴ sobre o tema, elegeu-se⁵¹⁵ as cinco mais curtidas⁵¹⁶ para exame acerca do conteúdo das últimas vinte

⁵⁰⁸ ALVES, Branca Moreira; PITANGUY, Jacqueline. *O que é Feminismo*. São Paulo: Brasiliense, 1981, p. 8-9.

⁵⁰⁹ BESSE, Susan K. *Modernizando a Desigualdade: reestruturação da ideologia de gênero no Brasil 1914-1940*. Lólio Lourenço de Oliveira (trad.). São Paulo: Editora da USP, 1999, p. 182.

⁵¹⁰ RAGO, Margareth. Trabalho Feminino e Sexualidade. In: *História das Mulheres no Brasil*. 8. ed. Mary Del Priore (org.). São Paulo: Contexto, 2006, p. 596-597.

⁵¹¹ PAULILO, Maria Ignez S. Trabalho Familiar: uma categoria esquecida de análise. *Revista Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 12, n. 1, 2004, p. 247-248.

⁵¹² COLOMBO, Sylvia. Simpatia do Brasileiro é um Mito, Diz Sociólogo Manuel Castells. In: *Folha de São Paulo*, 18 mai 2015. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2015/05/1630173-internet-so-evidencia-violencia-social-brasileira-afirma-sociologo-espanhol.shtml>>. Acesso em 13 jul. 2015. A afirmação do sociólogo foi feita em entrevista concedida à autora da matéria.

⁵¹³ Neste sentido, o referido autor produziu uma obra que analisava os movimentos de revolta e revolução que tomaram conta do mundo entre 2008 e 2013 com ampla análise das redes sociais, em especial do Twitter: CASTELLS, Manuel. *Redes de Indignação e Esperança: movimentos sociais na era da internet*. Carlos Alberto Medeiros (trad.). São Paulo: Zahar, 2013.

⁵¹⁴ As “páginas” do Facebook são endereços de conteúdo aberto, semelhante a um “blog” dentro da própria rede social, sendo possível atualizar o conteúdo a qualquer momento, o qual ficará disponível para qualquer pessoa visualizar.

⁵¹⁵ A ferramenta de busca do Facebook leva em conta informações pessoais da conta do usuário, incluindo-se a língua e país de origem do usuário, suas preferências de acesso, a interação dos amigos do usuário com os resultados da busca, dentre outros. Neste sentido, a busca realizada pelo pesquisador poderia ter apontado outros resultados se feita por outro usuário. O termo de pesquisa foi o vocábulo “femini”, o que faz com que toda página que tenha o referido termo em parte de seu nome seja encontrada. Frente ao resultado, o pesquisador analisou as sugestões de páginas que foram originadas da busca, selecionando-se páginas que se apresentam como feministas, ainda que não façam referência expressa ao termo, a exemplo da “Não Me Kahlo”. A pesquisa foi realizada entre os dias 13 e 15 de julho de 2015.

⁵¹⁶ A página mais “curtida” tinha 552 mil curtidores, enquanto a menos curtida tinha 85 mil. “Curtir” é um modo de interagir no Facebook, sendo uma forma de manifestação em referência aos conteúdos que são colocados na rede social, sejam eles textos, fotos, vídeos etc. É possível também “curtir” as páginas de conteúdos, fazendo

postagens, totalizando cem publicações diferentes sobre este assunto e outros, cujos dizeres foram resumidos no apêndice A deste trabalho. Embora não seja uma representatividade perfeita, no sentido de que todo mundo que curte a página concorda com o teor de todos os conteúdos, é ponderável que as pessoas se identifiquem ao menos com a maioria das publicações; do contrário, deixariam de seguir a página.

Foi constatado que, dentre as cem publicações, setenta e quatro faziam referência exclusiva ou majoritária à perspectiva feminina⁵¹⁷ – sem contar publicações que faziam menções genéricas à igualdade de gênero. À exceção de temas que envolviam o que se tem como “minorias”, a exemplo de gays e transexuais, pouco se constatou a desconstrução em relação às limitações impostas aos homens, que só era feita se também houvesse referência às mulheres, no total de duas publicações⁵¹⁸. Foram mais comuns publicações sobre igualdade racial ou contrária à redução da idade para imputabilidade penal, ou seja, temas que não necessariamente estão abarcados pela igualdade de gênero – ainda que se entenda a ideia de que desconstruir outras formas de preconceito favoreça a diminuição de discriminações de um modo geral⁵¹⁹. Verificou-se que poucas vezes a crítica era feita em relação ao ato, mesmo quando ele também pode ser perpetrado por mulheres ou prejudicial aos homens⁵²⁰, a exemplo da crítica à “censura” ao vestuário feminino, fato que também é observável na perspectiva masculina⁵²¹; há, assim, uma análise que mais leva em conta o sexo da pessoa do que a atitude⁵²².

Parece haver, portanto, por parte dos movimentos feministas, a análise monoclar que foi referida anteriormente. Aprofundando o tema, percebe-se que para parte do feminismo,

com que o usuário receba atualizações automáticas da página curtida, de acordo com os algoritmos do *Facebook*. O ato de curtir, inclusive, pode ter efeitos jurídicos. Recentemente, o Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região entendeu haver justa causa na dispensa de funcionário que “curtiu” postagem de ex-funcionário que criticava a empresa onde haviam trabalhado (TRT-15, 5ª Turma, ROPS 0000656-55.2013.5.15.0002, Rel. Des. julg. 11.02.2014, DJT 14.03.2014).

⁵¹⁷ Embora a análise realizada tenha caráter mais subjetivo, é possível constatar que dificilmente outra análise deixaria de indicar que ao menos a maioria das publicações possui a referida característica.

⁵¹⁸ Feita a ressalva aos gays e transexuais, apenas dois conteúdos tinha abordagens específicas para os homens: uma afirmação de que é machista quem acha que o homem tem que trabalhar para sustentar a casa e a mulher tem que ficar em casa cuidando dos filhos; e uma imagem que dizia que meninas podem usar fantasia de Homem-Aranha, e meninos podem usar da princesa Elsa.

⁵¹⁹ ALVES; PITANGUY, op. cit., p. 7-8.

⁵²⁰ Cabe notar que, ao tentar combater estereótipos, tem-se a reprodução deles, só que do outro lado. A desconstrução da ideia de mulher submissa ou de um único “tipo” de mulher é intercalada com a referência, em regra, a um tipo de homem, aquele “machista”, que viola a igualdade de gênero.

⁵²¹ De forma mais extremada, uma cidade praieira da Inglaterra proibiu a utilização do chamado “biquíni masculino” (*mankini*) (THE GUARDIAN. *Newquay Credits Mankini Ban with Drop in Antisocial Behaviour*, 28 mai. 2015. Disponível em: <<http://www.theguardian.com/society/2015/may/28/newquay-credits-mankini-ban-with-drop-in-antisocial-behaviour>>. Acesso em 24 jul. 2015).

⁵²² Observou-se também algumas postagens em relação à “patrulha do corpo”, voltadas exclusivamente para a possível desqualificação da mulher, como se não houvesse também pressões sociais em relação aos homens.

existe até mesmo dificuldade em admitir a possibilidade que mulheres também sejam machistas, em diferentes escalas. Vai desde a assimilação desta constatação com a ressalva de que seria algo “meio controverso”, passando pelo entendimento de que “não é que as mulheres sejam machistas, elas reproduzem o discurso do machismo”, até alcançar a contrariedade à referida afirmação, porque admitir que também existam mulheres machistas “só” serviria “de munição para os antifeministas”, havendo a lógica de que como essas mulheres “são oprimidas” elas não “oprimem”, atitude só cabível aos homens⁵²³.

Haveria, então, ao menos em parte do movimento feminista, uma lógica binária, de opressor x oprimido, do bem contra o mal⁵²⁴, algo que parece ser afeito a pensamentos extremistas; seria uma espécie de “fundamentalismo de gênero”. Esta visão que coloca homens x mulheres parece estar fortemente calcada na ideologia de esquerda do século XIX⁵²⁵, que pretendia reproduzir nas demais relações sociais a ideia de opressor x oprimido que era utilizada para separar a sociedade entre burgueses e proletários – nas palavras de Engels, “na família, ele é o burguês; a esposa representa o proletariado”⁵²⁶. Ainda que esta base ideológica não seja sempre aplicada, a divisão da sociedade entre opressores e oprimidos parece ter se mantido.

Parte do feminismo chega a negar que alguma mulher se beneficie de alguma forma da construção de gênero tradicional, afirmando ainda que gera só benefícios para os homens, sem

⁵²³ GAVENAS, Cláudia. Machismo da Mulher. In: *Blogueiras Feministas*, 22 ago. 2011. Disponível em: <<http://blogueirasfeministas.com/2011/08/machismo-da-mulher/>>. Acesso em 21 jul. 2015. A afirmação de que seria “meio controverso” é feita pela própria autora, seguindo-se de comentários de Djamila Ribeiro, que se posiciona no sentido do que aqui foi definido como os outros graus da escala, havendo ainda o comentário da autoria de Isabela Casalotti, afirmando não haver opressão pela mulher. O uso da palavra “munição” em um dos trechos chega a ter um caráter simbólico, mostrando que há quem pense mesmo haver uma guerra dos sexos.

⁵²⁴ É possível fazer um paralelo com as diversas religiões que adotam a figura de divindades boas e más, sendo toda a maldade originada da criatura má, enquanto toda a bondade advém do ser bondoso. Embora não se concorde inteiramente com o seu teor, é relevante a crítica de Alain Supiot acerca da interpretação dada por tais movimentos aos direitos à igualdade e liberdade: “os princípios de igualdade e de liberdade individual podem, de fato, servir para justificar a abolição de toda diferença e de todo limite, ou seja, ser objeto de loucas interpretações” (op. cit., p. 46). E segue afirmando que, a comprovação disso em relação à civilização ocidental seria “a abolição da diferença dos sexos, da “desinstituição” da maternidade, sendo a criança considerada ‘a pior inimiga das mulheres’ (...)”, dentre outros exemplos (ibidem, p. 46-47). Em relação ao trecho “a pior inimiga das mulheres”, relativo à criança, o autor faz referência a um artigo do jornal *Le Monde*, de 9-10 de março de 2003, de autoria de M. Iacub.

⁵²⁵ BEAUVOIR, Simone de. *O Segundo Sexo: fatos e mitos*. 4. ed. Sérgio Millet (trad.). São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1970, p. 148, 159, 165.

⁵²⁶ ENGELS, Friedrich. *The Origin of the Family, Private Property and the State*. Chippendale: Resistance Books, 2004, p. 80. Interessante notar que, para este autor a primeira opressão de classe se deu pelo homem em relação à mulher (ibidem, p. 73). Contudo, ele próprio reconhece que, em momento histórico anterior, nas sociedades mais primitivas, era a mulher que ocupava a posição superior de “grande poder”, comandando o ambiente doméstico, não hesitando em simplesmente expulsar o homem da convivência do lar, não importando quantos filhos ou bens ele possuísse na casa, sem haver possibilidade de desobediência, desde que ela entendesse haver razão para tanto (ibidem, p. 60-61) – o que Simone de Beauvoir chamou de “o regime do direito materno” (BEAUVOIR, op. cit., p. 148). Ora, do exposto, somente é possível afirmar que, historicamente, a mulher é que primeiro oprimiu o homem e não o contrário.

desvantagens, razão pela qual só os homens poderiam ser machistas, enquanto as mulheres, oprimidas, poderiam no máximo ser meras propagadoras do machismo⁵²⁷. Dentre vários exemplos que poderiam demonstrar o equívoco da afirmação de que não há benefícios decorrentes da concepção tradicional de gênero para mulher alguma, destaca-se um: com base no “patriarcalismo”, havia no Brasil leis que concediam pensão a “filhas solteiras maiores” de alguns servidores públicos que viessem a óbito, havendo ainda atualmente mais de cem mil mulheres que gozam do benefício⁵²⁸. Ademais, ao contrário do que afirmado por movimentos feministas, mulheres também agem com violência e condição de ascendência em relação aos homens. Destacando-se um exemplo: estudo realizado em 2009 no Reino Unido, com mais de mil adolescentes, informou que o número de pessoas do sexo masculino que já haviam sofrido algum tipo de violência física em um relacionamento amoroso era cerca de dois terços do número registrado por mulheres⁵²⁹.

Embora reivindicuem lutar pela igualdade de gênero, o movimento feminista não parece se mobilizar contra as imposições que foram criadas com base no “machismo/patriarcado” que trazem prejuízos para os homens. Assim, por exemplo, as feministas não se moveriam a favor do fim do alistamento militar obrigatório para homens, porque “o feminismo é uma luta de mulheres, para mulheres”⁵³⁰.

⁵²⁷ LARA, Bruna de. Mulheres podem ser machistas?. In: *Não Me Kahlo*, 04 jun. 2015. Disponível em: <<http://www.naomekahlo.com/#!/Mulheres-podem-ser-machistas/c1a1n/5567ed6d0cf235f81962239d>>. Acesso em 22 jul. 2015. Por outro lado, há feministas que também responsabilizam as mulheres pela reprodução do machismo em diversas questões (MARANHA, Fernanda. Sete Situações em que Mulheres Reforçam o Machismo contra Elas. In: *IG*, 07 mar. 2015. Disponível em: <<http://delas.ig.com.br/comportamento/2015-03-07/sete-situacoes-em-que-mulheres-reforcam-machismo-contra-elas.html>>. Acesso em 21 jul. 2015). São apontadas: 1. Criticar mulheres com vida sexual ativa; 2. Por a responsabilidade da traição só na mulher; 3. Dizer que uma mulher “não é mulher pra casar”; 4. Criticar o corpo de outras mulheres; 5. Dar mais valor às roupas do que às conquistas; 6. Invejar conquistas das outras mulheres; 7. Criar filhos de modo diferente.

⁵²⁸ Em 2013, o número de mulheres que recebiam o benefício era de pelo menos 139.402, causando um impacto anual de cerca de R\$ 4,35 bilhões aos cofres públicos (GOMIDE, Raphael. As Filhas de Servidores que Ficam Solteiras para Ter Direito a Pensão do Estado. In: *Época*, 19 nov. 2013. Disponível em: <<http://epoca.globo.com/vida/noticia/2013/11/filhas-de-servidores-que-ficam-solteiras-para-ter-direito-bpensao-do-estadob.html>>. Acesso em 24 jul. 2015).

⁵²⁹ BARTER, Christine *et al.* *Partner Exploitation and Violence in Teenage Intimate Relationships*, 2009, p. 44. Disponível em: <<http://www.nspcc.org.uk/globalassets/documents/research-reports/partner-exploitation-violence-teenage-intimate-relationships-report.pdf?affId=1991357>>. Acesso em 21 jul. 2015. Segundo o estudo, a violência causado pelo parceiro(a) foi registrada por 16,6% do homens e 25% das mulheres. Não necessariamente toda violência sofrida pelos homens eram causados pelas mulheres, em razão de haver casais homossexuais. Ressalva-se também que a frequência de violência às mulheres era mais intensa do que aos homens. Um estudo brasileiro sobre o tema pode ser consultado em: ALVIM, Simone Ferreira. *Violência Conjugal e Alteridade: estudo exploratório com homens e mulheres agredidos*. Dissertação (mestrado em psicologia). Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, 2003.

⁵³⁰ MAMEHA. *Por que as feministas não lutam pelo alistamento militar obrigatório?*, 26 mai. 2014. Disponível em: <<https://mamehame.wordpress.com/2014/06/23/por-que-as-feministas-nao-lutam-pelo-alistamento-militar-obrigatorio/>>. Acesso em 15 jul. 2015.

De outro lado, não há também uma preocupação em requalificar as conquistas históricas que, com o tempo, vão tendo as suas bases justificadoras alteradas. Por exemplo, já foi referido que a diferença entre idades para aposentadoria entre homens e mulheres foi estabelecida na Constituição sob a constatação de que a mulher acumula de forma mais intensa o trabalho doméstico e o profissional o que “conduz a um desgaste maior”⁵³¹, entendendo-se que a jornada em casa também deve ser considerada trabalho, contrapondo-se à espécie do trabalho remunerado⁵³². Contudo, a Constituição foi aprovada em 1988, estando perto de completar trinta anos. Neste período, o comportamento social foi sendo alterado, diminuindo-se o tempo de serviço doméstico da mulher e aumentando-se o do homem⁵³³. Em 2013, as mulheres trabalharam por tempo 9,3% maior que os homens, considerando-se a diferença do tempo total de trabalho semanal, envolvendo atividades fora e dentro do ambiente doméstico⁵³⁴. Deste modo, não parece mais justificado que a diferença do tempo de contribuição para a aposentadoria entre homens e mulheres seja de cinco anos em trinta, tendo em vista que isto corresponde a um tempo de trabalho 16,6% maior para os homens. Para reequilibrar a equação, a diferença de tempo de contribuição entre homens e mulheres deveria estar em torno de três anos⁵³⁵. Por vezes, há feminista que se utiliza até mesmo de deturpação estatística para tentar demonstrar a justeza da medida⁵³⁶.

⁵³¹ Conforme afirmou o constituinte Eraldo Tinoco (BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. *Atas da Comissão da Família, da Educação, Cultura e Esportes, da Ciência e Tecnologia e da Comunicação*, Brasília, 1987, p. 69-70).

⁵³² KERGOAT, Danièle. Divisão Sexual do Trabalho e Relações Sociais de Sexo. Miriam Nobre (trad.). In: *Trabalho e Cidadania Ativa para as Mulheres: Desafios para as Políticas Públicas*. São Paulo: Coordenadoria Especial da Mulher, 2003, p. 67.

⁵³³ Por exemplo, em 2006, eram gastas semanalmente nos serviços domésticos 21,6 horas para as mulheres e 9,3 horas para os homens (INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Síntese de Indicadores Sociais: uma análise das condições de vida da população brasileira: 2007*. Rio de Janeiro: IBGE, 2007, p. 230. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/condicaodevida/indicadoresminimos/sintese_indicadores2007/indic_sociais2007.pdf>. Acesso em 24 jul. 2015). Em 2013, eram 9,8 horas para os homens e 20,6 horas para as mulheres (INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Síntese de Indicadores Sociais: uma análise das condições de vida da população brasileira: 2014*. Rio de Janeiro: IBGE, 2014, p. 148. Disponível em: <ftp://ftp.ibge.gov.br/Indicadores_Sociais/Sintese_de_Indicadores_Sociais_2014/SIS_2014.pdf>. Acesso em 24 jul. 2015).

⁵³⁴ *Ibidem*, p. 148.

⁵³⁵ Em verdade, os cálculos necessários seriam muito mais complexos do que o que foi realizado, devendo-se levar em consideração, por exemplo, que é possível que a mulher que se aposenta após trinta anos de serviço aumente seu tempo gasto com o serviço doméstico. De outro lado, as mulheres vivem cerca de sete anos a mais que os homens (*ibidem*, p. 27). Todos esses dados são relevantes para uma análise adequada do tema. Assim, a sugestão de alteração normativa foi feita em relação às bases fáticas que normalmente são utilizadas pelos movimentos feministas.

⁵³⁶ Assim, ao invés de se utilizar do trabalho semanal total, somando dentro e fora de casa – que já demonstraria que a mulher trabalha mais que o homem –, faz-se referência somente às horas domésticas (LAPA, Nádia. O que as Feministas não Aguentam Mais Ouvir. In: *Carta Capital*, 11 out. 2013. Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/blogs/feminismo-pra-que/o-que-as-feministas-nao-aguemam-mais-ouvir-7319.html>>. Acesso em 24 jul. 2015), para apontar o problema maior do que ele realmente é.

Estas situações não se afiguram coadunar com a ideia de compromisso com igualdade de gênero em uma perspectiva não monoclar. Nota-se, assim, a possibilidade de que, na média, o feminismo atue mais como um movimento em favor das mulheres, sendo a igualdade de gênero algo que é atingido por tabela. Neste ínterim, ainda se busca culpar os homens (ou ao menos o machismo/patriarcalismo) por todos os males que afligem o mundo⁵³⁷. Sobre este tema, percebe-se que quando se faz referência aos avanços na igualdade de gênero, eles são mencionados exclusivamente como resultado da atuação das mulheres⁵³⁸, como se nenhum homem tivesse lutado, escrito, incentivado ou servido de base fundamentação para o movimento de superação das desigualdades de gênero⁵³⁹, havendo ainda o desmerecimento da atuação estatal⁵⁴⁰. Assim, uma visão integral (binocular) do problema não parece ser possível pela ótica do feminismo. Ao que parece, parte do movimento feminista é enfático em dizer que feminismo é sinônimo de defesa da igualdade de gênero porque é mais fácil angariar simpatia quando se ouve falar em “igualdade” do que

⁵³⁷ Conforme aponta Ofer Zur, o “*blame approach*” (a abordagem de culpa) “coloca toda a culpa nos homens. Esta abordagem tem sido promovida por um tipo de feminismo que coloca o sistema patriarcal dominado pelos homens como responsável por todos os males do mundo. Seja a questão referente a guerras e políticas, violência doméstica ou abuso sexual, lixo tóxico e corporações, ou armas nucleares e o complexo industrial militar, o dedo é apontado para os homens como culpados” (*Rethinking “Don’t Blame the Victim”*: psychology of victimhood. Publicado originalmente em: *Journal of Couple Therapy*, v. 4, n. 3, 15-36. Disponível em: <<http://www.zurinstitute.com/victimhood.html>>. Acesso em 27 jul. 2015). Destaca ainda o autor que esta visão é desenvolvida especialmente nos casos de estupro. Contudo, constata-se que, quando o assunto não é estupro feminino, tem feminista que não utiliza a mesma lógica de isenção da culpa da vítima. Assim, o perfil no Twitter “Socialista Morena”, de autoria da jornalista Cynara Menezes, com mais de cinquenta mil seguidores no twitter e que se posiciona a favor do feminismo e contra o machismo, postou que “acho simples evitar arrastões. Se você tem medo de arrastão, não vá à praia. Se for, não leva nada, só o necessário, ou vai pagar de TROUXA” (MENEZES, Cynara. *Acho Simples...*. In: *Twitter*, 03 fev. 2015. Disponível em: <<https://twitter.com/cynaramenezes/status/562783149164621827>>. Acesso em 21 jul. 2015).

⁵³⁸ Por exemplo, Dagmar Estermann Meyer menciona que “as estudiosas feministas” foram quem levaram à academia os temas vinculados “ao cotidiano, à família, à sexualidade e ao trabalho doméstico” (Teorias e Políticas de Gênero: fragmentos históricos e desafios atuais. *Revista Brasileira de Enfermagem*, Brasília, v. 57, n. 1, 2004, p. 13-14). Também fazendo referência à igualdade de gênero apenas na perspectiva feminina: BARROSO, Carmen. Metas de Desenvolvimento do Milênio, Educação e Igualdade de Gênero. In: *Cadernos de Pesquisa*, v. 34, n. 123, 2004, p. 573-582; PIOVESAN, Flávia. Igualdade de Gênero na Constituição Federal: os direitos civis e políticos das mulheres no Brasil. In: *Constituição de 1988: o Brasil 20 anos depois*. Brasília: Senado Federal, 2008, v. 1.

⁵³⁹ Apenas para ilustrar o equívoco do entendimento, uma afirmação proferida na Subcomissão da Família, do Menor e do Idoso pela representante do Conselho Nacional dos Direitos da Mulher, Comba Marques Porto: “não é de hoje que se discute a necessidade de reformulação do conceito de família até então consagrado em nossos institutos jurídicos. Já em 1947, Nelson Carneiro levantava a voz em defesa das companheiras, propondo a equiparação às esposas nos casos de união estável comprovada” (BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. *Atas da Subcomissão da Família, do Menor e do Idoso*, Brasília, 1987, p. 23). Na própria Constituinte de 1988, foi também um homem quem propôs a emenda para desigualar a idade de aposentadoria da mulher, conforme destacou Eraldo Tinoco, seguido por Rita Camata “essa emenda não foi apresentada por nenhuma mulher, mas reflete um anseio, um apelo de toda mulher trabalhadora rural (...)” (BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. *Atas da Comissão da Família, da Educação, Cultura e Esportes, da Ciência e Tecnologia e da Comunicação*, Brasília, 1987, p. 70). Como referência à história antiga, já foi afirmado que, em “A República”, tinha-se a defesa da igualdade de gênero (PLATÃO. *A República*. 9. ed. Maria Helena da Rocha Pereira (trad.). Lisboa: Calouste Gulbenkian, 19??, p. 209 e ss.).

⁵⁴⁰ CALIL, op. cit., p. 2.

em “feminismo”. Caso fosse possível igualar os dois termos, isso faria com que aqueles favoráveis à igualdade de gênero automaticamente sejam a favor do feminismo. Assim, todas as mudanças que o movimento feminista sugerisse passariam a ser vistas como busca da igualdade, sendo mais fácil de ser aceito. Ou seja, o feminismo parece pretender gozar do prestígio que o termo “igualdade” tem, para tomar emprestada a boa visão que as pessoas têm acerca deste valor para as pautas feministas, utilizando-se da transitividade⁵⁴¹ – ainda que, no fundo, elas não impliquem diretamente igualdade de gênero.

E estas considerações acerca do feminismo podem ser feitas mesmo sem levar em consideração posições mais extremas do movimento, a exemplo daquelas feministas que afirmam reiteradamente que “todo homem é um estuprador em potencial”⁵⁴² – declaração que seguramente configura discurso do ódio⁵⁴³. Interessante notar ainda que, ao não possibilitar a participação ou o protagonismo dos homens, o feminismo vai contra sua própria ideia de que a definição de “papéis” a serem desempenhados pelos gêneros, com base em uma alegada naturalidade, não pode obstar a atuação dos indivíduos: existiria ao menos um papel, tendo em vista que só às mulheres caberia falar/protagonizar sobre feminismo/igualdade de gênero. Tem feminista que questiona até mesmo a ideia de igualdade entre homens e mulheres, salientando que isso é “feminismo que agrada macho” e que não se quer “ser igual a macho nenhum não”⁵⁴⁴.

O que se pode concluir, de tudo que foi exposto, é que o objetivo do feminismo é melhorar a situação das mulheres, inclusive contrariando premissas que o movimento diz sustentar. Eventualmente, ao desconstruir alguns discursos, acaba-se também proporcionando uma maior liberdade aos homens. Mas este outro lado se mostra o menos importante; muito menos relevante que a defesa de outras pautas, a exemplo das questões étnicas – ainda que,

⁵⁴¹ Os argumentos de transitividade, espécie de argumento quase-lógico, seria aqueles que tem a “propriedade formal de certas relações que permite passar da afirmação de que existe a mesma relação entre os termos *a* e *b* e entre os termos *b* e *c*, à conclusão de que ela existe entre os termos *a* e *c*: as relações de igualdade, de superioridade, de inclusão, de ascendência são relação transitivas” (PERELMAN, Chaim; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. Maria Ermanita de Almeida Prado Galvão (trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 257).

⁵⁴² EUFRÁZIO, Ana. Estupradores em Potencial. In: *A Gota D'Água*, 22 já. 2015. Disponível em: <<http://anaeufrazio.blogspot.com.br/2015/01/estupradores-em-potencial-indonesia-mulher-estuprada-8-homnes-pesquisa-com-universitarios-EUA.html>>. Acesso em 21 jul. 2015.

⁵⁴³ Sobre o tema, conferir tópico específico no capítulo seguinte.

⁵⁴⁴ As afirmações foram retiradas de uma das publicações analisadas no *Facebook*, onde se tem uma frase atribuída a Emma Watson, de que feminismo, “por definição” seria a igualdade de direitos e oportunidades entre homens e mulheres (FEMINISTAS REVOLUCIONÁRIAS. Emma Watson Sobre o Feminismo. In: *Facebook*, 13 jul. 2015. Disponível em: <<https://www.facebook.com/FeministaRevolucionaria/photos/a.1426924547573178.1073741829.1426897154242584/1591659851099646/?type=1&theater>>. Acesso em 15 jul. 2015). Além dos comentários destacados, havia crítica até mesmo à própria Emma, simplesmente pelo fato de ela ser branca, rica e cisgênera. Cada um destes comentários recebeu entre quinze e setenta e três curtidas.

em alguns pontos, a categoria “homem” seja mais prejudicada que as outras, a exemplo do “genocídio masculino”⁵⁴⁵. Ademais, verifica-se também a estigmatização dos homens, em diferentes níveis. É certo que há pessoas e grupos que se definem como feministas que realmente podem ser tidos como em defesa da igualdade de gênero. Contudo, havendo parte significativa que não se adéqua a esta ideia, não é possível adotá-la como base segura.

Desta forma, não se pode confundir feminismo com a luta pela igualdade de gênero. O feminismo, na média, contribuiu e contribui para esta igualdade, por melhorar a situação do gênero que, em geral, está em desvantagem. Contudo, tendo adotado em boa parte a ótica monocular, quanto mais perto se chega da almejada igualdade, menos esta perspectiva tem a contribuir com o seu objetivo, aproximando-se a um estágio que, se não alterada ou contrabalanceada, poderá começar a ser mais desfavorável do que benéfica à igualdade de gênero⁵⁴⁶. Pode-se, inclusive, ilustrar tais constatações com funções matemáticas: a atuação do feminismo em relação ao aumento das prerrogativas das mulheres seria representada por uma função logarítmica; a atuação do feminismo em relação à igualdade de gênero por uma função de segundo grau⁵⁴⁷. Nesta segunda, como ainda não se alcançou o vértice, o feminismo, na média, ainda mais contribui do que prejudica a mencionada igualdade.

⁵⁴⁵ Interessante notar, neste ponto, que enquanto normalmente se faz denúncia ao “genocídio negro”, alegando-se que em cerca de 68% dos homicídios a vítima é negra, não se percebe a mesma preocupação em fazer referência a um “genocídio masculino”, tendo em vista que o percentual de vítimas homens alcança 91% (WAISELFSZ, Julio Jacobo. *Mapa da Violência 2012: os novos padrões da violência homicida no Brasil*. São Paulo: Instituto Sangari, 2011, p. 66). Os dados sobre as mortes masculinas são de 2010, mas, conforme sustenta o autor “essas proporções não mudam praticamente de um ano para o outro”. Sobre o “genocídio negro”, conferir a notícia de onde se retirou os dados referentes ao “genocídio negro”: CONGRESSO EM FOCO. *Ministra Diz que Alta Mortalidade de Jovens Negros é Reflexo do Racismo*. Disponível em:

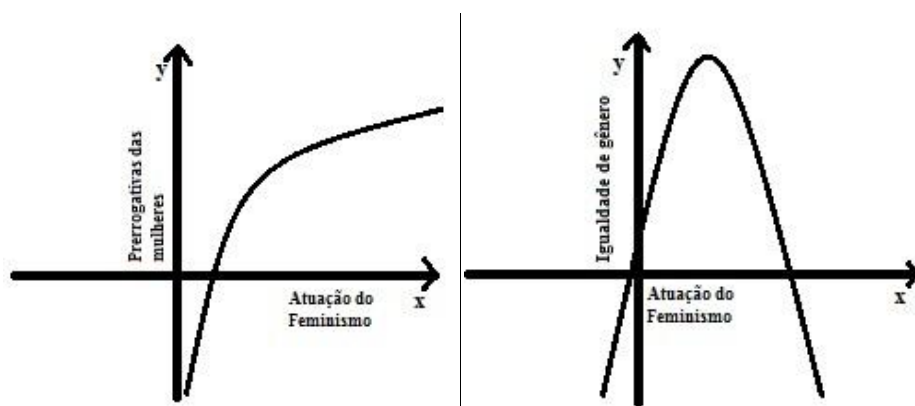
<<http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/ministra-diz-que-alta-mortalidade-de-jovens-negros-e-reflexo-do-racismo-no-brasil/>>. Acesso em 27 jul. 2015. A notícia informa que a ministra Nilma Lino Gomes afirmou que a alta mortalidade de negros é reflexo do racismo. Neste diapasão, seria a alta mortalidade de homens reflexo do femismo? Ou seria mais uma evidência de que a construção tradicional de gênero também prejudica os homens (por demandar o “papel” de agressivo, “macho-alfa”, provedor da casa a qualquer custo – ainda que de forma ilícita), de forma tão intensa que chega a ceifar dezenas de milhares de vidas?

⁵⁴⁶ Neste sentido, Daphne Patai questiona se o modo mais frutífero para se alcançar a igualdade de gênero é através da manutenção de antigos ressentimentos de um feminismo profundamente comprometido com o ódio, o desprezo e a presunção – que alcunha de “reacionário” quem pretende superar este modo de ver as coisas –, tendo em vista que a “opressão” das mulheres foi substancialmente mitigada, dando lugar a práticas igualitárias (*Heterophobia: sexual harassment and the future of feminism*. Oxford: Rowman & Littlefield, 1998, p. 211-212).

⁵⁴⁷ Pode-se ilustrar ambas através dos seguintes esboços (não é uma representação exata, mesmo porque a existência de valores negativos só faria sentido em análises puramente matemáticas):

É exatamente por a percepção referida anteriormente que existem mulheres que se manifestam a favor da igualdade de gênero, mas não se sentem representadas pelo feminismo porque muitas vezes ele se mostra pautado no ódio e na exclusão de visões diferentes⁵⁴⁸. Esta falta de vontade de assumir-se feminista costuma ser explicada pelo movimento como falta de conhecimento pelas mulheres, uma reação pública adversa (*backlash*) ou, ainda, por aderência a “privilégios”⁵⁴⁹. Contudo, é mais provável que isso ocorra – conforme foi mostrado aqui – em razão do próprio discurso e posições adotados pelas próprias feministas⁵⁵⁰. Segundo Christina Hoff Sommers, as feministas de gênero (*gender feminists*) teriam “furtado” o feminismo da maioria, agindo com um poderoso efeito inibidor⁵⁵¹.

Ainda que tal constatação seja verdadeira, o que se observa hoje do feminismo não permite afirmar que ele luta pela igualdade de gênero, seja por parte de sua pauta, seja pela tentativa de desqualificar os homens como possíveis protagonistas na construção deste ideal, desencadeando uma ótica monocular da questão⁵⁵². Conforme assentava Simone de Beauvoir, mesmo que para atingir só a libertação feminina é também necessária a atuação masculina⁵⁵³.



⁵⁴⁸ ESCREVA Lola escreva. *Por que ainda torço o nariz pro feminismo*, 20 mai. 2015. Disponível em:

<<http://escrevalolaescreva.blogspot.com.br/2015/05/por-que-ainda-torco-o-nariz-pro.html>>. Acesso em 21 jul.

2015. O relato de uma mulher que escreveu para o blog traz: “Luto por uma sociedade com mais tolerância, amor, gentileza, paz, onde todas as relações sejam baseadas em respeito mútuo, com direitos e deveres iguais. Aí quando o movimento [feminista] levanta a bandeira de ódio aos homens, a todos, e não aos podres que profetiam o machismo e se pautam na bandeira do patriarcado, me sinto não representada (...) poucos e raros discursos feministas levantam a bandeira da mulher hétero que quer respeito, amor e igualdade, numa relação monogâmica (...) muitas pessoas não aderem ao movimento por isso, porque não se sentem representadas quando a coisa descamba pro ódio (...) nem os homens são bem vistos no movimento”.

⁵⁴⁹ A afirmação é feita em: PATAI, Daphne. Rhetoric and Reality in Women’s Studies. In: *Gender Issues*, v. 19, n. 2, 2001, p. 21.

⁵⁵⁰ *Ibidem*, p. 21.

⁵⁵¹ SOMMERS, Christina Hoff. *Who Stole Feminism? How women have betrayed women*. Nova Iorque: Simon & Schuster, 1994, p. 18. Segundo a autora, estas feministas que passaram a alcunhar todos os críticos masculinos como “sexistas” e “reacionários” e as mulheres que exerciam as críticas como “traidoras”, “colaboradoras” ou “*backlashers*”, silenciando, assim, homens e mulheres.

⁵⁵² Seria possível, neste ponto, fazer uma analogia com a ideia de socialismo ideal e socialismo real. O primeiro serviu de bandeira para a fundamentação do segundo, que, apesar dos pontos comuns, se distanciava bastante daquele. Haveria um “feminismo ideal”, que serve de bandeira publicitária para o “feminismo real”.

⁵⁵³ “O que se deve esperar é que, por seu lado, os homens assumam sem reserva a situação que se vem criando; somente então a mulher poderá viver sem tragédia” (BEAUVOIR, op. cit., p. 309).

4. PUBLICIDADE E VIOLAÇÃO À IMAGEM-ATRIBUTO DE GÊNERO

*“Now everybody do the propaganda! And sing along
in the age of paranoia”
(Green Day)*

Nos capítulos anteriores examinou-se o conteúdo do direito à imagem-atributo e sua dimensão coletiva, bem como o significado da igualdade de gênero em uma perspectiva não monoclar. No presente capítulo, analisar-se-á a violação à imagem-atributo de gênero através da publicidade, desenvolvendo de forma mais intensa o objeto principal deste trabalho. Nas abordagens precedentes foram feitas referências à vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, porém sem maiores digressões. Considerando-se que neste capítulo examinar-se-á de forma mais específica a referida vinculação, investigando-se seus contornos no que se refere ao objeto deste trabalho, será feita, inicialmente, uma análise mais genérica do tema.

4.1 VINCULAÇÃO DOS PARTICULARES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A teoria da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais refere-se à questão de saber se um particular está obrigado a observar os direitos constitucionais de outro particular⁵⁵⁴, afastando o pensamento outrora vigente de que estes direitos estabeleceriam obrigações apenas para o Estado⁵⁵⁵. Esta mudança está relacionada, embora não exclusivamente, à percepção de que os particulares nem sempre estão no mesmo patamar de igualdade, situação semelhante a que justificaria a oposição deste direito aos entes estatais⁵⁵⁶. Como eles são historicamente referenciados⁵⁵⁷, alteram-se no decurso do tempo, não só quanto ao conteúdo de cada uma das espécies, mas também à teoria que regula as suas aplicações.

A teoria da vinculação dos particulares – também chamada de eficácia horizontal ou externa, ou ainda, efeitos perante terceiros dos direitos fundamentais⁵⁵⁸ – foi amplamente

⁵⁵⁴ WALT, Johan van der. *The Horizontal Effect Revolution and the Question of Sovereignty*. Berlim: De Gruyter, 2014, p. 85.

⁵⁵⁵ Estado é entendido no sentido mais amplo do termo, seja autoridades ou órgãos públicos ou mesmo empresas privadas que exercem competência estatal (DIMOULIS; MARTINS, op. cit., p. 102).

⁵⁵⁶ MAC CRORIE, Benedita. *Os Limites da Renúncia a Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares*. Coimbra: Almedina, 2013, p. 193.

⁵⁵⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 144.

⁵⁵⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, Brasília, n. 16, 2005, p. 199-201.

desenvolvida pela doutrina e jurisprudência alemãs⁵⁵⁹, tendo sido adotada pelos ordenamentos jurídicos de diversos outros países (inclusive expressamente, como é o caso da Constituição portuguesa)⁵⁶⁰. Atualmente são mencionadas três teorias que reconhecem, ao menos, alguma eficácia vinculativa dos direitos fundamentais em relação aos particulares: *state action* (ação estatal); eficácia direta; ou eficácia indireta⁵⁶¹. Segundo aponta Alexy, “atualmente, a ideia de que normas de direitos fundamentais produzem efeitos na relação cidadão/cidadão e, nesse sentido, têm um efeito perante terceiros, ou efeito horizontal, é amplamente aceita. O que é polêmico é como e em que extensão elas o fazem”⁵⁶².

A doutrina da *state action* foi desenvolvida nos Estados Unidos no fim do século XIX como “uma profunda resistência contra a noção de que particulares podem violar os direitos constitucionais de outros particulares”⁵⁶³, sendo ainda atualmente a posição dominante no direito daquele país⁵⁶⁴. Por ela, a Constituição apenas garantiria proteção contra violações estatais, não sendo possível estender a proteção aos atos particulares que não sancionados de alguma forma pelo Estado ou por sua autoridade⁵⁶⁵. Contudo, a teoria foi sendo mitigada pela própria Suprema Corte, passando-se a reconhecer algumas exceções⁵⁶⁶, por exemplo, havendo decisões no sentido de que as normas de *common law* e decisões judiciais poderiam constituir ações estatais⁵⁶⁷. Deste modo, é possível sustentar que esta teoria reconhece alguma eficácia entre particulares. A doutrina aqui referida, contudo, não tem maiores repercussões no Brasil ou para este trabalho, pelo que não se aprofundará o tema.

4.1.1 Eficácia direta

O efeito direito ou imediato refere-se à possibilidade de aplicação dos direitos fundamentais para solução de conflitos particulares na ausência de legislação

⁵⁵⁹ SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 678.

⁵⁶⁰ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 337.

⁵⁶¹ SILVA NETO, op. cit., p. 644-645.

⁵⁶² ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. Virgílio Afonso da Silva (trad.). São Paulo: Malheiros, 2011, p. 528

⁵⁶³ WALT, op. cit., p. 86. Traduziu-se.

⁵⁶⁴ Ibidem, p. 87.

⁵⁶⁵ Ibidem, p. 87.

⁵⁶⁶ Manoel Jorge e Silva Neto faz referência à adoção da *Public Function Exception*, pela qual os particulares que possuem atividades de caráter público não possuiriam a mesma liberdade de outros particulares, bem como à *Entanglement Exception*, voltada à proibição da ação do particular quando há atuação do Poder Público (op. cit., p. 680-681).

⁵⁶⁷ WALT, op. cit., p. 155-156.

infraconstitucional sobre o problema em questão⁵⁶⁸. Por esta teoria, os direitos fundamentais aplicam-se de forma direta entre os particulares, não necessitando de medida concretizadora advinda do Estado⁵⁶⁹, notadamente as leis. Nesta perspectiva, ainda que surjam novas situações fáticas não abarcadas pela legislação infraconstitucional, é possível que os órgãos julgadores apliquem diretamente as normas de direitos fundamentais, garantindo a proteção da parte mais fraca da relação⁵⁷⁰. A vinculação direta dos particulares está mais fortemente relacionada à perspectiva subjetiva dos direitos fundamentais⁵⁷¹, que, conforme afirma Ingo Wolfgang Sarlet, é a forma mais notória pela qual o titular pode exigir o respeito, proteção ou promoção de seu direito, seja o ele pessoa física, jurídica ou ente despersonalizado⁵⁷².

O debate acerca do tema – incluindo a teoria contraposta da eficácia indireta/mediata⁵⁷³ – ganhou maior repercussão a partir do início da década de 1950, na Alemanha, quando Hans Nipperdey posicionou-se a favor da eficácia direta dos direitos fundamentais na vinculação de particulares⁵⁷⁴, salientando que o direito privado também estaria imediatamente sujeito à constituição, ainda que com efeitos diferidos se comparáveis à vinculação do Estado⁵⁷⁵. Uma das principais razões para a adoção da eficácia direta dos direitos fundamentais está calcada na ideia de que outros entes, que não apenas o Estado, também podem apresentar potencial lesivo semelhante ou mais violento do que o poder opressor estatal⁵⁷⁶.

Contudo, esta não é a única justificativa, tendo em vista que, por vezes, os particulares estão em um mesmo patamar de influxo sobre o outro – além do que, nem sempre esta

⁵⁶⁸ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 5. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Atlas, 2014, p. 108.

⁵⁶⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 448.

⁵⁷⁰ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 297-298.

⁵⁷¹ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, Brasília, n. 16, 2005, p. 211.

⁵⁷² SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 208.

⁵⁷³ Acerca deste debate, sustenta Johan van der Walt que a recente perspectiva de Ralph Christensen e Andreas Fischer-Lescano, contida na obra “Das Ganze des Rechts” (o todo do direito), traria a possibilidade de encerrar a doutrina alemã da *drittwirkung*, tal qual vem sendo aplicada (*The Horizontal Effect Revolution and the Question of Sovereignty*. Berlim: De Gruyter, 2014, p. 237).

⁵⁷⁴ Conforme afirma: WALT, op. Cit., p. 203-204. Claus-Wilhelm Canaris atesta que Nipperdey foi o fundador da mencionada teoria (*Grundrechte und Privatrecht*. In: *Archiv für die civilistische Praxis*, v. 184, n. 3, 1984, p. 203).

⁵⁷⁵ NIPPERDEY, Hans Carl. Direitos Fundamentais e Direito Privado. Waldir Alves (trad.). In: *Direitos Fundamentais e Direito Privado: textos clássicos*. Luis Afonso Hecj (org.). Porto Alegre: Fabris, 2011, p. 62-63.

⁵⁷⁶ DIMOULIS; MARTINS, op. cit., p. 103-108; NIPPERDEY, op. cit., p. 63-64.

desigualdade implicará necessidade de intervenção⁵⁷⁷. Neste diapasão, a razão mais abrangente seria de que a vinculação somente dos entes estatais aos direitos fundamentais não é suficiente para prover os valores consagrados pela Constituição⁵⁷⁸. Portanto, não seria cabível o entendimento de que os direitos fundamentais são unicamente instrumentos de proteção contra o Estado⁵⁷⁹, como se apenas contra este fosse relevante resguardar os direitos mais relevantes⁵⁸⁰. À evidência, o fato de certas normas vincularem também os particulares não significa que elas não criem obrigações também para o Estado – não só pela existência das empresas públicas, como também pela perspectiva da adoção de medidas de proteção (ainda que mera fiscalização) desses direitos positivados. Portanto, pela referida teoria, o Estado sempre é e os particulares por vezes são – a depender do direito em espécie⁵⁸¹ – vinculados diretamente pelos direitos fundamentais.

4.1.2. Eficácia indireta

A teoria da eficácia indireta ou mediata foi desenvolvida de forma mais incisiva por Günter Dürig, a partir de 1953⁵⁸², tendo se consagrado como a doutrina dominante na Alemanha⁵⁸³. Através dela, a vinculatividade dos direitos fundamentais recairia *prima facie* sobre o legislador, o qual estaria obrigado a conformar as relações particulares em observância àquelas normas⁵⁸⁴. Neste sentido, a chamada eficácia horizontal não implicaria aceitar o particular como imediatamente vinculado ao cumprimento dos direitos

⁵⁷⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos Fundamentais e Relações entre Particulares. *Revista Direito GV*, v. 1, n. 1, 2005, p. 176-177. O autor utiliza como exemplo o caso dos *realities shows*, onde, a despeito da imensa desigualdade entre as grandes emissoras e os indivíduos, o que deve prevalecer é a análise da “sinceridade” no exercício da autonomia privada.

⁵⁷⁸ Não se trata, contudo, de “baixar a guarda” em relação à vinculação do Estado, mas sim, reconhecer que as normas de direitos fundamentais, como qualquer norma constitucional, vincula a todos (BAQUER, Lorenzo Martín-Retortillo. *Los Derechos Fundamentales y La Constitución*. Zaragoza: El Justicia de Aragón, 2009, p. 310).

⁵⁷⁹ George Marmelstein, ao contrário, afirma que a natureza desses direitos é ser um instrumento contra o Estado (*Curso de Direitos Fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 235). Contudo, a afirmação do autor é feita quando se analisa a possibilidade de titularidade de direitos fundamentais por pessoas jurídicas de direito público.

⁵⁸⁰ Com base na lição de Norberto Bobbio – quem afirma que o problema mais relevante dos direitos do homem não é tanto de justificá-los, mas sim protegê-los (*A Era dos Direitos*. Nova ed. Carlos Nelson Coutinho (trad.). Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 23) – é possível sustentar que a teoria dos direitos fundamentais deve evoluir para a forma que melhor atinja sua finalidade, que melhor aplique o conteúdo das normas e que melhor proteja os cidadãos.

⁵⁸¹ SARLET, op. cit., p. 376.

⁵⁸² STEINMETZ, Wilson; MARCO, Cristhian Magnus de. A Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais na Teoria de Robert Alexy. *Revista da AJURIS*, v. 41, n. 134, 2014, p. 512.

⁵⁸³ CUNHA JR., op. cit., p. 620.

⁵⁸⁴ CANOTILHO, op. cit., p. 448.

fundamentais⁵⁸⁵, o que ocorreria apenas de forma indireta⁵⁸⁶. Para Dürig, diversos direitos fundamentais não seriam aplicáveis ao âmbito privado; por exemplo, o direito à igualdade obstaría o exercício da doação ou da escolha testamentária⁵⁸⁷. Ademais, os direitos fundamentais teriam efeitos relativizados no âmbito privado, em favor do direito à autonomia privada⁵⁸⁸ – mandamento contido na constituição⁵⁸⁹.

Ao defender seu posicionamento, Dürig sustentou que os direitos fundamentais atuam na esfera privada através dos princípios, cláusulas gerais ou conceitos indeterminados contidos no *Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)* (Código Civil) que dependam de concretização valorativa⁵⁹⁰, em três “graus de intensidade”: a) o primeiro está relacionado à uma função interpretativa, de “mero esclarecimento”, que explica o sentido para aplicação de um conceito mais abstrato em um caso particular, o que pode ser “bem retórico, por invocação de ideias de valores”⁵⁹¹; b) o segundo (mais raros) volta-se para casos mais incomuns, onde malgrado exista proteção legal – ou seja, não há lacuna –, eles possuem algumas particularidades que requerem uma “interpretação aguçada pelos valores”, ou seja, atuação mais incisiva do direito fundamental para manter a compatibilidade do direito privado com as normas constitucionais⁵⁹²; c) por último, nos casos “mais raros”, onde haveria lacuna legislativa que não concretiza no âmbito jurídico privado a proteção do direito fundamental, seria possível a excepcional atuação supletiva pela norma constitucional⁵⁹³ – neste último sentido, a proposição de Dürig significa uma aproximação com a teoria da eficácia direta⁵⁹⁴.

Na Alemanha, a teoria da eficácia indireta foi consagrada pelo Tribunal Constitucional após o julgamento do caso “*Lüth*”⁵⁹⁵, em 1958, ainda que outros desenvolvimentos tenham sido feitos posteriormente. Por exemplo, Claus-Wilhelm Canaris afirmou, sobre o tema, que os direitos fundamentais deveriam ser vistos não apenas como vedação à intervenção

⁵⁸⁵ ALEXY, op. cit., p. 538.

⁵⁸⁶ SCHWABE, Jürgen; MARTINS, Leonardo (org.). *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão*. Beatriz Hennig et al. (trad.). Montevidéu: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005, p.82-83, 86.

⁵⁸⁷ DÜRIG, Günter. Direitos Fundamentais e Jurisdição Civil. Luis Afonso Heck (trad.). In: *Direitos Fundamentais e Direito Privado: textos clássicos*. Luis Afonso Heck (org.). Porto Alegre: Fabris, 2011, p. 27.

⁵⁸⁸ *Ibidem*, p. 35.

⁵⁸⁹ *Ibidem*, p. 42.

⁵⁹⁰ *Ibidem*, p. 35.

⁵⁹¹ *Ibidem*, p. 36-37.

⁵⁹² *Ibidem*, p. 37-38. O autor exemplifica que seria ilícito “um contrato de não alugar habitações para judeus, uma deserção testamentária para o caso do casamento com um ‘não-ariano’ (...) a não-aplicação do princípio da igualdade de tratamento jurídico-trabalhista em mulheres somente por causa da qualidade feminina (...)”.

⁵⁹³ Conforme constatado por: WALT, Johan van der. *The Horizontal Effect Revolution and the Question of Sovereignty*. Berlim: De Gruyter, 2014, p. 207-208.

⁵⁹⁴ *Ibidem*, p. 212.

⁵⁹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, Brasília, n. 16, 2005, p. 212-213.

(abstenção), mas em seu efeito de reclamar o dever de proteção estatal (prestação) que vincularia o legislador privado a positivar normas de defesa⁵⁹⁶, orientando o legislador no momento da elaboração das normas legais⁵⁹⁷.

Portanto, de forma resumida, a teoria referida assenta que os direitos fundamentais, em relação aos particulares, atuariam de três formas principais. Uma delas é através da vinculação do legislador, exprimindo essas normas constitucionais na legislação comum, a qual deve tutelar os interesses dos particulares de forma protetiva, especialmente daqueles que se encontram em posição de desvantagem⁵⁹⁸. A segunda forma de utilização dos direitos fundamentais nas relações privadas seria que, em havendo legislação, esses direitos exerceriam um “efeito de irradiação” sobre as normas infralegais, especialmente em relação às cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, fazendo com que o seu conteúdo seja atualizado e conformado de acordo com a constituição⁵⁹⁹. Apenas em casos raros, de ausência de legislação sobre determinada questão, seria possível uma atuação mais direta dos direitos fundamentais.

4.1.3 Vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro

Conforme foi referido, as doutrinas da eficácia “direta” e “indireta” da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais foram desenvolvidas de forma mais intensa na Alemanha, pelo que a posição adotada lá não necessariamente seria a aplicável aqui. Com efeito, a teoria que lá é dominante, da eficácia indireta, no Brasil corresponde à doutrina minoritária, sendo poucos os defensores da aplicação dela⁶⁰⁰, a exemplo de Dimitri Dimoulis

⁵⁹⁶ CANARIS, Claus-Wilhelm. Grundrechte und Privatrecht. In: *Archiv für die civilistische Praxis*, v. 184, n. 3, 1984, p. 245-246.

Entendendo-se que há também vinculação à observância dos direitos fundamentais por parte do juiz que decide uma questão privada, tendo em vista ser ele órgão estatal, não se observa diferença relevante entre a teoria dos efeitos indiretos e direitos, levando-se em consideração que caso se entenda que o juiz também viola direitos fundamentais ao não aplicá-los no caso concreto, “isso pressupõe a existência de um direito definitivo” de uma das partes sobre a outra, a qual é derivada de um direito fundamental (ALEXY, op. cit., p. 540).

⁵⁹⁷ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 172.

⁵⁹⁸ DIMOULIS; MARTINS, op. cit., p. 105. Esta perspectiva está, portanto, mais relacionada à dimensão objetiva dos direitos fundamentais (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 168; CUNHA Jr., op. cit., p. 617).

⁵⁹⁹ DIMOULIS; MARTINS, op. cit., p. 105-111.

⁶⁰⁰ Conforme constatação feita por: SARLET; MARINONI; MITIDIERO, op. cit., p. 337.

e Leonardo Martins⁶⁰¹. Os autores advogam contra o reconhecimento do particular como vinculado diretamente aos direitos fundamentais, sugerindo situações privadas que não observam direitos fundamentais⁶⁰². Contudo, se em uns casos, alguns direitos fundamentais parecem não ser aplicáveis às relações privadas, em outros tantos eles serão⁶⁰³. Assim, a constatação de um direito fundamental, faticamente, só poder ser oposto ao Estado e não a um particular não permite afirmar que tal condição é afeta a todos os outros direitos⁶⁰⁴.

Leonardo Martins sustenta ainda que a existência de eficácia horizontal direta acarreta uma constitucionalização do ordenamento jurídico, caracterizado pelo “desaparecimento gradual da fronteira entre o direito constitucional e o resto do ordenamento jurídico, sobretudo o direito privado,” afirmando ainda que tal situação não preserva a autonomia da vontade⁶⁰⁵. Entretanto, sobre este posicionamento, Alexy afirma que citar a autonomia privada como forma de impedir os efeitos perante terceiros é uma deficiência da discussão, visto este é só mais um princípio constitucional, que também está sujeito à ponderação⁶⁰⁶.

Observando a Constituição brasileira, pode-se perceber que alguns direitos fundamentais têm seu principal campo de atuação exatamente por meio de vinculação direta dos particulares, como é o caso da defesa do consumidor⁶⁰⁷ ou das normas trabalhistas⁶⁰⁸. Por este motivo, Daniel Sarmento sustenta que, analisando a Constituição brasileira, não é possível aceitar doutrinas que somente são possíveis frente a textos constitucionais estrangeiros⁶⁰⁹. Na doutrina pátria, a ideia de vinculação direta dos particulares encontrou solo fértil em diversos campos do direito, como o processual, o trabalhista e o societário⁶¹⁰. Dirley

⁶⁰¹ DIMOULIS; MARTINS, op. cit., p. 111. Conferir também: SCHWABE, Jürgen; MARTINS, Leonardo (org.). *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão*. Beatriz Hennig et al. (trad.). Montevideu: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005, p. 82-83, 86.

⁶⁰² DIMOULIS; MARTINS, op. cit., p. 63.

⁶⁰³ NIPPERDEY, Hans Carl. Direitos Fundamentais e Direito Privado. Waldir Alves (trad.). In: *Direitos Fundamentais e Direito Privado: textos clássicos*. Luis Afonso Heck (org.). Porto Alegre: Fabris, 2011, p. 64-65).

⁶⁰⁴ BAQUER, Lorenzo Martín-Retortillo. *Los Derechos Fundamentales y La Constitución*. Zaragoza: El Justicia de Aragón, 2009, 311.

⁶⁰⁵ SCHWABE; MARTINS, op. cit., p. 95-96.

⁶⁰⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. Virgílio Afonso da Silva (trad.). São Paulo: Malheiros, 2011, p. 540.

⁶⁰⁷ BAQUER, op. cit., p. 312. Veja-se, por exemplo, o direito ao décimo terceiro salário (art. 7º, VIII).

⁶⁰⁸ DÍEZ-PICAZO, Luís Maria. *Sistema de Derechos Fundamentales*. 3. ed. Pamplona: Thomson Civitas, 2008, p. 158. Veja-se, por exemplo, o direito à proibição ao trabalho normal superior a oito horas diárias (art. 7º, XIII).

⁶⁰⁹ O autor, assim, afasta da aplicação à Constituição brasileira as teses dominantes em outros países, como os Estados Unidos, que praticamente exclui a aplicação dos direitos fundamentais sobre as relações privadas, e a Alemanha, que sustenta a eficácia mediata (SARMENTO, op. cit., p. 279).

⁶¹⁰ Respectivamente: DIDIER Jr., Fredie. O Direito Fundamental ao Devido Processo Legal e a Exclusão do Sócio: notas ao art. 57 do Código Civil, p. 47-52; PESSOA, Flávia Moreira Guimarães. A Aplicabilidade Direta dos Direitos Fundamentais nas Relações de Emprego Dentro do Novo Paradigma do Mundo do Trabalho, p. 29-46; MARTINS, Irena Carneiro. Os Direitos Fundamentais, as Responsabilidades do Acionista Controlador e o Caráter imperativo do Artigo 116, parágrafo único, da Lei das S.A, p. 53-62; todos os artigos presentes in:

da Cunha Jr. chega a sustentar que a adoção da teoria da eficácia direta no Brasil não é nada mais que a aplicação do art. 5º, §1º, da Constituição, ao determinar a aplicabilidade imediata das normas de direitos fundamentais⁶¹¹. Seria, portanto, semelhante à Constituição portuguesa, que prevê expressamente a vinculação das entidades privadas⁶¹².

Deste modo, conforme já referido, embora alguns direitos fundamentais não possam, por sua gênese, vincular os particulares – a exemplo do direito de ação (art. 5º, XXXV) – é possível afirmar que, na medida de sua compatibilidade com as relações privadas, as normas de direitos fundamentais estabelecem direitos subjetivos para os cidadãos, ainda que haja diferente amplitude e intensidade em relação à vinculação estatal⁶¹³. No Brasil, portanto, a teoria que melhor se ajusta aos preceitos constitucionais é a da eficácia direta⁶¹⁴. De forma mais consistente, o Estado sempre é e os particulares por vezes são – a depender do direito em espécie⁶¹⁵ – destinatários dos direitos fundamentais. Não que tal vinculação se dê do mesmo modo, quanto às mesmas funções ou na mesma intensidade, havendo mais relevância sobre este tema em relação a determinados direitos⁶¹⁶.

No que se refere ao objeto deste trabalho, contudo, a discussão acerca da adoção da teoria da eficácia direta ou indireta não tem maiores repercussões, sendo possível chegar à mesma conclusão partindo de uma ou outra premissa, tendo em vista que o debate mais relevante acerca da utilização de uma ou outra doutrina ocorre quando determinado conflito jurídico, havido entre particulares e que envolva bens tutelados por normas de direitos fundamentais, não se encontra regulado por nenhum dispositivo infraconstitucional.

No presente caso, a adoção de uma ou outra teoria possibilita ou a aplicação direta dos direitos fundamentais à igualdade e à imagem ou a leitura constitucional do dispositivo que veda a publicidade consumerista discriminatória (art. 37, §2º⁶¹⁷). Considerando este dispositivo possui conceito indeterminado, a escolha entre uma ou outra teoria não se faz de

Direitos Fundamentais e Reflexos nas Relações Sociais. Rodolfo Pamplona Filho, Salomão Resedá (org.). Salvador: Paginae, 2010.

⁶¹¹ CUNHA JR., Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. rev. ampl. atual. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 621.

⁶¹² Dispõe o art. 18, 1: “Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas”.

⁶¹³ SARLET, op. cit., p. 248-251.

⁶¹⁴ MARETTI, Luis Marcello Bessa. A Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares. *Revista de Direito Público*, Londrina, v. 5, n. 3, 2010, p. 90.

⁶¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 376.

⁶¹⁶ Por exemplo, Canotilho afirma que a discussão é especialmente relevante em relação ao direito à igualdade (op. cit., p. 432).

⁶¹⁷ Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva (...) § 2º É abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeite valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.

maior relevância. Contudo, a exposição feita possui importância por dois motivos: para fundamentar uma ou outra teoria que permita ou a incidência direta do direito fundamental ou sua entrada no direito privado através dos conceitos indeterminados; para possibilitar a aplicação do desenvolvimento que foi feito aqui a situações que, a princípio, não estariam sob incidência do CDC, a exemplo das publicidades institucionais, por atuação direta dos direitos fundamentais.

4.2 A PUBLICIDADE E SUA INFLUÊNCIA SOCIOCULTURAL

Tendo sido constatado que os particulares também estão vinculados aos direitos fundamentais, passa-se a abordar o tema da publicidade, com ênfase nos assuntos essenciais para o desenvolvimento do presente trabalho. De início, investigar-se-á o seu conceito, de modo a estabelecer os contornos das situações fáticas que se considera incluídas no fenômeno publicitário, possibilitando maior controle da investigação que será realizada.

4.2.1 Conceito de publicidade

De início, destaca-se que a publicidade está intimamente ligada à sociedade pós-moderna e à massificação social, constituindo importante estratégia mercadológica de comunicação entre os agentes econômicos e os consumidores⁶¹⁸. No modo de vida atual, ela é onipresente⁶¹⁹, funcionando, inclusive, como fonte de obrigação, conforme a legislação consumerista brasileira⁶²⁰. Tão grande é a relevância da publicidade que a doutrina sustenta que, sem ela, “não há sociedade de consumo”⁶²¹.

Originalmente, o termo “publicidade” não corresponderia ao conceito de “propaganda”: enquanto aquele faria referência à divulgação de atividades e produtos, com o fim de promover negócios, este estaria voltado à propagação de ideologias e crenças para difusão e influência de opinião⁶²², estando mais atrelado às perspectivas políticas ou

⁶¹⁸ XAVIER, José Tadeu Neves. Os Limites da Atuação Publicitária na Condução de Comportamentos Sociais: o valor da ética no controle jurídico da publicidade. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 81, 2012, p. 118-119.

⁶¹⁹ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. O Controle Jurídico da Publicidade. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 9, 1994, p. 28.

⁶²⁰ XAVIER, op. cit., p. 120.

⁶²¹ LOPES, Maria Elizabete Vilaça. O Consumidor e a Publicidade. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 1, 1992, p. 151.

⁶²² TICIANELLI, Marcos Daniel Veltrini. *Delitos publicitários: no Código de Defesa do Consumidor e na Lei 8.137/90*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 39-44.

religiosas, pelo que não configuraria propriamente uma preocupação do direito consumerista⁶²³. Assim, a publicidade teria natureza comercial, enquanto a propaganda caráter ideológico⁶²⁴.

Contudo, na língua portuguesa – e nas línguas latinas como um todo⁶²⁵ – é comum que os termos sejam utilizados como sinônimos⁶²⁶. É possível que essa equiparação quanto aos conceitos ocorra em vista da dificuldade atual de separar o que é mercadológico e o que é ideológico, tendo em vista que “a publicidade deixou de ter um papel meramente informativo para influir na vida do cidadão de maneira tão profunda a ponto de mudar-lhe hábitos e ditar-lhe comportamento”⁶²⁷.

Atualmente, portanto, ambas as expressões são reunidas sob um único signo⁶²⁸, consubstanciando um mesmo conteúdo, qual seja, o da atuação mercado-ideológica dos fornecedores voltada à divulgação dos bens de consumo e à conformação dos hábitos, opiniões e necessidades dos consumidores. De toda forma, ainda que não houvesse tal aproximação semântica, no âmbito do consumidor “os termos são utilizados como sinônimo por todos inclusive pela lei”⁶²⁹, pelo que não se torna necessário fazer maiores diferenciações. Tendo em vista que o CDC consagrou o termo “publicidade” para fazer referência à mencionada atuação⁶³⁰, este será também o vocábulo utilizado neste trabalho.

Do que foi exposto, poder-se-ia dizer que publicidade seria toda informação ou comunicação veiculada cuja finalidade seja a promoção – direta ou indireta, junto aos consumidores – da aquisição de um produto ou um serviço, independentemente do meio ou

⁶²³ LOPES, op. cit., p. 154.

⁶²⁴ SANTOS, Gilmar. *Princípios da Publicidade*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2005, p. 17.

⁶²⁵ KAMLOT, Daniel; GOUVEIA, Tania Almeida; GOUVEIA, Ana Luisa Ostmann. Propaganda Enganosa na Internet: percepções por meio de mapas de calor. In: *Caderno Profissional de Administração*, v. 5, n. 1, 2015, p. 62.

⁶²⁶ SANTOS, op. cit., p. 15-16. O autor adverte que no inglês há diferenciação clara de sentido entre *advertising*, *propaganda* e *publicity*. Em sentido contrário: GOMES, Neusa Demartini. Publicidade ou Propaganda? É isso aí!. *Revista Famecos*, Porto Alegre, n. 16, 2001, p. 111-119.

⁶²⁷ ALMEIDA, João Batista de. *A Proteção Jurídica do Consumidor*. 5. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 113. Este papel apenas informativo da publicidade foi seu traço característico apenas no século XIX, tendo sua importância diminuído com o passar das décadas, sobretudo após a 2ª Guerra Mundial (AMARAL JÚNIOR, Alberto do. O Princípio da Vinculação da Mensagem Publicitária. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 14, 1995, p. 41-42).

⁶²⁸ Marcos Daniel Veltrini Ticianelli sugere a utilização do termo *comunicação* para abarcar ambas as expressões (op. cit., p. 50-51).

⁶²⁹ AMATRUDO, Rosângela. Publicidade Abusiva. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 52, 2004, p. 174.

⁶³⁰ Embora o CDC faça alusão à necessidade de contrapropaganda – e não contrapublicidade – ao mencionar a sanção na qual pode incorrer o fornecedor em caso de publicidade enganosa ou abusiva (art. 56, XII e art. 60).

local utilizado na propagação da mensagem⁶³¹. Entendida neste sentido, até mesmo informações prestadas por um vendedor no momento da aquisição por um único consumidor também estariam englobadas pelo termo.

Sem necessariamente questionar esta definição, neste trabalho, contudo, o termo publicidade terá sempre uma perspectiva transindividual, estando relacionado à coletividade ou, ao menos, a uma pluralidade de pessoas. Neste sentido, por exemplo, o CDC, ao tipificar penalmente condutas relativas à publicidade, teria previsto tanto a figura da “oferta publicitária enganosa” quanto da “oferta não publicitária enganosa”⁶³², referente, respectivamente, ao art. 66⁶³³ e 67⁶³⁴, de forma a evitar problemas de interpretação⁶³⁵ que poderiam ser originados entre a possível alegação de diferença entre oferta e publicidade. O art. 66 estaria voltado a um âmbito mais restrito, de contato pessoal/individual entre fornecedor e consumidor, ao passo que o art. 67 faria referência à comunicação de massa, dirigida a uma quantidade indeterminada de consumidores, embora algumas condutas acabem levantando dúvidas quanto à aplicação de uma ou outra norma⁶³⁶.

Portanto, o desenvolvimento a ser feito neste trabalho não levará em consideração a “oferta não publicitária”, de cunho pessoal, ainda que algumas conclusões possam ser aplicadas a esta situação. Em relação aos veículos, eles podem ser os mais variados, notadamente revistas e jornais, televisão, rádio, internet, *outdoors*, panfletos, cartazes. Até mesmo a própria embalagem do produto, em alguns casos, pode ser considerada publicidade⁶³⁷.

Ainda sobre a definição de publicidade, importa destacar que ela é apenas uma das diversas ações de *marketing*, termo que abrange também o planejamento e execução de todos os fatores relevantes acerca do produto ou serviço, incluindo-se a concepção, o preço, a

⁶³¹ MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 727.

⁶³² BENJAMIN, Antonio Herman V. Crimes de Consumo no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 3, 1992, p. 89.

⁶³³ Art. 66. Fazer afirmação falsa ou enganosa, ou omitir informação relevante sobre a natureza, característica, qualidade, quantidade, segurança, desempenho, durabilidade, preço ou garantia de produtos ou serviços: Pena - Detenção de três meses a um ano e multa.

⁶³⁴ Art. 67. Fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber ser enganosa ou abusiva: Pena - Detenção de três meses a um ano e multa.

⁶³⁵ MARQUES; BENJAMIN, MIRAGEM, op. cit., p. 924.

⁶³⁶ BENJAMIN, Antonio Herman V. A Repressão Penal aos Desvios de Marketing. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 4, 1992, p. 99.

⁶³⁷ CLÈVE, Clèmerson Merlin. Liberdade de Expressão, de Informação e Propaganda Comercial. *Revista Crítica Jurídica*, n. 24, 2005, p. 283.

distribuição e a promoção⁶³⁸. À publicidade cabe transmitir informação e conquistar o convencimento do público acerca da aquisição de um bem ou serviço⁶³⁹.

4.2.2 Publicidade e sua influência sociocultural

Um aspecto fundamental da publicidade a ser abordado neste trabalho é sua influência na sociedade, notadamente sua possibilidade de conformar comportamentos. Embora a ideia básica de persuadir indivíduos a adquirirem mercadorias tenha acompanhado toda história da humanidade onde havia comércio⁶⁴⁰, foi no século XX que ela expandiu-se para influenciar de forma mais incisiva a vida social⁶⁴¹. A publicidade transcendeu o âmbito da venda de produtos e serviços e passou a abarcar também outros campos, a exemplo da política e do meio artístico⁶⁴², havendo quem entenda que atualmente ela estaria assumindo o lugar de “quarto poder” tradicionalmente atribuído à imprensa⁶⁴³, inclusive por ter se tornado o principal meio de suporte econômico às mídias de massa⁶⁴⁴, as quais, por vezes, curvam-se à ética do consumo⁶⁴⁵.

A publicidade torna-se, neste cenário, algo “onipresente”, que funcionaria como “núcleo privilegiado de produção simbólica contemporânea”, por veicular, agregado aos bens de consumo, valores, estilos de vida e normas de conduta⁶⁴⁶, constituindo-se “espécie de novo farol da sociedade”, indicando os padrões a serem seguidos⁶⁴⁷.

Neste diapasão, a publicidade atuaria como instrumento de controle social, constituindo-se de forte elemento cultural da sociedade de consumo⁶⁴⁸, sendo responsável por uma verdadeira indústria cultural, que leva o consumidor a pensar de forma pouco crítica,

⁶³⁸ SANTOS, op. cit., p. 48- 53. Assim, o *marketing* envolve todo o conjunto de atividades desde a identificação das possibilidades do mercado, passando pela criação até a utilização e exaurimento do produto ou serviço pelo consumidor (LOPES, op. cit., p. 150).

⁶³⁹ LOPES, op. cit., p. 151.

⁶⁴⁰ RODRIGUES, Agustin Perez. A História da Mídia Brasileira e o Desenvolvimento da Mídia Exterior. In: *Augusto Guzzo Revista Acadêmica*, n. 6, 2003, p. 62. Sobre a evolução da publicidade, no Brasil e no mundo: SANTOS, Gilmar. *Princípios da Publicidade*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2005, p. 31-40. De forma mais completa: TRINDADE, Luis. *Foi você que pediu uma história da publicidade?* Lisboa: Tinta da China, 2008.

⁶⁴¹ MARSHALL, Leandro. *O Jornalismo na Era da Publicidade*. São Paulo: Summus, 2003, p. 96-97.

⁶⁴² *Ibidem*, p. 93.

⁶⁴³ *Ibidem*, p. 93.

⁶⁴⁴ *Ibidem*, p. 107.

⁶⁴⁵ *Ibidem*, p. 111. Segundo o autor, haveria uma “catequização ideológica compulsória da publicidade sobre o jornalismo” (*ibidem*, p. 119).

⁶⁴⁶ SEVERIANO, Maria de Fátima Vieira. Pseudo-individualização e Homogeneização na Cultura do Consumo: reflexões críticas sobre as subjetividades contemporâneas na publicidade. In: *Estudos e Pesquisas em Psicologia*, 2006, v. 6, n. 2, p. 106.

⁶⁴⁷ MARSHALL, op. cit., p. 95.

⁶⁴⁸ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. O Controle Jurídico da Publicidade. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 9, 1994, p. 47.

pela qual se “constrói, substitui e fortalece estereótipos e matizes culturais”⁶⁴⁹, ou, ainda, que “se elogiam ou condenam determinados estilos de vida, fomentam-se ou silenciam-se ideologias, convencem-se pessoas sobre a utilidade das coisas, de certos hábitos e condutas e vende-se um oásis de sonhos, de euforia e de perfeição”⁶⁵⁰.

As pessoas, expostas a “um verdadeiro bombardeio cultural” que busca persuadi-las têm dificuldade em se manterem alheias ao “tiroteio de sensações”⁶⁵¹, o qual, “de forma sorrateira e imperceptível (...) o induz a determinado comportamento social”⁶⁵², agindo de forma persuasiva⁶⁵³. Um exemplo disso é a relação entre publicidade e consumo de bebidas alcoólicas⁶⁵⁴.

Esta característica da publicidade tem sido afirmada já há algum tempo. Desde a década de 1960 é sabido que a sua influência sobre comportamentos não é algo secundário, mas um fator de grande relevância⁶⁵⁵, embora muito tenha sido questionado acerca de tal afirmação, havendo quem coloque em xeque o caráter essencialmente manipulativo da publicidade⁶⁵⁶. Contudo, mesmo quem reconhece uma atuação maior do próprio indivíduo ou corpo social na definição de suas preferências afirma ser inegável que a publicidade exerce influência relevante⁶⁵⁷.

Pelas considerações expostas, há quem entenda a publicidade comercial como algo inerentemente reprovável⁶⁵⁸, sendo um discurso totalitário, que produz determinadas relações sociais “através da manipulação ideológica de pasteurização da felicidade como um produto que está à venda”⁶⁵⁹.

⁶⁴⁹ Ibidem, p. 48.

⁶⁵⁰ CASTRO, Maria Helena Steffens de. *O Literário como Sedução: a publicidade na Revista do Globo*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004, p. 67-68. Tal característica, segundo a autora, teria “a intenção de ocultar os aborrecimentos do dia-a-dia e proclamar o prazer proporcionado pelos objetos de consumo”.

⁶⁵¹ MARSHALL, op. cit., p. 94.

⁶⁵² XAVIER, op. cit., p. 128.

⁶⁵³ LOPES, op. cit., p. 152.

⁶⁵⁴ DIAS, Fernando Lacerda. Os Limites Jurídicos à Publicidade de Bebidas Alcoólicas. *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, Brasília, n. 35, 2011, p. 197. O autor aponta que “a mídia exerce forte influência sobre as pessoas, influenciando os seus padrões de comportamento, criando hábitos e moldando vontades”, vindo a afirmar haver estudos empíricos “comparando 17 países com proibição total, proibição parcial ou sem qualquer proibição da propaganda de bebidas alcoólicas” que concluem que “onde a publicidade de bebidas alcoólicas é proibida, o nível de consumo e de acidentes automobilísticos é menor” (ibidem, p. 201). O autor faz referência à obra: BABOR, T. F.; CAETANO, R.; CASSWELL, S. *Alcohol: no ordinary commodity*. Oxford University Press, 2003.

⁶⁵⁵ PINSKY, Ilana; JUNDI, Sami A. R. J. el. O Impacto da Publicidade de Bebidas Alcoólicas sobre o Consumo entre Jovens: revisão da literatura internacional. *Revista Brasileira de Psiquiatria*, v. 30, n. 4, 2008, p. 363.

⁶⁵⁶ Conforme constata: SAMPAIO, op. cit., p. 80.

⁶⁵⁷ SAMPAIO, op. cit., p. 100.

⁶⁵⁸ TAVARES, Fred. Publicidade e Consumo: a perspectiva discursiva. *Revista Comum*, v. 11, n. 26, 2006, p. 124. Também demonstrando o pessimismo: SEVERIANO, op. cit., p. 117-118.

⁶⁵⁹ TAVARES, op. cit., p. 126.

Deve-se constatar, contudo, que, a despeito de ser comum a imputação do caráter manipulativo à publicidade, este aspecto não é exclusivo deste tipo de comunicação; em verdade, qualquer linguagem, de um modo geral, está voltada para a persuasão ou manipulação de comportamentos alheios, a exemplo do discurso político, jurídico, jornalístico, acadêmico, dentre outros⁶⁶⁰. De fato, a estrutura persuasiva da publicidade utiliza-se de princípios básicos de retórica, a exemplo do apelo à emoção, do oferecimento da prova e do apelo à credibilidade do comunicador, abrangendo, portanto, qualidades emocionais, racionais e institucionais⁶⁶¹ – mas que tipo de comunicação não os adota?

É sabido, por exemplo, que uma novela pode veicular certos hábitos através dos seus personagens e, com isso, ditar modas, gírias e costumes à população⁶⁶². Deste modo também atua, inevitavelmente, a publicidade: ela acaba estabelecendo modelos de conduta para a média da coletividade⁶⁶³. Destaca-se ainda que o mero fato da publicidade ser persuasiva não significa que ela seja enganosa ou ilusória; e, sem aquela característica, ela não teria muita utilidade⁶⁶⁴.

A publicidade não precisa ser meramente informativa, de forma a vedar a chamada “publicidade de estilo de vida”⁶⁶⁵, afinal “nem toda informação é publicidade e nem toda publicidade é só informação”, lhe sendo característico também a incitação do consumidor para o consumo⁶⁶⁶. Assim, a evolução da atividade publicitária foi marcada exatamente pela diminuição do papel informativo em favor da persuasão⁶⁶⁷.

A observação que é feita aqui serve para salientar que, conforme aponta Gino Giacomini Filho, por vezes “a publicidade tem se tornado um bode expiatório” da sociedade, sendo utilizada como alvo de críticas que deveriam estar direcionadas para o âmbito social e para o próprio modo de vida das pessoas – inclusive dos críticos⁶⁶⁸. Assim, o autor referido, embora admita que a publicidade tenha efeitos lesivos, pondera acerca da relativa

⁶⁶⁰ Ibidem, p. 117.

⁶⁶¹ Ibidem, p. 120-121.

⁶⁶² PEREIRA, Adriana Lopes. Consumidor e a Mídia de Massa. In: *O Consumidor: objeto da cultura*. Denise Macedo Ziliotto (org.). Petrópolis: Vozes, 2003, p. 82.

⁶⁶³ XAVIER, op. cit., p. 123.

⁶⁶⁴ KAMLOT, Daniel. Persuasão: a essência da propaganda. In: *Marketing*, mar. 2012, p. 64. O autor fez sua afirmação utilizando o termo “propaganda” ao invés de “publicidade”.

⁶⁶⁵ BENJAMIN, op. cit., p. 44-45. Em sentido contrário: XAVIER, op. cit., p. 131. O autor entende que o objetivo principal da publicidade deve ser a apresentação da funcionalidade, adequação tecnológica e vantagem que o produto traz ao consumidor.

⁶⁶⁶ BENJAMIN, op. cit., p. 33.

⁶⁶⁷ Ibidem, p. 47.

⁶⁶⁸ GIACOMINI FILHO, op. cit., p. 122.

incongruência de cobrar dela uma atuação socialmente equilibrada, enquanto a própria sociedade não o faz nos mais diversos setores⁶⁶⁹.

Neste sentido, a publicidade não tem apenas aspectos negativos; ela é necessária ao desenvolvimento das empresas⁶⁷⁰ e dos países, funcionando ainda como fonte de informação dos consumidores⁶⁷¹, entretenimento e sustentação dos veículos de comunicação – além de poder atuar de acordo com os valores sociais, promovendo-os⁶⁷² (malgrado normalmente seja dado mais destaque, de forma repressiva, para a atuação contrária). A análise da publicidade em geral não pode estar adstrita a uma perspectiva monocular⁶⁷³.

Portanto, tendo em vista não só sua ampla inserção na sociedade contemporânea, como também sua relevância, não parece adequado simplesmente colocar a publicidade como um problema a ser extirpado, a raiz de todos os males⁶⁷⁴. Por outro lado, considerando a forte influência que a publicidade exerce nas relações pessoais e sociais, não se pode deixá-la sem limites jurídicos à sua atuação, sendo necessário que ela esteja em consonância com os princípios constitucionais e com a atividade legislativa de controle⁶⁷⁵.

Deste modo, “o direito deve considerar a publicidade como um instrumento de condução da sociedade, com o poder de mudar hábitos e costumes (...)”⁶⁷⁶, em razão dela efetivamente conformar o comportamento das pessoas⁶⁷⁷, mas sem extirpá-la, tendo em vista não apenas seus aspectos positivos, como também o fato de que é inerente a qualquer tipo de comunicação a força persuasiva. O ponto fulcral, então, é estabelecer parâmetros ao seu desenvolvimento.

⁶⁶⁹ Ibidem, p. 123-124.

⁶⁷⁰ Há quem aponte, inclusive, que o desenvolvimento da publicidade aumenta a demanda, ocasionando o ganho de produção de larga escala, que possibilita um menor preço de venda para o consumidor (HOLLIFIELD, Ann. Advertising Lowers Prices for Consumers. In: *Advertising and Society: an introduction*. 2. ed. Carol J. Pardum (org.). Malden: Wiley Blackwell, 2014, p. 13).

⁶⁷¹ “A publicidade honesta, a publicidade despida de vícios e, por isso mesmo, não enganosa é indispensável para que o consumidor maduro, suficientemente informado, possa livremente decidir a propósito do que é de seu interesse (CLÈVE, Clèmerson Merlin. Liberdade de Expressão, de Informação e Propaganda Comercial. *Revista Crítica Jurídica*, n. 24, 2005, p. 259).

⁶⁷² GIACOMINI FILHO, op. cit., p. 127.

⁶⁷³ JHALLY, Sut. What’s Wrong with a Little Objectification?. In: *Media/Cultural Studies: critical approaches*. Rhonda Hammer, Douglas Kellner (org.). Nova Iorque: Peter Lang, 2009, p. 313. O autor faz referência à necessidade de superar as explicações unidimensionais de manipulação usualmente atribuídas à publicidade.

⁶⁷⁴ Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin sustenta que deve ser afastado o posicionamento de que qualquer publicidade é um mal que deve ser totalmente proibido, ideia “excessivamente geral e infantil” (op. cit., p. 41).

⁶⁷⁵ TICIANELLI, Marcos Daniel Veltrini. *Delitos publicitários: no Código de Defesa do Consumidor e na Lei 8.137/90*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 64.

⁶⁷⁶ Ibidem, p. 64.

⁶⁷⁷ ALMEIDA, João Batista de. *A Proteção Jurídica do Consumidor*. 5. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 113.

4.3 LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO CONTEXTO DA PUBLICIDADE VOLTADA AO CONSUMO

Além das razões sociológicas e filosóficas apontadas no tópico anterior para justificar a possibilidade de atuação no meio publicitário, inclusive com sua força persuasiva, constata-se também que há motivações jurídicas para a sua proteção, estando tal atividade abrigada no âmbito da liberdade constitucionalmente protegida. Contudo, antes de iniciar a abordagem da relação entre este direito e a publicidade comercial, faz-se necessário estabelecer algumas premissas, tanto em relação ao que se considera publicidade voltada ao consumo quanto em relação à possibilidade de colisão entre direitos.

4.3.1 Publicidade no âmbito consumerista

Anteriormente já foi definido que o conceito de “publicidade” neste trabalho tem sempre um caráter transindividual. Contudo, seu escopo não é abordar todas as peças e campanhas que possuam esta característica, mas apenas aquelas que estão inseridas em uma lógica comercial, voltada ao mercado de produtos e serviços. Não está abrangida, assim, a publicidade de associações de classe, de entidades filantrópicas que não atuam no âmbito de consumo, da maioria das instituições públicas⁶⁷⁸, dentre outras. Esta demarcação é estabelecida porque, conforme será demonstrado, a atuação dos agentes econômicos, inclusive no âmbito publicitário, possui restrição diferenciada – ainda que todos os anteriores venham a se utilizar das mesmas técnicas de publicidade⁶⁷⁹. Neste sentido, é possível que alguns resultados a serem atingidos neste trabalho não sejam necessariamente aplicáveis às publicidades não comerciais.

Feita esta constatação, passa-se a definir o que é atuar no mercado de consumo em relação à publicidade. Sobre este tema, percebe-se que a legislação ordinária conformou o texto constitucional, positivando definições. Para estabelecer a abrangência das normas consumeristas, o CDC adotou diversos dispositivos que se complementam⁶⁸⁰, de forma a

⁶⁷⁸ A ressalva consubstanciada no termo “maioria” tem por base a existência, por exemplo, de empresas públicas, que estão inseridas no mercado de consumo e são abrangidas por este trabalho.

⁶⁷⁹ GOFFMAN, Erving. *Gender Advertisements*. Nova Iorque: Harper Torchbooks, 1987, p. 27.

⁶⁸⁰ Assim está disposto: “Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo. Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços. § 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material

ampliar o campo de incidência das normas protetivas⁶⁸¹. A definição de consumidor importa a existência dos elementos subjetivo, objetivo e teleológico⁶⁸². O elemento subjetivo encontra-se demarcado pela necessidade de existência de ao menos uma pessoa, seja ela física ou jurídica⁶⁸³. Contudo, o elemento subjetivo mais relevante para este trabalho, em razão de sua perspectiva transindividual, é evidenciado pela possibilidade de uma coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, figurar como consumidora (art. 2º) para fins jurídicos, não sendo necessário nem mesmo a identificação de um consumidor real que efetivamente foi prejudicado pela prática e deseja insurgir-se contra ela⁶⁸⁴.

Esta ideia é complementada pela previsão do art. 29, que estabelece que todas as pessoas, ainda que indetermináveis, atingidas por práticas comerciais – expostas à oferta, publicidade, práticas abusivas, cobradas em dívidas e as incluídas em bancos de dados – estão protegidas no âmbito consumerista, independentemente de vir ou pretender adquirir qualquer produto ou serviço ou de que seja firmada qualquer relação jurídica concreta⁶⁸⁵. O consumidor, contudo, não é o único a figurar no vínculo, devendo-se perceber a ligação consumerista sob um prisma relacional, estando do outro lado o fornecedor de produtos ou serviços⁶⁸⁶. Neste ponto, o CDC objetivou dar a mais ampla proteção possível ao consumidor, abarcando vasto espectro de relações, bem como de sujeitos que são considerados fornecedores⁶⁸⁷. É fornecedor “toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados” (art. 3º) que atue em qualquer etapa da

ou imaterial. § 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista (...) Art. 17. Para os efeitos desta Seção [II - Da Responsabilidade pelo Fato do Produto e do Serviço], equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento (...) Art. 29. Para os fins deste Capítulo [V – Das Práticas Comerciais] e do seguinte [VI – Da Proteção Contratual], equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas.

⁶⁸¹ CAMPOS, Maria Luiza de Saboia. *Publicidade: responsabilidade civil perante o consumidor*. São Paulo: Cultural Paulista, 1996, p. 199.

⁶⁸² AMARAL, Luiz Otavio de Oliveira. *Teoria Geral do Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 98.

⁶⁸³ *Ibidem*, p. 98.

⁶⁸⁴ *Ibidem*, p. 98-99.

⁶⁸⁵ LOPES, op. cit., p. 165.

⁶⁸⁶ Salienta-se a lição de Cláudia Lima Marques: “Um civil frente a outro civil será uma relação puramente de direito civil; o mesmo civil frente a um empresário, ou fornecedor, será uma relação de consumo; e este empresário ou profissional (...) se frente a outro empresário ou profissional, será uma relação empresarial (...)”. (BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 5. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 90).

⁶⁸⁷ Destaca Rizzatto Nunes (*Curso de Direito do Consumidor*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 90) que fornecedor é gênero, do qual são espécies o fabricante, o produtor, o construtor, o importador e o comerciante.

cadeia de atividades relativas a produtos e serviços⁶⁸⁸. A referência a estes bens consubstancia o elemento objetivo⁶⁸⁹.

Um aspecto fundamental na definição de produtos e serviços é a remuneração. Sobre o tema, destaca-se que ela não precisa ser feita de forma direta para que se caracterize a relação de consumo, sendo possível que haja a remuneração de modo indireto, ou seja, “quando não é o consumidor individual que paga, mas a coletividade (facilidade diluída no preço de todos) ou quando ele paga indiretamente o ‘benefício gratuito’ que está recebendo”⁶⁹⁰. Portanto, a mera gratuidade não significa que não há remuneração, como acontece com os programas de fidelidade de empresas aéreas⁶⁹¹.

O terceiro elemento da relação de consumo, o teleológico, consiste na exigência de que a pessoa que adquire o produto ou serviço o faça enquanto destinatária final (art. 2º) da cadeia produtiva, e não para transformá-lo ou reinseri-lo no mercado de consumo⁶⁹². Embora a regra seja de considerar consumidor o destinatário final fático e econômico do bem, a doutrina⁶⁹³ e a jurisprudência do STJ⁶⁹⁴ tem defendido a teoria do chamado finalismo aprofundado, que amplia o conceito literal do art. 2º do CDC, reconhecendo a possibilidade de existir relação de consumo na aquisição de produtos e serviços que são utilizados na cadeia produtiva, observando sempre a existência de vulnerabilidade no caso concreto, no caso do destinatário pessoa jurídica⁶⁹⁵.

A exposição feita demonstra que as pessoas físicas ou jurídicas que comercializam produtos ou serviços no mercado de consumo e utilizam da publicidade para suas atividades estão abarcadas pelos parâmetros fixados neste trabalho⁶⁹⁶, ainda que a peça ou campanha

⁶⁸⁸ O próprio art. 3º traz a amplitude das atividades: “(...) de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços”. Em relação aos serviços, estes não podem ser de caráter trabalhista (art. 3º, §2º).

⁶⁸⁹ AMARAL, op. cit. p. 99.

⁶⁹⁰ CALDEIRA, Patrícia. Caracterização da Relação de Consumo: conceito de consumidor/fornecedor. teorias maximalista e finalista. análise dos artigos 1º a 3º, 17 e 29 do CDC. In: *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. Marcelo Gomes Sodré, Fabíola Meira, Patrícia Caldeira (Org.). São Paulo: Verbatim, 2009, p. 31-32.

⁶⁹¹ BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Manual de Direito do Consumidor: à luz da jurisprudência do STJ*. 4. ed. rev. atual. ampl. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 76.

⁶⁹² AMARAL, op. cit. p. 100. Assim, é consumidor toda pessoa que seja a destinatária final fática e econômica do bem (FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de Direitos do Consumidor*. 9. ed. rev. ampl. sist. atual. São Paulo: Atlas, 2007, p. 26).

⁶⁹³ BENJAMIN; MARQUES; BESSA, op. cit., p. 97; AMARAL, op. cit., p. 104-106.

⁶⁹⁴ A exemplo, REsp 733.560-RJ. Terceira Turma. Rel. Min. Nancy Andrichi. julg. 11.04.2006; e AgRg nos EDcl no REsp 866.389-DF. Rel. Min. Sidnei Benetti. julg. 19.06.2008).

⁶⁹⁵ BENJAMIN; MARQUES; BESSA, op. cit., p. 97; AMARAL, op. cit., p. 94.

⁶⁹⁶ Em sentido semelhante, Paulo Sergio Cornacchioni define publicidade comercial como “toda forma de comunicação social massificada tendente a persuadir o maior número de pessoas ao consumo de determinado produto ou serviço” (Liberdade de Expressão Não Protege Propaganda. *Revista Consultor Jurídico*, 07 mar.

analisada não esteja voltada à venda de um produto, podendo, por exemplo, ter apenas a finalidade de trabalhar a imagem da empresa.

4.3.2 A ponderação de direitos fundamentais

Feita a delimitação acerca de quais peças ou campanhas publicitárias encontram-se abarcadas pelo presente trabalho, passa-se a abordar o tema da ponderação entre direitos fundamentais. A breve explanação que será feita é fundamental para o entendimento acerca das possibilidades de o direito à igualdade limitar a liberdade dos agentes econômicos.

A necessidade de limitação a direito fundamental é algo inerente à sua existência, não sendo possível falar em direito “ilimitado”⁶⁹⁷. Inclusive, a discussão acerca da necessidade de restrição de direitos que se contrapõem nem mesmo é originária da doutrina constitucional, tendo sido iniciada há muito tempo no âmbito do direito civil⁶⁹⁸. Pela ideia referida, mesmo quando a constituição não determina previamente a possibilidade de limitação – seja estabelecendo restrição expressa no texto constitucional, seja prevendo a chamada “reserva legal”, que pode ser simples ou qualificada⁶⁹⁹ –, tem-se reconhecido a necessidade de estabelecê-las, o que, aponta Canotilho, faria alguns setores doutrinários afirmarem a existência de “limites imanentes”⁷⁰⁰. O autor, contudo, pretere a adoção da ideia de “limites imanentes”, tendo em vista que ela está associada à chamada “teoria interna” dos direitos fundamentais, propondo em substituição a existência de “restrições não expressamente autorizadas pela Constituição”⁷⁰¹ – ou, ainda, “direito constitucional de colisão”⁷⁰², consoantes com a “teoria externa” acerca da colisão desses direitos.

Segundo a referida teoria externa, as restrições a determinado direito não é algo que lhe é interno, abrangido pelo seu conteúdo, sendo, em verdade, determinadas apenas no caso

2009. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-mar-07/propaganda-comercial-nao-prottegida-liberdade-expressao>>. Acesso em 12 set. 2015).

⁶⁹⁷ DIMOULIS; MARTINS, op. cit., p. 164. Os autores sustentam ainda que “as colisões e restrições nascem, como já constatado, porque o exercício de um direito fundamental entra em conflito com outro ou com outros preceitos constitucionais (bens jurídico-constitucionais)” (ibidem, p. 170).

⁶⁹⁸ Conforme constata: SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 127). Para um resumo sobre o tema: MARCACINI, Daniela Tavares Rosa. *O Abuso do Direito*. Dissertação (mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2006, p. 32-39.

⁶⁹⁹ DIMOULIS; MARTINS, op. cit., p. 154.

⁷⁰⁰ CANOTILHO, op. cit., p. 1276-1277.

⁷⁰¹ Ibidem, p. 1277. Aparentemente, a colocação do autor é uma evolução no seu pensamento, tendo em vista que Virgílio Afonso da Silva, com base na obra de Canotilho publicada anteriormente (em 1998), critica o seu entendimento, porque ele utilizaria o termo “limites imanentes” como decorrente da teoria externa, ou seja, de que as restrições são resultantes da colisão entre direitos (op. cit., p. 166).

⁷⁰² Do alemão “*kollidierendes Verfassungsrecht*” (DIMOULIS; MARTINS, op. cit., p. 163-164).

concreto, quando há colisão com o conteúdo de outro direito⁷⁰³. De forma mais simples, a teoria externa entende que as restrições derivadas de colisões são constituídas no caso concreto, enquanto a teoria interna sustenta que há apenas a declaração de limites já existentes previamente⁷⁰⁴.

Neste trabalho, entende-se mais adequada a teoria externa, sendo possível afirmar que os direitos fundamentais estabelecem uma proteção *prima facie*⁷⁰⁵ que pode ser afastada no caso concreto em que há colisão entre eles⁷⁰⁶. Sem entrar na discussão sobre se todos os direitos fundamentais possuem natureza de princípio, e por isso são ponderáveis⁷⁰⁷, ou se também as regras podem ser ponderadas⁷⁰⁸ – tendo em vista que, sob uma ou outra ótica, seguramente os direitos em colisão aqui trabalhados seriam reconhecidos como ponderáveis, sujeitos à promoção parcial dos seus conteúdos⁷⁰⁹ –, passa-se a analisar o modo de solução de tais conflitos normativos.

Embora a aplicação a casos concretos costume ser bastante problemática, a solução teórica é simples: “consiste no estabelecimento de uma relação de precedência condicionada (...) com base nas circunstâncias do caso concreto”, ou seja, ponderar/sopesar sob quais condições um direito tem precedência em face do outro, precedência esta que poderá ser alterada em situação diversa⁷¹⁰. As ingerências em direitos fundamentais garantidos sem

⁷⁰³ SILVA, op. cit., p. 138.

⁷⁰⁴ Ibidem, p. 132.

⁷⁰⁵ Assenta John Rawls que os princípios têm apenas conteúdo *prima facie*, que deve ser ponderado com outros para obtenção da solução concreta (*Uma Teoria da Justiça*. Almiro Pisetta, Lenita M. R. Esteves (trad.). São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 107).

⁷⁰⁶ CANOTILHO, op. cit., p. 1281-1282.

⁷⁰⁷ Robert Alexy expõe que colisão entre direitos fundamentais deve ser vista como colisão de princípios (*Constitucionalismo discursivo*. 2. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 86). Assim, o caráter principiológico seria inerente às normas de direitos fundamentais (ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. Virgílio Afonso da Silva (trad.). São Paulo: Malheiros, 2011, p. 118). Sobre o tema, Humberto Ávila critica o posicionamento que insiste em qualificar de “princípios” normas que não tem as propriedades inerentes, resultando no absurdo da fácil maleabilidade de normas que a Constituição, pela técnica de normatização adotada, pretendia menos flexível (op. cit., p. 96-97).

⁷⁰⁸ Conforme sustentado em: ÁVILA, op. cit., p. 57-70.

⁷⁰⁹ Embora Humberto Ávila sustente trazer uma definição alternativa de princípio, afora negar a exclusividade da ponderabilidade dos princípios, sua teoria assemelha-se bastante com a de Alexy, sendo difícil visualizar maiores divergências, ainda que utilizando outras palavras para a conceituação (cf. op. cit., p. 85-86).

⁷¹⁰ ALEXY, op. cit., p. 96. Ressalva-se que, ao invés de fazer menção a “direito”, o autor refere-se a “princípio”. Manoel Jorge e Silva Neto entende que, na hipótese de conflito entre direitos constitucionais, caberia, anteriormente à ponderação, a aplicação do princípio da concordância prática, o qual determinaria a cedência recíproca dos direitos, implicando harmonização, ou seja, atribuição de mesmo peso e relevância aos direitos contrapostos (SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 169-170). Para esclarecer o entendimento, o autor utiliza a seguinte metáfora: “a harmonização, amparada na concordância prática ou cedência recíproca, mantém os direitos equilibrados em ambos os pratos da balança; a ponderação, de modo distinto, torna os pratos desequilibrados ao atribuir maior peso ou importância a determinado direito num caso concreto” (ibidem, p. 170). Entende-se, contudo, que o referido comando não possui conteúdo diferente da ponderação. Esta trata da limitação de direitos contrapostos, na medida da necessidade para a solução do caso, não implicando necessária prevalência de um, sendo possível que, ao sopesá-los, ambos participem de forma aproximadamente semelhante para a construção da decisão. Neste

reservas apenas podem ser justificadas jurídico-constitucionalmente caso a limitação seja compensada pela promoção de outros direitos – ou bens jurídico-constitucionais – de igual relevância⁷¹¹.

Neste sentido, chega-se a afirmar que os direitos fundamentais não podem ter sua prevalência determinada em abstrato, mas apenas em concreto⁷¹². A esta afirmação parece ser possível um aperfeiçoamento: embora a decisão sobre colisões de direitos fundamentais somente possa ser obtida ao exame do caso concreto, é possível constatar que alguns direitos possuem, mesmo abstratamente, maior relevância do que outros, “por serem dotados de uma relevância intrínseca para o ser humano ou para a sustentação das bases democráticas e republicanas”⁷¹³, situação que, embora não predetermine a solução do caso, deve ser levada em consideração na argumentação que fundamenta a decisão.

Todos aqueles direitos mais próximos às finalidades essenciais da Constituição possuem maior força argumentativa⁷¹⁴. É dentro deste raciocínio que se encontra na doutrina referência a um ou outro direito como sendo “um dos mais importantes do ordenamento jurídico” – ou afirmação que o valha –, seja a menção à vida⁷¹⁵, à igualdade⁷¹⁶, à democracia⁷¹⁷, à dignidade da pessoa humana⁷¹⁸, à cultura⁷¹⁹, à liberdade de expressão⁷²⁰, à

sentido, ao tratar do tema, Canotilho refere que “o princípio da harmonização ou concordância prática implica ‘ponderações’ (...)” (CANOTILHO, op. cit., p. 1225); Sarlet afirma que “o princípio da concordância prática busca atender – no contexto da unidade da constituição e da ordem jurídica – às exigências de coerência e racionalidade do sistema constitucional e se concretiza no âmbito da assim chamada ponderação de bens (direitos, princípios etc.) (...)” (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, op. cit., p. 224). Também igualando o conteúdo da concordância prática e da ponderação: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 96-97; CUNHA JR., Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. rev. ampl. atual. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 221.

⁷¹¹ PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos Fundamentais*. António Francisco de Sousa; António Franco (trad.). São Paulo: Saraiva, 2012, p. 154.

⁷¹² BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 231. Ressalva-se que, ao invés de fazer menção a “direito”, o autor refere-se a “princípio”.

⁷¹³ MARTEL, Letícia de Campos Velho. Hierarquização de Direitos Fundamentais: a doutrina da posição preferencial na jurisprudência da Suprema Corte norte-americana. *Revista Sequência*, v. 25, n. 48, 2004, p. 92. A autora, contudo apenas faz referência a existência de posição doutrinária em tal sentido, sem tomar posição. Em sentido próximo, fazendo referência à “hierarquização de princípios”: OLIVEIRA FILHO, João Glicério de. *A Hierarquização dos Princípios da Ordem Econômica na Constituição Federal de 1988*. Tese (doutorado em Direito). Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2012, p. 24.

⁷¹⁴ Neste ponto, é possível fazer referência, embora não seja o mesmo posicionamento, à ideia de Canotilho acerca dos “princípios estruturantes”, que seriam aqueles “constitutivos e indicativos das ideias diretas básicas de toda a ordem constitucional. São, por assim dizer, as traves-mestras jurídico-constitucionais do estatuto jurídico do político”, sendo exemplos o princípio democrático e o republicano (op. cit., p. 1173).

⁷¹⁵ RIVERO; MOUTOUH, Hugues. *Liberdades Públicas*. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão (trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 347.

⁷¹⁶ CUNHA JR., op. cit., p. 665.

⁷¹⁷ CANOTILHO, op. cit., p. 288.

⁷¹⁸ SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Proteção Constitucional à Liberdade Religiosa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 117.

liberdade de imprensa, que goza de uma posição preferencial a outros direitos por sua maior importância “na construção de uma sociedade democrática”⁷²¹. Este entendimento tem ressonância, embora de forma mais rigorosa, na jurisprudência da Suprema Corte americana, tendo sido alcunhado de doutrina da posição preferencial (*preferred position*), consubstanciando certa hierarquização *prima facie* de direitos fundamentais⁷²². Esta teoria possibilita, por exemplo, que a liberdade de expressão naquele país seja considerada essencial para a manutenção da democracia, tendo a Suprema Corte dos Estados Unidos reconhecido que ela teria um “*status* especial na ordem constitucional”⁷²³.

Há quem critique a ponderação, afirmando ser decisão de cunho político, que excede as possibilidades da interpretação do julgador, implicando subjetividade⁷²⁴. Em resposta, pontua Virgílio Afonso da Silva que “não é possível buscar uma racionalidade que exclua, por completo, qualquer subjetividade na interpretação e na aplicação do direito. Exigir isso de qualquer teoria é exigir algo impossível”⁷²⁵. Portanto, a ponderação não é apenas algo possível, mas necessário, à solução de colisões entre direitos fundamentais⁷²⁶. Esta ideia será utilizada posteriormente.

⁷¹⁹ HÄBERLE, Peter. *Constituição e Cultura: o direito ao feriado como elemento de identidade cultural do estado constitucional*. Marcos Augusto Maliska, Elisete Antoniuk (trad.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. xiii.

⁷²⁰ MENDES; BRANCO, op. cit., p. 263.

⁷²¹ KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandez. As Liberdades de Expressão e de Imprensa na Jurisprudência do STF. In: *Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica*. Daniel Sarmento; Ingo Wolfgang Sarlet (coord.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 423.

⁷²² “A doutrina da posição preferencial significa, pois, a hierarquização dos Direitos Fundamentais protegidos pelo devido processo legal e a inserção de alguns em posição privilegiada em relação a outros. Em que pese todos possuam caráter de fundamentabilidade, uns são apostos em local cimeiro, tomados como de maior peso de per se. Então, os Direitos Fundamentais que assumem o mais alto posto na hierarquização correspondem aos dotados de posição preferencial. Diante da privação destes, usar-se-á o escrutínio estrito; na ausência deles, usar-se-á o teste da mera razoabilidade” (MARTEL, op. cit., p. 100). A autora completa ainda que “diante da privação destes, usar-se-á o escrutínio estrito; na ausência deles, usar-se-á o teste da mera razoabilidade” (ibidem, p. 100). Também neste ponto parece que o entendimento da Suprema Corte americana escapa ligeiramente ao firmado neste trabalho, no qual se entende que a diferença na decisão é apenas quanto ao ônus argumentativo – embora esta ideia também acabe sendo contemplada no modelo referido.

⁷²³ BARENDT, Eric. Freedom of Expression. In: *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Michel Rosenfeld, Andrés Sajó (org.). Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 891. O autor faz referência ao caso *Palko v. Connecticut*, 302 U.S. 319, julgado em 1937.

⁷²⁴ DIMOULIS; MARTINS, op. cit., p. 221-222. Além da objeção apontada, Alexy, defensor da ponderação, indica que haveria por parte da doutrina, de forma mais ampla, objeções filosóficas, objeções metodológicas e objeções dogmáticas, vindo o autor a demonstrar a impertinência de cada uma delas (ALEXY, op. cit., p. 155-179).

⁷²⁵ SILVA, op. cit., p. 146-147.

⁷²⁶ Mais uma vez, faz-se a ressalva de que há doutrina (Humberto Ávila) que sustenta que a ponderabilidade seria característica de todas as normas. Embora se concorde com esta teoria, ela não é fundamental para este trabalho, pelo que se colocou a tese mais amplamente aceita e que está contida naquela.

4.3.3 Liberdade publicitária: liberdade de expressão no contexto da publicidade voltada ao consumo

Após a abordagem acerca da teoria de solução de conflitos normativos entre os direitos fundamentais abordados neste trabalho, inicia-se o estudo acerca daquele que justificaria uma menor intervenção, visando à proteção da imagem de gênero, na atuação dos agentes econômicos: a liberdade. Antes, contudo, algumas delimitações são necessárias. O problema inicial é relativo ao tema já abordado – quando se tratou da igualdade de gênero – das cláusulas gerais e especiais de direitos. Não há reconhecimento expresso da Constituição a uma “liberdade publicitária”. Os fatos aqui analisados recairiam, portanto, sobre outra espécie de “liberdade”. Uma possibilidade seria a liberdade de manifestação do pensamento⁷²⁷. Outra possibilidade seria recaírem sobre a liberdade artística⁷²⁸, tendo em vista que, em alguma medida, a publicidade possui tal caráter⁷²⁹.

Esta situação parece demonstrar um problema de concurso/concorrência “aparente” e não “real/ideal”⁷³⁰, tendo em vista que a liberdade artística seria uma espécie de manifestação do pensamento⁷³¹, assim como a liberdade intelectual, científica ou de comunicação⁷³². Contudo, visualiza-se que o âmbito publicitário possui alguns elementos significativamente diversos do que usualmente é colocado como “liberdade artística”, bem como a “liberdade de manifestação do pensamento/de expressão” parecer ser por demais genérica para cuidar das

⁷²⁷ KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandez. As Liberdades de Expressão e de Imprensa na Jurisprudência do STF. In: *Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica*. Daniel Sarmento; Ingo Wolfgang Sarlet (coord.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 416.

⁷²⁸ Art. 5º (...) IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

⁷²⁹ SILVA, Daniela Regina da; LOPES, Jairo de Araújo. Publicidade no Brasil: novos caminhos, novas linguagens. *Revista de Ciência Humanas*, Florianópolis, v. 41, n. 1 e 2, 2007, p. 165, 169; GIACOMINI FILHO, op. cit., p. 127; OLIVETTO, Washington. Publicidade Também é Cultura. In: *Autorregulamentação e Liberdade de Expressão: a receita do Conar*. São Paulo: Conar, 2011, p. 10. Disponível em: <<http://www.conar.org.br/LivroCONAR.pdf>>. Acesso em 14 set. 2015.

⁷³⁰ DIMOULIS; MARTINS, op. cit., p. 171-172. O concurso/concorrência ideal seria aquele que enseja a análise dos fatos sob a ótica de dois ou mais direitos fundamentais, em razão de cada um ter elementos diferentes entre si necessários para a solução do problema.

⁷³¹ Tem-se a lição acerca do concurso/concorrência aparente: “se uma conduta cair no âmbito de proteção de dois direitos de liberdade entre os quais há uma relação de especialidade, a sua proteção determina-se exclusivamente de acordo com o direito fundamental especial. Isso resulta da primazia de que goza, em geral, a norma especial em face da norma geral” (PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos Fundamentais*. Antônio Francisco de Sousa; Antônio Franco (trad.). São Paulo: Saraiva, 2012, p. 157).

⁷³² Sarlet sustenta que, na Constituição Federal, a livre manifestação do pensamento assume a condição de gênero que abarca diversas manifestações específicas, “visto que a manifestação do pensamento poderá ocorrer na esfera da comunicação social, no exercício da atividade intelectual ou artística, ou mesmo dizer respeito à livre manifestação das opções religiosas” (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, op. cit., p. 450-451). Para Clèmerson Merlin Clève: “as liberdades de expressão e de comunicação derivam de liberdade de pensamento. Enquanto esta liberdade é interior, as duas outras são exteriores” (Liberdade de Expressão, de Informação e Propaganda Comercial. *Revista Crítica Jurídica*, n. 24, 2005, p. 267).

particularidades do mencionado ramo⁷³³. Por esta razão, postula-se, com base no art. 5º, § 2º⁷³⁴, o reconhecimento à “liberdade publicitária”, que abarcaria apenas a publicidade comercial; as demais, não incluídas diretamente no âmbito deste trabalho, recairiam sobre a liberdade à manifestação do pensamento⁷³⁵.

Há quem afirme que a publicidade comercial não estaria protegida nem pela liberdade de expressão, visto que não objetiva o debate de ideias, mas apenas a obtenção de lucro⁷³⁶. Mas predomina entendimento contrário, usualmente havendo referência ao seguinte conjunto de razões: 1. A liberdade de expressão, de modo geral, não tutela apenas temas considerados de interesse público, mas também do âmbito econômico, ainda que particular, pelo que a vinculação da liberdade publicitária ao lucro não seria razão suficiente para afastar a proteção; 2. Outras atividades comunicativas de particulares, como a imprensa, também visam a alguém lucro, nem por isso estão desprotegidas; 3. As outras formas de comunicação, em maior ou menor grau, também tentam influenciar condutas dos indivíduos, e não apenas a publicidade; 4. A publicidade também propicia informação para que a pessoa possa exercer sua escolha com autonomia, ideia que também embasa a liberdade de expressão em geral⁷³⁷.

A necessidade de reconhecimento da “liberdade publicitária”, como direito autônomo, restará mais evidente na exposição que se segue. Seguramente, seria mais cômodo se este trabalho relacionasse os fatos aqui examinados a qualquer dos direitos reconhecidos

⁷³³ Dimitri Dimoulis assenta que “a liberdade de manifestação do pensamento seria um direito genérico e de função subsidiária, que não deve ser invocado na presença de direitos específicos que tutelam certas formas de exteriorização de pensamentos” (DIMOULIS; MARTINS, op. cit., p. 173), malgrado na obra seja considerado que a liberdade de expressão pode concorrer de forma ideal com a liberdade artística (ibidem, p. 174).

⁷³⁴ Assim está disposto: “Art. 5º (...) § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Interpretando este dispositivo no contexto referido, Sarlet sustenta que: “o direito geral de liberdade pode ser interpretado em conjunto com o §2º do art. 5º da CF, o qual estabelece um sistema aberto de direitos e garantias fundamentais, consagrando outros direitos não previstos de forma explícita no texto constitucional. Dessa forma, o direito geral de liberdade (ou liberdade geral) também está aberto à integração com outras liberdades previstas nas declarações de direitos no plano internacional, além de guardar sintonia com a ideia de *liberdades implícitas*. Apenas para ilustrar a afirmação, é possível relacionar, por exemplo, a liberdade de utilização da informática, o livre e igual acesso à rede de comunicação a livre disposição dos dados pessoais (para os alemães, o direito à autodeterminação informativa), entre outros que poderiam ser nominados e *que não encontram previsão direta e expressa no texto constitucional*. O direito geral de liberdade, nesse contexto, atua como uma espécie de cláusula de abertura constitucional para *liberdades fundamentais especiais não nominadas*” (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, op. cit., p. 446) (grifou-se).

⁷³⁵ CORNACCHIONI, Paulo Sérgio. Liberdade de Expressão Não Protege Propaganda. *Revista Consultor Jurídico*, 07 mar. 2009. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-mar-07/propaganda-comercial-nao-protetida-liberdade-expressao>>. Acesso em 12 set. 2015. O autor aponta que a publicidade comercial seria “ontologicamente distinta” em relação à “propaganda eleitoral, o anúncio de um culto ecumênico ou a divulgação de um evento científico (...) dada a sua finalidade precípua, a publicidade não tem a finalidade de promover o debate de ideias, a contraposição de opiniões díspares, o confronto de análises sobre determinado objeto”.

⁷³⁶ Conforme constatado, em relação à Constituição estadunidense, em: SHINER, R. A. *Freedom of Commercial Expression*. Oxford: Oxford University Press, 2003, citado por: KOATZ, op. cit., p. 415.

⁷³⁷ KOATZ, op. cit., p. 415, nota de rodapé n. 78.

expressamente pela Constituição Federal referidos acima; contudo, entende-se que este não seria o caminho mais técnico para a investigação. Na doutrina, é possível encontrar diversas referências à proteção constitucional à liberdade publicitária⁷³⁸ (ainda que com outras denominações)⁷³⁹, havendo ainda quem a reconheça, mas a relacione mais diretamente à livre iniciativa⁷⁴⁰.

Nos Estados Unidos, a liberdade publicitária (*commercial speech*⁷⁴¹) inicialmente não era reconhecida como direito fundamental ao abrigo da Primeira Emenda⁷⁴². A evolução jurisprudencial da Suprema Corte, com o tempo, passou a reconhecer que haveria tutela constitucional a esta atividade⁷⁴³, contudo, a proteção teria menor intensidade do que outras modalidades de discurso⁷⁴⁴, a exemplo do político.

Essa ideia costuma reverberar – e será utilizada neste trabalho: a proteção conferida à liberdade publicitária é mais restrita do que aquela relativa à liberdade de expressão em geral

⁷³⁸ “(...) existe, sim, um direito à publicidade. Esse direito pode ser fundamentado por meio das normas constitucionais contidas no art. 5º, IV (liberdade de expressão) e IX (liberdade de comunicação) e no art. 220 (liberdade de imprensa), além das normas sobre livre iniciativa, contidas, por exemplo, no art. 170, *caput*” (SILVA, Virgílio Afonso da. *A Constitucionalidade da Restrição da Publicidade de Alimentos e de Bebidas Não Alcoólicas Voltada ao Público Infantil*. São Paulo: Instituto Alana, 2012, p. 16). Também reconhecendo tal direito: BARROSO, Luís Roberto. Liberdade de Expressão, Direito à Informação e Banimento da Publicidade de Cigarro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 224, 2001, p. 44; BUCCI, Eugenio; AUGUSTO Jr., Silvio Nunes. A Liberdade de Imprensa e a Liberdade na Publicidade. In: *Comunicação, Mídia e Consumo*, São Paulo, v. 9, n. 24, 2012, p. 39; VELOSO, Ana. Mulher e Mídia no Brasil: “uma pauta desigual”? In: *Estudos Feministas e de Gênero: articulações e perspectivas*. Cristina Stevens, Susane Rodrigues de Oliveira, Valeska Zanello. Florianópolis: Mulheres, 2014, p. 409. Negando a existência de tal direito e também da proteção da publicidade pelo direito à livre manifestação do pensamento, que seria mais genérico: CORNACCHIONI, op. cit.

⁷³⁹ “Com efeito, abordando o tema, pode-se cogitar até de uma liberdade específica, a liberdade de comunicação publicitária” (NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Publicidade Comercial: proteção e limites na Constituição de 1988*. São Paulo: Verbatim, 2015, p. 133). O autor, contudo, relaciona a atividade ao princípio constitucional da livre concorrência (ibidem, p. 143).

⁷⁴⁰ CLÈVE, Clèmerson Merlin. Liberdade de Expressão, de Informação e Propaganda Comercial. *Revista Crítica Jurídica*, n. 24, 2005, p. 275. Também reconhecendo que a norma seria “subprincípio” da livre iniciativa, ainda que também relacionada à liberdade de manifestação do pensamento: ARAGÃO, Alexandre Santos de. Liberdade de Expressão Comercial. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, n. 6, 2006, p. 5-6. Disponível em: <[http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-6-MAIO-2006-ALEXANDRE%20ARAG%C3O .pdf](http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-6-MAIO-2006-ALEXANDRE%20ARAG%C3O.pdf)>. Acesso em 13 set, 2015. Há quem, embora afirme haver relevante doutrina reconhecendo tal direito (BRITTO, Igor Rodrigues. *Proteção dos Direitos Fundamentais da Criança na Sociedade de Consumo e o Controle da Atividade Publicitária no Brasil*. Dissertação (mestrado em Direito). Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, 2009, p. 172-174), discorde do *status* de direito fundamental de tal possibilidade, sendo a liberdade de fazer publicidade, no máximo, uma decorrência da livre iniciativa e da livre concorrência (ibidem, p. 175-178).

⁷⁴¹ CLÈVE, op. cit., p. 270.

⁷⁴² ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. *Valentine v. Chrestensen*, 316 U.S. 52, 1942. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/316/52/case.html>>. Acesso em 13 set. 2015.

⁷⁴³ CLÈVE, op. cit., p. 270-271.

⁷⁴⁴ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. *Virginia State Pharmacy Board v. Virginia Citizens Consumer Council*, 425 U.S 748, 1976. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/425/748/>>. Acesso em 13 set. 2015.

ou de comunicação pela imprensa⁷⁴⁵. Este entendimento, para além de ser adotado pela Suprema Corte dos Estados Unidos, também é utilizado pelo Supremo Tribunal Federal.

Ao julgar a ADPF 130, concernente à denominada Lei de Imprensa, declarada totalmente inconstitucional, o ministro Ayres Britto, relator da ação no STF, afirmou que a imprensa mantém com a democracia “a mais entranhada relação de mútua dependência ou retroalimentação”⁷⁴⁶. E, como a democracia seria o “valor-teto da Constituição (...) porque acima da democracia não há outro valor coletivo”, a imprensa gozaria “de uma liberdade de atuação ainda maior que a liberdade de pensamento e de expressão dos indivíduos em si mesmos considerados”⁷⁴⁷.

No julgamento da ADPF 187, relativa à constitucionalidade da vedação à reunião chamada “marcha da maconha”, o ministro relator, Celso de Mello, afirmou que a liberdade de expressão e a de reunião eram “duas das mais importantes liberdades públicas”, tendo em vista a íntima relação que elas possuem com o regime democrático⁷⁴⁸. De modo mais incisivo, o ministro Marco Aurélio consignou que “no sistema de liberdades públicas constitucional, a liberdade de expressão possui espaço singular. Tem como único paralelo em escala de importância o princípio da dignidade da pessoa humana”⁷⁴⁹. Embora não se concorde com a comparação realizada por este ministro, é possível perceber que, no STF, os direitos relativos à formação da opinião dos indivíduos, como elementos indispensáveis à democracia e à atuação política, possuem maior relevância – mesmo em abstrato – a outros direitos – ainda que, em dado caso concreto, possam perder esta condição de precedência em relação a outras normas constitucionais.

Embora a liberdade de expressão – seja ela qualificada como liberdade de imprensa ou não – possua valoração mais robusta quanto à sua relevância constitucional, o mesmo não se pode dizer quando ela atua no âmbito específico da publicidade. Este entendimento pode ser encontrado na gênese constitucional, quando se valorou que a liberdade publicitária não gozaria do mesmo prestígio da expressão voltada à formação da vontade política. Na Comissão de Soberania e Garantia dos Direitos do Homem e da Mulher, o constituinte José Paulo Bisol foi enfático ao afirmar que “o problema ético mais grave, em matéria de comunicação social, não está na programação [das emissoras de televisão], mas na

⁷⁴⁵ BUCCI, Eugenio; AUGUSTO Jr., Silvio Nunes. A Liberdade de Imprensa e a Liberdade na Publicidade. In: *Comunicação, Mídia e Consumo*, São Paulo, v. 9, n. 24, 2012, p. 41. Os autores afirmam que “não há ninguém de bom senso que pretenda igualar a liberdade de imprensa à liberdade de veiculação de mensagens publicitárias”.

⁷⁴⁶ STF, Tribunal Pleno, ADPF 130, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, julg. 30.04.2009, DJe 06.11.2009, p. 39.

⁷⁴⁷ STF, Tribunal Pleno, ADPF 130, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, julg. 30.04.2009, DJe 06.11.2009, p. 40.

⁷⁴⁸ STF, Tribunal Pleno, ADPF 187, Rel. Min. Celso de Mello, julg. 15.06.2011, DJe 29.05.2014, p. 62-63.

⁷⁴⁹ STF, Tribunal Pleno, ADPF 187, Rel. Min. Celso de Mello, julg. 15.06.2011, DJe 29.05.2014, p. 186.

publicidade”, sustentando que ela insere “arquétipos na consciência”, moldando a ética da sociedade⁷⁵⁰.

Desde os primeiros debates na Subcomissão de Ciência e Tecnologia e Comunicação, a publicidade foi colocada como uma situação a ser regulada. Tendo o constituinte Arolde de Oliveira opinado pela proibição de publicidade audiovisual de produtos que contivessem tabaco, seu colega Antonio Gaspar asseverou que se deveria ir além, limitando também os fármacos, ofertado de forma indutiva por empresas “cuja finalidade é simplesmente aumentar o faturamento”⁷⁵¹. A população também participou em sentido semelhante. Foram enviadas mais de novecentas sugestões de cidadãos “pedindo medidas contra o abuso de determinadas publicidades”, número próximo das sugestões relativas à censura⁷⁵².

O constituinte Olívio Dutra chegou a sustentar que “as empresas que atuam na área dos meios de comunicação de massa não devem visar lucros, devem ser empresas fundações, sem objetivar lucros, com um controle também democrático”⁷⁵³. Após a fase de audiência públicas na mencionada subcomissão, a constituinte Cristina Tavares elaborou relatório onde consignou que “a convicção” resultante “do exame das muitas ideias” levantadas era a de que a liberdade de iniciativa empresarial deveria estar assegurada, contudo, subordinada aos “objetivos sociais”⁷⁵⁴.

Posteriormente, os setores mais conservadores da constituinte excluíram do texto tal referência, e tentaram passar um projeto mais liberal, o que acarretou “embates polarizados”, que conduziram à obstrução do devido debate e deliberação sobre o tema das comunicações, inclusive no plenário⁷⁵⁵. Restou registrado, contudo, que outros princípios poderiam fazer frente à liberdade de expressão, constatação que é mais ampla no âmbito publicitário. Esta situação está, provavelmente, ligada à tendência em valorar a democracia como algo

⁷⁵⁰ BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. *Atas da Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher*, Brasília, 1987, p. 19.

⁷⁵¹ BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. *Atas da Subcomissão de Ciência e Tecnologia e da Comunicação*, Brasília, 1987, p. 21.

⁷⁵² *Ibidem*, p. 155. No original, tem-se: “sugestões recebidas no Banco dos Cidadãos, 5.585 na Comissão de Comunicação. Dessas, duas mil se referiam à justiça social, 935 à censura, 95% (sic) pedindo medidas contra o abuso de determinadas publicidades; 422 sobre a educação; 370 sobre televisão; 326 sobre direito de acesso à informação; 314 comunicação de massa (...)”. Considerando que o número referente aos demais temas são nominais e não percentuais, bem como que há uma ordem decrescente de valor, entendeu-se que a referência a “95%” foi um erro de registro, havendo, em verdade, 900 reclamações e mais algumas sobre o tema.

⁷⁵³ *Ibidem*, p. 20.

⁷⁵⁴ *Ibidem*, p. 153. Embora a afirmação estivesse mais vinculada aos veículos da imprensa, a ideia seria aplicável também ao âmbito publicitário.

⁷⁵⁵ CARVALHO, Lucas Borges de. *O Controle Público sobre a Programação da TV no Brasil: entre a censura, a democracia e a liberdade de expressão*. Tese (doutorado em Direito). Universidade de Brasília, Brasília, 2015, p. 120-126.

extremamente positivo, ao passo que a busca por maiores lucros – finalidade precípua, embora não exclusiva, da publicidade comercial – não gozaria do mesmo prestígio⁷⁵⁶.

Neste sentido, Rafael Koatz constata que se costuma afirmar “que a proteção conferida à liberdade de expressão comercial não deve ser tão intensa quanto a conferida a outros tipos de discurso, tais como o político, artístico, religioso, científico, razão pela qual está sujeita a maiores controles e restrições”⁷⁵⁷. Entendimento em sentido próximo foi também proclamado pelo Tribunal Constitucional alemão, o qual se manifestou no sentido de que a liberdade de expressão não comercial – no caso em questão, liberdade de imprensa – é uma “atividade de tendência” (*Tendenzbetrieb*), ou seja, “atividade que não possua apenas fins lucrativos”, mas também a perseguição de objetivos políticos, religiosos, artísticos, científicos, dentre outros⁷⁵⁸.

Neste trabalho, no capítulo que abordou o direito à imagem, ficou demonstrado que a possibilidade de utilização da imagem (notadamente a retrato) de uma pessoa é mais restrita na publicidade do que na divulgação de fatos; naquela, a utilização não autorizada, em geral, está restrita a cenas públicas de paisagens amplas, em que não há destaque da pessoa⁷⁵⁹. Assim, ainda que jornais, revistas, televisão, dentre outros, exerçam, em regra, atividade lucrativa, a restrição à utilização não autorizada de imagens de pessoas por parte desses entes em suas notícias é menor do que se utilizada para fins precipuamente comerciais⁷⁶⁰. A manutenção de um paralelismo entre as duas situações – maior restrição ao se tratar do exercício de um direito no âmbito publicitário – é também uma forma de justificar a posição aqui adotada.

Constata-se, portanto, que o direito à liberdade publicitária confere menor proteção do que o discurso político ou artístico, sem significar, contudo, que não há proteção; apenas que

⁷⁵⁶ Neste sentido, há quem sustente que a diferença entre a comunicação publicitária e a jornalística é que aquela está voltada apenas para obter uma reação determinada das pessoas, ao passo que esta “busca informação objetiva, que contribua para a emancipação do cidadão”, estando, portanto, a diferença no “interesse que existe por trás da mensagem” (BUCCI, Eugenio; AUGUSTO Jr., Silvio Nunes. *A Liberdade de Imprensa e a Liberdade na Publicidade*. In: *Comunicação, Mídia e Consumo*, São Paulo, v. 9, n. 24, 2012, p. 37-38).

⁷⁵⁷ KOATZ, op. cit., p. 416.

⁷⁵⁸ ALEMANHA. Tribunal Constitucional Federal. *BVerfGE 52, 283 (Tendenzbetrieb)*, 1979. Disponível em: SCHWABE, Jürgen; MARTINS, Leonardo (org.). *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão*. Beatriz Hennig et al. (trad.). Montevideu: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005, p. 461-470.

⁷⁵⁹ LOGEAIS, Elisabeth; SCHROEDER Jean-Baptiste. *The French Right of Image: an ambiguous concept protecting the human persona*, *Loyola of Los Angeles Entertainment Law Review*, v. 18, 1998, p. 526-527.

Assim também, embora não haja violação à imagem na elaboração não autorizada de caricaturas, se elas forem utilizadas com intuito comercial, ou vinculado a uma empresa, tem-se a ilicitude (ibidem, p. 531).

⁷⁶⁰ PROSSER, William L. *Privacy*. In: *California Law Review*, v. 48, n. 3, 1960, p. 405; SYNODINOU, Tatiana. *Image Right and Copyright Law in Europe: divergences and convergences*. In: *Laws*, v. 3, n. 2, 2014, p. 185.

é constitucionalmente possível maior restrição à publicidade⁷⁶¹, seja por estar significativamente mais afastada da ideia de democracia e promoção do debate público (embora também contribua para tanto), seja por estar mais próxima da finalidade precípua de lucro⁷⁶², com menor preocupação com a pauta constitucional⁷⁶³. Estas constatações fizeram com que a preocupação com os efeitos da publicidade atingisse também o legislador constituinte⁷⁶⁴, o qual estabeleceu restrições à “propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente” (art. 220, §3º, II), especialmente quanto à “propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias” (art. 220, §4º).

A positivação de limites constitucionais expressos à liberdade publicitária não significa, contudo, que eles sejam apenas aqueles elencados na CF⁷⁶⁵, tendo em vista que o referido princípio está em colisão com outros direitos fundamentais, demandando a utilização de ponderação em diversas situações⁷⁶⁶. Outras restrições podem ser ponderadamente estabelecidas para tutelar bens diversos, a exemplo da defesa do consumidor ou da criança e do adolescente⁷⁶⁷, a necessidade de manutenção de concorrência adequada entre agentes econômicos⁷⁶⁸ – e, no caso deste trabalho, a imagem-atributo em uma perspectiva transindividual de gênero.

Esta constatação, inclusive, é materializada na legislação infraconstitucional, havendo, por exemplo, restrições à publicidade estabelecidas no art. 37 do CDC, com a proibição a “toda publicidade enganosa ou abusiva”⁷⁶⁹. Outras limitações infraconstitucionais à

⁷⁶¹ CARVALHO, op. cit., p. 166. Também neste sentido: NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Publicidade Comercial: proteção e limites na Constituição de 1988*. São Paulo: Verbatim, 2015, p. 146.

⁷⁶² SCHWERINER, Mario Ernesto René. *Brandscendência: o espírito das marcas*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 38.

⁷⁶³ SILVA, Lincoln Tavares Silva. Produzindo o consumidor verde ou um ambiente cidadão?. In: *O Consumidor: objeto da cultura*. Denise Macedo Ziliotto (org.). Petrópolis: Vozes, 2003, p. 46.

⁷⁶⁴ LOPES, op. cit., p. 162-163.

⁷⁶⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. *A Constitucionalidade da Restrição da Publicidade de Alimentos e de Bebidas Não Alcoólicas Voltada ao Público Infantil*. São Paulo: Instituto Alana, 2012, p. 18-19. O autor, após desconstruir a afirmação de que as hipóteses estabelecidas seriam taxativas, conclui: “a Constituição garante um direito à publicidade, que pode, como todos os outros direitos, ser restringido em determinados casos, que não são apenas aqueles explicitamente previstos na Constituição”.

⁷⁶⁶ BRITTO, Igor Rodrigues. *Proteção dos Direitos Fundamentais da Criança na Sociedade de Consumo e o Controle da Atividade Publicitária no Brasil*. Dissertação (mestrado em Direito). Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, 2009, p. 183. O autor aponta que, ao menos, a publicidade dirigida a crianças e adolescentes e a relativa a “alimentos não saudáveis” são restringíveis (ibidem, p. 186).

⁷⁶⁷ KOATZ, op. cit., p. 416.

⁷⁶⁸ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. O Controle Jurídico da Publicidade. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 9, 1994, p. 42. A observância à liberdade concorrencial consubstancia um dos pilares da ordem econômica “pois se constitui, de forma inegável, em elemento protetivo do direito dos consumidores” (SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Direito Constitucional Econômico*. São Paulo: LTr, 2001, p. 156-157).

⁷⁶⁹ Mesmo que não houvesse proibição no CDC, técnicas ilícitas de publicidade estariam vedadas pelo ordenamento jurídico, por violarem normas constitucionais, conforme: EFING, Antônio Carlos; BERGSTEIN,

publicidade podem ser constatadas (sem pretensão exaustiva), no Estatuto da OAB⁷⁷⁰ e Código de Ética⁷⁷¹, na Lei n. 11.265/06 (que dispõe sobre alimentos para lactentes e crianças da primeira infância). A limitação contida em legislação infraconstitucional que mais interessa a este artigo é a já mencionada referência contida no CDC em relação à proibição de publicidade abusiva, exposto no §2º do art. 37⁷⁷². De início, poder-se-ia cogitar que, tendo havido regulação infraconstitucional, o problema de colisão entre direitos fundamentais já estaria resolvido pelo legislador – solução, inclusive, preferível⁷⁷³ – sendo desnecessária a análise através da ponderação pelo órgão judiciário.

Contudo, diferentemente, por exemplo, do Código de Ética da OAB, onde se pontuou minuciosamente as possibilidades de atuação publicitária, o dispositivo sobre a publicidade abusiva optou pela abertura conceitual, tanto por estabelecer rol meramente exemplificativo⁷⁷⁴ – deixando ampla possibilidade para a inserção de diversos tipos de situações que podem ser consideradas ilícitas, a serem apuradas concretamente⁷⁷⁵ – quanto por adotar expressões com grande abertura semântica, por exemplo, vedando “publicidade discriminatória de qualquer natureza”. Não se pode afirmar, contudo, que a escolha do legislador foi necessariamente reprovável; uma tentativa categórica de definição da abusividade poderia acarretar um resultado aquém das expectativas⁷⁷⁶. O que se perde em definição e segurança jurídica é compensado pela possibilidade de abarcar um número maior de situações violadoras de

Laís Gomes; GIBRAN, Fernanda Mara. A Ilícitude da Publicidade Invisível sob a Perspectiva da Ordem Jurídica de Proteção e Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 81, 2012, p. 109..

⁷⁷⁰ Art. 33. O advogado obriga-se a cumprir rigorosamente os deveres consignados no Código de Ética e Disciplina. Parágrafo único. O Código de Ética e Disciplina regula os deveres do advogado para com a comunidade, o cliente, o outro profissional e, ainda, a publicidade, a recusa do patrocínio, o dever de assistência jurídica, o dever geral de urbanidade e os respectivos procedimentos disciplinares.

⁷⁷¹ Em razão da extensão das restrições elencadas no Código de Ética da OAB, eles não foram transcritos para este trabalho. Conferir Art. 28 a 34, os quais disciplinam tanto a forma como o conteúdo da mensagem.

⁷⁷² Assim disposto: “§ 2º É abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeite valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança”.

⁷⁷³ “Embora tenha ganhado ressonância o entendimento de que o Poder Judiciário nas jurisdições constitucionais é também responsável pela criação normativa, é o Poder Legislativo o órgão que detém a primazia no que se refere à produção normativa, visto gozar, ao menos teoricamente, de maior legitimidade (no sentido de tradução da vontade popular). Compete ao legislador prioritariamente ponderar os princípios constitucionais para estabelecer as normas legais que devem ser observadas pela sociedade, dentro da margem que lhe é constitucionalmente possível” (SANTOS, Igor Silveira Santana. O Dispositivo de Norma de Eficácia Condicionada à Declaração de Inconstitucionalidade de Outra Norma: técnica legislativa a favor da harmonização dos poderes e da segurança jurídica, *Revista da Faculdade de Direito da UFBA*, Salvador, v. 40, n. 1, 2014, p. 139).

⁷⁷⁴ AMATRUDO, op. cit., p. 203.

⁷⁷⁵ XAVIER, op. cit., p. 136.

⁷⁷⁶ NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano; SERRANO, Yolanda Alves Pinto. *Código de Defesa do Consumidor Interpretado: doutrina e jurisprudência*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 162.

direitos, restando à interpretação casuística a definição acerca da abusividade ou não da mensagem⁷⁷⁷.

Portanto, se, por um lado, o marco legal serve para atestar que a liberdade publicitária pode ser restringida em razão de outros direitos, por outro, oferece pouca direção para a solução dos casos que envolva publicidade supostamente discriminatória⁷⁷⁸. Neste ponto, retoma-se o que foi afirmado quando feita a análise acerca das teorias direta e indireta dos efeitos dos direitos fundamentais na vinculação de particulares: por uma ou outra teoria a solução implicaria necessidade de recurso ao âmbito constitucional, tendo em vista que o marco legal adotou conceito indeterminado. E, na esteira do que foi demonstrado, a teoria indireta salienta que o estabelecimento de termos com esta característica demandaria a solução com base na ponderação de direitos fundamentais, como se estivesse aplicando a teoria direta. Deste modo, cabe a este trabalho examinar o que configuraria a referida discriminação de gênero no âmbito publicitário.

4.4 ANÁLISE DA PUBLICIDADE ATENTATÓRIA À IMAGEM DE GÊNERO

Conforme referido anteriormente, o CDC proíbe a publicidade “discriminatória de qualquer natureza”. Inegavelmente aí também está a discriminação por gênero⁷⁷⁹. Ainda que o dispositivo não fosse colocado de forma a abarcar todos os tipos de discriminação (com a expressão “de qualquer natureza”), uma interpretação calcada na Constituição – que, conforme exposto, consagra expressamente o direito especial de igualdade de gênero – acarretaria esta conclusão. O problema maior guarda referência com a aferição do que pode ou não ser considerado “discriminação”. Não tendo a lei previsto outros parâmetros, este conceito jurídico indeterminado deve ser analisado à luz dos direitos fundamentais⁷⁸⁰. A dificuldade, então, não é tanto de elencar quais são os valores a serem observados em uma

⁷⁷⁷ LOPES, op. cit., p. 174.

⁷⁷⁸ De uma forma geral, até mesmo a conceituação do gênero “publicidade abusiva” é feita de forma mais ampla. Assim, normalmente se afirma que a publicidade abusiva é aquela que viola os valores éticos da sociedade (ALMEIDA, João Batista de. *A Proteção Jurídica do Consumidor*. 5. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 119; AMATRUDO, op. cit., p. 204), que atinge os valores sociais coletivamente considerados (MAZON, Marília. O Controle e a Prevenção do Dano ao Consumidor Perante a Publicidade Abusiva. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 78, 2011, p. 247).

⁷⁷⁹ Sobre o tema, o art. 12 da Diretiva 89/552, de 1989, da Comunidade Econômica Europeia, estabelece expressamente, dentre outras proibições, que a publicidade televisiva não deve conter qualquer discriminação em virtude do sexo (COMUNIDADE ECONÔMICA EUROPEIA. *Diretiva 89/552*. Conselho Europeu: Luxemburgo, 1989. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31989L0552:EN:HTML>>. Acesso em 24 out. 2015).

⁷⁸⁰ DIMOULIS; MARTINS, op. cit., p. 107.

sociedade heterogênea⁷⁸¹ – visto que o constituinte brasileiro já inseriu na própria CF a pauta valorativa que deverá reger as relações jurídicas⁷⁸², a exemplo da igualdade de gênero. A verdadeira indagação é a partir de que momento estes valores têm os seus conteúdos violados⁷⁸³, ou seja, quais condutas atingem a normatividade constitucional. Passa-se, então, à realização deste exame.

4.4.1 A formação de estereótipos

Um dos parâmetros comumente apontados para definir se a publicidade viola a igualdade de gênero é a constatação quanto ao fato de ela reproduzir ou não estereótipos⁷⁸⁴. Afinal, se as ferramentas do *marketing* são amplamente capazes de alterar a imagem de produtos e marcas⁷⁸⁵, certamente o são também em relação à imagem de outras coisas, a exemplo das coletividades. Faz-se necessária, portanto, uma incursão no tema.

O uso de estereótipos na veiculação de conteúdo de massa – incluindo, além da publicidade, programas de televisão, revistas, filmes, dentre outros – está relacionado à efetividade na transmissão da mensagem, tendo em vista que eles facilitam o reconhecimento da imagem a ser transmitida⁷⁸⁶. Funciona “como um discurso social amplamente difundido que é renovado, atualizado e solidificado a cada situação de uso”, sendo inerente às atividades comunicativas, à medida que estas “instauram um espaço de aproximação e de reconhecimento através da evocação desse domínio referencial marcado pela convencionalidade”⁷⁸⁷.

⁷⁸¹ Entendendo em sentido contrário: AMATRUDO, Rosângela. Publicidade Abusiva. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 52, 2004, p. 204.

⁷⁸² Conforme aponta Karl Larenz (*Metodologia da Ciência do Direito*. José Lamego (trad.). 7. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2014, p. 410), o “valorar” não é algo meramente irracional ou em ampla escala condicionado emocionalmente. O jurista deve materializar os valores. Contudo, diferentemente do filósofo da moral, as pautas valorativas do jurista estão dadas no ordenamento, ainda que sua aplicação necessite de outros atos de concretização.

⁷⁸³ Em sentido próximo, Miguel Calmon Dantas sustenta, acerca do dirigismo constitucional, que a questão verdadeiramente complexa é saber qual o conteúdo e extensão da vinculação do legislador aos fins e aos objetivos constitucionais (*Constitucionalismo Dirigente e Pós-Modernidade*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 322-323).

⁷⁸⁴ MAZON, Marília. O Controle e a Prevenção do Dano ao Consumidor Perante a Publicidade Abusiva. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 78, 2011, p. 248; XAVIER, op. cit., p. 136.

⁷⁸⁵ TONI, Deonir de. *Administração da Imagem de Produtos*: desenvolvendo um instrumento para a configuração da imagem de produto. Tese (doutorado em Administração). Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2005, p. 34.

⁷⁸⁶ SHEEHAN, Kim. *Controversies in Contemporary Advertising*. 2. ed. Los Angeles: Sage, 2014, p. 100.

⁷⁸⁷ LYSARDO-DIAS, Dylia. A Construção e a Desconstrução de Estereótipos pela Publicidade Brasileira. In: *Stockholm Review of Latin American Studies*, n. 2, 2007, p. 26.

É algo com ainda maior destaque na publicidade, onde a limitação de tempo ou espaço é marcante⁷⁸⁸. Assim, no âmbito publicitário, a estereotipização é um modo deliberadamente utilizado para persuadir o consumidor⁷⁸⁹, calcado no objetivo de facilitar a identificação da mensagem através de um menor esforço cognitivo, aumentando a eficácia no reconhecimento da informação transmitida⁷⁹⁰. Sua construção está relacionada à categorização, generalização e previsão; são imagens coletivas de aspectos homogeneizados de um mesmo grupo, o qual é representado por um “modelo”⁷⁹¹.

Kim Sheehan entende que a indústria publicitária utiliza-se dos estereótipos de gênero para facilitar a comunicação, e que os efeitos negativos – representação de papéis sociais limitados, sistema de valores focado na beleza externa e objetificação – seriam não intencionais⁷⁹². A questão da intencionalidade, no entanto, não é relevante para a análise do problema, tendo em vista que a responsabilidade pela publicidade no âmbito do consumidor prescinde da análise de dolo e até mesmo de culpa, sendo objetiva⁷⁹³.

Brisa Lopes de Mello Ferrão sustenta uma diferença entre “identificação coletiva” e “estigmatização de grupo”, estando este conceito relacionado a “um efeito prejudicial para a imagem”⁷⁹⁴, ao passo que o primeiro guardaria pertinência com o favorecimento da imagem do grupo, “sendo uma forma eficiente de comunicar ideias”⁷⁹⁵. Neste sentido, o estereótipo teria uma conotação ruim, diferentemente da identificação coletiva.

⁷⁸⁸ SHEEHAN, op. cit., p. 76. Conforme aponta a autora, na televisão, por exemplo, os comerciais costumam durar trinta segundos.

⁷⁸⁹ KAMLOT, Daniel. Persuasão: a essência da propaganda. In: *Marketing*, mar. 2012, p. 68. O autor cita outros modos de persuasão pela publicidade: “(2) a substituição de nomes, como no caso de carros usados sendo vendidos como “seminovos”; (3) a criação de inimigos a serem combatidos, como vírus em uma campanha de vacinação, ou os mosquitos em uma campanha contra a dengue; (4) o apelo à autoridade, com dentistas e médicos anunciando cremes dentais e medicamentos, por exemplo; e (5) a afirmação e repetição, visto que ao afirmar algo sem vacilar demonstra-se certeza, a qual é reforçadora da persuasão, e a repetição pode facilitar a aceitação do que é dito, pelo receptor se tornar mais acostumado ao que lhe é comunicado”.

⁷⁹⁰ LYSARDO-DIAS, op. cit., p. 28-29.

⁷⁹¹ *Ibidem*, p. 27.

⁷⁹² SHEEHAN, op. cit., p. 104-108.

⁷⁹³ AMARAL, Luiz Otavio de Oliveira. *Teoria Geral do Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 175. Em sentido contrário: CAMPOS, Maria Luiza de Saboia. *Publicidade: responsabilidade civil perante o consumidor*. São Paulo: Cultural Paulista, 1996, p. 184.

⁷⁹⁴ FERRÃO, Brisa Lopes de Mello. *A Dimensão Coletiva do Direito Individual à Imagem de Indivíduos Pertencentes a Grupos Sociais Vulneráveis ou o Direito à Imagem de Minorias*. Tese (doutorado em Direito). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 33. Em verdade, a autora faz referência a “um efeito prejudicial para a imagem das minorias”. Contudo, preferiu-se a supressão da expressão “das minorias”, em razão de que, ao menos nas relações de gênero, embora as mulheres apresentem-se sujeitas a maior vulnerabilidade, os homens também são prejudicados pela manutenção das relações tradicionais, sendo a adoção do termo “minorias” intuitivamente contrária a esta ideia, por dificuldade em se conceber que todas as pessoas seriam “minorias”.

⁷⁹⁵ “A representação coletiva não é intrinsecamente má, sendo uma forma eficiente de comunicar ideias. Por exemplo, a representação coletiva das mulheres como profissionais altamente qualificadas pela mídia de massa é perfeitamente adequada. Diferentemente, a associação de imagens das mulheres à cerveja em uma propaganda resulta em uma estigmatização de grupo – a mulher é representada como um objeto de prazer masculino e

Sem adentrar ainda o mérito acerca das possibilidades de representação de gênero, o que fica claro diante das explicações feitas é que a estereotipização/identificação de grupo é algo inevitável para o âmbito publicitário. E, neste contexto, a diferença de representação – não necessariamente com conotações negativas – entre homens e mulheres é extremamente comum, tendo em vista que a percepção da diferença visual entre um e outro é das mais rápidas⁷⁹⁶.

Contudo, a questão a ser investigada não se refere simplesmente à representação que se dá a um ou outro grupo. A mensagem transmitida pela publicidade, ao construir a imagem-atributo em relação a homens e mulheres, também influencia o modo de agir das pessoas. Conforme leciona Kenneth Ewart Boulding, “a imagem é construída como um resultado de todas as experiências anteriores do possuidor da imagem”⁷⁹⁷. Sempre que uma mensagem ou informação de qualquer tipo – inclusive as publicitárias – alcança uma pessoa é possível que haja uma alteração, ainda que sutil, na imagem que ela tem daquele objeto ao qual a mensagem faz referência⁷⁹⁸, modificando, assim, a representação do mundo para aquela pessoa⁷⁹⁹.

A imagem que se tem de algo ou alguém pode ser resistente a mudanças, fazendo o indivíduo simplesmente rejeitar a mensagem que entra em conflito com o conceito estabelecido anteriormente⁸⁰⁰. Contudo, se mais mensagens ou informações são recebidas pelo indivíduo e elas continuamente contradizem a imagem que se tem, inicia-se um processo de dúvidas, que pode ocasionar uma superação da imagem previamente aceita⁸⁰¹. Ou seja, a resistência criada pelas pessoas à manutenção da imagem costuma não ser infinita, sendo possível que uma mensagem repetida com certa frequência penetre o bloqueio e altere a imagem até então vigente⁸⁰².

E essa mudança na imagem acarreta igualmente uma mudança nos padrões de comportamento das pessoas, tendo em vista que informações diferentes possibilitam

associada a outro objeto da mesma categoria, neste caso, a cerveja” (ibidem, p. 32-33). Não se concorda exatamente com o exemplo fornecido pela autora, conforme explicação que desenvolvida adiante.

⁷⁹⁶ JHALLY, Sut. What’s Wrong with a Little Objectification?. In: *Media/Cultural Studies: critical approaches*. Rhonda Hammer, Douglas Kellner (org.). Nova Torque: Peter Lang, 2009, p. 316.

⁷⁹⁷ BOULDING, Kenneth Ewart. *The Image: Knowledge in Life and Society*. Ann Arbor: University of Michigan Press, 1961, p. 6. Embora o autor utilize o termo em uma conotação ligeiramente mais ampla (ibidem, p. 5-6), certamente suas colocações são aplicáveis ao sentido aqui definido.

⁷⁹⁸ Ibidem, p. 7.

⁷⁹⁹ TONI, Deonir de. *Administração da Imagem de Produtos: desenvolvendo um instrumento para a configuração da imagem de produto*. Tese (doutorado em Administração). Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2005, p. 29.

⁸⁰⁰ BOULDING, op. cit., p. 8.

⁸⁰¹ Ibidem, p. 8-9.

⁸⁰² Ibidem, p. 12.

reavaliações⁸⁰³. É comum que as pessoas, em geral, busquem padrões de comportamento. Os exemplos podem vir da família, dos amigos, de pessoas famosas (esportistas, artistas, políticos, dentre outros). No agir cotidiano, as pessoas não refletem sobre cada um de seus atos, sendo boa parte deles realizados com base no que se observa cotidianamente. Neste contexto, as imagens que foram formadas, presentes na mente de todos os indivíduos, fornecem modelos sobre o funcionamento do mundo, e “dirigem as ações e limitam a forma bem definida de pensar e agir”⁸⁰⁴.

Portanto, as representações de gênero estabelecidas pela publicidade são fatores que influenciam em grande medida a própria construção de identidades das pessoas, as quais se refletem nos modelos estabelecidos pelos anúncios⁸⁰⁵, vindo a influenciar também a forma de agir dos indivíduos⁸⁰⁶. A publicidade atua como uma técnica de formação de consenso, utilizando-se de modelos de representação para atingir as concepções coletivas⁸⁰⁷.

Cientes dessa possibilidade, muitas vezes as agências publicitárias desenvolvem campanhas voltadas exatamente para a criação de um consumidor estereotipado, agindo elas não apenas como instrumento de oferta, mas também de doutrinação dos consumidores acerca das pautas comportamentais que são veiculadas na mídia⁸⁰⁸, especialmente através da demonstração de um produto ou atitude como sendo execrável ou desejável⁸⁰⁹. E estas pautas, conforme será examinado, poderão estar em desacordo com os preceitos constitucionais.

Neste sentido, a formação de estereótipos pela publicidade pode desrespeitar a Constituição não apenas por trazer uma representação de grupo violadora dos direitos dos seus integrantes, mas também por criar e reforçar comportamentos contrários a estes direitos.

⁸⁰³ Ibidem, p. 7.

⁸⁰⁴ TONI, op. cit., p. 29.

⁸⁰⁵ SILVA, Ricardo André de Barros. *A Publicidade e um Novo Gênero Masculino*. Dissertação (mestrado em Publicidade e Marketing). Instituto Politécnico de Lisboa, Lisboa, 2013, p. 16.

⁸⁰⁶ Assim, uma das funções da publicidade seria a de criação e fixação de hábitos: “a publicidade comercial, utilizando técnicas argumentativas, que tocam a sensibilidade e as emoções dos indivíduos, tende a criar novas necessidades, forjadas sob as vestes de hábitos de consumo, não raro impulsionadas por desejos latentes do indivíduo, que pouca ou nenhuma correlação mantém com o produto consumido. Depois de ‘fixado’ o novo hábito de consumo, a publicidade comercial teria o propósito de manter o consumidor satisfeito, levando-o a estabelecer uma relação de fidelidade com o produto” (NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Publicidade Comercial: proteção e limites na Constituição de 1988*. São Paulo: Verbatim, 2015, p. 39).

⁸⁰⁷ AMARAL JÚNIOR, Alberto do. O Princípio da Vinculação da Mensagem Publicitária. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 14, 1995, p. 42.

⁸⁰⁸ XAVIER, op. cit., p. 122-123.

⁸⁰⁹ Maria Elizabete Vilaça Lopes, ao correlacionar a indução a um comportamento apenas com o estímulo ao consumo de um produto (op. cit., p. 174). Neste sentido também: AMATRUDO, Rosângela. Publicidade Abusiva. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 52, 2004, p. 193, quando sustenta que “as publicidades através de meios persuasivos, preocupa-se muito com o que os olhos do consumidor irão ver, ou seja, preocupa-se em agradar ainda que ilusoriamente os consumidores para que estes não tenham qualquer dúvida e por um simples impulso adquira o produto anunciado”; e ainda: MAZON, op. cit., p. 226, ao mencionar que a publicidade “ao anunciar os produtos e serviços oferecidos com suas técnicas de persuasão, estimula o consumo e atinge seu objetivo comercial de venda”.

As imagens referentes ao papel do homem e da mulher influenciam a realidade⁸¹⁰. Assim, por exemplo, com o fim da Segunda Guerra Mundial, e o retorno dos homens aos seus postos de trabalho até pouco tempo ocupados por mulheres⁸¹¹, a publicidade de eletrodomésticos desenvolveu forte campanha de felicidade na figura da mãe e da “rainha do lar”⁸¹², visando ao afastamento das mulheres do mercado de trabalho.

Portanto, a publicidade violadora da igualdade de gênero não atinge apenas a imagem-atributo coletiva, mas também, mediatamente, o livre desenvolvimento da personalidade⁸¹³. Assentada esta ideia, passar-se-á a analisar alguns parâmetros que costumam figurar nos debates acerca da desigualdade de gênero na publicidade.

4.4.2 Parâmetros e análise da publicidade de gênero

O exame a ser desenvolvido acerca da desigualdade de gênero na publicidade, neste momento, propõe-se ao estudo de alguns parâmetros para a análise da pertinência das peças ou campanhas com a normatividade constitucional. Ao se abordar tais temas, serão feitas referências a algumas “situações-chave”, ou seja, aquelas que compõem a maior parte do debate sobre o assunto. A análise, portanto, estará relacionada primeiramente a um entendimento mais amplo sobre o tema, investigando-se em seguida as situações concretas. Deste modo, em relação aos parâmetros abordados, o conteúdo desenvolvido propicia a construção de um modelo teórico mais genérico, potencialmente utilizável em outras análises acerca de discriminação e publicidade que não apenas de gênero.

A escolha por algumas situações representativas do assunto abordado está calcada na constatação de que a complexidade das relações contemporâneas estabelece um espectro quase infundável de situações que poderiam ser submetidas à análise. Na dificuldade/impossibilidade de proceder à investigação de todas, prefere-se tomar algumas questões mais relevantes para serem desenvolvidas com maior profundidade, possibilitando

⁸¹⁰ BASSANEZI, Carla. Mulheres dos Anos Dourados. In: *História das Mulheres no Brasil*. 8. ed. Mary Del Priore (org.). São Paulo: Contexto, 2006, p. 609.

⁸¹¹ ALVES, Branca Moreira; PITANGUY, Jacqueline. *O que é Feminismo*. São Paulo: Brasiliense, 1981, p. 50.

⁸¹² TÁBOAS, Ísis Dantas Menezes Zornoff. “Diga-me, quem te deu o direito soberano de oprimir meu sexo?”: a afirmação histórica dos direitos das mulheres. In: *O Direito Alternativo*, v. 1, n. 1, 2011, p. 273.

⁸¹³ Em sentido próximo: DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law: the moral reading of the American constitution*. Oxford: Oxford University Press, 1996, p. 220. Conforme aduz Hans Carl Nipperdey, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade é a proteção da dinâmica do direito à dignidade humana, que protege a pessoa em sua essência (Livre Desenvolvimento da Personalidade. Luis Afonso Heck (trad.). In: *Direitos Fundamentais e Direito Privado: textos clássicos*. Luis Afonso Heck (org.). Porto Alegre: Fabris, 2011, p. 71). O seu conteúdo “quer proteger a vontade de vida dada pela natureza do particular, sua energia pessoal e libertar de todas as barreiras não-necessárias” (ibidem, p. 72).

que os fundamentos da solução sejam, quando cabível, transpostos às demais, ou, ao menos, que possam delimitar balizas ao exame.

4.4.2.1 Perspectiva “binocular”

Foi referido no capítulo anterior, acerca da igualdade de gênero, que é relativamente comum que as interpretações acerca das relações entre homens e mulheres tendam a partir de uma perspectiva “monocular”, enviesada, afirmando-se que o feminino suporta todas as desvantagens das concepções de gênero, ao passo que o masculino é beneficiado com a manutenção da ordem vigente. Considerando-se que anteriormente se fundamentou suficientemente acerca dos equívocos deste entendimento, a abordagem que será feita neste momento será mais breve, limitando-se ao exame desta situação especificamente na publicidade, voltando-se à sua desconstrução.

Na análise das questões de gênero na publicidade, observa-se que, por vezes, situações que são opinadas como abusivas – a exemplo da objetificação ou da obrigação de adequar-se a um padrão – são examinadas apenas pelo lado das mulheres, de que elas são atingidas por estes fatores⁸¹⁴. Sem examinar ainda cada um deles – o que será feito posteriormente –, é possível notar que a análise das relações de gênero na publicidade costuma prescindir de uma análise não “monocular”. Contudo, conforme será demonstrado, a falta de um exame “binocular” das peças e campanhas podem levar a afirmações que contrariam a igualdade de gênero na perspectiva adotada neste trabalho, sendo, portanto, incompatíveis com a Constituição⁸¹⁵.

⁸¹⁴ SAMARÃO, Lilianny. O Espetáculo da Publicidade: a representação do corpo feminino na mídia. In: *Contemporânea*, n. 8, 2007, p. 51; MIRANDA, Cynthia Mara. A Construção do Ideal de Beleza Feminina em Peças Publicitárias Audiovisuais. In: *Estudos Feministas e de Gênero: articulações e perspectivas*. Cristina Stevens, Susane Rodrigues de Oliveira, Valeska Zanello. Florianópolis: Mulheres, 2014, p. 439-440.

⁸¹⁵ “São diversos os casos de campanhas com abordagem negativa para o homem tradicional. A Brastemp, na década de 1990, apresentava vários modelos de homens desrespeitados pela esposa: em um ela o chamava de burro, em outro referia-se a ele como feio, ou sugeria, em um terceiro, que o havia traído porque ele não valia a pena. No mesmo período, numa publicidade de brinquedos Estrela, ao final de um diálogo, a mulher diz que o marido é um chato. Também no comercial de TV para o refrigerante Sukita, do início desta década, um homem de meia idade tenta conquistar uma jovem e acaba sendo completamente ridicularizado. Um modelo “machista” é o personagem de dois comerciais da Panela Panex, da década de 1990. O exagero de masculinidade é ironizada, provocando o riso e diminuindo a defesa dos receptores, contra os conteúdos preconceituosos veiculados. Permite-se, nesse tipo de abordagem, a desvalorização dos sujeitos dos discursos, admitindo-se o desrespeito ao sexo masculino. Destacamos, ainda, o comercial, de temperos Sazon, de 1997/98, em que um velhinho é repreendido pela esposa por limpar a boca na toalha da mesa e no punho da camisa. Também, nessa linha, em um comercial dos freios Vargas, um homem, na figura paterna convencional, é totalmente humilhado pela família porque ele não se preocupou em fazer a revisão do carro para uma viagem de férias. Nesse caso, chega-se ao extremo de mostrar o filho chutando a perna desse pai irresponsável e, para finalizar a demonstração de insatisfação, o cachorro urina em sua perna” (GARBOGGINI, Flailda Brito. O Homem na Publicidade da Última Década: uma cultura em mutação. *Revista Educar*, Curitiba, n. 26, 2005, p. 107).

Veja-se, por exemplo, que um anúncio no qual uma mulher encontra-se seminua e deitada no colo de um homem, enquanto outro está por cima dela, ambos sem camisa, com um terceiro homem mais na frente, é visto pela perspectiva monocular apenas como contrário à imagem feminina, porque ela, passivamente “aguardaria ou sentiria prazer no ‘uso e abuso’ ou no sexo grupal/animalesco, desprovido de sentimentos ‘nobres’”⁸¹⁶. Ora, em relação ao ato em si, a característica de animalesco também atingiria aos homens, que, de forma estereotipada, são representados (e interpretados) como quem “usa e abusa”. “Abusar”, na sociedade contemporânea, certamente tem uma conotação ruim, relacionado à violência, que destoa dos valores cultuados, pelo que, em se entendendo que há estereótipo violador à igualdade, também os homens estariam sujeitos a ele.

Interessantemente, se, ao invés de multiplicidade de homens e unicidade de mulher, tem-se a situação contrária, duas mulheres e um homem, a interpretação é a de que a imagem “corresponde à fantasia que muitos homens heterossexuais tem sobre relações com mulheres – de ser ‘homem suficiente’ para ter várias mulheres de uma só vez”⁸¹⁷.

Apenas o reconhecimento da perspectiva monocular poderia explicar o fato de que um anúncio⁸¹⁸, interpretado por uma feminista como retratando um estupro “subtendido”, seria apenas discriminatório contra as mulheres⁸¹⁹; considerando-se que a representação é mesmo de um estupro, os homens que discordem de tal situação, e estão sendo retratados desta forma, também estão tendo um ataque às suas imagens-atributo em uma dimensão transindividual. Cria-se, assim, um estereótipo de homem-estuprador, que, veiculado reiteradamente⁸²⁰, certamente atinge a imagem-atributo da coletividade masculina.

Ainda explorando as possibilidades da superação da perspectiva monocular, deve-se perceber que situações que se considerariam como violadoras à imagem de um gênero, também o deve ser em relação ao outro. Assim, caso se considerasse ilícita uma publicidade onde um homem monta uma mulher como se fosse uma égua, inclusive com a sela nas costas,

⁸¹⁶ MACHADO, Sandra de Souza. Estereótipos: culturas mal (in)formadas – o construto do (falso) ideal feminino em publicidade e propaganda. In: *Estudos Feministas e de Gênero: articulações e perspectivas*. Cristina Stevens, Susane Rodrigues de Oliveira, Valeska Zanello. Florianópolis: Mulheres, 2014, p. 432. Conferir figura 1, no apêndice B.

⁸¹⁷ O'BARR, William M. Representations of Masculinity and Femininity. In: *Advertising & Society Review*, 2006, disponível em: <https://muse.jhu.edu/journals/advertising_and_society_review/v007/7.2unit07.html>. Acesso em 22 set. 2015 (traduziu-se). Conferir figura 2, no apêndice B. O autor afirma ainda que “é impossível encontrar publicidades nas quais uma única mulher está tendo prazer com vários homens” (traduziu-se); Conforme visto anteriormente, imagens comerciais neste sentido existem, mas acabam sendo traduzidas com uma conotação ruim, de situação de “sexo animalesco/grupal” ou “estupro”.

⁸¹⁸ Conferir Figura 3, no apêndice B.

⁸¹⁹ MACHADO, op. cit., p. 436.

⁸²⁰ Sobre o tema, conferir o capítulo anterior, no tópico sobre o feminismo, o qual possui alguns setores que classificam todo homem como estuprador em potencial.

também não deve ser permitida a veiculação de uma mulher montando um homem, em condições semelhantes⁸²¹. Por coerência, ou ambas as situações são permitidas, ou nenhuma. Portanto, o julgamento com base nos parâmetros de gênero não é só relativo ao “feminino”, mas também ao masculino⁸²².

Não se está afirmando, com isso, que homens e mulheres encontram-se na mesma situação fática mesmo no âmbito da publicidade. Contudo, eventuais desigualdades devem ser sanadas de forma construtiva, inclusive com possíveis ações afirmativas⁸²³, e não através de um modelo concomitantemente “denuncista” das situações de um gênero e de naturalização das mesmas situações quando em relação ao sexo oposto.

Fornecendo mais um exemplo de interpretação calcada em uma perspectiva monocular, pode-se mencionar um artigo acadêmico que analisa uma peça publicitária onde há a imagem de uma mulher segurando seu celular junto a uma galinha, com os dizeres “Fui gravar o toque do meu ‘ex’ e já volto”⁸²⁴. Nesta situação, ao invés da crítica ser dirigida à imagem de “galinha” que se propaga acerca da figura masculina (no caso, o ex-companheiro da mulher), consegue-se a interpretação de que “a mulher está representada desempenhando uma ação que faz alusão ao mexerico, culturalmente entendido como uma solidariedade feminina de falar mal do ‘ex’ para as amigas, de compartilhar com elas os defeitos do ‘ex’”⁸²⁵ – neste caso, as “amigas” são livre criação da autora do artigo, para proporcionar o seu próprio posicionamento.

É possível ainda mencionar trabalho que, analisando um anúncio onde aparece um casal, afirma que o fato de o homem usar óculos seria uma minimização das mulheres porque “o homem usar óculos chama a atenção, por exemplo, para o sentido da visão. Ele seria,

⁸²¹ Como pode ser visualizado na figura 4, apêndice B, da marca de roupas Sisley. Houve quem celebrasse a forma de dominação exposta, aparentemente apenas porque o homem é que era subjugado, conforme se depreende: “[na imagem] você tem uma mulher montando em um homem como em um pônei! De longe um de meus favoritos (...) a mensagem transmitida é clara. Mulheres empoderadas que vestem esta marca dominam os homens e depois montam neles como pôneis”. FELIZ, Luisa. *Fashion Junkie?*, 25 mai. 2010. In: *Lula Happy*. Disponível em: <<https://lulahappy.wordpress.com/2010/05/25/fashion-junkie/>>. Acesso em 07 set. 2015. Traduziu-se.

⁸²² SILVA, Ricardo André de Barros. *A Publicidade e um Novo Gênero Masculino*. Dissertação (mestrado em Publicidade e Marketing). Instituto Politécnico de Lisboa, Lisboa, 2013, p. 11.

⁸²³ Neste sentido, o III Plano Nacional de Políticas para Mulheres consignou como meta que “que a publicidade de órgãos do governo não reproduzam estereótipos de gênero, raça, etnia e orientação sexual” (BRASIL. Presidência da República. Secretaria de Políticas para as Mulheres. *Plano Nacional de Políticas para as Mulheres*. Brasília: Secretaria de Políticas para as Mulheres, 2013, p. 76). Contudo, posteriormente, o plano adotou a mencionada perspectiva monocular ao estabelecer como ação para atingir a meta “estimular a elaboração de código de ética ou código de conduta que garanta a igualdade, reconheça a diversidade e assegure imagem não estereotipada da mulher na publicidade” (ibidem, p. 79), sem referências aos estereótipos masculinos.

⁸²⁴ Figura 5, no apêndice B.

⁸²⁵ KNOLL, Graziela Frainer. Discursos de Gênero na Publicidade: análise crítica de textos publicitários em revistas. *Revista Sociais e Humanas*, Santa Maria, v. 25, n. 2, 2012, p. 247-248.

assim, aquele que enxerga”⁸²⁶. O exame enviesado, buscando encontrar “machismo” em qualquer situação, parece patente, tendo em vista que quem usa óculos é exatamente quem não enxerga bem, pelo que a conclusão deveria ser em sentido contrário, ou seja, de que ele precisa de auxílio para enxergar bem, ao passo que ela, não. A situação retratada nesta peça também se relaciona com outro “parâmetro” que será abordado mais a frente, relativo aos “detalhes” e as múltiplas possibilidades de interpretação.

O que se buscou demonstrar neste tópico é que a análise de igualdade na publicidade também deve abarcar uma perspectiva “binocular” de igualdade de gênero; do contrário, estará fadada a análises redutoras da realidade.

4.4.2.2 Discurso do ódio

Estabelecida a premissa anterior, passa-se a abordar os limites quanto às possibilidades de limitação do conteúdo da liberdade publicitária. Neste ponto, buscar-se-á um parâmetro máximo e outro mínimo, ou seja, quando o conteúdo certamente viola a igualdade de gênero e, de outro lado, quando não se é possível fazer tal afirmação, estabelecendo-se, assim, balizas para todo conteúdo que se situe entre os dois extremos. O primeiro deles, agora analisado, é referente ao discurso do ódio (*hate speech*), ao passo que o segundo será visto no tópico seguinte.

O discurso do ódio é aquela manifestação que, sendo mais que uma mera discordância ou implicação, “desvalorize, menospreze, desqualifique e inferiorize os indivíduos”, visando à exclusão de determinados grupos⁸²⁷. Este discurso, busca a propagação da discriminação do diferente⁸²⁸, impossibilitando o diálogo por desprezar o ponto de vista alheio, não permitindo uma coexistência pacífica em sociedade⁸²⁹.

O discurso do ódio, em razão do seu caráter deletério, costuma ser proibido ou severamente limitado nos diversos países do mundo, sendo os Estados Unidos uma exceção⁸³⁰. No Brasil, a sua vedação foi estabelecida no já referido caso “Ellwanger”, julgado

⁸²⁶ BISOL, Ana Lúcia Weber. *Representações de Gênero na Publicidade Turística*. Dissertação (mestrado em Letras). Universidade Católica de Pelotas, Pelotas, 2004, p. 53.

⁸²⁷ SILVEIRA, Renata Machado da. *Liberdade de Expressão e Discurso do Ódio*. Dissertação (mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2007, p. 79-80.

⁸²⁸ FREITAS, Riva Sobrado; CASTRO, Matheus Felipe. Liberdade de Expressão e Discurso do Ódio: um exame sobre as possíveis limitações à liberdade de expressão. *Revista Sequência*, Florianópolis, n. 66, 2013, p. 344.

⁸²⁹ SILVEIRA, op. cit., p. 110.

⁸³⁰ BARENDT, Eric. Freedom of Expression. In: *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Michel Rosenfeld, Andrés Sajó (org.). Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 891. O autor destaca principalmente o caso *RAV v. City of St. Paul*, 505 U.S. 377, julgado pela Suprema Corte em 1992.

pelo STF em 2003⁸³¹, relativo ao fato de o impetrante ter editado e publicado livros que “tinham como ponto em comum uma visão negativa acerca do povo judeu”⁸³². Na decisão do tribunal, ficou consignado que o direito à igualdade e à dignidade humana, bem como a vedação à discriminação, seriam fundamentos suficientes para justificar a limitação à livre manifestação⁸³³.

Neste trabalho, não se pretende aprofundar o tema. O objetivo da referência a tal parâmetro é afirmar que, se mesmo em relação ao exercício da liberdade de expressão propriamente dita, de caráter político, é vedada a propagação do discurso do ódio, ainda mais razão teria que ele também fosse vedado em relação à liberdade publicitária. Neste sentido, o “*hate speech*” funciona como um limite máximo, sendo possível afirmar que está em desacordo com a Constituição qualquer publicidade comercial que transmita conteúdo que vise ao desprezo contundente de qualquer dos gêneros, ainda que esta situação seja de difícil ocorrência⁸³⁴.

Campanhas cujos textos configurariam este discurso são as promovidas pela marca de produtos de limpeza “Bombрил”⁸³⁵. Além de estabelecer uma vinculação direta das mulheres aos deveres de limpeza doméstica⁸³⁶, a publicidade, de outro lado, é construída sobre a desvalorização do gênero masculino. Comparam-se os homens aos cachorros, em um sentido pejorativo⁸³⁷, afirmando-se que eles seriam toscos e pouco evoluídos⁸³⁸, “devagar”⁸³⁹, seres-humanos inferiores, com dificuldade para o serviço doméstico⁸⁴⁰, que são “tudo bobo”, com

⁸³¹ STF, Tribunal Pleno, HC 82.424/RS, Rel. Min. Maurício Corrêa, julg. 17.09.2003.

⁸³² MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 421.

⁸³³ STF, Tribunal Pleno, HC 82.424/RS, Rel. Min. Maurício Corrêa, julg. 17.09.2003, p. 133-134 e 284 do acórdão.

⁸³⁴ O que é mais comum é a tentativa de encaixar determinada peça ou campanha no conceito de discurso de ódio, embora tal atitude costume figurar como sendo descabida, conforme constata Luís Felipe Miguel em relação à publicidade da marca de *lingerie* “Hope” (Discursos Sexistas no Humorismo e na Publicidade: a expressão pública, seus limites e os limites dos limites. In: *Cadernos Pagu*, v. 41, 2013, p. 109-111).

⁸³⁵ A referência ao “texto” é porque a construção final, com nítida intenção de humor, dificulta – embora não impossibilite – a verificação quanto à ideia de desejo de diminuição do gênero oposto. Contudo, considerando-se apenas o texto, ausente do devido contexto, a desvalorização dos homens resta patente.

⁸³⁶ O que, embora não se entenda configurar discurso do ódio, também estaria vedado pelo ordenamento jurídico, conforme desenvolvimento que será apresentado adiante.

⁸³⁷ “Homem solta pelo, faz xixi no chão e eventualmente até baba. Praticamente um cachorro. Por isso, minha amiga, você que é um ser-humano superior e evoluído, tem que adestrar o seu homem para que ele se comporte direito (...) pisou na bola, é jornalada na fuça, que comigo é assim” (BOMBRIЛ. Adestramento, 2011. In: *Youtube*, 11 mar. 2011. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=X_820G5F61g>. Acesso em 10 nov. 2015).

⁸³⁸ BOMBRIЛ. Homem das Cavernas, 2011. In: *Youtube*, 11 mar. 2011. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=5sOQghIgLH0>>. Acesso em 10 nov. 2015.

⁸³⁹ BOMBRIЛ. Comparação, 2015. In: *Youtube*, 31 jul. 2015. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=PdlIP358nAI>>. Acesso em 10 nov. 2015.

⁸⁴⁰ BOMBRIЛ. Inveja, 2011. In: *Youtube*, 11 mar. 2011. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=VjPY8PbEOwU>>. Acesso em 10 nov. 2015.

pouca utilidade⁸⁴¹, subordinado à mulher no âmbito da casa⁸⁴², que as mulheres fazem tudo “um pouquinho melhor” que os homens⁸⁴³ e que eles só entendem a mensagem em forma de ordem e não de conversa⁸⁴⁴.

Salienta-se que a publicidade que veicula discurso do ódio, no entanto, não se confunde com a “publicidade chocante” (*Schockwerbung*), entendida como aquela que veicula imagens fortes, chocantes, intimamente relacionadas a posições políticas e juízos de valor sobre questões sociais, como restou caracterizado no caso “*Benetton*”, julgado pelo Tribunal Constitucional alemão, que entendeu pela licitude da conduta⁸⁴⁵.

4.4.2.3 Detalhes e múltiplas possibilidades interpretativas

Estabelecida a fronteira “máxima” ao exame da violação à igualdade de gênero na publicidade – quando necessariamente há violação –, passa-se a estabelecer o limite “mínimo”, ou seja, quando seguramente se pode afirmar não haver desrespeito. Este outro parâmetro é relativo às múltiplas interpretações que podem ser atribuídas a mensagens que costumam ter informações verbais e imagéticas, ampliando as possibilidades, especialmente quando relacionadas a “detalhes”, ou seja, circunstâncias periféricas ou de menor importância na transmissão da mensagem, a exemplo dos óculos na peça referida no tópico sobre “perspectiva binocular”.

Sobre este tema, um trabalho que se destaca por originalidade e repercussão é a obra “*Gender Advertisements*” (publicidades de gênero), de Erving Goffman, publicada pela primeira vez em 1979. O autor propõe-se a analisar diferentes modos pelos quais a publicidade reproduz a doutrina de subjugação da mulher, entendendo que “as divisões e hierarquias da estrutura social são retratadas microecologicamente, ou seja, através do uso de metáforas espaciais em pequena escala, mesmo nos mais singelos acontecimentos da vida”⁸⁴⁶.

⁸⁴¹ BOMBRIL. Palmito, 2011. In: *Youtube*, 11 mar. 2011. Disponível em:

<<https://www.youtube.com/watch?v=28yDK9OcoDM>>. Acesso em 10 nov. 2015.

⁸⁴² BOMBRIL. Dona Marisa, 2011. In: *Youtube*, 11 mar. 2011. Disponível em:

<<https://www.youtube.com/watch?v=Fx7GP5FokO4>>. Acesso em 10 nov. 2015.

⁸⁴³ BOMBRIL. Vocês Sabem Quantos Produtos a Bombril Faz?, 2013. In: *Youtube*, 25 abr. 2013. Disponível em:

<<https://www.youtube.com/watch?v=-UVRaCp9QVM>>. Acesso em 10 nov. 2015.

⁸⁴⁴ BOMBRIL. Tropa de Elite, 2011. In: *Youtube*, 11 mar. 2011. Disponível em:

<<https://www.youtube.com/watch?v=kxCWysqAsyM>>. Acesso em 10 nov. 2015.

⁸⁴⁵ SCHWABE, Jürgen; MARTINS, Leonardo (org.). *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão*. Beatriz Hennig et al. (trad.). Montevidéu: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005, p. 451-461.

A referência é à decisão do caso BVerfGE 102, 347 (Benetton/Schockwerbung), julgado em 12.12.2000.

⁸⁴⁶ GOFFMAN, Erving. *Gender Advertisements*. Nova Iorque: Harper Torchbooks, 1987, p. 1. Traduziu-se.

Para o autor, alguns comportamentos humanos que são emocionalmente motivados passariam por um processo de simplificação e estereotipização, afastando-se dos contextos específicos que os originaram, consubstanciando-os em “*displays*” (mostras), formas de “ritualizar” um ato ou ideia maior em um gesto ou símbolo mais simples, podendo tais comportamentos e aparências, em uma dada cultura, transmitir informações, inclusive sob uma perspectiva de gênero⁸⁴⁷.

Os “*displays*” possuem a característica de replicar “*statements*” (afirmações) – podendo ser polissêmicos, de forma que mais de um pedaço de informação social possa ser codificado neles –, influenciando as pessoas para que elas formatem-se em conformidade; na perspectiva de gênero, destaca-se, por exemplo, o vestuário e o estilo do cabelo⁸⁴⁸. Considerando que as pessoas podem tomar consciência dos “*displays*” correntes na sociedade, também é possível que eles sejam utilizados propositadamente, inclusive fora de seu contexto original⁸⁴⁹.

Neste ponto, parece que o entendimento de Goffman aproxima-se bastante do que aqui já foi trabalhado acerca da imagem e formação de estereótipos, pelo que não serão feitas maiores considerações introdutórias. Sobre as relações de gênero, o autor entende que, em determinadas situações, o tratamento de subordinação conferido às mulheres é semelhante ao que adultos conferem às crianças⁸⁵⁰. Entende que a participação das causas naturais na forma de agir de homens e mulheres são diminutas, destacando as construções culturais de feminilidade e masculinidade⁸⁵¹, sendo “natural” dos homens e mulheres não determinado comportamento, mas sim a capacidade de aprender, fornecer e interpretar estas construções, com propensão a aderir a uma ou outra⁸⁵².

Para Goffman, mesmo nos momentos e representações mais gentis e carinhosos de afeto, haveria a demonstração de dominação expressa, por exemplo, na relação entre quem protege e quem é protegido, ou entre quem emite ou recebe o afeto: “qualquer cena, aparentemente, pode ser definida como uma ocasião para representação da diferença de

⁸⁴⁷ Ibidem, p. 1.

⁸⁴⁸ Ibidem, p. 2. O autor destaca que “embora o comportamento ritualizado em situações sociais possa marcadamente mudar com o tempo, especialmente em conexão com a politização, os estilos identificatórios serão menos sujeitos à mudança”. Traduziu-se.

⁸⁴⁹ Ibidem, p. 3.

⁸⁵⁰ Ibidem, p. 5.

⁸⁵¹ Ibidem, p. 6-7.

⁸⁵² Ibidem, p. 8.

gênero, e em qualquer cena um recurso pode ser encontrado para efetivar esse ‘*display*’⁸⁵³, que consubstanciaria um “generismo” (*genderism*)⁸⁵⁴, uma discriminação de gênero.

O ponto mais relevante do trabalho referido é exatamente acerca da análise das relações de gênero na publicidade. Além das premissas já apresentadas, o autor parte da ideia de que a análise de gênero na publicidade não deve apenas estar direcionada aos estereótipos que diferenciam os sexos ou dos padrões que são transmitidos, mas também ao modo como os corpos e os objetos não humanos interagem para produzir a mensagem⁸⁵⁵.

O autor identificou seis formas de representação publicitária que indicariam a desigualdade de gênero: 1. “tamanho relativo”: a representação da diferença de altura das pessoas para demonstrar superioridade social, inclusive de homens sobre mulheres; 2. “o toque feminino”: as mulheres são retratadas usando seus dedos ou mãos para contornar objetos ou acariciá-los, em contraposição ao contato normal de utilização, ou ainda em situação de “autotoque” das partes do corpo; 3. “hierarquia da função”: quando homem e mulher estão em uma atividade colaborativa, o papel de execução da tarefa é mais comumente incumbido ao homem; 4. “a família”: a valorização da estrutura familiar, usualmente com a representação de uma família “ideal”: marido, mulher, filho e filha; 5. “a ritualização da subordinação”: a representação de uma pessoa, em geral uma mulher, em alguma forma de deferência em relação a outra, ou de modo reclinado ou deitado; 6. “retirada licenciada”: mulheres, mais que os homens, são representadas de forma psicologicamente ausente da situação social, de forma desorientada, como necessitando ajuda de outros, olhando para o vazio ou mexendo com as unhas ou cabelo, dentre outras ações⁸⁵⁶.

O trabalho de Goffman teve ampla recepção no cenário acadêmico, mas recebeu críticas, a exemplo da necessidade de maior análise contextual, da mudança no comportamento social – que aumenta conforme se distancie temporalmente da obra –, e da limitação da análise semiótica por ele utilizada⁸⁵⁷. Outras restrições metodológicas podem ainda ser apontadas, notadamente uma, reconhecida pelo próprio autor, de que as imagens que subsidiaram suas conclusões foram selecionadas por sua escolha e não aleatoriamente, o que

⁸⁵³ Ibidem, p. 9.

⁸⁵⁴ Ibidem, p. 24.

⁸⁵⁵ Ibidem, p. 27.

⁸⁵⁶ Ibidem, p. 28-83. Os termos entre aspas foram traduzidos.

⁸⁵⁷ BELL, Philip; MILIC, Marko. Goffman's Gender Advertisements Revisited: combining content analysis with semiotic analysis. In: *Visual Communication*, v. 1, n. 2, 2002, p. 203.

enfraquece sua construção⁸⁵⁸, tendo em vista que há também imagens – e o próprio autor as colaciona – com as representações indicadas pelo autor, mas com o gênero invertido⁸⁵⁹.

O que se destaca da obra de Goffman para ser utilizado neste trabalho é a relevância que é dada aos detalhes, circunstâncias periféricas ou de menor importância, sugerindo que qualquer deles pode estar transmitindo uma mensagem contrária à igualdade de gênero. Contudo, uma análise acerca de sua pesquisa demonstra que o autor também parece utilizar a perspectiva monocular criticada neste trabalho⁸⁶⁰. Esta situação coloca Goffman, por vezes, numa posição de procura enviesada por um determinado resultado, que, neste caso, é a visualização de desigualdades de gênero.

Contudo, o exame do próprio material fotográfico juntado pelo autor mostra que as suas percepções em relação às supostas retratações das mulheres em condições de desigualdade convive com representações de homens em situações que, em outros momentos, Goffman interpreta como sendo também uma transmissão de condição de desigualdade. Ou seja, uma mesma imagem apresenta uma mulher e um homem em diferentes formas de desigualdade por ele indicadas, mas que, segundo afirmado pelo autor, seria característico da representação publicitária feminina.

Assim, a imagem analisada sob uma das espécies apontada por Goffman que caracterizaria “generismo”, se confrontada com outras espécies, indicaria o resultado contrário ao apontado pelo autor: por exemplo, uma imagem que indica o “escudo de participação”, subespécie de “retirada licenciada”, refuta o “tamanho relativo” ou “ritualização da subordinação”⁸⁶¹. Uma que indica “ritualização da subordinação”, seria “escudo de participação”⁸⁶².

⁸⁵⁸ GOFFMAN, op. cit., p. 24.

⁸⁵⁹ Ibidem, p. 26. O autor sustenta que existem três questões metodológicas diferentes, quais sejam, a descoberta, a apresentação e a prova, e que ele apenas abordará as duas primeiras (ibidem, p. 24). Contudo, aceitando a premissa como verdadeira, ao menos neste caso a prova e a descoberta não podem ser separadas. Não é possível “descobrir” que a publicidade utiliza-se de diferenciações de gênero se não se utiliza de amostragem, de colheita aleatória de dados brutos, tendo em vista que, conforme já referido, seria possível que as imagens descartadas por ele trouxessem, igualmente, homens na mesma posição que as mulheres, que estariam de outra forma representadas, invalidando sua “descoberta”.

⁸⁶⁰ Por exemplo, o autor faz referência ao fato de que, na publicidade, as mulheres retratadas são mais altas, jovens, magras e de “melhor” aparência do que as encontradas normalmente na sociedade, sem mencionar que semelhante processo ocorreria também em relação aos homens (ibidem, p. 21).

⁸⁶¹ Ibidem, p. 72. A imagem 408, embora mostre a mulher ligeiramente “escondida” pelo cavalo, apresenta ela mais alta do que o homem, que está sentado. A imagem 415 mostra uma mulher abraçando um homem por trás, pelo que, conquanto encoberta por ele, está acima e também com os braços sobre o ombro do homem, o que seria “ritualização da subordinação” na subespécie “abraço pelo ombro” (ibidem, p. 55). A mesma coisa pode ser observada em outras imagens, a exemplo da n. 164 (ibidem, p. 45).

⁸⁶² Ibidem, p. 55. A imagem 259 mostra o homem com os braços sobre o ombro da mulher, mas ligeiramente escondido por ela. Assim também a n. 152 (ibidem, p. 44).

Outras incongruências podem ser apontadas: quando a mulher está mais alta que o homem e com a mão em seu ombro é interpretado como a demonstração de que ele é a figura central, enquanto ela apenas um apoio⁸⁶³; trocando-se as posições, a razão da representação é simbolizar que o homem ocupa um lugar social mais elevado⁸⁶⁴ e demarcar algum grau de propriedade sexualmente potencial⁸⁶⁵. E isto é constatado sem considerar as imagens que o autor teria propositadamente colocado como “exceção”.

O que se entende, portanto, é que, diferentemente do que defende Goffman, o mero posicionamento das pessoas ou de suas interações entre si e com objetos, em regra, não é um critério seguro para determinar a violação da igualdade de gênero – salvo situações evidentes, que serão abordadas. A própria imagem da capa do livro de Goffman, que retrata duas mulheres, reproduz algumas das situações por ele criticadas, a exemplo do sorriso e do “olhar penetrante”; tendo o autor sido questionado por isso, respondeu que o retrato de capa realmente refletiria – de forma não intencional – o conteúdo criticado em seu livro⁸⁶⁶. Ou seja, mesmo alguém ciente do tema e capacitado para reconhecer os supostos “generismos” não identificou de início tal ocorrência em sua própria criação.

Esta constatação, além do que já foi discorrido, implica observar que, na análise da desigualdade pela publicidade, é necessário considerar a mensagem como um todo. A informação que é transmitida não possui um significado próprio, mas sim atribuído pelo espectador, que constrói seu conteúdo conforme seus conceitos prévios e expectativas⁸⁶⁷. Uma

⁸⁶³ Ibidem, p. 40.

⁸⁶⁴ Ibidem, p. 43.

⁸⁶⁵ Ibidem, p. 55.

⁸⁶⁶ Conforme afirmado em: SMITH, Greg. Gender Advertisements Revisited: a visual sociology classic.

In: *Electronic Journal of Sociology*, v. 2, n. 1, 1996. Disponível em:

<http://sociology.org/content/vol002.001/smith_d.html>. Acesso em 12 set. 2015.

⁸⁶⁷ JHALLY, Sut. What’s Wrong with a Little Objectification?. In: *Media/Cultural Studies: critical approaches*.

Rhonda Hammer, Douglas Kellner (org.). Nova Iorque: Peter Lang, 2009, p. 317. Interessante fazer referência, acerca do tema da percepção de certas situações como sendo coisas diferentes para pessoas diferentes, à polêmica levantada por todo o mundo nas redes sociais, em fevereiro de 2015, referente a uma fotografia de um vestido, que algumas pessoas viam como de cores branca e dourada e outras pessoas, azul e preto. Este impasse estava calcado “na forma como os olhos e o cérebro evoluíram para ver cores na luz solar. Como os seres humanos evoluíram para ver a luz do dia, seus cérebros começaram a levar em conta o fato de que a luz muda de cor. Os objetos têm um certo tom vermelho rosado de madrugada, mais azul-branco ao meio-dia, e voltam a ser mais avermelhadas no pôr do sol. O cérebro tenta descontar o efeito da luz do sol (ou outra fonte de luz) para chegar a uma cor ‘verdadeira’. Por isso, algumas pessoas veem azul no vestido mas seus cérebros ignoram isso, atribuindo a cor azulada à fonte de luz, em vez de ao próprio vestido. Elas veem branco e dourado. Os cérebros dos outros atribuem o azul que eles veem ao próprio vestido. Este fenômeno existe há milhares de anos, mas há algo especial nesta foto do vestido que tornou as diferenças na forma como vemos a cor mais clara do que nunca” (BBC BRASIL. Ciência Desvenda Mistério do Vestido que “Muda de Cor”. In: G1, 27 fev. 2015. Disponível em:

<<http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2015/02/ciencia-desvenda-misterio-do-vestido-que-muda-de-cor.html>>. Acesso em 12 set. 2015). Portanto, as pessoas possuem diferentes formações oculares, bem como diferentes sistemas de correção de luminosidade, ainda que a diferença seja pequena. Isso faz com que percebam de forma diferente um mesmo espectro luminoso. A fotografia em questão criava uma espécie de situação limite, onde pessoas viam cores diferentes. Analisado apenas a foto, ambas as interpretações visuais estavam certas, vindo a cor do vestido

comunicação rica em informações como é a imagética, que atualmente predomina na veiculação publicitária, de forte caráter polissêmico⁸⁶⁸, acaba propiciando multiplicidade de interpretações, que, se não voltadas a um entendimento razoável da mensagem transmitida, possibilita visualizar discriminação em qualquer peça ou campanha⁸⁶⁹.

Neste diapasão, Lucas Borges de Carvalho, analisando a possibilidade de limitação ao conteúdo televisivo discriminatório de grupos vulneráveis, sugere que “a proteção à liberdade de expressão deve ser mais elevada, se a discriminação se apresenta de forma duvidosa, indireta ou subliminar ou, por outras palavras, se o conteúdo do discurso não possui uma relação direta com uma situação grave de subordinação social”. Este entendimento seria uma forma de “evitar a banalização do conceito de danos coletivos, afastando-se a instituição de um ambiente policialesco, que se pautela pela busca paranoica e incessante – aliás, tão característica da censura – de sinais subliminares de preconceito e discriminação em todo e qualquer discurso”⁸⁷⁰.

No mesmo sentido, conforme aponta Daniel Sarmiento, existe um “caminho do meio”, alternativo, entre a total liberdade de manifestação – que acabaria possibilitando o discurso do ódio – e aquele onde cada ato comunicativo que contenha rastros de discriminação seja censurado e reprimido pelo Estado – cenário no qual “não sobraria quase nada”⁸⁷¹. Esperar

a depender da visão que foi sendo ajustada ao longo de toda a vida da pessoa. Esta situação serve para entender como a construção sobre determinados objetos se dá nas “ciências sociais” – e, no caso deste trabalho, situações que implicariam violação à igualdade de gênero. Algumas pessoas, por causa de seus sistemas de correção de luminosidade (conceitos prévios, bagagem ideológica), ajustando a luminosidade (situações diversas, a exemplo do autor do objeto filiar-se a determinado pensamento) ao redor da “foto” (obra/objeto analisado), irão interpretar a situação entendendo haver discriminação, e terão certeza que essa é a resposta certa. De outro lado, pessoas com diferentes “sistemas de correção de luminosidade” interpretarão de modo diferente, não visualizando discriminação, e também terão a certeza da verdade. Como as relações humanas dependem muita mais da construção intersubjetiva do que os fenômenos físicos, não sendo possível recorrer a uma escala prévia de cores, pode-se dizer que ambas as interpretações estão corretas. Quem está com a visão ajustada para, nesta luminosidade, ver discriminação, verá. Quem não, não. O que se pode eliminar com “certeza” são as interpretações extremadas, assim como se podia falar que o vestido não era vermelho e verde. O resto, o que fica dentro das possibilidades da situação limita, depende da visão de cada um.

⁸⁶⁸ FERRÃO, op. cit., p. 19.

⁸⁶⁹ É neste sentido que o art. 17 do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, elaborado pelo Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária, estabelece que a abusividade deve ser analisada sob a ótica de um impacto global da publicidade, levando em consideração seu conteúdo visual, verbal ou oral e a natureza do meio utilizado.

⁸⁷⁰ CARVALHO, op. cit., p. 230. O autor também afirma que “quanto mais grave a situação de subordinação social objeto do discurso e quanto mais direta a relação de seu conteúdo com a legitimação e a naturalização da discriminação social, maior a possibilidade de imposição de restrições”.

⁸⁷¹ O autor aponta que “quando foi lançado o filme ‘Guerra nas Estrelas Episódio 1: A Ameaça Fantasma’, algumas lideranças do movimento negro nos Estados Unidos protestaram. Acharam que o filme tinha um conteúdo racista, porque o seu personagem Jah Jah Binks – um ET desengonçado e trapalhão, com longas antenas penduradas – lembraria os negros do movimento rastafári, com suas ginga e tranças características, e que teria por isso os ridicularizado. Este exemplo caricatural mostra que, a rigor, é possível ver preconceito em toda a parte. Nenhuma obra artística ou literária resiste incólume ao escrutínio de algum militante desconstrutivista, que nela procure encontrar significados latentes ou símbolos ocultos de racismo, sexismo, homofobia ou alguma outra forma de opressão ou preconceito” (SARMENTO, Daniel. A Liberdade de

que a publicidade não traga algum nível de ritualização das relações de gênero seria esperar dela muito mais do que o que existe na sociedade, onde é “necessário” estabelecer, em alguma medida, uma identidade de gênero⁸⁷².

Ademais, as questões de gênero não gozam da mesma sensibilidade que outros temas, notadamente o étnico. Conforme visto no capítulo anterior, a discrepância social existente entre homens e mulheres é significativamente menor do que entre brancos e negros, o que acaba influenciado a sensibilidade da interpretação⁸⁷³. Esta noção é análoga à adotada pela Suprema Corte estadunidense, onde a análise de questões constitucionais envolvendo legislação relativa às questões étnicas é muito mais intensa, submetidas ao *strict scrutiny*⁸⁷⁴ (escrutínio rigoroso), do que aquelas envolvendo diferença de gênero, aferidos sob o *intermediate scrutiny*⁸⁷⁵ (escrutínio intermediário).

Portanto, devem ser afastadas interpretações exageradas, como a de que se a mulher representada usa salto alto, é porque seria “fetiche que representaria o falo que falta ao feminino”; para outra autora, se possui joias, é porque se quis mostrar que ela é superficial⁸⁷⁶, mas se não se coloca maquiagem “retira a possibilidade de glamourizar a mulher”⁸⁷⁷. O fato de o homem costumar ser representado como mais alto que a mulher também não implica

Expressão e o *Hate Speech*. *Revista de Direito do Estado*, v. 4, 2006, p. 99-101). Afirma ainda que, na realidade, seria possível que o movimento negro tivesse razão, tendo em vista que a sociedade e seus indivíduos estão marcados pelo preconceito, ainda que não percebam, mas que nenhuma sociedade conseguiria viver censurando cada ato que fosse apenas possivelmente (a depender da interpretação) discriminatório.

⁸⁷² JHALLY, op. cit., p. 317. O autor, em uma passagem mais radical, chega a afirmar que “negar completamente as mensagens da publicidade é negar nossa definição de nós mesmo em termos sexuais e de gênero – é negar nós mesmos como indivíduos socialmente reconhecíveis nesta cultura” (traduziu-se).

⁸⁷³ Veja-se, por exemplo, a publicidade da “marca de leite que figurava uma criança negra como diabinho e uma criança branca como anjinho” (MAZON, Marília. O Controle e a Prevenção do Dano ao Consumidor Perante a Publicidade Abusiva. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 78, 2011, p. 248). Se a peça mostrasse um menino e uma menina na posição respectiva de anjinho e diabinho, não se teria o mesmo impacto de visualização de discriminação como houve em relação à diferença étnica. Saindo do tema da publicidade, é amplamente difundida na sociedade a separação por gênero de vestiários e banheiros; se o critério fosse étnico, a inconstitucionalidade seria evidente.

⁸⁷⁴ Assim, caso a legislação infraconstitucional estabeleça classificações raciais, seja em favor ou não de determinada minoria, o exame deve ser mais rigoroso (FARBER, Daniel A.; SHERRY, Suzanna. *Judgment Calls: principle and politics in constitutional law*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2009, p. 158).

⁸⁷⁵ SIEGEL, Neil S.; SIEGEL, Reva B. Struck by Stereotype: Ruth Bader Ginsburg on pregnancy discrimination as sex discrimination. In: *Duke Law Journal*, v. 59, 2010, p. 791. Sugerindo que também as questões de gênero deveriam ser submetidas ao exame mais rigoroso: BRAKE, Deborah L. Sex as a Suspect Class: an argument for applying strict scrutiny to gender discrimination. In: *Seton Hall Constitutional Law Journal*, v. 6, 1996, p. 953. Para uma breve abordagem sobre os três parâmetros utilizados pela Suprema Corte – o outro, mais fraco, seria o da mera racionalidade ou *rational basis* –, conferir: BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013., p. 282-283.

⁸⁷⁶ MACHADO, Sandra de Souza. Estereótipos: culturas mal (in)formadas – o construto do (falso) ideal feminino em publicidade e propaganda. In: *Estudos Feministas e de Gênero: articulações e perspectivas*. Cristina Stevens, Susane Rodrigues de Oliveira, Valeska Zanello. Florianópolis: Mulheres, 2014, p. 424.

⁸⁷⁷ *Ibidem*, p. 429.

necessariamente uma mensagem contrária à igualdade⁸⁷⁸, tendo em vista que a média de altura masculina é superior à feminina. O mero fato de o homem ser representado em destaque ou à frente da mulher não pode ser constitucionalmente restringido – do contrário, aquelas em que as mulheres estão à frente dos homens também o seria⁸⁷⁹, obrigando-se a que as pessoas retratadas sempre estejam no mesmo plano.

Todo o contexto da comunicação deve ser analisado, de forma a obter um entendimento provável da mensagem transmitida. Assim, um anúncio de revista de uma marca de roupas masculina que mostre uma mulher aparentemente desacordada, seminua, caída sobre um carro, enquanto um homem, de pé, segura uma corda ou gravata ao redor de seu pescoço⁸⁸⁰, pode ser entendido como violador à igualdade de gênero em quase todos os contextos. Contudo, o mesmo não poderia ser afirmado, por exemplo, caso a publicidade fosse relativa a estabelecimentos ou produtos sadomasoquistas.

Não se pode adotar, portanto, pequenos pedaços da mensagem transmitida para valorá-los fora do contexto original, que deve ser examinado no todo, envolvendo imagem, texto, áudio e qualquer outro elemento que transmita informação⁸⁸¹. O “tom” do discurso (metafórico, irônico, agressivo, dentre outros) deve ser avaliado, conjuntamente com o meio de propagação, de forma a definir mais precisamente o conteúdo transmitido⁸⁸². Contudo, não se faz necessário, para constatação quanto à incompatibilidade com a igualdade de gênero, que haja uma indicação expressa e ostensiva da interdependência entre os diferentes elementos da mensagem; a existência de alguma correlação já é suficiente⁸⁸³. Mesmo porque o discurso discriminatório não costuma ser construído “de forma direta e objetiva”⁸⁸⁴.

⁸⁷⁸ Em sentido contrário: SHEEHAN, Kim. *Controversies in Contemporary Advertising*. 2. ed. Los Angeles: Sage, 2014, p. 100.

⁸⁷⁹ A exemplo da figura 6, no apêndice B.

⁸⁸⁰ Conferir figura 7, no apêndice B.

⁸⁸¹ “A depender, entre outros elementos, de seu autor, dos destinatários, da ocasião, do lugar, do alcance e do horário em que exibido um discurso, diferente será o seu significado e, por conseguinte, os efeitos por ele suscitados” (CARVALHO, op. cit., p. 223). O autor continua (ibidem, p. 224) “ainda sobre o assunto, vale mencionar decisão na qual o STF afastou a incidência do delito de ato obsceno, privilegiando a liberdade de expressão, com base na avaliação do contexto. Na ocasião, o diretor Gerald Thomas reagiu de forma agressiva às vaias do público, proferidas logo após a exibição de uma de suas peças de teatro. Diante desse fato, subiu ao palco e exibiu as nádegas, além de simular o ato de masturbação. Como ponderou o relator do caso, Ministro Gilmar Mendes: ‘No caso em apreço, ainda que se cuide, talvez, de manifestação deseducada e de extremo mau gosto, tudo está a indicar um protesto ou uma reação – provavelmente grosseira – contra o público. [...] Com efeito, não se pode olvidar o contexto no qual se verificou o ato incriminado. O roteiro da peça, ressalte-se, envolveu até uma simulação de masturbação. Estava-se diante de um público adulto, às duas horas da manhã, no Estado do Rio de Janeiro. Difícil, pois, nesse contexto admitir que a conduta do paciente tivesse atingido o pudor público’. (STF, HC nº 83.996, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 17.08.2004)”.

⁸⁸² CARVALHO, op. cit., p. 221.

⁸⁸³ Por exemplo, no capítulo 2 foi apresentado o instituto “*false light*” do direito estadunidense, que está relacionado à vedação à exposição de uma falsa percepção para o público. Assim retratos que sejam utilizados para ilustrar um determinado texto devem ter pertinência com o que está sendo relatado (PROSSER, op. cit., p.

Veja-se, por exemplo, uma peça formada por uma imagem e o texto “mantenha-a onde ela pertence”. Se a imagem mostra uma situação valorativamente positiva, a publicidade, a princípio, não deve sofrer qualquer repreensão. Contudo, se ao mencionado texto é juntada a figura de uma mulher deitada no chão junto de um sapato masculino⁸⁸⁵, embora não haja a menção textual expressa de que ela deve ser mantida aos pés do homem, há a insinuação óbvia desta afirmação pela análise conjunta dos elementos da mensagem, havendo substancial desrespeito à igualdade de gênero.

4.4.2.4 Definição de papéis, público-alvo e retratação da realidade

Um dos temas mais relevantes para a análise da desigualdade em relação à imagem de gênero que é construída pela publicidade é aquele referente à representação das situações do âmbito doméstico e do profissional. Conforme foi visto no capítulo anterior, o principal fator para a existência da desigualdade de gênero é o relativo à separação, inclusive quanto às responsabilidades, entre trabalho doméstico e profissional. Naquele momento, afirmou-se que a desigualdade entre homens e mulheres diminuiu em íntima conexão com o crescimento da atividade profissional pelas mulheres⁸⁸⁶, destacando-se a relevância do trabalho para a construção identitária. Constatou-se também que este entendimento pautou os trabalhos da Assembleia Constituinte, sendo a necessidade de equiparação entre ambos quantos às responsabilidades domésticas e profissionais um valor que está na gênese do texto constitucional⁸⁸⁷.

Foi abordado também que a divisão tradicional de atividades, embora em diminuição constante em prol da igualdade, ainda existe faticamente, sendo as mulheres as maiores responsáveis pelo serviço doméstico. Esta constatação levanta o problema relativo à possibilidade da publicidade definir seu público-alvo em relação a determinados produtos,

399). Sobre este tema, é constatado que ainda que não se afirme que a pessoa representada tenha a ver com o assunto desenvolvido, a exemplo do uso de drogas, a mera utilização da imagem gráfica de um indivíduo junto ao texto traz “uma insinuação óbvia que o escrito é aplicável a ele, o que o coloca em uma falsa percepção junto ao público” (ibidem, p. 399. Traduziu-se o trecho destacado). Este parâmetro também é sustentável para a análise de gênero na publicidade.

⁸⁸⁴ FERRÃO, op. cit., p. 17.

⁸⁸⁵ Conferir figura 8, no apêndice B.

⁸⁸⁶ CALIL, Léa Elisa Silingowschi. *História do direito do trabalho da mulher: aspectos histórico-sociológicos do início da República ao final deste século*. São Paulo: LTr, 2000, p. 85.

⁸⁸⁷ Houve, por exemplo, a preocupação com a “publicidade atentatória à imagem da mulher” (BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. *Atas da Comissão de Sistematização*, 1987, p. 344. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/constituante/sistema.pdf>>. Acesso em 18 mai. 2015).

veiculando anúncios nos quais há a retratação de determinada realidade, fato que acabar por reforçar uma definição de papéis possivelmente contrária à direção constitucional.

Por exemplo, a razão de a indústria publicitária direcionar produtos domésticos majoritariamente às mulheres está calcada no fato de elas passarem mais tempo que os homens trabalhando nas atividades do lar⁸⁸⁸. O problema é que, conforme visto anteriormente no desenvolvimento acerca dos estereótipos, o reforço constante de uma mensagem acaba formando determinado padrão para os indivíduos, o qual influencia no seu modo de agir. Assim, se uma pessoa é majoritariamente submetida à imagem da mulher como a responsável pelos serviços domésticos, esta será a imagem formada em relação ao sexo feminino⁸⁸⁹.

Para iniciar o exame sobre a possibilidade das empresas definirem um público-alvo com base na definição de papéis de gênero observada na realidade (acabando por reproduzir esta situação na publicidade), deve-se retomar a ideia já trabalhada de que a análise do fenômeno publicitário não pode ser apartada do contexto cultural⁸⁹⁰. Parece clara a possibilidade de limitações jurídicas para a publicidade que veicula padrões de comportamento que não mais se adéquam à sociedade contemporânea⁸⁹¹, ou mesmo quando a retratação aduzida pela publicidade está dissociada da realidade. Contudo, quando essas condutas ainda são constantemente observáveis, o assunto requer maior ponderação.

Em relação ao tema deste trabalho, o movimento feminista atual repudia a publicidade que reforça a “divisão sexual dos papéis sociais”⁸⁹². Talvez futuramente se atinja uma situação na qual quase nenhum produto tenha seu público-alvo definido com base no gênero, por ter a sociedade se encaminhado a um estágio de praticamente nulificar as diferenças culturais entre homens e mulheres – até mesmo, de forma mais radical, nas questões relativas a nomes, apresentação pessoal e vestuário.

Contudo, à observação da sociedade contemporânea, não é possível sustentar que os fornecedores não podem, de todo, definir seus públicos-alvo com base nas diferenças de comportamento construídas. Não se questiona, por exemplo, que o comércio de brinquedos

⁸⁸⁸ SHEEHAN, Kim. *Controversies in Contemporary Advertising*. 2. ed. Los Angeles: Sage, 2014, p. 91.

⁸⁸⁹ SANTOS, Igor Silveira Santana. Publicidade Abusiva e Imagem-atributo das Consumidoras: uma abordagem transindividual. In: *Proteção Constitucional à Imagem: dimensão coletiva*. Manoel Jorge e Silva Neto (org.). Salvador: Paginae, 2015, p. 74-75.

⁸⁹⁰ PIEDRAS, Elisa Reinhardt. *A Articulação da Publicidade com o Mundo Social: a constituição do fluxo publicitário nas práticas de produção e de recepção*. Dissertação (mestrado em Comunicação e Informação). Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2005, p. 23-24.

⁸⁹¹ XAVIER, op. cit., p. 121.

⁸⁹² ALVES, Branca Moreira; PITANGUY, Jacqueline. *O que é Feminismo*. São Paulo: Brasiliense, 1981, p. 64. Em sentido próximo, José Tadeu Neves Xavier afirma que o estabelecimento de estereótipos relativos aos papéis sexuais é inegavelmente uma comunicação publicitária indevida, amoldando-se ao conceito do art. 37, §2º (op. cit., p. 136).

direcione a utilização do produto para as crianças, algo que, a rigor, constituiria também um estereótipo⁸⁹³. Assim, malgrado o fato de que a estigmatização de um grupo através da difusão de estereótipos pode violar o direito à imagem-atributo da coletividade⁸⁹⁴, isto não significa que qualquer representação baseada em um padrão constituía tal transgressão⁸⁹⁵; apenas aquelas estigmatizantes, pejorativas, valoradas de forma negativa, ou que traga prejuízos a determinada coletividade – e desde que não estejam justificados constitucionalmente, por outro interesse colidente mais relevante no caso concreto.

Conforme já referido em relação à influência sociocultural da publicidade, não se pode exigir dela algo amplamente diferente do que é a própria sociedade. A publicidade é reflexo da sociedade, pelo que a sua mudança deve estar associada à alteração cultural⁸⁹⁶. O que a publicidade representa como distinção entre homens e mulheres não é muito diferente do que normalmente é observado na sociedade em geral⁸⁹⁷. Isto não significa, porém, também com base no que já foi desenvolvido, que qualquer retratação da realidade pela publicidade seja possível.

Definir o que está ou não dentro dos limites constitucionais nas questões publicitárias de gênero é, portanto, uma tarefa árdua, a qual se entende ser mais bem realizada observando-se os parâmetros referidos neste capítulo e o procedimento referido no capítulo seguinte – ou seja, a própria coletividade que deve buscar conformar a sua imagem-atributo, postulando como pretende ser vista pelo meio social, com observância à liberdade publicitária.

Buscar-se-á, entretanto, como forma de contribuir para o debate, fornecer solução para a situação inicialmente mencionada – qual seja, da representação feminina em situações domésticas –, bem como, em seguida, sobre outros temas. Especificamente em relação ao tema inicialmente abordado, a questão é ainda mais profunda, tendo em vista que se encontra no texto e na gênese constitucional a evidente busca pela superação não apenas da desigualdade de uma forma geral, mas deste aspecto em específico. Ademais, foi também amplamente discorrido no capítulo anterior que a principal razão para a redução da

⁸⁹³ Conforme afirmado em: SHEEHAN, op. cit., p. 75.

⁸⁹⁴ FERRÃO, op. cit., p. 27.

⁸⁹⁵ Assim, por exemplo, entende-se não inconstitucional o fato de que os produtos cosméticos chamados “anti-idade” são majoritariamente direcionados para as mulheres, conforme constatado em: PALACIOS, Annamaria da Rocha Jatobá. *Velhice, palavra quase proibida; terceira idade, expressão quase hegemônica*: apontamentos sobre o conceito de mudança discursiva na publicidade contemporânea, 2006, p. 1-18. Disponível em: <<http://bocc.ubi.pt/pag/palacios-annamaria-velhice-palavra-proibida.pdf>>. Acesso em 16 ago. 2015. Embora a pretensão da autora seja sobre outro aspecto, ela colaciona diversas peças publicitárias que demonstram o que foi aqui alegado.

⁸⁹⁶ VERÍSSIMO, Jorge Domingos Carapinha. A Mulher “Objecto” na Publicidade. In: *Livro de Actas da IV Congresso SOPCOM: repensar os media: novos contextos da comunicação e da informação*. Aveiro, Universidade de Aveiro, 2005, p. 1702.

⁸⁹⁷ GOFFMAN, Erving. *Gender Advertisements*. Nova Iorque: Harper Torchbooks, 1987, p. 22.

desequiparação de gênero foi a crescente inclusão da mulher no mercado de trabalho, estando a igualdade entre homens e mulheres umbilicalmente relacionada a este fato. E, conforme visto, a publicidade constrói e reforça estereótipos que influenciarão o modo de agir das pessoas.

Portanto, quando a publicidade relaciona diretamente a mulher a determinadas atividades domésticas, ainda que esta escolha esteja justificada estatisticamente para a definição de um público-alvo, parece ser possível afirmar a violação não apenas da imagem coletiva feminina como também do princípio da igualdade⁸⁹⁸. Isto porque tal publicidade reforçará uma conduta que foi especificamente combatida no momento constitucional e na jurisprudência do STF, sendo uma construção cultural que atinge consideravelmente a saúde e liberdade da mulher, diminuindo o seu tempo livre e aumentando o desgaste físico – e, possivelmente, emocional. Parece, portanto, justificada a limitação à liberdade publicitária em relação a este tema.

Aqui é feita referência ao que foi examinado acerca da ponderação de direitos fundamentais. Embora exista a liberdade publicitária, considerando os efeitos deletérios pontuados acima, que acabam por ser causados por este tipo de publicidade, deve haver limitação à atividade, como forma de resguardar outros valores – desde que, conforme afirmado anteriormente, a própria coletividade entenda que esta imagem-atributo lhe é incompatível ou indesejável.

Saliente-se que o entendimento veiculado acima não inviabiliza que, por exemplo, uma empresa de materiais de limpeza utilize a representação de uma mulher em sua publicidade – afinal, a peça deverá conter, em geral, ou um homem ou uma mulher. O que deve ser limitado é a especial vinculação de tais produtos com o gênero em questão, estabelecendo um vínculo direto entre a atividade e o gênero. Neste caso, os ganhos obtidos na promoção de um direito fundamental mostra-se amplamente mais significativo do que a restrição estabelecida.

Dentro deste contexto, a publicidade que associa “a mulher ‘mãe’ a uma pia de louça com vários pratos e panelas sujas, em um anúncio do Dia das Mães” é incompatível com a normatividade constitucional⁸⁹⁹, não porque simplesmente utiliza uma mulher, mas porque estabelece relação direta do gênero como responsável pela atividade. Assim também como aquela que afirma que “as mulheres têm poderes”, destacando que o uso de determinado

⁸⁹⁸ SANTOS, op. cit., p. 75.

⁸⁹⁹ MAZON, Marília. O Controle e a Prevenção do Dano ao Consumidor Perante a Publicidade Abusiva. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 78, 2011, p. 248. A autora faz a observação em relação a publicidade da esponja de limpeza “Scotch-Brite”.

produto de limpeza “é um deles”⁹⁰⁰. Há, nestes casos, o estabelecimento de uma relação direta entre ser mulher/mãe e ser responsável pela limpeza doméstica.

Outro tema ao qual pode ser aplicado raciocínio semelhante refere-se à publicidade que retrata situações de constrangimento à liberdade do gênero feminino, notadamente aquelas de cunho libidinoso, ainda que tais fatos sejam cotidianamente presenciados. Como exemplo de publicidade neste sentido, tem-se a peça na qual uma mulher de nome Vera, apelidada de Verão, caminha na praia⁹⁰¹. Quando sua trajetória encontra com a de um homem que vem em sentido contrário, ele se posta constantemente na sua frente, impedindo-a de passar, abrindo os braços, ainda que ela tente sair pelos lados. Ao fim, ela retorna, sob o olhar consternado do homem, e o locutor pronuncia “não deixe o Verão passar”, em um trocadilho do nome da mulher com a estação.

Entende-se que a vedação à publicidade como a apresentada está justificada porque a imagem-atributo que é construída por ela, em relação aos homens, é de quem constrange indevidamente a liberdade alheia. Atinge também as mulheres ao reforçar estereótipo de relativa submissão, que acaba influenciando o comportamento das pessoas. Este tipo de conduta possui relevância social, por configurar motivo de transtorno cotidiano para diversas mulheres, sendo que 89% das brasileiras não concordam com o assédio vivenciado na rua⁹⁰². É situação que amplamente se pretende ver obstada, não sendo possível que a publicidade atue reforçando esta mensagem. O mesmo raciocínio é aplicável à peça na qual há a representação de um policial fazendo busca pessoal a uma mulher com a mão por dentro do seu vestido e com a palma da mão voltada para o corpo dela⁹⁰³. Ou no caso do pai que tolhe a liberdade da filha maior de conhecer e se relacionar com homens⁹⁰⁴. Nos casos apresentados, se a coletividade for contrária à representação que é feita, deve ser possível a limitação à liberdade publicitária, ainda que a situação apresentada esteja calcada na vivência social.

⁹⁰⁰ SANTOS, op. cit., p. 72-73. A campanha é feita em relação ao sabão em pó Tixan Ypê. Conferir dois vídeos da campanha: TIXAN Ypê apresenta: o poder da mulher de multiplicação. In: *Youtube*, 2014. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=crLMuu839Bc>>. Acesso em 24 set. 2015; TIXAN Ypê apresenta: o poder da mulher de persuasão. In: *Youtube*, 2014. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=m9B9bsTOZrA>>. Acesso em 24 set. 2015.

⁹⁰¹ ITAIPAVA. Não Deixe o Verão Passar. In: *Youtube*, 10 mar. 2015. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=u6Fsa6zsK7M>>. Acesso em 22 nov. 2015.

⁹⁰² Segundo a reportagem, a pesquisa foi feita com duas mil e quinhentas mulheres de cento e vinte cidades brasileiras (FANTÁSTICO. Mulher é Assediada na Rua em Cena do ‘Vai Fazer o Quê?’). In: *G1*, 29 jun. 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/fantastico/quadros/Vai-fazer-o-que/noticia/2015/06/mulher-e-assediada-na-rua-em-cena-do-vai-fazer-o-que.html>>. Acesso em 23 nov. 2015).

⁹⁰³ Conferir figura 9, no apêndice B.

⁹⁰⁴ PEPSI BRASIL. Pode Ser Agora: Renato Gaúcho(?). In: *Youtube*, 08 abr. 2015. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=iTL7KekzjzE>>. Acesso em 16 nov. 2015.

Situação diferente parece ser, por exemplo, se uma empresa de cosméticos, com base na retratação da realidade, direciona sua publicidade de esmalte de unha para as mulheres, vindo a contar apenas com a representação deste gênero⁹⁰⁵. Neste caso, embora haja o estabelecimento de desequilíbrio e vinculação direta entre gênero e produto, construindo um estereótipo que pode embaraçar homens que poderiam estar interessados em fazer uso do produto, as consequências deste ato não são gravosas, tendo em vista a pouca relevância para a vida das pessoas. Em tal situação, parece ser possível afirmar que a liberdade publicitária deva prevalecer, ainda que a coletividade masculina buscasse ser reconhecida como usuária do produto. Esta reivindicação teria que ocorrer fora do âmbito jurídico.

O mesmo raciocínio pode ser aplicado caso uma empresa de xampu direcione um de seus produtos para homens, levando em consideração demandas específicas deste público-alvo na elaboração da publicidade⁹⁰⁶, ou ainda se determinada marca de cerveja veicula publicidade na qual o gênero masculino é associado a esta bebida, havendo a dissociação em relação a bebidas tipo “*drink*”⁹⁰⁷, ou mesmo se o anúncio de um produto direcionado para meninos possua cor temática azul. Embora haja diferenciação de gênero, entende-se que a liberdade publicitária deve prevalecer nestes casos, por não haver repercussões sociais mais relevantes.

Destaca-se ainda que alguns produtos que veiculam publicidade são eles mesmos direcionados a um público-alvo, sendo natural que a publicidade lá contida esteja enviesada. É descabida, por exemplo, a afirmação de que há violação à igualdade de gênero em anúncio presente em revista dirigida ao público masculino heterossexual simplesmente por direcionar sua mensagem para este público, e não para as mulheres⁹⁰⁸.

O que se conclui é que a definição de papéis de gênero – implicando a escolha do público-alvo referente para determinados produtos (e, conseqüentemente, a representação de gênero na publicidade) – é constitucionalmente possível, por preservar a liberdade publicitária em relação a algo ainda amplamente difundido na sociedade. Portanto, não é toda diferenciação de gênero na publicidade que implica violação constitucional; ainda que haja

⁹⁰⁵ NATURA. Carioca da Gema. In: Youtube, 21 nov. 2013. Disponível em:

<<https://www.youtube.com/watch?v=FaGNTbnWsmU>>. Acesso em 22 nov. 2015.

⁹⁰⁶ DOVE. Shampoo Dove Men Care(?). In: Youtube, 02 set. 2014. Disponível em:

<https://www.youtube.com/watch?v=_sDOWK1tLEM>. Acesso em 22 nov. 2015.

⁹⁰⁷ KAISER. Sogro. In: Youtube, 24 abr. 2015. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=o9nuNaK-VGM>>. Acesso em 22 nov. 2015.

⁹⁰⁸ BISOL, Ana Lúcia Weber. *Representações de Gênero na Publicidade Turística*. Dissertação (mestrado em Letras). Universidade Católica de Pelotas, Pelotas, 2004, p. 60. Neste caso, a peça apontada pela autora, de fato, apresenta texto em desconformidade com a igualdade, mas o mero fato de estar dirigida a determinado público não pode ser parâmetro para esta constatação.

peças que apontem qualquer dessemelhança como sendo discriminatória, este entendimento apenas pode ser efetivado socialmente, através de posicionamento contrário à empresa anunciante, mas não judicialmente. Contudo, em relação às situações mais fortemente vinculadas aos desígnios constitucionais, bem como que possam, ao construir uma imagem estereotipada, trazer uma maior limitação à imagem, à liberdade, à saúde, dentre outros direitos, é necessário afastar a liberdade publicitária, restringindo-se a atuação, desde que assim o entenda a coletividade atingida. Se a retratação estabelecida foge ao que é constatado na realidade, entende-se que não é necessário nem mesmo a demonstração de que atinge de forma mais grave outros bens constitucionais, bastando que a coletividade manifeste-se em sentido contrário.

A solução aqui proposta guarda simetria com o que se visualiza em relação à tutela da imagem-atributo individual. Se determinado conceito imputado a uma pessoa não corresponde à realidade, ainda que sobre coisas pouco relevantes, o indivíduo tem a possibilidade jurídica de reestabelecer a sua imagem. No que diz respeito a situações verdadeiras, a divulgação deverá ponderar os interesses envolvidos, não sendo possíveis os atos de terceiros que conformem uma imagem sobre o titular do direito que lhe seja mais prejudicial do que o interesse envolvido no estabelecimento daquela reputação.

Saindo da análise estritamente jurídica, destaca-se que a definição de público-alvo com base em gênero pode acabar sendo uma escolha contrária à promoção do produto, tendo efeitos negativos. Por exemplo, se a indústria automobilística não relaciona mulheres a certos modelos de carros, torna-se menos provável que elas venham a procurá-los e adquiri-los⁹⁰⁹. Não levar em consideração o público-alvo que está subrepresentado pode “ser um tiro no pé das empresas”⁹¹⁰. Situação semelhante a variar o público-alvo, mas adotar uma mensagem nitidamente discriminatória⁹¹¹.

4.4.2.5 Reiteração de representação

Outro parâmetro de bastante relevância para se analisar a publicidade discriminatória de gênero é o da reiteração. Os casos de desigualdade analisados até aqui estavam, em geral,

⁹⁰⁹ SHEEHAN, op. cit., p. 103.

⁹¹⁰ CZECH, Andreza. Publicidade Começa a Dar Primeiros Passos para Deixar de Ser Machista. In: *Uol Mulher*, 03 set. 2015. Disponível em: <<http://mulher.uol.com.br/comportamento/noticias/redacao/2015/09/03/publicidade-comeca-a-dar-primeiros-passos-para-deixar-de-ser-machista.htm>>. Acesso em 25 set. 2015. Fato interessante sobre o tema é que a mulher é mais propensa a utilizar e responder positivamente a produtos direcionados para o homem do que o contrário (homens utilizando produtos inicialmente oferecidos a mulheres) (SHEEHAN, op. cit., p. 90).

⁹¹¹ Conferir figura 9, no apêndice B.

relacionados à constatação de incompatibilidade com a Constituição examinando-se uma única peça. Contudo, por vezes, o desrespeito ao texto constitucional apenas se reputa verificado quando é analisada uma série de publicidades diferentes de uma mesma empresa ou agência de publicidade.

Fez-se referência anterior a peças que faziam uma vinculação direta entre a mulher e o serviço doméstico. Em tais casos, como a correlação era direta, imediata – ao se falar no poder de limpeza da mulher, por exemplo –, não se fazia necessário analisar qualquer outra publicidade para constatar a violação, bastando o exame daquela que continha a vinculação. Contudo, em alguns casos sobre este mesmo tema, a vinculação entre mulher e serviço doméstico apenas restará configurado se há reiteração na representação de tal situação.

Isto porque, quem anuncia um produto, basicamente pode eleger pessoas do sexo masculino ou do feminino⁹¹². Sustentar que uma peça é contrária à igualdade de gênero simplesmente porque é uma mulher quem faz uso de um produto doméstico – sem que haja uma vinculação direta, conforme visto – não se sustenta, tendo em vista que “uma única publicidade ou qualquer representação de grupo mostrada apenas uma vez não cria um estereótipo. O contínuo reforço de informação sobre um grupo desenvolve o estereótipo”⁹¹³.

Neste sentido, Kim Sheehan salienta que, ao se examinar representações e imagens de homens e mulheres na publicidade, é imprescindível a análise de uma série de peças ou campanhas e não apenas uma ou duas que possam traduzir estereótipos, tendo em vista que eles estão relacionados à exposição contínua e estendida dos consumidores aos padrões de imagem⁹¹⁴.

Portanto, se a análise de uma única peça publicitária de um produto de limpeza na qual uma mulher figura como consumidora não permite a constatação da violação à igualdade de gênero⁹¹⁵, a comparação com outras peças da mesma empresa – nas quais somente a mulher realiza a faxina, por exemplo⁹¹⁶ – torna possível esta constatação. Se é sempre a mulher

⁹¹² Acerca dos transgêneros, conferir a colocação feita no capítulo anterior, no tópico relativo ao conceito de “gênero”.

⁹¹³ SHEEHAN, Kim. *Controversies in Contemporary Advertising*. 2. ed. Los Angeles: Sage, 2014, p. 77-78.

⁹¹⁴ *Ibidem*, p. 91.

⁹¹⁵ Por exemplo: CAMPANHA Detergente Veja Ação Profunda – Crianças. In: *Youtube*, 18 set. 2012. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=jCX3CwPg3oc>> Acesso em 25. Set. 2015.

⁹¹⁶ Confira-se publicidade diversa acerca dos produtos de limpeza “Veja”, todas retratando uma mulher como responsável pela limpeza da casa: CAMPANHA Veja Desengordurante. In: *Youtube*, 23 ago. 2011. Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=ih_AXvDgbT4>. Acesso em 25 set. 2015; CAMPANHA Veja Panos Umedecidos. In: *Youtube*, 23 ago. 2011. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=CuKfg261jW4>>. Acesso em 25 set. 2015; EXPERIMENTE Veja Desengordurante. In: *Youtube*, 19 ago. 2015. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=EaneIzvks8>>. Acesso em 25 set. 2015; VEJA Perfumes da Natureza. In: *Youtube*, 04 abr. 2014. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=yKcSiBHAcCQ>>. Acesso em 26 set. 2015; VEJA Perfumes Sensações. In: *Youtube*, 04 abr. 2014. Disponível em:

responsável pelo serviço doméstico, a reiteração na representação estabelece a relação direta entre pessoa e atividade, configurando a referida violação. É possível também que a reiteração não se dê em diferentes peças publicitárias, mas em uma única, que, tendo optado por mostrar dezenas de pessoas relacionadas ao trabalho doméstico, elegeu somente mulheres⁹¹⁷.

Sobre o tema da representação, destaca-se ainda que muito foi mudado nos últimos anos em relação ao mercado publicitário, cada vez mais preocupado em abandonar concepções conservadoras do feminino, a exemplo da mulher frágil, para adotar um retrato mais fiel da mulher contemporânea e sua diversidade⁹¹⁸.

4.4.2.6 Déficit de representatividade

O tema da falta de representatividade na publicidade é relativo não somente às questões de gênero, mas a diversas outras – incluindo, por exemplo, padrão de beleza, tópico que será abordado em seguida. O que aqui se entende por déficit de representatividade está fortemente relacionado ao que foi examinado anteriormente, sobre reiteração de representação; contudo, está no lado oposto: enquanto lá a violação à igualdade de gênero existe por repetição de uma mesma situação, aqui é a ausência de alguma representação que faz surgir a incompatibilidade com a Constituição.

A ideia aqui veiculada é a de que se faz necessário representar homens e mulheres de forma equilibrada na publicidade dos mais variados produtos⁹¹⁹ – observando-se, contudo, o que já foi referido acerca da definição do público-alvo e do comportamento social. Assim, caso não haja razão suficiente para a falta de representatividade de um dos gêneros, pode haver violação à igualdade. Neste sentido, tem-se o art. 46, §2º, da Lei n. 12.288/2010⁹²⁰

<<https://www.youtube.com/watch?v=rYpxR1ZcIz4>>. Acesso em 26 set. 2015; LINHA Veja Especialistas. In: *Youtube*, 04 abr. 2014. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=qUTaYCJAx2I>>. Acesso em 26 set. 2015.

⁹¹⁷ CAMPANHA Veja Panos Umedecidos. In: *Youtube*, 23 ago. 2011. Disponível em:

<<https://www.youtube.com/watch?v=CuKfg261jW4>>. Acesso em 25 set. 2015.

⁹¹⁸ GUERRA JÚNIOR, Antonio Lemes; BLASQUE, Roberta Maria Garcia. A Estereotipização da Mulher em Propagandas de Automóveis: uma abordagem diacrônica. In: *Identidade Científica*, v. 3, n. 1, 2012, p. 25-26.

⁹¹⁹ SHEEHAN, Kim. *Controversies in Contemporary Advertising*. 2. ed. Los Angeles: Sage, 2014, p. 110.

⁹²⁰ Art. 46. Os órgãos e entidades da administração pública federal direta, autárquica ou fundacional, as empresas públicas e as sociedades de economia mista federais deverão incluir cláusulas de participação de artistas negros nos contratos de realização de filmes, programas ou quaisquer outras peças de caráter publicitário. § 1º Os órgãos e entidades de que trata este artigo incluirão, nas especificações para contratação de serviços de consultoria, conceituação, produção e realização de filmes, programas ou peças publicitárias, a obrigatoriedade da prática de iguais oportunidades de emprego para as pessoas relacionadas com o projeto ou serviço contratado. § 2º Entende-se por prática de iguais oportunidades de emprego o conjunto de medidas sistemáticas executadas com a finalidade de garantir a diversidade étnica, de sexo e de idade na equipe vinculada ao projeto ou serviço contratado.

(Estatuto da Igualdade Racial), diploma normativo que, embora voltado à igualdade étnica, também abarca pontualmente outros temas.

Deve-se ter em conta que os serviços das agências, ao traçar a estratégia publicitária “levará em consideração fatores os mais diversos, tais como público alvo, veículo, local, horário, psicologia voltada para o consumidor, concorrência, pesquisas de mercado etc.”⁹²¹. Ou seja, a elaboração da peça não ocorre de forma alheia a, por exemplo, a escolha dos atores. As referências de gênero não são, em regra, resultados aleatórios de questões circunstanciais. Ao revés, são detidamente escolhidas na elaboração do ato publicitário.

Anteriormente, foi definido que a representação de uma relação atávica das mulheres com o serviço doméstico seria incompatível com a Constituição. Estas situações, que relacionam a mulher a produtos de limpeza ou com as atividades domésticas rotineiras parecem substancialmente diferente daquelas em que há a representação da mulher também em âmbito doméstico, mas ausente a ideia de atividade contumaz, em contexto de convívio familiar, de interação, lazer ou mesmo cuidado, notadamente com os filhos.

Nestes casos, se há reiteração desta representação, a violação à igualdade de gênero é ao homem, por déficit de representatividade em situações de convívio e cuidado com os filhos⁹²². Se a família é um relevante valor social, vindo a Constituição a defini-la “base da

⁹²¹ LOPES, op. cit. p. 156.

⁹²² Veja-se, neste sentido, uma dezena de propagandas audiovisuais do protetor solar “Sundown”, nas quais sempre é a mãe que passa o produto de proteção nos filhos, havendo ainda, em diversas delas, apenas a expressa referência à mãe como fonte/símbolo de carinho e cuidado com as crianças. As peças publicitárias, cujas produções variam desde o início da década de 1990 até 2015, foram todas as que se conseguiu encontrar no sítio “Youtube” – excluídas algumas onde não havia qualquer cena de aplicação do produto –, sendo provável que outras peças tenham sido produzidas neste período, mas não estavam disponíveis na plataforma. Confira-se: SUNDOWN. O Sol na Medida Certa(?), 199?. In: *Youtube*, 21 mar. 2008. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=5pfd0xfIuMI>>. Acesso em 25 out. 2015; SUNDOWN. Namoradinha(?), 199?. In: *Youtube*, 10 out. 2010. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=mLvO1vuDJak>>. Acesso em 25 out. 2015. SUNDOWN. Patrocinador Oficial do Sol(?), 200?. In: *Youtube*, 03 dez. 2007. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=FTichQHS8ig>>. Acesso em 25 out. 2015; SUNDOWN. Irmã(?), 200?. In: *Youtube*, 13 jul. 2010. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=uJ_qvmDn81k>. Acesso em 25 out. 2015; SUNDOWN. Kids Color: sereia(?), 200?. In: *Youtube*, 28 ago. 2008. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=Ys9DkVDOXbY>>. Acesso em 25 out. 2015; SUNDOWN. Sundown Fresh: spray contínuo(?), 200?. In: *Youtube*, 27 nov. 2009. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=VTi5zwCbHiA>>. Acesso em 25 out. 2015 – nesta peça, aborda-se diversos “jeitos de passar Sundown”, sendo o jeito “família” representado por uma mulher espalhando o protetor em três crianças –; SUNDOWN. Todo Dia, 2015. In: *Youtube*, 07 ago. 2015. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=IKKIbaCFYT8>>. Acesso em 25 out 2015; SUNDOWN. Amigo Sol, 2015. In: *Youtube*, 18 ago. 2015. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=eTo-E9bnooQ>>. Acesso em 25 out. 2015. SUNDOWN. Sundown, Beijinho e Sol, 201?. In: *Youtube*, 20 jan. 2015. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=aFrayEqW-rE>>. Acesso em 25 out. 2015 – nesta peça, embora não apareça completamente a pessoa que espalha o produto nas crianças, pelas mãos, cujas unhas do dedo estão pintadas, subentende-se que se trata de mulheres –; SUNDOWN. Barraca do Beijinho, 2015. In: *Youtube*, 03 jun. 2015. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=Ix4Z00QPJC4>>. Acesso em 25 out. 2015 – nesta peça, a narração informa que Sundown preparou uma surpresa para “quem entende tudo de amor e proteção: as mães. Para retribuir todo o cuidado com seus filhos (...)”. Resta demonstrado, assim, que a empresa tem uma clara

sociedade” (art. 226), a ausência de representação do pai em contexto de atenção e cuidado familiar implica o estabelecimento de uma imagem coletiva substancialmente contrária ao conteúdo constitucional, notadamente pela importância do tema. Similarmente ao parâmetro da reiteração de representação, é possível que o déficit ocorra em uma só peça, desde que haja quantidade suficiente de situações que demonstrem a exclusão⁹²³.

O déficit de representatividade pode ser verificado também quando uma mesma empresa anunciante ou uma mesma agência de publicidade, sem embasamento racional suficiente, utiliza-se predominantemente um ou outro gênero nas suas atividades, muito embora este fator possa variar conforme diversas circunstâncias, a exemplo do país/cultura⁹²⁴, tipo de publicidade⁹²⁵, tipo de mídia e horário⁹²⁶, dentre outras. Estes elementos devem ser observados na constatação da sub-representação.

Poder-se-ia cogitar da atribuição de determinada fórmula matemática para definir se há ou não ausência de representação adequada por um ou outro gênero. Este caminho, contudo, embora pudesse prover maior segurança jurídica, implicaria menor correção quanto às decisões, por falta de análise de fatores não previstos na fórmula. Parecendo adotar este raciocínio, destaca-se o disposto no já referido Estatuto da Igualdade Racial, que não

diretriz em relacionar o protetor solar com o cuidado à família e filhos e em relacionar este ato de cuidado às mães, praticamente excluindo os pais deste contexto.

⁹²³ Além do vídeo “barraca do beijinho”, mencionado logo acima, que traz esta ideia, veja-se a publicidade veiculada em relação ao produto antisséptico “merthiolate”, no qual a mãe é quem cuida dos outros quatro membros da família que se machucam, vindo a narração a afirmar “mãe é mãe”. HYPERMARCAS. Merthiolate, 201?. In: *Youtube*, 16 ago. 2013. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=AXmNpdifMqY>>. Acesso em 25 out. 2015.

⁹²⁴ Por exemplo, um estudo feito em relação à publicidade em Portugal, no ano de 2005, com 220 peças diferentes., indica uma maior prevalência de mulheres como representadas na publicidade (PEREIRA, Francisco Costa; VERÍSSIMO, Jorge. A Mulher na Publicidade e os Estereótipos de Gênero. In: *Comunicação e Cidadania: actas do 5º Congresso da Associação Portuguesa de Ciências da Comunicação*. Braga: Centro de Estudos de Comunicação e Sociedade, 2007, 897), o que dificilmente ocorreria em um país islâmico.

⁹²⁵ Há até pesquisa que indica que, em relação à publicidade que exhibe o corpo humano, o masculino é sub-representado – não quantitativamente, mas qualitativamente (HOFF, Tânia Marcia Cezar. Corpo Masculino: publicidade e imaginário. *Revista Eletrônica E-Compós*, v. 1, 2004, p. 9-10. Disponível em: <<http://compos.org.br/seer/index.php/e-compos/article/view/24/25>>. Acesso em 12 set. 2015). Segundo a autora: “o corpo masculino permanece oculto. Pouco se falou e ainda pouco se fala dele na nossa cultura. As produções midiáticas atestam esse ocultamento. Fala-se do corpo de modo genérico – a espécie, o homo sapiens –; entretanto, o corpo masculino praticamente inexistente: parece não ter identidade ou não ter se constituído da forma como o feminino se fez – fortemente marcado pela materialidade e pela diversidade de papéis sociais – mesmo que a erotização do corpo feminino seja intensa na publicidade, outras percepções são utilizadas”. A conclusão teve por base 339 anúncios retirados de sete revistas diferentes. Contudo, a pesquisa selecionou apenas duas revistas direcionadas ao público masculino (ibidem, p. 8), o que poderia justificar a diferença encontrada. A autora afirma ainda que o feminino é apresentado com conteúdo mais rico (ibidem, p. 12).

⁹²⁶ A representação de gênero, na televisão, varia conforme o horário; durante o horário comercial, como a audiência maior é de pessoas que estão em casa, tem-se uma presença maior de pessoas em atividades domésticas, na maioria mulheres, ao passo que no “horário nobre”, aparecem mais publicidades em contexto de trabalho, alterando a representatividade de cada gênero (SHEEHAN, op. cit., p. 92).

estabelece quantidade definida para representação dos negros na publicidade, prevendo o conceito jurídico indeterminado “conferir oportunidades de emprego”⁹²⁷.

Malgrado pouca referência tenha sido feita neste trabalho aos transgêneros⁹²⁸, entende-se necessário abordar esta coletividade neste tópico, em vista de sua sub-representação na publicidade ser patente. O tema goza de grande sensibilidade, tendo em vista a premissa já assentada que não se pode exigir da publicidade algo muito diferente do que se constata na sociedade. E o que se percebe na realidade é a ampla exclusão destes indivíduos, principalmente por causa da discriminação⁹²⁹. Até mesmo atos estatais voltados ao respeito aos transgêneros apresentam falhas na execução que implicam desconsideração⁹³⁰.

Neste contexto, a obrigação judicial a determinada empresa anunciante de adotar personagem transgênero em algumas de suas publicidades poderia implicar sério prejuízo à atividade da empresa, por insatisfação de consumidores conservadores⁹³¹. Entende-se, neste sentido, que a atuação judicial somente poderia ser realizada para obrigar todas as empresas com maior participação sobre determinado setor/produto.

O melhor caminho, contudo, ao menos nos próximos anos em que a situação social constatada mantenha-se forte, é a adoção espontânea de atores transgêneros pelas empresas, para irem aos poucos alterando a imagem sobre esta coletividade⁹³². Assim, a publicidade

⁹²⁷ “Art. 43. A produção veiculada pelos órgãos de comunicação valorizará a herança cultural e a participação da população negra na história do País. Art. 44. Na produção de filmes e programas destinados à veiculação pelas emissoras de televisão e em salas cinematográficas, deverá ser adotada a prática de conferir oportunidades de emprego para atores, figurantes e técnicos negros, sendo vedada toda e qualquer discriminação de natureza política, ideológica, étnica ou artística. Parágrafo único. A exigência disposta no caput não se aplica aos filmes e programas que abordem especificidades de grupos étnicos determinados. Art. 45. Aplica-se à produção de peças publicitárias destinadas à veiculação pelas emissoras de televisão e em salas cinematográficas o disposto no art. 44”. Notícia-se, ainda, que projeto de lei voltado ao estabelecimento de percentual mínimo de negros nas produções publicitárias (vinte e cinco por cento) chegou a ser proposto na Câmara dos Deputados em 1998 (Projeto de Lei n. 4.370/98), mas foi arquivado em 2003.

⁹²⁸ Opção justificada no capítulo anterior, ao tratar do conceito de “gênero”.

⁹²⁹ CAZARRÉ, Marieta. Mulheres Transexuais se Reúnem em Brasília para Debater Políticas Públicas. In: *EBC*, 11 set. 2015. Disponível em: <<http://www.ebc.com.br/cidadania/2015/09/mulheres-transexuais-se-reunem-em-brasilia-para-debater-politicas-publicas>>. Acesso em 25 out. 2015. A autora aponta dificuldade das mulheres transexuais em conseguirem empregos ou utilizarem serviços públicos.

⁹³⁰ Assim, a aplicação da prova do Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM), que possibilitou em 2015 a utilização do nome social, apresentou diversas falhas, como o chamamento pelo nome de registro ou a utilização de banheiro incompatível com a identidade de gênero (VIEIRA, Isabela; POSSA, Nanna. Candidatas Transexuais Reclamam de Preconceito Durante Prova do Enem no RJ. In: *Uol Notícias*, 25 out. 2015. Disponível em: <<http://educacao.uol.com.br/noticias/2015/10/25/candidatas-transexuais-reclamam-de-preconceito-durante-prova-do-enem-no-rj.htm>>. Acesso em 25 out. 2015).

⁹³¹ Por exemplo, em 2015, o pastor Silas Malafaia convocou boicote aos produtos da marca “O Boticário”, por ter veiculado publicidade televisiva para o dia dos namorados onde apareciam casais homossexuais – a representação, contudo, não foi por imposição judicial, mas por decisão da empresa (TERRA. Malafaia Pedu Boicote a “O Boticário” após Anúncio com Gays, 02 jun. 2015. Disponível em: <<http://noticias.terra.com.br/brasil/malafaia-pede-boicote-a-o-boticario-apos-anuncio-com-gays,d8cc3c2ae6a21e7f3a37f137810409f6adatRCRD.html>>. Acesso em 26 out. 2015).

⁹³² Por exemplo, o sorvete “Magnum” e a marca de cosméticos “Lola Cosmetics”: BELLONI, Luiza. Transexuais e Drags Estrelam Nova Campanha do Sorvete Magnum (Vídeo). In: *Brasil Post*, 20 mai. 2015.

pode atuar não apenas reforçando os estereótipos, mas também os desconstruindo⁹³³, de forma espontânea, muito embora se constate que há dificuldade das empresas de promoverem, por iniciativa própria, publicidade socialmente responsável⁹³⁴.

4.4.2.7 Padrões de beleza

Um tema que costuma estar presente nas análises sobre as questões de gênero na publicidade é o relativo à adoção de rígidos padrões de beleza para as mulheres⁹³⁵. De um modo mais amplo, há a crítica a qualquer construção cultural que trabalhe com estes modelos, a exemplo dos concursos de beleza feminina, havendo grupos feministas que os acusam de serem aberrações que são reflexos dos valores patriarcais⁹³⁶.

Acerca destas críticas, deve-se constatar que o culto ao corpo em diversos âmbitos da vida social tem sido praticado por homens e mulheres há várias décadas, calcado em uma existência dedicada à aparência⁹³⁷. Esta construção cultural acarreta consequências também no âmbito publicitário⁹³⁸, sendo a idealização do corpo fomentada não apenas em relação aos adultos, mas também nas crianças e adolescentes⁹³⁹.

Neste sentido, parece adotar a perspectiva monocular a crítica de que a publicidade apenas exige padrões de beleza femininos. Ao contrário, constata-se que, especialmente a partir dos anos 1990, houve um aumento gradativo na representação publicitária de homens

Disponível em: <http://www.brasilpost.com.br/2015/05/20/transsexuais-campanha-magnum_n_7343054.html>. Acesso em 26 out. 2015; REVISTA FÓRUM. Transexual Brasileira Vira Garota Propaganda de Marca de Cosméticos, 31 ago. 2015. Disponível em: <<http://www.revistaforum.com.br/blog/2015/08/transsexual-brasileira-vira-garota-propaganda-de-marca-de-cosmeticos/>>. Acesso em 26 out. 2015. Interessante notar ainda, em relação à nota de rodapé anterior, que a sugestão de boicote teve efeito contrário: ao passo que o comércio em geral teve queda de 5% nas vendas em relação ao ano que passara, considerando a crise econômica instalada, O Boticário teve alta de 3% (PRAGMATISMO POLÍTICO. Venda de O Boticário Aumentam após Boicote Evangélico, 25 jun. 2015. Disponível em: <<http://www.pragmatismopolitico.com.br/2015/06/vendas-de-o-boticario-aumentam-apos-boicote-evangelico.html>>. Acesso em 26 out. 2015. Conferir, ainda, a figura 6, no apêndice B.

⁹³³ LYSARDO-DIAS, Dylia. A Construção e a Desconstrução de Estereótipos pela Publicidade Brasileira. In: *Stockholm Review of Latin American Studies*, n. 2, 2007, p. 26.

⁹³⁴ GIACOMINI FILHO, Gino. *Consumidor Versus Propaganda*. São Paulo: Summus, 1991, p. 87.

⁹³⁵ ZAMBONI, Júlia Simões. Para Que Serve a Mulher do Anúncio?: um estudo sobre representações de gênero nas imagens publicitárias. Dissertação (mestrado em Comunicação Social). Universidade de Brasília, Brasília, 2013, p. 68.

⁹³⁶ Conforme constata: RODRÍGUEZ, Francisco Javier Cortazar. *Reinas de Belleza y Mr. Músculos: sociología de la exhibición corporal en concursos de pasarela*. Trabalho apresentado no XXVII Congreso de la Asociación Latinoamericana de Sociología. Asociación Latinoamericana de Sociología: Buenos Aires, 2009, p. 10. Disponível em: <<http://www.academica.com/000-062/2157.pdf>>. Acesso em 22 ago. 2015.

⁹³⁷ *Ibidem*, p. 1-2.

⁹³⁸ *Ibidem*, p. 3-4. Relacionando o corpo com as mensagens midiáticas (inclusive publicitárias) no esporte: GABRIELLI, Lourdes; HOFF, Tânia. O corpo nas imagens midiáticas que tematizam o esporte. *Revista Galáxia*, São Paulo, n. 14, 2007, p. 111-121.

⁹³⁹ BERTOLLI FILHO, Cláudio; TALAMONI, Carolina Biscalquini. Corpo de (Revista) Adolescente. In: *Comunicação Midiática*, v. 7, 2007, p. 118-119, 127.

em contextos sexuais e de moda e beleza⁹⁴⁰. A publicidade teve, inclusive, um papel relevante na mitigação da diferença tradicional do homem “viril” e da mulher com “feminilidade”, desenvolvendo, nas últimas décadas, o modelo de homem metrossexual, que adota algumas das práticas anteriormente reservadas às mulheres⁹⁴¹.

Uma pesquisa que analisou quase duzentos anúncios feitos entre os anos de 2002 e 2012 em uma revista voltada ao público masculino (*Men's Health*) constatou que os principais valores da publicidade dirigida aos homens são a beleza e a sedução, sendo a maioria dos anúncios relativos à moda e estética⁹⁴².

Portanto, o culto à beleza de rosto e corpo na publicidade não está relacionado apenas à mulher, mas também ao homem – e cada vez mais presente⁹⁴³ –, sendo algo constatável não apenas neste âmbito social⁹⁴⁴. A veiculação de homens e mulheres considerados “atraentes” pelo corpo social é feita para transferir uma mensagem positiva, tendo em vista que eles ativam nas pessoas sentimentos de coisas “boas”, aumentando a estima pelo produto ou serviço⁹⁴⁵. Deste modo, entende-se que apenas haveria violação à igualdade caso a exigência do padrão de beleza fosse estabelecida em relação a um dos gêneros, o que não ocorre.

A publicidade observa a sociedade e reflete seus valores, vindo a reforçar (retroalimentar) as construções sociais vigentes⁹⁴⁶. Neste sentido, as campanhas publicitárias não podem responder completamente por valores emergentes. O âmbito publicitário convive com o dilema de que, se “forçar” o desfazimento de estereótipos em suas campanhas, pode perder parte do seu público-alvo⁹⁴⁷. O ponto negativo é que, caso não seja realizado este processo de desconstrução, acarreta-se a retroalimentação de determinado padrão de beleza, atingindo os indivíduos com características não abarcadas pelo paradigma.

Sobre o tema, interessante notar que, em Kant, ideia de beleza das pessoas pauta-se nos padrões médios de uma sociedade⁹⁴⁸. Contudo, sua afirmação foi feita em uma época em

⁹⁴⁰ HOFF, Tânia Marcia Cezar. Corpo Masculino: publicidade e imaginário. *Revista Eletrônica E-Compós*, v. 1, 2004, p. 5-6. Disponível em: <<http://compos.org.br/seer/index.php/e-compos/article/view/24/25>>. Acesso em 12 set. 2015.

⁹⁴¹ SILVA, Ricardo André de Barros. *A Publicidade e um Novo Gênero Masculino*. Dissertação (mestrado em Publicidade e Marketing). Instituto Politécnico de Lisboa, Lisboa, 2013, p. 17-18.

⁹⁴² *Ibidem*, p. 108.

⁹⁴³ SHEEHAN, Kim. *Controversies in Contemporary Advertising*. 2. ed. Los Angeles: Sage, 2014, p. 97.

⁹⁴⁴ *Ibidem*, p. 95.

⁹⁴⁵ *Ibidem*, p. 102.

⁹⁴⁶ SILVA, op. cit., p. 16-17.

⁹⁴⁷ Em sentido próximo, Ricardo André de Barros Silva afirma: “No entanto a publicidade raramente se distancia dos estereótipos e o intermédio não existe. Daí as novas categorias de gênero que vão surgindo voltam a ser estereotipadas, pois se um homem usa algo que está conotado como pertencente à mulher ou vice-versa, já é estereotipado como homossexual” (*ibidem*, p. 103).

⁹⁴⁸ KANT, Immanuel. *Crítica da Faculdade do Juízo*. Valerio Rohden; Antonio Marques (trad.). 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002, p. 80.

que a mídia não tinha o poder que tem atualmente, ou mesmo as sociedades não possuíam o grau de heterogeneidade visualizado nos dias presentes, onde o comum é que parâmetro de beleza seja estabelecido fora da média da população.

O que se pretende demonstrar da exposição feita é que a questão do padrão de beleza, embora possa ser um tema afeito à abusividade na publicidade – acarretando desrespeito à imagem-atributo de coletividade não abarcada no paradigma estético por ausência de representação adequada⁹⁴⁹ –, não tem relação direta com a igualdade de gênero, tendo em vista que todos os corpos costumam ser idealizados na publicidade e não apenas os femininos. Assim, a constatação de que a publicidade voltada para o público feminino está, em geral, calcada no padrão de beleza da mulher jovem, alta, magra e com seios fartos⁹⁵⁰ não implica violação à igualdade de gênero, tendo em vista que padrões estéticos rigorosos também são demandados relativamente aos homens.

4.4.2.8 Objetificação/coisificação

Embora o tema da objetificação costume ser relacionado ao do padrão de beleza nas críticas à publicidade, preferiu-se a abordagem em separado, ainda que constatação semelhante à que foi feita no tópico anterior possa ser realizada neste ponto. O movimento feminista repudia a publicidade que manipula “o corpo da mulher enquanto objeto de consumo”⁹⁵¹, vindo a objetificação a ser tratada como se fosse um processo que apenas atinge às mulheres⁹⁵². Os estudos costumam destacar só a mulher como “coisificada”, objeto de consumo, obrigada a adequar-se a determinado padrão⁹⁵³, aparentemente não como um recorte metodológico, mas como compreensão dos fatos sociais na perspectiva monocular⁹⁵⁴.

⁹⁴⁹ Em alguns casos, a desconstrução de estereótipos pela própria empresa pode ser favorável, ampliando os consumidores daquele produto ou serviço, a exemplo da campanha “verão sem vergonha”, promovida pelos produtos *Dove*, que visava a desconstruir o padrão vigente de beleza feminina, ampliando a representação de mulheres com características diferentes do “modelo ideal” (ibidem, p. 33). Segundo a autora: “tal campanha é composta de várias peças publicitárias nas quais as modelos são mulheres que fogem ao padrão estético vigente de esbeltez: são mulheres com relativo sobrepeso, ou seja, mulheres tidas como ‘gordinhas’ ou ‘fora de forma’. Em meio a uma infinidade de publicidades que exibem corpos esguios, essa campanha propõe um outro modelo de mulher, a mulher ‘de verdade’, aquela com a qual as consumidoras de publicidade podem se identificar com maior facilidade e mais prontamente”.

⁹⁵⁰ LYSARDO-DIAS, Dylia. A Construção e a Desconstrução de Estereótipos pela Publicidade Brasileira. In: *Stockholm Review of Latin American Studies*, n. 2, 2007, p. 30.

⁹⁵¹ ALVES, Branca Moreira; PITANGUY, Jacqueline. *O que é Feminismo*. São Paulo: Brasiliense, 1981, p. 64.

⁹⁵² SAMARÃO, Lilianny. O Espetáculo da Publicidade: a representação do corpo feminino na mídia. In: *Contemporânea*, n. 8, 2007, p. 51.

⁹⁵³ MIRANDA, op. cit., p. 439-440.

⁹⁵⁴ Conforme é possível perceber, além do texto como um todo, do trecho que trata da noção de igualdade entre os gêneros voltada apenas às mulheres: “as agências publicitárias não têm nenhuma preocupação em propagar

Contudo, a aproximação do corpo ao conceito de objeto é algo direcionado a todas as pessoas, independentemente de características⁹⁵⁵. Assim, o processo que normalmente é descrito como objetificação também atinge aos homens⁹⁵⁶, vindo também o corpo masculino a se tornar algo a ser vendido pela publicidade, visando à ampliação do mercado de consumo⁹⁵⁷, através da veiculação da sexualidade e nudez⁹⁵⁸, ou mesmo de alegorias às partes íntimas masculinas⁹⁵⁹.

Assim, mostra-se redutora a afirmação de que, por haver exposição corporal de uma forma “sexual” do corpo da mulher – até mesmo nas peças voltadas para o público feminino –, a intenção é de colocação da mulher como um objeto masculino⁹⁶⁰. Há quem entenda, por exemplo, que a publicidade de marcas de roupas íntimas, ao representar mulheres utilizando calcinha e sutiã em contextos de sensualidade acarretaria objetificação⁹⁶¹, muito embora este paralelismo não seja feito em relação à publicidade de cuecas, que costumam utilizar homens na mesma situação⁹⁶².

É, de fato, possível afirmar que as mulheres são mais expostas em conotações sexuais⁹⁶³, mas tratar a questão como se fosse apenas uma característica da representação feminina da publicidade é uma perspectiva monocular. Atualmente há uma vulgaridade na crítica à ideia de mulher como objeto, vindo qualquer representação do seu corpo, não

ideais que estimulem a igualdade entre os gêneros e que destaquem a existência da diversidade de mulheres brasileiras, implicando, efetivamente, em prejuízos às mulheres” (ibidem p. 440-441).

⁹⁵⁵ BERTOLLI FILHO, Cláudio; TALAMONI, Carolina Biscalquini. Corpo de (Revista) Adolescente. In: *Comunicação Midiática*, v. 7, 2007, p. 118-119, 127.

⁹⁵⁶ HOFF, Tânia Marcia Cezar. Corpo Masculino: publicidade e imaginário. *Revista Eletrônica E-Compós*, v. 1, 2004, p. 10-11. Disponível em: <<http://compos.org.br/seer/index.php/e-compos/article/view/24/25>>. Acesso em 12 set. 2015.

⁹⁵⁷ SILVA, Ricardo André de Barros. *A Publicidade e um Novo Gênero Masculino*. Dissertação (mestrado em Publicidade e Marketing). Instituto Politécnico de Lisboa, Lisboa, 2013, p. 20-21.

⁹⁵⁸ Ibidem, p. 51-52. No estudo indicado acima e já referido anteriormente, percebeu-se ainda que a maioria dos anúncios trazia apenas homens (70, 15%), inclusive nus, com o tronco nu ou em roupas de banho. Personagens com o tronco nu representam 11,3% dos anúncios em que há pessoas. Embora o autor não afirme que todos os casos sejam representações de homens e não de mulheres, os anúncios colacionados ao trabalho (três) mostram um personagem homem, musculoso, com o tronco nu (ibidem, p. 81, 97, 97).

⁹⁵⁹ Ver figura 11 no apêndice B. Conferir também: SAGATIBA. O Que é Sagatiba?, parte 1. In: *Youtube*, 26 set. 2006. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=XteIER532XQ>>. Acesso em 16 nov. 2015. Nesta peça, uma mulher e um homem estão nus em um quarto e ela, ao visualizá-lo sem roupa, exclama: “que Sagatiba, hein?”, estabelecendo correlação do órgão sexual masculino com a cachaça anunciada.

⁹⁶⁰ Um exemplo de tal visão está em: RIBEIRO, Silvana Mota. *Corpos Visuais: imagens do feminino na publicidade*. In: *Re-presentações do Corpo*. Ana Gabriela Macedo, Orlando Grossegeesse (org.). Braga: Centro de Estudos Humanísticos da Universidade do Minho, 2003, p. 128-130.

⁹⁶¹ ZAMBONI, op. cit., p. 78-79.

⁹⁶² Apenas para ilustrar, ver figura 12 no apêndice B.

⁹⁶³ VELOSO, Ana. Mulher e Mídia no Brasil: “uma pauta desigual”? In: *Estudos Feministas e de Gênero: articulações e perspectivas*. Cristina Stevens, Susane Rodrigues de Oliveira, Valeska Zanello. Florianópolis: Mulheres, 2014, p. 409.

importando nem mesmo o público a que se dirige, a ser tratada com tal adjetivo depreciativo⁹⁶⁴.

Neste ponto, é relevante abordar o tema da publicidade de cerveja, à qual costuma ser atribuída a característica examinada neste tópico⁹⁶⁵. Dentro do que já foi abordado, o mero fato de haver representações de pessoas com caracteres sensuais/sexuais neste tipo de publicidade não implicaria desigualdade de gênero. Entende-se que tal violação dependeria de outros elementos para poder se reputar verificada, a exemplo da construção argumentativa de que haveria uma reiteração de representação desproporcional de mulheres nestas condições, estando esta situação – dada a intensidade da veiculação publicitária do produto – apta a prejudicar o equilíbrio entre homens e mulheres nas relações relativas à liberdade sexual, implicando, portanto, maior prejuízo a outros valores juridicamente tutelados. Contudo, se a tão só representação de mulheres trajando biquínis é suficiente para, sozinha, estabelecer esta correlação é algo duvidoso, sendo tal vinculação mais perceptível quando o resto da mensagem aponta neste sentido⁹⁶⁶, por exemplo, equiparando expressamente uma região erógena da mulher aos demais produtos (cerveja) anunciado, acompanhado dos dizeres “faça a sua escolha”⁹⁶⁷.

Portanto, próximo do que foi concluído em relação ao tópico do padrão de beleza, se a exploração comercial do corpo puder ser considerada abusiva – posição não adotada neste trabalho –, este entendimento não guarda pertinência direta com a igualdade entre homens e

⁹⁶⁴ VERÍSSIMO, Jorge Domingos Carapinha. A Mulher “Objecto” na Publicidade. In: *Livro de Actas da IV Congresso SOPCOM: repensar os media: novos contextos da comunicação e da informação*. Aveiro, Universidade de Aveiro, 2005, p. 1708. Neste sentido, Kim Sheehan sustenta que a representação de pessoas em um estado “passivo” – ou seja, não parecendo desenvolver atividade alguma, com função meramente decorativa, e que é mais comum em relação às mulheres do que aos homens – também seria uma forma de objetificação (op. cit., p. 97-99).

⁹⁶⁵ Conforme constata: ZAMBONI, op. cit., p. 25-26.

⁹⁶⁶ Até mesmo trabalho que afirma genericamente que a utilização de “mulheres seminuas” seria para “conduzir à ideia de que se o espectador consumir a cerveja, ele terá o mesmo prazer que a mulher do cartaz poderia lhe dar” (ibidem, p. 25), ao tratar casuisticamente desta construção, elenca diversas peças publicitárias nas quais sempre se aponta outros elementos a sugerir esta vinculação que implicaria “objetificação”: a mulher seminua é dançarina de cabaré (ibidem, p. 28); há uma limitação física do homem em relação à mulher (ibidem, p. 29, figura 8); as mulheres são apontadas como estando em pano de fundo, para adornar a imagem (ibidem, p. 29, figura 9); o texto que acompanha a imagem estabelece um padrão de beleza feminina (ibidem, p. 70); o copo de cerveja sobrepondo o corpo da mulher estabelece a “objetificação” (ibidem, p. 84, figura 33); há equiparação do corpo da mulher com os ingredientes da cerveja (ibidem, p. 84, figura 34); a posição sugerida implica desconforto à mulher (ibidem, p. 86); há o desprezo pelo rosto humano (ibidem, p. 87); a modelação de objetos para que exponham o corpo (ibidem, p. 88); há a fragmentação do corpo feminino (ibidem, p. 89, figura 39). Apenas em um caso a mera imagem de uma mulher de biquíni foi apontado como suficiente para estabelecer a “objetificação” (ibidem, p. 80, figura 30).

⁹⁶⁷ Conferir figura 13 no apêndice B. Entende-se, portanto, que a mera utilização do produto para representar partes do corpo humano, femininas ou masculinas, não implica violação à igualdade de gênero. É necessário que junto a essa “coisificação” haja a demonstração de que aquela representação pode implicar situações ou comportamentos atentatórios às coletividades, notadamente através da reiteração desproporcional de uma mesma ideia.

mulheres, e deve ser firmado não só em relação a um gênero. São necessários outros elementos (por exemplo, a reiteração desproporcional) para configurar possível violação.

Sobre o tema da objetificação em si – usualmente relacionado às mensagens que fazem referência, ainda que implícita, à sexualidade –, entende-se que deve haver parcimônia na afirmação de que a mera conotação sexual acarretaria “objetificação” da pessoa – especialmente pela relevância que o termo tem no direito constitucional, indicando violação à dignidade da pessoa humana, com base na “fórmula do objeto”, elaborada por Günter Dürig⁹⁶⁸.

O apelo sexual, de fato, possui grande força psicológica, captando a atenção dos consumidores, e por isso é tão utilizado na publicidade, ainda que de forma diferenciada⁹⁶⁹. Mas, conforme destaca Sut Jhally, o problema da “objetificação” seria a desigualdade neste processo e não ele em si, tendo em vista que “todos nós objetificamos homens e mulheres de alguma forma em algum momento”, e que a objetificação poderia ser explorada de modos criativos e aprazíveis, menos relacionados ao exercício de poder⁹⁷⁰.

Para uma mesma autora, quando uma mulher é comparada a algum produto, ainda que em um sentido elogioso, diz-se haver a objetificação pelo mero fato de haver a comparação com uma coisa, algo negativo⁹⁷¹; contudo, quando o homem é comparado ao um objeto, passa-se a analisar o conteúdo da mensagem, perquirindo se a “objetificação” tem ou não uma mensagem elogiosa⁹⁷². Assim, conforme ressalta Sut Jhally, “um pouco” de objetificação, como parte da sociedade, não é um problema em si; o perigo reside no excesso de objetificação, “quando uma pessoa é vista como nada mais do que um objeto”⁹⁷³.

Ademais, representações sexuais podem ser feitas comercialmente até mesmo para promover pautas de extrema relevância social, a exemplo da agência de turismo dinamarquesa que tratou do tema para incentivar a procriação, tendo em vista que a baixa taxa de

⁹⁶⁸ Para Dürig, citado por Ingo Wolfgang Sarlet, “a dignidade da pessoa humana poderia ser considerada atingida sempre que a pessoa concreta (o indivíduo) fosse rebaixada a objeto, a mero instrumento, tratada como uma coisa, em outras palavras, sempre que a pessoa venha a ser descaracterizada e desconsiderada como sujeito de direitos” (As Dimensões da Dignidade da Pessoa Humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 9, 2007, p. 380).

⁹⁶⁹ SHEEHAN, Kim. *Controversies in Contemporary Advertising*. 2. ed. Los Angeles: Sage, 2014, p. 104. A autora afirma que para os homens, o apelo sexual está mais relacionado à beleza corpórea, enquanto para as mulheres, há elementos que estabeleçam maior conexão com o romantismo

⁹⁷⁰ JHALLY, Sut. What’s Wrong with a Little Objectification?. In: *Media/Cultural Studies: critical approaches*. Rhonda Hammer, Douglas Kellner (org.). Nova Iorque: Peter Lang, 2009, p. 319-321.

⁹⁷¹ ZAMBONI, op. cit., p. 78-79. A autora faz menção ao slogan “Hope [marca de lingerie] é como você: já vem com sensualidade de fábrica”.

⁹⁷² Ibidem, p. 89-90. Na peça trazida pela autora, uma garrafa de cerveja, vestida com um gravata, figura como se fosse um homem “guerreiro” e “trabalhador”, sendo a umidade que se forma em volta da garrafa gelada comparada ao seu suor.

⁹⁷³ Ibidem, p. 321.

fecundidade do país pode gerar problemas futuros, notadamente os relativos à previdência social⁹⁷⁴.

A investigação feita neste capítulo, embora tenha se posicionado sobre algumas questões de mérito – ou seja, de que conteúdo da publicidade está ou não em acordo com os ditames constitucionais referidos –, preferiu abordar parâmetros para balizar o debate acerca do tema. A razão para esta preferência “procedimental” será melhor desenvolvida no capítulo seguinte, acerca da tutela dos direitos aqui referidos.

⁹⁷⁴ O vídeo da publicidade encontra-se disponível em: UOL NOTÍCIAS. *Agência de Turismo Faz Promoção para Estimular Sexo e Gravidez na Dinamarca*, 23 out. 2015. Disponível em <<http://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2015/10/23/agencia-de-turismo-faz-promocao-para-estimular-sexo-e-gravidez-na-dinamarca.htm>>. Acesso em 24 out. 2015. Interessante notar, ainda, que a publicidade que combate o que se costuma chamar de “objetificação” e valoriza representações mais realísticas podem ter uma resposta mais positiva por parte dos consumidores, especialmente se reflete pessoas com características variadas (SHEEHAN, op. cit., p. 108-109). Em sentido contrário, há estudo que indica que a publicidade que usa o corpo da mulher de forma apelativa costuma ser mais desvalorizada, notadamente pelas mulheres com maior nível de escolaridade e renda (PIEDRAS, Elisa Reinhardt. *Publicidade, Imaginário e Consumo*: anúncios no cotidiano feminino. Tese (doutorado em Comunicação). Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2007, p. 195. A pesquisa, contudo, contou com baixa amostragem, no total de dez mulheres, tendo aprofundado mais aspectos qualitativos do que quantitativos).

5. TUTELA PROCESSUAL DO DIREITO À IMAGEM-ATRIBUTO NA PUBLICIDADE DE GÊNERO

*“The world is closing in, did you ever think that we could be so close like brothers?”
(Scorpions)*

No capítulo anterior, foi priorizado o estabelecimento de alguns parâmetros para avaliação das questões de gênero na publicidade comercial, ao invés do simples posicionamento pela análise do mérito de situações que costumam integrar o debate sobre o tema. Assim, embora tenham sido feitas colocações sobre as possibilidades de conteúdos a serem veiculados – notadamente em questões-chave, a exemplo da publicidade relativa ao trabalho doméstico –, o objetivo principal foi estabelecer balizas para o debate. O fundamento desta escolha restará mais claro neste capítulo, ao ser examinada a tutela processual da publicidade potencialmente discriminatória de gênero.

5.1 INTERESSES TRANSINDIVIDUAIS E SUAS ESPÉCIES

O tema dos interesses transindividuais já foi brevemente abordado no segundo capítulo, para propiciar um melhor entendimento acerca da possibilidade de existência de uma dimensão supraindividual do direito à imagem-atributo. Naquele momento, constatou-se que os interesses transindividuais são aqueles que, pela própria natureza, referem-se a pluralidades de pessoas, acarretando o fato de que os efeitos das decisões sobre ele são extensíveis a todo o grupo.

Estabelecidas estas premissas iniciais, retoma-se, neste instante, o mencionado tema, aprofundando algumas questões de maior relevância para o desenvolvimento das investigações do presente capítulo. Inicialmente, contudo, será feita uma análise de cunho mais propedêutico e menos instrumental sobre o assunto.

Não há, no ordenamento jurídico brasileiro, dispositivo normativo que conceitue o que são interesses transindividuais, havendo apenas definição legal quanto às espécies deste gênero⁹⁷⁵: os interesses difusos, os coletivos e os individuais homogêneos. Recorre-se, portanto, à doutrina jurídica para que seja possível definir o que se entende pela locução mencionada. Aponta Manoel Jorge e Silva Neto, que o interesse, em sua acepção comum, é

⁹⁷⁵ ALMEIDA, João Batista de. *Aspectos Controvertidos da Ação Civil Pública*. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 38-40.

definido como “um conjunto de aspirações que brotam continuamente da fonte psíquica do indivíduo”, e, quando o direito positivo tutela este interesse – ou a forma como se deve exercê-lo – “já aí trata-se de interesse sujeito à incidência normativa”⁹⁷⁶. Hermes Zaneti Júnior destaca que a tentativa de diferenciar a possibilidade de tutela jurídica de “direitos” e “interesses” não se justifica no direito brasileiro, tendo em vista que “uma vez reconhecido em lei, o interesse é alçado à categoria de direito subjetivo”⁹⁷⁷. O autor acrescenta que “a confusão (...) tem origem em um italianismo, um vício da importação de linguagem estrangeira”⁹⁷⁸.

Portanto, uma diferenciação substancial entre “interesse” e “direito” (subjetivo) resultaria pouco – ou nada⁹⁷⁹ – produtiva⁹⁸⁰, podendo-se entender os termos como possuidores de conteúdo semelhante⁹⁸¹, sendo possível a aplicação uniforme de ambos os vocábulos⁹⁸². Contudo, é relevante destacar que o termo “direito” encontra-se fortemente vinculado à concepção de tutela individualista, oriundo da matriz filosófica liberal⁹⁸³, que concebia o direito como algo atrelado a “um sujeito certo, preciso e determinado”, pelo que o direito subjetivo apenas se identificaria com o interesse individual⁹⁸⁴. Neste ponto, torna-se relevante

⁹⁷⁶ SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Proteção Constitucional dos Interesses Trabalhistas: difusos, coletivos e individuais homogêneos*. São Paulo: LTr: 2001, p. 22-23. Em sentido próximo: SANTOS, Ronaldo Lima dos. *Sindicatos e Ações Coletivas: acesso à justiça, jurisdição coletiva e tutela dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos*. 2. ed. rev. ampl. São Paulo: LTr, 2008, p. 62), acrescentando o autor que: “diante da potencial conflituosidade que passam a ter, ao Estado cumpre a função curial de selecionar aqueles interesses que representam valores primordiais da sociedade e conceder-lhes tutela jurídica; desse modo, interesses outrora indiferentes ao Estado, por sua objetivação e relevância social, despertam a necessidade da sua tutela e passam a ser juridicamente protegidos. Deixam de ser simples interesses e passam ao grau de interesses jurídicos, dando ensejo ao nascimento de verdadeiros direitos subjetivos” (ibidem, p. 63).

⁹⁷⁷ ZANETI JÚNIOR, Hermes. Mandado de Segurança Coletivo. In: *Ações Constitucionais*. Fredie Didier Jr. (org.). 6. ed. rev. ampl. atual. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 174-175.

⁹⁷⁸ Ibidem, p. 173-174.

⁹⁷⁹ Ideia sustentada por Rizzatto Nunes, para quem ambos os termos são sinônimos, possuindo o mesmo valor semântico: “direito subjetivo ou prerrogativa, protegidos pelo sistema jurídico” (*Curso de Direito do Consumidor*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 730).

⁹⁸⁰ AMARAL, Luiz Otavio de Oliveira. *Teoria Geral do Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 259.

⁹⁸¹ Segundo Marcelo Abelha Rodrigues, a equiparação entre *direito* e *interesse* pela lei se deu “para aumentar o rol de interesses juridicamente tuteláveis; para concretizar a existência de direitos que não são apenas normas instituidoras de programas na nossa constituição, tais como o direito do ambiente (...)” (Ação Civil Pública. In: *Ações constitucionais*. Fredie Didier Jr. (org.). 6. ed. rev. ampl. atual. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 379). Há quem entenda, contudo, que o conceito de interesse seria mais amplo do que o de direito (AMARAL, op. cit., p. 259).

⁹⁸² SANTOS, op. cit., p. 64.

⁹⁸³ “Dentro da nova visão do Estado [Social de Direito] e suas funções, assumiram destaque os chamados interesses difusos e coletivos, para os quais o legislador dispensou especial atenção, tanto no plano material como processual” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Direitos do Consumidor: a busca de um ponto de equilíbrio entre as garantias do Código de Defesa do Consumidor e os princípios gerais do direito civil e do direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 115); “É de se notar que a antiga distinção entre interesse e direito parte de uma noção individualista, portanto privatista de todo o Estado” (RODRIGUES, op. cit., p. 379).

⁹⁸⁴ SILVA NETO, op. cit., p. 23.

destacar que as palavras possuem não apenas uma função definidora, mas também persuasiva⁹⁸⁵. Assim, tendo ambos os termos o mesmo conteúdo, adota-se aquele que se visualiza mais favorável ao entendimento e à concretização do que será examinado.

Feitas algumas considerações acerca do termo “interesse”, analisa-se a locução complementada pelo “transindividual”. Acerca do tema, Alf Ross sustenta que, em verdade, existem apenas interesses individuais, ainda que não egoísticos (ou seja, solidários, referidos ao bem-estar de outras pessoas)⁹⁸⁶; estes interesses individuais, por vezes, passam a ser comuns à medida que diferentes pessoas os almejam – ou seja, indivíduos diversos desejando a mesma coisa – originando-se, assim, a ideia de interesse social ou interesse público⁹⁸⁷. O autor exemplifica: “a propriedade de A considerada individualmente – como seu interesse em dispor de certa fração de terra – é um interesse meramente individual, porém seu interesse (e o interesse de cada um dos outros) num ordenamento da propriedade que dê segurança à posse é um interesse social [transindividual]”⁹⁸⁸. De toda forma, esclarece o autor, o interesse individual também possui um aspecto social, por conflitar com o interesse de outras pessoas⁹⁸⁹.

Neste trabalho, concorda-se com o posicionamento mencionado. Entende-se que, a rigor, apenas existem interesses individuais. Mas estes, conforme se reúnam ao redor de um mesmo objetivo, dão surgimento ao que se denomina interesse transindividual, o qual possui tratamento distinto do que o conferido a cada interesse individual por si. Este esclarecimento reputa-se necessário porque, ao se abordar a tutela destes interesses, notadamente os definidos como difusos, percebe-se que, embora o resultado da decisão seja de natureza indivisível, sob o mesmo interesse transindividual estão abarcados interesses individuais diversos, o que origina o surgimento de conflitos para a tutela do mesmo interesse (“sujeitos ativos”), mesmo sem levar em consideração a posição adversa (“sujeitos passivos”).

⁹⁸⁵ Com efeito, a forma de apresentação dos elementos às pessoas – conquanto menosprezados “nas concepções racionalistas do raciocínio” – atua de forma direta sobre a sensibilidade delas (PERELMAN, Chaim; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. Maria Ermanita de Almeida Prado Galvão (trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 132).

⁹⁸⁶ ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. Edson Bini (trad.). 2. ed. Bauru: Edipro, 2007, p. 411-413.

⁹⁸⁷ *Ibidem*, p. 414-415. Em sentido próximo, Marcelo Abelha Rodrigues busca uma aproximação entre os conceitos de interesse público e interesse difuso (op. cit., p. 386), salientando que, com a passagem do Estado liberal para o social, “o interesse público deixou de ser aquilo que não era individual para ser aquilo que é do povo” e que, vindo o Estado a efetivar estes interesses em determinadas situações, “os direitos difusos seriam, portanto, esses interesses protegidos pelo Estado em cada caso concreto” (*ibidem*, p. 389).

⁹⁸⁸ ROSS, op. cit., p. 414.

⁹⁸⁹ *Ibidem*, p. 414.

O mencionado Alf Ross destaca que a alusão a “transindividuais” – o autor menciona “coletivos” ou “supraindividuais”⁹⁹⁰ – seria “um meio de persuasão, uma forma de expressar uma atitude de sentimentos comuns que apela aos mesmo sentimentos em outras pessoas (...) de pertencer ao grupo, identidade, solidariedade e aos interesses altruístas a eles ligados, que lutam com os interesses egoístas (...)”⁹⁹¹, pelo que, por ser um termo desprovido de maior sentido lógico, deveria ser rejeitado, preferindo o autor a adoção da expressão “interesse social”⁹⁹². Aqui, retoma-se a ideia já exposta quando se tratou da escolha pelo termo “interesse”: exatamente por “transindividual” ser uma forma de expressar que faz aflorar sentimentos de solidariedade é que se prefere o mencionado vocábulo.

Estabelecidas estas ideias gerais, passa-se a investigar as espécies de interesses transindividuais, com maior ênfase nos interesses difusos, tendo em vista que a atuação publicitária, nos termos definidos no capítulo anterior deste trabalho, está relacionada a esta espécie⁹⁹³, embora o estudo das demais, ainda que breve, seja relevante para comparações e diferenciações. De início, é possível afirmar que as diferentes espécies fazem referência a conjuntos mais numerosos ou mais restritos, conforme a natureza dos interesses ofendido⁹⁹⁴.

5.1.1 Interesses individuais homogêneos

O conceito de interesses individuais homogêneos é estabelecido pelo CDC, em seu art. 81, parágrafo único, III, ao estabelecer que são “os decorrentes de origem comum”, sendo esta expressão compreendida como relativa a “um fato jurídico que atinge diversos indivíduos concomitantemente e os coloca em situação assemelhada, propiciando o tratamento uniforme das várias relações jurídicas que se formam em torno da mesma situação”⁹⁹⁵. Para além do

⁹⁹⁰ Ibidem, p. 411-414.

⁹⁹¹ Ibidem, p. 413-414.

⁹⁹² Ibidem, p. 414-415. Segundo o autor “introduzimos este termo [interesse social] para designar os interesses geralmente coincidentes e ligados, dentro de um grupo, no qual haja uma certa ordem social. Fazer uma hipótese adicional dos interesses sociais (em que haja um ordenamento da propriedade) sustentados por A, B, C etc., e falar de um interesse supraindividual atribuído à comunidade (o ordenamento ou regulamentação da propriedade como um interesse comunitário), é, como já vimos, fazer uma metáfora cuja função consiste em apelar ao sentimento de simpatia e ao interesse altruísta, através do qual o indivíduo se identifica com o todo”.

⁹⁹³ Deve-se destacar, contudo, que, por vezes, existe certa fluidez entre os conceitos, podendo uma mesma situação fática ser amoldada a mais de um dos tipos legais. Dentro desta ideia, inclusive, o legislador estadunidense, desde 1966, extinguiu a tripartição para evitar confusão conceitual, movimento que é reproduzido no anteprojeto de processo coletivo brasileiro (RODRIGUES, op. cit., p. 368-369).

⁹⁹⁴ SILVA NETO, op. cit., p. 31.

⁹⁹⁵ SANTOS, Ronaldo Lima dos. Evolução Dogmática da Tutela dos Interesses Individuais Homogêneos na Justiça do Trabalho: da substituição processual à sentença genérica. *Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Estado do Paraná*, Curitiba, n. 4, 2013, p. 83. O autor afirma ainda que “A expressão ‘origem comum’ não significa que os interesses devam decorrer do mesmo fato e ao mesmo tempo; requer-se apenas que os fatos sejam assemelhados e possuam uma mesma causa, ainda que ocorram em momentos diversos” (ibidem, p. 84).

que está referido no dispositivo legal, é possível afirmar que são interesses transindividuais marcados pela possibilidade de determinação dos titulares, possuindo natureza divisível⁹⁹⁶.

São interesses vinculados à pessoa, apenas “acidentalmente coletivos”⁹⁹⁷, sendo “homogêneos” por derivarem do mesmo fato⁹⁹⁸. A existência de ação proposta por ente legitimado à ação coletiva não impossibilita a propositura de ação individual⁹⁹⁹, sendo possível constatar que a tutela transindividual se dá por razões de economia processual e facilitação da defesa – e não por ser inerente à natureza do interesse protegido –, estando a tutela destes interesses fortemente relacionada à reparação pecuniária¹⁰⁰⁰.

5.1.2 Interesses coletivos

O CDC, em seu art. 81, parágrafo único, II, estabelece que são interesses coletivos “os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base”. Assim como o interesse difuso, o coletivo também possui natureza indivisível, característica que será abordada no item seguinte. Assim, são explanados os outros traços distintivos¹⁰⁰¹.

A titularidade é de um grupo, categoria ou classe. Esta característica guarda relação com o caráter da indivisibilidade: a defesa do interesse coletivo, em juízo, não está relacionada a cada uma das pessoas que o integram, mas ao conjunto¹⁰⁰². É possível, por exemplo, que alguns indivíduos pouco se importem com o destino que terá o interesse referido ao grupo¹⁰⁰³, ou mesmo que aspirações pessoais sejam contrapostas à vontade coletiva¹⁰⁰⁴. A relação jurídica base entre o grupo pode ser de qualquer tipo, a exemplo do

⁹⁹⁶ SILVA NETO, op. cit., p. 40-42.

⁹⁹⁷ “O precursor da expressão *individuais homogêneos* foi Barbosa Moreira, (...) Como bem disse tal jurista, tais direitos são *acidentalmente coletivos*, porque ontologicamente, na sua raiz, não guardam uma natureza coletiva (RODRIGUES, op. cit., p. 384) (grifos no original).

⁹⁹⁸ ALMEIDA, op. cit., p. 40.

⁹⁹⁹ ALMEIDA, João Batista de. A Ação Civil Pública e a Jurisprudência do STF. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 36, 2000, p. 156.

¹⁰⁰⁰ FERNANDES, Sérgio Ricardo de Arruda. Breves Considerações sobre as Ações Coletivas Contempladas no CDC. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 14, 1995, p. 95-96.

¹⁰⁰¹ João Batista de Almeida refere que a diferença entre difusos e coletivos reside na titularidade e no fato de que em um caso as pessoas estão unidas por circunstâncias de fato; no outro, por uma relação jurídica base. (*Aspectos Controvertidos da Ação Civil Pública*. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 39).

¹⁰⁰² SILVA NETO, op. cit., p. 38.

¹⁰⁰³ FERNANDES, op. cit., p. 95.

¹⁰⁰⁴ SILVA NETO, op. cit., p. 38.

“elo agregador de pessoa exercentes da mesma profissão”¹⁰⁰⁵, ou um grupo de consumidores que assinam contrato de adesão com uma empresa.

5.1.3 Interesses difusos

Conforme referido, os interesses difusos são os de maior interesse para a análise deste trabalho. São os mais abrangentes, podendo abarcar toda a humanidade¹⁰⁰⁶. Possuem natureza transindividual, indivisível e de titularidade indeterminada unida por uma situação de fato¹⁰⁰⁷.

Já tendo sido esclarecido o conceito de “transindividual”, cumpre explicar os demais traços distintivos. São indivisíveis porque não é possível fracioná-los, reparti-los em quotas atribuíveis a certas pessoas ou grupos¹⁰⁰⁸, sendo impraticável que a violação ou sua respectiva reparação afete “apenas uma pessoa individualmente considerada”¹⁰⁰⁹. Portanto, em relação aos interesses indivisíveis, a lesão a um indivíduo implica lesão aos demais, e, de igual forma, a satisfação ou reparação também abrange toda a coletividade¹⁰¹⁰.

Relacionada à indivisibilidade está a titularidade indeterminada, assim compreendida porque “a difusividade impede a determinação daqueles que são titulares”, notadamente em vista do alto número de indivíduos que são atingidos por violação a interesse desta espécie¹⁰¹¹. São interesses “insuscetíveis de apropriação a título exclusivo” por pessoa determinada¹⁰¹². Assim, a relação de direito material é exercida em relação a toda a comunidade¹⁰¹³. Por fim, a referência à “situação de fato” significa que “é um fato ocorrido no mundo físico que prende os titulares do interesse difuso agravado”¹⁰¹⁴. Em razão de abranger lesões massivas, envolvendo diversos interesses e membros da comunidade, é característica das decisões

¹⁰⁰⁵ Ibidem, p. 38.

¹⁰⁰⁶ SILVA NETO, op. cit., p. 31.

¹⁰⁰⁷ ALMEIDA, João Batista de. *A Proteção Jurídica do Consumidor*. 5. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 39. O autor faz referência ao conceito legal do CDC, o qual, em seu art. 81, parágrafo único, I, estabelece que são interesses difusos “os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”.

¹⁰⁰⁸ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses Difusos: conceito e legitimação para agir*. 6. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 98.

¹⁰⁰⁹ SILVA NETO, op. cit., p. 33.

¹⁰¹⁰ MANCUSO, op. cit., p. 94.

¹⁰¹¹ SILVA NETO, op. cit., p. 33.

¹⁰¹² MANCUSO, op. cit., p. 97.

¹⁰¹³ GIDI, Antônio. Legitimidade para Agir em Ações Coletivas. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 14, 1995, p. 54. Rodolfo Camargo Mancuso pontua que “tanto os difusos como os coletivos em sentido estrito apresentam as notas da indeterminação dos sujeitos e da indivisibilidade do objeto; mas, enquanto nos difusos essas características apresentam-se irrestritas ou absolutas, já nos coletivos em sentido estrito elas se relativizam um pouco, seja porque aí os sujeitos concernentes podem com algum esforço ser visualizados, já que estão aglutinados em certos módulos sociais (grupos, categorias, classes)” (Ação Civil Pública Trabalhista: análise de alguns pontos controvertidos. *Revista do MPT*, Brasília, ano VI, n. 12, 1996, p. 31).

¹⁰¹⁴ SILVA NETO, op. cit., p. 33.

relativas aos processos de interesses a natureza mais política das escolhas (não político-partidárias)¹⁰¹⁵.

Aproximando-se ao objeto deste trabalho, os atos publicitários certamente estão relacionados aos interesses difusos, visto que “o fenômeno, por ser coletivo [em sentido amplo]¹⁰¹⁶, não permite que cada consumidor, individualmente, se proteja contra os abusos e desvios publicitários¹⁰¹⁷. Ou se protege a todos, conjunta e indistintamente, ou não se resguarda ninguém”¹⁰¹⁸. Esta característica será retomada adiante, ao se abordar a necessidade de tutela processual das questões relativas à publicidade discriminatória de gênero em detrimento da tutela administrativa ou autorregulamentar.

5.2 TUTELA NÃO PROCESSUAL DAS QUESTÕES DE GÊNERO NA PUBLICIDADE COMERCIAL

Estabelecidas as premissas básicas para a análise da tutela transindividual, seria possível analisar a sua utilização no tema principal abordado por este trabalho. Contudo, entende-se necessárias algumas considerações acerca da tutela não processual. Anteriormente, foi afirmado que as questões relativas à publicidade, enquanto de natureza difusa, possuem a característica da indivisibilidade, isto é, o resultado de uma decisão sobre o tema será o mesmo para todos. O problema que surge daí é que não se pode estabelecer “o que cada titular do direito pode fazer ou exigir em determinadas circunstâncias concretas”, acarretando dificuldade em determinar qual decisão deve ser tomada quando há conflito de interesses entre os próprios titulares¹⁰¹⁹.

No capítulo acerca da igualdade de gênero, foi demonstrado que, dentro de um mesmo grupo, há divergências profundas quanto ao que se entende que deva ser o “papal” desempenhado na sociedade, tendo sido mencionado, por exemplo, que há mulheres que

¹⁰¹⁵ Ibidem, p. 34.

¹⁰¹⁶ Conforme aponta Manoel Jorge e Silva Neto, considerável parte da doutrina diferencia interesses coletivos em *sentido estrito* e em *sentido amplo*, utilizando a primeira expressão para designar a espécie e a segunda para o gênero (portanto, como sinônimo de transindividuais) – embora o autor não se filie a esta ideia, mantendo o termo “coletivo” apenas para a espécie (ibidem, p. 28-29). O sentido do texto transcrito foi de “coletivo” como sinônimo de “transindividual”, pelo que foi feito o esclarecimento.

¹⁰¹⁷ Em tais questões, a simples tutela do direito individual de um membro da coletividade atingida não é instrumento adequado nem para a proteção própria nem para a defesa do grupo do qual faz parte (FERRÃO, op. cit., p. 40).

¹⁰¹⁸ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. O Controle Jurídico da Publicidade. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 9, 1994, p. 36.

¹⁰¹⁹ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 5. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Atlas, 2014, p. 57. O autor acrescenta que ainda não se tem “um sistemático trabalho dogmático que pudesse oferecer respostas concretas”.

defendem a necessidade de submissão aos homens¹⁰²⁰. Este fato desencadeia o problema de constatar o que é ou não publicidade discriminatória de gênero, tendo em vista que cada titular do mesmo interesse pode possuir visão distinta. A questão é ainda mais agravada quando se estabelece a premissa, já referida anteriormente, que, por vezes, os homens também estão sujeitos à discriminação de gênero na publicidade. Feitas essas considerações, inicia-se a investigação acerca das possibilidades de tutela dos mencionados interesses. Para salvaguardar as pessoas frente à publicidade, há três modelos: o autorregulamentar, o legal e o misto, que congloba os dois anteriores¹⁰²¹. No sistema autorregulamentar, o controle é exercido por órgão privado ligado ao setor publicitário, responsável pela edição de código de conduta, não havendo atuação estatal¹⁰²².

O modelo puramente legal é aquele no qual apenas o Estado está incumbido de regulamentar a atuação publicitária, com normas de caráter cogente e cominação de sanções em caso de descumprimento¹⁰²³. Neste caso, a tutela estatal pode ser administrativa ou judicial¹⁰²⁴. Estabelecidas estas premissas, passa-se às considerações acerca da autorregulamentação publicitária, a qual, para alguns, tornaria prescindível qualquer tipo de atuação estatal.

5.2.1 A autorregulamentação publicitária

Dentro da classificação apresentada anteriormente, constata-se que, no Brasil, é adotado o sistema misto¹⁰²⁵, de gênese francesa e estadunidense¹⁰²⁶, havendo tanto atuação estatal, prevista no CDC, quanto autorregulamentar, incumbida ao Conar (Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária)¹⁰²⁷. Algumas considerações serão feitas sobre o órgão,

¹⁰²⁰ De uma forma mais geral, Marcelo Abelha Rodrigues salienta que o conteúdo dos interesses de titularidade da coletividade, em uma sociedade pluralista como a presente, só pode ser definido no caso concreto (op. cit., p. 389).

¹⁰²¹ CHAISE, Valéria Falcão. *A Publicidade em Face do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 25.

¹⁰²² Ibidem, p. 25-26.

¹⁰²³ Ibidem, p. 28.

¹⁰²⁴ ROCHA, Raquel Heck Mariano da. Modelos de Regulamentação: reflexões para um eficiente controle jurídico da publicidade no Brasil. In: *Direito & Justiça*, Porto Alegre, v. 38, n. 2, 2012, p. 204. A autora afirma que a tutela também pode ser legislativa. Não se incluiu este elemento por considerar que, havendo atuação administrativa e judicial, está pressuposta a possibilidade de ação legislativa.

¹⁰²⁵ MAZON, Marília. O Controle e a Prevenção do Dano ao Consumidor Perante a Publicidade Abusiva. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 78, 2011, p. 227.

¹⁰²⁶ VIEIRA, Adriana Carvalho Pinto. *O Princípio Constitucional da Igualdade e o Direito do Consumidor*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 107.

¹⁰²⁷ XAVIER, José Tadeu Neves. Os Limites da Atuação Publicitária na Condução de Comportamentos Sociais: o valor da ética no controle jurídico da publicidade. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 81, 2012, p. 134.

de modo a analisar a possibilidade de adoção, no Brasil, de um modelo puramente autorregulamentar. O Conar foi fundado em 1980¹⁰²⁸, como consequência da lucratividade e dinamismo adquiridos pela atividade publicitária na década que passara¹⁰²⁹, e sob a alegação de preocupação dos profissionais publicitários com a preservação da seriedade da atividade e manutenção da competição saudável entre anunciantes¹⁰³⁰.

A grande vantagem do sistema autorregulamentar é, em tese, a maior celeridade em relação à via judicial, propiciando uma solução mais rápida para a questão¹⁰³¹. O Conar atua com base no Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária (CBAP), o qual estabelece padrões que devem ser observados pelos publicitários no desenvolvimento de suas atividades. A publicidade discriminatória também é vedada pelo CBAP, embora não se utilize o termo “abusiva”¹⁰³². Segundo José Tadeu Neves Xavier, malgrado o CBAP seja apenas um documento privado, não seria possível “deixar de reconhecer a sua forte influência em nosso sistema de controle da publicidade, garantindo a observância de valores éticos no mercado publicitário”, embora o mesmo autor entenda pela insuficiência do referido código, por não possuir força cogente para vincular suas decisões de forma impositiva¹⁰³³, ou seja, para fazer cessar a publicidade enganosa ou abusiva, podendo apenas advertir, recomendar o fim da veiculação ou a correção da peça¹⁰³⁴.

Outras razões também são apontadas para constatar a insuficiência da utilização única deste modelo, a exemplo de que a atividade possui caráter potencialmente lesivo¹⁰³⁵ e de que a adoção da autorregulamentação estaria vinculada à preocupação corporativa da indústria publicitária, não tendo como preocupação precípua a defesa do consumidor¹⁰³⁶. Há ainda

¹⁰²⁸ Para um exame mais profundo acerca da fundação do CONAR: BEZERRA, Glícia Maria Pontes. *Liberdade de Expressão Comercial: autorregulamentação como estratégia corporativa do setor publicitário*. Tese (doutorado em Sociologia). Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2015, p. 52-69.

¹⁰²⁹ TICIANELLI, Marcos Daniel Veltrini. *Delitos publicitários: no Código de Defesa do Consumidor e na Lei 8.137/90*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 38. O crescimento da indústria publicitária na década de 1970 no Brasil esteve ligado tanto ao desenvolvimento das tecnologias quanto ao aquecimento da economia, o “milagre brasileiro” (CARVALHO, Gilmar de. *Publicidade em Cordel: o mote do consumo*. São Paulo: Annablume, 2002, p. 29).

¹⁰³⁰ LOPES, Maria Elizabete Vilaça. O Consumidor e a Publicidade. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 1, 1992, p. 152.

¹⁰³¹ CHAISE, Valéria Falcão. *A Publicidade em Face do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 26.

¹⁰³² NUNES, Rizzatto. *Curso de Direito do Consumidor*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 515. Assim consta: “Artigo 20. Nenhum anúncio deve favorecer ou estimular qualquer espécie de ofensa ou discriminação racial, social, política, religiosa ou de nacionalidade”.

¹⁰³³ XAVIER, op. cit., p. 133; também neste sentido: LOPES, op. cit., p. 153.

¹⁰³⁴ ALMEIDA, op. cit., p. 115-116; NIGRI, Deborah Fisch; GANDELMAN, Silvia Regina Dain. The Right of Publicity in the Brazilian Legal System, *Loyola of Los Angeles Entertainment Law Review*, v. 18, 1998, p. 479.

¹⁰³⁵ DIAS, Fernando Lacerda. Os Limites Jurídicos à Publicidade de Bebidas Alcoólicas. *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, Brasília, n. 35, 2011, p. 163.

¹⁰³⁶ ALMEIDA, op. cit., p. 115. No mesmo sentido: “Essa inércia do Conar traz à tona questionamentos mais sérios: será que o Conar tem mesmo o sério desejo e o firme compromisso de aplicar com rigor essas normas

problemas que envolvem a constatação de que a atuação do órgão “limita-se a expedir uma tímida recomendação de alteração pontual de uma propaganda que deveria ser rechaçada por completo”¹⁰³⁷, acrescentando-se, também, que “frequentemente essa reação vem a destempo, quando a peça publicitária já saiu do ar”¹⁰³⁸.

Mesmo na Assembleia Constituinte discursou-se no sentido de que o Conar não seria capaz de coibir os abusos “porque um órgão pertencente aos próprios interessados e formado por eles, sem estabelecer sanções aos culpados, nunca poderá disciplinar os abusos”¹⁰³⁹. O próprio órgão, em 2014, buscou melhorar sua imagem frente à população através da veiculação da campanha “confie no Conar”, visando à obtenção de maior credibilidade¹⁰⁴⁰.

É exatamente com base nas diversas constatações feitas em relação à insuficiência da atuação do Conar na repressão à publicidade violadora dos interesses consumeristas que surgiu a motivação de tutela desta matéria pelo CDC¹⁰⁴¹, exigindo-se a intervenção do Estado na proteção do consumidor¹⁰⁴². É certo que a constatação fática de que o órgão autorregulamentar brasileiro não funciona devidamente não afasta, por completo, a ideia de que este modelo seria o ideal. Contudo, a análise da atuação do órgão autorregulamentar de outros países também indica haver insuficiência na atuação¹⁰⁴³.

Neste sentido, qualquer descompasso do Conar com a preservação dos direitos consagrados no ordenamento jurídico pátrio pode, de qualquer forma, ser suprido pela atuação estatal ou dos demais entes legitimados pelo CDC para a tutela dos direitos

autorregulamentares, haja vista que seus integrantes – cerca de 80 conselheiros – são majoritariamente representantes designados pelas próprias empresas publicitárias, por anunciantes e veículos de comunicação, ou seja, pelos próprios interessados?” (DIAS, op. cit., p. 183). Também: MONTEIRO, Maria Clara. A Legitimidade do CONAR e a Participação da Esfera Pública na Discussão da Publicidade para Criança. *Revista do Programa de Pós-graduação em Comunicação da Universidade Federal da Paraíba*, v. 8, n. 1, 2015, p. 218.

¹⁰³⁷ DIAS, op. cit., p. 182.

¹⁰³⁸ Ibidem, p. 182.

¹⁰³⁹ BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. *Atas da Comissão de Sistematização*, Brasília, 1987, p. 624.

Deve-se ressaltar, contudo, que o âmbito publicitário exerceu forte pressão na elaboração do texto constitucional, tendo conseguido duas “vitórias”: alterar a vedação à publicidade de cigarros, bebidas, agrotóxicos e medicamentos, prevendo-se apenas a possibilidade de restrição, bem como afastar a competência dos Estados para legislar sobre publicidade comercial, havendo competência apenas da União (BEZERRA, Glícia Maria Pontes. *Liberdade de Expressão Comercial: autorregulamentação como estratégia corporativa do setor publicitário*. Tese (doutorado em Sociologia). Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2015, p. 99-100).

¹⁰⁴⁰ BEZERRA, op. cit., p. 197-198. A autora informa que “a campanha conta com dois filmes e dois anúncios impressos. No comercial ‘Palhaço’, um homem o acusa, entre outras coisas, de fazer apologia à violência por usar o nome Peteleco. Já no filme ‘Feijoada’, um casal acusa o garçom de preconceito por servir o arroz e o feijão em cumbucas diferentes”.

¹⁰⁴¹ ALMEIDA, op. cit., p. 115-116.

¹⁰⁴² BENJAMIN, op. cit., p. 41.

¹⁰⁴³ VENDRAME, Alan; PINSKY, Ilana. Ineficácia da Autorregulamentação das Propagandas de Bebidas Alcoólicas: uma revisão sistemática da literatura internacional. *Revista Brasileira de Psiquiatria*, v. 33, n. 2, 2011, p. 201.

transindividuais¹⁰⁴⁴, de forma complementar¹⁰⁴⁵. O modelo misto, portanto, mostra-se o mais adequado¹⁰⁴⁶, congregando a fiscalização pelo Estado e pelos particulares. Qualquer atuação exclusiva – inclusive só estatal¹⁰⁴⁷ – implicaria menor proteção aos cidadãos¹⁰⁴⁸.

Estabelecida, portanto, a necessidade de atuação estatal – sem prescindir da alguma relevância do controle exercido pelo Conar –, passa-se às considerações acerca da tutela administrativa e processual das questões de gênero na publicidade.

5.2.2 A tutela administrativa

A tutela administrativa da publicidade é referente ao poder de fiscalização do Estado enquanto Administração Pública¹⁰⁴⁹, sendo cabível a aplicação das sanções estabelecidas no CDC; dentre elas, as únicas cabíveis para o âmbito publicitário são a pena de multa (art. 56, I e art. 57¹⁰⁵⁰) e a imposição de contrapropaganda (art. 56, XII¹⁰⁵¹ e art. 60¹⁰⁵²)¹⁰⁵³. A aplicação de sanções administrativas constitui relevante forma de intervenção do Estado no domínio econômico, como modo de adequar a conduta dos particulares ao ordenamento jurídico¹⁰⁵⁴.

¹⁰⁴⁴ Assim está disposto: “Art. 82. Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente: I - o Ministério Público; II - a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal; III - as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código; IV - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear”.

¹⁰⁴⁵ DIAS, op. cit., p. 171).

¹⁰⁴⁶ LOPES, op. cit., p. 153. A autora chega a afirmar que é o modelo “ideal”.

¹⁰⁴⁷ ROCHA, op. cit., p. 209.

¹⁰⁴⁸ Virgílio Afonso da Silva, em relação à publicidade infantil, afirma que a existência reiterada de publicidade contrária aos preceitos constitucionais é sinal de que a autorregulamentação não é suficiente para resolver o problema (*A Constitucionalidade da Restrição da Publicidade de Alimentos e de Bebidas Não Alcoólicas Voltada ao Público Infantil*. São Paulo: Instituto Alana, 2012, p. 26). Contudo, considerando-se que o Brasil adota o sistema misto, a afirmação do autor seria uma constatação que também a atuação estatal não é suficiente para o problema.

¹⁰⁴⁹ AMARAL, op. cit., p. 241.

¹⁰⁵⁰ Art. 57. A pena de multa, graduada de acordo com a gravidade da infração, a vantagem auferida e a condição econômica do fornecedor, será aplicada mediante procedimento administrativo, revertendo para o Fundo de que trata a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, os valores cabíveis à União, ou para os Fundos estaduais ou municipais de proteção ao consumidor nos demais casos. Parágrafo único. A multa será em montante não inferior a duzentas e não superior a três milhões de vezes o valor da Unidade Fiscal de Referência (Ufir), ou índice equivalente que venha a substituí-lo.

¹⁰⁵¹ Art. 56. As infrações das normas de defesa do consumidor ficam sujeitas, conforme o caso, às seguintes sanções administrativas, sem prejuízo das de natureza civil, penal e das definidas em normas específicas: (...) XII - imposição de contrapropaganda.

¹⁰⁵² Art. 60. A imposição de contrapropaganda será cominada quando o fornecedor incorrer na prática de publicidade enganosa ou abusiva, nos termos do art. 36 e seus parágrafos, sempre às expensas do infrator. § 1º A contrapropaganda será divulgada pelo responsável da mesma forma, frequência e dimensão e, preferencialmente no mesmo veículo, local, espaço e horário, de forma capaz de desfazer o malefício da publicidade enganosa ou abusiva.

¹⁰⁵³ LOPES, op. cit., p. 178.

¹⁰⁵⁴ SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Direito Constitucional Econômico*. São Paulo: LTr, 2001, p. 148.

Entende-se, contudo, que a atuação administrativa frente à publicidade é mais adequada quando se trata de publicidade enganosa, sendo, nos moldes atualmente existentes, pouco pertinente com a publicidade abusiva, notadamente as discriminatórias. Isto porque a primeira refere-se “à informação falsa, inexata, que não corresponde à realidade”¹⁰⁵⁵. A constatação quanto a estes parâmetros está mais relacionado à objetividade – embora, em tese, também se leve em consideração aspectos subjetivos¹⁰⁵⁶ –, sendo propício que um órgão administrativo afigure a veracidade de uma mensagem.

A publicidade potencialmente abusiva discriminatória (de gênero), por seu turno, leva consigo, conforme já referido, ampla possibilidade de divergências entre titulares do mesmo interesse acerca do que é ou não abusivo. Por esta razão, à exceção dos casos de discriminação evidente, através do discurso do ódio, entende-se que a tutela processual nos moldes propostos a seguir é mais adequada à produção de soluções coerentes com os ditames constitucionais¹⁰⁵⁷.

5.3 TUTELA PROCESSUAL DAS QUESTÕES DE GÊNERO NA PUBLICIDADE COMERCIAL

Tendo sido constatado que o controle administrativo nos moldes vigentes ou autorregulamentar não são as soluções mais adequadas para o problema da análise da discriminação de gênero na publicidade, passa-se ao exame da possibilidade de tutela processual destas questões por meio de ação civil pública¹⁰⁵⁸.

5.3.1 Ação civil pública

A ação civil pública, conforme mencionado, é meio processual idôneo para a tutela de diversas situações de direito material, desde que referente a interesses transindividuais¹⁰⁵⁹ –

¹⁰⁵⁵ CAMPOS, Maria Luiza de Saboia. *Publicidade: responsabilidade civil perante o consumidor*. São Paulo: Cultural Paulista, 1996, p. 224.

¹⁰⁵⁶ Por exemplo, se, mesmo a mensagem sendo literalmente falsa, há ou não possibilidade de enganar o consumidor (ibidem, p. 226-227), ou seja, não se tratar de erro grosseiro, de fácil percepção.

¹⁰⁵⁷ Por outro lado, se alterado o procedimento de tutela administrativa ora vigente, passando a possibilitar ampla participação da sociedade, entende-se que seria também um caminho a ser destacado na análise das questões de gênero na publicidade.

¹⁰⁵⁸ “Na esfera judiciária, o instrumento fundamental para o controle da publicidade ilegal é a ação civil pública” (CHAISE, Valéria Falcão. *A Publicidade em Face do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 30).

¹⁰⁵⁹ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 847.

muito embora não seja o único¹⁰⁶⁰ –, tendo alçado relevância constitucional com a Carta de 1988¹⁰⁶¹. Ela é regulada pela Lei n. 7.347/85 e pelo CDC¹⁰⁶² e, com o passar dos anos, tornou-se um dos mais relevantes instrumentos do direito brasileiro, fazendo parte do cotidiano dos cidadãos¹⁰⁶³. A ação civil pública congrega um conjunto de regras e técnicas processuais para a tutela de interesses transindividuais¹⁰⁶⁴, surgindo como superação à concepção individualista de processo, a qual não seria cabível à proteção conjunta dos cidadãos¹⁰⁶⁵. É instrumento processual por excelência apto à tutela dos interesses difusos, espécie que está relacionada ao fenômeno publicitário. Esta medida processual, contudo, traz consigo o problema relativo à definição do conteúdo e adequada representação do interesse em questão, conforme será abordado.

5.3.2 O problema da legitimação: a necessidade de um modelo plural e democrático na tutela processual das questões de gênero na publicidade

O legitimado para a ação civil pública é uma questão central na tutela dos interesses transindividuais, tendo em vista que ele é quem impulsionará a demanda que pode produzir efeitos para toda a coletividade¹⁰⁶⁶. A doutrina majoritária é no sentido de que a legitimação ativa para propor a ação civil pública seria extraordinária, tendo em vista que não há correspondência entre o titular do interesse transindividual e o autor da demanda¹⁰⁶⁷.

Foi referido anteriormente que, em relação às questões de gênero na publicidade, é comum que haja multiplicidade de entendimentos acerca de uma mesma situação, o que dificultaria a definição do conteúdo do interesse a ser tutelado – definição que seria mais simples, por exemplo, em relação à enganiosidade de uma peça publicitária. Do cotejo da existência da citada dificuldade com o fato de que a tutela transindividual é exercida por

¹⁰⁶⁰ Outros instrumentos processuais também são utilizados para efetivar interesses transindividuais, v.g. mandado de segurança coletivo, mandado de injunção e ação popular (SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Proteção Constitucional dos Interesses Trabalhistas: difusos, coletivos e individuais homogêneos*. São Paulo: LTr: 2001, p. 220-223).

¹⁰⁶¹ SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 874.

¹⁰⁶² ALMEIDA, João Batista de. *Aspectos Controvertidos da Ação Civil Pública*. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 37. Conforme aponta Antonio-Enrique Perez Luño, os direitos de titularidade transindividual exigem novos instrumentos jurídicos para sua proteção (Las Generaciones de Derechos Humanos. *Revista Direitos Emergentes na Sociedade Global*, Santa Maria, v. 2, n. 1, 2013, p. 178), sendo as referidas leis demonstrações desta afirmação. Sobre o tema,

¹⁰⁶³ RODRIGUES, op. cit., p. 352. O autor afirma ainda que “fazendo uma comparação simplista, pode-se dizer que a ação civil pública está para a coletividade como o mandado de segurança está para o indivíduo”.

¹⁰⁶⁴ RODRIGUES, op. cit., p. 366.

¹⁰⁶⁵ PÉREZ LUÑO, op. cit., p. 181.

¹⁰⁶⁶ RODRIGUES, op. cit., p. 399.

¹⁰⁶⁷ Conforme constata: *ibidem*, p. 403. O autor aponta, contudo, que a divisão entre legitimado ordinário e extraordinário não caberia em relação aos interesses transindividuais.

legitimado extraordinário decorre o problema da possibilidade do autor da demanda, em verdade, não representar propriamente parte significativa – que pode até chegar à maioria – dos titulares do interesse em questão.

Rodolfo de Camargo Mancuso, ao tratar das características dos interesses difusos, faz referência à “intensa litigiosidade interna”, salientando que, diferentemente dos conflitos entre direitos subjetivos, onde haveria boa definição quanto à pretensão e resistência que compõe a lide, os embates entre interesses difusos são fluídos, desagregados, ocasionando a contraposição de interesses, conformando grupos em polos contrários¹⁰⁶⁸. Esta constatação, inclusive, serve de justificativa para o impedimento à apropriação exclusiva destes interesses por uma pessoa ou grupo, fazendo com que a representação judicial para a tutela seja concorrente e disjuntiva, ou seja, possível para legitimados diversos¹⁰⁶⁹.

Sobre a mencionada constatação, salienta-se que, conforme já explanado, a diferenciação entre direito e interesse não seria cabível no ordenamento jurídico brasileiro. Neste sentido, a característica referida pelo autor não seria de intensa litigiosidade “interna” (ou seja, que seria afeita somente aos “interesses”, que conflitam de forma diferente dos “direitos”). Conforme foi visto no capítulo anterior, ao se abordar o tema da ponderação de direitos, quando se menciona o conflito de um interesse (ou seja, um direito) com outro interesse, em verdade trata-se de uma litigiosidade “externa”, porque relativa ao embate de dois direitos diferentes.

Assim, entende-se que, embora os interesses difusos apresentem litigiosidade interna, esta característica não faria referência ao embate entre diferentes interesses, mas sim em determinar, em relação a um mesmo interesse, qual o seu conteúdo ou a forma e intensidade como deve ser tutelado. Nas relações de gênero, por exemplo, a representação publicitária de um homem com maior agressividade no trato com a mulher estaria em conformidade com o entendimento de alguns e em desconformidade com outros tantos.

Neste ponto que ganha maior relevância a construção teórica que foi feita no capítulo relativo ao direito à imagem-atributo. Isto porque, conforme visto, este direito – referente ao conceito que os demais indivíduos têm sobre titular – abrange não apenas a defesa contra eventuais atos que visem à sua deturpação, mas também a prerrogativa de que a pessoa

¹⁰⁶⁸ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses Difusos: conceito e legitimação para agir*. 6. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 100-102. O autor faz menção: “os exemplos são numerosos: a proteção dos recursos florestais conflita com os interesses da indústria madeireira e, por decorrência, com os interesses dos lenhadores à manutenção de seus empregos; a interdição de construção de um aeroporto supersônico atende a interesses dos moradores da localidade, mas conflita com os interesses da construção civil; a instituição de censura prévia nas diversões públicas atende aos setores conservadores da sociedade, mas conflita com o interesse da classe artística na livre expressão de suas performances”.

¹⁰⁶⁹ *Ibidem*, p. 110.

formate a sua imagem perante a sociedade. Para além, este direito também pode ser exercido em uma dimensão transindividual, propiciando a conformação da imagem de uma coletividade perante si mesma e demais pessoas ou grupos sociais. Contudo, considerando que a perspectiva de gênero pode trazer duas ou mais visões acerca da imagem-atributo que a coletividade em questão deveria ter¹⁰⁷⁰, entende-se que esta definição seria mais bem estabelecida em uma perspectiva construtivista, democrática, plural, na qual os interessados devem demonstrar que a imagem transmitida pela publicidade é incompatível para a maioria dos indivíduos que compõem aquela coletividade.

É exatamente por isso que, anteriormente, rejeitou-se a tutela administrativa nos moldes atuais para as questões de gênero na publicidade, tendo em vista que a participação no procedimento é apenas do fornecedor investigado e do órgão de defesa do consumidor. Embora a tutela processual atual não seja a ideal para o desenvolvimento de um sistema mais participativo, ao menos prevê a possibilidade de atuação direta da sociedade através das associações cujos objetivos guardem pertinência com o tema.

Esta disposição, cumulada com a previsão legal de assistência (art. 50 do CPC¹⁰⁷¹, ou art. 119 no novo CPC¹⁰⁷²), de oposição (art. 56 do CPC¹⁰⁷³, ou art. 682 no novo CPC¹⁰⁷⁴) possibilita que outro ente legitimado representante da sociedade participe do processo de modo a construir uma decisão mais plural e até mesmo diferente do que inicialmente se estava posto. No caso da assistência, esta seria litisconsorcial, ocorrendo formação de litisconsórcio unitário facultativo ulterior¹⁰⁷⁵, o que também é autorizado pelo art. 5º, §2º da Lei n.

¹⁰⁷⁰ Por exemplo, a atriz Aline Riscado, mostrada na figura 13 do apêndice B, contestou em entrevista as críticas acerca de que a campanha protagonizada por ela colocaria a mulher como objeto sexual, afirmando que “O comercial só refletiu as coisas boas, o verão tem mulher bonita, tem praia, as pessoas se preparam para essa época do ano, é hipocrisia dizer que a mulher não é referência para o verão. Mulher bonita se torna desejada, isso é normal, mulher também deseja o homem bonito, e não tem intuito de transformar um ou outro em objeto sexual” ABÍLIO, Felipe. Musa da Cerveja Apoia a Liberdade da Mulher: “cada um cuida da sua vida”. In: *Uol*, 19 mar. 2015. Disponível em: <<http://celebridades.uol.com.br/noticias/redacao/2015/03/19/musa-de-erveja-apoia-liberdade-da-mulher-cada-um-cuida-da-sua-vida.htm>>. Acesso em 17 nov. 2015.

¹⁰⁷¹ Art. 50. Pendendo uma causa entre duas ou mais pessoas, o terceiro, que tiver interesse jurídico em que a sentença seja favorável a uma delas, poderá intervir no processo para assisti-la.

¹⁰⁷² Art. 119. Pendendo causa entre 2 (duas) ou mais pessoas, o terceiro juridicamente interessado em que a sentença seja favorável a uma delas poderá intervir no processo para assisti-la.

¹⁰⁷³ Art. 56. Quem pretender, no todo ou em parte, a coisa ou o direito sobre que controvertem autor e réu, poderá, até ser proferida a sentença, oferecer oposição contra ambos.

¹⁰⁷⁴ Art. 682. Quem pretender, no todo ou em parte, a coisa ou o direito sobre que controvertem autor e réu poderá, até ser proferida a sentença, oferecer oposição contra ambos.

¹⁰⁷⁵ Assim, pela assistência litisconsorcial, “o terceiro transforma-se em litisconsorte do assistido, daí porque o seu tratamento é igual àquele deferido ao assistido” (DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento*. 13. ed. rev. ampl. atual. Salvador: Juspodivm, 2011, v. 1, p. 362). O autor reconhece a existência de divergência quanto a esta posição; contudo, o novo CPC parece ter pacificado a tese: “Art. 124. Considera-se litisconsorte da parte principal o assistente sempre que a sentença influir na relação jurídica entre ele e o adversário do assistido”.

7.347/85¹⁰⁷⁶. Já a oposição refere-se àqueles casos nos quais o oponente formula pretensão própria, incompatível com as pretensões dos demandantes originários, agregando novos pedidos ao processo¹⁰⁷⁷, sendo possíveis oposições sucessivas¹⁰⁷⁸. Isto não significa que o mero fato de haver pessoas que apoiem determinadas opiniões contrárias implique improcedência do pedido¹⁰⁷⁹, mas a possibilidade de participação deve ser observada.

Conforme referido, a atuação estatal no tema da liberdade de expressão – incluindo-se a publicitária – deve estar voltada ao pluralismo, ou seja, “o de assegurar adequada visibilidade às mais variadas perspectivas sociais no âmbito dos meios de comunicação”¹⁰⁸⁰. Sendo o âmbito publicitário “marcado pela sub-representação de grupos minoritários”, pode-se perceber que “a mera ausência de coerção ou a defesa genérica da neutralidade estatal implica, na prática, fazer vista grossa às desigualdades”, pelo que se torna necessário o combate e tentativa de redução da desigualdade nos meios de comunicação¹⁰⁸¹.

A busca dos cidadãos pela tutela desses direitos tem sido feita principalmente junto ao judiciário e com apoio do Ministério Público, visando à aplicação de sanções às empresas que desrespeitam os direitos humanos, o que levanta a preocupação com a “retomada de práticas institucionais de censura”¹⁰⁸². Seria possível cogitar a existência de certa incongruência em buscar a implementação dos direitos humanos através de força e coerção estatal, substituindo a deliberação democrática pela atuação institucional dos tribunais e do Ministério Público¹⁰⁸³. Neste sentido, o controle a ser exercido, embora necessário, não deve ser hipertrofiado, sob pena de constituir ameaça à democracia¹⁰⁸⁴.

Esta ideia, contudo, esbarra na constatação de que a atuação do *Parquet* como ente legitimado à tutela judicial dos interesses transindividuais é que tem sido a mais efetiva¹⁰⁸⁵,

¹⁰⁷⁶ Art. 5º (...) 2º Fica facultado ao Poder Público e a outras associações legitimadas nos termos deste artigo habilitar-se como litisconsortes de qualquer das partes.

¹⁰⁷⁷ DIDIER Jr., op. cit., p. 365.

¹⁰⁷⁸ Há, assim, possibilidade de “uma segunda, e terceira e sucessivas oposições” (ibidem, p. 367).

¹⁰⁷⁹ SUIAMA, Sergio Gardenghi. A Voz do Dono e o Dono da Voz: o direito de resposta coletivo nos meios de comunicação social. *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, Brasília, n. 5, 2002, p. 117-118.

¹⁰⁸⁰ CARVALHO, Lucas Borges de. *O Controle Público sobre a Programação da TV no Brasil: entre a censura, a democracia e a liberdade de expressão*. Tese (doutorado em Direito). Universidade de Brasília, Brasília, 2015, p. 206.

¹⁰⁸¹ Ibidem, p. 208. O autor faz a afirmação em referência à mídia televisiva, sendo, contudo, a constatação aplicável a publicidade em geral.

¹⁰⁸² Ibidem, p. 152. A afirmação do autor é feita em relação à mídia televisiva, mas é aplicável também à publicidade em geral.

¹⁰⁸³ Ibidem, p. 192-193.

¹⁰⁸⁴ Ibidem, p. 194.

¹⁰⁸⁵ REGO FILHO, Antônio Januário. A Ação Civil Pública e o Controle Judicial de Políticas Públicas. *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, Brasília, n. 34, 2011, p. 154.

notadamente pela inércia dos demais¹⁰⁸⁶. Embora seja uma dificuldade existente em outros países, a falta de iniciativa para agir frente a problemas transindividuais é ainda mais notório no Brasil, onde grande parte da população imputa sempre a um terceiro, notadamente ao Estado, o dever de agir em tais questões¹⁰⁸⁷, ainda que se observe o aumento da participação da sociedade organizada nas questões relativas à publicidade em geral¹⁰⁸⁸.

Sem qualquer demérito à atuação do Ministério Público, que acaba exercendo este papel quase exclusivamente diante do vácuo deixado por outros entes legitimados, deve-se lembrar que a referência constitucional à proposição da ação civil pública pelo Ministério Público não o torna legitimado exclusivo para este mister¹⁰⁸⁹. A necessidade de atuação de entidades da sociedade civil organizada torna-se ainda mais premente nas questões menos técnicas, com maior divergência de posicionamentos entre a população mesmo em relação ao interesse em si tutelado¹⁰⁹⁰, ou seja, ainda sem entrar no exame de ponderação com outros interesses.

No caso das questões de gênero na publicidade, conforme foi demonstrado, a divergência entre a população acerca de determinados temas é marcante, sendo recomendável que os processos decisórios com tal cunho possuam maior abertura participativa, havendo o enriquecimento e favorecimento de uma melhor definição com base em entendimentos plurais. Deve-se reconhecer a autonomia de cada cidadão, garantindo-se a possibilidade de que formem suas próprias convicções, afastando-se a ideia de que as pessoas não tem capacidade de discernimento, enfraquecendo também qualquer “concepção forte de paternalismo estatal, que pressupõe a proteção a determinados padrões morais coletivos e um correlato grau elevado de vigilância sobre os cidadãos”¹⁰⁹¹.

¹⁰⁸⁶ “Tornou-se muito frequente o fato destas entidades [associações de consumidores] formalizarem representações perante o *Parquet* e não ingressarem diretamente em juízo” (SUZART, Joseane. *Ações Coletivas para a Defesa dos Consumidores: em busca da real efetividade*. In: SUZART, Joseane; SANTOS, Claiz M. P. G. dos. *Tutela Processual Coletiva do Consumidor*. Salvador: Paginae, 2012, p. 39).

¹⁰⁸⁷ GIACOMINI FILHO, Gino. *Consumidor Versus Propaganda*. São Paulo: Summus, 1991, p. 45-46.

¹⁰⁸⁸ VALENTE, Suelen Brandes Marques. *Movimentos Sociais na Publicidade: novos caminhos para a regulamentação da publicidade brasileira?*. *Revista de Comunicação e Epistemologia da Universidade Católica de Brasília*, v. 6, n. 1, 2013, p. 13-14.

¹⁰⁸⁹ SILVA NETO, op. cit., 2013), p. 874-875.

¹⁰⁹⁰ Neste sentido, um pleito do Ministério Público para acabar com o projeto “Bagé: a cidade das casinhas amarelas” – o qual estabelecia a colocação, pela população, de casinhas amarelas para cachorros nas calçadas e nos canteiros das vias públicas – teve a antecipação de tutela negada pelo órgão julgador, principalmente pelo “princípio da participação comunitária”, tendo sido constatado que houve grande aceitação do projeto por parte da comunidade. Conferir decisão no processo: TJ-RS, n. 0008143-82.2015.8.21.0004, Juiz de Direito Max Akira Senda de Brito, decisão proferida em 08.06.2015.

¹⁰⁹¹ CARVALHO, op. cit., p. 195.

Isto não significa que não caberia ao órgão julgador definir o conteúdo desses direitos¹⁰⁹². Afinal, “a abertura das normas de direitos fundamentais exigem um novo papel do Poder Judiciário, um papel que se assemelha ao que esse Poder tem nos sistemas de tradição do *common law*, no qual é através do seu papel criador, de *judge-made-law*, que se densifica e se concretiza as normas previstas na Constituição”¹⁰⁹³. A tutela através da ação civil pública é um modo relevante de reconhecer o dever de materialização dos direitos previstos no Texto Constitucional¹⁰⁹⁴. O Estado tem o dever inexorável de agir para firmar o reconhecimento das normas constitucionais, efetivando políticas públicas, podendo o Judiciário agir para concretizá-las¹⁰⁹⁵. A atuação do órgão julgador, nestes casos, só implicaria invasão à tripartição do poder caso fosse adotado um modelo rígido de repartição de competências, ideia que já se encontra superado no constitucionalismo contemporâneo¹⁰⁹⁶. Esta atividade judicial, contudo, precisa estar pautada na legitimidade conferida por uma maior participação da sociedade civil na tutela dos interesses transindividuais. Sobre o tema, há quem sustente que o sistema processual brasileiro deveria prever a possibilidade de proposição de ações coletivas pelos indivíduos atingidos e não apenas pelos entes legitimados extraordinariamente¹⁰⁹⁷. A tutela de interesses transindividuais carrega consigo a necessidade

¹⁰⁹² “Se há direito a assegurar, não há, de fato, que falar em discricionariedade. O papel do Judiciário corresponde a assegurar direitos fundamentais exigíveis, direitos cuja negativa de concretização pelos demais Poderes deve ser considerada uma omissão culposa e juridicamente indevida” (BAHIA, Saulo José Casali. *Judicialização da Política*. In: *II Jornada de Direito Constitucional*. Brasília: ESMAF, 2013, p. 396).

Reconhecendo limites à atuação judicial, o autor, em outro trabalho aponta que: “não se pode também desconhecer que a nossa ordem constitucional apenas destina ao Judiciário a proteção dos interesses e valores já por ela assegurados” (BAHIA, Saulo José Casali. *Poder Judiciário e Direitos Humanos*. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 20, 2007, p. 13. Disponível em:

<http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/60892/poder_judiciario_direitos_humanos.pdf?sequence=1>. Acesso em 19 out. 2015).

¹⁰⁹³ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. *Judicialização da Política e Controle Judicial de Políticas Públicas*. *Revista Direito GV*, n. 8, 2012, p. 63. Reconhece-se, assim, possibilidade de controle judicial até de políticas públicas (ibidem, p. 79); REGO FILHO, op. cit., p. 140).

¹⁰⁹⁴ REGO FILHO, op. cit., p. 136.

¹⁰⁹⁵ PASSOS, Aline Araújo. *Ações Coletivas e Implementação de Políticas Públicas para a Tutela de Direitos Fundamentais*. In: *Leituras Complementares de Constitucional: direitos humanos e direitos fundamentais*. Marcelo Novelino (org.). 4. ed. ampl. rev. atual. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 485.

¹⁰⁹⁶ Ibidem, p. 485-486.

¹⁰⁹⁷ FERRÃO, Brisa Lopes de Mello. *A Dimensão Coletiva do Direito Individual à Imagem de Indivíduos Pertencentes a Grupos Sociais Vulneráveis ou o Direito à Imagem de Minorias*. Tese (doutorado em Direito). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 41-42. Contudo, para isso, a autora aponta que o direito à imagem(-atributo) seria diferente dos demais transindividuais, porque o direito individual é necessariamente afetado pela ofensa à imagem coletiva (ibidem, p. 42). Ora, isso não traz nada de novo ao estudo dos interesses transindividuais, que há muito já reconhece esta característica, embora não a todos, a muitos desses interesses, a exemplo do meio ambiente ecologicamente equilibrado: não se diminui a poluição do ar ou das águas apenas a uma pessoa; seu direito individual vai depender do meio ambiente coletivamente considerado.

de superação dos entraves processuais que não permitem a solução adequada, notadamente quanto à flexibilidade da legitimidade ativa ou passiva¹⁰⁹⁸.

Um dos motivos para reconhecimento da legitimidade individual para tutela coletiva de direitos transindividuais como o da imagem(-atributo) é que os membros da coletividade teriam maior capacidade de identificar atos de estigmatização¹⁰⁹⁹, protegendo de forma mais eficaz seus interesses do que se tutelado pelo Ministério Público ou por associações. Contudo, é de se ponderar que, se a associação é da própria coletividade atingida, não há motivo para tal alegação.

Segundo Ada Pellegrini Grinover, a tendência em relação à legitimação ativa em diversos países do mundo é de “abertura dos esquemas da legitimação a amplos segmentos da sociedade e a seus representantes”, inclusive à pessoa física¹¹⁰⁰. A adoção de um modelo neste sentido certamente possibilitaria maior abertura democrática às decisões acerca de questões de gênero na publicidade, especialmente porque coletividades despersonalizadas poderiam atuar neste âmbito, desde que haja uma “representação adequada”.

Este instituto, derivado do direito estadunidense, serve como instrumento de controle para evitar a ocorrência de abusos na tutela coletiva, notadamente nos países onde se concede legitimidade ativa para a pessoa física¹¹⁰¹. Por ele se analisa se, embora haja possibilidade abstrata legal, aquele legitimado constitui ou não representação adequada para o desencadear de um processo justo, aferindo-se tanto “a posição do legitimado diante do direito material defendido em juízo (afinidade temática)” quanto “a credibilidade, a capacidade técnica e a capacidade financeira do legitimado”¹¹⁰². Há quem defenda que, mesmo no Brasil, é cabível que o juiz proceda à análise da adequação da representação do legitimado para o processo coletivo, embora sem necessariamente assumir que as pessoas físicas poderiam se habilitar em tal ação¹¹⁰³.

¹⁰⁹⁸ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. Las Generaciones de Derechos Humanos. *Revista Direitos Emergentes na Sociedade Global*, Santa Maria, v. 2, n. 1, 2013, p. 181.

¹⁰⁹⁹ FERRÃO, op. cit., p. 44.

¹¹⁰⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. Os Processos Coletivos nos Países de Civil Law. In: *Os Processos Coletivos nos Países de Civil Law e Common Law: uma análise de direito comparado*. Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe, Linda Mullenix (org.). 2. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 235. Também neste sentido: “a experiência das últimas décadas mostrou que é necessário reconhecer à generalidade dos cidadãos a legitimação para se defender daquelas agressões a bens coletivos ou interesses difusos que, por sua própria natureza, não se podem tutelar sob a ótica tradicional da lesão individualizada. Daí que se tenda a postular a admissão de formas de ação popular como meio idôneo para superar a concepção individualista do processo, permitindo a iniciativa a qualquer interessado – individual ou coletivo – na colocação em marcha dos instrumentos de proteção dos novos direitos (PÉREZ LUÑO, op. cit., p. 181) (traduziu-se).

¹¹⁰¹ GRINOVER, op. cit., p. 235.

¹¹⁰² SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 849.

¹¹⁰³ *Ibidem*, p. 849.

O instituto da representatividade adequada está presente em outra espécie de intervenção de terceiros – que com o Novo Código de Processo Civil torna-se aplicável a qualquer processo, desde que preenchidos os requisitos legais –, que é a participação como *amicus curiae*¹¹⁰⁴, o qual atua para auxiliar o órgão julgador na tomada de uma decisão mais acertada¹¹⁰⁵. Esta modalidade de intervenção de terceiro, ao contrário das já apresentadas, possibilita a atuação de pessoa natural na causa, o que tem o potencial de propiciar participação mais democrática nas discussões das questões a serem julgadas, tendo em vista não ser necessária a constituição de associação.

Portanto, a intervenção de terceiros é algo de grande relevância para determinadas ações que tutelam interesses transindividuais¹¹⁰⁶ – inclusive das que tratam do tema abordado neste trabalho –, com especial destaque para os *amici curiae*¹¹⁰⁷. Feitas essas considerações acerca da relevância da tutela processual para o tema das questões de gênero na publicidade, notadamente por ser o meio que propicia a participação de entes legitimados diversos, passe-se a investigar as possibilidades quanto a esta tutela.

Há quem entenda que, fora a atuação administrativa e penal, a tutela processual em relação à publicidade seria possível apenas para o ressarcimento dos danos¹¹⁰⁸. Contudo, deve-se constatar que esta não é a única possibilidade. Em verdade, ao menos teoricamente, a vedação à publicidade discriminatória seria passível de receber tutela: a) inibitória; b) de remoção do ilícito; c) reparatória; d) ressarcitória¹¹⁰⁹. Serviriam, respectivamente: a) para impedir o início da veiculação ou a sua reiteração; b) para remover publicidade veiculada de forma permanente (ex.: *outdoors*); c) para recompor o estado de coisas anterior ao dano causado pelo ilícito; d) para, não sendo possível a recomposição do estado de coisas anterior, prover compensação pecuniária. Feita essa sistematização, será abordada dada uma dessas possibilidades em relação ao tema deste trabalho.

¹¹⁰⁴ Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação.

¹¹⁰⁵ COELHO, Inocêncio Mártires. As Ideias de Peter Häberle e a Abertura da Interpretação no Direito Constitucional Brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 211, 1998, p. 132.

¹¹⁰⁶ MOTTA JUNIOR, Eduardo de Carvalho. Controle Jurisdicional de Políticas Públicas e as Limitações do Atual Modelo de Processo Civil. *Observatório da Jurisdição Constitucional*, Brasília, ano 6, v. 1, 2013, p. 55.

¹¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 59.

¹¹⁰⁸ LOPES, op. cit., p. 177.

¹¹⁰⁹ “Vale dizer: a prestação de tutela inibitória, de remoção do ilícito, reparatória e ressarcitória é perfeitamente viável mediante ação civil pública” (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, op. cit., p. 848). Em sentido próximo, afirmando que o controle da publicidade abusiva pode ser feito de forma preventiva, repressiva ou reparatória: MAZON, Marília. O Controle e a Prevenção do Dano ao Consumidor Perante a Publicidade Abusiva. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 78, 2011, p. 255.

5.3.3 Tutela inibitória

A tutela inibitória é um provimento de natureza preventiva¹¹¹⁰, que tem por finalidade “impedir a prática de um ilícito”¹¹¹¹, não sendo necessária, para o seu provimento, a ocorrência de qualquer tipo de dano¹¹¹², bastando que o autor demonstre que o ato a ser praticado será ilícito¹¹¹³. Abarca tanto a inibição de ato ilícito nunca praticado quanto a reiteração da conduta que foi perpetrada uma ou mais vezes¹¹¹⁴. Na tutela transindividual, a tutela inibitória está relacionada ao art. 84 do CDC¹¹¹⁵.

Sendo possível a tutela inibitória de uma forma geral, indaga-se acerca do seu cabimento nas questões publicitárias. Isto porque, conforme visto, a expressão publicitária é uma subespécie do direito à livre manifestação do pensamento. E a orientação jurisprudencial do STF tem reafirmado a prevalência deste direito sobre os direitos de personalidade.

Na já referida ADPF 130, o STF consignou que o bloco dos direitos de liberdade de expressão possuiria precedência frente aos direitos de personalidade, a exemplo do direito à imagem, que somente seriam tuteláveis *a posteriori*, através das reprimendas civis, penais e do direito de resposta¹¹¹⁶. Assim, “nessa toada de intelecção constitucional da matéria, quem quer que seja pode dizer o que quer que seja, ao menos na linha de partida das coisas”¹¹¹⁷.

¹¹¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação de Tutela*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 70.

¹¹¹¹ *Ibidem*, p. 71.

¹¹¹² *Ibidem*, p. 72.

¹¹¹³ *Ibidem*, p. 75.

¹¹¹⁴ *Ibidem*, p. 77. Segundo o autor “se é possível inibir a continuação ou a repetição de um ilícito, não há razão para não se poder prevenir o ilícito, quando esse ainda não foi praticado. A dificuldade, na verdade, está na prova de que o ilícito provavelmente será praticado, a qual é bem mais árdua do que nos casos em que o ilícito já foi praticado e se teme apenas a sua continuação ou repetição”.

¹¹¹⁵ *Ibidem*, p. 81-82. Tem-se o texto: “Art. 84. Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento (...) § 3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou após justificação prévia, citado o réu. § 4º O juiz poderá, na hipótese do § 3º ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando prazo razoável para o cumprimento do preceito”.

¹¹¹⁶ STF, Tribunal Pleno, ADPF 130, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, julg. 30.04.2009, DJe 06.11.2009, p. 45-47 do acórdão. “Lógica primaz ou elementar - retome-se a afirmação - porque reveladora da mais natural cronologia das coisas. Não há como garantir a livre manifestação do pensamento, tanto quanto o direito de expressão *lato sensu* (abrangendo, então, por efeito do caput do art. 220 da CF, a criação e a informação), senão em plenitude. Senão colocando em estado de momentânea paralisia a inviolabilidade de certas categorias de direitos subjetivos fundamentais, como, por exemplo, a intimidade, a vida privada, a imagem e a honra de terceiros. Tal inviolabilidade, aqui, ainda que referida a outros bens de personalidade (o entrechoque é entre direitos de personalidade), não pode significar mais que o direito de resposta, reparação pecuniária e persecução penal, quando cabíveis”.

¹¹¹⁷ STF, Tribunal Pleno, ADPF 130, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, julg. 30.04.2009, DJe 06.11.2009, p. 51 do acórdão.

Na ADI 4815, julgada em 2015, acerca do tema das biografias não autorizadas, o Supremo reiterou, à unanimidade, que a liberdade de expressão teria precedência em relação aos direitos de personalidade colidentes do biografado e demais pessoas mencionadas nas obras, pelo que a ponderação estabelecida nos art. 20 e art. 21 do Código Civil, em favor dos direitos de personalidade, deveria ser reconsiderada, para figurar em prol da liberdade de expressão¹¹¹⁸. Qualquer limitação à liberdade de expressão deve receber “escrutínio rigoroso”, sendo vedada a censura prévia ou licença, reiterando-se o critério de tutela *a posteriori* dos direitos de personalidade colidentes¹¹¹⁹.

Entende-se que a solução adotada pelo STF nos casos mencionados é passível de alguns questionamentos. O principal é que, em momento algum, houve a consideração de que este posicionamento estaria mitigando, também, o direito fundamental à inafastabilidade de jurisdição no tocante à “ameaça” de lesão a direito¹¹²⁰. Embora se tenha implicitamente afastado este conteúdo, dever-se-ia ter sido realizadas considerações para sua mitigação, em virtude do ônus argumentativo requerido para ponderação. Ademais, considerando-se que, em tese, todos os demais direitos fundamentais podem sofrer limitações por tutela inibitória, seria necessário demonstrar o diferencial da liberdade de expressão em relação aos demais, o que também só foi feito de forma implícita, ao estabelecer a íntima relação deste direito com a democracia.

Aproximando-se do tema deste trabalho, pode-se diferenciar ainda que as decisões do STF não trataram de temas específicos, a exemplo do discurso do ódio. A decisão da ADI 4815 chegou a fazer menção à situação de que mesmo publicação de obra com informações obtidas por meio ilícito ou dolosamente mentirosas somente poderia sofrer reprimenda posterior à publicação. Mas não abordou o propriamente o discurso do ódio, situação que, ao que se entende, é mais grave que as anteriores.

Também se constata que as decisões fizeram referência à limitação de direitos de personalidade de um ou alguns indivíduos. Não houve ponderação em relação a direitos de personalidade difusos, de toda uma coletividade, o que lhes conferiria maior peso na discussão – ao contrário, na ADI 4815, a perspectiva transindividual, de toda a coletividade,

¹¹¹⁸ STF, Tribunal Pleno, ADI 4815, Rel. Min. Cármen Lúcia, julg. 10.06.2015. Acórdão pendente de publicação. Conteúdo retirado do Informativo 789 do STF.

¹¹¹⁹ STF, Tribunal Pleno, ADI 4815, Rel. Min. Cármen Lúcia, julg. 10.06.2015. Acórdão pendente de publicação. Conteúdo retirado do Informativo 789 do STF.

¹¹²⁰ Art. 5º (...) XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

foi colocada somente a favor da liberdade de expressão de conhecer determinados fatos que não poderiam ser afastados pelo simples interesse do biografado¹¹²¹.

Por fim, deve-se ter em consideração que o padrão estabelecido pelo STF diz respeito à liberdade de expressão voltada para a democracia, para a reconstrução dos fatos históricos, e não à publicidade comercial. Neste sentido, as decisões do Supremo não necessariamente seriam aplicáveis neste âmbito que, conforme foi referido, possui proteção normativa menos intensa.

Entende-se, de qualquer sorte, que o modelo estabelecido pelo STF não é o mais adequado¹¹²², não se concordando com a situação de que determinada expressão de pensamento, ainda que definitivamente declarada ilícita, não possa sofrer tutela inibitória – ou mesmo de remoção de ilícito, que será abordado em seguida – mas tão somente reparatória ou ressarcitória. No entanto, considerando-se que este entendimento do Supremo é reiterado, bem como que a última decisão foi recente e à unanimidade, trabalhar-se-á dentro deste cenário.

O que se poderia afirmar, portanto, é que o STF não analisou detidamente três elementos presentes nas situações-tema deste trabalho: os casos de discurso do ódio, a perspectiva difusa dos direitos de personalidade, e o fato de que a liberdade publicitária possui proteção normativa menos intensa. Em relação ao primeiro caso, deve-se referir que, conforme referido no capítulo anterior, dificilmente uma publicidade chegaria a veicular discriminação tão intensa que se amoldasse ao seu conceito. De toda sorte, considerando os fundamentos veiculados na decisão do já mencionado caso *Ellwanger*¹¹²³, seria defensável a tutela inibitória em tais situações.

¹¹²¹ STF, Tribunal Pleno, ADI 4815, Rel. Min. Cármen Lúcia, julg. 10.06.2015. Acórdão pendente de publicação. Conteúdo retirado do Informativo 789 do STF.

¹¹²² Neste sentido: “Não se deve imaginar, contudo, que o direito de expressão aqui mencionado se encontra liberto de todo controle. Quando a Constituição proíbe a censura ou licença, atém-se, de modo exclusivo, à proibição de limitações de caráter administrativo, ou seja, aquela promanada dos órgãos do Poder Executivo. Nessa linha de compreensão, se o juiz impuser, em providência cautelar, vedação à liberdade com amparo no interesse público, somente por meio de recurso judicial à sentença poderá ser restaurado amplamente o direito individual, concluindo-se que o provimento judicial acautelatório não corresponde à censura, muito menos prévia, mas tão somente a regular exercício da atividade jurisdicional destinada à salvaguarda dos direitos à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas. Em síntese: não há como sustentar no Brasil, após a Constituição de 1988, a denominada *censura administrativa*, mas nada obsta que o Poder Judiciário, na tarefa de proteção dos direitos fundamentais, dirija legitimamente restrições à liberdade (SILVA NETO, op. cit., p. 728-729).

¹¹²³ “Em situações como a presente, acaso caracterizado o conflito, devem preponderar os direitos de toda a parcela da sociedade atingida com a publicação das obras sob a responsabilidade do paciente, sob pena de colocar-se em jogo a dignidade, a cidadania, o tratamento igualitário, e até mesmo a própria vida dos que se acham sob a mira desse eventual risco” (STF, Tribunal Pleno, HC 82.424/RS, Rel. p/ Acórdão Min. Maurício Corrêa, julg. 17.09.2003, p. 31 do voto do relator), ou ainda que o discurso do ódio implicaria “repulsiva ação estatal por se revestirem de densa intolerabilidade de sorte a afrontar o ordenamento infraconstitucional e

Em relação às limitações à liberdade publicitária, notadamente porque conflitante com interesses difusos – e não individuais como normalmente se dá nas colisões relativas à atuação da imprensa ou de biógrafos –, uma análise da legislação infraconstitucional, enquanto ponderação concretizada pelo legislador, poderia servir de direção para a solução.

Sobre este tema, constata-se que o CDC prevê diversas possibilidades de intervenção na atuação do fornecedor, inclusive a suspensão temporária da atividade, cassação de licença, interdição do estabelecimento, obra ou atividade e intervenção administrativa (art. 56, VII, IX, X e XI). Seria cabível, a princípio, o argumento *a fortiori*, que abarca a ideia de “quem pode o mais, pode o menos”¹¹²⁴. Ou seja, se é possível a interrupção à própria atividade finalística do fornecedor pela Administração Pública, mitigando a livre iniciativa, mais razão haveria de possibilitar a limitação a uma atividade meio, a publicidade, pelo Judiciário.

A este raciocínio seria objetável que se teria considerado que a publicidade não seria capaz de atingir o consumidor de forma tão intensa quanto, por exemplo, a comercialização de produtos que colocam a saúde diretamente em risco. Um indício quanto a este entendimento seria que o próprio CDC, tendo previsto a inibição da atividade do fornecedor, estabeleceu, em relação à publicidade, apenas a imposição de contrapropaganda (cumulada ou não com multa), quando poderia ter previsto a cessação da publicidade.

Contudo, retornando à tese anterior, seria arguível que a imposição de contrapropaganda já pressuporia a inibição da veiculação da publicidade inicial. Ademais, caso se considere que a imposição de contrapropaganda não abarca esta inibição, seria alegável a ocorrência de proteção insuficiente de direito fundamental¹¹²⁵. Por fim, o fato do CDC não prever a inibição publicitária como sanção administrativa não implicaria necessariamente a proibição de que esta medida pudesse ser concedida judicialmente¹¹²⁶.

Estabelecidas as premissas anteriores, pode-se afirmar que qualquer das duas teses seriam razoavelmente defensáveis frente ao ordenamento jurídico brasileiro. Considerando-se

constitucional do país” (ibidem, ementa), bem como que a liberdade de expressão não é direito absoluto, não podendo abrigar condutas imorais ou ilícitas (ibidem, ementa).

¹¹²⁴ “*A fortiori* significa *com maior razão*. Argumentando *a fortiori*, o discursante impõe uma analogia com um *plus*: o de que seu raciocínio tem ainda maior razão para valer do que aquele que seria fruto de uma analogia perfeita (...) se uma norma jurídica impõe uma conduta a alguém, com ainda mais razão determina uma conduta que tenha as mesmas características, mas com ainda maior intensidade (...)” (RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. *Argumentação Jurídica: técnicas de persuasão e lógica informal*. 5. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011, p. 190-191).

¹¹²⁵ O princípio da proporcionalidade não se presta só ao exame das intervenções estatais excessivas, mas também daquelas que são insuficientes para proteção dos direitos fundamentais (*Untermaßverbot*) (SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011., p. 406).

¹¹²⁶ Neste sentido, o já referido entendimento de Manoel Jorge e Silva Neto, de que a vedação à censura administrativa não implicaria a impossibilidade da inibição judicial (op. cit., p. 728-729).

os argumentos expostos, defende-se neste trabalho a possibilidade de tutela inibitória, principalmente com base no que foi abordado no capítulo anterior: a liberdade publicitária não possui a mesma relevância que a liberdade de expressão em geral – relacionada intimamente à democracia, através da exposição e valoração dos fatos históricos e sociais e formação da opinião pública –, estando mais diretamente referida à finalidade lucrativa, valor que, conforme demonstrado, não goza do mesmo prestígio no sistema constitucional brasileiro, que se encontra pautado precipuamente na dignidade da pessoa humana, conforme visto no capítulo anterior.

Neste sentido, os fundamentos das decisões do STF referidas não são diretamente aplicáveis à liberdade publicitária. Contudo, reconhecendo-se também aplicabilidade parcial do que foi exposto pelo Supremo, entende-se que a tutela inibitória deve ser utilizada com considerável parcimônia, em hipóteses específicas¹¹²⁷, a exemplo do discurso do ódio ou em caso de reiteração, quando o infrator não se mostrou sensível, em outras situações, à tutela reparatória ou ressarcitória. Ademais, tendo sido demonstrado que é intrínseca às questões de gênero a multiplicidade de posicionamentos sobre uma mesma situação, deve-se priorizar que a tutela inibitória, ainda que em antecipação¹¹²⁸, somente ocorra após a manifestação da parte ré¹¹²⁹ (art. 84, §3º, do CDC¹¹³⁰) – critério que, segundo se entende, não seria o mesmo para a publicidade enganosa, por ser mais facilmente constatável.

5.3.4 Remoção de ilícito

A tutela de remoção de ilícito, assim como a tutela inibitória, prescinde da ocorrência de dano ou da análise do elemento subjetivo, estando voltada à eliminação de uma situação incompatível com o ordenamento jurídico¹¹³¹.

¹¹²⁷ Neste sentido, Sergio Gardenghi Suiama afirma que, embora a solução adotada pela Constituição de 1988 seja, em regra, a responsabilização posterior do indivíduo ou órgão que abusa da liberdade de expressão, a aplicação absoluta deste preceito implicaria “em alguns casos, a situações de flagrante injustiça, totalmente incompatíveis com a idéia de razoabilidade e de primazia da dignidade humana (CF, art. 1º, III) que devem orientar a interpretação do sistema constitucional” (op. cit., p. 118, nota de rodapé n. 38).

¹¹²⁸ Assim, por meio da ação civil pública, “é possível buscar a cessação da veiculação de campanha publicitária considerada ilegal, com pedido de concessão de liminar de plano ou após justificação prévia” (CHAISE, Valéria Falcão. *A Publicidade em Face do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 31).

¹¹²⁹ “A. tutela antecipatória somente deverá ser prestada - fora, obviamente, casos excepcionais - após apresentada a contestação” (MARINONI, op. cit., p. 157).

¹¹³⁰ Art. 83. Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela (...) § 3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou após justificação prévia, citado o réu.

¹¹³¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação de Tutela*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 91.

Dentro do que foi exposto, não se visualiza diferença substancial entre o desenvolvimento realizado – acerca das possibilidades de limitação à liberdade publicitária – quanto à tutela inibitória e a remoção do ilícito. A diferença, em relação à publicidade, seria apenas quanto aos veículos utilizados. Por exemplo, uma campanha que está sendo veiculada na televisão ou no rádio seria passível de tutela inibitória, proibindo-se a reiteração na transmissão. A um *outdoor* ou a um anúncio fixo em uma página da internet seria cabível a remoção do ilícito, para retirá-lo do seu suporte (físico ou eletrônico), cessando seu estado permanente.

5.3.5 Tutela reparatória: contrapropaganda e direito de resposta

A tutela reparatória é aquela que busca “a prestação de uma coisa ou de uma atividade que resulte adequada, em vista da situação concreta, para eliminar as consequências danosas do fato lesivo”¹¹³². Ela pressupõe a ocorrência de dano, tendo em vista que está exatamente voltada para buscar o resultado que existiria caso o dano não houvesse ocorrido¹¹³³. Caso não seja possível o estabelecimento exato do estado de coisas anterior, é cabível a busca de um resultado equivalente¹¹³⁴, sendo ambos os casos preferíveis ao simples ressarcimento pecuniário¹¹³⁵.

Com base no que foi explanado no capítulo anterior – de que as mensagens transmitidas por qualquer meio de comunicação têm a possibilidade de irem, pouco a pouco, alterando as percepções do indivíduo, inclusive influenciando no seu agir, notadamente com a consolidação de estereótipos –, é perceptível que, em relação à publicidade discriminatória, é muito difícil – talvez, impossível mesmo – o reestabelecimento do estado de coisas anterior. Apenas seria cabível, portanto, a busca de um resultado equivalente, ou seja, tentar desconstruir a mensagem transmitida.

Nas já referidas ADPF 130 e ADI 4815, o STF estabeleceu o controle *a posteriori* do exercício da liberdade de expressão, inclusive com a possibilidade de concessão de direito de

¹¹³² *Ibidem*, p. 93. Na sua obra, contudo, o autor utiliza os termos reparatória e ressarcitória como sinônimos, diferenciando a tutela na forma específica daquela que visa à compensação pecuniária.

¹¹³³ *Ibidem*, p. 94.

¹¹³⁴ *Ibidem* p. 94. Assim, ambas as situações seriam semelhantes: “tanto nos casos nos quais se alcança a situação equivalente àquela que existiria caso o dano não houvesse ocorrido, bem como naqueles casos em que a medida objetiva o alcance de uma situação perto da equivalente. Ambas recompõem as coisas no seu estado anterior, de maneira equivalente ou próxima da equivalente” (MAGATÃO, Karina da Silva. Tutela Ressarcitória Específica: uma perspectiva do direito fundamental à tutela efetiva. *Revista de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIPAR*, v. 12, n. 2, 2009, p. 463).

¹¹³⁵ MAGATÃO, op. cit., p. 457.

resposta¹¹³⁶. Neste trabalho, entende-se que é exatamente este direito que consubstancia a tutela reparatória também nos casos relativos à publicidade, âmbito no qual ele é definido como “contrapropaganda”¹¹³⁷, vindo a previsão de sanção administrativa do CDC a conformar infraconstitucionalmente o direito de resposta¹¹³⁸. Malgrado o veto ao art. 37, §4º, do CDC¹¹³⁹, os tribunais reconhecem a possibilidade de imposição judicial de veiculação de contrapropaganda à custa dos fornecedores¹¹⁴⁰.

A contrapropaganda configura “espécie de sanção aplicada com finalidade de corrigir os efeitos deletérios da publicidade enganosa ou abusiva, suportada, inclusive economicamente, pelo fornecedor”¹¹⁴¹. Assim, em caso de publicidade abusiva, o fornecedor pode ser condenado à contrapropaganda, que deve ser elaborada com vistas a desfazer as consequências da comunicação realizada¹¹⁴² – embora se reconheça a impossibilidade de reparação de todo o resultado causado, tendo em vista que há a continuidade dos efeitos da publicidade na memória das pessoas¹¹⁴³.

O direito de resposta possui a relevante função de permitir o acesso do titular do direito lesado ao órgão de comunicação social, assegurando o contraditório necessário para

¹¹³⁶ Art. 5º (...) V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem.

¹¹³⁷ Neste sentido: FERRÃO, op. cit., p. 60.

¹¹³⁸ O julgamento da Lei de Imprensa como totalmente inconstitucional pelo STF, em 2008, deixou o direito de resposta aparentemente sem regulamentação infraconstitucional, conforme salientado em: FERRÃO, op. cit., p. 48. Esta lacuna foi suprida pela Lei n. 13.188/2015, a qual está relacionada ao conteúdo jornalístico, consoante seu art. 1º e a referência a “matéria divulgada”. Assim, ela não seria, ao menos imediatamente, aplicável ao âmbito consumerista – ou, ainda, em relação à tutela de interesse transindividual.

¹¹³⁹ Texto vetado: “Art. 37 (...) § 4º - Quando o fornecedor de produtos ou serviços se utilizar de publicidade enganosa ou abusiva, o consumidor poderá pleitear indenização por danos sofridos, bem como a abstenção da prática do ato, sob pena de execução específica, para o caso de inadimplemento, sem prejuízo da sanção pecuniária cabível e de contra-propaganda, que pode ser imposta administrativa ou judicialmente”. Razões do veto: “A imposição de contra-propaganda, sem que se estabeleçam parâmetros legais precisos, pode dar ensejo a sérios abusos, que poderão redundar até mesmo na paralisação da atividade empresarial, como se vê, aliás, do disposto no § 3º do art. 60”.

¹¹⁴⁰ CHAISE, Valéria Falcão. *A Publicidade em Face do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 32.

¹¹⁴¹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. Liberdade de Expressão, de Informação e Propaganda Comercial. *Revista Crítica Jurídica*, n. 24, 2005, p. 285. Em sentido semelhante: “A contrapropaganda é uma penalidade que objetiva reduzir os efeitos causados pela publicidade enganosa ou abusiva, obrigando o fornecedor a efetuar uma publicação retificadora da divulgação anterior, que continha afirmações inexatas”, sempre custeada pelo infrator (CHAISE, op. cit., p. 31).

¹¹⁴² “Anular totalmente os efeitos da mensagem recebida, que contou a seu favor com o impacto da novidade, é realmente impossível, porém, é fato que a forma com que aquela publicidade foi interpretada pelo consumidor pode mudar, pode ser redirecionada. Sem dúvida o consumidor, ao ser melhor informado, mudará seu enfoque, estará com seu senso crítico mais alerta, e passará a ser consciente de fatos que provavelmente lhe passariam despercebidos antes da contrapropaganda. A contrapropaganda é informativa e educativa porque possibilita ao consumidor compara o que antes foi julgado inadequado com aquilo que é entendido como correto em termos de mensagem publicitária de determinado produto ou serviço” (CAMPOS, Maria Luiza de Saboia. *Publicidade: responsabilidade civil perante o consumidor*. São Paulo: Cultural Paulista, 1996, p. 298).

¹¹⁴³ NUNES, Rizzatto. *Curso de Direito do Consumidor*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 526.

restabelecer a verdade acerca de um fato determinado¹¹⁴⁴, ou ainda para promover um debate mais plural, quebrando com o discurso homogêneo que é produzido. Ele propicia o afastamento da referência ao “consumidor médio”, possibilitando o reconhecimento de que alguns grupos de consumidores são mais vulneráveis que outros¹¹⁴⁵.

O mencionado direito não abarca apenas a prerrogativa de dar a versão “verdadeira” dos fatos, mas também de expressar suas opiniões, emitindo juízos de valor, manifestando-se acerca da situação em apreço¹¹⁴⁶, sendo também aplicável para a desconstrução de estereótipos formatados para determinadas coletividades¹¹⁴⁷. Conforme foi visto no segundo capítulo, na própria Assembleia Constituinte, a referência ao direito à imagem no sentido de conceito perante a sociedade esteve intimamente relacionada ao direito de resposta.

Havendo potencial violação a interesses metaindividuais, o direito de resposta é passível de ser exercido coletivamente por qualquer legitimado à tutela coletiva¹¹⁴⁸. É exatamente esta possibilidade, aliada ao que já foi tratado acerca do cabimento da utilização dos institutos processuais da assistência e da oposição – ou mesmo dos *amici curiae* –, que propicia a criação de um processo mais plural e democrático, que permita uma melhor decisão acerca das questões de gênero, que possuem caráter mais valorativo e menos técnico. Afinal, a implementação dos direitos fundamentais requer a observação do valor da diversidade¹¹⁴⁹. Acrescenta-se ainda que a contrapropaganda, enquanto concretização do direito de resposta, deve possibilitar que a mensagem que visa à desconstrução seja elaborada pelo próprio legitimado à tutela dos interesses transindividuais, embora custeada pelas empresas responsáveis por sua criação e veiculação.

¹¹⁴⁴ SUIAMA, op. cit. p. 113.

¹¹⁴⁵ BENJAMIN, op. cit., p. 37.

¹¹⁴⁶ SUIAMA, op. cit., p. 114.

¹¹⁴⁷ Neste sentido, tem-se o questionamento: “Ocorre que a ofensa ou a divulgação de um fato inverídico pode causar, também, lesão a direitos ou interesses metaindividuais. Em um programa humorístico, na maior emissora de televisão do País, por exemplo, o pai de um filho homossexual repete a cada programa o bordão: ‘Onde foi que eu errei?’. O esquete apresenta a falsa idéia de que os pais são culpados pela orientação homossexual de seus filhos e que estes são verdadeiros ‘erros’ para a sociedade. Qual o impacto causado pela repetição semanal destas idéias discriminatórias, na complexa relação entre pais e filhos homossexuais? Acaso a humilhação e o constrangimento provocados pela ingestão de insetos ou pela exposição de deformidades físicas em programas de TV representam um agravo apenas para os participantes desses programas? A identidade fundamental de todos nós, enraizada no conceito de dignidade humana, não nos torna, também, vítimas do processo de reificação promovido pelos órgãos de comunicação?” (ibidem p. 114-115).

¹¹⁴⁸ Ibidem, p. 115-116. O autor continua afirmando que “A emissora de rádio ou TV não está impedida de expressar, livremente, suas idéias. Se tais idéias, porém, atingirem direitos ou interesses coletivos ou difusos, os legitimados indicados no art. 5o da Lei 7.347/85 e art. 82 da Lei 8.078/90 poderão postular a retificação ou a resposta (...)” (ibidem, p. 117). Também assentando o caráter transindividual do direito de resposta, conferir a decisão do STF na ADI 4815, especialmente o voto do ministro Celso de Mello.

¹¹⁴⁹ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional*: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. 2. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 56.

5.3.5.1 Incrementalismo

Uma objeção a este modelo seria a provável demora de um processo judicial. Contudo, é sempre possível a concessão de tutela antecipada. Ademais, como os entendimentos sociais acerca das questões de gênero costumam demorar anos, ou até décadas, para serem alterados, a tutela razoavelmente tardia, embora não seja o meio mais adequado¹¹⁵⁰, ainda possui eficácia significativa, tendo em consideração que visa à mudança de concepções que normalmente ainda estariam presentes na sociedade¹¹⁵¹.

Sobre este tema, destaca-se o que Daniel A. Farber e Suzanna Sherry denominam “incrementalismo”. Este fator, de grande relevância à jurisdição constitucional, traduz a ideia de que órgãos julgadores devem preferir mudanças paulatinas a alterações radicais, de forma que o direito seja alterado gradualmente com acréscimos e revisões criteriosas¹¹⁵². Isto não significa que o desenvolvimento judicial tenha que ser lento, mas que ele deva ser pautado na construção progressiva do entendimento sobre determinados fatos¹¹⁵³.

Portanto, algumas decisões jurídicas com forte caráter político e cultural apenas podem ser obtidas a partir de mudanças graduais¹¹⁵⁴. Assim, por exemplo, a decisão da

¹¹⁵⁰ Melhor seria se o procedimento tivesse celeridade mais próxima – embora não tanta, de forma a permitir o debate – ao estabelecido em relação ao exercício do direito de resposta previsto na lei das eleições (Lei n. 9.504/97), que dispõe no art. 58, §2º que “recebido o pedido [de direito de resposta], a Justiça Eleitoral notificará imediatamente o ofensor para que se defenda em vinte e quatro horas, devendo a decisão ser prolatada no prazo máximo de setenta e duas horas da data da formulação do pedido (...) § 5º Da decisão sobre o exercício do direito de resposta cabe recurso às instâncias superiores, em vinte e quatro horas da data de sua publicação em cartório ou sessão, assegurado ao recorrido oferecer contra-razões em igual prazo, a contar da sua notificação”. Afinal, conforme assenta Flávia Piovesan “determinadas violações de direitos, exigem uma resposta específica e diferenciada” (ibidem, p. 57).

¹¹⁵¹ Penny Belknap e Wilbert M. Leonard II afirmam que a publicidade apresenta-se vagarosa em alterar os papéis tradicionais da mulher (A Conceptual Replication and Extension of Erving Goffman’s Study of Gender Advertisements. In: *Sex Roles*, v. 25, n. 3, 1991, p. 104). Contudo, conforme visto no capítulo anterior, esta é uma característica da sociedade como um todo, da relação entre indivíduos e a manutenção de comportamentos.

¹¹⁵² FARBER, Daniel A.; SHERRY, Suzanna. *Judgment Calls: principle and politics in constitutional law*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2009, p. 105.

¹¹⁵³ Ibidem, p. 106. Os autores fundamentam suas posições com base em dois dos mais relevantes casos julgados pela Suprema Corte estadunidense, quais sejam, *Brown v. Board of Education* – acerca da segregação racial nas escolas – e *Roe v. Wade* – que definiu as possibilidades de abortamento naquele país (ibidem, p. 106-108). Demonstram que, em relação a segregação nas escolas, o mesmo tema tinha sido submetido àquele órgão em 1938, quando a maioria dos cidadãos não estariam preparados para a integração racial. Um julgamento pela inconstitucionalidade da segregação naquele momento poderia ter causado refluxo social, fragilizando a decisão e aumentando a possibilidade de superação. Contudo, com diversas alterações fáticas e normativas que separaram aquele ano do julgamento do caso *Brown*, em 1954, tornou-se possível uma maior aceitação social e a consequente manutenção perene do avanço obtido. Em relação ao caso *Roe*, os autores mostram que, como foi uma decisão radical, que não levou em conta a alteração gradual da sociedade e do próprio posicionamento da Suprema Corte, houve forte refluxo social, vindo a sofrer diversas mitigações e alterações que colocaram em xeque o que fora decidido (ibidem, p. 145-154).

¹¹⁵⁴ Em sentido próximo, Ronald Dworkin, para explicar seu entendimento acerca da interpretação jurídica, faz uma analogia com as regras de cortesia, demonstrando a alteração gradual que as concepções sociais podem sofrer (*O Império do Direito*. Jeferson Luiz Camargo (trad.). 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 59).

Suprema Corte dos Estados Unidos de legalizar o casamento gay em todo país foi um percurso de mais de quarenta anos, que contou com várias etapas intermediárias até o provimento geral e decisivo¹¹⁵⁵. Ou ainda, a evolução de entendimento do STF acerca do direito à vida, notadamente nos julgamentos da ADI 3.510 e da ADPF 54, abriu ampla possibilidade à descriminalização do abortamento¹¹⁵⁶, que, caso se concretize, seria mais um exemplo deste desenvolvimento progressivo de decisões para alteração substancial de temas controvertidos no meio social e de forte caráter moral.

Este é o modelo que, segundo se entende, melhor se coaduna com os preceitos constitucionais, propiciando visões alternativas à mensagem publicitária inicial, fomentando o debate progressivo. Nesta sistemática, é cabível que outros entes legitimados apresentem concepções diferentes acerca do direito à imagem atributo a ser exercido por uma coletividade, possibilitando-se ainda que tanto eles quanto o fornecedor reiterem a mensagem publicitária inicial, defendendo-a, afastando o entendimento ou interpretação veiculados pelo outro ente legitimado à tutela que questionou a peça ou campanha, promovendo a mudança social de forma gradual.

5.3.5.2 Desnecessidade da tutela reparatória

Expostas as possibilidades acerca da tutela reparatória nas questões de gênero da publicidade, havendo sido destacada a sua relevância, faz-se relevante apontar uma situação na qual ela pode ser considerada desnecessária. Esta constatação está amparada na premissa geral observada por Karl Popper, de que o intervencionismo estatal é algo louvável, mas apenas se for parcimonioso, sob pena de desencadear um acréscimo no poder estatal e na burocracia, podendo chegar a constituir um risco à democracia¹¹⁵⁷.

Conforme foi referido, a necessidade de tutela reparatória por meio de contrapropaganda existe para tentar reestabelecer a situação anterior, visando, portanto, à desconstrução da mensagem discriminatória transmitida. Investigando o tema do controle público sobre a programação televisiva, Lucas Borges de Carvalho destaca a importância dos mecanismos não judiciais no controle das mensagens transmitidas, os quais são, por vezes,

¹¹⁵⁵ UOL NOTÍCIAS. *Há 40 Anos, Pedido de Casamento Gay Era Negado nos EUA; Veja Principais Decisões*, 06 jun. 2015. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/afp/2015/06/26/grandes-datas-na-conquista-do-casamento-gay-nos-eua.htm>>. Acesso em 15 jul. 2015.

¹¹⁵⁶ MAGALHÃES, Breno Baía. O Próximo Degrau: o direito à vida na jurisprudência do STF e a Criminalização do Aborto. In: *STF e Direitos Fundamentais: diálogos contemporâneos*. Robério Nunes dos Anjos Filho (org.). Salvador: Juspodivm, 2013, p. 136-137.

¹¹⁵⁷ POPPER, Karl. *The Open Society and Its Enemies: the high tide of prophecy: Hegel, Marx and the aftermath*. Londres: George Routledge & Sons, 1945, v. 2, p. 181-182.

mais eficazes em promover conteúdo mais plural¹¹⁵⁸. O autor chega a afirmar que a atuação judicial deveria ser subsidiária, devendo o conflito ser resolvido prioritariamente “no âmbito difuso da discussão pública, sem a necessidade de intervenção estatal”, destacando que, por vezes, “a crítica pública, realizada, por exemplo, por meio da divulgação de notas de organizações sociais ou de petições coletivas na internet, demonstra-se meio adequado e suficiente para a demonstração de repúdio ao programa por parte dos ofendidos”¹¹⁵⁹.

Embora o controle estatal sobre a programação televisiva não seja semelhante ao exercido em relação à publicidade, é possível adotar a ideia geral de que, se a comunicação tiver seu conteúdo combatido de modo eficiente e suficiente por outros meios, a referida tutela processual específica torna-se desnecessária¹¹⁶⁰. Em 1991, um artigo sobre o tema da publicidade de gênero chamava atenção para o fato de que as mídias dificilmente possibilitavam que o receptor da mensagem fornecesse uma resposta imediata ao conteúdo veiculado¹¹⁶¹. Atualmente, contudo, esta situação encontra-se extremamente alterada pelo uso da internet e, mais especificamente, das redes sociais. Elas têm sido uma espécie de termômetro em relação a campanhas publicitárias ofensivas, por conferir voz para as pessoas que se sentem atingidas, o que não ocorria há alguns anos¹¹⁶².

É certo que o indivíduo que sofre com o estereótipo dificilmente pode desconstruir o modo como está sendo representado¹¹⁶³. Contudo, tem-se intensificado, no Brasil, a atuação de organizações da sociedade civil e movimentos sociais em prol do pluralismo cultural e político no conteúdo veiculado pelos meios de comunicação, colocando-se contrários às práticas discriminatórias¹¹⁶⁴. Entidades coletivas têm atuado na desconstrução de mensagens publicitárias na rede mundial de computadores, pelo baixo custo e alto potencial de difusão¹¹⁶⁵. Ademais, torna-se cada vez mais comum que o próprio interessado utilize diretamente das redes sociais para combater ilegalidades e efetivar direitos, expandindo o

¹¹⁵⁸ CARVALHO, op. cit., p. 234.

¹¹⁵⁹ Ibidem, p. 235-236.

¹¹⁶⁰ Ibidem, p. 235.

¹¹⁶¹ BELKNAP, Penny; LEONARD II, Wilbert M. A Conceptual Replication and Extension of Erving Goddman's Study of Gender Advertisements. In: *Sex Roles*, v. 25, n. 3, 1991, p. 104.

¹¹⁶² CZECH, Andrezza. Publicidade Começa a Dar Primeiros Passos para Deixar de Ser Machista. In: *Uol Mulher*, 03 set. 2015. Disponível em:

<<http://mulher.uol.com.br/comportamento/noticias/redacao/2015/09/03/publicidade-comeca-a-dar-primeiros-passos-para-deixar-de-ser-machista.htm>>. Acesso em 25 set. 2015.

¹¹⁶³ MACHADO, Sandra de Souza. Estereótipos: culturas mal (in)formadas – o construto do (falso) ideal feminino em publicidade e propaganda. In: *Estudos Feministas e de Gênero: articulações e perspectivas*. Cristina Stevens, Susane Rodrigues de Oliveira, Valeska Zanello. Florianópolis: Mulheres, 2014, p. 430.

¹¹⁶⁴ CARVALHO, op. cit., p. 145.

¹¹⁶⁵ MONTEIRO, Maria Clara. A Legitimidade do CONAR e a Participação da Esfera Pública na Discussão da Publicidade para Criança. *Revista do Programa de Pós-graduação em Comunicação da Universidade Federal da Paraíba*, v. 8, n. 1, 2015, p. 221.

“ativismo digital”, movimento relacionado fortemente com a popularização de acesso à internet por meio de aparelhos celulares¹¹⁶⁶.

Considerando-se que a maioria das empresas que divulgam em outros meios também utilizam as redes sociais, a reação a um produto ou campanha discriminatória é imediata, podendo acarretar suspensão incontinente da veiculação pela própria empresa – que não deseja ter sua marca vinculada a situações polêmicas – juntamente com uma nota de esclarecimento sobre a comunicação efetuada¹¹⁶⁷. Esta reação provavelmente deriva do fato de que o impacto negativo causado ao consumidor por uma peça ou campanha publicitária influencia seu nível de contentamento em relação ao fabricante¹¹⁶⁸. Até mesmo campanhas que têm por objetivo declarado a desconstrução da discriminação de gênero são alvos do controle das redes sociais quando a produção resulta em sentido contrário ao pretendido¹¹⁶⁹.

Portanto, se o controle social for suficiente para a desconstrução da mensagem, notadamente se houver retratação ou veiculação de esclarecimentos por parte do fornecedor¹¹⁷⁰, entende-se ser descabida a tutela reparatória.

5.3.6 Tutela ressarcitória

Conforme visto, uma ofensa ao direito à imagem de uma coletividade, para ser minimamente reparado, deve ensejar a possibilidade de um direito de resposta coletivo¹¹⁷¹.

¹¹⁶⁶ CARPANEZ, Juliana. Ativismo Digital. In: *TAB Uol*, 19 out. 2015. Disponível em: <<http://tab.uol.com.br/ativismo-digital/>>. Acesso em 20 out. 2015.

¹¹⁶⁷ UOL MULHER. *Marca Revolta Clientes com Nomes de Produtos que Incitam ao Abuso Sexual*, 09 out. 2015. Disponível em: <<http://mulher.uol.com.br/beleza/noticias/redacao/2015/10/09/marca-revolta-clientes-com-produtos-abusa-de-mim-e-boa-noite-cinderela.htm>>. Acesso em 20 out. 2015. Segundo a notícia “a Lola Cosmetics ofendeu muitas de suas consumidoras ao lançar dois produtos com nomes, no mínimo, polêmicos. O demaquilante ‘Boa Noite Cinderela’ e o batom ‘Abusa de Mim’, da linha Oh! Maria, geraram uma enxurrada de mensagens das redes sociais ao fazerem alusão ao abuso sexual. A empresa carioca, que usa com frequência símbolos feministas em suas campanhas e é conhecida pelas linhas de nomes descontraídos, como ‘Pinga’ e ‘Morte Súbita’, respondeu às críticas e declarou que os produtos foram retirados de circulação e terão outros nomes. No comunicado oficial divulgado no Facebook, a direção afirma que reconhece que não fez a ‘escolha adequada’ e pede desculpas ao público: ‘A empresa é formada por mulheres, mães, amigas e nunca foi a intenção à tona qualquer sentimento negativo’.

¹¹⁶⁸ Conforme constata: GIACOMINI FILHO, op. cit., p. 88.

¹¹⁶⁹ BBC BRASIL. *Acusada de Sexismo, TV Francesa Cancela Propaganda para Promover Apresentadoras*, 20 out. 2015. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/10/151008_tv_franca_sexismo_lab>. Acesso em 20 out. 2015.

¹¹⁷⁰ Interessante, no que se refere à retratação ou prestação de esclarecimentos por parte do responsável pela publicidade, a constatação de que solução ligeiramente próxima é vista no Código Penal – muito embora se refira a situações das quais não se tem certeza da violação e a tutela seja exercida processualmente: “Art. 143 - O querelado que, antes da sentença, se retrata cabalmente da calúnia ou da difamação, fica isento de pena. Art. 144 - Se, de referências, alusões ou frases, se infere calúnia, difamação ou injúria, quem se julga ofendido pode pedir explicações em juízo. Aquele que se recusa a dá-las ou, a critério do juiz, não as dá satisfatórias, responde pela ofensa”.

¹¹⁷¹ FERRÃO, op. cit., p. 41.

Mas nem sempre a tutela processual estará esgotada neste momento. Isto porque, a contrapropaganda não consegue eliminar todas as consequências da publicidade ilícita veiculada, visto que gera efeitos imediatos a uma grande quantidade de pessoas¹¹⁷², notadamente se transmitida pela televisão ou outros grandes meios de comunicação que promovem a massificação do consumo, a persuasão e a manipulação da opinião pública¹¹⁷³.

A publicidade abusiva, mesmo quando retirada do ar, possui um efeito residual: ela já atuou sobre as pessoas, e, por isso, continua a influencia-las e produzir efeitos¹¹⁷⁴, ainda que nem sempre sejam facilmente constatáveis¹¹⁷⁵. Quanto maior o tempo entre o início da veiculação e a suspensão, maior o efeito danoso irreversível produzido pela peça publicitária.

Neste sentido, a publicidade abusiva de natureza discriminatória acaba causando também dano à coletividade¹¹⁷⁶, atacando o seu patrimônio não econômico¹¹⁷⁷. Por resultar em lesão extrapatrimonial é adicionalmente cabível a condenação por dano moral coletivo¹¹⁷⁸, ou seja, uma compensação pecuniária pelo ilícito perpetrado, a ser recolhida para um fundo voltado à reconstituição dos bens lesados¹¹⁷⁹. A condenação deve ser ainda mais vultosa se a discriminação é utilizada como meio para gerar polêmica e, com isso, conseguir espaço publicitário grátis¹¹⁸⁰.

Tem-se, assim, as possíveis soluções processuais para os conflitos que envolvam questões de gênero na publicidade, que podem ser estabelecidas de forma cumulada, conforme as peculiaridades do caso concreto.

¹¹⁷² LOPES, op. cit., p. 179.

¹¹⁷³ MAZON, Marília. O Controle e a Prevenção do Dano ao Consumidor Perante a Publicidade Abusiva. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 78, 2011, p. 229.

¹¹⁷⁴ ALMEIDA, João Batista de. *A Proteção Jurídica do Consumidor*. 5. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 116.

¹¹⁷⁵ “De fato, exigir uma prova cabal ou empírica da ocorrência de um dano coletivo implicaria, na prática, negar não só a existência desses danos como, também, a própria possibilidade de serem protegidos direitos de grupos minoritários” (CARVALHO, op. cit., p. 226). Em sentido próximo, Rizzato Nunes afirma que a abusividade da publicidade deve ser vista não apenas com a ocorrência de uma ofensa concreta, mas pela mera potencialidade de causar algum mal (*Curso de Direito do Consumidor*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 515). Entende-se, pelas palavras desse autor, que a mera abusividade já implica na ocorrência de dano, pelo que seria desnecessária sua demonstração.

¹¹⁷⁶ MAZON, op. cit., p. 252.

¹¹⁷⁷ AMATRUDO, Rosângela. Publicidade Abusiva. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 52, 2004, p. 207-208.

¹¹⁷⁸ *Ibidem*, p. 192.

¹¹⁷⁹ Dispõe o art. 13 da Lei de Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/85): “Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados”.

¹¹⁸⁰ NUNES, op. cit., p. 514. O autor aborda a gravidade de tal conduta, sem fazer, contudo, alusão direta à necessidade de maior ressarcimento.

5.3.7 Sujeito passivo

Feitas as considerações acerca das possibilidades de tutela processual das questões de gênero relativas à publicidade comercial, passa-se a abordar quais seriam os responsáveis civis pela mensagem veiculada, podendo figurar como sujeito passivo das ações correlatas. De início, faz-se uma breve análise acerca do processo de produção das peças, exame relevante para a mencionada investigação.

A estrutura básica das agências publicitárias apresentam três áreas de trabalho: do atendimento e planejamento (responsável pelo relacionamento entre agência e cliente), de criação (elaborando a peça publicitária em suas mais variadas formas, desde a gestação da ideia/conteúdo à produção propriamente dita), de mídia (ao qual incumbe a avaliação do veículo, horário, intensidade e local mais adequado, bem como sua operacionalização)¹¹⁸¹. Há, contudo, diversas variações, seja no tamanho da agência, no grau da divisão de departamentos ou na extensão dos serviços oferecidos¹¹⁸².

Cada um destes setores vai ser responsável por algumas das diversas atividades necessárias, as quais podem ser generalizadas nas seguintes etapas: 1. Definição dos objetivos pela comunicação; 2. Pesquisa mercadológica, formal ou informal, com base nos objetivos traçados, bem como de outras informações relevantes; 3. Planejamento das ações e estratégias a serem utilizadas (conteúdo, público, tempo, local, veículo, pontos de ênfase, argumentos, modo de convencimento); 4. Criação (redação e arte) e planejamento de mídia; 5. Revisão e aprovação pelos responsáveis da agência e pelo cliente; 6. Produção das peças e compra das mídias; 7. Veiculação das peças; 8. Aferição, formal ou informal, dos resultados¹¹⁸³.

Conforme exposto, o trabalho publicitário envolve diversas etapas, não sendo o simples resultado de uma ideia inspirada. O trabalho criativo, por exemplo, é precedido do *briefing*, no qual, embora seja de abrangência e complexidade variada, deverá estar indicada claramente a intenção do cliente com a comunicação a ser elaborada, bem como um levantamento das informações mercadológicas mais relevantes para aquele produto ou serviço¹¹⁸⁴, inclusive aquelas relativas à concorrência¹¹⁸⁵. A definição do público-alvo

¹¹⁸¹ SAMPAIO, Inês Sílvia Vitorino. *Televisão, Publicidade e Infância*. 2. ed. São Paulo: Annablume, 2004, p. 106-107.

¹¹⁸² SANTOS, Gilmar. *Princípios da Publicidade*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2005, p. 75.

¹¹⁸³ SAMPAIO, op. cit., p. 107-108.

¹¹⁸⁴ Ibidem, p. 123-124.

¹¹⁸⁵ SANTOS, op. cit., p. 77.

também é algo a ser destacado¹¹⁸⁶. Portanto, o processo de criação “sem dúvida, decorre da integração do anunciante e do publicitário para que juntos construam a mensagem exata”¹¹⁸⁷.

Antes da produção, investiga-se a visão do consumidor sobre o mercado e o produto ou serviço, analisando-se também o formato e a linguagem que seriam favoráveis ao bem a ser anunciado¹¹⁸⁸, cabendo ao planejamento a antecipação de situações futuras¹¹⁸⁹. Durante a produção são realizados pré-testes para avaliar a peça antes da veiculação, indicando os pontos positivos a serem ressaltados e os negativos para eliminação, verificando-se a capacidade persuasiva e de comunicação, bem como avaliação quanto à imagem transmitida¹¹⁹⁰. O resultado final do trabalho é submetido a exame conjunto do anunciante e da agência e, caso aprovado, é remetido para execução e divulgação no veículo de mídia¹¹⁹¹, que realiza a comunicação nos termos acordados. Posteriormente à veiculação, busca-se avaliar a atenção e interesse despertado no público pela peça ou campanha veiculada¹¹⁹². É comum que esta avaliação seja feita apenas em relação a aspectos de vendas ou de difusão junto ao público¹¹⁹³ e não de proteção aos valores constitucionais. Afinal, os fundamentos principais da mensagem publicitária é “atrair a atenção, despertar o interesse e provocar memorização”¹¹⁹⁴.

Feita a análise da dinâmica da produção publicitária, conclui-se que ela traz a atuação de três sujeitos com diferentes funções: o anunciante, interessado na comercialização de produtos; a agência de publicidade, que, a pedido do anunciante, cria e produz o anúncio; e o veículo, que disponibiliza o meio (canal) para que a mensagem seja transmitida¹¹⁹⁵.

Desta constatação, e considerando a norma que atribui solidariedade passiva a todos os agentes responsáveis pela atuação na cadeia de consumo (art. 7º, parágrafo único, CDC¹¹⁹⁶), é possível afirmar que todos os três sujeitos referidos anteriormente podem figurar adequadamente como sujeito passivo das ações relativas à publicidade¹¹⁹⁷. Esta tríade,

¹¹⁸⁶ SHEEHAN, Kim. *Controversies in Contemporary Advertising*. 2. ed. Los Angeles: Sage, 2014, p. 74.

¹¹⁸⁷ CHAISE, Valéria Falcão. *A Publicidade em Face do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2001, p.22.

¹¹⁸⁸ SAMPAIO, op. cit., p. 110.

¹¹⁸⁹ SANTOS, op. cit., p. 78.

¹¹⁹⁰ SAMPAIO, op. cit., p. 110-111.

¹¹⁹¹ CHAISE, op. cit., p. 22.

¹¹⁹² SAMPAIO, op. cit., p. 111.

¹¹⁹³ A afirmação é feita com análise dos parâmetros de “avaliação e controle” em: SANTOS, op. cit., p. 197-201.

¹¹⁹⁴ Ibidem, p. 78.

¹¹⁹⁵ CHAISE, op. cit., p. 18.

¹¹⁹⁶ Tem-se: “art. 7º (...) Parágrafo único. Tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo”.

¹¹⁹⁷ “a responsabilidade cabível ao anunciante, à agência de propaganda e ao veículo de comunicação é trinômio indispensável na relação jurídica havida quando da veiculação de uma mensagem publicitária” (CAMPOS, op. cit., p. 289).

inclusive, já era defendida em 1977, na CPI do Consumidor, a qual sugeriu que a responsabilidade pela publicidade deveria envolver agência, anunciante e veículo de mídia¹¹⁹⁸. Portanto, a empresa anunciante “não é a única responsável por reparar danos causados na cadeia de distribuição da informação ou da publicidade”, respondendo solidariamente tanto a agência publicitária quanto o veículo de comunicação¹¹⁹⁹, ainda que haja posterior ação de regresso¹²⁰⁰. Assim, quem atua no mercado publicitário precisa ter uma assessoria jurídica adequada, até mesmo por causa da possibilidade de incorrer em infrações penais¹²⁰¹, embora se constate que muitas vezes os profissionais ligados ao *marketing* “ignoram as responsabilidades a que estão expostos” e contrariam à legislação¹²⁰².

No capítulo anterior foram abordadas duas situações – referentes à reiteração de representação e déficit de representatividade – nas quais a violação aos preceitos constitucionais apenas ocorre quando se analisa uma pluralidade de peças ou campanhas publicitárias. Nestes casos, apenas responderão solidariamente os sujeitos que houverem concorrido em produções suficientes para configurar a existência daquelas situações.

Por exemplo, se uma empresa anunciante elabora, juntamente com uma agência publicitária, oito peças audiovisuais nas quais apenas a mulher é responsável pelo serviço doméstico, mas as veicula separadamente em quatro canais de televisão diversos, sendo duas peças em cada canal, não se afirma a responsabilidade da emissora. Em outra situação, poderia dada agência de publicidade elaborar vasta publicidade de produtos de limpeza sempre com mulheres à frente, mas para diferentes empresas anunciantes. Aquelas que contratam a elaboração de uma ou duas peças não poderão ser responsabilizadas pela reiteração inconstitucional.

Apresentou-se, assim, os aspectos processuais mais relevantes para a tutela dos interesses transindividuais abordados de forma mais profunda no capítulo anterior.

¹¹⁹⁸ Segundo o afirmado em: GIACOMINI FILHO, op. cit., p. 89.

¹¹⁹⁹ CAMPOS, op. cit., p. 250-251.

¹²⁰⁰ Afinal, em geral, a atuação publicitária está submetida aos interesses dos agentes econômicos (GIACOMINI FILHO, op. cit., p. 88), o que implica o fato de poder a agência de publicidade ceder a uma demanda da empresa anunciante, ainda que não concorde, vindo esta a se responsabilizar por eventuais questionamentos judiciais.

¹²⁰¹ Ibidem, p. 126.

¹²⁰² CAMPOS, op. cit., p. 185. Isto não significa que, necessariamente, os agentes publicitários tenham intenção em desrespeitar a legislação, mas, por vezes, simplesmente o fazem porque estão imbuídos das concepções prévias de uma sociedade ainda marcada por diversas situações que tornam a discriminação algo comum, que passa a ser reproduzida nesta forma de arte como algo normal, especialmente sob a alcunha do humor. Em sentido contrário ao afirmado, Rosângela Amatrudo afirma que “após o advento da Constituição Federal em 1988, bem como da Legislação consumerista alguns anos depois, em 1990, poucos foram aqueles que ousaram promover publicidades que tivessem alguma conotação discriminatória (...)” (Publicidade Abusiva. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 52, 2004, p. 206).

6. CONCLUSÕES

Com base nas investigações realizadas neste trabalho, divididas em quatro capítulos de conteúdo, foi possível concluir que:

1.1 A Constituição Federal de 1988 elevou o direito à imagem à condição de direito fundamental expresso, prevendo-o em três dispositivos diferentes. A análise histórica do desenvolvimento deste direito mostra que o mesmo ganhou relevância com a evolução dos mecanismos fotográficos, vindo o seu conteúdo a ser construído de forma a proteger a imagem física das pessoas – a qual se denomina “imagem-retrato”. Esta proteção abarca tanto o aspecto patrimonial quanto extrapatrimonial, embora a tutela seja ressalvada em casos justificados, a exemplo da relevância do interesse público na imagem.

1.2 O direito à imagem envolve também a chamada “imagem-atributo”, sendo esta definida como o conceito que é formado no meio social em relação ao titular do direito. Malgrado haja dificuldade por parte de alguns doutrinadores em reconhecê-lo, foi demonstrado que a utilização deste vocábulo no sentido mencionado é algo comum, seja pelo STF, seja por diversos outros campos do conhecimento, inclusive de outros países. Para além, a análise das atas da Assembleia Constituinte do Texto de 1988 mostra que nos incisos V e X do art. 5º a proteção que se pretendeu conferir foi em relação ao conceito, à reputação do titular do direito fundamental no meio social.

1.3 O direito à imagem-atributo, para além de uma função de defesa, impedindo a deformação da imagem do indivíduo perante o meio social, possui também uma função positiva, de permitir ao titular do direito a conformação do modo como será reconhecido por si e pelos demais, desenvolvendo ou modificando esta visão.

1.4 Para além de uma perspectiva individual, o direito à imagem-atributo pode ser exercido em uma perspectiva transindividual. Deste modo, os integrantes de dada coletividade têm a possibilidade de, dentro dos limites constitucionais, conformar livremente a imagem social do grupo. Este raciocínio pode ser aplicado para qualquer coletividade, a exemplo daquelas formadas pelos homens e pelas mulheres.

2.1 O direito à igualdade, embora postulado desde a antiguidade, teve seu desenvolvimento assentado na modernidade no contexto do constitucionalismo. Este direito foi, de início, majoritariamente entendido como garantidor apenas da aplicação igual das normas jurídicas, ainda que elas próprias estabelecessem diferenciações. Em um segundo momento, seu conteúdo passou a conter restrições à elaboração normativa, exigindo critérios

racionais para o estabelecimento de discriminações. Posteriormente, o direito à igualdade exigiu também a necessidade de elaboração normativa para provimento de igualdade substancial, buscando estabelecer compensações para aqueles em desvantagem.

2.2 Embora a doutrina costume esgotar o conteúdo do direito à igualdade nestes três elementos, deve-se reconhecer que sua atuação não deve ficar restrita ao âmbito estatal de aplicação ou elaboração do direito. A norma é também apta a tutelar relações entre particulares, inclusive para obstar ou exigir compensação por atos concretizado no plano fático, ou seja, não normativos.

2.3 Inserido no conteúdo do direito à igualdade mais amplo, pode-se verificar também o direito à igualdade de gênero, figurando como direito especial de igualdade, ao qual se aplica as ideias desenvolvidas anteriormente. “Gênero” foi definido como uma construção diferente da ideia de “sexo biológico”, vindo a postular o reconhecimento de que as construções culturais é que estabelecem as maiores diferenças entre homens e mulheres. Assim, falar de igualdade de gênero implica levar em consideração a construção social dos papéis de homens e mulheres.

2.4 A análise histórica do papel de cada gênero na sociedade mostra que, desde a antiguidade, embora com algumas exceções, em geral a mulher possuía um status inferior ao homem, lhe sendo negadas diversas prerrogativas, e lhe sendo atribuídos deveres morais próprios, além de atividades iminentemente domésticas. A mudança acelerada neste cenário ocorre principal no contexto da revolução industrial, quando as mulheres vão, crescentemente, sendo incluídas no mercado de trabalho.

2.5 A garantia de direitos iguais entre homens e mulheres foi obtida gradualmente, vindo a diversas posições jurídicas apenas serem consolidadas no final do século XX. O ideal de igualdade de gênero estava presente na Assembleia Constituinte, conseqüentemente influenciando a Carta de 1988, notadamente nos temas relativos ao trabalho doméstico e fora de casa e à uma concepção mais liberal de mulher, menos submetida ao julgo moral social.

2.6 Contudo, analisar a igualdade de gênero unicamente sob a perspectiva feminina corresponderia a uma visão monocular da situação, incompatível com a Constituição, tendo em vista que, por vezes, a coletividade masculina também é atingida por problemas derivados das construções de gênero. Assim, embora as mulheres sejam as mais prejudicadas por estas concepções sociais, isto não pode significar a ignorância – ou mesmo negação – dos problemas acarretados aos homens; mesmo porque, as diferenças entre uns e outros têm sido cada vez menores.

2.7 Analisando-se, notadamente por meio da internet e redes sociais, o movimento feminista – que costuma se proclamar aquele que busca a igualdade entre homens e mulheres – é possível constatar uma divergência entre discurso e prática, visualizando-se uma atuação quase que exclusivamente voltada para as mulheres. Assim, a igualdade de gênero é vista e apresentada pelo feminismo sob uma perspectiva monocular, que utiliza, por vezes, de discurso de ódio ou deturpações estatísticas ou argumentativas para fazer valer a posição de preferência às mulheres. No atual contexto, considerando-se que as mulheres ainda sofrem mais com as concepções de gênero, o feminismo, embora por vezes seja contrário à igualdade, acaba, em geral, promovendo-a. Contudo, mantidas as formas atuais de atuação do movimento, favorecendo sempre um lado, a igualdade não poderia ser alcançada, vindo a desequilíbrio a pender para o outro lado. Neste sentido, feminismo não é sinônimo de igualdade de gênero.

3.1 Aos direitos fundamentais não se pode mais aplicar a ideia de que eles apenas estabelecem obrigações para os entes estatais. Estes direitos conformam as relações entre particulares, ainda que em intensidades diferentes. Analisadas as teorias de eficácia mediata e imediata nesta vinculação, embora tenha se constatado que a teoria imediata seja mais adequada, percebeu-se que qualquer uma das duas resultaria no mesmo caminho para o desenvolvimento. Isto porque, o dispositivo legal que regula a abusividade na publicidade, estabelece a proibição à discriminação, sem fazer maiores considerações. Neste sentido, ainda que não se reconhecesse a aplicação imediata, pela teoria mediata ter-se-ia o preenchimento do referido conceito indeterminado com base nos preceitos constitucionais.

3.2 Feita esta digressão, analisou-se a publicidade como fenômeno sociocultural. Constatou-se que ela tem grande poder de influenciar o comportamento dos indivíduos, estabelecendo padrões a serem seguidos. Esta estrutura persuasiva é inerente à publicidade, que não precisa ser meramente informativa, desde que respeite os limites legais e constitucionais. A publicidade possui grande relevância para a vida social e econômica, pelo que, embora apresente diversos problemas, não deve ser tratada como algo a ser banido da sociedade.

3.3 A ponderação de direitos em colisão é algo inerente à existência de normas jurídicas que estejam referidas a uma mesma situação. Este esclarecimento instrumental mostrou-se necessário, tendo em vista o reconhecimento de um “direito à liberdade publicitária”, derivada do direito mais amplo à expressão, que certamente colide com outras relevantes normas constitucionais. Entretanto, percebeu-se que a liberdade publicitária comercial, enquanto normalmente adstrita ao contexto de busca do lucro, não goza da mesma

relevância constitucional do que a liberdade de expressão mais geral, notadamente quando utilizada no contexto político/democrático. Neste sentido, a liberdade publicitária pode receber restrições mais facilmente (com menor ônus argumentativo).

3.4 Constatou-se que uma característica da publicidade é a comunicação por meio de padrões, modelos, estereótipos. Isto ocorre porque há a otimização da transmissão da mensagem, diminuindo o tempo de entendimento e facilitando a correta compreensão do conteúdo. Contudo, ao trabalhar com estereótipos, a publicidade pode acabar estabelecendo padrões rígidos para os grupos sociais. Estes padrões, paulatinamente, vão formando imagens das coletividades representadas, referências de conduta, vindo a influenciar o próprio comportamento das pessoas. Neste sentido, quando a publicidade constrói uma concepção de gênero, não apenas atinge a imagem-atributo daquela coletividade, mas também o livre desenvolvimento da personalidade.

3.5 Visando a uma perspectiva democrática, mais do que se posicionar sobre determinados temas que configurariam ou não violação à imagem-atributo de gênero, buscou-se estabelecer parâmetros dentro dos quais a argumentação poderia ser desenvolvida. O primeiro foi a necessidade de se abandonar a perspectiva monocular, que vê violações na publicidade apenas aos direitos das mulheres. Em seguida, vedou-se a possibilidade constitucional de proceder a discurso do ódio na publicidade. Após, discorreu-se contrário à tentativa de se buscar em todo e qualquer detalhe na peça ou campanha, algum elemento que possa ser, ainda que descabidamente, interpretado como desigualdade de gênero.

3.6 Como quarto parâmetro, adentrou-se o tema relativo à possibilidade de definição de papéis sociais pela publicidade, bem como de público-alvo, como base no gênero. Percebeu-se que a publicidade é, em grande parte, reflexo da sociedade, pelo que não se poderia exigir dela muito mais do que se verificada no próprio meio social. Assim, o estabelecimento de público-alvo e retratação de papéis de gênero na publicidade é possível, desde que esteja razoavelmente calcado na realidade social, e não divirja intensamente dos preceitos constitucionais, ainda que parte da coletividade atingida mostre-se contrária. Neste sentido, por exemplo, entendeu-se que não é possível que publicidade referente às atividades domésticas represente apenas mulheres nesta função, tendo em vista que esta situação foi amplamente combatida quando da elaboração do texto constitucional, e em menor medida pelo STF, além de implicar limitações à liberdade e à saúde feminina.

3.7 O quinto parâmetro é o da reiteração de representação, estabelecendo que, em alguns casos, a violação à igualdade de gênero apenas restará configurada com a repetição da referência de uma mesma situação a determinada coletividade. Uma mulher fazendo

publicidade de material de limpeza não implica desrespeito constitucional; contudo, uma pluralidade de peças de uma mesma empresa fazendo a mesma referência certamente é fato que se mostra incompatível com a igualdade. Em sentido oposto, pode haver, tomando sempre por base uma pluralidade de peças publicitárias de um mesmo responsável, a ausência ou déficit de representatividade, caracterizando a discriminação.

3.8 Por fim, abordando os dois últimos parâmetros, percebeu-se que o fato de haver determinado padrão de beleza sendo construído e massificado por uma empresa anunciante – ou, ainda, a utilização de apelo sexual nas veiculações – embora possa configurar, eventualmente, alguma abusividade, é um fato que não tem a ver necessariamente com as questões de gênero na publicidade, salvo se outros elementos são agregados à mensagem.

4.1 A relevância conferida aos interesses transindividuais surge no contexto de superação do modelo jurídico exclusivamente individualista, passando-se a tutelar direitos de coletividades mais ou menos numerosas. Assim, é possível diferenciar interesses individuais homogêneos, coletivos e difusos. Estes últimos, são marcados pela indeterminação da titularidade e indivisibilidade – ou seja, não se pode aferir exatamente quem forma esta coletividade, bem como a solução de uma questão que lhe é afeita será a mesma para todos os titulares do direito em questão. Constatou-se, portanto, que o tema do trabalho, imagem-atributo de coletividades de gênero na publicidade, faz referência aos interesses difusos.

4.2 Analisando-se as possibilidades de tutela das questões de gênero na publicidade, percebeu-se a existência da autorregulamentação publicitária, exercida no Brasil pelo Conar. Embora a entidade tenha a vantagem da maior celeridade quando comparada com os procedimentos estatais, vários problemas foram demonstrados, desde a falta de força vinculante das decisões, insuficiência das penalidades aplicadas, bem como o caráter corporativista do órgão. Neste cenário, a tutela estatal torna-se necessária para suplementar a autorregulamentação. A tutela administrativa, contudo, nos moldes como é exercida atualmente, não possibilita o estabelecimento de um procedimento democrático, que permita a participação dos cidadãos. A tutela processual seria, assim, o meio mais adequado para lidar com determinadas questões de gênero na publicidade. Neste diapasão, a ação civil pública seria o meio idôneo para efetivar os interesses transindividuais relativos.

4.3 A preferência pela tutela processual está calcada na busca por um procedimento que seja plural, democrático, possibilite visões contrárias. Isto porque as concepções sobre a imagem-atributo que cada coletividade de gênero deve escolher para si variam enormemente no meio social. Atos publicitários que, para determinados indivíduos daquele gênero, possam corresponder a uma violação da imagem que pretendem formar sobre si perante o meio social,

para outras pessoas do mesmo gênero não o seria. Assim, somente o debate procedimental pelos titulares do direito poderia trazer uma solução mais justa, demonstrando que determinada imagem-atributo não seria compatível com aquela coletividade.

4.4 Busca-se, assim, incentivar a participação dos cidadãos nestas questões, atuando por meio de associação – e não apenas por intermédio do Ministério Público. O procedimento plural torna-se viável considerando-se as hipóteses legais de assistência e de oposição, possibilitando a participação de outras pessoas que não as que ofereceram inicialmente a demanda. A possibilidade de participação como *amicus curiae*, prevista no novo Código de Processo Civil, também é bastante relevante, notadamente porque não requer a constituição de associação para que haja a participação na formação da decisão, sendo possível até mesmo a pessoa natural, desde que comprovada a sua representatividade adequada.

4.5 Para efetivar os interesses transindividuais das coletividades de gênero que buscam exercer seus direitos à imagem-atributo, conformando-as, pode-se buscar a tutela inibitória, que, com base em interpretação feita à jurisprudência do STF, deve ser reservada para situações restritas; tutela de remoção de ilícito, que segue os mesmos parâmetros; tutela reparatória, a qual visa à desfazer o dano causado, ou seja, desconstruir a imagem que foi estabelecida, através veiculação de contrapropaganda enquanto conformação infraconstitucional do direito de resposta; ressarcitória, tendo em vista que a publicidade abusiva sempre ocasiona um efeito residual, seja da dificuldade em desfazer o dano causado, seja pelo tempo transcorrido entre o fato e a contrapropaganda.

4.6 Dentro da ideia de tutela reparatória como exercício do direito de resposta, entendeu-se relevante salientar que algumas transformações em questões de conteúdo menos técnico e fortemente moral – como costumam ser aquelas relativas às questões de gênero – apenas podem ocorrer paulatinamente, alterando-se passo a passo a situação jurisprudencial sobre um tema. Demonstrou-se ainda que – em vista da relevância e das possibilidades da internet, notadamente das redes sociais, em desconstruir publicidade que se entenda violadora da igualdade de gênero, fato cada vez mais presenciado –, por vezes, a tutela reparatória é desnecessária. Assim, caso a mensagem já tenha sido desconstruída por outro tipo de comunicação, não há sentido no exercício do direito de resposta.

4.7 Por fim, examinou-se quais os sujeitos que poderiam ser civilmente responsáveis pela publicidade discriminatória de gênero, tendo-se concluído que, em decorrência da regra de solidariedade exposta no CDC, tanto a empresa anunciante, quanto a agência de publicidade, quanto o veículo de comunicação podem ser responsabilizados e figurar como sujeito passivo da ação civil pública relativa.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. 5. ed. rev. ampl. Alfredo Bosi, Ivone Castilho Benedetti (trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ABÍLIO, Felipe. Musa da Cerveja Apoia a Liberdade da Mulher: “cada um cuida da sua vida”. In: *Uol*, 19 mar. 2015. Disponível em: <<http://celebridades.uol.com.br/noticias/redacao/2015/03/19/musa-de-erveja-apoia-liberdade-da-mulher-cada-um-cuida-da-sua-vida.htm>>. Acesso em 17 nov. 2015.

ALCALÁ, Humberto Nogueira. El Derecho a la Propia Imagen como Derecho Fundamental Implícito: fundamentación y caracterización. *Revista Ius et Praxis*, Talca, ano 13, n. 2, 2007, p. 245-285.

ALEMANHA. *Strafgesetzbuch*, 1871. Disponível em: <<http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/stgb/gesamt.pdf>>. Acesso em 05 mai. 2015.

_____. Tribunal Constitucional Federal. *BVerfGE 7, 198 (Lüth)*, 1958. Disponível em: <<http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv007198.html#Rn036>>. Acesso em 22 mai. 2015.

_____. _____. *BVerfGE 30, 173 (Mephisto)*, 1971. Disponível em: <<http://sorminiserv.unibe.ch:8080/tools/ainfo.exe?Command=ShowPrintVersion&Name=bv030173>>. Acesso em 14 mai. 2015.

_____. _____. *BVerfGE 54, 208 (Böll)*, 1980. Disponível em: <https://www.bundesverfassungsgesicht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/1998/11/rs19981110_1bvr153196.html>. Acesso em 19 mai. 2015.

_____. _____. *BVerGE 63, 131 (Gegendarstellung)*, 1983. Disponível em: <<http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv063131.html>>. Acesso em 19 mai. 2015.

_____. _____. *BVerGE 99, 185 (Scientology)*, 1998. Disponível em: <<http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv099185.html>>. Acesso em 19 mai. 2015.

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. 2. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

_____. *Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. 3. ed. Zilda Hutchinson Schild Silva (trad.); Cláudia Toledo (rev. técnica e apresentação). Rio de Janeiro: Forense, 2013.

_____. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. Virgílio Afonso da Silva (trad.). São Paulo: Malheiros, 2011.

ALMEIDA, João Batista de. A Ação Civil Pública e a Jurisprudência do STF. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 36, 2000, p. 155-163.

_____. *A Proteção Jurídica do Consumidor*. 5. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. *Aspectos Controvertidos da Ação Civil Pública*. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ALVES, Branca Moreira; PITANGUY, Jacqueline. *O que é Feminismo*. São Paulo: Brasiliense, 1981.

ALVES, Gustavo Biasoli; WINKELMANN, Sandra Mônica. Mulher, História, Imprensa e Constituinte: uma análise do jornal O Estado do Paraná. *Tempo de Ciência*, v. 14, n. 28, 2007, p. 85-97.

ALVIM, Simone Ferreira. *Violência Conjugal e Alteridade: estudo exploratório com homens e mulheres agredidos*. Dissertação (mestrado em psicologia). Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, 2003.

AMARAL, Francisco. O Código Civil Brasileiro e o Problema Metodológico de sua Realização: do paradigma de sua aplicação ao paradigma judicativo-decisório. *Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*, v. 20, n. 26, 2004, p. 75-96.

AMARAL, Luiz Otavio de Oliveira. *Teoria Geral do Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

AMARAL JÚNIOR, Alberto do. O Princípio da Vinculação da Mensagem Publicitária. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 14, 1995, p. 41-51.

AMATRUDO, Rosângela. Publicidade Abusiva. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 52, 2004, p. 163-221.

AMELUNG, Ulrich. *Der Schutz der Privatheit im Zivilrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2002.

ANDRADE, Manuel da Costa. A Tutela Penal da Imagem na Alemanha e em Portugal: esboço comparatístico, em busca de um novo paradigma normativo. *Revista Jurídica do Instituto Jurídico Portucalense*, n. 15, 2012, p. 161-186.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Liberdade de Expressão Comercial. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, n. 6, 2006, p. 1-26, p. 5-6. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-6-MAIO-2006-ALEXANDRE%20ARAG%C3O.pdf>>. Acesso em 13 set, 2015.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. *A Proteção Constitucional da Própria Imagem*. Dissertação (mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 1989.

_____. *A Proteção Constitucional da Própria Imagem: pessoa física, pessoa jurídica e produto*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

_____; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ARCOVERDE, Letícia. Corrupção de Executivos Piora Imagem de Todos na Empresa, Diz Estudo. *Valor Econômico*, 31.03.2015. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/carreira/>>

3985378/corruptao-de-executivo-piora-imagem-de-todos-na-empresa-diz-estudo>. Acesso em 21 mai. 2015.

ARISTOTLE. *Politics*. Benjamin Jowett (trad.). Kitchener: Batoche, 1999.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 14. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2013.

AZURMENDI ADARRAGA, Ana. *El Derecho a la propia imagen: su identidad y aproximación al derecho a la información*. 2. ed. Cidade do México: Universidad Iberoamericana, 1998.

BADGETT, M. V. Lee; FOLBRE, Nancy. Job Gendering: occupational choice and the marriage market. *Industrial Relations*, v. 42, n. 2, 2003, p. 270-298.

BAHIA, Saulo José Casali. Judicialização da Política. *II Jornada de Direito Constitucional*. Brasília: ESMAF, 2013, p. 387-402.

_____. Poder Judiciário e Direitos Humanos. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 20, 2007. Disponível em:
<http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/60892/poder_judiciario_direitos_humanos.pdf?sequence=1>. Acesso em 19 out. 2015.

BAQUER, Lorenzo Martín-Retortillo. *Los Derechos Fundamentales y La Constitución*. Zaragoza: El Justicia de Aragón, 2009.

BARBOSA, Renata Maria. Direitos Humanos, Gênero e Políticas Internacionais de Combate à Não Discriminação da Mulher no Mundo Globalizado. *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, Brasília, n. 37, 2012, p. 307-324.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. Judicialização da Política e Controle Judicial de Políticas Públicas. *Revista Direito GV*, n. 8, 2012, p. 59-86.

BARENDT, Eric. Freedom of Expression. In: *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Michel Rosenfeld, Andrés Sajó (org.). Oxford: Oxford University Press, 2012.

BARNETT, Stephen R. “The Right to One’s Own Image”: publicity and privacy rights in the United States and Spain. *American Journal of Comparative Law*, v. 47, 1999, p. 555-581.

BARROS, Alice Monteiro de. Cidadania, Relações de Gênero e Relações de Trabalho. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, Belo Horizonte, v. 47, n. 77, 2008, p. 67-83.

BARROSO, Carmen. Metas de Desenvolvimento do Milênio, Educação e Igualdade de Gênero. *Cadernos de Pesquisa*, v. 34, n. 123, 2004, p. 573-582.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. Liberdade de Expressão, Direito à Informação e Banimento da Publicidade de Cigarro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 224, 2001, p. 31-50.

BARTER, Christine *et al.* *Partner Exploitation and Violence in Teenage Intimate Relationships*, 2009. Disponível em: <<http://www.nspcc.org.uk/globalassets/documents/research-reports/partner-exploitation-violence-teenage-intimate-relationships-report.pdf?affId=1991357>>. Acesso em 21 jul. 2015.

BASSANEZI, Carla. Mulheres dos Anos Dourados. In: *História das Mulheres no Brasil*. 8. ed. Mary Del Priore (org.). São Paulo: Contexto, 2006, p. 607-639.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 20. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1999.

BBC BRASIL. *Acusada de Sexismo, TV Francesa Cancela Propaganda para Promover Apresentadoras*, 20 out. 2015. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/10/151008_tv_franca_sexismo_lab>. Acesso em 20 out. 2015.

_____. Ciência Desvenda Mistério do Vestido que “Muda de Cor”. In: G1, 27 fev. 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2015/02/ciencia-desvenda-misterio-do-vestido-que-muda-de-cor.html>>. Acesso em 12 set. 2015.

BEAUVOIR, Simone de. *O Segundo Sexo: fatos e mitos*. 4. ed. Sérgio Millet (trad.). São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1970.

BELKNAP, Penny; LEONARD II, Wilbert M. A Conceptual Replication and Extension of Erving Goddman’s Study of Gender Advertisements. *Sex Roles*, v. 25, n. 3, 1991, p. 103-118.

BELL, Philip; MILIC, Marko. Goffman’s Gender Advertisements Revisited: combining content analysis with semiotic analysis. *Visual Communication*, v. 1, n. 2, 2002, p. 203-222.

BELLONI, Luiza. Transexuais e Drags Estrelam Nova Campanha do Sorvete Magnum (Vídeo). In: *Brasil Post*, 20 mai. 2015. Disponível em: <http://www.brasilpost.com.br/2015/05/20/transsexuais-campanha-magnum_n_7343054.html>. Acesso em 26 out. 2015.

BENATTI, Gisela Porto. *Violação ao Direito Fundamental de Imagem: interfaces com o direito civil*. Dissertação (mestrado em Direito). Centro Universitário FIEO, Osasco, 2013.

BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. Crimes de Consumo no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 3, 1992, p. 88-126.

_____. O Controle Jurídico da Publicidade. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 9, 1994, p. 28, p. 25-57.

BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 5. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BERGEL, Jean-Louis. *Teoria Geral do Direito*. 2. ed. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão (trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2006.

BERTOLLI FILHO, Cláudio; TALAMONI, Carolina Biscalquini. Corpo de (Revista) Adolescente. *Comunicação Midiática*, v. 7, 2007, p. 115-132.

BESSE, Susan K. *Modernizando a Desigualdade: reestruturação da ideologia de gênero no Brasil 1914-1940*. Lólio Lourenço de Oliveira (trad.). São Paulo: Editora da USP, 1999.

BEZERRA, Glícia Maria Pontes. *Liberdade de Expressão Comercial: autorregulamentação como estratégia corporativa do setor publicitário*. Tese (doutorado em Sociologia). Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2015.

BISOL, Ana Lúcia Weber. *Representações de Gênero na Publicidade Turística*. Dissertação (mestrado em Letras). Universidade Católica de Pelotas, Pelotas, 2004.

BLUTEAU, Raphael. *Vocabulario Portuguez & Latino*. Coimbra: Collegio das Artes da Companhia de Jesus, 1728, v. 4.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Nova ed. Carlos Nelson Coutinho (trad.). Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONETTIE, Alinne; FONTOURA, Natália; MARINS, Elizabeth. Sujeito de Direitos? Cidadania Feminina nos Vinte Anos da Constituição Cidadã. *Políticas Sociais: acompanhamento e análise*, Brasília, n. 17, v. 3, 2008, p. 199-257.

BORGES, Janice Silveira. *A Pré e a Pós Incidência da Personalidade Jurídica Frente ao Direito à Imagem*. Dissertação (mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2007.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Disponibilidade dos Direitos de Personalidade e Autonomia Privada*. São Paulo: Saraiva, 2005.

BÖSE, Martin. *Wirtschaftsaufsicht und Strafverfolgung*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2005.

BOULDING, Kenneth Ewart. *The Image: Knowledge in Life and Society*. Ann Arbor: University of Michigan Press, 1961.

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Manual de Direito do Consumidor: à luz da jurisprudência do STJ*. 4. ed. rev. atual. ampl. Salvador: Juspodivm, 2009.

BRAKE, Deborah L. Sex as a Suspect Class: an argument for applying strict scrutiny to gender discrimination. *Seton Hall Constitutional Law Journal*, v. 6, 1996, p. 953.

BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. *Anteprojeto da Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher*, 1987. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-69.pdf>>. Acesso em 15 mai. 2015.

_____. _____. *Atas da Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher*, Brasília, 1987.

_____. _____. *Atas da Comissão da Família, da Educação, Cultura e Esportes, da Ciência e Tecnologia e da Comunicação*, Brasília, 1987.

_____. _____. *Atas da Comissão de Redação*, 1988. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/constituente/redacao.pdf>>. Acesso em 18 mai. 2015.

_____. _____. *Atas da Comissão de Sistematização*, 1987. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/constituente/sistema.pdf>>. Acesso em 18 mai. 2015

_____. _____. *Atas da Subcomissão da Família, do Menor e do Idoso*, Brasília, 1987.

_____. _____. *Atas da Subcomissão de Ciência e Tecnologia e da Comunicação*, Brasília, 1987.

_____. _____. *Atas da Subcomissão dos Direito Políticos, Direitos Coletivos e Garantias*, Brasília, 1987.

_____. _____. *Atas da Subcomissão dos Direitos Políticos e Garantias Individuais*, Brasília, 1987.

_____. _____. *Diário da Assembleia Nacional Constituinte: suplemento “C”*, 1987. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/constituente/sistema.pdf>>. Acesso em 18 mai. 2015

_____. _____. *Emendas Oferecidas à Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher*, 1987. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-65.pdf>>. Acesso em 15 mai. 2015.

_____. _____. *Parecer e substitutivo da Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher*, 1987. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-66.pdf>>. Acesso em 15 mai. 2015.

_____. _____. *Proposta de Redação do Professor Celso Cunha*, 1988. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-constituente/comissoes-e-subcomissoes/comissao-de-redacao/proposta-de-redacao-celso-cunha-parte1>. Acesso em 18 mai. 2015

_____. Presidência da República. Secretaria de Políticas para as Mulheres. *Plano Nacional de Políticas para as Mulheres*. Brasília: Secretaria de Políticas para as Mulheres, 2013.

BRITTO, Igor Rodrigues. *Proteção dos Direitos Fundamentais da Criança na Sociedade de Consumo e o Controle da Atividade Publicitária no Brasil*. Dissertação (mestrado em Direito). Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, 2009.

BRITZ, Gabriele. *Einzelfallgerechtigkeit versus Generalisierung: Verfassungsrechtliche Grenzen statistischer Diskriminierung*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008.

_____. *Freie Entfaltung durch Selbstdarstellung*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007.

BROYLES, Patrick N. Intercontinental Identity: the right to the identity in the Louisiana Civil Code. *Louisiana Law Review*, v. 62, n. 2, 2005, p. 823-864.

BUCCI, Eugenio; AUGUSTO Jr., Silvio Nunes. A Liberdade de Imprensa e a Liberdade na Publicidade. *Comunicação, Mídia e Consumo*, São Paulo, v. 9, n. 24, 2012, p. 33-48.

CALDEIRA, Patrícia. Caracterização da Relação de Consumo: conceito de consumidor/fornecedor. teorias maximalista e finalista. análise dos artigos 1º a 3º, 17 e 29 do CDC. In: *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. Marcelo Gomes Sodré, Fabíola Meira, Patrícia Caldeira (Org.). São Paulo: Verbatim, 2009.

CALIL, Léa Elisa Silingowschi. *História do direito do trabalho da mulher: aspectos histórico-sociológicos do início da República ao final deste século*. São Paulo: LTr, 2000.

CALMON, Pedro. *História Social do Brasil: a época republicana*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, v. 3.

CAMARGO, Rodrigo Eduardo. *Os Direitos à Imagem e à Privacidade e a Retórica da Liberdade*. Dissertação (mestrado em Direito). Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2013.

CAMPANHA Detergente Veja Ação Profunda – Crianças. In: *Youtube*, 18 set. 2012. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=jCX3CwPg3oc>> Acesso em 25. Set. 2015.

CAMPANHA Veja Desengordurante. In: *Youtube*, 23 ago. 2011. Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=ih_AXvDgbT4>. Acesso em 25 set. 2015.

CAMPANHA Veja Panos Umedecidos. In: *Youtube*, 23 ago. 2011. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=CuKfg261jW4>>. Acesso em 25 set. 2015.

CAMPOS, Maria Luiza de Saboia. *Publicidade: responsabilidade civil perante o consumidor*. São Paulo: Cultural Paulista, 1996.

CANARIS, Claus-Wilhelm. Grundrechte und Privatrecht. In: *Archiv für die civilistische Praxis*, v. 184, n. 3, 1984, p. 201-246.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARPANEZ, Juliana. Ativismo Digital. In: *TAB Uol*, 19 out. 2015. Disponível em: <<http://tab.uol.com.br/ativismo-digital/>>. Acesso em 20 out. 2015.

CARVALHO, Gilmar de. *Publicidade em Cordel: o mote do consumo*. São Paulo: Annablume, 2002.

CARVALHO, Ivan Lira de; DANTAS, Rafael Levino. Direito ao Esquecimento: delineamentos a partir de um estudo comparativo de *leading cases* das jurisprudências alemã e brasileira. In: *Direitos Fundamentais e Democracia I*. Ednilson Donisete Machado, Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira (org.). Florianópolis: FUNJAB, 2013, p. 336-359.

CARVALHO, Ivo César Barreto de. A Tutela dos Direitos da Personalidade no Brasil e em Portugal. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, Lisboa, n. 3, 2013, p. 1779-1820.

CARVALHO, Lucas Borges de. *O Controle Público sobre a Programação da TV no Brasil: entre a censura, a democracia e a liberdade de expressão*. Tese (doutorado em Direito). Universidade de Brasília, Brasília, 2015.

CASTELLS, Manuel. *Redes de Indignação e Esperança: movimentos sociais na era da internet*. Carlos Alberto Medeiros (trad.). São Paulo: Zahar, 2013.

CASTRO, Maria Helena Steffens de. *O Literário como Sedução: a publicidade na Revista do Globo*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004.

CASTRO, Mônica Neves Aguiar da Silva. *Honra, Imagem, Vida Privada e Intimidade, em colisão com outros direitos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

CATES, James A. *Serving the Amish: a cultural guide for professionals*. Baltimore: John Hopkins University, 2014.

CAVENAGHI, Airton José. Niépce: “a invenção que fiz...”. *Domínios da Imagem*, Londrina, n. 3, 2008, p. 7-18.

CAZARRÉ, Marieta. Mulheres Transexuais se Reúnem em Brasília para Debater Políticas Públicas. In: *EBC*, 11 set. 2015. Disponível em: <<http://www.ebc.com.br/cidadania/2015/09/mulheres-transexuais-se-reunem-em-brasilia-para-debater-politicas-publicas>>. Acesso em 25 out. 2015.

CHAISE, Valéria Falcão. *A Publicidade em Face do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2001.

CHAVES, Antônio. Direito à Própria Imagem. *Revista da Faculdade de Direito da USP*, v. 67, 1972, p. 45-75.

CHEUNG, ANNE S. Y. Rethinking Public Privacy in the Internet Era: a study of virtual persecution by the Internet crowd. *The Journal of Media Law*, v. 1, n. 2, 2009, p. 191-217.

CIFUENTES, Carolina González. El Derecho a la Intimidad de los Altos Cargos: limitaciones y control patrimonial. Tese (doutorado em Direito). Universidad de Salamanca, Salamanca, 2011.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. Liberdade de Expressão, de Informação e Propaganda Comercial. *Revista Crítica Jurídica*, n. 24, 2005, p. 257-300.

COELHO, Inocêncio Mártires. As Ideias de Peter Häberle e a Abertura da Interpretação no Direito Constitucional Brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 211, 1998, p. 125-134.

COLOMA, Aurelia María Romero. *Honor, Intimidad e Imagen de las Personas Famosas*. Madri: Civitas, 2001.

COLOMBO, Sylvia. Simpatia do Brasileiro é um Mito, Diz Sociólogo Manuel Castells. In: *Folha de São Paulo*, 18 mai 2015. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2015/05/1630173-internet-so-evidencia-violencia-social-brasileira-afirma-sociologo-espanhol.shtml>>. Acesso em 13 jul. 2015.

COMUNIDADE ECONOMICA EUROPEIA. *Diretiva 89/552*. Conselho Europeu: Luxemburgo, 1989. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31989L0552:EN:HTML>>. Acesso em 24 out. 2015.

CONGRESSO EM FOCO. *Ministra Diz que Alta Mortalidade de Jovens Negros é Reflexo do Racismo*. Disponível em: <<http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/ministra-diz-que-alta-mortalidade-de-jovens-negros-e-reflexo-do-racismo-no-brasil/>>. Acesso em 27 jul. 2015.

CORNACCHIONI, Paulo Sérgio. Liberdade de Expressão Não Protege Propaganda. *Revista Consultor Jurídico*, 07 mar. 2009. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-mar-07/propaganda-comercial-nao-protetida-liberdade-expressao>>. Acesso em 12 set. 2015.

CORREA, Rui César Publio B. *Direito de Proteção à Imagem nas Relações de Trabalho*. Tese (doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Case of Reklós and Davourlis v. Greece*, julg. 15.01.2009. Disponível em: <

CRUZ, Marco Aurélio Rodrigues da Cunha e. El Concepto Constitucional del Derecho a la Propia Imagen en España y en Brasil. *Espaço Jurídico Journal of Law*, Chapecó, v. 14, n. 2, 2013, p. 349-384.

_____. El Concepto Constitucional del Derecho a la Propia Imagen en Portugal, España y Brasil. *Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, Sevilha, vol. 11, n. 22, 2009, p. 17-50.

CUNHA JR., Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. rev. ampl. atual. Salvador: Juspodivm, 2013.

CZECH, Andrezza. Publicidade Começa a Dar Primeiros Passos para Deixar de Ser Machista. In: *Uol Mulher*, 03 set. 2015. Disponível em: <<http://mulher.uol.com.br/comportamento/noticias/redacao/2015/09/03/publicidade-comeca-a-dar-primeiros-passos-para-deixar-de-ser-machista.htm>>. Acesso em 25 set. 2015.

DANTAS, Miguel Calmon. *Constitucionalismo Dirigente e Pós-Modernidade*. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Direito Fundamental ao Máximo Existencial*. Tese (doutorado em Direito). Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2011.

DAVID, René. *O Direito Inglês*. 2. ed. Eduardo Brandão (trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2006.

DIAS, Felipe da Veiga; REIS, Jorge Renato dos. Os Direitos de Personalidade e a Hermenêutica Constitucional: uma abordagem (a partir do giro linguístico ontológico) acerca dos limites comunicativos na sociedade da informação. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Itajaí, v.7, n.2, 2012, p. 1491-1521.

DIAS, Fernando Lacerda. Os Limites Jurídicos à Publicidade de Bebidas Alcoólicas. *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, Brasília, n. 35, 2011, p. 157-204.

DICHTER, Ernest. What's in an Image. *Journal of Consumer Marketing*, v. 2, n. 1, 1985, p. 75-81.

DICIONÁRIO DE PORTUGUÊS MICHAELIS. *Imagem*. Recurso eletrônico. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?palavra=imagem>>. Acesso em 18 mai. 2015.

DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento*. 13. ed. rev. ampl. atual. Salvador: Juspodivm, 2011, v. 1.

_____. O Direito Fundamental ao Devido Processo Legal e a Exclusão do Sócio: notas ao art. 57 do Código Civil. In: *Direitos Fundamentais e Reflexos nas Relações Sociais*. Rodolfo Pamplona Filho, Salomão Resedá (org.). Salvador: Paginae, 2010, p. 47-52.

DÍEZ-PICAZO, Luís Maria. *Sistema de Derechos Fundamentales*. 3. ed. Pamplona: Thomson Civitas, 2008.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 5. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Atlas, 2014.

DOVE. Shampoo Dove Men Care(?). In: *Youtube*, 02 set. 2014. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=_sDOWK1tLEM>. Acesso em 22 nov. 2015.

DUCCESCHI, Ermanno. *O Homem e a Própria Imagem*. Porto Alegre: Sulina, 1977.

DÜRIG, Günter. Direitos Fundamentais e Jurisdição Civil. Luis Afonso Heck (trad.). In: *Direitos Fundamentais e Direito Privado: textos clássicos*. Luis Afonso Heck (org.). Porto Alegre: Fabris, 2011, p. 13-50.

DUVAL, Hermano. *Direito à imagem*. São Paulo: Saraiva, 1988.

DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law: the moral reading of the American constitution*. Oxford: Oxford University Press, 1996.

_____. *O Império do Direito*. Jeferson Luiz Camargo (trad.). 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

EFING, Antônio Carlos; BERGSTEIN, Laís Gomes; GIBRAN, Fernanda Mara. A Ilícitude da Publicidade Invisível sob a Perspectiva da Ordem Jurídica de Proteção e Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 81, 2012, p. 91-116.

ELISON, Larry M.; NETTIKSIMMONS, Dennis. Right of Privacy. *Montana Law Review*, n. 48, 1987, p. 01-52.

ELSEN, Hilke. *Bibliographie Neologismus mit Lehnwortschatz*. Recurso eletrônico. Munique, 2011. Disponível em: <http://epub.ub.uni-muenchen.de/12130/1/Elsen_Hilke_Neologismus.pdf>. Acesso em 13 mai. 2015.

ENGELS, Friedrich. *The Origin of the Family, Private Property and the State*. Chippendale: Resistance Books, 2004.

ESCREVA Lola escreva. *Por que ainda torço o nariz pro feminismo*, 20 mai. 2015. Disponível em: <<http://escrevalolaescreva.blogspot.com.br/2015/05/por-que-ainda-torco-o-nariz-pro.html>>. Acesso em 21 jul. 2015.

ESPANHA. Tribunal Constitucional da Espanha. *Sentencia 134/1999*, de 15 de julho de 1999. Disponível em: <<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/3876>>. Acesso em 10 mai. 2015.

ESTADÃO. *Premiê Ganha com Imagem de Honesto*, 12.05.2015. Disponível em: <<http://internacional.estadao.com.br/noticias/geral,premie-ganha-com-imagem-de-honesto-imp-,1165425>>. Acesso em 21 mai. 2015.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. *Valentine v. Chrestensen*, 316 U.S. 52, 1942. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/316/52/case.html>>. Acesso em 13 set. 2015.

_____. _____. *Virginia State Pharmacy Board v. Virginia Citizens Consumer Council*, 425 U.S 748, 1976. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/425/748/>>. Acesso em 13 set. 2015.

EUFRÁZIO, Ana. Estupradores em Potencial. In: *A Gota D'Água*, 22 já. 2015. Disponível em: <<http://anaeufrazio.blogspot.com.br/2015/01/estupradores-em-potencial-indonesia-mulher-estuprada-8-homnes-pesquisa-com-universitarios-EUA.html>>. Acesso em 21 jul. 2015.

EXPERIMENTE Veja Desengordurante. In: *Youtube*, 19 ago. 2015. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=EaneIzvks8>>. Acesso em 25 set. 2015.

FACHIN, Zulmar Antônio. Informação, Imagem e Princípio da Proporcionalidade. *UNOPAR Científica, Ciência Jurídicas e Empresariais*, Londrina, v. 2, n. 1, 2001, p. 189-195.

FARBER, Daniel A.; SHERRY, Suzanna. *Judgment Calls: principle and politics in constitutional law*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2009.

FARHAT, Saïd. *Lobby, o que é, como se faz: ética e transparência na representação junto a governos*. São Paulo: Peirópolis, 2007.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: parte geral e LINDB*. 11. ed. rev. ampl. atual. Salvador: Juspodivm, 2013, v. 1.

FAVORETTI, Jaciely. A Igualdade para Todos. *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, Brasília, n. 39, 2012, p. 281-306.

FELIZ, Luisa. Fashion Junkie?, 25 mai. 2010. In: *Lula Happy*. Disponível em: <<https://lulahappy.wordpress.com/2010/05/25/fashion-junkie/>>. Acesso em 07 set. 2015.

FEMINISTAS REVOLUCIONÁRIAS. Emma Watson Sobre o Feminismo. In: *Facebook*, 13 jul. 2015. Disponível em: <<https://www.facebook.com/FeministaRevolucionaria/photos/a.1426924547573178.1073741829.1426897154242584/1591659851099646/?type=1&theater>>. Acesso em 15 jul. 2015.

FERNANDES, Sérgio Ricardo de Arruda. Breves Considerações sobre as Ações Coletivas Contempladas no CDC. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 14, 1995, p. 95.

FERRÃO, Brisa Lopes de Mello. *A Dimensão Coletiva do Direito Individual à Imagem de Indivíduos Pertencentes a Grupos Sociais Vulneráveis ou o Direito à Imagem de Minorias*. Tese (doutorado em Direito). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

FERREIRA, Pinto. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. ampl. atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

FIGUEIREDO, Candido de. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*. 2. ed. Lisboa: Livraria Clássica, 1913.

FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de Direitos do Consumidor*. 9. ed. rev. ampl. sist. atual. São Paulo: Atlas, 2007.

FISCHER, Douglas. O que é Garantismo Penal (Integral)?. In: *Garantismo Penal Integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil*. 2. ed. Bruno Calabrich, Douglas Fischer, Eduardo Pelella (org.). Salvador: Juspodivm, 2013, p. 29-56.

FRANCIULLI NETTO, Domingos. A Proteção ao Direito à Imagem e a Constituição Federal. *Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva*, v. 16, n. 1, 2004, p. 19-39.

FREITAS, Riva Sobrado; CASTRO, Matheus Felipe. Liberdade de Expressão e Discurso do Ódio: um exame sobre as possíveis limitações à liberdade de expressão. *Revista Sequência*, Florianópolis, n. 66, 2013, p. 327-355.

- FROMM, Erich. Sex and Character. *Psychiatry: interpersonal and biological processes*, v. 6, n. 1, 1943, p. 21-31.
- FROTA, Hidemberg Alves da. A Proteção da Vida Privada, da Intimidade e do Segredo no Direito Brasileiro e Comparado. *Revista Jurídica UNIJUS*, Uberaba, v. 9, n. 11, 2006, p. 79-108.
- GABRIELLI, Lourdes; HOFF, Tânia. O corpo nas imagens midiáticas que tematizam o esporte. *Revista Galáxia*, São Paulo, n. 14, 2007, p. 111-121.
- GALLAGHER, James. Suicide in men 'highest since 2001'. In: *BBC NEWS*, 19 fev. 2015. Disponível em: <<http://www.bbc.com/news/health-31533551>>. Acesso em 21 jul. 2015.
- GARCÍA, Clemente García. *El Derecho a la Intimidad y Dignidad en la Doctrina del Tribunal Constitucional*. Murcia: Universidade de Murica, 2003.
- GASCÓ, Francisco de Paula Blasco. Algunas Cuestiones Del Derecho a la Propia Imagen. In: *Bienes de la Personalidad*. Murcia: Universidad de Murcia, 2008, p. 13-92.
- GAVENAS, Cláudia. Machismo da Mulher. In: *Blogueiras Feministas*, 22 ago. 2011. Disponível em: <<http://blogueirasfeministas.com/2011/08/machismo-da-mulher/>>. Acesso em 21 jul. 2015.
- GIACOMINI FILHO, Gino. *Consumidor Versus Propaganda*. São Paulo: Summus, 1991.
- GIDI, Antônio. Legitimidade para Agir em Ações Coletivas. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 14, 1995, p. 52-66.
- GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *A Liberdade de Imprensa e os Direitos de Personalidade*. São Paulo: Atlas, 2001.
- GOFFMAN, Erving. *Gender Advertisements*. Nova Iorque: Harper Torchbooks, 1987.
- GOMES, Joaquim B. Barbosa. A Recepção do Instituto da Ação Afirmativa pelo Direito Constitucional Brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 151, 2001, p. 129-152.
- GOMES, Neusa Demartini. Publicidade ou Propaganda? É isso aí!. *Revista Famecos*, Porto Alegre, n. 16, 2001, p. 111-121.
- GOMIDE, Raphael. As Filhas de Servidores que Ficam Solteiras para Ter Direito a Pensão do Estado. *Época*, 19 nov. 2013. Disponível em: <<http://epoca.globo.com/vida/noticia/2013/11/filhas-de-servidores-que-ficam-solteiras-para-ter-direito-bpensao-do-estadob.html>>. Acesso em 24 jul. 2015.
- GRAF, Klaus. Kulturgut Muss Frei Sein. *Kunstchronik*, n. 60, 2007, p. 507-510.
- GREGÓRIO, Carlos Eduardo Rollo. A Prevalência do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana em Conflito com Regra Constitucional: um estudo de caso. *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, Brasília, n. 32-33, 2010, p. 11-34.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Os Processos Coletivos nos Países de Civil Law. In: *Os Processos Coletivos nos Países de Civil Law e Common Law: uma análise de direito comparado*. Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe, Linda Mullenix (org.). 2. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *Inviolabilidade do Domicílio na Constituição*. São Paulo: Malheiros, 1993.

GUERRA JÚNIOR, Antonio Lemes; BLASQUE, Roberta Maria Garcia. A Estereotipização da Mulher em Propagandas de Automóveis: uma abordagem diacrônica. *Identidade Científica*, v. 3, n. 1, 2010, p. 15-32.

GUTIÉRREZ, Ignacio Gutiérrez. *Dignidad de La Persona y Derechos Fundamentales*. Madri: Marcial Pons, 2005.

HÄBERLE, Peter. *Constituição e Cultura: o direito ao feriado como elemento de identidade cultural do estado constitucional*. Marcos Augusto Maliska, Elisete Antoniuk (trad.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

HAUCH, Jeanne M. Protecting Private Facts in France: the Warren & Brandeis tort is alive and well and flourishing in Paris. *Tulane Law Review*, n. 68, 1994, p. 1219.

HAUFF, Thomas. Braucht Münster ein neues Image? Empirische Befunde zum Selbst- und Fremdbild als Grundlage eines Integrierten Stadtentwicklungs- und Stadtmarketingkonzeptes. In: *Beiträge zur Geographischen Stadt- und Regionalforschung*. Carola A. Bischoff, Christian Krajewski (org.). Münster, 2003, p. 43-56.

HESPANHA, António Manuel. A Nobreza nos Tratados Jurídicos dos Séculos XVI a XVIII. *Revista Fazer e Desfazer a História*, Lisboa, n. 12, 1993, p. 27-42.

HOBBSAWM, Eric. Era dos Extremos: o breve século XX: 1914-1991. 2. ed. Marcos Santarrita (trad.). São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

HOFF, Tânia Marcia Cezar. Corpo Masculino: publicidade e imaginário. *Revista Eletrônica E-Compós*, v. 1, 2004, p. 1-16. Disponível em: <<http://compos.org.br/seer/index.php/e-compos/article/view/24/25>>. Acesso em 12 set. 2015.

HOLLIFIELD, Ann. Advertising Lowers Prices for Consumers. In: *Advertising and Society: an introduction*. 2. ed. Carol J. Pardum (org.). Malden: Wiley Blackwell, 2014, p. 12-16.

HORTA, Oscar. Distintas Dimensiones de la Igualdad. *Revista Internacional de Filosofia Astrolabio*, n. 15, 2013, p. 235-241.

HUNT, Chris D. L. Privacy in the Common Law: a critical appraisal of the Ontario Court of Appeal's decision in Jones v. Tsige. *Queen's Law Journal*, v. 37, n. 2, 2012, p. 661-691.

HYPERMARCAS. Merthiolate, 201?. In: *Youtube*, 16 ago. 2013. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=AXmNpdifMqY>>. Acesso em 25 out. 2015.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Síntese de Indicadores Sociais: uma análise das condições de vida da população brasileira: 2007*. Rio de Janeiro: IBGE, 2007. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/condicaoodevida/indicadoresminimos/sinteseindicais2007/indic_sociais2007.pdf>. Acesso em 24 jul. 2015.

_____. *Síntese de Indicadores Sociais: uma análise das condições de vida da população brasileira*. Rio de Janeiro: IBGE, 2014. Disponível em: <ftp://ftp.ibge.gov.br/Indicadores_Sociais/Sintese_de_Indicadores_Sociais_2014/SIS_2014.pdf>. Acesso em 24 jul. 2015.

JHALLY, Sut. What's Wrong with a Little Objectification?. In: *Media/Cultural Studies: critical approaches*. Rhonda Hammer, Douglas Kellner (org.). Nova Iorque: Peter Lang, 2009, p. 313-323.

JOLY, Martine. *Introdução à Análise da Imagem*. 11. ed. Marina Appenzeller (trad.). Campinas: Papirus, 1996.

KAISER. Sogro. In: *Youtube*, 24 abr. 2015. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=o9nuNaK-VGM>>. Acesso em 22 nov. 2015.

KAMLOT, Daniel. Persuasão: a essência da propaganda. *Marketing*, mar. 2012, p. 63-71.

_____; GOUVEIA, Tania Almeida; GOUVEIA, Ana Luisa Ostmann. Propaganda Enganosa na Internet: percepções por meio de mapas de calor. *Caderno Profissional de Administração*, v. 5, n. 1, 2015, p. 59-75.

KANT, Immanuel. *Crítica da Faculdade do Juízo*. Valerio Rohden; Antonio Marques (trad.). 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. João Baptista Machado (trad.). 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

KERGOAT, Daniéle. Divisão Sexual do Trabalho e Relações Sociais de Sexo. Miriam Nobre (trad.). In: *Trabalho e Cidadania Ativa para as Mulheres: Desafios para as Políticas Públicas*. São Paulo: Coordenadoria Especial da Mulher, 2003, p. 55-69.

KLUGE, Friedrich. *Etymologische Wörterbuch der deutschen Sprache*. Estrasburgo: Karl F. Trübner, 1899.

KNOLL, Graziela Frainer. Discursos de Gênero na Publicidade: análise crítica de textos publicitários em revistas. *Revista Sociais e Humanas*, Santa Maria, v. 25, n. 2, 2012, p. 239-252.

KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandez. As Liberdades de Expressão e de Imprensa na Jurisprudência do STF. In: *Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica*. Daniel Sarmento; Ingo Wolfgang Sarlet (coord.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 391-447.

KOMMERS, Donald P.; MILLER, Russel A. *Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*. 3. ed. Durham: Duke University Press, 2012.

LAPA, Nádia. O que as Feministas não Aguentam Mais Ouvir. *Carta Capital*, 11 out. 2013. Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/blogs/feminismo-pra-que/o-que-as-feministas-nao-aguentam-mais-ouvir-7319.html>>. Acesso em 24 jul. 2015

LARA, Bruna de. Mulheres podem ser machistas?. In: *Não Me Kahlo*, 04 jun. 2015. Disponível em: <<http://www.naomekahlo.com/#!/Mulheres-podem-ser-machistas/c1a1n/5567ed6d0cf235f81962239d>>. Acesso em 22 jul. 2015.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. José Lamego (trad.). 7. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2014.

LEME, Lino de Moraes. As Relações Jurídicas dos Cônjuges. *Revista da Faculdade de Direito da USP*, v. 50, 1955, p. 104-116.

LEWINSKI, Kai von. *Die Matrix des Datenschutzes: besichtigung und ordnung eines begriffsfeldes*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2014.

LINHA Veja Especialistas. In: *Youtube*, 04 abr. 2014. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=qUTaYcJAx2I>>. Acesso em 26 set. 2015.

LOCKE, John. *Segundo Tratado Sobre o Governo Civil e Outros Escritos: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil*. 3. ed. Magda Lopes, Marisa Lobo da Costa (trad.). Petrópolis: Vozes, 2001.

LOGEAIS, Elisabeth; SCHROEDER Jean-Baptiste. *The French Right of Image: an ambiguous concept protecting the human persona*, *Loyola of Los Angeles Entertainment Law Review*, v. 18, 1998, p. 511-542.

LOPES, Maria Elizabete Vilaça. O Consumidor e a Publicidade. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 1, 1992, p. 149-183.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da Decisão Judicial: fundamentos de direito*. 2. ed. rev. Bruno Miragem (trad.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

LOSANO, Mario G. *Os Grandes Sistemas Jurídicos*. Marcela Varejão (trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2007.

LOUIS, Marie-Victoire. Diga-me: o que significa gênero?. Ana Liési Thurler (trad.). *Revista Sociedade e Estado*, v. 21, n. 3, 2006, p. 711-724.

LOUREIRO, Henrique Vergueiro. *Direito à Imagem*. Dissertação (mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2005.

LYNCH, Christian Edward Cyril. Entre o Leviatã e o Beemote: soberania, constituição e excepcionalidade no debate político dos séculos XVII e XVIII. *Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 53, n. 1, 2010, p. 55-90.

LYSARDO-DIAS, Dylia. A Construção e a Desconstrução de Estereótipos pela Publicidade Brasileira. *Stockholm Review of Latin American Studies*, n. 2, 2007, p. 25-35.

MAC CRORIE, Benedita. *Os Limites da Renúncia a Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares*. Coimbra: Almedina, 2013.

MACHADO, Sandra de Souza. Estereótipos: culturas mal (in)formadas – o construto do (falso) ideal feminino em publicidade e propaganda. In: *Estudos Feministas e de Gênero: articulações e perspectivas*. Cristina Stevens, Susane Rodrigues de Oliveira, Valeska Zanello. Florianópolis: Mulheres, 2014, p. 424-438.

MAGALHÃES, Breno Baía. O Próximo Degrau: o direito à vida na jurisprudência do STF e a Criminalização do Aborto. In: *STF e Direitos Fundamentais: diálogos contemporâneos*. Robério Nunes dos Anjos Filho (org.). Salvador: Juspodivm, 2013, p. 105-138.

MAGATÃO, Karina da Silva. Tutela Ressarcitória Específica: uma perspectiva do direito fundamental à tutela efetiva. *Revista de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIPAR*, v. 12, n. 2, 2009, p. 451-468.

MAMEHA. *Por que as feministas não lutam pelo alistamento militar obrigatório?*, 26 mai. 2014. Disponível em: <<https://mamehame.wordpress.com/2014/06/23/por-que-as-feministas-nao-lutam-pelo-alistamento-militar-obrigatorio/>>. Acesso em 15 jul. 2015.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Ação Civil Pública Trabalhista: análise de alguns pontos controvertidos. *Revista do MPT*, Brasília, ano VI, n. 12, 1996, p. 28-45.

_____. *Interesses Difusos: conceito e legitimação para agir*. 6. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARANHA, Fernanda. Sete Situações em que Mulheres Reforçam o Machismo contra Elas. *IG*, 07 mar. 2015. Disponível em: <<http://delas.ig.com.br/comportamento/2015-03-07/sete-situacoes-em-que-mulheres-reforcam-machismo-contras-elas.html>>. Acesso em 21 jul. 2015.

MARCACINI, Daniela Tavares Rosa. *O Abuso do Direito*. Dissertação (mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2006.

MARETTI, Luis Marcello Bessa. A Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares. *Revista de Direito Público*, Londrina, v. 5, n. 3, 2010, p. 81-99.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação de Tutela*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. Da Teoria da Relação Jurídica Processual ao Processo Civil do Estado Constitucional. In: *A Constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Cláudio Pereira de Souza Neto; Daniel Sarmento (coord.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 509-539.

MARISCO, Francele Moreira. *Direito à Imagem e Possibilidades Repersonalizadoras do Direito Privado: a problemática dos contratos de imagem dos atletas profissionais de futebol*. Dissertação (mestrado em Direito). Universidade do Vale dos Sinos, São Leopoldo, 2009.

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

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____; BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARSHALL, Leandro. *O Jornalismo na Era da Publicidade*. São Paulo: Summus, 2003.

MARTEL, Leticia de Campos Velho. Hierarquização de Direitos Fundamentais: a doutrina da posição preferencial na jurisprudência da Suprema Corte norte-americana. *Revista Sequência*, v. 25, n. 48, 2004, p. 91-117.

MARTINS, Irena Carneiro. Os Direitos Fundamentais, as Responsabilidades do Acionista Controlador e o Caráter imperativo do Artigo 116, parágrafo único, da Lei das S.A. In: *Direitos Fundamentais e Reflexos nas Relações Sociais*. Rodolfo Pamplona Filho, Salomão Resedá (org.). Salvador: Paginae, 2010, p. 53-62.

MARX, Ivan Cláudio. Discriminação: algumas questões atuais. *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, Brasília, n. 37, 2012, p. 13-35.

MAZON, Marília. O Controle e a Prevenção do Dano ao Consumidor Perante a Publicidade Abusiva. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 78, 2011, p. 225-267.

MCKENNA, Bruce A. False Light: invasion of privacy?. *Tulsa Law Journal*, vol. 15, n. 1, 1979, p. 113-140.

MELO, Karine Carvalho dos Santos. A Concretização das Proteções Constitucionais Antidiscriminatórias no Trabalho da Mulher. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, Belo Horizonte, v. 44, n. 74, 2006, p. 27-51.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira. Colisão de Direitos Fundamentais: liberdade de expressão e de comunicação e direito à honra e à imagem. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 31, n. 122, 1994, p. 297-301.

_____; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENEZES, Cynara. *Acho Simples....* In: *Twitter*, 03 fev. 2015. Disponível em: <<https://twitter.com/cynaramenezes/status/562783149164621827>>. Acesso em 21 jul. 2015.

MEYER, Dagmar Estermann. Teorias e Políticas de Gênero: fragmentos históricos e desafios atuais. *Revista Brasileira de Enfermagem*, Brasília, v. 57, n. 1, 2004, p. 13-18.

MIGUEL, Luis Felipe; QUEIROZ, Cristiana Monteiro de. Diferenças regionais e o êxito relativo de mulheres em eleições municipais no Brasil. *Revista Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 14, n. 2, 2006, p. 363-385.

MIRANDA, Cynthia Mara. A Construção do Ideal de Beleza Feminina em Peças Publicitárias Audiovisuais. In: *Estudos Feministas e de Gênero: articulações e perspectivas*. Cristina Stevens, Susane Rodrigues de Oliveira, Valeska Zanello. Florianópolis: Mulheres, 2014, p. 439-448.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Vilson Rodrigues Alves (atual.). Campinas: Bookseller, 2000, v. 7.

MONCADA, Luís S. Cabral de. *Ensaio sobre a lei*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

MONTEIRO, Maria Clara. A Legitimidade do CONAR e a Participação da Esfera Pública na Discussão da Publicidade para Criança. *Revista do Programa de Pós-graduação em Comunicação da Universidade Federal da Paraíba*, v. 8, n. 1, 2015, p. 216-228.

MONTESQUIEU. Barão de La Brède e de. *O espírito das leis*. 2.ed. Cristina Murachco (trad.). São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional*. 6. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2007.

MORAES, Walter. Direito à Própria Imagem, I. *Revista dos Tribunais*, v. 443, 1972, p. 64-81.

_____. Direito à Própria Imagem, II. *Revista dos Tribunais*, v. 444, 1972, p. 11-28.

MOTTA JUNIOR, Eduardo de Carvalho. Controle Jurisdicional de Políticas Públicas e as Limitações do Atual Modelo de Processo Civil. *Observatório da Jurisdição Constitucional*, Brasília, ano 6, v. 1, 2013, p. 44-61.

MOURA, Renata Bellé de. *A Igualdade Jurídica e a Desigualdade Fática nas Relações de Trabalho Entre os Gêneros*. Monografia (graduação em Direito). Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2013.

NATURA. Carioca da Gema. In: Youtube, 21 nov. 2013. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=FaGNTbnWsmU>>. Acesso em 22 nov. 2015.

NIGRI, Deborah Fisch; GANDELMAN, Silvia Regina Dain. The Right of Publicity in the Brazilian Legal System, *Loyola of Los Angeles Entertainment Law Review*, v. 18, 1998, p. 469-486.

NIMMER, Melville B. The Right of Publicity. *Law and Contemporary Problems*, v. 19, 1954, p. 203-223.

NIPPERDEY, Hans Carl. Direitos Fundamentais e Direito Privado. Waldir Alves (trad.). In: *Direitos Fundamentais e Direito Privado: textos clássicos*. Luis Afonso Heck (org.). Porto Alegre: Fabris, 2011, p. 51-70.

_____. Livre Desenvolvimento da Personalidade. Luis Afonso Heck (trad.). In: *Direitos Fundamentais e Direito Privado: textos clássicos*. Luis Afonso Heck (org.). Porto Alegre: Fabris, 2011, p. 71-90.

NOVAES, Carlos Eduardo; LOBO, César. *História do Brasil para Principiantes*. 4. ed. São Paulo: Ática, 2003.

NUNES, Rizzatto. *Curso de Direito do Consumidor*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Publicidade Comercial: proteção e limites na Constituição de 1988*. São Paulo: Verbatim, 2015.

_____. SERRANO, Yolanda Alves Pinto. *Código de Defesa do Consumidor Interpretado: doutrina e jurisprudência*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

O'BARR, William M. Representations of Masculinity and Femininity. In: *Advertising & Society Review*, 2006, disponível em: <https://muse.jhu.edu/journals/advertising_and_society_review/v007/7.2unit07.html>. Acesso em 22 set. 2015.

O DIA. Vereadora Crítica Casamento Gay e Defende “Mulher Submissa ao Homem”. *IG*, 05 jun. 2013. Disponível em: <<http://odia.ig.com.br/noticia/brasil/2013-06-05/vereadora-critica-casamento-gay-e-defende-mulher-submissa.html>>. Acesso em 03 set. 2015.

O MENTIROSO. Direção: Tom Shadyac. Produção: Bryan Grazer. Roteiro: Paul Guay, Stephen Mazur. Los Angeles: Universal Studios, 1997. 86 min., color.

OLIVEIRA, James Eduardo. *Código de Defesa do Consumidor: anotado e comentado: doutrina e jurisprudência*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 461.

OLIVEIRA, Luciana Estevan Cruz de. Os Princípios da Igualdade e da Não Discriminação Diante da Autonomia Privada: o problema das ações afirmativas. *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, Brasília, n. 37, 2012, p. 141-168.

OLIVEIRA FILHO, João Glicério de. *A Hierarquização dos Princípios da Ordem Econômica na Constituição Federal de 1988*. Tese (doutorado em Direito). Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2012.

OLIVETTO, Washington. Publicidade Também é Cultura. In: *Autorregulamentação e Liberdade de Expressão: a receita do Conar*. São Paulo: Conar, 2011, p. 9-12. p. 10. Disponível em: <<http://www.conar.org.br/LivroCONAR.pdf>>. Acesso em 14 set. 2015.

OTTONE, Ernesto. Las Nuevas Dimensiones de la Igualdad. *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, v. 40, 2004, p. 155-177.

PALACIOS, Annamaria da Rocha Jatobá. *Velhice, palavra quase proibida; terceira idade, expressão quase hegemônica*: apontamentos sobre o conceito de mudança discursiva na publicidade contemporânea, 2006, p. 1-22. Disponível em: <<http://bocc.ubi.pt/pag/palacios-annamaria-velhice-palavra-proibida.pdf>>. Acesso em 16 ago. 2015

PALOMBELLA, Gianluigi. *Filosofia do Direito*. Ivone C. Benedetti (trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PAPROTTA, Geedo. *Anwählte und ihr Ansehen. Mittelbayerische*, 15 fev. 2014. Disponível em: <<http://www.mittelbayerische.de/region/neu-markt/anwaelte-und-ihr-ansehen-21101-art1018942.html>>. Acesso em 29 abr. 2015.

PARILLI, Ricardo Antequera. *Derechos Intelectuales y Derecho a la Imagen en la Jurisprudencia Comparada*. Madri: Reus, 2012.

PASSOS, Aline Araújo. Ações Coletivas e Implementação de Políticas Públicas para a Tutela de Direitos Fundamentais. In: *Leituras Complementares de Constitucional: direitos humanos e direitos fundamentais*. Marcelo Novelino (org.). 4. ed. ampl. rev. atual. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 477-495.

PATAI, Daphne. *Heterophobia: sexual harassment and the future of feminism*. Oxford: Rowman & Littlefield, 1998.

_____. Rhetoric and Reality in Women's Studies. *Gender Issues*, v. 19, n. 2, 2001, p. 21-60.

PAULILO, Maria Ignez S. Trabalho Familiar: uma categoria esquecida de análise. *Revista Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 12, n. 1, 2004, p. 229-252.

PEDRO, Antônio; LIMA, Lizânias de Souza. *História da Civilização Ocidental*. São Paulo: FTD, 2004.

PEPSI BRASIL. Pode Ser Agora: Renato Gaúcho(?). In: *Youtube*, 08 abr. 2015. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=iTL7KekzjzE>>. Acesso em 16 nov. 2015.

PEREIRA, Adriana Lopes. Consumidor e a Mídia de Massa. In: *O Consumidor: objeto da cultura*. Denise Macedo Ziliotto (org.). Petrópolis: Vozes, 2003, p. 79-84.

PEREIRA, Francisco Costa; VERÍSSIMO, Jorge. A Mulher na Publicidade e os Estereótipos de Gênero. In: *Comunicação e Cidadania: actas do 5º Congresso da Associação Portuguesa de Ciências da Comunicação*. Braga: Centro de Estudos de Comunicação e Sociedade, 2007, p. 893-904.

PERELMAN, Chaim; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. Maria Ermanita de Almeida Prado Galvão (trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PÉREZ, Alejandro G. Gorosito. Exégesis del Derecho a la Propia Imagen. *Lecciones y Ensayos*, Buenos Aires, n. 83, 2007, p. 253-271.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Dimensiones de la Igualdad*. 2. ed. Madri: Dykinson, 2007.

_____. Las Generaciones de Derechos Humanos. *Revista Direitos Emergentes na Sociedade Global*, Santa Maria, v. 2, n. 1, 2013, p. 163-196.

PESSOA, Flávia Moreira Guimarães. A Aplicabilidade Direta dos Direitos Fundamentais nas Relações de Emprego Dentro do Novo Paradigma do Mundo do Trabalho. In: *Direitos Fundamentais e Reflexos nas Relações Sociais*. Rodolfo Pamplona Filho, Salomão Resedá (org.). Salvador: Paginae, 2010, p. 29-46.

PIEDRAS, Elisa Reinhardt. *A Articulação da Publicidade com o Mundo Social: a constituição do fluxo publicitário nas práticas de produção e de recepção*. Dissertação (mestrado em Comunicação e Informação). Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2005.

_____. *Publicidade, Imaginário e Consumo: anúncios no cotidiano feminino*. Tese (doutorado em Comunicação). Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2007.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos Fundamentais*. António Francisco de Sousa; António Franco (trad.). São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *Grundrechte: staatsrecht II*. 26. ed. Heidelberg: CF Müller, 2010.

PINSKY, Ilana; JUNDI, Sami A. R. J. el. O Impacto da Publicidade de Bebidas Alcoólicas sobre o Consumo entre Jovens: revisão da literatura internacional. *Revista Brasileira de Psiquiatria*, v. 30, n. 4, 2008, p. 362-374.

PINTO, Luiz Maria da Silva. *Diccionario da Lingua Brasileira*. Ouro Preto: Typographia de Silva, 1832.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. 2. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. Igualdade de Gênero na Constituição Federal: os direitos civis e políticos das mulheres no Brasil. In: *Constituição de 1988: o Brasil 20 anos depois*. Brasília: Senado Federal, 2008, v. 1.

PLATÃO. *A República*. 9. ed. Maria Helena da Rocha Pereira (trad.). Lisboa: Calouste Gulbenkian, 19??.

POPPER, Karl. *The Open Society and Its Enemies: the high tide of prophecy: Hegel, Marx and the aftermath*. Londres: George Routledge & Sons, 1945, v. 2.

PORTAL UOL. *Funcionários Protestam Contra Imagem Negativa após Corrupção*, 12.02.2015. Disponível em: <<http://economia.uol.com.br/noticias/bbc/2015/02/12/funcionarios-da-petrobras-protestam-contraimagem-negativa-apos-corrupcao.htm>>. Acesso em 21 mai. 2015.

PORTUGAL. *Constituição da República*, 1976. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em 19 mai. 2015.

_____. _____. *Acórdão 121/2010 do Plenário*, 2010. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20100121.html>>. Acesso em 20 mai. 2015.

_____. Tribunal Constitucional. *Acórdão 391/2011 do Plenário*, 2011. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20110391.html>>. Acesso em 20 mai. 2015

PRAGMATISMO POLÍTICO. Venda de O Boticário Aumentam após Boicote Evangélico, 25 jun. 2015. Disponível em: <<http://www.pragmatismopolitico.com.br/2015/06/vendas-de-o-boticario-aumentam-apos-boicote-evangelico.html>>. Acesso em 26 out. 2015.

PROSSER, William L. Privacy. *California Law Review*, v. 48, n. 3, 1960, p. 383-423.

RAGO, Margareth. Trabalho Feminino e Sexualidade. In: *História das Mulheres no Brasil*. 8. ed. Mary Del Priore (org.). São Paulo: Contexto, 2006, p. 578-606.

RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. Almiro Pisetta, Lenita M. R. Esteves (trad.). São Paulo: Martins Fontes, 1997.

REGO FILHO, Antônio Januário. A Ação Civil Pública e o Controle Judicial de Políticas Públicas. *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, Brasília, n. 34, 2011, p. 123-160.

REVISTA FÓRUM. Transexual Brasileira Vira Garota Propaganda de Marca de Cosméticos, 31 ago. 2015. Disponível em: <<http://www.revistaforum.com.br/blog/2015/08/transexual-brasileira-vira-garota-propaganda-de-marca-de-cosmeticos/>>. Acesso em 26 out. 2015.

RIBEIRO, Iara Pereira. *Direito à Imagem: conceito jurídico pleno da própria imagem*. Tese (doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2013.

RIBEIRO, Silvana Mota. Corpos Visuais: imagens do feminino na publicidade. In: *Representações do Corpo*. Ana Gabriela Macedo, Orlando Grossegeisse (org.). Braga: Centro de Estudos Humanísticos da Universidade do Minho, 2003, p. 115-132.

RICHARDS, Neil M.; SOLOVE, Daniel J. Prosser's Privacy Law: a mixed legacy. *California Law Review*, v. 98, n. 6, 2010, p. 1887-1924.

RIVERO, Jean; MOUTOUH, Hugues. *Liberdades Públicas*. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão (trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2006.

ROCHA, Alexandre Ricardo Damasceno. *A Crítica Jornalística e a Tutela Penal da Honra*. Dissertação (mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Ação Afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 131, 1996, p. 283-295.

ROCHA, Joceli Scremin da. O Direito Penal do Gênero como Cláusula Pétrea à Luz da Emenda Constitucional n. 45/2004. *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, Brasília, n. 40, 2013, p. 189-219.

ROCHA, Raquel Heck Mariano da. Modelos de Regulamentação: reflexões para um eficiente controle jurídico da publicidade no Brasil. *Direito & Justiça*, Porto Alegre, v. 38, n. 2, 2012, p. 200-212.

RODRIGUES, Agustin Perez. A História da Mídia Brasileira e o Desenvolvimento da Mídia Exterior. *Augusto Guzzo Revista Acadêmica*, n. 6, 2003, p. 61-66.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. Ação Civil Pública. In: *Ações constitucionais*. Fredie Didier Jr. (org.). 6. ed. rev. ampl. atual. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 351-449.

RODRÍGUEZ, Francisco Javier Cortazar. *Reinas de Belleza y Mr. Músculos*: sociología de la exhibición corporal en concursos de pasarela. Trabalho apresentado no XXVII Congreso de la Asociación Latinoamericana de Sociología. Asociación Latinoamericana de Sociología: Buenos Aires, 2009. Disponível em: <<http://www.aacademica.com/000-062/2157.pdf>>. Acesso em 22 ago. 2015.

RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. *Argumentação Jurídica*: técnicas de persuasão e lógica informal. 5. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. 2. ed. Edson Bini (trad.). Bauru: Edipro, 2007.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Ações Afirmativas na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: *STF e Direitos Fundamentais*. Robério Nunes dos Anjos Filho (org.). Salvador: Juspodivm, 2013, p. 405-424.

_____. Igualdade Material e Discriminação Positiva: o princípio da isonomia. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, v. 13, n. 2, 2008, p. 77-92.

_____. O Problema da Igualdade Real: comentário de algumas decisões do Supremo Tribunal Federal. *Revista Direito GV*, São Paulo, vol. 5, n. 1, 2009, p. 107-124.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O Contrato Social*. 3. ed. Antonio de Pádua Danesi (trad.). São Paulo: Martins Fontes, 1996.

SAGATIBA. O Que é Sagatiba?, parte 1. In: *Youtube*, 26 set. 2006. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=XteIER532XQ>>. Acesso em 16 nov. 2015.

SAHM, Regina. *Direito à Imagem no Direito Civil Contemporâneo*: de acordo com o novo código civil. São Paulo: Atlas, 2002.

SAMARÃO, Lilianny. O Espetáculo da Publicidade: a representação do corpo feminino na mídia. *Contemporânea*, n. 8, 2007, p. 45-57.

SAMPAIO, Inês Sílvia Vitorino. *Televisão, Publicidade e Infância*. 2. ed. São Paulo: Annablume, 2004.

SANTOS, Gilmar. *Princípios da Publicidade*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2005.

SANTOS, Igor Silveira Santana. O Dispositivo de Norma de Eficácia Condicionada à Declaração de Inconstitucionalidade de Outra Norma: técnica legislativa a favor da harmonização dos poderes e da segurança jurídica, *Revista da Faculdade de Direito da UFBA*, Salvador, v. 40, n. 1, 2014, p. 133-152.

_____. Publicidade Abusiva e Imagem-atributo das Consumidoras: uma abordagem transindividual. In: *Proteção Constitucional à Imagem: dimensão coletiva*. Manoel Jorge e Silva Neto (org.). Salvador: Paginae, 2015, p. 45-82.

SANTOS, Reni Freitas dos. *O Direito Fundamental à Imagem da Pessoa Natural: conteúdo, limites, conflitos e extinção*. Dissertação (mestrado em Direito). Universidade Luterana do Brasil, Canoas, 2006.

SANTOS, Ronaldo Lima dos. Evolução Dogmática da Tutela dos Interesses Individuais Homogêneos na Justiça do Trabalho: da substituição processual à sentença genérica. *Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Estado do Paraná*, Curitiba, n. 4, 2013, p. 81-116.

_____. *Sindicatos e Ações Coletivas: acesso à justiça, jurisdição coletiva e tutela dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos*. 2. ed. rev. ampl. São Paulo: LTr, 2008.

SANTOS, Silvana Mara de Moraes dos; OLIVEIRA, Leidiane. Igualdade nas Relações de Gênero na Sociedade do Capital: limites, contradições e avanços. *Revista Katálysis*, Florianópolis, v. 13, n. 1, 2010, p. 11-19.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. As Dimensões da Dignidade da Pessoa Humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 9, 2007, p. 361-388.

_____. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, Brasília, n. 16, 2005, p. 193-259.

_____; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_____. A Liberdade de Expressão e o *Hate Speech*. *Revista de Direito do Estado*, v. 4, 2006, p. 53-106.

SAVARE, Matthew. Image is everything. *Intellectual Property Magazine*, Londres, mar. 2013, p. 52-54.

SAWAOKA, Takuya; MONIN, Benoît. Moral Suspicion Trickles Down. *Social Psychological and Personality Science*, v. 6, n. 3, 2015, p. 334-342.

SCHMIDT, Marion. *Die Wirkung von Feedback im Rahmen eines DevelopmentCenters auf die Selbstbild-Fremdbild-Kongruenz*. Monografia (graduação em Psicologia). Mannheim Universität, Mannheim, 2007.

SCHWABE, Jürgen; MARTINS, Leonardo (org.). *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão*. Beatriz Hennig et al. (trad.). Montevideu: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005.

SCHWERINER, Mario Ernesto René. *Brandscendência: o espírito das marcas*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SEVERIANO, Maria de Fátima Vieira. Pseudo-individação e Homogeneização na Cultura do Consumo: reflexões críticas sobre as subjetividades contemporâneas na publicidade. *Estudos e Pesquisas em Psicologia*, 2006, v. 6, n. 2, p. 105-121.

SHEEHAN, Kim. *Controversies in Contemporary Advertising*. 2. ed. Los Angeles: Sage, 2014.

SHINER, R. A. *Freedom of Commercial Expression*. Oxford: Oxford University Press, 2003, citado por: KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandez. As Liberdades de Expressão e de Imprensa na Jurisprudência do STF. In: *Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica*. Daniel Sarmento; Ingo Wolfgang Sarlet (coord.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SIEGEL, Neil S.; SIEGEL, Reva B. Struck by Stereotype: Ruth Bader Ginsburg on pregnancy discrimination as sex discrimination. *Duke Law Journal*, v. 59, 2010, p. 771-798.

SILVA, Daniela Regina da; LOPES, Jairo de Araújo. Publicidade no Brasil: novos caminhos, novas linguagens. *Revista de Ciência Humanas*, Florianópolis, v. 41, n. 1 e 2, 2007, p. 157-178.

SILVA, Felipe Ventin da. *A Tutela Preventiva dos Direitos de Personalidade e a Liberdade de Informação Jornalística*. Dissertação (mestrado em Direito). Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2011.

SILVA, Lincoln Tavares. Produzindo o consumidor verde ou um ambiente cidadão? In: *O Consumidor: objeto da cultura*. Denise Macedo Ziliotto (org.). Petrópolis: Vozes, 2003, p. 39-66.

SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. Direitos Fundamentais e Contrato de Trabalho. In: *Direitos Fundamentais e Reflexos nas Relações Sociais*. Rodolfo Pamplona Filho, Salomão Resedá (org.). Salvador: Paginae, 2010, p. 183-228.

SILVA, Ricardo André de Barros. *A Publicidade e um Novo Gênero Masculino*. Dissertação (mestrado em Publicidade e Marketing). Instituto Politécnico de Lisboa, Lisboa, 2013.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A Constitucionalidade da Restrição da Publicidade de Alimentos e de Bebidas Não Alcoólicas Voltada ao Público Infantil*. São Paulo: Instituto Alana, 2012.

_____. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. Direitos Fundamentais e Relações entre Particulares. *Revista Direito GV*, v. 1, n. 1, 2005, p. 173-180.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. A Proteção Constitucional à Honra e à Imagem da Pessoa-residente: a discriminação de origem como ofensa aos direitos individuais. In: *Proteção Constitucional à Imagem: dimensão coletiva*. Manoel Jorge e Silva Neto (org.). Salvador: Paginae, 2015, p. 83-102.

_____. A Proteção Constitucional à Imagem do Empregado e da Empresa. *Revista do TST*, Brasília, vol. 69, n. 1, 2003, p. 55-68.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. *Direito Constitucional Econômico*. São Paulo: LTr, 2001.

_____. *Proteção Constitucional à Liberdade Religiosa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. *Proteção Constitucional dos Interesses Trabalhistas: difusos, coletivos e individuais homogêneos*. São Paulo: LTr: 2001.

SILVEIRA, Renata Machado da. *Liberdade de Expressão e Discurso do Ódio*. Dissertação (mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2007.

SMITH, Greg. Gender Advertisements Revisited: a visual sociology classic. *Electronic Journal of Sociology*, v. 2, n. 1, 1996. Disponível em: <http://sociology.org/content/vol002.001/smith_d.html>. Acesso em 12 set. 2015.

SOMMERS, Christina Hoff. *Who Stole Feminism? How women have betrayed women*. Nova Iorque: Simon & Schuster, 1994.

SOUZA, Sílvia Rita. A Mulher nos Espaços de Poder Político. *Cadernos Adenauer XIV*, n. 3, 2013, p. 183-198.

STEFANELLI, Bárbara. Assexuais. In: *Uol TAB*, 20 jul. 2015. Disponível em: <<http://tab.uol.com.br/assexuais/>>. Acesso em: 22 jul. 2015.

STEINMETZ, Wilson; MARCO, Cristhian Magnus de. A Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais na Teoria de Robert Alexy. *Revista da AJURIS*, v. 41, n. 134, 2014, p. 509-518.

SUIAMA, Sérgio Gardenghi. Um Modelo Autodeterminativo para o Direito dos Transgêneros. *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, Brasília, n. 37, 2012, p. 101-139.

SUNDOWN. Amigo Sol, 2015. In: *Youtube*, 18 ago. 2015. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=eTo-E9bnooQ>>. Acesso em 25 out. 2015.

_____. Barraca do Beijinho, 2015. In: *Youtube*, 03 jun. 2015. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=Ix4Z00QPJC4>>. Acesso em 25 out. 2015.

_____. Irmã(?), 200?. In: *Youtube*, 13 jul. 2010. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=uJ_qvmDn81k>. Acesso em 25 out. 2015.

_____. Kids Color: sereia(?), 200?. In: *Youtube*, 28 ago. 2008. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=Ys9DkVDOXbY>>. Acesso em 25 out. 2015.

_____. Namoradinho(?), 199?. In: *Youtube*, 10 out. 2010. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=mLvO1vuDJak>>. Acesso em 25 out. 2015.

_____. O Sol na Medida Certa(?), 199?. In: *Youtube*, 21 mar. 2008. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=5pfd0xfluMI>>. Acesso em 25 out. 2015.

_____. Patrocinador Oficial do Sol(?), 200?. In: *Youtube*, 03 dez. 2007. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=FTichQHS8ig>>. Acesso em 25 out. 2015.

_____. Sundown, Beijinho e Sol, 201?. In: *Youtube*, 20 jan. 2015. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=aFrayEqW-rE>>. Acesso em 25 out. 2015.

_____. Sundown Fresh: spray contínuo(?), 200?. In: *Youtube*, 27 nov. 2009. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=VTi5zwCbHiA>>. Acesso em 25 out. 2015.

_____. Todo Dia, 2015. In: *Youtube*, 07 ago. 2015. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=IKKibaCFYT8>>. Acesso em 25 out 2015.

SUPIOT, Alain. *Homo Juridicus*: ensaio sobre a função antropológica do direito. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão (trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2007.

SUZART, Joseane. Ações Coletivas para a Defesa dos Consumidores: em busca da real efetividade. In: SUZART, Joseane; SANTOS, Claiz M. P. G. dos. *Tutela Processual Coletiva do Consumidor*. Salvador: Paginae, 2012, p. 21-71.

TÁBOAS, Ísis Dantas Menezes Zornoff. “Diga-me, quem te deu o direito soberano de oprimir meu sexo?”: a afirmação histórica dos direitos das mulheres. *O Direito Alternativo*, v. 1, n. 1, 2011, p. 258-280.

TAHON, Marie-Blanche. Et si le sexe déconstruisait le genre?. In: *Les Femmes dans l'espace Public*: itinéraires français et italiens. Christiane Veauvy (org.). Paris: Maison des sciences de l'homme, 2004.

TAPETY, Clésio Ibiapina. Os Direitos Humanos na Construção de uma Cultura da Paz: meios de construção ou de demolição?. *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, Brasília, n. 34, 2011, p. 163-190.

TAVARES, Fred. Publicidade e Consumo: a perspectiva discursiva. *Revista Comum*, v. 11, n. 26, 2006, p. 117-144.

TEIXEIRA FILHO, João de Lima. O Dano Moral no Direito do Trabalho. *Revista do MPT*, Brasília, ano VI, n. 12, 1996, p. 14-27.

TERRA. Malafaia Pede Boicote a “O Boticário” após Anúncio com Gays, 02 jun. 2015. Disponível em: <<http://noticias.terra.com.br/brasil/malafaia-pede-boicote-a-o-boticario-apos-anuncio-com-gays,d8cc3c2ae6a21e7f3a37f137810409f6adatRCRD.html>>. Acesso em 26 out. 2015.

THE ECONOMIST. *The Weaker Sex*, 07 mar. 2015. Disponível em: <readmore.economist.com/?a=21645759&cid=real>. Acesso em 09 jul. 2015.

THE GUARDIAN. *Newquay Credits Mankini Ban with Drop in Antisocial Behaviour*, 28 mai. 2015. Disponível em: <<http://www.theguardian.com/society/2015/may/28/newquay-credits-mankini-ban-with-drop-in-antisocial-behaviour>>. Acesso em 24 jul. 2015.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Direitos do Consumidor: a busca de um ponto de equilíbrio entre as garantias do Código de Defesa do Consumidor e os princípios gerais do direito civil e do direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

THOMSON, Judith Jarvis. The Right to Privacy. *Pilosophy & Public Affairs*, v. 4, n. 4, 1975, p. 295-314.

TICIANELLI, Marcos Daniel Veltrini. *Delitos publicitários: no Código de Defesa do Consumidor e na Lei 8.137/90*. Curitiba: Juruá, 2007.

TIXAN Ypê apresenta: o poder da mulher de multiplicação. In: *Youtube*, 2014. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=crLMuu839Bc>>. Acesso em 24 set. 2015.

TIXAN Ypê apresenta: o poder da mulher de persuasão. In: *Youtube*, 2014. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=m9B9bsTOZrA>>. Acesso em 24 set. 2015.

TOCQUEVILLE, Alexis. *A Democracia na América: leis e costumes de certas leis e certos costumes que foram naturalmente sugeridos aos americanos por seu estado social democrático*. 2. ed. Eduardo Brandão (trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. *Democracy in America: historical-critical edition of de la démocratie en Amérique*. James T. Schleifer (trad.). Indianapolis: Liberty Fund, 2010, v. 3.

_____. *Democracy in America: historical-critical edition of de la démocratie en Amérique*. James T. Schleifer (trad.). Indianapolis: Liberty Fund, 2010, v. 4.

TONI, Deonir de. *Administração da Imagem de Produtos: desenvolvendo um instrumento para a configuração da imagem de produto*. Tese (doutorado em Administração). Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2005.

TRAMONTINA, Mariana. *Feminismo*. In: *Uol TAB*, 11 mar. 2015. Disponível em: <<http://tab.uol.com.br/feminismo/>>. Acesso em 22 jul. 2015.

TRIERWEILER, Gustavo Friedrich. *A Colisão entre a Privacidade do Empregado e a Livre Iniciativa no Monitoramento da Internet pelo Empregador*. Dissertação (mestrado em Direito). Universidade Luterana do Brasil: Canoas, 2008.

TRINDADE, Luis. *Foi você que pediu uma história da publicidade?* Lisboa: Tinta da China, 2008.

UZIEL, Anna Paula; MELLO, Luiz; GROSSI, Miriam. Conjugalidades e Parentalidades de Gays, Lésbicas e Transgêneros no Brasil. *Revista Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 14, n. 2, 2006, p. 481-487.

UOL NOTÍCIAS. *Agência de Turismo Faz Promoção para Estimular Sexo e Gravidez na Dinamarca*, 23 out. 2015. Disponível em <<http://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2015/10/23/agencia-de-turismo-faz-promocao-para-estimular-sexo-e-gravidez-na-dinamarca.htm>>. Acesso em 24 out. 2015.

_____. *Há 40 Anos, Pedido de Casamento Gay Era Negado nos EUA; Veja Principais Decisões*, 06 jun. 2015. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/afp/2015/06/26/grandes-datas-na-conquista-do-casamento-gay-nos-eua.htm>>. Acesso em 15 jul. 2015.

_____. *Mudar Metodologia Pode Tornar Crível Quase Qualquer Tese, Afirma Nature*, 23 out. 2015. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/ciencia/2015/10/1697485-mudar-metodologia-pode-tornar-credivel-quase-qualquer-tese-afirma-nature.shtml>>. Acesso em 23 out. 2015.

UOL MULHER. *Ideal de “Força e Poder” Faz Medo de Brochar Atingir 64% dos Homens*, 15 jul. 2015. Disponível em: <<http://mulher.uol.com.br/comportamento/noticias/redacao/2015/07/15/ideal-de-forca-e-poder-faz-medo-de-brochar-atingir-64-dos-homens.htm>>. Acesso em 23 jul. 2015.

_____. *Marca Revolta Clientes com Nomes de Produtos que Incitam ao Abuso Sexual*, 09 out. 2015. Disponível em: <<http://mulher.uol.com.br/beleza/noticias/redacao/2015/10/09/marca-revolta-clientes-com-produtos-abusa-de-mim-e-boa-noite-cinderela.htm>>. Acesso em 20 out. 2015.

VALENTE, Suelen Brandes Marques. *Movimentos Sociais na Publicidade: novos caminhos para a regulamentação da publicidade brasileira?*. *Revista de Comunicação e Epistemologia da Universidade Católica de Brasília*, v. 6, n. 1, 2013, p. 3-18.

VARGAS, Angelo Luis de Souza; LAMARCA, Braz Rafael da Costa; PINTO, Renata Jamús da Costa. *As diferenças entre o direito a imagem e direito de arena no contexto das leis No.*

9.615/1998, 9.981/2000 e 10.672/2003 e do projeto de lei Nº 5.186/2005. *Revista Internacional de Investigación en Ciencias Sociales*, v. 5, n. 2, 2009, p. 191-212.

VAZQUEZ, Petilda Serva. Constituição de Identidade de Sujeito da Mulher no Mundo do Trabalho. In: *Caderno de Textos Gênero e Trabalho*. Salvador: Redor, 2006, p. 131-147.

VEJA Perfumes da Natureza. In: *Youtube*, 04 abr. 2014. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=yKcSiBHAcCQ>>. Acesso em 26 set. 2015.

VEJA Perfumes Sensações. In: *Youtube*, 04 abr. 2014. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=rYpxR1ZcIz4>>. Acesso em 26 set. 2015.

VELOSO, Ana. Mulher e Mídia no Brasil: “uma pauta desigual”?. In: *Estudos Feministas e de Gênero: articulações e perspectivas*. Cristina Stevens, Susane Rodrigues de Oliveira, Valeska Zanello. Florianópolis: Mulheres, 2014, p. 408-423.

VENDRAME, Alan; PINSKY, Ilana. Ineficácia da Autorregulamentação das Propagandas de Bebidas Alcoólicas: uma revisão sistemática da literatura internacional. *Revista Brasileira de Psiquiatria*, v. 33, n. 2, 2011, p. 196-202.

VENDRUSCOLO, Weslei. *Direito à Própria Imagem e sua Proteção Jurídica*. Dissertação (mestrado em Direito). Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2008.

VERÍSSIMO, Jorge Domingos Carapinha. A Mulher “Objecto” na Publicidade. In: *Livro de Actas da IV Congresso SOPCOM: repensar os media: novos contextos da comunicação e da informação*. Aveiro, Universidade de Aveiro, 2005, p. 1701-1721.

VIEIRA, Adriana Carvalho Pinto. *O Princípio Constitucional da Igualdade e o Direito do Consumidor*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

VIEIRA, Isabela; POSSA, Nanna. Candidatas Transexuais Reclamam de Preconceito Durante Prova do Enem no RJ. In: *Uol Notícias*, 25 out. 2015. Disponível em: <<http://educacao.uol.com.br/noticias/2015/10/25/candidatas-transexuais-reclamam-de-preconceito-durante-prova-do-enem-no-rj.htm>>. Acesso em 25 out. 2015.

VIEIRA, Tatiana Malta. *O Direito à Privacidade na Sociedade da Informação: efetividade desse direito fundamental diante dos avanços da tecnologia da informação*. Dissertação (mestrado em Direito, Estado e Sociedade). Universidade de Brasília: Brasília, 2007.

VITA, Álvaro de. *O Liberalismo Igualitário: sociedade democrática e justiça internacional*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

WAISELFISZ, Julio Jacobo. *Mapa da Violência 2012: os novos padrões da violência homicida no Brasil*. São Paulo: Instituto Sangari, 2011, p. 66.

WALT, Johan van der. *The Horizontal Effect Revolution and the Question of Sovereignty*. Berlin: De Gruyter, 2014.

WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D. The Right to Privacy. *Harvard Law Review*, v. 4, n. 5, 1890, p. 193-220.

WEBSTER, Noah. *American Dictionary of the English Language*. 13. ed. Nova York: N. and J. White, 1834.

_____. *American Dictionary of the English Language*. Chauncey A. Goodrich (rev.). Springfield, Massachusetts: Merriam, 1854.

WEININGER, Otto. *Sex & Character*. 6. ed. Londres: William Heinemann, 1906.

WOLLSTONECRAFT, Mary. *A Vindication of the Rights of Woman*. 3. ed. Londres: J. Johnson, 1796.

XAVIER, José Tadeu Neves. Os Limites da Atuação Publicitária na Condução de Comportamentos Sociais: o valor da ética no controle jurídico da publicidade. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 81, 2012, p. 117-143.

ZAMBONI, Júlia Simões. Para Que Serve a Mulher do Anúncio?: um estudo sobre representações de gênero nas imagens publicitárias. Dissertação (mestrado em Comunicação Social). Universidade de Brasília, Brasília, 2013.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. Mandado de Segurança Coletivo. In: *Ações constitucionais*. Fredie Didier Jr. (org.). 6. ed. rev. ampl. atual. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 159-220.

ZUR, Ofer. *Rethinking "Don't Blame the Victim"*: psychology of victimhood. Publicado originalmente em: *Journal of Couple Therapy*, v. 4, n. 3, 15-36. Disponível em: <<http://www.zurinstitute.com/victimhood.html>>. Acesso em 27 jul. 2015.

APÊNDICE A – Lista do conteúdo recente das páginas feministas mais curtidas do Facebook (entre 13 e 15 de julho de 2015)

Feminismo Sem Demagogia – Original. 552 mil pessoas curtiram.

<https://www.facebook.com/pages/Feminismo-Sem-Demagogia-Original/564161453675848?ref=br_rs>.

1. Cantada não é elogio, é opressão [RF]¹²⁰³.
2. a abertura de uma escola para meninas sírias refugiadas [RF].
3. Crítica à patrulha do corpo feminino "Magrela", " Gostosa", "Gorda" [RF].
4. Meninas podem usar fantasia de Homem-Aranha, e meninos podem usar da princesa Elsa.
5. Crítica a quem pergunta acerca da genitália dos transexuais e o caráter “definitivo” da modificação.
6. Elogio a um desenhista que faz imagens de mulheres gordas “lindas e sensuais” [RF] .
7. Negação da existência do “femismo” (“que deveria ser um movimento que propõe a superioridade da mulher sobre o homem”) e da “misândria” (“deveria ser o contrário de misoginia”), porque “Se existe mulheres que odeiam homens, o percentual é infinitamente pequeno” [RF].
8. Uma imagem de “amor entre mulheres” [RF].
9. Um vídeo fictício onde um homem alicia uma garota pela internet, chamando atenção para este problema social [RF].
10. Crítica à “branquitude”, que seria uma irmandade tão forte quanto a que “as mulheres reclamam dos homens”, que nega o racismo e o coloca como vitimismo.
11. Crítica à história de um bisavô que teria capturado no laço uma índia na floresta, que se tornou sua mulher [RF].
12. Imagem de Malala Yousafzai, prêmio Nobel da Paz, pelo seu aniversário [RF].
13. Imagem de uma mulher se masturbando, criticando o “patriarcado” e indicando “se toque”. [RF].
14. Texto sobre diferença entre orientação sexual e identidade de gênero.
15. Link e texto sobre conto erótico lésbico [RF].
16. Crítica ao Facebook por não aceitar “denúncias de perfis machistas e misóginos contra a cantora Gretchen” – “Até mulheres destilam veneno demonstrando falta de empatia e reprodução do machismo” [RF].
17. Texto contra a redução da menoridade penal [NA]¹²⁰⁴.

¹²⁰³ O “RF” significa “referência feminina”, ou seja, que o conteúdo está unicamente ou quase exclusivamente em uma perspectiva feminocêntrica.

18. Crítica às pessoas que amarraram e espancaram até a morte um negro acusado de roubo [NA].

19. Apoio a lista de livros que ajudam a abordar relações raciais na escola [NA].

20. Postagem condenando estupro coletivo perpetrado por adulto e adolescentes, mas que ressalta não justificar a redução da menoridade penal.

Moça, você é machista. 484 mil pessoas curtiram.

<<https://www.facebook.com/MocaVoceEMachista>>.

1. Afirmação de que é machista quem acha que o sonho de toda mulher é achar um homem que a sustente [RF].

2. Uma imagem de Simone de Beauvoir com uma guitarra, em homenagem ao dia do rock [RF].

3. Um vídeo que mostra uma mulher recebendo inúmeras “cantadas” enquanto anda pela rua [RF].

4. Uma imagem que mostra pessoas com semblante sério e os dizeres “quando eu dou minha opinião nos almoços de família”.

5. Texto com os dizeres “nossa cara, um homem te cantou na rua, você se sentiu desconfortável... quem ele pensa que é para te tratar do jeito que você trata as mulheres?” [RF].

6. Imagens do filme Cinderela, indicando que o príncipe não poderia segurá-la e dizer que “você não pode ir agora, é só meia noite” [RF].

7. Vídeo sobre reportagem acerca de homens que mataram mulheres [RF].

8. Imagem com diversos super-heróis homens dos quadrinhos desenhados como mulheres, indicando-se que haveria machismo neste âmbito [RF].

9. Afirmação de que é machista quem acha que o homem tem que trabalhar para sustentar a casa e a mulher tem que ficar em casa cuidando dos filhos.

10. Uma imagem de Simone de Beauvoir com os dizeres: “3 a cada 4 homens preferem mulheres sem maquiagem. Eu prefiro esperar o almoço ficar pronto” [RF].

11. Vídeo que critica, em tom irônico, quem acha que a culpa do estupro é da mulher [RF].

12. Afirmação de que não importa as diferentes formas e tamanhos, toda família tem o mesmo amor.

¹²⁰⁴ O termo “NA” foi utilizado para os conteúdos que tem pouco ou nada a ver com o assunto.

13. Imagem de uma cerca de arame farpado com uma farpa “livre” e os dizeres: “rompendo padrões”.
14. Poema que afirma que o vestuário da mulher ou suas atitudes não significam que ela esteja “se oferecendo” [RF].
15. Afirmação de que um homem foi morto por causa da homofobia.
16. Afirmação de que um homem foi morto por causa da homofobia.
17. Foto que questiona por que a imprensa “não deu chilique” quando um adolescente de classe alta foi posto em liberdade assistida por ato infracional de estupro [RF].
18. Tirinha mostrando um homem sofrendo assédio na rua, por outros homens, indicando que o ato é inaceitável contra as mulheres [RF].
19. Diversas fotos que apoiam o debate sobre gênero nas escolas.
20. Imagem que critica a ideia de que mulheres não seriam boas em exatas, junto com a notícia de que “brasileira é única finalista da América em Olimpíada de Engenharia Nuclear” [RF].

Não Me Kahlo – 143 pessoas curtiram.

<https://www.facebook.com/NaoKahlo?ref=br_rs>.

1. Afirmação de que “coisa de menina” é tudo aquilo que uma menina quer fazer [RF].
2. Texto que critica o pensamento de que a mulher não pode ficar sozinha, dependendo dos homens [RF].
3. Afirmação de que “homens são ensinados a se desculparem por suas fraquezas, as mulheres, pela sua força” [RF].
4. Crítica a um concurso da ONU sobre igualdade de gênero que premiou um homem no primeiro lugar, e não alguma mulher, que só ficaram em 5º e 7º (último) lugar. Reclamou-se: “homens falando sobre feminismo e tendo suas perspectivas melhor consideradas do que a de mulheres” [RF].
5. Uma imagem com uma pichação dizendo “v de vagina”, em analogia a “v de vingança” [RF].
6. Notícia sobre novas regras da ANS para cobertura dos partos por planos de saúde, havendo afirmação que “A mulher tem o direito de optar por realizar a cesariana” [RF].
7. Imagem da mulher-maravilha com os dizeres “homens têm medo de mulheres fortes” [RF].
8. Notícia da ONU de que 124 milhões de crianças estão fora da escola, e que as meninas estão em desvantagem [RF].

9. Uma imagem com texto que critica a afirmação de que “uma mulher tem que ser sexy”, com a complementação (irônica) de que se ela for, ela é “puta”, senão “baranga” [RF].
10. Uma imagem da porta de um quarto de uma garota que questiona a ideia de que “meninas não podem” jogar futebol, ter coragem etc [RF].
11. Citação de Mirla Cisne, afirmando que o feminismo e o socialismo tem a mesma aspiração, de lutar contra a opressão [RF].
12. Referência a estudo científico que sugeriria que a igualdade de gênero seria uma vantagem evolutiva das sociedades primitivas, por permitir uma melhor rede de relações sociais.
13. Uma imagem que mostra uma mulher tirando uma faca das costas e empunhando, com os dizeres: “faz da tua dor, tua luta” [RF].
14. Uma imagem que sugere a superação da ideia de que “somos todos iguais”, afirmando que não há problema na aceitação da diferença.
15. Imagem de Comissão da Câmara rezando, contraposta com a da queima de uma pessoa na fogueira, com texto “já existiu uma sociedade governada por religiosos, ficou conhecida como ‘idade das trevas’” [NA].
16. Crítica à seletividade do sistema penal, contrapondo-se notícia de que a redução da minoridade penal foi aprovada com a de que haverá anistia para quem não declarou remessa de divisas para o exterior [NA].
17. Vídeo com a informação de que 72% das meninas acham que a sociedade impõe limitações a elas [RF].
18. Uma foto com uma mulher segurando uma placa que diz “mulheres fortes = mundo forte”. [RF].
19. Notícia de três meninas que ganharam medalha de ouro em competição de matemática [RF].
20. Afirmação de que a submissão imposta às mulheres é construída culturalmente, embora seja afirmada como algo natural [RF].

Feministas Revolucionárias – 131 mil pessoas curtiram.

<https://www.facebook.com/FeministaRevolucionaria?ref=br_rs>.

1. Texto voltado para mulheres disponibilizando links sobre o feminismo [RF].
2. Imagem com a frase “seu fiu-fiu também é violência! Cantada não é elogio” [RF].
3. Imagem de uma menina com o texto em uma parede: “em violência contra a mulher, eu meto a colher!” [RF].
4. Uma frase que critica a ideia de que gordas não podem usar certos tipos de roupa [RF].

5. Imagem com a frase “uma mulher não está escrita em braile, não é necessário tocá-la para conhecê-la” [RF].
6. Postagem a favor da legalização do aborto: “o corpo é nosso! É pela vida das mulheres” [RF].
7. Crítica ao fato de que pessoas afirmam, em relação ao candomblé, que uma menina de 11 anos seria ainda muito nova para escolher sua religião. Contrapõe-se com uma imagem de um bebê sendo batizado [NA].
8. Afirmação de que é abusivo quando, em um relacionamento, a mulher é privada de liberdade quanto ao vestuário, relacionamento com amigos e liberdade em geral [RF].
9. Vídeo de conscientização acerca do compartilhamento de vídeos íntimos cujas vítimas sejam mulheres, configurando “pornografia de vingança” [RF].
10. Afirmação de que o problema não é garotas gostarem da cor rosa, quando lhes são oferecidas outras opções, mas sim que só lhes é oferecido o rosa [RF].
11. Frase “não posso ser a mulher da sua vida, pois sou a mulher da minha vida” [RF].
12. Crítica à “cantada idiota” e à “piada machista” [RF].
13. Crítica a um concurso de dança que diz mostrar “a diversidade da beleza da mulher brasileira”, mas que mostraria cerca de 20 mulheres de um mesmo padrão [RF].
14. Citação atribuída a Emma Watson: “para registro, feminismo, por definição é a crença de que homens e mulheres devem ter oportunidades e direitos iguais. É a teoria da igualdade política, econômica e social entre os sexos”.
15. Crítica à notícia de título “PMs são presos por suspeita de forçar sexo com jovem grávida”, afirmando-se que “não é suspeita, é um fato” e que “não é forçar ‘sexo’. Estupro não é sexo, é violência” [RF].
16. Imagem de um parto com a frase “deixa a criança nascer do jeito que é pra ser” [RF].
17. Imagem com a frase: “te amo, mas você acha que rola é a solução. Adeus” [RF].
18. Afirmação: “moça, esqueça a competição. Não somos rivais, somos a revolução!” [RF].
19. Crítica a quem julga as mulheres pelo número de parceiros que ela já teve ou tem? [RF].
20. Crítica ao fato de que a mídia repercutiu mais a agressão de um homem ao cachorro da namorada do que a agressão deste mesmo homem à própria namorada [RF].

Feminista cansada – 85 mil pessoas curtiram.

<<https://www.facebook.com/feministacansada>>.

1. Postagem que contesta que em naufrágios a ideia de “mulheres e crianças primeiro” seja a regra e cita estatísticas relacionadas ao assassinato de mulheres [RF].

2. Frase: “mulher que defende aborto não merece meu respeito’ prefiro ter o direito ao aborto do que o seu respeito, colega” [RF].
3. Imagens do filme Cinderela, indicando que o príncipe não poderia segurá-la e dizer que “você não pode ir agora, é só meia noite” [RF].
4. Uma imagem dizendo “meu mais sincero foda-se” à frase “homens preferem mulheres sem maquiagem” [RF].
5. Postagem que, ao fazer referência ao comentário de duas pessoas, infere que existem dois tipos de pessoas, as que reconhecem a existência da cultura do estupro de mulheres e as que não reconhecem [RF].
6. Crítica à revogação de portaria que garantiria que o SUS fizesse abortamento nos casos legais [RF].
7. Crítica a projeto de lei que pretendia revogar o atendimento obrigatório e integral às pessoas em situação de violência sexual [RF].
8. Crítica à frase do Deputado Bolsonaro, que teria dito que “ter filho gay é falta de porrada”, contrapondo-a à notícia de que menino teve fígado dilacerado pelo pai por gostar de lavar louça.
9. Crítica à revogação de portaria que garantiria que o SUS fizesse abortamento nos casos legais [RF].
10. Imagem com a frase: “mas você é menina, devia ser mais delicada. Foda-se” [RF].
11. Apoio às escolas de São Paulo que teriam acabado com o “dia das mães” para criar o “dia dos cuidadores”.
12. Tirinha que mostra três peixes, um maior que o outro, estando cada maior em vias de comer o menor. O menor pensa que não existe justiça no mundo, o mediano pensa que existe um pouco de justiça no mundo e o maior acha que existe justiça no mundo.
13. Vídeo que critica a “campanha oportunista” do “somos todos macacos” [NA].
14. Imagem da revista TPM, que traz como capa que “ser negra no Brasil é muito foda” [RF].
15. Estatísticas sobre transgêneros.
16. Foto com a frase: “budistas pelo casamento igualitário”
17. Citação de ex-presa política do regime militar, contando sobre as torturas que sofreu [RF].
18. Texto que critica quem acha que a culpa do estupro à mulher é da vítima [RF].
19. Crítica a quem acha que o comportamento da mulher incentiva o estupro [RF].
20. Crítica a quem acha que a roupa da mulher incentiva o estupro [RF].

APÊNDICE B – Peças publicitárias referidas no texto

Figura 1



Retirada de: MACHADO, Sandra de Souza. Estereótipos: culturas mal (in)formadas – o construto do (falso) ideal feminino em publicidade e propaganda. In: *Estudos Feministas e de Gênero: articulações e perspectivas*. Cristina Stevens, Susane Rodrigues de Oliveira, Valeska Zanello. Florianópolis: Mulheres, 2014, p. 432.

Figura 2



Retirado de:
<https://muse.jhu.edu/journals/advertising_and_society_review/v007/images/7.2unit07_fig50.jpg>. Acesso em 22 set. 2015.

Figura 3



Retirada de: MACHADO, Sandra de Souza. Estereótipos: culturas mal (in)formadas – o construto do (falso) ideal feminino em publicidade e propaganda. In: *Estudos Feministas e de Gênero: articulações e perspectivas*. Cristina Stevens, Susane Rodrigues de Oliveira, Valeska Zanello. Florianópolis: Mulheres, 2014, p. 436.

Figura 4



Disponível em: <<https://lulahappy.files.wordpress.com/2010/05/sisley-41.jpg>>. Acesso em 07 set. 2015.

Figura 5



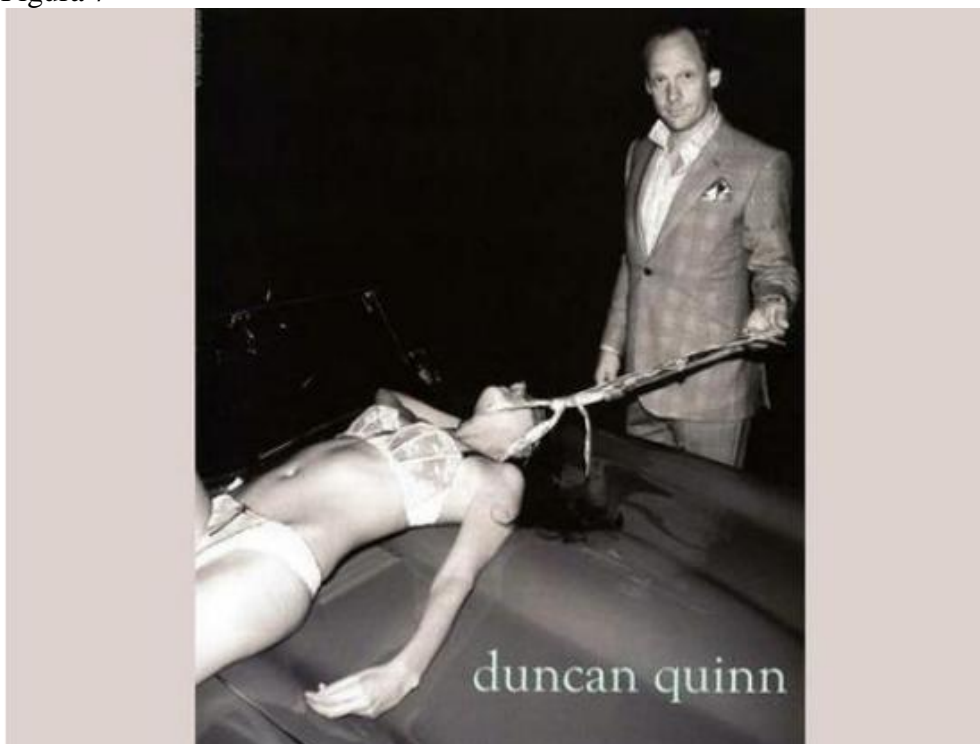
Retirado de: KNOLL, Graziela Frainer. Discursos de Gênero na Publicidade: análise crítica de textos publicitários em revistas. *Revista Sociais e Humanas*, Santa Maria, v. 25, n. 2, 2012, p. 247.

Figura 6



Disponível em: <<https://lulahappy.files.wordpress.com/2010/05/sisley-ad-2.jpg>>. Acesso em 07 set. 2015.

Figura 7



Retirada de: MACHADO, Sandra de Souza. Estereótipos: culturas mal (in)formadas – o construto do (falso) ideal feminino em publicidade e propaganda. In: *Estudos Feministas e de Gênero: articulações e perspectivas*. Cristina Stevens, Susane Rodrigues de Oliveira, Valeska Zanello. Florianópolis: Mulheres, 2014, p. 429.

Figura 8



Retirado de: <<http://ak-hdl.buzzfed.com/static/enhanced/terminal05/2012/2/25/20/enhanced-buzz-30379-1330220130-116.jpg>>. Acesso em 25 set. 2015.

Figura 9



Retirado de: <http://1.bp.blogspot.com/_yfBxPOOlcrk/SfTepWUZk4I/AAAAAAAAAHk/2yMuOkAwyvo/s320/relish1%5B6%5D.jpg>. Acesso em 16 dez. 2015.

Figura 10

Quando o sexo é frágil, o carro tem que ser forte.

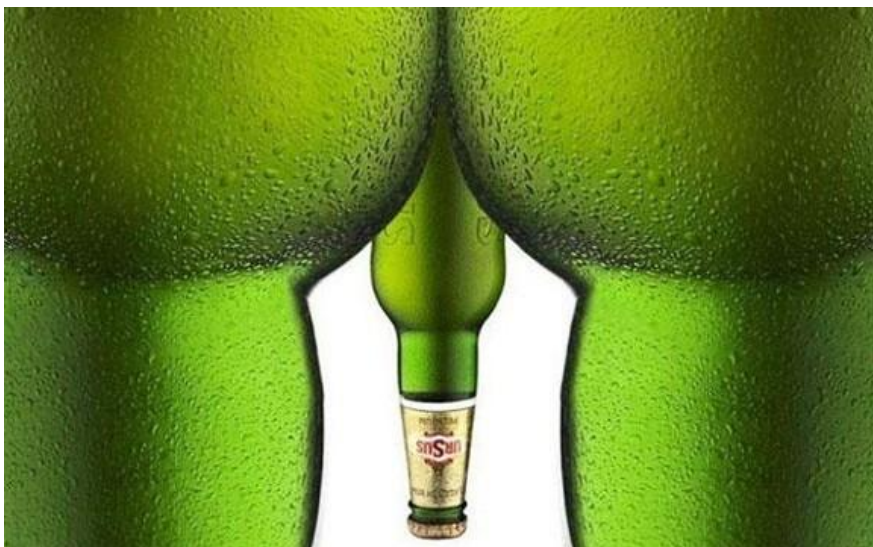
Nenhuma mulher é frágil dentro de um carro forte. Como o Ford Corcel. Dentro dele a mulher se sente mais segura. Por causa de sua resistência. De sua potência. E nem por isso ela se sente menos mulher. Pelo contrário: o Corcel é o carro jovem, e dentro dele a mulher é mais feminina. Mais bonita. Diferente das outras.

FORD CORCEL
QUALIDADE UNIVERSAL FORD

o carro jovem

Retirado de: GUERRA JÚNIOR, Antonio Lemes; BLASQUE, Roberta Maria Garcia. A Estereotipização da Mulher em Propagandas de Automóveis: uma abordagem diacrônica. In: *Identidade Científica*, v. 3, n. 1, 2010, p. 20. A autora informa apenas que o anúncio foi retirado da Revista Cláudia, de março de 1971.

Figura 11



Retirado de: <<http://adpressive.com/wp-content/uploads/2014/02/image-580x360.jpg>>. Acesso em 17 nov. 2015.

Figura 12



Retirado de: <http://storage.torontosun.com/v1/dynamic_resize/sws_path/suns-prod-images/1297587169806_ORIGINAL.jpg?quality=80&size=650x>. Acesso em 16 nov. 2015.

Figura 13



Retirado de: <http://imguol.com/c/noticias/65/2015/06/18/propaganda-considerada-com-apelo-excessivo-a-sensualidade-1434660198784_300x420.jpg>. Acesso em 17 nov. 2015.